

Vollstreckungsunterwerfung

Seite 2

Vollstreckung

Seite 4

Die Notare von WENGER PLATTNER

Seite 7

Vollstreckbare Urkunde nun auch in und aus der Schweiz

Bislang war es nicht möglich, in der Schweiz eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung beurkunden zu lassen; andererseits konnten im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens von 1988 vollstreckbare Urkunden, die in andern Vertragsstaaten beurkundet wurden, in der Schweiz vollstreckt werden.

Mit dem Inkrafttreten der neuen **Schweizerischen Zivilprozessordnung** («ZPO») zum 1. Januar 2011 (sie löste die bisherigen 26 unterschiedlichen kantonalen Zivilprozessordnungen ab) wurde nun auch für die Schweiz die vollstreckbare Urkunde eingeführt.

Gleichzeitig trat für die Schweiz auch das **Lugano-Übereinkommen** vom 30. Oktober 2007 («LugÜ») in Kraft. Dieses entspricht der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 («EuG-VO»). Das LugÜ beeinflusst das schweizerische Vollstreckungsrecht stark. Vielleicht stärkster Eingriff ist die **Einführung des Vermögensarrestes auch gegen Inländer** bei Vorliegen eines Titels wie beispielsweise einer vollstreckbaren Urkunde (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs – «SchKG»).

Hingegen ist der europäische Vollstreckungstitel nach der Verordnung (EU) 805/2004 für die Schweiz noch nicht relevant, soweit er nicht gleichzeitig die Anforderungen des LugÜ erfüllt.



Vollstreckungsunterwerfung

Die Vollstreckungsunterwerfung ist eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Erklärung des Schuldners in öffentlicher (notarieller) Urkunde. Sie kann in der Urkunde über das Hauptgeschäft enthalten sein, soweit dieses beurkundungspflichtig ist oder beurkundet wird; sie kann jedoch auch Gegenstand einer gesonderten Urkunde sein.

Beteiligte

Die Vollstreckungsunterwerfung wird vom Schuldner der Leistung zur Urkunde des von ihm gewählten Notars erklärt. Der Gläubiger muss nicht mitwirken. Eine örtliche Zuständigkeitseinschränkung besteht nicht; der Schuldner muss weder im Amtsbezirk des Notars seinen Sitz oder Wohnsitz haben noch muss in diesem Amtsbezirk eine Vollstreckung vorgesehen oder möglich sein.

Der Schuldner kann sich vertreten lassen. Die entsprechende Vollmacht bedarf der Schriftform und muss ausdrücklich die Befugnis zur Erklärung der Vollstreckungsunterwerfung enthalten. Im Hinblick auf mögliche Einwände, aber auch auf die Prüfungspflicht des Notars, empfiehlt es sich, nur beglaubigte und gegebenenfalls mit Apostille versehene Vollmachten zu verwenden.

Eine Bevollmächtigung des Gläubigers zur Abgabe der Unterwerfungserklärung namens des Schuldners sollte vermieden werden.

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung gegen den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks wie beispielsweise nach § 800 der deutschen ZPO kennt das schweizerische Recht nach wie vor nicht.

Inhalt

Die Vollstreckungsunterwerfungserklärung muss folgende Elemente enthalten:

- **Bezeichnung des Gläubigers**
- **Beschreibung der geschuldeten Leistung einschliesslich etwaiger Nebenleistungen**
- **Bezeichnung des Rechtsgrundes der Leistung**
- **Anerkennung der Leistungsverpflichtung**
- **Anerkennung der direkten Vollstreckung aus der Urkunde**

▪ Gläubiger

Die Vollstreckungsunterwerfung wirkt immer nur zu Gunsten des bezeichneten Gläubigers (einschl. etwaiger Gesamtrechtsnachfolger). Im Falle einer Abtretung der Forderung kann sich der neue Gläubiger nach vorherrschender Auffassung nicht auf die Vollstreckungsunterwerfung berufen. Der Schuldner muss in diesem Fall eine neue Erklärung zu Gunsten des neuen Gläubigers abgeben. Die Vollstreckungsunterwerfung wird somit nicht als Nebenrecht zur Forderung verstanden, sondern als selbständige Prozesshandlung.

▪ Leistungsbeschreibung

Die geschuldete Leistung muss in der Urkunde selbst bestimmt oder jedenfalls aus der Urkunde selbst bestimmbar sein. Die Beschreibung der Forderung muss so präzise ausfallen, dass eine Vollstreckung tatsächlich möglich ist. Die Vollstreckungsunterwerfung kann sich auf Geldleistungen oder andere Leistungen (Realleistungen) beziehen. Die Leistung darf auch bedingt oder befristet oder von einer Gegenleistung (die ihrerseits wieder ausreichend bestimmt sein sollte) abhängig sein. Fälligkeit der Leistung muss erst im Zeitpunkt der Vollstreckung gegeben sein.

Die vollständige und klare Beschreibung der Leistungsvoraussetzungen liegt im Interesse aller Beteiligten:

- Der Gläubiger soll eine klare Anleitung erhalten, was er im Vollstreckungsfall an weiteren Beweisen beizubringen hat.
- Der Schuldner soll möglichst sicher sein, dass eine Vollstreckung nur dann erfolgen kann, wenn auch materiellrechtlich seine Leistungsverpflichtung unbestreitbar ist.
- Der Notar soll in den Fällen der Art. 350 ZPO (unten S. 4 «Realleistungen») oder Art. 57 Abs. 4 LugÜ (unten S. 5 «Vollstreckung einer schweizerischen Urkunde im Ausland des LugÜ») einfach und sicher beurteilen können, ob die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen gegeben sind.

▪ **Rechtsgrund**

Eine abstrakte Leistungsanerkennung oder eine Vollstreckungsunterwerfung gestützt auf ein abstraktes Leistungsversprechen sind ungenügend. Die Urkunde muss den Rechtsgrund der geschuldeten Leistungen klar bezeichnen. Im Falle einer Novation ist sogar der Rechtsgrund anzugeben, welcher der novierten Forderung ursprünglich zu Grunde lag.

▪ **Anerkennungen**

Der Schuldner muss in der Vollstreckungsunterwerfung einerseits die geschuldete Leistung und andererseits die direkte Vollstreckung aus der Urkunde anerkennen. Während die geschuldete Leistung auf noch zu erfüllende Bedingungen und auf in der Zukunft liegende Fälligkeitsvoraussetzungen Bezug nehmen darf (vgl. oben S. 2 «Leistungsbeschreibung»), muss die Vollstreckungsunterwerfung unbedingt und vorbehaltlos erfolgen.

Auch für den Fall, dass eine tatsächliche Vollstreckung in der Schweiz höchst unwahrscheinlich oder sogar undenkbar ist, bezieht sich die Unterwerfungserklärung immer auf eine Vollstreckung nach Schweizer Recht. Erst die (auch nur theoretische) Vollstreckbarkeit nach Schweizer Recht eröffnet die Möglichkeit internationaler Vollstreckung. Hingegen kann der Schweizer Notar nach wie vor keine direkte Vollstreckungsunterwerfung nach ausländischem Recht beurkunden.

Belehrung durch den Notar

Den Notar trifft eine umfassende Belehrungspflicht. Er muss den Schuldner über die Bedeutung der Vollstreckungsunterwerfung und die Folgen für die Rechtsstellung des Schuldners in verständlicher Form aufklären. Dazu gehören zumindest Hinweise auf die Unwiderruflichkeit der Erklärung, auf die Möglichkeiten und Auswirkungen eines Arrestes oder anderer sichernder Massnahmen und auf die Beschränkung und Erschwerung der Abwehr einer unberechtigten Forderung.

Ausgeschlossene Leistungen

Art. 348 ZPO enthält einen Katalog von Leistungen, für die eine direkte Vollstreckung aus der Urkunde ausgeschlossen ist. Dazu gehören namentlich Verpflichtungen aus Konsumentenverträgen und – ihnen nahe stehend – aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen oder aus landwirtschaftlicher Pacht sowie aus dem Arbeitsverhältnis. Als Konsumentenverträge gelten Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden, namentlich auch Konsumkreditverträge.

Ausgeschlossen sind natürlich auch unmögliche, widerrechtliche oder sittenwidrige Leistungen. Umstritten ist, ob Konventionalstrafen und pauschalierter Schadensersatz der direkten Vollstreckung unterworfen werden können. Wegen der richterlichen Kontrollmöglichkeit ist die Leistung eventuell nicht ausreichend bestimmt.

Vollstreckungsunterwerfungen für familienrechtliche Unterhaltspflichten scheinen hingegen zulässig.



Verfügung über die vollstreckbare Urkunde

Die einmal errichtete vollstreckbare Urkunde kann vom Schuldner **nicht widerrufen** werden, selbst wenn der Gläubiger von der Urkunde noch keine Kenntnis hat. Der Notar muss eine Urkundsausfertigung dem in der Urkunde bezeichneten Gläubiger zugänglich machen. Anders als beispielsweise im deutschen Recht **verliert der Schuldner** mit der Errichtung der Urkunde die **Herrschaft über die Urkunde**.

Die Vollstreckung aus der Urkunde ist hingegen – anders als beispielsweise in Deutschland – nicht an eine bestimmte Ausfertigung der Urkunde gebunden. Jede Ausfertigung oder beglaubigte Kopie ermöglicht die Durchsetzung.

Vollstreckung

Vollstreckung in der Schweiz

Geldleistungen

Die Vollstreckung von Geldleistungen geschieht nach den Verfahren des SchKG. Erhebt der Schuldner gegen den ihm zugestellten Zahlungsbefehl Einspruch (Rechtsvorschlag), kann der Gläubiger gestützt auf die vollstreckbare Urkunde die Fortsetzung des Betreibungsverfahrens erzwingen (Rechtsöffnung). Der Gläubiger muss dabei gegebenenfalls mit den im Rechtsöffnungsverfahren zulässigen Beweismitteln die sich aus der vollstreckbaren Urkunde ergebenden weiteren Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit beweisen. Es sind dies beispielsweise der Eintritt von Bedingungen, das gehörige Angebot einer Gegenleistung oder der Eintritt der Fälligkeit.

Die Einreden des Schuldners sind nicht – wie bei vollstreckbaren Gerichtsentscheiden – auf die Verjährung sowie auf die durch Urkunden nachzuweisende Tilgung oder Stundung beschränkt; der Schuldner kann weitere **Einwendungen** gegen seine Leistungspflicht vorbringen, muss diese allerdings **sofort beweisen** (Art. 81 Abs. 1 und 2 SchKG).

Eine wesentliche Verschärfung gegenüber dem bisherigen Schweizer Recht stellt die Möglichkeit des **Arrestes** gestützt auf eine vollstreckbare Urkunde dar. Während bisher gegen den in der Schweiz ansässigen Schuldner in der Regel kein «Überraschungsangriff» möglich war, steht jetzt dem Gläubiger das Mittel des Arrestes als «einstweilige Massnahme» im Sinne des Art. 47 LugÜ auch ohne jeden Auslandsbezug zur Verfügung (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG). Das Arrestverfahren wurde zudem vereinfacht.

Realleistungen

Betrifft die vollstreckbare Urkunde Realleistungen (seien es Sachleistungen, die Abgabe einer Willenserklärung usw.), geht der Vollstreckung ein Vorverfahren voraus. Auf Veranlassung des Gläubigers stellt der Notar dem Schuldner eine beglaubigte Kopie der vollstreckbaren Urkunde zu mit der **Aufforderung**, die Leistung innert zwanzig Tagen zu erfüllen (Art. 350 Abs. 1 ZPO). Unterbleibt die Erfüllung, kann der Gläubiger das zuständige Vollstreckungsgericht um Vollstreckung ersuchen. Der Gläubiger hat dabei neben der vollstreckbaren Urkunde und den übrigen für den Nachweis beispielsweise der Fälligkeit erforderlichen Unterlagen noch ein weiteres Dokument vorzulegen: Die Bestätigung des Notars über die erfolgte Zustellung.

Der Notar hat vor der Zustellung an den Schuldner seinerseits zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Leistungspflicht des Schuldners gegeben sind, namentlich die Erfüllung von Bedingungen oder den Eintritt der Fälligkeit.

Ist eine Realleistung zwar in der Schweiz zu vollstrecken, hat der Schuldner jedoch Sitz oder Wohnsitz im Ausland, muss die beglaubigte Kopie der Urkunde dem Schuldner nach Art. 350 ZPO im Ausland zugestellt werden. Diese Zustellung richtet sich nach den anwendbaren internationalen Regeln, namentlich nach den Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Schriftstücke im Ausland vom 15. November 1965. Zustellungserleichterungen nach dem LugÜ gelten für die Schweiz nicht, da diese einen entsprechenden Vorbehalt angebracht hat (vgl. Protokoll 1 Art. I Abs. 2 zum LugÜ). Gleiches

gilt für die Erleichterungen nach der Erklärung zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend Vereinfachung des Rechtshilfeverkehrs vom 30. April 1910, da diese nur den direkten Verkehr zwischen Gerichten regelt.

An die Stelle des Arrestes treten bei Realleistungen **sichernde Massnahmen** nach Art. 340 ZPO, eventuell nach Art. 261 ff. ZPO. Um den Überraschungseffekt zu erhalten, müssen sichernde Massnahmen bereits vor dem Zustellungsverfahren möglich sein.

Keine Rechtskraft

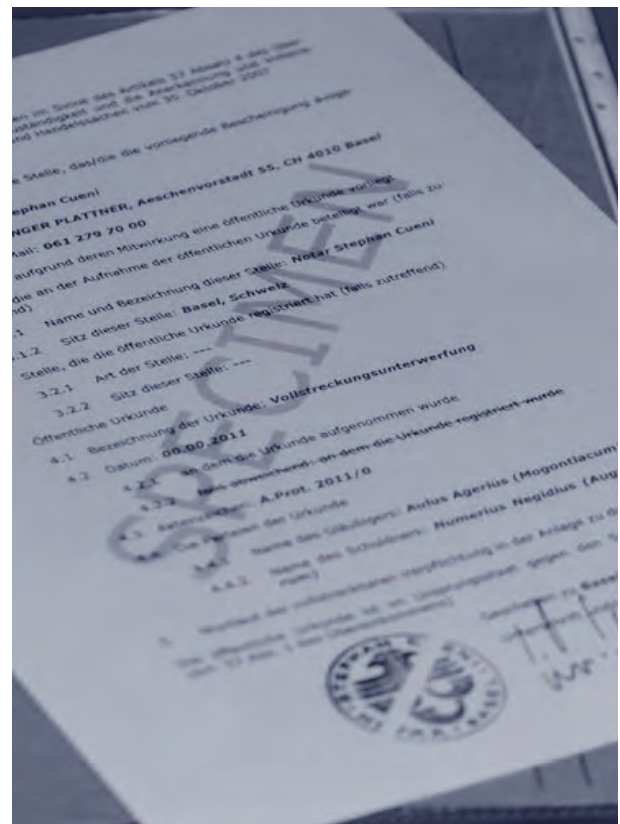
Die vollstreckbare öffentliche Urkunde ist vollstreckbar, aber **nicht rechtskräftig**. Deshalb bleibt die gerichtliche Beurteilung der Leistungspflicht des Schuldners in jedem Fall offen, sei es durch eine negative Feststellungsklage (bei Geldleistungen nach Art. 85a SchKG, bei andern Leistungen die ordentliche negative Feststellungsklage), sei es durch eine Rückforderungsklage (bei Geldleistungen nach Art. 86 SchKG, bei andern Leistungen analog); bei Geldleistungen besteht auch eine auf das konkrete Betreibungsverfahren beschränkt wirkende Überprüfungsmöglichkeit (Art. 85 SchKG).

Vollstreckung einer schweizerischen Urkunde im Ausland des LugÜ

Für die Vollstreckung in den Vertragsstaaten des LugÜ sind dessen Bestimmungen direkt anwendbar. Für die Auslegung sind auch die Rechtsprechung und Lehre zur **EUGVO** heranzuziehen (vgl. Anhang II zum LugÜ).

In der Schweiz ausgestellte und nach schweizerischem Recht vollstreckbare Urkunden können grundsätzlich auch in den Staaten der EU und des EWR nach den jeweils dort geltenden Regeln vollstreckt werden (für Deutschland: Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz – «AVAG»; für Österreich: Exekutionsordnung – «EO»).

Dass eine nach schweizerischem Recht ausgestellte und vollstreckbare Urkunde vorliegt, wird nach Art. 57 Abs. 4 des LugÜ auf Antrag durch den Notar unter Verwendung des Formblatts nach



Anhang VI des Übereinkommens bescheinigt. Die **Bescheinigung** ist auch bei vorgesehener Verwendung in Deutschland mit **Apostille** zu versehen, da der deutsch-schweizerische Vertrag über die Beglaubigung öffentlicher Urkunden vom 14. Februar 1907 eine Befreiung nur für von Gerichten ausgestellte Urkunden vorsieht.

Diese Bescheinigung darf erst erteilt werden, wenn sämtliche Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit gegeben sind. Der Notar hat daher zunächst zu prüfen und zu beurteilen, ob etwaige aufschiebende Bedingungen erfüllt sind und ob die Fälligkeit eingetreten ist. Das oben beschriebene notarielle Zustellungsverfahren im Falle von Realleistungen gehört hingegen im internationalen Verhältnis nicht mehr zu den Voraussetzungen für die Bescheinigung nach Anhang VI zum LugÜ. Andernfalls wäre es dem Gläubiger verunmöglicht, im Vollstreckungsstaat überraschend auf Schuldnervermögen zuzugreifen (sichernde Massnahmen).

Die Bescheinigung nach Anhang VI zum LugÜ entspricht etwa der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nach § 797 Abs. 2 der deutschen ZPO

und legt dem Notar im internationalen Verhältnis Pflichten und Verantwortungen auf, die er im innerstaatlichen nicht hat. Innerhalb der Schweiz werden die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen direkt durch das Vollstreckungsgericht geprüft. Wir gehen jedoch davon aus, dass bei Meinungsunterschieden zwischen dem antragstellenden Gläubiger und dem Notar das am Ort des Notars zuständige Vollstreckungsgericht zur Entscheidung über die Erteilung der Bescheinigung nach Anhang VI angerufen werden kann.

Vollstreckung einer ausländischen Urkunde in der Schweiz

Für Urkunden aus den Staaten des LugÜ gelten dessen Regelungen. Vollstreckbare Urkunden aus anderen Ländern können gegebenenfalls in Anwendung von Art. 31 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht («IPRG») in der Schweiz vollstreckt werden. Nachfolgend befassen wir uns nur mit Urkunden aus den Staaten des LugÜ.

Voraussetzung für die Vollstreckung in der Schweiz ist die Vorlage einer im Herkunftsstaat vollstreckbaren Urkunde. Der Nachweis kann durch die Bescheinigung nach Anhang VI zum LugÜ erbracht werden.

Gestützt auf die so bescheinigte Urkunde kann der Gläubiger einerseits **Sicherungsmaßnahmen** beantragen (Arrest für Geldforderungen, sichernde Massnahmen nach Art. 340 ZPO für Realleistungen) und andererseits die Vollstreckung verlangen (Betreibungsverfahren nach SchKG für Geldforderungen, Vollstreckung nach Art. 350 ff. ZPO für Realleistungen). Besondere Exequaturverfahren entfallen; über die Vollstreckbarkeit (Art. 39 in Verbindung mit Art. 57 LugÜ) wird in den vorgenannten Verfahren entschieden. Bei Realleistungen ist jedoch gestützt auf die ausländische nach Anhang VI zum LugÜ bestätigte vollstreckbare Urkunde das Zustellungsverfahren nach Art. 350

ZPO durch Vermittlung eines Schweizer Notars zu durchlaufen; dieses bildet ein Element des schweizerischen Vollstreckungsverfahrens.

Der Schuldner wird vor Erlass der Sicherungsmassnahmen nicht angehört. Vom Gläubiger darf keine Sicherheitsleistung verlangt werden.

Anders als wohl in Deutschland sind die Schweizer Notare nicht für die Vollstreckbarerklärung ausländischer vollstreckbarer Urkunden zuständig (Anhang II zum LugÜ).

Beurteilung

Es wird abzuwarten sein, ob sich das Instrument der vollstreckbaren Urkunde im innerschweizerischen Rechtsverkehr durchsetzen wird. Durch den Ausschluss von Miete und Pacht oder von Konsumentenverträgen ist der Anwendungsbereich sicher eingeschränkt. Ausserhalb der ausgeschlossenen Bereiche, beispielsweise im kommerziellen Kreditgeschäft oder im Anlagenleasing, wird die Möglichkeit, aus der vollstreckbaren Urkunde unmittelbar Arrest legen zu können, attraktiv sein.

Im internationalen Verhältnis dürfte es vermehrt zu Vollstreckungsmassnahmen in der Schweiz aus ausländischen Urkunden kommen. Die Gerichte werden sich anfänglich jedoch möglicherweise schwer tun, ausländische vollstreckbare Urkunden als solche zu erkennen und die schweren Eingriffe sichernder Massnahmen zu verfügen. Im mit dem Umgang mit vollstreckbaren Urkunden bereits vertrauten Ausland sollte hingegen die neue schweizerische vollstreckbare Urkunde problemlos aufgenommen werden.

Es darf auch nicht verschwiegen werden, dass zahlreiche Fragen um das für die Schweiz neue Institut noch offen sind und erst im Laufe der Zeit geklärt werden. Die kantonalen Unterschiede in der Notariatspraxis werden sich auch hier auswirken.

Die Notare von WENGER PLATTNER



Stephan Cueni, lic. iur.
Rechtsanwalt und Notar
Weitere Tätigkeitsschwerpunkte: Gesellschaftsrecht
und M&A, Bau- und Immobilienrecht,
Transport- und Logistikrecht



Ayesha Curmally, lic. iur.
Rechtsanwältin und Notarin, Fachanwältin SAV Erbrecht
Weitere Tätigkeitsschwerpunkte: Nachlassplanung und
Erbschaftsabwicklung, Gesellschaftsrecht und M&A,
Bau- und Immobilienrecht



Dieter Gränicher, Dr. iur.
Rechtsanwalt und Notar
Weitere Tätigkeitsschwerpunkte: Prozessführung
und Schiedsgerichtsbarkeit, Vertragsrecht,
Bau- und Immobilienrecht



Alexander Gutmans, Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt und Notar
Weitere Tätigkeitsschwerpunkte: Gesellschaftsrecht
und M&A, Life Sciences und Gesundheitsrecht,
Banken- und Finanzmarktrecht



Werner Wenger, Dr. iur.
Rechtsanwalt und Notar
Weitere Tätigkeitsschwerpunkte: Schiedsgerichtsbarkeit,
Nachlassplanung und Erbschaftsabwicklung, Bankenrecht

WENGER PLATTNER

B A S E L · Z Ü R I C H · B E R N



WENGER PLATTNER
Advokatur und Notariat
Aeschenvorstadt 55
CH-4010 Basel
T +41 61 279 70 00
F +41 61 279 70 01
basel@wenger-plattner.ch



WENGER PLATTNER
Rechtsanwälte
Seestrasse 39
Goldbach-Center
CH-8700 Küsnacht-Zürich
T +41 43 222 38 00
F +41 43 222 38 01
zuerich@wenger-plattner.ch



WENGER PLATTNER
Rechtsanwälte
Jungfraustrasse 1
CH-3000 Bern 6
T +41 31 357 00 00
F +41 31 357 00 01
bern@wenger-plattner.ch

WENGER PLATTNER
11, rue du Général Dufour
CH-1204 Genève
T +41 22 800 32 70
F +41 22 800 32 71
geneve@wenger-plattner.ch

www.wenger-plattner.ch