



ARNOLD RUSCH / MARC WOHLGEMUTH

## Die vollstreckbare öffentliche Urkunde in der Rechtsöffnung

### 1. Fragestellung und Grundlagen

*Was kann man als Schuldner gegen eine vollstreckbare öffentliche Urkunde im Rechtsöffnungsverfahren noch vorbringen? Angesichts der Tatsache, dass die vollstreckbare öffentliche Urkunde den Stellenwert eines Urteils aufweist, wohl nicht allzu viel. Angesichts der Tatsache indes, dass kein Richter die Urkunde je prüfen konnte, doch einiges!*

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde über eine Geldleistung hat in der Zwangsvollstreckung grundsätzlich den gleichen Stellenwert wie ein Urteil (Art. 347 ZPO, Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG). Es gibt jedoch Abweichungen in der Einredeordnung. Ausserdem begründet die vollstreckbare öffentliche Urkunde *keine res iudicata*.

#### a. Vollstreckbare öffentliche Urkunde als definitiver Rechtsöffnungstitel

Der Gläubiger kann die in einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde erfasste Geldleistung auf dem Betreibungsweg geltend machen (Art. 38 Abs. 1 SchKG). Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, gilt die Urkunde als *definitiver Rechtsöffnungstitel* (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG, Art. 349 ZPO).

Im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung stehen dem Schuldner zunächst dieselben Verteidigungsmittel zur Verfügung, wie wenn der Gläubiger die definitive Rechtsöffnung gestützt auf ein Urteil verlangt. So kann der Schuldner die Rechtsöffnung zu Fall bringen, wenn er mit Urkunden die Tilgung, Stundung oder die Verjährung beweisen kann (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Darüber hinaus – und somit in Abweichung zur definitiven Rechtsöffnung gestützt auf ein Urteil – stehen

dem Schuldner die Einwendungen des Art. 81 Abs. 2 SchKG zur Verfügung, womit er weitere Einwendungen geltend machen kann, sofern diese *sofort beweisbar* sind. Mindestens theoretisch kommen somit bei diesen «weiteren Einwendungen» nicht nur Urkunden als Beweismittel in Betracht. Vielmehr ist es möglich, sämtliche Beweismittel einzubringen, die im summarischen Verfahren zugelassen sind.<sup>1</sup> Denkbar ist, dass der Schuldner einen Zeugen an die Verhandlung mitbringt, nicht jedoch, dass das Gericht einen Zeugen im Nachgang zur Verhandlung vorlädt.<sup>2</sup> Die Beweismittelerleichterung gilt nur für die «weiteren Einwendungen», jedoch nicht für die Tilgungs-, Stundungs- oder Verjährungseinwendung des Art. 81 Abs. 1 SchKG: «Die Beweismittelerleichterung, wonach grundsätzlich sämtliche im summarischen Verfahren zulässigen Beweismittel zuzulassen sind, hat entsprechend nur für die «weiteren Einwendungen» gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG zu gelten. Die Einrede der Tilgung der Forderung durch Verrechnung aber ist unter Art. 81 Abs. 1 SchKG zu subsumieren und es sind auf sie die nämlichen Beweisvorgaben anzuwenden. Es erscheint daher folgerichtig, dass der rechtsgenügende Beweis einer Verrechnungsforderung auch vorliegend einzig mittels gerichtlichen Urteils oder Urkunden geführt werden kann, welche die bedingungslose Anerkennung der Verrechnungsforderung durch den betreibenden Gläubiger enthalten (...).»<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13.3.2015, RT140112, E. 5b.

<sup>2</sup> DANIEL STAEHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-Verfasser), Art. 81 N 24.

<sup>3</sup> BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 81 N 25; Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13. März 2015, RT140112, E. 5b; dazu die frühere Darstellung der verschiedenen Ansichten bei ARNOLD RUSCH/CHRISTIAN ARNOLD, Vollstreckbare öffentliche Urkunde, ZZZ 2011/2012, 292 ff., 298, m.w.H.

Damit vereinigt die Rechtsöffnung gestützt auf eine vollstreckbare öffentliche Urkunde Eigenheiten des definitiven und provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens.<sup>4</sup> Es handelt sich mit anderen Worten um einen «definitiven Rechtsöffnungstitel zweiter Güte».

## b. Nachgelagerter Rechtsschutz

Der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde kommt weder eine formelle noch eine materielle Rechtskraft zu. Deshalb muss sie sich der gerichtlichen Beurteilung unterziehen lassen (Art. 352 ZPO).<sup>5</sup> Die vom nationalen (Art. 29a BV) und internationalen (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte) Recht vorgeschriebenen Verfahrensgarantien, wonach jede Partei Anspruch auf Beurteilung des Zivilanspruchs durch ein Gericht hat, finden ihre Verwirklichung – sofern die Geltendmachung der Einreden und Einwendungen im definitiven Rechtsöffnungsverfahren nicht stattgefunden hat – zeitlich nach dem Betreibungsverfahren.<sup>6</sup> Art. 352 ZPO stellt jedoch keine Grundlage für den Rechtsschutz dar. Vielmehr handelt es sich dabei auf einen Verweis auf die Rechtsbehelfe des SchKG, namentlich die Klagerechte der Art. 85, 85a und 86 SchKG.<sup>7</sup> Diese Nachverlagerung ist mit einer erheblichen prozessualen Schlechterstellung des Schuldners verbunden. Doch mehr dazu später.<sup>8</sup>

## 2. Zession

### a. Prozessual

Die prozessuale Wirkung einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde geht im Rahmen der Zession auf den neuen Gläubiger als Nebenrecht über (Art. 170 Abs. 1 OR). Das Bundesgericht hat dies für eine zedierte, durch Urteil erkannte Forderung entschieden: «Bei dieser Sichtweise gibt es keinen Raum, ein gerichtliches Urteil auch für die Rechtsgültigkeit der Zession zu verlangen, damit die definitive Rechtsöffnung gewährt wer-

den kann. Es ist vielmehr die abgetretene Forderung, die dem Zessionar entweder die provisorische oder definitive Rechtsöffnung erlaubt. Wenn sich der Zessionar einer Forderung, welcher Vollstreckbarkeit zukommt, über die Berechtigung ausweist, gibt es keinen Grund, ihm das (Neben- bzw. Vorzugs-) Recht zu verweigern, in gleicher Weise wie der Zedent gegen den Schuldner vorzugehen und die definitive Rechtsöffnung zu verlangen (...).»<sup>9</sup> Der debitor cessus brachte gegen die in der Folge erteilte definitive Rechtsöffnung vor, dass sich die Gemeinde eine solche Forderung von einem Privaten nicht abtreten lassen dürfe. Dazu wieder das Bundesgericht: «Daraus folgt, dass bei Vorliegen einer Zession im Rahmen eines Verfahrens auf Erteilung der Rechtsöffnung bloss die formellen Anforderungen geprüft werden können. Hingegen würde es ein solches Verfahren sprengen, wenn das Gericht die Berechtigung des Gemeinwesens zur Forderungsabtretung überprüfen sollte. Dem Beschwerdeführer kann insoweit nicht beigeplichtet werden, als er eine materielle Überprüfung des Rechtsöffnungstitels und der als fragwürdig bezeichneten Abtretung fordert.»<sup>10</sup> Es blieb somit bei der definitiven Rechtsöffnung, weil der Schuldner nicht vorgebracht hatte, die Forderung sei getilgt, gestundet oder verjährt, und die Abtretung aufgrund der Abtretungsurkunde liquide erschien.<sup>11</sup> Das stimmt auch für die vollstreckbare öffentliche Urkunde,<sup>12</sup> doch tritt bei dieser die Geltendmachung sofort beweisbarer Einreden und Einwendungen hinzu (Art. 81 Abs. 2 SchKG, Art. 351 Abs. 1 ZPO). Angesichts dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die frühere Rechtsprechung kantonaler Gerichte obsolet. Diese verlangte für ein Scheitern der definitiven Rechtsöffnung lediglich die Glaubhaftmachung oder gar das bloss Erheben von Einreden oder Einwendungen gegenüber dem neuen Gläubiger.<sup>13</sup>

<sup>4</sup> BK ZPO-ADRIAN WALPEN, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II, Art. 150–352 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO-WALPEN), Art. 349 N 5.

<sup>5</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221 ff., 7389; ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 442; RUSCH/ARNOLD (FN 3), ZZZ 2011/2012, 297.

<sup>6</sup> ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, § 28 N 67.

<sup>7</sup> SHK ZPO-FLORIAN BOMMER, in: Baker & McKenzie (Hrsg.) Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010 (SHK ZPO-Verfasser), Art. 349 N 8; RUSCH/ARNOLD (FN 3), ZZZ 2011/2012, 297; THOMAS ROHNER/CHRISTINE MÖHLER, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Dike-Verfasser), Art. 352 ZPO N 6–10.

<sup>8</sup> MEIER (FN 5), 443; ARNOLD RUSCH/MARC WOHLGEMUTH, Bürgerschaft mit vollstreckbarer öffentlicher Urkunde, ZBJV 2015, 339 ff., 344 f.; vgl. auch unten, 3.e.

<sup>9</sup> BGE 140 III 372 ff., 376, E. 3.3.1, bestätigt in BGER 5A\_507/2015 vom 16.2.2016, E. 3.1; vgl. die Übersicht über die früher divergierenden Meinungen bei RUSCH/ARNOLD (FN 3), ZZZ 2011/2012, 293, FN 8.

<sup>10</sup> BGER 5A\_935/2014 vom 16.2.2015, E. 3.4.

<sup>11</sup> BGER 5A\_935/2014 vom 16.2.2015, E. 2 und 3.4.

<sup>12</sup> GL.M. DIKE-ROHNER/LERCH (FN 7), Art. 347 ZPO N 20; vgl. die Hinweise auf die verschiedenen Meinungen bei BK ZPO-WALPEN (FN 4), Art. 347 N 45.

<sup>13</sup> Vgl. Kantonsgericht Schwyz, Beschluss vom 26. Juli 2007, RK2 2006 121 (SZ), EGV-SZ 2007, A 6.3, 71, E. 7c: «Aufgrund der Rechtsprechung von BGE 125 III 42 ff. ist anzunehmen, dass die Einreden gegen den neuen Gläubiger mittels ordentlichem Rechtsvorschlag einzubringen sind, wenn dies noch möglich ist. Solchenfalls braucht der Schuldner zwar diesen nicht ausdrücklich zu begründen, sondern die Einrede im Rechtsöffnungsverfahren glaubhaft zu machen. Ist eine solche gegen den neuen Gläubiger demnach voraussichtlich stichhaltig, bleibt der Rechtsvorschlag bestehen, und der Gläubiger muss für die Teilfrage der Zessionseinrede das ordentliche Verfahren beschreiten. Andernfalls nimmt die Betreibung ihren Fortgang und der Schuldner bleibt auf die Rechtsbehelfe nach Art. 85 ff. SchKG verwiesen.»; noch strenger Obergericht des Kantons Aargau, Entscheid vom 13. Februar 1992, AGVE 1992, 60 ff., 62 f.: «In einem solchen hier vorliegenden Fall kann daher die abgetretene Forderung nur dann durch definitive Rechtsöffnung (Art. 80/81

Die Chronologie der Zession im Rahmen des Vollstreckungsablaufs definiert folglich die Möglichkeiten des Schuldners so: Läuft die Frist für den Rechtsvorschlag noch, kann der Schuldner bei Einreden gemäss Art. 81 SchKG Recht vorschlagen. Hat er dies bereits getan, kann er die persönlichen Einreden gegen den Zessionar und gegen die Zession im dadurch veranlassten Rechtsöffnungsverfahren vorbringen. Ist die Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages bereits verstrichen, kann der Schuldner einen *nachträglichen* Rechtsvorschlag gemäss Art. 77 SchKG erheben.<sup>14</sup> Sind die Einreden nicht sofort beweisbar oder bestehen für Einreden gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG keine Urkunden, stehen nur noch die die negative Feststellungsklage (Art. 85a SchKG) oder, bei bereits erfolgter Bezahlung, die Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG) offen.<sup>15</sup> Liegen die Spezifika dieser beiden Klagen nicht vor, stehen noch die allgemeine negative Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO sowie die Leistungsklage gemäss Art. 84 ZPO für die Rückforderung aus Art. 63 OR offen.<sup>16</sup>

## b. Materiellrechtlich

Anerkennt der Schuldner in der vollstreckbaren öffentlichen Urkunden einen zu hohen Betrag, stellt sich die Frage, ob dies bei einer Zession zu einem materiellrechtlichen Gutgläubensschutz des Zessionars führt. Geschieht die Anerkennung im Rahmen einer Simulation, also zwecks Täuschung eines Dritten, so kann der Schuldner dies einem gutgläubigen Dritten nicht entgegenhalten (Art. 18 Abs. 2 OR). Wie verhält es sich aber, wenn der Schuldner eine variable Schuld überschüssend anerkennt, damit der Gläubiger *auf jeden Fall* abgesichert ist? Oder wenn er die korrekt anerkannte Schuld nachträglich tilgt, ohne die öffentliche Urkunde

*SchKG) vollstreckbar erklärt werden, wenn solche Einreden nicht erhoben wurden oder deren Nichtbestand durch eine dem definitiven Rechtsöffnungstitel gleichwertige Beweisurkunde (Urteil oder Urteilssurrogat oder bedingungslose Erklärung des Schuldners) ausgewiesen ist.»*

<sup>14</sup> BGE 125 III 42 ff., 43: «*En l'occurrence, la Cour de justice a considéré que l'opposition tardive selon l'art. 77 LP ne constitue pas une nouvelle voie autonome, sans lien avec l'opposition ordinaire prévue à l'art. 74 LP; au contraire, cette institution n'est envisagée par le législateur que dans le cas où le changement de créancier est intervenu postérieurement à l'écoulement du délai d'opposition ordinaire. Or, la poursuite ayant déjà formé opposition dans le délai légal au commandement de payer notifié à la réquisition du poursuivant originaire, elle peut soulever, dans le cadre de la procédure de mainlevée, toutes les exceptions qu'elle possède contre la cessionnaire.*»

<sup>15</sup> BSK ZPO-CLAUDIA VISINONI-MEYER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zitiert: BSK ZPO-Verfasser), Art. 352 N 3 f.; DIKE-ROHNER/MÖHLER (FN 7), Art. 349 ZPO N 24, 26.

<sup>16</sup> Vgl. KUKO ZPO-SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. KUKO ZPO-Verfasser), Art. 352 N 4; DIKE-ROHNER/LERCH (FN 7), Art. 347 ZPO N 8.

anzupassen, und der Gläubiger die Forderung zediert? Teile der Lehre bejahen in solchen Fällen auch ohne Täuschungsabsicht eine analoge Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR.<sup>17</sup> Die analoge Anwendung des Art. 18 Abs. 2 OR auf alle Verschuldensformen sowie die damit einhergehende Abstrahierung vom Simulationserfordernis zeigen sich mit einer inneren Stimmigkeit als Ausfluss einer breit verstandenen Vertrauenshaftung.<sup>18</sup>

Wie muss der Richter entscheiden, wenn ein Gläubiger die mit vollstreckbarer öffentlicher Urkunde und mit Schuldbrief gesicherte Forderung zwei verschiede-

<sup>17</sup> BSK OR I-WOLFGANG WIEGAND, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Verfasser), Art. 18 N 136–139, insb. 136: «*Anknüpfend an diesen Entscheid wird die Frage diskutiert, ob Abs. 2 analog auf all diejenigen Fälle anzuwenden ist, in denen der Erwerber einer Verpflichtungserklärung vertraut, die nicht simuliert, aber auf andere Weise unrichtig oder unvollständig ist. Dies wird von Gauch prinzipiell bejaht: «Der Schuldner soll in jedem Fall vorwerfbarer Verurkundung einem gutgläubigen Dritten gegenüber gemäss der Urkunde verpflichtet sein.» (ZK-JÄGGI/GAUCH, N 264) Das ist m.E. unproblematisch, sofern es sich um eine absichtliche Falschbeurkundung handelt, die ohne weiteres der Simulation gleichgestellt werden kann. Die Ansicht ist aber auch für die übrigen Fälle zutreffend (a.A. Koller A., Schuldrecht, N 645), denn wer fahrlässig eine falsche oder – im Falle des Blankettmissbrauchs – leicht fälschbare Urkunde herstellt, schafft wesentlich einen Scheintatbestand, für den er einstehen muss (vgl. auch in diesem Sinne BK-Kramer, N 180 unter Bezugnahme auf Canaris, 58).»; vgl. CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 16, München 1971, 97 ff., insb. 101: «*(...) der Schuldner haftet, wenn er bewusst dem Gläubiger den Schuldschein belässt und nicht alles in seiner Macht Stehende unternimmt, um ihn wiederzuerlangen. Insbesondere muss er nach erfolgter Erfüllung die Herausgabe erzwingen; behauptet der Gläubiger, zur Herausgabe ausserstande zu sein, so wird man gegenüber Dritten nicht das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis über das Erlöschen der Schuld (...) genügen lassen können, sondern (...) eine öffentliche Kraftloserklärung zu fordern haben.*»; a.M. ALFRED KOLLER, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil. Freiburg 1985, N 648, m.w.H.; ebenfalls a.M. in der Neuauflage ZK-PETER JÄGGI/PETER GAUCH/STEPHAN HARTMANN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 18 OR, 4. Aufl., Zürich 2014, OR 18 N 279 f., die eine analoge Anwendung zwar ablehnen, die Vertrauenshaftung auf das negative Interesse aber bejahen.*

<sup>18</sup> Diese Gedanken bei BSK OR I-WIEGAND (FN 17), Art. 18 N 136–139. Die Stimmigkeit dieser Überlegung zeigt sich auch bei der ähnlichen Problematik des Blankettmissbrauchs. Das Bundesgericht weist die Verantwortlichkeit dem Unterzeichner des Blanketts zu, der ebenfalls ohne Absicht der Täuschung gehandelt hat, jedoch durch Schaffung eines Blanketts Hand dazu geboten hat. Das Bundesgericht behandelt diese Situation mit direktem Bezug zu Art. 18 Abs. 2 OR: «*Art. 18 Abs. 2 OR versagt dem Schuldner im Verhältnis gegenüber einem gutgläubigen Dritten die Einrede der Simulation, weil er zu der letzteren Hand geboten und damit den Rechtsschein einer gültigen Forderung erweckt hat. Da der Blankettaussteller, wenn auch ohne den Willen dazu zu haben, ebenfalls zur Erweckung eines solchen Rechtsscheines beiträgt, rechtfertigt es sich, auch ihn in einer den Regeln über die Simulation entsprechenden Weise für die Folgen seines Verhaltens einstehen zu lassen.*» (BGE 88 II 422 ff., 429).

nen Personen überträgt? Kann der Schuldner vorbringen, dass er die Schuld nur einmal schuldet? Zuerst gehen wir der Frage nach, ob diese Situation überhaupt eintreten kann. SUTTER-SOMM und SEILER bejahen dies: «Neben der Frage, wie es sich mit der Rechtstellung des Schuldners verhält, wenn der Gläubiger entgegen der Sicherungsabrede die Forderung aus dem Grundverhältnis und den Schuldbrief zwei verschiedenen neuen Gläubigern verschafft, ist auch an die Möglichkeit zu denken, dass Gläubiger verlangen, sowohl die Forderung aus dem Grundverhältnis wie auch den zum Schuldbrief führenden Vertrag mit einer direkten Vollstreckungsklausel im Sinne von Art. 347 ff. ZPO zu versehen. (...)»<sup>19</sup> Zweifel an dieser Ansicht kommen auf, da die vollstreckbare Urkunde eine *causa* benennen muss (Art. 347 lit. b ZPO), die Schuldbriefforderung jedoch eindeutig eine abstrakte Natur aufweist.<sup>20</sup> Auch MACCABE sieht darüber hinweg: Er argumentiert, dass die *ratio legis* der Benennung einer *causa* Umgehungen des Katalogs in Art. 348 ZPO verhindern soll. Die Schuldbriefforderung beruhe aber im Unterschied zum abstrakten Schuldbekenntnis gemäss Art. 17 OR immer auf dem Bekenntnis selbst – deshalb lässt er die Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung zu.<sup>21</sup> Damit lässt sich indes nicht ausschliessen, dass die vollstreckbare öffentliche Urkunde via Grundverhältnis der Sicherungsübereignung Forderungen aus dem Katalog von Art. 348 ZPO erfasst. Wenn man gar keine *causa* angeben kann und dennoch *contra legem* eine vollstreckbare öffentliche Urkunde erhält, besteht ein grosses Missbrauchsrisiko, das sich gerade in der Übertragung der beiden Forderungen an zwei verschiedene Gläubiger manifestiert. Diese Folgener-

wägung spricht *a fortiori* dafür, die abstrakte Forderung keiner sofortigen Vollstreckung zugänglich zu machen.<sup>22</sup>

Das Problem ist damit aber nur zur Hälfte gelöst, denn die dem Schuldbrief zugrundeliegende Darlehensforderung lässt sich eindeutig als vollstreckbare öffentliche Urkunde ausgestalten und später via Zession übertragen. Und der Schuldbrief ist auch ohne vollstreckbare Urkunde einer separaten Übertragung an einen gutgläubigen Dritten sogar mit Einredenausschluss zugänglich (Art. 842 Abs. 3, Art. 849, 858 ZGB). Trotz oder gerade wegen dieser gefährlichen Situation drängt sich kein über das Erfordernis des guten Glaubens hinausgehendes Korrektiv auf. Das Problem der überschüssenden Machtposition beim sicherungsübertragenen Schuldbrief ist nicht neu. Es ist allen fiduziarischen Rechtsgeschäften eigen. In vielen Fällen ergeben sich keine Probleme, weil ein Erwerber eines Schuldbriefs bezüglich der Einwendungs- und Einredfreiheit gar nicht gutgläubig sein kann, wenn er lediglich die Schuldbriefforderung erwirbt. Dass zwei Forderungen normal sind, hält Art. 842 Abs. 2 ZGB explizit fest. Wenn das Vorhandensein von zwei Forderungen aber normal ist, dann muss der Erwerber immer damit rechnen, dass noch ein zusätzliches, von der Schuldbriefforderung abweichendes Grundverhältnis existiert. Wer sich nicht darum kümmert, kann sich unseres Erachtens nicht auf seinen guten Glauben berufen (Art. 3 Abs. 2 ZGB; strittig).<sup>23</sup> In jedem Falle aber rechtfertigt sich die strenge Beurteilung der Sorgfalt bei Schuldbrieferwerbern aus professionellem Umfeld.<sup>24</sup>

### 3. Forderungen aus dem Katalog des Art. 348 ZPO

Gewisse sozial sensible Rechtsgebiete sind vom Anwendungsbereich der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ausgenommen. Die Schuldnerin verdient Schutz vor einem zu einfachen Zugriff des Gläubigers. Das Gesetz nennt in Art. 348 ZPO folgende Rechtsgebiete:

- Leistungen aus dem Gleichstellungsgesetz;
- Leistungen aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht;
- Forderungen aus dem Mitwirkungsgesetz; sowie
- Leistungen aus Konsumentenverträgen (Art. 32 ZPO).

<sup>19</sup> THOMAS SUTTER-SOMM/BENEDIKT SEILER, Gutgläubensschutz des Schuldbrieferwerbers und zeitliche Aspekte bei der Geltendmachung des Bauhandwerkerpfandrechts als heikle Fragen der Revision des Immobiliarsachenrechts, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, 635 ff., 642; KEVIN PATRICK MACCABE, Der neurechtliche Schuldbrief und das Doppelzahlungsrisiko, in: Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), IMPULSE – Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft Band/Nr. 1, Zürich 2015, 50 ff., 60; vgl. die Überlegungen dazu bei RUSCH/ARNOLD (FN 3), ZZZ 2011/2012, 296.

<sup>20</sup> BSK ZGB II-DANIEL STAEHELIN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 846 N 2: «Im Gegensatz zu einem gewöhnlichen Schuldbekenntnis ohne Angabe eines Verpflichtungsgrundes (Art. 17 OR), welches immer in Bezug zu einer *Causa* steht und bloss eine Umkehr der Beweislast erzeugt (BGE 105 II 187), bewirkt das Schuldbekenntnis bei der Errichtung eines Schuldbriefes die Entstehung einer effektiv (abstrakten) neuen Forderung (Art. 842), deren einzige *Causa* das Schuldbekenntnis ist und die von der Forderung aus dem Grundverhältnis unterschieden werden muss (BGE 119 III 106; 105 III 128; Wiegand, Akzessorietät und Spezialität, 50; Steinauer, *droits réels*, Bd. III, N 2931; Riemer, *Sachenrecht*, § 22 N 26; vgl. Art. 842 N 32 ff.). Das Schuldbekenntnis muss somit abstrakt lauten («ich bekenne, dem NN die Summe von CHF X zu schulden»).»

<sup>21</sup> MACCABE (FN 19), 61.

<sup>22</sup> DIKE-ROHNER/LERCH (FN 7), Art. 347 ZPO N 22 FN 60; vgl. BSK ZPO-VISINONI-MEYER (FN 15), Art. 347 N 12.

<sup>23</sup> Vgl. die Übersicht über die Meinungen bei SUTTER-SOMM/SEILER (FN 19), 643 f.; a.M. BGH, Urteil vom 15.1.1988 – V ZR 183/86, NJW 1988, 1375 ff., 1378: «Bösgläubig war K nur dann, wenn er nicht nur den Sicherungszweck der Grundschuld gekannt, sondern auch gewusst hat, dass die gesicherte Forderung nicht bestand oder einredebehaftet war (...). Erforderlich ist positive Kenntnis; es reicht nicht, wenn er mit Einreden aus dem Sicherungsvertrag hätte rechnen müssen.»

<sup>24</sup> JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, *Sachenrecht*, 4. Aufl., Zürich 2012, N 1845k.

Der Rechtsöffnungsrichter hat *ex officio* zu prüfen, ob die in der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde erfasste Forderung unter den Katalog in Art. 348 ZPO fällt.<sup>25</sup> Trifft dies zu, ist die direkte Vollstreckbarkeit ausgeschlossen. Regelmässig steht jedoch die provisorische Rechtsöffnung offen, da die Urkunden fast ausnahmslos eine Schuldanerkennung enthalten.<sup>26</sup> Da der Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen darüber zu entscheiden hat, ob er definitive oder provisorische Rechtsöffnung erteilt, soll er bei Vorliegen einer Schuldanerkennung auf provisorische Rechtsöffnung erkennen, andernfalls das Begehren des Gläubigers abweisen.<sup>27</sup>

#### 4. Berücksichtigung sonstigen zwingenden Rechts

Kann man zwingendes Recht geltend machen, das ausserhalb des Art. 348 ZPO und Art. 81 SchKG liegt, beispielsweise Art. 492 Abs. 4 i.V.m. Art. 502 OR, gesetzliche Zustimmungserfordernisse oder die missbräuchliche Verwendung von AGB im Sinne des Art. 8 UWG?

##### a. Weist Art. 348 ZPO abschliessenden Charakter auf?

Die herrschende Lehre bejaht den abschliessenden Charakter von Art. 348 ZPO.<sup>28</sup> Entgegen dieser Meinung gibt es jedoch weitere Forderungen, die aus anderen Gründen, das heisst nicht aufgrund der Zugehörigkeit zum sozialen Privatrecht, der direkten Vollstreckung entzogen sind.<sup>29</sup> Dies ist nicht zuletzt Folge davon, dass das Verfahrensrecht eine *dienende Funktion* hat und das zwingende materielle Recht nicht einschränken kann.<sup>30</sup> Die folgenden Gedanken (Bst. b–e) richten den Fokus

auf einige Forderungsarten, die nicht Gegenstand von vollstreckbaren öffentlichen Urkunden bilden können.

##### b. Zustimmungserfordernisse (Art. 19 Abs. 1, Art. 169, 396 f. ZGB)

Das Gesetz sieht an verschiedenen Stellen zum Schutze der Beteiligten Zustimmungserfordernisse vor, welche für das Zustandekommen von Rechtsgeschäften erfüllt sein müssen (vgl. Art. 19 Abs. 1 [Zustimmungserfordernis des gesetzlichen Vertreters bei Urteilsunfähigen], Art. 169 [Zustimmungserfordernis des Ehegatten bei Verfügung über die Wohnung der Familie] oder Art. 396 f. ZGB [Mitwirkungsbeistandschaft]).<sup>31</sup> Diese Zustimmungserfordernisse schliessen die Anwendbarkeit der vollstreckbaren Urkunde aus, sofern die Zustimmung nicht spätestens anlässlich der Errichtung der Urkunde erteilt wird. Die Zustimmungserklärung braucht – wie die Zustimmungserklärung des Ehegatten bei Bürgschaften gemäss Art. 494 OR – nicht mitbeurkundet zu werden, jedoch ist sie mit der Urkunde derart zu verbinden, dass der Rechtsöffnungsrichter die Gültigkeit der zugrundeliegenden Forderung prüfen kann.

##### c. Bürgschaft

Das Bürgschaftsrecht sieht in Art. 502 i.V.m. Art. 492 Abs. 4 OR eine zwingende Einredeordnung vor. Danach stehen dem Bürgen *erstens* vom Hauptschuldner unabhängige Einwendungen und Einreden zu; zudem kann der Bürge *zweitens* auch die Einreden des Hauptschuldners geltend machen (Art. 502 Abs. 1 OR). Erstere betreffen insbesondere die Entstehung, den Untergang und die Durchsetzung der Bürgschaft. Diese *kann* der Bürge geltend machen, doch ist er dazu nicht verpflichtet.<sup>32</sup> Die Einreden des Hauptschuldners hingegen *must* er vorbringen, ansonsten er das Regressrecht auf den Hauptschuldner verliert (Art. 502 Abs. 1 und 3 OR).<sup>33</sup> Die Einreden des Bürgen sind Ausfluss der Akzessorietät zwischen der Bürgschaft und der Hauptforderung und stehen dem Bürgen somit aus eigenem Recht zu.<sup>34</sup> Ein Verzicht des Hauptgläubigers auf die Einreden entfaltet daher für den Bürgen keine Wirkung (Art. 502 Abs. 2 OR). Diese gesetzliche Regelung soll den Bürgen vor Überraschungen schützen. Der Gesetzgeber wollte insbesondere verhindern, dass der Schuldner in vorgedruckten Bürgschaftsformularen auf seine Rechte verzichtet.<sup>35</sup>

<sup>25</sup> Art. 347 i.V.m. 341 Abs. 1 ZPO; SHK ZPO-BOMMER (FN 7), Art. 348 N 8.

<sup>26</sup> SHK ZPO-BOMMER (FN 7), Art. 348 N 8.

<sup>27</sup> BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 84 N 38; KUKO SchKG-DOMINIK VOCK, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 83 N 12; DOMINIK VOCK/DANIELE MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/Basel/Genf 2012, 132.

<sup>28</sup> BSK ZPO-VISINONI-MEYER (FN 15), Art. 348 N 1; DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkomentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 348 N 2; KUKO ZPO-KOFMEL EHRENZELLER (FN 16), Art. 348 N 2.

<sup>29</sup> RUSCH/WOHLGEMUTH (FN 8), ZBJV 2015, 341 f.; BK ZPO-WALPEN (FN 4), Art. 348 N 14, mit Verweis auf Art. 347 N 20 ff., 57 f.; DIKE-ROHNER/MÖHLER (FN 7), Art. 348 ZPO N 7; JÜRIG SCHMID, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 348 N 2a; STEPHAN WOLF/ANNA LEA SETZ, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde, insbesondere aus der Sicht des Notariats, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung und Notariat, Bern 2010, 55 ff., 74 ff.

<sup>30</sup> BGer 4A\_346/2013 vom 22.10.2013, E. 4.4.3.3; vgl. auch ZR 2012, 243 ff., 246, E. 2.3.5.

<sup>31</sup> BK ZPO-WALPEN (FN 4), Art. 347 N 27; WOLF/SETZ (FN 29), 75.

<sup>32</sup> BSK OR I-PESTALOZZI (FN 17), Art. 502 N 3.

<sup>33</sup> BK-SILVIO GIOVANOLI, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 7. Teilband, Art. 492–515 OR, 2. Aufl., Bern 1978 (zit. BK-GIOVANOLI), Art. 502 N 18; BSK OR I-PESTALOZZI (FN 17), Art. 502 N 3 f.

<sup>34</sup> BGer 4A\_678/2011 vom 2.5.2012, E. 2.3.2.

<sup>35</sup> BSK OR I-PESTALOZZI (FN 17), Art. 492 N 27; BK-GIOVANOLI (FN 33), Art. 492 N 86; RUSCH/WOHLGEMUTH (FN 8), ZBJV

Genau diesen Schutz des Bürgen vereitelt jedoch die Kombination einer Bürgschaft mit einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde. In der definitiven Rechtsöffnung muss der Bürge gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG Einwendungen und Einreden – beispielsweise aus Willensmängeln im Hauptschuldverhältnis – *sofort* beweisen, obwohl das Bürgschaftsrecht in Art. 502 OR diesbezüglich keine Einschränkungen vorsieht. Diese Verschärfung des Beweismasses in der definitiven Rechtsöffnung ist nur von temporärer Dauer, da dem Bürgen im «nachgelagerten Rechtsschutz» (dazu oben, l.b.) die hier «entzogenen» Verteidigungsmittel wieder zustehen. Dieses Argument verfängt jedoch nicht, da zum Wesen von Einrede und Einwendung gehört, dass der Bürge diese geltend machen kann, ohne dafür ein separates Verfahren anzustrengen. Der Bürge soll die Vollstreckung mit einfachen Mitteln stoppen können.<sup>36</sup>

Die Kombination einer Bürgschaft mit einer vollstreckbaren Urkunde erweist sich somit als *nichtig*, da sie zwingendem Bürgschaftsrecht entgegensteht.<sup>37</sup> Handelt es sich beim Bürgen um einen Konsumenten im Sinne des UWG, dürfte zudem ein Verstoss gegen Art. 8 UWG vorliegen.<sup>38</sup> Der Rechtsöffnungsrichter hat die Nichtigkeit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde *ex officio* zu beachten. Somit liegt im Rechtsöffnungsverfahren mit der Bürgschaft lediglich ein provisorischer Rechtsöffnungstitel im Recht, womit dem Bürgen sämtliche ihm aus dem Bürgschaftsrecht zustehenden Verteidigungsmittel zur Verfügung stehen.<sup>39</sup>

#### d. Konventionalstrafe

Ist eine vollstreckbare öffentliche Urkunde über eine Konventionalstrafe zulässig? Art. 163 Abs. 3 OR sieht die Überprüfung der Höhe der Konventionalstrafe durch den Richter vor und gibt ihm das Recht, diese ermessensweise herabzusetzen. Diese Überprüfungsmöglichkeit steht auch im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung offen. Der Vereinbarung einer individuell vereinbarten Konventionalstrafe in einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde steht somit nichts entgegen.<sup>40</sup>

2015, 344; BGer 4A\_678/2011 vom 2.5.2012, E. 2.3.2; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Revision des Bürgschaftsrechts vom 20. Dezember 1939, BBl 1939 II 841 ff., 873 f.

<sup>36</sup> Vgl. dazu RUSCH/WOHLGEMUTH (FN 8), ZBJV 2015, 344 f., insb. die dort in Fn. 20 beschriebene, analoge Problemstellung zum «Bauträgervertrag» in Deutschland.

<sup>37</sup> RUSCH/WOHLGEMUTH (FN 8), ZBJV 2015, 348.

<sup>38</sup> Vgl. dazu unten 4.e.

<sup>39</sup> RUSCH/WOHLGEMUTH (FN 8), ZBJV 2015, 349.

<sup>40</sup> BK ZPO-WALPEN (FN 4), Art. 347 N 58; DIKE-ROHNER/LERCH (FN 7), ZPO 347 N 28; RUSCH/ARNOLD (FN 3), ZZ 2011/2012, 292 f.; a.M. BSK ZPO-VISINONI-MEYER (FN 15), Art. 347 N 20 sowie CLAUDIA VISINONI-MEYER, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im internationalen und nationalen Bereich: Unter Berücksichtigung des Entwurfes der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2004 = Zürcher

#### e. Missbräuchliche Verwendung von AGB (Art. 8 UWG)

Im Rechtsverkehr wird eine Vielzahl von Geschäften mit vorformulierten Formularen abgeschlossen (sog. «Formularverträge»). Sofern für eine unbestimmte Zahl von Verträgen mit einer unbestimmten Anzahl von Vertragsparteien solche Formulare verwendet werden, liegen allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) vor, für welche ein besonderes Korrektiv gilt.<sup>41</sup>

Vorliegend von Interesse ist die Inhaltskontrolle des Art. 8 UWG, wonach unlauter handelt, wer AGB verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Die Kontrolle des Art. 8 UWG orientiert sich somit lediglich am Inhalt der verwendeten AGB, unabhängig davon, ob und wie der Einbezug der AGB erfolgt ist. Die Einschränkung der Anwendbarkeit von Art. 8 UWG auf Konsumenten ist so zu verstehen, dass sämtliche Verträge darunter fallen, die zu persönlichen und nicht-gewerblichen Zwecken abgeschlossen werden. Eine Beschränkung auf «Leistungen des üblichen Verbrauchs» erfolgt hingegen nicht.<sup>42</sup> Dieses Korrektiv kommt unabhängig von Formvorschriften zur Anwendung und gilt somit auch für öffentlich beurkundete Verträge.<sup>43</sup>

Die Beurteilung des erheblichen und ungerechtfertigten Missverhältnisses erfolgt primär anhand eines Vergleichs mit der Rechtslage ohne die fraglichen AGB.<sup>44</sup> Die Kombination der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde mit einem «Formularvertrag» führt – im Vergleich zur Rechtslage ohne vollstreckbare öffentliche

Studien zum Verfahrensrecht, Band 139, Zürich/Basel/Genf 2004, 73.

<sup>41</sup> PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz 1117.

<sup>42</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 41), Rz 1152b; HUBERT STÖCKLI, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, BR 2011, 184 ff., 186; RUSCH/WOHLGEMUTH (FN 8), ZBJV 2015, 347; vgl. ALFRED KOLLER, AGB-Recht, AJP 2016, 279 ff., 289: «Den Begriff des «üblichen Verbrauchs» wird man jedoch in einem weiteren Sinne auffassen müssen als in Art. 32 Abs. 2 ZPO. Der Konsumentenvertrag i.S.v. Art. 8 UWG kann «in irgendeinem Lebensbereich vorkommen, namentlich im Bank-, Versicherungs-, Miet-, Leasing-, Reise- oder Bauwesen». Die Berufung auf Art. 8 UWG steht also beispielsweise auch einem privaten Bauherrn, der sein Wohnhaus reparieren lässt, offen.»

<sup>43</sup> HUBERT STÖCKLI, UWG 8 – neues Recht gegen unfaire Verträge, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung 2013 ... für alle, die bauen, Zürich 2012, 171 ff., 180 f.; HUBERT STÖCKLI/LISA AESCHIMANN, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, ZBGR 2014, 73 ff.; JÖRG SCHMID, Gewährleistung, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückskauf, Zürich 2010, 63 ff., 93; a.M. MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückskaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, 177 ff., 184.

<sup>44</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 41), Rz 1153a/b.

Urkunde – zu einer massiven Einschränkung der Verteidigungsrechte im Rechtsöffnungsverfahren, indem diese Rechte erst im nachgelagerten Rechtsschutz (negative Feststellungsklage gemäss Art. 85a SchKG oder Rückforderungsklage gemäss Art. 86 SchKG) offenstehen. Bei beiden Klagen muss z.B. der oben erwähnte Bürge ein eigenes Verfahren anstrengen und regelmässig die Gerichtskosten und vielleicht sogar auch die Parteientschädigung vorschliessen (Art. 98 ZPO).<sup>45</sup> Der Vergleich der beiden Rechtslagen zeigt, dass sich die Position des Schuldners infolge der verschobenen Parteirolle (Klage anstelle der einfach geltend zu machenden Einrede) und der drohenden Pflicht der Kautionsierung massiv verschlechtert. Die europäischen Richtlinie 93/13/EWG, auf welche die Botschaft zu Art. 8 UWG ausdrücklich hinweist,<sup>46</sup> präzisiert im Anhang zur Richtlinie in Nr. 1 lit. q, dass Klauseln, die zu einer Erschwerung des Gerichtszugangs führen, unlauter sind.<sup>47</sup>

Die Kombination eines «Formularvertrags» mit einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde dürfte sich regelmässig als unlauter erweisen, was die Anwendung von Art. 8 UWG und somit die Nichtigkeit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zur Folge hat. Die Nichtigkeit hat der Rechtsöffnungsrichter von Amtes wegen zu berücksichtigen und somit die definitive Rechtsöffnung abzulehnen. Nichtsdestotrotz ist der Schuldner gut beraten, wenn er sich im Rechtsöffnungsverfahren auf die Nichtigkeit beruft. Die Nichtigkeit erfasst selbstverständlich aber nur die Unterwerfung unter die direkte Vollstreckung, nicht aber den restlichen «Formularvertrag» (Art. 20 Abs. 2 OR).

## 5. Vollstreckbare öffentliche Urkunden des Auslands

Das Verfahren der Durchsetzung vollstreckbarer öffentlicher Urkunden richtet sich gemäss Art. 57 LugÜ nach den speziellen Normen des einseitigen Verfahrens zur Vollstreckbarerklärung (Art. 38 ff. LugÜ, Exequatur) und dem darauffolgenden Rechtsbehelfsverfahren (Art. 43 ff. LugÜ). Das Bundesgericht anerkennt indes in ständiger Rechtsprechung die Möglichkeit, dass das Exequatur auch inzident im Rahmen der definitiven Rechtsöffnung erfolgen kann.<sup>48</sup> Dass dies auch unter

dem neuen LugÜ gilt, haben bereits mehrere Gerichte festgehalten.<sup>49</sup> Ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ ist das vorfrageweise Exequatur im Verfahren der definitiven Rechtsöffnung ebenfalls vorgesehen (Art. 81 Abs. 3 SchKG). Dies funktioniert unseres Erachtens dank des Hinweises in Art. 31 IPRG auch für vollstreckbare öffentliche Urkunden des Auslands, die nicht unter das LugÜ fallen.<sup>50</sup> Art. 81 Abs. 3 SchKG erwähnt die zulässigen Einreden und Einwendungen gegen ausländische vollstreckbare öffentliche Urkunden. Das SchKG verweist diesbezüglich auf die entsprechenden Staatsverträge und das IPRG. Diese Einreden und Einwendungen treten zu denjenigen gemäss Art. 81 Abs. 1 SchKG hinzu.<sup>51</sup>

vgl. Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 10.9.2015, RT150054, E. 3.1; vgl. BSK LugÜ-DIETER A. HOFMANN/OLIVER M. KUNZ, in: Christian Oetiker/Thomas Weibel (Hrsg.), Basler Kommentar Lugano Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK LugÜ-Verfasser), Art. 38 N 288 ff.; zu den Gründen, weshalb sich das separate LugÜ-Verfahren anbieten könnte siehe GEORG ZONDLER, Ausländische Titel in der definitiven Rechtsöffnung, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Alexander R. Markus/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Rechtsöffnung und Zivilprozess – national und international, Prozessuale Fragen rund um das Rechtsöffnungsverfahren unter der schweizerischen ZPO, Entwicklungen in der Rechtsprechung zum provisorischen und definitiven Rechtsöffnungstitel, mit einem besonderen Blick auf ausländische definitive Rechtsöffnungstitel, CIVPRO – Institut für Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht Band/Nr. 5, Bern 2014, 113.

<sup>49</sup> Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 30. Januar 2013, RT120156, E. 1b, und Kantonsgericht GR, Urteil vom 28.5.2013, KSK 13 24, E. 2b/c; BSK LugÜ-HOFMANN/KUNZ (FN 48), Art. 38 N 295, m.w.H.

<sup>50</sup> Zu dieser Debatte BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 80 N 98: «*Bis anhin war umstritten, ob ausländische vollstreckbare öffentliche Urkunden nur zur provisorischen (Lobsiger, BN 1995, 10 und die Voraufsl.) oder definitiven (Jametti Greiner, 218ff.) Rechtsöffnung berechtigen. Gegen die definitive Rechtsöffnung sprach, dass diese Urkunden nicht formell rechtskräftig sind, was gemäss Art. 25 lit. b IPRG Voraussetzung der Vollstreckung und gemäss Art. 80 (...) Voraussetzung der definitiven Rechtsöffnung war. Da nunmehr einerseits die Rechtskraft nicht mehr Voraussetzung der Rechtsöffnung ist (...) und andererseits auch schweizerische vollstreckbare öffentliche Urkunden zur Rechtsöffnung berechtigen (Abs. 2 Ziff. 1bis; vgl. N 58a), sollte nun Art. 31 IPRG als lex specialis zu Art. 25 lit. b IPRG angewendet werden und definitive Rechtsöffnung erteilt werden (Stae-helin/Staehelin/Grolimund, § 28 N 71).*»

<sup>51</sup> Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 10.9.2015, RT150054, E. 4.3: «*Der Gesuchsgegner macht sodann geltend, er sei zahlungsunfähig (...). Im Verfahren betreffend definitive Rechtsöffnung sind jedoch nur die Einwendungen der Tilgung, Stundung oder Verjährung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG (sowie gemäss Art. 81 Abs. 3 SchKG die Einwendungen, die im betreffenden Staatsvertrag oder im IPRG vorgesehen sind) zulässig.*»; BSK SchKG I-STAEHELIN (FN 2), Art. 81 N 30: «*Auch gegen ausländische Entscheide, welche gemäss Staatsverträgen oder dem IPRG zu vollstrecken sind, können gemäss Abs. 3 die Einreden der nachträglichen Tilgung, Stundung und Verjährung (Abs. 1) erhoben werden, obwohl diese weder in den Staatsverträgen noch im IPRG erwähnt sind (...).*»

<sup>45</sup> RUSCH/WOHLGEMUTH (FN 8), ZBJV 2015, 347; ARNOLD RUSCH, Will das Recht, dass man klagt?, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sorensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2015, 569 ff., 571 ff.

<sup>46</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009, 6151 ff., 6171. Vgl. auch STÖCKLI (FN 42), 184.

<sup>47</sup> THOMAS PFEIFFER, in: Manfred Wolf/Walter Lindacher/Thomas Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. Aufl., München 2013, Anhang Nr. 1 lit. q N 144; RUSCH (FN 45), 580; RUSCH/WOHLGEMUTH (FN 8), ZBJV 2015, 347 f.

<sup>48</sup> BGer 5A\_366/2013 vom 26.9.2013, E. 2 f.; BGer 5A\_646/2013 vom 9.1.2014, E. 5.1; BGer 5A\_59/2015 vom 30.9.2015, E. 4.2;