

wenn er auf die Einrede nach Art. 41 Abs. 1 SchKG verzichtet hat, was auch im voraus, also vor Anhebung der Betreibung möglich ist. Ein solcher Verzicht ist zudem formfrei zulässig (Domenico Acocella, a.a.O., N 28 zu Art. 41). Wie erwähnt, stellt das beneficium excussionis realis ein Privileg des Schuldners dar, das dadurch gerechtfertigt wird, dass der Schuldner die verpfändeten Vermögensgegenstände nicht frei verwerten kann, um sich die Mittel zur Zahlung seiner Schuld zu verschaffen. Der Gläubiger hat das Pfand aber gerade zu dem Zweck erhalten, dass er sich beim Verzug des Schuldners daraus bezahlt machen kann, weshalb ihm regelmässig zugemutet werden kann, sich zunächst an das Pfand zu halten. Ein Verzicht auf das beneficium excussionis realis ist mithin nicht leichthin anzunehmen. Aus der Tatsache allein, dass für die in Frage stehenden Schulden neben der Grundpfandsicherheit noch weitere Sicherheiten haften, lässt sich ein konkludenter Verzicht auf die Einrede der Vorausverwertung nach Art. 41 SchKG nicht herleiten.

3. Aufgrund des Gesagten muss die Berufung der Beschwerdeführerin auf das beneficium excussionis realis daher insoweit zugelassen werden, als die Gläubigerin mit der vorliegenden ordentlichen Betreibung auch eine Kapitalrate fordert. Insoweit ist die Betreibung aufzuheben. Die Gläubigerin wird für diese Forderung die Betreibung auf Pfandverwertung am Ort des verpfändeten Grundstückes einzuleiten haben (Art. 51 Abs. 2 SchKG). Nichts spricht indes dagegen, dass die ordentliche Betreibung für die Zinsforderungen aufrecht bleibt, obwohl die Beschwerdegegnerin die Vollstreckung der Kapital- und Zinsforderungen gleichzeitig mit einer einzigen Betreibung eingeleitet hat. Die Betreibung für die Zinsen kann daher gleichwohl auf dem ordentlichen Wege fortgesetzt werden (BGE 97 III 49).

Justizkommission als AB SchKG, 6. April 2001

*Art. 80 SchKG; Art. 26 ff. und 31 ff. LugÜ. – Vollstreckbarerklärung eines italienischen Urteils. Weder beim selbständigen Exequatursentscheid nach Art. 31 ff. LugÜ noch beim inzidenten Entscheid über die Anerkennbarkeit gemäss Art. 26–30 LugÜ wird – im Gegensatz zur Rechtslage bei einem inländischen Urteil – vorausgesetzt, dass das ausländische Urteil in formelle Rechtskraft erwachen ist (E. 2). Voraussetzungen für die Sistierung eines Entscheides nach Art. 30 Abs. 1 bzw. 38 Abs. 1 LugÜ (E. 3).*

*Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):*

Die T. in Liq. stellte beim Kantonsgerichtspräsidium Zug ein Gesuch um Vollstreckbarerklärung eines – noch nicht in formelle Rechtskraft erwachsenen – italienischen Urteils und um definitive Rechtsöffnung in der Betrei-

bung Nr. ... des Betreibungsamtes X. gegen die S. AG für Fr. 586'556.50 nebst Zins und Betreibungskosten. Die S. AG widersetzte sich diesen Begehren und beantragte, das Verfahren sei bis zum Vorliegen des Entscheides des italienischen Appellationsgerichts auszusetzen. Der Rechtsöffnungsrichter wies das Sistierungsgesuch der S. AG ab und erteilte der T. in Liq. definitive Rechtsöffnung für Fr. 584'030.10 nebst Zins. Hiergegen erhob die S. AG in Liq. Beschwerde bei der Justizkommission des Obergerichts und beantragte, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und das Verfahren zur Durchführung des vollständigen Rechtsöffnungs- und Vollstreckungsverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und das Beschwerdeverfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides des zwischen den Parteien in Italien hängigen Verfahrens zu sistieren; subeventualiter sei die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben und keine Rechtsöffnung zu erteilen.

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Vorinstanz habe zu Unrecht definitive Rechtsöffnung erteilt. Für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung gemäss Art. 80 SchKG werde nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung ein vollstreckbares und formell rechtskräftiges Urteil, d.h. ein Urteil, das nicht mehr mit einem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden könne, vorausgesetzt. Es treffe zwar zu, dass jeder in einem Lugano-Vertragsstaat von einem Gericht erlassene Entscheid gemäss LugÜ vollstreckbar sei, wobei die formelle Rechtskraft – im Gegensatz zur Rechtslage bei einem inländischen Urteil – keine Voraussetzung darstelle. Vorliegend handle es sich aber eben gerade nicht um eine Vollstreckung nach LugÜ, sondern lediglich um eine inzidente Anerkennung eines ausländischen Entscheides nach Art. 26–30 LugÜ. Wie die Justizkommission in ihrem Entscheid vom 9. Februar 2001 festgehalten habe, könne der Gläubiger zwischen dem LugÜ- und dem SchKG-Vollstreckungsverfahren wählen. Wähle er die Vollstreckung nach SchKG, seien die Voraussetzungen, welche das SchKG für eine Zwangsvollstreckung aufstelle, zu erfüllen. Aus diesem Grunde stelle die formelle Rechtskraft des ausländischen Entscheides im vorliegenden Fall eine Voraussetzung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung dar. Insofern sei das erwähnte Urteil der Justizkommission ungenau, wonach für die Vollstreckbarerklärung einer ausländischen Entscheidung lediglich deren Vollstreckbarkeit im Ursprungsstaat vorausgesetzt werde. Die Vollstreckbarkeit des Entscheides im Ursprungsstaat genüge nur für den Fall, dass der Gläubiger die Vollstreckung nach LugÜ wähle, nicht aber bei einer Vollstreckung nach SchKG. Dass die formelle Rechtskraft im vorliegenden Fall Voraussetzung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung sei, rechtfertige sich aber auch aufgrund der Tatsache, dass für die LugÜ-Anerkennung (Art. 26–30 LugÜ) keine parallele Bestimmung gemäss Art. 38 Abs. 3 LugÜ (für die LugÜ-Vollstreckung) bestehe, wonach der Schuldner bis zur formellen Rechtskraft der zu vollstreckenden Entscheidung Sicherungsmassnahmen

verlangen könne. Durch diese Bestimmung werde der Schuldner geschützt, indem gegen ihn nur unter Anordnung von Sicherungsmassnahmen vollstreckt werden könne, sofern im Ursprungsstaat ein ordentliches Rechtsmittel eingelegt worden sei. Gemäss den Bestimmungen der Anerkennung (Art. 26–30 LugÜ), die vorliegend zur Anwendung kämen, komme der Schuldner hingegen nicht in den Genuss eines solchen Schutzes. Deshalb rechtfertige es sich, dass nur formell rechtskräftige Entscheide nach SchKG vollstreckt würden, unabhängig davon, ob es sich dabei um in- oder ausländische Entscheide handle, ansonsten wäre der Schuldner jedes Mal schlechter gestellt, wenn der Gläubiger eine Vollstreckung nach SchKG anstatt nach LugÜ wählen würde. Demzufolge sei die formelle Rechtskraft des italienischen Entscheides Voraussetzung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung, weshalb die Verfügung des Rechtsöffnungsrichters aufzuheben sei.

a) Wird ein ausländischer Entscheid in der Schweiz für vollstreckbar erklärt, bildet er Grundlage für eine Zwangsvollstreckung in der Schweiz, wie wenn ein entsprechender schweizerischer Vollstreckungstitel vorläge (Schwander, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, Referat an der Tagung vom 3. November 1995 im Casino in Luzern, S. 1; Volken, Die bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen vorzulegenden Unterlagen, Referat an der Tagung vom 3. November 1995 im Casino Luzern, S. 4, Ziff. 10.2). Die besondere Wirkung des Exequatur (Vollstreckbarerklärung) besteht darin, dass dem ausländischen Entscheid zusätzlich die Vollstreckbarkeit nach dem Zwangsvollstreckungsrecht des Zweitstaates verliehen wird. Ein ausländisches Leistungsurteil auf Geld oder Sicherheit in Geld wird also durch das Exequatur zu einem definitiven Rechtsöffnungstitel des SchKG gemacht (Schwander, a.a.O., S. 14).

b) Wie die Justizkommission bereits in ihrem Entscheid vom 9. Februar 2001 ausgeführt hat, stehen dem Gläubiger nach dem Lugano-Übereinkommen zwei Wege zur Durchsetzung seiner Geldforderung offen: Entweder beantragt er vorgängig einer Betreibung die Vollstreckbarerklärung im kantonalen Exequaturverfahren (Art. 31 ff. LugÜ), oder er leitet die Betreibung ein und beantragt zusammen mit der Rechtsöffnung die Zulassung der Entscheidung zur Zwangsvollstreckung, so dass ein inzidentes Anerkennungsverfahren zur Anwendung gelangt (Art. 26–30 LugÜ). Wählt der Gläubiger zur Durchsetzung seines Anspruchs das Rechtsöffnungsverfahren, liegt kein «Lugano-Verfahren» vor, sondern lediglich eine inzidente Entscheidung über die Anerkennbarkeit gemäss materiellem Anerkennungsrecht des Lugano-Übereinkommens. Die normalen autonomen Verfahrensvorschriften gelangen zur Anwendung (Stoffel, Das Verfahren zur Anerkennung handelsrechtlicher Entscheide, in: SZW 1993, S. 115; BLSchK 61 [1997], S. 64). Dies bedeutet, dass nicht die für den Gläubiger vorteilhafteren Verfahrensbestimmungen gemäss Art. 31 ff. LugÜ, sondern jene der Rechtsöffnung zur Anwendung kommen (vgl. BGE 125 III 386 ff., ZBJV 137 [2001], S. 327). Das Verfahren nimmt seinen gewöhnlichen Verlauf nach SchKG (Kellerhals,

Umsetzung des Lugano-Übereinkommens ins kantonale Recht, in: ZBJV 1992, S. 86). Insofern – also nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht – verzichtet demnach der Gläubiger mit der Wahl des Rechtsöffnungsverfahrens auf die Vorteile, die ihm die Art. 31 ff. LugÜ gewähren (vgl. Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2. A., Bern 1998, S. 431, mit Hinweisen). In materieller Hinsicht hingegen, bezüglich der Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils, besteht im Geltungsbereich des LugÜ kein Unterschied, ob der Gläubiger vor der Betreibung ein selbstständiges Exequaturverfahren anstrengt, oder ob er direkt die Betreibung einleitet und die Exequaturbedingungen im Rahmen der Rechtsöffnung geprüft werden. Weder beim selbstständigen Exequaturentscheid nach Art. 31 ff. LugÜ noch beim inzidenten Entscheid über die Anerkennbarkeit gemäss Art. 26–30 LugÜ wird – im Gegensatz zur Rechtslage bei einem inländischen Urteil – vorausgesetzt, dass das (ausländische) Urteil in formelle Rechtskraft erwachsen ist. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies denn auch zu Recht nicht in Bezug auf den selbstständigen Exequaturentscheid. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gilt dies aber auch beim inzidenten Entscheid über die Anerkennbarkeit im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens. Das Erfordernis, dass die Entscheidung endgültig oder gar rechtskräftig sein muss, wurde im Geltungsbereich des LugÜ bewusst nicht aufgestellt. Deshalb können auch vorläufig vollstreckbare Urteile anerkannt und vollstreckt werden (Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 6. A., Heidelberg 1998, N 22 zu Art. 25 LugÜ). Daran vermag nichts zu ändern, dass im vorliegenden Fall der strittige Entscheid über die inzidente Anerkennbarkeit im Rahmen eines Rechtsöffnungsverfahrens nach SchKG erfolgte. Zwar wird im innerschweizerischen Recht, wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemerkt, nach herrschender Lehre und Rechtsprechung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung gemäss Art. 80 SchKG vorausgesetzt, dass der betreffende Entscheid in formelle Rechtskraft erwachsen ist. Dies gilt indes nur für inländische Urteile. Bei ausländischen Urteilen, die in den Anwendungsbe- reich des LugÜ fallen, gehen hingegen die materiellen Anerkennungs- voraussetzungen des LugÜ vor, weshalb es genügt, wenn das Urteil in dem Staat, in dem es ergangen ist, vollstreckbar ist. Dies führt zweifelsohne zur Vorzugsbehandlung jener Schuldner, die im Inland beklagt werden. Man kann sich daher fragen, ob nicht auch in der Schweiz die Schaffung einer Möglichkeit der provisorischen Vollstreckung nicht rechtskräftiger Urteile in Betracht zu ziehen wäre (vgl. Siegenthaler, Für eine vorläufige Vollstreckung nicht rechtskräftiger Urteile betreffend Geldforderungen – ein Diskussions- beitrag, in: AJP 2000, S. 174 f. ). Diese Frage muss jedoch vorliegend nicht entschieden werden. Schliesslich kann auch der Einwand der Beschwerde- führerin, der Schuldner komme beim inzidenten Anerkennungsverfahren nicht in den Genuss von Sicherungsmassnahmen, nicht gehört werden. Aus den Akten geht hervor, dass das Appellationsgericht in B. offenbar den Li- quidator der Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 11. Mai 2000 zur Rückstellung streitiger Beträge verpflichtet hat. Damit wurde sichergestellt,

dass bis zum formell rechtskräftigen Entscheid im italienischen Gerichtsverfahren keine Ausschüttungen an die Aktionäre der Beschwerdegegnerin erfolgen werden. Insofern ist die Beschwerdeführerin nicht schlechter gestellt, als wenn die Beschwerdegegnerin das selbständige Exequaturverfahren gemäss Art. 31 ff. LugÜ gewählt und die Beschwerdeführerin als Schuldnerin Sicherungsmassnahmen nach Art. 38 Abs. 3 LugÜ verlangt hätte.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die formelle Rechtskraft des Urteils des Tribunale di C. vom 2. Oktober 1997 keine Voraussetzung für die Erteilung der definitiven Rechtsöffnung ist.

3. Die Beschwerdeführerin ist im Weiteren der Ansicht, das vorliegende Verfahren sei bis zum endgültigen Entscheid der Gerichte in Italien zu sistieren. Aus der Berufungsschrift an das Appellationsgericht in B. vom 29. Oktober 1999 gehe hervor, dass das erstinstanzliche Urteil in Italien nicht nur falsch, sondern auch aktenwidrig sei. Unhaltbar sei insbesondere die Behauptung des vorinstanzlichen Gerichts, dass der Lieferung der Beschwerdeführerin nur ein Wert von FF 6'483'750.- zugerechnet werden solle; denn sie (die Beschwerdeführerin) habe ihrem Lieferanten selber FF 10'650'000.- bezahlen müssen. Ebenso unhaltbar sei es, wenn das erstinstanzliche Gericht den allgemein bekannten Umstand vernachlässige, dass ein Händler die Waren nie zum vom Hersteller verrechneten Preis weiterverkaufen könne, sondern eine Marge zur Deckung der Unkosten und zur Erzielung eines Gewinns auf den Herstellerpreis schlagen müsse. Schliesslich sei im erstinstanzlichen Urteil vollständig vernachlässigt worden, dass mit der Lieferung der Anlage auch deren Installation vereinbart worden sei, wofür eine zusätzliche Entschädigung geschuldet gewesen sei. Entsprechend hoch sei die Wahrscheinlichkeit, dass das Berufungsgericht in B. das zur Vollstreckung eingereichte Urteil des Tribunale di C. aufheben oder zumindest abändern werde. Dies gelte um so mehr, als das erstinstanzliche Urteil zu Unrecht die bei der Staatsanwaltschaft M. eingereichte Strafanzeige gegen R.B., M.B. und P.B. (Mitglied des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin) als Beweismittel für die Begründung ihres Entscheides berücksichtigt habe. Die Strafanzeige sei nämlich zwei Jahre nach der besagten Lieferung und sogar nach Zustellung des Zahlungsbefehls erstattet worden und habe nur dem Zwecke der Einsprache gedient. Mit Urteil vom 8. November 2000 sei denn auch das Strafverfahren gegen die genannten Personen eingestellt worden. Da die Strafanzeige eine wichtige Stellung in der Argumentation der italienischen Vorinstanz einnehme, sei damit zu rechnen, dass die Berufung gutgeheissen werde. Vor diesem Hintergrund müsse andererseits das Risiko der Beschwerdeführerin gesehen werden, den massgeblichen Betrag von Fr. 586'556.50 an die sich in Liquidation befindliche Beschwerdegegnerin bezahlen zu müssen. Eine Rückzahlung des zu leistenden Betrages nach Erlass eines neuen, revidierten Urteils in Italien wäre daher höchst gefährdet. Aus all diesen Gründen überwiege das Interesse der Beschwerdeführerin an der Aussetzung des Anerkennungsverfahrens dasjenige der Beschwerdegegnerin

auf Anerkennung und Vollstreckung der angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung, weshalb das vorliegende Verfahren bis zum endgültigen Entscheid in Italien zu sistieren sei.

a) Gemäss Art. 30 Abs. 1 LugÜ kann das Gericht eines Vertragsstaates, in dem die Anerkennung einer in einem anderen Vertragsstaat ergangenen Entscheidung geltend gemacht wird, das Verfahren aussetzen, wenn gegen die Entscheidung ein ordentlicher Rechtsbehelf eingelegt worden ist. Entsprechendes gilt nach Art. 38 LugÜ für die Vollstreckung eines in einem anderen Vertragsstaat ergangenen Urteils (vgl. SZIER 1/96, S. 120 f.). Ob es zu einer solchen Aussetzung kommt, liegt im Ermessen des Gerichts, das zwischen den divergierenden Parteiinteressen abzuwägen hat. Das Verfahren ist grundsätzlich nur auszusetzen, wenn mit einem Erfolg des im Erststaat eingelegten ordentlichen Rechtsmittels gerechnet werden muss. Das Gericht darf bei seiner Entscheidung über die Aussetzung allein solche Gründe berücksichtigen, die der Schuldner vor dem Gericht des Ursprungsstaates noch nicht geltend machen konnte; dagegen können Gründe, die im Ursprungsstaat bereits unterbreitet wurden, schon wegen des Verbots der *révision au fond* (Art. 29 bzw. Art. 34 Abs. 3 LugÜ) nicht mehr berücksichtigt werden, und auch mit solchen Gründen, die im Urteilsstaat nicht vorgebracht wurden, aber hätten vorgebracht werden können, ist der Schuldner ausgeschlossen, weil sonst der durch das LugÜ erstrebte freie Urteilsverkehr zu stark eingeschränkt würde (Kropholler, a.a.O., N 5 zu Art. 30 LugÜ und N 5 zu Art. 38 LugÜ, mit Hinweisen; vgl. auch Walter, a.a.O., S. 422).

b) Die Justizkommission setzte sich bereits im Rahmen des Kostenent scheides vom 9. Februar 2001 ausführlich mit den divergierenden Parteiinteressen auseinander und kam zum Schluss, dass die Rechtsöffnungsrichterin das Verfahren am 13. September und 23. Oktober 2000 wohl nicht mehr hätte sistieren dürfen. Damit stellte sie implizit fest, dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid, an der Sistierung festzuhalten bzw. das Verfahren erneut zu sistieren, in Überschreitung ihres richterlichen Ermessens gehandelt habe, weshalb die beiden Beschwerden – wenn sie nicht gegenstandslos geworden wären – hätten gutgeheissen werden müssen. An der damaligen Beurteilung der Sachlage ist festzuhalten. Das Appellationsgericht in B. hat mit der Ablehnung des Antrages der Beschwerdeführerin auf Suspendierung der Vollstreckung des Entscheides klar zum Ausdruck gebracht, dass es die Erfolgchancen des eingelegten Rechtsbehelfs als gering einstuft. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann daher keine Rede davon sein, dass das erstinstanzliche Urteil «offensichtlich unrichtig» oder «widersprüchlich» sei. Angesichts der Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Rückstellung der streitigen Geldsumme erscheint auch die von der Beschwerdeführerin behauptete Gefährdung allfälliger zukünftiger Gläubigerinteressen als wenig wahrscheinlich. Seit dem Entscheid der Justizkommission vom 9. Februar 2001 hat sich die Interessenlage der Parteien nicht verändert. Neu bringt die Beschwerdeführerin zur Begründung ihres Antrages auf Sistierung des Ver-

fahrens einzig vor, das Tribunale Ordinario di M. habe am 8. November 2000 im Strafverfahren gegen R.B., M.B. und P.B. einen Nichteintretensentscheid gefällt, womit ein entscheidendes Beweismittel des erstinstanzlichen Urteils weggefallen sei. Mit diesem Einwand kann die Beschwerdeführerin indes im Rechtsmittelverfahren nicht mehr gehört werden. Gemäss §212 i.V.m. §205 ZPO sind neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel im Beschwerdeverfahren nur zulässig, wenn eine Partei wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht habe anrufen können. Die Beschwerdeführerin hat mit keinen Wort dargetan, und es ist denn auch sonst nicht ersichtlich, weshalb sie diese Bestreitungen und Behauptungen nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorbringen können, geht doch aus den Akten hervor, dass der vormalige Verwaltungsrat und Aktionär der Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 9. November 2000 über diesen Entscheid orientiert worden war. Ihr Einwand – selbst wenn er gehört werden könnte – wäre aber auch nicht dazu angetan, den vorinstanzlichen Entscheid zu Fall zu bringen, hat sie doch nicht glaubhaft dargelegt, dass die zivile Berufungsinstanz in B. an den Entscheid des Strafgerichts M. gebunden ist. Schliesslich ist zu beachten, dass in der Zwischenzeit offenbar die Urteilsverhandlung im italienischen Berufungsverfahren auf den 4. Dezember 2002 angesetzt wurde. Mit dem zweitinstanzlichen Entscheid in Italien ist somit erst in rund 18 Monaten zu rechnen. Da es auch im bisherigen Verlauf des Berufungsverfahrens immer wieder zu Verzögerungen kam und nach dem Entscheid des Appellationsgerichts in B. möglicherweise noch eine weitere Instanz angerufen wird, ist es ungewiss, wann mit einem formell rechtskräftigen Entscheid in Italien gerechnet werden darf. Unter all diesen Umständen fällt eine weitere Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des italienischen Gerichtsverfahrens ausser Betracht.

Justizkommission, 29. Juni 2001; eine von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 13. September 2001 ab.