



ARNOLD F. RUSCH/CHRISTIAN ARNOLD



# Vollstreckbare öffentliche Urkunde

## Überschiessende Anerkennung, Zession und Gutglaubenschutz

Öffentliche Urkunden sind gemäss Art. 374 ZPO wie Urteile vollstreckbar. Die nachfolgenden Gedanken widmen sich der umstrittenen Frage, ob die vollstreckungsrechtliche Wirkung der Urkunde bei einer Zession zugunsten des Zessionars erhalten bleibt und wie weit der zessionsrechtliche Gutglaubenschutz reicht, insbesondere bei überschiessenden Anerkennungen.

### I. Problemstellung

Art. 170 Abs. 1 OR regelt den Übergang sämtlicher Vorzugs- und Nebenrechte bei der Zession einer Forderung. Doch gilt dies auch für die *vollstreckungsrechtlichen Wirkungen* der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde im Sinne des Art. 347 ZPO? Der vollstreckungsrechtliche Status einer Forderung ist für deren Wert entscheidend, der sich mit einem Verkauf mobilisieren lässt – aber eben nur, wenn bei der Zession die vollstreckungsrechtlichen Vorteile erhalten bleiben. Sofern dies möglich ist, stellt sich die Frage nach dem zessionsrechtlichen Gutglaubenschutz, wenn der *debitor cessus* eine überschiesende Erklärung zu Sicherungszwecken abgegeben hat: Hat er die Einwendung der Simulation oder des *pactum de non cedendo*? Deckt sich dies mit dem prozessualen Korrektiv zur vollstreckbaren öffentlichen Urkunde gemäss SchKG und ZPO – und falls nein, welche Regel verdient den Vorzug?

Die nachfolgenden Gedanken gehen *erstens* auf die prozessualen Vorzüge der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ein, prüfen *zweitens* die Frage, ob überschiesende Anerkennungen überhaupt möglich sind, behandeln *drittens* das Problem des zessionsrechtlichen Übergangs der vollstreckbaren Urkunde und loten *viertens* das Ausmass des Gutglaubenschutzes aus.

### II. Vollstreckbare öffentliche Urkunde

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde ermöglicht die Zwangsvollstreckung, «*ohne dass ein Gericht vorgängig den Bestand und die Höhe der Schuld bejaht hätte*».<sup>1</sup> Das Gesetz sieht in Art. 347 ZPO als kumulative Voraussetzungen die Vollstreckungsunterwerfung (lit. a), die Nennung des Rechtsgrundes (lit. b) sowie bezüglich der geschuldeten Leistung genügende Bestimmtheit, Anerkennung und Fälligkeit vor (lit. c, Ziff. 1–3). Das Rechtsverhältnis, welches der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde zugrunde liegt, muss privatrechtlicher Natur sein.<sup>2</sup> Im Vordergrund stehen insbesondere Ansprüche auf Geldzahlung oder Sachleistung.<sup>3</sup> Art. 348 ZPO schliesst die direkte Vollstreckbarkeit einer öffentlichen Urkunde in fünf Gebieten aus, nämlich für Ansprüche nach dem Gleichstellungsgesetz, aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, nach dem Mitwirkungsgesetz, aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz sowie aus Konsumentenverträgen. VISINONI-MEYER macht – unseres Erachtens zu Unrecht – einen weiteren Vorbehalt für Konventionalstrafen. Deren Vollstreckung mittels öffentlicher Urkunde sei nicht möglich, weil sie der richterlichen Herabsetzung unterliegen (Art. 163 Abs. 3 OR).<sup>4</sup> Die vollstreckbare öffentliche Ur-

<sup>1</sup> IVO SCHWANDER, Vollstreckbare öffentliche Urkunden – Rechtsnatur, Verfahren der Erstellung und der Vollstreckung, AJP/PJA 2006, 670.

<sup>2</sup> SCHWANDER (FN 1), 670; DAVID HOFMANN, L'exécution des titres authentiques, SJ 2011 II, 223 m.w.H.

<sup>3</sup> SCHWANDER (FN 1), 670; siehe auch HOFMANN (FN 2) 223; Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBI 2006, 7387.

<sup>4</sup> Siehe CLAUDIA VISINONI-MEYER, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010 (zitiert: BSK-VERFASSER), ZPO 347 N 20; siehe CLAUDIA VISINONI-MEYER, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde im internationalen und nationalen Bereich, Diss. Zürich 2004 = Zürcher Studien zum

kunde berechtigt zur definitiven Rechtsöffnung (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG, Art. 349 ZPO).

### III. Überschiessende Anerkennung

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde eignet sich aufgrund ihres eingeschränkten Anwendungsfeldes (Art. 348 ZPO) vor allem für den Geschäftsverkehr. Sie kann auch zur Anerkennung zukünftiger oder bedingter<sup>5</sup> Forderungen dienen.<sup>6</sup> Bei der Vollstreckung muss der Gesuchsteller indes mit Belegen den Eintritt der Bedingung nachweisen.<sup>7</sup> Wer die vollstreckbare öffentliche Urkunde folglich im Alltag auch bei variablen oder bedingten Forderungen gewinnbringend einsetzen will, sollte eine *unbedingte Anerkennung* des Maximalbetrages in der Urkunde verlangen. In diesen Fällen kann der Empfänger der Urkunde mehr, als er darf, denn die Einschränkungen ergeben sich lediglich *inter partes* aus der obligatorischen Sicherungsabrede. Während man materiellrechtlich *inter partes* Einreden behält, zeigen sich insbesondere bei einer Zession Probleme, sofern man die Möglichkeit bejaht, dass die öffentliche Urkunde als Nebenrecht mit der Zession an den neuen Gläubiger übergeht.<sup>8</sup> Die Voraussetzungen der *Vollstreckungsun-*

*terwerfung* und die erforderliche Erwähnung der *causa* (Art. 347 lit. a/b ZPO) stellen bei der überschiessenden Anerkennung kein Problem dar. Dasselbe gilt für das Erfordernis der *Anerkennung* der Forderung (Art. 347 lit. c Ziff. 2 ZPO).

Das *Bestimmtheitserfordernis* gemäss Art. 347 lit. c Ziff. 1 ZPO schiebt der überschiessenden Anerkennung ebenfalls keinen Riegel. Bei variablen Forderungen gibt der Schuldner eine unbedingte Anerkennung des Höchstbetrages ab.<sup>9</sup> Auch bei variablen Zinsen lässt sich der Gläubiger mit Vorteil den höchsten Zinsanspruch «auf Vorrat» anerkennen. Auch wenn sich die Anerkennung auf Zinsen «bis zu einem Höchstsatz» richtet – der den Höchstbetrag eigentlich umfasst –, ist es empfehlenswerter und nach diversen Lehrmeinungen sogar notwendig, ohne Einschränkung direkt den höchsten Zinssatz zu anerkennen.<sup>10</sup> Dies gilt ebenso für variable Bemessungsgrundlagen der Anerkennung in zeitlicher Hinsicht – auch hier sollte sich die Anerkennung vorbehaltlos auf das Maximum richten.<sup>11</sup>

Das Erfordernis der *Fälligkeit* (Art. 347 lit. c Ziff. 3 ZPO) hingegen ist bei einer überschiessenden Anerkennung problematischer. Die Fälligkeit muss zwar nicht im Errichtungszeitpunkt gegeben sein, sicher aber im Zeitpunkt der Vollstreckung, genauer im Zeitpunkt der

Verfahrensrecht, Band 139, 73; a.M. ADRIAN WALPEN, Berner Kommentar, Bd. II, Art. 347 ZPO, Bern 2013 (zitiert: BK-WALPEN), ZPO 347 N 58.

<sup>5</sup> JÜRG SCHMID, Die Schweizerische Zivilprozessordnung aus grundbuch- und notariatsrechtlicher Sicht, ZBGR 2011, 300; BK-WALPEN (FN 4), N 52; siehe HOFMANN (FN 2), 226 a.E.

<sup>6</sup> Siehe BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 347 N 22, 26 f.; differenzierter VISINONI-MEYER (FN 4), 73.

<sup>7</sup> Siehe SCHMID (FN 5), 300; BK-WALPEN (FN 4), ZPO 347 N 52; differenzierter VISINONI-MEYER (FN 4), 75 ff.

<sup>8</sup> Verneinend BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 347 N 17; VISINONI-MEYER (FN 4), 85; MICHEL DUCROT/ROLAND FUX, Neue Gesetzgebung im Bereich der Gerichtsorganisation und der Zivilprozessordnung: Praktische Auswirkungen im Kanton Wallis: Art. 335–352 ZPO: Vollstreckung (VS), ZWR 2011, 129; HOFMANN (FN 2), 225, m.w.H.; Schuldbetreibungs- und Konkurskammer Waadt, 30. Juni 1960, SJZ 1961, 372 (Abreitung eines durch Urteil festgestellten Anspruchs berechtigt nur zu provisorischen Rechtsöffnung); SCHMID (FN 5), 298; BENÉDICT FOEX, Le nouveau droit des cédules hypothécaires, JdT 2012 II, 21; siehe FLAVIO LARDELLI, Die Einreden des Schuldners bei der Zession, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008, 138; siehe auch Bezirksgerichtspräsidium Appenzell, Entscheid vom 4. Juni 1975, SJZ 1976, 192 ff. (definitive Rechtsöffnung bei Subrogation verweigert, provisorische Rechtsöffnung gewährt); bejahend ADRIAN STAHELIN/DANIEL STAHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013, § 28 N 65; DANIEL STAHELIN, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art. 1–158 SchKG, 2. Aufl., Basel 2010 (zitiert: BSK-Verfasser), SchKG 80 N 35, m.w.H. auf einschlägige Judikate, insb. Obergericht des Kantons Aargau, Entscheid vom 13. Februar 1992, AGVE 1992, 60 ff. zum Fall einer abgetretenen, durch Urteil rechtskräftig festgestellten Forderung und Luzern, Maximen des Obergerichts 1952, 94, BISchK 1954, 140, m.w.H. (gerichtlicher Vergleich als definitiver Rechtsöffnungstitel auch für Zessionar).

<sup>9</sup> Siehe in Deutschland BGH, Urteil vom 23. November 1970 – III ZR 58/67, BeckRS 1970, 31124997, E. I.1.: «Will sich ein Schuldner den Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wegen einer Forderung wirksam unterwerfen, deren Höhe zur Zeit der Unterwerfung noch nicht feststeht, so darf er folglich die höchstmögliche Forderungssumme nicht als Obergrenze des Schuldbeitrages bezeichnen, sondern er muss in dieser Höhe eine Schuld schlechthin bekennen.»; im Ergebnis gleich JOHANN GASSMANN, Aus der Basler Rechtsöffnungspraxis, in: Juristische Fakultät der Universität Basel/Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt (Hrsg.), Festgabe zum siebzigsten Geburtstage von Fritz Goetzinger, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 10, Basel 1935, 50 f.; siehe ASKAN VON RINTELEN, Probleme und Grenzen der Vollstreckungsunterwerfung in der notariellen Urkunde, RNotZ 2001, 19 f.; HANS WOLFSTEINER, Die vollstreckbare Urkunde, München 1978, Rz. 14.28 ff., und neuer MK-WOLFSTEINER, Münchener Kommentar zu § 794 ZPO, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl., München 2012 (zitiert: MK-WOLFSTEINER) ZPO 794 N 184, der mittlerweile vom Erfordernis des berechtigten Interesses abgekommen ist.

<sup>10</sup> Siehe zur Frage von «bis zu» Zinssätzen von RINTELEN (FN 9), 8, m.w.H. und BGH, Urteil vom 23. November 1970 – III ZR 58/67, BeckRS 1970, 31124997, E. I.1: «Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich aus den Worten «bis zu 8 v.H.», dass der Kläger eine bestimmte Zinsverpflichtung, nämlich eine solche in Höhe von 8 % anerkannt hat. Jeder nicht über 8 % hinausgehende Zinssatz ist, so führt das Berufungsgericht aus, vom Kläger nach dem Wortlaut der Urkunden geschuldet. Der Senat hat keine Bedenken, dieser Auffassung zu folgen, zumal sich der Kläger ohne Einschränkung bereit erklärt hat, die Strafzinsen auf Verlangen der Beklagten zu zahlen. An einem genügend bestimmten, zur Vollstreckung geeigneten Titel fehlt es somit nicht.»; a.M. BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 347 N 24, die die Bestimmtheit von «bis zu»-Angaben verneint.

<sup>11</sup> Siehe BGH, Urteil vom 26. November 1999 – V ZR 251/98, NJW 2000, 951 f., 952, E. 3.

Zustellung des Zahlungsbefehls.<sup>12</sup> Die Überprüfung der Fälligkeit erfolgt von Amtes wegen.<sup>13</sup> Da man gemäss h.l. auf die Fälligkeitsprüfung nicht verzichten kann (Verzichtsverbot),<sup>14</sup> stellt sich erstens die Frage, ob es überhaupt möglich und sinnvoll ist, die Fälligkeit der Schuld in der Urkunde «auf Vorrat» festzuhalten – dadurch liesse sich auf den ersten Blick das Verzichtsverbot leicht umgehen. Bei genauerer Betrachtung muss es jedoch möglich sein, die Fälligkeit gerade aus und mit der Urkunde zu beweisen. Zwischen dem Nachweisverzicht und der vorsorglichen, aber widerlegbaren Nachweiserbringung liegt ein relevanter und bewusster Unterschied. Die beweisbelastete Partei kann den Beweis der Fälligkeit mit den im Summarverfahren zulässigen Beweismitteln erbringen. Dazu gehört auch die Urkunde selbst.<sup>15</sup> Ergibt sich keine Regelung der Fälligkeit in der Urkunde oder im zugrunde liegenden Vertrag, ist die anerkannte Forderung ohnehin gemäss Art. 75 OR sofort fällig.<sup>16</sup> Art. 75 OR regelt auch die Beweislast – für die *nicht sofortige Fälligkeit* trägt normalerweise der Schuldner die Beweislast.<sup>17</sup> Die Stundung hat folgerichtig auch der Schuldner zu beweisen.<sup>18</sup> Gemäss VISINONI-MEYER trägt aber der Gläubiger die Beweislast für

die Vollstreckbarkeit, zu der auch die Fälligkeit gehört (Art. 347 lit. c Ziff. 3 ZPO i.V.m. Art. 338 Abs. 2 ZPO).<sup>19</sup> Muss jetzt der *Gläubiger* die Fälligkeit beweisen, weil sie Voraussetzung der Vollstreckbarkeit darstellt, oder der *Schuldner*, der normalerweise für den Aufschub nach Art. 75 OR die Beweislast trägt? Die Literatur zur Rechtsöffnung zitiert stets die materiellrechtlichen Fälligkeitsnormen.<sup>20</sup> Das Bundesgericht hielt fest, dass der Gläubiger die Fälligkeit liquide zu dokumentieren hat, und bezog sich dabei auf STAHELIN, der ebenfalls den Nachweis der Fälligkeit vom Gläubiger verlangt, aber festhält, dieser könne sich einfach auf Art. 75 OR berufen.<sup>21</sup> Damit ist man wieder gleich weit. Richtiger Ansicht nach und in Übereinstimmung mit den materiellrechtlichen Fälligkeitsnormen muss der Gläubiger lediglich für die Rechtsöffnung die Fälligkeit behaupten, wenn sich deren Vorliegen oder deren Nichtvorliegen nicht schon aus der Urkunde selbst ergibt.<sup>22</sup> Es ist am Schuldner, die fehlende Fälligkeit oder die Stundung mit Urkunden zu beweisen (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Ergibt sich die Fälligkeit schon aus der Urkunde, ist dies auf jeden Fall genügend. Das Festhalten der Fälligkeit in der Urkunde empfiehlt sich deshalb auch für die Zwecke einer überschüssenden Anerkennung und einer Anerkennung noch nicht fälliger Forderungen auf Vorrat.

Fraglich ist, ob die Anerkennung auch andere, alternative Ansprüche abdeckt. Ein Entscheid des deutschen BGH ging der Frage nach, ob der in öffentlicher Urkunde anerkannte *Kaufpreisanspruch* auch den *Schadenersatzanspruch* abdecken kann. Der BGH verneinte dies, bejahte aber in einem *obiter dictum* die Möglichkeit, vorsorglich in einer öffentlichen Urkunde einen noch nicht entstandenen Schadenersatzanspruch zu anerkennen, was auch die deutsche Lehre volumnäßig anerkennt.<sup>23</sup> Die Schweizer Lehre hat beide Ansichten über-

<sup>12</sup> BK-WALPEN (FN 4), ZPO 347 N 60; siehe STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 8), § 28 N 64; BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 347 N 29; PAUL OBERHAMMER, *Kurzkommentar ZPO*, Basel 2010 (zitiert: KUKO-VERFASSER), ZPO 347 N 14.

<sup>13</sup> Siehe Obergericht des Kantons Thurgau, Entscheid vom 27. Januar 2006, BlSchK 2008, 17 f., E. 1; PETER STÜCHELI, *Die Rechtsöffnung*, Diss. Zürich 2000 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 119, 198.

<sup>14</sup> Siehe KUKO-KOFMEL EHRENZELLER (FN 12), ZPO 347 N 14; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND (FN 8), § 28 N 64; BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 347 N 29.

<sup>15</sup> Siehe JÜRGEN SCHMID, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2. Aufl. Zürich 2013 (zitiert: Schulthess-Verfasser), ZPO 347 N 30; THOMAS ROHNER/MATTHIAS C. LERCH, in: Alexander Brunner/Dominik Gasser/Ivo Schwander (Hrsg.), ZPO, *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2011 (zitiert: DIKE-Verfasser), ZPO 347 N 25.

<sup>16</sup> Siehe DIKE-ROHNER/LERCH (FN 15), ZPO 347 N 25.

<sup>17</sup> Siehe PAOLA WULLSCHLEGER, in: Marc Amstutz/Peter Breitschmid/Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Claire Huguenin/Markus Müller-Chen/Vito Roberto/Alexandra Rumo-Jungo/Anton K. Schnyder/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 2. Aufl., Zürich 2012 (zitiert: CHK-VERFASSER), OR 75 N 9: «*Da die Bestimmung sofortige Fälligkeit vermutet, obliegt es dem Schuldner, den Nichteintritt der Fälligkeit zu beweisen.*»; ROLF WEBER, *Berner Kommentar*, Bd. VI/1/4, *Allgemeine Bestimmungen*, *Die Erfüllung der Obligation*, Art. 68–96 OR, 2. Aufl., Bern 2005 (zitiert: BK-WEBER), OR 75 N 112 f.; MARIUS SCHRANNER, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Teilband V1e, *Die Erfüllung der Obligationen*, Art. 68–96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000 (zitiert: ZK-SCHRANNER), OR 75 N 87.

<sup>18</sup> Siehe BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 351 N 12; BGE 69 II 298 ff. E. 1: «*Denn nach diesem bedeutet die Stundung – abgesehen vom Fall des formbedürftigen Vertrages (z.B. nachträgliche Stundung des Kaufpreises für eine Liegenschaft, Wechselprolongation) – grundsätzlich immer ein Hinausschieben der Fälligkeit [...].*»

<sup>19</sup> Siehe BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 347 N 29, ZPO 351 N 9; VISINONI-MEYER (FN 4), 122; im Ergebnis gleich BK-WALPEN (FN 4), ZPO 347 N 62; siehe auch Botschaft ZPO (FN 3), 7383.

<sup>20</sup> Siehe STÜCHELI (FN 13), 199; DIKE-ROHNER/LERCH (FN 15), ZPO 347 N 25.

<sup>21</sup> Siehe Urteil BGer 5A\_845/2009, E. 7.1: «*Sodann muss die anerkannte Forderung im Zeitpunkt der Einleitung der Betreibung fällig gewesen sein, was ebenfalls liquide zu dokumentieren ist [...].*» und Urteil BGer 5A\_73/2011, E. 2.1: «*S'agissant de l'exigibilité de la créance en poursuite, il appartient au créancier de l'établir [...]. Le poursuivi peut la contester et rendre immédiatement vraisemblable sa libération conformément à l'art. 82 al. 2 LP. La loi n'exige pas une preuve stricte de ce moyen libératoire (cf. ATF 96 I 4 consid. 1).*»; siehe BSK-STAHELIN (FN 8), SchKG 82 N 79: «*Die Fälligkeit muss vom Gläubiger nachgewiesen werden (...). Er kann sich dabei, ohne weitere Urkunden zu produzieren, auf Art. 75 OR berufen.*»

<sup>22</sup> Siehe dazu die Gedanken bei BSK-STAHELIN (FN 8), SchKG 82 N 79 und GASSMANN (FN 9), 51.

<sup>23</sup> Siehe BGH, Urteil vom 23. November 1979 – V ZR 123/76, NJW 1980, 1050 f., 1051: «*Der Schuldner kann allerdings die Unterwerfungserklärung auch für den Fall abgeben, dass der Erfüllungsanspruch in einen Schadenersatzanspruch übergeht.*»; siehe OLG Hamm, Urteil vom 26. Oktober 1995 – 22 U 78/95, NJW-RR 1996, 1024: «*Im übrigen kann der Schuldner*

nommen.<sup>24</sup> Es ist möglich, den Anspruch enger oder weiter zu definieren (ein abstraktes Schuldversprechen genügt indessen nicht<sup>25</sup>). Auch ist es ein Unterschied, ob jemand einen Betrag «aus Kaufvertrag» oder «als Kaufpreis» anerkennt. Die *pauschale Nennung des Rechtsgrundes*<sup>26</sup> umfasst vom *materiellrechtlichen* Anspruchsbegriff Erfüllungs- und Schadenersatzansprüche.<sup>27</sup> Dies korrespondiert mit der Begründung des Erfordernisses der Rechtsgrundangabe – die Angabe des Rechtsgrundes sei notwendig, um den Ausschlusskatalog gemäss Art. 348 ZPO überprüfen zu können.<sup>28</sup> Eine andere, entgegengesetzte Auffassung gibt dem Rechtsgrund eine *prozessuale* Bedeutung, die den Anspruch identifiziert – genau gleich, wie bei einem Urteil Rechtsbegehren und Lebenssachverhalt den Anspruch definieren.<sup>29</sup> Dieser

*die Unterwerfungserklärung auch für den Fall abgeben, daß der Erfüllungsanspruch in einen Schadenersatzanspruch übergeht. Dies haben die Partner des Vertrages vom 20. 1. 1987 jedoch unterlassen. Für eine über den eindeutigen Wortlaut der Erklärung hinausgehende Auslegung ist damit kein Raum (...).»; zur Lehre siehe KERSTIN-MARIA KOPP, Die vollstreckbare Urkunde, Diss. Bonn 1994, 151 f.*

<sup>24</sup> Siehe VISINONI-MEYER (FN 4), 84; BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 347 N 16.

<sup>25</sup> Botschaft ZPO (FN 3), 7388.

<sup>26</sup> DIKE-ROHNER/LERCH (FN 15), ZPO 347 N 16: «Der Rechtsgrund (z.B. Kauf, Darlehen) der versprochenen Leistung muss in der Urkunde enthalten sein.»

<sup>27</sup> Siehe KOPP (FN 23), 151 f.; siehe Anm. MÜNCH in DNotZ 1991, 531 ff., 536; siehe auch MK-WOLFSTEINER (FN 9), ZPO 794 N 155 (siehe hinten FN 29).

<sup>28</sup> BK-WALPEN (FN 4), ZPO 347 N 46; siehe VISINONI-MEYER (FN 4), 80 und BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 347 N 12, je unter Hinweis auf die Expertenkommission; DIKE-ROHNER/LERCH (FN 15), ZPO 347 N 16.

<sup>29</sup> Siehe zur in Deutschland geführten Kontroverse ausführlich KOPP (FN 23), 126 ff., WOLFSTEINER (FN 9), Rz. 14.1–17, und MK-WOLFSTEINER (FN 9), ZPO 794 N 155: «Die vollstreckbare Urkunde muss über einen Anspruch errichtet sein. Auf diesen Anspruch hat sich die Unterwerfungserklärung zu beziehen. Der Anspruch muss nicht in der Urkunde begründet werden. «Anspruch» ist der Anspruch im prozessualen Sinn (...). Dieser ist nichts anderes als der Inhalt des Vollstreckungstitels entsprechend dem Leistungsgebot im Urteilstenor eines Leistungsurteils. Die Kritik an diesem Verständnis ist unbegründet, zumal die Gegenmeinung den materiell-rechtlichen Anspruch, den sie als Gegenstand der Unterwerfung versteht, sofort mittels einer Abstraktion wieder aufgeben muss. Anspruch bedeutet also ausschliesslich das Korrelat zu der vom Schuldner zum Gegenstand seiner Unterwerfungserklärung gemachten Leistungspflicht und nicht etwa das materielle Rechtsverhältnis, aus dem diese Leistungspflicht hergeleitet wird. Nicht anders als im Klageverfahren liegt deshalb bei der vollstreckbaren Urkunde auch dann lediglich ein einziger Anspruch im prozessualen Sinn vor, wenn sich dieser Anspruch auf mehrere konkurrierende Ansprüche des materiellen Rechts gründen lässt.», N 156: «Vollstreckungsrechtlich bedarf der Anspruch der vollstreckbaren Urkunde keinerlei Korrelats im materiellen Recht, wohl aber der Gründung auf einen konkreten Lebenssachverhalt (...). Dieser Lebenssachverhalt kann zwar fiktiv sein; anders als im Zivilprozess findet bei der vollstreckbaren Urkunde aber ein doppelter Abgleich mit der wahren Rechtslage statt.», N 174: «Obwohl der vollstreckbaren Urkunde materielle Rechtskraft nicht zukommt (...), ist die Angabe notwendig, weil sowohl die Klauselklage nach § 731 als auch die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 – in diesen

Begriff umfasst meist mehrere Anspruchsgrundlagen aus einem Lebenssachverhalt. Die Kommentierungen in der Schweiz lassen indes keinen Zweifel zu, dass der *materiellrechtliche* Begriff des Anspruchs relevant ist. Dieser lässt sich jedoch, wie oben gezeigt worden ist, enger oder weiter definieren.<sup>30</sup>

#### IV. Zession

Diverse Autoren verneinen den Übergang der öffentlichen Urkunde bei einer Zession der darin anerkannten Forderung.<sup>31</sup> Gemäss Art. 170 Abs. 1 OR gehen alle Vorzugs- und Nebenrechte bei einer Zession mit Ausnahme solcher, die untrennbar mit dem Zedenten verbunden sind, auf den Zessionar über. *Die Betreibungsrechte fallen unter die Nebenrechte.*<sup>32</sup> Gemäss STÜCHELI kann der Zessionar indes keine *definitive*, sondern nur *provisorische* Rechtsöffnung verlangen. Der Grund dafür liege darin, dass es dem Schuldner möglich sein muss, «*Einwendungen gegen die Zession glaubhaft zu machen und allenfalls im Aberkennungsprozess zu beweisen, denn die Zession wurde noch nicht gerichtlich überprüft.*»<sup>33</sup> Dies widerspricht dem Grundsatz, dass man mit der Zession auch in die betreibungsrechtliche Situation tritt, die der Zedent hinterlassen hat.<sup>34</sup> Sodann ist provisorische Rechtsöffnung für eine auf einem definitiven Rechtsöffnungstitel beruhende Forderung rechtlich unmöglich.<sup>35</sup> Die auch bei VISINONI-MEYER<sup>36</sup> geäusserte Kritik, wonach der Schuldner keine Einwendungen gegen die Zession

*Verfahren ist über den Anspruch selbst zu entscheiden – voraussetzen, dass der Anspruch in der Unterwerfungserklärung so bezeichnet ist, wie er auch in einer Klageschrift bezeichnet sein müsste. Auch materiellrechtlich muss feststellbar sein, welcher Anspruch durch eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung befriedigt worden und damit erloschen ist.»*

<sup>30</sup> A.M. wohl BK-WALPEN (FN 4), ZPO 347 N 49: «Die Unterwerfungserklärung gilt nur für den in der Urkunde bezeichneten Rechtsgrund. Sie gilt nicht für Schadenersatzansprüche, die der Gläubiger anstelle des ursprünglichen Anspruchs geltend machen will [...].»

<sup>31</sup> Siehe die Hinweise bei FN 8.

<sup>32</sup> Bezirksgerichtspräsidium Appenzell, Entscheid vom 4. Juni 1975, SJZ 1976, 192 ff., 193; HANS FRITSCHE/HANS-ULRICH WALDER-BOHNER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, § 9 N 51; BGer, Entscheid vom 23. November 1998, SJ 1999 I, 170 ff., E. 2. a): «[...] les droits découlant de la poursuite sont, en effet, des «droits accessoires» qui suivent en vertu de l'art. 170 al. 1 CO le sort de créance cédée [...]»; siehe LARDELLI (FN 8), 138.

<sup>33</sup> STÜCHELI (FN 13), 173; siehe aber auch STÜCHELI, 230, Fn. 66; a.M. Kantonsgericht Schwyz, Beschluss vom 26. Juli 2007, RK2 2006 121 (SZ), EGV-SZ 2007, A 6.3, 69 ff., E. 7, mit weiteren Hinweisen auf ablehnende und zustimmende Urteile und Autoren; ebenso a.M. Obergericht des Kantons Aargau, Entscheid vom 13. Februar 1992, AGVE 1992, 60 ff.

<sup>34</sup> Siehe BSK-BESSENICH (FN 8), SchKG 77 N 3 m.w.H.

<sup>35</sup> Obergericht des Kantons Aargau, Entscheid vom 13. Februar 1992, AGVE 1992, 60 ff., E. 2. b); siehe die umfassende Beurteilung in Kantonsgericht Schwyz, Beschluss vom 26. Juli 2007, RK2 2006 121 (SZ), EGV-SZ 2007, A 6.3, 69 ff., E. 7.

<sup>36</sup> VISINONI-MEYER (FN 4), 85.

vorbringen könnte, ist unseres Erachtens nicht stichhaltig. Der *debitor cessus* kann den Gläubigerwechsel, den der Zessionar mittels Urkunden zu beweisen hat, überprüfen lassen,<sup>37</sup> doch gilt die Vollstreckbarkeit des Titels mittels definitiver Rechtsöffnung grundsätzlich auch für den Rechtsnachfolger.

## V. Gutglaubensschutz

Geht mit der Forderung die vollstreckbare öffentliche Urkunde als Nebenrecht i.S. des Art. 170 Abs. 1 OR mit auf den neuen Gläubiger über, so stellt sich die Frage nach dem Schutz vor der überschiessenden Rechtsmacht. Der neue Gläubiger kann grundsätzlich unabhängig vom Sicherungsvertrag vollstrecken, auch wenn der Schuldner den aus Zinsen und Amortisationen bestehenden Schuldendienst stets korrekt geleistet hat. Hat der Schuldner vielleicht ein Darlehen durch eine öffentliche Urkunde im vollen Umfang gesichert, aber schon zur Hälfte abbezahlt, könnte er sich bei einer Zession überdies mit der Vollstreckung der Urkunde in Höhe der ganzen Schuld konfrontiert sehen, wenn der Zessionar die Forderung im Vertrauen auf das schriftliche Schuldbekenntnis erworben hat. In diesem Fall steht dem Schuldner unseres Erachtens keine Einwendung der Teillösung gegenüber dem gutgläubigen Zessionar zu (analoge Anwendbarkeit von Art. 18 Abs. 2 OR), sofern ihm bewusst war, dass die Urkunde nicht mehr den richtigen Sachverhalt wiedergibt.<sup>38</sup> Der Schuldner hat m.a.W. grundsätzlich dafür besorgt zu sein, dass die öffentliche Urkunde nach einer Teilzahlung aktualisiert wird.<sup>39</sup>

Unstrittig ist die Rechtslage bei einer wissentlich *ab initio* überschiessenden Anerkennung: Eine solche muss

sich der Schuldner anrechnen lassen (Art. 18 Abs. 2 OR).<sup>40</sup>

Art. 164 Abs. 2 OR schützt sodann das Vertrauen des gutgläubigen Zessionars in eine Forderung, welche mit einem Abtretungsverbot behaftet ist. Wann ein solches Abtretungsverbot vereinbart worden ist (d.h. ob vor oder nach der Ausstellung des Schuldbekenntnisses), spielt keine Rolle.<sup>41</sup> Ist das Abtretungsverbot auf der öffentlichen Urkunde vermerkt, so kann der Zessionar nicht gutgläubig sein.

In beiden Fällen stellt sich die Frage nach einem allfälligen Korrektiv. In Deutschland hat der BGH deshalb den Eintritt des Forderungserwerbers in die Sicherungsabrede verlangt, diese Rechtsprechung aber wieder aufgegeben.<sup>42</sup> Die vollstreckbare öffentliche Urkunde verleiht eine überschiessende Rechtsmacht, die allen fiduziарischen Rechtsgeschäften eigen ist. Dennoch haben Lehre und Rechtsprechung diese stets toleriert und geschützt.<sup>43</sup> Gängig ist beispielsweise die Sicherungsübereignung eines Schuldbriefes, die meist eine massiv überschiessende Rechtsmacht verleiht, aber ausser dem Erfordernis des guten Glaubens beim Erwerb hinsichtlich der Höhe keiner Einschränkung unterliegt.<sup>44</sup> Es besteht kein Bedarf, spezifische Einschränkungen für die vollstreckbare öffentliche Urkunde einzuführen, da das Gutglaubenserfordernis auch vorliegend als Einschränkung aufgrund der (je nachdem analog) anwendbaren Art. 18 Abs. 2 oder 164 Abs. 2 OR besteht.

Um den guten Glauben eines potentiellen Zessionars zu zerstören, empfiehlt es sich, die teilweise oder gänzliche Tilgung auf der öffentlichen Urkunde zu vermerken (Art. 88 Abs. 2 OR). Unseres Erachtens braucht dies nicht notariell beurkundet zu sein, da die öffentliche Beurkundung den Schuldner vor unüberlegtem Handeln abhalten soll, mithin seinem Schutze dient;<sup>45</sup> durch den nachträglichen Vermerk wird lediglich verhindert, dass ein Zessionar die (eigentlich reduzierte) Forderung gutgläubig erwerben kann. Noch sicherer wäre es, die Zession gänzlich auszuschliessen und ein *pactum de non cedendo* auf der öffentlichen Urkunde selbst festzuhalten.

<sup>37</sup> Dazu hinten Abschnitt VI, c.

<sup>38</sup> Siehe CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, Band 16, München 1971, 97 ff., insb. 101: «(...) der Schuldner haftet, wenn er bewusst dem Gläubiger den Schulschein beläßt und nicht alles in seiner Macht Stehende unternimmt, um ihn wiederzuerlangen. Insbesondere muss er nach erfolgter Erfüllung die Herausgabe erzwingen; behauptet der Gläubiger, zur Herausgabe ausserstande zu sein, so wird man gegenüber Dritten nicht das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis über das Erlöschen der Schuld (...) genügen lassen können, sondern (...) eine öffentliche Kraftloserklärung zu fordern haben.»; die Fortwirkung der Anerkennung wäre vergleichbar mit der Vollmacht, die trotz des Widerrufs im Verkehr bleibt (Art. 34 Abs. 3 OR) oder *ab initio* falsch war (Art. 33 Abs. 3 OR); zum Ganzen ARNOLD F. RUSCH, Rechtsscheinlehre, Habil. Zürich 2010, 91; teilweise a.M. ALFRED KOLLER, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Habil. Freiburg 1985, Rz. 648 und dort FN 814, m.w.H., wobei er in Fn 814 die analoge Anwendung von Art. 164 Abs. 2 OR zumindest nicht ausschliesst (Art. 18 Abs. 2 OR erfasst nie nachträgliche Änderungen); PETER JÄGGI/PETER GAUCH, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V1b, Kommentar zu Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980 (zitiert: ZK-JÄGGI/GAUCH), OR 18 N 264.

<sup>39</sup> Dazu Abschnitt V *in fine*.

<sup>40</sup> KOLLER (FN 38), Rz. 648; siehe ZK-JÄGGI/GAUCH (FN 38), OR 18 N 242.

<sup>41</sup> KOLLER (FN 38), Rz. 655.

<sup>42</sup> Siehe BGH, Beschluss vom 29. Juni 2011 – VII ZB 89/10, NJW 2011, 2803 ff., 2804 f. Seit 2008 erhält § 1192 Abs. 1a BGB die Einreden aus dem Sicherungsvertrag auch gegenüber dem Forderungserwerber; siehe zur früheren Rechtsprechung BGH, Versäumnisurteil vom 30. März 2010 – XI ZR 200/09, NJW 2010, 2041 ff.

<sup>43</sup> Siehe RUSCH (FN 38), 329 ff.

<sup>44</sup> Siehe DANIEL STAHELIN, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, 4. A., Basel 2011, ZGB 842 N 46.

<sup>45</sup> Siehe auch BK-WALPEN (FN 4), ZPO 347 N 28, wonach der Schuldner über die Folgen seiner Handlung belehrt werden muss.

## VI. Prozessuales Korrektiv bei Geldforderungen

### a. Ausgangslage

Lautet die vollstreckbare öffentliche Urkunde auf eine Geldleistung, so kann der Gläubiger diese über die Betreibung vollstrecken lassen (Art. 38 Abs. 1 SchKG). Erhebt der Schuldner Rechtsvorschlag, so stellt die vollstreckbare öffentliche Urkunde einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG; Art. 349 ZPO).

### b. Allgemeines Korrektiv

Die öffentliche Urkunde schafft keine *res iudicata* (siehe Art. 352 ZPO).<sup>46</sup> Unterliegt der Betriebene in der definitiven Rechtsöffnung, so kann er eine *negative Feststellungsklage* (Art. 85a SchKG oder Art. 88 ZPO) oder die *Rückforderungsklage* (Art. 86 SchKG) erheben.<sup>47</sup> Unseres Erachtens statuiert Art. 352 ZPO kein eigenständiges Verfahren.<sup>48</sup> Vielmehr verweist die Bestimmung insbesondere auf die Art. 85 ff. SchKG sowie Art. 88 ZPO (wobei das Feststellungsinteresse durch die laufende Betreibung bzw. Vollstreckung gegeben ist<sup>49</sup>).<sup>50</sup>

### c. Besonderheiten bei der Zession

Zediert der Gläubiger die verurkundete Forderung vor oder während des laufenden Betreibungsverfahrens, so stellt sich die Frage, wie der Schuldner seine Rechte wahren kann. Läuft die Zehntagesfrist gemäss Art. 74 Abs. 1 SchKG noch, kann er Rechtsvorschlag erheben.<sup>51</sup> Hat er bereits Rechtsvorschlag erhoben, kann er die persönlichen Einreden gegen den Zessionar und gegen die Zession im dadurch veranlassten Gerichtsverfahren vorbringen.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Botschaft ZPO (FN 3), 7389; siehe VISINONI-MEYER (FN 4), 107; KUKO-KOFMEL EHRENZELLER (FN 12), ZPO 352 N 2.

<sup>47</sup> Siehe BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 352 N 3 ff.

<sup>48</sup> Siehe Botschaft ZPO (FN 3), 7391; KURT AMONN/FRIDOLIN WALther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 19 Rz. 59; VISINONI-MEYER (FN 4), 129 ff.; BK-WALPEN (FN 4), ZPO 352 N 5 ff.; unklar SCHWANDER (FN 1), 681 und HOFMANN (FN 2), 235 f.

<sup>49</sup> Botschaft ZPO (FN 3), 7391; siehe SCHWANDER (FN 1), 681.

<sup>50</sup> Ähnlich BK-WALPEN (FN 4), ZPO 352 N 5 ff.

<sup>51</sup> ESTHER GIRSBERGER, Der nachträgliche Rechtsvorschlag im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. Zürich 1990, 60; siehe auch AMONN/WALther (FN 48), § 18 Rz. 30.

<sup>52</sup> BGE 125 III 42 ff. E. 1: «*Or, la poursuivie ayant déjà formé opposition dans le délai légal au commandement de payer notifié à la réquisition du poursuivant originaire, elle peut soulever, dans le cadre de la procédure de mainlevée, toutes les exceptions qu'elle possède contre la cessionnaire.*»; BSK-BESSENICH (FN 8), SchKG 77 N 8: «*Läuft die Frist für das Erheben des ordentlichen Rechtsvorschlage noch oder fand der Gläubigerwechsel vor der Zustellung des Zahlungsbefehles statt, kann sich der Betriebene mit Hilfe des Rechtsvorschlages auch gegen den neuen Gläubiger*

Ist die Zehntagesfrist bereits abgelaufen, so kann der Schuldner einen Rechtsvorschlag auch *nachträglich* bis zur Verteilung oder Konkurseröffnung anbringen (Art. 77 Abs. 1 SchKG). Dabei kann er Einreden gegen die Zession als solche oder gegen den neuen Gläubiger erheben.<sup>53</sup> Zu beachten ist indessen, dass ein nachträglicher Rechtsvorschlag nicht möglich ist, wenn der Schuldner schon vor Ablauf der ordentlichen Frist Kenntnis über die Zession erhielt.<sup>54</sup> Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. b ZPO). Bewilligt es den nachträglichen Rechtsvorschlag, so muss der Gläubiger auf Anerkennung der Forderung klagen (Art. 79 SchKG).<sup>55</sup> Das Anerkennungsverfahren beschränkt sich indessen grundsätzlich auf die Frage des Gläubigerwechsels.<sup>56</sup>

Erlangt der Gläubiger nach Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages einen definitiven Rechtsöffnungstitel *hinsichtlich der Zession*, so steht ihm auch die definitive Rechtsöffnung offen (sofern der Rechtsvorschlag nicht schon gleichzeitig aufgehoben wurde). Diese beschränkt sich jedoch auf die Frage der Zession und die Einreden gegen den Zessionar, da der Zahlungsbefehl hinsichtlich der übrigen Einreden mit unbenutztem Ablauf der Frist für den ordentlichen Rechtsvorschlag rechtskräftig wurde.<sup>57</sup> Auch in dieser Konstellation kann der Schuldner indessen (in einem separaten Verfahren) eine gerichtliche Beurteilung der geschuldeten Leistung gemäss Art. 352 ZPO verlangen.

Findet der nachträgliche Rechtsvorschlag keine Gnade, kann der Schuldner eine negative Feststellungsklage (Art. 85a SchKG) oder die Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG) erheben.<sup>58</sup>

*wehren, also etwa ein Abtretnungsverbot geltend machen, und erspart sich damit das Bewilligungsverfahren gemäss Abs. 2 und 3 [...].»*

<sup>53</sup> AMONN/WALther (FN 48), § 18 Rz. 30; BSK-BESSENICH (FN 8), SchKG 77 N 10; GIRSBERGER (FN 51), 65.

<sup>54</sup> Siehe AMONN/WALther (FN 48), § 18 Rz. 30.

<sup>55</sup> AMONN/WALther (FN 48), § 18 Rz. 36; BSK-BESSENICH (FN 8), SchKG 77 N 11, m.w.H.

<sup>56</sup> Siehe Kantonsgericht Schwyz, Beschluss vom 26. Juli 2007, RK2 2006 121 (SZ), EGV-SZ 2007, A 6.3, 69 ff., E. 7. c): «*Aufgrund der Rechtsprechung von BGE 125 III 42 ff. ist anzunehmen, dass die Einreden gegen den neuen Gläubiger mittels ordentlichem Rechtsvorschlag einzubringen sind, wenn dies noch möglich ist. Solchenfalls braucht der Schuldner zwar diesen nicht ausdrücklich zu begründen, sondern die Einrede im Rechtsöffnungsverfahren glaubhaft zu machen. Ist eine solche gegen den neuen Gläubiger demnach voraussichtlich stichhaltig, bleibt der Rechtsvorschlag bestehen, und der Gläubiger muss für die Teilfrage der Zessionseinrede das ordentliche Verfahren beschreiten.*»

<sup>57</sup> Die Kombination dieses Verfahrens mit den ohnehin offenstehenden Klagen nach Art. 85a SchKG wäre zwar prozessökonomisch sinnvoll, würde aber dennoch die Vollstreckung unnötig verzögern.

<sup>58</sup> Siehe vorne, Abschnitt VI.b. und BSK-VISINONI-MEYER (FN 4), ZPO 352 N 3 ff.

#### d. Thema und Beweis im Rechtsöffnungsverfahren

Der Schuldner kann im Rechtsöffnungsverfahren allgemein einwenden, die Schuld sei getilgt oder gestundet (Art. 81 Abs. 1 SchKG).<sup>59</sup> Er kann sich bei überschüssiger Anerkennung und gutgläubigem Erwerb der Forderung durch den Zessionar im Sinne von Art. 18 Abs. 2 OR<sup>60</sup> nicht darauf berufen, die Schuld habe von Anfang an nicht in diesem Umfang bestanden. Dies ergibt sich aus dem *Vorrang des materiellen Rechts*. Die Einrede der Tilgung greift in dieser speziellen Konstellation folglich nur, wenn der Schuldner gleichzeitig die *Bösgläubigkeit* des Zessionars bezüglich der Höhe der Forderung *glaublich*<sup>61</sup> macht (Art. 3 ZGB, Art. 18 Abs. 2 OR). Indessen kann der Schuldner mit den in Abschnitt V. vorgebrachten Einschränkungen vorbringen, dass er den Zessionar gänzlich oder teilweise befriedigt habe.

Liegt keine Zession vor, so kann der Schuldner die Einwendung der Tilgung erheben. Während Art. 81 Abs. 1 SchKG dafür den *Urkundenbeweis* verlangt, kann der Schuldner gemäss Art. 81 Abs. 2 SchKG weitere, sofort beweisbare Einwendungen gegen die Leistungspflicht geltend machen, «*sofern sie sofort beweisbar sind*». Ein blosses Glaubhaftmachen genügt nicht.<sup>62</sup> In der Regel spielt dieser feine Unterschied zwischen sofortigem Beweis und Urkundenbeweis keine Rolle, weil die sofortige Beweisbarkeit häufig nur mit Urkunden möglich ist.<sup>63</sup> Es stellt sich die Frage, ob sich Art. 81 Abs. 2 SchKG auf alle Einwendungen bezieht, die bei einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde vorgebracht werden können, oder nur auf jene, welche nicht bereits durch Abs. 1 abgedeckt sind. Beide Auslegungen sind denkbar. Nach grammatischer Auslegung gilt der Urkundenbeweis bei der Tilgung, da Art. 81 Abs. 2 SchKG nur «*weitere Einreden*» erfasst.<sup>64</sup> Aus der Botschaft geht indessen hervor, dass Art. 81 Abs. 2 SchKG auf die Aufhebung der Einredenbeschränkung abzielt.<sup>65</sup> Der Begriff der sofortigen Beweisbarkeit findet sich ohne Differenzierung auch in Art. 351 Abs. 1 ZPO, der Parallelbestimmung zu Art. 81 Abs. 2 SchKG.<sup>66</sup> Das Beweismass knüpft an die Art des Rechtsöffnungstitels und nicht an die Art der Einrede an. Daher genügt unseres Erachtens die sofortige Beweisbarkeit der Tilgung. Im Rahmen von Art. 254 ZPO ist dabei jedes Beweismittel zulässig.<sup>67</sup>

In Bezug auf Einreden in Zusammenhang mit einer Zession ist zu differenzieren: Stützt sich der Gläubiger diesbezüglich auf einen definitiven Rechtsöffnungstitel, so gilt der Urkundenbeweis (Art. 81 Abs. 1 SchKG) bzw. – wenn der definitive Rechtsöffnungstitel eine vollstreckbare öffentliche Urkunde darstellt – sofortige Beweisbarkeit (Art. 81 Abs. 2 SchKG). Kann der Gläubiger blos eine Abtretungsurkunde vorlegen, so genügt die Glaubhaftmachung;<sup>68</sup> ein höheres Beweismass für den Schuldner wäre unbillig, da dem Gläubiger ebenfalls ein (im Verhältnis zur definitiven Rechtsöffnung) geringeres Beweismass zugestanden wird, wenn der Schuldner keine Einrede erhebt. Kann der Schuldner die Einrede glaubhaft machen, so muss der Gläubiger einen definitiven Rechtsöffnungstitel bezüglich der Zession vorlegen können.<sup>69</sup> Andernfalls ist er auf das Anerkennungsverfahren zu verweisen, welches sich auf Einreden in Zusammenhang mit der Zession beschränkt.<sup>70</sup> Den Gläubiger einen zweiten Prozess führen zu lassen, mag unter prozessökonomischen Gesichtspunkten unbillig sein, wenn man bedenkt, dass der Schuldner die Bösgläubigkeit zu beweisen hat;<sup>71</sup> es entspricht indessen der Konzeption des SchKG.

<sup>59</sup> BSK-STAEHELIN (FN 8), SchKG 81 N 23; HOFMANN (FN 2), 229.

<sup>60</sup> Siehe dazu vorne, Abschnitt V.

<sup>61</sup> Vgl. dazu den letzten Abschnitt.

<sup>62</sup> HOFMANN (FN 2), 229; AMONN/WALTHER (FN 48), § 19 Rz. 58; Botschaft ZPO (FN 3), 7389.

<sup>63</sup> Botschaft ZPO (FN 3), 7389: «*Es genügt nicht, dass die verpflichtete Partei ihre Einreden glaubhaft macht, sondern sie muss sie sofort beweisen können. Das verlangt in der Regel den Urkundenbeweis.*»; siehe auch BSK-STAEHELIN (FN 8), SchKG 81 N 24.

<sup>64</sup> BSK-STAEHELIN (FN 8), SchKG 81 N 25.

<sup>65</sup> Botschaft ZPO (FN 3), 7389.

<sup>66</sup> Siehe HOFMANN (FN 2), 231.

<sup>67</sup> HOFMANN (FN 2), 230.

<sup>68</sup> Siehe Kantonsgericht Schwyz, Beschluss vom 26. Juli 2007, RK2 2006 121 (SZ), EGV-SZ 2007, A 6.3, 69 ff., E. 7. c).

<sup>69</sup> Obergericht des Kantons Aargau, Entscheid vom 13. Februar 1992, AGVE 1992, 60 ff., E. 2. c).

<sup>70</sup> Siehe Kantonsgericht Schwyz, Beschluss vom 26. Juli 2007, RK2 2006 121 (SZ), EGV-SZ 2007, A 6.3, 69 ff., E. 7. c).

<sup>71</sup> Siehe BK-HOFER (FN 4), ZGB 3 N 104–108. Auch in diesem Prozess trifft den Schuldner die Beweislast für die Bösgläubigkeit des Zessionars, die er durch Beweis der Kenntnis des Zessionars vom überschüssenden Charakter der Anerkennung oder der mangelnden Sorgfalt beim Erwerb der Forderung führen kann.