

Zahlungsbefehl als Mahntitel nach dem revidierten Lugano-Übereinkommen

Prof. Dr. Alexander R. Markus, Bern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	30
1. Problemstellung	35
1.1 Ausgangslage	35
1.2 Sogleich einschränkende Präzisierung: Der untitulierte, unwidersprochene Zahlungsbefehl bei Forderungen in „Zivil- und Handelssachen“	37
1.3 Vorrang des revLugÜ vor dem SchKG	38
1.4 Erkenntnis-Zuständigkeiten nach revLugÜ und SchKG-Zahlungsbefehls-Zuständigkeiten (Betreibungsstände).....	39
a) Zum Gerichtsstandssystem des revLugÜ.....	39
b) Betreibungsstände nach Art. 46–51 SchKG	40
c) Betreibungsstand am Arrestort (Art. 52 SchKG).....	42
d) Zwischenfazit: Differenzen.....	43
2. Untitulierter, unwidersprochener Zahlungsbefehl als „Entscheidung“ nach dem revLugÜ.....	44
2.1 Grammatikalische Betrachtung	44
2.2 Historische Betrachtung	46
2.3 Teleologische Betrachtung	47
a) Direkte Zuständigkeit	47
b) Indirekte Zuständigkeit	49
2.4 Formal-systematische Betrachtung: Zahlungsbefehl als „Entscheidung“ im Sinne von Art. 32 revLugÜ?	50
2.5 Funktional-systematische Betrachtung I: Titelproduktions- oder Titelvollstreckungsverfahren?	51
2.6 Funktional-systematische Betrachtung II: SchKG-Zahlungsbefehl als Titel zur Einleitung eines „Mahnverfahrens“, das unter die Erkenntniszuständigkeiten der Instrumente von Brüssel und Lugano fällt	53
a) Das europäische Mahnverfahren ist mit dem Einleitungsverfahren des SchKG vergleichbar und dessen Zahlungsbefehl fällt unter die Erkenntnis-Zuständigkeiten der EuGVVO.....	54
b) Das schwedische Mahnverfahren ist mit dem Einleitungsverfahren des SchKG vergleichbar und	

	dessen Zahlungsbefehl fällt unter die Erkenntnis- Zuständigkeiten der EuGVVO.....	55
c)	Das deutsche und das italienische Mahnverfahren sind mit dem Einleitungsverfahren des SchKG vergleichbar und deren Mahntitel fallen unter die Erkenntniszuständigkeiten der EuGVVO	56
aa)	Vergleichung mit dem Einleitungsverfahren des SchKG	56
bb)	Der deutsche Mahnbescheid und der italienische decreto ingiuntivo als „Entscheidungen“ nach revLugÜ/EuGVVO	59
d)	Zwischenbilanz und weitere Untersuchung	60
e)	Mahntitel als „Entscheidungen“ nach den Instrumenten von Brüssel und Lugano	61
aa)	Die EuGH- <i>Entscheidungen</i> Klopfs und Hengst BV..	61
bb)	Folge der Rechtsprechung des EuGH: Mahntitel wie der italienische decreto, der deutsche Mahnbescheid, der schwedische Zahlungsbefehl oder der europäische Zahlungsbefehl sind „Entscheidungsurrogate“, die unter die Erkenntniszuständigkeiten fallen.....	64
f)	Beurteilung des schweizerischen Zahlungsbefehls als Entscheidungsurrogat unter dem EuGH-Konzept.....	65
aa)	Zuständigkeit	65
bb)	Internationale Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls	66
2.7	Schlussfolgerungen für die direkte Zuständigkeit zur Ausstellung des Zahlungsbefehls nach SchKG	67
3.	Konsequenzen für die Zuständigkeitsprüfung des Betreibungsamtes und anderer Behörden.....	68
3.1	Fälle, in denen eine Prüfung nach revLugÜ vorzunehmen ist....	68
3.2	Zum Zusammenspiel der LugÜ-Zuständigkeiten mit den Betreibungsständen nach SchKG	69
3.3	Prüfung und Kognition des Betreibungsamts.....	70
4.	Fazit	71

Literaturverzeichnis

- AMONN KURT/WALTER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 8. Aufl., Bern 2008.
- BAUMANN ROBERT, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010, S. 1009-1019.
- BESSON SÉBASTIEN, Commandement de payer, mainlevée provisoire et Convention de Lugano, AJP 1995, S. 1133-1137.

- BLUMENSTEIN ERNST, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911.
- BUCHER ANDREAS, Droit international privé suisse, t. I/1: Conflits de juridictions, Basel 1998.
- BUSL PETER, Deutsches „internationales“ Mahnverfahren – §§ 688 ff. ZPO und EuGVÜ, IPrax 1986, S. 270 ff.
- COESTER-WALTJEN DAGMAR, Mahnbescheid und Zahlungsbefehl – ein Blick über die Grenzen, in: Walter Gerhardt/Uwe Diederichsen/Bodo Rimmelspacher/Jürgen Costede (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel, Berlin 1995, S. 53-66.
- DASSER FELIX, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Bern 2008.
- DOMJ TANJA, Der „Lugano-Zahlungsbefehl“ – Titellose Schuldbetreibung in der Schweiz nach der LugÜ-Revision, ZZPInt 2008, S. 167-208.
- DONZALLAZ IVES, La Convention de Lugano, Bd. III, 1998.
- DROZ GEORGES A. L., Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, Paris 1972.
- DUTOIT BERNARD, Das Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen II, SJK 1993, Nr. 157.
- GEIMER REINHOLD/SCHÜTZE ROLF A., Internationale Urteilsanerkennung, Bd. I, 1. Halbbd., München 1983.
- GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Le titre exécutoire, BLSchK 2005, S. 41-58.
- GRUNSKY WOLFGANG, EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr, RIW 1977, S. 1-9.
- GUTH MONIKA, Die direkte Vollstreckung von Urteilen ohne Einleitungsverfahren, St. Gallen 2010.
- HELLNER MICHAEL, National Enforceable Titles and those from other States of the European Union – the Most Common Procedures of Compulsory Enforcement over Movable Property, Sweden.
- JAMETTI GREINER MONIQUE, Der Begriff der Entscheidung im schweizerischen internationalen Zivilverfahrensrecht, Basel 1998 (zit. JAMETTI GREINER, Begriff).
- JAMETTI GREINER MONIQUE, Neues Lugano-Übereinkommen: Stand der Arbeiten, Internationales Zivil- und Verfahrensrecht 2, Zürich 2003 (zit. JAMETTI GREINER, Lugano-Übereinkommen).
- KAUFMANN-KOHLER GABRIELLE, Commandement de payer, mainlevée provisoire, action en libération de dette et convention de Lugano. Réflexions à l’occasion d’un arrêt du tribunal fédéral, SJ 1995, S. 537-562.
- KILLIAS LAURENT, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Bern 2008.
- KLEMM MICHAEL, Erfüllungsortvereinbarungen im Europäischen Zivilverfahrensrecht, Jena 2005.
- KOFMEL-EHRENZELLER SABINE, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung

- und Konkurs (SchKG), 2. Aufl., Basel 2010 (zit. KOFMEL-EHRENZELLER, BSK SchKG).
- KORMANN JOHANNES M., Das neue Europäische Mahnverfahren im Vergleich zu den Mahnverfahren in Deutschland und Österreich, Jena 2007.
- KREN JOLANTA, Anerkennbare und vollstreckbare Titel nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen, in: Ivo Schwander/Walter A. Stoffel (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 419-463.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/RODRIGUEZ RODRIGO, Der unwidersprochene Zahlungsbefehl im revidierten Lugano-Übereinkommen, in: Jusletter 26. April 2010, Rz. 1 ff.
- KROPHOLLER JAN, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2005.
- LEIBLE STEFAN, in: Thomas Rausche (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, München 2004.
- LINKE HARTMUT/MÜLLER GERD/SCHLAFEN DIETER, Erläuterungen zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, in: Arthur Bülow/Karl-Heinz Böckstiegel/Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze (Hrsg.), Internationaler Rechtsverkehr, 2. Aufl., München 1973.
- MALACRIDA RALPH/ROESLER LUKAS, Kurzkomentar SchKG, Basel 2009.
- MANKOWSKI PETER, in : Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Brussels I Regulation, München 2007.
- MARKUS ALEXANDER R., in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Bern 2008 (zit. MARKUS, LugÜ).
- MARKUS ALEXANDER R., Rezension BGE 130 III 285, AJP 2006, S. 366-370 (zit. MARKUS, Rezension).
- MARKUS ALEXANDER R., Der Vertragsgerichtsstand gemäss Verordnung «Brüssel I» und im revidierten LugÜ nach der EuGH-Entscheidung Color Drack, ZSR 126 (2007), S. 319-336 (zit. MARKUS, Vertragsgerichtsstand).
- MARKUS ALEXANDER R., Die Konsumentenzuständigkeiten der EuGVO und des revidierten LugÜ, besonders im E-Commerce, ZZZ 2004, S. 181-216 (zit. MARKUS, Konsumentenzuständigkeiten).
- MARKUS ALEXANDER R., Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten: Provisorische Rechtsöffnung, Aberkennungsklage und Zahlungsbefehl, 2. Aufl., Basel 1997 (zit. MARKUS, Lugano-Übereinkommen).
- MARKUS ALEXANDER R., Neue Entwicklungen im internationalen Zuständigkeitsrecht, in: Peter Gauch/Daniel Thürer (Hrsg.), Zum Gerichtsstand in Zivilsachen, Zürich 2002, S. 127-145 (zit. MARKUS, Entwicklungen).
- MARKUS ALEXANDER R., Provisorische Rechtsöffnung und Zuständigkeit nach dem Lugano-Übereinkommen, ZBJV 1995, S. 323-338 (zit. MARKUS, Rechtsöffnung).

- MARKUS ALEXANDER R., Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano: Zu den Hauptpunkten, SZW 1999, S. 205-232 (zit. MARKUS, Revidierte Übereinkommen).
- MARKUS ALEXANDER R., Tendenzen bei materiellrechtlichen Vertragserfüllungsort im internationalen Zivilverfahrensrecht, Basel 2009 (zit. MARKUS, Tendenzen).
- MAVROMATI DESPINA/RODRIGUEZ RODRIGO, The Revised Lugano Convention from a Swiss Perspective, EBLR 2009, S. 579-590.
- MEIER ISAAK, Aktuelle Probleme der Zwangsvollstreckung aus Sicht des schweizerischen und türkischen Rechts, BLSchK 2010, S. 1-34 (zit. MEIER, Zwangsvollstreckung).
- MEIER ISAAK, Besondere Vollstreckungstitel nach dem Lugano-Übereinkommen, in: Ivo Schwander (Hrsg.), Das Lugano-Übereinkommen, St. Gallen 1990, S. 157-211 (zit. MEIER, Vollstreckungstitel).
- MEIER ISAAK, Vorschlag für ein effizientes Verfahren zur Vollstreckung von Urteilen auf Leistung von Geld oder Sicherheit, SJZ 1993, S. 282-284 (zit. MEIER, Verfahren).
- MEIER-DIETERLE FELIX, Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, AJP 2010, S. 1211-1227.
- MÜLLER BEAT, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Bereich des Schuldrechts, Diss. St. Gallen 1994.
- MÜLLER THOMAS, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Bern 2008.
- NAGEL HEINRICH, Die Bedeutung von Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ für die Widerspruchsfrist gegen deutsche Zahlungsbefehle, IPrax 1982, S. 5-7.
- NEUHAUS PETER, Die Zwangsvollstreckung von Geldforderungen nach deutschem Recht, BLSchK 1992, S. 201-209.
- PATOCCHI PAOLO MICHELE, La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers selon la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, in: Nicolas Gillard (Hrsg.), L'espace judiciaire européen, Lausanne 1992, S. 91-151.
- POCAR FAUSTO, Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Erläuternder Bericht, abrufbar unter <<http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/ipr/ber-pocard.pdf>> (besucht am 04. August 2010).
- REISER HANS, Überblick über die Arrestrevision 2009, SJZ 2010, S. 333-337.
- RODRIGUEZ RODRIGO, Die Revision des Brüsseler und Lugano-Übereinkommens im Kontext der Europäisierung von IPR und IZPR, in: Jusletter 4. Februar 2002 (zit. RODRIGUEZ, Revision).
- RODRIGUEZ RODRIGO, Kommentierte Konkordanztafel zum revidierten Übereinkommen von Lugano vom 30. Oktober 2007 und zum geltenden Lugano Übereinkommen, SZIER 2007, S. 531 ff. (zit. RODRIGUEZ, Konkordanztafel).

- SOGO MIGUEL, Internationale Vollstreckbarkeit provisorischer Rechtsöffnungsentscheide nach LugÜ, AJP 2005, S. 808-820.
- SCHMID ERNST, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 2. Aufl., Basel 2010 (zit. SCHMID, BSK SchKG).
- SCHWANDER IVO, Gerichtszuständigkeiten im Lugano-Übereinkommen, in: Ivo Schwander (Hrsg.), Das Lugano-Übereinkommen, St. Gallen 1990, S. 61-109.
- STAEHELIN DANIEL, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, S. 259-284 (zit. STAEHELIN DANIEL, Zuständigkeit).
- STAEHELIN DANIEL, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 2. Aufl., Basel 2010 (zit. STAEHELIN DANIEL, BSK SchKG).
- STAEHELIN MATTHIAS, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 2. Aufl., Basel 2010 (zit. STAEHELIN MATTHIAS, BSK SchKG).
- STOFFEL WALTER A., Ausschliessliche Gerichtsstände des Lugano-Übereinkommens und SchKG-Verfahren, insbesondere Rechtsöffnung, Widerspruchsklage und Arrest, in: Ivo Schwander/Walter A. Stoffel (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, Festschrift für Oscar Vogel, Freiburg 1991, S. 357-394 (zit. STOFFEL, Gerichtsstände).
- STOFFEL WALTER A., in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 2. Aufl., Basel 2010 (zit. STOFFEL, BSK SchKG).
- SUJECKI BARTOSZ, Das elektronische Mahnverfahren, Tübingen 2008.
- VOLKEN ALFONS, Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen nach dem Lugano-Übereinkommen, ZWR 1992, S. 421-452 (zit. VOLKEN, Anerkennung).
- VOLKEN ALFONS, Die örtliche Zuständigkeit gemäss Lugano-Übereinkommen, ZWR 1992, S. 121-175 (zit. VOLKEN, Zuständigkeit).
- VOLKEN PAUL, Rechtssprechung zum Lugano-Übereinkommen (1993/94), SZIER 1995, S. 17-49.
- VOLLKOMMER MAX, in: Richard Zöller (Hrsg.), Zivilprozessordnung, Kommentar, 28. Aufl., Köln 2010.
- WAGNER ROLF/JANZEN ULRIKE, Das Lugano-Übereinkommen vom 30. Oktober 2007, IPRax 2010, S. 298-310.
- WALDER HANS ULRICH, Der Rechtsvorschlag, SJZ 1972, S. 17-23.
- WALTER GERHARD, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2007 (zit. WALTER, Zivilprozessrecht).
- WALTER GERHARD, Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Zivilprozessrecht: Lugano-Übereinkommen und Schweizer Recht, ZZP 1994, S. 301-355 (zit. WALTER, Wechselwirkungen).

WALTER GERHARD, Zahlungsbefehl gleich Mahnbescheid, IPRax 2001, S. 547-549 (zit. WALTER, Zahlungsbefehl).

WALTHER FRIDOLIN, in: Felix Dasser/Paul Oberhammer (Hrsg.), Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Bern 2008.

WÜTHRICH KARL/SCHOCH PETER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 2. Aufl., Basel 2010 (zit. WÜTHRICH/SCHOCH, BSK SchKG)

1. Problemstellung

1.1 Ausgangslage

Am 1. Januar 2011 tritt das revidierte Übereinkommen von Lugano (revLugÜ) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 für die Schweiz in Kraft.¹ Das revLugÜ entspricht in den Grundzügen dem LugÜ, enthält aber eine Reihe inhaltlicher Änderungen.²

Eine materiell durchaus bedeutsame Änderung ergibt sich durch den neuen Art. 62 revLugÜ. Nach dieser Bestimmung „...umfasst die Bezeichnung „Gericht“ jede Behörde, die von einem durch [das revLugÜ] gebundenen Staat als für die in den Anwendungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Rechtsgebiete zuständig bezeichnet worden ist“.

Die Bestimmung weist deutlich darauf hin, dass der sachliche Anwendungsbereich des revLugÜ gegenüber dem LugÜ ausgedehnt wird. Er wird aus dessen Art. 25 (neu Art. 32 revLugÜ) abgeleitet, der (im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung) eine Definition der „Entscheidung“ als „...jede vom Gericht eines Vertragsstaats erlassene Entscheidung“ enthält. Dieser Entscheidungsbegriff wird auch auf die den Entscheidungen zugrundeliegenden Verfahren angewendet, für welche das LugÜ die direkte Zuständigkeit der Gerichte regelt. Im Verhältnis zum gleichlautenden Art. 32 revLugÜ liest sich Art. 62 revLugÜ zweifellos als Ausdehnung auf Entscheidungen von Verwaltungsbehörden, also auch von Betreibungsämtern.

Wird der Zahlungsbefehl neu vom Anwendungsbereich des revLugÜ erfasst, so stellt sich sogleich die Frage, ob er unter die Zuständigkeiten für

¹ BBl 2009 1841.

² Vgl. zu den Neuerungen des revLugÜ Botschaft zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 18. Februar 2009, BBl 2009 1777; JAMETTI GREINER, Lugano-Übereinkommen, S. 113 ff.; MARKUS, Tendenzen; MARKUS, Revidierte Übereinkommen, S. 205 ff.; MARKUS, Entwicklungen, S. 127 ff.; MARKUS, Konsumentenzuständigkeiten, S. 181 ff.; MARKUS, Vertragsgerichtsstand, S. 319 ff.; MARKUS, LugÜ, vor Art. 1 N. 11 ff.; MAVROMATI/RODRIGUEZ, S. 579 ff.; RODRIGUEZ, Revision; RODRIGUEZ, Konkordanztafel, S. 531 ff.; WAGNER/JANZEN, S. 298 ff.

Erkenntnisverfahren nach den Art. 2 ff. revLugÜ oder unter die Zuständigkeit für *Vollstreckungsverfahren* nach Art. 22 Ziff. 5 revLugÜ fällt. Ersterenfalls ist ein Konflikt mit den nationalen und internationalen Zuständigkeiten der Art. 46 ff. SchKG programmiert – und zugunsten des Vorranggeniessenden Staatsvertrags aufzulösen.³

Der untitulierte und unwidersprochene Zahlungsbefehl des schweizerischen SchKG ist nach bisheriger herrschender, allerdings bestrittener Lehre⁴ nicht als „Entscheidung“ im Sinne des bisherigen LugÜ anzusehen.⁵ Bezüglich dieses Staatsvertrags ist der Schreibende zum Schluss gekommen, dass der Zahlungsbefehl mit entsprechenden Instrumenten ausländischer Mahnverfahren weitgehend vergleichbar ist, wobei er als *Entscheidungs-surrogat* im Sinne der EuGH-Rechtsprechung *Hengst BV*⁶ und *Klomps*⁷ den Voraussetzungen einer „Entscheidung“ nach LugÜ gerecht wird.⁸ Der Autor hat ihn allein deshalb nicht den Erkenntniszuständigkeiten unterworfen, weil der schweizerische Zahlungsbefehl im Unterschied zu einer Reihe von ausländischen Mahnverfahren⁹ von einer Verwaltungsbehörde ausgestellt wird, und deshalb ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ fällt. Somit ist in der Folge (auch) zu untersuchen, ob Art. 62 revLugÜ den bisherigen Begriff der Entscheidung insofern ausdehnt. Diese Frage hat der Autor im Vorfeld der vorliegenden Diskussion angesprochen.¹⁰

Die vorliegende Problematik wird in der Botschaft zum revLugÜ wie folgt eingeführt und beschrieben:

„Für die Frage, ob ein Entscheid als unter das Übereinkommen fallend zu beurteilen ist oder nicht, wird das früher noch als relevant betrachtete Kriterium, ob dieser von einer Verwaltungs- oder einer richterlichen Behörde ausgeht, unter dem revLugÜ unwesentlich. Damit könnte auch der Zahlungsbefehl von der Zuständigkeitsordnung des revLugÜ erfasst werden, sofern er im Hinblick auf eine Forderung ausgestellt ist, die den Zivil- und Handelssachen zuzurechnen ist. Der EuGH hat nämlich in seiner Rechtsprechung *Klomps* und *Hengst BV* den im deutschen Mahnverfahren ausgestellten Vollstreckungsbescheid und

³ Siehe über Fn. 19 ff.

⁴ *Gegen eine Unterstellung* des untitulierten und unwidersprochenen Zahlungsbefehls unter die Erkenntniszuständigkeiten des LugÜ: BESSON, S. 1133 ff.; GILLIÉRON, S. 43 f.; KREN, S. 441 f.; PATOCCHI, S. 104 f.; SCHWANDER, S. 93; STAEHELIN DANIEL, S. 270; STOFFEL, Gerichtsstände, S. 383 f.; VOLKEN ALFONS, S. 140; WALTER, Zivilprozessrecht, S. 248 f., S. 1135; WALTHER, Art. 25 LugÜ N. 36 f.; im Ergebnis ebenso AMONN/WALTER, § 4 N. 56. Offen gelassen aber tendenziell ablehnend BGE 130 III 285 E. 5.1. *Für Unterstellung unter die Erkenntniszuständigkeiten*: DUTOIT, Rz. 149; MEIER, Vollstreckungstitel, S. 207 ff.; MÜLLER BEAT, S. 67 ff.; vgl. in diese Richtung auch BUCHER, Rz. 240 und KAUFMANN-KOHLER, S. 550.

⁵ Zu Recht abgelehnt wird die Vorstellung, der Zahlungsbefehl stelle eine vollstreckbare öffentliche Urkunde dar (STOFFEL, Gerichtsstände, S. 385). Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Zahlungsbefehl kein Produkt der freiwilligen Gerichtsbarkeit darstellt.

⁶ EuGH v. 13. Juli 1995, *Hengst Import BV*, Rs. C-474/93.

⁷ EuGH v. 16. Juni 1981, *Klomps*, Rs. C-166/80.

⁸ MARKUS, Lugano-Zuständigkeiten, S. 159 ff. Als Instrument eines international vergleichbaren Mahnverfahrens und Surrogat eines Erkenntnisverfahrens wird der Zahlungsbefehl inzwischen auch von MEIER, Zwangsvollstreckung, S. 4 f., gesehen.

⁹ Dazu hinten über Fn. 99 ff.; 112 ff.; 118 ff.; 131 ff.

¹⁰ MARKUS, LugÜ, Art. 16 Nr. 5 N. 18, bes. Fn. 52; vgl. MARKUS, Rezension, S. 367.

den im italienischen Mahnverfahren (*procedimento d'ingiunzione*) ausgestellten *decreto ingiuntivo* zur internationalen Vollstreckbarerklärung nach EuGVÜ zugelassen, womit deren Ausstellung zwingend an die Zuständigkeitsvorschriften des Staatsvertrags gebunden ist. Nachdem das deutsche sowie das italienische Mahnverfahren deutliche funktionale Parallelen mit dem schweizerischen Zahlungsbefehlsverfahren aufweisen, besteht der verbleibende Unterschied zum schweizerischen Zahlungsbefehl hauptsächlich in der Tatsache, dass dieser durch eine Verwaltungs- und nicht durch eine Gerichtsbehörde ausgestellt wird. Wird dieser Unterschied unter dem bisherigen LugÜ noch als wesentlich betrachtet, so könnte er wegen Artikel 62 unter dem revLugÜ keine Rolle mehr spielen. Für die Praxis spielt diese offene Frage jedenfalls nur in beschränkten Fällen eine Rolle: in aller Regel wird der Zahlungsbefehl ohnehin an einem revLugÜ-Gerichtsstand, meist am Wohnsitz des Betreibenden, ausgestellt.¹¹

Im Hinblick auf das revLugÜ hat die Frage zudem Anlass für einige wenige inhaltlich kontroverse Publikationen gegeben: Eine Erste geht davon aus, dass der Zahlungsbefehl den Vorschriften über die Erkenntniszuständigkeiten unterfällt,¹² während eine andere den Zahlungsbefehl entweder den Vollstreckungszuständigkeiten zuordnet oder ausserhalb des sachlichen Anwendungsbereichs ansiedelt.¹³ Die vorliegende Stellungnahme versteht den unwidersprochenen SchKG-Zahlungsbefehl als Mahntitel (und damit Entscheidsurrogat) im Rahmen eines Mahnverfahrens, das wie eine ganze Reihe von entsprechenden Mahnverfahren des ausländischen und des EU-Rechts den Erkenntniszuständigkeiten des revLugÜ unterliegt.

1.2 Sogleich einschränkende Präzisierung: Der untitulierte, unwidersprochene Zahlungsbefehl bei Forderungen in „Zivil- und Handelssachen“

Problematisch ist nur der *untitulierte* Zahlungsbefehl. Besteht bereits ein Vollstreckungstitel in Form einer – inländischen oder ausländischen – Entscheidung, eines Entscheidsurrogats oder einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde (definitiver Rechtsöffnungstitel), so steht der Zahlungsbefehl im Dienst der Vollstreckung dieses Titels und dient selber nicht mehr eigenständig als Vollstreckungstitel.¹⁴

Problematisch ist nur der *unwidersprochene* Zahlungsbefehl. Dieser wird rechtskräftig und damit zu einem Vollstreckungstitel.¹⁵ Hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, so steht das Einleitungsverfahren still. Es besteht diesfalls nicht einmal eine Notwendigkeit, dass der Schuldner gegen die

¹¹ Botschaft LugÜ, 1800 f.

¹² DOMEJ, S. 167 ff.; MARKUS, LugÜ, Art. 16 Nr. 5 N. 18 Fn. 52.; SCHMID, BSK SchKG Art. 46 N. 30; Art. 52 N. 13; vgl. MARKUS, Rezension, S. 367.

¹³ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 1 ff.; vgl. zudem MEIER-DIETERLE, N. 89 ff.; REISER, S. 337.

¹⁴ Vgl. MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 151; hinten über Fn. 89 f.

¹⁵ DOMEJ, S. 168 f.; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 10.

(international und örtlich) unzuständige Betreuung Beschwerde erhebt.¹⁶ Beim untitulierten Zahlungsbefehl obliegt es nämlich dem Gläubiger, die Anerkennungsklage zu erheben oder das Gesuch um provisorische Rechtsöffnung zu stellen. In einer funktionalen Sichtweise übernehmen die aus diesen Verfahren hervorgehenden Entscheidungen (ggf. auch nach abgewiesenem Aberkennungsurteil) hauptsächlich die Aufgabe eines Vollstreckungstitels. Diese Verfahren müssen an einem nach LugÜ zulässigen Gerichtsstand erhoben werden, die Zuständigkeit wird vom jeweiligen Gericht geprüft. Dabei tritt der Zahlungsbefehl funktional völlig in den Hintergrund, er kann als solcher nicht mehr als Vollstreckungstitel funktionieren.¹⁷ Was die Fortsetzung der Betreuung betrifft, so ist das Verfahren der Einzelvollstreckung zweifellos als Verfahren nach Art. 22 Ziff. 5 revLugÜ zu beurteilen, das sich nach den Regeln der Art. 46 ff. SchKG richtet, während die Gesamtvollstreckung nach Art. 1 Ziff. 2 lit. b ausserhalb des Anwendungsbereichs des revLugÜ liegt.

Problematisch ist insofern nur jeder untitulierte und unwidersprochene Zahlungsbefehl, der in den *sachlichen Anwendungsbereich des revLugÜ* fällt. Das revLugÜ ist anwendbar in „Zivil- und Handelssachen“ (Art. 1 Ziff. 1 revLugÜ), wobei aber die meisten familienrechtlichen und erbrechtlichen Verfahren ausgenommen sind (Art. 1 Ziff. 2 revLugÜ). Ausgenommen sind nach Art. 1 Ziff. 2 lit. b auch Gesamtvollstreckungsverfahren. Das Einleitungsverfahren SchKG ist jedoch auch im Hinblick auf ein Gesamtverfahren nur als Vorbereitungsphase zu verstehen, die insofern nicht in unmittelbarer Nähe zum Gesamtverfahren anzusiedeln ist.¹⁸ Das bedeutet, dass der Zahlungsbefehl ungeachtet der Frage zu beurteilen ist, ob sich ein Einzel- oder ein Gesamtverfahren ans Einleitungsverfahren anschliesst.

1.3 Vorrang des revLugÜ vor dem SchKG

In Art. 30a SchKG (wie auch in den Art. 1 IPRG und Art. 2 ZPO/CH) ist der Vorrang des Staatsvertragsrechts ausdrücklich festgehalten. Was das Verhältnis zwischen den staatsvertraglichen LugÜ/revLugÜ und einschlägigen Bundesgesetzen wie v.a. das IPRG oder das SchKG betrifft, so wird damit weitgehend eine Selbstverständlichkeit ausgedrückt. Es müsste ohnehin von einem allgemeinen Vorrang des posterioren Völkerrechts vor dem anterioren Landesrecht ausgegangen werden.¹⁹

¹⁶ Der vom international/örtlich unzuständigen Betreibungsamt ausgestellte Zahlungsbefehl ist nichtig, so dass eine formelle und fristgerechte Beschwerde ohnehin nicht unbedingt notwendig ist.

¹⁷ MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 151 f.; vgl. hinten über Fn. 89 f.

¹⁸ MARKUS, LugÜ, Art. 16 Nr. 5 N. 17.

¹⁹ Art. 26 f. des Wiener Übereinkommens v. 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (WÜV, SR 0.111); Art. 30a SchKG, Art. 1 Abs. 2 IPRG; VPB 1989 Nr. 54, die Rechtsprechung tendiert auch ausserhalb dieser Spezialnormen zu einem absoluten Vorrang des Staatsvertragsrechts, und zwar selbst im Fall, dass der Gesetzgeber einen Widerspruch des posterioren Landesrechts zum anterioren Staatsvertragsrecht bewusst in Kauf genommen hat. Die „Schubert-Praxis“ des

Das bedeutet konkret, dass sich bei den nachstehend geschilderten Konflikten zwischen revLugÜ und SchKG sich das Letztere dem Ersteren unterziehen muss.

1.4 Erkenntnis-Zuständigkeiten nach revLugÜ und SchKG-Zahlungsbefehls-Zuständigkeiten (Betreibungsstände)

a) Zum Gerichtsstandssystem des revLugÜ

Im II. Titel regelt das Übereinkommen die direkte Zuständigkeit, und zwar als geschlossene Gerichtsstandsordnung, die – gegenüber den übrigen Vertragsstaaten – zusätzliche, auf dem internen Recht beruhende Gerichtsstände ausschliesst.²⁰In Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Anhang I revLugÜ werden einzelne Gerichtsstände des nationalen Rechts ausdrücklich als exorbitant verpönt, so auch der schweizerische Gerichtsstand des Arrestortes nach Art. 4 IPRG.

Das Übereinkommen basiert auf einem *ersten Hauptprinzip* der Zuständigkeit am *Wohnsitz des Beklagten* (Art. 2 revLugÜ). Diese Bestimmung beschränkt sich auf die Regelung der *internationalen Zuständigkeit*; die Frage, welches Gericht innerhalb eines Staates zuständig sein soll (örtliche Zuständigkeit), beantwortet sich nach dem internen Recht der Vertragsstaaten, in der Schweiz also hauptsächlich nach IPRG und ggf. nach SchKG. Das bedeutet für die vorliegende Diskussion vorweg eine *enorme Entschärfung der Problematik*, weil die Betreibungsstände des SchKG ohne Weiteres greifen können, wenn der Wohnsitz des Schuldners in der Schweiz liegt, es sei denn, der Schuldner habe mit einer ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Gerichte eines anderen Staates auf die schweizerischen Gerichte verzichtet, oder es liege eine im vorliegenden Zusammenhang sehr seltene „ausschliessliche“ Zuständigkeit im Ausland vor.

Als *zweites Hauptprinzip* gilt die Autonomie der Parteien, ihren Gerichtsstand mit einer Gerichtsstandsvereinbarung zu bestimmen

BGer (BGE 99 Ib 39, BGE 112 II 1 E. 8), die eine Ausnahme von diesem Vorrang statuiert hatte, wurde von der darauf folgenden Rechtsprechung des Bundesgerichts (wenn auch nur obiter) verlassen: BGE 119 V 171 E. 4.a; BGE 122 II 239; 122 II 485 E. 3; BGE 125 II 417 E. 4.d; BGE 131 V 66 E. 3.2.; BGE 133 V 367 E. 11.1.1 (Widerspruch zwischen anteriorer EMRK und posteriorer Bundesgesetz) spricht sich für den Vorrang des Völkerrechts aus, ist aber etwas weniger eindeutig formuliert; die Entscheidung zitiert zwar BGE 112 II 1 E. 8, spricht aber gleichzeitig von einer ständigen Rechtsprechung gestützt auf BGE 119 V 171 E. 4.a; vgl. in diesem Sinne auch BGE 136 II 120 E. 3.5.3. Seit 2010 ist ein Richtungsstreit zwischen der II. Zivilabteilung und der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des BGer sichtbar, wobei erstere – allerdings nur *obiter* – zur Schubert-Praxis zurückkehrt (BGer v. 25. Januar 2009, 5A_712/2009 E. 3.3.4), während letztere sich deutlich für einen generellen Vorrang des Völkerrechts ausspricht (BGE 136 II 241 E. 16.1). Vgl. dazu ausführlich BAUMANN, S. 1009 ff. Aus der Genese des Art. 5 BV ist dieser absolute Vorrang zwar nicht ohne Weiteres abzuleiten; er ist indessen ein selbstverständliches Gebot des Grundsatzes „*pacta sunt servanda*“.

²⁰ Vgl. KROPHOLLER, vor Art. 2 EuGVO N. 17; dies gilt nur dort nicht, wo das revLugÜ ausdrücklich auf das nationale Recht verweist, so in Art. 22 Ziff. 5 und z.T. in Art. 31 revLugÜ.

(Art. 23 revLugÜ).²¹ Im gleichen Zusammenhang ist auch die Einlassung geregelt (Art. 24 revLugÜ).

Zum allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand *alternative Gerichtsstände* finden sich in Art. 5–7 revLugÜ. Als besondere Zuständigkeiten stehen sie *dem Kläger wahlweise* zum allgemeinen Gerichtsstand zur Verfügung.²² Im Unterschied zum allgemeinen Gerichtsstand normieren sie *auch die örtliche Zuständigkeit*.²³ Für den Zahlungsbefehl stehen die Bereiche des Schuldvertragsrechts und des Deliktsrechts im Vordergrund. Daher sind die Zuständigkeiten für vertragliche Streitigkeiten nach Art. 5 Ziff. 1 revLugÜ und für Streitigkeiten aus unerlaubten Handlungen nach Art. 5 Ziff. 3 revLugÜ besonders hervorzuheben.

Zwingender Natur sind die „ausschliesslichen“ Zuständigkeiten des Art. 22 revLugÜ. Sie sind grundsätzlich weder durch Gerichtsstandsvereinbarung noch durch Einlassung (vgl. Art. 24 Satz 2 revLugÜ) derogierbar. Diese Zuständigkeiten verdrängen insbesondere auch den Beklagtengerichtsstand des Art. 2 revLugÜ. Zu erwähnen ist dabei auch die *Zwangsvollstreckungszuständigkeit* des Art. 22 Ziff. 5 revLugÜ, die für den *titulierten Zahlungsbefehl*, der als Vollstreckungsinstrument einzuordnen ist, anzuwenden ist. Festgelegt wird in Art. 22 revLugÜ bloss die internationale, nicht aber die örtliche Zuständigkeit. Hierfür ist wiederum das interne Recht der Vertragsstaaten massgeblich.

Ferner finden sich besondere Schutzzuständigkeiten für Versicherungs-, Verbraucher- und Arbeitssachen. Diese Zuständigkeiten sind zum Teil zwingender oder teilzwingender Natur. Sie lassen den Parteien jedoch – dem genannten Hauptprinzip folgend – i.d.R. die alternativen Zuständigkeiten vor den Gerichten des Wohnsitzstaats des Beklagten offen, so dass bei der vorliegenden Fragestellung kaum Konflikte mit den Betreibungsständen zu erwarten sind.

Das Gerichtsstandssystem des revLugÜ ist auf *Hauptsachezuständigkeiten* zugeschnitten. Für Massnahmen des *einstweiligen Rechtsschutzes* besteht insofern eine Sonderregelung, als diese Zuständigkeiten neben die Hauptsachegerichtsstände des revLugÜ treten können. Die Vorschrift des Art. 31 revLugÜ versteht sich z.T. als Verweisung auf die internrechtlichen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten, wobei aber der EuGH dem Massnahmebegriff und diesen Zuständigkeiten einen strikten Rahmen gesetzt hat.²⁴

b) Betreibungsstände nach Art. 46–51 SchKG

- Ordentlicher Betreibungsstand (*Art. 46 SchKG*): Diese Zuständigkeit fällt mit der Beklagten-Wohnsitzzuständigkeit des revLugÜ zusammen, weshalb sich keine Probleme ergeben.

²¹ Vgl. KROPHOLLER, Art. 23 EuGVO N. 90.

²² WALTER, Zivilprozessrecht, S. 180.

²³ Mit Ausnahme des Trustgerichtsstands (Art. 5 Ziff. 6 revLugÜ) und des Gerichtsstands nach Art. 6 Ziff. 4 revLugÜ.

²⁴ Dazu hinten über Fn. 38 ff.

- **Betreibungsstand am Aufenthalt des Schuldners ohne festen Wohnsitz (Art. 48 SchKG):** Hat der Schuldner Wohnsitz weder in der Schweiz noch im Ausland, so stehen weder die allgemeine Zuständigkeit des Art. 2 revLugÜ noch die besonderen Zuständigkeiten des Art. 5 revLugÜ zur Verfügung.²⁵ Denkbar sind demgegenüber andere Zuständigkeiten der Art. 22 („ausschliessliche“ Zuständigkeiten) oder 23 (Zuständigkeitsvereinbarung) revLugÜ, die mit dem Betreibungsort des Art. 48 SchKG kollidieren könnten.²⁶
- **Betreibungsstand der unverteilter Erbschaft (Art. 49 SchKG):** Sofern es sich um erbrechtliche Klagen handelt, besteht keine Kollision mit dem revLugÜ, weil diese Klagen aus dessen Anwendungsbereich ausgeschlossen sind (Art. 1 Abs. 2 lit. a revLugÜ). Inkongruenzen sind hingegen möglich, wenn es sich um Klagen handelt, die ihren Entstehungsgrund nicht im Erbrecht haben. Das gilt für Ansprüche, die sich bereits im Vermögen des Erblassers befunden haben und kraft Erbrecht auf die Erben übergegangen sind.²⁷
- **Betreibungsstand der schweizerischen Geschäftsniederlassung (Art. 50 Abs. 1 SchKG):** Dieser Betreibungsort steht in Übereinstimmung mit Art. 5 Ziff. 5 revLugÜ, wobei ganz allgemein zu beachten ist, dass die LugÜ-Zuständigkeiten staatsvertragsautonom definiert werden, weshalb sich Unterschiede zum schweizerischen SchKG nicht ausschliessen lassen.
- **Betreibung am vom ausländischen Schuldner zwecks Erfüllung einer Verbindlichkeit gewählten Spezialdomizil (Art. 50 Abs. 2 SchKG):** Dieser Betreibungsstand gilt auch für Schuldner, welche weder in der Schweiz noch im Ausland über einen Wohnsitz verfügen; er ist aber gegenüber Art. 48 SchKG subsidiär. Art. 50 Abs. 2 SchKG gilt ausschliesslich für Forderungen, für die das Spezialdomizil gewählt wurde.²⁸ Mit dem bisherigen Erfüllungsortsgerichtsstand des Art. 5 Ziff. 1 LugÜ besteht recht weitgehende Übereinstimmung, zumal die (allerdings im Gegensatz zum revLugÜ hier auch nur unilateral durch den Schuldner mögliche) Wahl des Spezialdomizils manchmal mit einer Erfüllungsortsvereinbarung für die betreffende Forderung einhergeht. Nach Art. 5 Ziff. 1 lit. b revLugÜ aber erfolgt bei den in der Praxis wichtigen Warenlieferungs- und Dienstleistungsverträgen eine Konzentration des Vertragsgerichtsstands auf den Leistungsort der vertragscharakteristischen Leistung, so dass nur noch die Vereinbarung dieses Leistungsorts gerichtsstandsrelevant ist.²⁹ Das Spezialdomizil nach SchKG wird hin-

²⁵ Vgl. DASSER, Art. 2 LugÜ N. 4, Art. 4 LugÜ N. 7; KROPHOLLER, Art. 4 EuGVO N. 1.

²⁶ Keine Überschneidung mit dem LugÜ sehen demgegenüber KREN KOSTKIEWICZ / RODRIGUEZ, Rz. 29.

²⁷ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 6 Fn. 35; KROPHOLLER, Art. 1 EuGVO N. 28; vgl. BGE 135 III 185 E. 3.4.2.

²⁸ BGE 119 III 54 E. 2.e; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 33.

²⁹ LEIBLE, Art. 5 EuGVVO N. 57; MARKUS, Tendenzen, S. 171 ff.; a.M. KLEMM, S. 79 f.

gegen nicht für die charakteristische sondern für die Geldleistung gewählt, so dass sich in vielen Fällen eine Diskrepanz zwischen Spezialdomizil und Vertragsgerichtsstand ergeben wird.³⁰

- Betreuungsort für durch ein Faustpfand gesicherte Forderungen (Art. 51 Abs. 1 SchKG): Das revLugÜ kennt keinen Gerichtsstand des Lageorts der beweglichen Sache, weshalb dieser Betreuungsort in internationalen Fällen mit dem revLugÜ inkompatibel ist.³¹
- Betreuungsort für grundpfandgesicherte Forderungen (Art. 51 Abs. 2 SchKG): das revLugÜ kennt keinen solchen Gerichtsstand; Art. 22 Ziff. 1 revLugÜ erfasst Klagen aus Eigentum sowie aus beschränkt dinglichen Rechten an Grundstücken,³² d.h. also etwa auch, wenn der Bestand des Pfandrechts streitig ist, nicht aber bei einer streitigen Forderung, die pfandrechts gesichert ist.³³ Damit ergibt sich in international gelagerten Fällen eine Diskrepanz zum revLugÜ.

c) Betreuungsort am Arrestort (Art. 52 SchKG)

Für die vorliegende Problematik steht der untitulierte („primäre“) Ausländerarrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG im Vordergrund. Das revLugÜ stellt keine Zuständigkeit am blossen Lageort von Vermögen zur Verfügung; es verpönt diese Zuständigkeit im Gegenteil als exorbitant, sofern sich der Wohnsitz des Beklagten im Staatsvertragsgebiet befindet (Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Anhang I revLugÜ).

Beim untitulierten Ausländerarrest ist der blosse Lageort des Vermögens zur Begründung eines Betreuungsorts bereits ausreichend, wenn der ausländische Gläubiger über eine Schuldanererkennung verfügt, die für die provisorische Rechtsöffnung genügen würde.³⁴ Ist dies nicht der Fall, so verlangt Art. 271 Ziff. 4 SchKG für den Ausländerarrest einen genügenden Bezug zur Schweiz. Dieser „genügende Bezug“ ist gegeben bei Wohnsitz des Gläubigers in der Schweiz, bei Anknüpfungspunkten des schweizerischen IZPR bzw. IPR in der Schweiz oder bei einer Geschäftstätigkeit in der Schweiz.³⁵

Diese Tatbestände können sich in einigen Fällen mit den besonderen Gerichtsständen des revLugÜ überschneiden. Dafür in Frage kommen insbesondere die Vertragsgerichtsstände (Art. 5 Ziff. 1 revLugÜ), die aber – wie vorstehend erwähnt – bei den quantitativ weit bedeutendsten Warenlieferungs- und Dienstleistungsverträgen nur dann greifen, wenn sich der Ort der charakteristischen Vertragsleistung in der Schweiz befindet. Wohnsitz oder

³⁰ A.M. KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 33.

³¹ Anders KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 34.

³² MÜLLER THOMAS, Art. 16 Nr. 1 LugÜ N. 14.

³³ A.M. KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 35.

³⁴ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 42; STOFFEL, BSK SchKG, Art. 271 N. 86.

³⁵ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 41; STOFFEL, BSK SchKG, Art. 271 N. 93.

reine Geschäftstätigkeit des Gläubigers in der Schweiz begründen für sich jedoch keinen Gerichtsstand nach revLugÜ.

Der Zahlungsbefehl, der im Rahmen der Prosequierung eines untitulierten Arrests erlassen wird, ist keine vorsorgliche Massnahme,³⁶ und kann damit nicht unter Art. 31 revLugÜ eingeordnet werden. Es wird – sinngemäss – behauptet, der Zahlungsbefehl, mit dem ein stattgebener Arrest prosequiert wird, sei funktional als Titelvollstreckungsverfahren nach Art. 22 Ziff. 5 revLugÜ anzusehen, denn der Arrest selber stelle bereits einen Vollstreckungstitel dar.³⁷ Diese Sicht ist insofern zutreffend als die Prosequierung mittels Zahlungsbefehl (auch) im Dienst der Aufrechterhaltung des Arrests steht und damit dessen Durchsetzung dient. Sie verkennt aber, dass die Wirkungen des Zahlungsbefehls über diejenigen des Arrests hinausgehen, weil sie nicht nur wie dieser eine blosser Sicherung, sondern auch eine eigentliche Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners einschliessen. Damit hat der untitulierte, den Arrest prosequierende Zahlungsbefehl eine Funktion als *Titelvollstreckungsverfahren und Titelproduktionsverfahren zugleich*. Dasselbe Ergebnis müsste sogar aufrechterhalten bleiben, wenn der Zahlungsbefehl – entgegen der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung – als eigentlicher Bestandteil der vorsorglichen Massnahme „Arrest“ angesehen würde. Nach der EuGH-Rechtsprechung von Uden³⁸ und Mietz³⁹ ist nämlich der Begriff der einstweiligen Massnahme staatsvertragsautonom eingeschränkt worden, indem Leistungsmassnahmen als solche nur gelten können, wenn die Rückzahlung für den Fall sichergestellt ist, dass sich im Nachhinein erweist, dass die Forderung nicht besteht.⁴⁰ Dies ist beim Zahlungsbefehl nicht gewährleistet.⁴¹

d) Zwischenfazit: Differenzen

Wie vorstehend gezeigt, können sich im Fall eines untitulierten Zahlungsbefehls mannigfaltige Differenzen zwischen den revLugÜ-Zuständigkeiten und den Betreibungsständen ergeben. In den (häufigen) Fällen, in denen das LugÜ neben der internationalen auch die örtliche Zuständigkeit regelt, kann diese Diskrepanz bei gegebener Zuständigkeit in der Schweiz auch nur in einem Auseinanderfallen der örtlichen Zuständigkeiten liegen, so z.B. wenn bei ausländischem Wohnsitz des Schuldners/Beklagten eine Zuständigkeit am Arrestort in Zürich, jedoch als einziger schweizerischen LugÜ-Gerichtsstand eine LugÜ-Erfüllungsortszuständigkeit nur in Bern gegeben

³⁶ BGE 130 III 285 E. 5.1 (noch anders BGE 120 III 92); MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 157 f.; MARKUS, Rezension, S. 366.

³⁷ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 45, sich berufend auf: BESSON, S. 1135; STOFFEL, Gerichtsstände, S. 386; VOLKEN PAUL, S. 27; VOLKEN, Zuständigkeit, S. 140.

³⁸ EuGH v. 17. November 1998, *van Uden*, Rs. C-391/95.

³⁹ EuGH v. 27. April 1999, *Mietz*, Rs. C-99/96.

⁴⁰ DOMEJ, S. 179; MARKUS, Revidierte Übereinkommen, S. 217 f.

⁴¹ DOMEJ, S. 179.

sind.⁴² Allerdings soll das Problem quantitativ nicht überschätzt werden. Das ergibt sich einmal daraus, dass nur untitulierte Zahlungsbefehle überhaupt betroffen sind. Titulierte Zahlungsbefehle fallen als Vollstreckungsmassnahmen ohne Weiteres unter Art. 22 Ziff.5 revLugÜ, der die Betreibungsstände der Art. 46 ff. SchKG abdeckt. Darüber hinaus sind für die Fälle, in denen der Schuldner seinen Wohnsitz in der Schweiz hat, nur eine mögliche Gerichtsstandsvereinbarung oder ggf. eine der im vorliegenden Zusammenhang seltenen zwingenden Zuständigkeiten zu beachten.⁴³ Immerhin kann nicht davon ausgegangen werden, der unwidersprochene Zahlungsbefehl bedeute eine Einlassung im Sinne des Art. 24 revLugÜ.⁴⁴ Denn diese ist nur möglich, wenn der Beklagte materiell zur Sache Stellung nimmt, aber nicht etwa schon, wenn er sich überhaupt nicht vernehmen lässt.

V.a. wenn der Schuldner Wohnsitz im Ausland hat, erfordern die dargelegten Divergenzen aber entsprechende Wachsamkeit beim Betreuungspersonal, dessen Kognition zur Bestimmung der revLugÜ-Zuständigkeiten mit der bestehenden zur Bestimmung der Betreibungsstände zusammenfliessen wird.⁴⁵

2. Untitulierter, unwidersprochener Zahlungsbefehl als „Entscheidung“ nach dem revLugÜ

2.1 Grammatikalische Betrachtung

Nach Art. 62 revLugÜ „...umfasst die Bezeichnung „Gericht“ jede Behörde, die von einem durch [das revLugÜ] gebundenen Staat als für die in den Anwendungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Rechtsgebiete zuständig bezeichnet worden ist“.

Wie erwähnt, ergibt sich aus dieser Bestimmung eine Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs des revLugÜ gegenüber dem LugÜ. Der sachliche Anwendungsbereich des LugÜ (ebenso wie des EuGVÜ⁴⁶) wird nämlich aus dessen Art. 25 abgeleitet, der (im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung) eine Definition der „Entscheidung“ als „...jede vom Gericht eines Vertragsstaats erlassene Entscheidung“ enthält. Diese Definition wird von Lehre und Rechtsprechung so verstanden, dass eine

⁴² Von einer Übereinstimmung zwischen LugÜ-Gerichtsständen und Betreibungszuständigkeiten gehen (unrichtig) aus: MEIER-DIETERLE, N. 91; REISER, S. 337.

⁴³ A.M. KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 28 Fn. 34.

⁴⁴ So aber insinuiert von KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 28 Fn. 34.

⁴⁵ Siehe hinten über Fn. 193 ff.

⁴⁶ Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen v. 27. September 1968, ABl. L 299 v. 31. Dezember 1972 S. 32 ff.

gerichtliche Behörde Urheberin der Entscheidung, und dass die Entscheidung in einem justizförmigen Verfahren erlassen worden sein muss.⁴⁷

Art. 62 revLugÜ dehnt nach seinem Wortlaut das Übereinkommen zwanglos und klar auf Verwaltungsbehörden aus, die damit eben auch Urheberinnen von Entscheidungen sein können, die unter das revLugÜ fallen. Sind sie gemäss nationalem Organisationsrecht im materiellen Anwendungsbereich des LugÜ tätig, so sind sie auch den Zuständigkeitsvorschriften des revLugÜ unterworfen.⁴⁸ Anders gesagt: Verwaltungsbehörden sind Gerichte im Sinne des Art. 32 revLugÜ.

Fraglich könnte aber allenfalls sein, ob und wieweit Elemente eines „justizförmigen“ Verfahrens, in welches eine Entscheidung nach Art. 32 revLugÜ mündet, weiterhin und davon unabhängig von der Urheberschaft als Anforderungen bestehen bleiben.

Diese Frage ist auch vor dem Hintergrund der Parallelbestimmung der EuGVVO⁴⁹ zu beantworten, die das schwedische Mahnverfahren für Geldforderungen ausdrücklich in deren Anwendungsbereich einbezieht. Dieser Einbezug versteht sich vor dem Hintergrund, dass der aus dem schwedischen Mahnverfahren hervorgehende Titel als Erkenntnis behandelt werden soll, dem eine Vollstreckungsfähigkeit nach Art. 32 ff. EuGVVO zukommt. Art. 62 EuGVVO lautet wie folgt:

„Bei den summarischen Verfahren *betalningsföreläggande* (Mahnverfahren) und *handräckning* (Beistandsverfahren) in Schweden umfasst der Begriff „Gericht“ auch die schwedische *kronofogdemyndighet* (Amt für Beitreibung).“

Wie hinten gezeigt wird,⁵⁰ entspricht das schwedische Mahnverfahren für Geldforderungen – wie andere Mahnverfahren des ausländischen und EU-Rechts – funktional und verfahrensrechtlich weitgehend dem schweizerischen Zahlungsbefehlsverfahren.

Der Einbezug von Titeln eines Mahnverfahrens in den sachlichen Anwendungsbereich der Instrumente von Brüssel und Lugano wurde durch eine Revision des Übereinkommenstextes bekräftigt, indem die Definition der „Entscheidung“ des Art. 25 LugÜ (und EuGVÜ) in den Art. 32 EuGVVO und revLugÜ um die *ausdrückliche Erwähnung* des „Zahlungsbefehls“ erweitert wurde.⁵¹

⁴⁷ JAMETTI GREINER, S. 296; KROPHOLLER, Art. 32 EuGVO N. 8.

⁴⁸ Aus dem Wortlaut „...Behörde, die...für den Anwendungsbereich dieses Übereinkommens...zuständig bezeichnet worden ist“ ist nicht etwa zu folgern, dass der nationale Gesetzgeber die fragliche Behörde *ausdrücklich im Gesetz* dafür als zuständig zu bezeichnen hätte, unter das revLugÜ fallende Entscheidungen zu fällen. Solches widerspräche dem Grundsatz der staatsvertragsautonomen Auslegung des revLugÜ, welche die Kategorisierung von Entscheidungen allein dem Staatsvertrag und nicht dessen Mitgliedstaaten überlässt (dazu DASSER, Art. 1 LugÜ N. 25 ff.).

⁴⁹ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 12 v. 16. Januar 2001 S. 1.

⁵⁰ Hinten über Fn. 110 ff.

⁵¹ Sämtlicher Anforderungen an eine „Justizförmigkeit“ der Entscheidungen scheint sich im Übrigen der Entwurf der EU-Kommission für eine revidierte EuGVVO zu begeben, indem er

Dadurch können allenfalls verbliebene Zweifel darüber, ob Mahntitel wie der Zahlungsbefehl vom sachlichen Anwendungsbereich der Systeme von Brüssel und Lugano umfasst werden, bereits weitestgehend zerstreut werden. Dennoch sei in der Folge noch eine Reihe weiterer Auslegungsmethoden angewendet.

2.2 Historische Betrachtung

Der historische Gesichtspunkt ist bei Staatsverträgen zwar beachtlich, steht aber nicht im Vordergrund.⁵²

Die einschlägigen Verhandlungen fanden auf Vorschlag der EU-Kommission kurz vor Abschluss des Übereinkommens und unter entsprechendem Zeitdruck statt. Zugunsten der geforderten Ausdehnung wurde u.a. die geplante EU-Rechtssetzung im Immaterialgüterrecht angeführt, in dessen Bereich Verwaltungsbehörden Entscheidungen fällen (Amt der EU für die Eintragung von Marken und Geschmacksmustern [HABM]).⁵³ Das gibt im Übrigen einen deutlichen Hinweis darauf, dass auch die Entscheidungen des Eidgenössischen Instituts für geistiges Eigentum (IGE) künftig unter das revLugÜ fallen werden.

Diese immaterialgüterrechtlichen Verfahren sind jedoch nicht alleiniger Hintergrund der vorliegenden Bestimmung.⁵⁴ Zugleich weist nämlich der offizielle Bericht zum revLugÜ von POCAR auf die parallele Regelung in Art. 62 EuGVVO hin, die im Hinblick auf das schwedische Mahn- und Beistandsverfahren dem schwedischen Betreibungsamt unter der EuGVVO den „Status“ eines in einem Erkenntnisverfahren urteilenden „Gerichts“ verschafft. Er führt aus, dass mit der allgemeinen Regelung des Art. 62 revLugÜ Probleme bei neu dem „halboffenen“ Staatsvertrag beitretenden Staaten verhindert werden können, so dass ähnlich gelagerte Fälle ohne ausdrückliche Erwähnung im Konventionstext erfasst werden können.⁵⁵ Dasselbe gilt für nachträgliche Änderungen im Organisationsrecht bestehender Mitgliedstaaten des Staatsvertrags.⁵⁶ Damit ist der enge historische Konnex zwischen Art. 62 EuGVVO und Art. 62 revLugÜ ohne Weiteres belegt.

Während Art. 62 revLugÜ ganz allgemeine verwaltungsrechtliche Instrumente umfasst, regelt die EuGVVO nur gerade das schwedische Instrument. Das hat den historischen Grund, dass der Wortlaut des Art. 62 EuGVVO dem Art. Va des Protokolls zum EuGVÜ unverändert entnommen wurde und hängt zudem damit zusammen, dass die übrigen

die bestehende Definition der „Entscheidung“ in Art. 32 EuGVVO verlässt und Verwaltungsbehörden mit gerichtlichen Behörden gleichsetzt (Art. 2 und bes. 2 c des Entwurfs der Europäischen Kommission vom 14. Dezember 2010, KOM(2010) 748 endgültig).

⁵² Art. 32 WÜV (Fn. 19).

⁵³ POCAR, N. 175.

⁵⁴ Anders KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 59.

⁵⁵ POCAR, N. 175; vgl. MANKOWSKI, Art. 62 N. 1 f.

⁵⁶ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 52.

untersuchten Mahntitel in den EU-Mitgliedstaaten alle durch gerichtsnahe Behörden ausgestellt werden. Sollte ein EU-Mitgliedstaat ein verwaltungsbehördliches Mahninstrument anstelle eines gerichtlichen in seinem Verfahrensrecht neu einführen, so wäre eine ergänzende Revision des Art. 62 EuGVVO wesentlich einfacher möglich als eine Revision des Staatsvertrags. Bereits damit wird möglichen Diskriminierungen zwischen LugÜ und EuGVVO ohne Weiteres vorgebeugt.⁵⁷

Zumal der historische Hintergrund die unterschiedlichen Gesetzgebungsmechanismen ohne Weiteres erklärt, kann daraus keine Verletzung des Parallelitätsgedankens zwischen EuGVVO und revLugÜ konstruiert werden;⁵⁸ die unterschiedlichen Gesetzgebungstechniken sind vielmehr durch die unterschiedliche Natur der beiden Rechtsquellen bedingt: ohne Weiteres revidierbares sekundäres Gemeinschaftsrecht im Gegensatz zum neuen Mitgliedern offenstehender Staatsvertrag. Im Ergebnis führen die unterschiedlichen Gesetzgebungstechniken jedoch beide dazu, dass sämtliche Mahntitel im EU-EFTA-Raum vom System von Brüssel und Lugano abgedeckt sind.

2.3 Teleologische Betrachtung

a) Direkte Zuständigkeit

Unabhängig von der Frage, ob der Erlass eines Zahlungsbefehls aus Sicht einer *formal-systematischen Analyse* ohne Weiteres als Erkenntnisverfahren bezeichnet werden kann,⁵⁹ stellt sich die Frage, ob es aus einer *teleologischen* Sicht geboten erscheint, die Ausstellung des Zahlungsbefehls ausschliesslich an einem Gerichtsstand des Titels II für Erkenntnisverfahren zuzulassen (sofern der Gläubiger nicht bereits über einen anderen Vollstreckungstitel verfügt). Gegen den Schuldner/Beklagten dürfe ein unter Umständen überraschendes (und folgenreiches) Schnellverfahren zur Produktion von vollstreckbaren Titeln ausserhalb eines Lugano-Gerichtsstands schlechthin nicht zugelassen werden. Sonst werde die vom Übereinkommen geschaffene Rechtssicherheit wieder in Frage gestellt. So lautet die Antwort.⁶⁰

⁵⁷ Die Parallelität zwischen den beiden Art. 62 revLugÜ könnte in Zukunft vielleicht noch verstärkt sichtbar werden: Im Vorschlag der EU-Kommission zur Revision der EuGVVO wird eine neue Bestimmung entworfen, die sich eng an Art. 62 revLugÜ anlehnt und unter einem „Gericht“ sämtliche Behörden versteht, die für einen in den Anwendungsbereich der Verordnung fallenden Sachverhalt als zuständig bezeichnet worden sind. Damit wären nicht nur die schwedischen Instrumente umfasst, sondern es könnten sämtliche zukünftigen Änderungen in der Justizorganisation der EU-Mitgliedstaaten mitberücksichtigt werden (Art. 2c des Entwurfs der Europäischen Kommission v. 14. Dezember 2010, KOM(2010) 748 endgültig). Allerdings ist davon auszugehen, dass dieser erste Entwurf noch einigen Änderungen zu unterziehen sein wird.

⁵⁸ So aber KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 55.

⁵⁹ Verneinend MEIER, Vollstreckungstitel, S. 209 und MÜLLER BEAT, S. 67; Vgl. über Fn. 78 ff.

⁶⁰ MEIER, Vollstreckungstitel, S. 207 f.; MÜLLER BEAT, S. 67 ff.; ebenso KAUFMANN-KOHLER, S. 549.

Diese Argumentation leuchtet ein. Sie will nach Möglichkeit jedes Verfahren, das zur Vollstreckung führen kann, den staatsvertraglichen Zuständigkeitsvorschriften unterwerfen und auf diese Weise dem – vom revLugÜ bezweckten – Beklagten Schutz Nachachtung verschaffen.

Demgegenüber werden die Anforderungen, die im Zusammenhang mit der Anerkennung ausländischer Entscheidungen an eine „Entscheidung“ nach Art. 32 revLugÜ gestellt werden, zuweilen auf das gesamte Übereinkommen übertragen, also auch auf den ersten Teil betreffend die direkte Zuständigkeit.⁶¹

Dies verträgt sich im Grunde nicht mit der genannten Zielsetzung des Übereinkommens. Es leuchtet nicht ein, warum die Rechtsunterworfenen gerade dann nicht in den Schutz der Vorschriften über die direkte Zuständigkeit gelangen sollen, wenn das Verfahren grundlegende Anforderungen an die „Justizförmigkeit“ nicht erfüllt. Die Rechtsunterworfenen würden sogar doppelt bestraft, einmal durch das rechtsstaatliche Anforderungen verletzende Verfahren, und zudem dadurch, dass dieses Verfahren ohne Weiteres die staatsvertraglichen Vorschriften über die direkte Zuständigkeit missachten darf.⁶² Daraus ist zu schliessen, dass die Anforderungen an eine „Entscheidung“ bzw. das zugrundeliegende Verfahren im Rahmen der direkten Zuständigkeit weniger hoch zu setzen sind als im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung.⁶³

Was diese Schutzbedürftigkeit des Schuldners/Beklagten betrifft, so werden beim Zahlungsbefehl aber auch Einwände vorgebracht. Die Monothematik des Zahlungsbefehlsverfahrens und dessen fehlende materielle Rechtskraft lasse den Aspekt in den Hintergrund treten, der Beklagte sei vorwiegend in gerichtsständlicher Hinsicht zu schützen. Die Vorschriften über die direkte Zuständigkeit wollen Rechtssicherheit für die Parteien in einem Stadium garantieren, in dem sie sich – unter entsprechendem Aufwand – mit dem materiellen Streitgegenstand beschäftigen müssen.⁶⁴ Der betriebene Schuldner kann es bei der einfachen Erklärung bewenden lassen, er erhebe Rechtsvorschlag; er ist unmittelbar weder zur Einreichung einer Rechtsschrift noch zum Auftreten vor Gericht genötigt.⁶⁵ Ausserdem wird angeführt, der Zahlungsbefehl werde dem Schuldner auf dem Rechtshilfsweg und ggf. über die einschlägigen Haager Übereinkommen übermittelt, weshalb die Solemnität der Zustellung und ein daraus fliessender Schutz des Schuldners gewährleistet sei.⁶⁶

⁶¹ KROPHOLLER, Art. 32 EuGVO N. 22.

⁶² In diese Richtung DOMEJ, S. 173.

⁶³ In diese Richtung weist deutlich die EuGH-Entscheidung *Denilauler* (EuGH v. 21. Mai 1980, C-125/79, Slg. 1980 S. 1553), welche die „Vollstreckungswürdigkeit“ nur einer Entscheidung zuerkennt, der ein kontradiktorisches Verfahren vorausgegangen ist, jedoch in keiner Weise darauf schliessen lässt, dass die übrigen Entscheidungen von den direkten Zuständigkeitsvorschriften des EuGVÜ (allenfalls auch als vorsorgliche Massnahme) ausgeschlossen wären. Vgl. nachstehend über Fn. 73 ff.

⁶⁴ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 63; MARKUS, Rechtsöffnung, S. 325.

⁶⁵ Vgl. KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 17.

⁶⁶ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 66 ff.

Allerdings stehen die Dinge gerade für eine ausländische Partei doch nicht so einfach. Eine mit der schweizerischen Rechtsordnung nicht vertraute Partei hat bereits für die Erhebung eines Rechtsvorschlags umfangreiche rechtliche Abklärungen vorzunehmen.⁶⁷ Daran ändert die rechtshilfweise Zustellung des Instruments nichts: Auch und gerade wenn sich der Schuldner dadurch der Tragweite des Dokuments bewusst wird, so kann er diese rechtlichen Abklärungen nicht unterlassen.

Ausserdem spielt die Frage, ob einem Instrument materielle Rechtskraft zukommt, unter dem System von Brüssel und Lugano keine Rolle, es umfasst ohne weiteres auch nicht materiell rechtskräftige Entscheidungen.⁶⁸ Auch der Zahlungsbefehl im europäischen Mahnverfahren, welcher der EuGVVO unterstellt ist, erwächst nicht in materieller Rechtskraft.⁶⁹ Zwar fällt auf, dass das schwedische und – in vermindertem Grad – das deutsche Mahnverfahren in einen materiell rechtskräftigen Titel münden können; diese Instrumente gewähren aber im Gegenzug auch eine zweistufige Widerspruchsmöglichkeit des Schuldners und damit einen vergleichsweise verbesserten Schutz desselben, wobei der nur einmal unwidersprochene schwedische Zahlungsbefehl bereits einen vorläufig vollstreckbaren Titel darstellt.⁷⁰ Entscheidend ist aber vor allem die Tatsache, dass auf der Grundlage des unwidersprochenen und untitulierten, rechtskräftig gewordenen Zahlungsbefehls die Vollstreckung gegen den Schuldner ausgelöst werden kann, womit der Zahlungsbefehl die Funktion eines Vollstreckungstitels einnimmt.⁷¹ Und – wie hinten ausführlich zu zeigen sein wird –, steht das „monothematische“ Verfahren immerhin als Surrogat für ein einlässliches Erkenntnisverfahren im Rahmen eines Mahnkonzepts.⁷²

b) Indirekte Zuständigkeit

Diese Perspektive ist anders angelegt als diejenige der direkten Zuständigkeit, denn hier geht es nicht darum, die Justizunterworfenen vor einem Titelproduktionsverfahren an einem unerwarteten Gerichtstand zu schützen. Hier geht es vielmehr um die „Zirkulationswürdigkeit“ dieser Entscheidungen – und damit um qualitative Anforderungen an den Titel. Diese Anforderungen messen sich an der „Justizförmigkeit“ des zugrundeliegenden Verfahrens,⁷³ die den daraus hervorgehenden Entscheidungen erst die Legitimation für eine internationale Vollstreckung geben. Während die Legitimation zur europäischen Vollstreckbarkeit („Zirkulationswürdigkeit“) einer Entscheidung aus der Beachtung der direkten Zuständigkeiten im Verfahren

⁶⁷ MEIER, Vollstreckungstitel, S. 208.

⁶⁸ Hinten über Fn. 115 f. Die Zulässigkeit der schuldnerischen Behelfe der Art. 85a und 86 SchKG sind lediglich Ausdruck dieser mangelnden materiellen Rechtskraft (vgl. aber KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 72).

⁶⁹ Dazu über Fn. 106.

⁷⁰ Siehe über Fn. 110 ff. und 128.

⁷¹ Vgl. über Fn. 88 ff.

⁷² Hinten über Fn. 168 ff.

⁷³ JAMETTI GREINER, Begriff, S. 297 f.

gewonnen wird, bedarf eine Entscheidung umgekehrt dieser europäischen Vollstreckbarkeit nicht, um unter die Zuständigkeitsvorschriften des revLugÜ zu fallen.⁷⁴

Wie erwähnt, würden es diese unterschiedlichen Perspektiven durchaus erlauben, zwischen den Entscheidungen des II. und des III. Titels zu differenzieren,⁷⁵ und bei der direkten Zuständigkeit eine grosszügigere, den schweizerischen Zahlungsbefehl ohne Weiteres umfassende Beurteilung vorzunehmen.⁷⁶

Ungeachtet dessen werden in ähnlichen Verfahren wie dem Zahlungsbefehlsverfahren ergangene „Mahntitel“ ausländischer und europäischer Mahnverfahren nicht nur als Erkenntnisentscheidungen behandelt, sondern zudem auch ohne Weiteres als unter dem Übereinkommen bzw. der EuGVVO als vollstreckbar angesehen. Dies erklärt sich daraus, dass die Mahntitel als Surrogate für ein lediglich *potentiell stattfindendes*, einlässliches („virtuelles“) Gerichtsverfahren betrachtet werden; die Legitimation zur internationalen Vollstreckung erklärt sich aus deren Platzhalterfunktion, die dem schweizerischen Zahlungsbefehl ebenfalls zuzusprechen ist.⁷⁷

2.4 Formal-systematische Betrachtung: Zahlungsbefehl als „Entscheidung“ im Sinne von Art. 32 revLugÜ?

Abgesehen vom erwähnten Art. 62 revLugÜ, der allein die Autorschaft der Entscheidung betrifft, ist zu prüfen, ob Art. 32 revLugÜ zusätzliche Anforderungen an das Verfahren stellt, in welchem eine „Entscheidung“ im Sinne des revLugÜ erlassen wird. In dieser Hinsicht wird postuliert, dass eine Entscheidung in einem „justizförmigen“ Verfahren zu erlassen ist. Darunter ist ein Verfahren zu verstehen, das in einem generell-abstrakten Erlass vornormiert ist. Dazu gehört insbesondere die Anforderung an das Gericht, regulär besetzt zu sein, um so Gewähr für seine Unabhängigkeit zu leisten.⁷⁸ Damit werden aber auch weitere qualitative Anforderungen an ein Verfahren gestellt, damit es überhaupt unter den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen kann. Diese Anforderungen haben zum Zweck, den Rechtsschutz der in den Vertragsstaaten ansässigen Personen zu verstärken.⁷⁹ Dies geschieht dadurch, dass gewissen Entscheidungen, die aus einem Verfahren hervorgehen, das den Anforderungen nicht genügt, die Vollstreckungs- bzw. Zirkulationswürdigkeit über das Übereinkommen überhaupt abgehen soll.

⁷⁴ Siehe vorstehend über und Fn. 63.

⁷⁵ Wohl a.M. allerdings KROPHOLLER, Art. 32 EuGVO N. 3; LEIBLE, Art. 32 EuGVVO N. 1.

⁷⁶ Vorstehend über Fn. 62 f.

⁷⁷ Hinten über Fn. 168 f.

⁷⁸ JAMETTI GREINER, Begriff, S. 296; vgl. EuGH v. 2. Juni 1994, *Solo Kleinmotoren*, Rs. C-414/92, N. 17.

⁷⁹ JAMETTI GREINER, Begriff, S. 297.

Das Zahlungsbefehlsverfahren erfüllt die genannten Anforderungen an eine generell-abstrakte Normierung problemlos. Geht man aber von weitergehenden Anforderungen an das „justizförmige“ Erkenntnisverfahren aus, so werden Zweifel wach. Der Zahlungsbefehl wird vom Betreibungsamt erlassen, ohne dass dieses die materielle Begründetheit der Forderung in irgendeiner Form überprüft. Kontrolliert wird nur, ob ein förmlich richtiges Betreibungsbegehren i.S.v. Art. 67 SchKG vorliegt.⁸⁰ Die Ausstellung des Zahlungsbefehls kann ausschliesslich aufgrund der Behauptung des Gläubigers erfolgen, er habe eine Forderung gegen den Schuldner in einer bestimmten Höhe aus einem bestimmten Schuldgrund. Die Forderung muss weder substantiiert noch mit Beweismitteln unterlegt werden.⁸¹ Entsprechend „monothematisch“ ist auch die Verteidigung des Schuldners, denn der Rechtsvorschlag ist ebensowenig zu begründen oder mit Beweismitteln zu unterlegen.⁸² Wegen dieses „rudimentären“ Charakters des Verfahrens zur Ausstellung des Zahlungsbefehls muss bezweifelt werden, ob es sich um ein „Erkenntnisverfahren“ im herkömmlichen Sinn handelt.⁸³

Diese Sichtweise steht in einem auffallenden Spannungsverhältnis zu der Tatsache, dass der deutsche „*Vollstreckungsbescheid zum Mahnbescheid*“ und der *Zahlungsbefehl* ausdrücklich als „Entscheidungen“ in Art. 32 revLugÜ genannt werden und Ersterer auch vom EuGH bereits ausdrücklich als vollstreckbarer Titel angesehen wurde.⁸⁴ Beim Erlass des deutschen *Mahnbescheids* (entspricht dem Zahlungsbefehl im europäischen Mahnverfahren)⁸⁵ erfolgt – gleich wie beim schweizerischen Zahlungsbefehl – keinerlei materielle Rechtsprüfung.⁸⁶ Dieses Spannungsverhältnis löst sich erst nach den folgenden, funktional-systematischen Betrachtungen über den Zahlungsbefehl als Mahntitel und Entscheidsurrogat auf.⁸⁷

2.5 Funktional-systematische Betrachtung I: Titelproduktions- oder Titelvollstreckungsverfahren?

Der Bericht JENARD zum EuGVÜ definiert das Vollstreckungsverfahren im Sinne von Art. 16 Ziff. 5 EuGVÜ (= Art. 22 Ziff. 5 revLugÜ) funktional: Vollstreckungsverfahren sind nach dem Bericht „...Verfahren, die sich ... im Hinblick auf die Vollstreckung von Entscheidungen oder Urkunden erge-

⁸⁰ AMONN/WALTHER, § 17 Rz. 1; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 13.

⁸¹ WALDER, S. 18; vgl. auch AMONN/WALTHER, § 17 Rz. 19.

⁸² Eine Ausnahme dazu besteht bei der Wechselbetreibung (vgl. Art. 179 SchKG). Freilich ersetzt dort das Rechtsvorschlagsverfahren gewissermassen das Rechtsöffnungsverfahren, vgl. AMONN/WALTHER, § 37 Rz. 16 ff.

⁸³ MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 153.

⁸⁴ EuGH v. 16. Juni 1981, *Klomps*, Rs. 166/80.

⁸⁵ KORMANN, S. 79 ff.

⁸⁶ § 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO/D; KORMANN, S. 88 f.; vgl. über Fn. 119 ff.

⁸⁷ Siehe über Fn. 96 ff.

ben⁸⁸. Der Wortlaut des Art. 22 Ziff. 5 revLugÜ spricht von der „Zwangsvollstreckung aus Entscheidungen“⁸⁹.

Das Übereinkommen geht also nicht nur von einer funktionalen Unterscheidung zwischen Zwangsvollstreckung und Erkenntnis, sondern überhaupt von einer *idealtypischen Zweiteilung des Prozesses* in dem Sinne aus, dass jeder Vollstreckung grundsätzlich ein Erkenntnisverfahren vorauszugehen hat.⁹⁰ Dasselbe gilt für das Exequaturverfahren, das ebenfalls den Vorbestand eines Vollstreckungstitels voraussetzt.⁹¹

Bei Art. 22 Ziff. 5 revLugÜ ist demnach das *Vorhandensein eines „Vollstreckungstitels“* vorausgesetzt, während ein solcher bei einem Erkenntnisverfahren noch nicht vorliegt. Das Übereinkommen knüpft mithin an der Frage an, ob ein Verfahren zur Herstellung eines Vollstreckungstitels („*Titelproduktionsverfahren*“) oder ein Verfahren zur Vollstreckung eines bereits bestehenden Vollstreckungstitels („*Titelvollstreckungsverfahren*“) vorliegt und folgt so der vorerwähnten funktionsbezogenen Betrachtungsweise.⁹² Nach revLugÜ geht dem Titelvollstreckungsverfahren idealtypisch ein Titelproduktionsverfahren voraus,⁹³ eine titellose Vollstreckung sieht das System nicht vor.

Dieses System steht mit den nationalen Verfahrensrechten nicht im Einklang, die eine Vollstreckung *ohne* vorangegangenes Erkenntnisverfahren erlauben, etwa aufgrund eines unwidersprochenen Mahntitels (Zahlungsbefehls). Wie das nationale Recht diesen Mahntitel bezeichnet und behandelt und ob es ihn formal dem Vollstreckungsrecht oder dem Zivilprozessrecht i.e.S. zuordnet, kann aber für das Übereinkommen nicht massgeblich sein, denn ansonsten könnte es ohne Weiteres durch die nationale Regelung unterlaufen werden. Deshalb wird im Rahmen der sogenannten *autonomen Auslegung* eine (rev)LugÜ-konforme Einordnung und Behandlung der nationalen Instrumente vorgenommen.⁹⁴ Dadurch unterscheidet sich das revLugÜ im Übrigen vom IPRG, welches den Kategorien des schweizerischen (materiellen und formellen) Rechts naheliegenderweise eher entspricht als das revLugÜ.

⁸⁸ PAUL JENARD, Bericht zu dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, unterzeichnet in Brüssel am 27. September 1968, ABl. C 59 v. 5. März 1979, S. 1 ff., S. 36; in diesem Zusammenhang angeführt von STOFFEL, Gerichtsstände, S. 368.

⁸⁹ Hervorhebung durch den Verfasser.

⁹⁰ MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 50 f., S. 61 f.; MARKUS, Rechtsöffnung, S. 326 f.; MARKUS, LugÜ, Art. 16 Nr. 5 N. 11 f.; WALTER, Zivilprozessrecht, S. 247 ff.

⁹¹ Dies ist nur insofern zu relativieren, als das revLugÜ neben dem „Urteil in der Sache“ zwei weitere, bereits erwähnte Vollstreckungstitel kennt, nämlich die „vollstreckbare öffentliche Urkunde“ nach Art. 57 revLugÜ und den „gerichtlichen Vergleich“ nach Art. 58 revLugÜ. Auf diese Urkunden und Vergleiche sind die Vorschriften des Titels III über das Exequatur analog anzuwenden. Eine vollstreckbare öffentliche Urkunde oder ein Vergleich können mithin das Erkenntnisverfahren *ersetzen*.

⁹² MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 66 ff.

⁹³ DOMEJ, S. 172 f.; MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 69.

⁹⁴ Vgl. KROPHOLLER, Einl. N. 47; DASSER, Art. 1 LugÜ N. 25.

Aus dem Gesagten folgt, dass das unwidersprochene und untitulierte Zahlungsbefehlsverfahren – sofern vom materiellen Anwendungsbereich des revLugÜ erfasst – zwingend einer dieser Kategorien zuzuordnen ist. Der Zahlungsbefehl steht in der problematisierten Konstellation im Dienst keines anderen Titels, sondern stellt selber den (einzigen vorhandenen und sichtbaren) Vollstreckungstitel dar, womit er zweifellos aus einem Titelproduktionsverfahren hervorgeht. Allein aufgrund des unwidersprochenen, in Rechtskraft erwachsenen Zahlungsbefehls kann gegen den Schuldner ein Fortsetzungsbegehren gestellt, dh. die Vollstreckung i.e.S. begehrt werden.⁹⁵ Diese Beurteilung spricht bereits imperativ für die Unterstellung des Zahlungsbefehls unter die Erkenntniszuständigkeiten des revLugÜ (und wie bereits des LugÜ).

2.6 Funktional-systematische Betrachtung II: SchKG-Zahlungsbefehl als Titel zur Einleitung eines „Mahnverfahrens“, das unter die Erkenntniszuständigkeiten der Instrumente von Brüssel und Lugano fällt

Nachfolgend ist zudem zu zeigen, dass das europäische und eine Reihe von revLugÜ-mitgliedstaatlichen Mahnverfahren in einer funktionalen Betrachtung mit dem schweizerischen Zahlungsbefehlsverfahren und dem Einleitungsverfahren des SchKG insgesamt ohne Weiteres vergleichbar sind. Wie gleichzeitig festzustellen sein wird, unterfallen diese Mahnverfahren den Erkenntniszuständigkeiten der EuGVVO⁹⁶ und stellen unter diesem System auch vollstreckbare Entscheidungen dar.⁹⁷ Dieser Umstand ist für die vorliegende Beurteilung unter dem LugÜ relevant, weil Entscheidungen zum Paralleltext der EuGVVO von den Gerichten der LugÜ-Mitgliedstaaten nach Art. 1 Prot. Nr. 2 revLugÜ zu beachten sind. Nach dieser Prüfung ist auf die tiefer liegenden Gründe einzugehen, warum sämtliche Mahnverfahren den Erkenntniszuständigkeiten des Systems von Brüssel und Lugano unterstellt werden und zu unterstellen sind.⁹⁸

⁹⁵ Zwar nur – aber immerhin darin „erschöpft“ sich denn auch die Wirkung des rechtskräftigen Zahlungsbefehls, vgl. KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 71.

⁹⁶ Siehe über Fn. 109 ff., 147 ff.

⁹⁷ Siehe über Fn. 147 ff.

⁹⁸ Siehe über Fn. 156 ff.

- a) Das europäische Mahnverfahren ist mit dem Einleitungsverfahren des SchKG vergleichbar und dessen Zahlungsbefehl fällt unter die Erkenntnis-Zuständigkeiten der EuGVVO

Das EU-Mahnverfahren⁹⁹ weist weitgehende funktionale (und z.T. auch formal-verfahrensrechtliche) Parallelen mit dem schweizerischen Einleitungsverfahren des SchKG auf.

Das EU-Mahnverfahren gilt für die Betreibung beziffelter und fälliger Geldforderungen im grenzüberschreitenden EU-Verhältnis. Der Gläubiger stellt mittels eines Formulars beim zuständigen Gericht Antrag auf Erlass des *Europäischen Zahlungsbefehls*, wobei er neben den Adressen der Verfahrensbeteiligten, der Höhe der Forderung und dem Streitgegenstand ggf. auch Beweismittel beizulegen hat.¹⁰⁰ Das Gericht prüft die formellen Voraussetzungen und ob die Forderung aufgrund der Angaben des Gläubigers nicht offensichtlich unbegründet ist, wobei diese Prüfung im Rahmen eines automatisierten Verfahrens erfolgen kann.¹⁰¹ Der Antragsgegner kann innert 30 Tagen nach Zustellung des Zahlungsbefehls beim Ursprungsgericht mittels eines Formulars – begründeten oder unbegründeten – Einspruch einlegen,¹⁰² worauf das Verfahren vor den zuständigen Gerichten des Ursprungsmitgliedstaats nach den Regeln eines ordentlichen Zivilprozesses weitergeführt werden kann.¹⁰³ Erhebt der Antragsgegner innert Frist keinen Einspruch, so erklärt das Gericht den Zahlungsbefehl unverzüglich für vollstreckbar.¹⁰⁴ Der vollstreckbar gewordene Zahlungsbefehl wird in den anderen Mitgliedstaaten grundsätzlich unanfechtbar und ohne Exequaturverfahren vollstreckt.¹⁰⁵ Er unterliegt aber im Übrigen einer unbefristeten Überprüfbarkeit aus qualifizierten prozessualen und materiellrechtlichen Gründen.¹⁰⁶

Im Gegensatz zum zweistufigen deutschen Mahnverfahren, das zwischen Mahnbescheid und Vollstreckungsbescheid unterscheidet,¹⁰⁷ und dem Schuldner damit eine zweifache Einspruchsmöglichkeit gibt, entspricht das EU-Mahnverfahren auch in diesem äusserlichen Punkt dem Einleitungsverfahren dem einstufigen SchKG. Die Prüfung des Antrags auf offensichtliche Unbegründetheit ist eingeschränkt und nur sehr oberflächlich möglich, was auch aus dem Formular des Europäischen Zahlungsbefehls nach Art. 12 Abs. 4 lit. a EuMVVO hervorgeht, das den Hinweis an den Antragsgegner enthält, das Gericht habe die Angaben des Antragstellers *nicht* überprüft.¹⁰⁸

⁹⁹ Gemäss Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens (EuMVVO), ABl. L 399 v. 30. Dezember 2006, S. 1 ff.

¹⁰⁰ Art. 7 EuMVVO.

¹⁰¹ Art. 8 EuMVVO i.V.m. Art. 11 Abs. 1 lit. b EuMVVO.

¹⁰² Art. 16 Abs. 3 EuMVVO.

¹⁰³ Art. 17 EuMVVO.

¹⁰⁴ Art. 18 Abs. 1 EuMVVO.

¹⁰⁵ Art. 19 EuMVVO.

¹⁰⁶ Art. 20 EuMVVO; KORMANN, S. 160 ff.; zum EU-Mahnverfahren insgesamt SUJECKI *passim*.

¹⁰⁷ KORMANN, S. 107.

¹⁰⁸ KORMANN, S. 100 f.

Eine funktional-übergreifende, rechtsvergleichende Betrachtung ergibt damit eine annähernd vollständige Übereinstimmung zwischen dem europäischen Mahnverfahren und dem schweizerischen Zahlungsbefehlsverfahren.

Im vorliegenden Zusammenhang wesentlich ist die Feststellung, dass sich die Zuständigkeit zur Ausstellung des europäischen Zahlungsbefehls gemäss ausdrücklicher Vorschrift *nach der EuGVVO* bestimmt.¹⁰⁹

- b) Das schwedische Mahnverfahren ist mit dem Einleitungsverfahren des SchKG vergleichbar und dessen Zahlungsbefehl fällt unter die Erkenntnis-Zuständigkeiten der EuGVVO

Das *schwedische Mahnverfahren*, das nach Art. 62 EuGVVO ausdrücklich als Erkenntnisverfahren in deren sachlichen Anwendungsbereich einbezogen wird, gleicht auffallend dem deutschen Mahnverfahren¹¹⁰ und weist entsprechend ähnliche Züge auch mit dem schweizerischen Einleitungsverfahren des SchKG auf. Nicht mit dem deutschen, jedoch mit dem schweizerischen Verfahren hat das schwedische Verfahren gemeinsam, dass es gesetzessystematisch in der Lehre eher dem nationalen Vollstreckungsrecht zugeordnet wird, und nicht dem nationalen Zivilprozessrecht i.e.S.¹¹¹

Schweden hat im Jahr 1992 die Zuständigkeit für ein Mahnverfahren vom Gericht auf eine Administrativbehörde übertragen. Das Verfahren¹¹² findet in Zivil- und Handelssachen Anwendung, sofern die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können. Es handelt sich um ein eigentliches *Mahnsystem*, welches einem Gläubiger mit einer Geldforderung erlaubt, mittels schriftlichem Antrag einen Zahlungsbefehl (payment order) bei dem schwedischen „Enforcement Service“ („*kronofogdemyndighet*“) des Distrikts zu erwirken, in dem der Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Darin wird der Schuldner aufgefordert, innert Frist zum Antrag Stellung zu nehmen oder zu zahlen. Im Falle einer Bestreitung ist der Gläubiger an die ordentlichen Gerichte verwiesen.¹¹³ Der Schuldner hat seine Bestreitung nicht zu begründen. Bestreitet der Schuldner die Forderung nicht, so erlässt der „Enforcement Service“ unverzüglich einen vorläufig vollstreckbaren Titel,¹¹⁴ der einem Säumnisurteil gleichgestellt ist. Nach den allgemeinen Regeln über das Vollstreckungsverfahren hat der Schuldner vier Wochen Zeit,

¹⁰⁹ Art. 6 Abs. 1 EuMVVO; eine gewisse Beschränkung der Zuständigkeiten der EuGVVO ergibt sich lediglich im Konsumentenrecht (Art. 6 Abs. 2 EuMVVO). Zur Zuständigkeitsproblematik KORMANN, S. 67 ff.

¹¹⁰ Siehe über Fn. 117 ff.

¹¹¹ Auskunft von Prof. MICHAEL HELLNER, juristische Fakultät der Universität Uppsala.

¹¹² Verfahren nach dem schwedischen „lagen om betalningsföreläggande och handräckning“ („Gesetz über Zahlungsbefehl und Rechtshilfe“) 1990:746, in Kraft seit 1. Januar 1992.

¹¹³ HELLNER, S. 4 f.

¹¹⁴ § 43 des schwedischen Gesetzes über Zahlungsbefehl und Rechtshilfe. Nach § 23 des schwedischen Gesetzes über Zahlungsbefehl und Rechtshilfe wird davon nur abgesehen, wenn der Antrag des Gläubigers offensichtlich unbegründet bzw. rechtsmissbräuchlich war. Eine Rechtskontrolle findet jedoch grundsätzlich nicht statt. Der „Enforcement Service“ hat dem Antrag des Gläubigers unbesehen stattzugeben.

sich mit Einsprache ans Gericht gegen die Vollstreckung zu wenden. Andernfalls wird der Titel definitiv vollstreckbar und rechtskräftig.¹¹⁵ Für andere als Geldforderungen steht im Übrigen ein ähnliches Verfahren zur Verfügung.

Neben kleineren äusserlichen Unterschieden etwa bei den Fristen fällt auf, dass der unwidersprochene schwedische Zahlungsbefehl über die erste Stufe eines vorläufig vollstreckbaren Titels zur zweiten Stufe eines materiell rechtskräftigen Titels führt. Dieser Unterschied ist aber im vorliegenden Zusammenhang nicht wesentlich, denn die Frage der materiellen Rechtskraft spielt unter den Instrumenten von Brüssel und Lugano für die Einordnung als Erkenntnis- oder Zwangsvollstreckungsverfahren keine Rolle. Insbesondere sind nach EuGVVO und revLugÜ auch nicht materiell rechtskräftige Entscheidungen als vollstreckbare Entscheidung zu behandeln.¹¹⁶ Ausserdem wird dieser Unterschied – wie im deutschen Mahnverfahren – mit der zweimaligen Widerspruchsmöglichkeit des Schuldners kompensiert.

- c) Das deutsche und das italienische Mahnverfahren sind mit dem Einleitungsverfahren des SchKG vergleichbar und deren Mahntitel fallen unter die Erkenntniszuständigkeiten der EuGVVO

aa) Vergleichung mit dem Einleitungsverfahren des SchKG

Das schweizerische Einleitungsverfahren des SchKG ist mit dem deutschen Mahnverfahren und mit dem italienischen *procedimento* funktional und verfahrensrechtlich vergleichbar.¹¹⁷ Diese Verfahren dienen dem Gläubiger zum Zweck, eine Forderung qualifiziert anzumahnen und einen unbestrittenen Anspruch, für den noch kein Vollstreckungstitel besteht, in zügiger Weise zur Vollstreckung zu bringen.¹¹⁸

Diesem Zweck wird auch das Einleitungsverfahren des SchKG gerecht. Im deutschen Mahnverfahren wie auch im schweizerischen Betreibungsverfahren erfolgt die Ausstellung der Mahntitel aufgrund der blossen Behauptung des Gläubigers, der Schuldner schulde einen bestimmten Geldbetrag.¹¹⁹ Die Ausstellung des deutschen Zahlungsbefehls kann – wie beim europäischen Mahnverfahren – im automatisierten Verfahren erfolgen,¹²⁰ wobei beim deutschen Mahnbescheid keine Prüfung des Anspruchs erfolgt.¹²¹ Gegen den darauf basierend ausgestellten Titel kann sich der Schuldner durch

¹¹⁵ Die Vollstreckbarkeit bestimmt sich nach Kapitel 3 Abschnitt 11 des schwedischen Vollstreckungsgesetzes 1981:774.

¹¹⁶ KROPHOLLER, Art. 32 EuGVO N. 21.

¹¹⁷ So mit Bezug auf das deutsche Mahnverfahren auch MEIER, Vollstreckungstitel, S. 208 f.; WALTER, Wechselwirkungen, S. 310 f.; mit Vorbehalten, allerdings gegenüber dem altrechtlichen Mahnverfahren: WALDER, S. 17 f.; a.M. STOFFEL, Gerichtsstände, S. 384 ff. Zur Vergleichung des SchKG-Einleitungsverfahrens mit beiden Verfahren MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 165 ff.

¹¹⁸ COESTER-WALTJEN, S. 54; vgl. NEUHAUS, S. 203.

¹¹⁹ § 690 Abs. 1 Nr. 3 und 4 ZPO/D; BLUMENSTEIN, S. 162 f.

¹²⁰ Vgl. hierzu KORMANN, S. 183 ff.

¹²¹ Vgl. Art. 692 Abs. 1 Nr. 2 ZPO/D (vgl. Art. 8 EuMVVO); KORMANN, S. 88 ff.

Widerspruch (vgl.: Rechtsvorschlag) innert Frist zur Wehr setzen.¹²² Unterlässt er dies, so erstarkt der deutsche Mahnbescheid zum Vollstreckungsbescheid,¹²³ bzw. wird der schweizerische Zahlungsbefehl rechtskräftig.¹²⁴ Diese Titel sind vollstreckbar; der deutsche Vollstreckungsbescheid allerdings nur vorläufig.¹²⁵ Er ist – ähnlich wie im schwedischen Mahnverfahren – einem Säumnisurteil gleichgestellt,¹²⁶ gegen welches der Schuldner wiederum Einspruch erheben kann. Durch diese zweimalige Widerspruchsmöglichkeit des Schuldners, die der Überführung der Streitsache in einen ordentlichen Zivilprozess zur Mahnkontrolle dient,¹²⁷ erscheint dessen Schutz insgesamt verstärkt.¹²⁸ Dies steht im Gegensatz zum rechtskräftigen schweizerischen Zahlungsbefehl, dessen Schuldner nur noch die Klagen der Art. 85a und 86 (sowie selbstverständlich des Art. 85 SchKG) zur Verfügung stehen. Wie beim schwedischen Zahlungsbefehl rechtfertigt sich diese Verstärkung aber dadurch, dass der unwidersprochene Vollstreckungsbescheid tendenziell materiell rechtskräftig wird,¹²⁹ auch wenn die materielle Rechtskraft umstritten und gegenüber einem Gerichtsurteil eingeschränkt ist.¹³⁰

Im Unterschied zu den vorstehend behandelten Verfahren hat der Gläubiger beim *italienischen procedimento d'ingiunzione* eine Antragschrift zu verfassen und einen schriftlichen Beweis vorzulegen, wenn er erfolgreich die Ausstellung eines Mahnbescheids, des *decreto ingiuntivo*, beantragen will.¹³¹ Dann aber erlässt das Gericht den Mahnbescheid, ohne den Schuldner anzuhören. Nach Zustellung des *decreto* und der Antragschrift des Gläubigers erhält der Schuldner eine Frist zum Widerspruch. Nimmt er diese nicht wahr, so wird der *decreto* vom Gericht vollstreckbar erklärt.¹³² Insofern ist auch der *decreto* unmittelbar mit dem schweizerischen Zahlungsbefehl vergleichbar. Was das Verfahren *bei Widerspruch des Schuldners* betrifft, so richtet sich dieser im *italienischen Mahnverfahren* an das Gericht,

¹²² § 694 ZPO/D (vgl. Art. 16 EuMVVO).

¹²³ § 699 ZPO/D.

¹²⁴ Der europäische Zahlungsbefehl wird diesfalls vollstreckbar erklärt, Art. 18 EuMVVO.

¹²⁵ § 700 Abs. 1 ZPO/D.

¹²⁶ § 700 Abs. 1 ZPO/D; MÜLLER BEAT, S. 68 f.; NEUHAUS, S. 204; vgl. WALTER, Wechselwirkungen, S. 310.

¹²⁷ § 696 Abs. 1 und § 700 Abs. 3 ZPO/D.

¹²⁸ Vgl. MEIER, Zwangsvollstreckung, S. 11 f.

¹²⁹ Erhebt der Schuldner keinen Rechtsvorschlag, so wird der schweizerische Zahlungsbefehl dem Schuldner nicht nochmals zugestellt; er wird *eo ipso* rechtskräftig und damit „vollstreckbar“. In Deutschland hat der Gläubiger demgegenüber den Vollstreckungsbescheid ausdrücklich zu beantragen, wenn der Schuldner keinen Widerspruch eingelegt hat (§ 699 Abs. 1 ZPO/D). Die (vorläufige) Vollstreckbarkeit kommt erst diesem Titel zu. KREN (S. 441 f.) hat deshalb eingewendet, der schweizerische Zahlungsbefehl sei eher vergleichbar mit dem Mahnbescheid als mit dem Vollstreckungsbescheid; der Mahnbescheid sei auch in Deutschland kein Vollstreckungstitel. Dieser Unterschied ist allerdings äusserlicher Natur und bedingt durch die Zweistufigkeit, denn der Vollstreckungsbescheid wird allein auf der Grundlage des unwidersprochenen Mahnbescheids erlassen, ohne dass irgend eine weitergehende Prüfung stattfinden würde (§ 699 Abs. 1 ZPO/D; ebenso MÜLLER BEAT, S. 69 Fn. 57 und wohl COESTER-WALTJEN, S. 58; anders STOFFEL, Gerichtsstände, S. 384 f.).

¹³⁰ KORMANN, S. 89 f., S. 150 f.

¹³¹ Art. 633 f. CPC/I.

¹³² Art. 647 CPC/I; BGE 135 III 623 E. 2.1.

wodurch ein ordentliches Zivilverfahren ausgelöst wird.¹³³ Bei rechtzeitigem Widerspruch des Schuldners gegen den *deutschen Mahnbescheid* ist die Erteilung eines Vollstreckungsbescheids ausgeschlossen, das Verfahren blockiert.¹³⁴ Allerdings kann eine der beiden Parteien die Durchführung des streitigen Verfahrens verlangen. Dann findet das ordentliche Zivilverfahren statt.¹³⁵

Vergleichbar verhält es sich im schweizerischen Betreibungsverfahren, wenn der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat. Der Gläubiger muss ein Verfahren anheben, in welchem *sein Anspruch überprüft wird*, um die hemmende Wirkung des Rechtsvorschlags zu beseitigen („Mahnkontrolle“). Der Gläubiger hat eine Anerkennungsklage¹³⁶ anzubringen; verfügt er über eine schriftliche Schuldanererkennung, so wird er provisorische Rechtsöffnung¹³⁷ beantragen, welche ihrerseits – je nach Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens – von einem Aberkennungs- oder Anerkennungsverfahren gefolgt sein kann. Bei fast allen dieser Behelfe handelt es sich um Verfahren, die ihrerseits *den Vorschriften des Titels II LugÜ für Erkenntnisverfahren unterstehen*.¹³⁸ Sie erfüllen dieselbe Funktion wie der ordentliche Zivilprozess in den ausländischen Mahnverfahren: Die Behauptungen des Gläubigers unterliegen einer materiellrechtlichen „Mahnkontrolle“.¹³⁹

Verfügt der Gläubiger bereits über einen *Vollstreckungstitel*, muss sich der Gläubiger in der Schweiz ebenfalls einen „Mahntitel“ – den Zahlungsbe-

¹³³ Art. 645 CPC/I.

¹³⁴ VOLLKOMMER, § 696 ZPO N. 1.

¹³⁵ Vgl. § 696 Abs. 1 ZPO/D; WALTER, Wechselwirkungen, S. 311. Ähnlich ist das EU-Mahnverfahren ausgestaltet, vorne über Fn. 99 ff.

¹³⁶ Art. 79 SchKG.

¹³⁷ Art. 82 f. SchKG.

¹³⁸ Einzig die provisorische Rechtsöffnung ist jüngst vom BGer entgegen der bisher h.M. als rein vollstreckungsrechtliches Verfahren bezeichnet worden (BGer v. 7. Oktober 2010, 5A_36/2010 E. 3.3; vgl. aber a.M. u.a. OGer/CH v. 2. September 2002, ZR 2003, S. 1 ff.; OGer/LU v. 29. März 2005, LGVE 2005 I 110 f.; DONZALLAZ, N. 6383; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 65 Fn. 90; MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 131; MARKUS, LugÜ, Art. 16 Nr. 5 N. 20 m.w.H. (Fn. 164); WALTER, Zivilprozessrecht, S. 248; STAEHELIN MATTHIAS, BSK SchKG, Art. 30a N. 20; STAEHELIN DANIEL, BSK SchKG, Art. 84 N. 24. Das BGer hat gleichzeitig klar festgehalten, dass das Aberkennungsverfahren als Erkenntnisverfahren mit umgekehrten Parteirollen zu betrachten ist (BGE 130 III 285 E. 5.3.3; MARKUS, Rezension, S. 367 f.; BGer v. 7. Oktober 2010, 5A_36/2010 E. 3.3). Ab Inkrafttreten des Art. 62 revLugÜ wird aus der hier vorgeschlagenen Sicht der Zahlungsbefehl als Mahntitel unter die Erkenntniszuständigkeiten des LugÜ fallen, weil die potentiellen, durch Widerspruch des Schuldners ausgelösten Verfahren als Erkenntnisverfahren zu beurteilen sind (hinten über Fn. 193). Dabei kann eine Parallele vom Zahlungsbefehl zum provisorischen Rechtsöffnungsverfahren gezogen werden. Das Aberkennungsverfahren ist als potentielles Erkenntnisverfahren im Fall eines schuldnerischen Widerspruchs gegen die provisorische Rechtsöffnung zu beurteilen (siehe dazu hinten über Fn. 161 ff.) und steht damit im selben Verhältnis zur provisorischen Rechtsöffnung wie die Anerkennungsklage zum Zahlungsbefehl. Als Erkenntnisverfahren bleibt das Aberkennungsverfahren damit zur Gerichtsstandsbestimmung sowohl des Zahlungsbefehls wie der provisorischen Rechtsöffnung massgeblich. Die enge Verbundenheit der provisorischen Rechtsöffnungsklage mit der Aberkennungsklage äussert sich nach BGer darin, dass sie deren Parteirollenverteilung präjudiziert (BGer v. 7. Oktober 2010, 5A_36/2010 E. 3.3). Deshalb ist sie als enger Bestandteil des Mahnkonzpts den LugÜ-Erkenniszuständigkeiten unterworfen.

¹³⁹ MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 168.

fehl – ausstellen lassen. Dafür besteht *keine Parallele bei den ausländischen Mahnverfahren*;¹⁴⁰ immerhin scheint es nicht ausgeschlossen, dass ein europäischer Zahlungsbefehl auch betreffend einer bereits titulierten Forderung ausgestellt wird.

Dieser Unterschied zwischen dem schweizerischen und den ausländischen Mahnverfahren erklärt sich weitgehend daraus, dass die ausländischen Verfahren mit Ausnahme des schwedischen nicht im Zwangsvollstreckungsrecht, sondern im Zivilprozessrecht i.e.S. angesiedelt sind, wenn auch immer mit einer unmittelbaren Verbindung zum Vollstreckungsrecht. Dessen ungeachtet dient der Zahlungsbefehl wie die übrigen Parallelinstrumente gleichermaßen dazu, eine Forderung anzumahnen, und bei ausbleibendem Widerspruch zur Vollstreckungsreife zu bringen. Bloss erfüllt der Zahlungsbefehl in der Schweiz diese Aufgabe zusätzlich auch in dem Fall, in dem der Gläubiger bereits über einen Vollstreckungstitel verfügt.¹⁴¹ Der Zahlungsbefehl kann sich sachlich *sowohl auf das vorprozessuale Umfeld wie auf die reine Vollstreckung beziehen* und erfüllt insofern eine Doppelfunktion. Aus funktionaler, rechtsvergleichender Sicht kann aber aus dieser Differenz keine unterschiedliche Behandlung des schweizerischen Zahlungsbefehls im titellosen Bereich festgemacht werden.¹⁴²

Ein Unterschied zu den ausländischen Verfahren (mit Ausnahme des schwedischen) ist darin zu sehen, dass der schweizerische Zahlungsbefehl von einer Verwaltungsbehörde – vom Betreibungsamt – ausgestellt wird, und nicht von einem Gericht.¹⁴³ Nach europäischem Mahnverfahren ist das Gericht zuständig (allerdings auch nur im automatisierten Verfahren), in Deutschland ist es der Rechtspfleger; er zählt zwar nicht als richterliche Behörde i.e.S., ist aber immerhin ein gerichtliches Organ, das mit Rechtsprechungskompetenz ausgestattet ist.¹⁴⁴ Der italienische *decreto* stammt von einer gerichtlichen Behörde, nämlich vom Gericht oder vom Friedensrichter.¹⁴⁵ Wie vorne gezeigt, ist dieser Unterschied jedoch wegen des Art. 62 revLugÜ nicht mehr von Bedeutung.¹⁴⁶

bb) Der deutsche Mahnbescheid und der italienische *decreto ingiuntivo* als „Entscheidungen“ nach revLugÜ/EuGVVO¹⁴⁷

Der aus dem deutschen Mahnverfahren hervorgehende Vollstreckungsbescheid zum Mahnbescheid gilt (auch in der Schweiz) als vollstreckbarer Titel im Sinne von Art. 32 revLugÜ/EuGVVO, obwohl das zugrundeliegende Verfahren – mangels materieller Anspruchsprüfung – keine auf der Hand

¹⁴⁰ COESTER-WALTJEN, S. 58; WALTER, Wechselwirkungen, S. 311; für die Abschaffung des Zahlungsbefehlsverfahrens im Titelvollstreckungsbereich (im Rahmen der vergangenen SchKG-Revision): MEIER, Verfahren, S. 283.

¹⁴¹ Ein Vorschlag zur Abschaffung des Zahlungsbefehls im Titelbereich: GUTH, S. 131 ff.

¹⁴² MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 169.

¹⁴³ VPB 1988, Nr. 23, S. 135; WALDER, S. 18; vgl. BLUMENSTEIN, S. 241.

¹⁴⁴ DROZ, S. 268; vgl. auch KROPHOLLER, Art. 32 EuGVO N. 9.

¹⁴⁵ Art. 637 CPC/I.

¹⁴⁶ Siehe über Fn. 47 f.

¹⁴⁷ Die Ausführungen in diesem und den nachfolgenden Kapiteln stammen z.T. von MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 159 ff.

liegende Erkenntnisqualität aufweist.¹⁴⁸ Insofern konsequent ist die Ausstellung des Vollstreckungsbescheids denn auch auf die Erkenntniszuständigkeiten nach EuGVÜ/EuGVVO beschränkt.¹⁴⁹

Der EuGH hat befunden, dass der *decreto* – zusammen mit einer verfahrenseinleitenden Antragsschrift – ein verfahrenseinleitendes oder gleichwertiges Schriftstück im Sinne von Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ darstellen soll.¹⁵⁰ Der gerichtlich vollstreckbar erklärte *decreto* ist zudem eine nach LugÜ vollstreckbare Entscheidung.¹⁵¹ Damit steht ohne Weiteres fest, dass die Ausstellung dieser Instrumente ebenfalls von den Erkenntnis-Zuständigkeiten des Systems von Brüssel und Lugano erfasst ist.¹⁵²

d) Zwischenbilanz und weitere Untersuchung

Als Zwischenbilanz kann Folgendes festgehalten werden:

- Zwischen den europäischen und ausländischen Mahnverfahren und dem schweizerischen Einleitungsverfahren des SchKG bestehen auffallende Parallelen.
- Ein Unterschied besteht lediglich zum Teil bei der Urheberschaft des Titels: Verwaltungsbehörde vs. gerichtliche Behörde. Dieser Unterschied bei der Urheberschaft ist aber nach Art. 62 revLugÜ nicht mehr relevant. Nicht einmal dieser Unterschied ist zwischen dem schweizerischen und dem schwedischen Mahnverfahren zu verzeichnen, das in der Parallelbestimmung des Art. 62 EuGVVO¹⁵³ ausdrücklich der gerichtlichen Entscheidung gleichgestellt wird.
- Ein weiterer Unterschied liegt in der Ein- bzw. Zweistufigkeit des Mahnverfahrens. Die zweistufigen – deutschen und schwedischen – Mahnverfahren erlauben eine zweimalige Opposition des Schuldners und eine zweifache Mahnkontrolle. Bleiben beide Möglichkeiten zur Opposition ungenutzt, so führen diese Mahnverfahren zu einem materiell rechtskräftigen Vollstreckungstitel. Die Frage der materiellen Rechtskraft spielt aber ohnehin für den Entscheidungsbegriff unter dem revLugÜ keine Rolle.

¹⁴⁸ Wortlaut der Art. 25 EuGVÜ/LugÜ und Art. 32 EuGVVO/revLugÜ; Kantonsgerichtsausschuss Graubünden v. 30. April 2007, Ref. SKG 07 13, E. 11.b; vgl. die Entscheidungen des Kantonsgerichts Graubünden v. 3. August 1994, PKG 1994, Nr. 27, S. 89, des Kantonsgerichts St. Gallen v. 2. Juni 1988, SJZ 1990, S. 104 f., S. 104 und des Kantonsgerichts Zug 15. September 1994, ZGGVP 1993/94, S. 137 ff., betreffend den österreichischen Zahlungsbefehl; VPB 1988 II Nr. 23, S. 134; KROPHOLLER, Art. 32 EuGVO N. 9; LINKE/MÜLLER/SCHLAFEN, S. 189; NAGEL, S. 5 ff.

¹⁴⁹ BGH v. 19. Juni 1981 = IPRax 1982, S. 159; BUSL, S. 272; GRUNSKY, S. 9; KORMANN, S. 65 f.; KROPHOLLER, vor Art. 2 EuGVO N. 17 und Art. 32 N. 10.

¹⁵⁰ EuGH v. 13. Juli 1995, *Hengst Import BV*, Rs. C-474/93; BGE 135 III 623 E. 2.1.

¹⁵¹ BGE 135 III 623.

¹⁵² Vgl. auch über Fn. 171 ff.

¹⁵³ Wortlaut vorne über Fn. 50.

- Die Ausstellung sämtlicher Mahntitel des ausländischen und europäischen Rechts ist an die Zuständigkeiten für Erkenntnisverfahren nach EuGVVO gebunden.

Obwohl diese funktional-rechtsvergleichenden Feststellungen bereits imperativ für eine Unterstellung des schweizerischen Zahlungsbefehls unter die Erkenntniszuständigkeiten des Systems von Brüssel und Lugano sprechen, soll in einem weiteren Schritt nach den Gründen für diese Unterstellung gefragt werden. Weder EuGH noch BGE haben sich gefragt, ob die Ausstellung des *decreto* auch den Anforderungen an eine „Entscheidung“ im Sinne von Art. 25 EuGVÜ genüge, obwohl daran zumindest Zweifel wach werden könnten, denkt man daran, dass dieses Instrument aus einem einfachen Formular besteht, dessen Sinn überhaupt erst zusammen mit der Antragschrift ermittelbar ist.¹⁵⁴ Ebenso wenig wurde diese Frage im Entscheid Klomps¹⁵⁵ betreffend das deutsche Mahnverfahren angeschnitten. Daraus kann geschlossen werden, dass es nicht die innere Beschaffenheit oder Qualität des Mahnverfahrens ist, die für die internationale Vollstreckbarkeit entscheidend ist. Den Gründen dafür ist somit nachzugehen, denn sie treffen auch auf den schweizerischen Zahlungsbefehl zu.

- e) Mahntitel als „Entscheidungen“ nach den Instrumenten von Brüssel und Lugano

- aa) Die EuGH-Entscheidungen Klomps und Hengst BV

Bei beiden Entscheiden steht der Begriff des *prozesseinleitenden Schriftstücks* im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen im Mittelpunkt. Nach Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ¹⁵⁶ wird eine ausländische Entscheidung nicht anerkannt, „...wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das dieses Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht ordnungsgemäss und nicht so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte“. Die Bestimmung bezweckt den Schutz des Beklagten, dessen rechtliches Gehör im Erststaat verletzt wurde, und will diesfalls die Anerkennung und Vollstreckung des Entscheids im Zweitstaat verhindern.¹⁵⁷

Beim *Entscheid Klomps* stand ein rechtskräftiger deutscher Vollstreckungsbefehl in den Niederlanden zur Vollstreckbarerklärung an. Der Antragsgegner hatte im vorangehenden Mahnverfahren keinen Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl¹⁵⁸ erhoben; ebenso liess er die Frist für den Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl ungenutzt verstreichen, so dass der Vollstreckungsbefehl vollstreckbar wurde. Der Antragsgegner wandte sich

¹⁵⁴ EuGH v. 13. Juli 1995, *Hengst Import BV*, Rs. C-474/93, N. 21; BGE 135 III 623.

¹⁵⁵ EuGH v. 16. Juni 1981, *Klomps*, Rs. 166/80.

¹⁵⁶ Entspricht den Art. 34 revLugÜ/EuGVVO.

¹⁵⁷ KROPHOLLER, Art. 34 EuGVO N. 23.

¹⁵⁸ „Zahlungsbefehl“ und „Vollstreckungsbefehl“ sind Instrumente des *altrechtlichen deutschen* Mahnverfahrens, das bis 1977 Geltung beanspruchte.

gegen das Exequatur u.a. mit der Begründung, der Zahlungsbefehl sei ihm weder ordnungsmässig noch rechtzeitig zugestellt worden.¹⁵⁹

Die Ausgangslage beim *Entscheid Hengst BV* ist vergleichbar: Eine italienische Gläubigerin erwirkte einen *decreto ingiuntivo* gegen den in den Niederlanden ansässigen Schuldner. Der *decreto* wurde dem Schuldner zusammen mit der Antragsschrift der Gläubigerin zugestellt. Nachdem der Schuldner keinen Widerspruch eingelegt hatte, wurde der *decreto* vorläufig vollstreckbar. Gegen das Exequatur in den Niederlanden machte der Schuldner und Antragsgegner geltend, die Zustellung der Abschrift des *decreto* zusammen mit der Antragsschrift könne nicht als verfahrenseinleitendes oder gleichwertiges Schriftstück im Sinne von Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ angesehen werden.¹⁶⁰

Dieser Einwand hätte dem EuGH Gelegenheit geben können, sich über die *Natur des italienischen Mahnverfahrens* zu äussern und insbesondere zu prüfen, ob der *decreto* überhaupt eine „Entscheidung“ im Sinne von Art. 25 EuGVÜ darstellt. Das Gericht beschränkte sich jedoch auf die Feststellung, das der *decreto* sehr wohl nach Titel III des Übereinkommens anerkennbar und vollstreckbar sei, weil er bereits vor dem Zeitpunkt des Antrages um die niederländische Vollstreckbarerklärung *Gegenstand eines kontradiktorischen Verfahrens im Urteilsstaat hätte sein können*. Hätte der Beklagte in den 20 Tagen nach Zustellung des *decreto* Widerspruch eingelegt, dann wäre das Verfahren in einen ordentlichen Zivilprozess übergegangen.¹⁶¹ Der EuGH kam zugleich zum Schluss, zusammen mit der verfahrenseinleitenden Antragsschrift handle es sich beim *decreto* um ein verfahrenseinleitendes Schriftstück im Sinne des Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ.

Daraus geht klar hervor, dass mit dem „Verfahren“ im Sinne des Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ resp. Art. 34 Ziff. 2 revLugÜ nicht das Verfahren zur Ausstellung des *decreto* gemeint ist, sondern das *ordentliche Zivilverfahren*, welches bei Widerspruch des Schuldners hätte stattfinden können. Für die Wahrung des rechtlichen Gehörs nach Art. 27 Nr. 2 EuGVÜ resp. Art. 34 Ziff. 2 revLugÜ reicht es demnach aus, dass die Vollstreckbarkeit im Herkunftsstaat zeitlich erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist eintritt. Damit hätte es der Schuldner in der Hand, die Vollstreckung abzuwenden, indem er sich am Verfahren beteiligt.¹⁶²

Dasselbe Konzept ist insgesamt bereits der Begründung des *Entscheides Klomps* zu entnehmen, wenn auch nicht mit derselben Deutlichkeit: „Sowohl der ordnungsgemässe Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl als auch der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl liessen das Mahnverfahren in ein Streitiges Verfahren übergehen, doch blieb der Vollstreckungsbefehl trotz eingelegten Einspruchs vorläufig vollstreckbar und kam insoweit einem Versäumnisurteil gleich.“¹⁶³ Noch deutlicher in dieselbe Richtung wie

¹⁵⁹ EuGH v. 16. Juni 1981, *Klomps*, Rs. 166/80 = IPRax 1982, S. 14 ff., S. 15.

¹⁶⁰ EuGH v. 13. Juli 1995, *Hengst Import BV*, Rs. C-474/93, N. 11.

¹⁶¹ EuGH v. 13. Juli 1995, *Hengst Import BV*, Rs. C-474/93, N. 14.

¹⁶² MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 162; MARKUS, Rezension, S. 367.

¹⁶³ EuGH v. 16. Juni 1981, *Klomps*, Rs. 166/80, N. 4; MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 162. Insofern konsequent wird bei unterlassenem Widerspruch eine *integrale Säumnis* des Schuld-

der Entscheid Hengst BV weist die schriftliche Erklärung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland im Fall Klomps, welcher der Gerichtshof in weiten Teilen gefolgt ist. Die Erklärung wird im Entscheid wie folgt wiedergegeben: „Da mit der Zustellung des Zahlungsbefehls dem Schuldner Gelegenheit gegeben werde, durch Einlegung des Widerspruchs Einwendungen gegen den Anspruch zu erheben – wodurch das Mahnverfahren in ein gewöhnliches Streitiges Verfahren übergeleitet werde – sei der Zahlungsbefehl als ein das Verfahren einleitendes Schriftstück anzusehen; insoweit trete er an die Stelle der Klageschrift.“¹⁶⁴

Damit reduzieren sich nach Ansicht des EuGH sowohl die Ausstellung des *decreto* wie des deutschen Zahlungsbefehls im Grunde zu blossen Verfahren zur Ausstellung einer prozesseinleitenden Ladung, zu einem eigentlichen „*Ladungsverfahren*“. Die Ladung bezieht sich auf den ordentlichen Zivilprozess, der bei Widerspruch des Schuldners stattfinden würde. Unterlässt der Schuldner den Widerspruch, so findet zwar das ordentliche Verfahren nicht statt. Es bleibt aber für den EuGH von *potentieller* bzw. *virtueller Bedeutung*.¹⁶⁵ Gestützt auf diese Argumentation hat denn auch das Urteil vom 30. April 2007 des Kantonsgerichtsausschusses Graubünden das Exequatur für einen Mahnbescheid erteilt, der mit einem Vollstreckungsbescheid bestätigt worden war (E. 11.b).

Gleichzeitig führt dieses Konzept zu einer beträchtlichen *Ausweitung des Begriffes der „Entscheidung“* nach Art. 25 EuGVÜ bzw. Art. 32 rev-LugÜ/EuGVVO. Die eigentliche Entscheidung ist das aus dem *nur potentiell* im Fall eines gegnerischen Widerspruchs stattfindenden Zivilverfahren hervorgehende Urteil. Dieses Verfahren genügt ohne weiteres auch allenfalls qualifizierten Anforderungen an Justizförmigkeit und Urheberschaft der Entscheidung. Der Mahntitel ist demgegenüber ein eigentliches *Entscheidssurrogat*.¹⁶⁶

Damit ist die grundsätzliche „Vollstreckungswürdigkeit“ auch für den Mahntitel gegeben, der aus dem „Ladungsverfahren“ hervorgeht. Der Mahntitel ersetzt die „Entscheidung“ und tritt so als vollwertiges Entscheidungs- oder *Titelsurrogat* auf.

ners für das gesamte – potentielle – Erkenntnisverfahren angenommen. Nach EuGH entspricht dies einem Anliegen des Schuldnerschutzes (EuGH v. 16. Juni 1981, *Klomps*, Rs. 166/80, N. 7; vgl. EuGH v. 14. Oktober 2004, *Maersk*, Rs. C-39/02). Unter dem Aspekt des rechtlichen Gehörs bei der verfahrenseinleitenden Zustellung kann dem zugestimmt werden. Denn sowohl der unwidersprochene *decreto* wie der unwidersprochene Vollstreckungsbescheid zum Mahnbescheid entfalten bedeutende Wirkungen für den Schuldner, insbesondere diejenige der Vollstreckbarkeit.

¹⁶⁴ EuGH v. 16. Juni 1981, *Klomps*, Rs. 166/80 = IPRax 1982, S. 14 ff., S. 15; MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 162; MARKUS, LugÜ, Art. 16 Nr. 5 N. 12; vgl. die genannte Rechtsprechung bestätigend EuGH v. 14. April 2004, *Maersk*, Rs. C-39/02.

¹⁶⁵ MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 162.

¹⁶⁶ MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 163; MARKUS, Rezension, S. 367; Botschaft LugÜ, 1800 f.; so später auch DOMEJ, S. 197 ff.

- bb) Folge der Rechtsprechung des EuGH: Mahntitel wie der italienische *decreto*, der deutsche Mahnbescheid, der schwedische Zahlungsbefehl oder der europäische Zahlungsbefehl sind „Entscheidungs-surrogate“, die unter die Erkenntniszuständigkeiten fallen

Die Rechtsprechung des EuGH ist bei der Auslegung des LugÜ und des revLugÜ durch schweizerische Gerichte grundsätzlich zu berücksichtigen; vor der Unterzeichnung des LugÜ ergangene Urteile des EuGH wie die Entscheidung i.S. Klomps sind sogar bindende Auslegungen des Instruments.¹⁶⁷ Aus den vorstehend erwähnten EuGH-Entscheidungen geht hervor, dass der EuGH Verfahren für Instrumente wie den *decreto*, den deutschen Mahnbescheid und den europäischen Zahlungsbefehl nicht als selbständige Verfahren, sondern als „Vorläufer“ oder *Platzhalter* für das virtuell stattfindende, ordentliche Zivilverfahren betrachtet, d.h. als ein Verfahren zur Produktion des prozesseinleitenden Schriftstücks für diese potentiellen Verfahren. Die Legitimation für die Vollstreckbarkeit des daraus hervorgehenden Titels, gewissermassen seine Vollstreckungswürdigkeit¹⁶⁸, bezieht das Gericht aus dem virtuellen Zivilprozess.¹⁶⁹

Dieses Konzept des virtuellen Erkenntnisverfahrens strahlt auf die Frage der direkten Zuständigkeit zurück. Denn als Konsequenz wird für die Einordnung das – virtuelle – Verfahren entscheidend, welches im Falle eines Widerspruchs des Schuldners zur Mahnkontrolle potentiell stattfinden würde. Gerade im Zusammenhang mit dem deutschen Mahnverfahren verweist der EuGH zu Recht darauf, dass sich die liberale Anerkennungsregelung des Übereinkommens nur deshalb rechtfertige, weil der Beklagte im Erstprozess durch die Gerichtsstandsbestimmungen für Erkenntnisverfahren geschützt sei.¹⁷⁰ Das bedeutet im vorliegenden Fall zunächst, dass dieser Schutz im potentiell stattfindenden Erkenntnisverfahren stattfinden muss. Das heisst aber zudem, dass auch das Verfahren zur Produktion des verfahrenseinleitenden Schriftstücks, das „Ladungsverfahren“, unter die Vorschriften für Erkenntnisverfahren fallen muss. Das Konzept des EuGH lebt vom engen sachlichen und verfahrensrechtlichen Zusammenhang des – insofern bloss virtuellen – Mahnverfahrens mit dem dahinter „verborgenen“ virtuellen Erkenntnisverfahren zur Mahnkontrolle. Und diese Betrachtung verlangt, dass auch aus der Perspektive des Gerichtsstands ein Zusammenhang zum „Ladungsverfahren“ gewährleistet ist. Die Zuständigkeit zur Ausstellung des Mahntitels bestimmt sich damit nicht selbständig, sondern leitet sich von der Zuständigkeit für das Erkenntnisverfahren ab.¹⁷¹

Demnach ist es lediglich eine Frage der Konsequenz, dass die Ausstellung des europäischen Zahlungsbefehls gesetzlich an die Zuständigkeiten der EuGVVO gebunden ist und sich die Ausstellung des deutschen Mahnbe-

¹⁶⁷ Prot. Nr. 2 LugÜ sowie zwei Erklärungen der EG- und EFTA-Mitgliedstaaten; Art. 1 Prot. Nr. 2 revLugÜ. Dazu u.a. MARKUS, Tendenzen, S. 124 ff.

¹⁶⁸ Vgl. vorne über Fn. 73 f.

¹⁶⁹ MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 167.

¹⁷⁰ EuGH v. 16. Juni 1981, *Klomps*, Rs. 166/80, N. 7; MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 164.

¹⁷¹ MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 164.

scheids auf die Erkenntniszuständigkeiten nach EuGVÜ/EuGVVO beschränkt.¹⁷²

f) Beurteilung des schweizerischen Zahlungsbefehls als Entscheidungsurrogat unter dem EuGH-Konzept

aa) Zuständigkeit

Das vorstehend beschriebene EuGH-Konzept des virtuellen Erkenntnisverfahrens ist unmittelbar auf den SchKG-Zahlungsbefehl anwendbar. Mit Ausnahme der definitiven Rechtsöffnung beim titulierten Zahlungsbefehl sowie der provisorischen Rechtsöffnung¹⁷³ folgen auf den widersprochenen schweizerischen Zahlungsbefehl Verfahren, die als Erkenntnisverfahren den Vorschriften des Titels II revLugÜ unterstehen. Der EuGH stellt allein darauf ab, dass dem Antragsgegner ein Erkenntnisverfahren für die „Mahnkontrolle“ zur Verfügung steht, falls er sich gegen den Mahnbescheid erhebt.¹⁷⁴ Potentielle Erkenntnisverfahren – also die Anerkennungs-, oder Aberkennungsklage – müssen an derselben internationalen (und gegebenenfalls örtlichen) Zuständigkeit stattfinden wie die Ausstellung des Mahntitels.¹⁷⁵ Andernfalls würde der verfahrensrechtliche Zusammenhang zwischen dem „Ladungsverfahren“ und dem virtuellen Erkenntnisverfahren ungenügend respektiert.¹⁷⁶

Dieser Zusammenhang verliert dann seine Bedeutung, wenn sich der Schuldner dem Zahlungsbefehl tatsächlich widersetzt hat. Dem Gläubiger bleibt es dann unbenommen, den Schuldner an einer alternativen Lugano-Zuständigkeit zu verklagen, provisorische Rechtsöffnung zu verlangen oder auf den Rechtsweg zu verzichten.

Die vorstehenden Überlegungen gelten auch nicht für den Fall, dass bereits ein Vollstreckungstitel (definitiver Rechtsöffnungstitel) vorliegt. Zwar erfüllt der titulierte Zahlungsbefehl auch in diesem Fall eine Mahnfunktion. Die definitive Rechtsöffnung – diesfalls das potentiell stattfindende Verfahren – untersteht aber als Titel-Vollstreckungsverfahren Art. 22 Ziff. 5 revLugÜ,¹⁷⁷ weswegen auch die Zahlungsbefehlszuständigkeit vom Übereinkommen nicht beeinflusst wird.

Nachdem die vorstehende *funktionale Betrachtung* ohne Weiteres ergibt, dass der unwidersprochene und untitulierte Zahlungsbefehl einen unter die Erkenntniszuständigkeiten des revLugÜ fallender Mahntitel im Sinne der EuGH-Rechtsprechung darstellt, erlöschen die bei formaler Betrachtung

¹⁷² BGH v. 19. Juni 1981 = IPRax 1982, S. 159; BUSL, S. 272; GRUNSKY, S. 9; KORMANN, S. 65 f.; KROPHOLLER, vor Art. 2 EuGVO N. 17; vgl. auch KROPHOLLER, Art. 32 EuGVO N. 10.

¹⁷³ Das Aberkennungsverfahren ist als potentielles Erkenntnisverfahren im Verhältnis zur provisorischen Rechtsöffnung zu betrachten, dazu vorne Fn. 138.

¹⁷⁴ MARKUS, Rezension, S. 366 f.; MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 170; MARKUS, LugÜ, Art. 16 Nr. 5 N. 18 f.

¹⁷⁵ So auch BGH v. 19. Juni 1981, kommentiert in IPRax 1982, S. 159.

¹⁷⁶ MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 170.

¹⁷⁷ MARKUS, LugÜ, Art. 16 Nr. 5 N. 33.

verbliebenen restlichen Zweifel im Zusammenhang mit dem Erfordernis des „justizförmigen“ Verfahrens ohne Weiteres. Der EuGH betrachtet allein das virtuelle Erkenntnisverfahren, und nicht den Mahntitel selber, der lediglich ein „Ladungsverfahren“ zu diesem Erkenntnisverfahren darstellt. Einer eigentlichen „Justizförmigkeit“ des – isoliert betrachteten – „Ladungsverfahrens“ bedarf es aus der Optik des EuGH nicht. Die Frage der „Justizförmigkeit“ ist konsequenterweise nur für das gesamte Verfahren zu beurteilen, also zusammen mit der potentiellen materiellrechtlichen Mahnkontrolle, bei dem die Ladung lediglich ein erstes Teilstadium darstellt.

Allenfalls trotzdem verbliebene Zweifel werden angesichts des schwedischen Mahnverfahrens und der entsprechenden *Parallelbestimmung zu Art. 62 revLugÜ in Art. 62 EuGVVO* ausgeräumt. Diese vorne¹⁷⁸ wiedergegebene Bestimmung bezieht sich auf die Verwendung des Begriffs „Gericht“ in Art. 32 EuGVVO und bezweckt eine Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs auf schwedische Mahntitel und deren internationale Vollstreckbarkeit als Erkenntnisse. Dies zeigt deutlich, dass der Entscheidungsbegriff der Systeme von Brüssel und Lugano bei einem Mahntitel von allfälligen Anforderungen an dessen „Justizförmigkeit“ entlastet ist.¹⁷⁹

bb) Internationale Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls

Die vorstehende Beurteilung des schweizerischen Zahlungsbefehls als Erkenntnisurrogat spricht – wie bei den ausländischen Mahnverfahren – auch für dessen internationale Vollstreckbarkeit, wie sie von DOMEJ¹⁸⁰ und MÜLLER BEAT¹⁸¹ gefordert und von BUCHER¹⁸², MEIER¹⁸³ und WALTER¹⁸⁴ zumindest in Betracht gezogen wird.¹⁸⁵

Der unwidersprochene, rechtskräftig gewordene Zahlungsbefehl ist in der Schweiz unmittelbar vollstreckbar, ohne dass ein definitives Rechtsöffnungsverfahren durchlaufen werden muss.¹⁸⁶ Damit ist er einem definitiven Rechtsöffnungstitel nach Art. 80 SchKG im Fall eines Rechtsvorschlages mehr als ebenbürtig, denn er übertrifft diesen sogar in seiner Nähe zur eigentlichen Vollstreckung, der Fortsetzung der Betreibung.

¹⁷⁸ Wortlaut vorne über Fn. 46.

¹⁷⁹ Dies gilt umso mehr beim Entwurf der EU-Kommission für eine revidierte EuGVVO, der die bestehende Definition der „Entscheidung“ in Art. 32 EuGVVO verlässt und Verwaltungsbehörden mit gerichtlichen Behörden durchwegs gleichsetzt (Art. 2 und bes. 2 c des Entwurfs der Europäischen Kommission vom 14. Dezember 2010, KOM(2010) 748 endgültig). Dieser erste Entwurf wird jedoch noch einigen Überarbeitungen zu unterwerfen sein.

¹⁸⁰ DOMEJ, S. 202 ff.

¹⁸¹ MÜLLER BEAT, S. 68 f.

¹⁸² BUCHER, N. 722.

¹⁸³ MEIER, Vollstreckungstitel, S. 209 ff.

¹⁸⁴ WALTER, Zahlungsbefehl, S. 549.

¹⁸⁵ Gegen die internationale Vollstreckbarkeit KREN, S. 441 f.; VOLKEN, Anerkennung, S. 428.

¹⁸⁶ Art. 88 Abs. 2 SchKG.

Eine spezifische territoriale (Selbst-) Beschränkung seiner Wirkung kann dem Zahlungsbefehl zudem nicht entnommen werden, so dass er auch grenzüberschreitend zur Vollstreckbarerklärung taugt.¹⁸⁷

Die fehlende materielle Rechtskraft des Zahlungsbefehls spricht nicht gegen dessen Vollstreckbarkeit,¹⁸⁸ da diese für vollstreckbare Entscheidungen nach EuGVVO und LugÜ generell keine Voraussetzung ist.¹⁸⁹

Wesentliche Probleme praktischer Natur ergeben sich dabei im Übrigen keine, zumal sich die Vollstreckbarkeit des unwidersprochenen Zahlungsbefehls bereits aus der Urkunde selber ergibt.¹⁹⁰

Indem das zugrundeliegende Verfahren die Anforderungen der Art. 32 und 62 revLugÜ erfüllt, und zudem die Vollstreckbarkeit im Erlassstaat gegeben sind, erfüllt der schweizerische Zahlungsbefehl die Voraussetzung zur grenzüberschreitenden Vollstreckbarerklärung nach revLugÜ. Dies ist festzustellen, obwohl die Frage der Vollstreckbarkeit in vorliegendem Zusammenhang gar nicht umfassend beurteilt werden müsste, zumal die LugÜ-Zuständigkeit zur Ausstellung des Zahlungsbefehls bereits unabhängig davon beachten ist.¹⁹¹ Ist die internationale Vollstreckbarkeit nach revLugÜ gegeben, so zieht dies die Einordnung unter die Erkenntniszuständigkeiten des revLugÜ zwingend nach sich, während umgekehrt eine fehlende Vollstreckbarkeit für sich allein noch nicht das Gegenteil bedeutet.¹⁹²

2.7 Schlussfolgerungen für die direkte Zuständigkeit zur Ausstellung des Zahlungsbefehls nach SchKG

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass der unwidersprochene und untitulierte Zahlungsbefehl des SchKG den Erkenntniszuständigkeiten des revLugÜ unterworfen ist, weil

- er nach dem funktionalen Konzept des EuGH als Entscheidungsurrogat zu beurteilen ist, das aus einem virtuellen Erkenntnisverfahren hervorgeht, und
- er gleichzeitig aus funktional-rechtsvergleichender Sicht einen aus einem Mahnverfahren hervorgehenden Mahntitel darstellt, der – wie das gemeinschaftsrechtliche und eine Reihe europäischer Mahnverfahren – an einer Erkenntniszuständigkeit nach EuGVVO auszustellen ist;

¹⁸⁷ Ausführlich DOMEJ, S. 192 ff.; vgl. SOGO, S. 809 ff.; vgl. auch MARKUS, Lugano-Übereinkommen, S. 170 f.; a.M. WALTHER, Art. 25 LugÜ N. 36.

¹⁸⁸ So aber KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 70; WALTHER, Art. 25 LugÜ N. 37.

¹⁸⁹ WALTHER, Art. 25 LugÜ N. 20; KROPHOLLER, Art. 32 EuGVO N. 21; WALTER, S. 428-432.

¹⁹⁰ Vgl. MEIER, Vollstreckungstitel, S. 210. Der Zahlungsbefehl enthält die ausdrückliche Androhung an den Schuldner, dass die Betreibung ihren Fortgang nehme, wenn er weder Zahlung leiste noch während der Bestreitungsfrist Recht vorschlage (AMONN/WALTHER, § 17 Rz. 9; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 7). Bei unterlassenem Rechtsvorschlag wird dem Gläubiger diese Tatsache auf seiner Abschrift des Zahlungsbefehls bescheinigt (Art. 76 SchKG).

¹⁹¹ Vgl. vorne über Fn. 45 ff.

¹⁹² Vgl. über und Fn. 63.

- dadurch die formal-systematische Betrachtung, wonach das Verfahren zur Ausstellung des Zahlungsbefehls ein „justizförmiges“ Verfahren sein soll, völlig in den Hintergrund tritt;
- er in einer formal-systematischen Betrachtung als Titelproduktions- und keinesfalls als Titelvollstreckungsverfahren angesehen werden muss;
- es der Schutzzweck des revLugÜ gebietet, auch nur „rudimentäre“, monothematische Erkenntnisverfahren ausschliesslich an einer Zuständigkeit nach revLugÜ stattfinden zu lassen; und – last but not least –
- sich dieses Ergebnis ohne Weiteres dem Wortlaut der Parallelbestimmung des Art. 62 EuGVVO sowie des Art. 32 revLugÜ/EuGVVO entnehmen lässt und auch von der Entstehungsgeschichte des Übereinkommens getragen wird.

3. Konsequenzen für die Zuständigkeitsprüfung des Betreibungsamtes und anderer Behörden

Der Betreibungsbeamte ist bereits heute befugt und verpflichtet, die Angaben des Gläubigers zur örtlichen und internationalen Zuständigkeit nach Art. 46 ff. SchKG von Amtes wegen zu überprüfen.¹⁹³ Unter dem revLugÜ wird er in diesem Rahmen auch eine Prüfung der Zuständigkeit nach revLugÜ zur Ausstellung eines untitulierte Zahlungsbefehls vornehmen müssen.

Dabei wird sich das Betreibungsamt nicht auf den Einlassungstatbestand des Art. 24 revLugÜ stützen können, da der Schuldner einerseits zur Einlassung vor der Ausstellung des Zahlungsbefehls keine Möglichkeit hat und andererseits der Rechtsvorschlag das Verfahren zum vollständigen Stillstand bringt und im Übrigen i.d.R. ohnehin als umfassende, materiell- und verfahrensrechtliche Opposition zu verstehen ist.

3.1 Fälle, in denen eine Prüfung nach revLugÜ vorzunehmen ist

Ungeachtet des vorstehend Gesagten ist die Zuständigkeitsprüfung nach revLugÜ aus einer groben Sicht nur in den relativ seltenen Fällen nötig, in denen

- der Gläubiger (noch) nicht im Besitz eines definitiven Rechtsöffnungstitels ist,
- eine Zivil- und Handelssache nach Art. 1 revLugÜ vorliegt, und

¹⁹³ BGer v. 6. Juni 2007, 7B.17/2007 E. 6.2; BGE 120 III 110 = Pra 84 (1995) Nr. 184 E. 1.a.; KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 14; WÜTHRICH/SCHOCH, BSK SchKG, Art. 69 N. 13.

- sich entweder der Wohnsitz des Schuldners im Ausland befindet (Art. 2 revLugÜ regelt nur die internationale Zuständigkeit der Schweiz und überlässt die Zuweisung der örtlichen Zuständigkeit dem SchKG);
- oder bei schweizerischem Wohnsitz des Schuldners eine Gerichtsstandsvereinbarung¹⁹⁴ zugunsten eines anderen Staats getroffen wurde, auf den das revLugÜ anwendbar ist. Hier ist übrigens umstritten, ob das LugÜ überhaupt zur Anwendung kommt, wenn sich der Wohnsitz *beider Parteien* in der Schweiz befindet.¹⁹⁵
- Daneben sind sehr seltene Fälle denkbar, in denen etwa eine zwingende („ausschliessliche“) ausländische Zuständigkeit nach LugÜ zu beachten ist, obwohl der Schuldner oder beide Parteien ihren Wohnsitz in der Schweiz haben.

Insgesamt ändert sich gegenüber der heutigen Situation nicht allzu viel. Es sind v.a. Fälle des primären (untitulierte) Ausländerarrests in der Schweiz betroffen, die deshalb bereits unter dem bisherigen LugÜ häufig direkt mit (ausländischer) Klage und nicht mit schweizerischem Zahlungsbefehl prosequiert werden.

3.2 Zum Zusammenspiel der LugÜ-Zuständigkeiten mit den Betreibungsständen nach SchKG

Ist ein untitulierter Zahlungsbefehl an einem LugÜ-Gerichtsstand in der Schweiz auszustellen, so kann sich die Situation ergeben, dass die Fortsetzung der Betreibung an einem anderen Ort in der Schweiz durchzuführen ist. Diese stellt nämlich in der Einzelvollstreckung ein Verfahren nach Art. 22 Ziff. 5 revLugÜ dar, das an den Betreibungsständen der Art. 46 ff. SchKG stattfinden kann, während die eigentliche Gesamtvollstreckung ohnehin aus dem materiellen Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen ist.

In seltenen Fällen, in denen etwa zwei ausländische Parteien einen Streitgegenstand ohne Bezug zur Schweiz mit einer Gerichtsstandsvereinbarung der hiesigen Zuständigkeit unterbreiten wollen, ist es denkbar, dass in der Schweiz trotz LugÜ-Zuständigkeit überhaupt kein Betreibungsstand im Sinne der Art. 46 ff. SchKG gegeben ist. Zwar verpflichtet das LugÜ den Mitgliedstaat zur Bereitstellung eines Verfahrensgefässes, wenn der Staatsvertrag eine Zuständigkeit in diesem Mitgliedstaat gibt.¹⁹⁶ Es schreibt jedoch den Mitgliedstaaten nicht vor, welches Gefäss angeboten werden soll. Dass

¹⁹⁴ Eine solche Überprüfung findet auch z.B. in Deutschland statt. § 34 Abs. 2 AVAG sieht vor, dass der Antragsteller eine allfällige schriftliche Gerichtsstandsvereinbarung vorzuweisen hat, wenn er die Zuständigkeit der deutschen Gerichte behauptet. Dieses Erfordernis steht damit im Zusammenhang, dass aus dem Antrag für einen Zahlungsbefehl mitunter nicht klar zu ersehen ist, ob das angerufene Gericht international zuständig ist (GRUNSKY, S. 9; KORMANN, S. 96).

¹⁹⁵ KILLIAS, Art. 17 LugÜ N. 10; WALTER, Zivilprozessrecht, S. 252. M.E. ist in diesen Fällen das LugÜ anzuwenden.

¹⁹⁶ EuGH v. 1. März 2005, *Owusu*, Rs. C-281/02; DASSER, Art. 2 LugÜ N. 11 ff.

heisst, dass die Schweiz in diesen Fällen nicht verpflichtet ist, ihr Mahnverfahren zur Verfügung zu stellen. Die mit dem Mahnverfahren verbundene Vollstreckung in der Schweiz wäre nicht möglich; damit ist ein sachlicher Grund dafür gegeben, dass die Klagpartei vom Mahnverfahren nicht profitieren kann und sich mit einer Leistungsklage nach ZPO begnügen muss. Ein Zahlungsbefehl muss demnach in diesen Fällen nicht ausgestellt werden. Die LugÜ-Zuständigkeiten wirken damit auf die Betreibungszuständigkeiten vorwiegend in begrenzender Weise.

Ist der Zahlungsbefehl an einer schweizerischen LugÜ-Zuständigkeit ausgestellt worden, so haben sich die nachfolgenden „Mahnkontrollverfahren“ ebenfalls an dieser Zuständigkeit auszurichten. Davon betroffen sind Anerkennungsklage, provisorische Rechtsöffnung und Aberkennungsklage.¹⁹⁷ Dies verlangt die vorne hergeleitete gerichtsstandsmässige Kohärenz zwischen Mahntitel und Mahnkontrollverfahren, wie sie der EuGH seinen beiden Entscheidungen zugrundegelegt hat.¹⁹⁸

3.3 Prüfung und Kognition des Betreibungsamts

Was ändert sich bei der Prüfung konkret? Trotz Verpflichtung zur Prüfung der Zuständigkeit „ex officio“ nimmt das Betreibungsamt i.d.R. lediglich eine Prüfung *from the desk* vor, d.h. es stellt lediglich auf die Angaben des Gläubigers und sofort überprüfbare Tatsachen ab.¹⁹⁹ Diese Praxis wird sich nicht grundlegend ändern.

Nach Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG hat der Gläubiger „Forderungsurkunden“ oder in Ermangelung derselben „Forderungsgründe“ anzugeben. Darauf gestützt wird das Betreibungsamt i.d.R. feststellen können, ob eine „Zivil- und Handelssache“ im Sinne des Art. 1 Ziff. 1 revLugÜ gegeben ist bzw. ob eine Ausnahme nach Ziff. 2 greift.

Ist ein definitiver Rechtsöffnungstitel vorhanden, so sollte dieser als – qualifizierte! – Forderungsurkunde zu verstehen sein, die ebenfalls vom Gläubiger vorzulegen ist.²⁰⁰

¹⁹⁷ Die provisorische Rechtsöffnung wird zwar vom BGer unter dem bestehenden LugÜ als Vollstreckungsverfahren qualifiziert. Sie ist jedoch unmittelbar mit der Aberkennungsklage verbunden, indem sie deren Parteilollenverteilung präjudiziert (BGer v. 7. Oktober 2010, 5A_36/2010 E. 3.3). Unter dem revidierten LugÜ ist sie ins Mahnkonzept eingebunden und sollte deshalb als enger Bestandteil dieses Konzepts den LugÜ-Erkenntniszuständigkeiten unterworfen werden (vgl. zudem auch vorne Fn. 138). Bei der Aberkennungsklage ist zudem die materielle Parteilollenverteilung zu berücksichtigen (BGE 130 III 285; vgl. BGE 132 III 778 zur Aberkennungsklage). Zur Behandlung der auf den Zahlungsbefehl folgenden Instrumente des SchKG-Einleitungsverfahrens eingehender ALEXANDER R. MARKUS, in: Felix Dasser/ Paul Oberhammer, Kommentar zum Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl. Bern 2011, zu Art. 22 Nr. 5 LugÜ (in Erscheinung begriffen).

¹⁹⁸ Vorne über Fn. 175 f.

¹⁹⁹ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 13; vgl. AMONN/WALTHER, § 17 Rz. 1; MALACRIDA/ROESLER, Art. 69 SchKG N. 12.

²⁰⁰ In diesem Sinne BGer v. 22. Oktober 2008, 5A.586/2008 E. 3. Soweit die Angaben zum Forderungstitel aus der Sicht der Praxis nicht als unbedingt erforderlich angesehen werden, ist die Vorlage des definitiven Rechtsöffnungstitels im Ergebnis als prozessuale Obliegenheit des

Zweck dieser Angaben ist aus der Sicht des SchKG zur Hauptsache, dass der Schuldner Klarheit über die Art der Forderung erhält und er sich über deren Anerkennung schlüssig werden kann.²⁰¹ Mit dem Inkrafttreten des revLugÜ werden diese Bestimmungen im Sinne einer staatsvertragskonformen Auslegung (Art. 30a SchKG) den zusätzlichen Zweck erhalten, dem Betreibungsamt die Prüfung der Zuständigkeit zu erleichtern. Ist der Forderungsgrund zu wenig klar umschrieben, kann das Betreibungsamt das Betreibungsbegehren i.S.v. Art. 32 Abs. 4 SchKG zur Verbesserung zurückweisen.

Im Übrigen ist die amtswegige Prüfung der Zuständigkeit nicht strikte auf die in Art. 67 SchKG enthaltenen Angaben beschränkt. Diese Bestimmung enthält bereits vor Inkrafttreten des revLugÜ keine abschliessende Liste von Angaben, auf welche sich das Betreibungsamt stützen darf. Bei den Betreibungsständen der Art. 49–51 SchKG (z.B. Spezialdomizil des Schuldners oder Belegenheit der Pfandsache, die auch in Art. 151 SchKG nicht erwähnt wird), bedarf es bereits unbesehen des revLugÜ der Überprüfung einer Reihe von Angaben zur Feststellung der örtlichen Zuständigkeit, die in Art. 67 SchKG nicht erwähnt sind. Die Bestimmung enthält nur die Angaben, die für den Zahlungsbefehl und dessen Inhalt (Individualisierung der in Betreuung gesetzten Forderung) unmittelbar massgeblich sind,²⁰² nicht aber zur Überprüfung der internationalen oder örtlichen Zuständigkeit. Diese amtswegige Prüfung der Zuständigkeit ist also den Betreibungsämtern nicht neu; gleichzeitig dürfte sich aber ev. ein gewisser Weiterbildungsbedarf betreffend die Zuständigkeitsordnung des revLugÜ bei den Betreibungsämtern abzeichnen.

4. Fazit

1. Zwischen den Erkenntniszuständigkeiten des revLugÜ und den Betreibungsständen des SchKG besteht eine Reihe von entscheidenden Unterschieden, die hauptsächlich relevant sind, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz im Ausland hat. Diese Differenzen sind zugunsten des dem SchKG vorgehenden revLugÜ aufzulösen, soweit das Übereinkommen materiell anwendbar ist.
2. Der untitulierte SchKG-Zahlungsbefehl steht am Anfang eines Verfahrenskomplexes (dem Einleitungsverfahren SchKG), der in funktionaler und verfahrensrechtlicher Hinsicht starke Parallelen mit einer Reihe von Mahnverfahren des ausländischen und des EU-Rechts aufweist.
3. Auffällig ist die Parallelität mit dem schwedischen Mahnverfahren nach Art. 62 EuGVVO, bei dem der Zahlungsbefehl ebenfalls von ei-

Gläubigers zu verstehen, mit deren Erfüllung er seinen Antrag von der Prüfung der Erkenntniszuständigkeiten nach LugÜ befreien kann.

²⁰¹ KOFMEL-EHRENZELLER, BSK SchKG, Art. 67 N. 43.

²⁰² Vgl. KOFMEL-EHRENZELLER, BSK SchKG, Art. 67 N. 1, N. 15.

- ner zwangsvollstreckungsrechtlichen Verwaltungsbehörde (Beitreibungsamt) ausgestellt wird.
4. Alle erwähnten Mahnverfahren unterstehen nach der EuGH-Rechtsprechung den Erkenntniszuständigkeiten des Systems von Brüssel und Lugano, das schwedische sogar ausdrücklich nach der Parallelbestimmung des Art. 62 EuGVVO, das europäische ausdrücklich nach Art. 6 der EuMVVO. Hintergrund dafür: die aus diesen Mahnverfahren hervorgehenden Mahntitel sind Entscheidsurrogate für ein potentiell, bei Widerspruch des Antragsgegners einzuleitendes Erkenntnisverfahren, weshalb Anforderungen an eine „Justizförmigkeit“ des Mahntitel-Verfahrens in den Hintergrund treten.²⁰³
 5. Ab Inkrafttreten des revidierten Lugano-Übereinkommens untersteht vor dem genannten Hintergrund auch das schweizerische Mahnverfahren und dessen Mahntitel, der untitulierte Zahlungsbefehl, den Erkenntnis-Zuständigkeiten des revLugÜ. Es ergibt sich in dieser Hinsicht keinerlei Anlass für einen „Sonderfall Schweiz“.
 6. Die Betreibungsämter prüfen bereits heute von Amtes wegen, ob die Betreibungsstände der Art. 46 ff. SchKG gegeben sind. Ab Inkrafttreten des revLugÜ überprüfen sie im Fall eines untitulierten Zahlungsbefehls die internationale und örtliche Zuständigkeit nach revLugÜ zusätzlich (und nur) in den Fällen, die von den Erkenntniszuständigkeiten des Staatsvertrags erfasst sind. Zu beachten sind dabei hauptsächlich Konstellationen, in welchen der Gläubiger keinen definitiven Rechtsöffnungstitel vorweisen kann, und in welchen der Wohnsitz des Schuldners im Ausland liegt.²⁰⁴
 7. Das vorliegende Ergebnis bringt keinen gesetzgeberischen Regelungsbedarf mit sich. Ein Vorschlag, der das Zahlungsbefehlsverfahren de facto auf schweizerische Schuldner beschränken will,²⁰⁵ nimmt in- und ausländischen Gläubigern unnötig ein effizientes Instrument der Rechtsverfolgung.²⁰⁶ Im Gegenteil ist es so erstaunlich wie befriedigend, dass unser angejahrtes SchKG bereits mit einem Mahnverfahren aufwartet, wie es im europäischen Umfeld heute als moderne Errungenschaft (EuMVVO!) betrachtet wird. Es geht heute lediglich darum, unter dem revidierten Lugano-Übereinkommen auch in gerichtsständlicher Hinsicht die Konsequenzen aus der Erkenntnis zu ziehen, dass wir seit mehr als hundert Jahren über ein solches System verfügen...

²⁰³ Deutlich in diese Richtung zielt auch der Revisionsvorschlag der Europäischen Kommission (Art. 2 und bes. 2 c des Entwurfs der Europäischen Kommission vom 14. Dezember 2010, KOM(2010) 748 endgültig). Dieser erste Vorschlag wird indessen noch Gegenstand einer gründlichen Überarbeitung sein.

²⁰⁴ Genaueres über Fn. 193.

²⁰⁵ DOMEJ, S. 186 ff.

²⁰⁶ KREN KOSTKIEWICZ/RODRIGUEZ, Rz. 78. Die Einführung eines Mahnverfahrens analog dem deutschen Mahnverfahren, das mit einer zweifachen Widerspruchsmöglichkeit den Schuldnerschutz mehr akzentuiert, andererseits aber in einen rechtskräftigen Titel mündet, ist erwägenswert, steht jedoch in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit den Neuerungen des revLugÜ (dazu MEIER, Zwangsvollstreckung, S. 13).