Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Band 98: **Rechtliche Beziehungen zwischen Schiedsrichtern und Parteien**
Von Dr. Franz Hoffet. 1991. XXXVII, 329 Seiten, broschiert, Fr. 56.–

Band 99: **Der Ausforschungsbeweis**
Eine Untersuchung zur Substanzierung des Beweisthemas und zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei Beweisnot im Zivilprozess
Von Dr. Rosmarie Müller, 1991. XXXI, 155 Seiten, broschiert, Fr. 40.–

Band 100: **Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht**
Von Dr. René Ernst. 1992. XXIX, 189 Seiten, broschiert, Fr. 43.–

Band 101: **Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht**
Von Dr. Thomas Ch. Soliva. 1992. XXII, 130 Seiten, broschiert, Fr. 46.–

Band 102: **Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen**
an den Kassationshof des Schweizerischen Bundesgerichts
Von Dr. Christian Ferber. 1993. XXIV, 179 Seiten, broschiert, Fr. 46.–

Band 103: **Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen**
Von Dr. Isaak Meier/Dr. Rudolf Ottomann
1993. 103 Seiten, broschiert, Fr. 43.–

Band 104: **Der Arbeitsgerichtsprozess nach der aargauischen Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 1984**
Von Dr. Armin Schätti. 1993. XXI, 161 Seiten, broschiert, Fr. 46.–

Band 105: **Gerichtsstandsvereinbarungen nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen**
Von Dr. Hans Reiser. 1995. 93 Seiten, broschiert, Fr. 48.–

Band 106: **Zivilprozessuale Probleme bei der gerichtlichen Verfolgung von publikumswirksamen Wettbewerbsverstössen**
Unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Zivilprozessrechts
Von Dr. Daniel Lengauer. 1995. XXXVIII, 202 Seiten, broschiert, Fr. 45.–

Band 107: **Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Lugano- und Brüsseler-Übereinkommen**
Von Dr. Lucien William Valloni. 1998. LXXVIII, 416 Seiten, broschiert, Fr. 89.–

Band 108: **Rechtsmittel, Klage und Normenkontrollverfahren nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) vom 9. Juli 1968**
Von Dr. Michael Merker. 1998. LVI, 831 Seiten, broschiert, Fr. 98.–

Band 109: **Zeugnispflichten und Zeugniszwang im Zürcher Strafprozess**
Von Dr. Nathan Landshut. 1998. XL, 272 Seiten, broschiert, Fr. 58.–

Band 110: **Der Einzelrichter am Handelsgericht des Kantons Zürich**
Einstweiliger und definitiver Rechtsschutz für immaterialgüter- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche im summarischen Verfahren
Von Dr. Johann Jakob Zürcher. 1998. XXXI, 377 Seiten, broschiert, Fr. 70.–

Fortsetzung dritte Umschlagseite

123

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
von A. Donatsch, A. Kölz, I. Meier und K. Spühler

Florian Bommer

Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis

Schulthess § Zürich 2001

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Diese Reihe setzt sich zusammen aus den

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht
Zürcher Studien zum Privatrecht
Zürcher Studien zum Strafrecht
Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte
Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie

Abdruck der der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich vorgelegten Dissertation

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2001
ISBN 3 7255 4183 3

Sonja und meinen Eltern

Vorwort

Herzlich zu danken habe ich vorab Herrn Prof. Dr. Karl Spühler für seine Bereitschaft, diese Dissertation zu betreuen und für die ausserordentliche Freiheit, die er mir bei deren Ausarbeitung gewährte.

Danken möchte ich auch meinen Eltern für ihre Unterstützung und interessiert-kritische Begleitung meiner gesamten Ausbildungszeit.

Schliesslich und vor allem geht mein Dank an meine Ehefrau, Sonja Scherer Bommer. Abgesehen davon, dass sie das Manuskript in materieller und formeller Hinsicht durchgesehen hat, trug sie - in einem umfassenden Sinn - die Hauptlast dieser Arbeit. Ihr und meinen Eltern ist diese Dissertation gewidmet.

Zürich, im September 2000 Florian Bommer

Inhaltsverzeichnis

Materialien XV
Literatur XVII
Abkürzungen XXXV

1. Teil: Grundlagen 1

§ 1 Einführung 3

§ 2 Problemstellung 5
I. Allgemeines 5
II. Das internationale Verhältnis 7
A. Bei Widerspruchsklagen 7
B. Bei Anfechtungsklagen 8

§ 3 Diskussionsstand 12
I. Ausgangslage 12
II. Widerspruchsklage 13
A. Rechtsprechung 13
B. Literatur 14
III. Anfechtungsklage 14
A. Rechtsprechung 14
1. Bundesgericht und kantonale Gerichte 14
2. EuGH 15
B. Literatur 16

§ 4 Einfluss des LugÜ auf die interne Zuständigkeitsordung 17
I. Das LugÜ als übergeordneter Staatsvertrag 17
II. Auslegung des LugÜ 19
A. Allgemeines 19
B. Autonome Auslegung 20
C. Bedeutung der Rechtsprechung zum EuGVÜ und zum LugÜ 21
1. Ausgangslage 21
2. Vor Unterzeichnung des LugÜ ergangene Urteile 22
3. Nach Unterzeichnung des LugÜ ergangene Urteile 22
4. Besonderheit bei der Anwendung von EU-Recht 24
III. Ergebnis 25

§ 5 Einfluss des IPRG auf die Zuständigkeitsordnung des SchKG **26**
I. Regelungsbereich des IPRG 26
II. Betreibungsrechtliche Streitigkeiten 26
III. Betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht 26
IV. Materiellrechtliche Streitigkeiten 26
V. Bedeutung von Art. 30a SchKG 29

2. Teil: Widerspruchsklagen **31**

§ 6 Qualifizierung von Widerspruchsklagen nach autonomem Recht **33**
I. Funktion und Verfahren 33
A. Überblick 33
B. Pfändung als Ausgangspunkt 34
1. Bestimmung des Pfändungssubstrats 34
2. Pfändung bei internationalen Sachverhalten 35
C. Die Belegenheit von Vermögenswerten im einzelnen 37
1. Bestimmung des Lageorts für vollstreckungsrechtliche Zwecke im internationalen Verhältnis 37
2. Dingliche Rechte an Sachen 39
3. Miteigentum 40
4. Forderungen 40
5. Gesamthandvermögen 41
6. Immaterialgüterrechte 42
D. Anmeldung des Drittanspruchs 43
E. Gewahrsam als Weichenstellung 43
1. Bedeutung 43
2. Begriff 43
3. Entscheid über Gewahrsam 44
F. Vorverfahren 44
1. Gewahrsam des Schuldners 44
2. Gewahrsam des Dritten 45
G. Widerspruchsprozess 45
1. Parteien 45
2. Gerichtsstand 46
3. Urteil 47
4. Charakterisierung 47
5. Wirkung 48
6. Fortgang der Betreibung bei Abweisung des Dritt-Anspruchs 49
a. Bei Sachen 49
b. Bei Forderungen 49
II. Ergebnis 51

§ 7 Einordnung der Widerspruchsklagen unter das LugÜ **52**
I. Art. 16 Nr. 5 und Art. 2 Abs. 1 LugÜ als Anknüpfungspunkte 52
II. Auslegung des LugÜ im Hinblick auf die Widerspruchsklage 53
A. Grammatikalische Auslegung 53
B. Systematische Auslegung 54
C. Teleologische Auslegung 56
III. Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ 60

§ 8 Die Regelung in einzelnen Vertragsstaaten **63**
I. Deutschland 63
A. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen 63
B. Zwangsvollstreckung in Forderungen 63
C. Drittwiderspruchsklage 64
D. Vergleich zur Schweizer Regelung 64
II. Frankreich 65
A. Vorbemerkung 65
B. Alte Regelung 66
1. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen 66
2. Zwangsvollstreckung in Forderungen 66
3. Vergleich zur Schweizer Regelung 67
C. Neue Regelung 68
1. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen 68
2. Zwangsvollstreckung in Forderungen 69
3. Vergleich zur Schweizer Regelung 70
III. Österreich 71
A. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen 71
B. Zwangsvollstreckung in Forderungen 71
C. Exszindierungsklage 72
D. Vergleich zur Schweizer Regelung 72
IV. Schlussfolgerungen 72

§ 9 Gesichtspunkte für die Einordnung aus schweizerischer Sicht **74**
I. Vorbemerkung 74
II. Argumente für eine generelle Subsumption der Widerspruchs-klagen unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ 75
A. Formale Einordnung in das Betreibungsverfahren 75
B. Kein materiellrechtlicher Streitgegenstand 75
C. Genügender Bezug zur Schweiz aufgrund des Lageorts des Vermögenswerts 76
D. Keine Weisungsbefugnis des ausländischen Richters gegenüber schweizerischen Betreibungsbehörden 76
III. Argumente gegen eine Subsumption der Klage nach Art. 108 SchKG unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ 77
A. Die Regelung des Gerichtsstands in rein schweizerischen Fällen **77**

B. Die Qualifizierung als Zivilsache im Sinne von Art. 46 bzw. 68 OG 78
C. Regelung im Bereich der Realvollstreckung 79
D. Auswirkung auf materielle Rechtsverhältnisse 79

§ 10 Folgerungen für die Zuständigkeit für Widerspruchsklagen 80
I. Widerspruchsklage als formell betreibungsrechtliche Klage 80
A. Allgemeines 80
B. Klage nach Art. 107 SchKG 81
C. Klage nach Art. 108 SchKG 81
II. Widerspruchsklage bei Beteiligung des Schuldners 83
III. Widerspruchsklagen über Grundstücke 89

§ 11 Erhebung der Widerspruchsklage im Ausland 90
I. Zuständigkeitsbestimmung gemäss LugÜ 90
II. Erhebung der Widerspruchsklage im Ausland ohne Beteiligung des Schuldners 91
III. Beurteilung der praktischen Relevanz einer Klageerhebung im Ausland 92
A. Allgemeines 92
B. Widerspruchsklage über Sachen 93
C. Widerspruchsklage über Forderungen 93

§ 12 Zuständigkeit für Widerspruchsklagen ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ 94
I. Allgemeines 94
II. Widerspruchsklagen ohne Beteiligung des Schuldners 96
III. Widerspruchsklagen mit Beteiligung des Schuldners 96

3. Teil: Anfechtungsklagen 99

§ 13 Qualifizierung von Anfechtungsklagen nach autonomem Recht 101
I. Funktion 101
II. Voraussetzungen 101
A. Anfechtbare Rechtshandlung 102
1. Schenkungsanfechtung (Art. 286 SchKG) 102
2. Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG) 102
3. Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) 102
B. Verlustschein bzw. Konkurseröffnung 103
C. Période suspecte 104
D. Verwirkungsfrist 104
III. Verfahren 104
A. Aktiv- und Passivlegitimation 104
B. Gerichtsstand 105
C. Geltendmachung 105

IV. Urteil 105
V. Charakterisierung 106
VI. Ergebnis 111

§ 14 Einordnung der Anfechtungsklagen unter das LugÜ 112
I. Fragestellung 112
II. Mögliche Konstellationen 112
III. Ausschluss von Konkursen aus dem Anwendungsbereich des LugÜ gemäss Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 113
A. Auslegung 113
B. Versuche zur Regelung des Konkurses auf europäischer Ebene 116
1. Die EU-Verordnung über Insolvenzverfahren 116
2. Das Insolvenzübereinkommen des Europarats 118
C. Die Rechtsprechung des EuGH 119
D. Ergebnis 121
IV. Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung 122
A. Allgemeines 122
B. Auslegung von Art. 16 Nr. 5 LugÜ im Hinblick auf die Anfechtungsklage 122
C. Zuständigkeit am Deliktsort (Art. 5 Nr. 3 LugÜ)? 127
D. Zuständigkeit am Ort der einstweiligen Massnahme (Art. 24 LugÜ)? 129
E. Sonderfall: Das Verhalten des Dritten als strafbare Handlung 130
F. Die Rechtsprechung des EuGH 131
1. Reichert I 131
2. Reichert II 132
3. Folgerungen für die schweizerischen Anfechtungsklagen 133
a. Vergleichbarkeit der "action paulienne" mit den schweizerischen Anfechtungsklagen? 133
b. Vom EuGH beantwortete Fragen 136
c. Vom EuGH nicht beantwortete Fragen 136
4. Ergebnis 140

§ 15 Folgerungen für die direkte und indirekte Zuständigkeit für Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung im eurointernationalen Verhältnis 140
I. Allgemeines 140
II. Zuständigkeit 141
A. Zuständigkeit aufgrund eines schweizerischen Betreibungsverfahrens 141
1. In der Schweiz 141
2. Im Ausland 142
B. Zuständigkeit aufgrund eines ausländischen Verfahrens 142

C. Zuständigkeit ohne vorausgegangenes Zwangsvollstreckungsverfahren 143
III. Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Anfechtungsurteils 143

§ 16 Anfechtungsklagen ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ 146
I. Überblick 146
II. Einzelvollstreckung 147
A. Zuständigkeit aufgrund eines schweizerischen Betreibungsverfahrens 147
B. Zuständigkeit aufgrund eines ausländischen Verfahrens 148
III. Konkurs 151
A. Mögliche Konstellationen 151
B. Zuständigkeit bei einem in der Schweiz eröffneten Hauptkonkurs 152
C. Zuständigkeit bei einem ausländischen Hauptkonkurs 153
1. Anfechtungsansprüche der inländischen Separatkonkursmasse 153
2. Anfechtungsansprüche der ausländischen Hauptkonkursmasse 154
3. Legitimation 157
D. Anerkennung des ausländischen Konkurses 160
E. Zur Frage des Gegenrechts 162

§17 Anerkennung ausländischer Anfechtungsurteile im allgemein internationalen Verhältnis? 162
I. Allgemeines 162
II. Betreibungsrechtliche Natur als Hinderungsgrund der Anerkennung? 163
III. Gesichtspunkte für die Anerkennung 165
A. Einzelvollstreckung 165
B. Konkurs 167
1. Allgemeines 167
2. Anfechtungsansprüche der schweizerischen Separatkonkursmasse 167
3. Anfechtungsansprüche der ausländischen Hauptkonkursmasse 168
IV. Vollstreckung 169

§ 18 Zur Frage des anwendbaren Rechts 171
I. Allgemeines 171
II. Das Problem 171
III. Das Territorialitätsprinzip und Bestimmung des auf Anfechtungsklagen anwendbaren Rechts 173
A. Bedeutung 173

B. Kritik 174
IV. Rechtsprechung und Lehre 175
A. Allgemeines 175
B. Rechtsprechung 176
C. Lehre 178
V. Ausländische Rechtsordnungen und internationale Abkommen 182
A. Deutschland 182
1. Anfechtung in der Einzelvollstreckung 182
2. Anfechtung im Konkurs 184
B. Frankreich 185
1. Anfechtung in der Einzelvollstreckung 185
2. Anfechtung im Konkurs 185
C. Österreich 186
1. Anfechtung in der Einzelvollstreckung 186
2. Anfechtung im Konkurs 186
D. Der EU-Entwurf für eine Insolvenzverordung 187
E. Das Abkommen des Europarats über bestimmte Aspekte des Konkurses 188
F. Das UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz 188
VI. Die lückenhafte gesetzliche Regelung 189
A. In der Einzelvollstreckung 189
B. Im Konkurs 190
1. Die Zuordnung der Anfechtungsansprüche 190
2. Die Anfechtungsklage zugunsten der schweizerischen Separatkonkursmasse 193
3. Die Anfechtungsklage zugunsten der ausländischen Hauptkonkursmasse 194
4. Das internationale Verhältnis in einem schweizerischen Konkurs 194
VII. Lückenfüllung 194
A. Die Notwendigkeit einer Regelbildung 194
B. Die massgebenden Gesichtspunkte 197
C. Folgerungen für die Anknüpfung 197
1. Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner 197
2. Verhältnis zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner 200
D. Koordination 202
E. Unterschiedliche Behandlung der Anfechtungsklagen im Konkurs und in der Einzelanfechtung? 205
VIII. Ergebnis 207

§ 19 Einzelfragen 207
I. Bilaterale Staatsverträge 207
A. Allgemeines 207

B. Einfluss auf die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung 208
C. Anfechtungsklagen im Konkurs 210
1. Die Übereinkunft mit Württemberg 211
2. Die Übereinkunft mit Bayern 212
3. Anerkennung ausländischer Anfechtungsurteile aus einem Konkurs aufgrund bilateraler Vollstreckungsübereinkommen? 213
II. Einredeweise Geltendmachung des Anfechtungsrechts und verwandte Tatbestände 214
III. Anfechtungsklagen aufgrund eines Nachlassvertrags 216
IV. Das Projekt eines Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens 217
V. Das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) 218

4. Teil: Zusammenfassung 219

§ 20 Zusammenfassung 221
I. Widerspruchsklagen 221
A. Zuständigkeit im eurointernationalen Verhältnis 221
B. Zuständigkeit im allgemein internationalen Verhältnis 221
II. Anfechtungsklagen 222
A. Zuständigkeit im eurointernationalen Verhältnis 222
1. Einzelvollstreckung 222
a. Schweizerische Zwangsvollstreckung 222
b. Ausländische Zwangsvollstreckung 222
2. Konkurs 222
B. Zuständigkeit im allgemein internationalen Verhältnis 222
1. Einzelvollstreckung 222
a. Schweizerische Zwangsvollstreckung 222
b. Ausländische Zwangsvollstreckung 223
2. Konkurs 223
a. Anfechtungsansprüche der schweizerischen Hauptkonkursmasse 223
b. Anfechtungsansprüche der schweizerischen Separatkonkursmasse 223
c. Anfechtungsansprüche der ausländischen Hauptkonkursmasse 223
C. Anerkennung ausländischer Anfechtungsurteile 224
1. Eurointernationales Verhältnis 224
a. Einzelvollstreckung 224
b. Konkurs 224
2. Allgemein internationales Verhältnis 224
a. Einzelvollstreckung 224
b. Konkurs 224

Materialien

Bericht Expertengruppe	Bericht vom 10. Juli der Expertengruppe für die Anpassungsbedürftigkeit der Revisionsvorlage SchKG an das Lugano-Übereinkommen vom 16.9.1988 über die gerichtliche und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, französische Fassung publ. in Rep. 1992, S. 163 ff.
Bericht JENARD	Bericht zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 5.3.1979 Nr. C 56, S 1 ff.
Bericht JENARD/MÖLLER	Bericht zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988, ABl. 28.7.1988 Nr. C 189, S 57 ff.
Bericht SCHLOSSER	Bericht zu dem Übereinkommen über den Beitritt des Königreichs Dänemark, Irland und des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zum Protokoll betreffend die Auslegung dieses Übereinkommens durch den Gerichtshof, Abl. 5.3.1979 Nr. C 59, S 71 ff.
Bericht VIRGOS/SCHMIT	Erläuternder Bericht zu dem EU-Übereinkommen über Insolvenzverfahren, publiziert in Hans Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, Tübingen 1997, S. 32 ff.
Botschaft IPRG	Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, BBl 1983 I 263 ff.
Botschaft LugÜ	Botschaft betreffend das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung in Zivil-und Handelssachen vom 21. Februar 1990, BBl 1990 III 265 ff.

Botschaft SchKG	Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1 ff.
Entwurf Zusatzbotschaft	Entwurf einer Zusatzbotschaft vom 28. März 1994 über die Anpassung des Bundesgeseztes vom 11. April 1889 über Schulsbetreibung- und Konkurs (SchKG) an das Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ), unpubliziert.
Gesetzesentwurf	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Gesetzesentwurf der Expertenkommission und Begleitbericht, SSIR 12, Zürich 1978.
Guide	UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment, abrufbar unter http://www.uncitral.org.
Materialen LugÜ	Übereinkommen von Lugano, II. Materialien, Veröffentlichen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 14, Zürich 1991.
Schlussbericht	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, SSIR 13, Zürich 1979.
Stellungnahmen	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Darstellung der Stellungnahmen auf Grund des Gesetzesentwurfs der Expertenkommission und des entsprechenden Begleitberichts, Bundesamt für Justiz, Bern 1980.
Text LugÜ	Übereinkommen von Lugano, I. Text und erläuternder Bericht, Veröffentlichen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Bd. 13, Zürich 1991.

Literatur

Zitiert wird nach dem Namen des Verfassers oder der Verfasserin, wenn nötig mit einem präzisierenden Zusatz. Weitere Literaturhinweise finden sich in den Fussnoten.

AMONN, Kurt	Zur Frage des Gerichtsstands für die paulianische Anfechtung, in: Recht und Rechtdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder, Zürich 1994, S. 427 ff.
AMONN, Kurt/ GASSER, Dominik	Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Aufl. Bern 1997.
BALZ, Manfred	Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen, ZIP 1996. S. 948 ff.
BARTHOLD, Beat	Die Geltung des Gerichtsstands des Betreibungsorts gemäss Art. 85a SchKG im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommes, AJP 1997, S. 1351 ff.
BATIFFOL, Henri/ LAGARDE, Paul	Droit international privé, tome II, 7. édition., Paris 1983.
BAUR, Fritz/ STÜRNER, Rolf	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 2 Bde., Heidelberg 1995.
BERNASCONI, Christophe/ GERBER, Alexander	Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, SZIER 1993, S. 39 ff.
BERZ, Hans Peter	Der paulianische Rückerstattungsanspruch, Diss. Zürich 1960.
BIHR, Philippe	Droit civil, Paris 1996.
BLUMENSTEIN, Ernst	Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.
BRAND, Ernst BREITENSTEIN, Stefan	Die Anfechtungsklage, ZSR 62 (1943), S. 182 ff. Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und der Vereinigten Staaten, Diss. Zürich 1990.

BRÖNNIMANN, Jürgen	Feststellung des neuen Vermögens, Arrest, Anfechtung, in: Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG), Schriftenreihe SAV, Bd. 13, Bern 1995, S. 119 ff.
BROX, Hans/ WALKER, Wolf-D.	Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1993.
BRUNNER, Alexander	Gläubigerschutz im internationalen Konkursrecht, AJP 1995, S. 1 ff.
BRUNNER, Alexander/ HOULMANN, Muriel/ REUTTER, Kurt	Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG, Bern 1994.
BUCHNER, Herbert	Zur internationalen Zuständigkeit des Konkursverwalters, speziell im deutsch-schweizerischen Verhältnis, BlSchKG 1986, S. 41 ff., 81 ff. = ZIP 1985 S. 1114 ff.
BUERGENTHAL, Thomas/ DOEHRING, Karl/ KOKOTT, Juliane/ MAIER, Harold G.	Grundzüge des Völkerrechts, Heidelberg 1988.
BÜHLER, Alfred/ EDELMANN, Andreas/ KILLER, Albert	Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage Aarau/Frankfurt a. M./Salzburg 1998.
BÜLOW, Arthur/ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz/BEARBEITER	Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, hrsg. von Arthur Bülow, Karl-Heinz Böckstiegel, Reinhold Geimer, Rolf Schütze, Loseblattausgabe, Stand Januar 1998.
BÜRGI, Erich	Konkursrechtliche Staatsverträge mit der Schweiz, insbesondere mit den ehemaligen Königreichen Württemberg und Bayern sowie mit Frankreich, BlSchKG 1989, S. 81 (der gleiche Beitrag ist leicht gekürzt unter dem Titel "Konkursrechtliche Staatsverträge der Schweiz, mit den ehemaligen Königreichen Württemberg und Bayern sowie mit Frankreich" erschienen in: Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 175 ff.).

VON CAMPE, Moritz	Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, Diss. Freiburg i. Br., Köln, Berlin, Bonn, München 1996.
CHENAUX, Jean-Luc	Un survol de l'action révocatoire en droit international privé suisse, SJZ 92 (1996), S. 232 ff.
COUCHEZ, Gérard	Procédure civile, Paris 1998.
DALLÈVES, Louis	Anfechtungsklage, SJK 742, 1984.
DALLÈVES, Louis	Faillites internationales et droit suisse, SJ 1978, S. 337 ff.
DAVID, Lukas	In Vergessenheit geratene Staatsverträge, SJZ 69 (1973), S. 84 ff.
DENZLER, Beat	Der Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens, Diss. Zürich 1986.
DIEM, Hans	Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht, Diss. Zürich 1987.
DOKA, Carl	Das internationalrechtliche Problem der Actio Pauliana, ZSR 64 (1945), S. 331 ff.
DONNIER, Marc	Voies d'exécution et procédures de distribution, 3. édition, Paris 1993.
DONNIER, Marc	Voies d'exécution et procédures de distribution, 2. édition, Paris 1990 (2. édition).
DONZALLAZ, Yves	La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bd. I Bern 1996, Bd. II Bern 1997, Bd. III Bern 1998.
DONZALLAZ, Yves	L'interprétation de la convention de Lugano (CL) par le tribunal fédéral: étude de jurisprudence, ZSR 118 (1999), S. 11 ff. (étude).
DONZALLAZ, Yves	Les règles de compétence territoriale du Code de procédure civile valaisan au regard du droit fédéral interne et international, Diss. Fribourg 1993 (règles).

DUTOIT, Bernard	Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 2. Aufl., Basel, Basel/Frankfurt a. M. 1997.
FAVRE, Antoine	Droit des poursuites, 3. Aufl., Fribourg 1974.
FLESSNER, Axel	Internationales Insolvenzrecht in Deutschland nach der Reform, IPRax 1997, S. 1 ff.
FLETCHER, Ian F.	General Reports and Comparative Study, in: Cross-Border Insolvency: National and Comparative studies, Reports delivered at the XIII International Congress of Comparative Law, Montreal 1990, edited by Ian F. Fletcher, Tübingen 1992, S. 269 ff.
FLETCHER, Ian F.	The Istanbul Convention and the Draft EEC Convention, in: Festschrift für Hans Hanisch, Köln, Berlin, Bonn, München 1994, S 89 ff. (Istanbul Convention).
FRAGISTAS, Charalambos	Das Anfechtungsrecht der Gläubiger im internationalen Privatrecht, RabelsZ 1938/39, S. 452 ff.
FRANK, Richard/ SRTRÄULI, Hans/ MESSMER, Georg	Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997.
FRANKFURTER KOMMENTAR-(BEARBEITER)	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, hrsg. von Klaus Wimmer, Neuwied, Kriftel 1999.
FRITZSCHE, Hans	Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1968.
FRITZSCHE, Hans/ WALDER, Hans Ulrich	Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. Aufl., Bd. I Zürich 1984, Bd. II Zürich 1994.
GASSMANN, Richard	Arrest im internationalen Rechtsverkehr, SSIR 106, Diss. Zürich 1998.
GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter R./ SCHMID, Jörg/REY, Heinz	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 7. Aufl. Zürich 1998.
GAUDEMET-TALLON, Hélène	Les conventions de Bruxelles et Lugano, 2. Aufl. Paris 1996.

GAUGLER, Hans	Die paulianische Anfechtung unter besonderer Berücksichtigung der Lebensversicherung, Bd. 1 Basel 1944, Bd. II Basel 1945.
GEIMER, Reinhold	Internationales Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Köln 1997.
GEIMER, Reinhold	Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland, München 1995 (Anerkennung).
GEIMER, Reinhold	EuGVÜ und Aufrechnung: Keine Erweiterung der internationalen Entscheidungszuständigkeit - Aufrechnungsverbot bei Abweisung der Klage wegen internationaler Unzuständigkeit, IPRax 1986, S. 208 ff. (Aufrechnung).
GEIMER, Reinhold/ SCHÜTZE, Rolf A.	Europäisches Zivilverfahrensrecht, Kommentar zum EuGVÜ und zum Lugano-Übereinkommen, München 1997.
GILLIERON, Pierre-Robert	Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 3. Aufl., Lausanne 1993.
GILLIÉRON, Pierre-Robert	Annulation de l'opposition et exequatur, in: La revisione della legge federale sulla esecuzione e sul fallimento, atti della giornata di studio del 9 ottobre 1995, Lugano 1995, S. 35 ff. (Annulation).
GILLIERON, Pierre-Robert	Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. I, Articles 1-88, Lausanne 1999, Bd. II, Articles 89-158, Lausanne 2000 (commentaire).
GILLIERON, Pierre-Robert	La faillite et le concordat dans le projet de loi fédérale sur le droit international privé, in: Premier Séminaire de droit international et de droit européen, Le droit de la faillite internationale, SSIR 46, Zürich 1986, S. 105 ff. (faillite; dieser Beitrag ist auch mit einer Einführung in die Geschichte des internationalen Zwangsvollstreckungsrechts der Schweiz erschienen als: Le droit de la faillite dans le droit international privé suisse de lege ferenda, in: Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985).

GILLIERON, Pierre-Robert	Le droit international suisse de l'exécution forcée des créances pécuniaires et des créances en prestation de sûretés, SJIR 44 (1988), S. 43 ff. (exécution forcée).
GILLIERON, Pierre-Robert	Les dispositions de la nouvelle loi fédérale de droit international privé sur la faillite internationale, CEDIDAC 18, Lausanne 1991 (dispositions).
GILLIERON, Pierre-Robert	Les étrangers et les biens des étrangers dans l'éxecution forcée selon la loi fédérale du 11 avril, 1889, sur la poursuite pour dettes et la faillite, in: Les étrangers en Suisse, Recueil des travaux publiés par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblé de la Société suisse des juristes, à Lausanne, du 1er au 3 octobre 1982, Lausanne 1982 S .219 ff. (étrangers).
GOTTWALD, Peter	Die internationale Zwangsvollstreckung, IPRax 1991, S. 285 ff.
GOTTWALD, Peter/ PFALLER, Markus	Aspekte der Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren im Inland, IPRax 1998, S. 170 ff.
GOUBEAUX,Gilles/ BIHR, Philippe/ HENRY, Xavier	Code civil, 3. Aufl. Paris 1999.
GULDENER, Max	Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. Zürich 1979.
GULDENER, Max	Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951/Supplement Zürich 1959 (IZPR).
GULDENER, Max	Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR 74 (1955), S. 19 ff. (Zwangsvollstreckung).
HAAB, Robert	Vereinfachungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, ZSR 51 (1932), S. 353a ff.
HABSCHEID, Edgar J.	Grenzüberschreitendes (internationales) Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland: Systeme und Wechselwirkungen rechtsvergleichend auch zu anderen Rechtsordnungen, insbesondere der Schweiz, Berlin 1998.

HANGARTNER, Walter	Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung ihrer Entwicklung in den letzten zwei Dezennien, Diss. Zürich, Aarau 1929.
HANISCH, Hans	Internationale Zuständigkeit und Rechtsanwendung in neueren europäischen Insolvenzabkommens-Entwürfen, in: Recht und Rechtdurchsetzung, Festschrift für Hans Ulrich Walder, Zürich 1994, S. 483 ff.
HANISCH, Hans	Deux problèmes de la faillite internationale (analyse comparative), in: Mélanges offerts à la Société suisse des juristes, Genève 1976, S. 107 ff. (Deux problèmes).
HANISCH, Hans	Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht, ZIP 1985, S. 1233 ff. (Wende).
HANISCH, Hans	Die international-insolvenzrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs eines schweizerischen IPR-Gesetzes, KTS 1979, S. 232 ff. (Entwurf).
HANISCH, Hans	Grenzüberschreitende Insolvenz: Drei Lösungsmodelle im Vergleich, in: Festschrift für Hideo Nakamura, Tokio 1996, S. 221 ff. (Grenzüberschreitende Insolvenz).
HANISCH, Hans	Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs. 1 IPRG, SZIER 1992, S. 3 ff.
HANISCH, Hans	Internationalprivatrecht der Gläubigeranfechtung, ZIP 1981, S. 569 ff. (Internationalprivatrecht).
HANISCH, Hans	Die Vollstreckung von ausländischen Konkurserkenntissen in der Schweiz, AJP 1999, S. 17 ff. (Vollstreckung).
HANISCH, Hans	Extraterritoriale Wirkung eines allgemeinen Veräusserungsverbots im Konkurseröffnungsverfahren - Revisibilität ermessensfehlerhafter Ermittlung ausländischen Rechts - Durchgriff - Auf die Insolvenzanfechtung anwendbares Recht, IPRax 1993, S. 69 ff. (Extraterritoriale Wirkung).

HANISCH, Hans	Procédure d'insolvabilité interne comprenant des biens situés à l'étranger, in: Premier Séminaire de droit international et de droit européen, Le droit de la faillite internationale, SSIR 46, Zürich 1986 (Procédure).
HANISCH, Hans	Wirkungen deutscher Insolvenzverfahren auf in der Schweiz befindliches Schuldnervermögen, SJ 1988 S. 737 ff. (Wirkungen).
HENCKEL, Wolfram	Insolvenzanfechtung - Artt. 4 und 5 des Vorentwurfs (VE) - und Gläubigeranfechtung ausserhalb des Insolvenzverfahrens, in: Hans Stoll (Hrsg.), Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Insolvenzrechts, Tübingen 1992, S. 156 ff.
HESS, Burkhard	Auslandssachverhalte im Offenbarungsverfahren, Rpfleger 1996, S. 89 ff.
HIRSCH, Alain	Aspects internationaux du droit suisse de la faillite, in: Recueil de travaux, publié à l'occasion de l'assemblée de la société suisse des juristes, à Genève, du 3 au 5 octobre 1969, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, Nr. 27, Genf 1969.
HOLZHAMMER, Richard	Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl. Wien und New York 1993.
IPRG-(BEARBEITER)	Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder, Basel und Frankfurt a. Main 1996.
IPRG-KOMMENTAR-(BEARBEITER)	Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989, hrsg. von Anton Heini/Max Keller/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken, Zürich 1993.
JACOT, Louis	La faillite dans les relations de droit international privé de la Suisse, Diss. Neuchâtel 1932.
JAEGER, Carl	Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Bde. I - II, Zürich 1911.

JAEGER, Carl/ WALDER, Hans Ulrich/ KULL, Thomas M./ KOTTMANN, Martin	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Bd. I Zürich 1997, Bd. II Zürich 1999.
JAHR, Günther	Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, in: Gerhard Lüke/Hanns Prütting (Hrsg.), Lexikon des Rechts, Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Neuwied 1995.
JAEGER, Carl	Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Zürich 1911.
JAMETTI GREINER, Monique	Zur Erweiterung des Geltungsbereichs des Lugano-Übereinkommens in den mittel- und osteuropäischen Raum, insbesondere zur Situation Polens, AJP 1998, S. 707.
JAUERNIG, Othmar	Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 20. Aufl. München 1996.
JAYME, Erik/ KOHLER, Christian	Europäisches Kollisionsrecht, 1995 - Der Dialog der Quellen, IPRax 1995, S. 343 ff.
JEGHER, Gion	Mit schweizerischer negativer Feststellungsklage ins europäische Forum Running - (Gedanken anlässlich BGE 123 III 414), ZSR 118 (1999) I, S. 31 ff.
KÄLIN, Walter	Der Geltungsgrund des Grundsatzes "Völkerrecht bricht Landesrecht", ZBJV 124bis (1988), S. 45 ff.
KÄLIN, Walter	Schubert und der Rechtsstaat oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge, ZSR 1993/I, S. 73 ff. (Schubert).
KELLERHALS, Franz	Auswirkungen des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPRG) auf die bernische Zivilprozessordnung, ZBJV 125 (1989), S. 561 ff.
KEPPELMÜLLER, Rudolf	Österreichisches internationales Konkursrecht, Wien 1997.
KISTLER, Ernst Walter	Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Klagen aus dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Zürich 1980.

KOCH, Harald	Neuere Probleme der internationalen Zwangsvollstreckung einschliesslich des einstweiligen Rechtsschutzes, in: Peter Schlosser (Hrsg.), Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der Internationalen Zwangsvollstreckung, Bielefeld 1992, S. 171 ff.
KOCH, Robert	Zur Vereinbarkeit des Erfordernisses "hinreichender Inlandsbezug des Rechtsstreits" gemäss § 23 ZPO mit dem Gemeinschaftsrecht, IPRax 1997, S. 145 ff. (Vereinbarkeit).
KOFMEL, Sabine	Die Rechtsöffnung gemäss revidiertem SchKG, AJP 1996, S. 1349 ff.
KÖNIG, Bernhard	Die Anfechtung nach der Konkursordnung, 2. Aufl., Wien 1993.
KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta	Gerichtsstände im revidierten SchKG, AJP 1996, S. 1360 ff.
KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta	Internationales Konkursrecht: Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Durchführung eines Sekundärkonkurses in der Schweiz, BlSchKG 1993, S. 1 ff. (Internationales Konkursrecht).
KROLL, Markus	Arrest von Wertrechten in Sammelverwahrung, SZW 1994, S. 244 ff.
KROPHOLLER, Jan	Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen, 6. Aufl. Heidelberg 1998.
LEIPOLD, Dieter	Zum künftigen Weg des deutschen internationalen Insolvenzrechts (Anwendungsbereich, internationale Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung), in: Hans Stoll (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht, Tübingen 1997, S. 185 ff.
LEIPOLD, Dieter	Miniatur oder Bagatelle: das internationale Insolvenzrecht im deutschen Reformwerk 1994, in: Festschrift für Wolfram Henckel, Berlin/New York 1995, S. 533 ff. (Insolvenzrecht).

LEMMER, Ulrich	Das Anfechtungsrecht der Gläubiger und der Konkursverwaltung nach deutschem internationalen Privatrecht, Diss. Freiburg 1967.
LENHARD, Hans	Widerspruchsverfahren und Widerspruchsprozess nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. April über Schuldbetreibung und Konkurs, Diss. Bern, Zürich 1945.
LEUCH, Georg	Die Bedeutung des betreibungsrechtlichen Widerspruchsverfahrens um Forderungen, ZBJV 74 (1940), S. 1 ff.
LEUCH, Georg/ MARBACH, Omar/ KELLERHALS, Franz	Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Bern 2000.
LEVIS, Otto	Deutsch – schweizerischer Vollstreckungsvertrag, ZSR 56 (1937), S. 352 ff.
LOUSSOUARN, Yvon/ BOUREL, Pierre	Droit international privé, 5. édition, Paris 1996.
LÜKE, Wolfgang	Das europäische internationale Insolvenzrecht, ZZP 1998, S. 275 ff.
MARKUS, Alexander	Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten: Provisorische Rechtsöffnung, Aberkennungsklage und Zahlungsbefehl, Diss. Basel, Basel und Frankfurt a. Main 1996.
MARKUS, Alexander	Zum internationalen Insolvenzrecht, ST 4/1997, S. 295 ff. (Insolvenzrecht).
MARKUS, Alexander	Das neue UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz, SZW 1998, S. 15 ff. (UNCITRAL-Modellgesetz).
MAYER, Pierre	Droit international privé, 5. édition, Paris 1994.
MEIER, Isaak	Internationales Zivilprozessrecht, Zürich 1994.
MEIER, Isaak	Besonderer Vollstreckungstitel nach dem Lugano-Übereinkommen, in: Das Lugano-Übereinkommen, hrsg. von Ivo Schwander, St. Gallen 1990, S. 61 ff. (Vollstreckungstitel).

MEIER, Isaak — Einführung in das internationale Insolvenzrecht nach schweizerischem Recht unter Einbezug des europäischen Rechts, Mitteilungen aus dem Institut für zivilgerichtliches Verfahren, Nr. 23 (1998), S. 5 ff. (Einführung).

MEILI, F. — Lehrbuch des internationalen Konkursrechts, Zürich 1909.

MÖSSLE, Karen Ilka — Internationale Forderungspfändung, Diss. Konstanz, Berlin 1991.

MÜLLER, Beat — Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Bereich des Schuldrechts, Diss. St. Gallen, Zürich 1994.

NEUMANN, Georg/ LICHTBLAU, Ludwig — Kommentar zur Exekutionsordnung, hrsg. von Viktor Heller/Franz Berger/Leopold Stix, Bd. 1 Wien 1969, Bd. 2 Wien 1972, Bd. 3 Wien 1976.

NUSSBAUM, Werner — Das internationale Konkursrecht der Schweiz de lege lata et de lege ferenda, SSIR 20, Diss. Bern, Zürich 1980.

NUSSBAUM, Werner — Anerkennung und Vollstreckung eines auf dem Gebiet des früheren Königreichs Württemberg eröffneten Konkurses in der Schweiz, SJZ 80 (1984), S. 355 ff. (Anerkennung).

NUSSBAUM, Werner — Das schweizerische internationale Insolvenzrecht gemäss dem Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht und sein Umfeld in Europa, SSIR 63, Zürich 1989 (Insolvenzrecht).

PETITPIERRE, Max — Les conventions conclues par la Suisse avec l'Allemagne, l'Autriche et la Tchéco-Slovaquie, concernant la reconaissance et l'exécution des jugements civils, in: Schweizerische Vereinigung für internationales Recht, Druckschrift Nr. 31, Zürich und Leipzig 1931, S. 21 ff. (Conventions).

PROBST, Rudolf — Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in der Schweiz nach den geltenden Staatsverträgen, ASR 118, Diss. Bern 1936.

RAMER, Paul — Die prozessualen Gestaltungsklagen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht, Diss. Zürich 1973.

RECHBERGER, Walter H./ OBERHAMMER, Paul — Exekutionsrecht, Wien 1997.

REISER, Hans — Allgemeine Voraussetzungen der Anerkennung ausländischer Konkurserkenntnisse in der Schweiz, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, hrsg. von Hans Ulrich Walder, Tobias Jaag, Dieter Zobl, Zürich 1994, S. 319 ff.

REY, Heinz — Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998.

ROTH, Herbert — Die negative Feststellungsklage zur Abwehr drohender Zwangsvollstreckung als Anwendungsfall von Art. 16 Nr. 5 Lugano-Übereinkommen, IPRax 1999, S. 50 ff.

SCHACK, Haimo — Internationale Zwangsvollstreckung in Geldforderungen, Rpfleger 1980, S. 175 ff.

SCHACK, Haimo — Internationales Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. München 1996.

SCHACK, Haimo — Vermögensbelegenheit als Zuständigkeitsgrund - exorbitant oder sinnvoll?, § 23 in rechtsvergleichender Perspektive, ZZP 97 (1984), S. 46 ff. (Vermögensbelegenheit).

SCHACK, Haimo — Zur Anerkennung ausländischer Forderungspfändungen, IPRax 1997, S. 318 ff. (Anerkennung).

SCHKG-(BEARBEITER) — Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, hrsg. von Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin, Bd. I Art. 1-87, Bd. II Art. 88-220, Bd. III Art. 221-352, Nebenerlasse, Basel/Genf/München 1998.

SCHLOSSER, Peter — Das anfechtbar verschenkte Ferienhaus in der Provence und die internationale Zuständigkeit der Gerichte, IPRax 1993, S. 17 f. (Zuständigkeit).

SCHLOSSER, Peter	EuGVÜ, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen mit Luganer Übereinkommen und den Haager Übereinkommen über Zustellung und Beweisaufnahme, München 1996.
SCHLOSSER, Peter	Gläubigeranfechtungsklage nach französischem Recht und Art.16 EuGVÜ, IPRax. 1991, S. 29 ff. (Gläubigeranfechtung).
SCHLOSSER, Peter	Konkurs- und konkursähnliche Verfahren im geltenden Europarecht, in: Festschrift für Friedrich Weber, Berlin und New York 1975, S. 395 ff. (Konkurs).
SCHMID, Ernst. F.	Konkursrechtliche Staatsverträge der Schweiz, in: Tagungsunterlagen, Internationales Insolvenzrecht, Tagung vom 5. April 2000 des Europa Instituts Zürich.
SCHMIDT-PARZEFALL, Tillmann	Die Auslegung des Parallelübereinkommens von Lugano, Diss. Hamburg, Tübingen 1995.
SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen	Die Anknüpfung der Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens, Diss. Bonn, Bielefeld 1984.
SCHÜPBACH, Henri-Robert	Droit et action révocatoires, Commentaire des articles 285 à 292 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, modifiée le 16 décembre 1994, Basel und Frankfurt a. Main 1997.
SCHÜPBACH, Henri-Robert	Des trois dimensions temporelles du droit de révocation, AJP 1996, S. 1146 ff. (dimensions).
SCHWANDER, Ivo	Einführung in das internationale Privatrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1990, Bd. II: Besonderer Teil, 2. Aufl., St. Gallen/ Lachen 1998.
SCHWANDER, Ivo	Die Gerichtszuständigkeiten im Lugano-Übereinkommen, in: Das Lugano-Übereinkommen, hrsg. von Ivo Schwander, St. Gallen 1990, S. 61 ff. (Gerichtszuständigkeiten).
SCHWOB, Renate	Fragen aus dem Widerspruchsverfahren, in: Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 275 ff.

SIEHR, Kurt	Grundfragen des internationalen Konkursrechts, SJZ 95 (1999), S. 85 ff.
SONNENTAG, Michael	Auslandskonkurs und Anfechtung im Inland, IPRax 1998, S. 330 ff.
SPÜHLER, Karl/ INFANGER, Dominik	Anwendung des LugÜ, insbesondere von Art. 16 Ziff. 5 LugÜ, auf SchKG-Klagen, in: Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts, hrsg. von Karl Spühler, EIZ-Reihe Bd. 30, Zürich 2000, S. 113 ff.
SPÜHLER, Karl/ PFISTER, Susanne B.	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bde. I - II, 2. Aufl., Zürich 1999.
SPÜHLER, Karl/ VOCK, Dominik	Gerichtsstandsgesetz (GestG), Gesetzesausgabe mit Anmerkungen, Zürich 2000.
STADLER, Astrid	Anerkennung ausländischer (Zwangs)vergleiche, IPRax 1998, S. 91 ff.
STAEHELIN, Adrian	Die betreibungsrechtlichen Streitigkeiten, in: Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 71 ff. (Streitigkeiten).
STAEHELIN, Adrian	Die Staatsverträge über Zivilprozess und Zwangsvollstreckung nach der neueren Praxis des Bundesgerichts, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 561 ff. (Staatsverträge).
STAEHELIN, Daniel	Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Schweiz, Diss. Basel, Basel und Frankfurt a. Main 1989.
STAEHELIN, Daniel	Die Anfechtungsklagen, BlSchKG 61 (1997), S. 81 ff. (Anfechtungsklagen).
STAEHELIN, Daniel	Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259 ff. (Zuständigkeit).

STAUFFER, W.	Die Verträge der Schweiz mit Österreich und mit der Tschechoslovakei über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, Aarau und Leipzig 1930.
STAUFFER, W.	Die neuen Verträge der Schweiz über die Vollstreckung von Zivilurteilen, in: schweizerische Vereinigung für internationales Recht, Druckschrift Nr. 31, Zürich und Leipzig 1931, S. 1 ff. (Verträge).
VON STEIGER, Werner	Internationalrechtliche Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, BlSchKG 1953, S. 1 ff.
STEIN/JONAS/BEARBEITER	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Aufl. Tübingen 1995.
STOFFEL, Walter A.	Ausschliessliche Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommens und SchKG-Verfahren, insbesondere Rechtsöffnung, Widerspruchsklage und Arrest, in: Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 376 ff.
STOFFEL, Walter A.	Das neue Arrestrecht, AJP 1996, S. 1401 ff. (Arrestrecht).
STOJAN, Teddy S.	Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in Handelssachen, Diss. Zürich 1986.
STORCK, Walter	Das Abkommen der Schweiz mit Schweden über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen vom 15. Januar 1936, Diss. Zürich 1938.
STRATENWERTH, Günter	Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 5. Aufl. Bern, 1995.
STÜRNER, Rolf	Das grenzüberschreitende Vollstreckungsverfahren in der Europäischen Union, in: Festschrift für Wolfram Henckel, Berlin/New York 1995, S. 863 ff.
SÜSSKIND, Marcel	Das schweizerische Widerspruchsverfahren (Art. 106 - 109 SchKG) und die deutsche Drittintervention (§771 ZPO), Diss. Zürich 1989.
TAORMINA, Gilles	Le nouveau droit de procédures d'exécution et de distribution, Paris 1993.

TAUPIZ, Jochen	Das (zukünftige) europäische Insolvenzrecht - insbesondere aus internationalprivatrechtlicher Sicht, ZZP 1998, S. 315 ff.
TENCHIO, Luca	Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, ZStV 111, Diss. Zürich 1999.
THEUS SIMONI, Fabiana	Englische, walisische und französische Konkursverwalter in der Schweiz, SSIR 102, Diss. Zürich 1997.
TRAICHEL, Christian	Die Reform des französischen Zwangsvollstreckungsrechts, Diss. München, Bielefeld 1995.
TRUNK, Alexander	Internationales Insolvenzrecht: systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichenden Bezügen, Habil. München, Tübingen 1998.
TSCHUMY, Jean-Luc	La revendication de droits de nature à soustraire un bien à l'exécution forcée, Diss. Lausanne 1987.
VALLONI, Lucien William	Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Lugano- und Brüsseler - Übereinkommen, Diss. Zürich 1998.
VINCENT, Jean/ PREVAULT, Jacques	Voies d'exécution et procédures de distribution, 18. édition, Paris 1995.
VOGEL, Oscar	Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Aufl. Bern 1999.
VOGEL, Oscar	Wer zuerst kommt, mahlt zuerst. Oder: Der Eintritt der Rechtshängigkeit nach dem Lugano-Übereinkommen, recht 16 (1998), S. 124 ff. (Eintritt der Rechtshängigkeit).
VERSCHRAEGEN, Bea	Die internationale Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkurses, ZfRV 1986, S. 272 ff.
VOLKEN, Paul	Europäische Harmonisierung des Konkursrechts: frühe Staatsverträge, in: Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 465 ff.
VOLKEN, Paul	Harmonisation du droit international privé de la faillite, in: Recueil des cours 1991 V, tome 230, Académie de droit international de La Haye, Dordrecht/Boston/London 1993, S. 343 ff. (Harmonisation).

VOLKEN, Paul	Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (1992), SZIER 1993, S. 335 ff. (Rechtsprechung 1992).
WAGNER, Rolf	Die geplante Reform des Brüsseler und des Lugano Übereinkommens, IPRax 1998, S. 241 ff.
WALDER, Hans Ulrich	Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989.
WALDER, Hans Ulrich	Die international konkursrechtlichen Bestimmungen des neuen IPR-Gesetzes, in: Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 325 ff. (Konkursrechtliche Bestimmungen).
WALDER, Hans Ulrich	Die international konkursrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) und die Auswirkungen auf die konkursrechtliche Praxis in der Schweiz, LJZ 7 (1986), S. 51 ff. (Auswirkungen).
WALDER-RICHLI, Hans Ulrich	Zivilprozessrecht, 4. Aufl. Zürich 1996.
WALTER, Gerhard	Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2. Aufl. Bern/Stuttgart/Wien 1998.
WALTHER, Fridolin M. R.	Neue und angepasste Fristen im revidierten SchKG, AJP 1996, S. 1378 ff.
WILDHABER, Luzius	Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, SJIR 30 (1974), S. 195 ff.
WOOPEN, Herbert	Zwangsvollstreckung und Arrest in Forderungen nach französischem Recht unter besonderer Berücksichtigung der Vollstreckung in Bankkonten, Diss. Köln 1989.
WYSS, Martin Philipp	EMRK - Verletzung und bundesrechtliche Revision nach Art. 139a OG, recht 17 (1999), S. 92 ff.

Abkürzungen

a	alt (frühere Fassung des betreffenden Gesetzes)
a. A.	andere(r) Auffassung
a.a.O.	am angeführten Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Anm.	Anmerkung
Amtl.Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
AnfG	(Deutsches) Anfechtungsgesetz
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht
aSchKG	alte, vor dem 1. Januar 1997 geltende Fassung des SchKG
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
Bde.	Bände
bezw.	beziehungsweise
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung (zit. nach Band, Abteilung und Seitenzahl)
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheide des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BlSchKG	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
CC	Code civil français
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (droit industriel, droit d'auteur, droit commercial) de l'Université de Lausanne
décret	Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-655 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution
DGVG	(Deutsches) Gerichtsverfassungsgesetz
DZPO	(Deutsche) Zivilprozessordnung
EGInsO	(Deutsches) Einführungsgesetz zur Insolvenzverordnung
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EIZ	Europa Institut Zürich
EO	(Österreichische) Exekutionsordnung
Einl.	Einleitung

Erklärung 1	Erklärung der Vertreter der Regierungen der Unterzeichnerstaaten des Luganer Übereinkommens, die Mitglieder der Europäischen Gemeinschaften sind, publ. in: Text LugÜ, S. 100 f.
Erklärung 2	Erklärung der Vertreter der Regierungen der Unterzeichnerstaaten des Luganer Übereinkommens, die Mitglieder der Europäischen Freihandelsassoziation sind, publ. in: Text LugÜ, S. 102 f.
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (Brüsseler Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FN	Fussnote
gesp.	gesperrt
GestG	Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000, BBl 2000, S. 2183 ff. (Referendumsvorlage)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976
Habil.	Habilitationsschrift
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
i. a.	im allgemeinen
i. c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.v.	im Sinn von
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
JZ	Juristenzeitung
KOV	Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32)
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
lit.	litera
LJZ	Liechtensteinische Juristen-Zeitung
loi	Loi n° 91-655 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution
LS	Zürcher Loseblattsammlung
LugÜ	Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11)
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N	Note, Randnote
NR	Nationalrat

NCPC	Nouveau code de procédure civile (Frankreich)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110.0)
OLG	Oberlandesgericht
Protokoll Nr. 1	Protokoll Nr. 1 über bestimmte Zuständigkeits-, Verfahrens- und Vollstreckungsfragen (SR 0.275.11)
Protokoll Nr. 2	Protokoll Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens (SR 0.275.11)
publ.	publiziert
RabelsZ	(Rabels) Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
sc.	scilicet (nämlich)
SJ	La Semaine Judiciaire
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des (Europäischen) Gerichtshofs
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StR	Ständerat
SSIR	Schweizer Studien zum Internationalen Recht
ST	Der Schweizer Treuhänder
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
u.	und
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VRK	Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111)
VVAG	Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923 (SR. 281.41)
VZG	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (SR 281.42)
z.B.	zum Beispiel

ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStV	Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1. Teil: Grundlagen

§ 1 Einführung

Internationale Bezüge spielen im Rechtsleben eine immer wichtigere Rolle. Diese Feststellung ist weder neu noch originell. Schon 1909 wurde bemerkt: "Die Mischung und Durchwürfelung des fremden Menschenmaterials ist in der modernen Zeit [...] geradezu immens. Physische und juristische Personen haben infolge des heutigen Verkehrs Aktiven in mehreren Staaten [...]."[1] Die Internationalisierung hat sich, wie man weiss, nicht mit der erwarteten Geschwindigkeit vollzogen.[2] Man könnte deshalb versucht sein, daraus zu schliessen, dass zum Tenor der Lehre des internationalen Zivilprozessrechts schon seit langem der stereotype Hinweis auf die sich angeblich stetig verstärkenden grenzüberschreitenden Bezüge[3] gehöre, und im übrigen zur Tagesordnung übergehen.

Zum heutigen Zeitpunkt ist allerdings die Konstatierung der zunehmenden Bedeutung des internationalen Zivilprozessrechts mehr als blosse Deklamation. Dies ergibt nur schon eine Durchsicht der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts, wo Urteile zum IPRG und insbesondere zum LugÜ immer häufiger zu finden sind. Parallel dazu ist eine weitere Entwicklung auszumachen: die Bedeutung des Staatsvertragsrechts als Rechtsquelle des internationalen Zivilprozessrechts nimmt stetig zu. In erster Linie ist dies eine Folge der Ratifizierung des LugÜ, dessen Anwendungsbereich nunmehr über die EFTA- und EU-Staaten hinausreicht.[4] Daneben ist aber auch an die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Konkursrechts auf europäischer Ebene zu

---

[1] Meili, S. 3.

[2] Die Zunahme der wirtschaftlichen Verflechtung mit dem Ausland hat sich nicht ohne Brüche vollzogen. So machten beispielsweise die Exporte 1913 ein Drittel des Nettosozialprodukts aus. 1924 waren es 25.9 Prozent. Dieses Niveau wurde erst wieder 1969 erreicht. 1995 betrug der Anteil der Exporte 28.3 Prozent (vgl. NZZ vom 9. Juni 2000, S. 17).
Diese Entwicklung spiegelt sich möglicherweise auch in der publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts zum internationalen Konkursrecht. Auffallend ist jedenfalls, dass viele der Entscheide aus dem ersten Drittel dieses Jahrhunderts stammen.

[3] Vgl. z. B. SCHACK, Rz 14.

[4] Seit dem 1. Februar 2000 ist auch Polen Vertragsstaat des LugÜ. Weitere Beitrittskandidaten sind Ungarn und die Tschechische Republik (vgl. JAMETTI GREINER, S. 709).

denken, die indirekt auch die Schweiz betreffen,[5] oder an das Projekt eines Haager Zuständigkeits- und Vollstreckungsübereinkommens[6]. Das LugÜ greift einschneidend ins internationale Zivilprozessrecht der Schweiz ein; als grundsätzlich autonom auszulegender Staatsvertrag geht es dem Landesrecht vor. Probleme ergeben sich hierbei vor allem im Grenzbereich zwischen Vollstreckungsrecht und Zivilprozessrecht. Dabei wirft die Eigenart des SchKG, auch materiellrechtliche Klagen - zumindest teilweise - zu regeln, manche Fragen auf. In der vorliegenden Arbeit werden zwei Klagen des SchKG herausgegriffen, die Widerspruchsklage und die Anfechtungsklage. Beiden ist gemeinsam, dass sie gemeinhin als betreibungsrechtlich mit Reflexwirkung auf das materielle Recht qualifiziert werden. Dennoch weisen sie grundlegende Unterschiede auf. In eurointernationaler Hinsicht von besonderer Bedeutung ist die Tatsache, dass die Widerspruchsklage eng mit dem schweizerischen System der Zwangsvollstreckung verbunden ist. Zwar kann man nicht so weit gehen und die Widerspruchsklage als "eigenartiges, spezifisches Gebilde des schweizerischen Betreibungsrechts"[7] bezeichnen, zumal es auch in ausländischen Rechten vergleichbare Rechtsbehelfe gibt; dennoch ist sie nicht im Sinne der Anfechtungsklage universal, die in der Form der actio pauliana auf römische Wurzeln zurückgeht und in der einen oder anderen Weise in jedem Recht der LugÜ-Vertragsstaaten mit kontinentaler Rechtstradition vorhanden ist.

Die Qualifizierung der Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im Hinblick auf einen Staatsvertrag schärft auch das Bewusstsein für deren Funktion in einem schweizerischen Betreibungsverfahren. Insofern kann die Einordnung dieser Klagen unter das LugÜ auch ein neues Licht auf ihre Behandlung im autonomen internationalen Zivilprozessrecht nach dem IPRG werfen.

[5] Vgl. hinten, § 14 III B 1.
[6] Vgl. hinten, § 19 IV.
[7] Entscheid des bernischen Appellations-Hofes vom 26. Oktober 1904, ZBJV 41 (1905), S. 424 ff.

§ 2 Problemstellung

I. Allgemeines

Auf den ersten Blick scheint die Frage nach der internationalen Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen müssig zu sein, hat der Gesetzgeber im revidierten SchKG doch ausdrücklich Stellung bezogen: für Widerspruchsklagen nach Art. 107 SchKG wird in Art. 109 Abs. 1 SchKG generell der Betreibungsort als Gerichtsstand festgelegt. Für Klagen nach Art. 108 SchKG gilt, falls der Beklagte Wohnsitz[8] im Ausland hat, ebenfalls der Betreibungsort als Gerichtsstand. Und für Anfechtungsklagen bestimmt Art. 289 SchKG bei ausländischem Wohnsitz des Klägers den Pfändungs- bzw. Konkursort als Gerichtsstand. Für Anfechtungsklagen in einem schweizerischen Hilfskonkurs wird in Art. 171 IPRG auf das SchKG verwiesen.

Bei näheren Hinsehen zeigt sich jedoch, dass die Dinge nicht so einfach liegen: zum einen gilt in der Schweiz seit 1. Januar 1992 das Lugano-Übereinkommen, das nationalen Zuständigkeitsnormen vorgeht, zum andern ist Art. 30a SchKG zu beachten, der das IPRG ausdrücklich vorbehält. Damit stellt sich die Frage, wie die entsprechendem Klagen unter dem LugÜ bzw. dem IPRG zu qualifizieren sind. Nicht geregelt ist weiter, welchem Recht eine Anfechtungsklage untersteht und die damit eng zusammenhängende Frage, welche Anfechtungsansprüche in einen schweizerischen Hilfskonkurs gemäss Art. 171 IPRG fallen. Das Gesetz schweigt sich auch zur Frage aus, ob ein Gerichtsstand in der Schweiz aufgrund eines ausländischen Konkurs- oder Pfändungsverfahrens gegeben ist.

Die Qualifikation betreibungsrechtlicher Klagen mit internationalem Bezug bereitet Schwierigkeiten. Der Hauptgrund dafür liegt in der Eigenart des SchKG, materiellrechtliche und betreibungrechtliche Fragen eng miteinander zu verknüpfen. Gemeinhin werden im Bereich des SchKG drei verschiedene Klagearten unterschieden:[9] rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten, rein materiellrechtliche Streitigkeiten sowie betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das mate-

[8] In dieser Arbeit wird der Übersichtlichkeit halber nur vom Wohnsitz gesprochen. Es ist selbstverständlich, dass damit auch der Sitz mitgemeint ist, falls es sich nicht um eine natürliche Person handelt (vgl. Art. 21 IPRG).
[9] Statt vieler SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 19 f., 38 f.

rielle Recht. Bei den zwei erstgenannten Kategorien bestehen kaum Zweifel über die Bestimmung der Zuständigkeit:[10] bei rein betreibungrechtlichen Streitigkeiten richtet sich die Zuständigkeit nach dem SchKG, bei jenen materielllrechtlicher Natur nach einem Staatsvertrag oder dem IPRG. Umstritten ist die dritte Kategorie: Richtet sich die Bestimmung der Zuständigkeit bei betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht nach Staatsvertrag und IPRG oder nach SchKG?

Zur Beantwortung dieser Frage muss zunächst unterschieden werden, ob es sich um eine Abgrenzungsfrage zwischen IPRG und SchKG oder einem Staatsvertrag und dem SchKG handelt.

Bei der Konkurrenz zwischen IPRG und SchKG ergibt sich ein erster Hinweis aus Art. 30a SchKG. Darin werden völkerrechtliche Verträge und das IPRG ausdrücklich vorbehalten. Zwar ist der normative Wert dieser Bestimmung gering, zumal völkerrechtliche Verträge dem SchKG ohnehin vorgehen und auch das IPRG eine andere Materie regelt als das SchKG, so dass sich Konkurrenzfragen, welche durch den Vorrang des IPRG zu lösen wären, kaum stellen werden; immerhin ruft diese Bestimmung aber in Erinnerung, dass innerstaatlich dem Vollstreckungsrecht zuzuordnende Rechtsinstitute in einem internationalen Kontext nicht einfach gemäss Landesrecht qualifiziert werden können.

Bei der Konkurrenz zwischen völkerrechtlichen Verträgen und dem SchKG stellt sich die gleiche Frage. Allerdings kann hier die Qualifizierung nicht nach Landesrecht vorgenommen werden, sondern einzig aus der Warte des völkerrechtlichen Vertrags. Im Bereich des LugÜ ist die Frage zu beantworten, ob Widerspruchs- und Anfechtungsklagen in den Anwendungsbereich des Art. 16 Nr. 5 (Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen) bzw. des Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 LugÜ (Ausschluss von Konkursen) fallen oder ob sie gemäss Art. 2 ff. LugÜ materiellrechtlich anzuknüpfen sind.

[10] Allerdings mit der wichtigen Ausnahme der provisorischen Rechtsöffnung. Über die Frage, ob diese unter dem LugÜ als materiellrechtliche oder vollstreckungrechtliche Klage zu qualifizieren sei, ist in der schweizerischen Doktrin eine Kontroverse entbrannt (vgl. statt vieler MARKUS, S. 66 ff.).

II. Das internationale Verhältnis

Wenn von einem internationalen Verhältnis die Rede ist, muss zunächst definiert werden, welche Art von Auslandsbezug ein "nationales" zu einem "internationalen" Verhältnis werden lässt. Wann ein solches vorliegt lässt sich nicht allgemein, sondern nur mit Blick auf die zu beurteilende Rechtsfrage sagen.[11] Demgemäss ist nachfolgend zu bestimmen, welche transnationalen Bezüge es gestatten, im Zusammenhang mit der Widerspruchs- und Anfechtungsklage von einem internationalen Sachverhalt zu sprechen.

A. Bei Widerspruchsklagen

Die Widerspruchsklage dient der Feststellung von Drittansprüchen an gepfändeten Vermögenswerten. Je nach Ausgang des Verfahrens bleiben die Vermögenswerte gepfändet oder sie werden aus der Pfändung entlassen. Kläger sind im Fall des Art. 108 SchKG der Gläubiger und/oder der Schuldner, Beklagter ist der Dritte. Im Fall des Art. 107 SchKG ist es gerade umgekehrt.[12]

Am Verfahren beteiligt sind somit (1) der Gläubiger und/oder (2) der Schuldner sowie (3) der Dritte. Damit es überhaupt zu einer Widerspruchsklage kommen kann, ist zudem (4) ein Betreibungsverfahren notwendig. Bei diesen vier Elementen stellt sich die Frage, wie sich ein Auslandbezug auswirkt. Soweit es um die am Verfahren beteiligten Parteien geht, kann dieser Bezug nur im ausländischen Wohnsitz bestehen. Der ausländische Wohnsitz des Schuldners oder des Gläubigers begründet kein internationales Verhältnis.[13] Die Bestimmungen des SchKG finden - mit wenigen, hier keine Rolle spielenden Ausnahmen[14] - Anwendung unabhängig vom Wohnsitz der Betreibungsparteien. Voraussetzung für die Einleitung eines Betreibungsverfahrens in der Schweiz ist allerdings, dass hier ein Betreibungsstand besteht. Damit ist

[11] IPRG-SCHNYDER, N 2 zu Art. 1; IPRG-KOMMENTAR-VOLKEN, N 18 zu Art. 1; SCHWANDER, Bd. I, Rz 52.

[12] Näher zu Funktion und Natur des Widerspruchsverfahrens hinten, § 6.

[13] Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur dann, wenn die Widerspruchsklage bei Beteiligung des Schuldners als materiellrechtlich angesehen wird, vgl. hinten, § 6 I G 5, § 10 II und § 12 III.

[14] So ist z. B. eine Fristverlängerung gemäss Art. 33 Abs. 2 SchKG möglich, wenn ein Verfahrensbeteiligter im Ausland wohnt.

auch gesagt, dass eine *schweizerische* Zwangsvollstreckung vorliegen muss. Zwar ist nicht auszuschliessen, dass sich die Frage einer schweizerischen Zuständigkeit für funktionsähnliche Verfahren aufgrund einer ausländischen Zwangsvollstreckung stellt; ein solches Verfahren wäre aber kein Widerspruchsverfahren im Sinne des SchKG und wird deshalb in dieser Arbeit nicht behandelt.

Als einzig relevanter Auslandbezug verbleibt somit der ausländische Wohnsitz des Dritten im Sinne von Art. 107 und 108 SchKG. Der Dritte ist zunächst nicht Partei im Betreibungsverfahren, weshalb nicht schon zum vornherein - nach dem Grundsatz der Territorialität des Vollstreckungsrechts - jeglicher Auslandsbezug negiert werden kann. Dass auch der Gesetzgeber diesen Fall nicht ohne weiteres als Inlandfall ansieht, zeigt sich im übrigen daran, dass diese Konstellation in Art. Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ausdrücklich geregelt wird.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass bei Widerspruchsklagen ein internationales Verhältnis vorliegt, wenn der Dritte Wohnsitz im Ausland hat.

B. Bei Anfechtungsklagen

Die Anfechtungsklage hat zum Zweck, Vermögenswerte, deren sich der Schuldner entäussert hat, in die Vollstreckung miteinzubeziehen, indem das zugrundeliegende Rechtsgeschäft, soweit zur Befriedigung der anfechtenden Gläubiger notwendig, für ungültig erklärt wird. Kläger sind der Gläubiger bzw. die Konkursmasse oder Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG. Beklagter ist der Dritte, mit dem der Schuldner das anfechtbare Rechtsgeschäft abgeschlossen hat (Anfechtungsgegner). Voraussetzung zur Erhebung der Klage sind im weiteren ein Pfändungsverlustschein bzw. die Konkurseröffnung über den Schuldner, mithin ein vorausgegangenes Vollstreckungsverfahren.[15] Auch hier stellt sich die Frage, wie sich ein Auslandbezug eines dieser Elemente auswirkt. Zunächst ist festzustellen, dass der ausländische Wohnsitz des Gläubigers und damit Anfechtungsklägers keinen relevanten Auslandbezug schafft. Als Kläger verfügt er über einen schweizerischen Pfändungsverlustschein und hat damit einen inländischen Anknüpfungspunkt.[16]

[15] Näher zu Funktion und Natur der Anfechtungsklagen hinten, § 13.

[16] Diese Aussage bedarf allerdings einer gewissen Einschränkung: sie trifft nur zu, wenn man das schweizerische Verständnis des Anfechtungsrechts zugrunde legt, da

Noch offensichtlicher ist dies im Fall eines Konkurses: selbst wenn alle Konkursgläubiger im Ausland wohnhaft sind, ist der Träger des Anfechtungsrechts eine schweizerische Konkursmasse und damit die Verbindung zur Schweiz gegeben.

Anders verhält es sich bei ausländischem Wohnsitz des Anfechtungsgegners. Dieser ist nicht Partei im Betreibungsverfahren. Der Grundsatz der Territorialität des Zwangsvollstreckungsrechts kann ihm deshalb nicht ohne weiteres entgegengehalten werden. Überdies ist nach der hier vertretenen Auffassung die Anfechtungsklage im Kern als materiellrechtlich zu qualifizieren,[17] weshalb das Territorialitätsprinzip in diesem Zusammenhang ohnehin keine Rolle spielen kann. Diese Konstellation - ausländischer Wohnsitz des Anfechtungsgegners - hat in Art. 289 SchKG eine ausdrückliche Regelung erfahren.

Das dritte Element, das Vollstreckungsverfahren, kann ebenfalls einen relevanten Auslandbezug schaffen. Wegen des grundsätzlich materiellrechtlichen Charakters der Anfechtungsklagen kann dieser Auslandbezug ebensowenig wie der ausländische Wohnsitz des Anfechtungsgegners unter Hinweis auf die Territorialität der Zwangsvollstreckung negiert werden. Zudem sind Anfechtungsklagen mit ähnlichen Wirkungen auch in ausländischen Rechtsordnungen bekannt, so dass sich die Frage einer Schweizer Zuständigkeit stellen kann, selbst wenn kein inländisches Zwangsvollstreckungsverfahren vorliegt. Allerdings ist festzustellen, dass sich für diese Konstellation keine gesetzliche Regelung findet; am Befund, dass in einem solchen Fall ein internationales Verhältnis vorliegt, ändert diese Tatsache allerdings nichts.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass bei Anfechtungsklagen ein internationales Verhältnis dann vorliegt, wenn der Anfechtungsgegner Wohnsitz im Ausland hat oder wenn die Klage aufgrund eines ausländischen Vollstreckungsverfahrens[18] erhoben wird.[19]

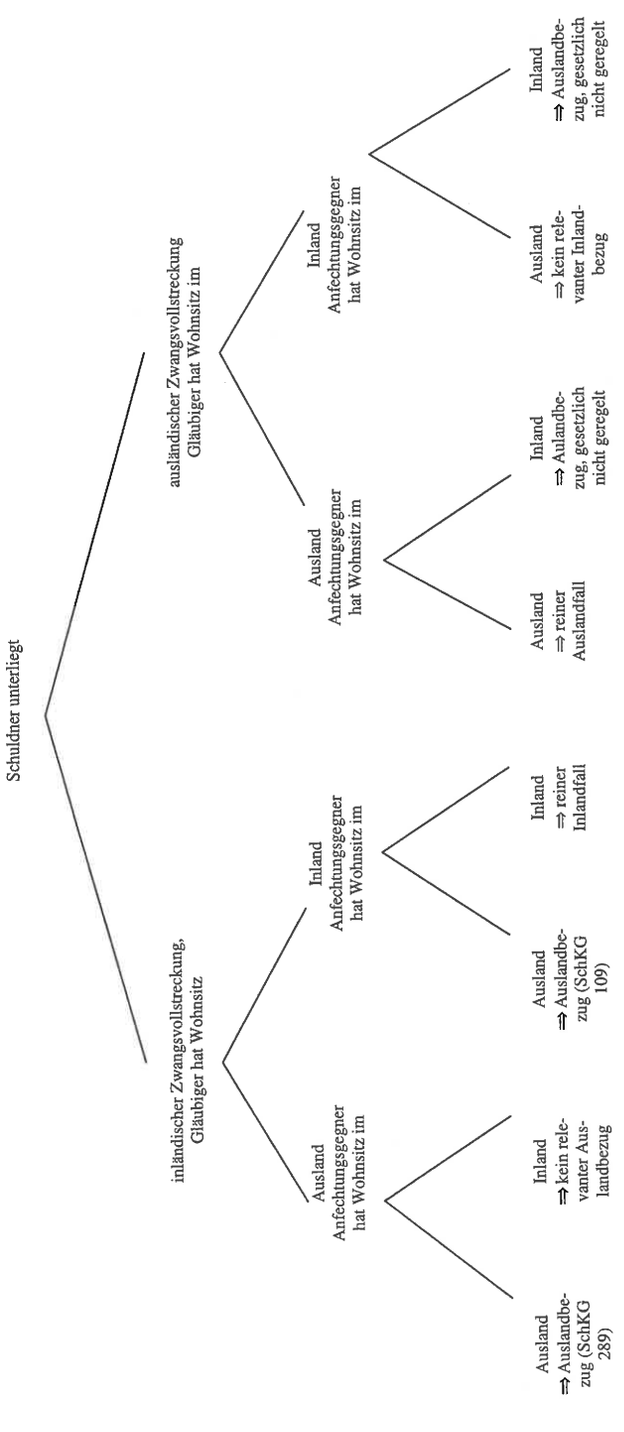
zur Erhebung der Anfechtungsklage in der Einzelvollstreckung ein Pfändungsverlustschein notwendig ist. In ausländischen Rechtsordnungen ist eine andere Regelung möglich, so z. B. in Frankreich (vgl. hinten, § 14 IV F 3 a). Insbesondere im LugÜ sind die relevanten Anknüpfungspunkte lediglich der Wohnsitz des Gläubigers und Anfechtungsgegners; wo die Zwangsvollstreckung stattgefunden hat, spielt keine Rolle (vgl. hinten, § 15 I).

[17] Vgl. hinten, § 13 IV.

[18] Wenn hier von einem ausländischen Vollstreckungsverfahren gesprochen wird, so ist dies die Optik des Schweizer Rechts; ein solches ist nach ausländischen Rechten nämlich nicht immer Voraussetzung (vgl. hinten, § 14 IV F 3 a). In einem solchen Fall ist das Kriterium des ausländischen Vollstreckungsverfahrens durch dasjenige

Die folgende schematische Übersicht soll die möglichen Konstellationen darstellen:

Das internationale Verhältnis bei der Anfechtungsklage



---

des ausländischen Wohnsitzes des Schuldners zu ersetzen, da dort die Zwangsvollstreckung üblicherweise stattfindet.

[19] Es ist nicht ausgeschlossen, dass je nach Sachlage noch weitere die Internationalität begründen können. Zu denken ist insbesondere an den Lageort der anfechtbar veräusserten Sache. Da dieser nach der hier vertretenen Auffassung keine Zuständigkeit in der Schweiz begründet (vgl. hinten, § 16 II B) wird auf einen Einbezug dieses Elements in das Schema verzichtet.

§ 3 Diskussionsstand

I. Ausgangslage

Bis heute hat die Frage der Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen in Lehre und Rechtsprechung relativ wenig Aufmerksamkeit gefunden. Vor dem Inkrafttreten von IPRG und LugÜ mag das daran gelegen haben, dass das SchKG als Vollstreckungsrecht aufgrund des Territorialitätsprinzips als rein innerstaatliches Recht empfunden wurde, bei welchem Auslandbezüge keine Berücksichtigung fanden. Ausdruck hat diese Auffassung in mehreren Bundesgerichtsentscheiden gefunden, welche alle die Territorialität des Vollstreckungsrechts betonten, wenn auch zunehmend anerkannt wurde, dass auch das Prinzip der Universalität Beachtung finden müsse.[20]

Seit Inkraftreten des IPRG hat sich die Situation geändert. In den Art. 166 ff. IPRG wird die Anerkennung ausländischer Konkurse auf Bundesebene geregelt, womit das Prinzip der Territorialität des Konkurses pragmatisch gelockert wurde.[21] Zwar fällt die Betreibung auf Pfändung und damit die Widerspruchsklage nicht in den Anwendungsbereich des IPRG, und auch für die Anfechtungsklage im schweizerischen Separatkonkurs wird nur auf das SchKG verwiesen (Art. 171 IPRG). Aber immerhin wurde damit auf Gesetzesstufe vom Prinzip der "absoluten" Territorialität abgerückt.

Die Ratifizierung des LugÜ durch die Schweiz auf den 1. Januar 1992 hat weitere Änderungen bewirkt: konnte bisher die Abgrenzung zwischen betreibungsrechtlichen und materiellrechtlichen Klagen einzig unter Rückgriff auf autonomes Schweizer Recht vorgenommen werden, musste von nun an im internationalen Verhältnis eine Qualifikation aus dem Blickwinkel des LugÜ vorgenommen werden.

Schliesslich trat am 1. Januar 1997 das revidierte SchKG in Kraft, welches sowohl für die Widerspruchsklagen als auch die Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis neue Zuständigkeitsvorschriften einführte.

[20] BGE 109 III 116; 107 II 486; 103 III 58; 102 III 76; 100 Ia 23; 95 III 89; 94 III 48.
[21] STAEHELIN, S. 7 f.

II. Widerspruchsklage

A. Rechtsprechung

Zur Frage der Einordnung der Widerspruchsklagen unter das LugÜ liegen, soweit ersichtlich, noch keine publizierten Urteile vor.

Hingegen hat sich das Bundesgericht vor Inkrafttreten von IPRG und LugÜ zur Frage der Zuständigkeit in internationalen Verhältnissen geäussert. Im ersten Fall[22] ging es um die Pfändung einer Forderung, an der einem im Ausland ansässigen Gläubiger der Gewahrsam zustand. Das Bundesgericht entschied, dass in einem solchen Fall immer ein inländischer Gerichtsstand zur Verfügung stehen müsse, weil der Widerspruchsprozess Teil des Betreibungsverfahrens sei und es daher ausgeschlossen erscheine, dass sich ein Teil des Betreibungsverfahrens im Ausland abspiele.[23]

Im zweiten Fall[24] ging es um die Arrestierung eines Grundstücks, das der Ehefrau des Schuldners gehörte. Der Gläubigerin wurde Frist zur Erhebung der Widerspruchsklage angesetzt. Diese Frist verstrich ungenutzt. Statt dessen reichte die Gläubigerin in Deutschland nach Ablauf der Frist eine Anfechtungsklage ein. Das Bundesgericht betonte auch in diesem Entscheid den Zusammenhang zwischen Zwangsvollstreckung und Widerspruchsverfahren und schloss daraus, dass sich der Widerspruchsprozess nur im Inland abspielen könne. Es sei daher ausgeschlossen, dass der schweizerische Betreibungsbeamte von einem ausländischen Richter Weisungen darüber entgegenzunehmen hätte, ob ein in der Schweiz liegender Vermögenswert zugunsten des Gläubigers verwertet werden dürfe.[25]

[22] BGE 57 III 12 ff.
[23] A.a.O., S. 16.
[24] BGE 107 III 118 ff.; diese Rechtsprechung wurde in einem Entscheid vom 14. April 1987 (publiziert in SJ 1987, S. 425 f.) ohne weitere Erörterungen bestätigt.
[25] A.a.O., S. 121.

B. Literatur

Ein Teil der Doktrin spricht sich dafür aus, die Zuständigkeit einzig nach dem SchKG bzw. nach Art. 16 Nr. 5 LugÜ zu bestimmen.[26] Im Anwendungsbereich des LugÜ differenzieren verschiedene Autoren: Die Klage des Dritten nach Art. 107 SchKG sei als vollstreckungsrechtlich zu qualifizieren, diejenige gegen den Dritten nach Art. 108 SchKG als materiellrechtlich.[27] Im letzteren Fall sei die Nähe zum Vollstreckungsverfahren nicht derart eng, dass sich ein Gerichtsstand am Betreibungsort rechtfertige.

Schliesslich wird auch vorgeschlagen, die Klage als mariellrechtlich zu qualifizieren und damit dem LugÜ bzw. dem IPRG zu unterwerfen, wenn sich der Betreibungsschuldner am Verfahren beteilige, da ein Urteil in einem solchen Verfahren materielle Rechtskraft erlange.[28]

III. Anfechtungsklage

A. Rechtsprechung

1. Bundesgericht und kantonale Gerichte

Das Bundesgericht hat in seiner publizierten Rechtsprechung die Frage der Einordnung der Anfechtungsklagen unter das LugÜ noch nicht beantwortet. Auch vor Inkrafttreten von LugÜ und IPRG hat das Bundesgericht, soweit ersichtlich, nie zur Frage Stellung bezogen, wo die Anfechtungsklage gegen einen ausländischen Anfechtungsbeklagten

[26] SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 150; BRUNNER/HOULMANN/REUTTER, S. 92, 114; AMONN/ GASSER § 4 N 56, 24 N 59; SCHKG-A. STAEHELIN, N 16 zu Art. 109; GILLIÉRON, Commentaire, N 84 zu Art. 30a u. N 8 zu Art. 109; SCHWANDER, Gerichtszuständigkeiten, S. 93; DONZALLAZ, Bd. 3, Rz 6393; Meier, S. 53; Botschaft LugÜ, Ziff. 226.6; wohl auch FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 73 ff. zu § 9.

[27] VOGEL, 4 § 68; STOFFEL, S. 388 f. ; WALTER, S. 218; D. STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 277; MARKUS, S. 105 f; SCHKG-M. STAEHELIN, N 16 zu Art. 30a; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, N 9 b. bb. zu Art. 32; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, N 12 zu § 33; DONZALLAZ, Règles, S. 207; widersprüchlich VALLONI, S. 51 und S. 127.

[28] AMONN/GASSER, § 24 N 59; MARKUS, S. 105 FN 585.

einzureichen sei. Immerhin hat es in BGE 107 III 121 f.[29] nicht ausgeschlossen, dass unter dem Abkommen zwischen der Schweiz und Deutschland über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen[30] eine Anerkennung eines deutschen Anfechtungsurteils in der Schweiz möglich sei. Allerdings hat es dies nur im Rahmen eines obiter dictums getan, so dass ungewiss ist, welche Bedeutung dieser Aussage zuzumessen ist.

Vor Ratifizierung des LugÜ hatte sich die Genfer Cour de Justice mit der Frage zu befassen, ob die Schenkung eines französischen Grundstücks zwischen einem in Genf wohnhaften Ehepaar in der Schweiz anfechtbar sei.[31] Die Cour de Justice wies die Klage ab mit der Begründung, aufgrund des Territorialitätsprinzips könnten nur Vermögenswerte Gegenstand der Anfechtungsklage sein, die der schweizerischen Zwangsvollstreckung unterstünden.[32]

2. EuGH

Der EuGH, dessen Urteile auch von der Schweiz zu berücksichtigen sind,[33] hat in zwei Fällen zur Frage der Zuständigkeit bei Anfechtungsklagen Stellung genommen.

[29] Es ging in diesem Fall um einen Arrest, den die Bundesrepublik Deutschland auf das Grundstück der Ehefrau ihres Schuldners in Weggis legte. Nachdem diese ihren Anspruch beim Betreibungsamt anmeldete, wurde das Verfahren gemäss Art. 109 aSchKG eingeleitet und der Gläubigerin Frist angesetzt, um den Anspruch der Ehefrau zu bestreiten. Diese Frist wurde indessen von der Gläubigerin nicht eingehalten; statt dessen reichte sie in Saarbrücken eine Anfechtungsklage ein. Damit war dem Arrest die Grundlage entzogen und der Rekurs der Gläubigerin konnte keinen Erfolg haben; das Bundesgericht hat dann in einer weiteren Erwägung - obiter - ausgeführt, ein solches Anfechtungsurteil könnte allerdings ausserhalb des laufenden Vollstreckungsverfahrens in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden.

[30] SR 0.276.191.361.

[31] SJ 1991, S. 205 ff.

[32] Der Entscheid beruft sich allerdings zu Unrecht auf ein Zitat GULDNERS, IZPR, S. 184. Dieser spricht sich dort nur über das anzuwendende Recht aus. Hingegen bejaht er die Zuständigkeit der Schweiz zur Beurteilung einer Anfechtungsklage nach Massgabe des ausländischen Rechts, wenn im Inland eine Zuständigkeit besteht (S. 185).

[33] Art. 1 des Protokolls Nr. 2 über die einheitliche Auslegung des Übereinkommens (SR 0.275.11). Dies gilt auch und sogar verstärkt für Urteile des EuGH zum EuGVÜ, die vor dem Abschluss des LugÜ ergangen sind (Präambel des Protokolls, BGE 124 III 439 f.; 124 III 191; 123 III 421); vgl. hinten, § 4 II C.

Im ersten Fall, Reichert/Dresdner Bank (Reichert I),[34] übertrug ein in Deutschland wohnhaftes Ehepaar seinem ebenfalls in Deutschland wohnenden Sohn ein Grundstück in Antibes (Frankreich). Die Dresdner Bank focht diese Übertragung vor dem Gericht am Lageort der Liegenschaft an. Im Vorabentscheidungsverfahren entschied der EuGH, die Anfechtung gemäss Art. 1167 CC falle nicht unter Art. 16 Nr. 1 (Zuständigkeit für dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen am Lageort) EuGVÜ.

Im zweiten Fall, der denselben Sachverhalt betraf (Reichert II),[35] hielt der EuGH fest, die Anfechtungsklage gemäss französischem Recht falle auch nicht unter Art. 5 Nr. 1 (Zuständigkeit am Deliktsort), Art. 16 Nr. 5 (Zuständigkeit am Ort der Zwangsvollstreckung) oder Art. 24 EuGVÜ (Zuständigkeit am Ort der vorsorglichen Massnahme).

B. Literatur

Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Staatsverträgen wird, soweit ersichtlich, nirgends die Auffassung vertreten, die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen richte sich nach dem IPRG. Liegt ein eurointernationaler Fall vor, gehen die Ansichten auseinander. Manche Autoren schliessen die Anwendung des LugÜ generell aus oder leiten eine schweizerische Zuständigkeit aus Art. 16 Nr. 5 LugÜ ab.[36] Andere unterscheiden danach, ob die Anfechtung im Rahmen einer Spezialexekution oder eines Konkurses erfolgt: Im ersten Fall komme - unter Berufung auf das Urteil Reichert I[37] - Art. 16 Nr. 5 LugÜ nicht zur Anwendung. Im zweiten Fall könne das LugÜ ausser Betracht bleiben, da Konkurse von dessen Anwendungsbereich ausgenommen seien (Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 LugÜ).[38] Einige Autoren wollen die Anfechtungsklagen

[34] Rs C-115/88, Slg. 1990, I-27 ff.
[35] Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2149 ff.
[36] SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 216; AMONN, Gerichtsstand, S. 432; AMONN/GASSER, § 4 N 55, § 52 N 36; SCHKG-M. STAEHELIN, N 25 zu Art. 30a.
[37] Rs C-115/88, Slg. 1990, I-27 ff.
[38] VOGEL, 4 N68; SCHKG-A. STAEHELIN, N 9 ff. zu Art. 289; STAEHELIN, Anfechtungsklagen, S. 88; STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 282; STOFFEL, S. 370 u. 375; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, N 12 zu § 33; wohl auch LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, N 9 b. bb. zu Art. 32 und VOLKEN, Rechtsprechung 1992, S. 362.

sowohl in der Spezialexekution als auch im Konkurs dem LugÜ unter Auschluss des Art. 16 Nr. 5 unterstellen.[39]

Schliesslich wird auch vorgeschlagen, für die Anfechtungsklage den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäss Art. 5 Nr. 3 LugÜ zur Verfügung zu stellen, falls der Begünstigte bösgläubig ist.[40]

§ 4 Einfluss des LugÜ auf die interne Zuständigkeitsordnung

I. Das LugÜ als übergeordneter Staatsvertrag

Das LugÜ ist ein Staatsvertrag und geht als solcher internem Recht vor. Daran hat die Totalrevision der BV[41] nichts geändert.[42] Es ist davon auszugehen, dass Lehre und Rechtsprechung zur alten BV weiterhin einschlägig sind.[43] Der Vorrang von Staatsverträgen war unter der alten BV unbestritten im Verhältnis zu Verfassung, Verordnungen, kantonalem Recht sowie Konkordaten (Art. 113 Abs. 3 aBV). Diese Bestimmung sagte jedoch nichts aus über das Verhältnis Staatsvertrag - Bundesgesetz.[44]

Wenn möglich versucht das Bundesgericht Gesetze staatsvertragskonform auszulegen.[45] Bei echten Konflikten geht der Staatsvertrag vor, sofern das Gesetz älter als der Staatsvertrag ist. Strittig ist einzig das Verhältnis zwischen einem älteren Staatsvertrag und einem neueren Bundesgesetz.

[39] SCHÜPBACH, N 89 zu Art. 289; DERSELBE, Dimensions, S. 1452 ff.; DONZALLAZ, Bd. 3, Rz 6395; CHENAUX, S. 234. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 5 zu Art. 289, sprechen sich dafür aus, anfechtbare Handlungen sowohl in der Spezialexekution als auch im Konkurs unter Art. 5 Nr. 3 LugÜ zu subsumieren.
[40] SCHKG-D. STAEHELIN, N 12 zu Art. 289; SCHÜPBACH, N 74 zu Art. 289.
[41] Art. 5 Abs. 4 und 190 BV.
[42] Art. 5 Abs. 4 BV.
[43] BBl 1997 I 134 f.; Votum Inderkum, Amtl.Bull. SR 1998, S. 28 sowie Votum Schmid, Amtl.Bull. NR 1998, S. 648 f.
[44] KÄLIN, S. 62; BGE 117 Ib 372.
[45] BGE 94 I 678.

Das Bundesgericht hat in seiner frühen Praxis den Vorrang der Staatsverträge uneingeschränkt anerkannt.[46] Im Entscheid *Steenworden*[47] hat das Bundesgericht seine Praxis geändert und entschieden, Staatsverträge und Bundesgesetze stünden auf gleicher Stufe. Konflikte müssten nach allgemeinen Auslegungsregeln gelöst werden.

Eine erneute Praxisänderung erfolgte mit dem Entscheid *Schubert*:[48] In diesem Urteil hat das Bundesgericht den Primat der Staatsverträge über Bundesgesetze wieder anerkannt.[49] Es machte allerdings eine Ausnahme für den Fall, dass der Gesetzgeber bewusst eine Verletzung von Staatsvertragsrecht in Kauf genommen habe - was allerdings äusserst selten vorkommen dürfte.[50]

Die Praxis des Bundesgerichts kann allerdings nicht als vollkommen gefestigt betrachtet werden:[51] in einem neuen Entscheid[52] hat sich das Bundesgericht vorbehaltlos für den Vorrang auch des älteren Staatsvertragsrechts vor Bundesgesetzen ausgesprochen, und zwar unter Verweis auf Art. 26 und 27 VRK. In der Literatur wurde dies als Abkehr von der Schubert-Praxis verstanden.[53] Neustens[54] hat das Bundesgericht indessen diese Begründung als blosses obiter dictum gewertet. Ein allerneuster Entscheid spricht sich nun wieder für den Vorrang des Völkerrechts aus, zumindest in Bezug auf Normen, die dem Schutz von Menschenrechten dienen.[55]

Im Anwendungsbereich des LugÜ steht fest, dass keine späteren Bundesgesetze im Sinne der Schubert-Praxis existieren, welche das Übereinkommen derogieren. Was das SchKG anbetrifft, kann Art. 30a SchKG vor diesem Hintergrund als Bestätigung dafür gelesen werden, dass der Gesetzgeber keine Verletzung von Staatsverträgen beabsichtigte.[56]

[46] Nachweise bei KÄLIN, S. 57 f.
[47] BGE 59 II 331 ff.
[48] BGE 99 Ib 39 ff. bestätigt in BGE 113 II 13.
[49] Vgl. KÄLIN, Schubert, S. 75.
[50] Auch im Fall Schubert dürfte die bewusste Abweichung durch den Gesetzgeber von einem Staatsvertrag als nicht erstellt gelten, vgl. Wildhaber, S. 199 ff.
[51] Vgl. dazu Wyss, S. 92 f.
[52] BGE 122 II 485 ff.
[53] EPINAY, AJP 5 (1997), S. 351 f.
[54] BGE 125 III 218.
[55] BGE 125 II 425.
[56] Vgl. hinten, § 5 IV.

Das Schweizer Recht geht sodann von einem (gemässigt) monistischen Ansatz[57] aus: Staatsverträge brauchen nicht ins interne Recht transformiert zu werden, um Gültigkeit zu erlangen. Einzelne können sich auf Bestimmungen eines Staatsvertrages berufen, sofern die betreffende Norm geeignet ist, Grundlage eines Entscheides im Einzelfall zu bilden und damit direkt anwendbar (self-executing) ist.[58]

Das LugÜ besteht praktisch ausschliesslich aus Normen, welche direkt anwendbar sind und somit keiner Transformation ins schweizerische Recht bedürfen. Davon zu trennen ist die Frage, ob es nicht sinnvoll wäre, insbesondere im Hinblick auf die Umsetzung von Art. 39 LugÜ, das schweizerische Recht dem LugÜ anzupassen, wie es von einer Expertengruppe[59] sowie später vom Bundesamt für Justiz in einer Zusatzbotschaft über die Anpassungsbedürftigkeit des SchKG an das LugÜ vorgeschlagen wurde[60]. Auf diese Anpassung wurde schliesslich verzichtet und die Umsetzung der Vorgaben des LugÜ der Rechtsprechung überlassen[61].

II. Auslegung des LugÜ

A. Allgemeines

Das LugÜ ist ein völkerrechtlicher Vertrag, dessen Auslegung sich nach allgemeinem Völkerrecht richtet, wie es insbesondere in Art. 31 ff. der VRK niedergelegt ist[62]. Danach ist besonders das grammatikalische, teleologische und systematische Element sowie die nachfolgende Staatenpraxis von Bedeutung.[63] Zu beachten ist, dass die Auslegungsergebnisse des EuGH zum EuGVÜ, insbesondere aufgrund des teleologi-

[57] KÄLIN, S. 54 ff.
[58] BGE 124 III 91 mit weiteren Hinweisen.
[59] Bericht Expertengruppe, insbes. Ziff. 2.
[60] Entwurf Zusatzbotschaft, insbes. Ziff. 133.
[61] Beschluss Ständerat vom 16.9.1994, Amtl.Bull StR 1994 731 f.; Beschluss Nationalrat vom 22.9.1994, Amtl.Bull. NR 1994, 1045 ff.; vgl. auch WALTER, S. 443. ff.
[62] DONZALLAZ, Bd. 1, Rz 401.
[63] BUERGENTHAL/DOEHRING/MAIER/KOKOTT, S. 95 ff.

schen und systematischen Elements, gelegentlich nicht auf die Auslegung des LugÜ übertragbar sind.[64]

B. Autonome Auslegung

Wie bei jedem Staatsvertrag stellt sich auch beim LugÜ die Frage, ob im Abkommen verwendete Begriffe im Licht der nationalen Rechte auszulegen sind oder ob auf der Ebene des Übereinkommens die Begriffsbestimmung eigenständig, ohne Rückgriff auf nationale Rechte, erfolgen soll.

Der EuGH legt das EuGVÜ im allgemeinen autonom aus.[65] Ausnahmsweise werden Begriffe lege fori[66] oder lege causae[67] ausgelegt. Auch das Bundesgericht legt das LugÜ autonom aus.[68] Dass dies so sein muss, leuchtet ein, da sonst das Ziel des Übereinkommens - eine einheitliche europäische Zuständigkeits- und Vollstreckungsordnung zu schaffen - nur insoweit erreicht würde, als Begriffe des LugÜ in den einzelnen Rechtsordungen den gleichen Sinngehalt hätten. Insofern ist die autonome Auslegung ein Element der teleologischen Auslegung.

Autonom auszulegen heisst jedoch nicht, nationale Institute völlig ausser acht zu lassen. Das LugÜ ist keine europäische Zivilprozessordnung, es regelt einzig (und nicht einmal lückenlos) die direkte und indirekte Zuständigkeit.[69] Deshalb ist das LugÜ auf die Konkretisierung durch nationale Zivilprozessordnungen angewiesen. Diesen Aspekt betont SCHLOSSER, wenn er die Verwendung des Ausdrucks "autonome Auslegung" zur Beschreibung der Methode des EuGH kritisiert.[70] Der EuGH geht nämlich häufig zweistufig vor. Zunächst bestimmt er die Natur des eingeklagten Anspruchs nach der lex causae; in einem zweiten Schritt erfolgt dann die Subsumption unter die Normen des Übereinkommens. Ob man dieses Vorgehen autonome Auslegung nennen will oder nicht, ist nebensächlich. Wesentlich ist, dass sich der EuGH nicht

[64] Vgl. hinten, C. 4.
[65] Statt vieler WALTER, S. 154 ff.
[66] Z. B. "Wohnsitz" in Art. 52 Abs. 1.
[67] Z. B. "Sitz" in Art. 53 Abs., 1 oder - nach der Rechtsprechung des EuGH - der Begriff "Erfüllungsort" nach Art. 5 Nr. 1 (Tessili/Dunlop, Rs C-12/76, Slg. 1976, S. 1473 ff.).
[68] BGE 124 III 395; 124 III 439.
[69] MARKUS, S. 25.
[70] SCHLOSSER, Gläubigeranfechtung, S. 29 f.; SCHLOSSER, Zuständigkeit, S. 17.

an die Qualifikation der nationalen Gesetze gebunden fühlt, sondern die Einordnung unter das Übereinkommen einzig aus dessen Optik vornimmt.

Hinzu kommt ein weiteres: da die Anknüpfungsbegriffe des EuGVÜ bzw. des LugÜ häufig materiellrechtlicher Natur sind (z. B. "Erfüllungsort" in Art. 5 Nr. 1), materielles Recht mit wenigen Ausnahmen aber nicht vereinheitlicht ist, steht am Anfang einer Fallösung immer die Einordnung gemäss dem anwendbaren Recht. Die Methode des EuGH steht somit auch im Einklang mit der "natürlichen" Vorgehensweise bei der Bestimmung der eurointernationalen Zuständigkeit.

Als Ausgangspunkt ist es deshalb nicht nur erlaubt, sondern sogar angezeigt, bei der Subsumption von (nationalen) Begriffen unter das LugÜ zunächst von der Qualifikation gemäss Landesrecht auszugehen und dann zu überprüfen, ob diese Einordnung auch für das LugÜ zutreffend ist. Im folgenden sollen daher zunächst die erwähnten Klagen nach schweizerischem Recht qualifiziert werden; sodann ist danach zu fragen, wie sie unter dem LugÜ einzuordnen sind.

C. Bedeutung der Rechtsprechung zum EuGVÜ und zum LugÜ

1. Ausgangslage

Das LugÜ ist als Parallelübereinkommen zum EuGVÜ konzipiert und mit diesem weitgehend wortgleich. Während das EuGVÜ durch den EuGH als oberste Instanz mittels Vorlageverfahren ausgelegt wird, fehlt für das LugÜ eine entsprechende, übergeordnete Instanz. Da in dieser Konstellation die Gefahr besteht, dass die durch das LugÜ erreichte Vereinheitlichung durch divergierende nationale Rechtsprechungen wieder in Frage gestellt wird - selbst bei einer autonomen Auslegung -, wurden im Protokoll Nr. 2 sowie in zwei Erklärungen[71] verschiedene Vorkehren getroffen, um eine einheitliche Auslegung zu gewährleisten. Die wichtigste Massnahme ist zweifellos die Pflicht der Vertragsparteien, Urteilen aus anderen Vertragsstaaten Rechnung zu tragen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Urteilen, die vor und solchen, die nach Unterzeichnung des LugÜ ergangen sind.

[71] Erklärung 1 und 2.

2. Vor Unterzeichnung des LugÜ ergangene Urteile

Abs. 2 der Präambel des Protokolls Nr. 2 ruft in Erinnerung, dass das LugÜ in voller Kenntnis der bis zum 16. September 1988 ergangenen Urteile des EuGH zum EuGVÜ gesschlossen wurde. Im Bericht JENARD/MÖLLER sind denn auch alle Urteile aufgelistet, die bis zu diesem Zeitpunkt ergangen sind.[72]

Damit wird - wenn auch in verklausulierter Form - festgelegt, dass die Auslegung des LugÜ, soweit gleichlautende Normen betroffen sind, derjenigen des EuGH mit Bezug auf das EuGVÜ folgen soll. Die Schweiz hat sich damit vertraglich verpflichtet, diese Urteile als "authentische Interpretation"[73] zu anerkennen.[74,75] Diese Auslegung der Präambel drängt sich um so mehr auf, als die EFTA-Staaten im LugÜ Abweichungen vom EuGVÜ durchsetzten, soweit ihnen die Rechtsprechung des EuGH zur betreffenden Norm unannehmbar schien.[76] Auch das Bundesgericht hat die Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EuGH bis zum 16. September 1988 anerkannt.[77]

3. Nach Unterzeichnung des LugÜ ergangene Urteile

Art. 1 Protokoll Nr. 2 zum LugÜ legt fest, dass den Präjudizien der Gerichte anderer Vertragsstaaten gebührend Rechnung zu tragen ist. Zu

[72] Bericht JENARD/MÖLLER, Ziff. 132.
[73] SCHMIDT-PARZEFALL, S. 60.
[74] KROPHOLLER, Einl. N 63; GASSMANN, S. 31 f.
[75] A. A. Donzallaz, Bd. 1, Rz 688 f., der die Unabhängigkeit des Richters bei der Anwendung von Staatsverträgen betont und geltend macht, es sei stossend, wenn die EuGH-Rechtsprechung die EFTA-Staaten, nicht aber die EU-Staaten binde (Rz 698). Dabei übersieht er, dass - soweit die Anwendung des LugÜ betroffen ist - sowohl die EFTA- als auch die EU-Staaten durch diese Rechtsprechung gebunden sind. Diese Bindungswirkung kann allerdings dazu führen, dass Normen des LugÜ und des EuGVÜ unterschiedlich ausgelegt werden, dann nämlich, wenn der EuGH seine vor dem 16. September 1988 ergangene Rechtsprechung ändern sollte. KROPHOLLER, Einl. N 63, hält dafür, dass in einem solchen Fall die alte Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung des LugÜ nicht mehr verbindlich sei, da sie die angestrebte Parallelität der Abkommen zerstöre. SCHMIDT-PARZEFALL, S. 69, ist der Auffassung, der Gerichtshof sollte darauf verzichten, seine bis zum 16. September 1988 ergangene Rechtsprechung zu ändern, soweit Parallelnormen betroffen sind.
[76] Bericht JENARD/MÖLLER, Ziff. 112.
[77] BGE 123 III 421.

diesem Zweck wurde ein System für den Informationsaustausch geschaffen (Art. 2).

"Gebührend Rechnung tragen" bedeutet nicht befolgen, wohl aber berücksichtigen.[78] Der Richter muss sich mit der Rechtsprechung zumindest auseinandersetzen.

Formell weniger bindend, aber in ihrer Wirkung von wohl grösserer Tragweite ist die (einseitige) Erklärung 2, in der die EFTA-Staaten deklarieren, die Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte[79] zu den Parallelnormen des EuGVÜ gebührend zu berücksichtigen. Insbesondere die Praxis des EuGH wird wohl eine Leitfunktion auch für das LugÜ ausüben, welche die schweizerische Praxis prägen wird. Auch das Bundesgericht zitiert häufig Urteile des EuGH, und zwar auch solche, die nach dem 16. September 1988 ergangen sind. Bis zum heutigen Zeitpunkt ist das Bundesgericht in seiner publizierten Rechtsprechung noch nie explizit von derjenigen des EuGH abgewichen.[80] Es wurde denn auch schon beklagt, dass dem Bundesgericht in der Auslegung des LugÜ jegliche Originalität abgehe und es die Rechtsprechung des EuGH treuer befolge als die Gerichte einiger EU-Mitgliedstaaten in Anwendung des EuGVÜ.[81]

Das Gegenstück zur Erklärung 2 bildet Erklärung 1 der EU-Staaten, worin diese deklarieren, sie hielten es für angezeigt, der Rechtsprechung zum LugÜ in der Anwendung des EuGVÜ durch den EuGH gebührend Rechnung zu tragen.[82]

[78] SCHMIDT-PARZEFALL, S. 75 ff.
[79] Die Urteile nationaler Gerichte werden in der publizierten Praxis des Bundesgerichts eher stiefmütterlich behandelt (vgl. Donzallaz, étude, S. 27 FN 95, der von "renvois [...] à peine anecdotiques" spricht).
[80] DONZALLAZ, étude, S. 24, ist der Auffassung, in BGE 121 III 336 ff. habe sich das Bundesgericht von der Alt-Rechtsprechung des EuGH deutlich distanziert. Selbst wenn dies zutreffen sollte, so ist das Bundesgericht jedenfalls nicht ausdrücklich von der Rechtsprechung des EuGH abgewichen.
[81] DONZALLAZ, étude, S. 11 f. Dieser Autor verwendet sogar den Ausdruck "élève modèle". Er kritisiert auch, das Bundesgericht habe sich nicht die Mühe genommen, die Frage, ob die auslegenden Erklärungen einen zwingenden Gehalt aufweisen, zu analysieren (DONZALLAZ, Le for contractuel de l'art. 5 ch. 1 CL dans la jurisprudence du tribunal fédéral, ZBJV 135 (1999), S.381 ff.).
[82] Es fällt auf, dass ein Appell an die nationalen Gerichte der EuGVÜ-Staaten fehlt, bei der Anwendung des LugÜ den Präjudizien des EuGH und der Gerichte der EU-Staaten Rechnung zu tragen. Der Grund liegt wohl darin, dass für diese Staaten ohnehin selbstverständlich ist, sich bei der Auslegung des LugÜ am EuGVÜ zu

Diese Erklärungen begründen keine eigentlichen Verpflichtungen. Sie sind jedoch Urkunden im Sinne von Art. 31 Abs. 2 lit. b VRK, die bei der Auslegung zu berücksichtigen sind.[83]

4. Besonderheit bei der Anwendung von EU-Recht

Bei der Berücksichtigung der Entscheide des EuGH muss beachtet werden, dass dieser in gewissen Fällen das EuGVÜ möglicherweise unter Einbezug des EU-Rechts auslegt. Soweit sich ein Urteil des EuGH in diesem Sinn auf EU-Recht stützt, könnte es für die Auslegung des LugÜ nicht massgebend sein.[84] Allerdings sind solche Fälle selten,[85] und das in der schweizerischen Literatur[86] viel diskutierte Urteil Mund & Fester/Hatrex[87] ist dafür gerade kein Beispiel.[88]

---

orientieren (SCHMIDT-PARZEFALL, S. 79 f.). Offensichtlich wurde die Gefahr für die Parallelität auf Seiten der EFTA-Staaten geortet.

[83] BGE 124 III 394; SCHMIDT-PARZEFALL, S. 65.

[84] BGE 124 III 396; allerdings bedeutet das nicht, einem solchen Urteil überhaupt keine Beachtung zu schenken; auch ohne Beizug von EU-Recht kann es möglich sein, zu einem identischen Auslegungsergebnis wie der EuGH zu gelangen.

[85] SCHMIDT-PARZEFALL, S. 54, sieht keinen Bezug des EuGH auf das Gemeinschaftsrecht, der über blosse Deklamation hinausgeht. KROPHOLLER, Einl. N 35, nennt als Beispiele Arcado/Haviland, Rs C-9/87, Slg. 1988, 1539 ff. (Verweis auf eine Richtlinie mit Bezug auf die Qualifikation der Ausgleichungsansprüche eines Handelsvertreters nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ) und Sonntag/Weidmann, Rs. 172/91, Slg. 1993, I-1963 ff. (Bezugnahme auf Rechtsprechung zu Art 48 Abs. 4 EGV für Beurteilung der Frage, ob ein Lehrer bei Beaufsichtigung seiner Schüler hoheitlich oder zivilrechtlich i. S. v. Art. 1 Abs. 1 EuGVÜ handle).

[86] Statt vieler GASSMANN, S. 226 ff. m.w.H.

[87] Rs C-398/92, Slg. 1994, I-467 ff.

[88] Der EuGH hat in diesem Urteil entschieden, § 917 Abs. 2 DZPO, der einen Arrestgrund für den Fall vorsieht, dass das Urteil im Ausland vollstreckt werden müsste, verstosse gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot, und zwar deshalb, weil das Hoheitsgebiet der EuGVÜ-Mitgliedstaaten ein einheitlicher Rechtsraum sei; eine unterschiedliche Behandlung je nachdem, ob die Vollstreckung in Deutschland oder einem andern EuGVÜ-Mitgliedstaat erfolgen soll, rechtfertige sich nicht.
Damit hat der EuGH nicht das EuGVÜ im Licht des EU-Rechts ausgelegt, sondern umgekehrt Art. 7 EWG-Vertrag unter dem Gesichtspunkt des EuGVÜ (SCHMIDT-PARZEFALL, S. 49 FN 252; in diesem Sinn auch ANDREAS FURRER, Das Lugano-Übereinkommen als europarechtliches Instrument, AJP 1997, S. 498).

Es bleibt jedoch festzuhalten, dass prinzipiell ein solcher Fall denkbar ist und Urteile des EuGH bei Berücksichtigung in den EFTA-Staaten immer daraufhin überprüft werden müssen.

III. Ergebnis

Auch wenn keine vertragliche Verpflichtung besteht, ist absehbar, dass die Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ - auch soweit sie nach dem 16. September 1988 ergangen ist - für die Schweiz wegweisend sein wird.[89] Es ist zu vermuten, dass die Rezeption der Rechtsprechung eher einseitig erfolgen wird - durch die EFTA-Mitgliedstaaten. Dies hängt wohl nicht nur mit dem ungleich grösseren Gewicht der EU-Staaten zusammen, sondern auch mit der Tatsache, dass auf Seiten dieser Staaten mit dem EuGH ein supranationales Gericht besteht, dessen Urteile mehr Beachtung finden als diejenigen nationaler Gerichte. Zudem wird die Parallelität der beiden Abkommen nicht ohne gewichtigen Grund durch abweichende Auslegung gleicher Bestimmungen aufs Spiel gesetzt werden. Dabei steht nämlich nicht nur die parallele Auslegung des LugÜ und des EuGVÜ auf dem Spiel: wenn nämlich die Schweizer Gerichte gewisse Bestimmungen des LugÜ anders auslegen als der EuGH diejenigen des EuGVÜ, werden ihnen darin die Gerichte von EU-Staaten in der Anwendung des LugÜ - jedenfalls soweit gleichlautende Bestimmungen betroffen sind - kaum folgen. Eine solche Entwicklung würde aber nicht nur die Parallelität der beiden Abkommen gefährden, sondern - gravierender - die einheitliche Auslegung des LugÜ selber in Frage stellen.

---

[89] Vgl. BGE 125 III 456 u. dort zit. Entscheide.

§ 5 Einfluss des IPRG auf die Zuständigkeitsordnung des SchKG

I. Regelungsbereich des IPRG

Das IPRG regelt die Zuständigkeit für Klagen im internationalen Verhältnis. Dabei gilt grundsätzlich, dass sich die Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG auf Erkenntnisverfahren beziehen; auf Verfahren der Zwangsvollstreckung finden sie keine Anwendung.[90] Das gilt selbstverständlich nicht, soweit das IPRG eine zwangsvollstreckungsrechtliche Materie ausdrücklich geregelt hat, wie das im 11. Kapitel mit Bezug auf Konkurs und Nachlassvertrag der Fall ist.

Die Frage, welche Verfahren als vollstreckungsrechtlich und welche als materiellrechtlich zu gelten haben, beurteilt sich allein nach schweizerischem Recht, da das IPRG nationales Kollisionsrecht darstellt. Es ist deshalb von der Dreiteilung in rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten, betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht und rein materiellrechtliche Streitigkeiten auszugehen.

II. Betreibungsrechtliche Streitigkeiten

Rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten unterstehen in keiner Weise dem IPRG. Die Zuständigkeit bestimmt sich somit auch in internationalen Verhältnissen nach dem SchKG.[91]

III. Betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht

Betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht sind ebenfalls dem Vollstreckungsrecht zuzuordnen.[92] Prozessthema ist einzig die vollstreckungsrechtliche Behandlung eines Anspruchs - sei es derjenige eines Dritten (Widerspruchsklage) oder eines Gläubigers des Schuldners (z. B. Kollokationsklage in der Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs). Soweit der Schuldner nicht Partei ist, hat das Urteil in einem solchen Verfahren keine materielle Rechtskraft.[93]

Solche Verfahren sind auch nicht auf Grund des Umstands, dass das betroffene Recht als Folge der Vollstreckung untergeht, als Erkenntnisverfahren im Sinn des IPRG zu betrachten: diese Rechtsfolge ist jedem Vollstreckungsverfahren eigen und kann deshalb nicht als Kriterium zur Abgrenzung verwendet werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist allerdings eine Einschränkung anzubringen: Anfechtungsklagen sind in internationalprivatrechtlicher Hinsicht nicht als betreibungsrechtlich zu qualifizieren.[94] Das heisst jedoch nicht, dass sie deswegen dem IPRG unterstehen würden; denn der Gesetzgeber kann auch materiellrechtliche Klagen ausserhalb des IPRG regeln.[95] In *dieser* Hinsicht[96] kann also das Kriterium der betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht zur Abgrenzung verwendet werden.

Somit unterstehen auch betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkungen auf das materielle Recht den Zuständigkeitsbestimmungen des SchKG. Die Frage des Gerichtsstands im internationalen Verhältnis wurde übrigens für zwei derartige Verfahren im SchKG ausdrücklich geregelt: für die Klage nach Art. 108 SchKG ist der Richter am Betreibungsort zuständig, sofern der Beklagte Wohnsitz im Ausland hat.[97] Und die Anfechtungsklage ist gegen den Beklagten mit Wohnsitz im Ausland am Betreibungs- oder Konkursort einzureichen.[98] Schon aus diesem Grund muss das IPRG bei der Bestimmung der Zuständigkeit im internationalen Verhältnis ausser Betracht bleiben.

Allerdings könnte man e contrario argumentieren, gerade die Tatsache, dass die internationale Zuständigkeit in diesen beiden Fällen

[90] WALDER, § 5 Rz 83; STOFFEL, S. 367; GASSMANN, S. 46.
[91] LEUCH/MARBACH/KELLERHALS, N 9 a. zu Art. 32; KELLERHALS, S. 571 f.
[92] SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 39; AMONN /GASSER, § 4 N 53; STAEHELIN, S. 150 (für die Frage der Anerkennung gemäss Art. 25 ff. IPRG).

[93] Vgl. hinten, § 6 I G 5.
[94] Vgl. hinten, § 13 V.
[95] Es verhält sich in der Schweiz in dieser Hinsicht nicht anders als im deutschen Recht: zwar werden die Anfechtungsklagen in Deutschland als materiellrechtlich angesehen. Dennoch sind deren internationalprivatrechtliche Bezüge in der Insolvenzordnung bzw. dem Anfechtungsgesetz und nicht im Einführungsgesetz zum BGB (entspricht dem schweizerischen IPRG) geregelt.
[96] Eine andere Frage ist, ob dieses Kriterium für die Qualifikation im Hinblick auf ein euro- oder allgemein internationales Verhältnis massgebend sein kann, vgl. dazu § 14 III D.
[97] Art. 109 Abs. 1 Ziff. 1.
[98] Art. 289 SchKG.

ausdrücklich geregelt worden sei, belege, dass offenbar der Gesetzgeber nicht ohne weiteres davon ausgehe, bei betreibungsrechtlichen Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht bestehe eine schweizerische Zuständigkeit gemäss SchKG. Diese Auslegung kann jedoch nicht richtig sein. Die Zuständigkeitsbestimmungen bei Widerspruchs- und Anfechtungsklagen sind nämlich im Zusammenhang mit der Regelung des Gerichtsstands für den Fall zu lesen, dass der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz hat: dieser kann sich dann nämlich auf seinen Wohnsitzgerichtsstand berufen. Es lag deshalb nahe, auch den Fall ausdrücklich zu regeln, in dem der Beklagte Wohnsitz im Ausland hat.

IV. Materiellrechtliche Streitigkeiten

Materiellrechtliche Streitigkeiten im Rahmen eines Betreibungsverfahrens (z. B. Anerkennungsklage, Aberkennungsklage oder Feststellungsklage[99] gemäss Art. 85a SchKG) haben eine Doppelnatur: einerseits ist über einen materiellrechtlichen Anspruch mit Rechtskraftwirkung zu entscheiden, anderseits wird gleichzeitig in das Betreibungsverfahren eingegriffen (z. B. Beseitigung des Rechtsvorschlags bei der Anerkennungsklage). Solche Klagen unterstehen grundsätzlich dem IPRG; d. h. sie sind gegebenenfalls im Ausland zu erheben.[100] Das gilt allerdings nur für die materiellrechtliche Seite; über die betreibungsrechtlichen Folgen hat sich allein der Schweizer Richter auszusprechen.[101] Für den besonderen Fall der Aberkennungsklage wird vorgeschlagen, alternativ auch den Gerichtsstand des Betreibungsorts zur Verfügung zu stellen.[102]

In diese Kategorie fällt auch die Widerspruchsklage und die Klage auf privilegierten Pfändungsanschluss bei Beteiligung des Schuldners,

[99] Zu deren Qualifizierung vgl. TENCHIO, S. 51 ff.

[100] SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 39; TENCHIO, S. 156 f. (für die Feststellungsklage nach Art. 285a SchKG).

[101] Vgl. hinten , § 9 III D.

[102] WALDER, § 5 Rz 80, der die Zuständigkeit auf Art. 3 IPRG stützt; a. M. SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 91, u. 94, die auch im Anwendungsbereich des IPRG eine schweizerische Zuständigkeit für die provisorische Rechtsöffnung nur bejahen, falls auch eine Zuständigkeit für die Aberkennungsklage nach dem IPRG besteht.

sofern man mit der herrschenden Lehre und dem Bundesgericht davon ausgeht, Urteile aus solchen Verfahren hätten materielle Rechtskraft.[103]

V. Bedeutung von Art. 30a SchKG

Mit der Revision des SchKG wurde der neue Art. 30a ins Gesetz eingefügt, der das IPRG und die völkerrechtlichen Verträge ausdrücklich vorbehält. Soweit die völkerrechtlichen Verträge vorbehalten werden, hat die Bestimmung lediglich deklarative Bedeutung. Normative Bedeutung könnte ihr höchstens insoweit zukommen, als damit ausdrücklich im Sinn der Schubert-Praxis des Bundesgerichts[104] bestätigt wird, dass der Gesetzgeber keine Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung beabsichtigt hat.[105]

Schwieriger ist der Vorbehalt des IPRG zu deuten. Er scheint eine Hierarchie festzulegen: zunächst die völkerrechtlichen Verträge, dann das IPRG und schliesslich das SchKG.[106] Was das Verhältnis zwischen IPRG und SchKG anbelangt, ist damit allerdings noch nicht viel gewonnen: die Festlegung einer Hierarchie zwischen Erlassen hat nur dann einen Sinn, wenn sich deren Anwendungsbereich überschneidet. Beim SchKG und dem IPRG ist das nicht der Fall. Das SchKG regelt - auch bei internationalen Sachverhalten - die Zuständigkeit für betreibungsrechtliche, das IPRG für materiellrechtliche Klagen im internationalen Verhältnis[107]. Die entscheidende Frage ist daher die nach der Abgrenzung der Klagen: welche sind als betreibungs-, welche als materiellrechtlich zu qualifizieren? Zur Beantwortung dieser Fragen trägt der Vorbehalt nichts bei. Soweit das IPRG selber eine vollstreckungsrechtliche Materie regelt, etwa im 11. Kapitel (Konkurs und Nachlassvertrag) ergibt sich sein Vorrang gegenüber dem SchKG aus dem Grundsatz der lex specialis und nicht aus Art. 30a SchKG. Auch die Tatsache, dass das IPRG vorbehalten wird, hat somit keine materielle Bedeutung, sondern ruft einzig in Erinnerung, dass bei materiellrechtlichen Klagen dessen Zuständigkeitsbestimmungen dem SchKG vorgehen.

[103] Vgl. hinten § 6 I G 5.

[104] Vgl. vorne § 4 I.

[105] SCHKG-M. STAEHELIN, N 2 zu Art. 30a.

[106] Die Botschaft SchKG, S. 43, spricht von einem Vorgehen "par cascade,,.

[107] STOFFEL, Gerichtsstände, S. 367.

2. Teil: Widerspruchsklagen

§ 6 Qualifizierung von Widerspruchsklagen nach autonomem Recht

I. Funktion und Verfahren

A. Überblick

Kommt es zu einer Spezialexekution gegen einen Schuldner, wird dessen Vermögen verwertet. Zunächst werden soviele Vermögenswerte des Schuldners gepfändet, als zur Deckung der Forderung des Gläubigers notwendig ist. Soweit die Rechtszuständigkeit an gewissen Vermögenswerten umstritten ist, muss darüber zuerst Klarheit geschaffen werden, bevor verwertet werden kann. Der Dritte kann sich auf jegliches Recht am betreffenden Vermögenswert berufen, welches eine Pfändung ausschliesst (z. B. Eigentum) oder in der folgenden Verwertung zu berücksichtigen ist (z. B. Pfandrecht). Solche Rechte sind insbesondere das Eigentum, ein beschränktes dingliches Recht, das Gläubigerrecht an einer Forderung, dinglich verstärkte obligatorische Rechte sowie der obligatorische Anspruch auf Sachrückgabe[108] des Vermieters, Verpächters, Verleihers, Hinterlegers oder Verpfänders.

Der Abklärung dieser Rechtsverhältnisse dient das Widerspruchsverfahren. Je nachdem, ob der Schuldner oder ein Dritter Gewahrsam am gepfändeten Vermögenswert hat, kommt das Verfahren nach Art. 107 bzw. nach Art 108 SchKG zur Anwendung.

Über beschränkte dingliche Rechte und dinglich verstärkte obligatorische Ansprüche an Grundstücken (nicht aber über das Eigentum an sich) findet anstelle des Widerspruchsverfahrens das Lastenbereinigungsverfahren gemäss Art. 140 SchKG statt.[109] Auch bei der Betreibung auf Pfandverwertung kann ein Widerspruchsverfahren stattfinden;[110] weil bei dieser Betreibungsart aber keine Pfändung stattfindet, wird das Verfahren erst zum Zeitpunkt der Stellung des Verwertungsbegehrens eingeleitet.

---

[108] Bei dieser letzten Kategorie ist umstritten, ob sie dem Pfändungsbeschlag vorgehen. Dafür: AMONN/GASSER, § 24 N 15; SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 145; dagegen: SCHKG-A. STAEHELIN, N 17 zu Art. 106; FRITZSCHE/WALDER, § 26 Rz 10.

[109] Art. 140 SchKG verweist dann im wesentlichen wieder auf die Art. 106-109 SchKG, was zeigt, dass beide Verfahren den gleichen Zweck erfüllen (sc. die Abklärung Ansprüche Dritter am Pfändungsobjekt).

[110] Art. 155 Abs. 1 SchKG.

Wird eine gepfändete Forderung vom Drittschuldner bestritten und meldet gleichzeitig ein Dritter seine Ansprüche an, so soll kein Widerspruchsverfahren durchgeführt werden, sondern die Forderung ist als bestritten zu pfänden;[111] der Erwerber der Forderung hat dann zunächst den Prätendentenstreit gegen den Drittansprecher und sodann den Einziehungsprozess gegen den Drittschuldner zu führen. Begründet wird diese an sich systemwidrige Ausnahme damit, dass sich ein Widerspruchsverfahren in bezug auf solche Forderungen nicht lohne, da ihnen ein zu geringer Wert zukomme.

B. Pfändung als Ausgangspunkt

1. Bestimmung des Pfändungssubstrats

Gepfändet wird das Vermögen des Schuldners, und zwar unabhängig davon, wo sich die einzelnen Vermögensstücke befinden. Auch Vermögenswerte, die von einem Dritten beansprucht werden, sind - wenn auch erst in letzter Linie[112] - in die Pfändung einzubeziehen.[113] Das Betreibungsamt hat sich dabei auf eigene Wahrnehmungen oder Angaben des Gläubigers zu stützen, es sei denn, die Rechte des Dritten sind unzweifelhaft dargetan.[114] Nur wenn die Pfändung Vermögenswerte betrifft, die offensichtlich nicht zum Vermögen des Schuldners gehören[115] oder vom Gläubiger als Drittgut bezeichnet werden[116], ist sie nichtig. Selbst ein Grundstück, das nicht auf den Schuldner eingetragen ist, kann gepfändet werden[117], wobei es genügt, wenn der Gläubiger die Unrichtigkeit des Eintrags glaubhaft macht .[118] Möglich ist eine Pfändung von Drittgut auch dann, wenn geltend gemacht wird, der Vermögensübergang beruhe auf einem anfechtbaren Rechtsgeschäft.[119]

[111] SCHKG-A. STAEHELIN, N 13 zu Art. 106.
[112] Art. 95 Abs. 3 SchKG.
[113] FRITZSCHE/WALDER, § 23 Rz 31.
[114] BGE 107 III 38 f.
[115] BGE 107 III 67; 105 III 116; 84 III 85.
[116] BGE 106 III 88 f.
[117] Art. 10 VZG.
[118] BGE 117 III 31 f.
[119] BGE 114 III 90 f.

Damit geht die Pfändungskompetenz der schweizerischen Vollstreckungsbehörden in bezug auf Sachen ausserordentlich weit.[120] Die Auseinandersetzung um Ansprüche Dritter wird - selbst bei unklarer Berechtigung des Vollstreckungsschuldners - ins Widerspruchsverfahren verlagert. Hier können zwar Drittansprüche vorgebracht werden; immerhin wird aber ein Aktivwerden des Dritten verlangt. Andere Länder haben denn auch die Pfändungskompetenz der Vollstreckungsbehörden weniger weit gezogen.[121]

Gerechtfertigt wird die schweizerische Regelung damit, dass im Falle der Verwertung von streitigen Herausgabeansprüchen nur ein ungenügendes Ergebnis erzielt würde.[122]

2. Pfändung bei internationalen Sachverhalten

Das Widerspruchsverfahren hat die Einleitung eines Betreibungsverfahrens und die Pfändung eines Vermögenswertes in der Schweiz zur Voraussetzung. In international gelagerten Fällen fragt sich deshalb zunächst, ob überhaupt ein schweizerischer Betreibungsstand besteht und ob ein Vermögenswert in der Schweiz gepfändet werden kann. Ist dies nicht der Fall, stellt sich die Frage einer schweizerischen Zuständigkeit für die Widerspruchsklage gar nicht. Ob ein Vermögenswert in der Schweiz gepfändet werden kann, bestimmt sich nach den Grundsätzen zum internationalen Zwangsvollstreckungsrecht der Schweiz, welche nicht kodifiziert sind. Allerdings ist gleich anzufügen, dass internationale Bezüge im Zwangsvollstreckungsrecht bisher in Lehre und Rechtsprechung relativ wenig Aufmerksamkeit gefunden haben. Auch das Gesetz schweigt sich zu dieser Frage weitgehend aus. Einzig im Bereich des internationalen Konkursrechtes finden sich im 11. Kapitel des IPRG Bestimmungen zur Anerkennung ausländischer Kon-

[120] Vgl. SÜSSKIND, S. 5.
[121] In Deutschland kann eine Sache im Gewahrsam des nicht herausgabewilligen Dritten nicht gepfändet werden (§ 809 DZPO). Gepfändet wird in einem solchen Fall der Herausgabeanspruch gemäss § 846 ff. DZPO. Das Bundesgericht lässt dagegen die Pfändung eines (dinglichen) Herausgabeanspruchs im allgemeinen nicht zu (vgl. hinten, C 2).
[122] FRITZSCHE/WALDER, § 26 Anm. 3; HAAB, S. 357a f., regt an, eine Pfändung von Sachen bei Dritten nur dann zuzulassen, wenn sich der Dritte zur Herausgabe bereit erklärt. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre anstelle der Sache der Anspruch auf Herausgabe zu pfänden. Damit wäre das Verfahren nach Art. 109 aSchKG (Art. 108 SchKG) eliminiert worden.

kurse und Nachlassverträge. Fehlen direkte Zuständigkeitsnormen im internationalen Verhältnis, so gilt der Grundsatz, dass die internationale Zuständigkeit der nationalen folgt.[123] Die Normen des SchKG über die Zuständigkeit regeln somit im Grundsatz gleichzeitig auch die internationale Zuständigkeit. Allerdings gibt dieser Grundsatz nicht viel her, da - gegebenenfalls - die internationale Zuständigkeit nur dazu führt, dass in der Schweiz ein Betreibungsstand besteht; die Pfändung setzt jedoch die Verwertbarkeit der Vermögenswerte voraus, die nur gegeben ist, wenn sie in der Schweiz als belegen gelten.[124] Zudem kann eine unbesehene Anwendung dieses Grundsatzes zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, insbesondere wenn negative oder positive Kompetenzkonflikte drohen.[125]

Zu betonen ist, dass die Frage nach dem Betreibungsort und diejenige nach der Belegenheit eines Vermögenswertes klar auseinandergehalten werden müssen. Zunächst ist danach zu fragen, ob in der Schweiz ein

[123] STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 260; dieses Prinzip wird Doppelfunktionalität von Zuständigkeitsnormen genannt, vgl. dazu GULDENER, IZPR, S. 31; kritisch dazu SCHACK, Rz 236 f.

[124] STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 260 f.

[125] Illustrativ dafür BGE 124 III 505 ff.: Ein Gläubiger wollte zwecks Vollstreckung eines Berliner Urteils die Pfändung des Liquidationsanteils des Schuldners (Wohnsitz in Berlin) an einem Grundstück in Uzwil erreichen. Das Betreibungsamt Uzwil gab dem Betreibungsbegehren mangels örtlicher Zuständigkeit keine Folge. Aufsichtsbehörden und Bundesgericht wiesen dagegen gerichtete Beschwerden ab. Das Bundesgericht begründete seine Abweisung damit, dass der Liquidationsanteil vollstreckungsrechtlich als Forderung zu qualifizieren sei und verwies auf seine Rechtsprechung in BGE 118 III 62. Dort hatte es entschieden, dass gemäss Art. 2 VVAG die Pfändung eines Liquidationsanteil an einem Gemeinschaftsvermögen am Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners zu erfolgen hat.
Nach diesem Entscheid stellt sich die Frage, wie überhaupt in den Liquidationsanteil vollstreckt werden kann. Auf Grund des Urteils des Bundesgerichts wäre naheliegend, eine deutsche Zuständigkeit anzunehmen. Dabei stellt sich aber das Problem, dass Deutschland in internationalen Fällen den Anteil des Gesamthandberechtigten am Ort, wo Gegenstände des Gemeinschaftsvermögens liegen, lokalisiert (JAHR, S. 167; GOTTWALD, S. 290). Somit könnte die Situation eintreten, dass sich auch Deutschland für die Vollstreckung nicht zuständig fühlt. Abgesehen davon ist unsicher, ob ein ausländischer Vollstreckungsakt in der Schweiz anerkannt würde. Als Folge davon bleibt der Liquidationsanteil des Berliner Schuldners am Grundstück in Uzwil möglicherweise jeder Vollstreckung entzogen. Die Anwendung von Art. 2 VVAG erweist sich als ungeeignet, diesen Fall befriedigend zu lösen. Dies ist auch nicht weiter erstaunlich, da die VVAG die Kompetenzverteilung in rein innerstaatlichen Fällen zum Zweck hat. Für die Lösung international gelagerter Fälle ist sie nicht gedacht.

Betreibungsort gemäss Art. 46 ff. SchKG besteht; die Vorschriften über den Betreibungsort finden auch im internationalen Verhältnis Anwendung.[126] Sodann ist - in der Phase des Fortsetzungsbegehrens - zu entscheiden, ob ein Vermögenswert in der Schweiz belegen und damit pfändbar ist. Gilt ein Vermögenswert als in der Schweiz belegen, so heisst das noch nicht, dass hier auch ein Betreibungsstand besteht.[127,128] Allerdings kann ein solcher begründet werden, indem auf diesen Vermögenswert Arrest gelegt wird.[129]

Eine für den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens entscheidende Frage ist demnach diejenige nach der Belegenheit eines Vermögenswerts. Sie wird im SchKG aber nicht geregelt[130], da dieses, auf Inlandfälle ausgerichtet, die Zuständigkeit ohne Rücksicht auf die Verwertbarkeit regeln kann, weil diese ja ohnehin gesichert ist.[131] Die Regeln zur Bestimmung der Belegenheit von Vermögenswerten wurden von der Rechtsprechung entwickelt, insbesondere im Zusammenhang mit Arresten.

C. Die Belegenheit von Vermögenswerten im einzelnen

1. Bestimmung des Lageorts für vollstreckungsrechtliche Zwecke im internationalen Verhältnis

Die Belegenheit von Vermögenswerten als Voraussetzung der Zwangsvollstreckung bestimmt jeder Staat autonom, solange die Frage nicht durch Staatsverträge geregelt wird. Allerdings sind die Staaten

[126] Art. 50 SchKG ist die einzige Norm über den Betreibungsort, die explizit einen international gelagerten Fall regelt.

[127] Dies trifft nur zu, wenn die Forderung durch ein in der Schweiz belegenes Pfand gesichert ist (Art. 51 SchKG).

[128] Dies hat das Bundesgericht in BGE 124 III 505 ff. offenbar übersehen. Die Frage der Belegenheit des Liquidationsanteils hätte gar nicht geprüft werden müssen, da in casu kein Betreibungsstand vorlag (nach dem Sachverhalt wurde weder ein Arrest gelegt, noch lag ein Fall einer Betreibung auf Pfandverwertung vor).

[129] Art. 52 SchKG.

[130] Einzig für den schweizerischen Hilfskonkurs regelt Art. 167 Abs. 3 IPRG die Belegenheit der Forderungen des Gemeinschuldners.

[131] Art. 89 SchKG regelt nicht die Belegenheit, sondern erklärt einzig für den unproblematischen Fall der Pfändung von Sachen das Betreibungsamt am Lageort für den *Vollzug* der Pfändung zuständig. Zuständig für die *Anordnung* der Pfändung bleibt aber weiterhin das Amt am Betreibungsort.

nicht völlig frei. Das Völkerrecht zieht ihnen gewisse Grenzen in der Bestimmung des Lageorts eines Vermögenswerts. So darf z. B. ein Staat nicht im Ausland gelegene Sachen unter Anwendung von Zwangsmitteln in seine Zwangsvollstreckung miteinbeziehen.[132] Hingegen lässt sich dem Völkerrecht keine Regeln entnehmen, wo ein Vermögenswert als belegen gilt, sondern nur, welche Lokalisierung völkerrechtlich noch zulässig ist. Allerdings sind diese Regeln im einzelnen umstritten; Konsens herrscht einzig darüber, dass ein minimaler, vernünftiger Inlandbezug vorhanden sein muss, um die Kompetenz eines Staats zur Zwangsvollstreckung zu begründen.[133]

Bei der Bestimmung der Belegenheit ist auf verschiedene Interessen Rücksicht zu nehmen. Zunächst steht einmal im Vordergrund, dass die Verwertbarkeit gewährleistet sein muss. Der vollstreckende Staat muss auf die Vermögenswerte tatsächlich Zugriff haben und der Rechtsübergang, der auf die Zwangsvollstreckung folgt, muss dort, wo das Recht ausgeübt werden soll, anerkannt werden.[134] Sonst kann ein Vermögenswert nicht vernünftig verwertet werden. Fehlende Verwertbarkeit führt zu Nichtigkeit der Pfändung.[135] Allerdings stellt sich das Problem, dass die Belegenheit nur bei Sachen offensichtlich ist, bei Forderungen und anderen Rechten hingegen ist sie reine Fiktion. Deshalb ist auch nicht leicht zu ermitteln, welcher Staat bei solchen Rechten die Zugriffsgewalt hat. Insoweit ist die Belegenheit ein normatives Kriterium.

Weiter muss darauf geachtet werden, dass die Interessen unbeteiligter Dritter wie Dritteigentümer und Drittschuldner geschützt werden.[136] Sie werden in der Regel ohne ihren Willen in einen Rechtsstreit zwischen zwei Parteien hineingezogen. Für den Drittschuldner besteht namentlich die Gefahr, doppelt in Anspruch genommen zu werden, wenn zwei Staaten Vollstreckungskompetenz in eine Forderung für sich in Anspruch nehmen,[137] bzw. wenn die Forderungspfändung des einen Staats vom andern Staat nicht anerkannt wird. Damit im Zusammenhang steht das Prinzip, durch eine Zwangsvollstreckung nicht hinkende Rechtsverhältnisse[138] entstehen zu lassen. Eine Beurteilung unter diesem Gesichtspunkt ist jedoch nicht einfach, da die Anerkennung ausländischer Zwangsvollstreckungsakte, gerade im Bereich der Pfändung von Forderungen, in der Schweiz kaum geklärt ist.[139]

[132] SCHWANDER, Bd. II, Rz 896 ff.
[133] GEIMER, Rz 3211; MÖSSLE, S. 61.
[134] STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 261.
[135] BGE 113 III 33.
[136] BGE 102 III 106.
[137] Illustrativ das bei SCHACK, Anerkennung, S. 318, wiedergegebene Urteil des (deutschen) Bundesarbeitsgerichts.
[138] Zum Begriff SCHWANDER, Bd. I, Rz 647.

2. Dingliche Rechte an Sachen

Immobilien gelten als dort belegen, wo sie sich effektiv befinden. Die Bestimmung der Zuständigkeit bietet keinerlei Schwierigkeiten. Gleiches gilt für Mobilien. Das Bundesgericht macht allerdings eine Einschränkung für den Fall, dass Gegenstände nicht dauernd oder zumindest für eine gewisse Dauer in der Schweiz liegen.[140] In einem solchen Fall widerspreche es dem Territorialitätsprinzip, wenn Gegenstände gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 aSchKG in der Schweiz arrestiert werden.[141]

Wertpapiere werden wie Sachen behandelt und sind demzufolge an ihrem tatsächlichen Lageort belegen.[142] Hier macht das Bundesgericht für den Fall, dass eine inländische Bank als Depotstelle für einen Kunden Wertpapiere verwahrt, die tatsächlich im Ausland liegen, eine Ausnahme:[143] solche Wertpapiere gelten als am Sitz der depotführenden Bank belegen. Das Bundesgericht weicht hier vom Grundsatz ab, dass nicht Vindikations- oder obligatorische Herausgabeansprüche[144], son-

[139] Eine Möglichkeit wäre, ausländische Forderungspfändungen nur anzuerkennen, soweit nicht die Schweiz die Zuständigkeit für sich in Anspruch nimmt (so für das deutsche Recht GOTTWALD, S. 288). Denkbar wäre auch, gemäss dem "Spiegelbildprinzip" ausländische Pfändungen dann anzuerkennen, wenn der ausländische Staat sich auf eine Zuständigkeit beruft, die auch die Schweiz für sich in Anspruch nimmt (SCHACK, Zuständigkeit, S. 320). Vermittelnd MÖSSLE, S. 238 (Anerkennung, wenn Forderungspfändung am Sitz des Vollstreckungs- oder Drittschuldners erfolgt ist).
[140] BGE 112 III 50.
[141] Der Entscheid ist in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen (vgl. GILLIÉRON, exécution forcée, S. 85; STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 263; GASSMANN, S. 49). Eingewendet wird vor allem, völkerrechtliche Bedenken seien nicht angezeigt, da die Arrestierung am Lageort der Sache stattfand. Zudem könne die vollstreckungsrechtliche Zuständigkeit der Schweiz nicht vom Arrestgrund abhängen. Eine Einschränkung von missbräuchlichen Taschenarresten sei statt dessen über das Rechtsmissbrauchsverbot (wie in BGE 105 III 18 f. praktiziert) zu erreichen.
[142] BGE 116 III 109 m.w.H.
[143] BGE 108 III 98 f.; 105 III 121 f.; 102 III 102.
[144] BGE 108 III 97; 102 III 98.

dern die Sache selbst Gegenstand der Zwangsvollstreckung bilden. Als zusätzliche Voraussetzung für die Lokalisierung in der Schweiz wird verlangt, der Vollstreckungsschuldner müsse im Ausland wohnen. Ein Grund für diese Einschränkung ist nicht ersichtlich. Die Interessenlage der Beteiligten ist die gleiche, unabhängig davon, ob der Vollstreckungschuldner im In- oder Ausland wohnt.[145]

Bisher hat das Bundesgericht die Praxis, Wertpapiere bei der depotführenden Bank zu lokalisieren, nur auf Sachverhalte angewendet, bei denen die Wertpapiere im Ausland deponiert waren. Sie sollte aber auch gelten, wenn die Wertpapiere im Inland aufbewahrt werden.[146]

3. Miteigentum

Miteigentumsanteile an einer Sache werden wie Volleigentum behandelt;[147] es gelten daher die gleichen Belegenheitsregeln wie für die Sache selbst.[148]

4. Forderungen

Forderungen gelten als am Wohnsitz des Gläubigers (Vollstreckungsschuldners) belegen, und zwar auch dann, wenn der Drittschuldner im Ausland wohnt.[149] Ist der Vollstreckungsschuldner im Ausland domiziliert, gilt die Forderung als am Wohnsitz des Drittschuldners belegen, wenn dieser in der Schweiz wohnt.[150]

Die vollstreckungsrechtliche Belegenheit am Wohnsitz des Gläubigers (Vollstreckungsschuldners) ist sinnvoll, falls der Drittschuldner im Inland wohnt. Andernfalls ist sie problematisch, da sie im Ausland in den meisten Fällen wohl nicht anerkannt wird und deshalb zu hinkenden Rechtsverhältnissen und der Gefahr führt, dass der (an der Zwangsvollstreckung an sich unbeteiligte) Drittschuldner doppelt in Anspruch genommen wird.[151]

---

[145] Vgl. STAEHELIN, Zuständigkeit, S 246.
[146] KROLL, S. 245.
[147] SCHKG-RUTZ, N 3 zu Art. 132.
[148] BGE 116 III 109; STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 264.
[149] BGE 109 III 92 m.w.H.
[150] BGE 118 III 10 m.w.H.
[151] Vgl. GULDENER, IZPR, S. 180 FN 7; STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 265. STAEHELIN, S. 125 FN 28, schlägt vor, dass in einem solchen Fall Forderungen als am Wohnsitz des Drittschuldners belegen gelten.

Pfandgesicherte Forderungen gelten als am Lageort des Pfandes gelegen.[152] Liegt das Pfand im Ausland, so gelten die gewöhnlichen Belegenheitsregeln für Forderungen.[153] Ist das Pfandobjekt eine Forderung, gilt es - in Abweichung der sonst für Forderungen geltenden Regeln - als am Ort des Pfandgläubigers belegen.[154]

Forderungen gegen einen Vollstreckungsschuldner mit Wohnsitz im Ausland, die sich einer inländischen Geschäftsniederlassung zuordnen lassen, gelten als am Ort dieser Niederlassung belegen.[155] Hat der Vollstreckungsschuldner keine Niederlassung in der Schweiz und verfügt er über eine Forderung gegen einen Drittschuldner, die aus dem Betrieb von dessen Geschäftsniederlassung in der Schweiz stammt, wird diese Forderung am Ort der Geschäftsniederlassung lokalisiert. Das gilt auch, wenn der Drittschuldner seinen Wohn- oder Hauptsitz in der Schweiz hat.[156]

5. Gesamthandvermögen

Sind Anteile an Gesamthandvermögen Gegenstand der Zwangsvollstreckung, richtet sich die Zwangsvollstreckung auf den Anspruch des Vollstreckungsschuldners am Liquidationsergbnis. Dieser Anspruch wird wie eine Forderung behandelt.[157] Gemäss Art. 2 VVAG liegt der Anspruch am Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners. Dies gilt auch, wenn Grundstücke Teil des Gesamthandvermögens bilden.[158]

Das Bundesgericht betrachtet den Anteil am Liquidationsergebnis als eine Forderung; den sich daraus aufdrängenden Schluss, bei ausländischem Wohnsitz des Vollstreckungsschuldners diesen Anteil als am

---

[152] BGE 61 III 109.
[153] STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 266.
[154] BGE 105 III 117; STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 266, will verpfändete Forderungen wie gewöhnliche Forderungen lokalisieren, da die Verpfändung einer Forderung nicht eine mit dem Besitz vergleichbare Herrschaft über das Pfandobjekt gewähre und deshalb eine Belegenheit am Wohnsitz des Gläubigers nicht gerechtfertigt sei.
[155] STAEHELIN, S. 266.
[156] BGE 112 III 118; 107 III 149 f.; GILLIÉRON, S. 374; a. A. (für Belegenheit am inländischen Hauptsitz) SCHKG-STOFFEL, N 40 u. N 30 zu Art. 272; vgl. auch den Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 14. Mai 1999, auszugsweise wiedergegeben bei BREITSCHMID, Übersicht zur Arrestbewilligungspraxis nach revidiertem SchKG, AJP 1999, S. 1007 ff., S. 1011.
[157] BGE 124 III 508.
[158] BGE a. a. O.; 118 III 66.

inländischen Wohnsitz des Drittschuldners belegen zu verstehen, zieht es jedoch nicht. Vielmehr wendet es in seiner neusten Rechtsprechung Art. 2 VVAG zur Bestimmung der Belegenheit an.[159] Unsicher ist nach den zitierten Entscheiden, ob - wie die frühere Rechtsprechung[160] annahm - bei letztem Wohnsitz des Erblassers in der Schweiz Anteile an dessen Erbschaft als im Inland belegen gelten.[161] Dies sollte weiterhin der Fall sein, weil sonst die Gefahr besteht, dass auf solche Vermögenswerte überhaupt nicht zugegriffen werden kann.[162]

6. Immaterialgüterrechte

Die Belegenheit von Immaterialgüterrechten wird im Grundsatz wie diejenige von Forderungen bestimmt: sie gelten als in der Schweiz belegen, wenn der Berechtigte in der Schweiz wohnt.[163] Bei ausländischem Wohnsitz des Berechtigten gilt bei eingetragenen Immaterialgüterrechten der Sitz der Registerbehörde als Lageort.[164]

[159] BGE 124 III 505 ff.; 118 III 62 ff. Zutreffend am letzteren Entscheid ist die Feststellung, dass die Erbengemeinschaft nicht als solche Drittschuldners des Anteil am Liquidationsergebnis ist. Hingegen würde es sich rechtfertigen, eine Belegenheit am letzten Wohnsitz des Erblassers anzunehmen, falls dieser in der Schweiz liegt.

[160] BGE 109 III 92; 91 III 23; der erste Entscheid ist allerdings in seiner Begründung unzutreffend: Das Bundesgericht hat darin die Erbengemeinschaft als Drittschulderin des Liquidationsanteils des Betreibungsschuldners bezeichnet und aufgrund Art. 49 SchKG der letzte Wohnsitz des Erblassers als Arrestort bezeichnet. Drittschuldnerin ist jedoch nicht die Erbengemeinschaft, sondern die Gesamtheit der Miterben. Zudem regelt Art. 49 SchKG nicht die Belegenheit, sondern nur den Betreibungsort.

[161] STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 267, geht insoweit von der Weitergeltung der bisherigen Rechtsprechung aus, während GASSMANN, S. 58, annimmt, die Lokalisierung am letzten schweizerischen Wohnsitz des Erblassers habe keine Geltung mehr. Die Formulierung in BGE 124 III 508 deutet eher darauf hin, dass die erste Annahme zutrifft.

[162] Vgl. vorne, B 2.

[163] BGE 57 III 32.

[164] BGE 112 III 119 m.w.H.

D. Anmeldung des Drittanspruchs

Ansprüche Dritter an gepfändeten Vermögenswerten müssen beim Betreibungsamt angemeldet werden, um das Widerspruchsverfahren in Gang zu setzen.[165] Die Anmeldung ist möglich bis zur Verteilung des Erlöses;[166] wurde die Sache schon verwertet, geht der Anspruch des Dritten auf den Erlös. Die Anmeldung des Anspruchs unterliegt keiner Befristung. Zögert sie der Dritte rechtsmissbräuchlich oder grobfahrlässig hinaus, kann der Anspruch in der laufenden Betreibung nicht mehr geltend gemacht werden.[167]

E. Gewahrsam als Weichenstellung

1. Bedeutung

In der Zwangsvollstreckung wird das Vermögen des Schuldners verwertet. Zu diesem Zweck werden - soweit notwendig - Vermögenswerte gepfändet. Die Pfändung kann sich nur auf Vermögenswerte beziehen, die dem Schuldner gehören. Oft wird es aber schwierig sein zu entscheiden, wer an den Vemögenswerten berechtigt ist. Die Vollstreckungsbehörde kann darüber nicht entscheiden. Sie muss aber die Weichen für das weitere Verfahren stellen, indem sie festlegt, wer am gepfändeten Vermögenswert Gewahrsam hat. Je nachdem muss der Dritte oder der Gläubiger aktiv werden.

2. Begriff

Gewahrsam bedeutet faktische Herrschaft über eine Sache. Ob auch ein Anspruch auf die Sache besteht, wird nicht geprüft. Darin ähnelt der Begriff des Gewahrsams demjenigen des Besitzes; beide sind auch häufig identisch. Anders als beim Besitz verleiht aber nur die tatsächliche Verfügungsgewalt den Gewahrsam über eine Sache. Abgeleiteten oder mittelbaren Gewahrsam gibt es nicht.

[165] Art. 106 Abs. 1 SchKG; von Amtes wegen wird das Widerspruchsverfahren nur in Ausnahmefällen eingeleitet, so insbesondere im Fall von Art. 10 VZG.

[166] Art. 106 Abs. 2 SchKG.

[167] BGE 120 III 125 m.w.H.

Soweit es nicht um bewegliche Sachen geht, kann es keinen so verstandenen Gewahrsam geben. Bei Grundstücken tritt an dessen Stelle der Grundbucheintrag[168]. Bei Forderungen muss die Rechtslage summarisch geprüft werden. Wer als besser berechtigt erscheint, wird wie der Gewahrsamsinhaber behandelt.[169]

Hat weder der Schuldner noch der Dritte, sondern ein Vierter Gewahrsam an der Sache, ist entscheidend, für wen der Vierte den Gewahrsam ausübt.[170]

3. Entscheid über Gewahrsam

Das Betreibungsamt entscheidet über den Gewahrsam, und zwar indem es dem Dritten gemäss Art. 107 Abs. 2 oder aber dem Gläubiger (und/oder Schuldner) gemäss Art. 108 Abs. 2 SchKG Frist ansetzt. Der Entscheid ist für das weitere Verfahren verbindlich; wird der Gewahrsam falsch bestimmt, ist dies mit Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG anzufechten.

F. Vorverfahren

1. Gewahrsam des Schuldners

Hat der Schuldner ausschliesslichen Gewahrsam am gepfändeten Vermögenswert, so können Gläubiger und Schuldner den Drittanspruch bestreiten. Das Betreibungsamt setzt ihnen dazu eine Frist von zehn Tagen.[171] Wird der Anspruch des Dritten nicht bestritten, so gilt er in der laufenden Betreibung als anerkannt. Behauptet der Dritte Eigentum an einer Sache oder Gläubigerstellung an einer Forderung, wird der gepfändete Vermögenswert aus der Pfändung entlassen. Bei Bestreitung setzt das Betreibungsamt dem Dritten eine Frist von 20 Tagen zur Einreichung der Klage auf Feststellung seines Anspruchs an. Damit ist der Widerspruchsprozess eröffnet.

[168] Art. 107 Abs. 1 Ziff. 3 und 108 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.
[169] Art. 107 Abs. 1 Ziff. 2 und 108 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.
[170] BGE 120 III 85; SCHKG-A. STAEHLEIN, N 9 zu Art. 107.
[171] Art. 107 Abs. 2 SchKG.

Reicht der Dritte keine Klage ein, fällt sein Anspruch in der betreffenden Betreibung dahin.[172]

2. Gewahrsam des Dritten

Hat der Dritte alleinigen oder Mitgewahrsam, entfällt das Vorverfahren. Das Betreibungsamt leitet direkt den Widerspruchsprozess ein, indem es dem Gläubiger und/oder dem Schuldner eine Frist von 20 Tagen setzt zur Anhebung der Klage auf Aberkennung des angemeldeten Drittanspruchs.[173]

Wird keine Klage eingereicht, so gilt der Anspruch des Dritten als anerkannt. Behauptet der Dritte Eigentum an einer Sache oder das Gläubigerrecht an einer Forderung, fällt die Pfändung in bezug auf diese Vermögenswerte dahin.

G. Widerspruchsprozess

1. Parteien

Im Verfahren nach Art. 107 SchKG tritt der Dritte als Kläger auf. Beklagte sind entweder (je nachdem wer den Anspruch des Dritten bestritten hat) der Gläubiger, der Schuldner oder beide zusammen. Sind sowohl der Gläubiger als auch der Schuldner Beklagte, so sind beide Verfahren unabhängig voneinander. Die Verfahren können aber - falls es das kantonale Recht gestattet - zusammengelegt werden.[174] Allerdings ist zu beachten, dass der Dritte, wenn sein Anspruch sowohl vom Gläubiger als auch vom Schuldner bestritten ist, gegen beide vorgehen muss. Würde er den Widerspruchsprozess nur gegen einen von beiden führen, so würde kein Rechtsschutzinteresse bestehen, da sein Anspruch in der betreffenden Pfändung in jedem Fall ausser Betracht bleiben würde.

Im Verfahren nach Art. 108 SchKG treten der Schuldner, der Gläubiger oder beide zusammen als Kläger auf. Auch hier treten beide unabhängig voneinander auf; eine Zusammenlegung ist möglich, wenn das kantonale Recht sie gestattet.

[172] Art. 107 Abs. 5 SchKG.
[173] Art. 108 Abs. 2 SchKG.
[174] SCHKG-A. STAEHELIN, N 25 zu Art. 109.

2. Gerichtsstand

Im revidierten SchKG ist der Gerichtsstand der Widerspruchsklage in Art. 109 ausdrücklich geregelt, womit Kompetenzkonflikte zwischen den Kantonen beendet wurden.[175] Für die Klage nach Art. 107 SchKG gilt nunmehr der Gerichtsstand des Betreibungsorts. Klagen nach Art. 108 SchKG sind am Wohnsitz des Beklagten anzubringen, sofern dieser Wohnsitz in der Schweiz hat. Befindet sich sein Wohnsitz im Ausland, so ist das Gericht am Betreibungsort zuständig. Bei Drittansprüchen an Grundstücken gilt das Forum rei sitae. Dasselbe gilt für den Lastenbereinigungsprozess. Die Gerichtsstände des Widerspruchsverfahrens sind zwingend.[176]

Damit hat das Gesetz den Gerichtsstand auch im internationalen Verhältnis ausdrücklich geregelt.[177] Auf den ersten Blick scheint dies allerdings nur im Fall der Klagen nach Art. 108 SchKG der Fall zu sein. Aufgrund des Prinzips der Territorialität des Zwangsvollstreckungsrechts ist indessen davon auszugehen, dass die Regelung des Gerichtsstands für Klagen nach Art. 109 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG auch internationale Sachverhalte einschliesst. Auch eine andere Überlegung führt zum selben Ergebnis: wenn schon im Verfahren nach Art. 108 SchKG, dessen Bezug zur Zwangsvollstreckung weniger eng ist als derjenige des Verfahrens nach Art. 107 SchKG, der Gerichtsstand des Betreibungsorts gegenüber einem ausländischen Beklagten gilt, so muss dasselbe erst recht im Verfahren nach Art. 107 SchKG gelten.

Der Gerichtsstand am schweizerischen Wohnsitz des Beklagten gemäss Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG scheint von der Rechtsprechung des

[175] Botschaft SchKG, S. 88; vgl. zum früheren Rechtszustand und der bundesgerichtlichen Lösung von Kompetenzkonflikten FRITZSCHE/WALDER, § 26 Rz 25 ff.; GILLIÉRON, Commentaire, N 10 ff zu Art. 109.

[176] SCHKG-A. STAEHELIN, N 15 zu Art. 109; A. M. SCHWOB, S. 280, mit der Begründung, Art. 2 IPRG sehe im internationalen Verhältnis den schweizerischen Wohnsitz des Beklagten vor. Um diese Bestimmung mit Art. 109 SchKG zu vereinbaren, müsse davon ausgegangen werden, dass Art. 109 SchKG keine zwingenden Gerichtsstände festlege. Diese Ansicht übersieht, dass Widerspruchsklagen nicht in den Anwendungsbereich des IPRG fallen, vgl. vorne, § 5 III.

[177] Die ursprüngliche Vorlage zur Revision des SchKG sah in Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 noch einen ausdrücklichen Vorbehalt der Staatsverträge vor - was zeigt, dass man sich eines möglichen Konflikts dieser Gerichtsstandsbestimmung mit Staatsverträgen durchaus bewusst war. Dieser Vorbehalt wurde dann jedoch unter Hinweis auf Art. 30a SchKG als überflüssig gestrichen (Bericht Expertengruppe, S. 27).

Bundesgerichts zu Art. 109 aSchKG inspiriert zu sein. Diese gestand dem beklagten Drittansprecher - sofern es sich beim gepfändeten Vermögenswert um eine Forderung handelte - den Wohnsitzgerichtsstand gemäss Art. 59 aBV zu.[178]

3. Urteil

Das Urteil hat sich darüber auszusprechen, wie der Drittanspruch in der laufenden Betreibung zu behandeln ist. Ist der Drittanspruch ein die Pfändung ausschliessendes Recht, so ist der gepfändete Gegenstand aus der Pfändung zu entlassen. Handelt es sich beim Drittanspruch um ein der Pfändung vorgehendes Recht, hat das Urteil festzustellen, dass dieser Anspruch bei der Verwertung zu berücksichtigen ist. Wird schliesslich der Anspruch des Drittansprechers abgewiesen, bleibt die Pfändung im vollen Umfang bestehen.

4. Charakterisierung

Das Gesetz spricht in Art. 107 Abs. 5 SchKG von der "Feststellung" des Drittanspruchs. Die Widerspruchsklage wird denn auch verschiedentlich als negative (Art. 107 SchKG) bzw. positive (Art. 108 SchKG) Feststellungsklage bezeichnet.[179] Diese Formulierung darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass Prozessthema nicht der Drittanspruch an sich, sondern die Frage ist, ob der Drittanspruch in der laufenden Betreibung zu anerkennen ist. Die materielle Begründung stellt sich als blosse Vorfrage. Deshalb wird die Widerspruchsklage auch als prozessuale Gestaltungsklage bezeichnet.[180]

Im Rahmen der Klagen des SchKG gilt die Widerspruchsklage als Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht[181] oder - nach anderer Terminologie - als Streitigkeit mit materiellrechtlichem Hintergrund.[182] Bei diesen Klagen spielt materielles Recht in zweifacher Hinsicht eine

[178] BGE 86 III 138; SÜSSKIND, S. 46, kritisiert diese Rechtsprechung zu Recht. Bei der Klage des Dritten gemäss Art. 109 aSchKG, die sich auf eine Forderung bezieht, handelt es sich nicht um eine persönliche Ansprache gemäss Art. 59 aBV, sondern um die Frage der Inhaberschaft an der Forderung.

[179] AMONN/GASSER, § 24 N 48; SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 149.

[180] SCHKG-A. STAEHELIN, N 7 zu Art. 109; FRITZSCHE/WALDER, § 26 Rz 34.

[181] Statt vieler SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 149.

[182] STAEHELIN, Streitigkeiten, S. 73.

Rolle: zunächst sind materiellrechtliche Vorfragen zu beantworten; sodann wirkt sich das Urteil auf das materielle Recht aus.

5. Wirkung

Das Urteil in einem Widerspruchsprozess hat nur Wirkung in der betreffenden Betreibung. Fällt die Pfändung aus irgendeinem Grund dahin, wird auch das darauf beruhende Widerspruchsverfahren gegenstandslos. Das Urteil spricht sich nicht über die materielle Berechtigung am gepfändeten Vermögenswert aus; Prozessthema ist einzig, ob und wie der Drittanspruch in der laufenden Betreibung berücksichtigt werden soll. Dies ist unbestritten, soweit am Widerspruchsprozess (wie wohl in der Mehrzahl der Fälle) nur der Gläubiger und der Dritte beteiligt waren. Nahm hingegen auch der Schuldner am Widerspruchsverfahren teil,[183] sind die Meinungen kontrovers: während Rechtsprechung[184] und ein Teil der Lehre[185] einem solchen Urteil materielle Rechtskraft in bezug auf das Verhältnis Schuldner - Drittansprecher zubilligen, vertreten andere Autoren[186] die Ansicht, auch in einem solchen Fall habe das Urteil nur in der betreffenden Betreibung Wirkung. Sie führen dabei das Argument an, auch ein solches Urteil ergehe im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens, dessen Thema einzig die Frage sei, wie Drittansprüche in einer laufenden Betreibung zu behandeln seien.[187] Dieses Argument trifft zweifellos zu, berücksichtigt aber einzig die formale Einbettung des Widerspruchsprozesses in das Betreibungsverfahren. Misst man dem formalen Argument aber weniger Gewicht zu und betrachtet die materielle Position der beteiligten Parteien, so spricht wenig gegen eine Rechtskraftwirkung: das Urteil erging zwischen den direkt beteiligten Parteien und mit voller Kognition des Gerichts. Würde die materielle Rechtskraft verneint,

[183] Dies ist nach revidiertem SchKG neu auch im Verfahren nach Art. 108 möglich.
[184] BGE 44 III 209; 35 II 45.
[185] AMONN/GASSER, § 24 N 51, 68; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 7 zu Art. 109; JAEGER, N 5 C zu Art. 107; TSCHUMY, S. 75 f.
[186] SCHKG-A. STAEHELIN, N 4 zu Art. 109; FRITZSCHE/WALDER, § 26 Rz 33 FN 52; GULDENER, Zwangsvollstreckung, S. 42 FN 67.
[187] FRITZSCHE/WALDER, a .a .O., führen als weiteres Argument an, dass Schuldner und Dritter den Anfang des Verfahrens nicht frei hätten wählen können. Dies kann jedoch kein Argument gegen die Rechtskraftwirkung sein, trifft dies doch bei den verschiedensten Verfahren zu (z. B. der Streitverkündung) zu, ohne dass deswegen den daraus hervorgehenden Urteilen die materielle Rechtskraft abgesprochen würde.

müssten gegebenenfalls in einem zweiten Prozess die gleichen Fragen wieder aufgerollt werden.

Ein letztinstanzliches kantonales Urteil kann wie jedes Urteil mit Reflexwirkung auf das materielle Recht mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind. Das ist insofern bemerkenswert, als solche Urteile trotz ihrer auf die laufende Zwangsvollstreckung beschränkten Wirkung als Zivilsache i.S.v. Art. 46 bzw. 68 OG gelten.

6. Fortgang der Betreibung bei Abweisung des Drittanspruchs

a. Bei Sachen

Bei Abweisung des Drittanspruchs wird der gepfändete Vermögenswert ohne Rücksicht darauf verwertet. Durch die Verwertung können jedoch nicht mehr Rechte übertragen werden, als dem Schuldner zustanden.[188] Dieser Grundsatz wird allerdings eingeschränkt durch die Möglichkeit des gutgläubigen Eigentumserwerbs.[189] Hier zeigt sich die Reflexwirkung auf das materielle Recht: auch wenn das Urteil im Widerspruchsprozess im allgemeinen keine materiellrechtlichen Wirkungen zeitigt, führt die Tatsache der Verwertung doch zum Verlust des materiellen Rechts. Vorbehalten bleibt gemäss Art. 106 Abs. 3 SchKG ein Anspruch des Dritten bei abhanden gekommenen Sachen oder Bösgläubigkeit des Erwerbers. Diese Bestimmung wiederholt einzig, was aufgrund Art. 933 ff. ZGB ohnehin gilt.[190]

b. Bei Forderungen

Gelegentlich wird gesagt, im Rahmen der Zwangsvollstreckung werde de facto endgültig über die Rechte Dritter entschieden, da diese nach durchgeführter Verwertung untergingen.[191] Für Sachen trifft diese Aussage, wie oben gesehen, üblicherweise zu. Bei Forderungen kann es sich aber nicht gleich verhalten. Dabei muss man sich den unterschiedlichen Charakter der beiden Vermögenswerte vor Augen halten: Dingliche Rechte an Sachen sind absolute Rechte. Werden sie verwertet, hat

[188] DENZLER, S. 70.
[189] Art. 714 Abs. 2 i.V.m. Art. 933 ZGB.
[190] So schon LEUCH, S. 8, FN 1, für Art. 108 aSchKG, dessen Wortlaut weniger weit als derjenige des Art. 106 Abs. 3 SchKG ging.
[191] STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 277.

der Erwerber das betreffende Recht erworben und kann es gegenüber jedermann geltend machen. Forderungen hingegen sind relative Rechte; sie verkörpern einen Anspruch gegen einen Drittschuldner. Dieser Drittschuldner hat mit dem Widerspruchsverfahren nichts zu tun, in dessen Rahmen gerade nicht über den Bestand der Forderung entschieden wird. Er kann daher - unabhängig vom Ausgang des Widerspruchsverfahrens - geltend machen, nicht der Erwerber der Forderung, sondern ein anderer sei sein Gläubiger.

Bei der Verwertung von Forderungen gibt es keine Art. 106 Abs. 3 SchKG entsprechende Bestimmung.[192] Hier muss es beim Grundsatz bleiben, dass ein Gutglaubensschutz beim Erwerb einer Forderung grundsätzlich ausgeschlossen ist.[193] Daraus folgt, dass der Dritte - soweit er am Widerspruchsverfahren nicht teilgenommen hat - seine Inhaberschaft an einer Forderung auch ausserhalb des Widerspruchsverfahrens geltend machen kann. Der Erwerber der Forderung kann ihm nicht entgegenhalten, er habe sie gutgläubig erworben.[194] Soweit eine Forderung dem Schuldner nicht zusteht, wurde ein nullum gepfändet, das auch durch die Verwertung nicht zu einer Forderung wird. Hat der Drittansprecher hingegen am Widerspruchsverfahren teilgenommen, so charakterisiert sich das Widerspruchsverfahren als vorgezogener Prätendentenstreit, der auf Seiten des Schuldners allenfalls vom Betreibungsgläubiger kraft besonderer Legitimation geführt wird. Muss der Erwerber der Forderung diese gegen den Drittschuldner gerichtlich geltend machen, kann sich der Dritte durch Hinterlegung befreien (Art. 168 bzw. 96 OR). Im Streit um die hinterlegte Summe schafft das Urteil im Widerspruchsprozess (bzw. der Ausgang des Vorverfahrens) zwischen dem Drittansprecher und dem Erwerber der Forderung Recht.[195] Wenn

[192] SCHKG-A. STAEHELIN, N 29 zu Art. 106.

[193] Statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Bd. 2, Nr. 3611.

[194] "[...] ist eine vermeintlich dem Schuldner gehörende Forderung gepfändet, die ihm in Wirklichkeit nicht oder nicht mehr gehört, so ist nichts gepfändet, und wird sie zwecks Verwertung übertragen, so ist nichts übertragen" (LEUCH, S. 9); in BGE 54 III 294 ff. hat das Bundesgericht anders entschieden und einen gutgläubigen Forderungserwerb aufgrund einer Zwangsverwertung angenommen. Das - kursorisch begründete - Urteil ist in der Lehre auf entschiedene Ablehnung gestossen (LEUCH, S. 5 ff.; LENHARD, S. 24; DENZLER, S. 71 FN 36).

[195] LEUCH, S. 13 f.; man kann sich fragen, ob diese Folgerung angesichts des betreibungsrechtlichen Charakters des Urteils im Widerspruchsprozess statthaft ist. Da sich das Urteil nur über die Zulässigkeit bzw. den Umfang der Pfändung ausspricht, könnte man argumentieren, dass die einzige Folge des Widerspruchsprozesses die Verwertung der gepfändeten Forderung gemäss dem

der Drittschuldner in einem solchen Fall jedoch nicht hinterlegt[196], nützt dem Erwerber der Forderung das Urteil im Widerspruchsprozess nichts: Dieses Urteil ist eine res inter alios jacta, das für den Drittschuldner keine Bedeutung haben kann. In einem solchen Fall wird dem Erwerber nichts anderes übrig bleiben, als die Forderung gegenüber dem Drittschuldner einzuklagen.

Theoretisch möglich (wenn auch praktisch schwer vorstellbar) wäre auch die umgekehrte Situation: der im Widerspruchsverfahren unterlegene Drittansprecher klagt gegen seinen angeblichen Schuldner. Dieser hinterlegt nicht. Im darauffolgenden Prozess kann nun die Frage der Gläubigerschaft des Dritten nochmals vollkommen neu aufgerollt werden, da das Urteil im Widerspruchsprozess in diesem Verfahren keine Bedeutung haben kann, weil nicht die gleichen Parteien beteiligt sind. Daran ändert auch nichts, wenn der belangte Drittschuldner dem Erwerber der Forderung den Streit verkündet; die Streitverkündung bewirkt lediglich, dass dieser jenem nicht entgegenhalten kann, das Urteil sei unrichtig.

II. Ergebnis

Die Widerspruchsklagen sind - ausgenommen dann, wenn sich der Schuldner am Verfahren beteiligt hat - aus schweizerischer Sicht vollstreckungrechtliche Klagen. Sie erfüllen die Funktion der Abklärung von Drittansprüchen in einem laufenden Betreibungsverfahren und haben keine darüber hinausgehenden, materiellrechtliche Wirkungen. Zu beachten ist allerdings, dass die Pfändungskompetenz der schweizerischen Betreibungsbehörden sehr weit geht. Dies führt zu einer Verlagerung der Auseinandersetzung mit Drittansprechern ins Betreibungsverfahren; denkbar wäre nämlich auch, dass auf die Abklärung von Dritt-

Urteil sei und keine darüber hinausgehenden Wirkungen zeitige, also auch keine im (wieder ausgebrochenen) Prätendentenstreit zwischen Forderungserwerber und Drittansprecher. Das kann aber nicht der Sinn des Widerspruchsverfahrens um Forderungen sein. Wäre diese Auffassung zutreffend, so wäre das Widerspruchsverfahren um Forderungen nutzlos, da es die Frage, wem eine Forderung zusteht, nicht beantworten könnte und sein Ziel, Rechtsicherheit am Pfändungssubstrat zu verwirklichen, um eine günstige Verwertung zu ermöglichen, verfehlen müsste.

[196] Immerhin kann er im Fall von Art. 168 Abs. 3 OR dazu gezwungen werden.

ansprüchen vor der Verwertung verzichtet wird und die Auseinandersetzung mit dem Dritten dem Erwerber des verwerteten Vermögenswerts überlassen bleibt. Darauf wird zurückzukommen sein.

Zu prüfen ist nun, ob sich diese autonome Qualifizierung auch unter dem LugÜ aufrechterhalten lässt.

§ 7 Einordnung der Widerspruchsklagen unter das LugÜ

I. Art. 16 Nr. 5 und Art. 2 Abs. 1 LugÜ als Anknüpfungspunkte

Das LugÜ regelt die Zuständigkeit im eurointernationalen Verhältnis lückenlos,[197] für nationale Gerichtsstandsbestimmungen bleibt kein Platz mehr.[198] Sollen Widerspruchsklagen in der Schweiz erhoben werden können, ist deshalb eine Begründung der Zuständigkeit aufgrund des LugÜ notwendig. Als mögliche Anknüpfungen kommen insbesondere Art. 16 Nr. 5 LugÜ und Art. 2 Abs. 1 LugÜ in Frage. Es ist nicht möglich, wie für die provisorische Rechtsöffnung vorgeschlagen,[199] Widerspruchsklagen weder unter die eine noch die andere Norm zu subsumieren, mit der Folge, dass diese Klagen in einem eurointernationalen Verhältnis nicht mehr erhoben werden könnten. In einem ersten Schritt sollen diese Bestimmungen ausgelegt werden; sodann ist nach den Konsequenzen für das schweizerische Verfahren zu fragen.

[197] KROPHOLLER, N 7 vor Art. 2; SCHWANDER, Gerichtszuständigkeiten, S. 61; MARKUS, S. 11 f.
[198] Ausgenommen zur Begründung der örtlichen Zuständigkeit, falls das LugÜ nur die internationale Zuständigkeit bestimmt.
[199] GASSMANN, S. 169; vgl. hinten, § 11 I.

II. Auslegung des LugÜ im Hinblick auf die Widerspruchsklage

A. Grammatikalische Auslegung

Gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ sind Personen mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat vor den Gerichten dieses Staats zu verklagen. Diese allgemeine Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten betrifft allerdings nur die Zuständigkeit für "ursprüngliche"[200], in schweizerischer Terminologie materiellrechtliche, Verfahren. Urteile aus solchen Verfahren können dann gemäss dem III. Titel des LugÜ anerkannt und vollstreckt werden. Da die Widerspruchsklage i. d. R. keinen materiellrechtlichen Charakter aufweist, würde der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 eher gegen die Subsumption von Widerspruchsklagen unter diese Bestimmung sprechen.

Art. 16 Nr. 5 LugÜ hat folgenden Wortlaut: "[Ohne Rücksicht auf den Wohnsitz sind ausschliesslich zuständig...] für Verfahren, welche die Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen zum Gegenstand haben, die Gerichte des Vertragsstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll oder durchgeführt worden ist."

Der Formulierung "[...] in dessen Hoheitsgebiet die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll oder durchgeführt worden ist" lässt sich entnehmen, dass die Existenz eines Vollstreckungsverfahrens vorausgesetzt wird. Die Norm regelt somit nicht die Zuständigkeit für die Zwangsvollstreckung als solche,[201] sondern nur für daraus hervorgehende Verfahren.[202] Gemeint sind Klagen oder sonstige kontradiktorische Verfahren im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung.[203] Der Bericht JENARD erwähnt "Verfahren, die sich aus der Inanspruchnahme von Zwangsmitteln, insbesondere bei der Herausgabe oder Pfändung

[200] So die Terminologie von Generalstaatsanwalt Lenz, Owens Bank/Bracco, Rs C-129/92, Slg. 1994, I-135.
[201] In der Schweiz wird häufig die Zwangsvollstreckung generell unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ subsumiert, was ungenau ist (vgl. z. B. Botschaft LugÜ S. 309; STOFFEL, S. 372; SCHWANDER, Gerichtszuständigkeiten, S. 93).
[202] KOCH, S. 204 f; STÜRNER, S. 865; GEIMER/SCHÜTZE, N 59 zu Art. 2; DONZALLAZ, Bd. 3, Rz 6381.
[203] GEIMER, Aufrechnung, S. 209.

von beweglichen Sachen oder unbeweglichen Sachen in Hinblick auf die Vollstreckung von Entscheidungen oder Urkunden ergeben".[204]

Die Widerspruchsklage ist eine Klage, die sich aus der Inanspruchnahme von Zwangsmitteln ergibt. Sie ist die Klage des Dritten bzw. gegen einen Dritten, mit der ein Vermögenswert aus der Zwangsvollstreckung herausgelöst bzw. in diese mit einbezogen werden soll. Insofern entspricht sie der Definition im Bericht JENARD. Der Wortlaut spricht somit zumindest nicht gegen eine Subsumption unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ.

B. Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung im Rahmen des LugÜ beruht - da keine weiteren Staatsverträge die Materie regeln - vor allem auf der Stellung der Zuständigkeitsnormen im Übereinkommen selbst.[205] Hier ist vor allem von Bedeutung, dass die Zuständigkeit für Verfahren im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung wie alle Zuständigkeiten des Art. 16 LugÜ zwingend ist. Sie beraubt den Beklagten des "natürlichen" Gerichtsstands des Art. 2 Abs. 1 LugÜ und führt dazu, dass die Parteien vor einem Gericht prozessieren, dass für keine von ihnen dasjenige des Wohnsitzes ist. Dies ist der Grund, weshalb der Gerichtshof wiederholt betont hat, Art. 16 sei restriktiv auszulegen.[206] Aus diesem Grund ist bei der Auslegung immer auch Art. 2 Abs. 1 LugÜ im Auge zu behalten.

Was die Stellung der Norm betrifft, so fällt auf, dass sie sich im zweiten Titel des Übereinkommens befindet, der an sich die Zuständigkeit für Erkenntnisverfahren regelt. Urteile aus Erkenntnisverfahren werden nach den Bestimmungen des Titels III anerkannt und vollstreckt. Ein Urteil, das aufgrund Art. 16 Nr. 5 LugÜ ergangen ist, wird aber nicht in einem andern Vertragsstaat vollstreckt werden können, da es im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens ergangen ist. Vollstreckungsentscheide als solche werden jedoch vom Übereinkommen nicht erfasst; vielmehr ist in jedem Vertragsstaat, in dem vollstreckt werden soll, die Vollstreckbarerklärung zu beantragen. Es gilt das Verbot des Doppelexequatur.[207] Deshalb wurde auch schon bemerkt, dass Art. 16

[204] Bericht JENARD zu Art. 16 Nr. 5.
[205] KROPHOLLER, Einl. N 35.
[206] Reichert II, Rs. C-261/90, Slg. 1992, I-2182 m.w.H.
[207] "Exequatur sur exequatur ne vaut pas" WALTER, S. 341; SCHACK, Rz 936.

Nr. 5 LugÜ/EuGVÜ innerhalb des zweiten Titels einen Fremdkörper bildet und eigentlich eher in den dritten Teil des Übereinkommens gehöre, der die Anerkennung und Vollstreckung regelt[208]. Allerdings regelt das LugÜ entgegen dem, was die Überschrift des III. Titels vermuten liesse, nicht die Vollstreckung an sich, sondern nur das Verfahren der Vollstreckbarerklärung.[209] Die eigentliche Vollstreckung wird vom Übereinkommen, wie oben erwähnt, nicht erfasst; sie verbleibt deshalb in der Kompetenz der Vertragsstaaten. Man kann sich deshalb fragen, ob Art 16 Nr. 5 LugÜ überhaupt eine eigenständige Bedeutung aufweist, da die Beurteilung zwangsvollstreckungsrechtlicher Streitsachen wohl auch ohne diese Bestimmung den Gerichten des Staats vorbehalten werden müsste, auf dessen Territorium vollstreckt werden soll.[210] Die Bedeutung dieser Bestimmung würde bei dieser Betrachtungsweise vielmehr darin liegen zu verdeutlichen, dass solche Verfahren nicht als Erkenntnisverfahren i.S.v. Art. 2 Abs. 1 LugÜ gelten und somit nicht an einem Hauptsachegerichtsstand geführt werden müssen.[211] Diese Überlegung wird auch gestützt durch die Tatsache, dass Art. 16 Nr. 5 LugÜ nur Verfahren erfasst, die aus der Zwangsvollstreckung hervorgehen, nicht aber die Zwangsvollstreckung selber. Insbesondere enthält das LugÜ keine Regelung bezüglich der Frage, wo die Zwangsvollstreckung stattzufinden hat. Die Vertragsstaaten können somit den Anknüpfungspunkt - Ort der Zwangsvollstreckung - frei wählen und für alle gemäss ihrem innerstaatlichen Vollstreckungsrecht sich ergebenden Verfahren eine Zuständigkeit an diesem Ort vorsehen. Es leuchtet ein, dass die Vertragsstaaten nicht einfach durch die Integration eines Verfahrens in die Zwangsvollstreckung die Anwendung der Hauptsachegerichtsstände des LugÜ umgehen können. Die entscheidende Frage ist deshalb, ob ein entsprechen-

[208] Schlussantrag LENZ, Owens Bank/Bracco, Rs C-129/92, Slg. 1994, I-135.
[209] DONZALLAZ, Bd. 3, Rz 6358.
[210] Ähnlich SCHWANDER, Gerichtszuständigkeiten, S. 92, der Art. 16 Nr. 5 LugÜ als eine selbstverständliche Regel bezeichnet, die sich schon aus der völkerrechtlichen Territorialhoheit der Staaten ergebe. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieses Prinzip z. B. in Art. 6 Abs. 2 des Abkommens zwischen der Schweiz und Deutschland über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen (SR 0.276.191.361).
[211] Wenn in dieser Arbeit die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen unter dem Aspekt der Anwendbarkeit von Art. 16 Nr. 5 LugÜ behandelt wird, so deshalb, weil sich diese Fragestellung in der Literatur eingebürgert hat und dagegen auch nichts einzuwenden ist, wenn man sich vor Augen hält, dass es sich dabei um die Frage der Abgrenzung zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren im Sinn des LugÜ geht.

des Verfahren als Klage im Sinne von Art. 2 ff. LugÜ zu qualifizieren ist. Im Rahmen dieser Qualifikation besagt Art. 16 Nr. 5 LugÜ, dass ein Verfahren aus einer Zwangsvollstreckung keine Erkenntnisverfahren ist, dass unter Art. 2 LugÜ ff. zu subsumieren ist.

Die systematische Auslegung vermag die Frage der Einordnung der Widerspruchsklagen unter das LugÜ nicht zu entscheiden. Das Kriterium der restriktiven Auslegung ist zu vage, um daraus konkrete Folgerungen zu ziehen. Immerhin zeigte die Analyse der einschlägigen Zuständigkeitsnormen des LugÜ, dass die Kernfrage darin besteht zu entscheiden, ob die Widerspruchsklagen eine genügende Nähe zur Vollstreckung aufweisen, um sie den Hauptsachegerichtsständen des LugÜ zu entziehen. Würde die Frage bejaht, wäre der Vollstreckungsstaat zuständig - eine Rechtsfolge, die auch ohne Art. 16 Nr. 5 LugÜ einträte.

C. Teleologische Auslegung

Letztlich entscheidend für die Einordnung muss die teleologische Auslegung sein; die übrigen Auslegungsmethoden dienen schlussendlich der Ermittlung des Ziels und Zwecks einer Norm. Auch der EuGH misst der teleologischen Auslegung grosse Bedeutung zu.[212]

Das LugÜ geht von einer klaren Zweiteilung in Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren aus.[213] Zwangsvollstreckung ist Ausdruck der Staatsgewalt, weshalb sie in besonderer Weise an das Territorium des vollstreckenden Staats gebunden ist[214]. Diesen Gedanken nimmt Art. 16 Nr. 5 LugÜ auf, indem er die Zuständigkeit gemäss dem "Hoheitsgebiet" des Staats zuweist. Schon die Wortwahl deutet darauf hin, dass der Souveränitätsaspekt im Vordergrund steht. Damit wird etwas festgelegt (sc. der Grundsatz der Territorialität in der Zwangsvollstreckung), das ohnehin gilt[215,216].

[212] KROPHOLLER, Einl. N 37.
[213] WALTER, S. 216 f.
[214] KROPHOLLER, N 57 zu Art. 16.
[215] Schlussantrag LENZ, Owens Bank/Bracco, Rs C-129/92, Slg. 1994, I-135; SCHWANDER, Gerichtszuständigkeiten, S. 92.
[216] Das findet auch Ausdruck in der Terminologie: Verfechter einer schweizerischen Zuständigkeit im schweizerischen Widerspruchsprozess schreiben gelegentlich, das LugÜ sei auf die Zwangsvollstreckung gar nicht anwendbar (z. B. BRUNNER/HOULMANN/REUTTER, S. 114). Dass das LugÜ auf Widerspruchsverfahren Anwendung findet, steht indessen ausser Zweifel, fraglich ist einzig, ob sich die schweizerische Zuständigkeit aus Art. 16 Nr. 5 ergibt.

Neben dem Aspekt der Souveränität spielt auch der Gesichtspunkt der "Rechtsnähe"[217] eine Rolle: Der Richter am "Ort des Geschehens"[218], d. h. dem Ort der Zwangsvollstreckung, soll entscheiden. Insofern spielen auch Praktikabilitätserwägungen eine Rolle, da solche Verfahren häufig mit der Zwangsvollstreckung eng verwoben sind und von einem ausländischen Richter nur schwierig anzuwenden wären. Bei solchen Rechtsbehelfen in der Zwangsvollstreckung stellt sich zudem das Problem, dass die nationalen Systeme stark voneinander abweichen und ganz spezifische Funktionen erfüllen, die nur in einem bestimmten nationalen Recht von Bedeutung sind.[219] Wäre nicht das Gericht am Ort der Zwangsvollstreckung zuständig, so würde häufig Zusammengehörendes auseinandergerissen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Zuständigkeit am Ort der Vollstreckung nicht notwendigerweise den Interessen des Vollstreckungsgegners zuwiderlaufen muss. Zwar wird er damit des allgemeinen Gerichtsstands an seinem Wohnort (oder eines besonderen Gerichtsstands des Übereinkommens) beraubt, und er hat alle damit verbundenen Unannehmlichkeiten zu tragen; dafür hat er die Gewissheit, mit seinem Rechtsbehelf zugelassen zu werden und - gegebenenfalls - die Zwangsvollstreckung rasch und effektiv abzuwenden.

Bei der Anwendung des Art. 16 Nr. 5 LugÜ ist zu berücksichtigen, dass auf den Ort der Zwangsvollstreckung verwiesen wird. Dieser Ort wird aber allein durch das autonome Recht der Vertragsstaaten bestimmt.[220] Das Übereinkommen verzichtet denn auch folgerichtig auf Bestimmungen über die Belegenheit von Forderungen[221]. Der Begriff "Zwangsvollstreckung" verweist somit auf das nationale Recht. Die Situation ist vergleichbar mit jener des Art. 16 Nr. 2 LugÜ: Gemäss dieser Bestimmung ist für gesellschaftsrechtliche Klagen der Richter am Sitz der Gesellschaft zuständig. Allerdings liegt dieser Fall im Vergleich zu Art. 16 Nr. 5 insofern anders, als das Übereinkommen hier

[217] GEIMER/SCHÜTZE, N 269 zu Art. 16 Nr. 5.
[218] MARKUS, S. 58.
[219] Das zeigt sich exemplarisch bei der Aberkennungsklage, die als materiellrechtliche Klage grundsätzlich gemäss Art. 2 ff LugÜ anzuknüpfen ist. Ungewiss bleibt aber, ob ein ausländischer Richter auf eine solche, ihm unbekannte Klage eintreten würde. Zu Lösungsvorschlägen vgl. MARKUS, S. 132 ff.
[220] BGE 124 III 508.
[221] KROPHOLLER, N. 5 zu Art. 31; Bericht SCHLOSSER, Nr. 207.

ausdrücklich auf das IPR des Forumstaats verweist und somit keinen Raum für eine autonome Qualifikation lässt.

Dieser Verweis auf einen nationalen Anknüpfungsbegriff birgt natürlich Gefahren in sich: So wäre es einem Vertragsstaat möglich, durch Integration materiellrechtlicher Verfahren in die Zwangsvollstreckung die Zuständigkeitsordnung des Übereinkommens zu durchkreuzen und damit Art. 16 Nr. 5 LugÜ als "Einfallstor"[222] für Hauptsachegerichtsstände zu benützen. Insoweit ist in diesem Zusammenhang eine autonome Auslegung von besonderer Bedeutung, und der EuGH zögert denn auch nicht, solche Gerichtsstände der Zwangsvollstreckung auf ihre Konformität mit dem LugÜ zu überprüfen.[223]

Zu bedenken ist weiter, dass sich die vorstehenden Überlegungen auf das Verhältnis Kläger - Beklagter beziehen. Wenn aber schon in diesem Verhältnis nur mit Zurückhaltung auf einen (beziehungsarmen) Gerichtsstand gemäss Art. 16 LugÜ geschlossen werden kann, so muss dies erst recht im Verhältnis Kläger - Dritter gelten. Denn der Dritte wird durch die Pfändung von einem Verfahren betroffen, mit dem er nichts zu tun hat, und das für ihn nicht voraussehbar war. Daher ist in seiner Stellung die Garantiefunktion der Hauptsachegerichtsstände von besonderer Bedeutung: er hat damit zu rechnen, dass er seinen Anspruch gerichtlich geltend machen muss (und sich damit auf einen Hauptsachegerichtsstand berufen kann), nicht aber, dass er dies in einer nicht ihn betreffenden Zwangsvollstreckung tun muss.

Diese Überlegungen treffen zu, soweit der Dritte Gewahrsam am gepfändeten Vermögenswert hat. Befindet sich dieser im Gewahrsam des Schuldners, so präsentiert sich die Situation anders. Der Dritte will in diesem Fall mit der Widerspruchsklage eine Herauslösung des Vermögenswertes aus dem Pfändungsbeschlag erreichen. Er müsste auch aktiv werden, wenn er eine entsprechende Klage ausserhalb der Zwangsvollstreckung erheben möchte, und zwar im allgemeinen am Wohnsitz des Schuldners, der in der Regel mit dem Betreibungsort zusammenfällt. Zudem wird er gewöhnlich den Gewahrsam freiwillig aufgegeben haben und muss daher die damit verbundene Verschlechterung seiner Rechtsposition in Kauf nehmen - ein Gedanke, der auch im Besitzesrecht zum Ausdruck kommt.[224] Schliesslich würde es zu weit führen, über die sich im Gewahrsam des Schuldners befindenden Vermögenswerte ein materiellrechtliches Verfahren unter Berücksichtigung der Hauptsachegerichtsstände des LugÜ zuzulassen. Dadurch würde die Zwangsvollstreckung zu sehr erschwert. Der Gläubigerschutz muss für den Fall, dass sich der Gewahrsam am Pfändungsgut beim Schuldner befindet, Vorrang haben vor dem Interesse des Dritten, sich auf einen Hauptsachegerichtsstand des LugÜ berufen zu können.

[222] MARKUS, S. 64.
[223] AS-Autoteile/ Malhé, Rs. C- 220/84, Slg. 1985, 2276.
[224] Art. 930 ff. ZGB.

Gleiches muss auch beim Widerspruchsverfahren um eine Forderung gelten. Auch der Dritte, dessen Gläubigerstellung wahrscheinlicher als die des Schuldners ist, muss sich auf einen Hauptsachegerichtsstand des LugÜ berufen können. Zwar gibt es an Forderungen keinen Gewahrsam; wenn aber die Gläubigerstellung des Dritten als wahrscheinlicher eingestuft wird als diejenige des Schuldners, so soll sich diese Tatsache nicht nur darin auswirken, dass er beklagt werden muss, sondern auch darin, dass er an seinem "natürlichen", gemäss dem LugÜ zu bestimmenden Gerichtsstand ins Recht gefasst wird, ebenso wie sich ein in der Schweiz wohnhafter Drittansprecher auf seinen Wohnsitzgerichtsstand berufen kann. Der Umstand, dass seine Gläubigerstellung als wahrscheinlicher eingestuft wird und er damit den Anschein des besseren Rechts hat, rechtfertigt es, dass er gleich behandelt wird, wie derjenige, der den Gewahrsam an der Pfandsache hat.

Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass die Pfändung einer Forderung nicht notwendigerweise deren Verlust für den angeblichen Drittinhaber bedeutet.[225] Denn hat sich der Dritte auf das Widerspruchsverfahren eingelassen, so führt das im allgemeinen zum Verlust seines Forderungsrechts.[226] Zudem wäre es aus Schweizer Sicht unzweckmässig, das Verfahren nach Art. 108 SchKG je nach Pfändungsobjekt materiellrechtlich bzw. vollstreckungsrechtlich anzuknüpfen.

Die teleologische Auslegung spricht somit dafür, dass die Klage nach Art. 108 SchKG nicht unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ subsumiert werden kann und daher den Hauptsachegerichtsständen des LugÜ untersteht. Die Klage nach Art. 107 SchKG muss hingegen am Ort der Zwangsvollstreckung geführt werden; sie ist nicht eine materiellrechtliche Klage im Sinn des LugÜ.

Ein weiterer Gesichtspunkt spielt eine wichtige Rolle: Der EuGH betont, aus dem Übereinkommen sollen sich für Vertragsstaaten und Private so weit als möglich gleiche und einheitliche Pflichten ergeben.[227]

[225] Vgl. vorne, § 6 I G 6 b.
[226] Vgl. vorne, § 6 I G 6 b.
[227] Kalfelis/Schröder, Rs C- 198/87, Slg. 1988, S. 5584 f.

Diese im Hinblick auf Art. 5 Nr. 3 LugÜ gemachte Aussage muss auch im Anwendungsbereich des Art. 16 Nr. 5 LugÜ gelten. Ansonsten würde es je nach anwendbarem nationalen Zwangsvollstreckungsrecht zu ganz unterschiedlichen Zuständigkeiten kommen. Diese Überlegung führt dazu, den Begriff "Zwangsvollstreckung" autonom auszulegen im Sinn der zweistufigen Methode[228]: zunächst ist zu fragen, ob es sich gegebenenfalls nach dem nationalen Recht um eine zwangsvollstreckungsrechtliche Klage handelt; sodann ist zu entscheiden, ob es sich rechtfertigt, eine solche Klage als zwangsvollstreckungsrechtlich i. S. v. Art. 16 Nr. 5 anzusehen. Hierbei ist anzustreben, dass unterschiedliche nationale Systeme nicht zu "asymetrischen" Zuständigkeiten führen. Die rechtsvergleichende Auslegung spielt in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle. Sie dient der Überprüfung der Frage, wie sich einzelne Institute des nationalen Zwangsvollstreckungsrechts bei Subsumption unter Art. 16 Nr. 5 auf die Zuständigkeit auswirken. Dabei sollte der kleinste gemeinsame Nenner den Standard bilden, der für die Auslegung des Art. 16 Nr. 5 heranzuziehen ist: wenn in einem Vertragsstaat ein Anspruch des Dritten in einem materiellrechtlichen, den Zuständigkeiten des LugÜ für Erkenntnisverfahren unterliegenden Prozess, in einem andern Vertragsstaat hingegen in einem Prozess am Ort der Zwangsvollstreckung abzuklären ist, so sollte sich auch in diesem Staat die Zuständigkeit nach den Vorschriften des LugÜ für Erkenntnisverfahren bestimmen.

Im Folgenden wird daher anhand des Zwangsvollstreckungsrechts einiger ausgewählter Vertragsstaaten dargestellt, welche Zuständigkeiten sich nach dem LugÜ ergeben, wenn eine der Widerspruchsklage vergleichbare Situation vorliegt. Die rechtsvergleichende Methode ist umso angebrachter, als gerade Art. 16 Nr. 5 mit dem Verweis auf das Zwangsvollstreckungsrecht der Vertragsstaaten nicht sinnvoll ausgelegt werden kann, ohne das autonome Vollstreckungsrecht in die Betrachtung miteinzubeziehen.

III. Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ

Der EuGH hat sich bis heute erst in zwei Urteilen zur Frage aussprechen müssen, ob eine Klage unter Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ fällt. Diese

[228] Vgl. vorne, § 4 II B.

Urteile betreffen zwar nicht die Frage, wie der Widerspruchsklage ähnliche Rechtsbehelfe unter das LugÜ zu subsumieren seien; sie enthalten jedoch wichtige Aussagen zu Art. 16 Nr. 5 im allgemeinen, die auch für die hier interessierende Fragestellung von Bedeutung sind.

Im ersten Urteil, AS-Autoteile[229], musste er sich zur Frage äussern, welche Einreden gegen ein zu vollstreckendes Urteil vorgebracht werden können. Der komplexe Sachverhalt sei hier in geraffter Form wiedergegeben: Die deutsche Klägerin (AS-Autoteile) erwirkte gegen eine andere deutsche Gesellschaft einen Zahlungstitel. Diese Gesellschaft war jedoch zum Zeitpunkt der Vollstreckung zahlungsunfähig. Einer der Gesellschafter mit Wohnsitz in Frankreich, Malhé, hatte der Gesellschaft nach Auffassung der Klägerin widerrechtlich Mittel entzogen, woraus ein Rückerstattungsanspruch entstanden wäre. Diesen Anspruch liess die Klägerin pfänden und sich überweisen. Aufgrund des Überweisungsbeschlusses erhob die Klägerin Klage gegen Malhé in Deutschland. Die Klage wurde wegen Unzuständigkeit als unzulässig abgewiesen. Dabei wurde die Klägerin zur Erstattung der Kosten an Malhé verurteilt. Gegen die Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses erhob die Klägerin gemäss § 767 DZPO Vollstreckungsabwehrklage. Mit dieser Klage können Einwendungen gegen den Anspruch aus dem Urteil vorgebracht werden, soweit sie sich nach Erlass der Entscheidung verwirklicht haben.[230] Die Klägerin machte Verrechnung des Kostenanspruchs mit der ihr angeblich zustehenden Forderungen gegen Malhé geltend. Hätte sie damit Erfolg gehabt, so wäre sie für ihre Forderung - wenigstens in der Höhe der Kosten des ersten Verfahrens - doch noch zu einem Gerichtsstand in Deutschland gekommen.

Der EuGH, dem die Frage vom Bundesgerichtshof vorgelegt worden war, stellte zunächst fest, dass die deutsche Vollstreckungsabwehrklage grundsätzlich unter Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ falle. Allerdings relativiert er diese Aussage sogleich wieder, indem er festhält, dass diese Feststellung die Frage offen lasse, "welche Einwendungen eine Partei im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens geltend machen kann, ohne die Grenzen des Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ zu überschreiten"[231]. Der EuGH erklärt denn auch, dass mit der Vollstreckungsabwehrklage nicht Verrechnung mit

[229] AS-Autoteile/Malhé, Rs C-220/84, Slg. 1985, S. 2267 ff.

[230] Die deutsche Vollstreckungsabwehrklage weist damit Ähnlichkeiten mit der negativen Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG auf, vgl. BARTHOLD, S. 1357 f. Zu den Unterschieden vgl. TENCHIO, S. 154 f.

[231] AS-Autoteile/Malhé, Rs C-220/84, Slg. 1985, S. 2277.

dem zu vollstreckenden Anspruch geltend gemacht werden kann, wenn der Vollstreckungsstaat nicht auch für die selbständige Geltendmachung der Verrechnungsforderung zuständig ist. Er betonte dabei, dass Art. 16 Nr. 5 im Zusammenhang mit Art. 2 EuGVÜ auszulegen sei. Der Gerichtsstand des Beklagten gemäss Art. 2 sei das Gegengewicht zu den Erleichterungen, die das Übereinkommen bezüglich Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide bewirke. Art. 16 Nr. 5 statuiere eine Ausnahme; eine Zuständigkeit an diesem Ort für einen Anspruch, dessen klageweise Durchsetzung unter Art. 2 EuGVÜ fallen würde, laufe der vom Übereinkommen gewollten Zuständigkeitsverteilung zuwider.

Dieser Entscheid belegt, dass der EuGH Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ als Abweichung von Art. 2 nur mit Zurückhaltung zulässt. Ein weiteres fällt auf: Der vollstreckungsrechtliche Charakter von § 767 DZPO spielte überhaupt keine Rolle.[232] Er wurde nicht einmal als Argument für die grundsätzliche Subsumption von § 767 DZPO unter Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ angeführt. Das zeigt klar (und nicht überraschend), dass auch der EuGH die innerstaatliche Qualifizierung eines Rechtsbehelfs nicht als entscheidend für die Auslegung des Übereinkommens ansieht, sondern eine funktionale Betrachtungsweise bevorzugt.

Auf das zweite Urteil, Reichert II[233], sei hinten[234] näher eingegangen. Hier nur soviel: Der EuGH qualifizierte die Gläubigeranfechtungsklage des französischen Rechts (Art. 1167 CC) nicht als zwangsvollstreckungsrechtlich oder dinglich im Sinne von Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ. Er betonte dabei einmal mehr, dass Art. 16 Nr. 5 restriktiv auszulegen sei, da in dieser Bestimmung von den ordentlichen Gerichtsständen des Übereinkommens abgewichen werde.[235] Auch in diesem Entscheid wurde der Tatsache, dass das Urteil auf eine "action paulienne" nur Wirkungen zwischen dem Beklagten und der Partei zeitigt, die das Rechtsgeschäft angefochten hat, keinerlei Bedeutung zugemessen.

[232] Die Vollstreckungsabwehrklage gilt nach herrschender Meinung als prozessuale Gestaltungsklage. Ein Urteil über eine solche Klage entwickelt keine materielle Rechtskraft bezüglich der mit der Klage vorgebrachten Einwände gegen die Vollstreckung (BAUR/STÜRNER, Bd. 1, Rz 45.3; STEIN/JONAS/MÜNZBERG; N 2 ff. zu § 767).
[233] Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2149 ff.
[234] Vgl. hinten, § 14 IV F 2.

§ 8 Die Regelung in einzelnen Vertragsstaaten

I. Deutschland

A. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen

Körperliche Sachen werden durch den Gerichtsvollzieher gepfändet. Der Pfändung unterliegen nur Sachen, die sich im Gewahrsam des Schuldners (§ 808 Abs. 1 DZPO), des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten (§ 809 DZPO) befinden. Findet sich der Dritte nicht zur Herausgabe bereit, so wird gemäss § 846 der Herausgabeanspruch als solcher, nicht die Sache selbst, gepfändet. Der Gläubiger kann sich den gepfändeten Anspruch zur Einziehung überweisen lassen (§ 835 i. V. m. 849 DZPO). Er hat dann gegen den Dritten vorzugehen, wenn nötig in einem ordentlichen Prozess. Anders als im Schweizer Recht dient der Gewahrsam also nicht der Parteirollenverteilung im Widerspruchsprozess, sondern nur der Festlegung der Pfändungsbefugnis des Gerichtsvollziehers - eine Regelung, wie sie auch schon für das SchKG vorgeschlagen wurde.[236]

B. Zwangsvollstreckung in Forderungen

Die Pfändung einer Forderung erfolgt in Deutschland durch das Vollstreckungsgericht (§ 828 DZPO). Dabei gibt es keine Bestimmung über den Gewahrsam an Forderungen wie in der Schweiz, sondern es werden einzig die Angaben des Gläubigers der Pfändung zugrunde gelegt (§ 834 DZPO). Auch hier wird die Forderung dem Gläubiger zur Einziehung oder an Zahlungs Statt überwiesen; er hat sie dann gegen den angeblichen Drittschuldner geltend zu machen, gegebenenfalls in einem ordentlichen Prozess.[237]

[235] A .a .O., S. 2182.
[236] HAAB, S. 357a f.
[237] BAUR/STÜRNER, Bd. 1, Rn. 30.28.

C. Drittwiderspruchsklage

Betrifft die Pfändung ein die Veräusserung hinderndes Recht, so kann der Dritte Drittwiderspruchsklage gemäss § 771 DZPO erheben. Gerichtsstand ist das Gericht im Bezirk der Zwangsvollstreckung. Auch im deutschen Recht wird dem Urteil, das in der Widerspruchsklage ergeht, keine materielle Rechtskraft gegenüber dem Dritten, sondern nur Bedeutung für die laufende Zwangsvollstreckung zuerkannt.[238] In der deutschen Literatur wird denn auch einhellig die Drittwiderspruchsklage unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ/EuGVÜ subsumiert.[239] Erhebt der Dritte keine Drittwiderspruchsklage, so geht er seines Anspruchs nicht verlustig; er kann sein Recht weiterhin geltend machen.[240] Bei der Verwertung von Sachen wird ihm dies allerdings infolge des gutgläubigen Eigentumserwerbs des Ersteigerers nicht viel nützen. Anders ist die Lage bei der Verwertung von Forderungen: Da es daran keinen gutgläubigen Erwerb gibt, kann der Dritte auch nach der Verwertung seine Forderung gegenüber dem Drittschuldner geltend machen. Insofern ist die Teilnahme am Widerspruchsverfahren fakultativ.[241]

D. Vergleich zur Schweizer Regelung

Bei der Pfändung von Sachen zeigt sich, dass die Drittwiderspruchsklage im wesentlichen die Funktion von Art. 107 SchKG erfüllt: Der Gewahrsam befindet sich beim Schuldner, der Dritte hat klageweise vorzugehen, um seine Sache aus der Pfändung herauszulösen oder sein Recht in der Zwangsvollstreckung berücksichtigen zu lassen. In beiden Fällen befindet sich der Gerichtsstand am Ort der Zwangsvollstreckung.

Anders, wenn der Dritte Gewahrsam an der Sache hat und nicht bereit ist, sie herauszugeben: in Deutschland wird der Anspruch auf Herausgabe gepfändet und der Dritte muss anschliessend an seinem ordentlichen Gerichtsstand, nicht an dem der Zwangsvollstreckung belangt werden. In der Schweiz hingegen ist, im internationalen Verhältnis, der

[238] BAUR/STÜRNER, Bd. 1, Rn. 46.2.
[239] Statt vieler KROPHOLLER, N59 zu Art. 16; SCHLOSSER, N 25 zu Art. 16.
[240] STEIN/JONAS/MÜNZBERG, N 20, FN 153 zu § 771.
[241] Die Drittwiderspruchsklage ist aber auch in einem solchen Fall angezeigt, da die Pfändung Stellung des Dritten zumindest faktisch beeinträchtigen kann (STEIN/JONAS/MÜNZBERG, N 21 zu § 771), z. B. wenn sein Schuldner aufgrund der (unwirksamen) Pfändung leistet und damit seine Solvenz gefährdet.

Dritte am schweizerischen Betreibungsort gemäss Art. 108 SchKG zu beklagen. Folgende Beispiele mögen den Unterschied illustrieren:

A (Wohnsitz in Deutschland) betreibt B (Wohnsitz ebenfalls in Deutschland) für eine Forderung. A behauptet, ein Gemälde, das sich in der Zweitwohnung des C (Wohnsitz in der Schweiz) in Frankfurt befindet, stehe im Eigentum des B. Da sich das Gemälde nicht im Gewahrsam des B befindet und C nicht zur Herausgabe bereit ist, wird der Herausgabeanspruch des B gegen C gepfändet. A kann sich diesen Anspruch überweisen lassen und anschliessend gegen C auf Herausgabe klagen. Da dies eine gewöhnliche materiellrechtliche Klage ist, richtet sich die Zuständigkeit nach den Art. 2 ff. LugÜ.[242] Ist Art. 2 einschlägig, muss A am Wohnsitz des C in der Schweiz klagen.

In dieser Konstellation gelangt man somit zu einem gewöhnlichen Hauptsachegerichtsstand gemäss LugÜ. Spielt sich das Vollstreckungsverfahren hingegen in der Schweiz ab, führt dies zu einer abweichenden Zuständigkeit, falls man die Klage nach Art 108 SchKG unter Art. 16 Nr. 5 subsumiert:

A (Wohnsitz in der Schweiz) betreibt B (Wohnsitz ebenfalls in der Schweiz) für eine Forderung. A behauptet, ein Gemälde, das sich in der Zweitwohnung des C (Wohnsitz in Deutschland) in St. Moritz befindet, stehe im Eigentum des B. Da er für diese Behauptung gewisse Belege vorlegen kann, wird das Gemälde in St. Moritz gepfändet. C hat immerhin Gewahrsam an der Sache, so dass A und/oder B Frist zur Klage nach Art. 108 SchKG angesetzt wird. Der Betreibungsort befindet sich in der Schweiz; gemäss Art. 109 Abs. 1 SchKG wäre an diesem Ort die Klage einzureichen.

Das Beispiel zeigt, dass die im wesentlichen funktionsgleichen Verfahren bei gleichem Sachverhalt zu unterschiedlichen Zuständigkeiten führen.

II. Frankreich

A. Vorbemerkung

Frankreich hat im Jahre 1991 durch das Gesetz n° 91-850 und das darauf aufbauende décret n° 92-755 sein Zwangsvollstreckungsrecht umfassend revidiert.[243] Da bei der Ausarbeitung des EuGVÜ und des

[242] GEIMER, Rz 3273.
[243] Vgl. für einen Kurzüberblick in deutscher Sprache TRAICHEL, passim.

LugÜ noch das alte Recht galt, rechtfertigt es sich, auch dieses in geraffter Form darzustellen. Sowohl im alten als auch im neuen Recht gibt es verschiedene Spezialformen der Pfändung je nach Pfändungsobjekt oder nach der Natur der durchzusetzenden Forderungen. Im Folgenden werden nur die Hauptformen der Pfändung betrachtet.

B. Alte Regelung

1. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen

Die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen (saisie-exécution) wurde in den Art. 583 - 625 des ancien code de procédure civile geregelt. Sie erfolgte durch den huissier und war nur zulässig, soweit sich die Pfändungsobjekte im Gewahrsam des Schuldners befanden,[244] ansonst das Verfahren der saisie-arrêt beschritten werden musste. Der Dritte, der das Eigentum oder ein dingliches Recht an der gepfändeten Sache geltend machen wollte, konnte mit der distraction de saisie gegen die Pfändung vorgehen; Gerichtsstand war der Pfändungsort.[245]

2. Zwangsvollstreckung in Forderungen

Die Zwangsvollstreckung in Forderungen (saisie-arrêt) wurde in den Art. 557 - 582 des ancien code de procédure civile geregelt. Auch Herausgabeansprüche an Sachen, die sich nicht im Besitz des Vollstreckungsschuldners befinden, unterlagen der saisie-arrêt.[246]

Das Verfahren gliederte sich in vier Teile: mit dem exploit de saisie-arrêt liess der Gläubiger dem Drittschuldner durch den huissier verbieten, an den Schuldner zu zahlen. Darauf folgte die dénonciation de la saisie-arrêt, mit welcher der Schuldner über die Zwangsvollstreckung informiert wurde, sowie die assignation en validité. Mit dieser wurde das Gericht eingeschaltet, dessen Urteil die Überweisung der Forderung an den Gläubiger zur Folge hatte. Die dritte Phase wurde durch die contre-dénonciation eingeleitet. Damit wurde der Drittschuldner auf Antrag des Gläubigers durch den huissier darüber informiert, dass Klage auf Überweisung (assignation en validité) erhoben worden war. Der

[244] DONNIER, 2. édition, Nr. 442.
[245] Art. 608 ancien Code de procédure civile.
[246] DONNIER, 2. édition, Nr. 661.

Drittschuldner musste sich sodann über Bestand und Höhe der Forderung aussprechen; anerkannte er sie, so war diese (protokollierte) Anerkennung i. V. m. dem jugement de validité ein Vollstreckungstitel gegen den Drittschuldner. Bestritt er hingegen die Forderung, folgte darauf ein ordentlicher Prozess. Beklagter war der Drittschuldner. Zuständig dafür war im Prinzip das Überweisungsgericht, doch konnte der Drittschuldner verlangen, dass der Prozess am Ort geführt wurde, an dem die Forderung gegen ihn ordentlicherweise hätte geltend gemacht werden müssen.[247] Ziel dieser Regelung war, den Drittschuldner in diesem Verfahren nicht schlechter zu stellen als in einem ordentlichen Prozess des Schuldners gegen ihn.[248]

Der vierte und letzte Teil des Verfahrens bildete das jugement de validité. Damit wurde dem Gläubiger die Forderung überwiesen und gleichzeitig deren Höhe und Bestand rechtsgültig festgesetzt. Es hatte somit gleichzeitig die Funktion eines Vollstreckungstitels gegen den Drittschuldner. Bezog sich der Anspruch auf eine Sache, so eröffnete es dem Gläubiger die Möglichkeit, die Sache verwerten zu lassen. Eine direkte Auslieferung an ihn kam nicht in Frage, da auch im französischen Recht das Versilberungsprinzip gilt.[249]

Es fällt auf, dass es - anders als bei der Pfändung von Sachen - kein eigentliches Widerspruchsverfahren gab. Die Pfändung einer Forderung, die nicht dem Schuldner zustand wurde als nichtig erachtet.[250] Damit wurden die Rechte des wirklichen Gläubigers durch die Pfändung nicht berührt.

3. Vergleich zur Schweizer Regelung

Auch das bisherige französische Recht unterschied danach, wer im Gewahrsam der zu pfändenden Sache ist. Befindet sich die Sache beim Schuldner, ist der Rechtszustand in Frankreich mit der Schweizer Regelung vergleichbar: Der Dritte hat mit der distraction de saisie gegen die Pfändung vorzugehen. Wenn sich die Sache hingegen in den Händen eines Dritten befindet, weichen die Rechtsordnungen voneinander ab: Der Dritte ist zu beklagen, und zwar hat er das Recht, einen ordentlichen Prozess an seinem "natürlichen" Gerichtsstand zu verlangen. Diese

[247] "Renvoi devant son juge", Art. 570 ancien Code de procédure civile.
[248] WOPPEN, S. 152.
[249] DONNIER, 2. édition, Nr. 774.
[250] DONNIER, 2. édition, Nr. 813; WOOPEN, S.128.

Klage ist als materiellrechtlich im Sinne der Art. 2 ff. LugÜ zu qualifizieren; sie ist somit an einem Hauptsachegerichtsstand gemäss LugÜ einzureichen. Im oben geschilderten Beispiel würde dies - mutatis mutandis - gegebenenfalls zu einem Gerichtsstand in der Schweiz führen. In der Schweiz hingegen würde die vergleichbare Klage gemäss Art. 109 Abs. 1 SchKG in der Schweiz geführt. Auch hier führen somit funktionsgleiche Klagen zu unterschiedlichen Zuständigkeiten.

C. Neue Regelung

1. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen

Die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen vollzieht sich seit der Reform in den Formen der saisie-vente. Als wichtige Neuerung wurde, anders als bei der altrechtlichen saisie-exécution, die Möglichkeit eingeführt, auch Sachen, die sich in den Händen eines Dritten befinden, zu pfänden.[251] Allerdings ist die Befugnis, Sachen bei einem Dritten zu pfänden, in zweifacher Hinsicht eingeschränkt:

(1) Zunächst dürfen nur Sachen gepfändet werden, die der Dritte auf Rechnung des Schuldners in Gewahrsam hat.[252] Hält der Dritte die Sachen auf eigene Rechnung, muss der Gläubiger zunächst mittels voie oblique[253] die saisie-appréhension[254] betreiben[255]; Ziel dieses Verfahrens ist die Auslieferung der Sache an den Schuldner. Danach muss der Gläubiger über die saisie-vente den Gegenstand verwerten lassen. Hat der Schuldner gegen den Dritten keinen Vollstreckungstitel (was der Regelfall ist), muss - falls opposition erhoben wurde - im Verfahren der saisie-appréhension zunächst ein

[251] Art. 99 Abs. 1 loi; DONNIER, Nr. 559.

[252] Art. 99 Abs. 1 loi:" [...] l'huissier de justice peut saisir entre les mains d'un tiers les biens que celui-ci détient pour le compte du débiteur ".

[253] Die action oblique findet ihre Grundlage in Art. 1166 CC und ermöglicht dem Gläubiger eines säumigen Schuldners dessen Rechte klageweise auszuüben, vgl. COUCHEZ, Nr. 241. Sie ist als materiellrechtliche Klage anzusehen. Für die mit ihr verwandte action paulienne hat der EuGH implizit entschieden, dass sie an einem Hauptsachegerichtsstand zu erheben sei (Reichert I, Rs C-115/88, Slg. 1990, I-27 ff.; Reichert II, Rs. C-261/90, Slg. 1992, I-2182 ff.; vgl. hinten § 14 IV F 1 u. 2).

[254] Die saisie-apprehension dient der Realvollstreckung in Sachen, vgl. VINCENT/PRÉVAULT Nr. 326.

[255] TAORMINA, Nr. 224 u. 229.

solcher erwirkt werden. Zuständig dafür ist der "juge du fond"[256], also der ordentliche Richter. Seine Zuständigkeit kann sich somit nicht auf Art. 16 Nr. 5 LugÜ stützen.

(2) Sodann muss eine Pfändung bei einem Dritten - anders als die Pfändung beim Schuldner - vom juge de l'exécution bewilligt werden.[257] Es existiert somit immerhin eine richterliche Instanz, die zumindest prima facie die Voraussetzungen der Pfändung bei einem Dritten überprüft.

Wird der Gegenstand gepfändet, so steht dem Dritten die action en distraction zur Verfügung, mit welcher der Dritte sein dingliches Recht an der Sache geltend machen kann.[258] Diese Klage gilt nicht als materiellrechtlich, sondern als zwangsvollstreckungsrechtliches Inzidenzverfahren.[259] Nach Verwertung der Sache, aber vor Verteilung des Erlöses, tritt an Stelle der action en distraction die action en revendiquation, die auf den Erlös geht.[260]

2. Zwangsvollstreckung in Forderungen

Seit der Reform wird in Forderungen mittels der saisie-attribution vollstreckt. Sie ersetzt die saisie-arrêt, die sich als zu kompliziert und langwierig erwies.[261] Im Unterschied zu dieser ist sie nur auf Forderungspfändungen anwendbar, nicht auf Sachpfändungen.

Mit der acte de saisie wird die Forderung beim Dritten gepfändet. Der Dritte muss sich sodann über Umfang und Modalitäten der Schuld aussprechen.[262] Dieser acte de saisie bewirkt den Übergang der Forderung in das Vermögen des Gläubigers.[263] Mittels der dénonciation de la saisie wird der Schuldner über das Verfahren informiert. Sie löst die Frist zur Erhebung der contestation aus.[264] Mit ihr kann der Schuldner seine Schuld gegenüber dem Gläubiger bestreiten. Auch am Verfahren interessierte Dritte können mittels der contestation ins Verfahren inter-

[256] TAORMINA, Nr. 221; Art. 152 décret.

[257] Art. 50 Abs. 3 loi.

[258] Art. 128 décret; VINCENT/PREVAULT, Nr. 264.

[259] VINCENT/PREVAULT, a.a.O.

[260] Art. 129 décret.

[261] VINCENT/PREVAULT, Nr. 150.

[262] Art. 44 loi.

[263] Art. 41 Abs. 1 loi.

[264] Art. 65 ff. décret.

venieren, so z. B. der von der Pfändung betroffene Drittschuldner.[265] Die Frage der Inhaberschaft an der Forderung kann ebenso Gegenstand der contestation sein, z. B. wenn eine der Pfändung vorgehende Zession behauptet wird.[266] Der (angebliche) Gläubiger, der nicht zum Mittel der contestation greift, verliert sein Recht gegenüber dem Schuldner jedoch nicht. Denn auch im französischen Recht gilt das Prinzip "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet"[267]; wird eine Forderung überwiesen, die nicht dem Schuldner zusteht, kann dies die Rechte des wahren Gläubigers nicht tangieren. Zuständig für die contestation ist der juge de l'exécution am Sitz des Schuldners. Der Vollstreckungsrichter kann materiell über die Forderung gegen den Dritten entscheiden, allerdings nur "pour les besoins de la cause"[268], d. h. mit Wirkung für die laufende Betreibung. Sein Urteil hat keine Rechtskraft mit Bezug auf die Forderung des Schuldners gegen den Dritten.[269]

Weigert sich der Dritte zu bezahlen, so kann der Gläubiger gestützt auf die Anerkennung des Dritten oder auf ein Urteil im Rahmen der contestation beim Vollstreckungsrichter einen vollstreckbaren Titel beantragen,[270] mit welchem er dann direkt gegen den Dritten vorgehen kann.

3. Vergleich zur Schweizer Regelung

Seit der Reform ist auch in Frankreich die Pfändung von Vermögenswerten bei einem Dritten möglich. Insofern kommt die neue Rechtslage der schweizerischen Regelung näher als die alte. Allerdings ist eine solche Pfändung nur möglich, falls der Dritte die Sachen auf Rechnung des Schuldners in Gewahrsam hat, also nicht voraussetzungslos wie in der Schweiz. Insoweit weist sie eine gewisse Nähe zur deutschen Regelung auf, der zufolge die Pfändung bei einem Dritten zulässig ist, falls dieser zur Herausgabe bereit ist.

Trotz dieser Ausdehnung der Pfändungsbefugnis - und damit verbunden dem erweiterten Anwendungsbereich der mit der Widerspruchsklage nach Art. 107 SchKG vergleichbaren action en revendiquation -

[265] DONNIER, Nr. 688.
[266] TRAICHEL, S. 142.
[267] TAORMINA, Nr. 15.
[268] TAORMINA, Nr. 260.
[269] Art. 67 Abs. 3 décret; TAORMINA, a.a.O.
[270] Art. 64 décret.

überwiegen weiterhin die Unterschiede zum Schweizer Recht: in allen Fällen, in denen der Dritte die Sache auf eigene Rechnung hält, ist er über eine materiellrechtliche Klage ins Recht zu fassen, die den Zuständigkeitsnormen des LugÜ unterliegt. Im oben erwähnten Beispiel würde sich an den Zuständigkeiten auch nach revidiertem französischen Recht nichts ändern.

III. Österreich

A. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen

Fahrnis wird in Österreich durch den Gerichtsvollzieher gepfändet.[271] Es können nur Sachen gepfändet werden, die sich in der Gewahrsame[272] des Schuldners oder in derjenigen eines herausgabebereiten Dritten befinden. Ist der Dritte nicht zur Herausgabe bereit, wird der Herausgabeanspruch gepfändet. Dieser wird dem Gläubiger dann im Verfahren der "Anspruchsexekution"[273] zur Einziehung überwiesen. Wird der Anspruch bestritten, muss ihn der Gläubiger mittels Drittschuldnerklage belangen; zuständig ist das Gericht, das ohne Pfändung und Überweisung für die Klage zuständig gewesen wäre.[274] Diese Drittschuldnerklage ist somit eine materiellrechtliche Klage.

B. Zwangsvollstreckung in Forderungen

Die Pfändung von Forderungen erfolgt in Österreich durch den Rechtspfleger. Es findet keine Überprüfung der Forderung auf Bestand und Höhe statt; wird sie bestritten, so muss der Gläubiger sich die Forderung zur Einziehung oder an Zahlungs Statt überweisen lassen und sie dann mittels der - materiellrechtlichen - Drittschuldnerklage gegen den Dritten geltend machen. Zuständig ist das Gericht, das auch ohne Pfändung zur Beurteilung des Anspruchs zuständig gewesen wäre.[275] Die

[271] § 253 Abs. 1 EO.
[272] So die österreichische Terminologie.
[273] § 325 ff. EO.
[274] RECHBERGER/OBERHAMMER, Rz 415 f.
[275] RECHBERGER/OBERHAMMER, Rz 386.

Drittschuldnerklage ist somit ein gewöhnliches, materiellrechtliches Verfahren.

C. Exszindierungsklage

Gemäss § 37 Abs. 1 EO kann Exszindierungsklage erheben, wer am von der Vollstreckung betroffenen Gegenstand ein Recht geltend macht, das die Exekution unzulässig machen würde. Solche Rechte sind sowohl dingliche Rechte als auch die Inhaberschaft an Forderungen.[276] Zuständig ist das Exekutionsgericht.[277] Die Exszindierungsklage gilt als prozessuale Gestaltungsklage, nicht als materiellrechtliche Klage.[278]

Auch im österreichischen Recht kann die Pfändung einer (vermeintlichen) Forderung das Recht des wirklichen Gläubigers nicht beeinträchtigen.[279] Deshalb kann diesem auch kein Rechtsverlust drohen, wenn er die Exszindierungsklage nicht erhebt.

D. Vergleich zur Schweizer Regelung

Die Rechtslage in Österreich präsentiert sich weitgehend gleich wie in Deutschland. Die im oben angeführten Beispiel[280] aufgezeigten Diskrepanzen bezüglich der Zuständigkeiten gelten ebenso im Verhältnis zu Österreich.

IV. Schlussfolgerungen

In allen drei untersuchten Rechtsordnungen geht die Pfändungsbefugnis der Vollstreckungsbehörden weniger weit als in der Schweiz. Entsprechend ist auch die Zuständigkeit der Vollstreckungsgerichte, welche Ansprüche Dritter zu beurteilen haben, weniger weit gefasst als

[276] HOLZAMMER, S. 166.
[277] § 37 Abs. 3 EO.
[278] HOLZHAMMER, S. 162.
[279] NEUMANN/LICHTBLAU, Bd. 3, S. 2134.
[280] Vorne, § 8 I D.

in der Schweiz.[281] Funktionsgleiche Verfahren führen zu unterschiedlichen Zuständigkeiten, je nachdem wie eng sie in die Zwangsvollstreckung eingefügt sind. Da die Zwangsvollstreckung als solche dem LugÜ nicht untersteht, sind die Vertragsstaaten in der Ausgestaltung des Verfahrens frei. Umso wichtiger ist es, Art. 16 Nr. 5 so auszulegen, dass wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung der Zwangsvollstreckungsverfahren in den einzelnen Vertragsstaaten nicht "asymmetrische" Zuständigkeiten entstehen. Das LugÜ kann selbst nicht definieren, was "Zwangsvollstreckung" bedeutet.[282] Man kann aber aus der Optik des LugÜ entscheiden, welche Elemente ein Verfahren als zwangsvollstreckungsrechtlich im Sinne von Art. 16 Nr. 5 qualifizieren. Hält man sich die Ausgestaltung der beschriebenen Rechtsordnungen vor Augen, so könnte man folgenden These aufstellen: ein Verfahren, das sich um Rechte eines Dritten an einer Sache dreht, deren Gewahrsam der Schuldner innehat, gilt als Verfahren im Sinne von Art. 16 Nr. 5 LugÜ. Befindet sich die Sache bei einem (nicht herausgabewilligen) Dritten, so darf darüber nicht gestützt auf diese Norm entschieden werden; die Zuständigkeit richtet sich in diesem Fall nach den allgemeinen Vorschriften des Übereinkommens. Dabei darf nicht argumentiert werden, nach dem jeweiligen nationalen Recht hätten solche Verfahren keine materielle Rechtskraft; denn in allen betrachteten Rechtsordnungen führt die Verwertung der Sache aufgrund des gutgläubigen Erwerbs des Dritten zum endgültigen Rechtsverlust. Dieser Eigentumsübergang aufgrund der Zwangsvollstreckung am Lageort der Sache wird überdies in anderen Ländern im allgemeinen anerkannt.[283]

Damit ist auch gesagt, dass die rechtsvergleichende Auslegung das Ergebnis der teleologischen Auslegung bestätigt. Die Zuständigkeit gemäss Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG kann bei der Pfändung von Sachen im Anwendungsbereich des LugÜ keinen Bestand haben. Anders die Klage nach Art. 107 SchKG: bei allen untersuchten Rechtsordnungen führt die gleiche Situation (Gewahrsam des Schuldners an der Pfändungssache) zu einer Zuständigkeit am Vollstreckungsort bezüglich Streitigkeiten über die Rechtszuständigkeit am Pfändungsobjekt. Gegen

[281] Als "Vollstreckungsgericht wird für die Schweiz in diesem Zusammenhang das nach Art. 109 Abs. 1 SchKG zuständige Gericht bezeichnet.
[282] SCHLOSSER, N 24 zu Art. 16.
[283] Für die Schweiz: STAEHELIN, S. 131; GULDENER, IZPR, S. 181; für Deutschland: GOTTWALD, S. 288.

die Zuständigkeit am schweizerischen Betreibungsort ist somit aus rechtsvergleichender Sicht nichts einzuwenden.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, wie Verfahren zu beurteilen sind, bei denen es sich um die Inhaberschaft einer gepfändeten Forderung handelt. In allen untersuchten Rechtsordnungen führen nämlich die entsprechenden Verfahren nicht zu einem endgültigen Verlust des Anspruchs des Dritten. Insoweit kann gegen eine Zuständigkeit über Streitigkeiten an der Inhaberschaft am Ort der Zwangsvollstreckung nichts eingewendet werden. Für die Schweiz gilt hingegen, dass zwar nicht die Pfändung als solche, wohl aber das Widerspruchsverfahren - bei entsprechendem Ausgang - in der Regel zum Verlust der Inhaberschaft an der Forderung führt. Wie bei Sachen muss deshalb auch bei Forderungen eine Grenze für die Zuständigkeit am Ort der Zwangsvollstreckung gezogen werden. Bei Sachen wird diese Grenze durch den Gewahrsam gezogen. Bei Forderungen drängt sich für das die Schweiz das Kriterium der höheren Wahrscheinlichkeit der Berechtigung auf. Damit sagen die Schweizer Vollstreckungsbehörden prima facie, dass die Berechtigung des Dritten wahrscheinlicher ist als diejenige des Schuldners. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich nicht, einem Dritten einen Gerichtsstand am Ort der Zwangsvollstreckung aufzunötigen, der für ihn nicht voraussehbar ist. Als Folge davon kann der Gerichtsstand des Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG auch im Fall von Streitigkeiten um Forderungen im Anwendungsbereich des LugÜ keinen Bestand haben; es muss an einem Hauptsachegerichtsstand des LugÜ geklagt werden.

Die rechtsvergleichende Auslegung bestätigt damit auch für Forderungen das Ergebnis der teleologischen Auslegung.

§ 9 Gesichtspunkte für die Einordnung aus schweizerischer Sicht

I. Vorbemerkung

In den vorstehenden Abschnitten der Arbeit wurde versucht, die Zuständigkeit für Widerspruchsklagen ausgehend von der Charakterisierung der Widerspruchsklagen und der Auslegung des LugÜ, gleichsam deduktiv, zu bestimmen. Im Folgenden geht es darum, sich mit den

Argumenten derjenigen Autoren auseinanderzusetzen, deren Auffassung von der hier vertretenen abweicht, und Aspekte des Widerspruchsverfahrens zu vertiefen, die auch aus schweizerischer Sicht für eine differenzierte Beurteilung der Klagen nach Art. 107 bzw. 108 SchKG sprechen, sowie nach den praktischen Konsequenzen für das Widerspruchsverfahren zu fragen.

II. Argumente für eine generelle Subsumption der Widerspruchsklagen unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ

A. Formale Einordnung in das Betreibungsverfahren

Die Autoren, welche die Zuständigkeit für Widerspruchsklagen generell nach Art. 16 Nr. 5 beurteilen möchten, heben die Verknüpfung der Widerspruchsklagen mit dem Betreibungsverfahren hervor.[284] Sie betrachten die Widerspruchsklage deshalb als Verfahren im Sinne von Art. 16 Nr. 5 LugÜ. Diese Betrachtungsweise berücksichtigt einzig die formale Stellung der Widerspruchsklagen als Teil des Betreibungsverfahrens. Eine solche (innerstaatliche) Qualifikation ist zwar ein Indiz für die Einordnung unter das LugÜ; entscheidend kann sie aber nicht sein, da die Qualifizierung letztlich aus der Optik des LugÜ und nicht des nationalen Rechts vorgenommen werden muss.[285]

B. Kein materiellrechtlicher Streitgegenstand

Als Argument für die Subsumption der Widerspruchsklagen unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ wird auch vorgebracht, die Widerspruchsklage habe keinen materiellrechtlichen, sondern einen betreibungsrechtlichen Gegenstand.[286] Auch diese Betrachtungsweise stellt einzig auf die autonome Qualifikation der Widerspruchsklage ab. Darüber hinaus kann für die Abgrenzung zwischen Art. 2 ff. und Art. 16 Nr. 5 LugÜ nicht einzig auf das Kriterium abgestellt werden, ob eine Klage nach autono-

[284] SchKG-A. Staehelin, N 16 zu Art. 109; Amonn/Gasser, § 4 N 56.

[285] Gegen eine generelle Qualifizierung der betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht als vollstreckungsrechtlich auch Müller, S. 57.

[286] Amonn/Gasser, § 24 N 59; Amonn, Anfechtung, S. 432.

mem Recht materiellrechtlich ist oder nicht. Zwar dürfte die Aussage richtig sein, das materiellrechtliche Klagen unter Art. 2 ff. LugÜ fallen; umgekehrt ist jedoch nicht jede betreibungsrechtliche Klage eine solche i. S. v. Art. 16 Nr. 5 LugÜ. Dies folgt schon aus der Rechtsprechung des EuGH, der die Anfechtungsklage des französischen Rechts, der auch keine umfassende Rechtskraft zukommt, nicht Art. 16 Nr. 5 LugÜ unterstellte.[287]

C. Genügender Bezug zur Schweiz aufgrund des Lageorts des Vermögenswerts

Ein Widerspruchsverfahren bezieht sich immer auf einen in der Schweiz gelegenen Vermögenswert. Daraus wird geschlossen, damit sei ein genügend enger Bezug zur Schweiz gegeben, um die Zuständigkeit für ein Widerspruchsverfahren zu rechtfertigen.[288] Dieser Einwand übersieht, dass der Lageort - abgesehen von Grundstücken - keine kompetenzrechtliche Wirkung im Bereich des LugÜ hat. Mit dieser Argumentation könnte man auch das Forum arresti rechtfertigen, das aber durch Art. 3 Abs. 2 LugÜ ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Zudem geht es nicht um die Frage, ob ein genügend enger Bezug zur Schweiz vorliegt, sondern darum, ob das Verfahren nach Art. 108 SchKG als zwangsvollstreckungsrechtlich im Sinne von Art. 16 Nr. 5 LugÜ gilt.

D. Keine Weisungsbefugnis des ausländischen Richters gegenüber schweizerischen Betreibungsbehörden

Die Tatsache, dass der Widerspruchsprozess in das Betreibungsverfahren eingegliedert ist, führt zu einer Intervention des Richters in das Zwangsvollstreckungsverfahren. Er hat sich über das Recht des Dritten auszusprechen und das Betreibungsamt entsprechend anzuweisen. Daraus wird geschlossen, eine solche Kompetenz könne nur dem inländischen, nie dem ausländischen Richter zukommen.[289]

[287] Vgl. hinten, § 14 IV F.
[288] SchKG-A. Staehelin, N 16 zu Art. 109.
[289] BGE 107 III 118 ff.; Amonn, Anfechtung, S. 432.

Es trifft zu, dass der Richter im Urteil über eine Widerspruchsklage sich darüber ausspricht, ob eine Sache in der Pfändung belassen wird.[290] Insofern erteilt er Weisungen an das Betreibungsamt. Nur bedeutet das nicht, dass aus dieser Weisungskompetenz die alleinige Zuständigkeit des Schweizer Richters folgen muss. Mit diesem Argument könnte man auch die Zuständigkeit des Schweizer Richters für die Anerkennungsklage begründen, denn auch bei dieser muss er, falls die Klage gutgeheissen wird, ins Betreibungsverfahren eingreifen, indem er den Rechtsvorschlag beseitigt. Ebenso muss der Richter in einem Widerspruchsprozess - wenn auch nur vorfrageweise - zunächst materielle Rechtsverhältnisse beurteilen und dann die entsprechenden Anweisungen für den Weitergang des Betreibungsverfahrens erteilen. Richtigerweise sind diese zwei Funktionen des Richters zu trennen: Besteht für die Widerspruchsklage gegen den Dritten eine ausländische Zuständigkeit, ist der ausländische Entscheid dem Schweizer Richter zur Anerkennung vorzulegen; im Anerkennungsentscheid trifft dann der Richter die nötigen Anordnungen für das Betreibungsverfahren. Mit diesem Vorgehen wird ausgeschlossen, dass der ausländische Richter direkt ins schweizerische Betreibungsverfahren eingreift.

III. Argumente gegen eine Subsumption der Klage nach Art. 108 SchKG unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ

A. Die Regelung des Gerichtsstands in rein schweizerischen Fällen

Gemäss Art. 109 Abs. 2 SchKG ist die Klage gegen den Dritten an seinem Wohnsitz einzureichen. Damit wurde an die Rechtsprechung des Bundesgerichts angeknüpft, welche beim Streit um eine Forderung dem Drittansprecher gestattete, sich auf Art. 59 aBV zu berufen.[291] Im revidierten SchKG gilt der Wohnsitzgerichtsstand des Dritten generell, unabhängig davon, ob es sich um ein dingliches Recht oder eine Forderung handelt. In der Botschaft wird der Grundgedanke dieser Regelung wie folgt zusammengefasst: "Dagegen ist dem Dritten nicht zuzumuten, sich

[290] Vgl. die Beispiele für eine Formulierung des Dispositivs in einem Urteil über Widerspruchsklagen bei Brunner/Houlmann/Reutter, S. 109 f.
[291] Zur Kritik an dieser Rechtsprechung vorne, § 6 I G 3.

am Betreibungsort belangen zu lassen, wenn er die streitige Sache im Gewahrsam hat, wenn der Rechtsschein dafür spricht, dass die gepfändete Sache ihm zusteht, oder wenn er sich im Streit um Grundstücke auf den Grundbucheintrag berufen kann."[292] Diese Überlegung hat aber nicht nur Gültigkeit für die interne, sondern auch für die eurointernationale Zuständigkeitsordnung.[293] Sie gilt sogar noch verstärkt, da es einem ausländischen Dritten erst recht nicht zuzumuten ist, im Ausland sein Recht an der Sache zu verteidigen.

B. Die Qualifizierung als Zivilsache im Sinne von Art. 46 bzw. 68 OG

Das Bundesgericht lässt gegen Urteile, über betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht - zu welchen auch die Widerspruchsklagen gehören - die Berufung bzw. die Nichtigkeitsbeschwerde in konstanter Rechtsprechung zu. Sie gelten somit als Zivilsache i. S. v. Art. 46 bzw. 68 OG. Das ist insofern bemerkenswert, als es sich bei diesen Verfahren formell um betreibungsrechtliche Streitigkeiten handelt. Urteile in rein betreibungsrechtlichen Streitigkeiten unterliegen jedoch lediglich der staatsrechtlichen Beschwerde. Es versteht sich von selbst, dass die Qualifizierung als Zivilsache nicht einfach für den Bereich des LugÜ übernommen werden kann. Aber immerhin zeigt sie, dass der betreibungsrechtliche Charakter bei der Frage der Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht zugunsten einer materiellen Beurteilung in den Hintergrund rückt. Wenn aber die Qualifikation als betreibungsrechtlich schon im Landesrecht nicht in allen Fällen Bestand hat, so darf es bei der Auslegung im Hinblick auf das LugÜ erst recht nicht bei einem zu einfachen Hinweis auf den zwangsvollstreckungsrechtlichen Charakter der Widerspruchsklagen sein Bewenden haben.

[292] Botschaft SchKG, S. 88.
[293] So auch MARKUS, S. 106, für das aSchKG; dieser Autor berücksichtigt allerdings nicht, dass das Bundesgericht eine Berufung auf Art. 59 aBV nur gestattete, wenn die Frage der Inhaberschaft an einer Forderung zur Diskussion stand.

C. Regelung im Bereich der Realvollstreckung

Das Gebiet der Realvollstreckung wird in der vorliegenden Arbeit an sich nicht untersucht. Dennoch ist von Interesse, wie sich die internationale Zuständigkeit in diesem Bereich darstellt, da die grundlegende Frage - die Abklärung der Rechte Dritter - dieselbe ist wie in der Zwangsvollstreckung von Geldforderungen.

Die Realvollstreckung richtet sich bekanntlich nach kantonalem Recht. Wie die Ansprüche Dritter zu schützen sind, ist im allgemeinen eher knapp geregelt. An dieser Stelle sei als Beispiel der Kanton Zürich herausgegriffen.

Gemäss § 305 ZPO ZH wird über die Ansprüche Dritter im Befehlsverfahren entschieden. Diese Bestimmung kommt aber nur zur Anwendung, wenn sich die Sache im Gewahrsam des Vollstreckungsgegners befindet.[294] Ist dies nicht der Fall, muss zuerst gegen den Dritten in einem gewöhnlichen Erkenntnisverfahren ein Vollstreckungstitel erwirkt werden. Dem Gewahrsam des Dritten wird der Fall gleichgestellt, bei dem der Dritte für den Vollstreckungsgegner besitzt und keine eigenen Rechte an der Sache beansprucht.[295] Diese Regelung erinnert an das französische Recht, wo eine Sache bei einem Dritten nur gepfändet werden kann, wenn dieser sie "pour le compte du débiteur" besitzt.[296]

Im Bereich der Realvollstreckung findet sich somit kein dem Art. 108 SchKG entsprechendes Verfahren. Machen Dritte Rechte an der Sache geltend, muss gegen diese in einem Erkenntnisverfahren vorgegangen werden, unter Beachtung der Zuständigkeitsbestimmungen des LugÜ.

D. Auswirkung auf materielle Rechtsverhältnisse

Durch die Vollstreckung wird de facto im allgemeinen über die materielle Berechtigung des Dritten am Vollstreckungssubstrat entschieden, da seine Ansprüche nach erfolgter Verwertung untergehen.[297] Dies allein genügt jedoch nicht, um Widerspruchsklagen als materiellrechtlich im Sinn des LugÜ zu qualifizieren, da bei dieser Argumentation auch die Klage nach Art. 107 SchKG als Erkenntnisverfahren zu betrachten wäre,

[294] FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 2 zu § 305; WALDER-RICHLI, § 41 Rz 34 FN 29.
[295] FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O.; GULDENER, S. 624.
[296] Vgl. vorne, § 8 II C 1.
[297] SPÜHLER / /PFISTER, Bd. I, S. 149; STAEHELIN, S. 277.

das an einem Hauptsachegerichtsstand des LugÜ zu führen wäre. Hingegen hat das Argument seine Berechtigung in Verbindung mit dem Gesichtspunkt des Gewahrsams des Dritten an der Pfandsache. Würde nämlich das Widerspruchsverfahren die Rechtsstellung des Dritten nicht beeinträchtigen, so wäre gegen eine entsprechende Klage am Vollstreckungsort nichts einzuwenden. Da dies aber nicht der Fall ist *und* der Dritte Gewahrsam an der Pfandsache hat, rückt die Klage nach Art. 108 SchKG in die Nähe eines materiellrechtlichen Verfahrens, was die Subsumption unter Art. 2 ff. LugÜ rechtfertigt.

§ 10 Folgerungen für die Zuständigkeit für Widerspruchsklagen

I. Widerspruchsklage als formell betreibungsrechtliche Klage

A. Allgemeines

Die Widerspruchsklagen sind formell in das schweizerische Betreibungsverfahren integriert. Dies ist auch der Grund, weshalb für die Widerspruchsklagen die Zuständigkeit des schweizerischen Richters gefordert wird, wie es auf den ersten Blick der ratio des Art. 16 Nr. 5 LugÜ entspricht. Von diesem Gedanken liess sich auch das Bundesgericht leiten, wenn es ausführt, es sei "ausgeschlossen, dass der schweizerische Betreibungsbeamte von einem ausländischen Richter Weisungen darüber entgegenzunehmen hätte, ob ein in der Schweiz liegendes Vermögensstück, das von einem Dritten zu Eigentum beansprucht wird, in einer bestimmten Betreibung zugunsten des betreibenden Gläubigers verwertet werden dürfe"[298]. Wenn nun die Widerspruchsklage gemäss Art. 108 SchKG an einem ausländischen Forum zu erheben ist, stellt sich die Frage, wie das ausländische Urteil im schweizerischen Betreibungsverfahren zu berücksichtigen ist. Dabei ist davon auszugehen, dass der ausländische Richter nicht direkt ins schweizerische Betreibungsverfahren eingreifen kann, und zwar deshalb, weil Betreibungshandlungen dem Territorialitätsprinzip unterliegen.[299] Es wäre aber auch nicht zweckmässig, ein ausländisches Gericht direkt ins schweizerische Betreibungsverfahren intervenieren zu lassen, das dieses mit dem SchKG kaum vertraut sein dürfte. Die Situation ist ähnlich wie bei der vor einem ausländischen Gericht im Rahmen eines schweizerischen Betreibungsverfahrens erhobenen Anerkennungsklage.[300] Man muss sich vor Augen halten, dass es im Widerspruchsprozess um zwei Fragen geht:[301] einerseits steht die materielle Berechtigung am gepfändeten Vermögenswert zur Diskussion. Diese Frage kann von einem ausländischen Gericht beantwortet werden. Anderseits geht es darum, aus der materiellen Berechtigung die Schlüsse für das Betreibungsverfahren zu ziehen. Dies muss Aufgabe des Schweizer Richters sein.

[298] BGE 107 III 118.

B. Klage nach Art. 107 SchKG

Bei der Klage nach Art. 107 SchKG ergeben sich bei eurointernationalen Fällen keinerlei Besonderheiten. Der Richter ist wie bei einer rein schweizerischen Betreibung zuständig.

C. Klage nach Art. 108 SchKG

Bei der Klage nach Art. 108 SchKG ist nach der hier vertretenen Auffassung in eurointernationalen Fällen gegebenenfalls ein ausländischer Richter zuständig. Es stellt sich deshalb die Frage, wie sich das ausländische Verfahren in das schweizerische Betreibungsverfahren integrieren lässt.

Im Fall einer Bestreitung des Drittanspruchs wird das Betreibungsamt wie in einer rein schweizerischen Betreibung dem Gläubiger und Schuldner Frist zur Erhebung einer Widerspruchsklage ansetzten. Muss die Klage im Ausland erhoben werden, so stellt sich die Frage, ob

[299] SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 39.

[300] Wird eine Anerkennungsklage im Ausland erhoben, so kann der ausländische Richter nicht selber den Rechtsvorschlag beseitigen. Sein Urteil dient vielmehr als definitiver Rechtsöffnungstitel, mit dem die Betreibung weitergeführt werden kann. Die Einreichung der Anerkennungsklage im Ausland lässt die Frist des Art. 89 Abs. 2 SchKG stillstehen, vgl. SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 97; SCKGK-D. STAEHELIN, N 22 f. zu Art. 79 SchKG; KOFMEL, S. 1352; GILLIÉRON, Annulation, S. 38 u. 61.

[301] Ähnlich Levis, S. 366.

gemäss Art. 33 Abs. 2 SchKG eine Fristverlängerung bewilligt werden kann. Diese Bestimmung erfasst allerdings nur den Fall, bei dem ein am Verfahren Beteiligter mit Wohnsitz im Ausland eine Frist bei einer schweizerischen Behörde zu wahren hat. Hier ist die Konstellation aber umgekehrt: ein am Verfahren Beteiligter muss im Ausland klagen. Art. 33 Abs. 2 SchKG kann nicht direkt, wohl aber analog angewendet werden, da auch in diesem Fall ein am Verfahren Beteiligter in einer ihm fremden Rechtsordnung einen Rechtsbehelf einlegen muss. Die Möglichkeit, eine Fristverlängerung in dieser Konstellation zu gewähren, entspricht dem Zweckgedanken des Art. 33 Abs. 2. Zuständig für die Fristverlängerung ist das Betreibungsamt.[302]

Dass Klagen bei einem ausländischen Gericht fristwahrend wirken, erweckt im übrigen keine Bedenken. Dasselbe gilt auch für die Anerkennungsklage, deren Erhebung im Ausland die Jahresfrist des Art. 88 Abs. 2 SchKG stillstehen lässt,[303] oder für die Arrestprosequierungsklage gemäss Art. 279 Abs. 2 SchKG, die auch im Ausland angebracht werden kann, um die Prosequierungsfrist zu wahren.[304] Voraussetzung dafür ist, dass das ausländische Urteil grundsätzlich anerkannt werden kann.[305]

Gemäss Art. 109 Abs. 4 SchKG zeigt das Gericht dem Betreibungsamt den Eingang und die Erledigung der Klage an. Bei Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts kann diese Vorschrift nicht zur Anwendung kommen. Damit das Betreibungsamt über die im Ausland erhobene Widerspruchsklage informiert ist, müssen wohl die Parteien das Betreibungsamt über die Widerspruchsklage in Kenntnis setzen.

Die Einreichung einer Klage im Ausland hat die in Art. 109 Abs. 5 SchKG erwähnten Wirkungen, d. h. die Betreibung bleibt in Bezug auf die streitigen Gegenstände eingestellt und die Fristen für das Verwertungsbegehren stehen still. Sie treten eo ipso, ohne Verfügung des Richters ein.[306]

Mit dem ausländischen Urteil ist das Verfahren noch nicht beendet, da der ausländische Richter nicht direkt ins schweizerische Betrei-

[302] SCHKG-A. STAEHELIN, N 20 zu Art. 107.
[303] BGE 66 III 60; SCHKG-D. STAEHELIN, N 23 zu Art. 79.
[304] FRITZSCHE/WALDER, § 60 Rz 22.
[305] SCHKG-D. STAEHELIN, N 23 zu Art. 79.
[306] SCHKG-A. STAEHELIN, N 18 zu Art. 109. Im alten SchKG musste der Richter gemäss Art. 107 Abs. 2 aSchKG die Betreibung ausdrücklich einstellen. Allerdings wurde schon unter der Herrschaft des alten Rechts postuliert, dass diese Wirkung von Gesetzes wegen eintritt (FRITZSCHE/WALDER, § 26 Rz 8).

bungsverfahren eingreifen kann. Zudem muss das Urteil auch noch anerkannt werden. Zur Beurteilung der Frage, welche Instanz zuständig ist, muss man sich die Bedeutung des ausländischen Urteils vor Augen halten: dieses hat über die materiellrechtlichen Vorfragen entschieden; den betreibungsrechtlichen Schluss aus dem Urteil zu ziehen (nämlich die streitigen Vermögenswerte in der Pfändung zu belassen oder sie aus dem Pfändungsnexus zu entlassen) obliegt dem Schweizer Richter. Es scheint deshalb zweckmässig, dass der für die Beurteilung der Widerspruchsklage am Betreibungsort zuständige Richter zunächst vorfrageweise über die Anerkennung des Urteils befindet und dann über den Fortgang der Betreibung in Bezug auf die streitigen Vermögenswerte entscheidet.[307] In Kantonen, die ein separates Exequaturverfahren vorsehen, muss zunächst dieses durchlaufen werden.[308]

II. Widerspruchsklage bei Beteiligung des Schuldners

Hat sich der Schuldner an der Widerspruchsklage beteiligt, so kommt dem darauf ergehenden Urteil im Verhältnis Dritter - Schuldner nach vorherrschender Meinung materielle Rechtskraft zu.[309] Ein solches Verfahren ist - folgt man dieser Auffassung - schon aus schweizerischer Optik ein materiellrechtliches Verfahren, allerdings eines mit einer Doppelnatur: es ist ein gewöhnlicher materiellrechtlicher Prozess, bei dem zugleich über eine betreibungsrechtliche Frage entschieden wird. Darin ähnelt es andern Verfahren des SchKG, wie der Anerkennungsklage, der Aberkennungsklage und der Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG. Als materiellrechtliches Verfahren muss es den allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen des LugÜ unterliegen,[310] und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Klage nach Art. 107 oder 108 SchKG handelt.

Daraus ergibt sich, dass der Gerichtsstand davon abhängt, ob sich der Schuldner am Verfahren beteiligt. Das mag zwar ungewöhnlich sein, lässt sich aber nicht vermeiden, solange das Schweizer Recht die Wider-

[307] Im Kanton Zürich wäre dies gemäss § 22 Abs. 1 Ziff. 3 GVG der Einzelrichter im beschleunigten Verfahren.
[308] Ob das Erfordernis eines separaten Exequaturverfahrens zulässig ist, ist streitig, vgl. statt vieler SCHKG-D. STAEHELIN, N 59 zu Art. 80.
[309] Vgl. vorne § 6 I G 5.
[310] Ebenso AMONN/GASSER, § 24 N 59.

spruchsklage mit Beteiligung des Schuldners als materiellrechtlich ansieht. Bei der Klage nach Art. 107 SchKG hat es der Schuldner somit in der Hand, durch seine Beteiligung am Widerspruchsverfahren den Rechtsstreit an einem Forum gemäss Art. 2 ff. LugÜ zu führen. Dies erweckt keine Bedenken, ist dies doch der Gerichtsstand der auch zur Anwendung käme, wenn der Dritte die Klage unabhängig von einem Betreibungsverfahren erheben würde.

Eine andere Frage ist, ob der Dritte sich auf den Gerichtsstand des Sachzusammenhangs gemäss Art. 6 Nr. 1 LugÜ berufen und somit den Widerspruchsprozess auch am Wohnsitz des Betreibungsgläubigers führen kann. Art. 6 Nr. 1 LugÜ sieht vor, dass, wenn mehrere Personen verklagt werden, der Prozess am Wohnsitz eines Beklagten geführt werden kann. Diese Bestimmung setzt voraus, "dass zwischen den Ansprüchen gegen die einzelnen Beklagten ein Zusammenhang besteht, wie das z. B. bei Gesamtschuldnern der Fall ist"[311]. Gefordert wird Konnexität, die vertragsautonom auszulegen ist und sich nach Art. 22 Abs. 3 LugÜ bestimmt.[312] Art. 6 Nr. 1 setzt also voraus, dass verschiedene Ansprüche bestehen. Dies ist aber bei der Klage des Dritten nach Art. 107 SchKG nicht der Fall. Der Dritte hat gegen den Betreibungsgläubiger keinen eigenen materiellen Anspruch. Dessen Passivlegitimation ergibt sich auf Grund gesetzlicher Anordnung;[313] man könnte dies als eine Art Prozessstandschaft bezeichnen.[314] Prozessthema ist nur das materiellrechtliche Verhältnis zwischen Betreibungsschuldner und Drittem.

Eine andere Überlegung führt zum gleichen Ergebnis: Konnexität gemäss Art. 22 Abs. 3 LugÜ besteht, wenn die Beziehung zwischen den verschiedenen Ansprüchen so eng ist, dass widersprechende Entscheidungen vermieden werden sollten. Voraussetzung ist somit, dass die Ansprüche auch je einzeln geltend gemacht werden könnten. Dies ist jedoch mit Bezug auf den beklagten Betreibungsgläubiger nicht vorstellbar. Eine Klage nur gegen den Betreibungsgläubiger ist - sofern der Anspruch des Dritten auch vom Schuldner bestritten wurde - schon nach Schweizer Recht nicht möglich,[315] so dass sie im Ausland erst recht nicht Aussicht auf Erfolg hätte. Zudem wäre dies keine materiellrechtliche Klage, da sich der materielle Anspruch gegen den Betreibungsschuldner und nicht gegen den Betreibungsgläubiger richtet.

[311] Bericht JENARD zu Art. 6 Nr. 1.
[312] KROPHOLLER, N 7 zu Art. 6 Nr. 2.
[313] LEUCH, S. 13.
[314] Vgl. zum Begriff VOGEL, 5 N 37.
[315] Vgl. vorne, § 6 I G 1.

Bei der Klage nach Art. 108 SchKG stellt sich die Frage nach der Anwendung von Art. 6 Nr. 1 LugÜ nicht, da sich diese Norm nur auf die passive Streitgenossenschaft bezieht. Im Fall von Art. 108 SchKG ist nur der Dritte Beklagter; Streitgenossenschaft im weiteren Sinn besteht - wenn überhaupt - nur auf der Aktivseite.

Zwei weitere Gesichtspunkte sind von Bedeutung: die Widerspruchsklage ist - wenn sie sich durch die Beteiligung des Schuldners als materiellrechtlich qualifiziert - eine Feststellungsklage - eine positive nach Art. 107, eine negative nach Art. 108 SchKG. Als weitere Besonderheit ist die Stellung des Gläubigers hervorzuheben: seine Legitimation ergibt sich nicht aus dem Rechtsverhältnis, das zur Beurteilung ansteht, sondern einzig aus dem schweizerischen Zwangsvollstreckungsrecht. Ohne Betreibung wäre er zur Erhebung einer Widerspruchsklage nicht legitimiert. Dabei stellt sich die Frage, ob die Erhebung einer solchen Klage im Ausland überhaupt möglich ist. Schlussendlich haben über diese Probleme nicht schweizerische, sondern ausländische Gerichte zu entscheiden. Dennoch soll im Folgenden die Ausgangslage für das ausländische Verfahren skizziert und danach gefragt werden, was die Folgen wären, wenn ein ausländisches Gericht ein Feststellungsinteresse verneinen oder dem Gläubiger die Legitimation zur Teilnahme am Prozess absprechen würde.

Ob ein Feststellungsinteresse im Anwendungsbereich des LugÜ nach nationalem Recht verlangt werden darf, ist umstritten. Die Frage stellt sich insbesondere im Zusammenhang mit Art. 21 LugÜ. Die Prioritätsregel dieses Artikels besagt, dass ein in der gleichen Sache später angerufenes Gericht das Verfahren aussetzen muss, bis die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht. Hier stellt sich die Frage, ob auch eine früher erhobene negative Feststellungsklage eine Ausschlusswirkung gegenüber einer später erhobenen Leistungsklage entfaltet. Die deutsche Lehre[316] und Rechtsprechung[317] bejahen die Frage und lassen eine Feststellungsklage im Bereich des LugÜ voraussetzungslos zu. Wäre diese Auffassung zutreffend, so würde die Erhebung der negativen Feststellungsklage nach Art. 108 SchKG im Ausland unter dem Gesichtspunkt des Feststellungsinteresses keinerlei Probleme bieten. Das

[316] Kropholler, N 8 zu Art. 21.
[317] BGH, 11. Dezember 1997, ZIP 1997, S. 522.

Bundesgericht hingegen hat die Frage ausdrücklich offen gelassen.[318] In einem neusten Entscheid hat es bei einer auf Art. 5 Nr. 3 LugÜ gestützten Feststellungsklage das Feststellungsinteresse nicht ausdrücklich geprüft.[319]

Aber selbst wenn ein Feststellungsinteresse nach nationalem Recht verlangt werden dürfte, wäre dies wohl in aller Regel gegeben. Der Gläubiger ist auf diese Feststellung nämlich angewiesen, ansonst es für ihn unmöglich wäre, die Vollstreckung auf den gepfändeten und vom Dritten beanspruchten Gegenstand zu richten.

Eine andere Frage ist, ob dem Betreibungsgläubiger die Legitimation auf der Aktiv- oder Passivseite im ausländischen Verfahren zuerkannt würde. Sie ergibt sich nämlich nicht aus materiellem Recht, sondern aus dem SchKG. Dieser Gesichtspunkt ist aus schweizerischer Warte von besonderer Bedeutung: Es könnte nämlich der Fall eintreten, dass im ausländischen Verfahren nur der Betreibungsschuldner - der materiell Berechtigte - zugelassen würde. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass die Verfügungsbeschränkung des Schuldners am gepfändeten Vermögenswert ignoriert würde, da der Schuldner darüber im Ausland frei prozessieren könnte. Eine solche Konsequenz kann aus schweizerischer Sicht nicht hingenommen werden; sie würde dazu führen, dass Vermögenswerte des Schuldners der Vollstreckung entzogen werden könnten. Zwei Fragen sind in diesem Zusammenhang auseinanderzuhalten: Was gilt, wenn das ausländische Gericht überhaupt nicht auf die Klage eintreten würde? Und was, wenn lediglich dem Betreibungsschuldner, nicht aber dem Betreibungsgläubiger die Prozessführungsbefugnis zugestanden würde?

Grundsätzlich wird ein ausländisches Gericht seine lex fori anwenden - so umstritten die undifferenzierte Anwendung dieses Grundsatzes auch sein mag.[320] Nun geht es hier jedoch um die Frage, ob das ausländische Gericht die Prozessführungsbefugnis aufgrund schweizerischen Vollstreckungsrechts anerkennen würde. Naheliegend ist es deshalb, darauf abzustellen, ob das Ergebnis des schweizerischen Vollstreckungsverfahrens, nämlich die Verwertung des fraglichen Vermögenswertes, im betreffenden Staat anerkannt würde. Trifft dies zu, so besteht kein Anlass, die Legitimation dem betreffenden Gläubiger abzusprechen. Wenn schon die Verwertung an sich anerkannt wird, so sollte dies erst recht für die Prozessführungsbefugnis - ein minus im Vergleich zur Verwertung - am betreffenden Vermögenswert gelten.

[318] BGE 123 III 430; vgl. auch VOGEL, Eintritt der Rechtshängigkeit, S. 128 f.; a. A. JEGHER, S. 47, der die Auffassung vertritt, das Bundesgericht habe sich implizit dafür ausgesprochen, dass Feststellungsinteresse nach autonomem Recht zu bestimmen.

[319] BGE 125 III 346 ff.

[320] SCHWANDER, Bd. I, Rz 608 ff.; WALDER, §3 N 1 ff.; MARKUS, S. 136; SCHACK, Rz 39 ff.

Soweit Gegenstand der Verwertung eine Sache ist, die in der Schweiz belegen ist, würde eine Verwertung in der Schweiz durch den ausländischen Staat wohl anerkannt[321]. Folgerichtig sollte deshalb auch die Legitimation des Gläubigers zum Widerspruchsprozess bejaht werden. Sollte das ausländische Gericht hingegen auf die Widerspruchsklage nicht eintreten, würde in der Tat eine Rechtsschutzlücke vorliegen: in der Schweiz kann auf den Vermögenswert nur mittels Betreibung gemäss SchKG gegriffen werden, was in dieser Konstellation des Art. 107 SchKG wiederum nur durch Erhebung der Widerspruchsklage gegen den Dritten möglich ist. Umgekehrt ist im Fall von Art. 108 SchKG die Herauslösung aus dem Pfändungsbeschlag nur durch die entsprechende Klage in der Schweiz möglich. Eine Vollstreckung im Ausland fällt ausser Betracht, da die Sache in der Schweiz liegt und deshalb nur hier in sie vollstreckt werden kann. In einem solchen Fall ist die Einräumung einer Notzuständigkeit am schweizerischen Betreibungsort in Erwägung zu ziehen. Eine Notzuständigkeit muss auch im Anwendungsbereich des LugÜ möglich sein.[322] Zwar sieht das LugÜ grundsätzlich ein lückenloses System der Zuständigkeiten vor. Infolge der Verschiedenheit der nationalen Prozessordnungen ist es aber möglich, dass Lücken im Rechtsschutz entstehen. Da das Ziel des LugÜ aber auch ist, Rechtsschutz in eurointernationalen Fällen herzustellen, widerspricht eine Notzuständigkeit, insbesondere wenn "Vollstreckungsinseln" drohen, dem Sinn und Geist des Übereinkommens nicht.

Schwieriger einzuschätzen ist die Situation bei der Pfändung von Forderungen. Hier ist nicht einmal in der Schweiz klar, inwieweit ausländische Pfändungen anerkannt werden. Das Risiko, dass ein ausländisches Gericht auf eine Widerspruchsklage bezüglich gepfändeter Forderungen nicht eintreten wird, ist dementsprechend höher zu gewichten. Allerdings ist bei der Pfändung von Forderungen darauf hinzuweisen, dass keine Rechtsschutzlücke entsteht, wenn ein diesbezügliches Widerspruchsverfahren nicht stattfinden kann. Dieses ist in einem solchen Fall nämlich "kein Gebot juristischer Notwendigkeit"[323]; das

[321] Vgl. vorne, § 8 IV.

[322] KROPHOLLER, N 21 vor Art. 2; IPRG-BERTI, N 4 zu Art. 3.

[323] DENZLER, S. 81.

Widerspruchsverfahren um Forderungen findet denn auch nach Schweizer Recht nicht in jedem Fall statt. So schliesst es das Bundesgericht bei der Pfändung von Lohnforderungen aus, wenn der Dritte deren Abtretung behauptet.[324] Das Widerspuchsverfahren um Forderungen hat den Zweck, die Rechtszuständigkeit an der gepfändeten Forderung vor der Verwertung zu klären, um ein möglichst günstiges Ergebnis zu erzielen.[325] Findet es nicht statt, hat der Erwerber der Forderung sich unabhängig von Betreibungsverfahren im Prätendentenstreit mit dem Dritten auseinanderzusetzen. Damit bleibt die Möglichkeit bestehen, auf Forderungen des Betreibungsschuldners zu greifen. Eine Rechtsschutzlücke liegt nicht vor.

Sollte das ausländische Gericht den Betreibungsgläubiger nicht zum Verfahren zugelassen haben, könnte ein solches Urteil in einem schweizerischen Pfändungsverfahren keine Berücksichtigung finden, da es auf eine Negierung des Vollstreckungsbeschlags hinauslaufen würde. Geht es um Pfändung von Sachen, so wäre unter Berufung auf eine Notzuständigkeit das Widerspruchsverfahren am Betreibungsort durchzuführen. Art. 21 LugÜ, der eine Einstellung des Verfahrens vor dem später angerufenen Gericht bei Identität der Klagen und der Parteien vorsieht, findet zumindest mit Bezug auf den Betreibungsgläubiger keine Anwendung, da dieser beim ausländischen Verfahren eben nicht Partei ist.[326] Eine Anerkennung des ausländischen Urteils könnte unter Berufung auf Art. 28 Abs. 1 LugÜ verweigert werden. Dieser Artikel sieht nämlich vor, dass Entscheidungen dann nicht anerkannt werden, wenn (unter anderem) eine ausschliessliche Zuständigkeit des Anerkennungstaats missachtet worden ist. Der Zweitrichter darf in diesem Fall die Zuständigkeit des Erstgerichts überprüfen. Man könnte nun argumentieren, dass durch den Entscheid, den Betreibungsgläubiger nicht zum Verfahren zuzulassen, der schweizerische Vollstreckungsbeschlag übergangen und damit die ausschliessliche Vollstreckungszuständigkeit der Schweiz gemäss Art. 16 Nr. 5 LugÜ verletzt worden ist. Überdies könnte die Anerkennung für den Fall, dass das schweizerische Urteil vor dem ausländischen erging, gestützt auf Art. 27 Ziff. 3 LugÜ verweigert werden.

[324] BGE 120 III 20; 88 III 116; 66 III 42; 65 III 132; vgl. zur Kritik an dieser Rechtsprechung SCHKG-A. STAEHELIN, N 14 zu Art. 106.
[325] FRITZSCHE/WALDER, § 26 Rz 39.
[326] KROPHOLLER, N 4 f. zu Art. 21.

Bei der Pfändung von Forderungen droht, wie oben dargelegt, keine Vollstreckungslücke. Auf ein Widerspruchsverfahren wäre in einem solchen Fall zu verzichten und dem Erwerber der Forderung die Auseinandersetzung mit dem Drittansprecher zu überlassen. Allerdings könnte auch hier das ausländische Urteil, das dem Betreibungsgläubiger die Teilnahme am Verfahren verweigerte, in der Schweiz nicht anerkannt werden.

Es lässt sich nicht bestreiten, dass die vorstehenden Überlegungen angesichts der Tatsache, dass die vorausgesetzte Konstellation wohl selten eintrifft, ein Stück weit den Charakter einer juristischen Fingerübung tragen - dies um so mehr, als sich die aufgeworfenen Fragen nur stellen, wenn die Widerspruchsklagen bei Beteiligung des Schuldners als materiellrechtlich qualifiziert werden, was keineswegs unbestritten ist.[327] Wenn dieses Thema dennoch erörtert wurde, so deshalb, weil sich bei der Klage nach Art. 108 SchKG[328], die sich ohne Beteiligung des Schuldners abspielt, ähnliche, wenn auch weniger komplexe Fragen stellen und weil sich die Probleme, die bei der Subsumption von Klagen mit zwangsvollstreckungsrechtlichem Gehalt unter das LugÜ auftauchen, daran besonders eindrücklich aufgezeigt werden können.

III. Widerspruchsklagen über Grundstücke

Sind Grundstücke Gegenstand von Widerspruchsklagen, so gestaltet sich die Bestimmung der Zuständigkeit einfacher. Zwar ist auch bei der Pfändung von Grundstücken das Verfahren nach Art. 108 SchKG denkbar, da Art. 10 VZG die Pfändung von nicht auf den Schuldner eingetragenen Grundstücken unter gewissen Voraussetzungen ermöglicht. Auch beim Lastenbereinigungsverfahren kann eine zu Art. 108 SchKG analoge Situation eintreten, dann nämlich, wenn der Dritte mit seinem Recht im Grundbuch eingetragen ist und seine Berechtigung bestritten wird.[329]

In all diesen Fällen ist jedoch die Zuständigkeit am Ort des Grundstücks, wie sie das Schweizer Recht vorsieht, aus der Optik des LugÜ unproblematisch: Solche Verfahren sind nämlich - auch wenn sie nicht

[327] Vgl. vorne § 6 I G 5.
[328] Vgl. hinten, § 11.
[329] Art. 39 VZG.

als zwangsvollstreckungsrechtlich qualifiziert werden können - als dingliche Klagen i. S. v. Art. 16 Nr. 1 lit. a anzusehen,[330] welche vor den Gerichten des Staats, in dessen Hoheitsgebiet das Grundstück liegt, zu erheben ist.

§ 11 Erhebung der Widerspruchsklage im Ausland

I. Zuständigkeitsbestimmung gemäss LugÜ

Vorstehend wurde dargelegt, dass Widerspruchsklagen nach Art. 108 SchKG nicht unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ subsumiert werden können. Damit stellt sich die Frage, nach welchen Normen des LugÜ sich die Zuständigkeit bestimmt. Nicht in Frage kommen kann, solche Widerspruchsklagen mit der Begründung, sie passten nicht ins System des LugÜ, in dessen Anwendungsbereich generell auszuschliessen.[331] Denn zumindest im Bereich der Vollstreckung in Sachen würde eine solche Betrachtungsweise eine Lücke in das schweizerische Vollstreckungssystem reissen: da die Pfändung von Herausgabeansprüchen im allgemeinen nicht zulässig ist,[332] kann auf Vermögenswerte in Drittgewahrsam nur mittels Pfändung der Sache selbst gegriffen werden. Bestreitet der Dritte die Rechtszuständigkeit des Betreibungsschuldners an der gepfändeten Sache, so kann nur mittels der Klage nach Art. 108 SchKG der Einbezug der Sache in die Pfändung bewirkt werden. Bestünde keine Möglichkeit zur Erhebung dieser Klage, bliebe die Sache der Vollstreckung entzogen.

Somit bleibt nur die Möglichkeit, die Klage unter Art. 2 Abs. 1 LugÜ zu subsumieren.[333] Dies hat zur Folge, dass auch eine Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Art. 17 und die Einlassung gemäss Art. 18 LugÜ möglich sein müssen[334] - unabhängig davon, ob der Gerichtsstand nach schweizerischem Recht zwingend ist.[335,336] Diese Folgerung rechtfertigt

[330] So auch STOFFEL, S. 374, für die Lastenbereinigungsklage.
[331] Vgl. vorne, § 7 I.
[332] Vgl. vorne, § 6 I C 2.
[333] Die Qualifizierung als einstweilige Massnahme i. S. v. Art. 24 LugÜ fällt ausser Betracht.
[334] KROPHOLLER, N 18 zu Art. 17 und N 5 zu Art. 18.
[335] Vgl. vorne, § 6 I G 3.

sich aber nicht nur aus formalen Überlegungen. Der zwingende Charakter des Gerichtsstands nach Art. 108 SchKG rechtfertigt sich, weil die Widerspruchsklage Teil des Betreibungsverfahrens ist. Muss sie im Ausland erhoben werden, fällt der betreibungsrechtliche Gehalt weg; sie wird zu einer "gewöhnlichen" Feststellungsklage.

Weitere denkbare Gerichtsstände sind diejenigen des Art. 16, insbesondere Nr. 1[337] und 4. Andere Gerichtsstände gemäss LugÜ sind nur schwer vorstellbar, da es bei der Widerspruchsklage darum geht abzuklären, wer an einer Sache berechtigt ist, bzw. wer Inhaber einer bestimmten Forderung ist. Die besonderen Gerichtsstände der Art. 5 ff. LugÜ ergeben sich im allgemeinen aus der besonderen Natur einer Forderung und wirken sich zwischen Gläubiger und Schuldner aus. Im Widerspruchsprozess geht es aber - soweit Forderungen betroffen sind - nicht um einen Streit zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern darum, wem die Gläubigerstellung an der gepfändeten Forderung zukommt. Der Schuldner dieser Forderung ist daran nicht beteiligt. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass auch ein besonderer Gerichtsstand aktuell werden kann: dann nämlich, wenn der Übergang des dinglichen Rechts bzw. der Forderung auf einem Anspruch beruht, der einen Gerichtsstand gemäss Art. 5 ff. LugÜ schafft.[338]

II. Erhebung der Widerspruchsklage im Ausland ohne Beteiligung des Schuldners

Bei Wohnsitz des Dritten im Ausland muss die Klage nach Art. 108 SchKG im allgemeinen gemäss Art. 2 LugÜ in seinem Wohnsitzstaat erhoben werden. Die Klage ist - in schweizerischer Terminologie - eine

[336] Die gleiche Frage stellt sich auch im Bereich der provisorischen Rechtsöffnung, sofern diese unter Art. 2 ff. LugÜ subsumiert wird. In diesem Fall muss sie an irgend einem Gerichtsstand des Übereinkommens erteilt werden können (SCHKG-D. STAEHELIN, N 25 zu Art. 84; MARKUS, S. 179 f.; a. M. MEIER, Vollstreckungstitel, S. 204 f.).
[337] Vgl. vorne, § 10 III.
[338] Beispiel: Ein Auto wird in einer Betreibung gegen einen Arbeitnehmer gepfändet. Der Arbeitgeber, der den Gewahrsam daran hat, macht sein Eigentum geltend. Der Gläubiger erhebt Klage nach Art. 108 SchKG und behauptet, das Auto sei als Lohnbestandteil in das Eigentum des Arbeitnehmers übergegangen. In diesem Fall könnte Art. 5 Nr. 1 LugÜ zur Anwendung kommen.

negative Feststellungsklage, mittels der der Gläubiger auf Feststellung klagt, dass der Anspruch des Dritten am Pfändungsgut nicht bestehe. Betreibungsrechtliche Wirkungen hat eine solche Klage vorerst nicht;[339] diese werden dem Urteil erst in einem darauf folgenden schweizerischen Verfahren verliehen.[340]

Bezüglich Feststellungsinteresse und Legitimation im ausländischen Verfahren gelten die gleichen Überlegungen wie für die "materiellrechtliche" Widerspruchsklage mit Beteiligung des Schuldners.[341] Allerdings ist die Konstellation einfacher, da nur der Dritte und der Gläubiger am Verfahren beteiligt sind. Auch hier muss bei Sachen auf eine Notzuständigkeit ausgewichen werden, wenn das ausländische Gericht auf eine entsprechende Klage nicht eintritt. Bei Forderungen rechtfertigt sich eine solche Notzuständigkeit nicht, da der Rechtsschutz auch ohne Durchführung des Widerspruchsverfahrens gewährleistet bleibt.[342]

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Notwendigkeit, die Widerspruchsklage im Ausland zu erheben, nicht zu Schwierigkeiten in der Vollstreckung führen, die es rechtfertigen würden, den Grundsatz umzustossen, Klagen nach Art. 108 SchKG im Anwendungsbereich des LugÜ materiellrechtlich anzuknüpfen. Immerhin bleibt anzumerken, dass in eurointernationalen Fällen das Widerspruchsverfahren um Forderungen gemäss Art. 108 SchKG je nach Praxis der ausländischen Gerichte nicht mehr durchgeführt werden kann.

III. Beurteilung der praktischen Relevanz einer Klageerhebung im Ausland

A. Allgemeines

Wie soeben dargelegt, muss eine Widerspruchsklage nach Art. 108 SchKG allenfalls im Ausland angehoben werden. Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die praktische Relevanz dieser Aussage nicht so gross ist, wie es auf den ersten Blick scheinen mag. Der Anwendungsbereich ist nämlich in einem internationalen Verhältnis ohne-

[339] STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 277, spricht von einer rein materiellen negativen Feststellungsklage.
[340] Vgl. vorne, § 9 II D.
[341] Vgl. vorne § 10 II.
[342] Vgl. vorne § 10 II.

hin kleiner als in einem rein national gelagerten Fall, und zwar aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen. Dabei muss man sich vor Augen halten, dass ein Widerspruchsverfahren nur eingeleitet werden kann, wenn eine Pfändung in der Schweiz vorgenommen werden kann. Unter einem praktischen Gesichtswinkel ist weiter danach zu fragen, ob die Einreichung einer Widerspruchsklage überhaupt sinnvoll ist, selbst wenn dies nach Schweizer Recht möglich wäre. Bei der Beantwortung dieser Fragen muss danach unterschieden werden, ob Pfändungsgegenstand eine Sache oder eine Forderung ist.

B. Widerspruchsklage über Sachen

Zunächst ist daran zu erinnern, dass in der Schweiz nur Sachen gepfändet werden können, die in der Schweiz belegen sind. Gegen den Dritten ist mittels Klage nach Art. 108 SchKG vorzugehen, wenn dieser Gewahrsam an der Sache hat. Da in der hier interessierenden Konstellation der Dritte im Ausland wohnt und den Gewahrsam gewöhnlich an seinem Wohnsitz ausübt, kann es in den meisten Fällen gar nicht zu einem Widerspruchsverfahren kommen, weil es schon an der Pfändungskompetenz der schweizerischen Behörden fehlt. Möglich ist ein Widerspruchsverfahren nach Art. 108 SchKG nur, wenn die Sache in der Schweiz liegt und der im Ausland wohnhafte Dritte dennoch Gewahrsam an ihr hat. Eine solche Konstellation wird zwar selten sein, kann aber etwa bei Sachen eintreten, die sich in einer dem Dritten gehörenden Liegenschaft befinden. Von grösserer praktischer Bedeutung dürfte hingegen der Fall sein, dass die Sachen im Gewahrsam eines Vierten sind und dieser Wohnsitz in der Schweiz hat; dann kommt es darauf an, für wen dieser Vierte den Gewahrsam ausübt.[343] Diese Konstellation dürfte gerade in der Schweiz, mit vielen in der Vermögensverwaltung tätigen Banken, nicht allzu selten sein.

C. Widerspruchsklage über Forderungen

Forderungen können in der Schweiz gepfändet werden, wenn der Betreibungsschuldner in der Schweiz wohnt, oder, bei ausländischem Wohnsitz des Betreibungsschuldners, wenn der Drittschuldner in der

[343] SCHKG-A. STAEHELIN, N 9 zu Art. 107.

Schweiz wohnt. Der praktische Wert einer Forderungspfändung gegen einen Drittschuldner mit Wohnsitz im Ausland ist im allgemeinen gering: ein allfälliger Erwerber der Forderung müsste sie in der Regel im Wohnsitzstaat des Drittschuldners einziehen. Der Wohnsitzstaat wird eine solche Forderungspfändung aber nicht anerkennen, so dass im Verwertungsfall dieser Forderung kaum einen Wert zukommt. Darüber auch noch ein Widerspruchsverfahren durchzuführen, ist in einem solchen Fall deshalb kaum sinnvoll, unabhängig davon, ob dieses in der Schweiz stattfinden kann oder nicht. Damit verbleibt als praktisch relevanter Anwendungsbereich das Widerspruchsverfahren nach Art. 108 SchKG über Forderungen, deren Drittschuldner Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz hat, da nur in diesem Fall gewährleistet ist, dass eine Pfändung auch gemäss dem Ausgang des Verfahrens durchgesetzt werden kann.

§ 12 Zuständigkeit für Widerspruchsklagen ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ

I. Allgemeines

Abgesehen vom LugÜ finden sich keine Staatsverträge, die für die Bestimmung der Zuständigkeit von Widerspruchsklagen einschlägig wären. Soweit das LugÜ nicht zur Anwendung kommt, bestimmt sich die Zuständigkeit somit allein nach autonomem Recht.

Dieser an sich selbstverständliche Befund wird nun aber durch Art. 16 LugÜ wieder in Frage gestellt. Dieser Artikel stellt nämlich für die darin erwähnten Klagen nicht auf den Wohnsitz der Parteien ab[344], sondern wählt einen andern Anknüpfungspunkt, so z. B. in Nr. 1 für die dingliche Klagen an unbeweglichen Sachen den Lageort des Grundstücks. Diese Bestimmung findet somit immer Anwendung, wenn das betreffende Grundstück in der Schweiz liegt.[345] So ist für eine Klage einer in der Schweiz wohnhaften Partei gegen eine in Russland ansässige Person

[344] WALTER, S. 203 f.; dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 16 LugÜ sowie aus dem Vorbehalt des Art. 16 in Art. 4 LugÜ.
[345] BERNASCONI/GERBER, S. 54.

ausschliesslich ein Schweizer Gericht zuständig.[346,347] Art. 97 IPRG hat somit für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit keine Bedeutung mehr; ihm kommt einzig noch zu, die örtliche Zuständigkeit festzulegen, da Art. 16 LugÜ nur die internationale Zuständigkeit regelt.

Da in Art. 16 Nr. 5 LugÜ der Anknüpfungspunkt der Ort der Zwangsvollstreckung ist, könnte man auf den ersten Blick deshalb zur Auffassung gelangen, Art. 16 Nr. 5 verdränge in seinem sachlichen Anwendungsbereich die autonomen Zuständigkeiten, so dass Widerspruchsklagen im internationalen Verhältnis immer unter diese Norm zu subsumieren seien. Bei näherer Betrachtung zeigt sich indessen, dass ein solcher Schluss nicht richtig ist.

Zunächst hat nach der hier vertretenen Auffassung[348] Art. 16 Nr. 5 keine eigenständige Bedeutung; er dient einzig dazu, zu verdeutlichen, was *nicht* unter Art. 2 ff. LugÜ fällt und begründet keine auf das LugÜ gestützte, vom nationalen Recht unabhängige Zuständigkeit für Verfahren, die sich aus der Zwangsvollstreckung ergeben. Wenn aber Art. 16 Nr. 5 schon im Verhältnis der Vertragsstaaten unter sich keine solche Zuständigkeit schafft, so kann er das erst recht nicht im Verhältnis zu Drittstaaten. Sodann steht einer solchen Folgerung auch die Rechtsprechung des EuGH entgegen. Im Entscheid Owens Bank/Bracco[349] hielt er nämlich fest, dass Art. 16 Nr. 5 im Zusammenhang mit Art. 25 EuGVÜ zu lesen sei, der nur für Entscheidungen gelte, die aus einem Vertragsstaat stammten.[350] Der massgebliche Anknüpfungspunkt ist somit nicht allein der Ort der Zwangsvollstreckung; zusätzlich muss es um die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil eines Vertragsstaats gehen. Art. 16 Nr. 5 LugÜ entfaltet daher keine mit Nr. 1 vergleichbare erga - omnes - Wirkung.

[346] KROPHOLLER, N 6 zu Art. 16.
[347] Vereinzelt werden in der Literatur zusätzliche Berührungspunkte zu andern Vertragsstaaten verlangt, vgl. BÜLOW/BÖCKSTIEGEL/MÜLLER, Art. 16 Anm. II, 3. Aufl. 1987; jetzt anders BÜLOW/BÖCKSTIEGEL/SAFFERLING, Art. 16 Anm. II).
[348] Vgl vorne, § 7 II. B.
[349] Rs C-129/92, Slg. 1994, I-117 ff.
[350] A.a.O., S. 153.

II. Widerspruchsklagen ohne Beteiligung des Schuldners

Die Widerspruchsklage, bei der der Schuldner nicht Partei ist, hat vollstreckungsrechtlichen Charakter und unterliegt nicht den Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG. Art. 109 Abs. 1 SchKG legt für diesen Fall fest, dass sowohl die Klagen nach Art. 107 als auch nach Art. 108 SchKG am Betreibungsort zu erheben sind.

III. Widerspruchsklagen mit Beteiligung des Schuldners

Widerspruchsklagen mit Beteiligung des Schuldners sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung materiellrechtlicher Natur.[351] Folgt man dieser Auffassung, unterstehen solche Verfahren grundsätzlich den Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG.[352] Allerdings kann man sich fragen, ob die ausdrückliche Normierung des Gerichtsstands nicht auch den Fall umfasst, bei dem der Schuldner Partei ist; das SchKG würde somit in einem Bereich Normen setzen, der an sich dem IPRG vorbehalten ist. Davon kann indessen nicht ausgegangen werden, wie der Vorbehalt in Art. 30a SchKG zeigt. Das SchKG regelt nur die Zuständigkeit für vollstreckungsrechtliche Klagen; die Zuständigkeitsbestimmung für materiellrechtliche Klagen muss dem IPRG vorbehalten werden. Der Gesetzgeber war sich der Problematik wahrscheinlich nicht bewusst, da sich weitaus die meisten Widerspruchsverfahren ohne Beteiligung des Schuldners[353] abspielen.

Wendet man das IPRG auf solche Klagen an, so gelangt man bei der Pfändung von Sachen wiederum zu einer schweizerischen Zuständigkeit. Einschlägig sind in diesem Fall nämlich die Art. 97 ff. IPRG. Art. 97 IPRG sieht für Klagen über dingliche Rechte an Grundstücken eine Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache vor. Art. 98 Abs. 2 sieht für bewegliche Sachen ebenfalls das forum rei sitae vor. Da die Pfändung einer Sache die Belegenheit in der Schweiz voraussetzt, kann gesagt werden, dass bei "materiellrechtlichen" Widerspruchsklagen über Sachen eine schweizerische Zuständigkeit besteht;[354] allerdings nicht am Betreibungsort, sondern am Lageort der Sache, der nicht notwendigerweise mit dem erstgenannten zusammenfallen muss.

Bei der Widerspruchsklage über Forderungen kann nicht von einer generellen schweizerischen Zuständigkeit ausgegangen werden. Eine solche kann gestützt auf Art. 2 IPRG in Frage kommen, wenn der Betreibungsschuldner bei der Klage nach Art. 107 SchKG Wohnsitz in der Schweiz hat. Ist dies nicht der Fall oder liegt eine Klage nach Art. 108 SchKG vor, so ist eine schweizerische Zuständigkeit gestützt auf Art. 109 IPRG oder, wenn die geltend gemachte Gläubigerstellung auf einem Vertrag zwischen Betreibungsschuldner und Drittem beruht, eine solche nach Art. 112 ff. IPRG[355] denkbar. Liegt keine solche Konstellation vor, gelangt man zu einer ausländischen Zuständigkeit. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Einreichung einer Widerspruchsklage bei einem ausländischen Gericht nicht problemlos sein dürfte. Diese Aussage gilt für die allgemein internationalen Fällen gegenüber den eurointernationalen noch verstärkt. Als unsicher muss insbesondere gelten, ob das positive (Art. 107 SchKG) bzw. negative (Art. 108 SchKG) Feststellungsinteresse sowie die Prozessführungsbefugnis - auf der Aktiv- wie auf der Passivseite - des Betreibungsgläubigers, die sich auf das SchKG stützt, im Ausland anerkannt würde. Wäre eine Widerspruchsklage im Ausland nicht möglich, müsste eine Notzuständigkeit (Art. 3 IPRG) in der Schweiz, und zwar am Betreibungsort, angenommen werden. In einem solchen Fall käme die Unmöglichkeit der Klageerhebung im Ausland einer Rechtsverweigerung gleich, was die Berufung auf die Notzuständigkeit rechtfertigt.[356] Das muss im Anwendungsbereich des IPRG auch für Widerspruchsklagen über Forderungen gelten. Zwar könnte auch hier argumentiert werden, bei Forderungen sei ein Widerspruchsverfahren nicht unbedingt nötig;[357] das Schweizer

[351] Vgl. vorne § 6 I G 5.
[352] AMONN/GASSER, § 24 N 59.
[353] SCHKG-A. STAEHELIN, N 4 zu Art. 109.

[354] Eine Ausnahme besteht möglicherweise bei Sachen im Transit gemäss Art. 101 IPRG; solche Sachen wären zwar in der Schweiz pfändbar, es würde an ihnen aber keine Zuständigkeit lege rei sitae bestehen (KOMMENTAR IPRG-HEINI, N 8 zu Art. 98; IPRG-FISCH, N 5 zu Art. 98).
[355] Allerdings ist umstritten, ob der Erfüllungsort auch eine Zuständigkeit für Feststellungsklagen (als solche sind "materiellrechtliche" Widerspruchsklagen anzusehen) begründet; bejahend IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG N 12 zu Art. 113; SCHWANDER, Bd. II, Rz 681; verneinend IPRG KOMMENTAR- KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, N 19 zu Art. 113.
[356] IPRG KOMMENTAR-VOLKEN, N 11 zu Art. 3.
[357] Vgl. vorne, § 10 II.

Recht sieht nun aber ein solches Verfahren vor, zu dem man auch in internationalen Konstellationen Zugang haben muss. Anderes kann nur gelten, wenn ein Staatsvertrag (LugÜ) einer solchen Zuständigkeit entgegensteht. Insofern bedeutet Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 3 IPRG, keine Möglichkeit zu haben, eine Widerspruchsklage zu erheben, unabhängig davon, ob der Betreibungsgläubiger nicht vielleicht auf andere Weise (nämlich indem er sich die Forderung überweisen lässt oder sie ersteigert und danach den Prätendentenstreit gegen den Dritten führt), in das Vermögen des Schuldners vollstrecken kann.

3. Teil: Anfechtungsklagen

§ 13 Qualifizierung von Anfechtungsklagen nach autonomem Recht

I. Funktion

Die Vollstreckung erfasst nur das Vermögen des Schuldners, das ihm zivilrechtlich zusteht. Reicht es nicht aus, um die Gläubiger zu befriedigen, müssen diese unter bestimmten Bedingungen die Möglichkeit haben, Vermögenswerte, deren sich der Schuldner entäussert hat, in die Vollstreckung miteinzubeziehen. Diesem Zweck dient die paulianische Anfechtungsklage. Mit ihr können Vermögensverschiebungen, welche der Schuldner vor der Konkurseröffnung bzw. Pfändung vorgenommen hat, zum Zweck der Vollstreckung für ungültig erklärt werden, auch wenn sie zivilrechtlich zulässig sind. Die Folge der erfolgreichen Anfechtung ist lediglich, dass die angefochtenen Rechtsgeschäfte in der Vollstreckung ignoriert und die betroffenen Vermögenswerte zugunsten der anfechtenden Gläubiger verwertet werden; soweit eine Ungültigerklärung zur Deckung der Forderungen der Gläubiger nicht notwendig ist, bleiben die betroffenen Rechtshandlungen wirksam.

II. Voraussetzungen

Nicht jede Rechtshandlung des Schuldners vor Konkurseröffnung bzw. Pfändung ist anfechtbar. Die Rechtssicherheit verlangt, dass die anfechtbaren Rechtshandlungen vom Gesetz eingegrenzt werden. In sachlicher Hinsicht muss ein in den Art. 286 - 288 SchKG genannter Anfechtungstatbestand vorliegen. In zeitlicher Hinsicht muss die Rechtshandlung innert einer gewissen Zeitspanne (période suspecte) vor Konkurseröffnung bzw. Pfändung vorgenommen worden sein. Schliesslich sind die Gläubiger gehalten, ihr Anfechtungsrecht innert einer gewissen Frist ab Zustellung des Pfändungsverlustscheins bzw. Konkurseröffnung geltend zu machen.

A. Anfechtbare Rechtshandlung

Die anfechtbaren Rechtshandlungen werden im Gesetz in drei Gruppen aufgeteilt: Die Schenkungs-, die Überschuldungs-, und die Absichtsanfechtung. Die Einteilung ist historisch bedingt und nicht frei von Ungereimtheiten.[358] Der Begriff "Rechtshandlung" wird weit ausgelegt und umfasst jegliche Willenskundgebung, die rechtliche Folgen nach sich zieht.[359]

1. Schenkungsanfechtung (Art. 286 SchKG)

Anfechtbar sind zunächst Schenkungen, welche innerhalb eines Jahres vor Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen wurden. Einer Schenkung gleichgestellt sind die gemischten Schenkungen sowie die Bestellung einer Leibrente, Pfrund, Nutzniessung und eines Wohnrechts zugunsten des Schuldners oder eines Dritten.

2. Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG)

War der Schuldner überschuldet, wird das Anfechtungsrecht auf weitere Rechtshandlungen ausgedehnt, sofern sie innerhalb eines Jahres vor Pfändung bzw. Konkurseröffnung vorgenommen wurden. Anfechtbar sind in diesem Fall Bestellungen von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten ohne dass eine Verpflichtung dazu bestanden hätte, eine andere Tilgung einer Geldschuld als durch Barzahlung oder andere übliche Zahlungsmittel sowie die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld. Der Begünstigte kann die Anfechtung abwenden, wenn er beweist, dass er die Überschuldung nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen.

3. Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)

Am weitesten wird der Kreis der Anfechtungsmöglichkeiten bei Absicht des Schuldners gezogen. Anfechtbar sind alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innert fünf Jahren vor der Pfändung bzw. Konkurseröffnung in der dem Anfechtungsgegner erkennbaren Absicht

[358] STAEHELIN, Anfechtungsklagen, S. 82.
[359] SCHKG-A. STAEHELIN, N 11 zu Art. 285.

tätigte, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.

B. Verlustschein bzw. Konkurseröffnung

Die Anfechtung soll dem Gläubiger ermöglichen, eine Schmälerung der Exekutionsmasse rückgängig zu machen. Er kann daran nur ein Interesse haben, wenn seine Forderung nicht voll befriedigt wird. Als Ausweis über diese Nichtbefriedigung dient der Pfändungsverlustschein bzw. die Tatsache der Konkurseröffnung. Ein provisorischer Pfändungsverlustschein genügt; allerdings muss in der betreffenden Betreibung ein definitiver Verlustschein ausgestellt werden können, ansonst die Legitimation zur Erhebung der Anfechtungsklage dahinfällt.[360] Ist die Beibringung eines definitiven Verlustscheins bis zur Erledigung der Anfechtungsklage nicht möglich, so hat eine allfällige Gutheissung in dem Sinn zu erfolgen, dass die Verwertung der Anfechtungsobjekte nur erfolgen darf, wenn bis dahin ein definitiver Verlustschein ausgestellt worden ist.[361] Im Konkurs ist die Konkursverwaltung berechtigt, die Anfechtung geltend zu machen. Dieses Recht kann gemäss Art. 260 SchKG einzelnen Gläubigern abgetreten werden. Voraussetzung ist, dass der Konkurs durchgeführt wird; bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ist keine Anfechtung möglich.[362]

Ein Anfechtungsrecht besteht auch im Fall eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich).[363] Es wird vom Liquidator ausgeübt[364] und kann gemäss Art. 325 SchKG an einzelne Gläubiger abgetreten werden.

[360] BGE 103 III 103; 96 III 111.
[361] BGE 115 III 143.
[362] SCHKG-A. STAEHELIN, N 33 zu Art. 285; STAEHELIN, Anfechtungsklagen, S. 89; FRITZSCHE/WALDER, § 45 Rz 4.
[363] Art. 331 SchKG; bei einem Dividendenvergleich entstehen keine Anfechtungsansprüche (SCHKG-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, N 3 zu Art. 331).
[364] AMONN/GASSER, § 52 N 32.

C. Période suspecte

Rechtshandlungen des Schuldners sollen aus Gründen der Rechtssicherheit in zeitlicher Hinsicht nicht unbegrenzt angefochten werden können. Diese Zeitspanne, die zwischen Vornahme der Rechtshandlung und der Pfändung bzw. Konkurseröffnung längstens verstrichen sein darf, wird "période suspecte" genannt. Sie beträgt bei der Schenkungs- und Absichtsanfechtung ein Jahr, bei der Absichtsanfechtung fünf Jahre und verlängert sich gemäss Art. 288a SchKG, d. h. insbesondere um die Dauer der vorausgegangenen Betreibung.

D. Verwirkungsfrist

Das Recht, eine Rechtshandlung anzufechten, verwirkt innert zwei Jahren seit Zustellung des Pfändungsverlustscheins bzw. Konkurseröffnung. Als Verwirkungsfrist ist sie nicht verlängerbar. Umstritten ist, ob das Anfechtungsrecht nach Ablauf der Frist noch einredeweise geltend gemacht werden kann.[365]

III. Verfahren

A. Aktiv- und Passivlegitimation

Aktivlegitimiert ist im Fall der Betreibung auf Pfändung jeder Gläubiger, der einen Pfändungsverlustschein besitzt. Der Pfändungsverlustschein verleiht die Sachlegitimation, er ist nicht Prozessvoraussetzung.[366] Sein Fehlen hat kein Nichteintreten, sondern Klageabweisung zur Folge.

[365] Dafür: JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 3 zu Art. 292; SCHKG-BAUER, N 17 zu Art. 292; SCHÜPBACH, N 129; DERSELBE, Dimensions, S. 1461; WALTHER, S. 1386; dagegen: STAEHELIN, Anfechtungsklagen, S. 92.

[366] SCHKG-A. STAEHELIN, N 29 zu Art. 285; a. M. GILLIÉRON, S. 407 f., der dem Verlustschein eine zweifache Bedeutung zumisst: einerseits sei er eine "condition objective" für die Klageerhebung, also eine Prozessvoraussetzung; anderseits diene er dem Schadensnachweis des Gläubigers, was eine "question du fond" und somit eine Frage der Sachlegitimation sei.

In einem Konkurs steht das Recht zur Anfechtung zunächst der Konkursverwaltung zu, das gemäss Art. 260 SchKG an einzelne Gläubiger abgetreten werden kann.

Passivlegitimiert sind Personen, die mit dem Schuldner das fragliche Rechtsgeschäft abgeschlossen haben oder daraus begünstigt worden sind, sowie gegen deren Universalsukzessoren. Dritte können belangt werden, wenn sie bösgläubig sind.

B. Gerichtsstand

Mit dem revidierten SchKG ist der Gerichtsstand der Anfechtungsklage ausdrücklich geregelt worden. Hat der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz, ist die Klage an diesem Ort einzureichen. Auch im alten SchKG konnte sich der Beklagte auf den Wohnsitzgerichtsstand gemäss Art. 59 aBV berufen.[367] Bei Wohnsitz des Beklagten im Ausland ist die Klage am Pfändungs- bzw. Konkursort einzureichen (Art. 289 SchKG).

C. Geltendmachung

Anfechtungsansprüche werden üblicherweise durch Klage gemäss Art. 289 ff. SchKG geltend gemacht. Sie können aber auch einredeweise vorgebracht werden, insbesondere gegen Kollokations-, Widerspruchs- und Aussonderungsklagen sowie gegen Klagen auf privilegierten Pfändungsanschluss.[368] Widerspruchs- und Kollokationsklagen können überdies mit einem Anfechtungsanspruch begründet werden.[369]

IV. Urteil

Im Fall einer erfolgreichen Anfechtung ist der Beklagte zur Rückgabe des erworbenen Vermögenswertes verpflichtet.[370] Allerdings geht es nicht um eine eigentliche "Rückgabe", sondern darum, die betroffenen

[367] BGE 50 I 384 f.; FRITZSCHE/WALDER, § 67 Rz 12; KISTLER, S. 112.

[368] SCHKG- D. STAEHELIN, N 4 zu Art. 289.

[369] AMMON/GASSER, § 52 N 27.

[370] Art. 291 Abs. 1 SchKG.

Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zuzuführen,[371] da das Urteil im Anfechtungsprozess nicht direkt zivilrechtliche Wirkungen hat, sondern lediglich dazu führt, dass der betroffene Vermögenswert soweit nötig in die Zwangsvollstreckung miteinbezogen wird.

Der Anfechtungsanspruch hat keinen dinglichen, sondern obligatorischen Charakter.[372] Das Urteil ordnet, sofern sich der Vermögenswert noch in den Händen des Anfechtungsgegners befindet, die Rückerstattung in natura an. Ist der Vemögenswert nicht mehr vorhanden, ist der Anfechtungsgegner zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet, welche sich analog zu Art. 97 OR bestimmt.[373] Bei entsprechendem Rechtsbegehren kann im Urteil direkt auf die Leistung von Schadenersatz erkannt werden.[374]

Soweit der Beklagte aufgrund des anfechtbaren Rechtsgeschäfts eine Gegenleistung erbracht hat, ist ihm diese zu erstatten.[375]

Ein letztinstanzliches kantonales Urteil gilt als Zivilsache i. S. v. Art. 46 OG und kann wie jedes Urteil mit Reflexwirkung auf das materielle Recht mit Berufung beim Bundesgericht angefochten werden, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind.

V. Charakterisierung

Die Anfechtungsklage wird traditionellerweise als eine Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht[376] oder - nach anderer Terminologie - mit materiellrechtlichem Hintergrund[377] bezeichnet, wobei einem Urteil materielle Rechtskraft nur in der betreffenden Betreibung zukomme.[378]

Bei näherer Betrachtung zeigt sich indessen, dass diese Definition als betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht

[371] SCHKG-BAUER, N 9 zu Art. 291.
[372] BGE 106 III 43 f.; SCHKG-A. STAEHELIN, N 9 zu Art. 285; STAEHELIN, Anfechtungsklagen, S. 90; GILLIÉRON, S. 407; FAVRE, S. 373.
[373] SCHKG-BAUER, N 20 zu Art. 291; FRITZSCHE/WALDER, § 68 Rz 6 FN 3.
[374] SCHKG-BAUER, N 14 zu Art. 291; SCHKG- D. STAEHELIN, N 17 zu Art. 289.
[375] Art. 291 Abs. 1 SchKG.
[376] Statt vieler SPÜHLER /PFISTER, Bd. I, S. 216; BGE 114 III 113.
[377] STAEHELIN, S. 73.
[378] SCHKG-D. STAEHELIN, N 24 zu Art. 289; dieser Autor will allerdings unter Berufung auf JAEGER, N 2 Bb zu Art. 291, Anfechtungsurteile, die auf eine Geldzahlung lauten, der materiellen Rechtskraft teilhaben lassen.

auf Widerspruchsklagen zugeschnitten ist[379] und nicht auf Anfechtungsklagen passt. Eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht weist nach gängiger Definition zwei Eigenarten aus: es stellen sich materiellrechtliche Vorfragen und es ergeben sich indirekte Wirkungen auf das materielle Recht. Bei der Anfechtungsklage kann aber nicht gesagt werden, dass sich materiellrechtliche Vorfragen stellen. Zu beurteilen ist einzig, ob ein Anfechtungstatbestand vorliegt.[380] Dies ist die Hauptfrage des Anfechtungsprozesses. Von indirekten Wirkungen auf das materielle Recht kann ebensowenig gesprochen werden: vielmehr hat eine erfolgreiche Anfechtungsklage selber eine *direkte* materielle Wirkung in dem Sinn, dass der Anfechtungsgegner den anfechtbar erworbenen Vermögenswert der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zuführen muss. Das Anfechtungsurteil selber hat damit noch keine indirekten materiellrechtlichen Wirkungen; solche ergeben sich erst aus dessen *Vollstreckung,* deren ein Anfechtungsurteil - anders als ein Urteil über eine Widerspruchsklage[381] - bedarf.[382]

Abgesehen von diesen dogmatischen Einwänden gegen die betreibungsrechtliche Natur der Anfechtungsklage kann auch nicht übersehen werden, dass diese sich von der Funktion unter verschiedenen Gesichtspunkten von anderen betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht und insbesondere von der Widerspruchsklage unterscheidet. So dreht sich bei der Widerspruchsklage der Streit um einen Vermögenswert, der bereits gepfändet worden und damit in die Betreibung miteinbezogen worden ist, während bei der Anfechtungs-

[379] BLUMENSTEIN, S. 109, bezeichnet denn auch die Widerspruchsklage als den "typische[n] Fall" einer betreibungsrechtlichen Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht.
[380] Umstritten ist, ob eine Anfechtungsklage auch möglich ist, wenn das zugrundeliegende Rechtsgeschäft schon zivilrechtlich ungültig ist (bejahend z.B. SCHKG-A. STAEHELIN, N 13 zu Art. 285; ausführlich dazu DIEM, S. 52, m. w. H.). Diese Vorfrage kann aber nicht als materiellrechtlich angesehen werden; würde sie verneint, so würde es am Rechtsschutzinteresse des Anfechtungsklägers mangeln, da in einem solchen Fall die Pfändung des fraglichen Vermögenswerts auf einem anderen Weg möglich wäre, nämlich indem er vom Betreibungsamt gepfändet würde und ein allfälliger Streit im Widerspruchsverfahren ausgetragen würde.
[381] Ein solches spricht sich über die Zulässigkeit einer schon erfolgten Vollstreckungshandlung - der Pfändung - aus und muss deshalb gegenüber dem Dritten nicht mehr im eigentlichen Sinne vollstreckt werden.
[382] Vgl. sogleich unten.

klage die Tatsache der Zahlungsunfähigkeit[383] des Schuldners unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch des Gläubigers gegen einen Dritten - den Anfechtungsgegner - begründet. Betrifft die anfechtbare Rechtshandlung eine Sache und ist diese noch vorhanden, so kann die Verwertung direkt darauf erstreckt werden - ohne vorgehendes Einleitungsverfahren.[384] Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Anfechtungsurteil nicht direkt durch das Betreibungsamt unter Anwendung von Zwangsmitteln gegenüber dem Anfechtungsgegner vollstreckt werden kann:[385] weigert sich dieser, dem Urteil Folge zu leisten, hat ein Herausgabeverfahren gemäss kantonaler ZPO zu erfolgen.[386]

Einfacher verhält es sich hingegen, wenn der Dritte einen Geldbetrag zurückzugewähren oder Wertersatz zu leisten hat, weil der anfechtbare Vermögenswert nicht mehr vorhanden ist: in einem solchen Fall ist der Anspruch aus dem Anfechtungsurteil mittels Schuldbetreibung durchzusetzen, und zwar direkt durch den Gläubiger[387] bzw. die Konkursverwaltung. Das Anfechtungsurteil ist in einem solchen Fall ein definitiver Rechtsöffnungstitel.[388]

Es fällt schwer, ein Urteil, das erst noch mit den üblichen Mitteln vollstreckt werden muss, als vollstreckungs- oder betreibungsrechtlich zu bezeichnen. Das Anfechtungsverfahren erweist sich in beiden Fällen vielmehr als Erkenntnisverfahren, da ein daraus hervorgehendes Urteil nicht direkt, sondern nur durch Realvollstreckung bzw. Schuldbetreibung vollstreckt werden kann. In der Literatur wird denn auch postuliert, dass einem Anfechtungsurteil auf Geldzahlung oder Wertersatz volle materielle Rechtskraft zukommt.[389] Man könnte somit den Anfechtungsanspruch auch als resolutiv bedingte Forderung gegenüber einem Dritten qualifizieren; resolutiv bedingt insofern, als der Anspruch

[383] Welche durch die Tatsache der Konkurseröffnung bzw. das Vorliegen eines Pfändungsverlustscheins ausgewiesen wird.
[384] SchKG-Bauer, N 14 zu Art. 291.
[385] Berz, S. 143 FN 18, mit der zutreffenden Begründung, dass gegenüber dem Anfechtungsgegner keine Betreibungshandlungen stattfinden.
[386] SchKG-Bauer, N 14 zu Art. 291; für einen Fall, bei dem ein Anfechtungsurteil gemäss Zürcher ZPO vollstreckt wurde, s. BGE 30 II 559 ff.
[387] Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, N 16 zu Art. 291; SchKG-Bauer, N 15 f. zu Art. 291.
[388] SchKG-Bauer, a. a. O.
[389] SchKG-D. Staehelin, N 24 zu Art. 289 unter Berufung auf Jaeger, N 2 Bb zu Art. 291.

nur unter der auflösenden Bedingung des Fortbestehens der Konkurseröffnung bzw. des Vorliegens eines Pfändungsverlustscheins besteht.[390]

Gerade der Vergleich mit den Widerspruchsklagen zeigt überdies, dass Anfechtungsklagen eine grundlegend andere Funktion als jene erfüllen. Bei der Widerspruchsklage wird darüber entschieden, ob ein Vermögenswert in die Pfändung miteinzubeziehen ist. Ausschlaggebend sind für diesen Entscheid, ob der Vermögenswert aufgrund der - vorfrageweise - überprüften materiellen Berechtigung dem Schuldner zusteht oder nicht. Eine Widerspruchsklage kann auch mit einer Anfechtung begründet (im Fall des Art. 108 SchKG) oder abgewehrt (im Fall des Art. 107 SchKG) werden.[391] Damit erfüllt das Anfechtungsrecht die Funktion eines materiellen Rechts, was sich mit der Qualifikation als betreibungsrechtlich nicht vereinbaren lässt.

Zu berücksichtigen ist auch, dass zur Sicherung von Anfechtungsansprüchen ein Arrest gelegt oder vorsorgliche Massnahmen verlangt werden können[392] - je nachdem, ob mit der Klage Schadenersatz oder eine sonstige Geldleistung bzw. der Einbezug des anfechtbar veräusserten Vermögenswerts in die Zwangsvollstreckung verlangt wird. In bezug auf den Arrest wird der Anfechtungsanspruch offensichtlich als "Forderung" im Sinne von Art. 271 Abs. 1 SchKG qualifiziert. Damit lässt sich aber die angeblich betreibungsrechtliche Natur der Anfechtungsklagen kaum vereinbaren. Das Betreibungsrecht im materiellen Sinn begründet keine Forderungen, sondern regelt, wie solche durchgesetzt werden.

Weiter ist im Auge zu behalten, dass sich der Anfechtungsbeklagte auf seinen Wohnsitzgerichtsstand berufen kann. Auch unter altem Recht liess das Bundesgericht eine Berufung auf Art. 59 aBV zu.[393] Nun ist aber für betreibungsrechtliche Rechtsbehelfe gerade typisch, dass sie - ohne Rücksicht auf den Wohnsitz der Parteien - am Betreibungsort ein-

[390] Der Anfechtungsanspruch rückt so betrachtet in die Nähe anderer privatrechtlicher Ansprüche, deren Bestand von einem Institut des SchKG beeinflusst wird, so z. B. das Schenkungsversprechen, das bei Ausstellung eines Verlustscheines oder der Eröffnung des Konkurses gegen den Schenker aufgehoben wird (Art. 250 Abs. 2 OR), die Pflicht zu Zahlung von Verzugszinsen im Falle des Art. 105 Abs. 1 OR oder die Belangbarkeit des Bürgen bei Konkurs des Hauptschuldners oder der Ausstellung eines definitiven Verlustscheins gegen diesen gemäss Art. 495 OR.
[391] BGE 107 III 121.
[392] SchKG-D. Staehelin, N 20 zu Art. 289.
[393] Vgl. vorne, III B.

gelegt werden.[394] Wenn nun der Wohnsitzgerichtsstand für massgeblich erklärt wird, zeigt dies, dass der Gesetzgeber die Anfechtungsklage - unabhängig von ihrer Rechtsnatur - jedenfalls in zuständigkeitsrechtlicher Hinsicht anders behandelt als andere betreibungsrechtliche Rechtsbehelfe.

Schliesslich sei auch daran erinnert, dass das Urteil über eine Anfechtungsklage - insoweit mit den betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht übereinstimmend[395] - als Zivilsache im Sinne von Art. 46 und 68 OG gilt. Auch wenn man nicht so weit gehen darf, sie allein deswegen als materiellrechtlich zu bezeichnen[396], ist dies doch ein Hinweis darauf, dass die Anfechtungsklage je nach Fragestellung nicht als betreibungsrechtlich qualifiziert wird.

Der Anfechtungsanspruch ist im SchKG eigenständig geregelt mit zahlreichen Besonderheiten[397] im Vergleich zu anderen obligatorischen Ansprüchen. Er kann deshalb - trotz dem Ausdruck "Deliktspauliana" für den Tatbestand des Art. 288 - nicht als Deliktsanspruch bezeichnet werden, sondern ist ein Anspruch sui generis oder - nach anderer Terminologie - eine obligatio ex lege.[398]

[394] STAEHELIN, Streitigkeiten, S. 76 f.; AMONN, S. 431; dieser Autor zieht daraus allerdings einen anderen Schluss: ausgehend vom Axiom, dass Anfechtungsklagen betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht seien und diese vorzugsweise am Betreibungsort geführt werden sollten, plädiert er - de lege ferenda - für die Zuständigkeit am Betreibungsort.

[395] Vgl. vorne, § 9 III B.

[396] So aber JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 4 zu Art. 289; diese Autoren schliessen daraus, dass die Zuständigkeit am Pfändungs- oder Konkursort im Fall eines ausländischen Wohnsitzes des Beklagten bei Vorliegen eines Staatsvertrags keinen Bestand haben kann.

[397] Z. B. die Verwirkung des Klagerechts gemäss Art. 292 SchKG oder auch die Tatsache, dass im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung nicht feststeht, ob sie je anfechtbar sein wird, da für die Anfechtbarkeit ein Pfändungsverlustschein bzw. die Konkurseröffnung vorausgesetzt wird.

[398] BGE 44 II 207; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 3 zu Art. 285; BERZ, S. 38 f.; JAEGER, N 1A zu Art. 285; GAUGLER, BD. I, S. 201; HANGARTNER, S. 88 ff.

VI. Ergebnis

Die vorstehenden Überlegungen lassen die Anfechtungsklagen als weniger eng mit der Zwangsvollstreckung verbunden erscheinen als die Widerspruchsklagen. Die traditionelle Qualifikation als betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht ändert nichts daran, dass Anfechtungsklagen von ihrer Funktion her Erkenntnisverfahren sind, die eine auf formale[399] Überlegungen gestützte, undifferenzierte Zuweisung in den Bereich der Vollstreckung als fraglich erscheinen lassen.[400] Jedenfalls darf nicht unter Berufung auf die Qualifizierung der Anfechtungsklage als betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht die Frage der Rechtsnatur als in jeder Hinsicht geklärt angesehen werden. Diese Kategorisierung geht auf BLUMENSTEIN[401] zurück und hat in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur ihren Niederschlag gefunden, ist jedoch durchaus nicht unbestritten.[402] Es wäre begriffsjuristisch, würde man daraus folgern, die Anfechtungsklage sei generell vollstreckungsrechtlicher Natur; vielmehr muss die Qualifizierung je nach Fragestellung gesondert erfolgen.[403] Nach der hier vertretenen Ansicht sind Anfech-

[399] Formal deshalb, weil die Anfechtungsklagen im SchKG geregelt sind.

[400] SCHÜPBACH, N 67, bezeichnet denn auch die Anfechtung nicht als Inzidenzverfahren der Zwangsvollstreckung und weist darauf hin, dass hinsichtlich des Betreibungsverbots unter Ehegatten gemäss Art. 173 a ZGB die Anfechtungsklage nicht als betreibungsrechtliches Institut verstanden wurde.

[401] BLUMENSTEIN, S. 107 ff., 856 f.

[402] So haben insbesondere BERZ, S. 31 ff., und GAUGLER, Bd. I, S. 198 ff., der Qualifizierung der Anfechtungsklage als betreibungsrechtlich mit Reflexwirkung auf das materielle Recht nachdrücklich widersprochen. Sie betonen insbesondere, dass diese Theorie nicht erklären könne, weshalb der Gläubiger ein subjektives Recht auf Einziehung fremden Vermögens (sc. des Anfechtungsgegners) habe. Erklären könne man dies nur mit einer materiellrechtlichen Befugnis des Gläubigers, weshalb sie das Anfechtungsrecht als rein privatrechtlich charakterisieren.
Vorsichtig gegenüber dieser Charakterisierung auch STAEHELIN, Streitigkeiten, der die Anfechtungsklage nur "in gewisser Hinsicht" als betreibungsrechtlich mit Reflexwirkung auf das materielle Recht ansieht, da sie nicht untrennbar mit einem laufenden Betreibungsverfahren verknüpft, sondern ein selbständiger Rechtsbehelf der zu Verlust gekommenen oder von einem Verlust bedrohten Gläubiger sei.
Auch STOFFEL, S. 374 f., und VOGEL, 4 N 68, qualifizieren die Anfechtungsklage als Erkenntnisverfahren.

[403] So qualifizieren JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 4 zu Art. 289 SchKG, die Anfechtungsklagen im Hinblick auf Art. 30a SchKG als materiellrechtliche Klagen mit dem Argument, sie unterlägen der zivilrechtlichen Berufung ans Bundesgericht.

tungsklagen jedenfalls in international-zuständigkeitsrechtlicher Hinsicht im Kern als materiellrechtlich zu qualifizieren.

§ 14 Einordnung der Anfechtungsklagen unter das LugÜ

I. Fragestellung

Anfechtungsklagen sind sowohl in der Betreibung auf Pfändung als auch im Konkurs möglich. Der Konkurs ist jedoch gemäss Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 LugÜ vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausdrücklich ausgenommen. Ob dies auch für Anfechtungsklagen im Konkurs gilt, wird im Folgenden zu untersuchen sein.

Für die Anfechtungsklagen aufgrund eines Pfändungsverlustscheins fragt sich, ob sie als zwangsvollstreckungsrechtlich i. S. v. Art. 16 Nr. 5 LugÜ gelten oder am allgemeinen Gerichtsstand des Art. 2 Abs. 1 zu erheben sind.

II. Mögliche Konstellationen

Aus schweizerischer Sicht stellt sich zunächst die Frage, ob gemäss Art. 289 SchKG eine Zuständigkeit aufgrund eines schweizerischen Pfändungs- oder Konkursverfahrens besteht.

Davon zu trennen ist die Frage, ob sich eine schweizerische Zuständigkeit für Anfechtungsklagen auch im Anschluss an ein ausländisches Zwangsvollstreckungsverfahren ergeben kann.

Auch HANISCH, Vollstreckung, S. 29, sieht in im ausländischen Konkurseröffnungsstaat erstrittenen Anfechtungsurteilen ganz gewöhnliche Zivilurteile.

III. Ausschluss von Konkursen aus dem Anwendungsbereich des LugÜ gemäss Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2

A. Auslegung

Das LugÜ nimmt in Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 Konkurse, Vergleiche[404] und ähnliche Verfahren von seinem Anwendungsbereich aus. Der Bericht JENARD umschreibt sie als "Verfahren, die nach dem Recht der Vertragsstaaten auf der Zahlungseinstellung, der Zahlungsunfähigkeit, oder der Kreditunwürdigkeit des Schuldners beruhen und ein Eingreifen der Gerichte erforderlich machen, das zur kollektiven zwangsweisen Liquidierung des Vermögens oder lediglich zu einer gerichtlichen Überwachung führt"[405]. Soweit damit das Konkursverfahren als solches (z. B. Konkurseröffnung) angesprochen ist, bietet die Norm keine besonderen Auslegungsprobleme. Anderseits findet die Norm keine Anwendung auf Verfahren, die von der Konkursverwaltung zugunsten der Masse geführt werden und die sich auf Handlungen stützen, die der Konkursit vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat, oder die sich aus der Verwaltung der Masse ergeben.[406] Als Richtschnur kann gelten, dass Verfahren, die durch die Tatsache der Konkurseröffnung ausgelöst werden, unter die Ausschlussklausel fallen. Umgekehrt fallen Verfahren, bei denen die Konkursverwaltung als "Rechtsnachfolger" des Schuldners dessen Rechte geltend macht, nicht darunter.[407] Bei Einzelverfahren im Zusammenhang mit dem Konkurs kommt es darauf an, ob die geltend gemachten Ansprüche durch das Konkursrecht gewährt und nicht lediglich modifiziert werden.[408] Gerade unter diesem Gesichtspunkt müssen die Anfechtungsklagen als konkursrechtlich i. S. v. Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2 angesehen werden: Das Anfechtungsrecht besteht nämlich nur, wenn ein Konkurs eröffnet wurde. Wird es durch die Konkursverwaltung oder Abtretungsgläubiger geltend gemacht, so üben diese nicht ein Recht des Konkursiten aus (was für die Anwendung der allgemeinen Zuständig-

[404] Damit sind nicht freiwillige Vergleiche, sondern Zwangsvergleiche gemeint, wie etwa der Nachlassvertrag, vgl. Bericht JENARD zu Art. 1, IV B.

[405] Bericht JENARD zu Art. 1, IV. B.

[406] KROPHOLLER, N 34 zu Art. 1.

[407] Eine andere Formel stellt darauf ab, ob das Verfahren auch ungeachtet der Konkurseröffnung geführt worden wäre (KROPHOLLER, N 38 zu Art. 1 und ihm folgend BGE 125 III 111).

[408] Schlussanträge des Generalstaatsanwalts REISCHL, Gourdain/Nadler, Rs 133/78, Slg. 1979, S. 751.

keitsbestimmungen des LugÜ sprechen würde), sondern ein solches, das nur aufgrund der Tatsache der Konkurseröffnung überhaupt erst entsteht und der Konkursmasse zufällt.

In der Schweizer Literatur wird insbesondere von SCHÜPBACH[409] die Meinung vertreten, die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen im Konkurs richte sich nach dem LugÜ. Er begründet dies einmal mit dem Argument, dass auch die Anfechtungsklage in der Betreibung auf Pfändung den allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen des LugÜ unterstehe[410] und sich eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertige. Überdies handle die Masse nicht hoheitlich im Sinne von Art. 16 Nr. 5 LugÜ, sondern ziehe eine ihr zustehende Forderung ein. SCHÜPBACH räumt zwar ein, dass die Masse nicht anstelle des Konkursiten handle, aber dass sei bei einer Anfechtung ausserhalb des Konkurses in bezug auf den Betreibungsgläubiger und -schuldner ebensowenig der Fall.

Sicherlich ist einzuräumen, dass die Anfechtungsklagen im und ausserhalb des Konkurses manche Gemeinsamkeiten aufweisen. Das LugÜ nimmt nun aber einmal Konkurse von seinem Anwendungsbereich aus, was dazu führt, dass funktionsgleiche Ansprüche innerhalb und ausserhalb eines Insolvenzverfahrens zuständigkeitsrechtlich unterschiedlich behandelt werden. Dies ist etwa der Fall für die Kollokationsklage im Konkurs, mit der ein Gläubiger eine von der Konkursverwaltung abgewiesene Forderung geltend macht; sie fällt nach Meinung SCHÜPBACHS[411] unter die Ausschlussklausel. Die funktionsgleiche Klage in der Einzelvollstreckung, die Anerkennungsklage, fällt hingegen unbestrittenermassen in den Anwendungsbereich des LugÜ. Daher kann das Argument der Ähnlichkeit der Klagen nicht ausschlaggebend sein: Der Konkurs erscheint als entscheidendes Element, der eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Auch der Hinweis, dass die Konkursverwaltung nicht hoheitlich vorgehe, kann nicht entscheidend sein. In Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 trifft das LugÜ keine solche Unterscheidung in hoheitlich und nicht hoheitlich. Wesentlich erscheint vielmehr, dass die Konkursverwaltung nicht ein Recht des Konkursiten, sondern ein solches, das ihr direkt zusteht, ausübt.

Darüber hinaus erscheint es problematisch, die Zuständigkeit für einen Anspruch der eng mit dem Konkursrecht des eröffnenden Staats verbunden ist, gesondert anzuknüpfen. Gerade in der Schweiz würden

[409] SCHÜPBACH, Dimensions, S. 1452 ff.; DERSELBE, N 89 zu Art. 289.
[410] Vgl. hinten, IV G.
[411] SCHÜPBACH, N 89 zu Art. 289.

sich komplexe Fragen stellen: zunächst wäre die Legitimation der Konkursmasse zur Anfechtungsklage fraglich: die Geltendmachung von Anfechtungsanspüchen aus einem ausländischen Konkurs in der Schweiz hat gemäss Art. 171 IPRG die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets zur Voraussetzung.[412] Müsste in einem eurointernationalen Fall darauf verzichtet werden? Selbst wenn diese Frage bejaht würde, stellte sich die Frage, ob der Konkurs gleichwohl anerkannt werden könnte und dann die schweizerische Konkursverwaltung des Separatkonkurses ebenso zur Anfechtung legitimiert wäre. Schliesslich wäre auch die Frage zu beantworten, ob ein Anfechtungsgewinn in die Masse des inländischen Separatkonkurses oder des ausländischen Hauptkonkurses fallen würde.

Für ein weites Verständnis des Konkurses im LugÜ spricht auch eine vergleichende Betrachtung der Artikel 1 und 27 LugÜ. In der letztgenannten Norm werden Anerkennungsverweigerungsgründe aufgelistet, wobei Ziff. 3 offensichtlich auf Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 Bezug nimmt. Demgemäss werden Entscheide nicht anerkannt, die eine Vorfrage hinsichtlich des Personenstands, der Rechts- und Handlungsfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung von natürlichen Personen, des ehelichen Güterstands und des Erbrechts abweichend zum IPR des Anerkennungstaats beurteilt haben. Diese Aufzählung entspricht den in Art. 1 Abs. 2 Ziff. 1 aufgezählten Rechtsgebieten. Für die Materien gemäss Ziff. 2 - 4 fehlt eine entsprechende Norm in Art. 27. Daraus kann geschlossen werden, dass der Anwendungsbereich des Übereinkommens bei diesen Fragen eher zurückhaltend zu bestimmen ist.[413]

In systematischer Hinsicht ist von Bedeutung, dass der Ausschluss von Konkursen im EuGVÜ im Hinblick darauf geschah, dass die Materie in einem Konkursübereinkommen geregelt werden sollte.[414] Die beiden Übereinkommen sollten sich lückenlos ineinanderfügen.[415] Wenn auch die Berücksichtigung noch nicht in Kraft stehender Rechtsquellen nur zurückhaltend erfolgen soll,[416] so lassen sich doch, wenn der Konkurs einmal europaweit geregelt ist, Rückschlüsse auf den Anwen-

[412] STAEHELIN, S. 144.
[413] Vgl. Schlussanträge des Generalstaatsanwalts REISCHL, Rs 133/78, Slg 1979, S. 754.
[414] Bericht JENARD zu Art. 1, IV. B. Das Konkursübereinkommen ist zwar nicht zustande gekommen; an dessen Stelle soll aber eine weitgehend wortgleiche Verordnung treten, vgl. unten, B.1.
[415] Bericht SCHLOSSER, Nr. 53.
[416] Schlussanträge des Generalstaatsanwalts REISCHL, Rs 133/78, Slg 1979, S. 751 f.

dungsbereich des EuGVÜ ziehen. Dies wird auch die Anwendung des LugÜ entscheidend beeinflussen.[417]

B. Versuche zur Regelung des Konkurses auf europäischer Ebene

1. Die EU-Verordnung über Insolvenzverfahren

Schon früh setzten Bemühungen zur Harmonisierung des Konkursrechtes im Rahmen der EU ein. 1980 wurde ein Entwurf eines Konkursabkommens vorgelegt.[418] 1995 wurde eine definitive Fassung des Europäischen Übereinkommens über Insolvenzverfahren zur Zeichnung aufgelegt.[419] Das Übereinkommen kam nicht zustande, da im Gefolge des Streits um die BSE -Krise Grossbritannien die Zeichnung verweigerte.[420] 1999 schliesslich haben Deutschland und Finnland eine Initiative für eine Verordnung über Insolvenzverfahren[421] lanciert, die den Inhalt des Übereinkommens von 1996 weitgehend wortgleich übernimmt. Am 29 Mai 2000 hat der Rat der EU schliesslich die Verordnung verabschiedet[422]. Sie wird am 31. Mai 2002 in Kraft treten.

Die Verordnung sieht vor, dass derjenige Staat für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zuständig sein soll, in dem der Schuldner seinen Interessenmittelpunkt hat.[423] Daneben können in Staaten, in denen der Schuldner eine Niederlassung hat, Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden[424], deren Wirkung sich auf das betreffende Staatsgebiet beschränkt. In Art. 4 wird festgelegt, dass für das Verfahren und seine Wirkungen das Recht des eröffnenden Staats gilt. In Abs. 2 werden beispielhaft die Materien aufgezählt, welche durch das Insolvenzstatut geregelt werden, worunter gemäss lit. m Rechtshandlungen fallen,

[417] Vgl. vorne, § 4 III.
[418] Abgedruckt in ZIP, 1980, S. 582 ff.
[419] Abgedruckt in ZIP, 1996, S. 976 ff.
[420] BALZ, S. 948; die Hoffnung des Autors hat sich nicht erfüllt, dass der Rat das Übereinkommen nochmals zur Zeichnung auflege, was "es einer britischen Regierung erlaubt, das Übereinkommen zu zeichnen, sobald genügend Rinder eingeäschert und ausreichend Gemeinschaftsmittel nach Grossbritannien geflossen sind" (S. 955).
[421] ABl. C 221, 3. August 1999, S. 8 ff.
[422] Verordnung (EG) Nr. 1346/2000, ABl. L 160, 30. Juni 2000, S. 1 ff.
[423] Art. 3 Abs. 1 Insolvenzverordnung.
[424] Art. 3 Abs. 2 Insolvenzverordnung.

die "nichtig, anfechtbar, oder relativ unwirksam sind, weil sie die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligen". Diese Bestimmung wird eingeschränkt durch Art. 13. Gemäss diesem Artikel findet die Art. 4 Abs. 2 lit. m keine Anwendung, wenn die begünstigte Person nachweist, dass für die betreffende Rechtshandlung das Recht eines anderen Mitgliedstaats als desjenigen der Verfahrenseröffnung massgebend und die Rechtshandlung in keiner Weise nach diesem Recht angreifbar ist.

Eine Konkurseröffnung gemäss Art. 3 wird automatisch in allen anderen Staaten anerkannt,[425] und zwar mit der Wirkung gemäss dem Recht des eröffnenden Staats, sofern die Verordnung nicht etwa anderes festlegt. Auch die zur Durchführung und Beendigung eines Verfahrens notwendigen Entscheidungen eines Gerichts werden formlos anerkannt und nach den Art. 31 ff. EuGVÜ vollstreckt.[426] Das gilt ebenso für Entscheidungen, die unmittelbar aufgrund des Insolvenzverfahrens ergehen und in engem Zusammenhang damit stehen, auch wenn diese Entscheidungen von einem anderen Gericht getroffen wurden.[427] Dazu gehören Entscheide über Anfechtungsklagen.[428]

Eine explizite Norm über die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen findet sich in der Insolvenzverordnung zwar nicht.[429] Gemäss Art. 25 Abs. 1[430] sind nun aber Entscheide über sogenannte Annexstreitigkeiten - zu denen Anfechtungsklagen zweifellos gehören -,[431] die von Gerichten des Eröffnungsstaats stammen, zu anerkennen. Damit ist zwar noch nicht gesagt, welches Gericht zuständig ist:[432] Da aber die Anerkennung in den Anwendungsbereich der Insolvenzverordnung fällt, kommt in dieser Hinsicht das EuGVÜ nicht zur Anwendung. Wird die indirekte Zuständigkeit für Anfechtungsklagen aber nicht vom EuGVÜ geregelt, so ist dies für die direkte Zuständigkeit auch nicht der Fall, da Zustän-

[425] Art. 16 Abs. 1 Insolvenzverordnung.
[426] Art. 25 Abs. 2 Insolvenzverordnung.
[427] Art. 25 Abs. 1 Unterabs. 2 Insolvenzverordnung.
[428] HANISCH, Vollstreckung, S. 29.
[429] Im Entwurf von 1980 (abgedruckt in ZIP, 1980 S. 582 ff.) wurde die Zuständigkeit gemäss Art. 15 Ziff. 1 ausdrücklich am Ort der Konkurseröffnung festgesetzt, vgl. auch GEIMER/SCHÜTZE, N 90 zu Art. 1.
[430] Der Bericht VIRGOS/SCHMIT, Nr. 77, sieht Art. 25 als eigentliche Abgrenzungsnorm zwischen EuGVÜ und Insolvenzübereinkommen.
[431] HANISCH, Vollstreckung, S. 28.
[432] Immerhin könnte man in Betracht ziehen, dass mit der indirekten Zuständigkeit zugleich die direkte Zuständigkeit indiziert wird (vgl. LÜKE, S. 291, der eine solche Auslegung indes ablehnt; für die Frage der Anfechtungsklagen ist er aber dennoch der Meinung, dass sich diese dem Insolvenzverfahren zuordnen lassen [S. 295]).

digkeit und Anerkennung im EuGVÜ parallel laufen. Somit steht jedenfalls fest, dass sich die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen auch nach dem Inkrafttreten der Verordnung nicht nach dem EuGVÜ richten wird.[433]

Die Berücksichtigung der zukünftigen Regelung des Konkurses führt damit ebenso zum Resultat, dass Anfechtungsklagen im Konkurs nicht in den Anwendungsbereich des EuGVÜ fallen.

2. Das Insolvenzübereinkommen des Europarats [434]

Neben den Bemühungen der Europäischen Union gab es auch im Rahmen des Europarats Betstrebungen, gewisse Aspekte des internationalen Konkursrechts zu vereinheitlichen. Sie wurden auch von den damaligen EG-Staaten mitgetragen, da nach dem Scheitern des Entwurfs für ein Insolvenzübereinkommen von 1980 die Fronten in der EG verhärtet waren und eine sofortige Neuausarbeitung deshalb nicht in Frage kam.[435] Dieses "Europäische Übereinkommen über bestimmte Aspekte des Konkurses" vom 5. Juni 1990 regelt zwei verschiedene Fragekomplexe. In Kapitel II werden dem Konkursverwalter gewisse Befugnisse bezüglich in einem Vertragsstaat gelegener Vermögenswerte des Konkursiten eingeräumt. Insbesondere darf er grundsätzlich über die Vermögenswerte in Belegenheitsstaat verfügen.[436] In Kapitel III wird den Vertragsstaaten die Möglichkeit eingeräumt, ein Sekundärinsolvenzverfahren am Ort einer Niederlassung oder der Vermögensbelegenheit zu eröffnen, in dem alle Gläubiger diskriminierungsfrei ihre Forderungen

[433] Unsicher ist, wie sich die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen nach Inkrafttreten der Verordnung bestimmt, was unbefriedigend ist, vgl. LEIPOLD, S. 198 (auch dieser Autor erachtet das EuGVÜ als nicht anwendbar). FRANKFURTER KOMMENTAR-WIMMER, N 366 zu Anhang I, geht davon aus, dass es bei der bisherigen Regelung bleibt, d. h. die Zuständigkeit bestimmt sich nach dem internationalen Zivilprozessrecht des jeweiligen Vertragsstaats.
Allenfalls könnte man aus Art. 4 eine Zuständigkeit ableiten: Zwar regelt dieser Artikel das anwendbare Recht; da aber dieses auch das Verfahrensrecht einschliesst, könnte man die Auffassung vertreten, dass damit auch für die Frage der Zuständigkeit auf das Recht des Eröffnungsstaats verwiesen werde.

[434] Allgemein zu diesem Übereinkommen, VOLKEN, Harmonisation, S. 421 ff.

[435] FRANKFURTER KOMMENTAR-WIMMER, N 65 zu Anhang I; FLETCHER, Istanbul Convention, S. 94 f.

[436] Art. 10 Abs. 1

eingeben können.[437] Das Übereinkommen enthält für Anfechtungsklagen keine Zuständigkeitsbestimmungen.

Gemäss Art. 40 können die Mitgliedsstaaten erklären, dass sie entweder Kapitel II oder Kapitel III des Übereinkommens nicht anwenden werden. Damit könnten aber die Mitgliedstaaten wesentliche Teile ausser Kraft setzen. Dies dürfte denn auch ein wichtiger Grund dafür sein, dass es bisher nur auf wenig Interesse gestossen ist[438] und einzig von Zypern ratifiziert wurde. Es ist deshalb auch nicht in Kraft getreten, da Voraussetzung dafür die Ratifikation von mindestens drei Staaten wäre.[439] Aller Voraussicht nach wird das Übereinkommen nie in Kraft treten.[440]

C. Die Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hatte sich in einem Entscheid[441] mit der Frage des Ausschlusses von Konkursen aus dem Anwendungsbereich des EuGVÜ zu befassen. Der Sachverhalt war der folgende: der Beklagte war Geschäftsführer einer deutschen Gesellschaft, die in Frankreich eine Tochtergesellschaft in Form einer GmbH gründetet hatte. Nachdem die deutsche Muttergesellschaft in Konkurs gefallen war, wurde 1974 auch über die französische Tochter der Konkurs eröffnet, wobei der Beklagte als faktischer Geschäftsführer bezeichnet wurde. Der Beklagte wurde verpflichtet, die durch die Konkursmasse nicht gedeckten Gesellschaftsschulden selber zu tragen. Das Gericht stützte sich dabei auf Art. 99 des französischen Gesetzes "sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes", der im wesentlichen besagt, dass die Leiter von in Konkurs gefallenen Gesellschaften zur Deckung des Verlustes der Gläubiger herangezogen werden können. Der Konkursverwalter wollte das Urteil in Deutschland am Wohnsitz des Beklagten vollstrecken lassen. Er hatte damit in erster, nicht aber in zweiter Instanz Erfolg. Der darauf angerufene Bundesgerichtshof legte die Frage dem EuGH vor.

[437] Art. 20 Abs. 1.

[438] FRANKFURTER KOMMENTAR-WIMMER, N 66 zu Anhang I; HANISCH, S. 489 f.

[439] Art. 34.

[440] MEIER, S. 11.

[441] Gourdain/Nadler, Rs 133/78, Slg. 1979, S. 733 ff.

Die Frage war, ob eine solche Klage als konkursrechtlich i. S. v. Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 EuGVÜ anzusehen ist. Der EuGH betonte zunächst, dass die Bestimmung autonom auszulegen sei.[442] Sodann legte er Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 EuGVÜ in offensichtlicher Anlehnung an den Bericht JENARD[443] folgendermassen aus: "Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren sind Verfahren, die nach den verschiedenen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten auf der Zahlungseinstellung, der Zahlungsunfähigkeit oder der Erschütterung des Kredits des Schuldners beruhen und ein Eingreifen der Gerichte beinhalten, das in eine zwangsweise kollektive Liquidation der Vermögenswerte des Schuldners oder zumindest in eine Kontrolle durch die Gerichte mündet; Entscheidungen, die sich auf ein Insolvenzverfahren beziehen, sind nur dann von der Anwendung des Übereinkommens ausgenommen, wenn sie unmittelbar aus diesem Verfahren hervorgehen und sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens in dem vorgenannten Sinne halten"[444]. Der EuGH bejahte die Zugehörigkeit dieser Klage des französischen Rechts zum Konkursrecht mit der Begründung, sie werde vom Konkursverwalter im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger unter Beachtung von deren Gleichrangigkeit erhoben. Eine derartige Klage weiche vom allgemeinen Haftungsrecht ab und sei deshalb dem Anwendungsbereich des Übereinkommens gemäss Art. 1 Abs. 2 Nr. 2 EuGVÜ entzogen.

Die französische Klage " en comblement de passif social " ist mit der Anfechtungsklage im Konkurs verwandt: sie kann nur im Konkurs erhoben werden, muss von der Konkursverwaltung geltend gemacht werden und ein allfälliges Ergebnis kommt den Gläubigern zugute. Die Begründung des EuGH lässt keinen Zweifel daran, dass auch eine Anfechtungsklage im Konkurs dem EuGVÜ nicht unterstünde, da die im Urteil genannten Motive auf diese noch verstärkt zutreffen würden.[445]

Auch der deutsche Bundesgerichtshof hat entschieden,[446] Anfechtungsklagen in einem Konkurs nach deutschem Recht fielen nicht in den Anwendungsbereich des EuGVÜ, ebenso die italienische

[442] A. a. O., S. 743.
[443] Bericht JENARD zu Art. 1, IV. B.
[444] Gourdain/Nadler, Rs 133/78, Slg. 1979, S. 744.
[445] Generalstaatsanwalt REISCHL hält in seinen Schlussanträgen ausdrücklich fest, dass Anfechtungsklagen dem EuGVÜ nicht unterstehen (a. a. O., S. 753).
[446] BGH, 11. Januar 1990, publiziert in NJW 1990, S. 990 ff., RIW, S. 221, und ZZP 1992, S. 212 ff. mit Besprechung durch Jochen TAUPITZ.

corte di cassazione[447] mit Bezug auf die Konkursanfechtung nach italienischem Recht. Die deutsche Lehre erachtet das EuGVÜ/LugÜ demgemäss auf Anfechtungsklagen im Konkurs als nicht anwendbar.[448] Im Anwendungsbereich des LugÜ hat sich das Oberlandesgericht Köln gegen eine Anwendung des Übereinkommens auf Anfechtungsklage im Konkurs ausgesprochen.[449]

D. Ergebnis

Anfechtungsklagen im Konkurs fallen nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ. Dies mag aus schweizerischer Sicht als unbefriedigend erscheinen, da sich sowohl die Anfechtung im Konkurs als auch diejenige aufgrund eines Pfändungsverlustscheins nach den Art. 285 - 292 SchKG richtet. Diese Abgrenzung ergibt sich aber aus Ziel und Zweck des Ausschlusses von Konkursen aus dem LugÜ sowie aus der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH.[450, 451]

Somit gelten für Anfechtungsklagen im Konkurs in eurointernationalen Verhältnissen mit Bezug auf die Zuständigkeit die autonomen Regeln.[452]

[447] Corte di cassazione, 23. Februar 1990, Rivista diritto internazionale privato 1991, S. 975 ff.; 21. April 1989, Rivista diritto internazionale privato 1990, S. 396 ff.
[448] Statt vieler SCHLOSSER, N 21 zu Art. 1; Jochen TAUPITZ, ZZP 1992, S. 218 ff.
[449] OLG Köln, 6. Juni 1997, ZIP 1998, S. 75.
[450] Die in diesem Fall für die Schweiz verbindlich ist, da vor dem 16. September 1988 ergangen, vgl. vorne, § 4 C 2.
[451] Diese Abgrenzung ist in der Schweiz möglicherweise schwieriger nachzuvollziehen als in Deutschland, wo die Anfechtung im Konkurs und in der Einzelvollstreckung je in verschiedenen Gesetzen geregelt sind (Insolvenzordnung bzw. Anfechtungsgesetz).
[452] Vgl. hinten, § 16 III.

IV. Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung

A. Allgemeines

Bei der Qualifikation der Anfechtungsklage stellt sich zunächst die gleiche Frage wie bei der Widerspruchsklage: Ist die Anfechtungsklage als betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht eine vollstreckungsrechtliche oder eine materiellrechtliche Klage im Sinne des LugÜ? Allerdings sind dabei die Besonderheiten der Anfechtungsklagen im Auge zu behalten, da der Begriff "betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht" - selbst wenn man die Anfechtungsklage als solche betrachtet - eine landesrechtliche Kategorisierung bedeutet, die für die Subsumption unter das LugÜ höchstens eine Indizwirkung hat und unterschiedliche Rechtsinstitute unter einer Kurzbezeichnung zusammenfasst. Zudem stellt sich die Frage der Qualifikation unter dem LugÜ nicht nur im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 LugÜ und 16 Nr. 5, sondern auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 5 Nr. 3 LugÜ (Zuständigkeit für Deliktsklagen).

B. Auslegung von Art. 16 Nr. 5 LugÜ im Hinblick auf die Anfechtungsklage

Für Verfahren, welche die Zwangsvollstreckung zum Gegenstand haben, erklärt Art. 16 Nr. 5 LugÜ die Gerichte des Staats, wo die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, für zuständig. Nach der hier vertretenen Auffassung sind Anfechtungsklagen nach autonomem Recht keine betreibungsrechtlichen Klagen. Da die autonome Qualifikation als Ausgangspunkt bei der Subsumption unter das LugÜ dient,[453] spricht dieser Gesichtspunkt gegen eine Unterstellung unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ. Zum umgekehrten Schluss gelangt man freilich, wenn man mit der herrschenden Lehre von der betreibungsrechtlichen Natur der Anfechtungsklage ausgeht. So oder anders kann aber die autonome Qualifikation für die Subsumption unter das LugÜ nicht ausschlaggebend sein. So folgt insbesondere aus der betreibungsrechtlichen Natur eines schweizerischen Rechtsinstituts nicht ohne weiteres, dass dieses damit als vollstreckungsrechtlich im Sinne von Art. 16 Nr. 5 LugÜ zu gelten hat. Aus Schweizer Sicht sind Anfechtungsklagen zwar bei formaler Betrachtung vollstreckungsrechtliche Klagen, was prima vista für eine Subsumption unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ spricht; gleichzeitig aber beruhen sie unzweifelhaft auf einem obligatorischen Anspruch.[454] Diese Qualifikation lässt aber diese Einschätzung sogleich wieder als unsicher erscheinen, da sich obligatorische Ansprüche nur schwer unter eine Norm subsumieren lassen, welche die Zuständigkeit für Verfahren der Zwangsvollstreckung regelt. Dennoch weisen sie - selbst wenn sie, wie hier, nicht als betreibungsrechtlich qualifiziert werden - eine gewisse Nähe zur Zwangsvollstreckung auf, da Voraussetzung zu deren Erhebung immerhin ein Pfändungsverlustschein bzw. eine Konkurseröffnung ist. Der Wortlaut allein lässt somit keine Entscheidung zu, ob Anfechtungsklagen in diesem Sinn zwangsvollstreckungsrechtliche Verfahren sind. Die Umschreibung im Bericht JENARD[455] lässt immerhin erhebliche Zweifel daran aufkommen, dass Anfechtungsklagen darunter fallen.

Auch unter systematischen Gesichtspunkten lässt sich die Frage nicht beantworten. Das häufig angerufene Prinzip der restriktiven Anwendung des Art. 16 Nr. 5 ist zu undifferenziert als dass man daraus auf die Qualifikation der Anfechtungsklagen unter dem LugÜ schliessen könnte.[456]

Ausschlaggebend muss vielmehr eine teleologische, wertende Auslegung unter Berücksichtigung der Ziele des Übereinkommens sein.

Art. 16 Nr. 5 LugÜ trägt dem Souveränitätsgedanken Rechnung: Zwangsvollstreckung als besonders sinnfälliger Ausdruck von Staatsgewalt soll nur auf dem Territorium des Vollstreckungsstaats ausgeübt werden können.[457] Die schweizerischen Anfechtungsklagen sind nun aber nicht typische Institute der Zwangsvollstreckung. Zwar werden sie nach schweizerischer Auffassung dem Vollstreckungsrecht zugeordnet; sie tragen jedoch von ihrer Funktion her zumindest auch Elemente eines Erkenntnisverfahrens in sich.[458]

Ein weiterer Zweck der Norm ist es, den Richter am Vollstreckungsort über mit der Zwangsvollstreckung verbundene Verfahren entscheiden zu lassen, da er am besten mit den nationalen Besonderheiten des

[453] Vgl. vorne, § 4 II B.

[454] STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 282; vgl. vorne, § 13 V.

[455] "Verfahren, die sich aus der Inanspruchnahme von Zwangsmitteln, insbesondere bei der Herausgabe oder Pfändung von beweglichen Sachen oder unbeweglichen Sachen in Hinblick auf die Vollstreckung von Entscheidungen oder Urkunden ergeben", Bericht JENARD zu Art. 16 Nr. 5.

[456] Vgl. vorne, § 7 II B.

[457] Vgl. vorne, § 7 II C.

[458] Vgl. vorne, § 13 V.

jeweiligen Vollstreckungsrechts vertraut ist und die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichts Zusammengehörendes auseinanderreissen würde.[459] Dazu ist zu bemerken, dass die schweizerischen Anfechtungsklagen tatsächlich eine, auch formelle, Verbindung mit dem Zwangsvollstreckungsrecht aufweisen. So wird die Sachlegitimation dadurch verliehen, dass der Kläger über einen Pfändungsverlustschein verfügen, bzw. über den Schuldner der Konkurs eröffnet worden sein muss. Die Frage ist allerdings, ob deswegen ein ausländisches Gericht nicht über eine Anfechtungsklage befinden könne. Dies ist nicht anzunehmen, da in der einen oder anderen Form das Institut der Anfechtung in allen europäischen Rechtsordnungen vorhanden ist.[460] Man kann deshalb davon ausgehen, dass - selbst wenn schweizerisches Recht zur Anwendung käme - ein ausländischer Richter eine Anfechtungsklage durchaus beurteilen könnte.

Weiter ist auch zu bedenken, dass das LugÜ grundsätzlich den Kläger an das Forum des Beklagten verweist. Nun mag man dagegen einwenden, dass bei den besonderen Gerichtsständen dies eben nicht gelte. Das trifft natürlich zu; nur ist bei den Anfechtungsklagen zu berücksichtigen, dass sie einen Anspruch gegen einen Dritten, nämlich den Anfechtungsgegner, betreffen, der mit dem Verfahren der Zwangsvollstreckung an und für sich nichts zu tun hat. Seine mit dem Schuldner abgeschlossenen Rechtshandlungen sind nämlich zunächst gültig und werden erst allenfalls anfechtbar durch dessen spätere Zahlungsunfähigkeit, weshalb sich eine besondere Gewichtung des Beklagtenschutzes rechtfertigt. Dagegen kann auch nicht vorgebracht werden, der Anfechtungsgegner verdiene keinen besonderen Schutz; dieses Argument nimmt die Beantwortung der Frage vorweg, die eben erst untersucht werden muss: ob eine anfechtbare Rechtshandlung vorliegt.

Aber auch dem Gläubiger wäre mit einem Gerichtsstand am Ort der Zwangsvollstreckung im allgemeinen wenig gedient. Man muss sich die Ausgangslage vor Augen führen: Ein schweizerischer Anfechtungskläger will in der Betreibung gegen einen schweizerischen Schuldner einen Anfechtungsgegner mit Wohnsitz im Ausland einklagen. Würde man die Zuständigkeit aus Art. 16 Nr. 5 herleiten, so käme der Kläger wohl in den Genuss eines Schweizer Gerichtsstands. Fraglich ist indessen, von welchem Wert ein an diesem Forum erstrittenes Urteil für ihn wäre. In

[459] Vgl. vorne, § 7 II C.

[460] Vgl. die rechtsvergleichenden Hinweise bei HANISCH, Deux Problèmes, SCHLOSSER, Konkurs, S. 407, und FLETCHER, S. 296 ff.

der Schweiz wird ein solches Urteil in den wenigsten Fällen vollstreckt werden, da der anfechtbare Gegenstand sich üblicherweise am Ort des Beklagten befinden wird. Ein Urteil auf Geldzahlung müsste ebenso am Wohnsitz des Anfechtungsgegners vollstreckt werden. Gleiches gilt, wenn der Beklagte zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet wird, weil der anfechtbar erworbene Gegenstand nicht mehr vorhanden ist.[461] Auf eine Vollstreckung in der Schweiz könnte der Kläger nur hoffen, wenn der Anfechtungsgegner Vermögen in der Schweiz besitzt; eine Hoffnung, die sich wohl meistens als trügerisch erweisen wird. Somit bleibt dem Anfechtungskläger einzig, das Urteil am ausländischen Wohnsitz des Beklagten vollstrecken zu lassen. Gerade dies wird aber nicht möglich sein, wenn die Anfechtungsklage auf Art. 16 Nr. 5 gestützt wird. Denn solche vollstreckungsrechtliche Urteile sind der Anerkennung gemäss dem Titel III LugÜ entzogen.[462] Selbst wenn das ausländische Gericht eine Anerkennung als grundsätzlich möglich ansähe, könnte eine Vollstreckung daran scheitern, dass die Zuständigkeit des Erstgerichts gemäss Art. 28 Abs. 1 LugÜ vom Vollstreckungsrichter nachgeprüft werden kann. Am Wohnsitz des Anfechtungsgegners schliesslich kann - immer unter der Voraussetzung, die Anfechtungsklage werde unter Art. 16 Nr. 5 LugÜ subsumiert - auch nicht geklagt werden, da der Ort der Zwangsvollstreckung eben nicht dem Wohnort des Beklagten entspricht. Der Anfechtungskläger gerät so in eine missliche Situation: dort, wo er klagen könnte, kann er nicht vollstrecken und wo er vollstrecken könnte, kann er nicht klagen. Dieser gordische Knoten lässt sich nur durchschlagen, indem der Anfechtungsbeklagte an seinem Wohnsitz zu verklagen ist und ein entsprechendes Urteil dann gemäss dem Titel III des LugÜ anerkannt und vollstreckt wird. Bedenken gegen diese Lösung werden in der Literatur unter dem Gesichtspunkt des anwendbaren Rechts vorgebracht. So wird etwa daran gezweifelt, dass ein ausländischer Richter schweizerisches Anfechtungsrecht anwenden würde.[463] Dieses Argument verkennt, dass das anwendbare

[461] Vgl. vorne, § 13 IV.

[462] Vgl. vorne, § 7 II B.

[463] SCHKG-M. STAEHELIN, N 25 zu Art. 30a ; dieser Autor zweifelt im weiteren daran, dass ausländische Urteile über Anfechtungsklagen in der Schweiz anerkannt werden können. Dies ist aber gerade nicht eine Frage, die sich nach autonomem Recht entscheidet, sondern beurteilt sich nach dem LugÜ und ist zu bejahen, falls angenommen wird, Anfechtungsklagen fielen unter Art. 2 Abs. 1 LugÜ. Die Berufung auf STAEHELIN, S. 151, ist unbehelflich, da sich dieser nicht zur Rechtslage gemäss LugÜ äussert.

Recht keinen Einfluss auf die Zuständigkeitsbestimmung gemäss LugÜ haben kann. Da jedes Gericht das anwendbare Recht unter Zuhilfenahme seines Kollisionsrechts bestimmt, kann die Zuständigkeit das anwendbare Recht durchaus beeinflussen. Daraus darf aber nicht eine Präferenz für die eine oder die andere Zuständigkeit abgeleitet werden. Ein weiterer Einwand bringt vor, der Ausschluss des Gerichtsstands des Betreibungsorts sei wenig sachgerecht, solange nur die Zuständigkeit, nicht aber das anwendbare Recht geregelt sei. Es bestehe die Gefahr, dass der Anfechtungskläger aufgrund des Prinzips der Territorialität des Vollstreckungsrechts am Wohnsitz des Anfechtungsklägers materiell kein Recht finde. Insbesondere sei unsicher, ob ein ausländischer Richter einen schweizerischen Verlustschein als Klagegrundlage genügen lasse.[464] Dazu ist zu bemerken, dass die Frage des anwendbaren Rechts bei der Anfechtungsklage besonders schwierig zu beurteilen ist und - gerade in der Schweiz - die traditionelle Auffassung unter Hinweis auf die Territorialität der Vollstreckung dazu neigt, die Anwendung ausländischen Rechts auf die Anfechtungsklage abzulehnen oder bei gewissen internationalen Konstellationen eine Anfechtungsklage gar nicht zuzulassen.[465] Daraus darf aber nicht abgeleitet werden, die Zuständigkeit richte sich nach dem Ort der Zwangsvollstreckung, da dies, wie oben dargelegt, in einem internationalen Verhältnis erst recht unbefriedigende Ergebnisse zeitigt. Vielmehr muss angenommen werden, dass sich ein ausländisches Gericht nicht auf die bloss territoriale Wirkung seines Anfechtungsrechts berufen kann, sondern aufgrund des LugÜ verpflichtet ist, die Klage materiell zu behandeln. Wenn es dabei sein eigenes Anfechtungsrecht anwendet, können sich gewisse Schwierigkeiten aus der Tatsache ergeben, dass die Anfechtungstatbestände in den verschiedenen Ländern unterschiedlich geregelt sind. Solche Probleme sind jedoch nicht besonderer Art im Anfechtungsrecht; sie tauchen bei der Anwendung mehrerer Rechtsordnungen nebeneinander häufig auf

[464] SCHKG-D. STAEHELIN, N 13 zu Art. 289.

[465] So hat die Genfer Cour de Justice eine Anfechtungsklage abgewiesen, mit der die Schenkung eines französischen Grundstücks zwischen einem in Genf wohnhaften Ehepaar angefochten wurde. Begründet wurde der Entscheid damit, dass Gegenstand einer Anfechtungsklage nur Vermögenswerte sein könnten, die der schweizerischen Zwangsvollstreckung unterstünden. Das sei bei einem in Frankreich gelegenen Grundstück nicht der Fall (SJ 1991, S. 205 ff.); vgl. zum Ganzen hinten, § 18.

und werden im IPR unter dem Begriff der Anpassung[466] behandelt. Die dabei auftauchenden Probleme sind dabei durchaus lösbar.[467]

C. Zuständigkeit am Deliktsort (Art. 5 Nr. 3 LugÜ)?

Gemäss Art. 5 Nr. 3 LugÜ können Klagen aus einer unerlaubten Handlung oder einer Handlung, die ihr gleichgestellt ist, am Ort des schädigenden Ereignisses erhoben werden. Als Ort des schädigenden Ereignisses gelten sowohl Handlungs- wie Erfolgsort.[468] Der Begriff "unerlaubte Handlung" muss autonom ausgelegt werden und bezieht sich nach der Rechtsprechung des EuGH auf alle Klagen, mit denen eine Schadenshaftung geltend gemacht wird und die nicht an einen Vertrag im Sinne von Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ anknüpfen.[469]

Der Wortlaut der Norm deutet eher darauf hin, dass Anfechtungsklagen nicht darunter fallen. Der Anfechtungstatbestand wird im Schweizer Recht nicht als unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 41 ff. OR angesehen.[470] Rechtsfolge einer erfolgreichen Anfechtungsklage ist nicht die Leistung von Schadenersatz durch den Anfechtungsgegner, sondern die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts dem Gläubiger gegenüber. Auch von der Struktur her unterscheiden sich die Tatbestände: während bei einer unerlaubten Handlung es allein vom Schädiger abhängt, ob eine rechtswidrige Handlung und ein Schaden vorliegen, muss beim Anfechtungstatbetstand noch ein weiteres Element hinzutreten: die Konkurseröffnung bzw. die Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins. Aber auch von der Rechtsfolge her unterscheiden sich die Anfechtungsklagen von Schadenersatzklagen in wesentlichen Punkten. Die Anfechtungsklage verjährt nicht, sondern sie verwirkt[471], die Legitimation ist besonders ausgestaltet und in gewissen Fällen ist die Rückgabepflicht des Beklagten auf dessen Bereicherung beschränkt[472]. Allerdings ist festzuhalten, dass derartige innerstaatliche Qualifikationen für die Auslegung des LugÜ nur eine Indizwirkung haben können, jedoch nicht allein massge-

[466] Vgl. dazu SCHWANDER, Bd. I, Rz 422 ff.

[467] Vgl. hinten, § 15 III.

[468] BGE 125 III 348 m. w. H.

[469] Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2180 ff.

[470] Vgl. vorne, § 13 V.

[471] Vgl. vorne, § 13 II D.

[472] Art. 291 Abs. 3 SchKG.

bend sind.[473] Auch die Tatsache, dass Art. 5 Nr. 3 nicht nur unerlaubte Handlungen, sondern auch Handlungen, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt sind, erwähnt, bringt aus Schweizer Sicht keinen Erkenntnisgewinn: diese Formulierung ist nämlich eine Übersetzung der französischen Fassung "quasi délictuelle", die sich auf nicht schuldhaft begangene unerlaubte Handlungen bezieht.[474] Nach autonomem Recht fällt aber auch diese zweite Kategorie schon unter den Begriff "unerlaubte Handlung".

Auch die systematische Auslegung führt eher zum Schluss, dass Anfechtungstatbestände keine unerlaubte Handlungen im Sinne des LugÜ darstellen, da auch für Art. 5 Nr. 3 LugÜ das Gebot der restriktiven Auslegung einer vom Beklagtengerichtsstand abweichenden Zuständigkeit gilt.[475]

In teleologischer Hinsicht ist von Bedeutung, dass sich die Zuständigkeit am Deliktsort u. a. aufgrund der Beweisnähe rechtfertigt.[476] An diesem Ort kann der Schaden am besten und einfachsten bestimmt werden. Berücksichtigt man dieses Kriterium, so sieht man, dass es auf die Anfechtungsklagen nicht passt: Das Schadensereignis ist nicht eine Tathandlung, über die Beweis erhoben werden muss, sondern eine Rechtshandlung - wenn auch im weitesten Sinne -,[477] zu deren Abklärung eine besondere Sachnähe nicht erforderlich ist. Überdies ist es bei einer Anfechtungsklage kaum möglich, den Handlungs- und Erfolgsort zu bestimmen. Ist es der Ort, wo die anfechtbare Handlung vorgenommen wurde? Diesen zu bestimmen, fällt bei anfechtbaren Grundstücken noch nicht allzu schwer, es wäre der Ort, wo der Kaufvertrag zu beurkunden wäre. Aber schon bei einem Mobilienkauf wäre es schwierig zu bestimmen, wo dieser vorgenommen wurde, ganz zu schweigen von anfechtbaren Rechtshandlungen, die sich nicht auf eine Sache beziehen. Hier einen Handlungsort ausmachen zu wollen, käme einem Schuss ins Dunkle gleich. Oder käme, wie auch schon in die Diskussion geworfen,[478] als Handlungsort der Ort in Frage, wo sich der anfechtbar erworbene Vermögenswert befindet? Abgesehen davon, dass eine solche Regel nur auf Sachen anwendbar wäre, ist nicht einzusehen, was der

[473] Vgl. vorne, § 4 II B.
[474] SCHLOSSER, N 15 zu Art. 15.
[475] Kalfelis/Schröder, Rs 189/87, Slg. 1988, 5585.
[476] WALTER, S. 183.
[477] Vgl. vorne, § 13 II A.
[478] Schlussanträge des Generalstaatsanwalts GULMANN, Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2172 f.

Lageort mit dem Handlungsort zu tun haben sollte, zumal bei beweglichen Sachen dieser ändern kann und möglicherweise nicht einmal bekannt ist. Den Erfolgsort zu bestimmen, fällt nicht weniger schwer: Ist es, wie vorgeschlagen,[479] der Pfändungsort? Mit ebensolchem Recht könnte man den Wohnsitz des Gläubigers als Erfolgsort bezeichnen; in Frage käme auch der Wohnsitz des Schuldners, da dessen Vermögen durch die anfechtbare Rechtshandlung geschmälert wurde.

Die vorstehenden Erörterungen zeigen, dass es schwer fällt, den Deliktsort bei Anfechtungsklagen zu bestimmen.[480] Dies ist kein Zufall, da der Deliktsort auf Tathandlungen abstellt; anfechtbare Handlungen sind jedoch Rechtshandlungen, die sich nur schwer lokalisieren lassen und für die daher das Argument der Sachnähe keine Rolle spielt. Für die Zuständigkeit am Deliktsort lassen sich somit auch aus teleologischen Erwägungen keine Gründe anführen.

D. Zuständigkeit am Ort der einstweiligen Massnahme (Art. 24 LugÜ)?

Im Entscheid Reichert II[481] wird auch eine Zuständigkeit für Anfechtungsklagen am Ort der einstweiligen Massnahme gemäss Art. 24 EuGVÜ diskutiert. In Spiel gebracht wurde diese Möglichkeit wohl durch die Kommission in ihrer Stellungnahme im Fall Reichert I.[482] Mit Bezug auf die schweizerischen Anfechtungsklagen ist offensichtlich, dass diese keine einstweiligen Massnahmen im Sinne von Art. 24 LugÜ sein können:[483] sie sind Verfahren in der Hauptsache, für die als Sicherungsmittel - je nach Anspruch - vorsorgliche Massnahmen oder der Arrest zur Verfügung stehen.[484]

[479] JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 5 zu Art. 289.
[480] Es ist einzuräumen, dass auch bei unerlaubten Handlungen der Deliktsort nicht immer einfach zu bestimmen ist. Deshalb kann diese Schwierigkeit für sich allein genommen auch kein Argument sein, Anfechtungsklagen nicht an diesem Ort führen zu lassen (so aber Generalanwalt Gulmann in seinen Schlussanträgen, Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2173). Hingegen kann argumentiert werden, bei Klagen, deren Subsumption unter Art. 5 Nr. 3 zweifelhaft ist, sei die Schwierigkeit, den Deliktsort zu bestimmen, ein Indiz dafür, dass in teleologischer Hinsicht keine Gründe für diesen Gerichtsstand sprächen.
[481] Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2149 ff.
[482] Reichert/Dresdner Bank, Rs C-115/88, Slg. 1990, I-32.
[483] SCHÜPBACH, N 70 zu Art. 289.
[484] SchKG-D. STAEHELIN, N 20 zu Art. 289.

E. Sonderfall: Das Verhalten des Dritten als strafbare Handlung

Im allgemeinen wird das Verhalten des Anfechtungsgegners nicht als unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 5 Nr. 3 angesehen werden können. Dennoch gibt es - wohl seltene - Konstellationen, wo dies vorstellbar ist. Das ist der Fall, wenn die anfechtbare Handlung auch in bezug auf den Anfechtungsgegner den Tatbestand eines strafrechtlichen Delikts erfüllt. In Frage kommen insbesondere Art. 163 und 164 StGB. Nach diesen Bestimmungen ist auch der Dritte (neben dem Schuldner) strafbar bei betrügerischem Konkurs und Pfändungsbetrug bzw. bei Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung. Es ist somit denkbar, dass der Anfechtungsgegner nicht nur eine anfechtbare Handlung begangen hat, sondern dass ihn auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft. Da die Verletzung einer das Vermögen schützenden Norm - was bei Art. 163 u. 164 StGB zutrifft[485] - eine Widerrechtlichkeit im haftungsrechtlichen Sinne begründet,[486] kann, falls die übrigen Voraussetzungen einer Haftung vorliegen, die anfechtbare Handlung zugleich eine unerlaubte Handlung im Sinne von Art. 5 Nr. 3 LugÜ darstellen. In diesem Zusammenhang ist auf Art. 5 Nr. 4 LugÜ hinzuweisen. Dieser Artikel sieht den Gerichtsstand des Adhäsionsverfahrens[487] vor: Wird im Rahmen eines Strafverfahrens zugleich die Zivilforderung eines Geschädigten beurteilt, so kann das Strafgericht zugleich diese Zivilforderung beurteilen. Theoretisch wäre also möglich, dass der Anfechtungsgegner - soweit sein Handeln strafrechtlich relevant ist - vor dem Gericht des Strafprozesses ins Recht gefasst werden könnte.

Kommt eine Zuständigkeit gemäss Art. 5 Nr. 3 und 4 LugÜ in Frage, so ist zu betonen, dass es sich dann eben nicht mehr um eine Anfechtungsklage, sondern um eine Klage auf Schadenersatz im Sinne von Art. 41 ff. OR handelt. Berührungspunkte ergeben sich nur insoweit, als der

[485] STRATENWERTH, S. 419.
[486] REY, N 695 ff.
[487] In diesem Zusammenhang ist auch das Protokoll 2 zum LugÜ zu beachten. Art. II Abs. 1 legt fest, dass ein Angehöriger eines LugÜ - Staats wegen einer fahrlässig begangenen Straftat sich im Strafverfahren verteidigen lassen kann, auch wenn er persönlich nicht vor Gericht erscheint. Zwar kann das Gericht persönliches Erscheinen anordnen; wird diese Anordnung nicht befolgt, so braucht die Entscheidung über zivilrechtliche Ansprüche in den andern Vertragsstaaten nicht anerkannt zu werden, wenn sich der Beklagte nicht verteidigen lassen konnte (vgl. als Illustration dazu den Entscheid Krombach/Bamberski, Rs C-7/98, noch nicht publ., abrufbar auf dem Internet unter: http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de).

Sachverhalt, auf den sich eine solche Schadenersatzklage stützt, auch den Tatbestand einer Anfechtungsklage erfüllen würde.

F. Die Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat in zwei Urteilen zur Frage der Zuständigkeitsbestimmung für Anfechtungsklagen Stellung genommen. Sie betreffen die Anfechtungsklage des französischen Rechts und sind in der Literatur als Reichert I[488] und Reichert II[489] bekannt.

1. Reichert I

Das in Deutschland wohnhafte Ehepaar Reichert schenkte seinem ebenfalls in Deutschland wohnenden Sohn ein Grundstück in Antibes (F). Die Dresdner Bank mit Sitz in Deutschland focht diese Schenkung gestützt auf Art. 1167 CC (action paulienne) am Lageort des Grundstücks an. Das zweitinstanzliche Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob ein französisches Gericht am Lageort des Grundstücks gestützt auf Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ zuständig sei.

Der EuGH betonte zunächst, dass die betreffende Norm autonom auszulegen sei. Da diese bewirke, dass den Parteien die sonst mögliche Gerichtsstandswahl genommen werde und sie in gewissen Fällen vor einem Gericht zu verklagen seien, das für keine von ihnen demjenigen ihres Wohnsitzes entspreche, sei eine zurückhaltende Anwendung am Platz. Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ sei nicht auf alle Klagen anzuwenden, die dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben, sondern nur auf solche, die darauf gerichtet sind, den Umfang oder Bestand einer unbeweglichen Sache, das Eigentum, den Besitz oder das Bestehen anderer dinglicher Rechte hieran zu bestimmen. Die "action paulienne" sei aber eine persönliche Klage des Gläubigers gegen seinen Schuldner und bewirke nur, dass die vom Beklagten vorgenommene Verfügung dem Gläubiger gegenüber unwirksam sei. Die Beurteilung einer solche Klage erfordere keine Kenntnis von lokalen Gegebenheiten, die für eine Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache sprächen. Der EuGH entschied deshalb, dass die Anfechtungsklage, mit der eine Rechtshandlung dem Gläubiger gegenüber für unwirksam erklärt wer-

[488] Reichert/Dresdner Bank, Rs C-115/88, Slg. 1990, I-27 ff.
[489] Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2149 ff.

den sollte, nicht in den Anwendungsbereich von Art. 16 Nr. 1 EuGVÜ fällt.

2. Reichert II

Zwei Jahre später hatte sich der EuGH nochmals mit dem gleichen Fall zu befassen. Das zweitinstanzliche französische Gericht legte dem EuGH den Fall erneut vor, um zu prüfen, ob sich eine französische Zuständigkeit aufgrund der Art. 5 Nr. 3, 16 Nr. 5 oder 24 EuGVÜ ergeben könne.

Zu *Art. 5 Nr. 3* EuGVÜ betonte der EuGH einmal mehr, dass diese Norm autonom auszulegen sei. Er untersuchte sodann die "action paulienne" des französischen Rechts und stellte fest, dass sie ein persönliches Recht des Gläubigers gegenüber seinem Schuldner sei und dem Zweck diene, die vom Schuldner vorgenommene Verfügungshandlung dem Gläubiger gegenüber unwirksam zu erklären. Sie sei bei unentgeltlichen Verfügungen auch dann gegeben, wenn der Begünstigte gutgläubig sei. Zweck einer derartigen Klage sei es nicht, den Schuldner für den durch seine Handlung verursachten Schaden zu belangen, sondern dem Gläubiger gegenüber die Wirkung der Verfügung des Schuldners zu beseitigen. Die Klage richte sich überdies nicht nur gegen den Schuldner, sondern auch gegen den Dritten, bei einer unentgeltlichen Verfügung auch dann, wenn ihn kein Verschulden treffe. Demgemäss entschied der EuGH, dass sich eine Zuständigkeit der französischen Gerichte nicht auf Art. 5 Nr. 3 stützen könne.

Betreffend *Art. 16 Nr. 5* EuGVÜ berief sich der EuGH wie schon in Reichert I auf seine restriktive Auslegungspraxis. Er nahm Bezug auf die bekannte Formel im Bericht JENARD[490] und stellte fest, die "action paulienne" diene dem Gläubigerschutz, da mit ihr die Interessen der Gläubiger beeinträchtigende Handlungen diesen gegenüber rückgängig gemacht werden könne. Zwar wahre sie so die Interessen der Gläubiger, insbesondere im Hinblick auf eine spätere Zwangsvollstreckung, sei aber damit noch nicht auf eine Entscheidung in einem Verfahren gerichtet, dass die Inanspruchnahme von Zwangsmitteln, insbesondere bei der Herausgabe oder Pfändung von beweglichen oder unbeweglichen

[490] "Verfahren, die sich aus der Inanspruchnahme von Zwangsmitteln, insbesondere bei der Herausgabe oder Pfändung von beweglichen Sachen oder unbeweglichen Sachen in Hinblick auf die Vollstreckung von Entscheidungen oder Urkunden ergeben", Bericht JENARD zu Art. 16 Nr. 5.

Sachen im Hinblick auf die Vollstreckung von Entscheidungen oder Urkunden zum Gegenstand habe. Sie falle daher nicht unter Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ.

Zu *Art 24* EuGVÜ bemerkte der EuGH, die "action paulienne" verhindere die absichtliche Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners, diene aber nicht der Erhaltung einer Sach- oder Rechtslage für die Zeit bis zum Erlass der Entscheidung in der Hauptsache und könne deshalb nicht als einstweilige und insbesondere nicht als sichernde Massnahme im Sinne von Art. 24 EuGVÜ angesehen werden.

3. Folgerungen für die schweizerischen Anfechtungsklagen

a. Vergleichbarkeit der "action paulienne" mit den schweizerischen Anfechtungsklagen?

Der EuGH nimmt die Subsumption nationaler Rechtsinstitute unter das EuGVÜ nach der sogenannt zweistufigen Methode vor:[491] zunächst bestimmt er die Natur des eingeklagten Anspruchs nach der lex causae; in einem zweiten Schritt erfolgt dann die Einordnung unter das Übereinkommen. Am Anfang der Analyse der Rechtsprechung des EuGH aus schweizerischer Sicht muss deshalb die Frage stehen, ob die "action paulienne" des französischen Rechts mit den schweizerischen Anfechtungsklagen vergleichbar ist.

Die "action paulienne" ist im Code civil geregelt. Art. 1165 hält fest: "Les conventions n'ont d'effet que entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121". Als Ausnahme von diesem Grundsatz erscheint Art. 1167 CC mit folgendem Wortlaut: "Ils [sc. les créanciers] peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits".

Zunächst fällt auf, dass die Klage im Code civil geregelt ist und schon von daher eine Qualifizierung als materiellrechtlich leichter fällt. Ausschlaggebend kann das unter dem Gesichtspunkt der autonomen Auslegung jedoch nicht sein. Wesentlich ist, dass die action paulienne die gleiche Funktion hat wie die schweizerischen Anfechtungsklagen: es geht darum, Vermögenswerte des Schuldners, deren er sich entäussert hat, den Gläubigern wieder zuzuführen. Aber auch die Rechtsnatur eines entsprechenden Urteils ist insofern die gleiche wie im Schweizer Recht,

[491] Vgl. vorne, § 4 II B.

als es nur gegenüber dem anfechtenden Gläubiger wirksam ist und nur soweit reicht, als es zur Befriedigung des Gläubigers notwendig ist.[492] Das fragliche Rechtsgeschäft ist dem Gläubiger gegenüber "inopposable".[493] Es bleibt zwischen dem Schuldner und Anfechtungsgegner gültig.[494] Der Anfechtungsanspruch hat, wie im Schweizer Recht, obligatorischen Charakter.[495] Zwar ist der Anfechtungstatbestand im französischen Recht weiter formuliert als im Schweizer Recht, stimmt aber in einem zentralen Punkt mit diesem überein: bei Schenkungen kommt es nicht auf den guten Glauben des Anfechtungsgegners an (wie in Art. 286 SchKG), bei den übrigen Tatbeständen hingegen schon (wie in Art. 287 f. SchKG).[496] Dass die Verjährung[497] unterschiedlich geregelt ist, kann hingegen keine Rolle spielen, da diese Differenz für die Beurteilung der Rechtsnatur und Funktion der Anfechtungsklagen unerheblich ist.

In der Schweizer Literatur wird ein angeblicher Unterschied zwischen Anfechtungsklagen und action paulienne hervorgehoben: für erstere sei ein Pfändungsverlustschein erforderlich, während letztere auch ausserhalb eines Zwangsvollstreckungsverfahrens erhoben werden könne.[498] Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass dies nur eine scheinbare Differenz ist. Man muss sich dabei die Funktion der Anfechtungsklage vor Augen halten; diese ist nämlich nur gegeben, wenn eine Forderung des Gläubigers durch das Vermögen des Schuldners nicht gedeckt werden konnte. Der Pfändungsverlustschein, der die Aktivlegitimation zur Erhebung der Anfechtungsklage verleiht, hat die Funktion, den Ausfall des Gläubigers zu bescheinigen. Dieser Ausfall ("Schaden") des Gläubigers soll durch die Anfechtungsklage behoben werden. Der Pfändungsverlustschein schafft nun in einem gewissen Sinn die Vermutung,[499] dass der Gläubiger tatsächlich mit einer Forderung zu Verlust

[492] Schlussanträge des Generalstaatsanwalts GULMANN, Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2163 ff.; GOUBEAUX/BIHR/HENRY, Nr. 15 u. 133 zu Art. 1167.

[493] BIHR, S. 192.

[494] GOUBEAUX/BIHR/HENRY, a. a. O.

[495] GOUBEAUX/BIHR/HENRY, Nr. 1 zu Art. 1167; Reichert/Dresdner Bank, Rs C-115/88, Slg. 1990, I-42.

[496] Schlussanträge des Generalstaatsanwalts GULMANN, Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2163.

[497] Im französischen Recht beträgt sie 30 Jahre, vgl. GOUBEAUX/BIHR/HENRY, Nr. 14 zu Art. 1167.

[498] SCHKG-D. STAEHELIN, N 13 zu Art. 289, VOLKEN, Rechtsprechung 1993, S. 363.

[499] In diesem Sinn GILLIÉRON, S. 408; BERZ, S. 52 ff.

gekommen ist. Dies zeigt sich auch darin, dass der Anfechtungsgegner die Legitimation des Anfechtungsklägers mit dem Argument bestreiten kann, dessen Forderung existiere nicht[500] und sei deshalb auch nicht ungedeckt geblieben.

Nun ist aber auch im französischen Recht im allgemeinen Zahlungsunfähigkeit (insolvabilité) Voraussetzung zur Erhebung der action paulienne.[501] Im Unterschied zum Schweizer Recht kann der Beweis dieser Voraussetzung aber unabhängig von einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner erbracht werden.[502] Somit ist zwischen den beiden Rechtsordnungen nur ein geringer Unterschied auszumachen: während in Frankreich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auf irgendeine Weise nachgewiesen werden kann, wird in der Schweiz der Nachweis in der Weise erbracht, dass der Anfechtungskläger über einen Pfändungsverlustschein[503] verfügen muss. Die damit verbundene Verknüpfung mit dem Zwangsvollstreckungsverfahren erweist sich daher als ein nur oberflächlicher Unterschied zur action paulienne des französischen Rechts, der an der engen Verwandtschaft der beiden Klagen unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeitsbestimmung gemäss LugÜ nichts ändert.

[500] SCHKG-A. STAEHELIN, N 32 zu Art. 285; BRAND, S. 212 f.; JAEGER, N 3 C b zu Art. 285; die Einschränkung, der Anfechtungsbeklagte könne den Bestand der Forderung des Anfechtungsklägers, auf den sich der Pfändungsverlustschein stützt, nur bestreiten, wenn sie nicht gerichtlich beurteilt worden sei, ist m. E. unrichtig, da dies eine Frage der materiellen Rechtskraft ist, die nur zwischen den beteiligten Parteien, d. h. dem Schuldner und dem Gläubiger, nicht aber gegenüber einem Dritten eintreten kann.

[501] GOUBEAUX/BIHR/HENRY, Nr. 8 u. 121 zu Art. 1167.

[502] Auch in Deutschland ist die Legitimation zur Anfechtung nicht von einer zwangvollstreckungsrechtlichen Ausfallbescheinigung abhängig. § 2 AnfG hat folgenden Wortlaut: "Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger berechtigt, der einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist, wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt hat oder wenn anzunehmen ist, daß sie nicht dazu führen würde". Eine erfolglose Vollstreckung in das Vermögen ist demnach nicht Voraussetzung für die Erhebung der Anfechtungsklage, es reicht, wenn die Aussichtslosigkeit der Vollstreckung voraussehbar ist. Dies hat der Kläger zu beweisen (BROX/WALKER, Rz 266). Die Legitimation im deutschen Recht wird denn auch als "inhaltlich [...] genau gleiche Regelung" wie im Schweizer Recht bezeichnet (DIEM, S. 40 f.).

[503] BGE 33 II 109; JAEGER, N 3 A zu Art. 285. A. A. Berz, S. 54 FN 12, der den Beweis des Verlusts des Gläubigers auch durch andere Beweismittel als den Pfändungsverlustschein zulassen will.

Ein Unterschied zum französischen Recht ergibt sich hingegen aus der Tatsache, dass bei der action paulienne neben dem Dritten auch der Schuldner mitverklagt werden kann.[504] Dies könnte dazu führen, dass unter Berufung auf Art. 6 Nr. 1 LugÜ auch ein Gerichtsstand am Wohnsitz des Schuldners gegeben wäre, der üblicherweise dem Ort der Zwangsvollstreckung entspricht. In einem solchen Fall würde es von dem anwendbaren Recht abhängen, ob eine Berufung auf den Gerichtsstand des Art. 6 Nr. 1 möglich wäre - ein unbefriedigender Zustand, der aber auch an anderer Stelle im Übereinkommen auftritt[505] und solange besteht, als das materielle Recht auf europäischer Ebene nicht vereinheitlicht ist. Eine Lösungsmöglichkeit würde freilich darin bestehen, dass aufgrund einer autonomen Auslegung des Art. 6 Nr. 1 ein im Rahmen einer action paulienne mitverklagter Schuldner nicht als Streitgenosse im Sinn dieser Norm angesehen wird. Diese Frage kann schlussendlich nur aus der Optik des französischen Rechts entschieden werden; an dieser Stelle sei lediglich festgehalten, dass dieser Unterschied keinen Einfluss auf die Frage haben kann, ob die schweizerischen Anfechtungsklagen im Gegensatz zu der französischen action paulienne zwangsvollstreckungsrechtlichen Charakter haben.

b. Vom EuGH beantwortete Fragen

Der EuGH hat in den beiden Entscheiden Reichert I und II festgehalten, dass eine französische Anfechtungsklage nicht unter die Artikel 5 Nr. 3, 6 Nr. 1, 16 Nr. 5 sowie 24 EuGVÜ fällt. Da die action paulienne den schweizerischen Anfechtungsklagen in den wesentlichen Punkten entspricht, ist dieses Ergebnis nach der hier vertretenen Auffassung auch auf die schweizerische Rechtslage unter dem LugÜ übertragbar.

c. Vom EuGH nicht beantwortete Fragen

Bei einer genauen Analyse der EuGH - Urteile ergibt sich freilich, dass sie für die Frage der Zuständigkeit für Anfechtungsklagen nach Schweizer Recht unter dem LugÜ keine direkte Antwort enthalten.

Zunächst ist festzustellen, dass der EuGH die Zuständigkeitsfrage nur negativ entschieden hat: er schloss die Gerichtsstände der Artikel 5 Nr. 3, 6 Nr. 1, 16 Nr. 5 sowie 24 EuGVÜ für die französische Anfechtungs-

[504] SCHLOSSER, Gläubigeranfechtung, S. 30; Schlussanträge des Generalstaatsanwalts GULMANN, Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2163.

[505] So etwa bei der Zuständigkeit am Erfüllungsort gemäss Art. 5 Nr. 1 LugÜ.

klage aus. Zur Frage, wo die action paulienne erhoben werden muss, hat er sich nicht ausgesprochen. Dennoch kann kein Zweifel bestehen, dass er sich implizit für eine Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten gemäss Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ ausgesprochen hat. Dies ergibt sich zum einen aus der Überlegung, dass alle in Frage kommenden besonderen Gerichtsstände geprüft und verworfen wurden, woraus der einfache Schluss zu ziehen ist, dass der allgemeine Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ einschlägig ist. Zum andern lässt die Begründung des Urteils kaum einen andern Schluss zu, als dass der EuGH von der Geltung des Beklagtengerichtsstands gemäss Art. 2 Abs. 1 EuGVÜ ausgegangen ist.[506] So wird denn auch in der Lehre das Urteil verstanden.[507]

Auch in anderer Hinsicht gibt das Urteil keine direkte Antwort auf die Problemstellung aus Schweizer Sicht. Dazu muss man sich die Ausgangslage in den Fällen Reichert I und II vor Augen führen: eine deutsche Bank klagt in Frankreich gegen in Deutschland wohnhafte Beklagte wegen der Eigentumsübertragung an einem französischen Grundstück. In Frankreich haben noch keinerlei Vollstreckungshandlungen stattgefunden. Aus Schweizer Sicht präsentiert sich die Fragestellung im Licht von Art. 289 SchKG anders: Kann aufgrund eines Pfändungsverlustscheins aus einer Betreibung in der Schweiz ein schweizerischer Gerichtsstand gemäss Art. 16 Nr. 5 LugÜ in Verbindung mit Art. 289 SchKG in Anspruch genommen werden, selbst wenn der Anfechtungsgegner Wohnsitz im Ausland hat? *Diese* Fragestellung lag - mutatis mutandis - dem EuGH nicht zur Beurteilung vor. Die Diskussion drehte sich einzig um die Frage, ob der Gerichtsstand der Zwangsvollstreckung deshalb in Anspruch genommen werden könne, weil die Vollstreckung aus einem Urteil aufgrund einer action paulienne in Frankreich stattfinden würde. So wie sich die Sache präsentierte, bestand jedoch keine Verbindung mit einem Zwangsvollstreckungsver-

[506] Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2178: der EuGH betont an dieser Stelle den Grundsatz der Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten und zählt anschliessend die Ausnahmen auf (Art. 5, 16 und 24 EuGVÜ).

[507] SCHLOSSER, Zuständigkeit, S. 18; Bertrand ANCEL, Rev. crit. DIP 1992, S. 726; VOLKEN, Rechtsprechung 1993, S. 363 f.; dessen Vermutung, der Entscheid des EuGH könnte sich möglicherweise aus dem Ausschluss von Konkursen aus dem Anwendungsbereich des Übereinkommens ergeben (Art. 1 Abs. 2 Nr. 2), wird durch das Urteil nicht gestützt: in den Fällen Reichert I und II ging es nicht um einen Konkurstatbestand. Zudem ging der EuGH offensichtlich davon aus, die action paulienne falle in den Anwendungsbereich des Übereinkommens.

fahren in Frankreich und damit auch keine Möglichkeit, an Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ anzuknüpfen - die Tatsache, dass die action paulienne die Interessen des Gläubigers im Hinblick auf eine spätere Zwangsvollstreckung wahrt, reicht hiefür nicht aus.[508] Der EuGH hat daher nur entschieden, dass sich die action paulienne nicht auf Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ stützen lasse, nicht aber, ob eine Anfechtungsklage am Ort der Zwangsvollstreckung gegeben sei, weil sie aufgrund der Ausfallbescheinigung eines nationalen Rechts erhoben wird, welche den Bezug zu Art. 16 Nr. 5 EuGVÜ herstellt.

Aus schweizerischer Sicht stellt sich daher die Frage, ob diese Unterschiede es rechtfertigen, dem Urteil die Relevanz für Schweizer Anfechtungsklagen abzusprechen. Anders gefragt: Reicht der Konnex zur Zwangsvollstreckung aufgrund des Pfändungsverlustscheins aus, um die Anfechtungsklagen als zwangsvollstreckungsrechtlich im Sinne von Art. 16 Nr. 5 LugÜ zu qualifizieren? Nach dem soeben Ausgeführten[509] liegt die Antwort auf der Hand: die Funktion des Pfändungsverlustscheins als Voraussetzung der Anfechtungsklage liegt darin zu belegen, dass der Gläubiger mit einer Forderung einen Verlust erlitten hat. Es ist durchaus vorstellbar, dass dieser Nachweis auch auf andere Weise erbracht werden könnte. Wenn nun im schweizerischen Recht dieser Nachweis nur mit dem Pfändungsverlustschein erbracht werden kann, so ist dies eine rein formelle und in gewisser Weise zufällige Integration in das Zwangsvollstreckungsverfahren und ändert nichts daran, dass die schweizerischen Anfechtungsklagen und die action paulienne weitgehend identisch sind und sich deshalb zuständigkeitsrechtlich eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigt.

Was Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ betrifft, hat der EuGH entschieden, dass sich die Zuständigkeit für die action paulienne nicht auf diese Norm stützten lässt. In der Schweizer Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass eine Berufung auf den Gerichtsstand des Delikts bei Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners möglich sein sollte.[510] Begründet wird dies damit, der EuGH habe den Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 3 mit dem Argument ausgeschlossen, eine französische Anfechtungsklage könne auch gegenüber einem gutgläubigen Begünstigten erhoben werden. Diese Argumentation übersieht, dass der EuGH seinen Entscheid in erster Linie auf die Erwägung gestützt hat, dass die action paulienne

[508] Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2183.
[509] Vgl. vorne, a.
[510] SchKG-D. Staehelin, N 12 zu Art. 289; Schüpbach, N. 65 u. 74.

nicht Leistung von Schadenersatz, sondern die Beseitigung der Verfügungshandlung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber zum Zweck habe. Wenn er auch darauf hinweist, dass die Klage auch bei Gutgläubigkeit des Anfechtungsgegners gegeben sei,[511] so tut er dies, um die action paulienne als Ganzes zu charakterisieren, die eben auch bei Bösgläubigkeit gegeben ist. Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der EuGH die action paulienne nicht an Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ anknüpft, unabhängig davon, ob im konkreten Fall der Anfechtungsgegner gutgläubig war oder nicht. Damit kann aus dieser Rechtsprechung auch nicht geschlossen werden, bei schweizerischen Anfechtungsklagen könne bei den Tatbeständen, die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners voraussetzten,[512] Art. 5 Nr. 3 LugÜ in Anspruch genommen werden. Im übrigen wäre es auch unzweckmässig, für die verschiedenen Anfechtungsfälle unterschiedliche Zuständigkeiten vorzusehen, zumal im selben Verfahren häufig mehrere Anfechtungstatbestände geltend gemacht werden. Es kann kaum sinnvoll sein, den Kläger je nach angerufener Anfechtungsnorm an unterschiedliche Gerichtsstände zu verweisen. Zudem ist es nicht unproblematisch, eine Tatsache, die an sich erst auf der Stufe der materiellen Beurteilung überprüft wird - nämlich die Bösgläubigkeit -, zur Zuständigkeitsbegründung heranzuziehen. Bei solchen doppelrelevanten Tatsachen[513] wird zur Begründung der Zuständigkeit grundsätzlich auf die Sachdarstellung des Klägers abgestellt.[514] Erst im Stadium der materiellen Beurteilung werden die doppelrelevanten Tatsachen umfassend überprüft. Für die Anfechtungsklagen würde dies bedeuten, dass - sofern Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners behauptet wird - immer ein Gerichtsstand am Ort der unerlaubten Handlung zur Verfügung stünde. Stellt sich nach der materiellen Überprüfung

[511] "Die Klage richtet sich nicht nur gegen Schuldner, sondern auch gegen den - am Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und Schuldner nicht beteiligten - durch die Verfügung Begünstigten, und zwar bei unentgeltlichen Verfügungen auch dann, wenn den Begünstigten kein Verschulden trifft", Reichert/Dresdner Bank, Rs C-261/90, Slg. 1992, I-2181.
[512] Art. 287 und 288 SchKG.
[513] Eine Tatsache ist doppelrelevant, wenn sie zugleich zur Begründung der Zuständigkeit und des materiellen Anspruchs dient, vgl. Walter, S. 183, u. BGE 122 III 252.
[514] BGE a. a. O.

heraus, dass keine Bösgläubigkeit vorlag, so wäre - ex post betrachtet - die Zuständigkeit auch nicht begründet gewesen.[515]

4. Ergebnis

Die Rechtsprechung des EuGH, die von der Schweiz zu berücksichtigen ist,[516] qualifiziert die Anfechtungsklagen des französischen Rechts als materiellrechtlich. Die "action paulienne" hat die gleiche Funktion wie die schweizerische Anfechtungsklage; kleinere Unterschiede ändern daran nichts. Das Auslegungsergebnis des EuGH für das französische Recht ist deshalb auf die Schweizer Rechtslage übertragbar. Die Anfechtungsklagen sind somit auch unter diesem Gesichtspunkt - insoweit das Auslegungsergebnis gemäss autonomem Recht bestätigend[517] - im Anwendungsbereich des LugÜ materiellrechtlich anzuknüpfen. Der Gerichtsstand der Zwangsvollstreckung gemäss Art. 16 Nr. 5 LugÜ steht nicht zur Verfügung.

§ 15 Folgerungen für die direkte und indirekte Zuständigkeit für Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung im eurointernationalen Verhältnis

I. Allgemeines

Nachdem vorstehend die Anfechtungsklagen unter dem LugÜ qualifiziert wurden, werden im Folgenden die Auswirkungen auf das schweizerische Verfahren untersucht. Dabei sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass die Anfechtungsklagen im Konkurs nach der hier vertretenen

[515] Es ist allerdings einzuräumen, dass Zuständigkeitsnormen, die auf die materiellrechtliche Beurteilung des Sachverhalts abstellen, gerade im Bereich des LugÜ nicht selten sind. Solche Zuständigkeitsnormen stellen jedoch meistens auf klar zu Tage tretende äussere Umstände ab (z. B. auf eine "Unterhaltssache" in Art. 5 Nr. 2 LugÜ), die häufig auf der Stufe der materiellen Beurteilung nicht umstritten sind. Die Frage der Bösgläubigkeit betrifft hingegen den Kern der materiellen Voraussetzungen einer Anfechtungsklage (vgl. Art. 287 u. 288 SchKG).

[516] Vgl. vorne, § 4 II C.

[517] Vgl. vorne, § 13 V.

Auffassung nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ fallen;[518] die folgenden Ausführungen beziehen sich daher nur auf die Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung.

Für die Zuständigkeitsbestimmung gemäss LugÜ spielt ein Zwangsvollstreckungsverfahren, das sich zwischen Gläubiger und Schuldner abspielt, keine Rolle. Massgebend ist nur das Verhältnis zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner. Da das autonome Schweizer Recht die Zuständigkeit im internationalen Verhältnis aber an ein vorangegangenes Betreibungsverfahren koppelt (Art. 289 SchKG), werden im Folgenden die möglichen Konstellationen anhand dieser Systematik untersucht.

II. Zuständigkeit

A. Zuständigkeit aufgrund eines schweizerischen Betreibungsverfahrens

1. In der Schweiz

Diese Konstellation ist dann gegeben, wenn einem ausländischen Gläubiger in der Schweiz ein Pfändungsverlustschein ausgestellt wurde[519] und der Anfechtungsbeklagte Wohnsitz in der Schweiz hat. Die Zuständigkeit für die Anfechtungsklagen richtet sich nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ und wird damit durch den Wohnsitz des Beklagten bestimmt. Da die genannte Norm nur die internationale Zuständigkeit festlegt, muss die örtliche Zuständigkeit nach Schweizer Recht bestimmt werden und richtet sich nach Art. 289 SchKG. Zuständig ist somit das Gericht am Wohnort des Anfechtungsgegners. Da die Anfechtungsklagen in den Anwendungsbereich des LugÜ fallen, finden auch die übrigen Bestimmungen des Übereinkommens Anwendung. So kann eine Ge-

[518] Vgl. vorne, § 14 III.

[519] Was i. d. R. bedeutet, dass der Schuldner Wohnsitz in der Schweiz hatte. Immerhin ist auch denkbar, dass im Fall des Art. 50 SchKG (Betreibung am Ort der Geschäftsniederlassung bzw. des Spezialdomizils, vgl. Urteil des Bezirksgerichts Zürich, BlSchKG 1987, S. 59 ff.) ein Pfändungsverlustschein ausgestellt wird. Kein Pfändungsverlustschein wird hingegen in der Arrestbetreibung ausgestellt (SCHKG-HUBER, N 4 zu Art. 149), da sich diese auf das am Arrestort belegene Vermögen beschränkt, was für den In- und Ausländerarrest gleichermassen gilt.

richtsstandsvereinbarung (Art. 17 LugÜ) ebenso wie im Schweizer Recht[520] geschlossen werden; im Unterschied zu letzterem[521] ist auch eine Einlassung möglich (Art. 18 LugÜ).

2. Im Ausland

Liegt ein schweizerischer Pfändungsverlustschein vor und hat der Anfechtungsbeklagte Wohnsitz im Ausland, so ist gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ das Gericht des ausländischen Wohnsitzstaats des Anfechtungsbeklagten zuständig. Die Zuständigkeit am Ort der Pfändung gemäss Art. 289 SchKG hat in einem solchen Fall keinen Bestand. Das ausländische Gericht wird das anwendbare Recht unter Anwendung seines Kollisionsrechts bestimmen. Dabei ist durchaus möglich, dass nicht Schweizer Recht zur Anwendung kommt - was allerdings kein Argument gegen eine ausländische Zuständigkeit sein kann.[522] Der Pfändungsverlustschein kann in einem ausländischen Anfechtungsverfahren aber durchaus seine Bedeutung haben, nämlich als Ausweis über die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.[523]

B. Zuständigkeit aufgrund eines ausländischen Verfahrens

Hat der Anfechtungsbeklagte Wohnsitz in der Schweiz und wohnt der Gläubiger in einem Vertragsstaat des LugÜ, so sind gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ die Schweizer Gerichte zuständig. Da diese Norm nur die internationale Zuständigkeit festlegt, stellt sich die Frage, wie sich die örtliche Zuständigkeit in einem solchen Fall bestimmt. Art. 289 SchKG gibt darauf keine Antwort, weil er ein schweizerisches Betreibungsverfahren voraussetzt, das in dieser Konstellation nicht vorausgegangen ist. Hier liegt eine echte Lücke der schweizerischen Gesetzgebung vor. Will man sie ausfüllen, so gilt es, sich am Grundgedanken von Art. 289 SchKG zu orientieren. Dieser sieht die Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten vor. Nur wenn kein schweizerischer Wohnsitz besteht, kann

[520] SchKG-D. Staehelin, N 15 zu Art. 289; Kren Kostkiewicz, S. 1368.
[521] SchKG-D. Staehelin, N 14 zu Art. 289.
[522] Vgl. vorne, § 14 IV B.
[523] Schüpbach, N 48 zu Art. 289. So dürfte etwa im französischen Recht damit der Beweis der "insolvabilité" gemäss Art. 1167 CC erbracht werden können oder im deutschen Recht derjenige der nicht vollständigen Befriedigung des Gläubigers gemäss § 2 AnfG.

am Ort der Pfändung geklagt werden. Da in dieser Konstellation der Anfechtungsbeklagte Wohnsitz in der Schweiz hat, rechtfertigt es sich diesen Wohnsitz als Gerichtsstand anzunehmen, weil auch die Natur des Anfechtungsanspruchs dieselbe ist, unabhängig davon, ob ein schweizerisches Betreibungsverfahren der Anfechtungsklage vorausgegangen ist oder nicht. Diese Lösung harmoniert im übrigen auch mit Art. 2 IPRG, der als subsidiären Gerichtsstand ebenfalls den Wohnsitz des Beklagten vorsieht.

C. Zuständigkeit ohne vorausgegangenes Zwangsvollstreckungsverfahren

Im Anwendungsbereich des LugÜ wird, wie oben ausgeführt, die Zuständigkeit einzig durch den Wohnsitz des Beklagten bestimmt. Das Zwangsvollstreckungsverfahren zwischen Gläubiger und Schuldner fällt als Anknüpfungskriterium ausser Betracht. Aufgrund von Art. 2 Abs. 1 LugÜ kann deshalb ein Schweizer Gericht für eine Anfechtungsklage zuständig sein, ohne dass ein in- oder ausländisches Zwangsvollstreckungsverfahren zwischen Schuldner und Gläubiger stattgefunden hat. Ein solches ist nach ausländischem Anfechtungsrecht - welches auch in der Schweiz Anwendung finden kann[524] - nicht ohne weiteres Voraussetzung zur Erhebung einer Anfechtungsklage.[525]

III. Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Anfechtungsurteils

Die Subsumierung der Anfechtungsklagen unter Art. 2 Abs. 1 LugÜ hat aber nicht nur Auswirkungen auf die direkte Zuständigkeit. Sie führt auch dazu, dass Anfechtungsurteile in allen übrigen Vertragsstaaten

[524] Vgl. hinten, § 18 VII A.
[525] Im französischen Recht kann die Voraussetzung der "insolvabilité" unabhängig von einer Zwangsvollstreckung erbracht werden (vgl. vorne, § 14 IV F 3 a). Im deutschen Recht ist zwar die unvollständige Befriedigung des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung Voraussetzung zur Erhebung der Anfechtungsklage; es reicht aber auch, wenn anzunehmen ist, dass die Zwangsvollstreckung nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers führen wird (§ 2 AnfG; Brox/Walker, Rz 266).

gemäss Art. 26 ff. LugÜ anerkannt und vollstreckt werden müssen. Dabei darf die Zuständigkeit der Erstgerichte im allgemeinen nicht nachgeprüft werden. Vorbehalten bleiben immerhin Art. 28 Abs. 1 und 2 LugÜ, laut welchen u. a. im Falle der Verletzung der ausschliesslichen Zuständigkeiten (Art. 16 LugÜ) eine Entscheidung nicht anerkannt werden kann. Daher ist immer zu prüfen, ob die Anfechtungsklage des Landes, dessen Anfechtungsurteil anerkannt werden soll, eine materiellrechtliche Klage im Sinne des LugÜ ist oder ob sie unter Art. 16 LugÜ fällt. Wäre letzteres der Fall, so könnte die Zuständigkeit des Erstgerichts nachgeprüft werden.[526]

Die Vollstreckung eines ausländischen Anfechtungsurteils wirft bei der konkreten Abwicklung einige Fragen auf. Dazu muss man sich den Inhalt eines solchen Urteils vor Augen führen: es ordnet nämlich den Einbezug des anfechtbar erworbenen Vermögenswertes in die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner an. Ähnlich ist die Rechtslage in Frankreich, wo das Urteil die "inopposabilité" des getätigten Rechtsgeschäfts dem Gläubiger gegenüber festhält[527], ebenso in Deutschland, wo auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den anfechtbar erworbenen Gegenstand geklagt wird.[528] Ein solches Urteil ist an sich nicht auf eine Geldzahlung gerichtet, sondern auf Leistung in natura.[529] In der Literatur wird denn auch gesagt, ein solches Urteil müsse nach kantonalem Recht vollstreckt werden.[530] Bei näherem Hinsehen kann es sich aber nicht so verhalten. Dies wird sofort klar, wenn es um ein Anfechtungsurteil bezüglich eines Grundstücks geht. Käme es zur Realvollstreckung, würde dies bedeuten, dass ein solches den ausländischen Vollstreckungsbehörden zur Verwertung zur Verfügung gestellt werden müsste. Ein inländisches Grundstück kann aber einzig der Vollstreckung in der Schweiz und durch schweizerische Behörden unterliegen.[531] Da-

[526] Für ein französisches Anfechtungsurteil steht m. E. aufgrund der Rechtsprechung des EuGH fest, dass es ohne Nachprüfung der Zuständigkeit in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden muss. Das Gleiche gilt für ein deutsches Anfechtungsurteil (SCHLOSSER, Gläubigeranfechtung, S. 30 f.).

[527] GOUBEAUX/BIHR/HENRY, Nr. 133 zu Art. 1167.

[528] BROX/WALKER, Rz 263.

[529] Bei Renitenz des Anfechtungsgegners kann das Betreibungsamt denn auch keine Zwangsmittel anwenden (BERZ, S. 143 FN 18). Die Herausgabepflicht des Anfechtungsgegners ist gemäss kantonaler ZPO zu vollstrecken (SCHKG-BAUER, N14 zu Art. 291).

[530] SCHÜPBACH, N 254 zu Art. 289.

[531] Auch in ausländischen Rechtsordnungen gilt das Versilberungsprinzip (für Deutschland, JAUERNIG, S. 81; für Frankreich, TAORMINA, Nr. 224).

bei muss man sich auf den Zweck des Anfechtungsurteils besinnen: es geht darum, vom Schuldner übertragenes Vollstreckungssubstrat zugunsten des Gläubigers zu verwerten. Dies kann man nur so erreichen, indem man dem Gläubiger ermöglicht, aufgrund des erstrittenen Urteils in der Schweiz den Anfechtungsgegner zu betreiben. Dasselbe muss auch für Anfechtungsurteile bezüglich in der Schweiz gelegenen Mobilien gelten. Auch in diesem Fall ist die Schweiz zu deren Verwertung nach internationalem Zwangsvollstreckungsrecht zuständig, weshalb eine Ablieferung an ausländische Vollstreckungsbehörden nicht in Frage kommen kann.

Keine Probleme tauchen hingegen auf, wenn das ausländische Urteil auf eine Geldzahlung lautet. Hier ist selbstverständlich, dass die Vollstreckung gemäss SchKG zu erfolgen hat.[532]

Es ergibt sich somit, dass ein ausländisches Anfechtungsurteil in jedem Fall als ein Urteil auf Geldzahlung zu vollstrecken ist. Nicht zu übersehen ist freilich, dass in der praktischen Abwicklung damit einige Probleme verbunden sind. So stellt sich insbesondere das Problem, dass ein ausländisches Urteil u. U. den Anfechtungsgegner nicht zur Leistung einer Geldsumme verurteilt, sondern nur eine Duldung der Zwangsvollstreckung anordnet. Eine Lösungsmöglichkeit wäre, dass im Anerkennungsentscheid die Höhe des Ausfalls des Gläubigers festgestellt und in diesem Betrag die Vollstreckung bewilligt wird. Die Vollstreckung muss aber auf den Wert des anfechtbar erworbenen Gegenstands begrenzt werden, da sich die Verpflichtung des Anfechtungsgegners in jedem Fall auf die Rückgewähr des Vermögenswerts beschränkt. Eine solche Anpassung des ausländischen Urteils mag im Licht der bisherigen schweizerischen Anerkennungspraxis unorthodox wirken, lässt sich aber nicht vermeiden, da zwei unverrückbare Prämissen bestehen:

(1) Ein ausländisches Anfechtungsurteil ist aufgrund des LugÜ zu anerkennen und zu vollstrecken;
(2) die eigentliche Vollstreckung richtet sich nach Schweizer Recht, soweit die Vermögenswerte in der Schweiz belegen sind.

Diese Vorgaben sind umzusetzen, auch wenn sie sich nicht ohne Mühe ins schweizerische System der Anerkennung und Vollstreckung einordnen lassen. Dabei muss eine funktionsbezogene Betrachtungsweise im Vordergrund stehen.[533]

[532] SCHÜPBACH, N 254 zu Art. 289.

[533] Vgl. STOJAN, S. 178 f.; GASSMANN, S. 113, m. w. H.

Zu beachten ist schliesslich noch ein weiterer Punkt: Die Belegenheit eines Vermögenswerts des Vollstreckungsgegners in der Schweiz begründet für sich allein noch keinen Betreibungsstand. Ein solcher kann erst über einen Arrest begründet werden.[534] Somit muss in der hier interessierenden Konstellation[535] zunächst ein Arrest erwirkt werden, sei es gestützt auf autonomes Recht oder auf Art. 39 Abs. 2 LugÜ.[536,537]

§ 16 Anfechtungsklagen ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ

I. Überblick

In der Einzelvollstreckung richtet sich in einem eurointernationalen Fall die Zuständigkeit nach dem LugÜ. Für Anfechtungsklagen im Konkurs findet das LugÜ keine Anwendung; die Zuständigkeit bestimmt sich deshalb nach autonomem Recht. Ebenfalls autonomem Recht unterstehen Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung, soweit kein LugÜ-Sachverhalt vorliegt.

Dabei zeigt sich, dass die Frage der Zuständigkeit positivrechtlich nicht erschöpfend geregelt ist. Zwar wurde auf der Ebene der Expertenkommission für die Ausarbeitung des IPRG eine detaillierte Regelung der Anfechtungsklagen bezüglich Legitimation, Zuständigkeit, anwendbarem Recht und Vollstreckung erwogen,[538] schliesslich aber zugunsten

[534] Art. 52 SchKG; GASSMANN, S. 9.

[535] Es geht um die Anerkennung eines Anfechtungsurteils aus einem LugÜ-Staat in der Schweiz, wobei der Anfechtungsgegner keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, da sonst auch in der Schweiz hätte geklagt werden müssen.

[536] Die Umsetzung der Vorgabe von Art. 39 Abs. 2 LugÜ ins schweizerische Recht ist Gegenstand heftiger Kontroversen, insbesondere ob sie in Form des Arrests oder der provisorischen Pfändung zu erfolgen hat, vgl. dazu WALTER, S. 436 ff. und GASSMANN, S. 199 ff.

[537] Die Notwenigkeit, über einen Betreibungsstand in der Schweiz zu verfügen, würde entfallen, wenn man dem Vorschlag WALTERS folgte, der dafür eintritt, dass im Anschluss an eine rechtskräftige Vollstreckbarerklärung gemäss LugÜ direkt die Verwertung der gemäss Art. 39 Abs. 2 provisorisch gepfändeten Vermögenswerte erfolgen kann (WALTER, S. 432).

[538] NUSSBAUM, S. 121.

einer knapperen Regelung[539] aufgegeben, wie sie im wesentlichen in Art. 171 IPRG Gesetz geworden ist.

Im folgenden werden die möglichen Konstellationen im internationalen Verhältnis anhand der Systematik des SchKG untersucht, welches die Zuständigkeit aus der Optik eines schweizerischen Betreibungsverfahrens regelt.

II. Einzelvollstreckung

A. Zuständigkeit aufgrund eines schweizerischen Betreibungsverfahrens

Art. 289 SchKG bestimmt den Pfändungsort als Gerichtsstand, falls der Anfechtungsbeklagte Wohnsitz im Ausland hat. Falls sich dieser Wohnsitz in einem LugÜ-Staat befindet, hat diese Zuständigkeit keinen Bestand.[540]

Diese Konstellation setzt eine Betreibung des Gläubigers gegen den Schuldner voraus, die bis zur Pfändung fortgesetzt wird. Mit der Frage der Zuständigkeit nichts zu tun hat das Erfordernis eines Pfändungsverlustscheins gemäss Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG. Der Pfändungsverlustschein verleiht nämlich die Legitimation[541] zur Erhebung der Anfechtungsklage und gehört damit in den Bereich des anwendbaren Rechts. Nach der hier vertretenen Auffassung richtet sich die Legitimation nach dem Recht am Wohnsitz des Schuldners.[542] Wurde der Schuldner an seinem ordentlichen Betreibungsort in der Schweiz betrieben, so richtet sich die Legitimation nach Schweizer Recht und ist gegeben, wenn ein Pfändungsverlustschein vorliegt. Dies ist wohl der Normalfall, wie er dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat. Durchaus denkbar ist allerdings auch, dass ein ausländischer Schuldner an einem besonderen Betreibungsort in der Schweiz betrieben wurde. Auch dann ist nach dem

[539] Art. 166 Abs. 2 u. 3 des Entwurfs der Expertenkommission, publ. in Schlussbericht, S. 41, sowie Gesetzesentwurf, S. 351.

[540] Vgl. vorne, § 15 II A 2.

[541] Der Pfändungsverlustschein hat im Bereich der Anfechtungsklage zwei Funktionen: er liefert den Nachweis der Gläubigerstellung und des Ungenügens des schuldnerischen Vollstreckungssubstrats, beides Voraussetzungen zur Erhebung der Anfechtungsklage.

[542] Vgl. hinten, § 18 VII D.

Wortlaut von Art. 289 SchKG in der Schweiz am Pfändungsort ein Gerichtsstand gegeben. Ob ein Gläubiger legitimiert ist, eine Anfechtungsklage zu erheben, ist eine Frage des materiellen Rechts und bestimmt sich nach dem Wohnsitzrecht des Schuldners.[543]

B. Zuständigkeit aufgrund eines ausländischen Verfahrens

Die Zuständigkeitsordnung des Art. 289 SchKG regelt die Materie aus der Optik eines schweizerischen Betreibungsverfahrens. Die Frage stellt sich aber, ob auch ohne vorangegangenes Betreibungsverfahren die Erhebung einer Anfechtungsklage möglich ist. Diese Frage hängt eng mit derjenigen nach dem anwendbaren Recht zusammen. Würde man nämlich die Anwendbarkeit ausländischen Anfechtungsrechts grundsätzlich ablehnen, so würde sich die Frage gar nicht stellen: zum anwendbaren Recht gehört auch die Legitimation zur Anfechtungsklage, die nach Schweizer Recht nur mit einem Pfändungsverlustschein gegeben ist. Daraus folgt, dass - würde man dieser Auffassung folgen - eine Anfechtungsklage in der Schweiz nur im Anschluss an ein schweizerisches Betreibungsverfahren in Frage kommen kann.

Bejaht man hingegen wie hier[544] die grundsätzliche Möglichkeit, ausländisches Recht anzuwenden, kann gegebenenfalls die Legitimation nach ausländischem Recht auch in der Schweiz Beachtung finden, so dass sich die Frage nach der Zuständigkeit in einem solchen Fall stellt.

Das Gesetz sieht für diesen Fall keine Regelung vor.[545] Da nicht anzunehmen ist, dass das Gesetz eine Zuständigkeit überhaupt ausschliessen wollte, was einer Rechtsverweigerung gleichkäme, ist von einer echten Lücke auszugehen. Bei der Lückenfüllung ist darauf zu achten, dass

[543] Vgl. hinten, § 18 VII D; denkt man sich den Sachverhalt umgekehrt, indem inländische Anknüpfungspunkte durch ausländische und vice versa ersetzt würden, so bestimmte sich die Legitimation nach Schweizer Recht und wäre nicht gegeben, da kein Pfändungsverlustschein vorliegen würde. Da ein solcher im allgemeinen nur ausgestellt wird, wenn die Betreibung am ordentlichen Betreibungsort erfolgte (zu einer möglichen Ausnahme vgl. vorne, § 15 II A 1), ist nach Schweizer Recht zunächst eine Betreibung am Wohnsitz des Schuldners erforderlich. Das ist auch sachgerecht, da sich an diesem Ort der Vermögensmittelpunkt des Schuldners befindet und zuerst dieser belangt werden soll, bevor der Anfechtungsgegner ins Recht gefasst werden kann.

[544] Ausführlich zur Frage des anwendbaren Rechts hinten, § 18.

[545] Vgl. SCHÜPBACH, N 50 N 50 zu Art. 289.

keine negativen Kompetenzkonflikte entstehen, d. h. keine der für die Beurteilung einer Anfechtungsklage in Frage kommenden Staaten sich als nicht zuständig erachten.[546] Dabei ist zunächst an den Wohnsitz des Anfechtungsgegners zu denken. Dies liegt nahe, da eine solche Zuständigkeitsregelung mit der Normierung der Zuständigkeit in rein schweizerischen Fällen übereinstimmt. Die Zuständigkeit am Wohnsitz des Anfechtungsbeklagten ergibt sich auch aus der Überlegung, dass der Schutz des Beklagten im internationalen Verhältnis nicht kleiner sein kann als in einem internen Fall. Denkbar wäre auch, zusätzlich eine schweizerische Zuständigkeit dann anzunehmen, wenn der anfechtbar veräusserte Vermögenswert in der Schweiz liegt. Es ist nämlich nicht auszuschliessen, dass ein ausländischer Staat die Zuständigkeit nach dem Lageort des Vermögenswerts bestimmt. Trifft dies zu und hat der Anfechtungsbeklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz, läge ein negativer Kompetenzkonflikt vor, der durch die Annahme einer solchen Zuständigkeit vermieden werden könnte.[547] Allerdings sind auch die Nachteile von zu weit gefassten Zuständigkeiten im Auge zu behalten. So würde eine solche Zuständigkeitsregelung in einem gewissen Mass Forum shopping[548] ermöglichen - was zweifellos eine unerwünschte Wirkung wäre. Zudem gilt es im Auge zu behalten, dass eine Zuständigkeit am Lageort für Anfechtungsklagen einen Vermögensgerichtsstand[549] in der Schweiz begründen würde. Die Tendenz geht in der Schweiz eher dahin, diesen - in der Form des Forum arresti - einzuschränken.[550] Auch aus rechtspolitischen Gründen dürfte eine solche

[546] Vgl. SCHWANDER, Bd. I, Rz 643.

[547] Man könnte allerdings argumentieren, dass für einen solchen Fall die Anerkennungsmöglichkeit eines ausländischen Urteils genügen würde (vgl. hinten, § 17). Es ist einzuräumen, dass eine solche Möglichkeit wohl in den allermeisten Fällen ausreichen würde, um Rechtsschutzlücken zu vermeiden; für den Fall allerdings, dass ein Drittstaat die Zuständigkeit am Lageort des Vermögenswerts lokalisieren würde, hülfe nur eine Zuständigkeit in der Schweiz am Belegenheitsort.

[548] Allgemein zum Forum shopping WALTER, S. 92 ff.; SCHWANDER, Bd. I, Rz 680; GEIMER, Rz 1095 ff.

[549] In Deutschland besteht ein genereller Vermögensgerichtsstand (§ 23 DZPO). Die Tendenz geht dahin, diesen einschränkend auszulegen. Der BGH verlangt über die Vermögensbelegenheit hinaus einen hinreichenden Inlandsbezug (BGH 2. Juli 1991, IPRax 1992, S. 160 ff; kritisch dazu GEIMER, Rz 1077a, sowie die Nachweise bei KOCH, Vereinbarkeit, S. 145 FN; für eine einschränkende Auslegung des Vermögensbegriffs schon SCHACK, Vermögensbelegenheit, S. 67).

[550] So wurde durch die Revision des SchKG der Ausländerarrest eingeschränkt, indem ein genügender Bezug zur Schweiz verlangt wird (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4; vgl.

Zuständigkeit unerwünscht sein, da die schweizerische Justiz mit Prozessen belastet würde, die ausser der Vermögensbelegenheit keinerlei Inlandsbezug aufweisen. Diese Gründe lassen es als nicht angezeigt erscheinen, eine Zuständigkeit des Lageorts über eine Lückenfüllung zu begründen. Sollte wirklich einmal einer der seltenen Fälle[551] eintreten, bei dem deswegen tatsächlich eine Rechtsschutzlücke bestehen würde, so besteht mit Art. 3 IPRG eine Handhabe, eine solche auszufüllen.

Nun gilt es aber zu beachten, dass der Anfechtungsanspruch auf eine Geldzahlung lauten kann. Dies ist der Fall, wenn eine Geldsumme zurückzugewähren ist oder wenn der Anspruch auf Schadensersatz geht, weil Leistung in natura nicht möglich ist.[552] In einem solchen Fall kann unbestrittenerweise gegen den Anfechtungsgegner ein Arrest gelegt werden, wenn die Voraussetzungen dazu gegeben sind, d. h. im Fall von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG insbesondere ein genügender Bezug zur Schweiz vorliegt.[553] Erfolgte eine Arrestlegung in der Schweiz, so ist

auch Botschaft SchKG, Ziff. 208.1). Damit wurde zugleich auch der Anwendungsbereich des Art. 4 IPRG eingeschränkt, da dieser einen Arrest voraussetzt.

[551] Zur Illustration sei hier die Zuständigkeitsordnung für Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis in der Einzelvollstreckung in Deutschland und Frankreich erläutert: In Deutschland gelten Anfechtungsklagen sowohl im Konkurs als auch in der Einzelvollstreckung als zivilrechtliche Streitigkeiten i. S. v. § 13 DGVG. Die Zuständigkeit richtet sich daher nach den allgemeinen Gerichtsständen gemäss § 12 ff. DZPO (insbesondere dem Wohnsitz) und wahlweise nach den besonderen Gerichtsständen des Aufenthaltsort (§ 21 DZPO), der Niederlassung (§ 21 DZPO) und der Vermögensbelegenheit (§ 23 DZPO; VON CAMPE, S. 323 f.). Da in Deutschland die örtliche Zuständigkeit die internationale indiziert (GEIMER, Rz 943 ff.), gelten diese Zuständigkeiten auch im internationalen Verhältnis.
Somit kann die grundsätzlich mögliche Rechtsschutzlücke im Verhältnis zu diesen Staaten nicht auftreten: ein solches Urteil ist in der Schweiz schon nach autonomem Recht grundsätzlich anerkennungsfähig (abgesehen davon, dass es im Rahmen des LugÜ ohnehin anerkannt wird, vgl. vorne, § 15 III). Aber auch im Verhältnis zu anderen Staaten ist ein negativer Kompetenzkonflikt wohl äusserst unwahrscheinlich. In Frankreich gilt die "action paulienne" gemäss Art. 1167 CC als normale zivilrechtliche Klage, für welche im allgemeinen der Wohnsitzrichter gemäss Art. 42 NCPC zuständig ist (VON CAMPE, S. 342). Da in Frankreich, ebenso wie in Deutschland, die internationale Zuständigkeit der nationalen folgt (VON CAMPE, S. 353 m. w. H.), gilt die Zuständigkeit am Wohnsitz des Anfechtungsgegners auch im internationalen Verhältnis.

[552] Vgl. vorne, § 13 IV.

[553] Ein solcher ergibt sich jedoch noch nicht aus dem inländischen Lageort des anfechtbar veräusserten Vermögenswerts, vgl. STOFFEL, Arrestrecht, S. 1407; STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 269; Botschaft SchKG, S. 163.

auch ein Arrestgerichtsstand gemäss Art. 4 IPRG am Arrestort gegeben, sofern keine andere schweizerische Zuständigkeit besteht. Diese "Zuständigkeitsspaltung" aufgrund der Natur des Anfechtungsanspruchs mag zwar unbefriedigend sein, lässt sich aber nicht vermeiden, solange das Schweizer Recht ein Forum arresti vorsieht. Gegen diese Überlegung liesse sich höchstens anführen, dass das IPRG ratione materiae keine Anwendung finden könne, da eine Anfechtungsklage als betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht nicht in dessen Anwendungsbereich falle. Nach der hier vertretenen Ansicht sind aber Anfechtungsklagen - jedenfalls im Hinblick auf die Qualifikation in internationaler Hinsicht - durchaus materiellrechtlich.[554] Überdies wird selbst von Autoren, die sich für eine betreibungsrechtliche Qualifikation aussprechen,[555] eingeräumt, dass eine Anfechtungsklage, die auf eine Geldleistung geht, materiellrechtlichen Charakter trägt.

Zusammenfassend ist somit eine Zuständigkeit in der Schweiz für eine Anfechtungsklage ohne vorausgegangenes schweizerisches Betreibungsverfahren anzunehmen, wenn der Anfechtungsbeklagte Wohnsitz in der Schweiz hat. Zusätzlich ist eine subsidiäre Zuständigkeit am schweizerischen Arrestort gemäss Art. 4 IPRG gegeben, wenn die Anfechtungsklage auf eine Geldleistung geht.

III. Konkurs

A. Mögliche Konstellationen

Die Internationalität bei Anfechtungsklagen im Konkurs kann sich aus dem Wohnsitz des Beklagten oder dem Konkursort ergeben. Bei einem ausländischen Konkursort sind wiederum zwei Fälle zu unterscheiden, je nach der Zuordnung des Anfechtungsanspruchs zur in- oder ausländischen Konkursmasse.

[554] Vgl. vorne, § 13 V.

[555] SCHKG-D. STAEHELIN, N 24 zu Art. 289 mit Hinweis auf JAEGER, N 2 Bb zu Art. 291.

B. Zuständigkeit bei einem in der Schweiz eröffneten Hauptkonkurs

Wird der Konkurs in der Schweiz eröffnet, so fällt sämtliches Vermögen des Schuldners, wo es sich auch befindet, in die schweizerische Konkursmasse. Das steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, ergibt sich aber aus Art. 27 Abs. 1 KOV, der die Aufnahme auch im Ausland liegender Vermögenswerte ins schweizerische Konkursinventar anordnet.[556] Somit besteht im Fall eines in der Schweiz eröffneten Konkurses immer eine Zuständigkeit für daraus hervorgehende Anfechtungsklagen. Irrelevant ist der Lageort des Vermögenswerts - sei es vor oder nach Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung. Hat der Anfechtungsgegner Wohnsitz in der Schweiz, ist er an seinem Wohnsitz zu belangen; ist er im Ausland domiziliert, besteht eine Zuständigkeit am schweizerischen Konkursort (Art. 289 SchKG). Eine andere Frage ist freilich, ob ein Anfechtungsurteil aus einem schweizerischen Konkurs im Ausland vollstreckt werden kann.

Nicht ausdrücklich geregelt ist im Gesetz die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis aufgrund eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, in einem solchen Fall sei in der Schweiz keine Zuständigkeit gegeben. Die Zuständigkeit des Nachlassgerichts ergibt sich nämlich nicht einmal in rein schweizerischen Fällen ausdrücklich aus dem Gesetz;[557] dennoch ist völlig unbestritten, dass sich die Zuständigkeit nach dem ordentlichen Betreibungsort (Art. 46 SchKG) richtet.[558] Daher ist davon auszugehen, dass an diesem Ort auch eine Zuständigkeit für die Erhebung der Anfechtungsklage besteht.

Anzumerken bleibt, dass das Forum arresti nicht zur Verfügung steht. Dieses ist gemäss Art. 4 IPRG nur subsidiär gegeben, d. h. wenn in der Schweiz kein anderer Gerichtsstand zur Verfügung steht. Da bei einem in der Schweiz eröffneten Konkurs hier auch in jedem Fall eine Zuständigkeit gegeben ist, ist eine Anfechtungsklage am Arrestort ausgeschlossen.[559]

[556] BGE 42 III 474; SIEHR, S. 88 FN 16; KREN KOSTKIEWICZ, Internationales Konkursrecht, S. 2; STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 278; GILLIÉRON, dispositions, S. 29 ;STAEHELIN, S. 3; HANISCH, Procédure, S. 15 f.; DALLÈVES, Faillite, S. 339 f.; HIRSCH, S. 72.; VON STEIGER, S. 8.

[557] Vgl. Art. 293 SchKG.

[558] BGE 98 III 38 f.; AMONN/GASSER, § 54 Rz 9; SCHKG-VOLLMAR, N 35 zu Art. 293.

C. Zuständigkeit bei einem ausländischen Hauptkonkurs

Nach der hier vertretenen Auffassung ist bei Eröffnung des Hauptkonkurses im Ausland zwischen den Anfechtungsansprüchen, die der inländischen Separatkonkursmasse und denjenigen, welche der ausländischen Hauptkonkursmasse zustehen, zu unterscheiden.[560] Massgebend für die Zuordnung ist die Belegenheit des Vermögenswerts im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung. Dementsprechend ist auch die Frage der Zuständigkeit nach dieser Systematik zu untersuchen.

1. Anfechtungsansprüche der inländischen Separatkonkursmasse

Die Anfechtungsklage im schweizerischen Separatkonkurs wird durch Art. 171 IPRG den Art. 285-292 SchKG unterstellt. Die Verweisung umfasst damit auch die Zuständigkeitsnorm des Art. 289 SchKG. Bei schweizerischem Wohnsitz des Beklagten ist die Anfechtungsklage somit an dessen Wohnsitz einzureichen. Wohnt der Beklagte nicht in der Schweiz, ist das Gericht am Konkursort zuständig. Konkursort bedeutet in diesem Zusammenhang Eröffnungsort des schweizerischen Separatkonkurses. Dieser wird am Ort des Vermögens in der Schweiz eröffnet. Befindet sich das Vermögen an mehreren Orten, ist das zuerst angerufene Gericht zuständig.[561] Besteht das Vermögen ausschliesslich aus einem Anfechtungsanspruch, regelt das Gesetz die Zuständigkeit zur Eröffnung des Separatkonkurses nicht ausdrücklich. Es liegt nahe, in einem solchen Fall auf die Belegenheit des Anfechtungsanpruchs abzu-

[559] Art. 4 IPRG eröffnet eine Zuständigkeit am Arrestort, wenn "dieses Gesetz keine andere Zuständigkeit in der Schweiz" vorsieht. Diese Formulierung ist aber so zu verstehen, dass damit nicht nur eine Zuständigkeit des IPRG, sondern generell eine internationale Zuständigkeit gemeint ist. Diese Auslegung drängt sich umso mehr auf, als beim Erlass des IPRG der revidierte Art. 289 SchKG, der Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis regelt, noch nicht in Kraft stand.

[560] Vgl hinten, § 18 VI B 1.

[561] Art. 167 Abs. 1 u. 2 IPRG; der Anerkennungsentscheid muss gleichzeitig die Eröffnung des Konkurs aussprechen (SCHKG-BERTI, N 9 zu Art. 167; STAEHELIN, S. 114; a. M. IPRG-KOMMENTAR-VOLKEN, N 16 ff. zu Art. 167, der eine Spaltung der beiden Verfahren nicht ausschliesst).

stellen.[562] Dieser liegt aus der Sicht des schweizerischen Separatkonkurses an dem Ort, wo der anfechtbar veräusserte Vermögenswert zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung belegen war.[563] Somit ist das Gericht dieses Ortes zur Eröffnung des Separatkonkurses und, bei ausländischem Wohnsitz des Beklagten, zur Beurteilung der Anfechtungsklage zuständig.

Eine vorfrageweise Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets kommt in dieser Konstellation nicht in Betracht.[564] Nach dem System des 11. Kapitels des IPRG kann erst auf Schweizer Vermögenswerte gegriffen werden, wenn ein formeller Anerkennungsentscheid ergangen ist.[565] Da Anfechtungsansprüche, die in die schweizerische Separatkonkursmasse fallen und aus Schweizer Sicht im Inland belegen sind, auch Vermögenswerte darstellen, gilt dieses Prinzip auch hier.

Das Forum arresti steht, wie bei einem im Inland eröffneten Konkurs, nicht zur Verfügung, da Art. 289 SchKG auch hier Anwendung findet.[566]

2. Anfechtungsansprüche der ausländischen Hauptkonkursmasse

Ein Anfechtungsanspruch steht der ausländischen Hauptkonkursmasse zu, wenn der anfechtbar veräusserte Vermögenswert zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung im Ausland lag.[567] Ein Interesse der ausländischen Masse zur Klageerhebung in der Schweiz kann sich daraus ergeben, dass der Vermögenswert nun in der Schweiz liegt oder der Anfechtungsbeklagte hier Wohnsitz hat. Art. 289 SchKG findet hier nicht direkt Anwendung, da diese Norm die Zuständigkeit aus der Optik

[562] A. M. STAEHELIN, S. 108, der in einem solchen die Fall die Bestimmung des Gerichtsstands den Kantonen überlassen möchte. Da jedoch die Regelung der Anfechtungsklagen im schweizerischen Separatkonkurs implizit von einem (fiktiven) Lageort von Anfechtungsansprüchen ausgeht, kann dieser durchaus auch für die Begründung der Zuständigkeit im Sinn von Art. 167 Abs. 1 IPRG herangezogen werden.

[563] Vgl. hinten, § 18 VI B 1.

[564] Eine vorfrageweise Anerkennung wird aber aktuell, wenn der Anfechtungsanspruch der ausländischen Masse zusteht und kein übriges, in der Schweiz belegenes Vermögen des Schuldners vorhanden ist, vgl. hinten, 2.

[565] STAEHELIN, S. 12; das ergibt sich schon daraus, dass eine Konkursverwaltung für die schweizerische Masse eingesetzt werden muss, was mit einer vorfrageweisen Anerkennung nicht möglich wäre.

[566] Vgl. vorne, III B.

[567] Vgl. hinten, § 18 VI B 1.

eines schweizerischen Haupt- oder zumindest Separatkonkursverfahrens regelt.[568] Hingegen drängt sich auf, dem Grundgedanken dieser Norm Rechnung zu tragen, indem die Zuständigkeit analog bestimmt wird. Hat der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz, so ist er an seinem Wohnsitz zu belangen. Ist dies nicht der Fall, ist die Klage am Anerkennungsort des ausländischen Konkurses zu erheben. Dieser Ort ist zugleich der Eröffnungsort des schweizerischen Separatkonkurses. Hat der Schuldner (Konkursit) kein Vermögen in der Schweiz, so bereitet allerdings die Bestimmung dieses Ortes Schwierigkeiten, da sich dieser eben nach dem Lageort des in der Schweiz befindlichen Vermögens richtet. Als vernünftiger Anknüpfungspunkt kann in einem solchen Fall einzig der schweizerische Lageort des anfechtbar veräusserten Vermögenswerts *nach* der Vornahme der Rechtshandlung in Frage kommen.[569]

Erfolgt die Anerkennung eines ausländischen Konkurses einzig zu dem Zweck, der ausländischen Masse die Realisierung eines ihr zustehenden Anfechtungsanspruchs zu ermöglichen, ohne dass weiteres Vermögen des Schuldners in der Schweiz belegen wäre, so trägt der Anerkennungsentscheid allerdings einen besonderen Charakter. Während üblicherweise die Anerkennung die Eröffnung eines schweizerischen Separatkonkurses mit sich bringt, [570] ist das bei dieser Sachlage gerade nicht der Fall: da der Anfechtungsanspruch der ausländischen Masse zusteht, ist kein im Inland gelegenes Vermögen vorhanden, das in die schweizerische Masse fallen könnte. Es stellt sich daher die Frage,

[568] Vgl. vorne, 1.

[569] Dieser Lageort ist scharf von demjenigen des Anfechtungsanspruchs an sich zu unterscheiden. Er befindet sich in dieser Konstellation im Ausland, woraus sich die Zugehörigkeit zur ausländischen Hauptkonkursmasse ergibt. Zur Illustration das folgende Beispiel: Über eine deutsche Gesellschaft, A AG, wird in Deutschland der Konkurs eröffnet. Kurz vor der Konkurseröffnung übertrug die Gesellschaft dem B, in Frankreich wohnhaft, Wertpapiere, die bis dahin am Sitz der Gesellschaft in Deutschland lagen. B. legte diese Wertpapiere in ein Depot bei der Bank C in der Schweiz. Die deutsche Konkursverwaltung möchte diese Übertragung anfechten. Der Anfechtungsanspruch steht der deutschen Konkursmasse zu, weil die Wertpapiere im Zeitpunkt der Übertragung in Deutschland belegen waren. Da ein allfälliges Urteil in der Schweiz vollstreckt werden muss, soll hier geklagt werden. Weil B Wohnsitz in Frankreich hat, muss am Ort der Anerkennung des ausländischen Konkurses geklagt werden. Die konkursite deutsche Gesellschaft hat im übrigen kein Vermögen in der Schweiz. Die Anerkennung ist deshalb am Ort vorzunehmen, wo sich der Vermögenswert gegenwärtig befindet, also am Ort der depotführenden Bank. Hier ist somit auch die Anfechtungsklage einzureichen.

[570] Vgl. vorne, 1.

ob eine solche Anerkennung nicht auch vorfrageweise ergehen könnte. Darüber sind die Meinungen im Schrifttum geteilt.[571] Bei deren Beantwortung muss man sich den Zweck des Anerkennungsentscheids vor Augen halten: es geht darum, die Anerkennungsvoraussetzungen zu überprüfen und gleichzeitig - durch die Eröffnung des Konkurses - eine schweizerische Separatkonkursmasse zu bilden. Dieser zweite Zweck des Anerkennungsverfahrens fällt aber in der hier interessierenden Konstellation ausser Betracht, da gar kein im Inland belegenes Vermögen vorhanden ist. Der andere Zweck - die Überprüfung der Anerkennungsvoraussetzungen - kann aber ebensogut durch eine vorfrageweise Anerkennung gewährleistet werden, so dass nichts - der allgemeinen Regel entsprechend[572] - gegen eine inzidente Überprüfung spricht. Allerdings sollte die Bedeutung der Kontroverse nicht überschätzt werden, da die wichtigste Rechtsfolge der Anerkennung - die Eröffnung eines schweizerischen Separatkonkurses - so oder anders nicht eintritt.

Im Unterschied zu den vorstehend behandelten Fällen[573] steht in dieser Konstellation das Forum arresti grundsätzlich zur Verfügung, wenn die Anfechtungsklage auf eine Geldleistung geht: eine Zuständigkeit besteht in der Schweiz nämlich nur, wenn (1) der Beklagte in der Schweiz Wohnsitz hat, (2) in der Schweiz ein Separatkonkurs eröffnet wurde oder (3) wenn sich der anfechtbar veräusserte Vermögenswert nach Vornahme der Rechtshandlung in der Schweiz befindet. Treffen diese Voraussetzungen, insbesondere die letztgenannte, nicht zu, weil die Anfechtungsklage nicht die Rückführung eines Vermögenswerts in das Vollstreckungssubstrat, sondern die Verpflichtung des Anfechtungsbeklagten zur Zahlung einer Geldsumme zum Ziel hat, kann am (subsidiären) Gerichtsstand des Arrestes geklagt werden.[574,575]

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für die Anfechtungsklage der ausländischen Konkursmasse der Richter am Wohnsitz des Anfechtungsgegners zuständig ist. Hat dieser keinen Wohnsitz in der Schweiz, ist die Klage am Ort der Eröffnung des ausländischen Konkurses zu erheben. Verfügt der Schuldner (Konkursit) über kein in der Schweiz belegenes Vermögen, ist das Gericht am Lageort des anfechtbar veräusserten Vermögenswerts zuständig. Das Forum arresti ist gegeben, wenn die Anfechtungsklage auf eine Geldleistung geht und nach den oben entwickelten Regeln kein Gerichtsstand in der Schweiz zur Verfügung steht. Befindet sich kein Vermögen des Schuldners (Konkursiten) in der Schweiz, kann die Anerkennung des ausländischen Konkurses auch vorfrageweise erfolgen.

3. Legitimation

Stehen die Anfechtungsansprüche der ausländischen Masse zu, so ist ausschliesslich sie zur Geltendmachung befugt, und auch ein allfälliger Prozessgewinn steht allein ihr zu.[576]

Fällt hingegen der Anfechtungsanspruch in die inländische Partikularmasse, so kann dieser gemäss Art. 171 IPRG auch durch die ausländische Konkursverwaltung oder durch dazu berechtigte Konkursgläubiger erhoben werden. Diese Regelung wirft die Frage auf, ob die ausländische Konkursverwaltung bzw. die ausländischen Konkursgläubiger den

[571] STAEHELIN, S. 13, lehnt eine vorfrageweise Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets ab, während sich SCHKG-BERTI, N 10 zu Art. 167, und IPRG-KOMMENTAR-VOLKEN, N 4 zu Art. 167 und N 19 zu Art. 171, dafür aussprechen. Auch HANISCH, Vollstreckung, S. 29, zieht eine inzidente Überprüfung in Betracht, ebenso BRUNNER, S. 22. STAEHELIN begründet seine Meinung damit, dass die Anerkennung ausländischer Konkurserkenntnisse - anders als diejenige ausländischer Zivilurteile - für die Schweiz neu und mit besonderen Kautelen versehen worden sei. Dies ergebe sich ausdrücklich aufgrund der Gesetzesmaterialien zum Arrest. Aus ihnen gehe hervor, dass Arreste erst vom Zeitpunkt des Exequaturentscheids verunmöglicht werden sollten.
Selbst wenn diese Interpretation der Materialien zutreffen sollte, ergibt sich daraus nicht ohne weiteres, dass die vorfrageweise Anerkennung generell ausgeschlossen werden sollte. Ebensogut könnte nämlich argumentiert werden, die Regelung beim Arrest sei die Ausnahme, welche die Regel bestätigt.

[572] Art. 29 Abs. 3 IPRG; SCHKG-BERTI, N 10 zu Art. 167.

[573] Vgl. vorne, B und 1.

[574] A. M. KREN KOSTKIEWICZ, Internationales Konkursrecht, S. 19 FN 118, die das Forum arresti ohne Begründung ablehnt. Die Berufung auf STAEHELIN, S. 149, ist allerdings ein Fehlzitat, spricht sich dieser doch an dieser Stelle für die Zulässigkeit des Forum arresti aus.

[575] Eine solche Konstellation wäre etwa die folgende: ein deutsche Gesellschaft hat ihrem Hauptaktionär ein Darlehen erlassen; sie fällt später in Konkurs. Der Hauptaktionär hat Wohnsitz in Deutschland und verfügt über ein Bankkonto in der Schweiz. Die Gesellschaft hat kein Vermögen in der Schweiz. Die deutsche Konkursverwaltung möchte den Anfechtungsanspruch realisieren. Sie könnte versuchen, einen Arrest auf das Bankkonto des Anfechtungsgegners zu legen. Würde dieser bewilligt, so könnte sie am Arrestort klagen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Anfechtungsanspruch gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 einen genügenden Bezug zur Schweiz haben müsste; die dargestellte Situation wird wohl deshalb in der Praxis selten eintreten.

[576] Vgl. hinten, § 18 VI B 1.

aus dem schweizerischen Konkurs Berechtigten[577] gleichgestellt sind oder ob zwischen ihnen eine Hierarchie gilt.

Dazu wird in der Literatur die Meinung vertreten, das Anfechtungsrecht stehe in erster Linie der Verwaltung des schweizerischen Separatkonkurses bzw. den Abtretungsgläubigern[578] gemäss Art. 260 SchKG zu. Erst wenn diese Anspruchsberechtigten auf die Realisierung verzichtet hätten, würden die Anfechtungsanprüche nach Anerkennung des ausländischen Kollokationsplans als Bestandteil des Überschusses der ausländischen Konkursverwaltung bzw. den dazu berechtigten Konkursgläubigern ausgeliefert.[579]

Zutreffend an dieser Auffassung ist sicherlich, dass das Ergebnis einer erfolgreichen Anfechtung in die schweizerische Separatkonkursmasse fallen muss und damit zunächst den (privilegierten) Gläubigern gemäss Art. 172 Abs. 1 SchKG zugute kommt. Sie weckt allerdings unter einem anderen Gesichtspunkt Bedenken: da auf die Anfechtungsklage der schweizerischen Separatkonkursmasse schweizerisches Recht zur Anwendung kommt (Art. 171 IPRG), gilt auch die zweijährige Verwirkungsfrist des Art. 292 SchKG. Folglich müssten - falls die inländische Konkursverwaltung bzw. die inländischen Abtretungsgläubiger auf ihren Anspruch verzichteten - die ausländische Konkursverwaltung oder die dazu berechtigten Konkursgläubiger die Anfechtungsklage innert zweier Jahre nach Anerkennung des ausländischen Konkurses anheben. Dazu wären sie aber nach der dargestellten Auffassung erst in der Lage, wenn das schweizerische Verfahren so weit gediehen ist, dass sich die Konkursverwaltung über die Anfechtungsanprüche eine Meinung bilden konnte, diese gegebenenfalls den Gläubigern zur Abtretung offeriert hat und diese wiederum auf deren Ausübung verzichtet haben. Zusätzlich müsste im ausländischen Verfahren der Kollokationsplan erstellt und in der Schweiz anerkannt worden sein. Es ist kaum vorstellbar, dass sich alle diese Vorgänge innert zweier Jahre[580] abwickeln lassen, so dass sich

[577] D. h . der Konkursverwaltung oder allfälligen Abtretungsgläubigern.

[578] Als Abtretungsgläubiger der schweizerischen Separatkonkursmasse kommen nur jene Gläubiger in Frage, die gemäss Art. 172 Abs. 1 IPRG Anspruch auf deren Erlös haben (STAEHELIN, S. 148).

[579] STAEHELIN, S. 148 f.; im wesentlichen ebenso GILLIÉRON, faillite, S. 114 f.; IPRG-KOMMENTAR-VOLKEN, N 13 zu Art. 171). SCHKG-BERTI, N 9 zu Art. 171.

[580] Die zweijährige Frist des Art. 292 SchKG wird wohl bei komplizierteren Fällen auch bei rein inländischen Konkursen zu Schwierigkeiten führen (STAEHELIN, Anfechtungsklagen, S. 92). Umso eher ist dies bei international gelagerten Sachverhalten anzunehmen.

die Legitimation der ausländischen Konkursverwaltung bzw. der dazu berechtigten Konkursgläubiger als toter Buchstabe erweisen müsste.[581]

Lösen lässt sich dieses Problem, wenn die Sachlegitimation von der verfahrensrechtlichen Legitimation getrennt wird. Sachlegitimiert ist nur die inländische Separatkonkursmasse, ihr fällt ein allfälliger Prozessgewinn zu. Verfahrensrechtlich legitimiert ist aber auch die ausländische Konkursmasse. Sie kann jedoch nicht auf der gleichen Stufe stehen wie die inländische Konkursverwaltung, weil die Verfügungsbefugnis über die Anfechtungsansprüche nur einer einzigen Masse zustehen kann. Hingegen drängt es sich auf, sie mit den (privilegierten) Gläubigern des inländischen Separatkonkurses auf eine Stufe zu stellen. Das bedeutet, dass ihr zugleich mit diesen der Anspruch zur Abtretung angeboten werden muss und sie auch den schweizerischen Abtretungsgläubigern gleichgestellt ist.[582] Das ermöglicht ihr die Wahrung der Frist des Art. 292 SchKG und ist auch sachgerecht, da ihr Interesse auf einen möglichst hohen Überschuss der inländischen Konkursmasse gerichtet ist, der ihr nach Anerkennung des Kollokationsplans ausgeliefert werden kann.[583] Machen die inländischen Abtretungsgläubiger ihren Anfechtungsanspruch nicht geltend, so kann die ausländische Konkursverwaltung den Prozess alleine weiterführen nach den zu Art. 260 SchKG entwickelten Grundsätzen.[584] Auf diese Weise ist ihr eine Wahrung der Frist des Art. 292 SchKG möglich.

[581] Dieses "Fristenproblem" hat sich unter dem revidierten SchKG verschärft, da Art. 292 aSchKG eine fünfjährige Frist vorsah, die vom Bundesgericht bis zur Konkurseröffnung als Verwirkungsfrist, nachher als Verjährungsfrist ausgelegt wurde (BGE 99 III 83 ff.).

[582] In eine ähnliche Richtung zielt BERTI, welcher der ausländischen Masse bzw. den ausländischen Gläubigern immerhin eine Beteiligung am Verfahren zugestehen will (SCHKG-BERTI, N 9 zu Art. 171).

[583] STAEHELIN, S. 149 verwirft - allerdings noch unter der Geltung von Art. 292 aSchKG - diese Lösung mit dem Argument, die zehntägige Fristansetzung zur Stellung von Abtretungsbegehren sei bei Begrüssung der ausländischen Konkursverwaltung kaum möglich, was zu einer Verzögerung des schweizerischen Partikularverfahrens führen müsste. Dieses Argument vermag sich aber nach der hier vertretenen Ansicht gegenüber der Notwendigkeit, der ausländischen Konkursverwaltung die Einhaltung der Frist des Art. 292 SchKG zu ermöglichen, nicht durchzusetzen. Überdies fällt die Verzögerung nicht sehr ins Gewicht: zwar kann einem ausländischen Verfahrensbeteiligten eine längere Frist gewährt werden (Art. 33 Abs. 2), doch hat es die Konkursverwaltung in der Hand, durch eine straffe Fristansetzung eine ungebührliche Verzögerung zu vermeiden.

[584] BGE 121 III 488 ff.

Somit steht die Legitimation zur Anfechtung zunächst der Verwaltung der inländischen Separatkonkursmasse zu. Verzichtet sie auf die Geltendmachung, so können die inländischen Abtretungsgläubiger und die ausländische Konkursverwaltung bzw. dazu berechtigte Gläubiger verlangt werden. Ein Prozessgewinn fällt bis zur Deckung der Gläubiger gemäss Art. 172 Abs. 1 IPRG in die inländische Separatkonkursmasse; ein Überschuss steht der ausländischen Masse zu.

D. Anerkennung des ausländischen Konkurses

Voraussetzung zur Erhebung der Anfechtungsklage in der Schweiz ist die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets gemäss Art. 166 IPRG.[585] Dies gilt unabhängig davon, ob der Anfechtungsanspruch der inländischen Separatkonkursmasse oder der ausländischen Hauptkonkursmasse zusteht. Der Grund liegt darin, dass das Anfechtungsrecht als sogenannt konkurstypische[586] Wirkung des ausländischen Konkurses[587]

[585] STAEHELIN, S. 144; THEUS SIMONI, S. 341.

[586] Gemeinhin wird zwischen konkurstypischen und materiellrechtlichen Folgen des Konkurses unterschieden (statt vieler STAEHELIN, S. 15 ff.). In die erste Kategorie fallen Bestimmungen, welche die Liquidation des Schuldnervermögens (z. B. die Verfügungsunfähigkeit des Schuldners nach Konkurseröffnung gemäss Art. 204 SchKG) sowie die Rechtsstellung des Konkursiten nach dem Abschluss des Verfahrens regeln, während zur zweiten Kategorie diejenigen Bestimmungen gehören, die sich auf Rechtsverhältnisse beziehen, welche durch die Tatsache der Konkurseröffnung in irgendeiner Form beeinflusst werden (z. B. Gütertrennung gemäss Art. 188 ZGB infolge Konkurses eines Ehegatten, der in Gütergemeinschaft lebt). Die materiellrechtlichen Wirkungen eines ausländischen Konkurses werden in der Schweiz berücksichtigt, ohne dass eine Anerkennung des ausländischen Konkurses notwendig wäre. Bei diesen Wirkungen geht es nämlich nicht um eine Anerkennung, sondern darum, das durch das IPR ermittelte Recht anzuwenden, auf welches durch einen Konkurs eingewirkt wird. Vorbehalten bleibt der Ordre public (Art. 17).
Dieser Unterscheidung in konkurstypische und materiellrechtliche Wirkungen eines Konkurs wird von HANISCH, Vollstreckung, S. 27 f., entgegengehalten, es sei fraglich, ob es sinnvoll sei, dieses Qualifikationsproblem zu schaffen, da das Insolvenzrecht "seit jeher eine Gemengelage von materiellrechtlichen und von verfahrensrechtlichen Normen" darstelle.
Dazu ist zu bemerken, dass es sicherlich zutrifft, dass die Unterscheidung nicht einfach vorzunehmen ist und die Gefahr in sich birgt, Zusammengehörendes auseinanderzureissen. Allerdings kann für das schweizerische Recht auf diese Differenzierung schon deshalb nicht verzichtet werden, weil das Schweizer Recht

in der Schweiz erst ausgeübt werden kann, wenn dieser hier anerkannt ist. Aber auch aus einem anderen Grund muss das ausländische Konkursdekret zuerst anerkannt werden, bevor eine Anfechtungsklage in Frage kommen kann: Art. 166 Abs. 1 sieht als Voraussetzung der Anerkennung unter anderem vor, dass der ausländische Konkurs am Wohnsitz des Schuldners eröffnet worden ist. Indirekt zuständig ist somit aus Schweizer Sicht das Konkursgericht am Wohnsitz des Schuldners. Damit erfüllt diese Bestimmung im Hinblick auf die Anfechtungsklage eine Koordinationsfunktion. Sie legt fest, welcher ausländischen Konkursmasse der Anfechtungsanspruch zusteht, nämlich derjenigen am Wohnsitz[588] des Schuldners.[589]

Wird der Konkurs nicht anerkannt, so ist eine Geltendmachung in der Schweiz nicht möglich. Das ist die harte, aber konsequente Regelung, die sich aus dem System des 11. Kapitels des IPRG ergibt, das einem ausländischen Konkurs in der Schweiz nur konkursrechtliche Wirkungen verleiht, wenn er hier anerkannt wird.[590]

ausdrücklich darauf abstellt (Art. 170 Abs. 1 IPRG: "Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets zieht, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, für das in der Schweiz gelegene Vermögen des Schuldners die konkursrechtlichen Folgen des Schweizer Rechts nach sich.").

[587] HANISCH, Deux Problèmes, S. 118.

[588] Umstritten ist die Frage, ob ein ausländisches Konkurserkenntnis, das am fiktiven ausländischen Sitz einer Gesellschaft ergangen ist, in der Schweiz anerkennungsfähig sei, oder ob die schweizerische Inkorporationstheorie gemäss Art. 21 IPRG einer solchen Anerkennung zum vornherein entgegenstehe. Das Zürcher Kassationsgericht entschied, ein am fiktiven Sitz in Deutschland eröffneter Konkurs könne in der Schweiz nicht anerkannt werden (SJZ 89 [1993], S. 140 = ZR 90 [1991] Nr. 45 = BlSchKG 1992, S. 175 ff.), und hob einen anders lautenden Entscheid des Zürcher Obergerichts (SJZ 87 [1991], S. 191 ff.) auf. Dieses beharrte in der Folge auf seinem Standpunkt (auszugsweise abgedruckt bei BRUNNER, S. 14 ff.), worauf das Kassationsgericht in der Sache selber entschied und das deutsche Konkurserkenntnis nicht anerkannte (auszugsweise abgedruckt bei BRUNNER, S. 16). Das Bundesgericht schützte im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde den kassationsgerichtlichen Entscheid (nicht publiziert; erwähnt bei HANISCH, Vollstreckung, S. 20); kritisch zu dieser Rechtsprechung SIEHR, S. 86 FN 4; HANISCH, Vollstreckung, S.19, BRUNNER, S. 16 ff., SCHKG-BERTI, N 16 zu Art. 166; REISER, S. 322 ff.

[589] Ein Bedürfnis nach einer solchen Koordination besteht nur, wenn die ausländische Konkursmasse einen Anfechtungsanspruch geltend macht, sei es, weil ihr der Anspruch, da im Ausland belegen, ab initio zusteht, sei es, weil sie im inländischen Separatkonkurs dazu legitimiert ist (Art. 171 IPRG).

[590] Vgl. STAEHELIN, S. 144; THEUS SIMONI, S. 341.

E. Zur Frage des Gegenrechts

Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG sieht als Anerkennungsvoraussetzung des ausländischen Konkurses die Gewährung des Gegenrechts durch den Konkursstaat vor. Die Frage, ob dieses Erfordernis sinnvoll ist, soll hier nicht behandelt werden.[591] An dieser Stelle ist jedoch ein anderer, in der Literatur gemachter Vorschlag von Interesse,[592] wonach in bezug auf Anfechtungsklagen das Gegenrechtserfordernis einen anderen Gehalt habe: zu prüfen sei in diesem Zusammenhang lediglich, ob der ausländische Staat bei Anfechtungsklagen Gegenrecht halte, d. h. eine schweizerische Konkursmasse zur Klage zulassen würde. Diese Auslegung des Gegenrechts bei Anfechtungsklagen ist sicherlich zutreffend, ändert aber materiell kaum etwas, da, wenn Gegenrecht umfassend bejaht wird, dies auch für Anfechtungsklagen zutrifft und umgekehrt.[593]

§ 17 Anerkennung ausländischer Anfechtungsurteile im allgemein internationalen Verhältnis

I. Allgemeines

Nach der Bestimmung der direkten Zuständigkeit für Anfechtungsklagen stellt sich die Frage nach der indirekten Zuständigkeit. Zunächst muss geklärt werden, ob ausländische Anfechtungsurteile[594] in der

[591] Der Vorbehalt des Gegenrechts wird im schweizerischen Schrifttum überwiegend abgelehnt, vgl. dazu insbesondere STAEHLEIN, S. 65 ff. und HANISCH, Insolvenzrechte, S. 4 f. und neustens HANISCH, Vollstreckung, S. 25: "Die Erfahrung zeigt, dass es [sc. das Gegenrecht] - ausser zusätzlicher Arbeit - nicht viel bringt." Für einen eher grosszügigen Massstab bei der Beurteilung, ob Gegenrecht gewährt werde, BGE 126 III 105 f.

[592] BREITENSTEIN, S. 187.

[593] So war eine Folge der neuen Rechtsprechung des BGH (BGHZ 95, 256 = ZIP 1985, S. 944 ff.), ausländischen Konkursen auch in Deutschland Wirkungen zuzuerkennen, der ausländischen Masse auch ein Anfechtungsrecht in Deutschland zuzugestehen (vgl. HANISCH, Wende, S. 1238 ff.).

[594] Die folgenden Ausführungen haben zur Prämisse, dass die anzuerkennenden ausländischen Anfechtungsurteile von ihrer Rechtsnatur her mit schweizerischen vergleichbar sind.

Schweiz grundsätzlich anerkennbar sind, was gelegentlich mit dem Hinweis auf deren zwangsvollstreckungsrechtliche Natur verneint wird. Wird diese Frage bejaht, ist zu prüfen, in welchen Fällen eine Anerkennung in Frage kommt. Das Gesetz gibt darauf keine Antwort. In Rechtsprechung und Literatur wird die Frage nur am Rande behandelt; möglicherweise wird die Situation als so klar eingeschätzt, dass es sich nicht lohnt, darüber viele Worte zu verlieren. Ob dies zutrifft, soll im Folgenden untersucht werden.

An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass Anfechtungsurteile in der Einzelvollstreckung aus einem LugÜ-Staat aufgrund des Übereinkommens anerkannt werden müssen.[595] Die folgenden Überlegungen beziehen sich deshalb nur auf Anfechtungsurteile aus einem Konkurs sowie auf solche aus einer Einzelvollstreckung, welche nicht aus einem LugÜ-Staat stammen (allgemein internationales Verhältnis).

II. Betreibungsrechtliche Natur als Hinderungsgrund für eine Anerkennung?

Aus der Tatsache, dass nach gängiger Terminologie Anfechtungsklagen betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht sind, wird gelegentlich der Schluss gezogen, dass eine Anerkennung nicht in Frage komme, weil sie keine Zivilsachen seien.[596]

Dass nach der hier vertretenen Auffassung die Charakterisierung als betreibungsrechtlich abgelehnt wird - zumindest mit Bezug auf Zuständigkeit und anwendbares Recht in einem internationalen Kontext -

[595] Vgl. vorne, § 15 III.

[596] So insbesondere SchKG-D. STAEHELIN, N 27 zu Art. 289 und - noch entschiedener - STAEHELIN, S. 150; der dort zitierte STOJAN, S. 67, kann allerdings nicht für diese Auffassung in Anspruch genommen werden: unter den grundsätzlich nicht anerkennungsfähigen Entscheiden führt dieser Autor zwar "Reflexklagen" an, wobei er zur Erläuterung auf FRITZSCHE/WALDER, Bd. I, § 6 Rz 11, verweist. Dort werden die Anfechtungsklagen aber gerade nicht zu den "Reflexklagen" gezählt. Auch der ebenfalls zitierte GULDENER, IZPR, S. 97 FN 35, äussert sich nicht ausdrücklich zu den Anfechtungsklagen. Schliesslich betrifft auch das angeführte Urteil des Zürcher Obergerichts (ZR 67 [1968], Nr. 112) nicht ein Anfechtungsurteil, sondern eine (deutsche) Feststellungsvermerkung einer Konkursforderung in einer Konkurstabelle.

wurde bereits dargelegt.[597] Unter dem Gesichtspunkt ihrer Rechtsnatur können deshalb Anfechtungsurteile durchaus anerkannt werden.[598]

Auch das Bundesgericht hat - wenn auch nur obiter - erwogen, ein deutsches Anfechtungsurteil gemäss dem Abkommen mit Deutschland[599] anzuerkennen.[600]

Hingegen ist zu konstatieren, dass die Anerkennung nirgends positivrechtlich geregelt ist. Die Frage ist weder beim Erlass des IPRG noch bei der Revision des SchKG erörtert worden; von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers kann deshalb nicht ausgegangen werden. Allerdings hat angesichts der bis anhin kaum diskutierten Rechtslage die Lückenfüllung behutsam zu erfolgen; eine umfassende Regelung hätte zweifellos durch den Gesetzgeber zu erfolgen. Bei der Erörterung der indirekten Zuständigkeit ist von der Rechtsnatur des Anfechtungsanspruchs, die nach schweizerischem Recht zu qualifizieren ist,[601] und der Regelung der direkten Zuständigkeit auszugehen.

[597] Vgl. vorne, § 13 V.

[598] In diesem Sinn auch SCHÜPBACH, N 266 zu Art. 289, und CHENAUX, S. 235. HANISCH, Vollstreckung, S. 28, geht ebenfalls von der Anerkennbarkeit ausländischer Anfechtungsurteile aus, ohne allerdings die hier behandelte Frage zu diskutieren.

[599] Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen (SR 0.276.191.361).

[600] BGE 107 III 121 f.; STAEHELIN, S. 150 FN 44, kritisiert diese Erwägung mit dem Argument, sie stehe im Widerspruch zu der im gleichen Entscheid getroffenen Feststellung, nur ein schweizerischer Richter sei zur Beurteilung einer Widerspruchsklage zuständig. Da beide Klagen nur Wirkungen in der laufenden Betreibung haben, sei "schleierhaft", weshalb bei der Anfechtungsklage nicht ebenfalls der Schweizer Richter ausschliesslich zuständig sei und ein deutsches Anfechtungsurteil anerkannt werden könne. Dabei übersieht er, dass sich eine unterschiedliche Behandlung der beiden Klagen sehr wohl rechtfertigt: während sich die Widerspruchsklage um die Frage dreht, ob ein bereits gepfändeter Gegenstand in der Pfändung belassen werden soll oder nicht, geht es bei der Anfechtungsklage um einen obligatorischen Anspruch gegen einen Dritten, der mit der Zwangsvollstreckung nur insoweit in einem Zusammenhang steht, als er die Konkurseröffnung bzw. die Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins zur Voraussetzung hat; vgl. im übrigen vorne, § 13 V.

[601] SCHWANDER, Bd. I, Rz 699.

III. Gesichtspunkte für die Anerkennung

A. Einzelvollstreckung

Der Anfechtungsanspruch ist ein obligatorischer Anspruch sui generis. Die Regelung des IPRG über die Anerkennung von Entscheidungen über obligatorische Ansprüche bietet sich deshalb für Analogien an. Zwar sind diese Regelungen für die einzelnen Arten von Ansprüchen unterschiedlich; eine Gemeinsamkeit lässt sich jedoch ausmachen: ausländische Entscheidungen werden im allgemeinen nicht anerkannt, wenn der Beklagte Wohnsitz in der Schweiz hat (Art. 149 IPRG).[602] Darin zeigt sich der Einfluss von Art. 59 aBV, der zu einer "urteilslastigen"[603] Zuständigkeitsregelung führt, d. h. die Schweiz nimmt für sich mehr Entscheidungszuständigkeit in Anspruch als sie im spiegelbildlichen Fall dem Ausland einzuräumen bereit ist. Diesem Gedanken ist auch bei der Anerkennung von Anfechtungsurteilen Rechnung zu tragen. Eine andere Überlegung führt zum gleichen Ergebnis: wenn sich der Anfechtungsbeklagte schon im innerstaatlichen Verhältnis auf seinen Wohnsitzgerichtsstand berufen kann, muss das Gleiche a fortiori im internationalen Verhältnis gelten. Demgemäss können ausländische Anfechtungsurteile nicht anerkannt werden, wenn der Anfechtungsbeklagte Wohnsitz in der Schweiz hat.[604]

Weiter fragt sich, ob eine ausländische Zuständigkeit auch dann akzeptiert werden kann, wenn eine schweizerische Zuständigkeit gegeben ist. Eine solche liegt vor, wenn der Schuldner Wohnsitz in der Schweiz hat, da in diesem Fall ein Pfändungsverlustschein ausgestellt wird, der zur Erhebung einer Anfechtungsklage am Pfändungsort berechtigt (Art. 289 SchKG). Würde nun in einer solchen Konstellation ein ausländisches Anfechtungsurteil anerkannt, ginge das zu Lasten derjenigen Gläubiger, die gegen den Schuldner in der Schweiz vorgehen, da sie ihre Anfechtungsansprüche aus der schweizerischen Betreibung gegen den

[602] Ausnahmen von diesem Prinzip bestehen lediglich bei Konsumentenverträgen und Ansprüchen aus dem Betrieb einer Niederlassung (Art. 149 Abs. 2 lit. c und d IPRG).

[603] IPRG-KOMMENTAR-VOLKEN, N 13 zu Art. 26.

[604] Massgebend ist entweder der Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage im Ausland (so SCHKG-BERTI, N 9 zu Art. 26) oder der vom ausländischen Urteilsstaat als massgebend erachtete Zeitpunkt (so IPRG-KOMMENTAR-VOLKEN, N 22 zu Art. 26). Keine Rolle spielt auf jeden Fall der Zeitpunkt der Anerkennung in der Schweiz.

Dritten nicht mehr geltend machen könnten.[605] Ein solches Resultat würde gegen den Sinn von Art. 289 SchKG verstossen, der den Gläubigern eine Anfechtung am schweizerischen Pfändungsort ermöglichen will. Es stünde auch im Widerspruch zur subsidiären Natur des Anfechtungsanspruchs[606]: bevor nämlich auf Dritte (Anfechtungsgegner) gegriffen wird, muss zunächst gegen den Schuldner vorgegangen werden, und zwar an seinem Vermögensmittelpunkt, der an seinem Wohnort zu lokalisieren ist.

Die Anerkennung eines ausländischen Anfechtungsurteils ist somit ausgeschlossen, wenn entweder der Anfechtungsgegner oder der Schuldner in der Schweiz Wohnsitz haben. In diesen Fällen nimmt die Schweiz eine ausschliessliche[607] Zuständigkeit für sich in Anspruch.

Nach der Bestimmung der negativen Anerkennungsvoraussetzungen ist nun positiv danach zu fragen, wann ein ausländisches Gericht aus schweizerischer Sicht zur Beurteilung einer Anfechtungsklage zuständig ist. Dabei ist ein grosszügiger Massstab am Platz, da die soeben formulierten Anerkennungshindernisse die Interessen der Schweizer Verfahrensbeteiligten in weitgehender Weise berücksichtigen. Eine indirekte Zuständigkeit des ausländischen Gerichts ist sicher gegeben, wenn der Anfechtungsgegner an seinem Wohnsitz belangt wird. Dies ist ein allgemeiner Grundsatz des IPRG (Art. 26 Ziff. a IPRG) und muss auch hier gelten. Aber auch die Zuständigkeit am Wohnsitz des Schuldners muss von der Schweiz beachtet werden. Sie nimmt für sich die gleiche Zuständigkeit in Anspruch und schützt damit legitime Interessen der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung am Wohnort des Schuldners. Hingegen ist es nicht am Platz, eine ausländische Zuständigkeit der Vermögensbelegenheit anzuerkennen. Dies ist ein beziehungsarmer, exorbitanter Gerichtsstand, der auch im Anerkennungssystem des IPRG keine Beachtung findet.

Eine Anerkennung einer ausländischen Entscheidung wird dann aktuell, wenn weder Schuldner noch Anfechtungsgegner Wohnsitz in

[605] Der Anfechtungsgegner könnte sich auf die materielle Rechtskraft des ausländischen Entscheids berufen (Art. 9 Abs. 3 IPRG).

[606] SCHKG-A. STAEHELIN, N 10 zu Art. 285.

[607] "Ausschliesslich" ist im internationalen Gerichtsstandsrecht eine Zuständigkeit dann, wenn die direkte Zuständigkeit eine ausländische indirekte Zuständigkeit ausschliesst, vgl. SCHWANDER, Bd. I, Rz 656 und STOFFEL, S. 363 f. In der Terminologie zum schweizerischen Gerichtsstandsrecht dagegen ist eine Zuständigkeit ausschliesslich, wenn daneben kein anderer Gerichtsstand gegeben ist (VOGEL, 4 N 14). Die beiden Begriffe decken sich somit nicht.

der Schweiz haben, eine Vollstreckung in der Schweiz aber dennoch notwendig ist. Der wichtigste Anwendungsfall ist wohl dann gegeben, wenn sich der anfechtbar veräusserte Vermögenswert oder generell Vermögenswerte des Anfechtungsgegners in der Schweiz befinden. Denkbar ist auch, dass eine Vollstreckung in der Schweiz deshalb nötig wird, weil der Anfechtungsgegner nach dem Urteil seinen Wohnsitz in die Schweiz verlegt hat.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass ein ausländisches Anfechtungsurteil anerkannt werden sollte, wenn es (1) am Wohnsitz des Anfechtungsgegners oder des Schuldners ergangen ist und (2) der Wohnsitz des Schuldners oder des Anfechtungsgegners nicht in der Schweiz liegt.

B. Konkurs

1. Allgemeines

Im Konkurs ist zunächst danach zu unterscheiden, welcher Konkursmasse der Anfechtungsanspruch zusteht. Waren die anfechtbar veräusserten Vermögenswerte vor der anfechtbaren Handlung im Ausland belegen, stehen die Anfechtungsansprüche der Masse des ausländischen Hauptkonkurses zu, waren sie zu diesem Zeitpunkt im Inland belegen, fallen sie in die inländische Separatkonkursmasse.[608] Je nach Zugehörigkeit ist die Frage einer Anerkennung unterschiedlich zu beantworten.

2. Anfechtungsansprüche der schweizerischen Separatkonkursmasse

Aus der inländischen Separatkonkursmasse werden gemäss Art. 172 IPRG zunächst die privilegierten schweizerischen Gläubiger befriedigt. Nur ein Überschuss wird der ausländischen Konkursverwaltung nach Anerkennung des Kollokationsplans zur Verfügung gestellt (Art. 173 IPRG). Dieses System würde durch die Anerkennung eines ausländischen Urteils aus den Angeln gehoben, das eine Anfechtung zugunsten der ausländischen Hauptkonkursmasse zulassen würde. Dem könnte entgegengehalten werden, dass der Erlös aus der Vollstreckung des Urteils ohnehin in die schweizerische Separatkonkursmasse fallen würde;[609] dieses Argument trifft zwar zu, berücksichtigt aber nicht, dass

[608] Vgl. hinten, § 18 VI B 1.

[609] Vgl. hinten, § 18 VI B 1 am Ende.

eine Anerkennung nicht nur im Rahmen einer Vollstreckung zur Diskussion stehen kann, so etwa bei der Frage der Rechtshängigkeit gemäss Art. 9 IPRG. Eine Anerkennung in einem solchen Fall würde die inländische Masse der Möglichkeit berauben, ihren Anfechtungsanspruch geltend zu machen. Im Ergebnis würde dies dazu führen, dass die nach Art. 172 IPRG vom Gesetzgeber gewollte Privilegienordnung unwirksam wäre. Eine Anerkennung eines ausländischen Anfechtungsurteils, das sich auf einen Anspruch bezieht, der in die schweizerische Partikularmasse fällt, kann daher nicht in Frage kommen.

3. Anfechtungsansprüche der ausländischen Hauptkonkursmasse

Soweit die Anfechtungsansprüche in die ausländische Konkursmasse fallen, bleibt die inländische Separatkonkursmasse aus dem Spiel. Überlegungen zum Schutz der inländischen, privilegierten Gläubiger spielen keine Rolle, weshalb einer grundsätzlichen Anerkennbarkeit nichts im Weg steht.

Zunächst ist festzustellen, dass eine Voraussetzung der Anerkennung die vorgängige Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets ist. Die Gründe sind die gleichen wie beim klageweisen Vorgehen einer ausländischen Konkursmasse in der Schweiz:[610] Die Anfechtung als konkurstypische Wirkung des ausländischen Konkurses kann in der Schweiz erst wirksam werden, wenn der ausländische Konkurs anerkannt ist und gleichzeitig wird damit eine Koordination der ausländischen Verfahren aus Schweizer Sicht erreicht. Die Anerkennung kann auch hier vorfrageweise erfolgen.[611]

Bezüglich der negativen Anerkennungsvoraussetzungen sind die Gesichtspunkte die gleichen wie bei der Anerkennung eines ausländischen Urteils aus einer Einzelvollstreckung.[612] Nicht anerkannt werden daher Anfechtungsurteile gegen Beklagte mit Wohnsitz in der Schweiz, da der Schuldnerschutz im internationalen Verhältnis nicht geringer sein kann als in rein schweizerischen Fällen, in denen sich der Anfechtungsgegner auf seinem Wohnsitzgerichtsstand berufen kann (Art. 289). Ebensowenig anerkannt werden Anfechtungsurteile, wenn der Schuldner (Konkursit) Wohnsitz in der Schweiz hat. Ein solcher Anfechtungsanpruch fällt in die schweizerische Konkursmasse, aus der die an der inländischen

[610] Vgl. vorne, § 16 III E.
[611] Vgl. vorne, § 16 III C 2.
[612] Vgl. vorne, § 17 III A.

Betreibung teilnehmenden Gläubiger befriedigt werden. Deren Ansprüche würden durch die Anerkennung eines ausländischen Anfechtungsurteils verkürzt, das den Anfechtungsanspruch einer ausländischen Konkursmasse zusprechen würde. Zudem würde eine Anerkennung des ausländischen Anfechtungsurteils schon am Erfordernis der vorfrageweisen Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets scheitern: da in dieser Konstellation der ausländische Staat nämlich aus Schweizer Sicht nicht zur Konkurseröffnung zuständig war, weil sich der Wohnsitz des Schuldners in der Schweiz befand (Art. 166 Abs. 1 IPRG), würde der ausländische Konkurs in der Schweiz nicht anerkannt.

Die Bestimmung der positiven Voraussetzungen der indirekten Zuständigkeit gestaltet sich gleich wie bei der Anerkennung von Anfechtungsurteilen in der Einzelvollstreckung.[613] Anerkannt werden somit zum einen Urteile, die am Wohnsitz des Anfechtungsgegners ergangen sind. Dies ist Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes wie er in Art. 26 Ziff. a IPRG ausgedrückt ist. Zum anderen müssen auch Urteile in der Schweiz Beachtung finden, die am Konkursort ergangen sind, zumal auch die Schweiz diese Zuständigkeit für sich in Anspruch nimmt. Eine Beschränkung auf den Wohnsitz des Schuldners (Konkursiten) - wie bei der Anerkennung von Anfechtungsurteilen aus der Einzelvollstreckung - ist hier überflüssig, da das Wohnsitzerfordernis schon auf der Stufe der Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets überprüft wird (Art. 166 Abs. 1 IPRG).

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass ein ausländisches Anfechtungsurteil anerkannt wird, wenn es (1) am Wohnsitz des Anfechtungsgegners oder am Konkursort ergangen ist und (2) der Wohnsitz des Schuldners oder des Anfechtungsgegners nicht in der Schweiz liegt. Eine Anerkennung eines ausländischen Anfechtungsurteils hat die Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets zur Voraussetzung, die vorfrageweise erfolgen kann.

IV. Vollstreckung

Die Vollstreckung ausländischer Anfechtungsurteile[614] wirft einige Fragen auf. Unproblematisch ist sie dann, wenn das Urteil auf eine

[613] Vgl. vorne, a. a. O.
[614] Vgl. zum analogen Problem unter dem LugÜ vorne, § 15 III.

Geldzahlung lautet. Es wird nach den Normen des SchKG vollstreckt. Zu beachten ist allerdings, dass in den meisten Fällen der Anfechtungsgegner in der Schweiz über keinen Betreibungsstand verfügt.[615] Ein solcher muss erst geschaffen werden, und zwar indem auf das in der Schweiz belegene Vermögen in der Schweiz Arrest gelegt wird.[616]

Wenn das ausländische Urteil allerdings den Einbezug des anfechtbar veräusserten Vermögenswertes in die ausländische Zwangsvollstreckung anordnet, müsste ein solches Urteil eigentlich real vollstreckt werden, d. h. dieser Vermögenswert müsste den ausländischen Vollstreckungsbehörden zur Verfügung gestellt werden.[617] Das kann aber nicht richtig sein, da nach internationalem Zwangsvollstreckungsrecht die Schweiz zur Vollstreckung zuständig ist, wenn der Vermögenswert in der Schweiz belegen ist. Rechtshilfe wird in der Zwangsvollstreckung nicht in dem Sinn geleistet, dass die davon betroffenen Vermögenswerte den ausländischen Zwangsvollstreckungsbehörden ausgeliefert werden.[618] Bei Grundstücken ist sofort einsichtig, dass es nicht möglich ist, sie durch eine ausländische Zwangsvollstreckungsbehörde (die auch das ausländische Vollstreckungsrecht anwenden würde) verwerten zu lassen.[619] Aber auch für Mobilien kann nichts anderes gelten, wenn sie in der Schweiz gelegen sind. Die Vollstreckung in Form der Verwertung muss daher direkt in der Schweiz erfolgen. Der ausländische Entscheid muss zu diesem Zweck in ein Geldleistungsurteil "transformiert" werden. Dies lässt sich so bewerkstelligen, dass im Anerkennungsentscheid die Höhe des Ausfalls des Gläubigers bzw. der Unterdeckung der Konkursmasse festgestellt und in dieser Höhe die Vollstreckung gegen den Anfechtungsgegner bewilligt wird. Die Vollstreckung ist allerdings auf die Höhe des Wertes des anfechtbar erworbenen Vermögenswerts beschränkt. Mit dem auf diese Weise an das Schweizer Recht angepassten ausländischen Anfechtungsurteil kann dann gemäss SchKG gegen den Anfechtungsgegner vorgegangen werden. Zu beachten ist, dass auch bei dieser Vorgehensweise eventuell zunächst ein Arrest gelegt werden

[615] Die typische Konstellation wird sein, dass der Anfechtungsgegner ohne Wohnsitz in der Schweiz hier über Vermögenswerte verfügt, in die vollstreckt werden soll.
[616] Die Möglichkeit der Arrestlegung ist gegeben, da Forderungsgrund ein vollstreckbares gerichtliches Urteil ist, Art. 271 Abs. 1 Ziff. SchKG.
[617] SCHÜPBACH, N 254 zu Art. 289.
[618] Vgl. STAEHELIN, S. 131 f.; Guldener, IZPR, S. 20; dies wird in Art. 1 des Rechtshilfeabkommens mit der Tschechoslowakei vom 21. Dezember 1926 (SR 0.274.187.411) ausdrücklich festgehalten.
[619] GEIMER, Rz 3207 ff.

muss, um überhaupt einen Betreibungsstand in der Schweiz zu begründen.

§ 18 Zur Frage des anwendbaren Rechts

I. Allgemeines

Die Frage der Zuständigkeit für Anfechtungsklagen ist eng mit der Frage des auf diese anwendbaren Rechts verknüpft.[620] Das äussert sich im Schweizer Recht schon darin, dass bei der Regelung der Anfechtungsklage im schweizerischen Separatkonkurs gemäss Art. 171 IPRG schlicht auf die Art. 285-292 SchKG verwiesen wird. Offenbar geht der Gesetzgeber in diesem Fall von einem Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht aus.

Es kann an dieser Stelle nicht darum gehen, das Problem des anwendbaren Rechts bei Anfechtungsklagen in seiner ganzen Breite zu behandeln, zumal dies ein Feld ist, "das so kontrovers besetzt ist wie selten ein anderes im IPR".[621] Da bei den Gesichtspunkten zur Zuständigkeitsbestimmung für Anfechtungsklagen das anwendbare Recht aber eine wichtige Rolle spielt, soll ein Überblick über die Rechtslage in der Schweiz und ein Blick in einige ausgewählte LugÜ-Staaten erfolgen.

II. Das Problem

Zur Illustration wird hier ein Entscheid der Genfer Cour de Justice[622] referiert, der die Problematik des anwendbaren Rechts bei Anfechtungsklagen beispielhaft aufzeigt:

Das Ehepaar G.P. und D.J. hatte Wohnsitz in Genf. 1982 kauften sie zusammen eine Liegenschaft in Frankreich. Am 6. April 1984 schenkte die Ehefrau (G.P.) dem Ehemann (D.J.) ihren Anteil an dieser Liegenschaft. G.P. wurde in der Folge betrieben und es kam zur Ausstellung

[620] STAEHELIN, Zuständigkeit, S. 282 FN 282.
[621] SCHLOSSER, Gläubigeranfechtung, S. 30.
[622] SJ 1991, S. 205 ff.

eines Verlustscheins. Ein Gläubiger (D.M.) erhob darauf gestützt auf Art. 288 aSchKG Anfechtungsklage gegen den Ehemann. In erster Instanz hatte er damit Erfolg. In zweiter Instanz unterlag er. Das Gericht begründete die Abweisung mit der betreibungsrechtlichen Natur der Anfechtungsklage. Sie beziehe sich nur auf Vermögenswerte, welche der schweizerischen Zwangsvollstreckung unterstünden. Eine Zwangsvollstreckung komme aber aufgrund des Territorialitätsprinzips nicht im Ausland, sondern nur im Inland in Frage. Insbesondere könne sich eine Anfechtungsklage nicht auf Vermögenswerte beziehen, die sich niemals in der Schweiz befunden hätten. Im vorliegenden Fall betreffe die Anfechtung ein in Frankreich gelegenes Grundstück, das nicht der schweizerischen Zwangsvollstreckung unterliege. Es könne deshalb nicht Gegenstand einer Anfechtungsklage in der Schweiz bilden.

Die Genfer Cour de Justice bejaht in diesem Entscheid offenbar ihre Zuständigkeit zur Beurteilung der Anfechtungsklage.[623] Im Anschluss daran bestimmt das Gericht aber nicht das anwendbare Recht, sondern es fasst einzig schweizerisches Anfechtungsrecht ins Auge. Dessen Anwendung lehnt es aber aufgrund des Territorialitätsprinzips ab. Wohl aus dem gleichen Grund erwägt es nicht einmal die Anwendung französischen Rechts.

Nach der Rechtsprechung des EuGH zum EuGVÜ wäre aber ein französisches Gericht zur Beurteilung der Anfechtungsklage nicht zuständig.[624] Deshalb stellt sich aufgrund dieses Entscheids die Frage, wie denn das Anfechtungsrecht in einem internationalen Sachverhalt geltend gemacht werden muss. Der Genfer Entscheid führt offensichtlich in eine Sackgasse; denn dass die Erhebung einer Anfechtungsklage in einem solchen Fall nicht möglich sein soll, kann sicherlich nicht hingenommen werden. Das Territorialitätsprinzip führt in einer rigiden Auslegung bei Anfechtungsklagen zu Rechtsschutzlücken in internationalen Sachverhalten.[625]

---

[623] Dies geht daraus hervor, dass die Klage abgewiesen, nicht auf sie nicht eingetreten wurde.

[624] Dem EuGH lag in den Fällen Reichert I (Rs C-115/88, Slg. 1990, I-27 ff) und Reichert II (Rs. C-261/90, Slg. 1992, I-2182 ff.) mutatis mutandis genau der gleiche Sachverhalt zur Beurteilung vor.

[625] Kritisch zum Territorialitätsprinzip insbesondere DALLÈVES, Faillites, S. 340 ff., der darauf hinweist, dass dieses im Gesetz keine Stütze finde und von der Rechtsprechung und Literatur ohne Not zu einem "dogme" erhoben worden sei. Er sieht den eigentlichen Grund für das Territorialitätsprinzip im Bestreben, inländische Gläubiger zugunsten ausländischer zu schützen (S. 342 f.).

III. Das Territorialitätsprinzip und die Bestimmung des auf Anfechtungsklagen anwendbaren Rechts

A. Bedeutung

Unbestritten ist, dass im Zwangsvollstreckungsrecht der Grundsatz der Territorialität[626] gilt. Er bedeutet, dass nur im Inland gelegenes Vermögen hoheitlicher Gewalt unterliegt und ist damit letztlich Ausdruck staatlicher Souveränität. Im Zusammenhang mit Konkursen versteht man unter Territorialitätsprinzip den Grundsatz, dass ein im Ausland eröffneter Konkurs keine Wirkungen im Inland zeitigt. Im Unterschied dazu will das Universalitätsprinzip alle Vermögenswerte des Schuldners in dessen Konkurs mit einbeziehen, unabhängig davon, wo sie sich befinden.[627] Typisch war in der Vergangenheit - und ist in gewissen Staaten immer noch, bis zum Inkrafttreten des IPRG auch in der Schweiz - eine Kombination der beiden Systeme: dem ausländischen Konkurs mass man nach dem Territorialitätsprinzip im Inland keine Wirkung zu, den inländischen Konkurs versuchte man nach dem Universalitätsprinzip ins Ausland auszudehnen. Dieser Dualismus wird anschaulich als "Raubsystem"[628] bezeichnet. Die Schweiz folgt mit Bezug auf ausländische Konkurse im 11. Kapitel des IPRG einem System der kontrollierten Territorialität. Ausländische Konkurse werden beachtet, aber nicht ipso iure sondern erst nach einer Anerkennung. Inländische Konkurse jedoch haben universelle Wirkung.[629]

Das Territorialitätsprinzip hat zunächst Auswirkungen auf die Zuständigkeit: inländische Vollstreckungsbehörden sind nur zuständig, wenn die Vermögenswerte, in die vollstreckt werden soll, im Inland liegen.[630] Das Territorialitätsprinzip wirkt aber sodann auch auf das anwendbare Recht ein: allein inländisches Recht ist massgebend für Vollstreckungshandlungen. Eine Betreibung in der Schweiz erfolgt nach den Normen des SchKG, es ist unvorstellbar, dass dabei französisches oder deutsches Zwangsvollstreckungsrecht angewendet wird. Anders ausgedrückt: im Vollstreckungsrecht stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts nicht. Aus der Zuständigkeit inländischer Behörden folgt

---

[626] FRITZSCHE/WALDER, § 1 RZ 17.

[627] Statt vieler STAEHELIN, S. 1 ff.

[628] BREITENSTEIN, S. 32, mit weiteren Hinweisen.

[629] SIEHR, S. 88 ff.

[630] GULDENER, IZPR, S. 181.

ohne weiteres die Anwendung schweizerischen Rechts. Da nach traditioneller Auffassung auch die Anfechtungsklagen als betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht als vollstreckungsrechtlich angesehen werden, könnte man diesen Grundsatz auch hier vertreten: wenn ein territorialer[631] Zusammenhang gegeben ist, kommt schweizerisches Recht zur Anwendung. Ist dies nicht der Fall, ist keine Anfechtungsklage gegeben, da ausländisches Vollstreckungsrecht von Schweizer Gerichten nicht angewendet wird. Diese Auffassung lag offenbar dem Entscheid der Genfer Cour de Justice zugrunde.[632]

B. Kritik

Hält man sich die Auswirkungen des Territorialitätsprinzips auf Anfechtungsklagen vor Augen, so fällt sofort auf, dass dessen rigide Anwendung zu gravierenden Rechtsschutzlücken führen muss. Konsequent angewendet, würde es bedeuten, dass eine Anfechtungsmöglichkeit nur besteht, wenn der anfechtbar veräusserte Vermögenswert in der Schweiz belegen ist, da nur in dieser Konstellation der Zugriff schweizerischer Vollstreckungsbehörden möglich ist. Dazu kommt, dass eine Anfechtungsklage in der Schweiz nur möglich ist, wenn hier auch eine Zuständigkeit besteht, die wiederum davon abhängt, dass der Anfechtungsgegner in der Schweiz betrieben werden kann.[633] Zudem muss nach schweizerischem Anfechtungsrecht der Gläubiger in der Einzelvollstreckung über einen Pfändungsverlustschein verfügen, um die Anfechtung geltend machen zu können.[634] Da ein Pfändungsverlustschein in der Regel aber nur am Wohnsitz des Betriebenen ausgestellt wird,[635] bedeutet dies, dass eine Anfechtungssmöglichkeit nur bestünde, wenn (1) der anfechtbar erworbene Gegenstand in der Schweiz liegt und (2) der Schuldner Wohnsitz in der Schweiz hat. Trifft eine der beiden Voraussetzungen nicht zu, wäre keine Anfechtung möglich; auch eine Anerkennung eines ausländischen Anfechtungsurteils käme nicht in Frage, da aufgrund des Territorialitätsprinzips für in der Schweiz gelegene Vermögenswerte ausschliesslich schweizerische Behörden zuständig sind und deshalb ausländische Erkenntnisse keine Beachtung finden könnten. Im Zusammenhang mit dem LugÜ führt das Territorialitätsprinzip überdies zu weiteren Problemen: Anfechtungsklagen sind am Wohnsitz des Beklagten zu erheben. Wären aber die oben erwähnten zwei Voraussetzungen nicht gegeben, hätte die Anfechtung regelmässig keinen Erfolg, da Schweizer Recht nicht angewendet werden kann und die Anwendung ausländischen Rechts abgelehnt wird.

Dass solche Rechtsschutzlücken nicht einfach hinnehmbar sind, versteht sich von selbst, und zwar nicht nur in einem eurointernationalen Kontext, sondern im internationalen Verhältnis überhaupt.

Aber auch von den dogmatischen Grundlagen her überzeugt das Territorialitätsprinzip mit Bezug auf die Anfechtungsklagen nicht. Denn Anfechtungsklagen sind nicht einfach vollstreckungsrechtliche Klagen. Von ihrer Struktur her sind sie vielmehr Erkenntnisverfahren,[636] allerdings notwendigerweise mit einer Verbindung zu einem Vollstreckungsverfahren. Diese Verbindung und auch die Tatsache, dass Anfechtungsklagen formell Teil des Vollstreckungsrechts sind, sind denn wohl auch der Grund dafür, dass nach traditioneller Auffassung das IPRG für die Frage des anwendbaren Rechts nicht als massgebend erachtet wird.[637]

IV. Rechtsprechung und Lehre

A. Allgemeines

Die Frage des auf Anfechtungsklagen anwendbaren Rechts wird in der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre eher stiefmütterlich behandelt. Anders als in Deutschland, wo dazu eine unüberschaubare Literatur existiert, wurde das Thema in der Schweiz kaum ausführlich und systematisch erörtert. Überdies sind die entsprechenden Beiträge eher älteren Datums und vorwiegend auf die Anfechtung im Konkurs bezogen; dass die Diskussion in der Schweiz seit geraumer Zeit kaum mehr geführt wird, mag damit zusammenhängen, dass bei oberflächli-

[631] D. h., wenn die anfechtbar erworbenen Vermögenswerte in der Schweiz belegen sind.
[632] SJ 1991, S. 205 ff.; vgl. vorne, II.
[633] Art. 289 SchKG, der eine Zuständigkeit am Pfändungsort vorsieht, wenn der Beklagte im Ausland wohnt.
[634] Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1.
[635] Vgl. vorne, § 15 II A 1.
[636] Vgl. vorne, § 13 IV.
[637] So z. B. FRITZSCHE/WALDER, § 67 Rz 12, für die Frage der Zuständigkeit: "Das IPR-Gesetz hat die Gerichtsstandsfrage nicht geregelt, weil es sich nicht um eine internationalprivatrechtliche Thematik handelt".

cher Betrachtung das Problem mit Inkrafttreten des IPRG als gelöst angesehen wird. Dies trifft jedoch nicht zu: bei der Einzelanfechtung ist die Frage des anwendbaren Rechts überhaupt nicht und bei der Anfechtung im Konkurs nur in einem Teilbereich gesetzlich geregelt.[638]

B. Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat sich, soweit ersichtlich, zum auf Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung anwendbaren Recht in seiner publizierten Rechtsprechung noch nie geäussert.

Zum anwendbaren Recht bei Anfechtungsklagen im Konkurs hat sich das Bundesgericht in einigen, allerdings älteren Entscheiden geäussert. Im ersten Entscheid aus dem Jahr 1915[639] hatte es eine Anfechtungsklage eines Abtretungsgläubigers aus einem schweizerischen Konkurs gegen einen Anfechtungsbeklagten mit Sitz im Ausland zu beurteilen. Zum Problem des anwendbaren Rechts hielt es fest: "Die Frage nun, was zur Konkursmasse gehöre, bezw. zu ihr gehören würde, kann für einen Konkurs, der in der Schweiz eröffnet wurde und durchgeführt wird, nur nach schweizerischem [gesp. im Original] Recht beurteilt werden."[640] Ebenso entschied das Bundesgericht im darauffolgenden Jahr in einem bezüglich des internationalen Verhältnisses gleich gelagerten Sachverhalt.[641] Einem Entscheid aus dem Jahr 1933 lag eine andere Konstellation zugrunde: eine französische Gesellschaft und einer ihrer Gesellschafter hatten einem schweizerischen Käufer mit Sitz in der Schweiz verschiedene Grundstücke im Kanton Neuenburg verkauft. Über die Gesellschaft und deren Gesellschafter wurde kurz darauf in Frankreich der Konkurs eröffnet. Der französische Konkursverwalter focht daraufhin den Verkauf der Grundstücke an. Das Bundesgericht nahm Bezug auf seine bisherige Rechtsprechung, die bei einem schweizerischen Konkurs zur Anwendung schweizerischen Anfechtungsrechts gelangte, und schloss daraus, dass es sich bei einem im Ausland eröffneten Konkurs gerade umgekehrt verhalten müsse, unter dem selbstverständlichen Vorbehalt des ordre public. Dies müsse erst recht gelten,

[638] Vgl. hinten, VI.
[639] BGE 41 III 315 ff.
[640] A. a. O., S. 319.
[641] BGE 42 III 174.

wenn, wie im konkreten Fall, ein Staatsvertrag[642] Anwendung finde, der vom Universalitätsprinzip ausgehe.

In einem Entscheid aus dem Jahr 1974[643] befasste sich das Bundesgericht erneut mit der Frage des anwendbaren Rechts. Mittels einer Scheidungskonvention wurden der Beklagten zwei Grundstücke im Kanton Tessin übertragen. Nach Abschluss, aber vor der richterlichen Genehmigung der Konvention wurde über den Ehemann der Beklagten in Luxemburg der Konkurs eröffnet. Die luxemburgische Konkursmasse verlangte die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Hinblick auf eine Anfechtungsklage. Die Tessiner Instanzen wiesen das Begehren ab, unter Hinweis darauf, dass eine Klage wegen dem Territorialitätsprinzip keinerlei Erfolgsaussichten habe.[644] Das Bundesgericht prüfte auf staatsrechtliche Beschwerde der Konkursmasse, ob diese Prognose dem Willkürverbot standhält. Dabei kam es nach Durchsicht der Lehre und Rechtsprechung zum Schluss, dass zwar das Territorialitätsprinzip als generelles Prinzip in Lehre und Rechtsprechung fest etabliert,[645] dessen Auswirkung auf die Anfechtungsklage aber umstritten sei. Das Bundesgericht musste sich nicht konkret zur Frage des anwendbaren Rechts äussern, sondern konnte sich auf die Feststellung beschränken, dass es angesichts der unterschiedlichen Lehrmeinungen willkürlich sei, das Anfechtungsrecht der ausländischen Masse auszuschliessen.[646] Allerdings scheint aus der Tatsache, dass BGE 59 III 256 ff., wo in einem gleich gelagerten Fall ausländisches Anfechtungsrecht angewendet wurde, nicht ohne weiteres als einschlägig erachtet wurde, eine leise

[642] Es handelte sich um den inzwischen aufgehobenen Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 15. Juni 1869.
[643] BGE 100 Ia 18 ff.
[644] Die Tessiner Instanzen hatten argumentiert, da die Genehmigung der Konvention nach der Konkurseröffnung erfolgt sei, könne keine Anfechtungsklage, sondern höchstens eine Admassierungsklage nach Art. 204 SchKG in Frage kommen. Eine solche sei aber aufgrund des Territorialitätsprinzips ausgeschlossen. Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob ein Anfechtungs- oder Admassierungstatbestand vorliege, da im einen wie im anderen Fall die Berufung auf das Territorialitätsprinzip zur Abweisung des Begehrens führen müsste.
[645] "Il principio della territorialità nei rapporti internazionali del fallimento può certo, nella sua generalità, considerarsi fermo ed acquisito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza" (a. a. O., S. 23).
[646] Das Bundesgericht hiess die staatsrechtliche Beschwerde auch gestützt auf die Erwägung gut, ein Einbezug in die Konkursmasse sei auch unter dem Aspekt von Art. 188 aZGB denkbar.

Distanzierung vom Prinzip der Geltung der lex fori concursus anzuklingen, jedenfalls dann, wenn dieses zur Anwendung ausländischen Anfechtungsrechts führen würde.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ergibt somit kein klares Bild. Die älteren Entscheide, welche sich für die Geltung der lex concursus - auch dann, wenn der Konkurs im Ausland eröffnet wurde - aussprechen, werden durch den jüngsten Entscheid (BG 100 Ia 118 ff.) wieder relativiert. Überdies hat sich das Bundesgericht in seiner publizierten Rechtsprechung zum Problem seit über 25 Jahren nicht mehr geäussert.

Aus der kantonalen Rechtsprechung sind, neben dem schon erwähnten Genfer Entscheid,[647] soweit ersichtlich, zwei Entscheide vorhanden, die sich zum Problem äussern. Beide halten in einer schweizerischen Zwangsvollstreckung schweizerisches Anfechtungsrecht für anwendbar.[648]

C. Lehre

In der Lehre hat die Frage kaum Beachtung gefunden und wenn, dann wurde das Problem in wenigen Sätzen abgehandelt oder nur Teilfragen des anwendbaren Rechts behandelt. Häufig wird dabei nicht zwischen Anfechtungsklagen im Konkurs und in der Einzelanfechtung unterschieden.

MEILI will auf das Recht des Schuldnerdomizils im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung abstellen, was in der Regel auf das Recht des Konkursorts hinausläuft.[649] Er begründet dies damit, dass das Anfechtungsrecht auf einer Gebundenheit des Vermögens des Schuldners zugunsten seiner Gläubiger beruhe. Für diese Gebundenheit sei das Gesetz des Domizils massgebend. Bei der Deliktspauliana hingegen sei auf die lex loci delicti commissi abzustellen.

JAEGER spricht sich für die Anwendung des Rechts des Ortes der Konkurseröffnung aus und lehnt dasjenige des Deliktsorts ab.[650] Für die Anknüpfung der Anfechtung in der Einzelvollstreckung hält er das Recht des Vollstreckungsorts für massgebend. Er zieht überdies in Betracht, dass der Anfechtungsbeklagte sich auf das für den Erwerb massgebende Recht berufen kann, wenn dieses eine Anfechtung ausschliesst. Eine ausländische Ausfallbescheinigung aus einer Spezialexekution erachtet dieser Autor als Ausweis über die Legitimation unter bestimmten Bedingungen als genügend.[651]

[647] SJ 1991, S. 205 ff, vgl. vorne, II.

[648] Appellationsgericht Baselstadt, 14. April 1908 (SJZ 4 [1907/1908], S. 325); Luzerner Obergericht, 24. Januar 1930 (ZBJV 66 [1930], S. 563 ff.).

[649] MEILI, S. 175 ff.

[650] JAEGER, N 1 C zu Art. 285.

Dagegen will BLUMENSTEIN einen ausländischen Verlustschein nicht als Legitimationsausweis zulassen,[652] während HANGARTNER[653] wiederum der Auffassung JAEGERS folgt und überdies die Anfechtungsklage im Konkurs nach dem Recht des Orts der Konkurseröffnung, diejenige in der Einzelvollstreckung nach dem Recht des Ortes der fruchtlosen Pfändung beurteilen will.[654]

JACOT spricht sich grundsätzlich für die Geltung der lex concursus aus.[655] Sofern die anfechtbar veräusserten Vermögenswerte in der Schweiz liegen und der Schuldner hier betrieben werden kann, regle das Schweizer Recht die Wiederherstellung der Schweizer Masse. Zur Anwendung komme deshalb schweizerisches Anfechtungsrecht. Die lex consursus werde dann angewendet, wenn der Schuldner über keinen Betreibungsstand in der Schweiz verfüge. Allerdings gelte auch hier der Vorbehalt des ordre public, worunter dieser Autor den Gutglaubensschutz im Besitzesrecht gemäss Art. 933 ff. ZGB und den Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 291 SchKG zählt.

DOKA geht von einer grundsätzlichen Gleichartigkeit der Anfechtungsnormen des Zivilrechts und des Vollstreckungsrechts aus. Er will die Anfechtung deshalb jenem Recht unterwerfen, welchem die anfechtbare Handlung unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten untersteht und spricht sich somit für die Geltung des Geschäftsstatus aus.[656] Dieses will er mit den Anfechtungsnormen des Konkursstatutes kumulieren, da das Anfechtungsrecht auf jeden Fall durch die lex concursus beschränkt werde. Im Ergebnis kann nach dieser Auffassung eine Anfechtung nur Erfolg haben, wenn sie sowohl nach dem Geschäftsstatut als auch dem Konkursstatut möglich ist.

GULDENER geht die Frage unter dem Blickwinkel des Lageorts der anfechtbar veräusserten Vermögenswerte an.[657] Liegen diese zum Zeit-

[651] JAEGER, N 3 B e zu Art. 285.

[652] BLUMENSTEIN, S. 861.

[653] HANGARTNER, S. 22 f.

[654] A. a. O., S. 90 f.

[655] JACOT, S. 124 ff.

[656] DOKA, S. 340 ff.

[657] GULDENER, IZPR, S. 184 f.

punkt der Veräusserung in der Schweiz, so unterliegen sie der schweizerischen Zwangsvollstreckung und unterstehen deshalb schweizerischem Anfechtungsrecht. Dies gelte auch, wenn die Vermögenswerte unterdessen ins Ausland verbracht wurden. Erfolgte die Veräusserung dagegen im Ausland und liegt der Vermögenswert inzwischen in der Schweiz, so könne sich der Erwerber auf das ausländische Recht berufen, das eine Anfechtung ausschliesse. War hingegen der Erwerb nach ausländischem Recht anfechtbar, so könne er nach diesem ausländischen Recht angefochten werden. Nach GULDENER bestimmt sich somit das anwendbare Recht nach der Belegenheit des Vermögenswerts im Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung, ohne dass er zwischen der Anfechtung im Konkurs und in der Einzelvollstreckung unterscheidet.

FRITZSCHE spricht sich im Anschluss an Guldener für die Anwendung inländischen Rechts aus, wenn der anfechtbar veräusserte Vermögenswert zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung in der Schweiz belegen war.[658] Dabei macht er wohl zwischen der Anfechtungsklage im Konkurs und derjenigen in der Einzelvollstreckung keinen Unterschied.

GILLIÉRON will die Anfechtungsklage in der Einzelvollstreckung dem Wohnsitzrecht des Schuldners zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung unterstellen; im Konkurs komme das Recht des Eröffnungsstaats zur Anwendung.[659]

DALLÈVES[660] spricht sich sowohl bei einem im Inland als auch im Ausland eröffneten Konkurs für die Kumulationstheorie[661] aus. Anfechtbar wäre eine Handlung danach nur, wenn die lex concursus und das Recht am Wohnort des Anfechtungsbeklagten dies zuliessen.

FRITZSCHE/WALDER wollen die Anfechtungsklage im Konkurs allgemein kollisionsrechtlich nach dem Vorbild von Art. 133 Abs. 2 IPRG für das Recht der unerlaubten Handlungen anknüpfen.[662]

STAEHELIN spricht sich - soweit die Anfechtungsanprüche nicht in die Masse des schweizerischen Separatkonkurses fallen[663] - für die Anwendung des Anfechtungsrechts des ausländischen Konkurseröffnungsstaats aus.[664]

---

[658] FRITZSCHE, Bd. II, S. 293.
[659] GILLIERON, étrangers, S. 243.
[660] DALLÈVES, S. 7 f.
[661] Vgl. hinten, VII D.
[662] FRITZSCHE/WALDER, § 55 Rz 27; ebenso WALDER, Konkursrechtliche Bestimmungen, S. 336.
[663] Vgl. hinten, VI B 1.
[664] STAEHELIN, S. 146.

BREITENSTEIN wägt zwischen dem Recht des Erwerbsakts[665] und der lex concursus ab. Dabei identifiziert er den Vertrauensschutz des Anfechtungsgegners und das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung als zu berücksichtigende Interessen.[666] Da der Anfechtungsgegner in einem internationalen Fall nicht auf die Anwendung seines Wohnsitzrechts vertrauen könne, spricht er sich für die Anwendung der lex concursus aus.

KREN KOSTKIEWICZ will die Anfechtungsklage im schweizerischen Separatkonkurs ebenfalls dem Recht des Konkurseröffnungsstaats unterstellen - falls die Anfechtungsansprüche in die schweizerische Separatkonkursmasse fallen, komme somit schweizerisches Recht zur Anwendung.[667]

Auch BERTI spricht sich im Fall der Anfechtungsklage im schweizerischen Separatkonkurs für die Anwendung schweizerischen Rechts aus, will aber dem im Ausland wohnhaften Empfänger eines Vermögenswerts die Einrede zugestehen, der Erwerb sei nach seinem Wohnsitzrecht nicht anfechtbar gewesen.[668]

SCHÜPBACH äussert sich nicht generell zur Frage des anwendbaren Rechts, sondern behandelt lediglich gewisse Fragen im internationalen Verhältnis, insbesondere solche der Legitimation. Dabei geht er davon aus, dass die Anfechtung nur möglich sei, wenn die erfolglose Vollstreckung gegen den Schuldner formell festgestellt sei, was eine Anfechtung, welche nur Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zur Voraussetzung habe, ausschliesse. Diese Regelung habe Ordre-public-Charakter.[669] In der Einzelvollstreckung schliesst er aus der territorialen Natur des Verlustscheins, dass eine Anfechtung nur möglich sei, wenn dort, wo die Klage erhoben werden soll, zunächst eine Betreibung gegen den Schuldner eingeleitet worden sei.[670] Ein ausländischer Verlustschein öffne nicht den Weg zu einer Anfechtungsklage in der Schweiz; der

---

[665] Das Recht des Erwerbsakts scheint dieser Autor dem Wohnsitzrecht des Anfechtungsgegners gleichzusetzen (BREITENSTEIN, S. 184). Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig; unter dem Recht des Erwerbsakts wird vielmehr die lex causae verstanden, die nicht notwendigerweise mit dem Wohnsitzrecht des Anfechtungsgegners zusammenfallen muss.
[666] BREITENSTEIN, S. 182 ff.
[667] KREN KOSTKIEWICZ, Internationales Konkursrecht, S. 18 f.
[668] BERTI, N 12 zu Art. 171.
[669] SCHÜPBACH, N 37 zu Art. 289; zur Kritik dieser Auffassung vgl. vorne, § 14 IV G 3 a.
[670] SCHÜPBACH, N 43 zu Art. 289.

Schuldner müsse zuerst in der Schweiz betrieben werden, und zwar an seinem allgemeinen oder an einem besonderen Betreibungsort.[671] Könne der Schuldner in der Schweiz nicht betrieben werden, genüge auch ein ausländischer Ausweis über die ungenügende Vollstreckung. Zwar habe dieser nicht die Wirkung eines inländischen Verlustscheins, die Einwendung, dass ein solcher fehle sei aber missbräuchlich, da er in dieser Konstellation nicht erhältlich sei.[672] Auf keinen Fall aber reiche als Voraussetzung zur Anfechtungsklage die blosse Tatsache der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit.[673]

V. Ausländische Rechtsordnungen und internationale Abkommen

A. Deutschland

In Deutschland ist die Frage des auf Anfechtungsklagen anwendbaren Rechts seit jeher besonders umstritten. Dabei wird meistens zwischen der Anfechtung in der Einzelvollstreckung und derjenigen im Konkurs unterschieden.

1. Anfechtung in der Einzelvollstreckung

Im deutschen Schrifttum werden im wesentlichen vier Grundtypen der Anknüpfung vertreten, wobei diese wiederum auf vielfältige Weise miteinander kombiniert werden:[674]

- Es wird an das der Vollstreckung unterliegende Vermögen angeknüpft. Dies geschieht einerseits dadurch, dass entweder das Recht

[671] SCHÜPBACH, N 4 zu Art. 289; diese Auffassung übersieht, dass ein Verlustschein nur bei einer Betreibung am allgemeinen Betreibungsort ausgestellt wird (zu einer möglichen Ausnahme vorne, § 15 II A 1); da ein Pfändungsverlustschein Voraussetzung zur Erhebung der Anfechtungsklage ist, wird dem Gläubiger die Betreibung an einem besonderen Betreibungsort nichts nützen.

[672] Diese Auffassung weckt Bedenken, da die Tatsache, dass der Schuldner im Inland keinen Betreibungsstand hat, nicht im Einflussbereich des Anfechtungsgegners liegt, so dass dessen Einwendung kaum als missbräuchlich bezeichnet werden kann.

[673] SCHÜPBACH, N 48 zu Art. 289.

[674] Vgl. die Übersicht bei SCHMIDT-RÄNTSCH, S. 38 ff., auf die sich die folgende Zusammenfassung hauptsächlich stützt.

am Wohnsitz des Schuldners[675] oder dasjenige am Wohnsitz des Anfechtungsgegners für anwendbar erklärt wird. Auch eine Koppelung der beiden Rechte wird erwogen.[676] Anderseits wird auch eine Anknüpfung an das Recht des Lageorts des anfechtbar veräusserten Vermögenswerts postuliert.[677]

- Es wird an den Anspruch des Gläubigers angeknüpft. Auch hier gibt es zwei Ausprägungen. Entweder wird an den Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner angeknüpft,[678] oder es wird auf den Anspruch des Gläubigers gegen den Anfechtungsgegner abgestellt und dessen Erfüllungsort als massgebend erachtet.
- Es wird an das Recht des Vollstreckungsorts angeknüpft.
- Es wird an das Recht angeknüpft, dem das anfechtbare Rechtsgeschäft unterliegt.[679]

Der BGH neigt zu einer Kombinationslösung.[680] Er spricht sich dafür aus, das Recht, dem die anfechtbare Rechtshandlung unterliegt zu kombinieren mit dem Recht, das auf die zu vollstreckende Forderung zur Anwendung kommt, oder mit demjenigen am Wohnsitz des Schuldners. Die Wahl zwischen den beiden letzteren hat der BGH offen gelassen, da beide Anknüpfungspunkte in casu zur Anwendung deutschen Rechts führten.

Seit dem 1. Januar 1999 ist die Frage des anwendbaren Rechts positivrechtlich geregelt. § 19 AnfG beruft das Recht, dem die Wirkungen der anfechtbaren Rechtshandlungen unterliegen.[681] Damit unterliegt die Anfechtung dem Geschäftsstatut. Ob allerdings die Frage des anwendbaren Rechts damit ein- für allemal entschieden ist, bleibt offen.[682]

[675] So etwa HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 571.

[676] HANISCH, a. a. O., S. 573.

[677] So etwa LEMMER, S. 77 ff.

[678] Diese "lex-causae-Lehre" genannte Auffassung wird insbesondere von FRAGISTAS, S. 456 ff., vertreten, der im weiteren für eine teilweise Koppelung dieser lex causae mit dem Recht des Erwerbsvorgangs eintritt.

[679] So insbesondere SCHMIDT-RÄNTSCH, S. 130 ff.

[680] BGH, 5. November 1980, ZIP 1981, 31 ff.

[681] "Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung ist für die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung das Recht maßgeblich, dem die Wirkungen der Rechtshandlung unterliegen."

2. Anfechtung im Konkurs

Für die Anfechtung im Konkurs werden im wesentlichen drei Anknüpfungen[683] vertreten:

- Einmal wird die lex fori concursus für massgebend erklärt.[684] Dies ist die wohl herrschende Ansicht.
- Sodann wird auf das Recht abgestellt, dem das anfechtbare Rechtsgeschäft untersteht.[685]
- Schliesslich wird auch vertreten, die lex fori concursus (Insolvenzstatut) mit dem Recht, dem die anfechtbare Rechtshandlung unterliegt (Geschäftsstatut), zu kombinieren.[686]

Der BGH neigt in seiner Rechtsprechung der lex fori concursus zu, jedenfalls dann, wenn der Inlandsbezug überwiegt und ausländische Interessen nicht berührt werden.[687]

Seit der Reform des deutschen Insolvenzrechts auf den 1. Januar 1999 findet sich für Anfechtungsklagen eine Kollisionsregel im Einführungsgesetz zur Insolvenzverordnung.[688] Damit gilt neben der lex fori concursus auch das Recht, das auf die anfechtbare Rechtshandlung anwendbar ist. Es kommt somit zu einer Kumulation der beiden Anfechtungsrechte.[689] Allerdings ist zu beachten, dass damit nur eine einseitige Kollisionsregel aufgestellt wird;[690] sie gilt nur für den Fall, dass ein ausländischer Verwalter eines ausländischen Konkurses eine Rechtshandlung anficht, die deutschem Recht unterliegt. Eine offene Frage ist,

[682] Vgl. VON CAMPE, S. 390; dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass der Begriff "Wirkungsstatut" eine schillernde Bedeutung hat (HANISCH, Extraterritoriale Wirkung, S. 73).
[683] FRANKFURTER KOMMENTAR-WIMMER, N 354 zu Anhang I.
[684] So etwa HANISCH, Exterritoriale Wirkung, S. 72 ff.
[685] So insbesondere HENCKEL, S. 157 ff.
[686] Vgl. die Nachweise bei VON CAMPE, S. 370.
[687] BGH, 30. April 1992, IPrax 1992, S. 87 ff.
[688] Art. 102 Abs. 2 EGInsO: " Eine Rechtshandlung, für deren Wirkungen inländisches Recht massgeblich ist, kann vom ausländischen Insolvenzverwalter nur angefochten werden, wenn die Rechtshandlung auch nach inländischem Recht entweder angefochten werden kann oder aus anderen Gründen keinen Bestand hat"; diese Fassung lehnt sich eng an den Entwurf für ein europäisches Konkursübereinkommen an (vgl. FRANKFURTER KOMMENTAR-WIMMER, N 363 zu Anhang I).
[689] FLESSNER, S. 9.
[690] Vgl. VON CAMPE, S. 361; HABSCHEID, S. 502.

ob die Praxis dieser Kollisionsregel in Anlehnung an die europäische Konkursverordnung[691] allseitige Bedeutung zumessen wird.[692]

Der BGH hat diese Regel in einem Urteil aus dem Jahr 1997- im Sinne einer Vorwirkung[693] - bereits angewendet.[694]

B. Frankreich

1. Anfechtung in der Einzelvollstreckung

Die herrschende Ansicht will die Anfechtung in der Einzelvollstreckung kumulativ nach dem Recht anknüpfen, dem die anfechtbare Rechtshandlung untersteht und dem Recht, dem die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner untersteht.[695] Daneben wird auch eine Anknüpfung an die lex fori der Anfechtungsklage, an das Recht, dem die zu vollstreckende Forderung unterliegt oder an die lex rei sitae[696] erwogen.[697]

2. Anfechtung im Konkurs

Die Anfechtung im Konkurs untersteht nach überwiegender Auffassung der lex fori concursus.[698]

[691] Hinten, D.
[692] So wohl GOTTWALD/PFALLER, S. 173, und Dieter LEIPOLD, JZ 1997, S. 571 FN 3.
[693] SONNENTAG, S. 337.
[694] BGH, ZIP 1997, S. 150 ff. = NJW 1997, S. 657 ff. = JZ 1997, S. 568 ff.
[695] BATIFFOL/LAGARDE , tome II, Nr. 541; Loussouarn/Bourel, Nr. 384.
[696] So MAYER, Nr. 665.
[697] Nachweise bei VON CAMPE, S. 404.
[698] VON CAMPE, S. 399 ff. u. 411.

C. Österreich

1. Anfechtung in der Einzelvollstreckung

Die Frage des anwendbaren Rechts in der Anfechtung in der Einzelvollstreckung ist in Österreich ausserordentlich umstritten. Vertreten werden eine Anknüpfung an den Schuldnerwohnsitz, an den Ort der Zwangsvollstreckung, den Erfüllungsort des Anfechtungsanspruchs oder an das Recht, dem der Hauptanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner oder an dasjenige, dem die anfechtbare Rechtshandlung untersteht.[699] Postuliert wird auch im österreichischen Recht eine Koppelung des Rechts, dem der Hauptanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner unterliegt und demjenigen, in dessen Geltungsbereich die Vermögenszunahme als Folge der anfechtbaren Handlung eintritt.[700]

Der Oberste Gerichtshof hat sich für die Geltung des Rechts am Ort der Zwangsvollstreckung ausgesprochen.[701]

2. Anfechtung im Konkurs

Für die Anknüpfung der Anfechtung im Konkurs werden wie in Deutschland im wesentlichen drei Ansichten vertreten.[702] Zunächst wird die Geltung der lex fori concursus vertreten.[703] Sodann wird eine Anknüpfung an das Recht postuliert, dem die anfechtbare Rechtshandlung unterliegt. Schliesslich wird auch eine Kumulation des Rechts, dem die anfechtbare Handlung untersteht mit der le fori concursus postuliert.[704]

Der oberste Gerichtshof hat sich in einer neueren Entscheidung für die lex fori concursus ausgesprochen.[705]

[699] Vgl. die Übersicht bei SCHMIDT-RÄNTSCH, S. 57 und die ausführliche Darstellung bei VERSCHRAEGEN, S. 273 ff.
[700] VERSCHRAEGEN, S. 288, im Anschluss an HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 572 f.
[701] Oberster Gerichtshof, 23. Juni 1984, ZfRV 1986, S. 290 ff.
[702] Vgl. die Übersicht über den Meinungsstand bei KÖNIG, S. 298 ff.
[703] So z. B. KEPPELMÜLLER, S. 82.
[704] So z. B. KÖNIG, S. 301.
[705] ÖBA, 1990, S. 836 ff.

D. Die EU-Verordnung über Insolvenzverfahren[706]

Der EU-Entwurf für eine Insolvenzverordnung sieht für Anfechtungsklagen grundsätzlich die lex fori concursus als anwendbares Recht vor.[707] Dessen Wirkung wird indessen durch Art. 13[708] eingeschränkt, der eine Kumulation mit dem Recht vorsieht, das auf die anfechtbare Rechtshandlung Anwendung findet. Damit wurde - auf deutschen Vorschlag[709] - eine Kumulationslösung[710] gewählt. Im Unterschied zur Regelung im deutschen Recht, welches durch den Entwurf beeinflusst worden ist, ist diese Kollisionsregel eine allseitige. Unterschiedlich ist auch die Beweislast geregelt: gemäss Art. 13 muss der Anfechtungsgegner nachweisen, dass auf die angefochtene Rechtshandlung ein anderes Recht als dasjenige des Konkurseröffnungsstaats zur Anwendung kommt und dieses Recht eine Anfechtung ausschliesst.

Diese Regeln gelten auch für ein gemäss Art. 27 ff. eröffnetes Sekundärinsolvenzverfahren.[711] Die Zuordnung der Anfechtungsansprüche zwischen Haupt- und Nebenverfahren geschieht nach dem Kriterium des Lageorts des anfechtbar veräusserten Vermögenswerts[712] - nicht anders als im schweizerischen Separatkonkurs gemäss Art. 166 ff. IPRG[713].

[706] Vgl. dazu auch vorne, § 14 III B 1.
[707] Art. 4 Abs. 2 lit. m; Bericht VIRGOS/SCHMIT, Nr. 136.
[708] Dieser Artikel hat folgenden Wortlaut:
Benachteiligende Rechtshandlungen
Art. 4 Absatz 2 Buchstabe m) findet keine Anwendung, wenn die Person, die durch eine die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligende Rechtshandlung begünstigt wurde, nachweist,
- dass für diese Rechtshandlung das Recht eines anderen Mitgliedstaats als des Staats der Verfahrenseröffnung massgebend ist und
- dass in diesem Fall diese Rechtshandlung in keiner Weise nach diesem Recht angreifbar ist.

[709] BALZ, S. 951.
[710] TAUPITZ, S. 328; ablehnend HANISCH, Grenzüberschreitende Insolvenz, S. 241 f.
[711] Bericht VIRGOS/SCHMIT, Nr. 139.
[712] Bericht VIRGOS/SCHMIT, Nr. 91 a. E.
[713] Vgl. hinten, VI B 1.

E. Das Abkommen des Europarats über bestimmte Aspekte des Konkurses[714]

Dieses Übereinkommen enthält keine Bestimmungen bezüglich des auf Anfechtungsklagen anwendbaren Rechts. Auch zur Legitimation des ausländischen Konkursverwalters zur Erhebung einer Anfechtungsklage schweigt es sich aus.[715]

F. Das UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz

Im Rahmen der UNCITRAL wurde ebenfalls an einer Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich der Insolvenzen gearbeitet; diese Bemühungen mündeten in ein Modellgesetz[716] betreffend grenzüberschreitende Insolvenz,[717] welches 1997 verabschiedet wurde.[718]

Das Modellgesetz verfolgt im wesentlichen drei Ziele:[719] ausländische Konkursverfahren im Inland zu anerkennen, der ausländischen Konkursverwaltung oder ausländischen Gläubigern die Teilnahme am inländischen Verfahren zu ermöglichen und die Zusammenarbeit zwischen in- und ausländischen Behörden zu erleichtern. Das Modellgesetz regelt das auf Anfechtungsklagen anwendbare Recht nicht. Hingegen enthält es in Art. 23[720] eine Bestimmung, wonach der ausländische Konkursverwalter zur Erhebung der Anfechtungsklage legitimiert ist. Diese Norm schafft allerdings nicht eine materiellrechtliche Legitimation des ausländischen Konkursverwalters,[721] sondern will einzig bewirken, dass dem ausländischen Konkursverwalter deswegen die Legitimation abgesprochen wird, weil er nicht von einer inländischen Behörde ernannt worden ist.[722] Voraussetzung dieser Zulassung zum inländischen Verfahren ist allerdings, dass der ausländische Konkurs vorgängig anerkannt worden ist. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass nach dem Modellgesetz nur Konkurse anerkannt werden, die am Interessenmittelpunkt bzw. am Ort einer Niederlassung des Schuldners ausgesprochen wurden.[723] Hingegen sieht es die Anerkennung von Konkursen, welche am Belegenheitsort von Vermögenswerten eröffnet wurden, nicht vor.[724] Deshalb ist wohl davon auszugehen, dass ein IPRG-Konkurs, der ein Belegenheitsortkonkurs ist, auf der Basis des Modellgesetzes nicht anerkannt zu werden braucht. Die Masse eines solchen Separatkonkurses kann daher nicht von der erweiterten Legitimation nach Art. 23 im Ausland profitieren.[725]

[714] http://www.coe.fr/eng/legaltxt/136e.htm.
[715] Vgl. zu diesem Übereinkommen auch vorne, § 14 III B 2.
[716] Ein solches Modellgesetz (model law, loi type) soll den Staaten als Vorlage bei der Gesetzgebung dienen und geht somit weniger weit als eine Konvention (MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 18 f.).
[717] Der Text ist auf dem Internet abrufbar unter: http://www.uncitral.org/english/texts/insolven/ml+guide.htm.
[718] Guide, Nr. 8.
[719] MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 19; MARKUS, Insolvenzrecht, S. 296.
[720] Dieser Artikel hat folgenden Wortlaut:
Actions to avoid acts detrimental to creditors
(1) Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative has standing to initiate [refer to the types of actions to avoid or otherwise render ineffective acts detrimental to creditors that are available in this State to a person or body administering a reorganization or liquidation].
(2) When the foreign proceeding is a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the action relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding.

[721] MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 31 f.
[722] Guide, Nr. 166.
[723] Art. 17.
[724] MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 27.
[725] MARKUS, UNCITRAL-Modellgesetz, S. 32.
[726] Vgl. vorne, § 5 III.

VI. Die lückenhafte gesetzliche Regelung

A. In der Einzelvollstreckung

Die Frage des anwendbaren Rechts bei der Anfechtungsklage in der Einzelvollstreckung wird weder im IPRG noch im SchKG ausdrücklich geregelt. Beim IPRG rührt dies wohl von der Auffassung her, dass Anfechtungsklagen, die nach traditioneller Auffassung ein Inzidenzverfahren der Betreibung darstellen, nicht in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen.[726] Das SchKG regelt einzig die Zuständigkeit in einem Teilbereich des internationalen Verhältnisses, nämlich für den Fall, dass ein Pfändungsverlustschein in der Schweiz ausgestellt wurde und der Anfechtungsbeklagte Wohnsitz im Ausland hat (Art. 289 SchKG). Höchstens aufgrund einer extensiven Auslegung des Territorialitäts-

prinzips könnte daraus abgeleitet werden, dass damit zugleich das anwendbare Recht (sc. das schweizerische) bestimmt werde.

B. Im Konkurs

1. Die Zuordnung der Anfechtungsansprüche

Auch die Anfechtungsklagen im Konkurs sind nur in einem Teilbereich des internationalen Verhältnisses geregelt. Das 11. Kapitel des IPRG regelt die Anerkennung eines ausländischen Konkursdekrets. Die Rechtsfolge dieser Anerkennung ist, dass das in der Schweiz gelegene Vermögen des Schuldners in einem schweizerischen Separatverfahren liquidiert wird, das sich grundsätzlich nach SchKG richtet und teilweise durch Spezialnormen im 11. Kapitel des IPRG modifiziert wird. Zu beachten ist aber, dass unter diese Regelung nur Vermögenswerte fallen, die in der Schweiz belegen sind. Es ist somit zu entscheiden, welche Anfechtungsansprüche in der Schweiz belegen sind und somit in die Masse des schweizerischen Separatkonkurses fallen. Da es bei der Realisierung von Anfechtungsansprüchen darum geht, das Substrat der Masse wieder herzustellen, wie wenn die anfechtbare Handlung nicht stattgefunden hätte, fallen in die schweizerische Separatkonkursmasse diejenigen Anfechtungsansprüche, die sich auf Vermögenswerte beziehen, die ohne die anfechtbare Handlung in der Schweiz belegen wären.[727] Dabei bestimmt sich die Belegenheit dieser Vermögenswerte nach Art. 167 Abs. 3 IPRG bzw. den allgemeinen Regeln zum Lageort.[728]

Da der Anfechtungsanspruch ein obligatorischer Anspruch gegen den Anfechtungsegner ist, könnte man auch die Regel des Art. 167 Abs. 3 IPRG anwenden und daraus auf eine Belegenheit an dessen Wohnsitz schliessen. Das dies nicht richtig sein kann, ergibt sich indessen bereits aus dem Wortlaut des Art. 167 Abs. 3: dieser legt nämlich fest, dass Forderungen des Gemeinschuldners als dort gelegen gelten, wo der

[727] DUTOIT, N 2 zu Art. 171; KREN KOSTKIEWICZ, Internationales Konkursrecht, S. 19; HANISCH, in Stellungnahmen, S. 565 f.; DERSELBE, Entwurf, S. 244; DERSELBE, Wirkungen, S. 742; GILLIÉRON, faillite, S. 115; BREITENSTEIN, S. 180; STAEHELIN, S. 147; IPRG- KOMMENTAR-VOLKEN, N 8 zu Art. 171; a. A. IPRG-BERTI, N 11 zu Art. 171. Dieser Autor vertritt die Auffassung, es sei unerheblich, welcher Masse Vermögenswerte entzogen wurden; zur Kritik dieser Auffassung vgl. sogleich unten.

[728] Vgl. vorne, § 6 I C.

Schuldner des Gemeinschuldners seinen Wohnsitz hat. Anfechtungsansprüche sind aber keine Forderungen des Gemeinschuldners, sie stehen einzig der Konkursmasse zu und können somit nicht unter diese Norm subsumiert werden.[729]

Eine andere Meinung will auf die Bestimmung der Belegenheit von Anfechtungsansprüchen und auf deren Zuweisung zur ausländischen oder IPRG-Konkursmasse verzichten[730] mit dem Argument, eine solche Zuordnung sei überflüssig, da eine Anfechtungsklage in der Schweiz möglich sei, wenn der anfechtbar erworbene Vermögenswert in der Schweiz liege oder wenn hier eine Zuständigkeit bestehe[731] bzw. eine Vollstreckung des Urteils in der Schweiz möglich sei[732]. Abgesehen davon, dass damit auch eine Zuordnung der Anfechtungsansprüche vorgenommen wird,[733] kann diese Argumentation spätestens seit dem Inkrafttreten des revidierten SchKG am 1. Januar 1997 nicht mehr richtig sein: Art. 289 SchKG sieht nämlich eine Zuständigkeit für Anfechtungsklagen am Konkursort (in dieser Konstellation: am Eröffnungsort) des Separatkonkurses vor. Folgte man der referierten Auffassung, wäre in jedem in der Schweiz anerkannten Konkurs potentiell ein Gerichtsstand für Anfechtungsklagen gegeben, da ein solcher von Art. 289 SchKG i. V. m. Art. 171 IPRG zur Verfügung ge-

[729] BREITENSTEIN, S. 181 f. FN 584; STAEHELIN, S. 147; IPRG-KOMMENTAR-VOLKEN, N 8 zu Art. 171; IPRG-BERTI, N 4 zu Art. 171; dessen Verweis auf die angeblich andere Auffassung VOLKENS beruht auf einem Missverständnis, da sich dieser an der zitierten Stelle über den Lageort von Forderungen äussert, über die paulianisch anfechtbar verfügt wurde, und nicht über denjenigen des Anfechtungsanspruchs. VOLKENS Hinweis auf die angeblich abweichende Meinung BREITENSTEINS beruht aber ebenso auf einem Missverständnis, da dieser einzig die Anwendung des Art. 167 Abs. 3 IPRG auf den Anfechtungsanspruch als solchen ablehnt. In der Sache sind alle zitierten Autoren einer Meinung.

[730] WALDER, Auswirkungen, S. 56; WALDER, Konkursrechtliche Bestimmungen, S. 336; FRITZSCHE/WALDER, § 55 Rz 27.

[731] IPRG-BERTI, N 5 zu Art. 171.

[732] THEUS SIMONI, S. 350 f. Diese Auffassung übersieht, dass die Vollstreckungsmöglichkeit mit der Frage der Zuordnung der Anfechtungsansprüche grundsätzlich nichts zu tun hat. Überdies ist nach revidiertem SchKG ein Gerichtsstand am Ort der Eröffnung des schweizerischen Separatkonkurses gegeben, unabhängig davon, ob in der Schweiz ein entsprechendes Urteil vollstreckt werden kann oder nicht.

[733] Nach dieser Auffassung wäre ein Anfechtungsanspruch dann Teil der schweizerischen Separatkonkursmasse, wenn (1) der anfechtbar erworbene Vermögenswert in der Schweiz liegt oder (2) in der Schweiz eine Zuständigkeit für die Erhebung der Anfechtungsklage bestünde.

stellt wird. Dass eine solchermassen überdehnte Zuständigkeit für Anfechtungsklagen nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, leuchtet ohne weitere Begründung ein. Es ist deshalb unumgänglich, die Anfechtungsansprüche der einen oder anderen Konkursmasse zuzuordnen. Als Anknüpfungskriterium bietet sich dabei der Lageort der anfechtbar erworbenen Vermögenswerte an. Fraglich kann nur sein, ob auf den Lageort vor oder nach der anfechtbaren Handlung abzustellen ist. Zur Beantwortung dieser Frage ist dem Zweck der Anfechtungsklagen Rechnung zu tragen, der darin besteht, der Konkursmasse gewisse Vermögenswerte wieder zuzuführen, deren sich der Schuldner entäussert hat. Würde auf den Lageort nach der anfechtbaren Handlung abgestellt, so wäre die Zuordnung rein zufällig: diejenige Konkursmasse würde davon profitieren auf deren Territorium sich die anfechtbar erworbenen Gegenstände gerade befinden.[734] Wird hingegen auf den Lageort vor der anfechtbaren Handlung abgestellt, so kommt diejenige Konkursmasse in Genuss dieser Anfechtungsansprüche, zu deren Lasten die Transaktion geschah. Nur eine solche Lokalisierung erlaubt eine logisch stringente Zuordnung der Anfechtungsansprüche, die sich mit dem Grundgedanken des schweizerischen Anfechtungsrechts verträgt. Zudem sprechen auch keine praktischen Gründe gegen eine solche Lokalisierung: befinden sich die Anfechtungsgegenstände auf Schweizer Territorium, ohne dass der Separatkonkursmasse ein Anfechtungsanspruch zusteht, ist die ausländische Konkursmasse daran berechtigt und kann klageweise vorgehen. Eine Rechtsschutzlücke besteht nicht. Massgebend muss deshalb die Belegenheit des Vermögenswerts *vor* der anfechtbaren Handlung sein.[735]

[734] HANISCH, Wirkungen, S. 741, spricht in diesem Zusammenhang von einem "wind-fall" für die privilegierten Gläubiger der schweizerischen Separatkonkursmasse.

[735] Eine andere Frage ist, ob ein Schweizer Anfechtungsurteil, das in einem Schweizer Separatkonkurs ergangen ist, gegenüber einem Beklagten mit Wohnsitz im Ausland vollstreckt werden kann. Davon kann wohl kaum generell ausgegangen werden, insbesondere dann nicht, wenn dieses Land dasjenige des Hauptkonkurses ist. Auch die Schweiz würde in einem spiegelbildlichen Fall ein ausländisches Anfechtungsurteil nicht anerkennen, sondern die ausländische Masse auf das Anerkennungsverfahren verweisen und die Belangung des Anfechtungsbeklagten an seinem schweizerischen Wohnsitz verlangen (vgl vorne, § 16 III C 2). Allerdings käme ein allfälliger Prozessgewinn der ausländischen Masse zugute.
Hingegen ist denkbar, dass in gewissen Ländern die Möglichkeit besteht, die Anfechtungsklage zugunsten des schweizerischen Separatkonkurses im Land des Hauptkonkurses zu erheben. Für das deutsche Recht wird vertreten, dass die Anfechtungsansprüche bei parallelen Insolvenzen ebenso wie in der Schweiz der einen oder anderen Konkursmasse zuzuordnen sind, je nachdem welcher Masse der Vermögenswert entzogen worden ist (VON CAMPE, S. 397 f.; HENCKEL, S. 164 ff.). In einem solchen Fall bestünde für die schweizerische Separatkonkursmasse somit durchaus die Möglichkeit, Anfechtungsansprüche zwar nicht in der Schweiz, aber am Ort des deutschen Hauptkonkurses zu ihren Gunsten zu realisieren.
Denkbar wäre auch, dass bei einer aus schweizerischer Sicht unrichtigen Lokalisierung der Anfechtungsansprüche die Genehmigung des ausländischen Kollokationsplans gemäss Art. 173 IPRG verweigert wird, wenn dadurch Ansprüche der schweizerischen Gläubiger geschmälert worden sind. Diese Möglichkeit besteht freilich nur dann, wenn in der Schweiz abgesehen von den Anfechtungsansprüchen weitere realisierbare Aktiven vorhanden sind.

Zu beachten bleibt schliesslich, dass bei einer Vollstreckung eines Anfechtungsurteils in der Schweiz - auch wenn der Anfechtungsanspruch der ausländischen Masse zusteht - der Erlös in die Masse des schweizerischen Separatkonkurses fällt.[736] An Stelle des Anfechtungsanspruchs tritt in einem solchen Fall nämlich der Vollstreckungserlös, der in der Schweiz liegt und deshalb in die schweizerische Masse fällt.[737]

2. Die Anfechtungsklage zugunsten der schweizerischen Separatkonkursmasse

Für die auf diese Weise der schweizerischen Separatkonkursmasse zugeordneten Anfechtungsansprüche[738] ordnet Art. 171 IPRG die Anwendung Schweizer Rechts an.[739] Der klare Wortlaut dieser Verweisung lässt keinen Raum für die Verwendung anderer Anknüpfungskriterien, wie z. B. des Erfolgsorts gemäss Art. 133 Abs. 2 IPRG[740] oder des Geschäftsstatuts. Immerhin ist Art. 171 IPRG zu

[736] STAEHELIN, S. 147 f.

[737] Diese Differenz zeigt deutlich, dass - nicht nur in diesem Zusammenhang - zwischen der *Erhebung* der Anfechtungsklage und der *Vollstreckung* eines Anfechtungsurteils scharf unterschieden werden muss. In der Literatur und Rechtsprechung wird bei internationalen Sachverhalten gelegentlich die Möglichkeit zur Anfechtungsklage unter Hinweis auf das Territorialitätsprinzip abgelehnt (so z. B. SJ 1991 S. 205 ff.). Das Territorialitätsprinzip kann aber erst auf der Ebene der Vollstreckung eine Rolle spielen (so schon DOKA, S. 346 f.).

[738] Die Verweisung bezieht sich zwar dem Wortlaut nach nur auf die Art. 285-292 SchKG, doch umfasst sie wohl dem Sinn nach auch Art. 214 SchKG, der einen besonderen Fall der Absichtsanfechtung regelt (IPRG-BERTI, N 20 zu Art. 171).

[739] STAEHELIN, S. 145 f.; MEIER, Einführung, S. 25.

[740] So der Vorschlag von FRITZSCHE/WALDER, § 55 Rz 27.

beachten, der eine Erweiterung der Legitimation zugunsten der ausländischen Konkursverwaltung und Konkursgläubiger vorsieht,[741] und insofern Art. 285 SchKG modifiziert.

3. Die Anfechtungsklage zugunsten der ausländischen Hauptkonkursmasse

Während für die Anfechtungsansprüche des schweizerischen Separatkonkurses die Frage des anwendbaren Rechts gesetzlich geregelt ist, fehlt eine positivrechtliche Normierung des auf die Anfechtungsansprüche des ausländischen Hauptkonkurses anwendbaren Rechts. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob eine Lücke vorliegt und, gegebenenfalls, wie diese gefüllt werden soll.

4. Das internationale Verhältnis in einem schweizerischen Konkurs

Die Regelung des IPRG beschlägt nur die eine Seite des internationalen Verhältnisses bei Anfechtungsklagen im Konkurs. Sie regelt nur den Fall bei dem sich die Internationalität daraus ergibt, dass ein im Ausland eröffneter Konkurs in der Schweiz anerkannt werden soll. Im Hinblick auf die Anfechtungsklagen kann ein internationales Verhältnis auch durch andere Tatbestände begründet werden. Zu denken ist insbesondere an einen ausländischen Wohnsitz des Anfechtungsbeklagten, ausländischen Lageort des anfechtbar veräusserten Vermögenswerts oder einen anderen Gesichtspunkt, der eine Erörterung des anwendbaren Rechts rechtfertigt.[742]

Für alle diese Fälle gibt das Gesetz über das anwendbare Recht keine Auskunft. Sie sind deshalb in die Lückenfüllung miteinzubeziehen.

VII. Lückenfüllung

A. Die Notwendigkeit einer Regelbildung

Wie ausgeführt ist die Frage des auf Anfechtungsklagen anwendbaren Rechts nur in einem Teilbereich des internationalen Konkursrechts positivrechtlich geregelt. Für Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung sowie im Konkurs, welche nicht in die schweizerische Separatkonkursmasse fallen, gibt es keine gesetzliche Regelung. Man könnte deshalb zur Auffassung gelangen, für Anfechtungsklagen stelle sich das Problem gar nicht, da sie als betreibungsrechtliche Klagen ohne weiters schweizerischem Recht unterstehen. Abgesehen davon, dass die Qualifikation der Anfechtungsklagen als vollstreckungsrechtliche Klagen nicht unbestritten ist und nach der hier vertretenen Auffassung abgelehnt wird,[743] kann nicht allein aufgrund ihrer Klassifikation im schweizerischen Betreibungsrecht auf das anwendbare Recht geschlossen werden.[744] Anders als bei den "typisch" betreibungsrechtlichen Klagen[745] geht es nicht einzig um Modalitäten der Zwangsvollstreckung oder der Feststellung des Vollstreckungssubstrats, sondern ein Dritter, der Anfechtungsbeklagte, wird aufgrund der Zwangsvollstreckung zu einer Duldung bzw. einer Leistung verpflichtet. Diese Verpflichtung des Dritten als Folge einer ihn grundsätzlich nicht betreffenden Zwangsvollstreckung führt dazu, dass eine undifferenzierte Anwendung des Rechts der Betreibung, die sich ja zwischen Gläubiger und Schuldner abspielt, den Interessen der Beteiligten nicht gerecht wird. Überdies zeigt gerade der Vergleich zur Widerspruchsklage, dass auch dort nicht einfach schweizerisches Recht angewendet wird: für die Beurteilung der materiellrechtlichen Vorfragen ist völlig unbestritten, dass das aufgrund des IPRG ermittelte Sachrecht zur Anwendung kommt. Erst die weitere Frage, wie sich das so gefundene Ergebnis im schweizerischen Betreibungsverfahren auswirkt, regelt einzig das SchKG. Ein gleiches Vorgehen ist auch bei den Anfechtungsklagen angezeigt. Dem SchKG untersteht die Frage, wie sich das Ergebnis einer Anfechtung in der schweizerischen Betreibung auswirkt; die Anfechtung als solche untersteht dem Recht, das gemäss einer noch zu diskutierenden Methode zu ermitteln ist. Dabei wird das Recht, das auf die Vollstreckung zwischen Gläubiger und Schuldner anzuwenden ist, nicht einfach ignoriert; es geht allein um die Respektierung der Tatsache, dass dieses Element eines unter andern ist, das in die Interessenabwägung einfliessen muss. Die Notwendigkeit einer Bestimmung des anwendbaren Rechts ergibt

[741] Zur Auslegung dieser Bestimmung vorne, § 16 III C 3.
[742] Vgl. zum Begriff des internationalen Sachverhalts SCHWANDER, Bd. I, Rz 47 ff.

[743] Vgl. vorne, § 13 V.
[744] Überdies zeigt die Übersicht über die in der schweizerischen Lehre vertretenen Auffassungen, dass jedenfalls ein gewichtiger Teil derselben der Auffassung ist, dass das auf die Anfechtungsklagen anwendbare Recht nicht einfach das schweizerische Betreibungsrecht ist.
[745] Z. B. Rechtsöffnung.

sich überdies auch aus der Tatsache, dass eine Anfechtungsklage in der Schweiz auch möglich sein muss, ohne dass in der Schweiz ein Betreibungsverfahren stattgefunden hat.[746] In einem solchen Fall besteht deshalb zum vornherein keine Möglichkeit, einfach an das schweizerische Vollstreckungsrecht anzuknüpfen.

Bei einer solchen Regelbildung gebietet es die Methodenehrlichkeit, sich klar und deutlich zu einer Lückenfüllung zu bekennen.[747] Ob man dabei von einer Lücke im SchKG oder im IPRG ausgeht, ist unerheblich. Naheliegend ist jedenfalls, dass mit der Lückenfüllung dasjenige Recht ermittelt werden soll, mit dem das Anfechtungsverhältnis den engsten Zusammenhang aufweist - ein Grundgedanke, der auch im IPRG verankert ist.[748] Zu diesem Zweck sollten nicht einseitige[749], sondern zweiseitige Anknüpfungsregeln entwickelt werden; eine solche Vorgehensweise berücksichtigt, dass das Institut der Anfechtung in nahezu allen ausländischen Rechtsordnungen existiert und - bei allen Unterschieden in den Details - die ausländischen Regelungen als gleichwertig anzusehen sind.[750] Dabei ist das Problem konsequent kollisionsrechtlich anzugehen und nicht schon von vornherein die Geltung schweizerischen Rechts zu unterstellen und davon ausgehend einzelne Probleme im internationalen Verhältnis zu behandeln.[751]

---

[746] Vgl. vorne, § 13 V.

[747] Ähnlich CHENAUX, S. 237. Dieser Autor geht allerdings von einer unechten Lücke aus. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt jedoch nicht eine unechte, sondern eine echte Lücke vor, da das auf Anfechtungsklagen anwendbare Recht vom Gesetz überhaupt nicht geregelt wird. Damit erübrigt sich auch die dogmatische Abstützung auf Art. 15 und 19 IPRG, wie sie von CHENAUX, S. 236 f., vorgeschlagen wird, da diese beiden Artikel eine Korrektur des durch die Anwendung des IPRG ermittelten Rechts bezwecken. Bei den Anfechtungsklagen fehlt es aber gerade an dieser Voraussetzung: das anwendbare Recht wird durch das IPRG nämlich nicht geregelt.

[748] Art. 15, 48 und 117 IPRG.

[749] Einseitige Kollisionsregeln äussern sich nur über den Anwendungsbereich des eigenen Rechts, SCHWANDER, Bd. I, Rz 38.

[750] "Fonctionnellement toutes de même valeur", HANISCH, Deux problèmes, S. 120; die Anfechtungsklagen des kontinentalen Rechts haben ihren gemeinsamen Ursprung im römischen Recht. Ihr Zweck, die Wiederherstellung des Vollstreckungssubstrats zugunsten der Gläubiger, ist überall derselbe. Auch die "Fraudulent Conveyance" des angloamerikanischen Rechtskreises verfolgt das gleiche Ziel, vgl. HANISCH, a. a. O., S. 118 ff. Rechtsvergleichende Hinweise finden sich u. a. bei SCHLOSSER, Konkurs, S. 407, und FLETCHER, S. 296 ff.

[751] Damit ist z. B. folgendes gemeint: Wenn die Frage diskutiert wird, ob ein ausländischer Verlustausweis zur Erhebung der Anfechtungsklage genüge (vgl. vorne), so wird a priori die Geltung schweizerischen Rechts unterstellt. Da aber in einem solchen Fall ein internationales Verhältnis vorliegt, ist nach der hier vertretenen Auffassung die richtige Methode, zunächst die Frage des anwendbaren Rechts zu beantworten.

B. Die massgebenden Gesichtspunkte

Zunächst gilt es, sich die Grundstruktur der paulianischen Anfechtung vor Augen zu führen: ein Gläubiger will seine Forderung gegen einen Schuldner vollstrecken; dessen Vermögen reicht zur Befriedigung des Gläubigers nicht aus, weshalb dieser ein Rechtsgeschäft des Schuldners, welches das Vollstreckungssubstrat vermindert hat, anfechten möchte. Ziel des Gläubigers ist die Wiederherstellung des Vollstreckungssubstrats, in das nach erfolgreicher Anfechtung vollstreckt werden kann. Damit stehen zwei Rechtsverhältnisse im Vordergrund: einerseits dasjenige zwischen Gläubiger und Schuldner, da diesem die befriedigungsbedürftige Forderung zugrunde liegt; anderseits dasjenige zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner, da dessen Auswirkungen für den Zweck der Vollstreckung aufgehoben werden sollen. Die Interessen der beiden an der Anfechtung beteiligten Parteien werden sich in dieser Situation im allgemeinen nicht decken. Der Gläubiger möchte das Recht angewendet wissen, das seine Beziehung zum Schuldner regelt und der Anfechtungsgegner wohl dasjenige, das auf sein Rechtsgeschäft mit dem Schuldner Anwendung findet.[752] Diese beiden Interessen gilt es sachgerecht zu berücksichtigen.

C. Folgerungen für die Anknüpfung

1. Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner

Die Anfechtung hängt davon ab, dass das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, um eine Forderung des Gläubigers zu decken. Voraussgesetzt sind somit die (1) Existenz einer Forderung sowie deren (2) ungenügende Deckung durch das Vollstreckungssubstrat. Aufgrund der ersten Voraussetzung wird eine Anwendung der lex causae dieser Forderung auf die Anfechtung erwogen.[753] Diese Anknüpfung erscheint nicht als sachgerecht. Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner

---

[752] Auf eine Kurzformel gebracht: "Gläubigerschutz steht gegen Erwerbsschutz" (HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 570.

[753] BGH, 5. November 1980, ZIP 1981, S. 32 f.; weitere Nachweise bei HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 571.

wird nämlich, sobald die Forderung einmal tituliert ist,[754] nicht mehr durch das materielle Recht, sondern durch das Vollstreckungsrecht geprägt. Das materielle Recht, das der lex causae der befriedigungsbedürftigen Forderung entspricht, spielt auf der Stufe des Erkenntnisverfahrens eine Rolle; die Durchsetzung (um die es beim Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner geht) eines daraus hervorgehenden Urteils ist Aufgabe des Vollstreckungsrechts. Aber auch aus einem anderen Grund scheint die lex causae wenig geeignet, Grundlage der Gläubigeranfechtung zu sein: häufig - insbesondere in vertraglichen Beziehungen - unterliegt das anwendbare Recht der Parteiautonomie. Das Anfechtungsrecht würde somit - wenn auch indirekt - durch den Parteiwillen mitbestimmt, was angesichts des zwingenden Charakters des Anfechtungsrechts eine unerwünschte Folge wäre.[755]

Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner wird vielmehr durch die oben erwähnte zweite Voraussetzung, nämlich das Ungenügen des Vollstreckungssubstrats bestimmt. Denkbar wäre deshalb, die Anknüpfung dem Recht dieser Vollstreckung zu unterstellen. Diese Lösung ist allerdings auch mit Nachteilen behaftet. Zunächst würde damit die Anknüpfung der Anfechtung wiederum, wenigstens in gewissen Fällen, der Willkür der Parteien, insbesondere des Gläubigers, unterworfen, da dieser nämlich frei ist,[756] wo er gegen den Schuldner vollstrecken will.[757] Sodann erscheint es auch nicht als unproblematisch, dass sich dadurch bewegliche Anknüpfungspunkte ergeben - nämlich in Abhängigkeit vom Vollstreckungsort. Richtig an dieser Anknüpfung ist allerdings, dass sie eine Verbindung zur Vollstreckung herstellt. Das ungenügende Schuldnervermögen soll durch die Anfechtung erweitert werden. Gegen die Anwendung des Anfechtungsrechts des Lageorts dieses Vermögens sprechen aber die gleichen Gründe wie gegen das Recht des Vollstreckungsorts. Hingegen spricht diese Überlegung für die Anwendung des Anfechtungsrechts des Sitzes oder Wohnsitzes des Schuldners.[758,759] Hier wird der Gläubiger in erster Linie den Zugriff auf das

[754] Unter "Titulierung" wird hier und im Folgenden auch der Tatbestand verstanden, dass eine Betreibung durch Nichterhebung des Rechtsvorschlags bzw. Nichteinreichung einer Aberkennungsklage rechtskräftig wird.

[755] HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 571.

[756] Keine "Executio non conveniens", GEIMER, Rz 3242.

[757] Natürlich wird der Gläubiger dort vollstrecken wollen, wo Vermögen des Schuldners liegt. Dies kann aber durchaus in mehreren Staaten der Fall sein, so dass sich daraus eine gewisse Wahlmöglichkeit des Gläubigers ergibt.

[758] HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 571.

Vermögen des Schuldners suchen und hier wird sich dieses Vermögen im allgemeinen auch befinden. Dieser Anknüpfungspunkt ist stabiler und weniger zufällig als jener des Lageorts des Vermögens. Ein weiterer Gesichtspunkt spricht für die Anwendung des Wohnsitzrechts des Schuldners: der Anfechtungsgegner soll erst in Anspruch genommen werden können, wenn das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht. Die Feststellung des mangelnden Vollstreckungssubstrats muss nach dem Recht an dem Ort getroffen werden, wo sich der Mittelpunkt seines Vermögens befindet. Würde diese Feststellung hingegen überall dort getroffen, wo gegen den Schuldner vollstreckt wird, bestünde die Gefahr, dass am Vollstreckungsort tatsächlich nicht genügend Vermögen vorhanden ist, an anderen Orten aber durchaus, so dass im Ergebnis der Anfechtungsgegner in Anspruch genommen werden könnte, obwohl der Schuldner noch über Vermögenswerte verfügt.

Die Überlegung, dass der Wohnsitz des Schuldners für die Anfechtung massgebend sei, findet übrigens - auf der Ebene des materiellen Rechts - eine Parallele im schweizerischen Anfechtungsrecht: Voraussetzung für die Erhebung der Anfechtungsklage ist nach Art. 285 SchKG ein Pfändungsverlustschein bzw. die Konkurseröffnung. Regelmässig wird jedoch ein Pfändungsverlustschein nur ausgestellt, wenn die Betreibung am Wohnsitz des Schuldners erfolgte.[760] Ebenso wird der Konkurs im allgemeinen am Sitz bzw. Wohnsitz des Schuldners eröffnet.[761] Im Ergebnis ist deshalb eine Anfechtung praktisch nur möglich, wenn die betreffende Betreibung am Wohnsitz bzw. Sitz des Schuldners angehoben wurde.

Diese Grundsätze treffen auch auf die Anfechtung im Konkurs zu. Der Wohnsitz bzw. Sitz des Gläubigers wird im allgemeinen der Konkursort sein. Dieser ist in der Regel nicht wie der Vollstreckungsort in der Einzelvollstreckung frei wählbar, sondern unterliegt objektiven Kriterien.[762] Die Bedenken gegen den Vollstreckungsort als

[759] Eine solche Anknüpfung wird auch vom BGH, 5. November 1980, ZIP 1981, S. 33, erwogen, allerdings mit dem Argument, damit die Anfechtung in der Einzelvollstreckung dem gleichen Recht wie in der Konkursanfechtung zu unterstellen. Diese Begründung ist jedenfalls für das schweizerische Recht abzulehnen, da ja auch die Anknüpfung im Konkurs umstritten ist. Ablehnend auch für das deutsche Recht, HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 571.

[760] Vgl. vorne, § 15 II A 1.

[761] AMONN/GASSER, § 10 N 6.

[762] Regelmässig der Sitz oder Wohnsitz (Art. 46 SchKG).

Anknüpfungspunkt in der Einzelvollstreckung sind deshalb gegen den Konkursort nicht angebracht. Er verdient daher dem Ort des Wohnsitzes oder Sitzes des Schuldners gegenüber den Vorzug, da mit dieser Anknüpfung auch Fälle erfasst werden können, bei denen der Konkurs ausnahmsweise nicht am Sitz oder Wohnsitz eröffnet worden ist.[763]

2. Verhältnis zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner

Das Verhältnis zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner wird durch das Geschäftsstatut (lex causae) bestimmt. Nun tritt durch die Anfechtung aber ein weiteres Element hinzu: ein zivilrechtlich gültiges Geschäft soll, soweit es die Vollstreckung erfordert, ignoriert werden. Offensichtlich ist, dass damit Gesichtspunkte des Vertrauenschutzes und der Rechtssicherheit[764] ins Spiel kommen. Ein zunächst gültiges Geschäft könnte durch das Hinzutreten eines Anfechtungsrechts, mit dem der Anfechtungsgegner nicht rechnete, im Ergebnis unwirksam werden. Naheliegend wäre es deshalb, das Geschäftsstatut auch auf die Anfechtung zur Anwendung zu bringen.[765] Eine solche Lösung birgt aber Gefahren in sich. Als erstes springt ins Auge, dass das Geschäftsstatut im allgemeinen frei wählbar und somit der Parteiautonomie der Beteiligten unterliegt. Gerade im Verhältnis zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner liegt die Vermutung nahe, dass auf diese Weise ein "anfechtungsfeindliches" Recht gewählt würde. Die Anfechtung als zwingendes Institut darf aber nicht in die Willkür der Parteien gelegt werden. Dazu kommt, dass mit dem Geschäftsstatut wiederum ein variabler Anknüpfungspunkt gewählt würde, der zudem dem Gläubiger möglicherweise gar nicht bekannt ist, was die Einschätzung der Chancen für eine erfolgreiche Anfechtung schwierig macht.

[763] Als Konkursorte kommen auch der Aufenthaltsort (Art. 48 SchKG), der letzte Wohnsitz des Erblassers (Art 49 SchKG), der letzte Wohnsitz (Art. 54 SchKG), die Geschäftsniederlassung (Art. 50 Abs. 1 SchKG) sowie der Ort des Vermögens bei einem Separatkonkurs (Art. 167 IPRG) in Betracht. Eine andere Frage ist allerdings, ob die Schweiz einen ausländischen Konkurs, der nicht am Wohnsitz des Schuldners eröffnet wurde, anerkennen würde, vgl. dazu vorne, § 16 III D. Eine solche Anerkennung ist die Voraussetzung, dass die ausländische Konkursmasse den Anfechtungsanspruch in der Schweiz geltend machen kann (vgl. vorne, a. a. O.).

[764] Die Vorhersehbarkeit und damit Rechtssicherheit ist ein wichtiges Kriterium bei der Suche nach einer sachgerechten Anknüpfung, SCHWANDER, Bd. I, Rz 161.

[765] BGH, 5. November 1980, ZIP 1981, S. 33.

Für eine sachgerechte Anknüpfung gilt es, sich auf das Wesen der Anfechtung zu besinnen: das Vollstreckungssubstrat soll wieder hergestellt werden. Die Wirkung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts liegt eben darin, dass die Exekutionsmasse geschmälert wurde.[766] Dieser Schmälerung tritt nun das (zwingende) Anfechtungsrecht des Vollstreckungsorts entgegen. Deshalb liegt es nahe, das Recht derjenigen Vollstreckungsmasse, zu deren Lasten das anfechtbare Rechtsgeschäft getätigt wurde, zur Anwendung zu bringen. Die Zugehörigkeit eines Vermögenswerts zu einer Vollstreckungsmasse bestimmt sich nach dessen Belegenheit. Das anwendbare Recht bestimmt sich somit nach der Belegenheit des veräusserten Vermögenswerts vor der anfechtbaren Handlung. Die Belegenheit richtet sich nach den allgemeinen Kriterien.[767] Auf die Anfechtung der Übertragung von beweglichen und unbeweglichen Sachen kommt daher das Recht des Lageorts zur Anwendung und auf diejenige von Forderungen das Recht des Wohnsitzes des Betreibungsschuldners.[768] Wird eine Forderung auf anfechtbare Weise getilgt, so kommt ebenfalls das Recht des Wohnsitzes des ursprünglichen Gläubigers, d. h. des Betreibungsschuldners zur Anwendung.

Für diesen Anknüpfungspunkt spricht auch, dass er stabil und nur schwer manipulierbar ist. Und dennoch wird er auch dem Interesse des Anfechtungsgegners gerecht, da er im voraus bestimmbar und damit vorhersehbar ist. Der zwingende Charakter der Anfechtung führt dazu, dass jedes Rechtsgeschäft potentiell von ihr bedroht ist. Da die Anfechtung - nicht nur nach schweizerischem Recht - meistens einen gewissen Bezug zur Zwangsvollstreckung aufweist, und diese regelmässig am

[766] Anders HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 572, der die primäre Wirkung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts im Erwerb des Vermögenswerts und erst sekundär in der Verkürzung des Haftungssubstrats sieht. Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich aus der Optik der Anfechtung - und um deren Anknüpfung geht es - wohl eher umgekehrt verhält: die Anfechtung macht den Erwerb, soweit für die Vollstreckung notwendig, unwirksam. Im übrigen bleibt das Erwerbsgeschäft bestehen.
HANISCH schliesst aufgrund seiner Prämisse auf die Anwendung des Rechts, wo sich das Vermögen des Anfechtungsgegners befindet und lokalisiert dieses am Wohnsitz des Anfechtungsgegners. Abgesehen davon, dass m. E. der Ausgangspunkt nicht richtig gewählt ist, erscheint dieser Anknüpfungspunkt auch vom Ergebnis her problematisch, weil er vom Anfechtungsgegner selber verwirklicht werden kann. Zudem macht HANISCH für einen wichtigen Anwendungsfall, die Anfechtung von Immobiliengeschäften, doch wieder eine Ausnahme zugunsten der lex rei sitae; kritisch zum Wohnsitzrecht des Anfechtungsgegners auch VERSCHRAEGEN, S. 284.

[767] Vgl. vorne, § 6 I C.

[768] Dieser ist Gläubiger der an den Anfechtungsgegner abgetretenen Forderung.

Lageort eines Vermögenswertes eingreift, kann die Anwendung dieses Rechts den Anfechtungsgegner nicht eigentlich überraschen.

Aus schweizerischer Sicht spricht auch noch ein anderer Gesichtspunkt für diese Anknüpfung. Der einzige Fall, in dem das auf die anfechtbare Handlung anzuwendende Recht gesetzlich geregelt ist, ist die Anfechtung zugunsten des schweizerischen Separatkonkurses. Art. 171 IPRG verweist dafür auf das schweizerische Recht. Nun fallen aber in die schweizerische Partikularmasse nur Anfechtungsansprüche, die sich auf Vermögenswerte beziehen, die ohne die anfechtbare Handlung in der Schweiz belegen wären.[769] Im Ergebnis ist daher dann schweizerisches Recht anwendbar, wenn sich die Anfechtung gegen Handlungen über Vermögenswerte richtet, die im Zeitpunkt der Vornahme dieser Handlungen in der Schweiz belegen waren. Die oben entwickelte Regel steht also im Einklang mit der punktuellen Regelung des auf Anfechtungsklagen anwendbaren Rechts im IPRG.

D. Koordination

Die oben für massgebend befundenen Rechte sind nun auf die eine oder andere Weise zu koordinieren. Dies kann auf die Weise geschehen, dass die Anfechtung beiden Statuten unterstehen solle. Eine Anfechtung kann daher nur erfolgreich sein, wenn sie nach beiden berufenen Rechtsordnungen möglich ist.[770] Im Ergebnis führt dies dazu, dass sich das "mildere" Anfechtungsrecht durchsetzt.[771] Dafür hat sich in der Literatur der Begriffe Kumulation eingebürgert.[772] Sie wird insbesondere in der älteren Literatur vertreten.[773] Die Nachteile einer solchen Art von Koordination liegen auf der Hand. Sie führt dazu, dass sich das anfechtungsfeindlichste Recht durchsetzt[774] und damit zu einer durch

[769] Vgl. vorne, VI B 1.
[770] Teilweise wird auch vertreten, dass nur das dem Anfechtungsgegner günstigere Recht angewendet werde, was im Ergebnis aber auf das Gleiche hinausläuft, vgl. Nachweise bei HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 573.
[771] HANISCH, Extraterritoriale Wirkung, S. 73.
[772] Statt vieler HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 573.
[773] Für die Schweiz etwa von DOKA, S. 343 f.; für Deutschland siehe die Übersicht bei TRUNK, S. 189 und VON CAMPE, S. 370.
[774] LEIPOLD, Insolvenzrecht, S. 543.

nichts gerechtfertigten Begünstigung des Anfechtungsgegners im internationalen Verhältnis.[775]

Die Kumulation ist jedoch nicht die einzig möglich Art der Koordination. Den legitimen Interessen der Parteien nach einer Anknüpfung, die dem von ihnen verwirklichten Sachverhalt möglichst gerecht wird, kann auch auf andere Weise Rechnung getragen werden. Denkbar ist nämlich auch eine Zerlegung[776] der Anknüpfung, so dass sich einzelne Teilfragen der Anfechtung nach der einen, andere nach der zweiten Rechtsordnung bestimmen.[777] Die Zerlegung ist eine in der IPR-Lehre anerkannte Methode[778] und hat im IPRG auch positivrechtlich ihren Niederschlag gefunden[779].

Geht man von der Notwendigkeit einer Zerlegung aus, so stellt sich die Frage, wie die Teilfragen konkret anzuknüpfen sind. Dabei ist es zweckmässig, sich diese Frage zuerst mit Bezug auf das Schuldner - Anfechtungsgegner - Verhältnis zu stellen. Hier wurde oben auf das Interesse des Anfechtungsgegners verwiesen, dass das anwendbare Recht im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung voraussehbar sein soll. Dieses Vertrauen bezieht sich auf die Anfechtungstatbestände als solche, nicht aber auf die Frage, wer zur Anfechtung berechtigt ist oder welche Voraussetzungen für eine Anfechtung gegeben sein müssen. Diese Fragen stellen sich nämlich nur, wenn gegen den Schuldner im Rahmen einer Zwangsvollstreckung vorgegangen wird. Wo aber eine solche Zwangsvollstreckung je stattfinden wird,[780] ist beim Abschluss der Rechtshandlung nicht prognostizierbar, weshalb der Anfechtungsgegner auch nicht auf die Anwendung des einen oder anderen Rechts vertrauen kann.

Auf die Anfechtungstatbestände als solche sollte deshalb das Recht zur Anwendung kommen, welches das Verhältnis zwischen Schuldner

[775] Ebenso falsch wäre es allerdings, das strengere der beiden in Frage kommenden Anfechtungsrechte anzuwenden. Auf die Ermittlung des anwendbaren Rechts sollen noch keine Präferenzen für oder gegen die Anfechtung einfliessen. Diese Beurteilung muss dem berufenen Sachrecht vorbehalten bleiben.
[776] Andere Termini: Dépeçage, Spaltung, Sonderanknüpfung.
[777] HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 573.
[778] SCHWANDER, Bd. I, Rz 301 ff.
[779] So z. B. in Art. 15, 17 und 18 IPRG. Auch im allgemeinen Teil finden sich Sonderanknüpfungen, so z. B. in den Art. 156 ff. IPRG.
[780] Diese findet gewöhnlich am Wohnsitz des Schuldners oder am Ort des Vermögens statt. Beide Anknüpfungspunkte können sich aber zwischen Abschluss der Rechtshandlung und Geltendmachung der Anfechtung verändert haben.

und Anfechtungsgegner regelt, d. h. das Recht am Belegenheitsort des anfechtbar erworbenen Vermögenswerts zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung. Die auf diese Weise anzuknüpfenden Anfechtungstatbestände werden im schweizerischen Recht in den Art. 286-288 sowie in Art. 290 SchKG geregelt.

Alle übrigen Fragen sollten dagegen dem Recht unterstehen, das auf die Gläubiger - Schuldner - Beziehung zur Anwendung kommt, d. h. dem Wohnsitzrecht des Schuldners bzw. der lex fori concursus. Dazu gehören insbesondere die Frage der Legitimation, der allgemeinen Voraussetzungen, der Befristung sowie der Wirkung der Anfechtung. Diese Fragen sind im schweizerischen Recht in den Art. 285[781], 291 und 292 SchKG geregelt. Auch die Abtretung von Anfechtungsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG gehört hierher.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich übrigens, dass auch in der schweizerischen Literatur in bezug auf gewisse Fragen eine Zerlegung - ohne allerdings die entsprechende Terminologie zu verwenden - vorgenommen wird. Immer dann nämlich, wenn das Problem diskutiert wird, ob ein ausländischer Verlustausweis zur Erhebung der Anfechtungsklage berechtige,[782] wird die Frage der Legitimation separat angeknüpft. Insofern wird mit dieser Methode kein Neuland beschritten.

Schliesslich sei auch darauf hingewiesen, dass die oben entwickelten Grundsätze als Regelanknüpfung zu verstehen sind, von denen im Einzelfall, wenn sie der Situation nicht gerecht werden, abgewichen werden kann. Dieser Vorbehalt gilt im IPRG generell (Art. 15 IPRG); bei Anfechtungstatbeständen wird er aber wohl von besonderer Aktualität sein.[783] Zudem ist selbstverständlich, dass der Vorbehalt des Ordre public auch hier gilt und das missbräuchliche Setzen eines Anfechtungstatbestands keinen Schutz finden kann.

[781] In Art. 285 SchKG werden durch das Erfordernis eines Pfändungsverlustscheins zwei Voraussetzungen geregelt, nämlich (1) das Bestehen einer Forderung des Gläubigers und (2) das Ungenügen des Schuldnervermögens. Der Pfändungsverlustschein dient dem Nachweis, dass beide Voraussetzungen erfüllt sind.

[782] Vgl. vorne, VII A.

[783] Als Illustration sei hier auf den Sachverhalt hingewiesen, der dem Entscheid des BGH, 30.4.1992, IPRax 1993, S. 69 ff., zugrunde lag.

E. Unterschiedliche Behandlung der Anfechtungsklagen im Konkurs und in der Einzelanfechtung?

In der deutschen Literatur werden die Anfechtungsklagen im Konkurs verschiedentlich anders angeknüpft als diejenigen in der Einzelvollstreckung. Begründet wird dies insbesondere damit, dass sich die Struktur der beiden Anfechtungsarten unterscheide: während bei der Einzelanfechtung drei Personen beteiligt seien, stünden sich bei Insolvenzanfechtung praktisch nur der Verwalter und der Anfechtungsgegner gegenüber.[784] Dieses Argument vermischt zwei Ebenen, die auseinanderzuhalten sind. Die "Drei-Personen-Struktur" der Einzelanfechtung beschreibt den Sachverhalt, wie er der Anfechtung zugrunde liegt: ein Gläubiger hat eine Forderung gegen einen Schuldner, der mit einem Dritten ein anfechtbares Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Diese Situation ist die gleiche bei einem Konkurs, mit dem einzigen, hier nicht relevanten Unterschied, dass es im Konkurs normalerweise um eine Mehrheit von Gläubigern geht. Das angeblich die beiden Arten der Anfechtung unterscheidende "zwei-Personen-Verhältnis" in der Insolvenzanfechtung bezieht sich auf die *Geltendmachung* der Anfechtungsansprüche; und hier liegt auch bei der Einzelanfechtung ein "zwei-Personen-Verhältnis" vor, da sich im Prozess Gläubiger und Anfechtungsgegner gegenüberstehen. Mit Bezug auf die Interessenabwägung der beteiligten Parteien ist deshalb die Struktur der beiden Anfechtungsarten durchaus identisch.

Weiter wird geltend gemacht, die Insolvenzanfechtung diene auch der Gleichbehandlung der Gläubiger.[785] So gesehen spräche der Grundsatz der "par condicio creditorum" für die Anwendung des gleichen Rechts auf alle Anfechtungsklagen in einem Konkurs, nämlich der lex fori concursus. Weshalb allerdings die Anwendung des gleichen Rechts auf alle Anfechtungsklagen eines Konkurses der Gleichbehandlung der Gläubiger dienen soll, ist nicht ersichtlich; das Ergebnis wäre vielmehr eine Gleichbehandlung der Anfechtungsgegner. Eine solche gehört jedoch nicht zu den Zielen eines Konkurses.

Vorgebracht wird auch, dass sich die Anfechtungstatbestände im Konkurs und in der Einzelvollstreckung nicht vollständig deckten.[786]

[784] HANISCH, Internationalprivatrecht, S. 574; DERSELBE, Wende, S. 1239; VON CAMPE, S. 391.

[785] VON CAMPE, a. a. O.; BREITENSTEIN, S. 184.

[786] VON CAMPE, a. a. O. Diese Aussage bezieht sich auf das deutsche Recht.

Dies trifft auf das Schweizer Recht nicht zu. Die Tatsache, dass die Anfechtungstatbestände in- und ausserhalb des Konkurses im SchKG vollkommen deckungsgleich geregelt sind, ist gerade ein Argument dafür, sie auch gleich anzuknüpfen.

Massgebend für die Bestimmung des anwendbaren Rechts muss sein, dass sich die Interessenlage im Konkurs nicht anders präsentiert als in der Einzelvollstreckung. Der Anfechtungsgegner soll auch in diesem Fall auf die Anwendung des Rechts vertrauen dürfen, mit dessen Anwendbarkeit er bei Abschluss des Rechtsgeschäfts rechnete. Dies rechtfertigt sich umso mehr, als zu diesem Zeitpunkt der Anfechtungsgegner nicht immer wissen kann, ob sein Kontrahent dereinst einem Einzelvollstreckungs- oder Konkursverfahren unterworfen sein wird.[787] Daran ändert auch nichts, dass wohl jedes materielle Anfechtungsrecht den Gutglaubensschutz des Dritten in der einen oder anderen Weise berücksichtigt. Dieser Vertrauensschutz liegt auf der Ebene des materiellen Rechts. Hier geht es aber um die Frage, ob der Vertrauensschutz auf kollisionsrechtlicher Ebene geschützt werden soll. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte dies der Fall sein.

[787] Damit soll nicht gesagt sein, dass nicht auch Argumente für die Geltung der lex concursus sprechen. Um die unterschiedliche Anknüpfung im Vergleich zur Einzelanfechtung zu begründen, sollten aber nicht vermeintliche rechtsdogmatische Unterschiede der beiden Anfechtungsarten angeführt werden - welche zumindest für das Schweizer Recht nicht zutreffen - sondern man sollte sich offen zum eigentlichen Grund bekennen, nämlich dass die Anwendung eines einzigen Rechts, "Normalfall und wegen der Einfachheit und Klarheit auch Idealfall ist" (HANISCH, Extraterritoriale Wirkung, S. 74). Dieses Argument hat zweifellos Gewicht, vermag sich aber nach der hier vertretenen Auffassung gegen das Postulat einer auch die Interessen des Anfechtungsgegners berücksichtigenden Anknüpfung nicht durchzusetzen.
Der Wille, zu einer einfachen Lösung des Problems zu gelangen, hat Tradition. Aus diesem Grund hatte sich schon das Luzerner Obergericht im Jahr 1930 (ZBJV 66 [1930] S. 563 ff.) für das Recht des Exekutionsorts ausgesprochen. Zu diesem Entscheid bemerkt DOKA, S. 340 f. FN 16: "Es ist unjuristisch [gesp. im Original], einfach 'das Recht des Exekutionsorts als massgebend' zu erklären, weil das 'den Vorteil der Einfachheit und Klarheit für sich hat', und weil es 'das Gegebendste ist, das Recht jenes Staats, in welchem die Exekution durchzuführen ist, darüber zu entscheiden hat, was für Objekte im Streitfall der Verwertung unterstehen'".

VIII. Ergebnis

Die allgemeinen Voraussetzungen, insbesondere die Legitimation, die Befristung sowie die Wirkungen der Anfechtung unterstehen in der Einzelvollstreckung dem Recht am Wohnsitz des Schuldners. Im Konkurs ist der Ort der Konkurseröffnung massgebend.

Die Anfechtungstatbestände als solche unterstehen dem Recht des Ortes, wo der anfechtbar erworbene Vermögenswert zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung belegen war.

Anfechtungsansprüche, die in die schweizerische Separatkonkursmasse fallen, unterstehen schweizerischem Recht. Die Legitimation wird gemäss Art. 171 IPRG erweitert.

Anfechtungsansprüche, die der ausländischen Konkursmasse zustehen, werden gemäss den allgemeinen Regeln angeknüpft, d. h. sie unterstehen in bezug auf Legitimation, Befristung sowie Wirkungen der lex fori concursus, in bezug auf die Anfechtungstatbestände als solche dem Lageort des anfechtbar erworbenen Vermögenswerts zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung.

§ 19 Einzelfragen

I. Bilaterale Staatsverträge

A. Allgemeines

Die Schweiz hat - abgesehen vom LugÜ - auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts diverse Staatsverträge abgeschlossen. Diese Verträge wurden - soweit die gleichen Staaten betroffen sind - durch das LugÜ nicht generell aufgehoben, sondern lediglich durch dieses ersetzt, soweit eine durch das Abkommen geregelte Materie betroffen ist (Art. 57 LugÜ). Sie haben somit weiterhin ihre Bedeutung, insbesondere auf dem Gebiet des Familien- und Erbrechts. Einzig der Vertrag mit Frankreich,[788] der auch das internationale Konkursrecht

[788] Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 15. Juni 1869 (ehemals SR 0.276.193.491).

zwischen den beiden Staaten, regelte, wurde auf den 1. Januar 1992 aufgehoben.[789]

B. Einfluss auf die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung

Nach der hier vertretenen Auffassung fallen Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung in den Anwendungsbereich des LugÜ.[790] Soweit mit einem LugÜ-Staat ein bilaterales Übereinkommen über Zuständigkeit und Vollstreckung besteht, stellt sich daher die Frage nach der Zuständigkeit für Anfechtungsklagen nach einem solchen Übereinkommen nicht.

Als Verträge, die unter diesem Gesichtspunkt noch eine Rolle spielen, finden sich lediglich Abkommen mit der Tschechischen Republik[791] und Liechtenstein[792].

Da Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung grundsätzlich als Zivilsachen anzusehen sind, fallen sie in den Anwendungsbereich der beiden Abkommen.[793] Das Abkommen mit der Tschechoslowakei regelt nur die indirekte Zuständigkeit[794] und ist somit eine "convention simple"[795]. Von Bedeutung kann es daher zum vornherein erst auf der

[789] AS 1992, 200.

[790] Vgl. vorne, § 14 IV G.

[791] Vertrag zwischen der Schweiz und der tschechoslowakischen Republik über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 21. Dezember 1926 (SR 0.276.197.411). Die Weitergeltung dieses Vertrags mit der Tschechischen Republik und der Slowakei wurde durch Notentausch vom 24. Februar bzw. vom 13. Oktober/25. November 1994 festgestellt.

[792] Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen in Zivilsachen vom 25. April 1968 (SR 0.276.195.141).

[793] PETITPIERRE, S. 27, sieht Anfechtungsurteile grundsätzlich ebenfalls als Zivilsache an (so für das Abkommen mit Österreich vom 15. März 1927, welches durch den Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 16. Dezember 1960 [SR 0.276.191.632] ersetzt wurde). A. A. STORCK, S. 15, der dies mit der betreibungsrechtlichen Natur der Anfechtungsklage begründet.

[794] BGE 76 II 250.

[795] Eine convention simple regelt nur die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, eine convention double zusätzlich die direkte

Stufe der Anerkennung und Vollstreckung werden. Das Abkommen sieht eine Anerkennung allerdings nur vor, wenn die Regeln über die indirekte Zuständigkeit des Anerkennungsstaats eine solche zulassen.[796] Diese indirekten Zuständigkeiten werden nicht vertragsautonom geregelt, sondern bestimmen sich nach dem nationalen Recht des Vollstreckungsstaats.[797] Sie richten sich daher nach dem IPRG; das Abkommen ändert somit nichts an der Anerkennungsregelung gemäss autonomem Recht.[798] Da die schweizerische Zuständigkeit für Anfechtungsklagen eine ausschliessliche ist,[799] werden Anfechtungsurteile nicht vollstreckt, für welche die Schweiz eine Zuständigkeit in Anspruch nimmt. Es besteht daher keine Differenz zur Rechtslage gemäss autonomem Recht. Hingegen könnte man die Auffassung vertreten, eine allfällige Anerkennung erfolge auf der Basis des Übereinkommens und nicht gemäss der autonomen Regelung. Dies hat Auswirkungen auf die Kognition des Bundesgerichts. Eine Anerkennung gemäss autonomem Recht kann im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde nur auf Willkür überprüft werden;[800] erfolgte sie aufgrund eines Staatsvertrags kommt dem Bundesgericht volle rechtliche Kognition zu.[801]

Zuständigkeit; eine convention triple liegt vor, wenn direkte Zuständigkeit, anwendbares Recht sowie Anerkennung und Vollstreckung in einem Abkommen geregelt werden, vgl. SCHWANDER, Bd. II, Rz 601.

[796] Art. 1 Abs. 1 Ziff. 1; diese Fassung der indirekten Zuständigkeit als Voraussetzung der Anerkennung lehnt sich an einen Haager Entwurf über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom November 1925 an, vgl. STAUFFER, S. 3 u. 19 f.; DERSELBE, Verträge, S. 4 f. Da zu jener Zeit ausdrückliche nationale Normen über die indirekte Zuständigkeit weitgehend fehlten, führte ein solches System dazu, dass eine Vollstreckung insbesondere dann ausgeschlossen war, wenn der Anerkennungsstaat für den betreffenden Fall für sich eine ausschliessliche Zuständigkeit in Anspruch nahm (STAUFFER, S. 20). Mit dem Erlass von indirekten Zuständigkeitsvorschriften durch einen Staat verlieren solche staatsvertraglichen Anerkennungvoraussetzungen ihre Relevanz, da sie sich als blosse Verweisung auf die indirekte Zuständigkeitsregelung des Anerkennungsstaats und damit auf die autonome Anerkennungsordnung erweisen.

[797] PETITPIERRE, Conventions, S. 31.

[798] Diese sei hier der Übersichtlichkeit halber nochmals in Erinnerung gerufen: Ein ausländisches Anfechtungsurteil wird in der Schweiz anerkannt, wenn es am Wohnsitz des Anfechtungsgegners oder des Schuldners ergangen ist und der Wohnsitz des Schuldners oder des Anfechtungsgegners nicht in der Schweiz liegt (vorne, § 17 III A).

[799] Vgl. vorne, § 17 III A.

[800] BGE 116 II 628.

[801] BGE 119 II 382 f.

Auch das Abkommen mit Liechtenstein regelt lediglich die indirekte Zuständigkeit[802] und kommt damit höchstens auf der Ebene der Anerkennung ins Spiel. Im Unterschied zum Abkommen mit der Tschechoslowakei sieht es hingegen in Art. 2 eine vertragsautonome Bestimmung der indirekten Zuständigkeit zwischen den beiden Staaten vor. Von Interesse ist hier insbesondere Abs. 1 Ziff. 1 dieses Artikels, der eine Zuständigkeit am Wohnsitz des Beklagten vorsieht. Dies würde bedeuten, dass - in Abweichung zur Rechtslage gemäss autonomem Recht - ein liechtensteinisches Anfechtungsurteil gegen einen in Liechtenstein wohnenden Beklagten auch dann anerkannt werden müsste, wenn der Schuldner in der Schweiz wohnen würde.[803] Allerdings behält Art. 2 Abs. 2 des Abkommens autonome Vorschriften vor, nach denen "für das den Streitgegenstand betreffenden Sachgebiet ein Gericht des einen oder andern Staats ausschliesslich zuständig ist". Da für Anfechtungsklagen ausschliesslich der Richter am schweizerischen Wohnsitz des Schuldners oder Anfechtungsbeklagten zuständig ist,[804] bleibt es auch hier bei der Anerkennung gemäss autonomem Recht und das Abkommen findet keine Anwendung.

C. Anfechtungsklagen im Konkurs

Die Schweizer Kantone haben vor der Gründung Schweizer Bundesstaats eine Anzahl von Staatsverträgen in konkursrechtlichen Angelegenheiten mit dem Ausland geschlossen. Von diesen Staatsverträgen haben für die hier behandelte Materie lediglich die Übereinkünfte mit der Krone Württemberg[805] und dem Königreich Bayern[806] eine gewisse

[802] ZR 75 (1976) Nr. 29; STAEHELIN, Staatsverträge, S. 577 f.
[803] Die Schweiz nimmt für den Fall, dass der Schuldner in Schweiz wohnt, für sich eine ausschliessliche Zuständigkeit in Anspruch, vgl. vorne, § 17 III A.
[804] Vgl. vorne, § 17 III A.
[805] LS 283.1; der Übereinkunft sind ausser Schwyz und Neuenburg sämtliche Kantone beigetreten. Gegenüber Appenzell-Ausserhoden wurde das Abkommen teilweise suspendiert (NUSSBAUM, S. 52 m. w. H.). Auf deutscher Seite ist der örtliche Anwendungsbereich des Übereinkommens umstritten. Sicherlich Anwendung findet es auf dem Gebiet des Oberlandesgerichts Stuttgart, möglicherweise auch auf demjenigen des Oberlandesgerichts Karlsruhe, vgl. SCHMID, S, 12, m. w. H.
[806] LS 283.2; der Übereinkunft sind ausser Schwyz und Appenzell-Innerrhoden sämtliche Kantone beigetreten.

Relevanz.[807] Dass sie grundsätzlich noch Gültigkeit besitzen, steht ausser Frage;[808] umstritten ist allein die praktische Bedeutung, die ihnen zukommt.

1. Die Übereinkunft mit Württemberg

Das Abkommen äussert sich nicht zu den Anfechtungsklagen. Angesichts des rudimentären Wortlauts verbietet sich eine ausdehnende Auslegung, so dass es für die Zuständigkeit bei der Rechtslage gemäss autonomem Recht bleibt.

Hingegen statuiert die Übereinkunft in Art. IV die Einheit des Konkurses. Das Gebiet der Vertragsparteien bildet somit einen einheitlichen Konkursraum - nur bezüglich dinglicher Rechte gilt, dass sie am Ort der gelegenen Sache geltend gemacht werden können (Art. V). Das hat Auswirkungen auf das auf die Anfechtungsklagen anwendbare Recht. Soweit nämlich der anfechtbar erworbene Vermögenswert zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung im Gebiet einer der Vertragsparteien belegen war, kommt die lex concursus zur Anwendung, der Vorbehalt des Anfechtungsrechts des Lageorts[809] gilt hier nicht.[810] Das Bundesgericht hat dasselbe zum (aufgehobenen) Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich festgestellt, der ebenfalls die Universalität des Konkurses zwischen den beiden Ländern vorsah.[811] Vom Prinzip der Einheit des Konkurses sind lediglich dingliche Rechte der Gläubiger ausgenommen (Art. V). Bezieht sich die Anfechtung auf einen solchen Sachverhalt, so bleibt es beim Vorbehalt des Lageorts für die Anfechtung gemäss autonomer Regelung.

Das Bundesgericht hat allerdings dieser Übereinkunft nur eine beschränkte Bedeutung zugemessen:[812] es führte aus, das Abkommen sein nur hinsichtlich der Vollstreckbarkeit des ausländischen Konkurser-

[807] Daneben irrlichtern noch eine Reihe weitere Abkommen durch die schweizerische Rechtslandschaft, deren Bestand allerdings fraglich ist, vgl. die Übersichten bei SCHKG-M. STAEHELIN, N 71 ff. zu Art. 30a; VOLKEN, S. 470; NUSSBAUM, S. 49 f.; DAVID, S. 84.
[808] Botschaft IPRG, Ziff. 210.1.
[809] Vgl. vorne, § 18 VII D.
[810] Zu beachten bleibt aber, dass dies nur gilt, wenn sich die massgebenden Anknüpfungspunkte auf dem Gebiet einer der Vertragsparteien verwirklicht haben. Ist dies nicht der Fall, bleibt es bei den allgemeinen Regeln.
[811] BGE 59 III 257 f.
[812] BGE 109 III 83.

kenntnisses anwendbar, die Wirkungen und das Verfahren richteten sich dagegen nach Art. 197 ff. SchKG. Es sei zunächst eine schweizerische Separatkonkursmasse zu bilden und erst ein allfälliger Überschuss der ausländischen Masse auszuliefern. Diese Rechtsprechung missachtet Art. IV des Abkommens, der die Universalität des Konkurses anordnet. Sie verletzt deshalb im Ergebnis den Vorrang des Völkerrechts vor Landesrecht[813] und wird in der Literatur einhellig abgelehnt.[814]

2. Die Übereinkunft mit Bayern

Auch diese Übereinkunft enthält keine Bestimmungen zur Anfechtung, so dass sich die Zuständigkeit nach autonomem Recht richtet. Sie sieht ein Verbot von Arrestlegungen und anderen Verfügungen über das bewegliche Vermögen des Konkursiten vor. Umstritten ist, ob diese Übereinkunft damit auch das Prinzip der Einheit des Konkurses aufstellt. Soweit Immobilien betroffen sind, ist der Wortlaut des Vertrages klar: sie fallen nicht in eine einheitliche Konkursmasse;[815] für Anfechtungsansprüche, die sich darauf beziehen, bleibt es somit bei den allgemeinen Regeln. In einem neusten Entscheid hat das Konkursrichteramt am Bezirksgericht Zürich[816] für das bewegliche Vermögen festgehalten, die Übereinkunft mit Bayern statuiere das Prinzip der Einheit des Konkurses und ist dementsprechend davon ausgegangen, die bayerische Konkurseröffnung wirke eo ipso auch in der Schweiz.[817] Die Einheit des Konkurses leitete das Konkursrichteramt aus dem in der Übereinkunft enthaltenen Verbot von Spezialexekutionen ab. Diese Folgerung schiesst aber über das Ziel hinaus: ein Verbot von Spezialexekutionen führt lediglich dazu, dass das in der Schweiz gelegene Vermögen im Rahmen eines Konkurses liquidiert werden muss.[818] Dass ein solcher Konkurs in der Form eines Separatkonkurses analog zu Art. 170

[813] Art. 26 f. VRK.

[814] SCHKG-M. STAEHELIN, N 71 zu Art. 30a; STAEHELIN, S. 78; BÜRGI, S. 99 f.; AMMON, ZBJV 1985, S. 465 ff.; NUSSBAUM, Anerkennung, S. 356 f.; GILLIÉRON, exécution forcée, S. 97: [...] résolument incompatible avec la lettre et l'esprit des traités [...].

[815] SCHKG-M. STAEHELIN, N 77 zu Art. 30a m. w. H.; a. A. GILLIÉRON, exécution forcée. S. 97 FN 20, allerdings ohne nähere Begründung.

[816] ZR 96 (1997), Nr. 104 = BlSchKG 1999, S. 25 ff.; ebenso Aufsichtsbehörde des Kantons Schaffhausen, ZIP 1983, S. 203, und BUCHNER, S. 86 f.

[817] Kritisch zu diesem Entscheid SCHMID, S.20.

[818] STAEHELIN, S. 80.

IPRG[819] erfolgen kann, schliesst das Abkommen hingegen nicht aus.[820] Damit hat die Übereinkunft mit Bayern, anders als diejenige mit Württemberg, keinen Einfluss auf das auf Anfechtungsklagen anwendbare Recht, unabhängig davon, ob bewegliche oder unbewegliche Sachen betroffen sind.

3. Anerkennung ausländischer Anfechtungsurteile aus einem Konkurs aufgrund bilateraler Vollstreckungsübereinkommen?

Die Frage stellt sich, ob ausländische Anfechtungsurteile, die aus einem Konkursverfahren stammen, nicht aufgrund eines bilateralen Vollstreckungsübereinkommens anerkannt werden könnten. Das gilt auch für diejenigen Vertragsstaaten eines bilateralen Abkommens, die gleichzeitig das LugÜ ratifiziert haben,[821] da Art. 56 LugÜ Verträge zwischen den Vertragsstaaten unberührt lässt, soweit sich deren Anwendungsbereich nicht mit demjenigen des LugÜ überschneidet. Ein solcher Fall liegt hier vor: Anfechtungsklagen im Konkurs fallen nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ.[822] Ein Staatsvertrag, der diese Materie regelt, behält also seine Gültigkeit.

Üblicherweise wird eine Subsumption ausländischer Anfechtungsurteile aus einem Konkurs unter diese Vollstreckungsübereinkommen abgelehnt.[823] Als Begründung wird angeführt, dass Anfechtungsklagen betreibungsrechtlicher Natur und deshalb keine Zivilsachen im Sinn dieser Verträge seien.[824] Das ist allerdings unzutreffend: abgesehen davon, dass nach der hier vertretenen Auffassung Anfechtungsklagen in internationalprivatrechtlicher Hinsicht keine betreibungsrechtlichen Klagen sind, könnte eine solche Qualifikation, die auf Landesrecht beruht, für die Auslegung eines Staatsvertrages ohnehin nicht ausschlag-

[819] Hingegen ist für das bewegliche Vermögen ein Exequatur nicht notwendig, SCHMID, S. 20, m. w. H.

[820] STAEHELIN, S 81; allerdings ist eine damit verbundene Privilegierung schweizerischer gegenüber bayerischen Gläubigern aufgrund des im Vertrag statuierten Gleichbehandlungsprinzips nicht zulässig, vgl. SCHKG-M. STAEHELIN, N79 zu Art. 30a.

[821] Solche Abkommen sind diejenigen mit Deutschland (SR 276.191.361), Österreich (SR 276.191.632), Belgien (SR 276.191.721), Spanien (SR 276.193.321), Italien (SR 276.194.541), und Schweden (SR 276.197.141).

[822] Vgl. vorne, § 14 III D.

[823] STAEHELIN, S. 150 f.; STORCK, S. 29; differenziert PETITPIERRE, S. 27.

[824] So insbesondere STORCK, S. 29.

gebend sein. Von Bedeutung ist hingegen, dass diese Verträge üblicherweise Konkurssachen vom Geltungsbereich ausnehmen,[825] in einem Fall - dem Vertrag mit Schweden - werden Anfechtungsklagen ausdrücklich erwähnt.[826] Daraus muss geschlossen werden, dass - nicht anders als beim LugÜ - Anfechtungsurteile aus einem ausländischen Konkurs in diesem Sinn als Konkurssachen gelten und nicht aufgrund dieser Verträge anerkannt werden können.[827] Es bleibt somit auch im Geltungsbereich dieser Staatsverträge bei der autonomen Anerkennungsregelung.

II. Einredeweise Geltendmachung des Anfechtungsrechts und verwandte Tatbestände

Das Anfechtungsrecht kann nicht nur durch Klage geltend gemacht werden, sondern auch durch Einrede, z. B. in einem Widerspruchs- oder Kollokationsprozess.[828] Die Einrede als Vorfrage kann am Forum des Hauptprozesses geltend gemacht werden, auch wenn an diesem Ort die Anfechtung nicht als selbständige Klage vorgebracht werden könnte.[829] Es gilt die Parömie: "Le juge de l'action est le juge de l'exception".[830] Dies muss sowohl in einem allgemein internationalen[831] als auch im eurointernationalen Verhältnis gelten. Das LugÜ ändert daran nichts, da sich Art. 6 Nr. 3 LugÜ, der Konnexität verlangt, nur auf Widerklagen

[825] Nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind Konkurssachen in den Verträgen mit Deutschland und Italien; dennoch muss auch hier angenommen werden, dass sie nicht in den Anwendungsbereich dieser Verträge fallen, vgl. PROBST, S. 46 f.

[826] Art. 11 Ziff. 1.

[827] Im Ergebnis gleich STAEHELIN, S. 151.

[828] BGE 114 III 111; SchKG-D. STAEHELIN, N 5 zu Art. 289.

[829] SchKG-D. STAEHELIN, a. a. O.

[830] BGE 85 II 107; FRANK/STRÄULI/MESSMER, N 6 zu § 25.

[831] In BGE 85 II 103 ff. hat das Bundesgericht entscheiden, dass im interkantonalen und internationalen Verhältnis die Verrechungseinrede am Ort der Hauptklage möglich sein muss; der Verweis in ein separates Verfahren sei unzulässig. Das muss von Bundesrecht wegen gelten, WALDER-RICHLI, § 11 Rz 8. In BGE 119 III 48 hat das Bundesgericht im internationalen Verhältnis die Geltendmachung eines Gegenanspruchs der Beklagten in Form einer Widerklage nicht zugelassen, da für diesen Anspruch eine ausschliessliche Gerichtsstandsvereinbarung bestand. Hingegen konnte der gleiche Anspruch als Verrechnungseinrede vorgebracht werden, hatte aber aus materiellrechtlichen Gründen keinen Erfolg.

bezieht. Die Zulässigkeit von Verteidigungsmitteln wie z. B. der Einrede der Verrechnung richten sich nach nationalem Recht.[832] Somit hat die einredeweise Geltendmachung des Anfechtungsrechts am Forum des Hauptprozesses auch vor dem LugÜ Bestand.[833]

Das Anfechtungsrecht kann auch der Begründung (Art. 108 SchKG) oder Abwehr (Art. 107 SchKG) einer Widerspruchsklage dienen.[834] Auch hier ergeben sich keine Besonderheiten; die Zuständigkeit richtet sich nach derjenigen für den Widerspruchsprozess. Das Anfechtungsrecht erfüllt hier keine andere Funktion als irgendein anderes subjektives materielles Recht, dass zur Begründung oder Abwehr einer Widerspruchsklage herangezogen wird, und ebensowenig einen Einfluss auf die Zuständigkeit für Widerspruchsklagen ausübt.

Hier ist in Erinnerung zu rufen, dass im Anwendungsbereich des LugÜ die Widerspruchsklage gegen den Dritten im Sinne von Art. 108 SchKG an dessen Wohnsitz anzubringen ist.[835] Das dies so sein muss, zeigt sich exemplarisch am Zusammenspiel zwischen Widerspruchsklage und Anfechtungsrecht: klagt nämlich der Gläubiger gegen den Dritten gemäss Art. 108 SchKG, so hat der Dritte Gewahrsam an der Pfandsache. Die Pfändung war dennoch möglich, da der Gläubiger behauptete und glaubhaft machte, der Dritte habe den Vermögenswert anfechtbar erworben.[836] Üblicherweise müsste gegen den Dritten mit der Anfechtungsklage vorgegangen werden; im eurointernationalen Verhältnis müsste damit an dessen Wohnsitz geklagt werden. Gelingt es nun aber, den angeblich anfechtbar erworbenen Vermögenswert pfänden zu lassen, so kann die Anfechtung zum Thema eines Widerspruchsprozes-

[832] Danvaern Produktion AS/Schuhfabriken Otterbeck & Co, Rs C-341/93, Slg. 1995, I-2053 ff. und Anmerkung MANKOWSKI, ZZP 1996, S. 394.

[833] Die Frage stellt sich nur im Rahmen der Anfechtung in der Einzelvollstreckung, da die Anfechtung im Konkurs ohnehin nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ fällt.

[834] BGE 107 III 121.

[835] Vgl. vorne, § 10 I B.

[836] Das Bundesgericht lässt in einem solchen Fall eine Pfändung zu, selbst wenn es sich um ein Grundstück handelt (BGE 114 III 90 ff.). Es räumt zwar ein, dass dies durch den Wortlaut von Art. 10 Ziff. 3 VZG nicht gedeckt sei, ist aber der Meinung, diese Bestimmung, wonach ein auf den Namen eines Dritten eingetragenes Grundstück gepfändet werden könne, wenn "der Grundbucheintrag unrichtig ist", müsse weit ausgelegt werden (BGE 117 III 31 f.;114 III 90 f.). Das ist nicht selbstverständlich, da die sich die Pfändung an den zivilrechtlichen Gegebenheiten orientieren muss und ein anfechtbares Rechtsgeschäft - auch in betreibungsrechtlicher Hinsicht - solange gültig ist, als es nicht angefochten wird.

ses gemacht werden. Wäre der Pfändungsort der Gerichtsstand zur Erhebung der Widerspruchsklage nach Art. 108 SchKG, so würde durch den Entscheid der Betreibungsbehörde, unter Berufung auf ein glaubhaft gemachtes Anfechtungsrecht einen Vermögenswert zu pfänden, die Zuständigkeit für die Geltendmachung des Anfechtungsrechts präjudiziert. Mit anderen Worten: der Anfechtungsbeklagte würde immer dann um seinen Wohnsitzgerichtsstand gebracht, wenn die Betreibungsbehörde nach summarischer Beurteilung einen Anfechtungstatbestand als glaubhaft gemacht ansieht. Es leuchtet ein, dass von einer solchen Beurteilung die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen nicht abhängen darf. Diese unerfreuliche Folge wird vermieden, wenn, wie hier vorgeschlagen,[837] bei ausländischem Wohnsitz des Beklagten die Klage nach Art. 108 SchKG dort angebracht werden muss.

Das Problem stellt sich bei der Klage nach Art. 107 SchKG nicht, da eine Widerspruchsklage am Ort der Pfändung von Vermögenswerten, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden, nicht gegen die Zuständigkeitsordnung des LugÜ verstösst.[838]

III. Anfechtungsklagen aufgrund eines Nachlassvertrags

Die Legitimation zur Anfechtungsklage kann sich nicht nur aufgrund einer Konkurseröffnung, sondern auch aufgrund eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung ergeben.[839] Dabei gelten im allgemeinen die gleichen Regeln wie für die Anfechtung im Konkurs, und zwar sowohl für die Zuständigkeit als auch das anwendbare Recht. So sind Nachlassverfahren vom LugÜ ebensowenig erfasst wie Konkurse.[840] Für das autonome internationale Nachlassvertragsrecht gelten die Art. 166 - 170 IPRG sinngemäss.[841] Das trifft auch für Art. 171 IPRG zu,[842] der die Anfechtung zugunsten der schweizerischen Separatkonkursmasse und die Legitimation der ausländischen Konkursverwaltung zu deren Geltendmachung regelt; diese Legitimation muss auch der ausländischen Nachlassverwaltung zukommen.[843]

"Nachlassvertrag" im Sinne von Art. 175 IPRG sind alle ausländischen Verfahren, die denselben Zweck wie ein schweizerischer Nachlassvertrag verfolgen.[844] Zwei Elemente müssen immerhin vorhanden sein: Schuldner und Gläubiger müssen in irgendeiner Form willensautonom mitwirken (ansonst ein Konkurs vorliegen würde) und es muss eine gewisse behördliche Kontrolle erfolgen (ansonst ein aussergerichtlicher Nachlassvertrag vorläge, auf den die vertragsrechtlichen Bestimmungen des IPRG anwendbar wären.[845]

IV. Das Projekt eines Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens

Im Rahmen der Haager Konferenz für IPR wird an der Ausarbeitung eines weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens gearbeitet.[846] Zur Zeit liegt ein Entwurf vor.[847] Die endgültige Fassung soll im Herbst 2000 im Haag verabschiedet werden. In diesem Stadium können deshalb noch keine Aussagen darüber gemacht werden, wie sich ein solches Abkommen, sollte es von der Schweiz ratifiziert werden, auf die Zuständigkeit für Anfechtungsklagen auswirken würde. Eine Durchsicht des Entwurfs zeigt jedoch, dass zumindest Anfechtungsklagen im Konkurs vom Übereinkommen kaum beeinflusst werden, da Insolvenzsachen vom Anwendungsbereich ausgenommen sind.[848] Immerhin sieht der Entwurf in Art. 3 einen allgemeinen Beklagtengerichtsstand vor, so dass sich unter diesem Gesichtspunkt die Frage, ob darunter auch Anfechtungsklagen in der Einzelvollstreckung subsumiert werden müssen, durchaus einmal stellen wird.

---

[837] Vgl. vorne, § 10 I B.
[838] Vgl. vorne, § 10 I A.
[839] Vgl. vorne, § 13 II B.
[840] WALTER, S. 163.
[841] Art. 175 IPRG.
[842] GILLIÉRON, dispositions, S. 91, der von einer "inadvertance sans portée" spricht.

[843] SCHKG-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, N 17 zu Art. 331.
[844] STAEHELIN, S. 178.
[845] SCHKG-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, N 126 zu Art. 317.
[846] Näheres zum ganzen Projekt bei SCHACK, Entscheidungszuständigkeiten in einem weltweiten Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, ZEuP 1998, S. 931 ff.
[847] Abrufbar auf dem Internet unter: www.hcch.net/e/conventions/draft36e:html.

V. Das Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG)[849]

Dieses Gesetz sei hier lediglich pro memoria erwähnt: Internationale Verhältnisse werden vom Anwendungsbereich des GestG nämlich ausdrücklich ausgenommen (Art. 1 Abs. 1). Überdies werden die Zuständigkeitsnormen des SchKG vorbehalten (Art. 1 Abs. 2 lit. b). Die in dieser Arbeit behandelten Fragen werden somit von diesem Erlass nicht berührt.

[848] Art. 2 lit. e des Entwurfs.

[849] Das Gesetz ist noch nicht in Kraft getreten; die Referendumsfrist ist am 20. Juli 2000 abgelaufen.

4. Teil: Zusammenfassung

§ 20 Zusammenfassung

I. Widerspruchsklagen

A. Zuständigkeit im eurointernationalen Verhältnis

Die Widerspruchsklage nach Art. 107 SchKG ist als vollstreckungsrechtlich zu qualifizieren. Die internationale Zuständigkeit bestimmt sich deshalb nach Art. 16 Nr. 5 LugÜ; zuständig sind die Gerichte des Vollstreckungsstaats. Örtlich zuständig ist gemäss Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG das Gericht des Betreibungsorts.

Die Widerspruchsklage nach Art. 108 SchKG ist nach autonomem Recht ebenfalls als vollstreckungsrechtlich zu qualifizieren. Im eurointernationalen Verhältnis kann diese Qualifikation aber nicht im Sinne von Art. 16 Nr. 5 aufrechterhalten werden. Die Zuständigkeit am Betreibungsort gemäss Art. 109 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG hat deshalb keinen Bestand, sondern richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des LugÜ (Art. 2 ff.). Ist nach diesen Bestimmungen ein ausländisches Gericht zuständig, so muss dessen Urteil anschliessend in der Schweiz anerkannt werden; gestützt darauf ist vom Gericht am Betreibungsort über die Drittansprüche an den gepfändeten Vermögenswerten in der laufenden Betreibung zu entscheiden.

Werden Widerspruchsklagen bei Beteiligung des Schuldners am Verfahren als materiellrechtlich angesehen, richtet sich die Zuständigkeit nach den Vorschriften des LugÜ für Erkenntnisverfahren. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Verfahren nach Art. 107 oder Art. 108 SchKG vorliegt.

B. Zuständigkeit im allgemein internationalen Verhältnis

Die Zuständigkeit für Widerspruchsklagen richtet sich nach Art. 109 Abs. 1 SchKG (Betreibungsort).

Werden Widerspruchsklagen bei Beteiligung des Schuldners als materiellrechtlich angesehen, so gelten die Zuständigkeitsbestimmungen des IPRG.

II. Anfechtungsklagen

A. Zuständigkeit im eurointernationalen Verhältnis

1. Einzelvollstreckung

a. Schweizerische Zwangsvollstreckung

Die Anfechtungsklagen aus einer schweizerischen Zwangsvollstreckung sind im eurointernationalen Verhältnis als materiellrechtlich zu qualifizieren. Dieselbe Folgerung ist aus der Rechtsprechung des EuGH zu ziehen. Die internationale Zuständigkeit bestimmt sich damit nach dem Wohnort des Anfechtungsgegners (Art. 2 Abs. 1 LugÜ). Die Zuständigkeit am Pfändungsort gemäss Art. 289 SchKG hat keinen Bestand.

b. Ausländische Zwangsvollstreckung

Hat der Anfechtungsgegner Wohnsitz in der Schweiz, der Gläubiger hingegen im Ausland, so ist in der Schweiz eine Zuständigkeit gemäss Art. 2 Abs. 1 LugÜ gegeben.

2. Konkurs

Der Konkurs und damit im Zusammenhang stehende Anfechtungsklagen fallen nicht in den Anwendungsbereich des LugÜ (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2). Die Zuständigkeit ist daher dieselbe wie im allgemein internationalen Verhältnis.

B. Zuständigkeit im allgemein internationalen Verhältnis

1. Einzelvollstreckung

a. Schweizerische Zwangsvollstreckung

In dieser Konstellation ist eine Zuständigkeit am Wohnsitz des Anfechtungsgegners gegeben. Befindet sich dieser nicht in der Schweiz, so kann am Ort der Pfändung geklagt werden Art. 289 (SchKG).

b. Ausländische Zwangsvollstreckung

Ging der Anfechtungsklage keine schweizerische Betreibung voraus, besteht eine Zuständigkeit am schweizerischen Wohnsitz des Anfechtungsgegners. Subsidiär ist der Arrestgerichtsstand gemäss Art. 4 IPRG gegeben, falls die Anfechtungsklage auf eine Geldleistung geht.

2. Konkurs

Im Konkurs ist zwischen den Anfechtungsansprüchen der schweizerischen Hauptkonkursmasse, der schweizerischen Separatkonkursmasse und der ausländischen Hauptkonkursmasse zu unterscheiden

a. Anfechtungsansprüche der schweizerischen Hauptkonkursmasse

Die Zuständigkeit richtet sich nach Art. 289 SchKG und ist am schweizerischen Wohnsitz des Anfechtungsbeklagten einzureichen. Fehlt ein solcher, so besteht ein Gerichtsstand am Konkursort.

b. Anfechtungsansprüche der schweizerischen Separatkonkursmasse

Art. 171 IPRG verweist auf Art. 285-292 SchKG. Die Anfechtungsklage ist deshalb am schweizerischen Wohnsitz des Anfechtungsbeklagten einzureichen. Fehlt ein solcher, so richtet sich die Zuständigkeit nach dem Eröffnungsort des inländischen Separatkonkurses.

c. Anfechtungsansprüche der ausländischen Hauptkonkursmasse

Diese Konstellation wird vom Gesetz nicht geregelt. Analog zu Art. 289 SchKG ist von einer Zuständigkeit am Wohnsitz des Anfechtungsbeklagten auszugehen. Hat dieser keinen Wohnsitz in der Schweiz, ist die Anfechtungsklage am Eröffnungsort des schweizerischen Separatkonkurses zu erheben. Hat der Konkursit kein in der Schweiz belegenes Vermögen, so besteht eine Zuständigkeit am Ort der Anerkennung des ausländischen Konkurses; diese hat am schweizerischen Lageort des anfechtbar veräusserten Vermögenswerts zu erfolgen. Geht die Anfechtungsklage auf eine Geldleistung und ist nach den oben erwähnten Regeln keine Zuständigkeit in der Schweiz vorhanden, so kann subsidiär am schweizerischen Arrestort geklagt werden.

Die Anerkennung des ausländischen Konkurses kann auch vorfrageweise erfolgen, sofern der Konkursit in der Schweiz über kein Vermögen verfügt.

C. Anerkennung ausländischer Anfechtungsurteile

1. Eurointernationales Verhältnis

a. Einzelvollstreckung

Ausländische Anfechtungsurteile aus einem LugÜ-Staat sind in der Schweiz anzuerkennen und zu vollstrecken.

b. Konkurs

Anfechtungsurteile aus einem Konkurs fallen nicht unter das LugÜ. Es gelten daher die gleichen Regeln wie im allgemein internationalen Verhältnis

2. Allgemein internationales Verhältnis

a. Einzelvollstreckung

Ein ausländisches Anfechtungsurteil wird in der Schweiz anerkannt, wenn es am Wohnsitz des Anfechtungsgegners oder des Schuldners ergangen ist und der Wohnsitz des Anfechtungsgegners oder des Schuldners nicht in der Schweiz liegt.

b. Konkurs

Soweit der durch das ausländische Urteil titulierte Anfechtungsanspruch in die schweizerische Konkursmasse fallen würde, wird ein solches nicht anerkannt.

Steht der Anfechtungsanspruch der ausländischen Konkursmasse zu, so ist ein ausländisches Anfechtungsurteil zu anerkennen, wenn es am Wohnsitz des Anfechtungsgegners oder am Konkursort ergangen ist und der Wohnsitz des Schuldners oder des Anfechtungsgegners nicht in der Schweiz liegt. Das ausländische Konkurserkenntnis ist vorfrageweise zu anerkennen.

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Band 111: **Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG**
Von Dr. Luca Tenchio. 1999. XXVIII, 179 Seiten, broschiert, Fr. 49.–

Band 112: **Die Auskunftsperson im Zürcher Strafprozessrecht**
Von Dr. Susanne Vogel. 1999. XXXII, 178 Seiten, broschiert, Fr. 48.–

Band 113: **Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen gemäss Art. 17 ff. SchKG**
Unter Berücksichtigung des Beschwerdeverfahrens im Kanton Aargau
Von Dr. Markus Dieth. 1999. XXIX, 146 Seiten, broschiert, Fr. 48.–

Band 114: **Prozessuale Fragen bei der Durchsetzung von Aktionärsrechten**
Eine Darstellung nach Zürcherischer Zivilprozessordnung
Von Dr. Dominik Vock. 2000. XXXI, 195 Seiten, broschiert, Fr. 48.–

Band 115: **Das Retensionsrecht in der Zwangsvollstreckung**
Von Dr. Franz Studer. 2000. XXI, 173 Seiten, broschiert, Fr. 54.–

Band 116: **Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren**
Dargestellt anhand zürcherischer Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde
Von Dr. Titus Graf. 2000. XLII, 249 Seiten, broschiert, Fr. 68.–

Band 117: **Schiedsgerichtsbarkeit von Sportverbänden in der Schweiz**
Von Dr. Mark Schillig. 2000. 164 Seiten, broschiert, Fr. 48.–

Band 118: **Erstinstanzliche Zivilstreitsachen im ordentlichen Verfahren vor dem Bündner Einzelrichter**
Von Dr. Dominik Infanger. 2000. XXX, 263 Seiten, broschiert, Fr. 68.–

Band 119: **Die Rechtsöffnung**
Von Dr. Peter Stücheli. 2000. 444 Seiten, broschiert, Fr. 78.–

Band 120: **Le norme generali per il procedimento civile nel Canton Ticino**
Von Dr. Angelo Olgiati. 2000. XXXVII, 433 Seiten, broschiert, Fr. 89.–

Band 121: **Beweisverfahren im ordentlichen Verfahren vor Bezirksgerichts-ausschuss und Bezirksgericht**
Nach der Zivilprozessordnung des Kantons Graubünden vom 1.12.1985
Von Dr. Peter Guyan. 2000. XXI, 193 Seiten, broschiert, Fr. 54.–

Band 122: **Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten**
Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Aufsichts-kommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich
Von Dr. Giovanni Andrea Testa. 2001. In Vorbereitung