

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde, insbesondere aus der Sicht des Notariats

Stephan Wolf * / Anna Lea Setz **

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	63
II.	Zur Geschichte der vollstreckbaren Urkunde.....	64
III.	Entstehungsgeschichte der Regelung in der Zivilprozessordnung	66
IV.	Begriff der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde.....	68
V.	Inhalt und Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde	69
1.	Übersicht.....	69
2.	Gegenstand und Inhalt	70
2.1.	Einleitende Bemerkungen	70
2.2.	Anwendungsbereich	70
a)	Grundsatz: Leistungen jeder Art	70
b)	Ausnahmen gemäss Art. 348 ZPO	71
c)	Weitere Ausnahmen	73
2.3.	Ausdrückliche Anerkennung der direkten Vollstreckung durch die verpflichtete Partei (Art. 347 lit. a ZPO).....	76
a)	Grundsätzliches	76
b)	Rechtsnatur.....	77
aa)	Einleitende Bemerkungen.....	77
bb)	Deutschland	77
cc)	Beurteilung für die Schweiz	78

* Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern, Direktor des Zivilistischen Seminars sowie des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis.

** Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

c)	Folgen der Qualifikation als prozessrechtliche Willenserklärung	79
aa)	Allgemeines	79
bb)	Einseitige prozessrechtliche Erklärung mit bindender Wirkung	81
cc)	Gebundenheit an die Person des Verpflichteten und des Berechtigten	82
d)	Formulierungsbeispiel	83
2.4.	Erwähnung des Rechtsgrundes der geschuldeten Leistung (Art. 347 lit. b ZPO)	83
a)	Grundsätzliches	83
b)	Erwähnung des Rechtsgrundes und Rechtsgrundgeschäft	83
c)	Arten von Rechtsgründen	85
d)	Besondere Fälle	85
2.5.	Genügend bestimmte Leistung (Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO) ...	86
2.6.	Von der verpflichteten Partei anerkannte geschuldete Leistung (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO)	87
a)	Allgemeines	87
b)	Insbesondere Anerkennung bedingter Leistungen	88
3.	Fälligkeit der geschuldeten Leistung (Art. 347 lit. c Ziff. 3 ZPO)	90
4.	Errichtung der öffentlichen Urkunde	91
4.1.	Bundesrechtlicher Inhalt der öffentlichen Urkunde	91
4.2.	Gegenstand der Beurkundung	92
4.3.	Beurkundungsverfahren	93
4.4.	Zu den Berufspflichtigen der Urkundsperson	94
a)	Allgemeines und Rolle des Notars	94
b)	Prüfung von Gegenstand und Inhalt der Beurkundung	94
c)	Handlungsvoraussetzungen der verpflichteten Person	96
d)	Rechtsbelehrungspflicht	99
e)	Ausstandspflichten	100
f)	Weitere Berufspflichten	100
g)	Vollzugsverfahren	101
4.5.	Zuständigkeit	101
a)	Kantonalrechtliche Regelung im Rahmen des Bundesrechts	101
b)	Sachliche und örtliche Zuständigkeit im Kanton Bern	101
c)	Interkantonale Freizügigkeit	101

VI.	Vollstreckung	102
1.	Allgemeines	102
2.	Geld- oder Sicherheitsleistungen	103
3.	Andere Leistungen	104
3.1.	Urkunde über eine andere Leistung	104
3.2.	Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht	108
4.	Gerichtliche Beurteilung	108
VII.	Schluss	109

Literaturverzeichnis

- AMELOTTI MARIO/COSTAMAGNA GIORGIO, Alle origini del notariato italiano, in: Consiglio Nazionale del Notariato, Studi storici sul notariato italiano II, Roma 1975
- BERNHARD ERKKI, Die vollstreckbare Urkunde, in: Brambring Günther/Jerschke Hans-Ulrich (Hrsg.), Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl., München 2009, Rz. 317 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988
- CASAMAYOR PUIGVERT ELENA, Die notarielle Urkunde und die Naturalexekution, Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die notarielle Urkunde und ihre Fähigkeit bzw. Geeignetheit als Vollstreckungstitel sowohl für die Geldexekution als für die Naturalexekution, Diss. Bremen 2004
- GASSER DOMINIK, Die Vollstreckung nach der Schweizerischen ZPO, AwR 2008, S. 339 ff.
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010
- GÜNTHER ANDREAS, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde in der Schweiz nach dem Entwurf für eine gesamtschweizerische Zivilprozessordnung, SJZ 104 (2008), S. 209 ff.
- GUILLAUME FLORENCE/SCHWITTER MARC, Europäische und schweizerische öffentliche Urkunden als Vollstreckungstitel, AJP 2006, S. 660 ff.
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar, Band II : Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Bern 1999 (zit. BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER)
- HOFMEISTER HERBERT, Die vollstreckbare Notariatsurkunde aus historisch-rechtsvergleichender Sicht, ÖNotZ 1982, S. 97 ff.
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 (zit. BSK OR I-AUTOR)
- JAMETTI GREINER MONIQUE, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde, BN 1993, S. 37 ff.

- JEANDIN NICOLAS, L'exécution des titres authentiques en Suisse: Vers la fin d'une autodiscrimination?, in: Riemer Hans-Michael/Kuhn Moritz/Vock Dominik/Gehri Myriam (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht – Festschrift für Karl Spühler, Zürich 2005, S. 135 ff.
- KELLERHALS FRANZ, Vollstreckbare öffentliche Urkunden aus schweizerischer Sicht – Bemerkungen zur Ausgangslage, BN 1993 S. 1 ff.
- KOHLER JOSEF, Ueber executorische Urkunden, AcP 72 (1888), S. 1 ff.
- KOPP KERSTIN-MARIA, Die vollstreckbare Urkunde. Aspekte der prozessualen Unterwerfungserklärung einerseits und des materiellen Anspruchs andererseits, Diss. Bonn 1994
- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986 (zit. BK-AUTOR)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/NOBEL PETER/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2009 (zit. OR-Kommentar-AUTOR)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SCHWANDER IVO/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006 (zit. Handkomm-AUTOR)
- KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4. Aufl., Bern 1984
- LEUTNER GERD, Die vollstreckbare Urkunde im europäischen Rechtsverkehr, Diss. Hamburg 1996, Berlin 1997
- MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich/Basel/Genf 2010
- MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005
- MÜNCH JOACHIM, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, Diss. Konstanz 1988, Köln/Berlin/Bonn/München 1989
- NOTTER ANDREAS B., Vollstreckbare öffentliche Urkunden, ZBGR 74 (1993), S. 84 ff.
- OBERHAMMER PAUL, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im Vorentwurf einer eidgenössischen ZPO, in: Riemer Hans-Michael/Kuhn Moritz/Vock Dominik/Gehri Myriam (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, S. 247 ff.

- PIOTET DENIS, L'acte authentique exécutoire: quels nouveaux devoirs ministériels pour les notaires et officiers publics suisses ?, in: Schweizerischer Notarenverband, Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 1. Schweizerischer Notarenkongress, Muri bei Bern 2010, S. 37 ff.
- RUF PETER, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995
- SCHMID JÜRIG, Das Modell der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde im schweizerischen Recht, ZBGR 85 (2004), S. 26 ff.
- SCHÜTZ JÜRIG GIAN, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, eine Untersuchung zur Streitbehandlungslehre: Verfahrensvergleich und –auswahl anhand gesetzlich geregelter Alternativen zum staatlichen Zivilprozess – Mediation, Schiedsgerichtsbarkeit und deren Hybridisierung, Diss. Bern 2009
- SCHWANDER IVO, Vollstreckbare öffentliche Urkunden – Rechtsnatur, Verfahren der Erstellung und der Vollstreckung, AJP 2006 S. 667 ff.
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2008
- STAEHELIN DANIEL, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde – eine Ausländerin vor der Einbürgerung, in: Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, S. 205 ff.
- VISINONI-MEYER CLAUDIA, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im internationalen und nationalen Bereich: unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfes der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Zürich 2004
- VOGEL OSCAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006
- WITSCHI CHRISTIAN, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde nach Art. 50 Lugano-Übereinkommen in der Schweiz, Diss. Bern 2000
- WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009 (zit.: KNB-AUTOR)
- WOLFSTEINER HANS, Die vollstreckbare Urkunde, Handbuch mit Praxishinweisen und Musterformulierungen, 2. Aufl., München 2006

WOLFSTEINER HANS, in: Rauscher Thomas/Wax Peter/Wenzel Joachim (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, §§ 511-945, 3. Aufl., München 2007 (zit. MünchKomm-WOLFSTEINER)

Materialien

Botschaft zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7221 ff. (zit. Botschaft)

Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission, Juni 2003 (zit. Bericht zum Vorentwurf)

Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2004 (zit. Vernehmlassung)

I. Einleitung

Am 1. Januar 2011 wird die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft treten¹. Der neue bundesrechtliche Erlass tritt an die Stelle der bisherigen 26 kantonalen Zivilprozessgesetze. Die Zivilprozessordnung enthält in den Art. 347-352 ZPO unter der Kapitelüberschrift „Vollstreckung öffentlicher Urkunden“ eine neue Regelung. Mit dieser wird das Institut der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde in der Schweiz eingeführt^{2 3}.

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde berechtigt eine Partei, die Vollstreckung für den beurkundeten Leistungsanspruch direkt – d.h. ohne vorgängig einen Zivilprozess darüber führen zu müssen – einzuleiten. Die *Urkunde* ist *aus sich selbst heraus vollstreckbar*, obwohl ihr die nur einem Gerichtsurteil zukommende Rechtskraftwirkung fehlt⁴.

Wie die Botschaft wiederholt betont, soll die vollstreckbare öffentliche Urkunde eine Entlastung der Gerichte herbeiführen⁵. Das Institut steht damit in Zusammenhang mit dem Phänomen der *Dejustizialisation*⁶. Als Instrument der vorsorgenden Streitverhütung vermeidet die vollstreckbare Urkunde Prozesse und entlastet damit die Justiz⁷. Auf diese Weise lassen sich auch die negativen sozialen und wirtschaftlichen Folgen der Inanspruchnahme der streitigen Gerichtsbarkeit vermeiden⁸. Die Botschaft hält denn zu Recht fest, die vollstreckbare öffentliche Urkunde könne nicht nur für die Gerichte, „sondern auch für die Parteien entlastend wirken“⁹. Die vollstreckbare Urkunde beruht zudem auf Freiwilligkeit des sich unterwerfenden Schuldners, also nicht auf staatlichem Zwang¹⁰. Insofern trägt sie zur Erweiterung der Privatautonomie auch im Bereiche der Vollstreckung bei.

¹ Medienmitteilung des EJPD vom 31. März 2010, <<http://www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=de&msg-id=32468>>, besucht am 11. Juni 2010.

² Botschaft, S. 7223 f., 7233 und 7386.

³ Genau genommen handelt es sich teilweise auch um eine Wiedereinführung, war doch die vollstreckbare Urkunde in einigen früheren kantonalen Rechten durchaus bekannt; vgl. dazu III. hienach.

⁴ Botschaft, S. 7387.

⁵ Botschaft, S. 7224, 7233, 7244, 7387. Vgl. ebenso schon auch der Bericht zum Vorentwurf, S. 157.

⁶ NOTTER, S. 89; LEUTNER, S. 27.

⁷ MÜNCH, S. 4; LEUTNER, S. 27; WOLFSTEINER, Rz. 6.8.

⁸ NOTTER, S. 90.

⁹ Botschaft, S. 7233.

¹⁰ WOLFSTEINER, Rz. 1.9.

Der vorliegende Beitrag enthält vorerst einige Hinweise zur Geschichte der vollstreckbaren Urkunde¹¹. Anschliessend wird auf die Entstehungsgeschichte der Regelung in der Schweiz eingegangen¹². Die weiteren Abschnitte befassen sich mit dem Begriff der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde¹³, deren Inhalt und Errichtung¹⁴ sowie deren Vollstreckung¹⁵. Beendet wird der Beitrag durch eine kurze Schlussbetrachtung¹⁶.

Die mit Inkraftsetzung der Schweizerischen Zivilprozessordnung erfolgende Einführung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde in unser Recht wirft eine Reihe von zum Teil heiklen Fragen auf. Diese sind nach hier vertretener Ansicht immer unter allen involvierten Gesichtspunkten und unter Einbezug des materiellen Privatrechts, des Zivilprozessrechts bzw. des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts und des Notariatsrechts zu beantworten. Die nachfolgend aufgezeigten Lösungen beruhen wo möglich jeweils auf einem solchen Einbezug der mehreren Rechtsgebiete. Sie bringen die persönliche Auffassung der Autoren zum Ausdruck.

II. Zur Geschichte der vollstreckbaren Urkunde

Die vollstreckbare Urkunde verfügt in Europa über eine lange Tradition¹⁷. Ihre Ursprünge gehen auf die Antike zurück¹⁸. Als eigentlich bahnbrechend für die Entstehung der vollstreckbaren Urkunde heutiger Art erweist sich die in den oberitalienischen Städten ab dem 10. Jahrhundert einsetzende Entwicklung. Die vollstreckbare öffentliche Urkunde entfaltet sich dabei parallel mit der Ausbildung des modernen Notariats, welche ab dem 13. Jahrhundert in Florenz und Bologna stattfindet¹⁹. Die Vollstreckbarkeit einer notariellen Urkunde wird aus der amtlichen Stellung des Notars abgeleitet; eine vor dem Notar abgegebene Schuldanerkennung lässt sich deshalb einer gerichtlichen Schuldanerkennung gleichstellen²⁰. Als erste derartige vollstreckbare notariell-

¹¹ II. sogleich.
¹² III. hienach.
¹³ IV. hienach.
¹⁴ V. hienach.
¹⁵ VI. hienach.
¹⁶ VII. hienach.
¹⁷ Vgl. zur Geschichte namentlich HOFMEISTER, S. 97 ff., und den Überblick bei MÜNCH, S. 10 ff.
¹⁸ Siehe MÜNCH, S. 10 ff.; zu den antiken Wurzeln auch HOFMEISTER, S. 103.
¹⁹ Vgl. HOFMEISTER, S. 104 f.; MÜNCH, S. 17, m.w.H. in Fn. 36 und 37.
²⁰ Vgl. WOLFSTEINER, Rz. 2.1. Siehe zur vollstreckungsrechtlichen Gleichwertigkeit von Urteil und notarieller Urkunde auch COSTAMAGNA, in: AMELOTTI/COSTAMAGNA, S. 243, wonach „si dovrà costatare come all' epoca dei comuni

le Urkunde – sog. *instrumentum guarentigiatum*²¹ – ist eine Urkunde aus dem Jahre 1251 aus Florenz belegt²². Seither hat sich das *instrumentum guarentigiatum* als gemeineuropäisches Rechtsinstitut – im Wesentlichen unter unveränderter Beibehaltung seines Charakters – behauptet²³.

Für die weitere Entwicklung sowohl des Notariats als auch der vollstreckbaren Urkunde ist das französische Recht von zentraler Bedeutung²⁴. Ab dem späten 13. Jahrhundert schliessen die Pariser Notare ihre Urkunden mit einem die Vollstreckbarkeit andeutenden Hinweis. In der Folge vermögen die französischen Urkunden ihre Vollstreckbarkeit zu behalten, so dass diese durch das Gesetz Napoleons vom 25 ventôse XI (16. März 1803) nahtlos übernommen werden kann²⁵.

Im Gegensatz zur Situation in Frankreich verliert das Notariat in Deutschland Ende des Mittelalters stark an Ansehen. Vollstreckbare Urkunden gibt es erst wieder ab 1796 in den von Frankreich annektierten linksrheinischen Gebieten. In den anderen Landesteilen Deutschlands ist die vollstreckbare Urkunde zu Beginn des 19. Jahrhunderts unbekannt²⁶. Mit Geltung für ganz Deutschland²⁷ wird die vollstreckbare Urkunde in der Reichsivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 geregelt²⁸.

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde ist somit *in Europa schon seit langem bekannt*²⁹. Entscheidend für ihre Entstehung und Entwicklung sind vor allem zwei Momente, nämlich einerseits das Mittelalter und andererseits die Zeit im Anschluss an die Französische Revolution³⁰. Heute kennen namentlich unsere Nachbarländer Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich die voll-

l' *instrumentum* notarile raggiunga addirittura l' esecutività al pari della sentenza del giudice“.
²¹ Das *instrumentum guarentigiatum* wird von LEUTNER, S. 23, bezeichnet als „Urkunde, die vorzügliche Sicherheit gewährt“.
²² HOFMEISTER, S. 105.
²³ WOLFSTEINER, Rz. 2.1.
²⁴ HOFMEISTER, S. 107.
²⁵ WOLFSTEINER, Rz. 2.2. f., m.H.; vgl. auch HOFMEISTER, S. 107 f.; LEUTNER, S. 57 f.
²⁶ WOLFSTEINER, Rz. 2.4. f.
²⁷ Vgl. Hinweise auf in einzelnen Ländern bereits vorhandene Regelungen bei KOHLER, S. 3 ff., namentlich S. 8 ff. für Bayern.
²⁸ WOLFSTEINER, Rz. 2.6.; HOFMEISTER, S. 112 f.
²⁹ Vgl. neben den geschilderten Entwicklungen in Italien, Frankreich und Deutschland für die Situation in den österreichischen Ländern HOFMEISTER, S. 113 ff. Auch in Teilen der Schweiz war die vollstreckbare Urkunde bekannt; vgl. III. i.i.
³⁰ CASAMAYOR PUIGVERT, S. 14.

streckbare öffentliche Urkunde³¹, darüber hinaus aber auch Belgien, Griechenland, Luxemburg, die Niederlande, Portugal, Schottland und Spanien³². Ein einheitlicher europäischer Typus der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde existiert allerdings nicht³³. Vielmehr finden sich in den verschiedenen Rechtsordnungen Unterschiede sowohl im formellen als auch im materiellen Bereich³⁴. Für die in den meisten europäischen Ländern seit langem zum Rechtsalltag gehörenden vollstreckbaren öffentlichen Urkunden wird in der Europäischen Union tendenziell zunehmend Freizügigkeit verwirklicht³⁵.

Die „Verwandtschaftsverhältnisse“ des Instituts der vollstreckbaren Urkunde können zusammengefasst wie folgt dargestellt werden: Italien ist seine Grossmutter und Frankreich seine Mutter³⁶, während als Vater durchaus das lateinische Notariat bezeichnet werden darf. Für die Schweiz ist die vollstreckbare Urkunde nunmehr grundsätzlich „eine Ausländerin vor der Einbürgerung“³⁷ bzw. teilweise steht sie – weil früher in einzelnen Gegenden unseres Landes bereits bekannt³⁸ – vor der Wiedereinbürgerung.

III. Entstehungsgeschichte der Regelung in der Zivilprozessordnung

In einzelnen westlichen und südlichen Teilen der Schweiz war die vollstreckbare öffentliche Urkunde im 19. Jahrhundert unter dem Einfluss des französischen Rechts verbreitet. Namentlich blieb sie im Kanton Genf bis 1912 in Kraft³⁹. Anschliessend existierte das Institut indessen in keiner der bisherigen kantonalen Zivilprozessordnungen. Erst mit dem Inkrafttreten des Lugano-Übereinkommens (Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; SR 0.275.11) am 1. Januar 1992 hat die vollstreckbare öffentliche Urkunde hierzulande wiederum Bekanntheit erlangt.

³¹ Siehe für einen Überblick der Regelungen in unseren Nachbarländern JAMETTI GREINER, S. 43 ff.

³² Vgl. die Übersicht über die Rechte einzelner Staaten bei LEUTNER, S. 57 ff.

³³ Botschaft, S. 7386.

³⁴ WITSCHI, S. 25.

³⁵ GUILLAUME/SCHWITTER, S. 660 und 665.

³⁶ So LEUTNER, S. 57 und 84.

³⁷ STAEHELIN, S. 205.

³⁸ Siehe dazu III. i.i.

³⁹ Vgl. LEUTNER, S. 178, mit Fn. 2; PIOTET, S. 40, m.w.H. in Fn. 4, u.a. auch auf die bis 1909 andauernde Geltung im alten, zum Kanton Bern gehörenden Bistum Basel.

Die Schweiz ist seither verpflichtet, ausländische vollstreckbare öffentliche Urkunden im Inland zu vollstrecken (Art. 50 LugÜ)⁴⁰.

Im internen Verhältnis gab es weiterhin keine vollstreckbaren öffentlichen Urkunden⁴¹. Eine Verpflichtung zur Regelung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde im schweizerischen Recht bestand aufgrund des Lugano-Übereinkommens nicht. Bereits unmittelbar nach dessen Inkrafttreten forderte allerdings der Schweizerische Notarenverband die *Einführung des Instituts der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde* auch im schweizerischen Recht⁴². Zugunsten einer Regelung wurde vorab die Benachteiligung der schweizerischen Urkunde gegenüber der vollstreckbaren ausländischen Urkunde angeführt⁴³. Es sollte die Selbstdiskriminierung der Schweiz gegenüber denjenigen ausländischen Staaten, die dem Lugano-Übereinkommen beigetreten waren, behoben werden. Diese bestand – und besteht derzeit noch – darin, dass die Schweiz zur Vollstreckung ausländischer vollstreckbarer Urkunden nach Art. 50 LugÜ verpflichtet ist, während umgekehrt schweizerische Urkunden aufgrund fehlender gesetzlicher Regelung diese Garantie im Ausland nicht geniessen⁴⁴. Über diese internationalrechtlichen Überlegungen hinaus wurden auch die Vorteile der Vereinfachung der Verfahren und der Entlastung der Gerichte⁴⁵ als Argumente zugunsten der Regelung einer schweizerischen vollstreckbaren Urkunde angeführt^{46 47}. Im Übrigen wurde auch auf eine weitere Diskriminierung der notariellen Urkunden hingewiesen, darin bestehend, dass einer in öffentlicher Urkunde abgegebenen Schuldanerkennung bloss die Bedeutung einer einfachen, unterschriftlich bekräftigten Schuldanerkennung zukomme, welche nur die provisorische Rechtsöffnung (Art. 82 Abs. 1 SchKG) erlaube⁴⁸. Insgesamt sei es sinnvoll, den Parteien mittels der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zu ermöglichen, die Stellung des Gläubigers durch erleichterte Vollstreckung zu verbessern. Das Institut erlaube eine

⁴⁰ GÜNTHER, S. 209; zur bisherigen Rechtslage in der Schweiz auch SCHWANDER, S. 667 f.

⁴¹ Vgl. BRÜCKNER, Rz. 335 f.

⁴² Eingabe des Schweizerischen Notarenverbandes an die Präsidenten der Eidgenössischen Räte sowie die Vorsitzenden der Kommissionen für Rechtsfragen vom 23. Juli 1992; vgl. KELLERHALS, S. 1 f.; JAMETTI GREINER, S. 37 f.

⁴³ NOTTER, S. 89.

⁴⁴ Bericht zum Vorentwurf, S. 157. Siehe zur Selbstdiskriminierung auch JEANDIN, S. 135 ff.

⁴⁵ Dazu schon I. hievor.

⁴⁶ Bericht zum Vorentwurf, S. 157. Vgl. zum Ganzen auch OBERHAMMER, S. 248 f.

⁴⁷ Dieselbe Reihenfolge der Argumente zugunsten der vollstreckbaren Urkunde findet sich auch in der Botschaft, S. 7387.

⁴⁸ JEANDIN, S. 142. Trotz der in materieller Hinsicht erhöhten Beweiskraft (Art. 9 ZGB) kam bisher der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde kein vollstreckungsrechtliches Privileg zu; vgl. KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 26 zu Art. 23 NG, m.H. auf MOOSER, n. 452 ff.

solche auch für nicht auf Geldzahlung gerichtete Leistungspflichten, für welche die provisorische Rechtsöffnung nicht zur Verfügung stehe⁴⁹.

Im *Vernehmlassungsverfahren* zur Schweizerischen Zivilprozessordnung stiess das Institut der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde teils auf Zustimmung, teils aber auch auf heftige Kritik⁵⁰. Unter anderem wurde die Befürchtung geäussert, die wirtschaftlich stärkere Vertragspartei würde noch zusätzlich bessergestellt⁵¹. Einige Stimmen verlangten gar die komplette Streichung des Instituts aus der neuen Zivilprozessordnung⁵².

Der *Entwurf* berücksichtigte teilweise die in der Vernehmlassung erhobene Kritik und verzichtete namentlich auf die im Vorentwurf noch vorgesehene Besserstellung der Urkunde gegenüber Gerichtsurteilen bei der Vollstreckung in Geld und die sog. Vollstreckungsklausel⁵³. Der derart angepasste Entwurf des Bundesrates von 2006 wurde hinsichtlich der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ohne jede weitere Diskussionen in den *Eidgenössischen Räten* angenommen⁵⁴. Die Schlussabstimmung fand am 19. Dezember 2008 statt. Die Referendumsfrist ist am 16. April 2009 unbenutzt abgelaufen⁵⁵. Auf 1. Januar 2011 wird die Schweizerische Zivilprozessordnung *in Kraft treten*.

IV. Begriff der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde beruht nicht auf staatlichem Zwang, sondern auf *freiwilliger Grundlage*⁵⁶. Der Schuldner gibt die in Art. 347 ZPO vorgesehenen *Erklärungen* privatautonom ab; namentlich anerkennt er die direkte Vollstreckung einer Leistung⁵⁷. Vollstreckbare öffentliche Urkunden sind demnach – in Abgrenzung insbesondere zu Gerichtsurteilen – nur Ur-

⁴⁹ STAEBELIN, S. 210 f.

⁵⁰ Vgl. dazu Vernehmlassung, S. 777 ff. Eine Zusammenfassung der Kritikpunkte findet sich auch in der Botschaft, S. 7387.

⁵¹ Botschaft, S. 7387. Die entsprechende Befürchtung hält weiterhin an; vgl. jüngstens die Kritik bei MEIER, S. 443; zu problematischen Aspekten schuldrechtlicher und sozialpolitischer Natur auch schon SCHWANDER, S. 670 ff.

⁵² Vernehmlassung, S. 778, 782.

⁵³ Botschaft, S. 7387.

⁵⁴ Eine geringfügige Änderung erfolgt einzig im Text des heutigen Art. 351 Abs. 1 ZPO. Vgl. für die Beratungen in den Eidgenössischen Räten <http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4717/247849/d_s_4717_247849_247850.htm>, besucht am 11. Juni 2010.

⁵⁵ Vgl. GASSER/RICKLI, N. 1 zu Art. 408 ZPO.

⁵⁶ Vgl. zur freiwilligen Grundlage WOLFSTEINER, Rz. 1.9.

⁵⁷ Dazu ausführlich V.2.3. hienach.

kunden, die *ausserhalb eines streitigen Zivilprozesses* errichtet werden. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie von einem Notar kraft dessen öffentlich-rechtlicher Befugnis als Urkundsperson in einem *Beurkundungsverfahren* über die vom Schuldner auf freiwilliger Grundlage abgegebenen Erklärungen aufgenommen werden. Der Notar hat dabei alle bestehenden materiellen und formellen Vorschriften zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde zu wahren, dies namentlich zum Schutz des Schuldners⁵⁸.

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde bildet somit einen *privatautonom* – zwar unter Mitwirkung einer Urkundsperson, aber ohne Involvierung der Gerichte – *geschaffenen Vollstreckungstitel*⁵⁹. Mit ihr kann eine Leistungspflicht ohne vorgängigen Prozess aus sich selbst vollstreckt werden⁶⁰. In der Schweiz kannte man diesbezüglich bisher lediglich die Schuldanerkennung für Geldforderungen, welche einen provisorischen Rechtsöffnungstitel gemäss Art. 82 Abs. 1 SchKG darstellt. Mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde wird auch die Vollstreckung von Realleistungen erfasst und für Geld- und Sicherheitsleistungen stellt sie künftig einen definitiven Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 80 und 81 SchKG dar⁶¹.

V. Inhalt und Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde

1. Übersicht

Die Zivilprozessordnung regelt die einzelnen Voraussetzungen an die vollstreckbare öffentliche Urkunde. Nachfolgend ist vorerst auf *Gegenstand und Inhalt der vollstreckbaren Urkunde* einzugehen⁶² und alsdann die *Fälligkeit der Leistung* zu behandeln⁶³. Schliesslich ist die *Errichtung der öffentlichen Urkunde* darzustellen⁶⁴.

⁵⁸ Vgl. auch für Deutschland WOLFSTEINER, Rz. 1.3. und 1.5.

⁵⁹ Siehe Bericht zum Vorentwurf, S. 156.

⁶⁰ Botschaft, S. 7387.

⁶¹ Vgl. GASSER, S. 342. Ausführlich zur Vollstreckung VI. hienach.

⁶² V.2. sogleich.

⁶³ V.3. hienach.

⁶⁴ V.4. hienach.

2. Gegenstand und Inhalt

2.1. Einleitende Bemerkungen

Die Zivilprozessordnung regelt den Gegenstand und den Inhalt der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde in Art. 347 f. ZPO. Der Gegenstand muss in deren Anwendungsbereich fallen, darf mithin nicht unter die Ausnahmen von Art. 348 ZPO fallen⁶⁵. Die vollstreckbare öffentliche Urkunde muss den in Art. 347 ZPO umschriebenen Inhalt aufweisen, nämlich eine Unterwerfungserklärung der verpflichteten Partei⁶⁶, den Rechtsgrund der geschuldeten Leistung⁶⁷, die genügende Bestimmung der geschuldeten Leistung⁶⁸ und die Schuldanerkennung durch die verpflichtete Partei⁶⁹.

2.2. Anwendungsbereich

a) Grundsatz: Leistungen jeder Art

Vollstreckbare öffentliche Urkunden können grundsätzlich⁷⁰ Leistungen jeder Art zum Gegenstand haben (vgl. Art. 347 ZPO, Einleitungssatz). Neben Geldforderungen (wie der Verzinsung und Rückzahlung eines Darlehens) werden auch Sachleistungen (etwa die Lieferung einer beweglichen Sache) oder die Abgabe einer Willenserklärung (z.B. einer Grundbuchanmeldung zur Übertragung von Grundeigentum oder zur Begründung beschränkter dinglicher Rechte an einem Grundstück) erfasst⁷¹. Mithin kann eine *Geldleistung* oder eine *Realleistung* – gerichtet auf ein Tun, Unterlassen oder Dulden – Objekt einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde bilden⁷². Anders gesagt sind grundsätzlich *alle Ansprüche, die auch Gegenstand einer Leistungsklage oder eines Leistungsurteils sein könnten*, der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zugänglich⁷³. Hauptanwendungsfall dürfte die Bezahlung einer einmaligen oder periodisch wiederkehrenden Geldforderung sein⁷⁴. Demgegenüber können Feststellung und Gestaltung nicht Inhalt einer vollstreckbaren öffentli-

⁶⁵ V.2.2. sogleich.

⁶⁶ V.2.3. hienach.

⁶⁷ V.2.4. hienach.

⁶⁸ V.2.5. hienach.

⁶⁹ V.2.6. hienach.

⁷⁰ Vgl. für einschränkende Präzisierungen sogleich im Text und für Ausnahmen gemäss Art. 348 ZPO V.2.2.b. hienach.

⁷¹ Botschaft, S. 7387.

⁷² GASSER/RICKLI, N. 7 zu Art. 347 ZPO; GASSER, S. 343. Vgl. auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 59; MEIER, S. 439.

⁷³ Vgl. so für das deutsche Recht MünchKomm-WOLFSTEINER, N. 196 zu Art. 794 ZPO; DERS., Rz. 20.1.

⁷⁴ So auch SCHÜTZ, Rz. 852. Ebenso ist in Deutschland gemäss BERNHARD, Rz. 321, der Fall praktisch am häufigsten, dass sich der Schuldner hinsichtlich eines bestimmten Zahlungsanspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft.

chen Urkunde sein⁷⁵, denn der Vollstreckung bedürfen auch nur Leistungsurteile, nicht aber Feststellungs- und Gestaltungsurteile⁷⁶.

Der Grundsatz, wonach Leistungen jeder Art Gegenstand der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde bilden können, bedarf mehrerer *einschränkender Präzisierungen*⁷⁷. Die vollstreckbare öffentliche Urkunde i.S.v. Art. 347 ff. ZPO stellt ein Institut des schweizerischen Zivilprozessrechts dar. Aus diesem Grunde muss die ihren Gegenstand bildende Leistung der *schweizerischen Gerichtsbarkeit* unterliegen⁷⁸. Sodann hat die Leistung *zivilrechtlicher Natur* zu sein⁷⁹. Streitigkeiten aus öffentlichem Recht fallen von vornherein nicht unter den Anwendungsbereich der Zivilprozessordnung (vgl. für deren Gegenstand Art. 1 ZPO), weshalb sie auch nicht Inhalt einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde sein können^{80 81}. Der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zugänglich sind im Weiteren nur *von der Rechtsordnung als durchsetzbar anerkannte Leistungen*; ihrem Inhalte nach nicht als legal anerkannte oder nicht erzwingbare⁸² Leistungen scheiden aus⁸³.

b) Ausnahmen gemäss Art. 348 ZPO

Art. 348 ZPO enthält eine Reihe von Leistungen, welche als „Ausnahmen“⁸⁴ nicht Gegenstand einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde sein können. Es

⁷⁵ Ebenso für Deutschland MünchKomm-WOLFSTEINER, N. 196 zu Art. 794 ZPO; DERS., Rz. 20.2.

⁷⁶ KUMMER, S. 238.

⁷⁷ Für weitere Einschränkungen als eigentliche Ausnahmen vgl. V.2.2.b. sogleich.

⁷⁸ Vgl. auch für Deutschland MünchKomm-WOLFSTEINER, N. 197 zu Art. 794 ZPO; DERS., Rz. 20.4.

⁷⁹ VISINONI-MEYER, S. 70; GÜNTHER, S. 210.

⁸⁰ VISINONI-MEYER, S. 70.

Das bedeutet beispielsweise, dass die eine öffentliche Abgabe darstellende Gebühr des Notars für seine hauptberufliche Tätigkeit (Art. 50 NG Bern; siehe dazu KNB-MÜLLER/GENNA, N. 3 f. zu Art. 50 NG) nicht Gegenstand einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde sein kann; so schon – allerdings in unzutreffender, weil von Honorar statt Gebühr sprechender Terminologie – VISINONI-MEYER, S. 70. Im Gegenzug wäre das dem Zivilrecht unterliegende Honorar des Notars für seine nebenberufliche Tätigkeit grundsätzlich der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zugänglich. Offen und zu prüfen bleibt allerdings namentlich die Vereinbarkeit mit berufs- und standesrechtlichen Regelungen.

⁸¹ Auch das Europarecht spricht gegen öffentlich-rechtliche Ansprüche als Gegenstand vollstreckbarer Urkunden; namentlich findet im internationalen Verhältnis die Vollstreckung öffentlicher Urkunden gemäss Art. 50 LugÜ – bzw. neu Art. 57 revLugÜ – nur auf Zivil- und Handelssachen Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 LugÜ); vgl. VISINONI-MEYER, S. 70, Fn. 232; WOLFSTEINER, Rz. 20.17.

⁸² Zur sanktionslosen Obligation, namentlich zur Naturalobligation, Näheres V.2.4.d. hienach.

⁸³ Vgl. für Deutschland WOLFSTEINER, Rz. 20.26 ff.

⁸⁴ So die Marginalie zu Art. 348 ZPO.

handelt sich um Fälle aus dem Gebiet des *sozialen Privatrechts* und des *sozialen Zivilprozesses*. Der in diesen Materien zugunsten der „schwächeren“ Partei verankerte besondere Schutz soll nicht durch die vollstreckbare Urkunde unterlaufen werden können⁸⁵. Mit dem Ausnahmekatalog wurde der in der Vernehmlassung geäußerten Kritik Rechnung getragen, wonach ein Missbrauch von Marktmacht zu befürchten sei^{86 87}.

In Einzelnen durch die Zivilprozessordnung ausgeschlossen und somit nicht direkt vollstreckbar sind Urkunden über Leistungen nach dem *Gleichstellungsgesetz* (Art. 348 lit. a ZPO), aus *Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen* sowie aus *landwirtschaftlicher Pacht* (Art. 348 lit. b ZPO), nach dem *Mitwirkungsgesetz* (Art. 348 lit. c ZPO), aus dem *Arbeitsverhältnis* und nach dem *Arbeitsvermittlungsgesetz* (Art. 348 lit. d ZPO) und aus *Konsumentenverträgen* (Art. 348 lit. e ZPO). Vollstreckbare öffentliche Urkunden aus diesen Rechtsgebieten sind generell – und nicht etwa nur zu Lasten der schwächeren Partei – nicht zugelassen⁸⁸. Damit mag die gesetzliche Normierung zwar einfach zu erfassen sein, sie erweist sich aber im Grunde als zu pauschal. Eine wirklich auf den in der Botschaft⁸⁹ betonten Schutz der sozial „schwächeren“ Partei zugeschnittene Regelung hätte differenzierter ausfallen müssen und je nach Situation die Verpflichtung allenfalls nur einer – nämlich eben der „schwächeren“ – Partei von der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ausnehmen dürfen⁹⁰.

⁸⁵ Vgl. Botschaft, S. 7388. Siehe auch GASSER/RICKLI, N. 1 zu Art. 348 ZPO.

⁸⁶ Botschaft, S. 7389.

⁸⁷ Trotz mehrerer, im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens angebrachter Milderungen zugunsten des Schuldners hält allerdings die Kritik an der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde auch nach Erlass der Zivilprozessordnung weiterhin an. So hält MEIER, S. 443, dafür, es sei „zu befürchten, dass sich in Zukunft vor allem „schwächere“ Handelsparteien wie die KMU gegenüber Banken, Versicherungen und anderen starken Vertragspartnern regelmässig für Leistungen aller Art (Kredite, Rückgabe von Leasingobjekten, Bezahlung von Rohstoffen usw.) regelmässig der direkten Vollstreckung unterwerfen müssen. Die schwächeren Parteien müssen somit ... damit rechnen, dass sie zunächst einmal die Leistungen erbringen und anschliessend versuchen müssen, die Leistung wieder mit der ordentlichen Klage nach Art. 352 ZPO zurückzufordern.“ Vgl. dagegen WOLFSTEINER, Rz. 6.1., wonach Fundamentalkritik angesichts der weitgehenden Anerkennung des Instituts im europäischen Kontext „wenig überzeugend und wenig aussichtsreich“ wäre.

⁸⁸ STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 59.

⁸⁹ Vgl. Botschaft, S. 7388 f.

⁹⁰ Unter dem Aspekt des sozialen Privatrechts lässt es sich beispielsweise nicht rechtfertigen, dass Lohnzahlungspflichten des Arbeitgebers – welche in Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG zugunsten der Arbeitnehmer im Konkurs des Arbeitgebers vollstreckungsrechtlich privilegiert werden – von der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ausgeschlossen werden. Vielmehr hätte es dem Schutzgedanken besser entsprochen, nur Verpflichtungen des – als sozial schwächer eingestuft – Arbeitnehmers davon auszunehmen. Im Vergleich mit dem nunmehr in Art. 348 lit. d ZPO gene-

Für alle unter Art. 348 ZPO fallenden Leistungen kann sich die verpflichtete Partei somit nicht der direkten Vollstreckung unterwerfen, und zwar auch dann nicht, wenn – was namentlich für arbeits-, miet- und konsumentenrechtliche Ansprüche von Bedeutung sein kann – der Streitwert den Rahmen des vereinfachten Verfahrens übersteigt (vgl. Art. 243 ZPO)⁹¹.

c) Weitere Ausnahmen

Im Schrifttum ist der Ausnahmekatalog des Art. 348 ZGB als abschliessend bezeichnet worden⁹². Indessen ergeben sich namentlich aus den bereits angeführten einschränkenden Präzisierungen⁹³ und auch gestützt auf die Gesamtheit der in Art. 347 ZPO verankerten einzelnen Voraussetzungen der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde *weitere Leistungen, die nicht direkt vollstreckbar sind*. In grundsätzlicher Hinsicht ist zu beachten, dass überhaupt nicht der Vollstreckung unterliegende Leistungen auch nicht mittels einer öffentlichen Urkunde für direkt vollstreckbar erklärt werden können.

Insbesondere im *Familienrecht* bestehen etliche (Leistungs-)Pflichten, die von vornherein nicht realiter vollstreckbar sind und die deshalb auch nicht unter den Anwendungsbereich der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde fallen können. Das gilt etwa für die für Ehegatten geltenden Grundpflichten der Wahrung des Wohls der Gemeinschaft und der Sorge für die Kinder (Art. 159 Abs. 2 ZGB) sowie der gegenseitigen Verpflichtung zur Leistung von Treue und Beistand (Art. 159 Abs. 3 ZGB); diese eherechtlichen (Grund-)Leistungspflichten sind – wenn überhaupt – nur beschränkt der Vollstreckung zugänglich. Gleiches lässt sich für die Pflicht zu Beistand, Rücksicht und Achtung im Eltern-Kind-Verhältnis (Art. 272 ZGB) sagen. Selbst *familienrechtliche Unterhaltspflichten* können nicht generell Gegenstand vollstreckbarer öffentlicher Urkunden sein. So ist eine Verurteilung eines Ehegatten durch das Gericht nur hinsichtlich der Geldleistungen an den Unterhalt möglich, nicht aber für die ebenfalls geschuldeten Naturalleistungen, z.B. durch Besorgen des Haushaltes und Betreuung der Kinder (vgl. für das Eherecht Art. 163

rell statuierten Ausschluss von Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis erweist sich die zwischen ein- und zweiseitiger Unabänderlichkeit unterscheidende Ordnung von Art. 361 OR als viel differenzierter.

⁹¹ Botschaft, S. 7388 f.

⁹² GASSER/RICKLI, N. 2 zu Art. 348 ZPO.

⁹³ Dazu V.2.2.a. hievov.

Abs. 2 ZGB)⁹⁴ bzw. durch Pflege und Erziehung (vgl. für das Kindesrecht Art. 276 Abs. 2 ZGB)⁹⁵.

Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht muss die Leistung im Weiteren – auch wenn das im Gesetz nicht erwähnt wird – der *Dispositionsmaxime*⁹⁶ unterworfen sein⁹⁷. Nur bei einem Streitgegenstand solcher Art könnten nämlich die Parteien darüber befinden, „ob, wann, in welchem Umfang und wie lange sie als Kläger Rechte gerichtlich geltend machen wollen und ob sie als Beklagte die eingeklagten Ansprüche anerkennen wollen“⁹⁸. Folglich könnten auch nur dem Verfügungsgrundsatz unterliegende Forderungen ohne vorgängige gerichtliche Überprüfung vollstreckt werden, wie das bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde der Fall ist⁹⁹. In diesem Zusammenhang angeführt wird das – freilich von vornherein besonders gelagerte – Beispiel des Unterhaltsanspruchs des Kindes gegenüber seinen Eltern¹⁰⁰: Finanzielle Unterhaltsverpflichtungen des Vaters gegenüber seinem unmündigen Sohn könnten nicht Gegenstand einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde bilden, weil das Gericht gestützt auf eine von Amtes wegen vorzunehmende Sachverhaltsabklärung (Untersuchungsgrundsatz; vgl. Art. 145 Abs. 1, Art. 254 Ziff. 1 und besonders Art. 280 Abs. 2 ZGB bzw. neu Art. 296 ZPO) und ohne Bindung an die Parteianträge – mithin unter Geltung der *Offizialmaxime* (so neu ausdrücklich Art. 296 Abs. 3 ZPO) – den Unterhaltsbeitrag festsetzt^{101 102}.

Nach hier vertretener Ansicht hat indessen eine Begrenzung der Leistungen, die der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zugänglich sind, nicht über die *Dispositionsmaxime* – bzw. die Nichtanwendbarkeit der Untersuchungs- und *Offizialmaxime* – zu erfolgen. Unabdingbar ist demgegenüber selbstverständ-

⁹⁴ BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 55 zu Art. 163 ZGB; Handkomm-SCHMID, N. 9 zu Art. 163 ZGB

⁹⁵ Zu allgemein deshalb GASSER, S. 343, und GASSER/RICKLI, N. 2 zu Art. 348 ZPO, welche familienrechtliche Unterhaltsverpflichtungen ohne jeden einschränkenden Hinweis zum möglichen „Gegenstand einer vollstreckbaren Urkunde“ erklären.

⁹⁶ Die *Dispositionsmaxime* – oder der Verfügungsgrundsatz – besagt, dass der Staat Rechtsschutz nur zu gewähren hat, „wenn, soweit und solange es von ihm verlangt wird“; so KUMMER, S. 80.

⁹⁷ So VISINONI-MEYER, S. 70; GÜNTHER, S. 211.

⁹⁸ So die Umschreibung der *Dispositionsmaxime* bei VOGEL/SPÜHLER, 6. Kap. Rz. 6.

⁹⁹ Zum Ganzen VISINONI-MEYER, S. 70 f.; ferner auch GÜNTHER, S. 211.

¹⁰⁰ Das Beispiel ist insofern besonders gelagert und damit atypisch, als das als schwächere Partei zu schützende Kind in Bezug auf seine Unterhaltsbeiträge nicht Schuldner, sondern Gläubiger ist. Vgl. dazu die Ausführungen weiter im Text.

¹⁰¹ Vgl. auch BGer 5P.460/2000 vom 24. April 2001, wonach für die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen für unmündige Kinder die *Offizialmaxime* und der Untersuchungsgrundsatz gelten.

¹⁰² In diesem Sinne argumentierend VISINONI-MEYER, S. 70 f., und GÜNTHER, S. 210 f.

lich, dass der mit der Statuierung des Verfügungsgrundsatzes bezweckte Schutz schwächerer Personen – namentlich Minderjähriger und anderer nicht oder nur beschränkt geschäftsfähiger Personen – auch im Verfahren zur Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gewährleistet wird. Generell darf der *Notar* im Beurkundungsverfahren nicht dulden, dass der sich unterwerfende Schuldner zwingende Regeln des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts ausser Kraft setzt¹⁰³. Der Schutz schwächerer Personen ausserhalb eines Gerichtsverfahrens kann nun allerdings naturgemäss nicht über die Untersuchungs- und *Offizialmaxime* erfolgen, sondern wird auf andere Weise realisiert, regelmässig durch gesetzlich statuierte *Zustimmungserfordernisse* zu rechtsgeschäftlichen Handlungen (vgl. allgemein Art. 19 Abs. 1 ZGB, weiter etwa Art. 410 f. ZGB oder auch Art. 169 ZGB). U.E. ist denn die zum Schutz schwächerer Personen erforderliche Abgrenzung der der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zugänglichen Leistungen auf die soeben umschriebene Weise und damit über das wirksame Zustandekommen des Rechtsgrundes vorzunehmen. Der Rechtsgrund ist in der vollstreckbaren Urkunde zu erwähnen (Art. 347 lit. b ZPO)¹⁰⁴, und es ist in der Urkunde ebenfalls eine Schuldanerkennung abzugeben (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO)¹⁰⁵. Soweit der Rechtsgrund zum Schutze Beteiligter weiterer Zustimmungen bedarf – namentlich seitens des gesetzlichen Vertreters oder von Erwachsenenschutz- bzw. Kindesschutzbehörden – ist der Zugang zur vollstreckbaren Urkunde über das wirksame Zustandekommen des Rechtsgrundes bzw. der Schuldanerkennung – und nicht über die *Dispositionsmaxime* – zu beschränken. Bezogen auf das Beispiel des Kindesunterhaltsbeitrages ist freilich zu präzisieren, dass das zu schützende Kind gerade nicht als Schuldner auftritt und sich in der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gerade nicht unterwirft, sondern gegenteils Gläubiger der Leistung ist¹⁰⁶. Dennoch bleibt das Kind auch als berechtigte Partei zu schützen, etwa vor einem zu tiefen Unterhaltsbeitrag. Damit ergibt sich Folgendes: Wird der Kindesunterhalt im Rahmen eines Gerichtsverfahrens festgesetzt, erfolgt der Schutz des Kindes u.a. durch die prozessrechtlichen Grundsätze der Untersuchungs- und der *Offizialmaxime*. Wird der Kindesunterhaltsbeitrag dagegen ausserhalb eines Zivilprozesses festgesetzt – und ausschliesslich in diesem Fall wird eine allfällige Errichtung einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde in Betracht kommen –, sieht das materielle Recht zum Schutz des Kindes vor, dass dieses durch einen gesetzlichen Vertreter handelt und Unterhaltsverträge für das Kind erst mit der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde verbindlich werden (Art. 287 Abs. 1 ZGB). Mithin bedarf die Herstellung des für die vollstreck-

¹⁰³ Siehe ebenso für Deutschland WOLFSTEINER, Rz. 17.21 ff.

¹⁰⁴ Dazu V.2.4. hienach.

¹⁰⁵ Dazu Näheres V.2.6. hienach.

¹⁰⁶ Siehe auch schon den Hinweis bei Fn. 100 vorne.

bare öffentliche Urkunde notwendigen Rechtsgrundes (vgl. Art. 347 lit. b ZPO) für das Wirksamwerden der Zustimmung einer Behörde.

Der Gedanke, dass der *Schutz* schwächerer Personen im Rahmen der Errichtung vollstreckbarer öffentlicher Urkunden (auch) *über das wirksame Zustandekommen des Rechtsgrundes bzw. der Schuldanererkennung* gewährleistet wird, ist u.E. *verallgemeinerungsfähig*, was den Rückgriff auf das Erfordernis der Dispositionsmaxime entbehrlich macht¹⁰⁷.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass über den in Art. 348 ZPO hinaus erwähnten Katalog weitere privatrechtliche Leistungen bestehen, die – aus im Einzelnen unterschiedlichen Gründen – der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres zugänglich sind. Die Prüfung durch den Notar darf deshalb nicht bei Art. 348 ZPO Halt machen.

2.3. Ausdrückliche Anerkennung der direkten Vollstreckung durch die verpflichtete Partei (Art. 347 lit. a ZPO)

a) Grundsätzliches

Gemäss Art. 347 lit. a ZPO muss die verpflichtete Partei in der Urkunde *ausdrücklich erklären*, dass sie die *direkte Vollstreckung anerkennt* (sog. *Unterwerfungserklärung*)¹⁰⁸. Die Erklärung muss ausdrücklich sein, weil mit ihr das der Vollstreckung üblicherweise vorgelagerte Gerichtsverfahren ausgeschaltet wird¹⁰⁹. Eine bloss konkludente Anerkennung der direkten Vollstreckbarkeit ist deshalb ungenügend.

Das Erfordernis der ausdrücklichen Unterwerfungserklärung bezweckt den Schutz der verpflichteten Partei. Es handelt sich um ein „beschränkendes bzw. den Schuldner warnendes Element“¹¹⁰. Die Unterwerfungserklärung stellt das eigentliche *Kernstück* der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde dar. Dementsprechend aktualisiert sich in ihrem Zusammenhang auch besonders –

¹⁰⁷ M.a.W. lässt sich auch sagen, dass Leistungen der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zugänglich sind, soweit die Privatautonomie – zu welcher die Dispositionsmaxime das prozessuale Gegenstück darstellt; vgl. VOGEL/SPÜHLER, 6. Kap. Rz. 7 – reicht.

¹⁰⁸ Der Gesetzeswortlaut von Art. 347 lit. a ZPO ist insofern missverständlich, als es bei der Anerkennung der direkten Vollstreckung nicht um den in Art. 337 ZPO geregelten Fall geht, wonach direkte Vollstreckung möglich ist, wenn bereits das urteilende Gericht konkrete Vollstreckungsmassnahmen angeordnet hat. Unter direkter Vollstreckung im hier interessierenden Zusammenhang ist vielmehr die direkte Vollstreckung ohne Erkenntnisverfahren zu verstehen; vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 63.

¹⁰⁹ Siehe VISINONI-MEYER, S. 86.

¹¹⁰ Vgl. so VISINONI-MEYER, S. 86; in diesem Sinne auch GÜNTHER, S. 214.

aber keineswegs ausschliesslich – die notarielle Rechtsbelehrungspflicht¹¹¹
¹¹².

b) Rechtsnatur

aa) Einleitende Bemerkungen

In der Schweiz hat bisher naturgemäss keine vertiefte, umfassende Diskussion über die Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung stattgefunden¹¹³. Demgegenüber war in der deutschen Doktrin früher stark umstritten, ob es sich bei der Unterwerfungserklärung um eine privatrechtliche Willenserklärung, eine prozessuale Willenserklärung oder eine Mischung aus beidem handle¹¹⁴. Auf die Kontroverse ist an dieser Stelle einzugehen, weil sie sich mit Einführung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde durch die Zivilprozessordnung nun auch für die Schweiz stellt und weil sich aus der Qualifikation der Unterwerfungserklärung einige wichtige rechtliche Konsequenzen ergeben¹¹⁵. Sogleich zu betonen ist dabei allerdings auch, dass die Bedeutung der Frage nach der Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung nicht überschätzt werden sollte¹¹⁶. Die derzeit offenen Fragen im Zusammenhang mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde dürfen nicht durch unkritisches Schubladendenken – oder gar alleine anhand der Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung – entschieden werden¹¹⁷, sondern sind aufgrund einer Analyse der jeweils involvierten materiellrechtlichen, prozessrechtlichen und notariatsrechtlichen Aspekte zu beurteilen.

bb) Deutschland

In der deutschen Literatur wird zugunsten einer Qualifikation der Unterwerfungserklärung als privatrechtliche Willenserklärung in der Gestalt eines einseitigen Rechtsgeschäftes vorgebracht, dass der Schuldner die Erklärung als „Privatperson im Rahmen ihrer privatrechtlichen Belange“ abgebe. Die Unterwerfungserklärung sei deshalb ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nicht ein solcher der Prozessführung¹¹⁸. Die Gegenmeinung hält dafür, die Unterwerfungserklärung betreffe zwar nicht unmittelbar den Prozess im

¹¹¹ Vgl. Botschaft, S. 7388.

¹¹² Zur Rechtsbelehrungspflicht Näheres V.4.4.d. hienach.

¹¹³ Thematisiert wird die Frage bei VISINONI-MEYER, S. 96 f.

¹¹⁴ Siehe zur deutschen Lehre und Rechtsprechung namentlich die Darstellungen bei KOPP, S. 10 ff., und VISINONI-MEYER, S. 86-95, beide m.w.H.

¹¹⁵ Dazu gehören die grundsätzlich bindende Wirkung der Unterwerfungserklärung und ihre Gebundenheit an die beteiligten Personen; vgl. V.2.3.c.bb. und cc. hienach.

¹¹⁶ Siehe für Näheres dazu V.2.3.c.aa.

¹¹⁷ Zutreffend WOLFSTEINER, Rz. 11.9.

¹¹⁸ Zum Ganzen KOPP, S. 11.

engeren Sinne, aber sie schaffe einen Vollstreckungstitel. Die Vollstreckung ihrerseits sei eine staatlichen Organen vorbehaltene, hoheitliche Befugnis, weshalb öffentliches und nicht privates Recht zur Anwendung gelange. Damit aber stelle die Unterwerfungserklärung eine prozessuale Willenserklärung dar¹¹⁹. Eine dritte, vermittelnde Auffassung geht von einer Doppelnatur der Unterwerfungserklärung als einer sowohl privatrechtlichen als auch prozessrechtlichen Willenserklärung aus¹²⁰. Nach der heutigen, nunmehr „fast völlig herrschenden Lehre“¹²¹ in Deutschland ist die Unterwerfungserklärung ausschliesslich auf die Schaffung eines Vollstreckungstitels gerichtet und deshalb einzig als streng *einseitige Prozesshandlung* zu qualifizieren¹²².

cc) Beurteilung für die Schweiz

Für die Schweiz ist die Unterwerfungserklärung i.S.v. Art. 347 lit. a ZPO nach hier vertretener Ansicht ebenfalls als *einseitige Willenserklärung prozessrechtlicher Art* zu qualifizieren¹²³.

Die ausdrückliche Anerkennung der direkten Vollstreckung durch die verpflichtete Partei zeitigt *keinerlei Auswirkungen auf die materiellrechtliche Rechtslage*, d.h. sie kann materiellrechtliche Ansprüche weder begründen, noch verändern, noch aufheben¹²⁴. Ihr Gegenstand ist vielmehr ein solcher des Zivilprozessrechts, indem mit ihr gewisse vollstreckungsrechtliche Folgen erzeugt werden. Es handelt sich deshalb nicht um eine privatrechtliche Willenserklärung. Andererseits ist die Unterwerfungserklärung auch nicht eine im Rahmen eines Zivilprozesses stattfindende Handlung, sondern sie wird in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, nämlich einem notariellen Beurkundungsverfahren, abgegeben. Sie ist deshalb zwar nicht eine Prozesshandlung im engeren Sinne, aber doch eine *Prozesshandlung im weiteren, funktionalen Sinne*, indem dem Gläubiger damit ein Titel zur Vollstreckung verschafft wird, ohne den er ein gerichtliches Verfahren anstrengen müsste¹²⁵.

¹¹⁹ KOPP, S. 14 f.

¹²⁰ KOPP, S. 11.

¹²¹ So WOLFSTEINER, RZ. 11.10.

¹²² MünchKomm-WOLFSTEINER, N. 145 zu § 794 ZPO, m.w.H. auf Rechtsprechung und Literatur; KOPP, S. 15 und S. 28 ff.; WOLFSTEINER, RZ. 11.10.

¹²³ Siehe so auch VISINONI-MEYER, S. 96 f., wonach es sich bei der Unterwerfungserklärung – entsprechend der herrschenden Meinung in Deutschland – um eine einseitige Prozesshandlung handle.

¹²⁴ Ebenso für Deutschland MünchKomm-WOLFSTEINER, N. 145 zu § 794 ZPO; DERS., RZ. 11.16.

¹²⁵ Siehe dazu auch KOPP, S. 30 ff. und 34 f.

Im Weiteren ist die Anerkennung der direkten Vollstreckung eine *einseitige Erklärung der verpflichteten Partei*¹²⁶. Sie muss durch die berechtigte Partei nicht angenommen werden, und zwar auch dann nicht, wenn der materiellrechtliche Anspruch, auf den sich die Unterwerfung bezieht, zu seiner Entstehung der Annahme des Berechtigten bedarf¹²⁷. M.a.W. bleibt die Anerkennung der direkten Vollstreckung auch für auf zweiseitigen (oder mehrseitigen) Rechtsgeschäften gründende Ansprüche – wie z.B. solche aus einem Kauf- oder Darlehensvertrag – eine einseitige Erklärung, und das auch dann, wenn sie zusammen mit einem seinerseits zweiseitigen materiellen Rechtsgrundgeschäft – z.B. einem Kaufvertrag – unter Beizug von zwei Parteien öffentlich beurkundet wird.

Im Ergebnis erweist sich die in öffentlicher Urkunde vorzunehmende ausdrückliche Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckung als *eine vom Verpflichteten abgegebene, einseitige, dem Prozessrecht angehörende Willenserklärung*.

c) Folgen der Qualifikation als prozessrechtliche Willenserklärung

aa) Allgemeines

Wie soeben dargelegt¹²⁸ ist die Anerkennung der direkten Vollstreckung (Unterwerfungserklärung) als einseitige, prozessrechtliche Willenserklärung der verpflichteten Partei zu qualifizieren. Nach hier vertretener Ansicht wäre es allerdings nicht richtig, auf die Unterwerfungserklärung unbesehen alle Voraussetzungen und Konsequenzen einer prozessrechtlichen Erklärung im eigentlichen Sinne anzuwenden. Zu berücksichtigen bleibt nämlich, dass die Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckung nicht vor dem Richter, sondern vor dem Notar erfolgt, und zwar in einem Verfahren, das nicht auf die Durchsetzung streitiger Rechte angelegt ist, sondern auf die Beurkundung privatrechtlicher Verhältnisse¹²⁹. Die *Unterwerfungserklärung darf* deshalb trotz ihrer prozessualen Rechtsnatur *nicht schematisch den für den streitigen Zivilprozess entwickelten Prozesshandlungsvoraussetzungen gleichgestellt werden*¹³⁰. Die Eignung dieser Regeln zur Anwendung in einem Beurkundungsverfahren als einem nichtstreitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist zweifelhaft und für die Schweiz nicht einmal ansatzweise disku-

¹²⁶ Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 347 lit. a ZPO.

¹²⁷ Vgl. auch MünchKomm-WOLFSTEINER, N. 145 zu Art. 794 ZPO; DERS., RZ. 11.13. V.2.3.b.cc. soeben.

¹²⁹ WOLFSTEINER, RZ. 11.10.

¹³⁰ Ebenso für Deutschland WOLFSTEINER, RZ. 11.12.

tiert¹³¹. Ein Weiteres kommt hinzu: Die Erklärung der Anerkennung der direkten Vollstreckung steht regelmässig in engem *Zusammenhang mit der Abgabe materiell-privatrechtlicher Willenserklärungen*¹³². Gemäss dem Gesetzeswortlaut hat die vollstreckbare öffentliche Urkunde nicht nur die prozessrechtliche Unterwerfungserklärung zu enthalten, sondern auch die materiellrechtliche *Schuldanererkennung* (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO)¹³³ und die *Erwähnung des Rechtsgrundes* (Art. 347 lit. b ZPO)¹³⁴. Überdies ist denkbar – wenn auch nicht zwingend –, dass das Rechtsgrundgeschäft als solches und die Anerkennung der direkten Vollstreckung in der gleichen öffentlichen Urkunde beurkundet werden. Nach hier vertretener Ansicht gilt es deshalb wo immer möglich zu verhindern, dass das in der Urkunde enthaltene materielle Rechtsgeschäft in Anwendung materiellrechtlicher Normen als unwirksam, die Unterwerfungserklärung dagegen in Anwendung prozessrechtlicher Normen als wirksam beurteilt wird und umgekehrt¹³⁵. Es wird im Einzelnen an der Praxis sein, dazu die geeigneten Beurteilungsgrundsätze zu entwickeln. Dabei hat u.E. Leitstern zu sein, dass für die vollstreckbare öffentliche Urkunde wo möglich ein *Gleichlauf von materiellrechtlichen und prozessrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen* hergestellt wird¹³⁶. In diesem Zusammenhang wird in der Rechtsanwendung für jede einzelne Frage zu prüfen sein, ob die Regeln des Zivilprozessrechts anwendbar sind oder ob auf allgemeine Grundsätze des materiellen Zivilrechts zurückzugreifen ist¹³⁷.

Nach dem Gesagten ist die vorgenommene Qualifikation der Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckung in ihrer Bedeutung zu relativieren. So sind nach hier vertretener Ansicht namentlich die Handlungsvoraussetzungen nach materiellrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen¹³⁸. Immerhin ergeben sich aber aus der prozessrechtlichen Natur der Unterwerfungserklärung zwei wichtige Konsequenzen, auf die nachfolgend einzugehen ist, nämlich die bindende Wirkung¹³⁹ und die Gebundenheit an die Person von Verpflichtetem und Berechtigtem¹⁴⁰.

¹³¹ Siehe ähnlich für die Situation in Deutschland WOLFSTEINER, Rz. 11.10; so zum Ganzen auch schon in der Voraufgabe (2. Auflage, München 2000) MünchKomm-WOLFSTEINER, N. 147 zu § 794 ZPO.

¹³² WOLFSTEINER, Rz. 11.10.

¹³³ Dazu V.2.6. hienach.

¹³⁴ Dazu V.2.4. hienach.

¹³⁵ Zutreffend WOLFSTEINER, Rz. 11.10.

¹³⁶ So für Deutschland WOLFSTEINER, Rz. 11.10.

¹³⁷ WOLFSTEINER, Rz. 11.12.

¹³⁸ Dazu V.4.4.c. hinten.

¹³⁹ V.2.3.c.bb. sogleich.

¹⁴⁰ V.2.3.c.cc. hienach.

bb) Einseitige prozessrechtliche Erklärung mit bindender Wirkung

Die Unterwerfungserklärung ist eine einseitige Erklärung des Verpflichteten¹⁴¹. Der Gläubiger aus dem Rechtsgrundgeschäft, zu dessen Gunsten die Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckbarkeit der Leistung erfolgt, muss die Annahme nicht erklären. Die Unterwerfung hat keinen vertraglichen Charakter¹⁴². Gegenstand der öffentlichen Beurkundung sind deshalb auch nur die Erklärungen des Schuldners¹⁴³. Der Gläubiger braucht dabei nicht anwesend zu sein¹⁴⁴.

Trotz ihres einseitigen – mithin nicht vertraglichen – Charakters ist die Unterwerfungserklärung von *bindender Wirkung*. Das ist eine Folge ihrer prozessrechtlichen Natur. Der Erklärende kann deshalb seine Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckung nicht mit dem Hinweis darauf widerrufen, der Berechtigte habe sie nicht angenommen¹⁴⁵. Offen ist, ob eine einseitige Anfechtung der Unterwerfungserklärung bei Vorliegen von Willensmängeln möglich bleibt¹⁴⁶ ¹⁴⁷. Dagegen spricht an sich die prozessrechtliche Natur der Anerkennung der direkten Vollstreckung¹⁴⁸. Demgegenüber gilt für öffentliche Urkunden mit materiell zivilrechtlichem Inhalt, dass die öffentliche Beurkundung Willensmängel nicht auszuschliessen und diese auch nicht zu heilen vermag¹⁴⁹. Überträgt man diesen Gedanken auf die vollstreckbare öffentliche Urkunde, wäre Willensmängelanfechtung zuzulassen. U.E. ist denn die Unterwerfungserklärung grundsätzlich einseitig wegen Willensmangels anfechtbar; eine entsprechende Anfechtung ist auch im Vollstreckungsverfahren möglich, allerdings nur unter der Voraussetzung der sofortigen Beweisbarkeit (vgl. Art. 351 Abs. 1 ZPO und Art. 81 Abs. 2 SchKG)¹⁵⁰.

¹⁴¹ Vgl. V.2.3.b.cc. hievov.

¹⁴² Vgl. KOPP, S. 64.

¹⁴³ Dazu näher V.4.2. hienach.

¹⁴⁴ Vgl. VISINONI-MEYER, S. 78 f. und 102.

¹⁴⁵ Siehe ebenso für das deutsche Recht WOLFSTEINER, Rz. 11.13.

¹⁴⁶ Verneinend für Deutschland WOLFSTEINER, Rz. 29.6 f., wonach bei Wirksamwerden der vollstreckbaren Urkunde nur noch das Gegenstand der Unterwerfung bindende Rechtsgrundgeschäft angefochten werden kann.

¹⁴⁷ Davon zu unterscheiden ist die ihrerseits natürlich mögliche Anrufung von Willensmängeln gegenüber dem Rechtsgrundgeschäft als solchem.

¹⁴⁸ So denn auch VISINONI-MEYER, S. 97 ff., welche gestützt auf die prozessrechtliche Natur der Unterwerfungserklärung eine Willensmängelanfechtung im Vollstreckungsverfahren ablehnt.

¹⁴⁹ RUF, Rz. 282.

¹⁵⁰ Würde die Willensmängelanfechtung für die Unterwerfungserklärung entgegen der hier vertretenen Ansicht nicht zugelassen, bedeutete dies ein Novum für in öffentlicher Urkunde abgegebene Willenserklärungen, welches bisher freilich solche des materiellen Rechts und nicht des Prozessrechts waren.

cc) Gebundenheit an die Person des Verpflichteten und des Berechtigten

Als weitere Folge der prozessrechtlichen Natur der Unterwerfungserklärung ergibt sich ihre Gebundenheit an die Person sowohl des Verpflichteten als auch des Berechtigten. Die damit hergestellte unmittelbare Vollstreckbarkeit ist eine *prozessrechtliche Verstärkung des materiellen Rechtsanspruchs*, aber *kein materielles Nebenrecht*¹⁵¹. Allgemein vermag die Anerkennung der direkten Vollstreckung keinerlei materielle Rechtswirkungen herbeizuführen¹⁵². Bei einer Zession des Anspruchs oder einer Schuldübernahme geht deshalb die direkte Vollstreckbarkeit nicht auf den neuen Gläubiger bzw. den neuen Schuldner über (vgl. demgegenüber Art. 170 OR für die Vorzugs- und Nebenrechte bei einer Zession und Art. 178 OR für die Nebenrechte bei einer Schuldübernahme). Dies gilt auch für eine Universalsukzession wie namentlich einen Erbgang (vgl. Art. 560 ZGB) oder eine Fusion. Wenn allerdings die Vollstreckung bereits begonnen hat – was bei Geldleistungen mit Stellung des Betreibungsbegehrens bzw. bei Realleistungen mit Stellung des Begehrens um Zustellung i.S.v. Art. 350 ZPO der Fall ist –, so ist ein Parteiwechsel im Rahmen des Prozessrechts möglich (Art. 83 ZPO, Art. 77 SchKG)¹⁵³.

Die Unterwerfungserklärung *wirkt somit nicht gegenüber Rechtsnachfolgern* des Verpflichteten und des Berechtigten¹⁵⁴. Nach hier vertretener Ansicht *kann* die Unterwerfungserklärung überhaupt *nicht übertragen werden*¹⁵⁵ – nicht auf Seiten des Verpflichteten bzw. Schuldners und nicht auf Seiten des Berechtigten bzw. Gläubigers –, weil sie keinen Rechtsgrund des materiellen Privatrechts darstellt, sondern eine prozessrechtliche Erklärung. Bei jedem Schuldner- oder Gläubigerwechsel muss folglich zur Aufrechterhaltung der prozessrechtlichen Wirkung einer abgegebenen Unterwerfungserklärung eine neue vollstreckbare öffentliche Urkunde im Verhältnis zwischen der neu verpflichteten und/oder der neu berechtigten Person errichtet werden.

¹⁵¹ GASSER/RICKLI, N. 10 zu Art. 347 ZPO.

¹⁵² Vgl. V.2.3.b.cc. hievor.

¹⁵³ GASSER/RICKLI, N. 10 zu Art. 347 ZPO.

¹⁵⁴ Vgl. so für Rechtsnachfolger des Verpflichteten auch SCHMID, S. 29. Gemäss SCHMID, S. 30, kann allerdings dem Rechtsnachfolger des Berechtigten eine vollstreckbare Ausfertigung ausgestellt werden, so dass unklar bleibt, ob nach diesem Autor die Wirkung sich in Bezug auf die Person des Berechtigten auch auf den Rechtsnachfolger erstrecken soll, was von der hier vertretenen Auffassung abweichen würde.

¹⁵⁵ In dieser Hinsicht nicht eindeutig GASSER/RICKLI, N. 10 zu Art. 347 ZPO, wo von „nicht automatisch übertragen“ die Rede ist, was die Möglichkeit einer – u.E. ebenfalls ausgeschlossenen – besonderen rechtsgeschäftlichen, aber eben nicht automatischen Übertragung offen lässt.

d) Formulierungsbeispiel

Entsprechend dem Bericht zum Vorentwurf¹⁵⁶ kann eine Erklärung wie folgt lauten:

„Vor dem unterzeichnenden Notar X ist heute Y erschienen mit dem Ersuchen um öffentliche Beurkundung der folgenden Willenserklärung:

Ich anerkenne, Z aus Darlehen vom 5. Januar 2011 den Betrag von CHF 50'000.-- (fünfzigtausend Franken) zu schulden. Das Darlehen ist jederzeit auf drei Monate kündbar. Für den Betrag von CHF 50'000.-- (fünfzigtausend Franken) anerkenne ich die unmittelbare Vollstreckung im Sinne von Art. 347 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung.“

2.4. Erwähnung des Rechtsgrundes der geschuldeten Leistung (Art. 347 lit. b ZPO)

a) Grundsätzliches

Der *Rechtsgrund* (gleichbedeutend *causa*, Verpflichtungsgrund, Rechtsgrundgeschäft, Verpflichtungsgeschäft) der geschuldeten Leistung ist in der Urkunde *zu erwähnen* (Art. 347 lit. b ZPO). Der Verpflichtungsgrund – etwa Kauf, Darlehen – muss somit angegeben werden. Ein abstraktes Schuldversprechen i.S.v. Art. 17 OR genügt nicht und kann nicht vollstreckt werden¹⁵⁷.

Das Erfordernis der Erwähnung des Rechtsgrundes ergibt sich daraus, dass mit Blick auf die Vollstreckung eindeutig sein muss, worum es geht. Die Situation erweist sich als ähnlich wie beim Betreibungsbegehren, für das gegebenenfalls auch der Grund der Forderung anzugeben ist (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG)¹⁵⁸.

b) Erwähnung des Rechtsgrundes und Rechtsgrundgeschäft

Der Rechtsgrund bzw. das Verpflichtungsgeschäft – z.B. der Kauf- oder Darlehensvertrag – muss in der vollstreckbaren Urkunde nur erwähnt, nicht auch selber öffentlich beurkundet werden. Es ist mithin *im Rahmen der Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde nicht erforderlich, das ganze Verpflichtungsgeschäft öffentlich zu beurkunden*¹⁵⁹. Das gilt aber nur für die Beurkundung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde als solcher. Im Einzelnen ist zu differenzieren.

¹⁵⁶ S. 158. Vgl. für Formulierungsbeispiele auch MEIER, S. 440; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 63 i.f.

¹⁵⁷ Vgl. Botschaft, S. 7388; GASSER/RICKLI, N. 11 zu Art. 347 ZPO.

¹⁵⁸ Vgl. GASSER, S. 342.

¹⁵⁹ Botschaft, S. 7388; SCHÜTZ, Rz. 858; GASSER/RICKLI, N. 11 zu Art. 347 ZPO.

Bedarf das Rechtsgrundgeschäft selber zu seiner Entstehung der Form der öffentlichen Beurkundung, so ist natürlich das entsprechende Verpflichtungsgeschäft – z.B. ein Grundstückkaufvertrag (Art. 216 Abs. 1 OR, Art. 657 Abs. 1 ZGB) – unter Beachtung aller massgebenden zivilrechtlichen und notariatsrechtlichen Vorschriften öffentlich zu beurkunden. Rechtsgrundgeschäft und vollstreckbare öffentliche Urkunde können separat beurkundet werden. Es steht aber nichts entgegen, die Beurkundung sowohl des Rechtsgrundgeschäfts als auch der Vollstreckbarkeit in einer öffentlichen Urkunde vorzunehmen. Dabei ist den sich aus dem unterschiedlichen Gegenstand der Beurkundung – materiellrechtliches Geschäft einerseits, vollstreckbare öffentliche Urkunde andererseits – ergebenden Eigenheiten Rechnung zu tragen. So hat der Notar z.B. bei einem mit vollstreckbarer öffentlicher Urkunde zu versehenen Grundstückkaufvertrag zu beachten, dass der Kaufvertrag als zweiseitiges Rechtsgrundgeschäft materiellrechtliche Willenserklärungen beider Parteien – Verkäufer und Käufer – enthält, die Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckung dagegen – selbst dann, wenn sie von beiden Parteien je für ihre eigenen Leistungspflichten abgegeben wird – jeweils eine einseitige prozessrechtliche Erklärung darstellt¹⁶⁰. Die Beurkundung von beurkundungspflichtigem Rechtsgeschäft und vollstreckbarer Urkunde in einer öffentlichen Urkunde ist u.E. einer getrennten Beurkundung vorzuziehen. Die vollstreckbare öffentliche Urkunde hat nämlich u.a. den Rechtsgrund zu erwähnen (Art. 347 lit. b ZPO), die Leistungspflicht so präzise als möglich zu bezeichnen (Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO) und eine Schuldanerkennung zu enthalten (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO). Diese in Zusammenhang mit dem materiellrechtlichen Anspruch stehenden gesetzlichen Erfordernisse an den Inhalt der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde lassen sich am besten durch eine gemeinsame Beurkundung von Rechtsgrundgeschäft und vollstreckbarer Urkunde erfüllen¹⁶¹. Eine vollstreckbare öffentliche Urkunde kann aber auch nachträglich für Leistungen aus einem vorgängig bereits beurkundeten Rechtsgrundgeschäft errichtet werden. Auch in eine solche nachträglich und ausserhalb des schon formgerecht vorhandenen Rechtsgrundgeschäftes beurkundete vollstreckbare Urkunde sind alle von Art. 347 ZPO verlangten, einzelnen Elemente aufzunehmen.

Ist das Rechtsgrundgeschäft seinerseits nicht der Form der öffentlichen Beurkundung bedürftig, so braucht – wie schon erwähnt¹⁶² – in der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde der Rechtsgrund nur erwähnt zu werden, während eine Beurkundung des Verpflichtungsgeschäftes nicht erforderlich ist. Eine vollstreckbare öffentliche Urkunde kann auf solche Weise auch nachträglich über

¹⁶⁰ Zur Einseitigkeit der Unterwerfungserklärung V.2.3.b.cc. hievor.

¹⁶¹ Zu Zuständigkeitsfragen in diesem Zusammenhang V.4.5.c. hienach.

¹⁶² V.2.4.b. i.i.

Leistungen errichtet werden, die vorgängig formlos oder mit einfacher Schriftlichkeit vereinbart wurden¹⁶³. In jedem Fall sind in die vollstreckbare Urkunde alle von Art. 347 ZPO verlangten Angaben aufzunehmen.

c) Arten von Rechtsgründen

In der schweizerischen Diskussion im Zusammenhang mit dem Rechtsgrund gemäss Art. 347 lit. b ZPO ist bisher praktisch ausschliesslich ein vertraglicher Rechtsgrund erwähnt worden. Das wird in der Tat für die vollstreckbare öffentliche Urkunde der praktisch häufigste Fall sein. Feststehen dürfte aber, dass der Rechtsgrund nicht nur einem *zweiseitigen*, sondern auch einem *einseitigen* oder aber einem *mehrseitigen Rechtsgeschäft* – wie einem Gesellschaftsvertrag – entspringen kann¹⁶⁴. U.E. kann der Rechtsgrund der Leistung aber nicht nur einem Rechtsgeschäft, sondern auch dem *Gesetz* entstammen; mithin sind grundsätzlich auch vollstreckbare öffentliche Urkunden über deliktische Ansprüche aus Art. 41 ff. OR oder über solche aus Bereicherung (Art. 62 ff. OR) oder Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) zulässig. Des Weiteren kann der Rechtsgrund grundsätzlich auch ein solcher von Todes wegen sein, allerdings erst unter den im Erbgang nach dem Ableben des Erblassers Beteiligten, mithin aus bereits verwirklichter Erben- oder Vermächtnisnehmerstellung¹⁶⁵. Die prinzipielle Begrenzung möglicher Rechtsgründe ergibt sich letztlich aus den generell der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zugänglichen Leistungen¹⁶⁶. Weiter zu beachten ist in diesem Zusammenhang namentlich auch, dass die Leistung genügend bestimmt sein muss (Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO).

d) Besondere Fälle

Rechtsgrund einer Leistung kann eine *Novation* (Art. 116 f. OR) sein. Dabei findet Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen statt (Art. 116 Abs. 1 OR). Mittels Neuerung dürfen u.E. nicht ursprüngliche Leistungspflichten, die der vollstreckbaren Urkunde nicht zugänglich sind, zum Gegenstand einer solchen gemacht werden. Wird als Rechtsgrund eine Novation erwähnt, so hat deshalb die Urkundsperson zu prüfen, ob der ursprüngliche Rechtsgrund Gegenstand einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde bilden

¹⁶³ Botschaft S. 7388; Bericht zum Vorentwurf, S. 158. Siehe auch GASSER/RICKLI, N. 11 zu Art. 347 ZPO.

¹⁶⁴ Ebenso SCHÜTZ, Rz. 853.

¹⁶⁵ Eine Unterwerfung bereits durch den Erblasser selbst ist u.E. angesichts der besonderen Natur der Verfügungen von Todes wegen und der damit begründeten Rechte ausgeschlossen.

¹⁶⁶ Dazu V.2.2. hievor.

kann, d.h. namentlich nicht unter den Ausnahmekatalog von Art. 348 ZPO fällt¹⁶⁷.

Sanktionslose Obligationen (Naturalobligationen, sittliche Pflichten) sind rechtlich nicht inexistent, aber unvollkommen. Ihre Erfüllung kann nicht durch Klage und Vollstreckung durchgesetzt werden¹⁶⁸. Leistungen aus sanktionslosen Obligationen – etwa aus Spiel und Wette (Art. 513 Abs. 1 OR) – können deshalb nicht Gegenstand einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde sein¹⁶⁹.

Findet nach Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ein *Austausch des Rechtsgrundes* statt, so ist die Unterwerfungserklärung für den neuen, an die Stelle des ursprünglichen getretenen Rechtsgrund nicht wirksam. Der neue Rechtsgrund war im Zeitpunkt der Beurkundung der vollstreckbaren Urkunde nicht vorhanden und deshalb der Prüfung durch den Notar nicht zugänglich. Zudem kann er in der Urkunde naturgemäss auch nicht zutreffend erwähnt werden. Im Ergebnis würden damit die Voraussetzungen der Erwähnung des Rechtsgrundes (Art. 347 lit. b ZPO), der genügenden Bestimmtheit der Leistung und der Schuldanererkennung (Art. 347 lit. c Ziff. 1 und 2 ZPO) insgesamt oder zumindest teilweise umgangen. Über den neuen Rechtsgrund muss deshalb – soll auch die daraus fließende Leistungspflicht prozessrechtlich verstärkt werden – eine neue vollstreckbare Urkunde errichtet werden. Entsprechendes gilt auch für die *nachträgliche Ersetzung eines Primäranspruches durch Sekundäransprüche*. So gilt u.E. eine für vertragliche Leistungspflichten errichtete vollstreckbare öffentliche Urkunde nicht für daraus entstehende Schadenersatzansprüche, weil deren Rechtsgrund, Bestimmtheit und Anerkennung im Zeitpunkt der Abgabe der Unterwerfungserklärung nicht vorgelegen haben¹⁷⁰.

2.5. Genügend bestimmte Leistung (Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO)

Die geschuldete Leistung muss in der Urkunde „genügend bestimmt“ sein (Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO).

Geldleistungen müssen ziffernmässig festgestellt oder zweifelsfrei berechnet werden können. Anwendbar sind die gleichen Kriterien wie für die Schuldanererkennung nach Art. 82 Abs. 1 SchKG¹⁷¹. Kapitalbetrag und allfällige Zinsen

¹⁶⁷ Ebenso VISINONI-MEYER, S. 81 f.

¹⁶⁸ BUCHER, S. 67.

¹⁶⁹ Gl.M. VISINONI-MEYER, S. 81.

¹⁷⁰ Zum Ganzen VISINONI-MEYER, S. 82-84.

¹⁷¹ Botschaft, S. 7388; GASSER/RICKLI, N. 12 zu Art. 347 ZPO; vgl. auch SCHÜTZ, Rz. 860.

müssen genügend präzise erwähnt werden¹⁷². Sofern die geschuldete Summe nicht in der Urkunde selbst beziffert wird, kann sie sich u.E. auch aus einem Verweis auf andere Dokumente ergeben¹⁷³; vorauszusetzen ist aber stets, dass eine zweifelsfreie Berechnung alleine aufgrund der Urkunde selbst möglich bleibt. Die Geldleistung kann auch fremder Währung sein. Bestand und Höhe der Forderung können grundsätzlich auch befristet oder suspensiv bedingt¹⁷⁴ sein, sofern dies eindeutig aus der Urkunde hervorgeht; überdies muss die Befristung bzw. der Eintritt der Bedingung durch Beweismittel, welche im summarischen Verfahren abgenommen werden können, liquide nachweisbar sein¹⁷⁵. Möglich ist im Weiteren auch eine Indexierung der Forderung¹⁷⁶. Für eine künftige Forderung kann grundsätzlich, d.h. sofern sie genügend bestimmt ist – und sofern auch der Rechtsgrund erwähnt werden kann¹⁷⁷ –, ebenfalls eine vollstreckbare öffentliche Urkunde errichtet werden¹⁷⁸.

Realleistungen müssen in der Urkunde ebenfalls präzise angegeben werden. Die Umschreibung ist so vorzunehmen, dass eine Vollstreckung erfolgen könnte¹⁷⁹. So ist eine zu liefernde Sache exakt zu bezeichnen; Handlungen oder Unterlassungen sind – allenfalls mit präzisen Zeit- und Ortsangaben für das Tun bzw. das Unterlassen – genau zu umschreiben¹⁸⁰.

2.6. Von der verpflichteten Partei anerkannte geschuldete Leistung (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO)

a) Allgemeines

Die geschuldete Leistung muss von der verpflichteten Partei in der Urkunde anerkannt worden sein (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO). Die vollstreckbare öffentliche Urkunde enthält somit eine *doppelte* und insofern qualifizierte *Anerkennung*: In ihr ist einerseits eine Anerkennung der *direkten Vollstreckung* ausdrücklich zu erklären (Art. 347 lit. a ZPO) und andererseits die *geschuldete* –

¹⁷² Vgl. MEIER, S. 439.

¹⁷³ So auch STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 61.

¹⁷⁴ Für Zulässigkeit sowohl auflösend als auch aufschiebend bedingter Leistungen Bericht zum Vorentwurf, S. 158. Die Zulassung resolutiv bedingter Leistungen ist indessen zweifelhaft; vgl. V.2.6.b. hienach.

¹⁷⁵ Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 61; Näheres dazu V.2.6. hienach.

¹⁷⁶ Vgl. für eine Indexklausel BGE 116 III 62 ff.

¹⁷⁷ Dazu V.2.4. Unter dem Aspekt des Rechtsgrundes ergibt sich namentlich der Ausschluss eines Austausches des Rechtsgrundes oder einer Ersetzung eines Primäranspruches durch einen Sekundäranspruch; vgl. V.2.4.d. soeben.

¹⁷⁸ Zum Ganzen STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 61.

¹⁷⁹ MEIER, S. 439.

¹⁸⁰ GASSER, S. 343; vgl. auch GASSER/RICKLI, N. 12 zu Art. 347 ZPO; MEIER, S. 439.

und zu vollstreckende – *Leistung* zu anerkennen (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO)¹⁸¹.

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde enthält mithin stets auch eine *Schuld- anerkennung*, d.h. eine Erklärung des Schuldners, dass er den Bestand einer Schuld anerkenne¹⁸². Durch den Einbezug der Schuldanerkennung in die öffentliche Beurkundung wird sichergestellt, dass die verpflichtete Person sowohl das Bestehen ihrer Verpflichtung – bzw. bei Geldschulden den Bestand der Forderung – als auch ihre Leistungspflicht – bei Geldschulden die Zahlungspflicht – uneingeschränkt anerkennt. Die in dieser Hinsicht bei privaten Schuldanerkennungen i.S.v. Art. 82 SchKG gelegentlich auftretenden Unsicherheiten¹⁸³ sollen bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde vermieden werden¹⁸⁴.

Im Gegensatz zur prozessrechtliche Natur aufweisenden Unterwerfungserklärung¹⁸⁵ gehört die Schuldanerkennung dem *materiellen Zivilrecht* an, dessen Regeln allgemein auf sie anwendbar sind. Aus diesem Grunde ist die Schuldanerkennung – anders als die Anerkennung der unmittelbaren Vollstreckung – auch nicht an eine bestimmte Person als Gläubiger gebunden¹⁸⁶. Zwar wird die Schuldanerkennung an die als Gläubiger erachtete Person gerichtet sein, doch beziehen sich ihre rechtlichen Wirkungen auf den Bestand des Anspruchs als solchen und nicht auf die daran bestehende persönliche Zuständigkeit. Das hat zur Folge, dass die Schuldanerkennung auch zugunsten des Zessionars wirkt, denn der Gläubigerwechsel an verkehrsfähigen Forderungen vollzieht sich unabhängig von einer Mitwirkung oder Zustimmung des Schuldners¹⁸⁷.

b) Insbesondere Anerkennung bedingter Leistungen

Die Anerkennung der Leistung in der öffentlichen Urkunde muss nicht bedingungslos erfolgen. Gemäss der Expertenkommission kann die Anerkennung auch für aufschiebend (suspensiv) oder auflösend (resolutiv) bedingte Leistungen erklärt werden. Die Voraussetzungen des Eintritts der Bedingung sind dabei in der öffentlichen Urkunde anzugeben¹⁸⁸.

¹⁸¹ Vgl. auch GASSER, S. 343.

¹⁸² BK-SCHMIDLIN, N. 15 zu Art. 17 OR.

¹⁸³ Etwa indem der Schuldner zwar die Forderung anerkennt, zugleich aber seine Zahlungspflicht z.B. infolge Verrechnung bestreitet.

¹⁸⁴ Siehe VISINONI-MEYER, S. 79.

¹⁸⁵ Dazu V.2.3.b. hievor.

¹⁸⁶ Vgl. demgegenüber für die Unterwerfungserklärung V.2.3.c.cc. hievor.

¹⁸⁷ BGer 4C.433/1999 vom 22. Februar 2000, E. 2, m.w.H. auf das Schrifttum.

¹⁸⁸ Bericht zum Vorentwurf, S. 158. Vgl. auch SCHÜTZ, Rz. 862.

Eine *suspensiv bedingte Leistung* kann Gegenstand der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde sein¹⁸⁹. Die Vollstreckung einer suspensiv bedingten Leistungspflicht ist möglich und bereitet im Zusammenhang mit der vollstreckbaren Urkunde keine Schwierigkeiten. Mit Eintritt der Suspensivbedingung wird die Leistungspflicht eine unbedingte. Im Vollstreckungsverfahren ist nachzuweisen, dass die Bedingung eingetreten ist. Die Prüfung obliegt nicht dem Notar, sondern im summarischen Verfahren dem Vollstreckungsrichter¹⁹⁰.

Fraglich erweist sich dagegen die Zulässigkeit der Vollstreckung einer *resolutiv bedingten Leistung*. In grundsätzlicher Hinsicht stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit eine antizipierte – d.h. zeitlich vorgezogene – Vollstreckung im Unwissen darüber, ob die auflösende Bedingung später einmal eintreten und zum Wegfall der Leistungspflicht führen wird oder nicht, überhaupt möglich sein kann¹⁹¹. Mit Blick auf Sinn und Zweck der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde – Erleichterung der Vollstreckung und damit einhergehend auch Entlastung der Gerichte – können im Grunde nur anerkannte Leistungspflichten, die definitiv eingetreten sind, vollstreckbar sein. Das ist bei einer anerkannten suspensiv bedingten Leistungspflicht, für die im Vollstreckungsverfahren der Eintritt der Bedingung zu beurteilen ist, der Fall¹⁹². Demgegenüber bleibt für die resolutiv bedingte Leistungspflicht bis zum Zeitpunkt, in dem sich die auflösende Bedingung spätestens realisieren kann, immer offen, ob die Leistungspflicht nicht doch wieder wegfällt. Unter diesem Aspekt ist ein resolutiv bedingter Leistungs-Entscheid nicht zulässig¹⁹³. Die Vollstreckung lässt Bedingungen grundsätzlich nicht zu, weshalb u.E. die Vollstreckung einer resolutiv bedingten Leistungspflicht an sich ausgeschlossen ist. Im Zusammenhang mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde erscheint eine Ausnahme dort als möglich, wo der Eintritt der Resolutivbedingung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vereinbart wird. Ab diesem Moment entfällt die Resolutivbedingung, das Rechtsgeschäft bleibt folglich wirksam und einer Vollstreckung steht nichts mehr entgegen¹⁹⁴.

Im Zusammenhang mit Bedingungen fragt sich weiter, was gelten soll, wenn Leistungspflichten aus einem *bedingungsfeindlichen Grundgeschäft* zum Gegenstand einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gemacht werden

¹⁸⁹ Vgl. GASSER/RICKLI, N. 15 zu Art. 347 ZPO.

¹⁹⁰ Bericht zum Vorentwurf, S. 158; SCHÜTZ, Rz. 865.

¹⁹¹ Zutreffend SCHÜTZ, Rz. 866.

¹⁹² Vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 23 Rz. 14; SCHÜTZ, Rz. 866.

¹⁹³ So SCHÜTZ, Rz. 866.

¹⁹⁴ Zum Ganzen SCHÜTZ, Rz. 867.

sollen¹⁹⁵. Wird in einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde die direkte Vollstreckung einer auf einem bedingungsfeindlichen Grundgeschäft beruhenden Leistung bedingt anerkannt, so ist gemäss SCHÜTZ „entweder die vorgesehene Bedingung oder die vollstreckbare öffentliche Urkunde nichtig“¹⁹⁶. Ob die eine oder die andere Rechtsfolge eintreten soll, sei danach zu entscheiden, ob die Erklärenden bei Kenntnis der Unzulässigkeit der Bedingung die direkte Vollstreckung dennoch vorgesehen hätten¹⁹⁷.

3. Fälligkeit der geschuldeten Leistung (Art. 347 lit. c Ziff. 3 ZPO)

Im Zeitpunkt der Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde muss die geschuldete Leistung noch nicht fällig sein, und sie wird dies in der Regel auch nicht sein. Damit die Vollstreckung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde erfolgen kann, muss dagegen die *Fälligkeit* der geschuldeten Leistung eingetreten sein (Art. 347 lit. c Ziff. 3 ZPO)¹⁹⁸. Die Fälligkeit der Leistung gehört – im Unterschied zu den anderen, in Art. 347 ZPO aufgezählten Elementen – nicht mehr zum Inhalt der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde, sondern ist *weitere, urkundenunabhängige Voraussetzung* für deren Vollstreckung.

Die Fälligkeit einer Leistung ergibt sich aus Art. 75 OR. Geht der Zeitpunkt weder aus der Vereinbarung der Parteien noch aus der Natur des Rechtsverhältnisses hervor, so ist die Leistung sofort fällig¹⁹⁹. Somit ist, wenn sich aus der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde keine Hinweise auf die Fälligkeit ergeben, von sofortiger Fälligkeit auszugehen²⁰⁰. Bei zweiseitigen Verträgen kann allerdings der Schuldner – sofern er nicht vorleistungspflichtig ist – seine Leistung zurückbehalten, solange der Gläubiger seinerseits nicht leistet oder jedenfalls seine Gegenleistung anbietet (Art. 82 OR)²⁰¹.

¹⁹⁵ Allgemein ist ein Rechtsgeschäft dann bedingungsfeindlich, wenn durch die Bedingung die Rechtssicherheit unzumutbar beeinträchtigt wird oder die Bedingung widerrechtlich oder sittenwidrig ist; vgl. OR-Kommentar-STAFFELBACH, N. 2 zu Art. 151 OR; siehe auch die Aufzählung bedingungsfeindlicher Geschäfte bei BSK OR I-EHRAT, N. 5a der Vorbemerkungen zu Art. 151-157 OR.

¹⁹⁶ SCHÜTZ, Rz. 868.

¹⁹⁷ SCHÜTZ, Rz. 868, m.H. auf die entsprechenden Darlegungen zum materiellen Zivilrecht bei BUCHER, S. 509, Fn. 22.

¹⁹⁸ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 64.

¹⁹⁹ Vgl. BUCHER, S. 305 f.; OR-Kommentar-KREN KOSTKIEWICZ, N. 2 zu Art. 75 OR; GÜNTHER, S. 214.

²⁰⁰ Vgl. Bericht Vorentwurf, S. 158; SCHÜTZ, Rz. 870; GASSER/RICKLI, N. 14 zu Art. 347 ZPO.

²⁰¹ Vgl. OR-Kommentar-KREN KOSTKIEWICZ, N. 2 zu Art. 82 OR; GASSER/RICKLI, N. 15 zu Art. 347 ZPO und N. 4 zu Art. 349 ZPO; GÜNTHER, S. 214.

Hinsichtlich der Vollstreckung ist für den erforderlichen Zeitpunkt der Fälligkeit danach zu unterscheiden, ob eine Geldleistung oder eine Realleistung Gegenstand der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde bildet. Bei der Vollstreckung von *Geldleistungen* muss die Schuld spätestens im Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls fällig sein, bei der Vollstreckung von *Realleistungen* im Zeitpunkt der Zustellung der Urkunde an die verpflichtete Partei i.S.v. Art. 350 Abs. 1 ZPO²⁰².

Im Vollstreckungsverfahren kann die Fälligkeit mit allen im summarischen Verfahren zugelassenen Beweismitteln (vgl. Art. 254 ZPO) nachgewiesen werden. In der öffentlichen Urkunde kann die verpflichtete Partei nicht auf die Überprüfung der Fälligkeit im Vollstreckungsverfahren verzichten²⁰³.

4. Errichtung der öffentlichen Urkunde

4.1. Bundesrechtlicher Inhalt der öffentlichen Urkunde

Der *Inhalt* der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ergibt sich *aus dem Bundesrecht*, nämlich aus Art. 347 lit. a, lit. b und lit. c Ziff. 1 und 2 ZPO²⁰⁴. Danach hat die verpflichtete Partei in der öffentlichen Urkunde zwei Erklärungen abzugeben: Erstens hat sie ausdrücklich zu erklären, dass sie die direkte Vollstreckung anerkennt (Art. 347 lit. a ZPO); zweitens hat sie die geschuldete Leistung zu anerkennen (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO). Neben diesen beiden Erklärungen der verpflichteten Partei ist nach dem Gesetzestext in der Urkunde der Rechtsgrund der geschuldeten Leistung zu erwähnen (Art. 347 lit. b ZPO), und es muss die geschuldete Leistung in der Urkunde genügend bestimmt sein (Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO)²⁰⁵. Für das Notariat ist neu, dass ein prozessrechtlicher Erlass des Bundesrechts den Inhalt einer öffentlichen Urkunde umschreibt²⁰⁶.

²⁰² Botschaft, S. 7388. Vgl. auch GASSER/RICKLI, N. 14 zu Art. 347 ZPO; SCHÜTZ, Rz. 871.

²⁰³ STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 64.

²⁰⁴ Demgegenüber stellt die in Art. 347 lit. c Ziff. 3 ZPO erwähnte Fälligkeit eine ausserhalb der Urkunde stehende, weitere Voraussetzung der direkten Vollstreckung dar; siehe dazu V.3. soeben.

²⁰⁵ Vgl. zum Inhalt der Urkunde ausführlich V.2. hier vor.

²⁰⁶ Bereits bisher ist den Urkundspersonen demgegenüber die Situation vertraut, dass das materielle Bundesprivatrecht den Inhalt und den Umfang der öffentlichen Urkunde festlegt. Solches ist etwa für die Stiftungserrichtung, den Ehevertrag, die öffentliche letztwillige Verfügung, den Erbvertrag, den Grundstückkaufvertrag, die Bürgschaft oder die Gründung einer Aktiengesellschaft der Fall.

Die Wahrung des von der Zivilprozessordnung vorgeschriebenen Inhalts ist von Bundesrechts wegen eine Gültigkeitsvoraussetzung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde. Darüber hinaus sind für die wirksame Entstehung der vollstreckbaren Urkunde aber auch alle *Gültigkeitsvorschriften des anwendbaren (kantonalen) Notariatsrechts* einzuhalten²⁰⁷.

4.2. Gegenstand der Beurkundung

In notariatsrechtlicher Hinsicht fragt es sich angesichts des dargelegten, sich aus der Zivilprozessordnung ergebenden Inhalts der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde²⁰⁸, ob deren Gegenstand einerseits Willenserklärungen der verpflichteten Partei und andererseits Feststellungen der Urkundsperson sind. Das ist u.E. nicht der Fall. Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich beim Gegenstand der Beurkundung *insgesamt* um *Willenserklärungen der verpflichteten Person*. Die als Inhalt der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde von der Zivilprozessordnung neben der Unterwerfungserklärung (Art. 347 lit. a ZPO) und der Schuldanerkennung (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO) ebenfalls verlangten Elemente der Erwähnung des Rechtsgrundes (Art. 347 lit. b ZPO) und der genügenden Bestimmtheit der Leistung (Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO) stellen präzisierende Erfordernisse dar, welche untrennbar an die Willenserklärungen geknüpft sind bzw. im Verpflichtungsgeschäft durch den Parteiwillen bestimmt werden. Die von der verpflichteten Person hinsichtlich der Unterwerfung und der Anerkennung der geschuldeten Leistung abzugebenden Willenserklärungen haben deshalb auch den Rechtsgrund und die genügende Bestimmtheit der Leistung zu erfassen.

Gegenstand der Beurkundung bilden nach dem Gesagten ausschliesslich Willenserklärungen. Diese gehören zwei unterschiedlichen Rechtsgebieten an. Einerseits stellt die Anerkennung der direkten Vollstreckung (Unterwerfungserklärung) eine *Willenserklärung zivilprozessrechtlicher Natur* dar²⁰⁹. Andererseits bezieht sich die Anerkennung der geschuldeten Leistung (Schuldanerkennung) – für welche der Rechtsgrund zu erwähnen ist und welche genügend bestimmt angegeben werden muss – auf das materielle Privatrecht; sie ist deshalb eine *Willenserklärung privatrechtlicher Natur*²¹⁰.

In der vollstreckbaren Urkunde zu beurkunden sind die Willenserklärungen der *verpflichteten Partei* (ausdrücklich so der Wortlaut von Art. 347 lit. a und lit. c Ziff. 2 ZPO). Es handelt sich um *einseitige Erklärungen*²¹¹, so dass es

²⁰⁷ Vgl. auch Botschaft, S. 7388.
²⁰⁸ V.4.1. soeben.
²⁰⁹ Ausführlich V.2.3.b.cc. hievov.
²¹⁰ V.2.6.a. hievov.
²¹¹ Siehe auch SCHMID, S. 29.

genügt, wenn allein die verpflichtete Person bei der Beurkundung anwesend ist²¹². Die berechnigte Person gibt dagegen in der Urkunde keinerlei Erklärung ab. Sie ist auch nicht Urkundspartei, d.h. sie braucht am Verfahren nicht teilzunehmen²¹³.

Zusammengefasst handelt es sich bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde um die *Beurkundung einer einseitigen, prozessrechtlichen Willenserklärung* des Verpflichteten (Unterwerfungserklärung) und – ergänzend – einer *einseitigen, materiellrechtlichen Willenserklärung* des Schuldners (Schuldanererkennung, unter Einbezug des Rechtsgrundes und der genügend bestimmten Leistung). Begrifflich kann für die Urkundspartei in materiellrechtlicher Hinsicht vom Schuldner und in prozessrechtlicher Hinsicht vom Verpflichteten bzw. der verpflichteten Person oder der verpflichteten Partei (so ausschliesslich Art. 347 ZPO) gesprochen werden.

4.3. Beurkundungsverfahren

Entsprechend dem Gegenstand der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde²¹⁴ ist das *Beurkundungsverfahren für Willenserklärungen* anzuwenden. Das Verfahren richtet sich im Einzelnen nach dem anwendbaren *kantonalen Recht* (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB)²¹⁵. In jedem Fall sind dabei die sich aus dem Bundesrecht ergebenden Minimal- und Maximalanforderungen an das kantonale Recht zu beachten²¹⁶. Deshalb sind insbesondere die Anwesenheit der die Willenserklärungen abgebenden, verpflichteten Partei oder ihres Vertreters und die Mitwirkung des Notars am Beurkundungsverfahren zwingend²¹⁷.

Im *Kanton Bern* sind bei der Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde die allgemeinen Verfahrensvorschriften von Art. 31 ff. NV und die besonderen Verfahrensvorschriften von Art. 43 ff. NV für die Beurkundung von Willenserklärungen anwendbar. Im *ordentlichen Verfahren* ist die Urkunde der Urkundspartei – d.h. der verpflichteten Partei oder ihrem Stellvertreter – durch den Notar vorzulesen (Art. 46 Abs. 1 NV). Bei gegebenen Voraussetzungen ist ein *ausserordentliches Verfahren* einzuhalten (Art. 47 NV).

²¹² VISINONI-MEYER, S. 78 f. und 102.

²¹³ Das gilt natürlich immer dann nicht, wenn mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zugleich auch in derselben Urkunde das zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäft beurkundet werden soll. Siehe dazu Näheres V.2.4.b. hievov. V.4.2. soeben.

²¹⁴ Botschaft, S. 7388.

²¹⁵ Zu diesen allgemein KNB-WOLF, N. 17 ff. zu Art. 1 NG; für die vollstreckbare öffentliche Urkunde STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 61.

²¹⁶ Siehe auch Botschaft, S. 7388; GASSER/RICKLI, N. 9 zu Art. 347 ZPO.

Alternativ kann auch das *ZGB-Beurkundungsverfahren* als ergänzendes kantonalrechtliches Verfahren (Art. 48 NV) angewendet werden²¹⁸.

4.4. Zu den Berufspflichten der Urkundsperson

a) *Allgemeines und Rolle des Notars*

Der Notar hat bei der Errichtung einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde vorab *sämtliche Berufspflichten*, wie sie auch sonst allgemein gelten, zu beachten. Weiter hat sich der Notar ein im Vergleich mit den ihm bisher bekannten Gegenständen der Beurkundung neues, teilweise verändertes Rollenverständnis anzueignen. Er hat sich bewusst zu sein, dass er *ein zu einem Vollstreckungstitel führendes, sonst dem Zivilrichter zustehendes Erkenntnisverfahren leitet*²¹⁹. Die Rolle des Notars verstärkt sich deshalb gemäss WOLFSTEINER zu derjenigen eines *Richters im Vorfeld*: „Er hat nicht nur die richtige Gestaltung der Rechtsverhältnisse materiellen Rechts anzustreben, sondern er setzt einen Vollstreckungstitel, der die Beteiligten dem unmittelbaren staatlichen Zwangszugriff aussetzt“²²⁰. Diese Grundüberlegung ist u.E. bei der Auslegung aller offenen Fragen im Zusammenhang mit den Berufspflichten des Notars bei der Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde heranzuziehen.

b) *Prüfung von Gegenstand und Inhalt der Beurkundung*

Der Notar hat anlässlich der Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde Gegenstand und konkreten Inhalt der Beurkundung auf *Zulässigkeit und Vollständigkeit* hin zu prüfen. Dabei hat er sich in erster Linie an den sich aus Art. 347 f. ZPO ergebenden Erfordernissen zu orientieren²²¹.

Durch die Urkundsperson ist vorab zu klären, ob der Gegenstand der Beurkundung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde überhaupt zugänglich und damit zulässig ist. Der Notar wird das in erster Linie anhand des Kataloges von Art. 348 ZPO tun, angesichts dessen Unvollständigkeit²²² aber weiter

²¹⁸ Weil bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde nur eine einseitige Willenserklärung zu beurkunden ist, ist innerhalb des ZGB-Beurkundungsverfahrens das Verfahren für die Errichtung des öffentlichen Testaments gemäss Art. 499 ff. ZGB anzuwenden. Werden sowohl zweiseitiges Rechtsgrundgeschäft als auch vollstreckbare öffentliche Urkunde in einer einzigen Urkunde beurkundet, so ist für diese mehreren Willenserklärungen bei Wahl des ZGB-Verfahrens das Beurkundungsverfahren für den Erbvertrag gemäss Art. 512 ZGB einzuhalten. Dazu allgemein KNB-WOLF/GENNA, N. 5 zu Art. 48 NV.

²¹⁹ Siehe für Deutschland ausführlich WOLFSTEINER, Rz. 4.2. ff.

²²⁰ WOLFSTEINER, Rz. 9.7.

²²¹ Im Einzelnen sei dafür auf die Ausführungen in V.2. hievor verwiesen.

²²² V.2.2.c. hievor.

ganz *allgemein prüfen* müssen, *ob eine der direkten Vollstreckbarkeit zugängliche, privatrechtliche Geld- oder Realleistungspflicht gegeben ist*. Als unproblematisch erweist sich dabei der Fall, in dem eine Leistung unter den expliziten Ausnahmekatalog des Art. 348 ZPO fällt. Soll etwa eine Leistung aus Konsumentenvertrag Gegenstand der vollstreckbaren Urkunde bilden, so liegt ein Verstoß gegen die zwingenden Charakter aufweisende Bestimmung von Art. 348 lit. e ZPO vor. Damit erweist sich der Inhalt der öffentlichen Urkunde als offensichtlich rechtswidrig²²³, so dass der Notar nach herkömmlichen Kriterien die angebotene Beurkundung zu verweigern hat (vgl. für Bern Art. 31 Abs. 1 lit. b NG). Wie weit die Prüfungspflicht oder – anders gesagt – die Kognitionsbefugnis des Notars in Bezug auf die Zulässigkeit des Inhaltes einer vollstreckbaren Urkunde gehen soll, wird allerdings im Einzelnen noch zu klären sein. Die herkömmlichen Beurteilungskriterien beschränken den Prüfungsmaßstab des Notars auf offensichtliche Unmöglichkeit, Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Inhalts der Beurkundung (vgl. für Bern Art. 31 Abs. 1 lit. b NG). Sie sind zudem zugeschnitten auf Rechtsgeschäfte des materiellen Rechts und nicht auf den Sonderfall der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde. Nach hier vertretener Ansicht hat in jedem Fall *Grundsatz* zu sein, *dass keine vollstreckbare Urkunden über Leistungen errichtet werden, die von der Rechtsordnung nicht als durchsetzbar anerkannt werden*²²⁴. Dabei ist u.E. nicht relevant, ob die Nichtanerkennung der Durchsetzbarkeit der Leistung eine allgemeine ist oder ob sie nur im besonderen Fall, etwa mit Rücksicht auf eine zu schützende Person oder eine besondere Konstellation, besteht. In beiden Situationen sollte keine vollstreckbare öffentliche Urkunde errichtet werden. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Rechtsgrund der Leistungspflicht nicht vorliegt oder nicht wirksam begründet worden ist. Im Einzelnen abzulehnen ist etwa die Beurkundung einer vollstreckbaren Urkunde in den Fällen eines *gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstossenden Anspruchs*, einer wegen *Formmangels* nicht wirksam begründeten Leistungspflicht oder allgemein dann, wenn ein Anspruch als *nichtig* erkannt wird²²⁵. Im Ergebnis dürfte damit u.E. die Prüfungspflicht des Notars bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde in Bezug auf Gegenstand und Inhalt der Beurkundung nicht bloss auf den für materielle Rechtsgeschäfte herkömm-

²²³ Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit ist allgemein dann gegeben, wenn eine andere rechtliche Würdigung nicht vertretbar ist. Im Einzelnen ist dabei auf den Stand der Gesetzgebung sowie die Erkenntnisse von Rechtsprechung und Lehre im Zeitpunkt der Vornahme der Beurkundung abzustellen; vgl. KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 4 zu Art. 31 NG, m.w.H.

²²⁴ So auch für Deutschland WOLFSTEINER, Rz. 13.31.

²²⁵ Vgl. auch VISINONI-MEYER, S. 56 f., wonach der Notar namentlich auch den Rechtsgrund unter dem Gesichtspunkt von Art. 20 OR einer wenn auch nur summarischen Prüfung zu unterziehen hat.

²²⁶ Zum Ganzen ausführlicher aus deutscher Sicht WOLFSTEINER, Rz. 13.32 ff.

licherweise geltenden Offensichtlichkeitsmassstab beschränkt sein. Gemäss VISINONI-MEYER ist die Beurkundung einer vollstreckbaren Urkunde bereits dann zu verweigern, wenn „objektiv Zweifel an der Rechtmässigkeit der dieser Urkunde zugrunde liegenden Forderung bestehen“²²⁷. Die damit jedenfalls in der Tendenz und im Vergleich mit Rechtsgeschäften des materiellen Privatrechts sich abzeichnende erhebliche Erweiterung der Kognition des Notars liegt begründet in dessen neuer Rolle als „Richter im Vorfeld“²²⁸.

Wie sich aus dem eben Gesagten ergibt, bezieht sich die Prüfungspflicht des Notars auf den *gesamten Inhalt der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde*, d.h. nicht nur auf die Unterwerfungserklärung, sondern auch auf die weiteren beurkundungspflichtigen Elemente der Erwähnung des Rechtsgrundes, der genügenden Bestimmtheit der Leistung und der Anerkennung der Leistung. Dabei können namentlich die Erwähnung des Rechtsgrundes und die genügende Spezifizierung der Leistungspflicht auf Schwierigkeiten stossen, denn diese Elemente sind – jedenfalls bei einem nicht bloss einseitigen Rechtsgrundgeschäft – auch durch die berechnete Partei (mit) zu bestimmen. Der Gläubiger als berechnete Partei ist allerdings nicht Urkundspartei, womit er am Beurkundungsverfahren nicht teilzunehmen braucht²²⁹. Für den Notar wird sich deshalb bei der Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde *in allen Zweifelsfällen empfehlen, auch den Gläubiger beizuziehen* oder diesen jedenfalls zumindest auf dem Korrespondenzweg zu kontaktieren, etwa durch vorgängige Zustellung eines Urkundenentwurfs mit der Bitte um entsprechende Rückäusserung, ob der Inhalt der Urkunde richtig und vollständig sei. Namentlich die notarielle Interessenwahrungspflicht (für Bern Art. 37 NG) verlangt, dass die entsprechenden Interessen des Gläubigers ebenfalls berücksichtigt werden, und zwar auch dann, wenn der Gläubiger am Beurkundungsverfahren selbst nicht mitwirkt²³⁰.

c) Handlungsvoraussetzungen der verpflichteten Person

Die verpflichtete Person gibt in der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde Willenserklärungen sowohl prozessrechtlicher als auch materiellrechtlicher Natur ab²³¹. Damit fragt sich, ob sich die Handlungsvoraussetzungen nach Zivilprozessrecht oder nach materiellem Recht richten. U.E. ist für die Handlungsvoraussetzungen der durch die vollstreckbare öffentliche Urkunde ver-

²²⁷ VISINONI-MEYER, S. 81.

²²⁸ Dazu V.4.4.a. i.f. hievov.

²²⁹ V.4.2. hievov.

²³⁰ Dazu allgemein KNB-PFAMMATTER, N. 4 f. zu Art. 37 NG. Zur Wahrung der Interessen des Gläubigers bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde auch hienach V.4.4.d. i.f.

²³¹ V.4.2. hievov.

pflichteten Partei der von WOLFSTEINER betonte Grundsatz der Herstellung des Gleichlaufs zwischen prozessrechtlichen und materiellrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu beachten²³². Das führt nach hier vertretener Ansicht dazu, dass *der Zugang einer Person zur Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde nach materiellem Recht zu beurteilen ist*.

So ist für die erklärende Partei *Rechtsfähigkeit* – und nicht *Parteifähigkeit* – zu verlangen. Anwendbar ist mithin Art. 11 ZGB und nicht Art. 66 ZPO.

Weiter ist für die Urkundspartei *Geschäftsfähigkeit* – und nicht *Prozessfähigkeit* – zu verlangen²³³. Anwendbar sind somit Art. 12 ff. ZGB und nicht Art. 66 f. ZPO.

Die Unterwerfung unter die direkte Vollstreckung hat grundsätzlich durch den Verpflichteten selbst zu erfolgen; bei Vorliegen einer ausdrücklichen Vollmacht ist jedoch *Stellvertretung* zugelassen²³⁴. Dabei gilt materielles Stellvertretungsrecht und nicht Prozessvollmacht²³⁵. Massgebend sind Art. 32 ff. OR und nicht Art. 68 f. ZPO.

Die Unterwerfung kann somit auch in fremdem Namen erfolgen. Das gilt sowohl für die gesetzliche als auch für die gewillkürte Vertretung²³⁶. Im Zusammenhang mit der *gesetzlichen Vertretung* – z.B. des Kindes durch den Inhaber der elterlichen Sorge oder des Mündels durch den Vormund – muss die Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis nach materiellem Recht gegeben sein, und es müssen zusätzlich allfällig erforderliche Zustimmungen der Kindesschutz- oder Vormundschaftsbehörden zum Rechtsgrundgeschäft und u.E. ausdrücklich auch zur Anerkennung der eine weitere Belastung der schutzbedürftigen Person darstellenden direkten Vollstreckung vorliegen. Für die *gewillkürte Vertretung* muss aus der Vollmacht klar ersichtlich sein, dass sie sich (auch) auf die Unterwerfung unter die unmittelbare Vollstreckung bezieht²³⁷. Darüber hinaus hat sie u.E. auch alle weiteren Elemente von Art. 347 ZPO zu umfassen. Im Ergebnis wird damit – auch wenn dogmatisch an sich Formfreiheit besteht²³⁸ – aus praktischen Gründen Schriftform der Vollmacht unabdingbar sein. Zudem ist mit Blick auf den Identitätsnachweis und die zu prüfende Geschäftsfähigkeit der verpflichteten Partei Unterschriftsbeglaubigung mit Handlungsfähigkeitsbescheinigung auf der Vollmacht angezeigt.

²³² Dazu schon vorne V.2.3.c.aa.

²³³ So auch für Deutschland MünchKomm-WOLFSTEINER, N. 147 f. zu § 794 ZPO.

²³⁴ Botschaft, S. 7388.

²³⁵ Ebenso für Österreich LEUTNER, S. 119.

²³⁶ Bericht Vorentwurf, S. 158; VISINONI-MEYER, S. 101.

²³⁷ So ebenfalls VISINONI-MEYER, S. 102.

²³⁸ Vgl. VISINONI-MEYER, S. 101, m.w.H.

In der Praxis könnte die Frage auftauchen, ob eine Stellvertretung des Schuldners durch den Gläubiger bei der Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde möglich sei. Das ist grundsätzlich ausgeschlossen. Denn allgemein sind Selbstkontrahieren und Doppelvertretung zivilrechtlich und auch im Beurkundungsverfahren grundsätzlich unzulässig, es sei denn, ein Interessenkonflikt könne ausgeschlossen werden²³⁹. Dies ist bei der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde nicht der Fall. Das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung dient dem Schutz der verpflichteten Person, welche durch den Notar zu belehren ist. Würde eine Stellvertretung durch den Gläubiger zugelassen, so würde das Ziel des Schuldnerschutzes vereitelt²⁴⁰.

Eine juristische Person kann sich durch ihr Vertretungsorgan der direkten Vollstreckung unterwerfen²⁴¹. Die *Organvertretung* ist im Einzelfall nach materiellem Recht zu beurteilen.

Die Unterwerfung kann u.E. auch *in eigenem Namen mit Wirkung gegen ein fremdes Vermögen* erfolgen. Dafür massgebend ist ebenfalls materielles Recht. Zu verlangen ist, dass die Person, welche die Unterwerfung erklärt, kraft einer besonderen materiellrechtlichen Grundlage befugt ist, im eigenen Namen Erklärungen abzugeben, durch welche die Verpflichtung Dritter begründet wird, und dass sie zusätzlich auch über das fremde Vermögen verfügen kann^{242 243}. Entsprechende Befugnisse sind denkbar für den Willensvollstrecker (Art. 517 f. ZGB), den Erbschaftsverwalter (Art. 554 ZGB) und den Erbenvertreter (Art. 602 Abs. 3 ZGB). Erweist sich eine solche Unterwerfung mit Wirkung gegen fremdes Vermögen und damit gegen einen Dritten aufgrund des materiellen Rechts als zulässig, so muss die vollstreckbare Urkunde eindeutig zum Ausdruck bringen, dass sich die Vollstreckung gegen den Dritten richten soll²⁴⁴.

All die eben dargestellten – wie auch im Einzelfall vorhandene weitere – Handlungsvoraussetzungen für die verpflichtete Partei sind u.E. allein anhand des materiellen Rechts zu beurteilen. Die in dieser Hinsicht ebenfalls beste-

²³⁹ Vgl. BRÜCKNER, Rz. 446.

²⁴⁰ VISINONI-MEYER, S. 102, m.H. auf die analoge Situation in Deutschland.

²⁴¹ Vgl. für Deutschland WOLFSTEINER, Rz. 12.38.

²⁴² Zum Ganzen für Deutschland MünchKomm-WOLFSTEINER, N. 152 zu § 794 ZPO, und ausführlicher DERS., Rz. 12.52.

²⁴³ Mutatis mutandis erscheint die Situation mit derjenigen eines Prozessstandschafters im streitigen Zivilprozess vergleichbar. Wo die Möglichkeit der Prozessstandschaft besteht, dürfte in der Regel auch die Möglichkeit zur Unterwerfung im eigenen Namen mit Wirkung für fremdes Vermögen in einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gegeben sein.

²⁴⁴ WOLFSTEINER, Rz. 15.14.

henden Regeln des Zivilprozessrechts (vgl. besonders Art. 66-69 ZPO) sind anwendbar auf in der ZPO geregelte Verfahren, nicht aber auf ein notarielles Beurkundungsverfahren, in welchem die vollstreckbare öffentliche Urkunde errichtet wird. Wollte man – grundsätzlich abweichend von der hier vertretenen Ansicht – anders, mithin zugunsten der Anwendbarkeit der ZPO für die Beurteilung der Handlungsvoraussetzungen entscheiden, wäre die Rechtsnatur der im Beurkundungsverfahren abgegebenen Willenserklärungen im Einzelnen zu berücksichtigen²⁴⁵. Folglich müsste man für die in der vollstreckbaren Urkunde enthaltene Willenserklärung prozessrechtlicher Natur als Prozesshandlung Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Prozessvollmacht usw. verlangen, für die ebenfalls darin enthaltene Willenserklärung materiellrechtlicher Natur – und ebenso für ein allenfalls mit der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde verbundenes materiellrechtliches Rechtsgeschäft – dagegen Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit sowie materielles Stellvertretungsrecht usw. Eine solche Zersplitterung der Handlungsvoraussetzungen ist unbedingt zu vermeiden.

d) *Rechtsbelehrungspflicht*

Im Rahmen der Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gibt die verpflichtete Partei einseitig Willenserklärungen prozessrechtlicher und materiellrechtlicher Natur ab²⁴⁶. Die materiellrechtlich als Schuldner und prozessrechtlich als verpflichtete Partei bezeichnete Person – oder deren Vertreter – ist *Urkundspartei* im Sinne des Notariatsrechts²⁴⁷. Und als Urkundspartei ist der Schuldner bzw. die verpflichtete Partei allgemein *über Form und Inhalt der vollstreckbaren Urkunde und ihre rechtlichen Wirkungen zu belehren* (vgl. für Bern Art. 35 NG).

Die Botschaft betont die besondere Rechtsbelehrungspflicht der Urkundsperson im Zusammenhang mit der Unterwerfungserklärung²⁴⁸. Die Rechtsbelehrung hat sich aber darüber hinaus auf den gesamten Inhalt der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zu beziehen, namentlich auch auf die materiellrechtliche Schuldanererkennung. Zu erläutern sind ebenfalls alle Wirkungen der vollstreckbaren Urkunde. Der Notar muss die verpflichtete Person namentlich über alle Konsequenzen ihrer Unterwerfungs- und Schuldanererkennung aufklären, d.h. über die direkte Vollstreckung und die Erschwerung der Verteidigung²⁴⁹. Im Ergebnis ist eine eingehende und umfassende Belehrung der ver-

²⁴⁵ Dazu V.4.2. hievor.

²⁴⁶ V.4.2. hievor.

²⁴⁷ Urkundspartei ist u.a., wer in eigenem Namen oder als Vertreter Willenserklärungen beurkunden lässt; vgl. für Bern Art. 31 Abs. 1 NV.

²⁴⁸ Botschaft, S. 7388. Vgl. ebenso auch GASSER/RICKLI, N. 9 zu Art. 347 ZPO.

²⁴⁹ GASSER, S. 342; GASSER/RICKLI, N. 9 zu Art. 347 ZPO.

pflichteten Partei vorzunehmen²⁵⁰. Allgemein gehört die Rechtsbelehrung zu den bundesrechtlichen Minimalanforderungen²⁵¹, und dies gilt ganz besonders auch bei der Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde. Dem Notar ist deshalb unbedingt zu empfehlen, den Hinweis auf die erfolgte Rechtsbelehrung in der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ausdrücklich zu erwähnen²⁵².

Wirkt die berechtigte Partei bzw. der Gläubiger bei der Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde nicht auch als Urkundspartei mit, so beschränkt sich die Rechtsbelehrung auf den Schuldner bzw. die verpflichtete Partei. Der Notar hat aber kraft seiner Interessenwahrungspflicht (für Bern Art. 37 NG) die Anliegen des Gläubigers bzw. der berechtigten Partei (vgl. so Art. 350 Abs. 1 und 2 ZPO) ebenfalls zu berücksichtigen²⁵³, und er haftet diesem für eine formell und materiell richtige Beurkundung^{254 255}.

e) *Ausstandspflichten*

Die Beurkundung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde richtet sich nach kantonalem Recht²⁵⁶. Deshalb sind die Ausstandsgründe des anwendbaren kantonalen Rechts massgebend, für Bern somit Art. 32 f. NG.

f) *Weitere Berufspflichten*

Die weiteren Berufspflichten des Notars – wie Wahrheitspflicht, Geheimhaltungspflicht, Interessenwahrungspflicht usw. – richten sich im Rahmen der

²⁵⁰ Gemäss WOLFSTEINER, Rz. 9.7. ist dabei „dem Schuldner das rechtliche Gehör in gewissem Sinn vorweg zu gewähren, um ihn vor fehlerhafter Vollstreckung zu schützen“.

²⁵¹ Vgl. KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 1 zu Art. 35 NG, m.w.H.

²⁵² Der Kanton Waadt hat dies kantonalrechtlich ausdrücklich vorgeschrieben; vgl. Art. 63 Abs. 4 NG VD: „Lorsque l'acte authentique est exécutoire au sens du Code de procédure civile suisse (CPC), il doit porter mention expresse du fait que le débiteur a vu son attention attirée sur les conséquences juridiques de sa reconnaissance du caractère exécutoire“. Fehlt die entsprechende Erwähnung, so ist die vollstreckbare Urkunde gemäss der kantonalrechtlichen Regelung von Art. 69 Abs. 1 NG VD nichtig.

²⁵³ Die Interessenwahrungspflicht erfasst über die Urkundsparteien hinaus auch Personen, zu deren Gunsten eine öffentliche Urkunde errichtet wird, ohne dass sie selbst am Verfahren teilgenommen haben; vgl. KNB-PFAMMATTER, N. 4 zu Art. 37 NG. Zu solchen Personen ist neu auch der aus einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde Berechtigte zu zählen.

²⁵⁴ Vgl. allgemein KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 38 zu Art. 35 NG, mit Darstellung der vergleichbaren Situation der Beurkundung eines Pfandrechts ohne Mitwirkung des Gläubigers.

²⁵⁵ Zur Wahrung der Interessen des Gläubigers bei der vollstreckbaren Urkunde auch schon hiev. V.4.4.b. i.f.

²⁵⁶ Botschaft, S. 7388. Vgl. auch V.4.3. hiev. vor.

bundesrechtlichen Minimalanforderungen nach dem anwendbaren kantonalen Notariatsrecht.

g) *Vollzugsverfahren*

Die Urschrift der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ist nach erfolgter Beurkundung im Urschriftenregister einzuschreiben (für Bern Art. 29 Abs. 1 NG, Art. 69 NV). Die Erstellung einer Ausfertigung kann statt unmittelbar nach der Beurkundung allenfalls auch erst auf Begehren der berechtigten Partei anlässlich der Einleitung des Vollstreckungsverfahrens vorgenommen werden²⁵⁷.

4.5. *Zuständigkeit*

a) *Kantonalrechtliche Regelung im Rahmen des Bundesrechts*

Die Regelung der Zuständigkeit zur Errichtung vollstreckbarer öffentlicher Urkunden richtet sich innerhalb der sich aus dem Bundesrecht ergebenden Vorgaben nach dem anwendbaren kantonalen Recht (Art. 55 Abs. 1 SchlTZGB). Das kantonale Recht regelt dabei sowohl die sachliche als auch die (innerkantonale) örtliche Zuständigkeit.

b) *Sachliche und örtliche Zuständigkeit im Kanton Bern*

Für den Kanton Bern ist gestützt auf Art. 20 NG der Notar sachlich zur Beurkundung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zuständig. Die sachliche Zuständigkeit des Notars ist eine ausschliessliche, weil für die Beurkundung vollstreckbarer Urkunden keine gesetzliche Zuweisung an ein anderes Organ besteht (vgl. Art. 21 Abs. 1 NG).

Der bernische Notar ist zur Errichtung der vollstreckbaren Urkunde im ganzen Kantonsgebiet örtlich zuständig (Art. 22 NG).

c) *Interkantonale Freizügigkeit*

Für sog. Nichtgrundstücksgeschäfte gilt der Grundsatz der freien Wahl des Abschlussortes und damit die interkantonale Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde²⁵⁸. Nach hier vertretener Ansicht besteht – mangels anderweitiger, einschränkender Regelung – auch für die vollstreckbare Urkunde Freizügigkeit in der ganzen Schweiz. Zur Errichtung einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ist deshalb *jeder Notar in der Schweiz zuständig*²⁵⁹. Auf den Wohn-

²⁵⁷ Siehe in diesem Sinne Art. 350 ZPO, der allerdings von einer beglaubigten Kopie und nicht einer Ausfertigung ausgeht und sich auf Realleistungen bezieht.

²⁵⁸ Dazu allgemein KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 13 zu Art. 22 NG, m.w.H.

²⁵⁹ G.L.M. VISINONI-MEYER, S. 57; PIOTET, S. 44.

sitz des Schuldners oder den die Leistungspflicht begründenden Ort der gelegenen Sache kommt es nicht an. Eine die bundesrechtlichen Vorgaben berücksichtigende und nach kantonalem Recht gültig entstandene vollstreckbare Urkunde ist in der ganzen Schweiz zu anerkennen²⁶⁰.

Sofern ein Grundstücksgeschäft mit einer vollstreckbaren Urkunde zusammen in einer einzigen Urkunde beurkundet wird, ist allerdings zu prüfen, ob im betreffenden Kanton ausserkantonale errichtete Urkunden über Grundstücke anerkannt werden. Ist das nicht der Fall, so ist die Beurkundung des Grundstücksgeschäfts durch einen innerkantonalen Notar vorzunehmen²⁶¹. Dabei ist zu empfehlen, dass die vollstreckbare öffentliche Urkunde für aus dem Grundstücksvertrag als dem Grundgeschäft fliessende Leistungspflichten in derselben Urkunde²⁶² und mithin durch denselben Notar errichtet wird.

Wird nur eine vollstreckbare Urkunde errichtet und nicht zugleich auch der Grundstückskaufvertrag als Rechtsgrundgeschäft beurkundet, so bildet einzig die Vollstreckbarkeit den Beurkundungsgegenstand. Diesfalls bleibt es bei der Regel, dass jeder Notar in der Schweiz unabhängig vom Ort der gelegenen Sache die Beurkundung der vollstreckbaren Urkunde vornehmen kann²⁶³.

VI. Vollstreckung

1. Allgemeines

Der Gläubiger kann zur Zwangsvollstreckung schreiten, wenn der Schuldner die fällige Schuld nicht freiwillig erfüllt. Liegt eine vollstreckbare öffentliche Urkunde vor, so ist für diese das Vollstreckungsverfahren durchzuführen²⁶⁴. Die Vollstreckung richtet sich nach der Art der geschuldeten Leistung:

- ²⁶⁰ Ebenso SCHÜTZ, Rz. 850. Vgl. dazu allgemein KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 12 ff. zu Art. 22 NG.
- ²⁶¹ Siehe auch KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 15 und 17 zu Art. 22 NG.
- ²⁶² Zur Begründung V.2.4.b. hievor.
- ²⁶³ VISINONI-MEYER, S. 57.
- ²⁶⁴ Vgl. allgemein zur Vollstreckung öffentlicher Urkunden auch den Beitrag von GIAN SANDRO GENNA, Vollstreckungssystem der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in diesem Band.
- ²⁶⁵ Entgegen der im Vorentwurf noch enthaltenen Regelung (Art. 339 VE ZPO) sieht die Zivilprozessordnung keine Ausstellung einer Vollstreckungsklausel durch den Notar mehr vor. Eine solche beschränkte Prüfungscompetenz der Urkundsperson wurde als systemfremd und zu schwerfällig abgelehnt; vgl. Botschaft, S. 7387. An die Errichtung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde schliesst sich deshalb nun das Vollstreckungsverfahren an; siehe auch GÜNTHER, S. 216. Die schweizerische vollstreckbare Urkunde nähert sich damit derjenigen des österreichischen Rechts an, das die Vollstreckungsklausel ebenfalls nicht kennt und das Vollstreckungsver-

Geld- bzw. Sicherheitsleistungen werden nach SchKG²⁶⁶, Realleistungen nach der ZPO vollstreckt²⁶⁷. Die beiden Verfahren sind einander durch den Gesetzgeber bewusst angeglichen worden²⁶⁸.

2. Geld- oder Sicherheitsleistungen

Die Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung oder auf Sicherheitsleistung²⁶⁹ richtet sich nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (vgl. Art. 349 ZPO). Die aus der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde berechtigte Partei hat – wie ein anderer Gläubiger – die Betreibung einzuleiten^{270 271}. Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag gegen den Zahlungsbefehl, so stellt die vollstreckbare öffentliche Urkunde einen *definitiven Rechtsöffnungstitel* dar (Art. 349 ZPO, Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 bis SchKG). Im Vergleich mit gerichtlichen Entscheiden weist die vollstreckbare Urkunde allerdings eine geringere Durchschlagskraft auf: Sie verfügt über keine materielle Rechtskraft²⁷², weshalb die verpflichtete Person nicht in ihren Einreden beschränkt wird. Vielmehr kann der Verpflichtete im definitiven Rechtsöffnungsverfahren – insofern wie bei einem provisorischen Rechtsöffnungstitel – *alle formellen und materiellen Einwendungen* vorbringen. Vorauszusetzen ist allerdings, dass die Einwendungen *sofort voll bewiesen* werden können (Art. 81 Abs. 2 SchKG)^{273 274}, was in der Regel einen Urkundenbeweis verlangt²⁷⁵. Gelingt dem Verpflichteten der Beweis, kann der Berechtigte die Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG) erheben²⁷⁶. Wird dem aus der vollstreckbaren Urkunde Berechtigten die definitive Rechtsöffnung erteilt, so ist ihm die definitive Pfändung oder die Einleitung eines Verfahrens auf Konkurseröffnung gestattet²⁷⁷.

fahren den Zivilgerichten vorbehalten; siehe zum Ganzen auch VISINONI-MEYER, S. 115 ff.

²⁶⁶ Dazu VI.2. sogleich.

²⁶⁷ VI.3. hienach.

²⁶⁸ MEIER, S. 441.

²⁶⁹ Über den zu engen Wortlaut von Art. 349 ZPO hinaus sind nicht nur Geld-, sondern auch Sicherheitsleistungen nach SchKG zu vollstrecken; vgl. so MEIER, S. 442, und PIOTET, S. 50, Fn. 32, m.H. auf Art. 38 SchKG.

²⁷⁰ Vgl. GASSER/RICKLI, N. 1 zu Art. 349 ZPO.

²⁷¹ Im Gegensatz zum Vorentwurf darf somit das Einleitungsverfahren nicht übersprungen werden; vgl. Botschaft, S. 7389; GASSER, S. 343.

²⁷² Siehe auch GASSER/RICKLI, N. 2 zu Art. 349 ZPO.

²⁷³ MEIER, S. 442; SCHÜTZ, Rz. 880.

²⁷⁴ Im Gegensatz dazu genügt bei einer Schuldanerkennung im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren das blosses Glaubhaftmachen der Einwendungen (vgl. Art. 82 Abs. 2 SchKG).

²⁷⁵ Botschaft, S. 7389; GASSER, S. 343; GASSER/RICKLI, N. 3 zu Art. 349 ZPO. Ausführlicher zu den Beweismitteln bzw. deren Beschränkung SCHÜTZ, Rz. 881 ff.

²⁷⁶ Botschaft, S. 7389.

²⁷⁷ MEIER, S. 442.

²⁷⁸. Dem Verpflichteten steht immerhin noch die negative Feststellungsklage (Art. 85a SchKG) zu. Ebenfalls möglich bleibt allenfalls eine Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG)²⁷⁹.

Der Rechtsöffnungsrichter prüft die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit von Amtes wegen. Zu prüfen ist vorab, ob eine die gesetzlichen Merkmale i.S.v. Art. 347 ZPO aufweisende vollstreckbare öffentliche Urkunde vorliegt, die unter Berücksichtigung aller sich aus dem Bundesrecht und dem kantonalen (Notariats-)Recht ergebenden Gültigkeitsvorschriften errichtet worden ist. Weiter ist die Fälligkeit der Leistung zu prüfen. Für die Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen trägt die Partei, welche die Vollstreckung verlangt, die Beweislast²⁸⁰.

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde bildet nur dann einen definitiven Rechtsöffnungstitel, wenn sie alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Ist das nicht der Fall, z.B. weil die Urkunde Mängel aufweist, so bleibt zu prüfen, ob sie dem Gläubiger als provisorischer Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 82 SchKG dienen kann²⁸¹.

3. Andere Leistungen

3.1. Urkunde über eine andere Leistung

Das Verfahren zur Vollstreckung von Realleistungen – bzw. von anderen Leistungen als Geld- oder Sicherheitsleistungen²⁸² – ist in den Art. 350 f. ZPO geregelt und dem Betreibungsverfahren nachgebildet²⁸³. Das vorab durchzuführende *Notifikationsverfahren* fällt in den Aufgabenbereich des Notars.

Die aus der vollstreckbaren Urkunde berechtigte Partei stellt der Urkundsperson Antrag auf Zustellung der Urkunde an die verpflichtete Partei (Art. 350 Abs. 1 ZPO). Für die *Zuständigkeit* des Notars ist u.E. Art. 339 Abs. 1 ZPO sinngemäss anwendbar. Entsprechend der Zuständigkeitsregelung ist nach hier vertretener Ansicht ein Notar aus demjenigen Kanton zuständig, in welchem die vollstreckbare öffentliche Urkunde errichtet worden ist (vgl. Art.

²⁷⁸ Im Weiteren besteht für den Berechtigten auch die Möglichkeit, einen Arrest gemäss Art. 271 SchKG zu beantragen, denn die vollstreckbare öffentliche Urkunde stellt einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar; vgl. MEIER, S. 442.

²⁷⁹ Botschaft, S. 7389; GASSER, S. 343; GASSER/RICKLI, N. 3 zu Art. 349 ZPO.

²⁸⁰ Vgl. zum Ganzen GASSER/RICKLI, N. 6 zu Art. 349 ZPO.

²⁸¹ SCHÜTZ, Rz. 886; GASSER/RICKLI, N. 7 zu Art. 349 ZPO.

²⁸² Siehe für diese VI.2. soeben.

²⁸³ Vgl. Botschaft, S. 7389.

339 Abs. 1 lit. c ZPO)²⁸⁴. Innerhalb dieses Kantons ist die Festlegung der Zuständigkeit der Urkundsperson Sache des kantonalen Rechts²⁸⁵. Praktisch sinnvoll ist, dass sich die berechtigte Partei an denjenigen Notar wendet, der seinerseits die vollstreckbare öffentliche Urkunde beurkundet hat und dementsprechend auch die Urschrift – d.h. das im Beurkundungsverfahren errichtete Originaldokument – aufbewahrt²⁸⁶. Ohne anders lautende kantonale Regelung²⁸⁷ kann der Antrag aber auch an einen anderen innerkantonalen Notar gerichtet werden. In diesem Fall wird u.U. vorerst bei demjenigen Notar, der die vollstreckbare Urkunde beurkundet hat, eine Ausfertigung bzw. eine beglaubigte Kopie der Urschrift einzuholen sein.

Der „Antrag“ an die Urkundsperson i.S.v. Art. 350 Abs. 1 ZPO stellt in notariatsrechtlicher Hinsicht eine *Rogation* dar²⁸⁸. Dass der Notar in der Folge nicht eine öffentliche Urkunde zu errichten hat²⁸⁹, sondern das in Art. 350 ZPO geregelte Notifikationsverfahren durchführen muss, ändert u.E. nichts daran. Die Tätigkeit des Notars und sein Verhältnis zu den Klienten ist in beiden Fällen öffentlich-rechtlicher Natur, so dass der Terminus *Rogation* angezeigt ist²⁹⁰. Zur *Rogation legitimiert* ist nur die aus der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde berechtigte Partei, denn einzig zu deren Gunsten besteht die direkte Vollstreckbarkeit²⁹¹. Der Notar hat die Identität dieser Person und auch allfällige Ausstands- und Ablehnungsgründe des kantonalen Rechts zu prüfen²⁹².

Gemäss der Botschaft kommt der Urkundsperson im Rahmen des Zustellungsverfahrens i.S.v. Art. 350 ZPO keinerlei Kognitionsbefugnis hinsichtlich

²⁸⁴ G.L.M. PIOTET, S. 52. Damit sind u.E. die beiden anderen alternativ in Art. 339 Abs. 1 lit. a und b ZPO vorgesehenen Zuständigkeiten nicht anwendbar. A.M. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 66, wonach nicht nur eine andere innerkantonale, sondern auch eine ausserkantonale Urkundsperson zuständig ist.

²⁸⁵ Botschaft, S. 7389; SCHÜTZ, Rz. 890; GASSER/RICKLI, N. 2 zu Art. 350 ZPO.

²⁸⁶ Siehe auch Botschaft, S. 7389.

²⁸⁷ Eine solche besteht im Kanton Bern derzeit nicht, so dass jeder bernische Notar mit der Notifikation einer von einem (anderen) bernischen Notar errichteten vollstreckbaren Urkunde betraut werden kann. Demgegenüber sieht für den Kanton Waadt Art. 46 Abs. 3 Code de droit privé judiciaire vaudois eine besondere Zuständigkeitsordnung zugunsten des die vollstreckbare Urkunde errichtenden Notars mit Vertretungsmöglichkeiten vor.

²⁸⁸ Vgl. für Bern Art. 31 Abs. 1 NG und Art. 32 NV.

²⁸⁹ Herkömmlicherweise ist die *Rogation* ein Gesuch an den Notar um Errichtung einer öffentlichen Urkunde oder kurz ein Beurkundungsbegehren; siehe KNB-WOLF, N. 1 zu Art. 32 NV.

²⁹⁰ Vgl. auch KNB-WOLF, N. 1 zu Art. 32 NV, wonach die *Rogation* ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen dem Klienten und dem Notar begründet.

²⁹¹ Vgl. V.2.3.c.cc. hievor.

²⁹² Grundsätzlich ebenso PIOTET, S. 52.

der in der vollstreckbaren Urkunde enthaltenen Leistung zu²⁹³. Das ist nach hier vertretener Ansicht jedenfalls teilweise zu präzisieren. Wenn auch richtig ist, dass allfällige Einwendungen – sei es gegen die Zustellung als solche, gegen die Urkunde oder gegen die Leistungspflicht – durch die verpflichtete Partei erst im Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht (Art. 351 ZPO) gemacht werden können²⁹⁴, so ist deswegen nicht jede Prüfungscompetenz des Notars ausgeschlossen. U.E. hat der Notar eine Prüfung im Rahmen dessen, was für Bern Art. 31 NG vorsieht, vorzunehmen^{295 296}.

Die durch die berechtigte Partei rogierte Urkundsperson stellt der verpflichteten Partei „eine beglaubigte Kopie“²⁹⁷ der vollstreckbaren Urkunde zu und setzt ihr eine Erfüllungsfrist von 20 Tagen (Art. 350 Abs. 1 ZPO)²⁹⁸. Die Zustellungsmodalitäten richten sich nach den Bestimmungen von Art. 138 ff. ZPO²⁹⁹. Die entsprechenden zivilprozessrechtlichen Bestimmungen sind indessen nur sinngemäss – namentlich unter Berücksichtigung des Umstandes, dass eine Urkundsperson die Notifikation vornimmt – anwendbar³⁰⁰. Insgesamt stellt das Notifikationsverfahren ein bundesrechtliches Verfahren dar³⁰¹.

²⁹³ Botschaft, S. 7389; ebenso GASSER, S. 34, und GASSER/RICKLI, N. 4 zu Art. 350 ZPO.

²⁹⁴ Vgl. Botschaft, S. 7389; GASSER/RICKLI, N. 4 zu Art. 350 ZPO.

²⁹⁵ Ähnlich PIOTET, S. 53.

²⁹⁶ In diesem Zusammenhang zu berücksichtigen ist, dass es mit der Rolle sowie den Aufgaben und den Berufspflichten des Notars nicht zu vereinbaren ist, dass er selbst offensichtlich fehlerhafte vollstreckbare öffentliche Urkunden zustellen muss. Als besonders heikel erscheint dabei der Fall, in dem der Notar eine nicht von ihm selbst errichtete öffentliche Urkunde zustellen soll und erkennt, dass sie von vornherein offensichtlich nicht vollstreckungsfähig ist, z.B. weil sie eine Leistung aus Konsumentenvertrag enthält oder weil zwingend erforderliche inhaltliche Elemente fehlen. Wenn auch für solche – sich letztlich im Bereiche von Art. 2 ZGB bewegend – Fälle an einer unbedingten Zustellungspflicht des Notars festgehalten werden sollte, so muss u.E. dem Notar zumindest zugestanden werden, im Rahmen der Zustellung einen Vorbehalt anzubringen. Für Bern lässt sich dafür sinngemäss die Bestimmung von Art. 57 Abs. 4 Satz 2 NG anwenden. Der Notar muss damit – immer für den Fall, dass man eine entsprechende Pflicht überhaupt bejaht – die Urkunde zwar an den Verpflichteten zustellen, kann sich aber zugleich mit einem Vorbehalt von deren manifesten Fehlerhaftigkeit distanzieren und auf die nicht gegebene Vollstreckungsfähigkeit hinweisen.

²⁹⁷ So Art. 350 Abs. 1 erster Satz ZPO. Statt einer beglaubigten Kopie kann u.E. auch eine Ausfertigung der Urschrift zugestellt werden.

²⁹⁸ Der berechtigten Partei stellt der Notar ein „Gläubigerdoppel“ zu; vgl. GASSER/RICKLI, N. 3 zu Art. 350 ZPO.

²⁹⁹ Botschaft, S. 7389.

³⁰⁰ So ist z.B. ausgeschlossen, dass der Notar gemäss Art. 140 ZPO eine Anweisung zur Bezeichnung eines Zustellungsdomizils erlässt; vgl. PIOTET, S. 50 f.

³⁰¹ Unter diesem Aspekt erweist es sich als mit dem grundsätzlich ebenfalls bundesrechtlich geordneten Verfahren zur Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen (vgl. Art. 556 ff. ZGB) vergleichbar.

Verweigert die Urkundsperson die Zustellung der vollstreckbaren Urkunde an die verpflichtete Partei, so stellt dies keinen gerichtlichen Entscheid dar. Gemäss der Botschaft³⁰² steht deshalb der berechtigten Partei nach der ZPO kein Rechtsmittel zur Verfügung. Dem Berechtigten bleibe in einem solchen Fall nichts anderes übrig, als für die in der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde enthaltene Leistungspflicht den Prozessweg zu beschreiten und Klage zu erheben³⁰³. Nach anderer Ansicht kann indessen die Weigerung des Notars, das Notifikationsverfahren durchzuführen, eine Rechtsverweigerung oder -verzögerung darstellen (vgl. Art. 94 BGG) und folglich als Verletzung von Bundesrecht – nämlich von Bestimmungen der ZPO – Beschwerdegrund vor Bundesgericht bilden (Art. 95 lit. a BGG). Damit stünde die Beschwerde in Zivilsachen zur Verfügung (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 1 BGG)³⁰⁴. Überdies – und ausserhalb der eben dargestellten Kontroverse hinsichtlich des Vorliegens eines bundesrechtlichen Rechtsmittels – macht sich der die Zustellung unbegründeterweise verweigernde Notar bei gegebenen Voraussetzungen vermögensrechtlich und disziplinarrechtlich verantwortlich³⁰⁵.

Nach unbenutztem Ablauf der 20-tägigen Erfüllungsfrist kann die berechtigte Partei beim Vollstreckungsgericht ein Vollstreckungsgesuch stellen (Art. 350 Abs. 2 ZPO). Im Gesuch sind die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit darzulegen (Art. 338 Abs. 2 ZPO); die vollstreckbare öffentliche Urkunde und die Zustellungsbescheinigung des Notars sind beizulegen³⁰⁶.

Die in Art. 350 ZPO dem Notar zugewiesene Aufgabe ist hoheitlicher und damit öffentlich-rechtlicher Natur. Sie gehört u.E. zu den hauptberuflichen Tätigkeiten des Notars, welche durch eine öffentlich-rechtliche Gebühr entschädigt werden (vgl. für Bern Art. 50 Abs. 1 NG). Weil die Rogation von der berechtigten Partei ausgeht, wird diese gegenüber dem Notar Gebührenschuldner. Allenfalls kann anschliessend im Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht mit der Kostenregelung der verpflichteten Partei die Rückerstattung der Notariatsgebühren an den Berechtigten auferlegt werden.

³⁰² Botschaft, S. 7390.

³⁰³ So Botschaft, a.a.O., und GASSER/RICKLI, N. 5 zu Art. 350 ZPO.

³⁰⁴ So PIOTET, S. 51, mit Hinweis auf den diesfalls zu schaffenden kantonalen Rechtsmittelweg.

³⁰⁵ Vgl. für Bern Art. 57 NG (vermögensrechtliche Verantwortlichkeit) und Art. 45 ff. NG (Disziplinaufsicht).

³⁰⁶ GASSER/RICKLI, N. 6 zu Art. 350 ZPO.

3.2. Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht

Die örtliche Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts richtet sich nach Art. 339 Abs. 1 ZPO; das Vollstreckungsverfahren erfolgt analog demjenigen für die Vollstreckung eines Entscheids³⁰⁷.

Das Vollstreckungsgericht entscheidet im summarischen Verfahren (Art. 339 Abs. 2 ZPO). Es prüft von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit vorliegen (Art. 341 Abs. 1 ZPO). Somit wird auch ohne entsprechende Einwände der verpflichteten Person geprüft, ob die vollstreckbare öffentliche Urkunde insgesamt wirksam errichtet worden ist, namentlich die gesetzlichen Erfordernisse von Art. 347 ZPO aufweist, und ob die Zustellung gehörig erfolgt (Art. 350 Abs. 1 ZPO) und die Erfüllungsfrist abgelaufen ist (Art. 350 Abs. 2 ZPO)³⁰⁸.

Die verpflichtete Partei ist anzuhören (Art. 351 Abs. 1 ZPO). Sie kann – wie bei der Vollstreckung von Geldleistungen – neben vollstreckungsrechtlichen Einwendungen³⁰⁹ auch sämtliche materiellrechtlichen Einwendungen erheben, sofern sie sofort beweisbar sind (Art. 351 Abs. 1 ZPO). Fehlen der verpflichteten Partei die entsprechenden liquiden Beweismittel, bleibt ihr die Anhebung eines ordentlichen Prozesses zur gerichtlichen Beurteilung der geschuldeten Leistung in jedem Fall möglich (Art. 352 ZPO)³¹⁰.

Ist die Abgabe einer Willenserklärung – z.B. eine Grundbuchanmeldung – Inhalt der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde, so wird die Erklärung durch den Entscheid des Vollstreckungsgerichts ersetzt (Art. 351 Abs. 2 ZPO). Das Vollstreckungsgericht erteilt der registerführenden Person – z.B. dem Grundbuchverwalter oder dem Handelsregisterführer – die erforderlichen Anweisungen (vgl. Art. 344 Abs. 2 ZPO)³¹¹.

4. Gerichtliche Beurteilung

Weder die vollstreckbare öffentliche Urkunde noch der Entscheid des Vollstreckungsgerichts haben hinsichtlich der geschuldeten Leistung Rechts-

³⁰⁷ Botschaft, S. 7390; GASSER/RICKLI, N. 1 zu Art. 351 ZPO.

³⁰⁸ Botschaft, S. 7390. Vgl. auch GASSER/RICKLI, N. 2 zu Art. 351 ZPO.

³⁰⁹ Wie z.B. fehlende Fälligkeit der Leistung bei Zustellung der Urkunde, Mängel der öffentlichen Urkunde, nicht gehörige Zustellung. Vgl. Botschaft, S. 7390; GASSER, S. 344; GASSER/RICKLI, N. 3 zu Art. 351 ZPO.

³¹⁰ Zum Ganzen Botschaft, S. 7390; GASSER/RICKLI, N. 3 zu Art. 351 ZPO.

³¹¹ Botschaft, S. 7390; GASSER/RICKLI, N. 5 zu Art. 351 ZPO.

kraftwirkung³¹². Deshalb bleibt eine gerichtliche Beurteilung der Leistung in jedem Fall vorbehalten (Art. 352 ZPO)³¹³.

Der berechtigten Partei steht, wenn ihr Vollstreckungsgesuch abgelehnt wird, der Weg über die ordentliche Leistungsklage (Art. 84 ZPO) offen³¹⁴. Der Berechtigte kann auch von Anfang an den Prozessweg beschreiten, mithin Leistungsklage erheben, und erst anschliessend Vollstreckung verlangen³¹⁵.

Die verpflichtete Partei ihrerseits kann bei Gutheissung des Vollstreckungsgesuchs „Gegenklage“ erheben. In Betracht fällt vorab die negative Feststellungsklage (vgl. auch Art. 352 Satz 2 ZPO), welche sich bei Geldleistungen nach Art. 85a SchKG und bei anderen Leistungen nach Art. 88 ZPO richtet³¹⁶. Das Feststellungsinteresse gilt aufgrund der laufenden Vollstreckung bzw. Betreibung als gegeben³¹⁷. Die Vollstreckung wird allerdings durch einen inzidenten Zivilprozess nicht automatisch eingestellt; dafür bedürfte es vielmehr des Erlasses einer entsprechenden vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 261 ff. ZPO³¹⁸. Hat die berechtigte Partei zu Unrecht Erfüllung erhalten, kann der Verpflichtete Klage auf Rückleistung erheben (vgl. dazu auch Art. 68 SchKG)³¹⁹.

Gemäss Art. 352 Satz 2 ZPO kann die verpflichtete Partei eine negative Feststellungsklage „jederzeit“ erheben, mithin auch dann, wenn kein Vollstreckungsverfahren hängig ist. In diesem letzten Fall muss jedoch zusätzlich ein Feststellungsinteresse nachgewiesen werden³²⁰.

VII. Schluss

Mit der Einführung des Instituts der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde durch die Zivilprozessordnung kommen ab 1. Januar 2011 *neue, wichtige Aufgaben* auf die schweizerischen Notarinnen und Notare zu. Sie sind befugt, unter Berücksichtigung aller zu erfüllenden Voraussetzungen einen Vollstreckungstitel öffentlich zu beurkunden. Und sie sind ebenso befugt, für eine

³¹² Botschaft, S. 7390.

³¹³ Die vollstreckbare öffentliche Urkunde ist mithin zwar vollstreckbar, aber nicht rechtskräftig; vgl. STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 67; MEIER, S. 442.

³¹⁴ Botschaft, S. 7391.

³¹⁵ GASSER/RICKLI, N. 2 zu Art. 352 ZPO.

³¹⁶ Botschaft, S. 7390 f.

³¹⁷ Botschaft, S. 7391.

³¹⁸ Vgl. GASSER/RICKLI, N. 3 zu Art. 352 ZPO; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 67.

³¹⁹ Botschaft, S. 7391; GASSER/RICKLI, N. 4 zu Art. 352 ZPO.

³²⁰ STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, § 28 Rz. 68.

vollstreckbare öffentliche Urkunde über eine geschuldete Realleistung das Einleitungsverfahren zur Vollstreckung durchzuführen.

Die Einführung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde wirft – wie im vorliegenden Beitrag jedenfalls teilweise aufgezeigt – *etliche offene Fragen* auf. Diese werden durch die Rechtsprechung und die Praxis zu klären sein. Für die Notarinnen und Notare, die sich bereits bald mit dem neuen Institut zu befassen haben, ist für alle derzeit bestehenden Zweifelsfälle der methodische Grundsatz der Beschreitung des sichersten Weges in Erinnerung zu rufen.

Der *Begriff der öffentlichen Beurkundung* ist für die Schweiz ab 1. Januar 2011 *neu zu formulieren*. Er erfasst künftig nicht mehr nur „die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren“³²¹, sondern neu auch die Aufzeichnung prozessrechtlicher Erklärungen. Die Kompetenzen und die Rolle der Notare in der Schweiz werden dadurch in begrüssenswerter Weise abgerundet und vervollständigt.

³²¹ BGE 99 II 159, 161.