

## JAAC 52.23

Bundesamt für Justiz, 2. Februar 1988

---

*Poursuite pour dettes et faillite. Reconnaissance et exécution en Suisse d'un commandement de payer autrichien?*

---

*Schuldbetreibung und Konkurs. Anerkennung und Vollstreckung eines österreichischen Zahlungsbefehls in der Schweiz?*

---

*Esecuzione e fallimento. Riconoscimento ed esecuzione in Svizzera di un mandato di pagamento austriaco?*

---

In bezug auf einen österreichischen Zahlungsbefehl, der gemäss Bescheinigung eines österreichischen Bezirksgerichtes in Rechtskraft erwachsen ist, fragte sich, ob dieser in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden kann.

Das Bundesamt für Justiz gab folgende Meinung dazu:

1. Zwischen der Schweiz und Österreich besteht ein bilateraler Staatsvertrag vom 16. Dezember 1960 über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (SR 0.276.191.632). Er ersetzt den alten gleichnamigen Vertrag vom 15. März 1927 (vgl. SR 0.276.191.631). Das Übereinkommen sieht in Art. 1 vor, dass die in einem der beiden Staaten gefällten gerichtlichen Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, einschliesslich der im Adhäsionsverfahren ergangenen Entscheidungen im anderen Staat unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt werden können. Die Voraussetzungen betreffen die internationale Zuständigkeit (Ziff. 1), das Fehlen einer Ordre-public-Einrede einschliesslich der res iudicata (Ziff. 2), die

Rechtskraft (Ziff. 3) und - bei Säumnisurteilen - der Nachweis einer korrekten Vorladung (Ziff. 4). Die Prüfung dieser Voraussetzungen geschieht nach Abs. 2 von Amtes wegen.

2. Als erstes stellt sich die Frage, ob der vorliegende Zahlungsbefehl - welcher vorliegend mit einer Mahnklage verbunden war - eine *Entscheidung* im Sinne von Art. I des erwähnten Staatsvertrages ist. Sollte dies zutreffen, so wären anschliessend die Voraussetzungen nach Art. 1 zu prüfen.

3. Unseres Wissens hat sich das Bundesgericht noch nie mit der Natur eines österreichischen Zahlungsbefehls auseinandersetzen müssen. Hingegen hat die Camera di cassazione civile des Tessiner Appellationshofes am 18. Mai 1976 in Sachen Goerlich festgehalten, dass das österreichische Vollstreckungsverfahren durchaus mit dem schweizerischen vergleichbar sei, obwohl anstelle des Betreibungsamtes das Bezirksgericht den Zahlungsbefehl erlasse. Es fährt dann fort: «Quindi il tribunale non prende alcuna decisione, non emette una sentenza concernente il merito, cioè l'esistenza o meno del credito messo in esecuzione. In altre parole, con la «Mahnklage» il debitore non viene condannato a pagare quanto preteso dal creditore, perché manca l'accertamento giudiziale. È pertanto chiaro che quel documento - anche senza l'opposizione del debitore - non può costituire una sentenza ai sensi della Convenzione e dell'art. 80 LEF, come nel diritto svizzero un precetto esecutivo contro il quale non è stata interposta opposizione non è un titolo di rigetto.»

Die knappe Begründung vermag indessen nicht zu überzeugen.

4. *Stauffer Wilhelm* führt in seinem Aufsatz «Die Verträge der Schweiz mit Österreich und mit der Tschechoslowakei über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen» (Aarau und Leipzig 1930, S.12 f.) aus:

«Mit diesen Normen der Zivilprozessordnung (ZPO, gemeint sind §§ 548 ff. über den Zahlungsauftrag) ist § 1 Ziff. 2 der österreichischen EO (Exekutionsordnung) in Verbindung zu bringen, der die Zahlungsaufträge (Zahlungsbefehle) im Mandats- und Wechselverfahren, wenn gegen sie nicht rechtzeitig Einwendungen erhoben worden sind, zwangsvollstreckungsrechtlich wie rechtskräftige Zivilurteile behandelt. Auch der Gleichstellung mit den gerichtlichen Entscheidungen im Sinne der Verträge stehen daher keine Bedenken entgegen. Wo jedoch im Gegensatz zu Verhältnissen der soeben besprochenen Art eine *gerichtliche* Mitwirkung fehlt, kann nicht mehr von *gerichtlichen* Entscheidungen gesprochen werden. Es fallen daher weder die schweizerischen Zahlungsbefehle, noch die bloss im Mahnverfahren (§ 1 Ziff. 3 der österreichischen EO in Verbindung mit Art. XXVIII des österreichischen Einführungsgesetzes [EG] zur ZPO) erlassenen Zahlungsbefehle unter den Vertrag. Auch der schweizerische provisorische Rechtsöffnungsentscheid kann nicht als gerichtlicher Entscheid im Sinne der beiden Verträge angesprochen werden. Zwar weist das schweizerische provisorische Rechtsöffnungsverfahren unverkennbar gewisse Ähnlichkeiten mit dem österreichischen und tschechoslowakischen Zahlungsauftragsverfahren auf; auch hat man es mit einem *gerichtlichen*

Verfahren zu tun. Entscheidend ist dann aber, dass es sich dabei lediglich um ein betreibungsrechtliches Inzidenzverfahren handelt, das auf das besondere schweizerische Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren zugeschnitten ist.»

5. Aus den Ausführungen Stauffers geht hervor, dass Entscheide im Sinne des Vollstreckungsübereinkommens einen *gerichtlichen Akt* voraussetzen, in dem die anspruchsbegründenden Tatsachen überprüft worden sind, dass es sich aber nicht notwendigerweise um ein kontradiktorisches Verfahren handeln muss.

Nach Stauffer entspricht der «Zahlungsauftrag» diesen Voraussetzungen. Die gleiche Ansicht wird in der bundesrätlichen Botschaft vertreten (vgl. BBl 1927 379). Was hingegen die im Mahnverfahren ergangenen Zahlungsbefehle anbelangt, so sollen sie - gleich wie die schweizerischen Zahlungsbefehle und die provisorischen Rechtsöffnungsentscheide - vom Staatsvertrag nicht erfasst sein.

Ob aber Zahlungsbefehle des österreichischen Rechts - anders als Zahlungsaufträge - nicht als Entscheide im Sinne des Übereinkommens zu werten sind, bedarf sorgfältiger Prüfung.

6. Zahlungsaufträge wie auch Zahlungsbefehle werden im Rahmen einer besonderen Verfahrensart namens «Auftragsverfahren» erlassen. Darunter versteht das österreichische Recht eine Verfahrensart, in welcher der Richter an den Schuldner, ohne ihn angehört zu haben, einen Erfüllungsbefehl» erlässt. Dieser wird zu einem vollstreckbaren Titel, wenn der Schuldner nicht rechtzeitig widerspricht. Erst mit der schuldnerischen Einwendung tritt anstelle dieses summarischen das ordentliche Verfahren (vgl. *Holzhammer Richard*, Österreichisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Wien und New York 1976, S. 350 ff.). Eine unterschiedliche Behandlung von Zahlungsauftrag und Zahlungsbefehl scheint daher mit Rücksicht auf das Übereinkommen nicht gerechtfertigt.

Der Zahlungsauftrag ergeht im sogenannten Urkundenverfahren (Mandatsverfahren oder Wechselmandatsverfahren) und setzt voraus, dass sich die Klageforderung auf eine mandatsfähige Urkunde gründet. Darunter fallen insbesondere öffentliche Urkunden und private, auf denen die Unterschrift des Ausstellers beglaubigt ist (vgl. § 548 öZPO). Der Zahlungsbefehl wird im Rahmen des sogenannten Mahnprozesses erlassen. Er ist für Streitwerte bis zu öS 30 000 vorgesehen und darf nicht erlassen werden, wenn die Klage zurückzuweisen ist oder wenn nach den Angaben in der Klage oder offenkundig die Forderung nicht klagbar, noch nicht fällig oder von einer Gegenleistung abhängig ist oder wenn der Beklagte unbekanntes Aufenthaltsort hat (vgl. § 448 öZPO).

In beiden Fällen muss der Beklagte innerhalb einer bestimmten Frist Einwendung (beim Zahlungsauftrag) beziehungsweise Widerspruch (beim Zahlungsbefehl) erheben, ansonsten der Titel rechtskräftig und vollstreckbar wird.

Auch diesbezüglich ist nicht einzusehen, weshalb Zahlungsauftrag und Zahlungsbefehl nicht beide als Entscheid im Sinne des Übereinkommens gelten sollen.

7. Nach der zugänglichen Dokumentation werden Zahlungsauftrag und Zahlungsbefehl vollstreckungsrechtlich gleich gehandhabt und den im ordentlichen Verfahren ergangenen Urteilen gleichgestellt. Wenn deshalb der rechtskräftig gewordene Zahlungsauftrag als Entscheid im Sinne des Übereinkommens betrachtet wird, so müsste dies ebenfalls für den rechtskräftig gewordenen Zahlungsbefehl gelten.

8. Zu prüfen bleibt aber noch, ob - entgegen der in der bundesrätlichen Botschaft geäußerten Auffassung - weder Zahlungsauftrag noch Zahlungsbefehl als Entscheid gemäss Art. 1 des bilateralen Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahrens gelten können.

Wie oben festgehalten, ergeht der Zahlungsauftrag aufgrund der Präsentation einer mandatsfähigen Urkunde, ohne dass über den Anspruch materiell ein Entscheid gefällt würde. Geprüft wird lediglich, ob die vorgelegte Urkunde den Anforderungen von § 548 öZPO genügt. Dem Beklagten bleibt unbenommen, nach Erlass des Befehls unverzüglich seine Einwendungen zu formulieren und dadurch das ordentliche Verfahren auszulösen. Tut er es nicht, erwächst der Zahlungsauftrag in Rechtskraft und ist vollstreckbar. Ganz ähnlich verhält es sich auch beim Zahlungsbefehl: Er basiert auf formellen Prozessvoraussetzungen sowie vereinfacht gesagt darauf, ob die Forderung und ihre Fälligkeit glaubhaft gemacht worden sind. Auch hier muss der Beklagte innert bestimmter Frist Widerspruch erheben und dadurch das ordentliche Verfahren auslösen, ansonsten der Zahlungsbefehl rechtskräftig und vollstreckbar wird.

Hinsichtlich des Umfangs der Kognition bestehen daher zwischen dem Urkundenverfahren und dem Mahnverfahren keine nennenswerten Unterschiede. Beiden Verfahren ist gemeinsam, dass der Richter einzig auf Vorbringen des Klägers hin einen «Befehl» erlässt, ohne den Anspruch materiell geprüft zu haben. Daraus könnte höchstens der Schluss gezogen werden, weder Zahlungsauftrag noch Zahlungsbefehl seien geeignet, als Entscheid im Sinne des bilateralen Übereinkommens zu gelten.

Dem steht jedoch der Umstand entgegen, dass der Kläger bei Forderungen bis zu öS 30 000, die nicht auf einer mandatsfähigen Urkunde basieren, gar keine Möglichkeit hat, das ordentliche Verfahren zu ergreifen. Ein entsprechendes Begehren würde von Amtes wegen in das Mahnverfahren verwiesen. Wir neigen daher eben zu der Auffassung, dass sowohl Zahlungsauftrag wie auch Zahlungsbefehl mit Eintritt der Rechtskraft als Entscheid nach Art. 1 des schweizerisch-österreichischen Übereinkommens gelten.

9. Ob der Zahlungsbefehl *in casu* vollstreckt werden kann, hängt davon ab, ob die in Art. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Insbesondere scheint die Frage der internationalen Zuständigkeit prüfenswert (Ziff. 1); dabei wäre dem Vorbehalt von Art. 59 BV Rechnung zu tragen (vgl. Art. 2).

## **JAAC 52.23 - Bundesamt für Justiz, 2. Februar 1988**

|         |   |
|---------|---|
| In      | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden                              |
| Dans    | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération   |
| In      | Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione |
| Jahr    | 1988  |
| Année   |   |
| Anno    |   |
| Band    | 52  |
| Volume  |   |
| Volume  |   |
| Seite   | ---   |
| Page    |   |
| Pagina  |   |
| Ref. No | 150 000 677   |

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.