

nicht indirekt durch das Massgeblichkeitsgebot von Art. 191 BV gedeckt. In zweiter Linie überprüft das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit der (in den Schranken der Delegation erlassenen) unselbständigen Verordnung, soweit das Bundesgesetz den Verordnungsgeber nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen (vgl. E. 4.1 am Anfang). Dabei respektiert das Bundesgericht das dem Verordnungsgeber durch die gesetzliche Ermächtigung eingeräumte (Rechtsetzungs-)Ermessen.

10. Widersprüchlich ist der Satz, wonach sich das Bundesgericht bei der Überprüfung darauf beschränkt, "ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (...)" (E. 4.1 am Schluss). Im Fall geht es um eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde; das einschlägige Recht ist unter den Voraussetzungen von Art. 114 Abs. 1 OG von Amtes wegen anzuwenden. Ob eine Verfassungs- oder Gesetzesverletzung offensichtlich ist oder nicht, spielt keine Rolle; massgebend ist das zutreffende Auslegungsergebnis. Keine Rolle spielt entgegen der Formulierung des Bundesgerichts auch, ob die allfällige Gesetzesverletzung die Schranken der Ermächtigung oder andere Regelungen betrifft. (Liegt in der beanstandeten Formulierung eine Verwechslung vor mit der eingeschränkten Kognition des Bundesgerichts bei Grundrechtsbeschwerden in der Staatsrechtspflege im Bereich behaupteter Mängel von Gesetzen bzw. der Gesetzesanwendung bei Konkretisierung oder Einschränkung eines Grundrechts?)

d) Terminologisches

11. Man wird es hoffentlich nicht als Beckmesserei auffassen, wenn zum Schluss dieser Kommentierung die Ausdrücke *öffentliche Kausalabgabe* und *"öffentliches Regal"* (vgl. E. 3.1) kritisiert werden. Abgaben werden nur vom Staat (oder mit Ermächtigung des Staates von Selbstverwaltungskörpern) erhoben, und die Regale (im Ausdruck steckt das lateinische Wort "rex", König) stehen nur dem Staat zu. Der Feudalismus, der entsprechende Möglichkeiten Feudalherren einräumte, wurde, soweit er auf dem Gebiet der Eidgenossenschaft existiert hat, spätestens mit den Umwälzungen im Gefolge der französischen Revolution beseitigt. Die Problematik ist allerdings auch heute noch nicht ohne praktische Bedeutung; nur zu gern würden zum Beispiel Gewerkschaften und andere Verbände von Nichtmitgliedern Zwangsbeiträge für Aktivitäten von allgemeinem Nutzen erheben. Das Wort "staatlich" in den zitierten Zusammenhängen ist ein überflüssiges Füllwort, wie sie beim eiligen Schreiben unterlaufen können. Es sei dem überlasteten Bundesgericht im Sinn der Bitte nachgesehen, welche die mit dem Herzog von Orléans verheiratete *Liselotte von der Pfalz* einmal in ihrer Korrespondenz vom Hofe des Sonnenkönigs an ihre deutsche Verwandtschaft vorgetragen hat: "Verzeiht, dass ich so lang geworden bin, aber ich hatte keine Zeit, mich kürzer zu fassen." Um die gleiche Nachsicht bittet selbstverständlich auch der Verfasser dieser Kommentierung!

2. Privatrecht / Droit privé

2.7. Schuldrecht / Droit des obligations

2.7.1. Obligationenrecht – Allgemeiner Teil / Droit des obligations – Partie générale

(2) Die Fälligkeit von Schadenersatzansprüchen wegen Verletzung eines Architekten- bzw. Ingenieurvertrags.

Urteil des Bundesgerichts vom 13.8.2004, I. Zivilrechtliche Abteilung (4C.96/2004), BGE 130 III 591.

Bemerkungen von
Prof. Dr. ALFRED KOLLER, St. Gallen



Zusammenfassung des Sachverhalts:

Der Kläger liess in den Jahren 1987/88 auf seinem Grundstück in X. ein Gewerbehaus erstellen. Mit den Ingenieurarbeiten betraute er das Ingenieurbüro A. AG (Beklagte 1), mit den Planungs- und sonstigen Architekturarbeiten die B. AG (Beklagte 2). Im Herbst 1988 konnte das Bauwerk bezogen werden. Kurz darauf bildeten sich in den Fassaden Risse. Für diese machte der Kläger die Beklagten verantwortlich. Nach erfolglosen Vergleichsverhandlungen reichte der Kläger beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen Klage ein. Er stellte den Antrag, die Beklagten seien unter solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung von Fr. 1 868 600.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 11. März 1992 zu verpflichten. Das angerufene Gericht hat die Klage im Betrage von rund Fr. 715 000.– gutgeheissen und den Zinsanspruch auf diesem Betrag bejaht. Die beiden Beklagten haben eidgenössische Berufung eingereicht und dem Bundesgericht beantragt, das Urteil des Handelsgerichts sei aufzuheben, soweit die Beklagte 2 verpflichtet worden sei, den dem Kläger zugesprochenen Betrag seit 11. März 1992 zu verzinsen bzw. soweit die dem Kläger zugesprochene Forderung von der Beklagten 1 früher als ab 4. Februar 2004 (Zustellung des begründeten Handelsgerichtsurteils) zu verzinsen sei. Das Bundesgericht hat die Berufungen gutgeheissen und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts "und zur Festlegung des allfälligen Schadenszinses" an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Auszug aus den Erwägungen:

"3. Unter Zins ist die Vergütung zu verstehen, die ein Gläubiger für die Entbehnung einer ihm geschuldeten Geldsumme fordern kann, sofern diese Vergütung sich nach der Höhe der geschuldeten Summe und der Dauer der Schuld bestimmt (WEBER, Berner Kommentar, N. 7 zu Art. 104 OR; VON TUHR/PETER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. A., Zürich 1979, 68). Die Pflicht zur Leistung von Verzugszinsen wird bei gegebenen Voraussetzungen vom Gesetz begründet; es handelt sich dabei um gesetzliche Zinsen (VON TUHR/PETER, a.a.O., 73 f.). Einzige Voraussetzung der Verzugszinspflicht ist dabei, dass der Schuldner mit der Zahlung des geschuldeten Be-

trages in Verzug geraten ist (WIEGAND, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 104 OR). Verzug des Schuldners tritt unter anderem ein, wenn der geschuldete Geldbetrag zur Zahlung fällig ist und der Gläubiger den Schuldner mahnt, d.h. ihn unmissverständlich zur Zahlung der Geldsumme auffordert (WEBER, Berner Kommentar, Rz. 34 ff. zu Art. 104 OR; WIEGAND, Basler Kommentar, N. 4 f. zu Art. 102 OR; FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1988, Rz. 123 ff.). Für die Frage, ob die Vorinstanz dem Kläger zu Recht Verzugszinsen ab dem Tag der Klageeinleitung zugesprochen hat, kommt es demnach darauf an, ob der im angefochtenen Urteil zugesprochene Schadenersatzbetrag in jenem Zeitpunkt bereits fällig war und mit der Klageeinleitung abgemahnt wurde (vgl. zu der letzteren Voraussetzung WIEGAND, Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 102 OR).

3.1 Der vertragliche Schadenersatzanspruch aus Schlechterfüllung entsteht nicht schon mit der Schlechterfüllung der Schuld, sondern erst mit dem Eintritt des Schadens (WIEGAND, Basler Kommentar, N. 46 und 52 a.E. zu Art. 97 OR). Er kann folglich auch erst in diesem Zeitpunkt fällig werden. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen ist der Schaden aus den haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzungen der Beklagten im vorliegenden Fall nicht sofort entstanden. Vielmehr ist er erst nach Bezug des streitbetreffenden Gebäudes zum Vorschein gekommen und hat sich bis zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils nach und nach verschlimmert. In einem solchen Fall ist der Zeitpunkt, in dem der endgültige Schaden eintritt und demnach die entsprechende Schadenersatzforderung fällig wird, nicht leicht festzustellen (GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A., Zürich 2000, 79). Tritt zwar bereits im Erfüllungszeitpunkt ein Schaden ein, vergrössert er sich aber in der Folge, gesteht die Rechtsprechung dem Gläubiger wahlweise das Recht zu, die Berechnung des Schadens auf den Zeitpunkt der Fälligkeit des Urteils über die Ersatzpflicht zu verlangen, wenn auch im Regelfall auf den Erfüllungszeitpunkt abzustellen ist; damit wird ihm ermöglicht, beispielsweise Sachwertsteigerungen bis zum Urteilszeitpunkt geltend zu machen (BGE 122 III 53 E. 4c, 57; 120 II 296; 109 II 474 E. 3, 477; WIEGAND, Basler Kommentar, N. 51 zu Art. 97 OR; derselbe, in: ZBJV 134/1998, 202 und in: ZBJV 132/1996, 327; VON TUHR/PETER, a.a.O., 122 f.).

Aus dem angefochtenen Urteil geht hervor, dass die Vorinstanz den Schaden vorliegend in Anwendung dieser Praxis nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des angefochtenen Urteils berechnet hat. Dies erfolgte nach Darstellung der Beklagten aufgrund der klägerischen Beweisanträge, wird vom Kläger jedenfalls nicht beanstandet und erscheint im vorliegenden Fall auch einzig angemessen, ist nach den vorinstanzlichen Feststellungen doch davon auszugehen, dass sich der Schaden bis zur Vornahme einer Gebäudesanierung, mit welcher der Zustand der Baute stabilisiert und eine weitere Schadensentwicklung verhindert wird, laufend akzentuiert. Nachdem der erst nach und nach eintretende Schaden auf den Zeitpunkt des Urteils aufgerechnet worden

ist, kann nicht von einer früheren Fälligkeit der Ersatzforderung ausgegangen werden. Entsprechend sind dem Kläger Verzugszinsen erst vom Zeitpunkt des Urteils an zuzubilligen (so auch VON TUHR/PETER, a.a.O., 123). Erst für den Geldbetrag, der ihm zu diesem Berechnungszeitpunkt schlussendlich zugesprochen wird, ist er als Geschädigter in der Lage eines gewöhnlichen Gläubigers und kann Verzinsung wegen Verzugs des Schuldners fordern (vgl. VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 47).

3.2 Die Vorinstanz verletzte somit Bundesrecht, indem sie dem Kläger Verzugszins auf dem zugesprochenen Schadenersatzbetrag ab dem Tag der Klageeinleitung zusprach. Die Berufung ist daher gutzuheissen und das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben. Der zugesprochene Betrag von Fr. 715050.- ist gestützt auf Art. 104 OR ab dem Tag, an dem das obere kantonale Sachgericht geurteilt hat, zu verzinsen, da sich die Beklagten von diesem Zeitpunkt an mit der Leistung des zugesprochenen Schadenersatzes in Verzug befinden. Der Tag der Mitteilung des schriftlich begründeten Urteils ist dagegen für den Beginn der Verzugszinspflicht entgegen der Auffassung der Beklagten nicht massgebend (vgl. dazu BGE 122 III 53 E. 4c)."

Bemerkungen:

1. *Zur Fälligkeit vertraglicher Schadenersatzansprüche.* Schadenersatzansprüche werden nach allgemeiner Auffassung *grundsätzlich* mit ihrer Entstehung fällig (Art. 75 OR), also mit Eintritt des Schadens (E. 3.1 des referierten Entscheids; MATTHIAS LEEMANN, Die Rente als Art des Schadenersatzes, Diss. Zürich 2002, 26 m.w.Nw.; PASCAL PICHONNAZ/NICOLAS KUONEN, BR 2005, 15 ff.; PETER GAUCH, FS Walter, Bern 2005, 311). Eine *Ausnahme* gilt jedoch hinsichtlich künftiger finanzieller Nachteile wie z.B. Erwerbsausfall. Solche Nachteile können sofort ersetzt verlangt werden (z.B. BGE 87 II 155 E. 3c; MARCEL SÜSSKIND, Personen-Schaden-Form 2004, Zürich 2004, 137), doch ist "der zu ersetzende Betrag [...] entsprechend zu diskontieren" (BGE 127 III 73 E. 6b), d.h. der Geschädigte hat sich den mit der vorzeitigen Auszahlung verbundenen Zinsvorteil schadensmindernd anrechnen zu lassen (z.B. auch BGE 53 II 419 E. 3d). Steht also beispielsweise fest, dass ein anspruchsberechtigter Verletzter Arztkosten in bestimmtem Umfang haben wird, so kann er diese bereits im Voraus ersetzt verlangen, aber eben unter Abzug eines Diskontos.

Die Regel, dass künftiger finanzieller Schaden sofort zum Ersatz fällig ist, ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, sie lässt sich jedoch mittelbar aus Art. 42 Abs. 2 OR ableiten (vgl. BGE 86 II 41 E. 4b), in Lehre und Rechtsprechung ist sie seit jeher anerkannt. Der hier referierte Entscheid widerspricht nicht nur dieser Praxis, er steht auch im Konflikt mit der allgemein anerkannten Regel, dass Fälligkeit Klagevoraussetzung ist. Zwar kann ausnahmsweise auf Erbringung einer künftigen Leistung geklagt werden (z.B. auf Ausrichtung einer Rente für künftigen Lohnausfall, Art. 43 Abs. 2 OR; s. ferner z.B. Art. 126 Abs. 1 ZGB, 527 Abs. 3 OR; vgl. MAX GULDENER, Schweizerisches

Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 206 Anm. 5). Darum ging es jedoch im konkreten Fall nicht.

Aus Sicht des Schreibenden ist es ferner nicht sinnvoll, die Frage der Fälligkeit mit der Schadensberechnung zu verknüpfen. Das eine hat mit dem anderen nichts zu tun. Ein Schaden kann (und wird oft) fällig sein, noch bevor er berechenbar ist (vgl. z.B. BGE 106 II 134 ff.; 87 II 155 ff. [dazu unten Ziff. 4]). Umgekehrt kann ein Schaden umfangmässig feststehen, jedoch noch nicht fällig sein. Zu denken ist an Konstellationen, in denen die Fälligkeit aus besonderem Grund aufgeschoben ist (vgl. Art. 41 VVG, der einen allgemeingültigen Gedanken enthält [BGE 45 II 250 E. 3; ALFRED KOLLER, FS Gauch, Zürich 2004, 469 ff., insbesondere 471, 473]). Weiteres s. unten in Ziff. 4.

2. *Schadenszins und Verzugszins*. Das Bundesgericht geht davon aus, die Beklagten seien erst mit der Urteilsfällung in Verzug geraten und daher auch erst jetzt verzugszinspflichtig geworden. Zuvor sei höchstens Schadenszins geschuldet.

a) Der Schadenszins bezweckt den Ausgleich von Nachteilen, welche der Geschädigte dadurch erleidet, dass er für eine finanzielle Einbusse (z.B. Arztkosten) nicht sofort entschädigt wird. Insbesondere geht es um den Ausgleich von Zinsvorteilen, welche der Geschädigte bei sofortiger Zahlung gehabt hätte (BGE 81 II 512 E. 6). Der Schadenszins läuft ab dem Zeitpunkt, "in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat" (BGE 130 III 591 E. 4; MARC SCHAETZLE, in: Schaden – Haftpflicht – Versicherung, Basel etc. 1999, 413). Es fällt daher überhaupt kein Schadenszins an, wenn der Geschädigte eine künftige finanzielle Einbusse vorzeitig ersetzt verlangt. Im konkreten Fall dürfte daher die Rückweisung zur Festsetzung des Schadenszinses dem Kläger nicht viel gebracht haben. Jedenfalls konnte er auf den Mängelbeseitigungskosten keinen Schadenszins ersetzt verlangen, denn offenbar stand die Mängelbeseitigung noch aus.

b) Geht man – mit dem Bundesgericht – davon aus, die Schadenersatzleistung sei im Zeitpunkt des handelsgerichtlichen Urteils fällig geworden, so ist weiter zu prüfen, wann Verzug eingetreten ist. Das Bundesgericht geht davon aus, Verzug sei sofort mit der Urteilsfällung eingetreten. Da eine Mahnung im Urteilszeitpunkt offensichtlich nicht erfolgt ist, muss von einer vorzeitigen Mahnung ausgegangen werden (vgl. dazu allgemein ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, N 142 ff. zu Art. 366 OR; DERS., FS Kramer, Basel 2003, 517 ff., insbesondere 529): Offenbar wertet das Bundesgericht die Klageerhebung als vorzeitige Mahnung (so im Ergebnis auch STEPHAN WEBER/MARC SCHAETZLE, HAVE 2004, 98).

c) Der Schadenszins setzt zwar keinen Verzug voraus, er dient jedoch demselben Zweck wie der Verzugszins. Eine Kumulation von Schadenszinsen mit Verzugszinsen ist daher nicht zulässig (BGE 131 III 12 E. 9.3-9.5; a.A. ROLAND BREHM, Berner Kommentar, N 99 zu Art. 41 OR, ALFRED KELLER, Haftpflichtrecht, Band II, 2. A., Bern 1998, 48). Dabei bleibt es auch dann, wenn Schadenszinsen urteilsmässig zugesprochen werden. Der obsiegende Kläger kann also nicht mittels Geltendmachung (Mahnung) aufgelaufener

Zinsen einen Verzugszinsanspruch auf dem kapitalisierten Zinsbetrag begründen. Die Mahnung hat einzig zur Folge, dass der Schadenszins zum Verzugszins wird.

3. *Fälligkeit und Schadensberechnung*. Das Bundesgericht hat, wie gesagt, angenommen, bei vertraglichen Schadenersatzforderungen sei der für die Schadensberechnung massgebliche Zeitpunkt grundsätzlich der Erfüllungszeitpunkt (so auch ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, N 215 zu Art. 97 OR), doch könne sich der Geschädigte auch auf den Urteilszeitpunkt berufen. Damit wird der Eindruck erweckt, es sei immer nur der im Erfüllungs- bzw. Urteilszeitpunkt feststehende Schaden zu ersetzen. Das kann indes nicht gemeint sein. Vielmehr können auch künftige Schäden – soweit beweisbar – geltend gemacht und eingeklagt werden, und zwar "an sich ohne Endpunkt" (HERMANN LANGE/GOTTFRIED SCHIEMANN, Schadenersatz, 3. A., Tübingen 2003, 46). Zu beachten ist sodann, dass die Schadensberechnung – vorbehaltlich abstrakter Schadensberechnung (z.B. Art. 191 Abs. 3 und 215 Abs. 2 OR; MICHAEL SCHULTZ, AcP 1991, 442 f.) – immer von der konkreten Fallgestaltung abhängig ist (vgl. BGH, NJW 1980, 1742, 1743, dazu LANGE/SCHIEMANN, a.a.O., 47; SCHULTZ, a.a.O., 438 f.). Insbesondere hängt der zu ersetzende Schaden häufig davon ab, wie sich der Geschädigte bei Hinwegdenken des Schadensereignisses verhalten hätte (vgl. z.B. BGE 104 II 198 ff.; 109 II 474 E. 3). In BGE 109 II 474 ff., der hier beispielshalber referiert sei, ging es um Folgendes:

H hinterlegte bei A 100 Aktien der Atlas AG. Am 3. April 1979 verlangte H die Herausgabe der Aktien. A hatte diese jedoch bereits im Mai 1976 verkauft. H hat im Dezember 1979 auf Wertersatz geklagt. Am 8. Mai 1980 fiel die Atlas AG in Konkurs. Die kantonalen Gerichte haben – gestützt auf EUGEN BUCHER, Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 339, 345 – den Wert der Aktien im Zeitpunkt des Unmöglichwerdens der Leistung (Mai 1976) zugesprochen. Das Bundesgericht hat hingegen den (tieferen) Wert im Zeitpunkt der Rückforderung zugesprochen. Die nachher noch eingetretene Wertverminderung hat es hingegen für unerheblich erachtet. Das war richtig, wenn davon auszugehen war, dass H die Aktien sofort nach dem Erhalt verkauft hätte. Denn diesfalls hätte er den Wertverlust nicht zu tragen gehabt. Hätte hingegen festgestanden, dass H die Aktien nicht verkauft hätte, so hätte er keinerlei Wertersatz zugute gehabt, denn die Atlas AG war ja konkurs gegangen, die Aktien damit wertlos geworden.

4. *Fälligkeit und Verjährung*. Folgt man der Ansicht, wonach eine Schadenersatzforderung im Urteilszeitpunkt fällig wird, falls der Geschädigte seinen Schaden auf diesen Zeitpunkt berechnet, so hat es der Kläger in der Hand, die Fälligkeit und damit auch den Verjährungsbeginn (Art. 130 Abs. 1 OR) nach Belieben hinauszuschieben. Schadenersatzforderungen könnten damit praktisch unverjährbar gemacht werden. Das sei anhand von BGE 87 II 155 ff. illustriert:

Der Arzt Y. in Zürich behandelte im Jahre 1938 G. wegen Kreislaufstörungen in zwei Gliedern. Am 22. Juli 1938 spritzte er ihm das Kontrastmittel Thorotrast in die Arterie des rechten Armes ein, um das Gefässsystem zwecks Vor-

nahme einer perarteriellen Sympathektomie röntgenphotographisch aufnehmen zu können. Der Einspritzung ging ein missglückter Versuch voraus, bei dem Thorotrast in das Oberarmgewebe gelangte. Ab September 1952 zeigten sich bei G. verschiedene Beschwerden, welche auf Rückstände von Thorotrast zurückzuführen waren. Insbesondere wurde im Jahre 1955 eine Lähmung der rechten Hand festgestellt. Am 31. März 1958 klagte G. beim Bezirksgericht Zürich mit dem Begehren, Y. habe ihm Fr. 270'000.– Schadenersatz oder eine entsprechende lebenslängliche Rente nebst 4% Zins seit Januar 1955 zu zahlen. Das Bezirksgericht und auf Berufung des Klägers auch das Obergericht des Kantons Zürich wiesen die Klage wegen Verjährung ab. Das Bundesgericht hat dieses Urteil bestätigt. Es ging davon aus, die Schadenersatzforderung sei mit dem vertragswidrigen Eingriff in die körperliche Integrität fällig geworden, die Verjährung habe demnach im Jahre 1938 zu laufen begonnen und sei bei Klageerhebung längst eingetreten gewesen. Nach der in BGE 130 II 351 ff. vertretenen Ansicht hätte hingegen die Verjährung erst mit der Ausfällung des Urteils zu laufen begonnen.

4. Internationales Privat- und Verfahrensrecht / Droit international privé et droit international de procédure civile

4.2. Internationales Verfahrens-, Vollstreckungs- und Konkursrecht / Droit international de procédure civile, exécution forcée internationale et droit international de la faillite

(3) LugÜ und SchKG-Einleitungsverfahren.

Bundesgericht, 1^{re} Cour civile, Urteil 4C.163/2003 vom 23.12.2003 i.S. X. c. A., recours en réforme, BGE 130 III 285.

Bemerkungen von
Dr. ALEXANDER R. MARKUS, Rechtsanwalt, Bern



1. Ausgangslage

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

Im Mittelpunkt des BGE 130 III 285 (vgl. zum BGE THOMAS WEIBEL, Jusletter 4.10.2004; YVES DONZALLAZ, ZZZ 2/2004, 243 ff.; MONIQUE JAMETTI GREINER, ZBJV 1/2005, 56 ff.; DANIEL GIRSBERGER, SJZ 101 [2005] 92; ALEGRIA BORRAS/ALEXANDER R. MARKUS/FAUSTO POCAR,

7th Report on the Case Law of the Lugano-Convention, September 2005 [Publikation vorgesehen u.a. durch SZIER 1/2006]) steht die Aberkennungsklage; über die beiden anderen Instrumente war gemäss Bundesgericht nicht definitiv zu entscheiden. Die Tragweite des Entscheides auch für diese anderen Instrumente ist aber keinesfalls zu unterschätzen. Auch sie soll vorliegend etwas näher unter die Lupe genommen werden.

2. Zahlungsbefehl

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

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

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

Nach einem Blick auf die Rechtsprechung des EuGH, an der sich das Bundesgericht orientieren soll (vgl. Prot. Nr. 2 LugÜ), hätten die "starken Zweifel" des Bundesgerichts jedoch auch in die gegenteilige Richtung gehen können. Bei den Entscheidungen *Kloms* (Slg. 1981, 1593)