

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RV120011-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Urteil vom 30. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Beschwerdeführer

vertreten durch Dr. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Vollstreckbarerklärung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts Audienz am Bezirksgericht
Zürich vom 7. Juni 2012 (EZ120032)**

Erwägungen:

I.

1. Mit notariell beurkundetem Testament vom 2. Oktober 1976 setzte der am tt.mm.1978 verstorbene C._____, der Grossvater des Gesuchstellers und Beschwerdegegners (fortan Gesuchsteller), seine Ehefrau D._____, die Grossmutter des Gesuchstellers, als alleinige und ausschliessliche Vorerbin ein. Nacherben sollten gemäss dem Testament die Tochter von C._____, E._____, die Mutter des Gesuchstellers, und der Stiefsohn von C._____, der Gesuchsgegner und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsgegner), zu gleichen Anteilen sein. Sollte einer der Nacherben vorher wegfallen oder die Erbschaft aus irgendeinem Grunde nicht annehmen, wurde vorgesehen, dass seine Abkömmlinge zu gleichen Stammanteilen an seine Stelle treten würden. Falls keine Abkömmlinge vorhanden seien, erfolge Anwachsung (Urk. 3/6 S. 2f.). Die Mutter des Gesuchstellers hat das Erbe ausgeschlagen. Dies hielt das Amtsgericht Aschaffenburg am 20. April 1979 in einem an die Mutter des Gesuchstellers gerichteten Schreiben fest. Das Amtsgericht führte weiter an, dass aufgrund der Ausschlagung der Gesuchsgegner alleiniger Nacherbe geworden sei (Urk. 3/7). Am tt. Oktober 1983 wurde der Gesuchsteller geboren. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob der Gesuchsteller aufgrund des vorab erwähnten Testamentes Nacherbe des verstorbenen C._____ ist. Diesbezüglich stellte das Landgericht Aschaffenburg im Verfahren-Nr. 31 O 271/10 mit Urteil vom 25. Januar 2012 fest, der Gesuchsteller sei neben dem Gesuchsgegner zur Hälfte Nacherbe des C._____ (Urk. 3/8 S. 1 Dispositivziffer I.). Der Gesuchsgegner hat gegen dieses Urteil beim Oberlandesgericht Bamberg Berufung erhoben (Urk. 1 S. 8; Urk. 12 S. 6; Urk. 15/8c).

2. Mit Beschluss vom 11. Mai 2012 ordnete das Landgericht Aschaffenburg im Verfahren-Nr. 31 O 171/12 "wegen der Erstattungsforderung (Hauptforderung)" des Gesuchstellers in der Höhe von EUR 697'125.– (Fr. 837'531.73) einen dinglichen Arrest in das gesamte Vermögen des Gesuchsgegners an (Urk. 3/IA = Urk. 15/4). Der Arrestbeschluss wurde dem Gesuchsteller am 6. Juni 2012 zugestellt (Urk. 1 S. 6 = Urk. 15/6 S. 6; Urk. 15/4 S. 7; Urk. 15/5). Am 7. Juni 2012

stellte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz ein Gesuch um Vollstreckbarerklärung des Beschlusses und ein Arrestbegehren (Urk. 15/6). Mit Urteil vom 7. Juni 2011 [recte: 2012] erklärte die Vorinstanz den Beschluss des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 für vollstreckbar (Urk. 13 S. 3 Dispositivziffer 1). Der beantragte Arrest wurde in einem separaten Verfahren behandelt (Urk. 13 S. 2; EQ120094). Mit Urteil vom 8. Juni 2012 erging ein Arrestbefehl betreffend sämtlicher bei der F._____ AG [Bank] in ... gelegenen Vermögenswerte des Gesuchsgegners bis zur Höhe der Arrestforderung von Fr. 837'531.73 nebst Zins zu 5 % seit 11. Mai 2012 (Urk. 15/7; beigelegter Formularentscheid).

3. Am 27. Juli 2012 legte der Gesuchsgegner gegen den Beschluss vom 11. Mai 2012 beim Landgericht Aschaffenburg Widerspruch gemäss § 924 Abs. 1 ZPO/DE ein (Urk. 12 S. 6; Urk. 15/8; Urk. 23 S. 3; Urk. 26/1; Urk. 33 S. 3). Über den Widerspruch wird am 6. März 2013 verhandelt (Urk. 23 S. 3; Urk. 26/2; Urk. 33 S. 3).

4. Mit Eingabe vom 5. September 2012, hier eingegangen am 7. September 2012, erhob der Gesuchsgegner fristgerecht Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Art. 327a Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 43 Abs. 5; Urk. 12 S. 2):

- "1. Das angefochtene Urteil des Einzelgerichtes Audienz am Bezirksgericht Zürich vom 7. Juni 2011 [recte: 2012] (Geschäfts-Nr. EZ120032-L/U) sei vollumfänglich aufzuheben, und es sei der Antrag des Beschwerdegegners auf Vollstreckbarerklärung des Arrestbeschlusses des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 (Verfahrens-Nr. 31 O 171/12) abzuweisen.
2. **Eventualiter** sei das Vollstreckbarerklärungsverfahren in Anwendung von Art. 46 Abs. 1 LugÜ zu sistieren, bis in Deutschland über den vom Beschwerdeführer gegen den Arrestbeschluss des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 (Verfahrens-Nr. 31 O 171/12) eingelegten Widerspruch als dem gemäss § 924 Abs. 1 ZPO/DE vorgesehenen ordentlichen Rechtsmittel gegen den Arrestbeschluss rechtskräftig entschieden ist; **subeventualiter** sei in Anwendung von Art. 46 Abs. 3 LugÜ eine eventuelle Zwangsvollstreckung in der Schweiz zufolge des Arrestbeschlusses des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 (Verfahrens-Nr. 31 O 171/12) von der Leistung einer angemessenen Sicherheit durch den Beschwerdegegner abhängig zu machen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.0 % MWST) zulasten des Beschwerdegegners."

Nach Eingang des Kostenvorschusses von Fr. 5'000.– wurde Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 17-20). Diese datiert vom 28. November 2012 und erging innert der dem Gesuchsteller angesetzten Frist (Urk. 23-31). Es folgte eine weitere Stellungnahme des Gesuchsgegners samt Beilagen, welche der Gegenseite zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 33; Urk. 35/9-12; Urk. 36). Mit Eingabe vom 28. Januar 2013 nahm der Gesuchsteller dazu Stellung (Urk. 37).

II.

1.1. Der Beschluss des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 geht von einem Vertragsstaat (Deutschland) des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) aus. Es ist zu prüfen, ob der Beschluss auch vom sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens erfasst wird und demzufolge seine Vollstreckbarerklärung in der Schweiz in Anwendung der Bestimmungen des LugÜ zu prüfen wäre, wovon die Parteien sowie die Vorinstanz ausgehen (Urk. 1; Urk. 12; Urk. 13; Urk. 23).

1.2. Der Titel III des LugÜ betreffend Anerkennung und Vollstreckung findet auf alle Entscheidungen eines Vertragsstaates Anwendung, die in den sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ fallen (Walter/Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, 2012, S. 457f., § 10 I 2). Das LugÜ ist in Zivil- und Handelssachen anzuwenden (Art. 1 Abs. 1 LugÜ). Nicht anzuwenden ist das Übereinkommen u.a. insbesondere auf das Gebiet des Erbrechts einschliesslich des Testamentsrechts (Art. 1 Abs. 2 lit. a LugÜ). Entscheidungen in den gemäss Art. 1 Abs. 2 LugÜ ausgeschlossenen Sachgebieten fallen nicht unter "Entscheidungen" im Sinne von Art. 32 LugÜ (Walter/Domej, a.a.O., S. 464, § 10 II 1). Es wären die übrigen multilateralen und bilateralen Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen sowie die Bestimmungen des IPRG zu prüfen (Dasser/Oberhammer-Walther, Art. 32 LugÜ N 3).

1.3. Beim Arrestverfahren handelt es sich, auch nach deutschem Recht, um eine Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes. Diese Massnahmen unterstehen dem LugÜ, soweit sie nicht einen ausgeschlossenen Streitgegenstand betreffen (Dasser/Oberhammer-Walther, Art. 1 LugÜ N 89, insbesondere FN 231). Die Arrestzuständigkeit richtet sich immer dann nach dem LugÜ, wenn entweder die Leistungspflicht des Arrestschuldners bereits durch einen vollstreckbaren Titel im Sinne von Art. 31 aLugÜ festgestellt worden ist oder wenn sich auch die Zuständigkeit zur Entscheidung der Hauptsache nach dem LugÜ richtet (Richard Gassmann, Die Arrestzuständigkeit, in: Karl Spühler [Hrsg.], Vorsorgliche Massnahmen aus internationaler Sicht, Zürich 2000, S. 97). Es muss sich somit in der Hauptsache um eine Zivil- und Handelssache handeln, welche nicht vom Ausnahmekatalog erfasst wird.

1.4. Das Landgericht Aschaffenburg erwog im Beschluss vom 11. Mai 2012, es habe im Verfahren-Nr. 31 O 271/10 festgestellt, dass der Gesuchsgegner neben dem Gesuchsteller zur Hälfte Nacherbe des C._____ sei. Hieran halte das Gericht fest. Im Weiteren führte das Gericht aus, aufgrund der zur Glaubhaftmachung vorgelegten Dokumente sei davon auszugehen, dass das im Grundbuch von Aschaffenburg, Band ..., Blatt Nummer ..., eingetragene Grundstück ...-Strasse ... in ... vom Nachlass des C._____ erfasst sei, die Feststellung aus dem Urteil vom 25. Oktober 2012 sich daher auch auf dieses Grundstück beziehe und der vom Gesuchsteller dargelegte Anspruch auf Ausgleich vom Gesuchsgegner erlangter Mieten nach §§ 2018 und 2010 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in Verbindung mit § 812 ff. BGB bestehe. Auch die behauptete Höhe der vereinnahmten Mieten sah das Gericht als nachvollziehbar dargelegt und glaubhaft an. Entsprechend ordnete es den dinglichen Arrest in das gesamte Vermögen des Gesuchsgegners wegen seiner "Erstattungsforderung (Hauptforderung)" in Höhe von EUR 697'125.- (Fr. 837'531.73) an (Urk. 3/IA S. 5ff.).

1.5. Die Herausgabeklage eines Erbprätendenten nach § 2018 BGB fällt nicht unter "das Gebiet des Erbrechts einschliesslich des Testamentsrechts" (Reinhold Geimer, Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen nach dem EWG-Übereinkommen vom 27.9.1968, in: RIW 1976, S. 145; a.M. Wolfgang Grunsky, Probleme des EWG-Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die

Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, in: JZ 1973, S. 643) und damit nicht unter den Ausnahmekatalog von Art. 1 Abs. 2 LugÜ. Entsprechend richtet sich die Arrestzuständigkeit nach LugÜ, weshalb in Anwendung der Bestimmungen des LugÜ zu prüfen ist, ob der Arrestbeschluss des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 in der Schweiz vollstreckbar ist.

2. Da das LugÜ das Exequaturverfahren nicht abschliessend regelt, ist das Recht des Vollstreckungsstaates - in der Schweiz die ZPO - zur Ergänzung bzw. Konkretisierung heranzuziehen. Abgesehen von der durch das LugÜ geregelten Frist zur Einreichung des Rechtsbehelfs, dem Vorgehen bei Säumnis des Beklagten, dem kontradiktorischen Charakter des Verfahrens sowie der notwendigerweise freien Kognition richtet sich das Rechtsbehelfsverfahren somit grundsätzlich nach der ZPO (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 38 N 3 ff. und Art. 43 N 3). Zu beachten ist insbesondere Art. 327a ZPO.

3. Die in einem durch das LugÜ gebundenen Staat ergangenen Entscheidungen, die in diesem Staat vollstreckbar sind, werden in einem anderen durch das Übereinkommen gebundenen Staat vollstreckt, wenn sie auf Antrag eines Berechtigten für vollstreckbar erklärt werden (Art. 38 Abs. 1 LugÜ). Sobald die in Artikel 53 vorgesehenen Förmlichkeiten erfüllt sind, wird die Entscheidung unverzüglich für vollstreckbar erklärt, ohne dass eine Prüfung der Anerkennungshindernisse nach den Artikeln 34 und 35 erfolgt. Der Schuldner erhält in diesem Abschnitt des Verfahrens (erstinstanzliche Vollstreckbarerklärung) keine Gelegenheit, eine Erklärung abzugeben (Art. 41 LugÜ). Gegen die Entscheidung über den Antrag auf Vollstreckbarerklärung kann jede Partei einen Rechtsbehelf einlegen (Art. 43 Abs. 1 LugÜ). Die Vollstreckbarerklärung darf von der Rechtsmittelinstanz nur aus einem der in den Artikeln 34 und 35 aufgeführten Gründe versagt oder aufgehoben werden (Art. 45 Abs. 1 LugÜ). Die ausländische Entscheidung darf keinesfalls in der Sache selbst nachgeprüft werden (Art. 45 Abs. 2 LugÜ). Die Lehre stimmt hingegen darin überein, dass das mit dem Rechtsbehelf befasste Gericht neben den Anerkennungshindernissen auch die Voraussetzungen für die Vollstreckbarerklärung prüfen darf, welche bereits das erstinstanzliche Exequaturgericht prüfen konnte. Es kann somit insbesondere auch überprüft werden, ob

eine "Entscheidung" im Sinne von Art. 32 LugÜ vorliegt (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 45 N 19f.; Mankowski in: Rauscher, Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, 2. Auflage, 2006, Art. 45 EuGVO N 3).

4. Nachfolgend wird nur soweit notwendig auf die Ausführungen der Parteien eingegangen.

III.

1. Der Beschluss des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 wurde beim Gesuchsgegner am 6. Juni 2012 um 10:00 Uhr in den Briefkasten gelegt (Urk. 1 S. 6 = Urk. 15/6 ; Urk. 15/4 S. 7; Urk. 15/5). Am 7. Juni 2012 um 13:30 Uhr stellte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz ein Gesuch um Vollstreckbarerklärung des Beschlusses sowie ein Arrestbegehren (Urk. 1 = Urk. 15/6). Mit gleichentags gefälltem Urteil vom 7. Juni 2011 [recte: 2012] erklärte die Vorinstanz den Beschluss des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 für vollstreckbar (Urk. 13 S. 3 Dispositivziffer 1). Der Gesuchsgegner macht mit der vorliegenden Beschwerde unter anderem geltend, es hätten ihm zwischen der Zustellung des Arrestbeschlusses des Landesgerichtes Aschaffenburg in seinen Briefkasten und dem Antrag auf dessen Vollstreckbarerklärung in der Schweiz nur rund 24 Stunden zur effektiven Wahrnehmung seines rechtlichen Gehörs zur Verfügung gestanden. Ausländische Arreste könnten in der Schweiz nur dann vollstreckt werden, wenn dem (vermeintlichen) Arrestschuldner bei deren Erlass oder nachträglich das rechtliche Gehör gewährt worden sei. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Es fehle an einem im Sinne von Art. 38 Abs. 1 LugÜ vollstreckbaren Entscheid (Urk. 12 S. 7ff.).

2. Beim Beschluss des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 handelt es sich um eine vorsorgliche Sicherungsmassnahme nach deutschem Recht. Mithin, wie bereits erwähnt, um eine Massnahme des einstweiligen Rechtsschutzes. Der Entscheid erging im schriftlichen Verfahren ohne mündliche Ver-

handlung und ohne Anhörung des Gesuchsgegners (Urk. 15/4 S. 1 und S. 5). Es handelt sich somit um eine superprovisorische Massnahme.

3. Unter "Entscheidung" im Sinne des LugÜ ist jede Entscheidung zu verstehen, die von einem Gericht eines durch das Übereinkommen gebundenen Staates erlassen worden ist, ohne Rücksicht auf ihre Bezeichnung (Art. 32 LugÜ). Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ("vorsorgliche Massnahmen") können nach dem Übereinkommen in einem anderen Vertragsstaat vollstreckbar erklärt werden (BGE 135 III 670, Erw. 3.1.2.). Hingegen sind superprovisorische Massnahmen unter dem Übereinkommen nur beschränkt vollstreckbar. Nach der Rechtsprechung des EuGH, welche bei der Anwendung und Auslegung der zitierten Staatsvertragsbestimmung zu beachten ist, sind gerichtliche Entscheidungen, durch welche einstweilige oder auf eine Sicherheit gerichtete Massnahmen angeordnet werden, dann nicht nach den Vorschriften des Brüsseler Übereinkommens anzuerkennen und zu vollstrecken, wenn sie ohne Ladung des Schuldners ergangen sind oder ohne Zustellung an ihn vollstreckt werden sollen. Einstweilige Verfügungen, die lediglich auf Antrag einer Partei (ex parte) ergangen sind, ohne dass der Gegenseite rechtliches Gehör gewährt wurde, sind nach dieser Rechtsprechung somit nicht anerkennungsfähig und müssen daher im Ausland nicht zur Vollstreckung zugelassen werden (BGer Urteil 4P.331/2005 vom 1. März 2006, Erw. 7.2., mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 21. Mai 1980, C-125/79, Denilauler gegen Couchet, Erw. 12f.). Gemäss Bundesgericht ist der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Massgabe des Lugano-Übereinkommens nicht verletzt, wenn einstweilige Massnahmen ohne vorherige Anhörung des Gegners ergehen, vorausgesetzt, dass die Sicherung gefährdeter Interessen dies rechtfertigt und der Gegner dadurch gesichert ist, dass er die erlassenen Massnahmen angreifen kann. Mithin lässt es das Bundesgericht genügen, dass der Schuldner die superprovisorische Massnahme im Urteilsstaat nachträglich überprüfen lassen und damit seinen Anspruch auf rechtliches Gehör ausüben kann (BGE 129 III 626 Erw. 5.2.2.). Allerdings gelte dies nur dann, präzisierte das Bundesgericht in einem späteren Entscheid, wenn der Schuldner "die Möglichkeit hatte, sich im Urteilsstaat in einem kontradiktorischen Verfahren dagegen zur Wehr zu setzen, und zwar bevor um Anerkennung und Vollstreckung der Massnahme in einem ande-

ren Vertragsstaat ersucht wurde" (BGer Urteil 4P.331/2005 vom 1. März 2006, Erw. 7.4., vgl. insbesondere BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, N 79ff. zu Art. 38). Somit stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes eine in einem Vertragsstaat ergangene superprovisorische Massnahme nur dann eine in der Schweiz für vollstreckbar erklärbare Entscheidung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 32 LugÜ dar, wenn dem Schuldner nach Erlass der superprovisorischen Massnahme und bevor in der Schweiz um deren Vollstreckbarerklärung ersucht wurde, im Urteilsstaat genügend Zeit zur Verfügung stand, um sich in einem kontradiktorischen Verfahren gegen die Massnahme zur Wehr zu setzen.

4. Der Gesuchsgegner verfügte ab der Zustellung des Arrestbeschlusses des Landgerichtes Aschaffenburg in seinen Briefkasten bis zur Einreichung des Gesuchs um dessen Vollstreckbarerklärung in der Schweiz über kaum mehr als einen Tag, um sich in Deutschland mittels Widerspruchsverfahren gemäss § 924 Abs. 1 ZPO/DE gegen den Arrestbeschluss zur Wehr zu setzen. Dies hält vor der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, welches im Urteil 4P.331/2005 vom 1. März 2006 eine Zeitspanne von fünf Arbeitstagen als zu kurz betrachtete, nicht stand. Der Gesuchsgegner ist ein Laie. Er hätte sich in der ihm zugestandenen Zeitspanne von rund einem Tag Gedanken über die Bedeutung des Arrestbeschlusses machen, einen Rechtsvertreter suchen und diesen instruieren müssen. Gemeinsam wäre eine Verteidigungsstrategie aufzubauen gewesen und es hätte formal korrekt Widerspruch erhoben werden müssen. Hierfür reichte die dem Gesuchsgegner zugestandene Zeit nicht aus. Eine gehörige Wahrnehmung seines rechtlichen Gehörs war nicht möglich. Gleich wäre zu entscheiden, wollte man nicht auf die Einreichung des Gesuches in der Schweiz, sondern auf den Zeitpunkt, in welchem das vorinstanzliche Urteil erging, abstellen. Damit liegt keine "Entscheidung" im Sinne von Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 32 LugÜ vor, welche in der Schweiz für vollstreckbar erklärt werden könnte. An diesem Ergebnis ändern die Ausführungen des Gesuchstellers im Beschwerdeverfahren nichts.

5.1. Der Gesuchsteller beruft sich darauf, dem Gesuchsgegner sei das rechtliche Gehör ausreichend gewahrt worden. Eine Verletzung von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ liege nicht vor (Urk. 23 S. 5ff.).

5.2. Die Ausführungen des Gesuchstellers unter dem Titel "Der revidierte Wortlaut von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ" (Urk. 23 S. 5f.) gehen an der Sache vorbei. Gemäss Art. 34 Ziff. 2 LugÜ wird eine Entscheidung nicht anerkannt, wenn dem Beklagten, der sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat, das verfahrenseinleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück nicht so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte, es sei denn, der Beklagte hat gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte. Das verfahrenseinleitende Schriftstück im Sinne von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ ist die vom Recht des Urteilsstaates vorgesehene Urkunde, durch deren Zustellung der Beklagte erstmals von dem der Entscheidung zugrunde liegenden Verfahren Kenntnis erlangt und in die Lage versetzt wird, seine Rechte vor Erlass einer vollstreckbaren Entscheidung im Urteilsstaat geltend zu machen. Es handelt sich dabei in der Regel um eine Klageschrift oder - vorab bei rein mündlichen Verfahren - um eine Vorladung zu einer Verhandlung. Schriftstücke, die nach Verfahrenseinleitung zuzustellen sind, fallen hingegen nicht unter Art. 34 Ziff. 2 LugÜ (Dasser/Oberhammer-Walther, Art. 34 LugÜ N 42). Die angerufene Rechtsprechung bezieht sich somit auf eine ganz andere Rechtsfrage, nämlich darauf, ob bei einem kontradiktorisch durchzuführenden Verfahren das verfahrenseinleitende oder ein gleichwertiges Schriftstück so rechtzeitig und in einer Weise zugestellt wurde, dass sich der Beklagte gehörig verteidigen konnte. Vorliegend wurde dem Gesuchsgegner überhaupt kein verfahrenseinleitendes Schriftstück, sondern nur der Endentscheid zugestellt. Es galt zu entscheiden, welche (zeitliche) Vorgehensweise nach Erlass einer superprovisorischen Massnahme einzuhalten ist, damit das rechtliche Gehör des Gesuchsgegners genügend geschützt wird und die unter Ausschluss des Gesuchsgegners ergangene Entscheidung überhaupt im Sinne von Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 32 LugÜ vollstreckungsfähig ist. Zur Beantwortung dieser Frage kann aus der vom Gesuchsteller angerufenen Rechtsprechung (vgl. Urk. 23 S. 5f.) nichts abgeleitet werden.

5.3. Weiter beruft sich der Gesuchsteller darauf, die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs werde vom Bundesgericht als ausreichend erachtet,

und zwar selbst dann, wenn der Antrag um Vollstreckbarerklärung bereits eingereicht worden sei (Urk. 23 S. 6ff.).

Dem kann gestützt auf die vorangehend zitierte Rechtsprechung (vgl. Ziffer 3) nicht gefolgt werden. Der vom Gesuchsteller herangezogene BGE 129 III 626 ist überholt (vgl. BGer Urteil 4P.331/2005 vom 1. März 2006). Sodann hat das Bundesgericht entgegen der Ansicht des Gesuchstellers in der Erwägung 4.1. des Urteils 4A_80/2007 vom 31. August 2007 nichts der im Urteil 4P.331/2005 vom 1. März 2006 vertretenen Rechtsauffassung Zuwiderlaufendes erwogen. Im Urteil 4A_80/2007 waren die zeitlichen Aspekte zwischen dem Erlass der superprovisorischen Massnahme und der Einreichung des Gesuchs um deren Vollstreckbarerklärung in der Schweiz nicht massgebend.

Insoweit der Gesuchsteller aus der Tatsache, dass der EuGH im Urteil C-420/07 vom 28. April 2009, Apostolides gegen Orams (Urk. 26/4), entschied, die Verteidigungsrechte von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ seien "erst recht [...] dann gewährt, wenn der Beklagte gegen die in Abwesenheit ergangene Entscheidung tatsächlich einen Rechtsbehelf eingelegt" habe, ableiten will, eine nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs genüge (Urk. 23 S. 6), gilt es Folgendes zu beachten: Art. 34 Ziff. 2 LugÜ gewährt den Schutz des rechtlichen Gehörs. Er kommt hingegen nur zur Anwendung, wenn überhaupt eine vollstreckungsfähige Entscheidung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 32 LugÜ vorliegt. Dies ist, wie bereits dargelegt, vorliegend nicht der Fall. Im angeführten Urteil hatte der EuGH denn auch über die Vollstreckbarerklärung eines in Abwesenheit der Beklagten gefällten Entscheides, mithin eines Säumnisurteils, zu befinden. Der Entscheid erging somit in einem (an sich) kontradiktorischen Verfahren. Für derartige Entscheidungen, auch wenn damit vorsorgliche Massnahmen erlassen werden, findet der Schutz des rechtlichen Gehörs über Art. 34 Ziff. 2 LugÜ statt, nicht hingegen für superprovisorische Massnahmen. Kommt hinzu, dass gemäss Art. 34 Ziff. 2 LugÜ dann nicht vom Vorliegen eines Verweigerungsgrundes ausgegangen werden kann, wenn der Beklagte gegen die Entscheidung keinen Rechtsbehelf eingelegt hat, obwohl er die Möglichkeit dazu hatte. Die Schweiz hat gegen diesen letzten Teilsatz von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ einen Vorbehalt erklärt (LugÜ, Vorbehalte und Erklärungen). Der letzte Teilsatz (ab: "es sei denn,") wird in der Schweiz nicht

angewendet. Gemäss der Botschaft zum revidierten LugÜ geschah dies, weil diese zusätzliche Einschränkung der Beklagtenrechte aus schweizerischer Sicht zu weit gehe (vgl. hierzu BBl 2009, S. 1806f.). Würde man die Rechtsprechung des EuGH zu diesem mit einem Vorbehalt behafteten Artikel zur Ausdehnung der Zulassung der Vollstreckbarkeit von superprovisorischen Massnahmen heranziehen, käme dies einer Aushebelung des vom Gesetzgeber verankerten Schutzgedankens gleich. Dies geht nicht an.

5.4. Sodann beruft sich der Gesuchsteller darauf, das Verhalten des Gesuchsgegners nach Erhalt respektive Ausfällung des Arrestbefehls sei "bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit als ausserordentlicher Umstand" zu berücksichtigen. Es treffe an sich formell gesehen zu, dass der Gesuchsgegner nach Zustellung des Arrestbeschlusses am 6. Juni 2012 lediglich gute 24 Stunden zur Verfügung gehabt habe, um sich gegen den Befehl zur Wehr zu setzen, bevor der Gesuchsteller in der Schweiz um Vollstreckbarerklärung ersucht habe. Auf die formelle Ordnungsmässigkeit komme es aber nach dem revidierten Wortlaut von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ nicht mehr an. Vielmehr müsse lediglich sichergestellt worden sein, dass der Gesuchsgegner effektiv die Möglichkeit erhalten habe, sich zu verteidigen. Der Gesuchsgegner habe ab Zustellung des Arrestbefehls ganze sieben Wochen zugewartet, bis er am 27. Juli 2012 Widerspruch im Sinne von § 924 ZPO/DE beim Landgericht Aschaffenburg eingelegt habe. Das Zuwarten von sieben Wochen zwischen Zustellung des Arrestbeschlusses und Erhebung des Widerspruchs müsse als ausserordentlicher Umstand berücksichtigt werden. Ferner müsse davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner die Arrestlegung in Deutschland wie auch die Vollstreckbarerklärung des Arrestbeschlusses in der Schweiz zunächst habe akzeptieren wollen und auch akzeptiert habe, weshalb er mehrere Wochen untätig geblieben sei. Dafür spreche auch, dass er gegen den in der Schweiz gelegten Arrest keine Einsprache im Sinne von Art. 278 SchKG erhoben habe. Der vom Gesuchsgegner unternommene Versuch, sein anfängliches Desinteresse durch die Rüge einer nicht rechtzeitigen Zustellung zu rechtfertigen, verdiene keinen Rechtsschutz. Die Zustellung sei auch aus diesem Grund als rechtzeitig zu erachten, womit der Anerkennungsverweigerungsgrund von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ entfalle (Urk. 23 S. 8ff.).

Wie bereits erwähnt, findet Art. 34 Ziff. 2 LugÜ vorliegend keine Anwendung, weil keine vollstreckungsfähige Entscheidung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 32 LugÜ vorliegt. Sodann steht es im Ermessen des Gesuchsgegners, ob er den in Deutschland ergangenen Arrestbeschluss hinnehmen will, sich aber gegen dessen Vollstreckbarerklärung in der Schweiz zur Wehr setzt. Dieses Vorgehen kann durchaus Teil einer Verteidigungsstrategie sein und stellt kein rechtsmissbräuchliches Verhalten dar. Weiter ist der Widerspruch gegen den Arrestbefehl im Sinne von § 924 Abs. 1 ZPO/DE nicht fristgebunden. Der Gesuchsgegner kann mit dessen Erhebung solange zuwarten, als er es für sinnvoll erachtet. Der Gesuchsteller behauptet denn auch nicht, der Gesuchsgegner habe ihm gegenüber oder gegenüber den zuständigen Behörden formell auf die Erhebung des Widerspruchs oder die Einwendung, es fehle an einem vollstreckungsfähigen Entscheid, verzichtet. Die Vorbringen des Gesuchstellers zielen ins Leere. Nicht von Relevanz ist demnach für den vorliegenden Entscheid, ob der Gesuchsgegner aufgrund von Abwesenheiten in der Tat erstmals am 12. Juli 2012 von dem ihm am 6. Juni 2012 in den Briefkasten gelegten Beschluss des Landgerichtes Aschaffenburg Kenntnis erlangte (Urk. 33 S. 4f.). Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Parteien in den Stellungnahmen vom 31. Dezember 2012 und 28. Januar 2013 braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden (Urk. 33, Urk. 37).

6. Da keine vollstreckungsfähige Entscheidung im Sinne des LugÜ vorliegt, braucht nicht weiter geprüft zu werden, ob sich der Gesuchsgegner dadurch, dass er in Deutschland Widerspruch gemäss § 924 Abs 1 ZPO/DE gegen den Arrestbeschluss vom 11. Mai 2012 erhoben hat, im Sinne von Art. 34 Ziff. 2 LugÜ auf das Verfahren eingelassen hat (Urk. 23 S. 4f.).

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine vollstreckungsfähige Entscheidung im Sinne von Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 32 LugÜ vorliegt, weshalb der Beschluss des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012, Verfahrens-Nr. 31 O 171/12, nicht für vollstreckbar erklärt werden kann. Die Beschwerde des Gesuchsgegners ist gutzuheissen. Auch "Opportunitätsüberlegungen" erfordern keinen anderen Entscheid (Urk. 23 S. 10). Auf die weiteren Einwendungen des Gesuchsgegners sowie seine Eventualbegehren braucht nicht

weiter eingegangen zu werden. Die vorinstanzlich erteilte Exequatur (Urk. 13 Dispositivziffer 1) ist aufzuheben.

IV.

1. Die Prozesskosten werden den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Bei einer reformatorischen Entscheidung urteilt die Beschwerdeinstanz in Analogie zum Berufungsverfahren (Art. 318 Abs. 3 ZPO) auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 24 zu Art. 327). Auf den Streitwert darf bei der Festsetzung der Höhe der Gerichtskosten nicht abgestellt werden (Art. 52 LugÜ). Die Gebühr ist aufgrund des Schwierigkeitsgrades, des Zeitaufwandes und der Verantwortung festzusetzen (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 52 N 16). Die Parteientschädigungen werden nicht von Art. 52 LugÜ erfasst. Es ist diesbezüglich die Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 heranzuziehen (AnwGebV). Der Streitwert beläuft sich auf Fr. 837'531.73 (Urk. 1 S. 3; Urk. 15/7).

2.1. Die Höhe der von der Vorinstanz für das erstinstanzliche Verfahren festgesetzten Entscheidgebühr von Fr. 5'000.– wurde von keiner Partei beanstandet (Urk. 13 Dispositivziffer 2). Sie ist zu bestätigen. Der Gesuchsteller unterliegt vollumfänglich. Entsprechend sind ihm die Gerichtskosten aufzuerlegen.

2.2. Der Gesuchsgegner hat am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen. Ihm ist diesbezüglich kein Aufwand entstanden. Für das erstinstanzliche Verfahren ist dem Gesuchsgegner somit keine Entschädigung zuzusprechen. Dem Gesuchsteller ist keine Entschädigung zuzusprechen, da er vollumfänglich unterliegt.

3.1. Für das zweitinstanzliche Verfahren erscheint aufgrund der vorab angeführten Kriterien eine Entscheidunggebühr von Fr. 5'000.– als angemessen. Da der Gesuchsteller vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Gerichtskosten aufzuerlegen.

3.2. Der Gesuchsteller hat dem Gesuchsgegner für das zweitinstanzliche Verfahren sodann eine volle Prozessentschädigung zu bezahlen. Gestützt auf die §§ 4 Abs. 1 und 2, 9, 11 Abs. 2, 12 Abs. 3 sowie 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV erscheint eine Entschädigung von Fr. 11'000.– als angemessen. Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer ist nicht geschuldet, da der Gesuchsgegner Wohnsitz in Deutschland hat (Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006, S. 3).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht Audienz, vom 7. Juni 2011 (recte: 2012) wird gutgeheissen. Dispositivziffer 1 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Das Begehren um Vollstreckbarerklärung des Beschlusses des Landgerichtes Aschaffenburg vom 11. Mai 2012 (Verfahrens-Nr. 31 O 171/12) wird abgewiesen."
2. Die erstinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.
4. Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
6. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Ge-

suchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss von Fr. 5'000.– zu ersetzen.

7. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 11'000.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage des Doppels von Urk. 37, und an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht Audienz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 837'531.73. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 30. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am: js