

## **§ 5 Verfahren zur Vollstreckung von Entscheiden betr. Geldforderungen aus dem In- und Ausland**

### **A. Allgemeines**

#### **I. Zahlungsbefehl**

Eine wesentliche Besonderheit des schweizerischen Rechts besteht darin, dass selbst für die Durchsetzung von Forderungen, für welche bereits eine vollstreckbare Entscheidung besteht, ein Zahlungsbefehl zugestellt werden muss.

Erfolgt kein Rechtsvorschlag und zahlt der Schuldner nicht innert 20 Tagen, kann der Gläubiger das Fortsetzungsbegehren stellen und damit die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne einleiten. Faktisch bedeutet dies, dass die Vollstreckbarkeit der Entscheidung von keiner Gerichts- oder Amtsstelle geprüft worden ist. Eine Prüfung erfolgt nur, wenn der Schuldner dies mit der Erhebung des Rechtsvorschlags verlangt. Ohne Rechtsvorschlag wird unterstellt, dass der Schuldner den Entscheid selber für vollstreckbar hält und damit die Entscheidung akzeptiert.

Es ist anzunehmen, dass der Schuldner auch in diesem Fall die Möglichkeit hat, eine Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG einzuleiten, falls er die Forderung infolge Zwangsvollstreckung zahlt und später noch geltend machen will, dass die Vollstreckbarkeit nicht gegeben ist und/oder die Forderung nach Entscheidfällung aus materiellrechtlichen Gründen untergegangen ist.

#### **II. Allgemeines zum Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung**

##### **1. Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung als ausschliesslicher Weg**

Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, steht dem Gläubiger zur Beseitigung des Rechtsvorschlags das Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung zur Verfügung. Ein anderer Weg besteht nicht.

Das Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung ist Bestandteil des Vollstreckungsverfahrens, verstanden in einem engeren Sinn. Seine Aufgabe ist die Abklärung der Vollstreckbarkeit eines gerichtlichen Entscheids. Zugleich wird geprüft, ob die Forderung nach Entscheidfällung aus materiellrechtlichen Gründen untergegangen ist.

##### **2. Zweistufiger Aufbau des Verfahrens betreffend definitive Rechtsöffnung**

Wie das Verfahren betreffend provisorische Rechtsöffnung ist auch dieses Verfahren zweistufig aufgebaut:

**1. Stufe:** Zuerst wird geprüft, ob in formeller Hinsicht ein vollstreckbarer Rechtstitel (sog. definitiver Rechtsöffnungstitel) vorliegt. Das heisst, die Entscheidung muss nicht in Rechtskraft erwachsen sein.

**2. Stufe:** Sodann ist die Frage zu beantworten, ob der Erteilung der definitiven Rechtsöffnung materiellrechtliche und/oder verfahrensrechtliche Gründe entgegenstehen?

**Materiellrechtliche Gründe:** Untergang der Forderung infolge Tilgung, Stundung oder Verjährung. – Hier ist allerdings der Urkundenbeweis erforderlich.

**Verfahrensrechtliche Gründe:** Mängel des Verfahrens, in dem der fragliche Entscheid zustande gekommen ist. – Vor allem bedeutsam bei ausländischen Entscheidungen: Hauptfall ist die fehlende indirekte Zuständigkeit!

### 3. Verfahrensfragen

#### a) *Summarisches Verfahren*

Das Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung ist wie das Verfahren betr. provisorische Rechtsöffnung ein summarisches Verfahren (Art. 251 lit.a ZPO).

#### b) *Rechtsmittel*

Gegen Entscheidungen betr. definitive Rechtsöffnung kann lediglich die Beschwerde erhoben werden (Art. 319 lit. a in Verbindung mit 309 Ziff. 3 ZPO). Der Beschwerdeentscheid kann alsdann an das Bundesgericht bei genügendem Streitwert mit der Beschwerde in Zivilsachen weitergezogen werden.

#### c) *Rechtskraft*

Die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit erwächst nach herrschender Meinung nicht in materielle Rechtskraft. Das bedeutet, dass die Vollstreckbarkeit des Titels in einem neuen Betreibungsverfahren bei Rechtsvorschlag erneut in einem Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung geprüft werden muss.<sup>1</sup> Anderes gilt nur bei ausländischen Entscheidungen, für welche in einem separaten Exequaturverfahren die Vollstreckbarkeit festgestellt wurde.<sup>2</sup>

Meines Erachtens sollte auch für die inländischen Urteile angenommen werden, dass die Entscheidung im Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung hinsichtlich der Frage der Vollstreckbarkeit in materielle Rechtskraft erwächst.<sup>3</sup> Eine erneute Prüfung in einem späteren Verfahren rechtfertigt sich lediglich für die Frage, ob die Forderung inzwischen getilgt oder gestundet wurde oder nunmehr verjährt ist.

### III. Einleitung des Vollstreckungsverfahrens mit Arrestlegung

Besonders hervorzuheben ist, dass im neuen Recht die Vollstreckung für Entscheidungen betreffend eine Geldforderung voraussichtlich sehr häufig mit einer Arrestlegung eingeleitet wird.

Das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels stellt nach revidiertem Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG einen Arrestgrund dar. Mit einer Arrestlegung kann der Gläubiger Vermögenswerte des Schuldners im Umfang der offenen Forderung überfallartig blockieren und ihn damit veranlassen, die Forderung soweit er dazu in der Lage ist, zu begleichen.

<sup>1</sup> BGE 100 III 48 E. 3; AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 19 Rz. 22; SPÜHLER KARL/GEHRI MYRIAM A., Schuldbetriebs- und Konkursrecht I, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 78; STAEHELIN, BSK-SchKG, Art. 84 Rz. 81; STÜCHELI PETER, Die Rechtsöffnung, Diss. Zürich 2000, S. 157 f.

<sup>2</sup> ZR 96 (1997) S. 229 ff.; MEIER ISAAK, Internationales Zivilprozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, S. 41; STÜCHELI (Fn. 1), S. 270; WALDER HANS ULRICH, Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile, ZZP 103 (1990), S. 340; WALTER GERHARD, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 4. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 2007, S. 412, 438.

<sup>3</sup> Ebenso FRITZSCHE HANS/WALDER HANS ULRICH, Schuldbetrieb und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2 Bde., 3. Aufl., Zürich 1984–1993, Bd. I, § 18 Rz. 23; GULDENER MAX, Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR NF 74 (1955), S. 48 f.

Zur Prosequierung (Verfolgung) des Arrestes nach Art. 279 SchKG hat der Gläubiger alsdann das Betreibungsverfahren und bei Rechtsvorschlag das Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung einzuleiten.

## **B. Zum sog. definitiven Rechtsöffnungstitel**

Definitive Rechtsöffnungstitel sind folgende Entscheidung und Verfahrenserledigungen:

*Vollstreckbare gerichtliche Entscheidungen aller Art (Art. 80 Abs. 1 SchKG):* Der Entscheid muss nicht in Rechtskraft erwachsen sein. Auch vorsorgliche Massnahmen sind definitive Rechtsöffnungstitel. Hierzu gehören sodann auch erstinstanzliche Entscheide, für welche die Berufungsinstanz die vorzeitige Vollstreckung bewilligt hat (Art. 315 Abs. 2 ZPO).

*Gerichtliche Vergleiche und gerichtliche Schuldanerkenntnisse nach Art. 80 Abs. 2 SchKG:* Dass diese Erledigungsformen Vollstreckungstitel darstellen, ergibt sich auch aus Art. 241 Abs. 2 ZPO, wonach diese Institute die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheides haben.

*Vollstreckbare öffentliche Urkunden nach Art. 347 ff. ZPO:* Siehe hierzu ...

*Verwaltungsentscheide des Bundes und der Kantone (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG):* Bemerkenswert ist, dass nach neuem Recht auch Verwaltungsentscheide der Kantone uneingeschränkt vollstreckbar sind. Früher war die Vollstreckung allein möglich, weil ein von allen Kantonen unterzeichnetes Konkordat dies sicherstellte.

## **C. Gründe zur Verweigerung der definitiven Rechtsöffnung**

Die Einwendungen können je nach Art und Herkunft des Titels verschieden sein. Gegen alle Titel sind lediglich die Einwendungen gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG (Tilgung, Stundung oder Verjährung) möglich.

### **I. Einwendungen gegen alle Titeln**

Gegenüber allen Arten von definitiven Rechtsöffnungstitel kann der Schuldner – wie gerade gesagt – Tilgung, Stundung und Verjährung geltend machen (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Dabei handelt es sich um materielle Gründe für den nachträglichen Untergang der Forderung. Wichtig ist: Der Schuldner muss diese Gründe mit Urkunden beweisen!

Gelingt dieser Beweis nicht, wird die definitive Rechtsöffnung bewilligt. Dem Schuldner, welche immer noch den Untergang der Forderung behauptet, bleibt dann nichts mehr anderes übrig, als zu zahlen und später die Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG einzuleiten. In diesem Verfahren gilt (selbstverständlich) keine Beweismittelbeschränkung.

### **II. Zusätzliche Einwendungen gegen vollstreckbare öffentliche Urkunden**

Der neue Art. 81 Abs. 2 SchKG hat folgenden Wortlaut: „*Beruhet die Forderung auf einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde, so kann der Betriebene weitere Einwendungen gegen die Leistungspflicht geltend machen, sofern sie sofort beweisbar sind*“. Siehe hierzu unter ...

### **III. Einwendungen gegen Entscheide aus dem Ausland**

Gegen Entscheidungen aus dem Ausland kann der Schuldner überdies die sich aus dem anwendbaren Staatsvertrag (insb. LugÜ) oder aus dem IPRG ergebenden Einwendungen vorbringen.

Die wichtigsten Einwendungen aus LugÜ und IPRG.

	IPRG	LugÜ
Indirekte Zuständigkeit	25/26	Die indirekte Zuständigkeit darf grundsätzlich nicht nachgeprüft werden (35 III).
Ordre public formell/materiell	27 I/II	34 Ziff. 1
Nicht richtige Vorladung bei Säumnisurteilen.	27 II lit. a	34 Ziff. 2

Der Hauptunterschied zwischen LugÜ und IPRG betrifft die sog. indirekte Zuständigkeit. Während beim IPRG die indirekte Zuständigkeit, d.h. die Frage, ob das erkennende ausländische Gericht aus schweizerischer Sicht zuständig war, die wichtigste Voraussetzung zur Anerkennung und Vollstreckung ist, darf im Anwendungsbereich des LugÜ die indirekte Zuständigkeit gerade nicht mehr nachgeprüft werden.

Ein wesentlicher Unterschied hat das neue LugÜ auch für die Einwendung der unrichtigen Vorladung vor Erlass einer Säumnisentscheidung gebracht. Nach neuem LugÜ kann und darf nur noch geprüft werden, ob die säumige Partei rechtzeitig vorgeladen worden ist. Formelle Mängel der Vorladung können anders als beim IPRG nicht mehr gerügt werden.

## D. Vollstreckung einer öffentlichen Urkunde

### I. Allgemeines zur öffentlichen Urkunde

Vorerst ist hervorzuheben, dass die Schweiz mit dem Verfahren zur provisorischen Rechtsöffnung nach Art. 82 SchKG schon seit über 100 Jahren ein Verfahren kennt, mit dem Geldforderungen, die sich aus einem unterschriebenen Vertrag ergeben, erleichtert vollstreckt werden können. Etwas übertrieben lässt sich sagen: In der Schweiz war und ist eigentlich jeder privatrechtliche Vertrag bezüglich der darin versprochenen Geldleistung eine Art vollstreckbare Urkunde (eben ein provisorischer Rechtsöffnungstitel), ohne dass es hierzu einer Vollstreckungsunterwerfung bedarf.

Mit der neuen schweizerischen ZPO wird zusätzlich eine sog. vollstreckbare öffentliche Urkunde im eigentlichen Sinne eingeführt (Art. 347 ff. ZPO). Die wesentlichen Punkte sind dabei folgende: Der Schuldner kann vor einem Notar in einer öffentlichen Urkunde grundsätzlich für jede Art von Geldforderungen und anderen Verpflichtungen (sog. Realansprüche) die unmittelbare Vollstreckung anerkennen, ohne ein im Voraus ergangenes Urteil in einem Zivilprozess erwirkt haben zu müssen.

Nach Art. 347 ZPO gelten dabei folgende Voraussetzungen:

- Die Vollstreckungsunterwerfung muss in der Urkunde ausdrücklich erklärt werden oder anders gesagt, die Schuld sowie die unmittelbare Vollstreckung müssen von der unterzeichnenden Partei anerkannt werden.
- Der geschuldete Betrag und die Leistung müssen wie das Gesetz sagt «*genügend bestimmt*» sein. Beim Geldbetrag müssen Maximalbetrag sowie ein allfälliger Zins genannt sein. Eine Realleistung muss so genau umschrieben werden, dass eine Vollstreckung erfolgen könnte. Beispiele: Genaue Bezeichnung der Sache, die sich die Gegenpartei bei erstem Verlangen verpflichtet herauszugeben; genaue Bezeich-

nung, welche Handlungen in welcher Zeitspanne die betreffende Partei zu unterlassen hat.

- In der Urkunde muss sodann der Rechtsgrund der fraglichen Leistung genannt werden.

Betreffend die Rückzahlung einer Darlehensforderung könnte die Erklärung etwa gemäss dem Bericht zum Vorentwurf wie folgt lauten:<sup>4</sup> *«Vor dem unterzeichnenden Notar X ist heute Y erschienen mit dem Ersuchen um öffentliche Beurkundung der folgenden Willenserklärung: Ich anerkenne, Z aus Darlehen vom (...) den Betrag von CHF 50'000.- zu schulden. Das Darlehen ist jederzeit auf drei Monate kündbar. Für den Betrag von CHF 50'000.- anerkenne ich die unmittelbare Vollstreckung im Sinne von Art. 337 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung.»*

Der öffentliche oder private Notar hat bei der Ausstellung dieser Urkunde den Bestand der Forderung grundsätzlich nicht näher zu prüfen. Er hat m.E. die Ausstellung immerhin zu verweigern, wenn Gründe vorliegen, die die Vollstreckung offensichtlich ausschliessen.<sup>5</sup> Denkbar ist bspw., dass die Forderung offensichtlich auf einem Konsumentenvertrag beruht (vgl. Art. 348 lit. e ZPO).

Der Gesetzgeber war sich bewusst, dass namentlich „schwächere“ Schuldner faktisch gezwungen sein können, zum Erhalt einer Dienstleistung oder Kauf einer Sache gegen Kredit eine vollstreckbare öffentliche Urkunde zu unterzeichnen. Er hat daher konsequent alle Rechtsgebiete vom Anwendungsbereich der öffentlichen Urkunde nach Art. 347 ff. ZPO ausgenommen, welche sozial sensibel sind. Es sind dies nach Art. 348 ZPO Leistungen aus dem Gleichstellungsgesetz, aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, dem Mitwirkungsgesetz, aus dem Arbeitsrecht sowie nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz und schliesslich allgemein aus Konsumentenverträgen.

## II. Ansprüche auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung

Bei einem Anspruch auf Geld- oder auf Sicherheitsleistung muss der Gläubiger, wie bei jeder Zwangsvollstreckung, dem Schuldner zunächst einen Zahlungsbefehl zustellen lassen (Art. 71 Abs. 1 SchKG). Der Betreibungsbeamte nimmt dabei auch hier keinerlei Prüfung der öffentlichen Urkunde vor. Ohne Rechtsvorschlag des Schuldners steht dem Gläubiger damit sogleich die Vollstreckung offen.

Bei Rechtsvorschlag des Schuldners findet ein kontradiktorisches Verfahren vor dem Rechtsöffnungsrichter statt. Dabei handelt es sich um ein Verfahren betr. definitive Rechtsöffnung, da die vollstreckbare öffentliche Urkunde einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt (Art. 349 ZPO). In diesem Verfahren kann der Schuldner sämtliche formellen sowie auch materiellen Einwendungen vortragen. Die Letzteren muss er allerdings wie bei Realansprüchen ebenfalls sofort beweisen können (Art. 81 Abs. 2 SchKG; Art. 351 Abs. 1 ZPO).

Die definitive Rechtsöffnung gestattet, wie schon ihr Name sagt, je nach Person des Schuldners die definitive Pfändung oder Einleitung eines Verfahrens betreffend Konkursöffnung. Dem Schuldner verbleibt immerhin noch die nicht an eine Frist gebundene Klage auf Feststellung des Nichtbestandes der Forderung (Art. 352 ZPO). Bei Geldansprüchen dürfte damit die negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG gemeint sein. Gemäss dieser Bestimmung kann der Schuldner die vorläufige Einstellung der Betreibung erlangen, wenn die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheint.

<sup>4</sup> Bericht VE, Art. 338 S. 158; ZBGR 85 (2004), S. 29.

<sup>5</sup> Vgl. auch ZBGR 85 (2004), S. 30.

Wichtig ist sodann hervorzuheben: Ergänzend zur Einleitung der Betreibung mit nachfolgender Pfändung oder Konkurs hat der Gläubiger auch die Möglichkeit, einen Arrest nach Art. 271 SchKG zu beantragen, da die vollstreckbare öffentliche Urkunde einen definitiven Rechtsöffnungstitel nach Art. 80 SchKG darstellt.