



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Schuldbetreibung und Konkursgesetz

Fürsprecher Domink Gasser

Vorlesungsnotizen von Jonas Achermann
Verknüpft mit Zusammenfassungen vom Buch

26. Oktober 2005

Erster Teil: Grundlagen

1. Gegenstand des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes

Geschichte und Rechtsquellen

Einige Leitzahlen: In der Schweiz werden jährlich 2,5 Millionen Betreibungen ausgesprochen, es gibt rund 10'000 Konkurse pro Jahr. Hauptsschuldner stellen die Steuerämter dicht gefolgt von den Krankenkassen und dem Billag dar. Der gesamte Verlustbetrag beträgt in der Schweiz pro Jahr rund 4,5 Mrd. aufwärts

Das SchKG - Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz - ist die älteste heute noch bestehende Kodifikation nach der Bundesverfassung. Es ist an vielen Rechtsgebieten die letzte Station und deswegen sehr zentral. Das SchKG ist insofern soziologisch hochinteressant, weil es auch um Scheitern, Schulden und soziale Dramatik geht.

Von der Rechtsnatur her ist SchKG eindeutig **öffentliches Recht**. Es lässt sich irgendwo in das Zivilprozessrecht einordnen. In der momentanen Verfassung sucht man vergeblich nach einer Rechtsgrundlage. Dies führt zur widersprüchlichen Situation, dass manche Rechtswissenschaftler die Verfassungsgrundlage in Art. 122 BV (Privatrecht) finden.

Hauptaufgaben des SchKG

Das zentrale Thema des SchKG ist klar definiert: **Geld**.

Somit ergibt sich die **wichtige Unterscheidung** zum Zivilprozessrecht: Beim SchKG geht es ausschliesslich um **Geldforderungen**. Wenn hingegen im Zivilprozessrecht von Vollstreckung die Sprache ist, sind damit alle übrigen Forderungen gemeint (z.B. die Forderung nach Mittagsruhe oder die Forderung nach einem bestimmten Gegenstand), also die sog. **Realvollstreckung**.

Die Hauptaufgaben des SchKG sind:

- Vollstreckung der Geldforderungen (SchKG 38)
- Geordnete (Gesamt-)Liquidation
- Sanierung der Schuldner (Privatpersonen und Unternehmen)

Zwischen den ersten beiden Hauptaufgaben und der letzten besteht ein Zielkonflikt. Der Schuldner möchte möglichst saniert werden, während der Gläubiger versucht alles Mögliche aus dem Schuldner herauszupressen.

Die SchKG-Vollstreckung hat international eine ganz besondere Eigenart: **Es genügt die blosser Behauptung, eine Geldforderung zu haben, damit eine Betreibung eingeleitet wird**. Eine gerichtliche Feststellung der Geldforderung ist nicht notwendig, dies bietet die Möglichkeit einer direkten Betreibung ohne vorgängigen Zivilprozess.¹

Das SchKG ist somit offensichtlich **Gläubigerfreundlich** aber nicht ungerecht. Denn der Schuldner kann sich (innert Frist) gegen die Betreibung wehren, dann wird ein Zwischenverfahren eröffnet für die gerichtliche Kontrolle (sog. **Inzidenzprozess**). Die gerichtliche Kontrolle der Forderung ist also gewährleistet, sofern der Schuldner rechtzeitig Widerstand leistet. Dennoch sind die Vorteile klar beim Gläubiger, weil die Beweislast beim Schuldner liegt. Für die Praxis scheint diese Tatsache jedoch richtig, weil sich die Mehrheit der Schulden als gerechtfertigt erweisen.²

¹ Siehe Skript Seite 13

² Siehe Skript Seite 15

Abgrenzung zur sog. Realvollstreckung

Gegenstand der Realvollstreckung sind alle übrigen Forderungen neben den Geldforderungen. **Im Vergleich zur Praxis im SchKG ist eine Vollstreckung hier erst möglich, wenn ein Vollstreckungstitel (in der Regel ein Gerichtsurteil) vorliegt.** Das Verfahren der Vollstreckung richtet sich nach kantonaler **ZPO**.³

2. November 2005

2. Die Beteiligten

Behörden und Vollstreckungsorgane

Das Thema ist grundsätzlich nicht so wichtig

Betreibungs- und Konkursämter

Die Rahmenbedingungen sind bundesrechtlich geregelt (SchKG 1 und 2):

- Die Behörden müssen unabhängig sein, sie dürfen nicht mit dem Schuldner oder Gläubiger verbandelt sein. Sie dürfen sich auch nicht aus Konkursmassen bedienen.
- Konkursbeamte haben einen sehr exponierten Job. Es braucht auch einiges an Sozialkompetenz, weil man auch zu den Schuldnern heim muss, um Pfändungen durchzuführen.
- **Sportelsystem:** Die Gebühren der Beamten gehen in den eigenen Sack. Das Sportelsystem ist in einigen Kantonen noch geläufig, auch im Kanton Luzern. Aus rechtstaatlichen Gründen bedenklich, wird doch es nur sehr selten missbräuchlich ausgenutzt, weil der Konkursbeamte in der Regel genügend zu tun hat.

Aufsichtsbehörden

- Über den Betreibungs und Konkursämter stehen die Aufsichtsbehörden
- Beschwerden gelangen an die Aufsichtsbehörde und sind kostenlos
- Die Aufsichtsbehörden sind praktisch übers ganze Land **Gerichte** (üblicherweise ein Einzelrichter als erste Instanz, eine spezielle Abteilung des Obergerichts als zweite Instanz, in vielen Kantonen auch nur eine Instanz)

Die Parteien: "Schuldner" und "Gläubiger"

Partei-, Prozess- und Betreuungsfähigkeit

Parteifähig ist man automatisch wenn man **rechtsfähig** ist.

Betreibungsfähig/Prozessfähig ist man automatisch wenn man **handlungsfähig** ist.

Der Betreibungsprozess ist grundsätzlich gleich wie ein *Zivilprozess* aufgebaut. **Unterschiede** sind jedoch:

- Es gibt Sondervermögen, die Partei- und Prozessfähig sind (z.B. Konkursmasse SchKG 240)
- Das **Kindes und Vormundschaftsrecht** wird in SchKG 68c-e besonders beachtet
- Es gibt **keine Streitgenossenschaften** (Achtung: die Streitgenossenschaft ist keine "amerikanische Sammelkage"); die Gläubiger können sich nicht zusammentun. Jedermann muss eine eigene Betreuung führen. **Prozess führen kann man immer zusammen, betreiben muss man alleine.**

³ Siehe Skript Seite 14

§ 3 Parteien der Schuldbetreibung

I. Allgemeines

Die Parteien eines Schuldbetreibungsverfahrens werden **Gläubiger** und **Schuldner** genannt. Für die Einleitung eines Verfahrens wird kein Vollstreckungstitel verlangt: Der Nachweis der Sachlegitimation ist nicht notwendig. Gläubiger ist somit derjenige, der behauptet, Gläubiger zu sein und als Betreiber auftritt. Schuldner ist der Betriebene. Ausnahmsweise erhalten auch **Dritte als Mitbetriebene** Parteistellung in einem Vollstreckungsverfahren: Als mitbetrieben gelten folgende Personen:

- Der in der Gütergemeinschaft mit dem Schuldner lebende Ehegatte (Art. 68a f. SchKG).
- Der Dritte, der das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat (Art. 153 Abs. 2 lit. a SchKG).
- Der Ehegatte des Schuldners oder des Dritten, falls das verpfändete Grundstück als Familienwohnung dient (Art. 153 Abs. 2 lit. b SchKG)

Partei eines Schuldbetreibungsverfahrens kann nur sein, wer partei- und betreibungsfähig ist. Betreibungsfähigkeit setzt Handlungsfähigkeit voraus. Eine Ausnahme besteht für handlungsunfähige oder beschränkt handlungsunfähige Personen. Diese können trotz fehlender Handlungsunfähigkeit Partei sein. Für sie handelt der gesetzliche Vertreter (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

Partei- und Betreibungsfähigkeit sind Vollstreckungs- bzw. Verfahrensvoraussetzungen jeder schuldbetrieblichen Zwangsvollstreckung. Sie sind von Amtes wegen zu prüfen.

II. Parteifähigkeit

Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist oder wem das Gesetz Parteifähigkeit trotz fehlender Rechtspersönlichkeit zuschreibt. Parteifähig sind somit:

- Natürliche Personen
- Juristische Personen des privaten oder des öffentlichen Rechts
- Kollektivgesellschaften (OR 562)
- Kommanditgesellschaften (OR 602)
- Stockwerkeigentümergeinschaften (ZGB 712l II)
- *Erbschaften* als Betriebene, solange die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist (SchKG 49 und 59 II)
- *Konkursmassen* (SchKG 240)
- *Liquidationsmasse im Nachlassvertrag* mit Vermögensabtretung (SchKG 319 II)
- Gewisse Anstalten des öffentlichen Rechts ohne Rechtspersönlichkeit

III. Betreibungsfähigkeit

Die Betreibungsfähigkeit ist die Berechtigung, in einem Schuldbetreibungsverfahren die eigenen Interessen als Gläubiger oder als Schuldner selbstständig wahrzunehmen oder durch einen selbst ermächtigten Vertreter wahrnehmen zu lassen. Sie wird auch Verfahrenslegitimation oder Verfahrensfähigkeit genannt. Zu unterscheiden sind die aktive (Gläubiger) und die passive Betreibungsfähigkeit (Schuldner).

Beispiele auf Seite 18

1. a) Der 16-jährige ist *rechtsfähig*, somit *parteifähig*, aber im Telefonbereich nur *beschränkt handlungsunfähig* (weil er noch nicht mündig ist aber in diesem Geschäft urteilsfähig ist) und deswegen *beschränkt prozessunfähig* und *beschränkt betreibungsunfähig*. Die Zahlungsbefehle gehen an ihn und zugleich auch gegen die gesetzlichen Vertreter (Art. 68c II SchKG). Das Kindesvermögen wird von den Eltern verwaltet, deswegen werden die Eltern in den Betreibungsprozess miteinbezogen.

1. b) Ein Alter Mensch ist rechtsfähig, damit auch **prozessfähig**. Bei einer Beistandsschaft ist man im Zivilrecht voll *handlungsfähig*, somit ist die 75-jährige voll **prozessfähig**. Doch die Zahlungsbefehle müssen nach SchKG 68d Ziff. 2 auch an den Beistand zugestellt werden, die **betreibungsfähigkeit** ist also doch gewissermassen eingeschränkt

Im Zivilprozessrecht und Betreibungsrecht geht in der Parteienlehre (Prozessfähigkeit und Betreibungsfähigkeit) also etwas auseinander. Die Zustellung der Betreibungsurkunden muss in gewissen Fällen doppelt erfolgen. Der Schutz des Schuldners ist ausgeprägter!

2. a) Die Erbengemeinschaft ist nicht rechtsfähig, also nicht parteifähig und nicht prozessfähig.

2. b) Die Erben des X als Gesamtheit kann man nicht betreiben, es gibt keine "Sammelbetreibungen" (keine Streitgenossenschaften wie im Zivilprozessrecht). Man muss jeden Erben einzeln betreiben.

2. c) Einen oder mehrere einzelne Erben können gemäss Art. 59 III SchKG betrieben werden.

2. d) unwichtig

2. e) Es wäre völlig unpraktisch, wenn die Erbschaft im SchKG nicht als Partei behandelt werden könnte (z.B. fehlen manchmal die Erben, oder sie sind unbekannt und der Gläubiger hätte somit keinen Zugriff auf das Erbe). **Die Erbschaft** (solange sie noch ungeteilt ist) **wird im SchKG als Sondervermögen als Partei betrachtet** (SchKG 49). Die Erbengemeinschaft hingegen ist keine Partei (siehe 2. a)).

3. a) Die 17-jährige ist beschränkt handlungsunfähig. Sie ist voll **aktiv betreibungsfähig**, weil sie nach ZGB 321 im Bereich ihres Lohnes voll selbstständig ist. Als beschränkt handlungsunfähig wird man im SchKG also als Schuldner zusätzlich geschützt, als Gläubiger entfällt dieser Schutz (weil das Kostenrisiko im SchKG sehr gering ist). Siehe SchKG 67 I Ziff. 2

3. b) Er ist rechtsfähig, somit parteifähig. Die Handlungsfähigkeit ist im ZGB geregelt. Ein Bevormundeter ist grundsätzlich nicht handlungsfähig. Art. 412 ZGB bestimmt jedoch, dass ein Bevormundeter handlungsfähig ist auf dem einem bestimmten Bereich selbstständigen Gewerbes. Somit kann dieser bevormundete Hilfsarbeiter selbstständig die Betreibung führen. Anders sähe es aus, wenn er betrieben würde. Da besteht eine Schutzbestimmung gemäss SchKG 68c.

3. c) nicht beantwortet

3. Betreibungsarten

Grundsystem der Vollstreckung im SchKG

"Exekution" heisst Vollstreckung. Man unterscheidet zwischen **Spezialexekution** und **Generalexekution**:

Spezialexekution

Einzig und Allein der konkrete Gläubiger wird befriedigt. Nur soviel Vermögen wird gepfändet, wie nötig ist.

Es gibt bei der Spezialexekution die **Betreibung auf Pfändung** (SchKG 42) und die **Betreibung auf Pfandverwertung** (SchKG 41; wird nicht geprüft).

Begriff Pfand: **Sicherheit für eine Schuld** (mobile Pfände, die man aushändigen muss; immobile Pfände, wie z.B. Immobilien), das Pfandobjekt haftet für die Forderung. Als Gläubiger hat man das Vorrecht auf den Pfanderlös. Das Vollstreckungsobjekt ist dann bereits definiert.

Generalexekution

Grosse, allgemeine Endabrechnung: Alle Schulden und alle Aktiven eines Rechtssubjekts werden gleichzeitig liquidiert, es wird ein Schlussstrich gemacht (juristische Personen werden nach der Generalexekution aufgelöst).

Wann kommt welche Betreibungsart zum Zug? Nach SchKG es kommt auf die **Art des Schuldners** an (welcher Schuldnerclub?): **Club der Konkursfähigen** (SchKG 39) oder **Club der Pfändungsschuldner**. Fallweise hängt die Art der Betreibung aber auch von der Art der Betreibungsforderung ab und in gewissen Fällen gibt es eine Wahlmöglichkeit der Beteiligten.

Die Schuldnerclubs

Club der Konkursfähigen

Die Mitglieder sind wirtschaftlich tätig, haben viele Gläubiger. Hier muss das Gesetz dafür sorgen, dass alle Gläubiger auf ihre Kosten kommen. Konkursfähig ist, wer im **SchKG 39** (abschliessend) und im Handelsregister eingetragen ist.

Club der Pfändungsschuldner

Alle übrigen Mitglieder gehören in diesen Club: Natürliche Personen und öffentliche Gemeinwesen. Hier ist nur eine Betreuung auf Pfändung möglich

Achtung: keine geschlossene Clubs

Es ist möglich, dass auch Pfändungsschuldner Konkurs machen (z.B. natürliche Personen) oder Unternehmungen auf Pfändung betrieben werden.

Spühler/Gehri/Pfister S. 10 ff.

§ 4 Betreuungssysteme und -arten

I. Betreuungssysteme und -arten

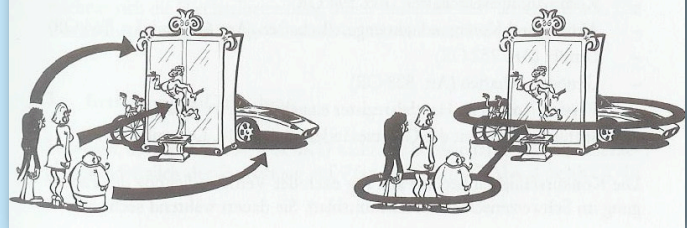
Das Schuldbetreibungsrecht kennt zwei verschiedene Betreuungssysteme, die **General-** und die **Spezial-**exekution. Massgebend für den Entscheid, welches System zur Anwendung gelangt, ist grundsätzlich die Person des Schuldners.

Bei der **Generalexekution** greifen alle bekannten Gläubiger zusammen und gleichzeitig auf das gesamte, unbeschränkt pfändbare Vermögen des Schuldners. Es werden alle Schuldverhältnisse des Schuldners und sein unbeschränkt pfändbares Vermögen liquidiert. Die Gläubiger werden nach einer bestimmten Prioritätenordnung entsprechend ihrem Forderungsgrund befriedigt.

Bei der **Spezial-**exekution greift ein einzelner Gläubiger soweit auf das pfändbare Vermögen des Schuldners, als zur Tilgung der betriebenen Forderung notwendig. Vollstreckungssubstrat sind einzelne, bestimmte Vermögenstücke des Schuldners. Mehrere Gläubiger werden Grundsätzlich nach zeitlicher Reihenfolge befriedigt.

Jedes der beiden Systeme kennt eine Haupt- und eine Sonderart. Bei der Generalexekution handelt es sich um die Konkurs- und die Wechselbetreibung, bei der Spezial-exekution um die Betreuung auf Pfändung und die Betreuung auf Pfandverwertung. Massgebend für den Entscheid, welche Betreibungsart zur Anwendung gelangt, sind Schuldner und Sicherung oder Forderungsgrund.

	Spezial-exekution	Generalexekution
Am Verfahren beteiligte Gläubiger	Nur der betreibende Gläubiger wird befriedigt. Jeder Gläubiger geht grundsätzlich <i>einzel-</i> und <i>unabhängig</i> von den anderen vor.	<i>Alle</i> bekannten und miteinander konkurrierenden <i>Gläubiger</i> werden im Rahmen des Möglichen befriedigt.
Zur Vollstreckung herangezogenes Vermögen	<i>Einzel-</i> ne, bestimmte <i>Vermögenswerte</i> des Schuldners werden verwertet bis zur Tilgung der betriebenen Forderung.	Das <i>gesamte Vermögen</i> des Schuldners wird verwertet. Ein allfälliger Überschuss geht an den Schuldner zurück.
Reihenfolge der Befriedigung mehrerer Gläubiger	Grundsätzlich nach <i>zeitlicher Reihenfolge</i> : Wer nach der Einleitung der Betreuung zuerst die Fortsetzung verlangt, wird zuerst befriedigt.	<i>Nach Forderungsart</i> : Die Forderungen werden nach Forderungsgrund in grundsätzlich drei Klassen eingeteilt und die Gläubiger in der Reihenfolge der Klassen befriedigt.
Hauptart	Betreibung auf Pfändung (Art. 89 ff. SchKG)	Konkursbetreibung (Art. 159 ff. SchKG)
Sonderart	Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG)	Wechselbetreibung (Art. 177 ff. SchKG)



II. Anwendungsbereich der Betreibungsarten

I. Konkursbetreibung

Wer in einer der in Art. 39 Abs. 1 SchKG bezeichneten Eigenschaften **im Handelsregister eingetragen** ist, gilt als **konkursfähig** und wird grundsätzlich auf dem Wege des Konkurses betrieben. Es handelt sich um Kaufleute, Handelsgesellschaften und juristische Personen jeder Art.

Konkursfähige natürliche Personen unterliegen für sämtliche Schulden - also sowohl auch für diejenigen des Privat-, als auch für diejenigen des Geschäftsbereichs - der Konkursbetreibung. Für folgendes ist die Konkursbetreibung trotz Konkursfähigkeit des Schuldners ausgeschlossen (Art. 43 SchKG):

- Öffentlich-rechtliche Forderungen wie u.a. Steuern und Bussen
- Periodische familienrechtliche Unterhalts- oder Unterstützungsbeiträge
- Ansprüche auf Sicherheitsleistungen

Für die erwähnten Ansprüche darf nur Auf Pfändung oder auf Pfandverwertung betrieben werden (Art. 43 SchKG et contrario)

2. Wechselbetreibung

Die Wechselbetreibung ist bei den der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldnern möglich und zwar für Forderungen, die auf einen Wechsel oder Check beruhen (Art. 39 Abs. 1, Art. 177 Abs. 1 SchKG). Der Wechselbetreibung unterliegen auch pfandgesicherte Wechselforderungen (Art. 41 Abs. 2 und Art. 177 Abs. 1 SchKG). Der Wechselgläubiger hat gegenüber dem konkursfähigen Schuldner die Wahl zwischen der Wechselbetreibung und der ordentlichen Konkursbetreibung und gegebenenfalls der Betreibung auf Pfandverwertung. Die Wechselbetreibung zeichnet sich durch die Raschheit des Verfahrens aus.

3. Betreibung auf Pfändung

Personen, die Art. 39 Abs. 1 SchKG nicht für konkursfähig erklärt, unterliegen grundsätzlich der Betreibung auf Pfändung (Art. 42 Abs. 1 SchKG). In Art. 190 f. und Art. 193 SchKG sind einige Tatbestände geregelt, die aber auch bei konkursunfähigen Personen zur Konkurserröffnung führen:

- Insolvenzerklärung einer natürlichen Person bei Aussichtslosigkeit auf eine Schuldbereinigung nach Art. 333 ff. SchKG (Art. 191 SchKG)
- Schuldner, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG)
- Schuldner, der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG)
- Schuldner, der betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG)
- Schuldner dessen Nachlassvertrag abgelehnt oder dessen Nachlassstundung widerrufen wurde (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 309 SchKG)
- ausgeschlagene oder überschuldete Erbschaft (Art. 193 SchKG)

Auch Gläubiger des öffentlichen Rechts können die Konkurserröffnung gemäss Art. 190 SchKG beantragen, denn Art. 190 ist lex specialis zu Art. 43 SchKG

4. Betreibung auf Pfandverwertung

Der schuldbetreibungsrechtliche Begriff der Pfandsicherung geht weiter als der zivilrechtliche. Art. 37 SchKG enthält die Legaldefinitionen. Das Wort "Pfand" dient als Oberbegriff der Worte "Grundpfand" und "Faustpfand" (Art. 37 Abs. 3 SchKG). Was unter "Grundpfand" und "Faustpfand" zu verstehen ist, wird ebenfalls in Art. 37 SchKG definiert.

Unabhängig davon, ob der Schuldner konkursfähig ist oder nicht, sind pfandgesicherte Forderungen grundsätzlich durch Betreibung auf Pfandverwertung zu vollstrecken (Art. 41 Abs. 1 SchKG). Der Schuldner hat in der Regel Anspruch darauf, dass für eine pfandgesicherte Forderung zuerst das Pfand verwertet wird, bevor der Gläubiger auf das übrige Vermögen greift (Art. 41 Abs. 1 bis SchKG) Davon gibt es aber Ausnahmen (siehe Art. 41 SchKG und **Spühler/Gehri/Pfister S. 15 f**)

III. Bestimmung der Betreibungsart

Grundsätzlich bestimmt der Betreibungsbeamte von Amtes wegen, welche Betreibungsart anwendbar ist (Art. 38 Abs. 3 SchKG). Ausnahmsweise liegt der Entscheid jedoch beim Gläubiger, beim Dritteigentümer des Pfandes oder beim konkursfähigen Schuldner. Es kann dazu auf die entsprechenden Ausführungen zum Anwendungsbereich der Betreibungsarten verwiesen werden.

Streitigkeiten über die anzuwendende Betreibungsart werden im Beschwerdeverfahren (Art. 17 SchKG) entschieden. Liegt der Entscheid betreffend die Betreibungsart im allgemeinen Interesse, wird die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen einschreiten (Art. 22 SchKG)

Beispiele Seite 21

1. Betreuung auf Pfändung gemäss SchKG 42 I
2. Betreuung auf Pfändung gemäss SchKG 42 I
3. **Konkursbetreuung gemäss SchKG 39 I.** Eine Betreuung auf Pfändung im Grunde genommen wäre viel rascher und kostengünstiger (bräuchte keinen Vorschuss von mehreren tausend Franken) ausgestaltet. Diese Gläubigerin wird also garantiert das Geld nicht aufbringen, um ihre Forderung mittels Konkurs einzutreiben.
Forderungen aus öffentlichen Recht unterliegen ausnahmsweise nicht der Konkursbetreuung (müssen also nicht mittels Konkursbetreuung eingefordert werden), sondern werden auf Pfändung betrieben (offizielle historische Begründung: Wegen Steuern soll niemand konkurs machen. Andererseits ist es eine klare Privilegierung der öffentlichen Hand, weil sie keine Vorschuss leisten muss und für schön selbstständig ihre Forderung betreiben kann) Doch für private Gläubiger ist dies nicht möglich.
Das Bundesgericht hat entschieden, dass der Gratisprozess nach OR 343 (sozialer Zivilprozess) keinen Anspruch auf Gratisvollstreckung beinhaltet
4. Konkursbetreuung gemäss SchKG 39 I, siehe Anmerkung oben.
5. Betreuung auf Pfändung gemäss SchKG 42 I
6. Betreuung auf Pfändung gemäss SchKG 42 I
7. Grundsätzlich wird auf Konkurs betrieben. Die Schulden sind jedoch teils Privatschulden, teils Geschäftsschulden. Doch dies ist völlig egal, es werden alle Schulden auf Konkurs betrieben. Grosse Ausnahme: Alimente nach SchKG 43
8. **Die Höhe der Forderung spielt also absolut keine Rolle.** So muss grundsätzlich eine sehr kleine Forderung gegen einen Schuldner, welcher in Art. 39 I SchKG aufgelistet ist, auch mittels Konkursbetreuung betrieben werden.
9. Effizienter, rascher und kostengünstiger ist eindeutig die Spezialexécution.

Bestimmung der Betreibungsart

Regel: Von Amtes wegen durch BA

Grundsätzlich entscheidet das Betreibungsamt die Betreibungsart. Dieser Grundsatz ergibt sich aus SchKG 38 III.

Daneben gibt es einige Ausnahmen, bei denen der Gläubiger oder die Schuldner die Betreibungsart bestimmen/beeinflussen können. Für uns relevant, werden aber nur SchKG 190 (Sofortige Konkurseröffnung gegen unredlichen Schuldner) und SchKG 191 (Insolvenzerklärung).

4. Der Betreibungsort

Der allgemeine Betreibungsort

Der allgemeine Betreibungsort gemäss SchKG 46 befindet sich am **Wohnsitz oder Sitz des Schuldners**. Der Wohnsitz wird im ZGB (natürliche Person und bestimmte juristische Personen), der Sitz im Handelsregister (Unternehmungen) definiert.

Schuldner mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland können grundsätzlich nicht betrieben werden, einzige Ausnahmen bilden die besonderen Betreibungsorte der Geschäftsniederlassung (SchKG 50 I)/ des Spezialdomizils (SchKG 50 II)

Besondere Betreibungsorte

1. Aufenthaltsort (SchKG 48)
2. Erbschaft (SchKG 49)
3. **Geschäftsniederlassung** (SchKG 50 I)
4. **Spezialdomizil** (SchKG 50 II): Man kann mit einem ausländischen Schuldner einen Betreibungsort in der Schweiz vereinbaren. Dies hat allerdings nur dann Sinn, wenn Vermögen dieses Schuldners in der Schweiz liegt, weil eine Vollstreckung nur in der Schweiz erfolgen kann.
5. Ort der gelgenen Sache (SchKG 51)

Unterschiede zum Gerichtsstandsrecht (Zivilprozess)

Die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ist im SchKG viel einfacher als im Zivilprozess, weil die SchKG-Ordnung im Vergleich zum ZPO **zwingend** ist (ausser bei den Ausländern). Man kann also keine Betreuungsorte vereinbaren. Im SchKG bleibt zudem der Gerichtsstand nicht erhalten, **der Betreuungsort geht weiter mit dem Umzug des Schuldners** solange das Verfahren noch nicht einen bestimmten Punkt erreicht hat, weil das Vermögen ja grundsätzlich mit der betriebenen Person mitreist (keine sofortige *perpetuatio fori* SchKG 53). Das SchKG ist zudem bürgerfreundlicher: Ein Betreibungsbegehren **leitet** ein am falschem Ort eingereichtes Betreibungsbegehren **von Amtes wegen an das richtige BA** weiter (vgl. SchKG 32 II)

Spühler/Gehri/Pfister S. 51 ff.

§ 12 Betreuungsort

I. Begriff

Der Betreuungsort bestimmt die örtliche Zuständigkeit der Betreibungs- und Konkursbehörden. **Die örtliche Zuständigkeit ihrerseits ist Befugnis, Pflicht und Schranke einer Betreibungs- und Konkursbehörde, ein Schuldbetreibungsverfahren durchzuführen.** Der Betreuungsort wird auch *Betreibungsstand* genannt. Er ist in Art. 46 ff. SchKG geregelt. Die Bestimmungen sind zwingend und von Amtes wegen zu beachten. Ein Betreibungsstand kann danach grundsätzlich anders als in der Regel der Gerichtsstand im Zivilprozessrecht - weder durch Einlassung des Schuldners noch durch Parteivereinbarung gegründet werden. Die Ausnahme davon bildet Art. 50 Abs. 2 SchKG (im Ausland wohnende Schuldner mit Spezialdomizil in der Schweiz).

Es gilt der **Grundsatz der Einheit des Betreibungsortes**: Ein Schuldbetreibungsverfahren kann nur an einem bestimmten Ort durchgeführt werden. Art. 55 SchKG (einheitlicher Konkursort) ist Ausfluss dieser Regel. Das SchKG unterscheidet zwischen einem **ordentlichen** (Art. 46 SchKG) und mehreren **besonderen Betreibungsorten** (Art. 48-52 SchKG).

II. Territorialitätsprinzip

Im Bereich des Zwangsvollstreckungsrechtes gilt das Territorialitätsprinzip: **Jeder Staat darf nur auf seinem Gebiet Vollstreckungshandlungen vornehmen.** Die gesetzliche Zuständigkeitsvorschrift knüpft stets an die Schweiz an, selbst wenn dies in einzelnen Gesetzesbestimmungen nicht ausdrücklich erwähnt ist.

Ein Schuldner mit Wohnsitz im Ausland kann nicht in der Schweiz betreiben werden, es sei denn, das SchKG stelle einen besonderen Betreibungsgegenstand zur Verfügung. Ein solcher setzt regelmässig Vermögenswerte des Schuldners in der Schweiz voraus, die zur Vollstreckung herangezogen werden können.

III. Ordentlicher Betreuungsort

Art. 46 Abs. 1, 2 und 4 SchKG legt den ordentlichen Betreibungsstand an den Schuldner anküpfend wie folgt fest:

- Natürliche Personen: **Wohnsitz.**
- Juristische Personen und Personengesellschaften mit Handelsregistereintrag: **Sitz.**
- Juristische Personen oder Personengesellschaften ohne Handelsregistereintrag: **Hauptsitz der Verwaltung.**
- Stockwerkeigentümergeinschaft: **Ort der gelegenen Sache.**

Betreffend die Begriffe "Wohnsitz, Sitz und Verwaltungssitz" kann weitgehend auf das Zivilrecht verwiesen werden. Nicht anwendbar ist jedoch Art. 24 Abs. 1 ZGB, wonach der einmal begründete Wohnsitz einer Person bestehen bleibt bis zum Erwerb eines neuen. Gibt ein Schuldner seinen bisherigen Wohnsitz in der Schweiz auf ohne einen neuen zu begründen, fällt der ordentliche Betreibungsstand weg. In Frage kommen alsdann lediglich die besonderen Betreibungsstände.

IV. Besondere Betreibungsstände

1. Betreibungsort des Aufenthalts des Schuldners

Gemäss Art. 48 SchKG können Schuldner, die weder in der Schweiz noch im Ausland einen festen Wohnsitz haben, **an ihrem Aufenthaltsort** in der Schweiz betrieben werden.

Die Bestimmung ist subsidiär gegenüber dem allgemeine Betreibungsstand, bezieht sich nur auf die natürliche Person und gilt grundsätzlich für alle Betreibungsarten.

2. Betreibungsort der Erbschaft

Eine Erbschaft kann als Partei - solange die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist - an dem Ort betrieben werden, **wo der Erblasser in der Schweiz zur Zeit seines Todes betrieben werden konnte** (Art. 49 SchKG).

3. Betreibungsort der Geschäftsniederlassung

Gestützt auf Art. 50 Abs. 1 SchKG kann ein Schuldner mit Sitz im Ausland, der in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung besitzt, für die auf Rechnung der letzteren eingegangenen Verbindlichkeiten (und nur für diese) am Sitz derselben betrieben werden.

4. Betreibungsort des Spezialdomizils

Schuldner mit Wohnsitz im Ausland, die in der Schweiz zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ein Spezialdomizil gewählt haben, können für diese Verbindlichkeit (und nur für diese) am Ort desselben betrieben werden (Art. 50 Abs. 2 SchKG).

Die Bestimmung ist subsidiär gegenüber Art. 48 SchKG. Sie erfasst auch Schuldner im Ausland, die über keinen Wohnsitz verfügen. Das gleiche muss auch für Schuldner im Ausland ohne Wohnsitz und ohne Aufenthaltsort gelten.

Die blosser Vereinbarung eines Erfüllungsortes genügt im Allgemeinen nicht zur Annahme eines Spezialdomizils. Vielmehr müssen besondere Umstände hinzutreten, um ihm diese Bedeutung zu verleihen.

5. Betreibungsort der gelegenen Sache

Haftet für die Forderung ein Faustpfand, kann die Betreibung auf Pfandverwertung entweder dort, wo sie nach Art. 46-50 SchKG stattzufinden hat, oder an dem Ort, wo sich das Pfand oder dessen wertvollster Teil befindet, eingeleitet werden (Art. 51 Abs. 1 SchKG). Ist die Forderung durch ein **Faustpfand** gesichert, stehen dem Gläubiger demnach **Wahlbetreibungsstände** zur Verfügung.

Für durch **Grundpfand** gesicherte Forderungen findet die Betreibung auf Pfandverwertung dort statt, wo das verpfändete Grundstück liegt. **Der Betreibungsstand ist ein ausschliesslicher.**

Der Betreibungsort der gelegenen Sache gilt nur für die Betreibung auf Pfandverwertung.

6. Betreibungsort des Arrests

Ist für eine Forderung Arrest gelegt worden, kann die Betreibung gemäss Art. 52 Satz 1 SchKG auch dort eingeleitet werden, wo sich der Arrestgegenstand zur Zeit der Arrestlegung befand.

7. Betreibungsort der Gemeinderschaft

Gemäss Art. 46 Abs. 3 SchKG kann jeder Gemeinder für Schulden aus der Gemeinderschaft (Art. 336 ff. ZGB) in Ermangelung einer Vertretung am Ort der gemeinsamen wirtschaftlichen Tätigkeit betrieben werden.

V. Konkursort bei flüchtigem Schuldner

Art. 54 SchKG regelt einen Spezialfall: Danach kann gegen einen flüchtigen Schuldner der Konkurs (ohne Einleitungsverfahren) am letzten Wohnsitz des Schuldners direkt eröffnet werden (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Ist kein letzter Wohnsitz in der Schweiz bekannt, gilt subsidiär der letzte Aufenthaltsort in der Schweiz.

VI. Wechsel des Betreibungsortes

Wechselt der Schuldner während eines Betreibungsverfahrens seinen Wohnsitz bzw. Sitz, wechselt dadurch grundsätzlich auch der ordentliche Betreibungsstand: **Die Schuldbetreibung ist am neuen Betreibungsort fortzuführen.** Wechselt der ordentliche Betreibungsstand ins Ausland und besteht kein besonderer in der Schweiz, kann die Schuldbetreibung nicht weitergeführt werden.

Der Grundsatz der wechselnden Zuständigkeit wird eingeschränkt durch Art. 53 SchKG: **Hat die Betreibung ein gewisses Stadium erreicht, wird der Betreibungsort unverrückbar.** Zeitpunkt der Fixierung des ordentlichen Betreibungsstandes ist folgender:

- Betreibung auf Pfändung: Zustellung der Pfändungsankündigung
- Betreibung auf Pfandverwertung: Zustellung des Zahlungsbefehls
- Konkursbetreibung: Zustellung der Konkursandrohung
- Wechselbetreibung: Zustellung des Zahlungsbefehls

Zweiter Teil: Die Betreibung

Übersicht (Hauptphasen)

Es gibt drei Hauptphasen:

Zuerst ist das **Einleitungsverfahren**. Das **Ziel** des Einleitungsverfahrens besteht darin, **einen rechtskräftigen Vollstreckungstitel zu erstellen**. Das Einleitungsverfahren kann sehr schnell vonstatten gehen oder aber sehr lange dauern (wenn sog. Inzidentensprozesse eingeleitet werden, kann es bis zu zwei drei Jahren dauern). Das Einleitungsverfahren läuft grundsätzlich bei allen Betreibungsarten gleich ab.

Danach erfolgt das **Fortsetzungsstadium**: **Hier spalten sich die Verfahren** der Spezialexekution und der Generalexekution schlussendlich findet die **Vollstreckung i.e.S.** statt

Spühler/Gehri/Pfister S. 22 ff.

§ 6 Schuldbetreibungsverfahren

I. Allgemeines

Das Schuldbetreibungsverfahren im weiteren Sinn bzw. die Schuldbetreibung besteht aus zwei Hauptabschnitten: dem **Einleitungsverfahren**, auch *Schuldbetreibungsverfahren* oder *Schuldbetreibung im engeren Sinn* genannt, und dem eigentlichen **Zwangsvollstreckungsverfahren**.

II. Einleitungsverfahren

Ziel des Einleitungsverfahrens ist, die Vollstreckbarkeit der in Betreibung gesetzten Forderung - allenfalls auch deren materiellen Bestand und Höhe - abzuklären. Der Schuldner hat während der Schuldbetreibung im engeren Sinn die Möglichkeit, sich auf einfachem Weg gegen die Vollstreckung zu Wehr zu setzen.

Das SchKG kennt vier verschiedene Einleitungsverfahren: das **ordentliche** und drei **spezielle**. Die **Betreibung auf Pfändung** und die **Konkursbetreibung** unterliegen beide dem **ordentlichen Einleitungsverfahren**: Die anzuwendende Betreibungsart wird erst nach dem vollendeten Einleitungsverfahren vom Betreibungsbeamten bestimmt (Art. 38 Abs. 2 und 3, Art. 89 und 159 SchKG).

Die **Betreibung auf Pfandverwertung** hat weitgehend das gleiche Einleitungsverfahren wie die Betreibung auf Pfändung und die Konkursbetreibung. Doch muss die Betreibung auf Pfandverwertung vom Betreiber bei der Einleitung der Schuldbetreibung

treibung ausdrücklich verlangt werden, denn im Einleitungsverfahren muss auch der Bestand des Pfandrechts abgeklärt werden können (Art. 151 SchKG)

Die **Wechselbetreibung** zeichnet sich durch die Raschheit des Verfahrens aus. Die Beschleunigung wird im Einleitungsverfahren erzielt durch die Verkürzung der Fristen und den erschwerten Rechtsvorschlag. Dieses Einleitungsverfahren unterscheidet sich dementsprechend von denjenigen der anderen Betreibungsarten (Art. 177 ff. SchKG).

Im Einleitungsverfahren der **Betreibung gestützt auf einen Konkursverlustschein** muss geprüft werden, ob neues Vermögen vorhanden ist. Dieses Einleitungsverfahren ist dementsprechend gestaltet (Art. 265 ff. SchKG).

Das Einleitungsverfahren besteht bei der Betreibung auf Pfändung, bei der Betreibung auf Pfandverwertung und bei der Konkursbetreibung aus folgenden vier Teilen (Art. 67 ff. SchKG): **Betreibungsbegehren**, **Zahlungsbefehl**, **Rechtsvorschlag** und **Rechtsöffnung**. Bei der Wechselbetreibung und der Betreibung gestützt auf einen Konkursverlustschein werden folgende vier Abschnitte unterschieden: **Betreibungsbegehren**, **Zahlungsbefehl**, **Rechtsvorschlag**, **Bewilligungsverfahren** (Art. 177 ff., Art. 265 ff. SchKG)

Die Durchführung eines Einleitungsverfahrens ist in der Regel Voraussetzung für ein Zwangsvollstreckungsverfahren. Nur Ausnahmeweise geht dem Zwangsvollstreckungsverfahren kein Einleitungsverfahren voraus, so insbesondere bei der sogenannten Konkurserröffnung ohne Einleitungsverfahren (Art. 190-193 SchKG) sowie in den Fällen von Art. 725/725a OR bei der Aktiengesellschaft

III. Zwangsvollstreckungsverfahren

Im eigentlichen Zwangsvollstreckungsverfahren wird die Erfüllung der Forderung durch Staatsgewalt erzwungen. Zu diesem Zweck werden Vermögenswerte des Schuldners beschlagnahmt und verwertet (in Geld umgesetzt). Der Gläubiger wird aus dem Erlös befriedigt.

Hat der Schuldner es versäumt, die Vollstreckbarkeit und insbesondere den materiellen Bestand der Forderung überprüfen zu lassen, kann er dies im Zwangsvollstreckungsverfahren selbst oder nach dessen Abschluss nachholen. Es obliegt jedoch dann dem Schuldner, aktiv als Kläger aufzutreten (Art. 85 f. SchKG: Klagen auf Aufhebung oder Einstellung der Betreibung; Art. 86 SchKG: Rückforderungsklage)

1. Das Betreibungsbegehren

Das Betreibungsbegehren ist der erste Schritt des Gläubigers (das Formular ist im Skript: Formular 1).

Keine Betreibung von Amtes wegen

Es gibt keine Betreibung von Amtes wegen. Eine Betreibung wird nur auf Begehren eines Gläubigers eingeleitet.

Form des BB

Das Betreibungsbegehren kann mündlich (der Betreibungsbeamte füllt dann das Betreibungsformular aus) oder schriftlich erfolgen.

Inhalt

Im Betreibungsbegehren muss man den **Forderungsgrund** angeben. Weil der Schuldner wissen muss, worum es geht. Fehlt dieser, wird das Betreibungsamt das Betreibungsbegehren zur Verbesserung zurückweisen.

Kostenvorschuss

Die Kosten lassen sich aus der *Gebührenverordnung* (Art. 16 GebV) entnehmen. Die Einsteigskosten sind relativ tief.

Wirkungen

Das Betreibungsbegehren unterbricht die Verjährung (OR 135 Ziff. 2/1070)

§ 16 Betreibungsbegehren

I. Begriff

Das Betreibungsbegehren ist die an das Betreibungsamt gerichtete Aufforderung des Betreibers, ein Schuldbetreibungsverfahren gegen einen bestimmten Schuldner einzuleiten.

II. Form

Das Betreibungsbegehren ist **mündlich** oder **schriftlich** zu stellen. **Es ist vom Gläubiger zu unterzeichnen.** Wurde es mündlich gestellt, füllt der Betreibungsbeamte das amtliche Formular aus und lässt es vom Gläubiger unterschreiben.

III. Inhalt

Den Inhalt des Betreibungsbegehrens bestimmt Art. 67 Abs. 1 SchKG.

IV. Wirkung

Betreibungsrechtliche Wirkung des Betreibungsbegehrens ist die Anhebung einer Schuldbetreibung. **Zivilrechtliche Wirkung** ist der Unterbruch der Verjährung mit der Absendung des Betreibungsbegehrens bzw. mit der mündlichen Willensäußerung gegenüber dem Betreibungsamt. Der Betreiber kann sich den Eingang des Betreibungsbegehrens gebührenfrei bescheinigen lassen (Art. 67 Abs. 1 SchKG).

16. November 2005

Beispiele Seite 26

1. In der Praxis ist es gang und gäbe, dass die Steuerämter ihre Betreibungsbegehren elektronisch übermitteln. Dies dient auch der Entlastung der Betreibungsämter. Im sog. Massengeschäft verlangt das Bundesgericht aus praktischen Gründen keine Unterschriften. Das BA wird also nicht eingreifen. Die Steuerverwaltung läuft jedoch in das Risiko, dass sie damit die vorgesehene Form gemäss SchKG 67 I (schriftlich oder mündlich) verletzt.

2. a) Nach OR 513 sind Spielschulden keine klagbaren Schulden. Das Betreibungsamt darf das Begehren jedoch nicht abweisen. Das Betreibungsamt dürfte nur bei rechtsmissbräuchlichen Klagen eingreifen wie z.B. bei exorbitanten Summen oder Rachebetreibungen.

b) Bei Rechtsvorschlag wird Schluss sein, weil der Gläubiger die Schuld vor Gericht nicht durchsetzen kann und somit keine Rechtsöffnung erwirken wird.

c) Spielschulden bei Spielcasinos sind gemäss OR 515a einklagbare Schulden. Eine Betreibung ist problemlos möglich.

2. Zahlungsbefehl

Inhalt

Der Zahlungsbefehl enthält drei Komponenten

1. *Befehl*: Zahle
2. *Belehrung*: Oder schlage Recht vor!
3. *Drohung*: Sonst geht die Vollstreckung weiter

Achtung: Die **Zahlungsfrist beträgt** gemäss SchKG 69 II Ziff. 2 **20 Tage**.

Die **Frist für die Einreichung des Rechtsvorschlages** beträgt gemäss SchKG 74 **10 Tage**

Zustellung

Weil der Zahlungsbefehl so gravierende Wirkungen hat (siehe "Wirkung"), **werden an die Zustellung in SchKG 64/65 eilige Anforderungen gestellt**. Der Zahlungsbefehl ist das erste Dokument, welche den Schuldner erreicht. Deswegen muss sichergestellt werden, dass der Zahlungsbefehl vom Schuldner zur Kenntnis genommen wird.

Wirkung

Ein Zahlungsbefehl hat mehrere Wirkungen:

- Mit dem Zahlungsbefehl **beginnt die Betreibung**, der Zahlungsbefehl ist die Grundlage der Betreibung; wenn er rechtskräftig ist, kann man vollstrecken.
- Man wird auch im **Betreibungsegister eingetragen** (Dies ist problematisch, weil der Zahlungsbefehl ja lediglich auf einer Behauptung des Gläubigers basiert!)
- Mit dem Zahlungsbefehl ist gleichgesetzt mit der zivilrechtlichen **Mahnung** gemäss OR 102 ff.. Es werden Verzugszinsen fällig.

Beispiele Seite 28

1. Der Zahlungsbefehl muss grundsätzlich **offen** (lesbar) übergeben werden. Die Begründung dieser mangelnden Diskretion ist, dass der Schuldner gleich beim Briefträger Rechtsvorschlag erheben kann.

a) Wenn der Schuldner den Zahlungsbefehl abholt, hat er vom Zahlungsbefehl Kenntnis genommen. **Kenntnis heilt den Mangel** der ungenügenden/falschen Zustellung des Briefträgers gemäss SchKG 64. SchKG 64 wird also relativiert. Ab Kenntnisnahme beginnt die Frist von SchKG 69 II Ziff. 2 zu laufen.

b) Wenn der Schuldner den Zahlungsbefehl nicht abholt, dann wird eine Kaskade in Gang gesetzt (vgl. SchKG 64 II). Je nach Betreibungsamt wird nun versucht, auf verschiedene Arten den Zahlungsbefehl zuzustellen (Zustellung durch Betreibungsbeamten, Polizei, schlussendlich gar öffentliche Beurkundung)

2. a) Es besteht wiederum ein klarer Verstoss gegen SchKG 64. Bei Kenntnisnahme des Schuldners wird dieser Mangel jedoch wieder geheilt.

3. a) Im Gesetz steht sehr klar, dass man einem vertretungsbefugten Menschen oder einem Angestellten zustellen muss (SchKG 65). Das Bundesgericht hat eine Zustellung an eine Privatadresse gestützt.

Diese Beispiele demonstrieren, dass SchKG 64/65 relativ large ausgelegt werden. Für die Praktikabilität lässt man meist die **Kenntnisnahme** des Zahlungsbefehls genügen. Das Bundesgericht lässt auch eine Zustellung in den Schonzeiten zu, die Wirkung beginnt einfach erst nach der Schonzeit. Einzige Ausnahme, wenn die Schonzeit im öffentlichen Interesse ist (z.B. Militärdienst), dann ist der Zustellungsbefehl nichtig (und müsste erneut zugestellt werden).

Spühler/Gehri/Pfister S. 74 ff.

§ 17 Zahlungsbefehl

I. Allgemeines

Nach Empfang des Betreibungsbehrens erlässt das Betreibungsamt den Zahlungsbefehl (SchKG 69 I und 71 I). Es prüft dabei folgendes:

- Ob das Betreibungsverfahren förmlich korrekt ist
- Ob das angerufene Betreibungsamt örtlich zuständig ist
- Welches Einleitungsverfahren durchzuführen ist: das ordentliche oder ein spezielles.

Nicht geprüft wird hingegen folgendes:

- Bestand, Höhe und Fälligkeit der Forderung

II. Begriff

Der Zahlungsbefehl ist die an den Schuldner gerichtete und auf das Betreibungsbegehrens des Gläubigers gestützte Aufforderung des Betreibungsamtes, den Gläubiger für die betriebene Forderung samt Betreibungskosten zu befriedigen oder sich der Schuldbetreibung zu widersetzen unter Androhung des Fortgang des Verfahrens im Unterlassungsfall (SchKG 69).

III. Form

Der Zahlungsbefehl ist eine Betreibungskurkunde im Sinne von Art. 64 ff SchKG und wird stets auf dem amtlichen Formular erlassen. In den folgenden Fällen bedarf es eines zusätzlichen Zahlungsbefehls für den Ehegatten, den Inhaber der elterlichen Gewalt, den Vormund, den Beirat oder den Beistand:

- Der Schuldner lebt in **Gütergemeinschaft** (SchKG 68a).
- Der Schuldner ist **unmündig** oder **entmündigt**, und die betriebene Forderung stammt aus seinem bewilligten Geschäftsbetrieb oder steht im Zusammenhang mit der Verwaltung seines Arbeitsverdienstes oder des freien Vermögens (SchKG 68c II).
- Der Schuldner hat einen **Verwaltungsbeirat** (ZGB 395 II), und der Gläubiger verlangt aus den Einkünften und dem Vermögen Befriedigung (SchKG 68c II).
- Der Schuldner hat einen **Beistand** nach Art. 325 oder Art. 392-394 ZGB, und die Ernennung des Beistands wurde veröffentlicht oder dem Betreibungsamt mitgeteilt (SchKG 68d).

IV. Inhalt

Der Inhalt des Zahlungsbefehls bestimmt SchKG 69 II

V. Wirkung

Betreibungsrechtliche Wirkung des Zahlungsbefehls ist folgende (SchKG 38 II, 88 I): Mit der Zustellung des Zahlungsbefehls gilt die Betreibung als eingeleitet. Befriedigt der Schuldner den Gläubiger in der Folge nicht und widersetzt er sich auch nicht der Schuldbetreibung, wird der Zahlungsbefehl zum (aussergerichtlichen) Vollstreckungstitel.

Der Schuldner hat nach Erhalt des Zahlungsbefehls folgende Reaktionsmöglichkeiten:

- Die betriebene Forderung samt Betreibungskosten zu bezahlen.
- Sich der Schuldbetreibung mittels Rechtsvorschlages zu widersetzen, weil die betriebene Forderung nicht besteht, nicht fällig ist oder nicht auf dem Weg der Schuldbetreibung geltend gemacht werden kann.
- Sich bei der Aufsichtsbehörde mittels SchKG-Beschwerde zu beschweren wegen Mängel betreibungsrechtlicher Art.
- Nichtstun, womit die Schuldbetreibung ihren Fortgang nimmt.

3. Der Rechtsvorschlag

Funktion

Oftmals geht es dem Schuldner beim Rechtsvorschlag um reinen **Zeitgewinn**.

Der Rechtsvorschlag (SchKG 74 ff.) ist vorgesehen, um die Forderung zu bestreiten (Höhe, Bestand, Umfang oder Vollstreckbarkeit).

Rechtsvorschlag erhebt man nicht, um Verfahrensfehler geltend zu machen (z.B. fehlende Zuständigkeit des Betreibungsamtes, dafür ist die betreibungsrechtliche SchKG-Beschwerde zuständig).

§ 7 **Betriebsrechtliche Beschwerde**

I. Allgemeines

Die **betriebsrechtliche Beschwerde** ist auf Bundesebene grundsätzlich in Art. 17-21 SchKG und Art. 75-82 OG geregelt. In vielen Kantonen mit zweistufigen Aufsichtsinstanzen sind ergänzend zwischen erster und zweiter Instanz, die Bestimmungen der kantonalen Zivilprozessordnungen über das Rekursverfahren massgebend.

Die SchKG-Beschwerde ist der Verwaltungsbeschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nachgebildet und wirkt primär korrigierend: Sie dient der **Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands** und damit dem ordnungsgemässen Verfahrensablauf bzw. der einheitlichen und richtigen Anwendung des Schuldbetriebsrechts: Schuldbetriebsrechtliche Verfügungen werden auf ihre Gesetzmässigkeit und Angemessenheit überprüft und gegebenenfalls aufgehoben oder berichtigt. Wegen des Sinn und Zwecks der SchKG-Beschwerde - **Korrektur eines Verfahrensfehlers** -, muss ein zurückkommen auf die angefochtene Handlung möglich sein. Nie dient die betriebsrechtliche Beschwerde nur zur Feststellung einer Pflichtwidrigkeit.

II. Beschwerdeobjekte

Beschwerdeobjekte sind ergangene **Verfügungen eines Betriebs- oder Konkursamtes** in einem Schuldbetriebsverfahren (Art. 17 Abs. 1 SchKG)

III. Beschwerdegründe

Beschwerdegründe sind auf **kantonaler Ebene Gesetzesverletzungen** und **Unangemessenheit** (Art. 17 Abs. 1 SchKG), auf **Bundesebene** hingegen nur die **Verletzung von Bundesrecht** (Art. 19 Abs. 1 SchKG).

V. Beschwerdefrist

Die Beschwerdefrist beträgt **grundsätzlich zehn Tage** gerechnet von dem Tage, an welchem der Beschwerdeführer von der Verfügung Kenntnis erhalten hat, bzw. vom Tage der Erröffnung des Entscheids einer Aufsichtsbehörde (Art. 17 Abs. 2, Art. 18 Abs. 1, Art. 19 Abs. 1 SchKG). *Ausnahmen* bestehen in bezug auf die Wechselbetriebs- und den Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung in der Konkursbetriebs: Die Frist beträgt in diesen Fällen fünf Tage (Art. 20, Art. 239 Abs. 1 SchKG)

VI. Instanzenzug und Zuständigkeit

Der Instanzenzug ergibt sich aus Art. 15 Abs. 1 und Art. 18 f. SchKG und der Organisation der Kantone (Art. 13 SchKG): verfügendes Organ, dann Aufsichtsbehörde und Schuldbetriebs- und dann Schuldbetriebs- und Konkurskammer des Bundesgerichts (*bei Kantonen mit einer Instanz*) oder verfügendes Organ, dann untere Aufsichtsbehörde, dann obere Aufsichtsbehörde und schlussendlich Schuldbetriebs- und Konkurskammer des Bundesgerichts (*bei Kantonen mit zwei Instanzen*).

VIII. Beschwerdeverfahren

1. Allgemeines

Zur Regelung des Beschwerdeverfahrens vor kantonalen Aufsichtsbehörden sind die Kantone unter Beachtung der bundesrechtlichen Minimalvorschriften in Art. 20a Abs. 1 und 2 SchKG und weiteren bundesrechtlichen Verfahrensbestimmungen zuständig.

2. Verfahrenskosten und Parteienentschädigung

Das Beschwerdeverfahren ist in allen Instanzen **grundsätzlich kostenlos**. Bei bös- oder mutwilliger Beschwerdeführung können jedoch einer Partei oder ihrem Vertreter Gebühren und Auslagen sowie Bussen bis zu CHF 1500 auferlegt werden (Art. 20a Abs. 1 SchKG). Bös- und mutwilliges Verhalten liegt vor, wenn die Beschwerde ohne konkretes Rechtsschutzinteresse geführt wird, um das Verfahren zu verzögern.

3. Bezeichnung der Aufsichtsbehörden

Gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 1 SchKG haben sich die betreffenden Behörden ausdrücklich als Aufsichtsbehörde bzw. als untere oder obere Aufsichtsbehörde zu bezeichnen, wenn sie als solche handeln.

4. Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht

Gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 2 SchKG stellen die kantonalen Aufsichtsbehörden den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Sie können die Parteien (und die verfügende Behörde) zur Mitwirkung anhalten und brauchen auf deren Begehren nicht einzutreten, wenn sie die notwendige und zumutbare Mitwirkung verweigern.

5. Freie richterliche Beweiswürdigung, Dispositionsmaxime, Vorschriften im Fall mündlicher Verhandlung

Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3 Halbsatz 1 SchKG statuiert den **Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung**. Der Grundsatz gilt nur für die kantonalen Aufsichtsbehörden

Art. 20a Abs. 2 Ziff. 3 Halbsatz 2 SchKG enthält den Grundsatz der **Dispositionsmaxime**: Die kantonalen Aufsichtsbehörden sind - wie auch das Bundesgericht (Art. 81 i.V.m. Art. 63 Abs. 1 OG) - an die Parteianträge gebunden.

Die Kantone sind bei der Wahl der Mündlich- oder Schriftlichkeit des betriebsrechtlichen Beschwerdeverfahrens frei (Art. 20a Abs. 3 SchKG).

6. Begründungspflicht, Pflicht zur Rechtsmittelbelehrung, Mitteilungspflicht

Gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 Satzteil 1 SchKG haben die kantonalen Aufsichtsbehörden Beschwerdeentscheide zu **begründen**. Die Begründung muss mindestens den Anforderungen von Art. 9 BV entsprechen. Die Betroffenen müssen sich über die Tragweite eines kantonalen Entscheids und über die Gründe, von denen sich die Aufsichtsbehörde hat leiten lassen, Rechenschaft geben können. Es muss ihnen zudem ermöglicht werden, den kantonalen Entscheid sachgerecht anfechten zu können.

Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 Satzteil 3 SchKG verpflichtet die kantonalen Aufsichtsbehörden Beschwerdeentscheide den Parteien mit einer **Rechtsmittelbelehrung** zu versehen.

Gemäss Art. 20a Abs. 2 Ziff. 4 Satzteil 3 SchKG sind Beschwerdeentscheide den Parteien, dem betroffenen Betriebs- oder Konkursamt und allfälligen weiteren Beteiligten schriftlich zu eröffnen.

IX. Beschwerdeentscheid

Wie jedes Verfahren wird auch das Beschwerdeverfahren durch einen Endentscheid erledigt. Der Endentscheid lautet auf **Abschreiben, Nichteintreten, Abweisung, oder Gutheissung**. Erklärt die Aufsichtsbehörde die Beschwerde als begründet, verfügt sie die **Aufhebung (Kassation, ex tunc)** oder die **Berichtigung (Reformation, ex nunc)** der angefochtenen Verfügung (Art. 21 Halbsatz 1 SchKG).

X. Abgrenzung

Erklärt das SchKG das Gericht oder den Richter als zuständig, fällt die SchKG-Beschwerde ausser Betracht: Die betriebsrechtliche Beschwerde ist **subsidiär** zu den im SchKG vorgesehenen gerichtlichen Klagen (Art. 17 Abs. 1 SchKG). Vorbehalten bleibt auch die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger (Art. 81 i.V.m. Art. 43 Abs. 1 OG).

Legitimation

Legitimiert sind **Schuldner, seine gesetzlichen Vertreter und jeder berechtigte Zustellungsempfänger** (gemäss SchKG .64/65).

Inhalt, Frist und Form

Rechtsvorschlag kann man bereits dem Briefträger erklären (SchKG 74 I). Man muss jedoch sichergehen, dass der Briefträger den Zahlungsbefehl ordnungsgemäss unterschreibt.

Form: **mündlich** oder **schriftlich** gegenüber Überbringer oder Betreibungsamt. (SchKG 74 I)

Den Rechtsvorschlag muss man **nicht begründen** (SchKG 75 I). Ausnahme: *Ersuchung um Wiederherstellung dieser Rechtsvorschlagsfrist*: Wenn man die Frist verpasst wegen einem unverschuldeten Hindernis (z.B. Krankheit).

Form und Frist prüft das Betreibungsamt, nicht aber die materielle Richtigkeit dieses Rechtsvorschlages.

Wirkung

Die Betreibung wird zum Stillstand gebracht (SchKG 78 I).

Beispiele Seite 28

1. Das Betreibungsamt hat *in dubio pro debitore* zu entscheiden. Also Schuldnerfreundlich, weil der Gläubiger die Forderung eigentlich noch gar nicht bewiesen hat und die Rechtsöffnung ein Laienverfahren sein soll (d.h. dafür soll es keine Juristen brauchen). Somit gelten alle Vorschläge als Rechtsvorschlüsse, weil das BA ein gewisse Gnade walten lassen sollte.

2. a) Das BG hat einmal entschieden, dass die kein Rechtsvorschlag darstellt.

b) Auch das gilt in der Praxis nicht als Rechtsvorschlag.

c) Das BG hat diese Vorgehensweise als Rechtsvorschlag gestützt.

3. Vorgeschrieben wäre nach SchKG 74 mündliche und schriftliche Einreichung des Rechtsvorschlages. Das Betreibungsamt hat in diesen Fällen die Authentizität des Rechtsvorschlages zu prüfen. In Zweifelsfällen muss das Betreibungsamt die Identität des Einreichers prüfen. Diese Aktivität zugunsten des Schuldners erfolgt aus dem Grundsatz, dass das BA hat Interessen des Schuldners und des Gläubigers gleichermaßen zu wahren hat (SchKG 95 V; dieser Grundsatz wird auf das ganze SchKG angewendet, obwohl er bei der Pfändung drinsteht). Genauso wie es die Interessen des Gläubigers wahrt, wenn es am falschen Orte eingereichte Begehren an die richtige Stelle weitergibt.

Spühler/Gehri/Pfister S. 79 ff.

§ 18 Rechtsvorschlag

I. Begriff

Der Rechtsvorschlag ist die nach Zustellung des Zahlungsbefehls an das Betreibungsamt gerichtete Erklärung des Schuldners, dass dieser Bestand, Höhe oder Fälligkeit der in Betreibung gesetzten Forderung oder deren Vollstreckbarkeit auf dem Weg der Schuldbetreibung bestreitet (SchKG 69 II Ziff. 3).

II. Form

Der Rechtsvorschlag ist **mündlich oder schriftlich** zu erheben.

Soll nur ein Teil der Forderung bestritten werden, ist der bestrittene Betrag genau zu beziffern, ansonsten gilt die Gesamtforderung als bestritten bzw. als nicht durch Betreibung vollstreckbar behauptet (SchKG 74 II).

Das Betreibungsamt prüft lediglich, ob der Rechtsvorschlag rechtsgültig (Form, Frist, Inhalt und Legitimation) erhoben worden ist. Nicht geprüft wird, ob der Rechtsvorschlag sachlich begründet ist.

Der Grund für die Erhebung eines Rechtsvorschlages kann materiellrechtlicher oder vollstreckungsrechtlicher Natur sein oder auch ausschliesslich im Zeitgewinn liegen, verzögert sich doch die Vollstreckung durch den Rechtsvorschlag.

Materiellrechtliche Gründe:

- Bestand der Forderung
- Höhe der Forderung
- Fälligkeit der Forderung

Vollstreckungsrechtliche Gründe:

- Mangelnde Zuständigkeit der Schuldbetreibung für derartige Forderungen (keine Geldforderung, Naturalobligation)
- Mangelnde Zuständigkeit der Schuldbetreibung im konkreten Fall (Notstundung)

Ein **Verfahrensmangel** in der Schuldbetreibung ist hingegen nie mittels Rechtsvorschlags, sondern stets mittels **betreibungsrechtlicher Beschwerde** zu rügen. Beispiele von Verfahrensmängeln sind:

- Unrichtige örtliche Zuständigkeit des Betreibungsamtes
- Fehlende Angabe auf dem Zahlungsbefehl
- Falsche Betreibungsart
- Mangelhafte Zustellung des Zahlungsbefehls
- Zustellung des Zahlungsbefehls während der Schonzeit
- Zustellung des Zahlungsbefehls in einer zweiten Betreibung an denselben Schuldner für dieselbe Forderung, während die erste Betreibung noch hängig ist (Fehler des Gläubigers)

III. Frist

Der Rechtsvorschlag ist innert **zehn Tagen** nach Zustellung des Zahlungsbefehls zu erheben (SchKG 74 I).

IV. Legitimation

Legitimiert, Recht vorzuschlagen, ist jede Person, die von der Schuldbetreibung **unmittelbar betroffen** ist. D.h. neben Schuldner auch Mitschuldner, Mitbetriebener, Erben einer betriebenen Erbschaft, gesetzliche oder vertragliche Vertreter der vorgenannten Personen.

V. Wirkung

Der Rechtsvorschlag bewirkt in seinem Umfang die **Einstellung der Betreibung** (SchKG 78). Der Schuldner bringt also mittels Rechtsvorschlags die Betreibung zum Stillstand. Der Gläubiger wird dadurch gezwungen, den Richter anzurufen, um die Schuldbetreibung fortzusetzen zu können. Das Gesetz sieht drei Möglichkeiten vor, um den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen:

- definitive Rechtsöffnung
- provisorische Rechtsöffnung
- Anerkennungsklage

Der Schuldner kann sich die Erklärung des Rechtsvorschlags gebührenfrei bescheinigen lassen (SchKG 74 III)

4. Die Rechtsöffnung

Die verschiedenen Wege

Nach dem Rechtsvorschlag muss der Gläubiger die Rechtsöffnung anstreben, wenn er die Betreibung fortführen möchte. Dafür gibt es verschiedene Wege:

1. **Anerkennungsklage**: Die Anerkennungsklage muss der Gläubiger aufnehmen, wenn er nichts in der Hand hat, was die Forderung begründen könnte. Es handelt sich bei der Anerkennungsklage um einen Zivilprozess. Dies ist der langwierigste Weg.
2. **Rechtsöffnungsverfahren i.e.S.**: Das Rechtsöffnungsverfahren kann eingeleitet werden, wenn der Gläubiger bereits eine Grundlage der Forderung besitzt (wie z.B. einen Kaufvertrag im Sinne einer "Urkunde"). Es handelt sich hierbei um ein *summarisches Verfahren*, es geht viel schneller (bildlich darzustellen wie eine "Billetkontrolle"). Das Rechtsöffnungsverfahren ist noch unterteilbar, je nach Qualität des Vollstreckungstitels, in **definitive** und **provisorische** Rechtsöffnung
3. **Verwaltungsverfügung**: Dieser Weg ist nicht Stoff der Vorlesung.

Beispiel Seite 30

4. Fraglich ist, ob der Schuldner überhaupt merkt, dass das BA seinen Rechtsvorschlag nicht anerkannt. Wenn er davon Kenntnis erhält, hat er die Möglichkeit SchKG-Beschwerde nach SchKG 17 ff. einzureichen.

Beispiel Seite 32

1. A hat die Möglichkeit direkt eine **Betreibung** einzuleiten oder zuerst einen **Zivilprozess** gegen B anzustrengen
2.a)

Bestimmung des Gerichtsstandes:

i.c. gilt der Gerichtsstand Luzern, weil sich der Wohnort des Beklagten B dort befindet (GestG 3 I lit. a).

Bestimmung des Verfahrensart und der sachlichen Zuständigkeit:

Es handelt sich um einen sogenannten *Einfachen Prozess* (ZPO 7 I lit. a und 220 lit. b): Zuständig für Streitwerte bis 8000.- ist der Amtsgerichtspräsident im Kanton Luzern. (Der einfache Prozess ist laienfreundlich: man muss keine Klageschrift einreichen, sondern nur ein Formular. Die Fristen sind kürzer und der Prozess ist billiger)

Aussübungsversuch (ZPO 185 ff)

- Gesuch um Ladung zum AV (ZPO 188)
- "Vermittler": Friedensrichter (Laie, ZPO 5)
- Vergleichsverhandlung (ZPO 191)
- Einigung und Weisungsschein (ZPO 195)

Eigentlicher Prozess

1. Klage
 - Rechtsbegehren (ZPO 92)
 - leichtere Formen: Formular (ZPO 221 lit. a)
2. Schriftenwechsel (ZPO 221 lit. b: Hier nur einfacher)
3. Gerichtsverhandlung (ZPO 222)
4. Urteil
5. evt. Rechtsmittel (hier Nichtigkeitsbeschwerde, ZPO 265 ff.)

Betreibung (erst jetzt der Griff zum SchKG!)

1. Einleitungsverfahren: BB, ZB, RV, RÖ

Der Weg des Zivilprozesses kann also unter Umständen sehr lange dauern. Der Zivilprozess ist zudem ein reines **Erkenntnisverfahren**. Es wird nur festgestellt, dass eine Forderung besteht. Um die Forderung zu betreiben, muss trotzdem noch ein Betreibungsverfahren (also für die Vollstreckung dieser Erkenntnis) eingeleitet werden. (Welches sich aber bei allfälligen einem Rechtsvorschlag des Schuldners kaum gross verzögern wird, da der Schuldner aufgrund des bereits ergangenen Zivilprozessurteils einen *definitiven* Rechtsöffnungsprozess (im Summarverfahren) anstrengen kann).

Rechtsöffnungsverfahren i.e.S.

Es handelt sich hier um ein **Summarverfahren**. D.h. es handelt sich um ein "oberflächliches" Verfahren. Es wird oberflächlich geschaut, wer eigentlich Recht hat? Es ist **rasch**, hat **beschränkte Beweismittel** und es herrscht eine **beschränkte Kognition**. Im Summarverfahren geht es nicht mehr um die Erkenntnis, sondern lediglich um die Frage, ob jetzt vollstreckt werden darf. Es handelt sich nicht mehr um ein Erkenntnisverfahren.

Es ist ein **kontradiktorisches Verfahren**, d.h. es werden von beiden Seiten Stellungnahmen miteinbezogen.

Diese Ausführungen gelten für das typische Rechtsöffnungsverfahren, davon gibt es Abweichungen

Definitive Rechtsöffnung

Definitiv bedeutet, dass der Rechtsvorschlag "definitiv" beseitigt wird. Der Schuldner hat grundsätzlich nichts mehr zu "husten", d.h. er hat kaum noch Möglichkeiten, sich zur Wehr zu setzen.

Zur definitiven Rechtsöffnung führen gemäss SchKG 80 die "**Tickets**": **Gerichtsentscheide**, **Gerichtssurrogate** (z.B. Vergleiche), **Verwaltungsverfahren**. Die Forderung steht also schon rechtskräftig auf einer Urkunde fest (res iudicata) und ist einmal materiell von Dritter Instanz bestätigt worden.

Dennoch hat der Schuldner gewisse **beschränkte Einredungsmöglichkeiten (SchKG 81)**:

- Gegen das Rechtsöffnungsverfahren selbst (z.B. Rechtsöffnungsbegehren am falschen Ort eingereicht, Frist des Rechtsöffnungsverfahrens verwirkt SchKG 88).
- Gegen den Vollstreckungstitel als solches (z.B. mangelhaftes Urteil, der Rechtsöffnungstitel ist noch nicht rechtskräftig, weil der Schuldner eventuell Rechtsmittel eingelegt hat).
- Materielle Verteidigung (*bestimmte echte Nova*: Tatsachen die seit dem vorherigen Urteil (Rechtsöffnungstitel) ergangen sind, z.B. Schuld bereits **beglichen**, Forderung **verjährt**, Gläubiger hat die Forderung **gestundet**. Achtung: Tilgung und Stundung müssen mit **Urkunden** bewiesen werden gemäss SchKG 81, die Verjährung muss man anrufen (dann hat der Gläubiger den Gegenbeweis anzutreten, dass die Forderung nicht verjährt ist)).

Den Grund der Forderung an sich, darf der Schuldner aber nicht mehr in Frage stellen. Schliesslich wurde diese Frage schon im vorhergehenden Prozess, der zum Vollstreckungstitel geführt hat, abschliessend beurteilt.

Provisorische Rechtsöffnung

"Einlassungstickets" sind entweder die **Schuldanererkennung** gemäss SchKG 82 (ein Versprechen des Schuldners, etwas schuldig zu sein. Es muss zwingend eine öffentliche Urkunde oder Privaturkunde mit unterschrieblicher Bekräftigung sein.) oder eine **betriebsrechtliche Ausfallbescheinigung** gemäss SchKG 149, 158 oder 265.

Beispiele Seite 38

1. Es handelt sich bei einem Mietvertrag definitiv um einen provisorischen Rechtsöffnungstitel, weil ein Mietvertrag ein schriftliches Formular mit Unterschrift ist. (SchKG 82 I)
2. Heute kann man per Mausclick keine Unterschriften machen (in der Schweiz gibt es noch keine digitale Signaturen, welche die Unterschriften im digitalen Verkehr ersetzen). Somit liegt kein Rechtsöffnungstitel vor.
3. Man kann die Bestellung als provisorischen Rechtsöffnungstitel verwenden. Das wirklich geliefert wurde, hat der Gläubiger im weitem Fortlauf des Betriebsfortganges noch zu beweisen, resp. der Schuldner hat die Möglichkeit im Fortgang der Betriebsführung, diese Forderung zu bestreiten.
Eine Schuldanererkennung kann sich aus verschiedenen Dokumenten zusammensetzen. z.B. die Bestellung gemeinsam mit dem Lieferschein.

Spühler/Gehri/Pfister S. 81

§ 19 Definitive Rechtsöffnung

I. Begriff

Die definitive Rechtsöffnung ist der gerichtliche Entscheid, welcher den Gläubiger berechtigt, das durch den Rechtsvorschlag eingestellte Schuldbetriebsbegehren fortzusetzen (SchKG 79 ff.).

II. Definitives Rechtsöffnungserfahren

Wurde Rechtsvorschlag erhoben, so steht das Schuldbetriebsverfahren still (SchKG 78). Will der Gläubiger die Schuldbetriebsführung fortsetzen und ist die betriebene Forderung durch einen **rechtskräftigen gerichtlichen Entscheid oder eine**

diesem gleichgestellt Urkunde ausgewiesen, hat er beim zuständigen Gericht ein Gesuch um definitive Rechtsöffnung zu stellen.

Das Rechtsöffnungsgesuch ist innert eines Jahres seit der Zustellung des Zahlungsbefehles an den Schuldner einzureichen. Ansonsten ist die Betreibung erloschen (SchKG 88 II)

III. Voraussetzungen der definitiven Rechtsöffnung

1. Allgemeines

Voraussetzungen der Bewilligung eines Gesuchs um definitive Rechtsöffnung sind - neben dem Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen - ein **Vollstreckungstitel im Sinne** von Art. 80 SchKG (definitiver Rechtsöffnungstitel) und in negativer Hinsicht, dass der Betriebene im Rechtsöffnungsverfahren keine Einwendungen gegen den definitiven Rechtsöffnungstitel gestützt auf Art. 81 SchKG erhebt. Der Richter prüft von Amtes wegen, ob ein Rechtsöffnungstitel vorliegt.

2. Arten definitiver Rechtsöffnungstitel

Rechtsöffnungstitel sind Urkunden, die zur Rechtsöffnung berechtigen. Unterschieden werden folgende Arten definitiver Rechtsöffnungstitel (SchKG 80):

- Endentscheide und Massnahmeentscheide der Gerichte
- Endentscheide und Massnahmeentscheide von Schiedsgerichten
- Verfügungen und Entscheide von Verwaltungsbehörden des Bundes
- Verfügungen und Entscheide kantonaler Verwaltungsbehörden
- Verfügungen privater Organisationen (Druch Spezialnormen des Bundesrechts berechtigt)
- Öffentliche Urkunden im Sinne von Art. 50 LugÜ

3. Anforderungen an einen definitiven Rechtsöffnungstitel

An einen definitiven Rechtsöffnungstitel werden bestimmte Anforderungen gestellt. Vgl. **Spühler/Gehri/Pfister S. 84 f.**

4. Vorzulegenden Urkunden

Grundsätzlich muss der Entscheid bzw. die Verfügung dem Rechtsöffnungsrichter im Original vorgelegt werden. Der Entscheid muss ausserdem grundsätzlich mit einer **Rechtskraftbescheinigung** versehen sein. Diese ist eine öffentliche Urkunde gemäss Art. 9 ZGB.

5. Einwendungen

Der Rechtsöffnungsrichter hat weder über den materiellen Bestand einer Forderung zu befinden noch sich mit der materiellen Richtigkeit des Urteils zu befassen.

Im Rechtsöffnungsverfahren sind **ausschliesslich folgende Einwendungen** des Schuldner zulässig:

- Fehlende Prozessvoraussetzung (Unzuständigkeit des Rechtsöffnungsrichters, Erloschene Betreibung, usw.)
- Fehlender Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 SchKG
- Tilgung, Stundung oder Verjährung der Forderung (SchKG 81 I). Die Einrede ist durch Urkunde zu beweisen, blosser Glaubhaftmachung genügt nicht.
- Offensichtliche Verwirkung der Betreibung gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG
- Entscheid oder Verfügung aus einem anderen Kanton: Ungehörige Vorladung oder Vertretung (SchKG 81 II)
- Ausländischer Entscheid: Einreden gemäss dem entsprechenden Staatsvertrag

Unzulässig ist somit insbesondere die Einrede, der betreffende Entscheid sei materiell falsch, es sei denn, er sei nichtig und aus diesem Grund nicht vollstreckbar. Auch Mängel des Betreibungsverfahrens können nicht gerügt werden.

IV. Rechtsmittel

Die Rechtsmittel gegen den Entscheid des Rechtsöffnungsrichters bestimmten sich nach kantonalem Recht. Auf eidgenössischer Ebene kann staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht erhoben werden (OG 84 ff.)

V. Internationale Verhältnisse

Ausländische gerichtliche Entscheide und internationale Schiedssprüche könne in der Schweiz nur vollstreckt werden, wenn sie von einem schweizerischen Gericht für vollstreckbar erklärt worden sind. Das **Exquatur** ist Voraussetzung einer definitiven Rechtsöffnung.

VI. Wirkungen

Sind die Voraussetzungen für die definitive Rechtsöffnung erfüllt, ist das Rechtsöffnungsgesuch zu bewilligen. Die definitive Rechtsöffnung berechtigt den Gläubiger, das Schuldbetreibungsverfahren fortsetzen zu lassen (SchKG 79 I Satz 2). Sie stellt den Abschluss des Einleitungsverfahrens dar.

Sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, ist das Rechtsöffnungsgesuch abzuweisen. Das Schuldbetreibungsverfahren bleibt eingestellt. Würde das Gesuch mangels definitiven Rechtsöffnungstitel abgewiesen, ist der Kläger auf den ordentlichen Prozessweg oder das Verwaltungsverfahren verwiesen (Anerkennungsklage, SchKG 79 Abs. 1).

Spühler/Gehri/Pfister S. 90 ff.

§ 20 Provisorische Rechtsöffnung

I. Begriff

Die provisorische Rechtsöffnung ist der gerichtliche Entscheid, welcher den Gläubiger unter der resolutiven Bedingung, dass der Schuldner keine Aberkennungsklage erhebt, berechtigt, das durch den Rechtsvorschlag eingestellte Schuldbetreibungsverfahren fortzusetzen (SchKG 79 ff.).

II. Provisorische Rechtsöffnungsverfahren

Rechtsvorschläge werden oft aus querulatorischen oder trölerischen Gründen erhoben. Gläubiger, deren Forderung als ausgewiesen erscheint, haben deshalb die Möglichkeit, den Rechtsvorschlag in einem raschen Verfahren beseitigen zu lassen. Liegt kein definitiver Rechtsöffnungstitel vor, beruht die betriebene Forderung aber auf einer **durch öffentliche Urkunde festgestellte oder unterzeichneten Schuldanerkennung**, kann der Gläubiger beim zuständigen Gericht ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung stellen (SchKG 82 I).

Zur Klagefrist kann auf die entsprechenden Ausführungen unter der definitiven Rechtsöffnung verwiesen werden. (oder vgl. auch SchKG 88 II)

III. Voraussetzungen der provisorischen Rechtsöffnung

1. Allgemeines

Voraussetzungen der Bewilligung eines Gesuchs um provisorische Rechtsöffnung sind - neben dem Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen - ein Vollstreckungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG (provisorische Rechtsöffnungstitel) und in negativer Hinsicht, dass der Betriebene im Rechtsöffnungsverfahren nicht sofort eine Einwendung glaubhaft macht, die den Titel entkräftet (Art. 82 SchKG). Der Richter prüft von Amtes wegen, ob ein Rechtsöffnungstitel vorliegt.

2. Arten provisorische Rechtsöffnungstitel

Unterschieden werden folgende Arten provisorischer Rechtsöffnungstitel (Art. 82 Abs. 1 SchKG):

- Schuldbekennnisse (OR 17)
 - Wechsel und Check
 - andere

- Zweiseitige Verträge
 - Miet-, Pacht- und Leasingverträge
 - Darlehensverträge und Schuldbriefe
 - Anträge, Kauf- und Werkverträge
 - andere
- Betreibungsrechtliche Ausfallbescheinigungen
 - Pfändungsverlustschein (SchKG 149 II, 115 I)
 - Pfandausfallschein (SchKG 158 III)
 - Konkursverlustschein, sofern der Schuldner die Forderung im Konkursverfahren persönlich anerkannt hat (SchKG 265 I)

3. Anforderungen an einen provisorischen Rechtsöffnungstitel

Zu den weiteren Anforderungen an einen provisorischen Rechtsöffnungstitel vgl. Spühler/Gehri Pfister S. 92 f.

4. Vorzulegende Urkunden

Der Gläubiger muss das Bestehen eines provisorischen Rechtsöffnungstitels durch Urkunden beweisen.

5. Einwendungen

Im Gegensatz zum definitiven sind im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren **alle Einwendungen** zulässig, insbesondere auch solche gegen den Bestand und Höhe der Forderung. Möglich sind somit folgende Arten von Einwendungen:

- Fehlende Prozessvoraussetzung
- Fehlender Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG
- Willensmängel, Rücktritt, Tilgung, Stundung oder Verjährung der Forderung, Nichterfüllung, mangelhafte Erfüllung u.a.

Der Schuldner muss seine Einwendungen nicht beweisen, sondern lediglich **glaubhaft** machen. Für das Glaubhaftmachen genügt, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte der Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der behaupteten Tatsachen vermittelt wird (SchKG 82 II).

IV. Rechtsmittel

Die Rechtsmittel gegen den Rechtsöffnungsentscheid bestimmen sich nach kantonalem Recht. Auf eidgenössischer Ebene kann staatsrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht erhoben werden (OG 84 ff.)

VI. Wirkungen

Sind die Voraussetzungen für die provisorische Rechtsöffnung erfüllt, ist das Rechtsöffnungsgesuch zu bewilligen. Die provisorische Rechtsöffnung berechtigt den Gläubiger, das Schuldbetreibungsverfahren fortsetzen zu lassen unter der Bedingung, dass der Schuldner nicht die Aberkennungsklage erhebt. Tritt die Resolutivbedingung nicht ein oder ist die Aberkennungsklage abgewiesen, wird die provisorische Rechtsöffnung und gegebenenfalls die provisorische Pfändung definitiv (SchKG 83 II und III).

VII. Aberkennungsklage

1. Allgemeines

Nach der Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung kann der Betriebene gegen den Betreiber auf Aberkennung der Forderung klagen (SchKG 83 II). Die Aberkennungsklage ist eine **negative Feststellungsklage materiellrechtlicher Natur**: Mit ihr bestreitet der Betriebene Bestand, Höhe oder Fälligkeit der in Betreuung gesetzten Forderung **zum Zeitpunkt der Zustellung des Zahlungsbefehls**.

2. Voraussetzungen

Voraussetzungen der Aberkennungsklage sind - neben dem Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen - ein gültiges Schuldbetreibungsverfahren, in welchem Rechtsvorschlag erhoben wurde und provisorische Rechtsöffnung erteilt worden ist, sowie die Einhaltung der Klagefrist (SchKG 83 II).

Die Aberkennungsklage ist innert 20 Tage nach der Rechtsöffnung zu erheben (SchKG 83 II).

3. Verfahren und Beweismittel

Kläger ist zwar - anders als bei der Anerkennungsklage - der Schuldner. **Eine Umkehr der Beweislast findet jedoch nicht statt.** Wie im Anerkennungsprozess hat der Gläubiger Bestand, Umfang, Fälligkeit und Betreibbarkeit seiner Forderung zu beweisen (ZGB 8).

5. Wirkung

Ist die Aberkennungsklage gutgeheissen, bleibt der Rechtsvorschlag bestehen und die provisorische Rechtsöffnung sowie die Schuldbetreibung fallen dahin. Ist die Aberkennungsklage hingegen abgewiesen, wird die provisorische Rechtsöffnung definitiv (SchKG 83 II und III). Der Gläubiger ist legitimiert, das Schuldbetreibungsverfahren fortsetzen zu lassen (SchKG 88 I). Die Aberkennungsklage stellt den Abschluss des Einleitungsverfahrens dar.

Spühler/Gehri/Pfister S. 101 ff.

§ 21 Anerkennungsklage

I. Allgemeines

Um nach einem Rechtsvorschlag die Schuldbetreibung fortsetzen zu lassen, muss der Gläubiger den Rechtsvorschlag beseitigen lassen. Liegt weder ein definitiver noch ein provisorischer Rechtsöffnungstitel vor, hat der Betreiber dazu auf Annerkennung der Forderung zu klagen bzw. seinen Anspruch im Verwaltungsverfahren geltend zu machen (SchKG 79 I)

Die Anerkennungsklage ist eine **Leistungsklage materiellrechtlicher Natur**. Mit ihr macht der Betreiber Bestand, Höhe und Fälligkeit der in Betreibung gesetzten Forderung **im Zeitpunkt der Zustellung** geltend und lässt den Rechtsvorschlag beseitigen.

II. Voraussetzungen

Voraussetzung der Anerkennungsklage ist - neben dem Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen - ein gültiges Schuldbetreibungsverfahren, in welchem Rechtsvorschlag erhoben worden ist (SchKG 79 I Satz 1). Die Klage ist ausserdem innert eines Jahres seit der Zustellung des Zahlungsbefehls einzureichen, da ansonsten die Betreibung erloschen ist (SchKG 88 II).

VI. Wirkungen

Ist die Anerkennungsklage gutgeheissen und damit der Rechtsvorschlag beseitigt, ist der Gläubiger legitimiert, das Schuldbetreibungsverfahren fortzusetzen (SchKG 88 I). Die Anerkennungsklage stellt den Schluss des Einleitungsverfahrens dar.

30. November 2005

Provisorische Rechtsöffnung und Aberkennungsklage

Der Schuldner hat bei der provisorischen Rechtsöffnung grössere Verteidigungsmöglichkeiten als bei der definitiven Rechtsöffnung. Dies aus dem Grunde, weil eigentlich noch kein definitiver Vollstreckungstitel vorliegt, vorgängig also noch kein materieller Prozess ergangen ist.

Der Schuldner kann auch alle materielle Einwände beim Richter vorbringen, es gibt keine Beschränkung (SchKG 82 II)

Man könnte damit meinen, bei der provisorischen Rechtsöffnung handle es sich um einen Erkenntnisprozess. Dies ist aber falsch. Es handelt sich um eine reine "Billettkontrolle" des Vollstreckungstitel. Es wird nur oberflächlich gefragt, ob es Indizien

gibt, welche die Gültigkeit des Vollstreckungstitels in Frage stellen. Der Richter entscheidet im provisorischen Rechtsöffnungsverfahren erstmals provisorisch, welcher Seite er glaubt, wie es weitergehen soll. Es geht nur um den Rechtsschein, dass man sagen kann "doch, doch man kann die Betreibung provisorisch weiterführen". Es geht nicht um die Grundfrage: "Schuldet der Schuldner oder nicht?". Es ist eine **rein betreibungsrechtliche Streitigkeit**, auch wenn im Vorfeld schon materielles Recht vorfrageweise geprüft wird.

Beispiele Seite 38 (unten)

1. Diese Einwendung hätte Erfolg, wenn die Fälligkeit schriftlich festgehalten wäre. Sie ist mit Urkunden relativ gut zu beweisen. Um die restlichen Gläubiger zu schützen, lehnt man Betreibungen vor dem Fälligkeitstermin ab.
2. Fraglich, wie man den Nichterhalt eines Darlehens sofort glaubhaft machen (weniger als Beweisen, der Richter muss nur überwiegend geneigt sein, dass jemand Recht hat, es ist eine Gefühlssache) kann. Zudem wird der Gläubiger einen Beweis der Leistung vorgelegt haben.
3. Die Verrechnung ist nach OR möglich. Dieser Einwand kann der Schuldner gut sofort glaubhaft machen, indem er eine Forderungsurkunde vorlegen würde.
4. Der provisorische Rechtsöffnungsprozess ist in den Kantonen unterschiedlich geregelt. Die Grossmehrheit der Kantone hat ein schriftliches Rechtsöffnungsverfahren und mündliche Aussagen sind dabei nicht vorgesehen. Somit hätte man in den meisten Kantonen Mühe, diese Zeugenaussage von Z in der provisorische Rechtsöffnung einzubringen.

Wir gehen jetzt davon aus, *es wird provisorische Rechtsöffnung erteilt*:

Wenn der Schuldner jetzt die Fortsetzung der Betreibung verhindern will, muss er rechtzeitig eine Klage machen, die **sog. Aberkennungsklage**. Auf der anderen Seite kann der Gläubiger bereits provisorisch pfänden. Die provisorische Pfändung bleibt so lange bestehen, bis die Aberkennungsklage mit einem Gutheissungsurteil abgeschlossen worden ist. Der Gläubiger ist nach der provisorischen Rechtsöffnung also eindeutig im Vorteil, der Schuldner muss reagieren, wenn er die Betreibung verhindern möchte.

Angenommen, *die provisorische Rechtsöffnung wurde abgelehnt*:

Wenn der Gläubiger die Betreibung fortführen möchte, muss er den **Anerkennungsprozess** einleiten.. Wurde die provisorische Rechtsöffnung nicht erteilt, liegt also der Schuldner im Vorteil, weil nun der Gläubiger Aktion ergreifen muss, um die Betreibung fortzuführen.

Aberkennungsklage

Es handelt sich dabei um eine **materiellrechtliche negative Feststellungsklage**. Jetzt geht es um die Forderung selber, um die Gretchenfrage "Schuldet der Schuldner oder nicht?". Es handelt sich um einen **einlässlichen (ordentlichen) Zivilprozess**.

Das Urteil der Aberkennungsklage entscheidet absolut über die Fortsetzung der Betreibung. Bei einer Gutheissung gilt die Forderung als materiell verneint und die Betreibung fällt dahin. Eine Abweisung der Aberkennungsklage würde bedeuten, dass die provisorische Rechtsöffnung definitiv werden würde (SchKG 83 II).

Aufgaben Seite 32

3. Empfohlen wird der Weg der Betreibung

- Einfacher, effizienter Start

1. Niedere Schwelle BA

2. Geringer Kostenvorschuss (GebV 16)

- Shortcuts (Zeitgewinn!)

1. Zivilprozess nur, wenn der Schuldner sich wehrt

a) durch rechtzeitigen RV

b) durch Abschiessen des Rechtsöffnungstitels

c) durch rechtzeitige Aberkennungsklage

Schuldner unter Druck!

2. Weniger Gerichtstermine

a) Kein Aussöhnungsversuch (ZPO 186 I Bst. e)

b) evt. materielles Urteil und Rechtsöffnung im gleichen Verfahren (Anerkennungsklage)

• Weitere Handicaps für den Schuldner

1. evt. provisorische Pfändung

2. evt. Klägerrolle (Aberkennungsklage)

3. Belastung mit Kostenvorschuss

4. evt. Parteikostensicherheit (ZPO 125)

4. Die Betreuung läuft grundsätzlich genau gleich ab. Weil der Gläubiger aber kein Ticket in der Hand hat muss er die Anerkennungsklage einleiten (es ist keine provisorische Rechtsöffnung möglich).

Die Anerkennungsklage

Achtung, die Anerkennungsklage ist **keine Feststellungs- sondern eine Leistungsklage**. (trotz ihres Namens). Die Anerkennungsklage holt einen bisher noch nicht eingeleiteten Zivilprozess nach. Der Gläubiger will im Anerkennungsprozess eine Leistungsberechtigung erreichen.

Man bei der Anerkennungsklage gerade die Möglichkeit, gleichzeitig Rechtsöffnung zu verlangen. Somit enthält der Zivilprozess gleich noch einen **betreibungsrechtlichen Teil**. Dies ist ein erneuter Vorteil gegenüber dem Weg des vorgängigen Zivilprozesses, weil man dort evt. noch einen definitiven Rechtsöffnungsprozess (also insgesamt mehr Prozesse) anstrengen muss.

5. Ausserordentliche Instrumente des Schuldnerschutzes

Der Schuldner hat (neben dem Rechtsvorschlag und der Aberkennungsklage) eine ganze Palette von zusätzlichen Verteidigungsmöglichkeiten. Diese **ausserordentlichen Instrumente des Schuldnerschutzes** sind:

- "Hilferuf" an das BA
- Beschwerde an die Aufsichtsbehörde
- Gesuch um Wiederherstellung (SchKG 33 IV)
- Nachträglicher Rechtsvorschlag (SchKG 77)
- Gesuch nach SchKG 85
- Klage nach SchKG 85a
- Rückforderungsklage (SchKG 86)

Übung Seite 42

Jede Betreuung beruht auf einem bestimmten Grund. Man kann die Forderung nicht einfach austauschen, deswegen ist dieses Verhalten des Gläubigers nicht möglich. Fraglich ist nur, wie der Schuldner dagegen vorgeht.

1. "Hilferuf" ans BA:

a) Dass Betreibungsamt darf die Betreuung aus materiellen Gründen nicht einfach aus Eigeninitiative einstellen. Es braucht für die Aufhebung der Betreuung zwingend einen Richter, weil es sich um eine materielle Frage handelt.

b) Es handelt sich nicht um einen Rechtsmissbrauch, der Schuldner missbraucht das SchKG nicht um sich z.B. zu rächen. Er möchte ein tatsächlich vorhandenes Leistungsrecht - jedoch auf falsche Weise - durchsetzen. Dabei kann nicht von Rechtsmissbrauch gesprochen werden. Wäre die Betreuung des Gläubigers jedoch tatsächlich offensichtlich rechtsmissbräuchlich, könnte das Amt die Betreuung eigenhändig einstellen.

Der Hilferuf an das Betreibungsamt nützt also nichts, somit auch nicht die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde. Denn obere Instanzen können nicht über mehr entscheiden als ihre Vorgängerinstanz.

2.a) Die nachträgliche Wiederherstellung der Rechtsvorschlagsfrist ist nicht für solche Fälle gedacht. Sondern nur für Fälle, wo der Gläubiger wechselt.

b) Eine Aberkennungsklage kommt erst in Frage wenn RV und provisorischer Rechtsvorschlag erteilt wurde. Was im konkreten Beispiel noch nicht der Fall ist.

d) SchKG 85 wird die Lösung des Problems von A bringen, wenn A einer Urkunde besitzt, welches die Tilgung der Schuld beweist.

e) Eine Klage nach SchKG 85a ist nicht ratsam, solange der Weg von SchKG 85 offensteht.

4. Es ist immer ratsamer an das Amt zu Zahlen, weil die Forderung im Betrage der Zahlung erlischt (SchKG 12) und weniger beweisrechtliche Probleme auftreten dürften.

Gesuch nach SchKG 85

Es handelt sich um ein Summarverfahren mit einigen Beschränkungen bezüglich Klagegründe, Beweismittel und der Rechtskraft. Eine Löschung im Betreibungsregister erfolgt nicht, sofern die Betreibung am Anfang zu Recht erfolgt war.

Beispiel Seite 45

Die Studenten haben jetzt einen Eintrag im SchKG-Register, obwohl der Nachbar eigentlich weiss, dass er seine Forderung gar nicht durchsetzen kann. Dem Nachbar ging es also nur darum, den Studenten einen Denkkzettel zu erteilen. Die Betreibung lässt er also einfach ruhen. Was können die Studenten tun, um diesen Eintrag zu löschen (Lösung siehe nächste Vorlesung)?

Aufhebung und Einstellung der Betreibung

Feststellungsklage nach SchKG 85a

Es handelt sich um eine **negative Feststellungsklage**. Es handelt sich sozusagen um eine Art Reserve-Aberkennungsklage, die als Notbremse besteht, wenn keine andere Möglichkeit besteht, die Betreibung aufzuhalten.

Diese Klage macht grosse Mühe in der Praxis, was die Frage angeht, wann sie zulässig ist. Das BGer ist sehr restriktiv was die mögliche Anwendung betrifft. Sie ist nur möglich, wenn die Betreibung am laufen ist und keine andere Möglichkeiten vorliegt, die Betreibung zu stoppen.

07. Dezember 2005

Feststellung nach SchKG 85a

Aufgrund des Gesetzestextes ist die Feststellung nach SchKG 85a "jederzeit" möglich, doch...

Das Bundesgericht und die herrschende Lehre haben Angst vor missbräuchlicher Anwendung dieser Feststellungsklage. Sie sind der Meinung, dass der Schuldner genügend Möglichkeiten hat, die Betreibung auf andere Weise zu stoppen. Deswegen ist diese Klage entgegen dem Gesetzestext nicht "jederzeit" möglich, sondern nur solange die ordentlichen Schuldner tools (z.B. Rechtsvorschlag, Aberkennungsklage) nicht verfügbar sind.

"Löschung" des Eintrages im Betreibungsregister

Wie in Skript auf S. 94 dargestellt, können mehrere Personen Einblick ins Betreibungsregister verlangen. Somit haben diese Registerinträge in der Praxis eine ziemliche Bedeutung. Wenn man z.B. eine Hypothek aufnehmen will, muss man eine Betreibungsregistereinkunft beilegen (Bonitätsprüfung). Einem unrechtlich Betriebenen wird viel daran liegen, den Eintrag im Betreibungsregister wieder zu löschen.

Auskunft können verlangen:

1. aktuelle Gläubiger
2. potenzielle Gläubiger
3. Selbstauskunft
4. Behörden

Inhalt der Auskunft sind:

1. Hängige Betreibungen (sobald ein gültiger Zahlungsbefehl vorliegt, auch jene bei denen ein gültiger RV vorliegt)
2. Erledigte Betreibungen
 - 2.1. durchgeführte
 - 2.2. Verlustscheine
 - 2.3. "erloschene" (auch sog. "faule Forderungen" bei denen der Gläubiger nach RV nichts mehr unternimmt und den Zahlungsbefehl ablaufen lässt. Dass diese "erloschenen" Betreibungen ins Betreibungsregister aufgenommen werden, wird ziemlich kritisiert, weil es tatsächlich mit gewissen Problemen behaftet ist).

Die **Schranken** der Auskunft sind:

1. Zu Unrecht erfolgte Betreibungen
2. Zurückgezogene Betreibungen
3. Zeitablauf (nach fünf Jahren erlischt eine Betreibung)
4. Betreibungs-/Konkurskreis

Beispiel Seite 45

Betreibung für eine "faule" Forderung

Den Studenten empfiehlt sich zuerst den Weg des geringsten Widerstandes

1. Wenn der Vermieter die Betreibung zurückziehen würde, wäre die Sache erledigt und der Eintrag der Betreibung wird gelöscht (aufgrund Art. 8a III lit. c SchKG). Wenn dies nicht möglich ist, dann kann sollte man vielleicht vorerst an das Betreibungsamt gelangen:

2. Das BA kann die Betreibungen auf Rechtsmissbrauch prüfen. Sollte das Betreibungsamt die Rechtsmissbräuchlichkeit anerkennen, dann wird die Betreibung als nichtig eingestuft (und somit ebenfalls der Eintrag gelöscht). Sollte das Betreibungsamt, nicht auf Rechtsmissbräuchlichkeit erkennen, bleibt nur der Weg an die Aufsichtsbehörde oder an ein Gericht:

3.a) Eine Beschwerde nach SchKG 17 wäre möglich, die Aufsichtsbehörde kann jedoch nur wieder auf Rechtsmissbrauch erkennen. Es hat keine weitere Prüfungskompetenz als die Vorinstanz (BA). Die obere Instanz wird jedoch nicht ohne Grund die untere Instanz (BA) korrigieren.

b) Das Gesuch nach SchKG 85 bezieht sich auf nur gestundete oder getilgte Schulden. Sie ist in unserem Fall also nicht möglich.

c) Klage nach SchKG 85a: Im Gesetz steht, dass man diese Klage "jederzeit" einreichen kann. Rein vom Wortlaut her, scheint diese Klage nach 85a perfekt auf die Situation zu passen. Doch aufgrund der Praxis des BGer, welche diese Klage nur vorsieht wenn man keine ordentlichen Schuldner tools mehr ergreifen kann, ist sie nicht möglich (weil man ja Rechtsvorschlag ergreifen konnte). Der Referent kritisiert diese Praxis des BGer, weil der Schuldner sehr wohl eine Interesse an dieser Klage hat, da die Betreibung nur eingestellt und nicht aufgehoben ist.

Also haben die Studenten schlussendlich evt. gar keine Möglichkeit ihren Betreibungsregistereintrag loszuwerden.

d) Es handelt sich dabei um eine Feststellungsklage des ungeschriebenen Bundesrechtes, die man immer ergreifen kann, wenn man ein hinreichendes Interesse dartun kann. Sie ist eigentlich ziemlich ähnlich ausgestaltet wie die Feststellungsklage nach SchKG 85a. Es gibt jedoch zwei Unterschiede:

- bei der allgemeinen schriftlichen Feststellungsklage muss man **schriftlich** dartun, wieso sie ein Interesse an der Klage besteht.
- die allgemeine Feststellung läuft nach den **ordentlichen Prozess** ab (was teurer, schriftlicher und schwieriger ist als eine Feststellungsklage nach SchKG 85a).

Sollte die negative Feststellungsklage gutgeheissen werden, wird das Betreibungsamt den Eintrag im Betreibungsregister löschen (Art. 8a III lit. a SchKG). D.h. die Betreibung ist noch immer vorhanden, doch die Ämter geben dritten keine Kenntnis mehr darüber.

Das man für eine solche Lappalie die Gerichte anstrengen muss, ist nach Erachten des Referenten unzumutbar. Deswegen plädiert der Referent dafür, dass die BA etwas lascher mit Rechtsmissbräuchlichkeitsprüfung umgeht.

Annahme: Eine Betreuung scheidet im Rechtsöffnungsverfahren. Wird die Betreuung im Betreibungsregister gelöscht? Rein rechtlich betrachtet handelt es sich beim Rechtsöffnungsverfahren nicht um einen materiellen Prozess. Doch aus praktischen Gründen wird der Eintrag im Betreibungsregister dennoch gelöscht.

Schlechte Zahlungsmoral

1. Kann ein Gläubiger, welcher betrieben wurde und bezahlt hat (der nun eine Quittung in der Hand hat) eine Feststellung nach 85a SchKG verlangen. Die Betreuung war zwar begründet (die Schuld hatte materiellrechtlich bestanden), nach einer positiven Feststellungsklage wird der Eintrag aber gelöscht. Dies ist also möglich. Im Spühler wird dies falsch behauptet.
2. Solange die Register bestehen; 10-20 Jahre, dann werden sie vernichtet.

Rückforderungsklage

Spühler/Gehri/Pfister S. 235 ff.

§ 35 Fristwiederherstellung

Bestimmte Fristen können bei unverschuldeter Säumnis wiederhergestellt werden, so insbesondere die Frist zur Erhebung des **Rechtsvorschlags**. Wird ein Schuldner durch ein unverschuldetes Hindernis davon abgehalten, fristgerecht Rechtsvorschläge zu erheben, kann er um die Wiederherstellung der Frist nachsuchen. Die Wiederherstellung setzt folgendes kumulativ voraus (SchKG 33 IV):

- Unverschuldetes Hindernis
- Wiederherstellungsgesuch in der gleichen Frist wie der versäumten
- Nachholen der versäumten Rechtshandlung in der gleichen Frist wie der versäumten
- Ausstehende Verteilung in der Spezialexécution bzw. ausstehende Konkursöffnung in der Generalexécution.

Der Grund der Fristversäumnis muss in einem **unverschuldeten Hindernis** liegen, wie der unverschuldeten objektiven Möglichkeit oder eine persönlichen Unmöglichkeit.

§ 36 Nachträglicher Rechtsvorschlag infolge eines Gläubigerwechsels

Wechselt der Gläubiger nachdem dem Schuldner der Zahlungsbefehl zugestellt wurde und hat der Schuldner gegen den neuen Gläubiger Einreden, die er gegen den alten nicht vorbringen konnte, so kann er innert zehn Tagen, nachdem er vom Gläubigerwechsel Kenntnis erhalten hat, nachträglich Rechtsvorschlag erheben. Zulässig ist der nachträgliche Rechtsvorschlag bis zur Verteilung in der Spezialexécution bzw. bis zur Konkursöffnung in der Generalexécution (SchKG 77 I).

Der nachträgliche Rechtsvorschlag ist innert Frist schriftlich und begründet dem Richter am Betreibungsort zu erheben (SchKG 77 II). Es handelt sich um ein **Bewilligungsverfahren**, in welchem der Schuldner seine Einreden gegen den neuen Gläubiger glaubhaft machen muss.

Wird der nachträgliche Rechtsvorschlag bewilligt, bleibt dem Gläubiger zur Beseitigung keine andere Möglichkeit, als die **Anerkennungsklage**. Eine provisorische Rechtsöffnung ist ausgeschlossen: Der Einzelrichter im summarischen Verfahren hat die Einreden des Schuldners bereits im Bewilligungsverfahren geprüft und als glaubhaft erachtet. Eine definitive Rechtsöffnung ist ebenfalls unmöglich, weil nur der Anspruch des vorherigen Gläubigers in der Vollstreckungsurkunde ausgewiesen ist und die Berechtigung des neuen Gläubigers vor dem ordentlichen Richter gegebenenfalls erst bewiesen werden muss.

§ 37 Richterliche Aufhebung oder Einstellung der Betreuung

I. Allgemeines

Da die Schuldbetreibung keinen gerichtlichen Vollstreckungstitel voraussetzt, muss es dem Betriebenen möglich sein, ein zu Unrecht eingeleitetes Betreibungsverfahren aufheben zu lassen. Die Betreuung muss auch durch Bezahlung der betriebenen Forderung samt Zinsen und Betreibungskosten oder durch eine Stundungsabrede mit dem Gläubiger aufgehalten werden können. Das SchKG stellt dafür zwei Klagen auf Aufhebung der Betreuung und zwei Klagen auf Einstellung der Betreuung zur Verfügung. Von praktischer Bedeutung sind die Aufhebungsklagen insbesondere, wenn der Betriebene die Frist für den Rechtsvorschlag oder die Aberkennungsklage verpasst hat.

II. Aufhebungs und Einstellungsklage im summarischen Verfahren (SchKG 85)

Voraussetzungen der Aufhebung oder Einstellung im summarischen Verfahren sind folgende (SchKG 85):

- Hängige Schuldbetreibung
- Urkungsbeweis des Nichtbestands, der Tilgung oder der Stundung der betriebenen Schuld
- Ausstehende Verteilung in der Spezialexécution bzw. ausstehende Konkursöffnung in der Generalexécution.

Im Aufhebungs- und Einstellungsverfahren im summarischen Verfahren sind im Gegensatz zum beschleunigten Verfahren nur Urkunden als Beweismittel zugelassen. Der Nichtbestand einer Forderung kann somit insbesondere durch einen gerichtlichen negativen Feststellungsentscheid belegt werden.

Der Entscheid des Summarrichters zeigt **ausschliesslich betreibungsrechtliche Wirkung**. Sie liegt in der Aufhebung oder Einstellung der Betreibung. Bei einer Einstellung ist deren Dauer im Entscheid anzugeben. Nach Ablauf der Einstellung wird das Schuldbetreibungsverfahren auf Begehren des Betreibers fortzusetzen. Durch eine Aufhebung wird die Schuldbetreibung endgültig beendet.

III. Aufhebungs- und Einstellungsklage im beschleunigten Verfahren (SchKG 85a)

Voraussetzungen der Aufhebung oder Einstellung im beschleunigten Verfahren sind eine hängige Betreibung, der Beweis des Nichtbestands, der Tilgung oder der Stundung der Schuld und ausstehende Verteilung in der Spezialexécution bzw. die Ausstehende Konkursöffnung in der Generalexécution. Im Gegensatz zum summarischen Verfahren sind im beschleunigten Verfahren die Beweismittel **nicht auf Urkunden** beschränkt.

§ 38 Rückforderungsklage

Die Schuldbetreibung setzt keinen gerichtlichen Vollstreckungstitel voraus, weshalb es möglich ist, dass der Betriebene eine Nichtschuld bezahlt. Die Leistung der Schuld führt zur Beendigung des Schuldbetreibungsverfahrens. Eine Aufhebung oder Einstellung (SchKG 85 f.) kommt folglich nach der Bezahlung nicht mehr in Frage. Die Rückforderungsklage ist eine **materiellrechtliche Leistungsklage**.

Voraussetzungen einer Rückforderungsklage sind folgende (SchKG 86):

- Unter Druck der Betreibung geleistete Nichtschuld
- Leistung nach Unterlassung des Rechtsvorschlages oder nach dessen Beseitigung durch Rechtsöffnung
- Klage innert eines Jahres

§ 39 Negative Feststellungsklage

Dem Betriebenen steht auch nach der Einführung der Aufhebungsklage im beschleunigten Verfahren die allgemeine, materiellrechtliche Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der in Betreibung gesetzten Forderung (negative Feststellungsklage) offen. Die allgemeine, negative Feststellungsklage kann die Grundlage für eine Aufhebungsklage im summarischen Verfahren gestützt auf SchKG 85 oder für eine Rückforderungsklage nach SchKG 86 bilden.

Dritter Teil: Die Spezialexécution

A. Pfändung

1. Die Pfändung

Begriff und Wirkungen

Damit ein Gläubiger das Fortsetzungsbegehren stellen kann, bedarf es dreier **Voraussetzungen**:

1. Kein RV bzw. RV beseitigt
2. Zahlungsfrist abgelaufen (SchKG 69)
3. ZB noch gültig (SchKG 88)

Pfändung bedeutet die Beschlagnahme bestimmter (in der Pfändungsurkunde genau vermerkten) **Vermögensobjekte durch das Betreibungsamt**. Die Spezialität (die Dinge müssen genau bezeichnet sein) und die Territorialität muss gegeben sein, ansonsten ist die Betreibung nichtig.

Gepfändet wird immer nur soviel, bis die konkrete Betreibungsforderung geschätztermassen befriedigt wird.

Wirkung: Es bei einer Pfändung handelt sich vorerst nicht um eine Enteignung, sondern eine **Beschränkung des Verfügungsrechtes**. Der Schuldner bleibt vorderhand Eigentümer des gepfändeten Gegenstandes. Erst mit der Verwertung ändert sich der zivilrechtliche Status.

Bezüglich des Vollzuges besteht die Möglichkeit des **direkten Zwangs** (Die Polizei kann den Schuldner vorführen, der Schrank wird aufgeschlagen und die Wohntüre wird aufgeschlossen). Dies steht im Vergleich zum Zivilprozessrecht, wo man gegenüber den Parteien, keinen Zwang ausüben kann. Die Parteien haben dort nur eine Erscheinungslast (sog. Obliegenheit), nicht eine Erscheinungspflicht. Der Richter wird einfach gegen den Säumigen entscheiden.

Spühler/Gehri/Pfister S. 136 ff.

§ 25 Fortsetzungsbegehren

I. Begriff

Das Fortsetzungsbefahren ist die - nach durchlaufenen Einleitungsverfahren - an das Betreibungsamt gerichtete Aufforderung des Betreibers, das Schuldbetreibungsverfahren fortzusetzen und damit das eigentliche Zwangsvollstreckungsverfahren einzuleiten.

II. Form

Das Fortsetzungsbefahren ist mündlich oder schriftlich zu stellen. Es hat die zur Bestimmung der Schuldbetreibung erforderlichen Angaben zu enthalten und ist vom Gläubiger zu unterzeichnen. Wurde es mündlich gestellt, füllt der Betreibungsbeamte das amtliche Formular aus und lässt es vom Gläubiger unterzeichnen.

III. Voraussetzungen

Der Gläubiger kann das Fortsetzungsbefahren unter folgenden kumulativen Voraussetzungen stellen (Art. 88 Abs. 1 und 2 SchKG):

- Das Schuldbetreibungsverfahren ist hängig.
- Der Zahlungsbefehl ist rechtskräftig: Es wurde kein Rechtsvorschlag erhoben oder dieser wurde definitiv beseitigt.
- Seit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner sind mindestens 20 Tage verstrichen.
- Seit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner ist noch nicht ein Jahr verstrichen

Anstelle eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls, kann der Gläubiger sein Fortsetzungsbefahren auch auf eine provisorische Rechtsöffnung stützen (Art. 83 Abs. 1 SchKG).

IV. Rückzug und Erneuerung

Das Fortsetzungsbefahren kann zurückgezogen werden, solange ihm keine Folge geleistet worden ist. Innerhalb der einjährigen Geltungsdauer des Zahlungsbefehls (Art. 88 Abs. 2 SchKG) kann es erneut gestellt werden.

V. Wirkung

Betreibungsrechtliche Wirkung des Fortsetzungsbefahrens ist die Anhebung des eigentlichen Vollstreckungsverfahrens. Der Betreiber kann sich den Eingang des Fortsetzungsbefahrens gebührenfrei bescheinigen lassen (Art. 88 Abs. 3 SchKG).

2. Gegenstand der Pfändung

Pfändbarkeit

Es bestehen drei Voraussetzungen für die Pfändbarkeit: Der Gegenstand muss im **Eigentum** des Gläubigers sein, es muss einen **Verkehrswert** haben und es darf **kein gesetzlicher Ausschlussgrund** (Kompetenzgut oder Existenzminimum) vorliegen.

Das sog. Existenzminimum

Das SchKG widmet diesem Problem des Existenzminimums. Die Definition des Existenzminimums führt immer wieder zu heftigen politischen Kontroversen

Kompetenzgut meint Sachgut, also einzelne Dinge. In Art. 92 SchKG werden diese Kompetenzgüter genannt. Es geht dabei hauptsächlich um Dinge der Familie, des Berufsstandes und um Sozialleistungen. Achtung: Juristische Personen besitzen niemals Kompetenzgüter. Kompetenzgüter spielen in der Schweiz jedoch eine geringere Rolle, weil in der Schweiz die Forderungs- und Lohnpfändung die Regel ist.

Bei Forderungs- und Lohnpfändung, darf man jedoch nur bis zum sog. **Existenzminimum** pfänden. Dieses Existenzminimum ist nach Gesetz, "was der Schuldner unbedingt braucht". Es handelt sich hier also um einen **Ermessensbegriff**. Das Betreibungsamt wird aber dennoch nicht jeden einzelnen Schuldner einzeln betrachten, sondern es wurden Richtlinien erlassen, welche die Kantone übernehmen können.

Problematisch an diesen Richtlinien ist, dass das Gesetz Ermessen verlangt (somit dass jeder einzelner Fall wird betrachtet). Bei Richtlinien ist dies jedoch gerade nicht der Fall. Diese Richtlinien finden sich im Skript auf den gelben Seiten.

Der Referent greift bei dieser Gelegenheit noch einige politische Fragen auf: Kinderbelange vor oder nach der Betreibungsforderungen (wenn die Kinder z.B. in einer teuren Privatschule sind)? Gehören die Steuern in das Existenzminimum?⁴

14. Dezember 2005

Ungenügende Pfändung

Rechtsschutz gegen die Pfändung

Wichtig: Pfändungen, die gegen die Pfändbarkeit verstossen (z.B. Pfändung von Kompetenzgüter) sind nicht nichtig sind, sondern nur anfechtbar, der Schuldner muss sich wehren (Anfechtung bei der Aufsichtsbehörde). Ausnahmen davon sind: Wenn die Pfändungsgüter im **öffentlichen Interesse** liegen (z.B. Dienstpferd) oder eine **vollständige Pfändungen des gesamten Besitzes**, die offensichtlich rechtsmissbräuchlich ist.

Spühler/Gehri/Pfister S. 141 ff.

§ 27 Pfändung

I. Allgemeines

Nach Eingang des Fortsetzungs- oder Pfändungs- oder Konkursandrohungsbegehrens leitet das Betreibungsamt das eigentliche Vollstreckungsverfahren ein (Art. 89 ff. SchKG): Voraussetzung für die Pfändung ist in der Regel ein gültiges Begehren. Das Betreibungsamt prüft deshalb, ob ein solches vorliegt. Bei der Betreibung auf Pfändung hat das Betreibungsamt die Pfändung unverzüglich zu vollziehen oder vollziehen zu lassen (Art. 89 SchKG). Unbeachtlich ist, ob der Gläubiger mittlerweile befriedigt worden ist oder der Schuldner Stundung erhalten hat.

⁴ Die Steuern bleiben nach den Richtlinien draussen. Schlicht aufgrund des Faktes, dass in der Regel ansonsten nichts mehr zu pfänden wäre. Dies führt in der Regel zu einer Schuldenspirale. Aufgrund dieser Tatsache gibt es auch sovielen Konkurse von Privatpersonen, weil damit ein Neuanfang begonnen werden kann. Es gibt allerdings in einzelnen Kantonen eine gewisse Tendenz, unter gewissen Voraussetzungen die Steuern trotzdem in das Existenzminimum zu nehmen.

II. Begriff

Die Pfändung ist die amtliche Beschlagnahme von einzelnen Vermögenswerten des Schuldners zwecks Vollstreckung der in Betreibung gesetzten Forderung des Gläubigers (Art. 89 ff. SchKG).

III. Zuständigkeit

Zuständig für die Anordnung der Pfändung ist das Betreibungsamt am Betreibungsort, denn dieses führt die Schuldbetreibung. Zuständig für die Durchführung der Pfändung ist hingegen das Betreibungsamt am Ort der gelegenen Sache (Art. 89 SchKG). Es handelt sich dabei um die sog. Requisitorialpfändung: Das auswärtige Betreibungsamt wird zwecks Pfändung requiriert, d.h. zur Beihilfe beigezogen.

IV. Verfahren

Durch die Pfändungsankündigung zeigt das Betreibungsamt dem Schuldner den Pfändungsvollzug sofort an und macht ihn auf seine Rechte und Pflichten aufmerksam. Daraufhin wird die Pfändung vollzogen (Art. 90 f. SchKG). Die vom Pfändungsbeschluss erfassten Vermögenswerte werden nach den Art. 98-104 SchKG gesichert, und es wird die Pfändungsurkunde ausgestellt (Art. 112-114 SchKG)

V. Rechte und Pflichten

Der **Schuldner** hat das Recht, bei der Pfändung anwesend zu sein. Der Schuldner hat des weiteren das Recht, dass seine Interessen bei der Reihenfolge der Pfändung, soweit tunlich, berücksichtigt werden. (Art. 95 Abs. 5 SchKG). Der Schuldner hat folgende Pflichten (Art. 91 Abs. 1-3 SchKG):

- Der Pfändung persönlich beizuwohnen oder sich dabei vertreten zu lassen.
- Dem pfändenden Betreibungsbeamten Auskunft über sein Vermögen zu erteilen.
- Dem pfändenden Betreibungsbeamten Räume und Behältnisse zu öffnen.

Im Widerhandlungsfall macht sich der Schuldner strafbar (StGB 323). Ausserdem kann der Betreibungsbeamte zur Durchsetzung Polizeigewalt anfordern.

Der **Gläubiger** darf das Betreibungsamt auf pfändbare Vermögenswerte des Schuldners hinweisen und deren Pfändung verlangen (BGE 107 III 75). Er kann zudem verlangen, dass die gepfändeten Gegenstände in Verwahrung genommen werden, sofern er glaubhaft macht, dass die zur Sicherung seiner Rechte als geboten erscheint (Art. 98 Abs. 3 SchKG).

Dritte sind im selben Umfang wie der Schuldner gegenüber dem Betreibungsamt auskunfts- und mitwirkungspflichtig (Art. 91 Abs. 4 SchKG) Auch der Dritte macht sich im Widerhandlungsfall strafbar (Art. 324 Ziff. 5 StGB). Das Bankgeheimnis geht der betreibungsrechtlichen Auskunftspflicht nicht vor.

Behörden sind ebenfalls im gleichen Ausmass Auskunftspflichtig wie der Schuldner (Art. 91 Abs. 5 SchKG).

VI. Gegenstand

Pfändbarkeit setzt folgendes voraus:

- Der Vermögenswert muss rechtliche dem Schuldner gehören.
- Der Gegenstand oder das Recht muss einen Verkehrswert haben, d.h. verwertbar sein.
- Die Pfändung darf nicht durch eine Bestimmung des Bundesrechts ausgeschlossen sein.

Grundsätzlich sind alle Vermögenswerte des Schuldners, die einen Verkehrswert haben, pfändbar. Im Sinne einer Ausnahme erklärt jedoch Bundesrecht bestimmte Vermögenswerte für unpfändbar - die sogenannten **Kompetenzstücke** - oder nur für beschränkt pfändbar: Dem Schuldner und seiner Familie sollen die notwendigsten Gegenstände und ein minimales Einkommen - der **Notbedarf** oder das **Existenzminimum** - belassen werden, selbst wenn dadurch der Betreiber selbst in eine Notlage gerät.

Ob einem Vermögenswert im Einzelfall Kompetenzcharakter im genannten Sinn und im Zeitpunkt der Pfändung zukommt, entscheidet das Betreibungsamt von Amtes wegen. Das SchKG räumt ihm dabei ein grosses Ermessen ein. Dementsprechend werden in diesem Bereich viele betreibungsrechtliche Beschwerden erhoben.

Die Aufzählung der **unpfändbaren** Vermögenswerte in Art. 92 Abs. 1 und 4 SchKG und anderen Bundeserlassen ist abschliessend. Es kann weitgehend auf den Gesetzestext verwiesen werden.

Vom Grundsatz der Unpfändbarkeit der Kompetenzstücke besteht folgende Ausnahme: Der Gläubiger hat das Recht, die in Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1-3 SchKG genannten Kompetenzstücke von hohem Wert durch einen entsprechenden billigeren Gegenstand von gleichem Gebrauchswert zu ersetzen oder den für die Anschaffung erforderlichen Betrag zur Verfügung zu stellen (Art. 92 Abs. 2 SchKG). So kann z.B. ein wertvoller antiker Tisch durch ein Modell einer Billigwarenkette ersetzt werden.

Bei einer **Konkurrenz** zwischen einer Beschlagnahmung von Vermögenswerten gestützt auf fiskalische, strafrechtliche oder strafprozessrechtliche Bestimmung (Art. 44 SchKG) und einer Pfändung gilt folgendes: Die öffentlich-rechtliche Beschlagnahme geht der betreibungsrechtlichen vor und zwar selbst dann, wenn die Beschlagnahme erst nach der Pfändung erfolgt.

Erwerbseinkommen jeder Art, das nicht als unpfändbar im Sinne von Art. 92 SchKG gilt, ist für die Dauer eines Jahres beschränkt pfändbar: Es ist in dem Mass pfändbar, als es nicht unbedingt für den Unterhalt der Familie des Schuldners benötigt wird und zum Notbedarf zählt (Art. 93 Abs. 1 und 2 SchKG).

VII. Reihenfolge

Bei der Auswahl der zu pfändenden Vermögenswerte stellt das Gesetz im wesentlichen auf die Verwertbarkeit und Entbehrlichkeit ab. Der Betreibungsbeamte hat grundsätzlich folgende Reihenfolge einzuhalten (Art. 95 f. SchKG):

1. Bewegliches Vermögen einschliesslich Forderungen und beschränkt pfändbares Einkommen, wobei zuerst die Gegenstände des täglichen Verkehrs zu pfänden sind und entbehrlichere vor weniger entbehrlichen Vermögensstücken.
2. Unbewegliches Vermögen.
3. Vermögen, das mit Arrest eines anderen Gläubigers belegt ist, und Anteile an Gemeinschaftsvermögen.
4. Vermögen, welches vom Schuldner als einem Dritten zugehörig bezeichnet oder von einem Dritten beansprucht wird.
5. Forderungen gegen den Ehegatten des Schuldners.

Von der Reihenfolge kann das Betreibungsamt aus wichtigen Gründen abweichen: wenn es die Umstände rechtfertigen (Ermessen), beide Parteien es wünschen oder unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien (Art. 95 Abs. 4bis und 5 SchKG).

VIII. Umfang

Es ist nur soviel zu pfänden, als zur Befriedigung der betreibenden Gläubiger für die in Betreuung gesetzten Forderungen samt Zinsen und Kosten nötig ist bzw. als nötig erscheint. Der Betreibungsbeamte muss deshalb den voraussichtlichen Erlös aus den zu pfändenden Gegenständen schätzen (Art. 97 SchKG).

IX. Sicherungsmassnahmen

Grundsätzlich verbleiben die gepfändeten Gegenstände beim Schuldner, der unter Strafanndrohung angewiesen wird, nicht mehr über die Vermögensstücke zu verfügen (vgl. Art. 169 StGB; die Strafanndrohung ist Gefängnis). Das birgt die Gefahr in sich, dass der Schuldner trotz Strafanndrohung darüber verfügt. Gewisse Vermögenswerte werden deshalb gesichert. Das SchKG sieht für verschiedene Pfändungsgegenstände unterschiedliche Sicherungsmassnahmen vor. Es kann im einzelnen auf die entsprechenden Bestimmungen verwiesen werden:

- Verwahrung bestimmter beweglicher Sachen von Gesetzes wegen oder auf Antrag des Gläubiger (Art. 98 SchKG).
- Anzeige an den Schuldner des Betriebenen, dass rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt geleistet werden könne (Art. 99 SchKG).
- Erhaltung der gepfändeten Rechte, Einzug von fälligen Forderungen (Art. 100 SchKG).
- Vormerkung der Pfändung von Grundstücken im Grundbuch (Art. 101 SchKG).
- Mitteilung an Mieter und Pächter eines Grundstückes, Verwaltung und Bewirtschaftung eines Grundstückes (Art. 102 SchKG).
- Einheimsen der Früchte (Art. 103 SchKG)
- Anzeige der Pfändung an beteiligte Dritte bei gepfändeten Nutzniessungsrechten und Anteilsrechten an Gemeinschaftsvermögen (Art. 104 SchKG).
- Anzeige an den Sachversicherer, dass er im Schadensfall nur an das Betreibungsamt rechtsgültig erfüllen kann (Art. 56 VVG).

- Sicherung der Ansprüche des Schuldners aus Personenversicherungen nach der VPAV.

X. Wirkung

Durch die Pfändung werden die Vermögenswerte mit einer **Verfügungsbeschränkung** belegt: Der Schuldner bleibt zwar bis zur Verwertung Eigentümer der gepfändeten Vermögenswerte. Ohne Bewilligung des Betreibungsamtes darf er jedoch weder rechtlich noch tatsächlich über sie verfügen, ansonsten würde er sich strafbar machen (Art. 96 Abs. 1 SchKG, Art. 169 StGB)

Verfügungen des Schuldners, welche die Rechte und Pflichten aus der Pfändung verletzen, sind grundsätzlich ungültig. Geschützt wird aber der gutgläubige Dritte bei einem Eigentumserwerb oder dem Erwerb eines dinglichen Rechtes (Art. 96 Abs. 2 SchKG, Art. 933 ZGB). Ein gutgläubiger Grundstückerwerb ist wegen der Vormerkung im Grundbuch ausgeschlossen. Die Verfügungsbeschränkung gilt ab dem Zeitpunkt der rechtsgültigen Mitteilung an den Schuldner.

Durch die Pfändung erhält der **Gläubiger** an den gepfändeten Vermögenswerten des Schuldners den Anspruch, diese vom Betreibungsamt verwerten zu lassen und aus dem Erlös befriedigt zu werden. Dinglich berechtigt wird er hingegen nicht (Art. 116 SchKG). Der Gläubiger kann zudem zwecks Sicherung seines Rechtes die Verwahrung des gepfändeten Werte verlangen, sofern dies als geboten erscheint (Art. 98 Abs. 3 SchKG).

Dritte, die Schuldner von gepfändeten Forderungen des Betriebenen sind, können nach der Pfändung nur nach an das Betreibungsamt gültig erfüllen (Art. 99 SchKG). Ausserdem wird der Dritte, der ein besseres Recht an einem gepfändeten Vermögenswert geltend macht, Partei im Prozess über die Frage der Berechtigung (Widerspruchsprozess, Art. 106 ff. SchKG).

XI. Pfändungsurkunde

In der Pfändungsurkunde sind insbesondere die gepfändeten Vermögenswerte mit ihrem Schätzwert aufzuzeichnen (Art. 112 Abs. 1 SchKG). Nur die in der Urkunde aufgeführten Werte sind mit der Verfügungsbeschränkung belegt und dürfen verwertet werden. Den Gläubigern und dem Schuldner wird eine Abschrift der Pfändungsurkunde zugestellt (Art. 114 SchKG).

Wurde kein pfändbares Vermögen vorgefunden, dient die somit leere Pfändungsurkunde als **definitiver Pfändungsverlustschein** (Art. 112 Abs. 3, Art. 115 Abs. 1 und Art. 149 SchKG). War gemäss der Schätzung des Betreibungsamtes nicht genügend Vermögen vorhanden, um die betriebene Forderung samt Zinsen und Kosten zu decken, dient die Pfändungsurkunde als **provisorischer Pfändungsverlustschein** (Art. 112 Abs. 3 und Art. 115 Abs. 2 SchKG). Dieser gilt bis das Schuldbetreibungsverfahren vollständig durchgeführt und ein definitiver Verlustschein ausgestellt ist. Der provisorische Pfändungsverlustschein gibt dem Gläubiger folgende Rechte:

- Arrestlegung auf neu auftauchendes Vermögen des Schuldners (Art. 115 Abs. 2 i.V.m. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 5 SchKG).
- Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners, mit denen dieser Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung entziehen wollte (Anfechtungsklage, Art. 115 Abs. 2 i.V.m. Art. 285 ff. SchKG).
- Nachpfändung neu entdeckter Vermögenswerte innert eines Jahres seit Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner (Art. 115 Abs. 3 SchKG).

3. Widerspruchsverfahren

Funktion

Es geht um den Schutz von Rechten Dritter am gepfändeten Objekt (z.B. Dritteigentum, Pfandrechte) und um die Klärung der "Eigentumsverhältnisse" am Pfändungssubstrat für die laufende Betreuung.

Die Bedeutung des Gewahrsams

Die Tatsache des Gewahrsams entscheidet bei umstrittenen Sachen wie das Widerspruchsverfahren ablaufen wird. Liegt der Gewahrsam beim Schuldner kommt es zu einer Anerkennungsklage, liegt der Gewahrsam beim Dritten kommt es zu einer Abberkennungsklage. In den beiden Verfahren sind die Partierollen anders.

Vorverfahren und Prozess

Das Vorverfahren ist immer gleich:

1. Anmeldung des Rechts durch den Dritten beim BA

2. Entscheid des BA über das einzuschlagende Verfahren:

Dabei schaut das BA, wer die **Gewahrsam** über ein bestimmte Sache hat. Gewahrsam bedeutet **unmittelbare Herrschaft** über eine bestimmte Sache. Bei Forderungen und Grundstücken lässt sich unmittelbare Herrschaft nicht erkennen. Somit hat das Gesetz eine Forderung in die Gewahrsam desjenigen eingeordnet, bei dem die höhere Wahrscheinlichkeit der Forderung liegt. Bei Grundstücken liegt die Gewahrsam bei demjenigen, auf wen den Grundbucheintrag lautet. Das BA entscheidet bei diesem Entscheid darüber, wer im folgenden Prozess die **günstigere Rolle des Beklagten** spielen kann (Ein Beklagter kann agieren, statt reagieren und hat somit eine einfachere Position, weil der Kläger der Beweis seine behaupteten Rechts anzutreten hat gemäss ZGB 8)

Fraglich ist, welche **Rechtsnatur** dieser Widerspruchsprozess innehat. Hat dieses Urteil nur in der betreffenden Betreibung Wirkung oder hat es auch ausserhalb dieser Betreibung? Das Widerspruchsverfahren ist in erster Linie ein **betreibungsrechtliche Verfahren mit Reflexwirkung auf das materielle Recht**. Im Widerspruchsprozess wird nur über die Frage entschieden, ob etwas gepfändet wird oder nicht. Das interessiert nur in der Betreibung. Die Reflexwirkung besteht lediglich (und nur) darin, dass wenn der Dritte das Widerspruchsverfahren verliert, dass er daran das Eigentum verliert.

Denoch hat man das Widerspruchsverfahren als **berufungsfähig als Zivilsache ans Bundesgericht** eingestuft, weil es eine derart starke Reflexwirkung auf das materielle Recht hat. Bei betreibungsrechtlichen Verfahren ist dies in der Regel nicht möglich. Anfechtbar sind sie nur mittels Staatsrechtlicher Beschwerde.

Beispiele auf Seite 51

1. Bei der gepfändeten Quote handelt es sich um den Lohnanteil, der gepfändet wurde. Die Pfändbare Quote liegt im Ermessen des Betreibungsamtes. In der Tat wird das Betreibungsamt nach den Richtlinien vorgehen. Man nimmt das Einkommen - Existenzminimum (Grundbetrag 1 + Grundbetrag 2). Wenn die Steuerverwaltung der Meinung ist, dass die pfändbare Quote im Einzelfall zu tief ist, muss sie an die Aufsichtsbehörde (betreibungsrechtliche Beschwerde) gelangen.

2.a) A könnte vorbringen, es handle sich um ein Kompetenzgut der Familie gemäss SchKG 92 I Ziff. 1. Der luxuriöse Flachbildschirmfernseher kann durch einen billigeren ersetzt werden gemäss Art. 92 III SchKG. Aussichtsreicher wäre wohl, wenn A vorbringen würde, er sei Journalist und der Fernseher sei Kompetenzgut des Berufsstandes gemäss SchKG 92 I Ziff. 3.

b) Ein Fernseher ist rein vom Gesetz her eigentlich kein Kompetenzgut. Dennoch wird das Betreibungsamt gewissen Leuten, welche sehr an den Fernseher gebunden sind, den Fernseher nicht wegnehmen. Somit wird A sich voraussichtlich nicht erfolgreich darauf berufen können, dass der Fernseher Kompetenzgut darstellt.

3. Das Betreibungsamt macht eine Vermerkung in der Pfändungsurkunde. Ob etwas im Eigentum einer bestimmten Person liegt, ist jedoch eine Frage des materiellen Zivilrechts, welches ein Gericht beurteilen muss. Es kommt deswegen gezwungenermassen zu einem sog. Widerspruchsverfahren:

a) Die Freundin hat Mitgewahrsam am Fernseher, deswegen kommt ein Widerspruchsverfahren gemäss Art. 108 SchKG in Frage. Die Mitgewahrsam ist gleichbedeutend wie die Alleingewahrsam des Dritten. Somit setzt das BA dem Schuldner und Gläubiger eine Frist zur **Aberkennungsklage** (negative Feststellungsklage). Wenn niemand klagt, dann entfällt das bestrittene Gut der Betreibung.

b) Wenn die Freundin nicht mit dem Schuldner zusammenwohnt. Dann hat sie nicht Gewahrsam am Fernseher. Die Sache liegt im Alleingewahrsam des Schuldners (Art. 107 SchKG). Somit wird das BA eine Frist zur **Anerkennungsklage** ansetzen. Dabei muss der Dritte oder der Schuldner eine positive Feststellungsklage ergreifen um das Eigentum der Freundin zu beweisen. Wird keine Klage eingereicht, so bleibt der umstrittene Gegenstand in der Pfändung

4. In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass Pfändungsgut verschwindet.

a) Bei gepfändeten Sachen hat der Schuldner kein Verfügungsrecht daran. Der Kaufvertrag der Vespa ist rein zivilrechtlich in Ordnung; mit dem Vertrag ist ein gültiges Rechtsgeschäft entstanden. Die Verfügung (Also die Übergabe der Vespa) ist jedoch betreibungsrechtlich ungültig aufgrund SchKG 96 II. Im Pfändungsrecht ist jedoch der **Gutgläubenschutz** (im Vergleich zum Konkurs) gewährleistet. Weil es sich jedoch um einen Bekannten von A handelt, kann eine Gutgläubigkeit kaum glaubhaft gemacht werden. Zudem hat sich der Schuldner nach Art. 196 StGB i.V.m. Art. 96 I SchKG strafbar gemacht.

b) Somit müsste B die Vespa wieder zurückgeben, weil die Verfügung ungültig war.

c) Nein, das Betreibungsamt kann das Mofa nicht manu militari wegnehmen (entgegen den Aussagen in der Literatur). B wird Eigentum anmelden, deswegen kommt es wieder zu einem Widerspruchsverfahren. Das Betreibungsamt kann nicht einfach reinfahren. Hier hat der Dritte Alleingewahrsam, deswegen kommt es zum Verfahren nach SchKG 108 und somit zu einer Fristansetzung für die Aberkennungsklage, die der Gläubiger oder der Schuldner ergreifen können.

§ 28 Widerspruchsverfahren

I. Allgemeines

Pfändbar sind Vermögenswerte, die rechtlich dem Schuldner gehören. Ist die Berechtigung an einem Vermögenswert umstritten, wird soweit möglich vermieden, diesen zur Vollstreckung heranzuziehen: Umstrittene Vermögenswerte werden nur gepfändet, wenn zur Befriedigung des Betreibers nicht genügend andere Vermögensstücke vorhanden sind (Art. 95 Abs. 3 SchKG).

Bei umstrittener Berechtigung soll diese im Widerspruchsverfahren für das konkrete Schuldbetreibungsverfahren festgestellt werden. Mögliche Parteien sind einerseits der Betreiber und der Schuldner und andererseits der Drittsprecher, der ein die Pfändung ausschliessendes oder einschränkendes Recht geltend macht. Es kann sich insbesondere um folgende Rechte handeln:

- Eigentum jeder Art (auch an Grundstücken)
- Beschränkte dingliche Rechte an beweglichen Sachen und Rechten wie Faustpfandrechte im Sinne von Art. 37 SchKG.
- Obligatorische Ansprüche auf Sachrückgabe des Vermieters, Verleihers, Hinterlegers oder Verpfänders.

Das Recht des Käufers, Mieters oder Beschenkten auf Übergabe der Sache geht der Pfändung nicht vor.

II. Begriff

Das Widerspruchsverfahren ist der Prozess im weiteren Sinn, worin entschieden wird, ob die Pfändung eines Vermögenswertes aufrechtzuerhalten oder der Vermögenswert aus dem Schuldbetreibungsverfahren zu entlassen ist, weil ein die Pfändung ausschliessendes oder einschränkendes Recht eines Dritten geltend gemacht wird.

III. Verfahren

Das Widerspruchsverfahren gliedert sich in das **Vorverfahren** vor dem Betreibungsamt und den **Widerspruchsprozess** vor Gericht. Im Vorverfahren wird abgeklärt, ob die Berechtigung an einem Vermögenswert tatsächlich umstritten ist, und gegebenenfalls werden die Parteirollen für den Widerspruchsprozess festgelegt. Im Widerspruchsprozess selbst entscheidet sich, ob die Pfändung eines Vermögenswertes aufrechtzuerhalten oder der Vermögenswert aus dem Schuldbetreibungsverfahren zu entlassen ist (Art. 106-109 SchKG). Für jede Drittsprache ist ein gesondertes Widerspruchsverfahren durchzuführen.

IV. Vorverfahren

1. Anmeldung des Drittspruchs

Ein Dritter, der seine Berechtigung an einem Vermögenswert durchsetzen will, kann seinen Anspruch bis zur Verteilung des Erlöses aus der Verwertung des entsprechenden Vermögensstücks beim Betreibungsamt am Betreibungsstand mündlich oder schriftlich anmelden (Art. 160 Abs. 2 SchKG). Die Anmeldung kann auch durch einen interessierten Dritten wie den unmittelbaren Besitzer der Sache der Sache oder den Schuldner erfolgen.

Nicht angemeldete Ansprüche Dritter an den gepfändeten Vermögenswerten gehen in der Regel durch deren Verwertung unter.

2. Vermutung des besseren Rechts

Massgebend für das weitere Verfahren ist die Vermutung des besseren Rechts am umstrittenen Vermögenswert. Bei beweglichen Sachen knüpft das Gesetz die Vermutung an den **Gewahrsam** im Zeitpunkt der Pfändung an (Art. 107 Abs. 1 Ziff. 1, Art. 108 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Gewahrsam an einer beweglichen Sache hat, wer die faktische Herrschaft über sie ausübt.

Gewahrsam ist nur an beweglichen Sachen möglich. Bei Grundstücken ist der **Grundbucheintrag** für die Vermutung des besseren Rechts massgebend, bei Forderungen und sonstigen Rechten die **grössere Wahrscheinlichkeit der materiellen Berechtigung** (Art. 107 Abs. 1 Ziff. 2 und 3, Art. 108 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 SchKG). Die grössere Wahrscheinlichkeit der Berechtigung wird durch das Betreibungsamt aufgrund einer summarischen Prüfung anhand der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bestimmt. Massgebend ist der äussere Anschein, der die Aktenlage erweckt.

3. Vermutung des besseren Recht des Schuldners

Das Betreibungsamt leitet nach der Anmeldung des Drittanspruchs das Widerspruchsverfahren ein: In einer **ersten Phase** des Verfahrens merkt es den geltend gemachten Anspruch in der Pfändungsurkunde vor oder zeigt ihn, sofern die Pfändungsurkunde bereits zugestellt ist, den Parteien besonders an (Art. 106 Abs.1 SchKG). Liegt die Vermutung des besseren Rechts beim Schuldner (Gewahrsam) so setzt das Betreibungsamt den Parteien des Schuldbetreibungsverfahrens eine Frist von zehn Tagen, um den Anspruch des Dritten beim Betreibungsamt mündlich oder schriftlich zu bestreiten (Art. 107 Abs. 1 und 2 SchKG). Der Dritte trägt die Obliegenheit, auf Verlangen einer Partei des Schuldbetreibungsverfahrens seine Beweismittel zur Einsicht vorzulegen (Art. 107 Abs. 3 SchKG). Den Parteien soll dadurch ermöglicht werden, das Prozessrisiko einer allfälligen Widerspruchsklage einzuschätzen.

Bestreitet weder der Schuldner noch ein allfällig Mitbetriebener noch der Gläubiger den Anspruch des Dritten, so gilt er in der betreffenden Betreibung als anerkannt. Damit fällt der umstrittene Vermögenswert aus der Pfändung und das Widerspruchsverfahren ist beendet.

Wird der Anspruch von einer Partei bestritten, tritt das Vorverfahren in seine **zweite Phase**: Der Betreibungsbeamte setzt dem Drittansprecher eine Frist von 20 Tagen zur Anhebung der Widerspruchsklage gegen diejenige Person, die den Drittanspruch bestreitet. Reicht der Dritte keine Widerspruchsklage ein, fällt sein Anspruch in der konkreten Schuldbetreibung ausser Betracht: Der umstrittene Vermögenswert bleibt in der Pfändung und kann verwertet werden.

4. Vermutung des besseren Recht des Dritten

Bezieht sich die Drittansprache auf eine bewegliche Sache im Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Dritten, auf eine Forderung oder ein anderes Recht, an welchem die Berechtigung des Dritten wahrscheinlicher ist als diejenige des Schuldners, oder auf ein Grundstück, bei dem sich die Berechtigung des Dritten aus dem Grundbuch ergibt, ist das Vorverfahren einstufig: Das Betreibungsamt setzt den Parteien den Schuldbetreibungsverfahren eine Frist von 20 Tagen, um eine Widerspruchsklage gegen den Dritten zu führen (Art. 108 Abs. 1 und 2 SchKG).

Der Dritte trägt wiederum die Obliegenheit, auf Verlangen einer Partei der Schuldbetreibung seine Beweismittel zur Einsicht vorzulegen (Art. 107 Abs. 3 SchKG), damit den Parteien ermöglicht wird, das Prozessrisiko einer allfälligen Widerspruchsklage einzuschätzen.

Erhebt keine Partei Widerspruchsklage, gilt der Anspruch des Dritten in der konkreten Schuldbetreibung als anerkannt (Art. 108 Abs. 3 SchKG): Der umstrittene Vermögenswert fällt aus der Pfändung, und das Widerspruchsverfahren ist beendet. Ein gepfändeter Gegenstand oder eine gepfändete Forderung fallen an den ursprünglichen Inhaber zurück.

V. Widerspruchsklagen

1. Allgemeines

Im Widerspruchsprozess wird im Streitfall gerichtlich entschieden, ob die Pfändung eines Vermögenswerts aufrechtzuerhalten oder der Vermögenswert aus dem Schuldbetreibungsverfahren zu entlassen ist. Die Widerspruchsklagen haben somit in erster Linie betreibungsrechtlichen Zweck. Darüber hinaus sind sie von materiellrechtlicher Bedeutung. Sie sind **betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht**.

2. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 109 Abs. 1-3 SchKG.

3. Verfahren und Rechtsmittel

Der Widerspruchsprozess findet im beschleunigten Verfahren statt (Art. 109 Abs. 4 Satz 2 SchKG).

4. Wirkungen

Bis zur Erledigung der Widerspruchsklage bleibt die Schuldbetreibung in bezug auf die streitigen Gegenstände eingestellt, und die Fristen für die Verwertungsbegehren stehen still (Art. 109 Abs. 5 SchKG). Wird die Widerspruchsklage des Dritten betreffend eines die Pfändung ausschliessenden Rechts gutgeheissen oder dringt der Schuldner, ein Mitbetriebener oder der Gläubiger mit der seiner Klage nicht durch, wird der Vermögensgegenstand aus dem Schuldbetreibungsverfahren entlassen. Handelt es sich um ein die Pfändung einschränkendes Recht, muss dieses im weiteren Vollstreckungsverfahren berücksichtigt werden.

Wird aber die Widerspruchsklage des Schuldners, eines Mitbetrieblenen oder des Gläubigers gutgeheissen oder dingt der Dritte mit seiner Klage betreffend eines die Pfändung ausschliessenden oder einschränkenden Rechts nicht durch, bleibt die Pfändung des Vermögenswerts in vollem Umfang aufrechterhalten.

Der Entscheid wirkt bei allen Widerspruchsklagen nur innerhalb des konkreten Schuldbetreibungsverfahrens. Das heisst nicht, dass er keine materiell-rechtlichen Wirkungen hat; so wird nicht selten im Widerspruchsprozess über das Eigentum an einer Sache oder die Berechtigung an einer Forderung entschieden.

4. Mehrheit von Betreibungen

In der Regel wird ein Schuldner von mehreren Gläubigern betrieben. Wir haben gelernt, dass diese Betreibungen im **Einleitungsverfahren** von jedem **einzel**n vorgenommen werden. Ab dem Vollstreckungsverfahren muss jedoch eine gewisse Ordnung stattfinden, damit nicht einfach der erste Gläubiger alles bekommt und die späteren Gläubiger leer ausgehen.

Anschlusspfändung

Pfändungsgruppen

Es gibt die **ordentliche Anschlusspfändung** (Art. 110 SchKG) und die **privilegierte Anschlusspfändung** (Art. 111 SchKG)

Die ordentliche Abschlusspfändung gemäss Art. 110 SchKG funktioniert folgendermassen: Alle Gläubiger die es schaffen, innert **30 Tagen** mit dem ersten Gläubiger ins Vollstreckungsverfahren (Einreichung des Fortsetzungsbegehrens) zu kommen, kommen in dieselbe Pfändungsgruppe mit denselben Rechten. Der erste der nach dem Abschluss der ersten Pfändungsgruppe in das Vollstreckungsverfahren kommt, begründet seinerseits den Startpunkt einer zweiten Pfändungsgruppe (Art. 110 II SchKG). In der Praxis wird man in der zweiten Gruppe nichts mehr abbekommen, deswegen ist es vor einer Betreibung ratsam, Informationen über eventuelle, bereits laufende, Betreibungen des Schuldners einzuholen.

Aufgrund der **privilegierten Anschlusspfändung** kommen bestimmte Leute (z.B. Ehegatte des Schuldners) in den Genuss von besonderen Anschlusspfändungsregeln aufgrund Art. 111 SchKG.

B. Verwertung

3. Verteilung

Pfändungsverlustschein

Wenn beim Pfändungssubstrat des Schuldners **zuwenig vorhanden** ist, um die Forderung zu decken, wird dem Gläubiger ein Pfändungsverlustschein ausgestellt. Die **materielle rechtliche Wirkung** eines solchen ist:

- Zugunsten des Schuldners: Unverzinslichkeit der Forderung (SchKG 149 IV)
- 20 Jahre Verjährungsfrist (SchKG 149a I)
- Weitere gemäss Bestimmungen in ZGB, OR und anderen Erlassen (auch öffentlichrechtliche Folgen)

Die **betrieblungsrechtlichen Wirkungen** eines Pfändungsverlustscheines sind:

- Der Verlustschein stellt einen provisorischen Rechtsöffnungstitel in einer neuen Betreibung dar.
- Es ist möglich binnen 6 Monaten nach Zustellung des VS ein erneutes Fortsetzungsbegehren zu stellen

Schwieriger wird es, wenn Pfändungsgruppen vorhanden sind. Dann muss das Betreibungsamt einen Kollokationsplan machen und den Erlös nach diesem Plan verteilen.

Beispiel Seite 58 (Lösung vom Internet)

Fragen 1 und 2

► Zu verteilernder Nettoerlös

(SchKG 144 IV) CHF 7'000

► Kollokationsplan

1. Klasse: Alimente CHF 3'000
2. Klasse: Krankenkasse CHF 2'000
3. Klasse ex aequo
-- Steuern CHF 4'000
-- Leasing CHF 5'000
Total CHF 14'000

Verteilung (Auszahlung)

1. Klasse: Alimente CHF 3'000
2. Klasse: Krankenkasse CHF 2'000
3. Klasse:
-- Steuern CHF 888.90
-- Leasing CHF 1'111.10
Dividende 22,222%
Total CHF 7'000

Verlustscheine für Steuerverwaltung und Leasing (je für den ungedeckten Betrag)

Frage 3

Nein; der Schuldner konnte sich im Einleitungsverfahren gegen die Forderung zur Wehr setzen (RV etc.).

Frage 4

Kollokationsklage gegen die Steuerverwaltung anheben („Es sei die Beklagte in der 3. Klasse zu kollozieren – unter Kosten- und Entschädigungsfolge“). Ev. sogar Beschwerde, weil ein ganz grober Fehler des BA vorliegt.

21. Dezember 2005

Spühler/Gehri/Pfister S. 176 ff.

§ 30 Verwertungsbegehren

I. Allgemeines

Der Befriedigungsanspruch der Gläubiger ist ein rein vermögensrechtlicher. Die gepfändeten Vermögenswerte werden deshalb, abgesehen von Schweizer Franken, nicht in Natura den Gläubigern übergeben, sondern in Geld umgesetzt (Versilberungsprinzip).

Die Verwertung erfolgt grundsätzlich nicht von Amtes wegen. Vielmehr bedarf sie eines ausdrücklichen Begehrens. Nur ausnahmsweise kann das Betreibungsamt von sich aus zur Verwertung schreiten und zwar in folgenden Fällen:

- Notverkauf wegen schneller Wertverminderung, kostspieligen Unterhalts oder unverhältnismässig hoher Aufbewahrungskosten (Art. 124 Abs. 2 SchKG).
- Nachpfändung wegen ungenügenden Erlöses aus der Verwertung der gepfändeten Vermögenswerte (Art. 145 SchKG).

II. Begriff

Das Verwertungsbegehren ist die - nach der Pfändung - an das Betreibungsamt gerichtete Aufforderung des Betreibers oder des Schuldners, die Verwertung der gepfändeten Vermögenswerte durchzuführen.

III. Form

Das Verwertungsbegehren ist mündlich oder schriftlich zu stellen. Es hat die zur Bestimmung der Schuldbetreibung notwendigen Angaben zu enthalten und ist vom Legitimierten zu unterzeichnen. Wurde es mündlich gesetzt, füllt der Betreibungsbeamte das amtliche Formular aus und lässt es von demjenigen, der das Begehren gestellt hat, unterzeichnen.

Das Verwertungsbegehren ist - wie das Betreibungs- und das Fortsetzungsbegehren - bedingungsfeindlich: Es muss unbedingt erfolgen.

IV. Legitimation

Legitimiert, das Verwertungsbegehren zu stellen, ist jeder definitiv an einer Pfändung teilnehmende **Gläubiger** bezüglich der für seine Pfändungsgruppe gepfändeten Vermögenswerte (Art. 117 f. SchKG). Nicht legitimiert sind somit Gläubiger, deren Pfändung lediglich provisorisch ist. Legitimiert ist ferner der **Schuldner** (Art. 124 Abs. 1, Art. 133 Abs. 2 SchKG).

V. Voraussetzungen

Der **Gläubiger** kann das Verwertungsbegehren unter folgenden **kumulativen Voraussetzungen** stellen (Art. 116 SchKG):

- Im konkreten Schuldbetreibungsverfahren wurde die Pfändung vollzogen oder es ist eine Anschlusspfändung erfolgt.
- Seit dem Vollzug der Pfändung ist die betreffende Minimalfrist abgelaufen.
- Seit dem Vollzug der Pfändung ist die betreffende Maximalfrist noch nicht verstrichen.

Die Rahmenfrist, innert der das Verwertungsbegehren gestellt werden kann, hängt von der Art des gepfändeten Vermögenswerts ab. Bei beweglichen Sachen, Forderungen und anderen Rechten beträgt die Minimalfrist einen Monat und die Maximalfrist ein Jahr. Bei gepfändeten Grundstücken beträgt die Minimalfrist sechs Monate und die Maximalfrist zwei Jahre (Art. 116 Abs. 1 SchKG).

Im Gegensatz zum Gläubiger ist der **Schuldner** nicht an die Minimalfristen gebunden. Er ist berechtigt, vorzeitig die Verwertung zu verlangen (Art. 124 Abs. 1 SchKG).

VI. Rückzug und Erneuerung

Das Verwertungsbegehren kann währen der Rahmenfristen zurückgezogen und erneuert werden, solange ihm keine Folge geleistet worden ist (Art. 121 SchKG).

VII. Wirkung

Die betriebsrechtliche Gültigkeit eines gültigen Verwertungsbegehrens liegt in der Herbeiführung der Verwertung der gepfändeten Vermögenswerte (Art. 119 Abs. 1 SchKG). Das Betreibungsamt zeigt dem Schuldner den Eingang eines gültigen Verwertungsbegehrens innert der Ordnungsfrist von drei Tagen schriftlich an (Art. 120 SchKG) und macht ihn auf die Möglichkeit des Verwertungsaufschubs nach Art. 123 SchKG aufmerksam. Das Verwertungsbegehren wirkt für alle Teilnehmer einer Pfändungsgruppe und erfasst alle für die Pfändungsgruppe gepfändeten Vermögenswerte.

Spühler/Gehri/Pfister S. 181 ff.

§ 30 Verwertung

I. Allgemeines

Die Verwertung als Teil des Schuldbetreibungsverfahrens ist immer ein Zwangsvollstreckungsakt, ein öffentlich-rechtlicher Verwaltungsakt. Sie ist Aufgabe der Betreibungsbehörden.

Voraussetzung der Verwertung ist in der Regel ein entsprechendes gültiges Begehren (Art. 122 Abs. 1, Art. 133 Abs. 1 SchKG). Das Betreibungsamt prüft ob ein solches vorliegt und führt alsdann die Betreibung durch.

Das Betreibungsamt darf nicht mehr verwerten, als zur Deckung der definitiv oder provisorisch an der Pfändung teilnehmenden Forderungen samt Zinsen und Betreibungskosten nötig ist (Art. 119 Abs. 2 SchKG).

II. Begriff

Die Verwertung ist die Umsetzung der gepfändeten Vermögenswerte in Schweizerfranken durch öffentlich-rechtlichen Verwaltungsakt

III. Verwertung beweglicher Sachen und Forderungen

1. Zeitpunkt

Bewegliche Sachen und Forderungen sind grundsätzlich frühestens zehn Tage und spätestens zwei Monate seit Eingang des Verwertungsbegehrens zu verwerten (Art. 122 Abs. 1 SchKG). Die Wahl des Zeitpunktes innerhalb der Rahmenfrist liegt im Ermessen des Betreibungsamtes. Ausnahmesweise wird die Verwertung vorzeitig durchgeführt oder aufgeschoben.

Eine vorzeitige Verwertung ist in den Fällen von Art. 124 SchKG möglich: vorzeitige Verwertung auf Antrag des Schuldners und Notverkauf.

Ein Verwertungsaufschub von Gesetzes wegen besteht für hängende oder stehende Früchte. Sie dürfen ohne Zustimmung des Schuldners nicht vor der Reife verwertet werden (Art. 122 Abs. 2 SchKG). In der Praxis äussert relevant ist der Verwertungsaufschub auf Antrag des Gläubigers. Ein solcher setzt neben Verwertungsbegehren des Gläubigers und einer ausstehenden Verwertung folgendes voraus (Art. 123 Abs. 1 SchKG):

- Antrag des Schuldners
- Glaubhaftmachung der Möglichkeit, die Schuld ratenweise tilgen zu können
- Verpflichtung zu regelmässigen und angemessenen Abschlagszahlungen
- Leistung der ersten Rate

Die Einwilligung des Gläubigers ist nicht erforderlich. Sind die Voraussetzungen erfüllt, muss das Betreibungsamt den Verwertungsaufschub bewilligen. Es setzt die Höhe der Abschlagszahlungen und deren Fälligkeit nach seinem Ermessen unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Schuldners und des Gläubigers fest (Art. 123 Abs. 3 SchKG)

Für bewegliche Sachen und Forderungen kennt das Gesetz drei Verwertungsarten: öffentliche Zwangsversteigerung, Freihandverkauf und Forderungsüberweisung.

2. Öffentliche Zwangsversteigerung

Die öffentliche Zwangsversteigerung gilt als ordentliche Verwertungsart. Eine Steigerung läuft wie folgt ab (Art. 125 f. SchKG):

1. öffentliche Bekanntmachung der Steigerung
2. Individuelle Mitteilung an alle Beteiligten der Pfändung
3. Versteigerung

An einer öffentlichen Zwangsversteigerung ist jedermann teilnahmeberechtigt. Abwesende können durch schriftliche Angebote mitsteigern. Ist das Deckungsgebot erfüllt, hat der Meistbietende Anspruch auf den Zuschlag (Art. 126 SchKG). Nach dem Deckungsprinzip müssen durch den gebotenen Preis für eine Sache den Betrag aller pfandgesicherten Forderungen übersteigen.

3. Freihandverkauf

Der Verkauf aus freier Hand als ausserordentliche Verwertungsart hat gegenüber der Versteigerung den Vorteil, dass keine Versteigerungskosten anfallen. Liegt also ein relativ gutes Angebot vor oder ist ein solches zu erwarten, wird das Betreibungsamt in der Regel den Freihandverkauf der öffentlichen Versteigerung vorziehen. Der Verkauf aus freier Hand ist unter den in Art. 130 SchKG genannten Voraussetzungen zulässig.

4. Forderungsüberweisung

Vierter Teil: Die Generalexekution

A. Konkurs

Der Konkurs ist eine Generalexekution, d.h. alle Aktiven und Passiven werden verwertet. Die juristischen Personen gehen nach dem Konkurs unter.

1. Voraussetzungen der Konkurseröffnung

Wege in den Konkurs

Konkursbetreibung

Materielle Konkursgründe

Ausgangseispiel Seite 60

die "Informatik GmbH" ist eine typische Kleinst-GmbH, bei der das gesetzlich minimstmögliche Stammkapital einbezahlt wurde. Die GmbH ist gemäss Art. 39 konkursfahig. Der Weg in den Konkurs ist auf Skript Seite 61 beschrieben:

Der Beginn des Betreibungsverfahrens - das Einleitungsverfahren - ist praktisch genau gleich geregelt, wie bei der Betreibung auf Pfändung mit zwei kleinen Ausnahmen:

- Es wird ein Guterverzeichnis (statt eine Pfändungsurkunde) erstellt (welches teurer ist).
- Der Zahlungsbefehl ist einenhalb Jahre gultig (statt nur ein Jahr).

Nach dem Fortsetzungsbegehren trennen sich die Verfahren der General- und Spezialexekution:

Zuerst kommt bei der Generalexekution kommt die **Konkursandrohung** (statt Pfändung) in dem angedroht wird, dass bei Nichtzahlung der Gläubiger den Konkurs verlangen kann. D.h. es wird ein weiterer Schritt des Schuldners nötig, damit der Konkurs tatsachlich dann eingeleitet wird.

Lässt der Betriebene die Konkursandrohung tatenlos verstreichen. Kann der Gläubiger mit dem **Konkursbegehren an das Konkursgericht** gelangen. Dies ist eine **sehr teure Angelegenheit**; man muss sämtliche Kosten des Gerichtes und der Betreibung vorschliessen (was mehrere tausend Franken sein können). Sollte dann tatsachlich ein Konkurs des Schuldners stattfinden, kann es gut sein, dass das vorgeschossene Geld aus der Verwertung nicht gedeckt wird (geschweige denn die eigentlichen Forderungen). Deswegen hören viele Schuldner bei diesem Schritt auf, weil oft aufgrund diesen hohen Kosten nichts aus dem Konkurs resultiert ("Man wirft dem schlechten Geld nicht noch gutes nach").

Gehri/Spühler/Pfister II S. 7 ff.

§ 3 Fortsetzungs- oder Konkursandrohungsbegehren und Konkurseröffnung

I. Fortsetzungs- oder Konkursandrohungsbegehren

Das eigentliche Vollstreckungsverfahren der Generalexekution setzt in der Regel ein Einleitungsverfahren voraus.

Unter folgenden alternativen Voraussetzungen kann das Vollstreckungsbegehren ohne Einleitungsverfahren durch ein **Konkursandrohungsbegehren** des Gläubigers angehoben werden:

- Der Gläubiger verfügt über einen definitiven Pfändungsverlustschein, unterliegt neu der Konkursbetreibung, und es sind seit der Zustellung des Verlustscheins nicht mehr als sechs Monate vergangen (Art. 149 Abs. 3 SchKG).
- Der Gläubiger verfügt über einen Pfandausfallschein, und es ist seit der Zustellung des Pfandausfallsscheines nicht mehr als ein Monat vergangen (Art. 158 Abs. 2 Satz 2 SchKG).

Nach Eingang des Fortsetzungs- oder eines Konkursandrohungsbegehrens leitet das Betreibungsamt das eigentliche Vollstreckungsverfahren ein. Es entscheidet welche Betreibungsart anwenbar ist (Art. 38 Abs. 3 SchKG).

II. Konkursandrohung

Unterliegt der Schuldner der Konkursbetreibung, droht ihm das Betreibungsamt nach Empfang des Fortsetzungs- oder Konkursandrohungsbegehrens unverzüglich den Konkurs an (Art. 159 SchKG). Die Konkursandrohung entspricht bei der Betreibung auf Pfändung der Pfändigungsankündigung und hat folgenden Inhalt (Art. 160 Abs. 1 SchKG):

1. Angaben des Betreibungsbegehrens
2. Datum des Zahlungsbefehls
3. Anzeige, dass der betreibende Gläubiger nach Ablauf von 20 Tagen seit Zustellung der Konkursandrohung das Konkursbegehren stellen kann, wenn er nicht befriedigt wird.
4. Mitteilung, dass der Schuldner, sofern er die Zulässigkeit der Konkursbetreibung nicht anerkennt, innert zehn Tagen bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde im Sinne von Art. 17 ff. SchKG zu führen hat.

III. Güterverzeichnis

Die Möglichkeit der Aufnahme eines Güterverzeichnisses ist in den Art. 162-165 SchKG festgehalten. Das Güterverzeichnis ist eine **vorläufige Sicherungsmassnahme** auf Verlangen eines Gläubigers und kein Akt der Vollstreckung. Zuständig für die Anordnung des Güterverzeichnisses ist das Konkursgericht. Dieses wird die Aufnahme nur bewilligen, wenn ein solches zur Sicherung der Forderung des verlangenden Gläubigers als geboten erscheint.

IV. Konkursbegehren

Das Konkursbegehren an den Konkursrichter am Konkursort darf frühestens nach Ablauf von 20 Tagen seit Zustellung der Konkursandrohung durch den betreibenden Gläubiger gestellt werden. Das Recht, das Konkursbegehren zu stellen, ist nach Ablauf von 15 Monaten nach Zustellung des Zahlungsbefehls verwirkt. Im Fall eines Rechtsvorschlags steht die Frist von 15 Monaten während der Verfahrensdauer still. Voraussetzung der Durchführung der Konkursverhandlung ist regelmässig die Leistung eines Kostenvorschusses durch den Gläubiger bis zur Einstellung des Konkurses mangels Aktiven im Sinne von Art. 230 SchKG oder bis zum Schuldruf gemäss Art. 232 SchKG.

In folgenden Fällen weist der Konkursrichter das Konkursbegehren ab (Art. 172 SchKG):

- Aufhebung der Konkursandrohung durch die Aufsichtsbehörde (auf Beschwerde hin oder von Amtes wegen)
- Wiederherstellung einer Frist auf Antrag des Schuldners gestützt auf Art. 33 Abs. 4 SchKG
- Bewilligung eines nachträglichen Rechtsvorschlags gemäss Art. 77 SchKG
- Urkundbeweis des Schuldners, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten getilgt ist.
- Urkundbeweis des Schuldners, dass der Gläubiger ihm Stundung gewährt hat.

Aussetzungsgründe sind die folgenden (Art. 173 und Art. 173a SchKG):

- Einstellung der Betreibung durch eine Aufsichtsbehörde im Sinn von Art. 17 ff. SchKG
- Einstellung der Betreibung durch ein Gericht im Sinne von Art. 85 bzw. Art. 85a Abs. 2 SchKG
- Vorliegen einer nichtigen Verfügung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 SchKG
- Anhängigkeit eines Gesuchs um Bewilligung einer Nachlassstundung oder eine Notstundung
- Bestehen von Anhaltspunkten für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags

V. Konkurseröffnung

Der Konkursrichter entscheidet im summarischen Verfahren über die Konkurseröffnung. Der Entscheid betreffende Konkurseröffnung wird auch Konkurskenntnis genannt. Der Konkurs gilt als sofort eröffnet. Das Gericht stellt den Zeitpunkt der Konkurseröffnung auf Minute genau fest (Art. 175 SchKG). Der Zeitpunkt ist für die Konkurswirkungen massgeblich. Wenn gegen die Konkurseröffnung ein Rechtsmittel eingelegt wird, so ist der genaue Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheides für die Konkurseröffnung massgebend. Das gilt auch für das staatsrechtliche Beschwerdeverfahren.

VI. Rechtsmittel gegen den Entscheid des Konkursrichters

Der Konkursrichter hat bei Vorliegen eines Konkursbegehrens die folgenden vier Möglichkeiten:

- Nichteintreten auf das Begehren wegen eines Verfahrensmangels (z.B. wegen Unzuständigkeit)
- Aussetzung des Entscheids über das Konkursbegehren (Art. 173 und Art. 173a SchKG)
- Abweisung des Konkursbegehrens (Art. 172 SchKG)
- Gutheissung des Konkursbegehrens, d.h. Konkurseröffnung (Art. 171 SchKG)

Das SchKG verlangt, dass jeder Kanton ein ordentliches Rechtsmittel gegen den Entscheid des Konkursrichters über das Konkursbegehren zulässt. Auch die Rechtsmittelfrist von zehn Tagen ist eidgenössisch geregelt (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Damit die kantonale Rechtsmittelinstanz die Konkurseröffnung aufhebt, muss der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen: Darzulegen ist, dass dank vorhandener Mittel ein Konkurs voraussichtlich auch weiterhin vermieden werden kann. Der Schuldner muss zudem alternativ folgendes durch Urkunden beweisen:

- Tilgung der Schuld einschliesslich der Zinsen und Kosten
- Hinterlegung des geschuldeten Betrags zuhanden des Gläubigers bei der oberen kantonalen Gerichtsinstanz
- Verzicht der Gläubiger auf Durchführung des Konkurses

VII. Wirkungen des rechtskräftigen Entscheids über das Konkursbegehren

Wird auf das Konkursbegehren nicht eingetreten oder wird es abgewiesen, fällt die ganze Konkursbetreibung automatisch dahin. Wird hingegen der Konkurs eröffnet, zeigt das Konkurserkenntnis alle materiell- und formellrechtlichen Wirkungen, die in der Gesetzgebung vorgesehen sind. Ausser den im SchKG vorgesehenen Folgen hat die Konkurseröffnung noch eine ganze Reihe von zivilrechtlichen Wirkungen.

Ist die Konkurserkenntnis rechtskräftig geworden, so beginnt das Konkursamt von Amtes wegen mit der Durchführung des Konkursverfahrens. Im Gegensatz zur Betreibung auf Pfändung sind für die Durchführung des Konkursverfahrens keine weiteren Begehren von Seiten des Gläubigers notwendig.

Neben der ordentlichen Konkursbetreibung gibt es noch einen zweiten **Weg ohne Einleitungsverfahren**: Nämlich die **direkte Konkurseröffnung aufgrund eines materiellen Konkursgrundes**.

In gewissen gesetzlich abschliessend genannten Fällen (**Art. 190-193 SchKG**) kann man als Gläubiger direkt (d.h. ohne Einleitungsverfahren) ans Konkursgericht gelangen. Drei Gründe davon durchbrechen das Prinzip der **Konkursfähigkeit**, d.h. es können z.B. auch natürliche Personen auf Konkurs betrieben werden. Es sind dies folgende Fälle:

1. Gefährdung der Gläubiger (SchKG 190 Abs. 1)
2. Insolvenzerklärung (SchKG 191)
3. Gescheitertes Nachlassverfahren (SchKG 191 Abs. 2)

Im konkreten Ausgangsbeispiel ist der Konkursgrund der "Einstellung der Zahlungen" (Art. 190 Ziff. 2 SchKG) sicherlich gegeben. Die Zahlungseinstellung muss jedoch vollumfänglich sein, damit dieser Konkursgrund eintritt. Eine teilweise Einstellung der Zahlung kann bereits genügend sein. Der Gläubiger muss aber überwiegend die Zahlungen einstellen. Dies ist natürlich eine auslegungsbedürftige Generalklausel.

Gehri/Spühler/Pfister II S. 24 ff.

§ 5 Konkurseröffnung ohne Einleitungsverfahren

I. Allgemeines

In Art. 190-193 SchKG sind einige Tatbestände geregelt, die ohne vorgängige Betreibung und ohne Konkursandrohung direkt zur Konkurseröffnung führen. Es handelt sich dabei um Sachverhalte, welche die Möglichkeit einer sofortigen Zwangsvollstreckung ohne Zeitverlust erheischen. Das **Einleitungsverfahren** und die **Konkursandrohung werden deshalb weggelassen**. Der Antrag zu einer sogenannten Konkurseröffnung ohne Einleitungsverfahren kann vom Schuldner selbst, von einem Gläubiger oder von einer Behörde ausgehen. Ist das Konkurserkenntnis rechtskräftig, beginnt das Konkursamt von Amtes wegen mit der Durchführung des Konkurses.

II. Insolvenzerklärung des Schuldners

Die **Insolvenzerklärung des Schuldners** - eine natürliche Person - ist in Art. 191 SchKG geregelt: Der Schuldner kann die Konkursöffnung selber beantragen, indem er sich beim Konkursrichter für zahlungsunfähig erklärt.

Nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner kann ein Interesse daran haben, dass über ihn der Konkurs eröffnet wird. Durch die Generalexécution seines Vermögens kann er häufigen Spezialexécutionen entrinnen. Ferner fallen mit der Konkursöffnung im Sinne von Art. 191 SchKG die bereits vollzogenen Pfändungen, insbesondere auch die Lohnpfändungen, dahin. Der Konkurs verschafft dem Schuldner die notwendige Ruhe zur wirtschaftlichen Erholung. Dieser kann für früher entstandene Forderungen erst wieder betrieben werden, wenn er zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265a f. SchKG).

Das Recht auf Insolvenzerklärung steht **jedem Schuldner** zu, unabhängig davon, ob er konkursfähig ist.

Zur Konkursöffnung infolge einer Insolvenzerklärung muss nach dem geltenden Recht ausserdem folgende **negative Voraussetzung** erfüllt sein: Es darf keine Aussicht auf Schuldenbereinigung nach den Art. 333 ff. SchKG bestehen (Art. 191 Abs. 2 SchKG).

Das neue Rechtsinstitut der **einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung** ist in Art. 333-336 SchKG im Rahmen des Nachlassverfahrens neu geschaffen worden. Der Nachlassrichter gewährt dem Schuldner eine Stundung von höchstens drei Monaten und ernennt einen Sachverwalter, auf dessen Antrag die Stundung auf höchstens sechs Monate verlängert werden kann. Während der Stundung kann ein Schuldner nur für periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge betrieben werden (Art. 334 SchKG). Der Sachverwalter arbeitet zusammen mit dem Schuldner einen sogenannten Bereinigungsvorschlag aus. Dieser kann auf Gläubigerbefriedigung mittels Dividende lauten oder Zahlungs- oder Zinserleichterungen vorschlagen. Der Sachverwalter führt alsdann mit den Gläubigern darüber Verhandlungen durch (Art. 335 SchKG). Der Konkursrichter darf die Konkursklärung auf Insolvenzerklärung des Schuldners hin demnach nur erklären, wenn ein Bereinigungsvorschlag im dargelegten Sinn als aussichtslos erscheint oder gescheitert ist.

Gegen die Konkursklärung auf Insolvenzerklärung hin steht nur dem Schuldner und nicht auch dem Gläubiger ein **Rechtsmittel** zu

II. Konkursöffnungen gegen Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften auf eigene Anzeige hin

In Interesse der Gläubiger der betreffenden juristischen Person ist eine Meldung an den Richter geboten, wenn eine Überschuldung wahrscheinlich ist. Bei einer Aktiengesellschaft sind Art. 725 und Art. 725a OR massgebend.

Nach Benachrichtigungen des Konkursrichters hat dieser unverzüglich den Konkurs zu eröffnen. Er kann den Konkurs auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers nur dann aufschieben, wenn Aussicht auf Sanierung besteht (Art. 725a Abs. 1 OR). Ähnliche Rechtsgrundlagen bestehen für die Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und für Genossenschaften

IV. Konkursöffnung gegen beliebige Schuldner auf Antrag eines Gläubigers

In folgenden fünf Fällen kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkursöffnung verlangen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 SchKG):

- Der Schuldner ist unbekanntes Aufenthaltes
- Der Schuldner hat die Flucht ergriffen, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen
- Der Schuldner hat zum Nachteil der Gläubiger betrügerische Handlungen begangen oder zu begehen versucht.
- Der Schuldner hat bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht.
- Konkursöffnung im Fall von Art. 309 SchKG: Wird der beantragte Nachlassvertrag abgelehnt oder die Nachlassstundung widerrufen, kann der Gläubiger binnen zwanzig Tagen die sofortige Konkursöffnung verlangen.

Bei den drei mittleren Konkursgründen handelt es sich um unredliches Verhalten des Schuldner. In der Praxis spricht man deshalb in diesem Zusammenhang oft von den Konkursgründen der Unredlichkeit.

Frage 1

Auch bei der direkten Konkursanmeldung aufgrund eines materiellen Konkursgrundes sind hohe Kosten im voraus durch den Gläubiger zu übernehmen. Deswegen werden die **Lieferanten** höchstwahrscheinlich nicht einen Konkurs einleiten, weil sie in der Verwertung schlussendlich zuletzt ausbezahlt und somit kaum aus ihren Forderungen befriedigt werden. Lieferanten sind deshalb eher ungefährliche Gläubiger.

Die **Steuerbeamten** können auch auf Pfändung betreiben. Dies ist ein Vorteil, weil sie keine hohen Kosten vorauszahlen müssen und somit, wenn niemand sonst Konkurs einleitet, mit der Pfändung absahnen können. Sobald der Konkurs (von den Steuerbeamten oder von jemand anderem) aber eröffnet wird, haben die Steuern wie die Lieferanten keine besonderen Privilegien. Steuern dürfen nach Art. 43 SchKG keine Konkursbetreibung einleiten. Dies bedeutet nicht, dass sie keine direkte Konkursbegehren (Art. 190-193) stellen dürfen. Die Steuerbehörden sind immer gefährliche Gläubiger, weil sie entweder mit einem direkten Konkursbegehren ("Einstellung der Zahlungen" nach Art. 190 Ziff. 2 SchKG) oder mit einer Pfändungsbetreibung kommen werden.

Der **Vermieter** kann eine Konkursbetreibung machen, ein direktes Konkursbegehren stellen. Zudem hat er als Geschäftsvermieter ein sog. **Retentionsrecht** (gesetzliches Pfandrecht). Kraft des materiellen Privatrechts hat er ein Vorrecht auf bestimmte Pfandgegenstände (nämlich auf das Geschäftsinventar), deren Erlös er für sich beanspruchen kann. Der Mieter kann also drittens auch noch eine Betreibung auf Pfandverwertung des Geschäftsinventars einleiten. Diese Pfandrechte sind **konkursbeständig**, d.h. wenn Konkurs eröffnet über diese AG eröffnet werden würde, gehört der Erlös der Geschäftsinventars aufgrund des Retentionsrechts zwingend dem Vermieter. Er muss also diesen Erlös nicht mit den restlichen Gläubigern teilen. Dies gilt für alle Pfandarten die im materiellen Recht vorgeschrieben werden, nicht nur für das Retentionsrecht. Der Vermieter kann also sehr gelassen und beruhigt in den Konkurs gehen, weil er in allen Betreibungsarten vorrangig befriedigt wird.

Das **Pfand** ist ein Vorrecht kraft materiellen Rechts. Die **Pfändung** (gepfändete Gegenstände) hingegen ist eine betreibungsrechtliche Institution. Deswegen müssen gepfändete Gegenstände in einem allfälligen Konkurs mit den anderen Schuldnern geteilt werden, Pfandrechte hingegen nicht.

Die **Arbeitnehmer** (Löhne) können ebenfalls eine Konkursbetreibung anstrengen oder ein direktes Konkursbegehren stellen. Das Problem sind hier aber wieder erneut die hohen Kosten. Die Insolvenzversicherung zahlt die Arbeitnehmer jedoch nur, wenn sich die Arbeitnehmer genügend angestrengt haben, ihren Lohn zurück zu verlangen. Somit werden sie wohl einen Betreibungsverfahren bis zu den hohen Kosten anstrengen (Konkursandrohung). Für den Schuldner sind die Arbeitnehmer also nicht so gefährlich (doch im Hintergrund lauert die Arbeitslosenkasse, welche evt. an der Stelle der Arbeitnehmer waltet).

Fazit ist also, **dass die Ausgangslagen sind sehr ungleich verteilt sind**. Der Vermieter hat das grosse Vorrecht des Retentionsrechtes, die Steuerbehörden haben grosse taktische Möglichkeiten aufgrund der Möglichkeit der Pfändung, die Arbeitnehmer haben die Sozialversicherungen in der Hinterhand, die Banken haben ihre Forderungen andersweitig abgesichert. Die Vorrechte räumen oftmals die Konkursmasse vorgängig aus, bevor die restlichen Lieferanten befriedigt werden (z.B. Lieferanten, Kreditgeber). Die Möglichkeiten sind nicht gleichwertig. Ob dies gut so ist oder nicht, ist eine politische Frage. Hier stecken ungeheuer viele **Wertvorstellungen der Politik** drin.

Um eine Forderung beim Konkurs einzufordern, muss sie nicht fällig sein. Vielmehr bewirkt der Konkurs gerade die Fälligkeit der Forderung.

Beantwortung der Frage 2:

a) Der Schuldner kann/muss sich in zwei Fällen bankrott erklären:

- Insolvenzerklärung nach Art. 191 Abs. 1. SchKG (für juristischen Personen jedoch nicht wirklich relevant)
- Überschuldungsanzeige nach Art. 192 SchKG (Das OR verlangt, dass überschuldete Kapitalgesellschaften sich selbstständig beim Konkursamt deklarieren müssen. Diese Massnahme wurde getroffen, um zu verhindern, dass noch mehr Gläubiger zu Schaden kommen. Hier muss natürlich kein Vorschuss geleistet werden.)

b) der zweite Fall ist zwingend, deswegen muss die GmbH von sich aus den Konkurs erklären.

Das Verfahren vor Konkursgericht

Der Schuldner wird auch beim direkten Konkursbegehren vom Gericht angehört.

Es handelt sich beim Verfahren vor dem Konkursgericht um ein einfaches **Summarverfahren**. Dennoch ist es **untypisch**, weil das Gericht von Amtes wegen konkurshindernde Tatsachen sucht (auch wenn der Schuldner fernbleibt, auch wenn es nicht im Sinne des Schuldners ist). Es herrscht also diesbezüglich **Offizialmaxime**. Zudem herrscht die **Untersuchungsmaxime**, weil das Gericht kann auch von sich aus ein Nachlassverfahren anordnen kann, auch wenn keine Partei ein solches gefordert hat.

2. Wirkungen des Konkurses (materielles Konkursrecht)

Für den Schuldner

Der Zeitpunkt, ab dem die Wirkungen des Konkurses gelten, wird immer durch ein **Gerichtsentcheid** festgesetzt. Die Wirkungen treten **sofort** mit dem Urteil ein (deswegen Feststellung des Zeitpunktes im Urteil auf Minute genau). Mögliche Rechtsmittel haben keine aufschiebende Wirkung. Problematisch ist die Tatsache, dass das ganze Umfeld (Kunden, Mitarbeiter, usw) nichts vom Konkurs wissen können.

Für den **Schuldner** hat der Konkurs verschiedene **Wirkungen** (Beispiele):

betriebsrechtliche:

- Sein gesamtes Aktivermögen wird zur sog. Konkursmasse. Der Schuldner verliert sofort das Verfügungsrecht über dieses Vermögen (SchKG 204; ist stärker als der ganze Gutgläuberschutz des Privatrechts)
- Der Schuldner hat Mitwirkungspflichten, er hat während des ganzen Konkursverfahrens anwesend zu sein

materiellrechtliche:

- Die juristische Person, welche in Konkurs gerät wird aufgelöst, d.h. sie tritt in Liquidation und wird danach gelöscht.
- über natürliche Personen in Ehe wird die Gütertrennung verhängt.

öffentlichrechtlich:

- im Strafrecht: Konkurs als objektive Strafbarkeitsbedingung für Konkursdelikte
- Als Anwalt verliert man den Anwaltstitel

Gehri/Spühler/Pfister II S. 84 ff.

4. Teil: Materielles Konkursrecht

§ 12 Einführung in das materielle Konkursrecht

Anders als in der Betreuung auf Pfändung, Pfandverwertung oder in der Wechselbetreuung sind im Konkurs nicht nur einzelne Vermögenswerte Vollstreckungssubstrat. Der Konkurs umfasst vielmehr das gesamte verwertbare Vermögen des Gemeinschuldners. Gemäss Art. 197 Abs. 1 SchKG bildet das gesamte, unbeschränkt pfändbare Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, eine einzige Masse, die sogenannte Konkursmasse.

Gehri/Spühler/Pfister II S. 91 ff.

§ 16 Rechtliche Stellung des Gemeinschuldners

I. Allgemeines

Die Konkurseröffnung ändert die rechtliche Stellung des Gemeinschuldners. Dabei bestehen grundsätzliche Unterschiede zwischen einer natürlichen und einer juristischen Person: Eine natürliche Person verliert als Gemeinschuldner weder die Rechts- noch die Handlungsfähigkeit. Bei einer juristischen Person führt die Konkurseröffnung jedoch die Auflösung herbei: Die Gesellschaft tritt in Liquidation und wird als solche ins Handelsregister eingetragen. Mit dem Schlusserkenntnis des Konkursrichters hört ihre wirtschaftliche Existenz auf.

II. Verlust der Verfügungsfähigkeit über die Konkursmasse

Der Gemeinschuldner bleibt zwar von der Konkurseröffnung bis zur Verwertung Eigentümer der einzelnen Massebestandteile. Sein Eigentum ist jedoch ein nacktes, denn mit der Konkurseröffnung verliert er seine Verfügungsfähigkeit über die Massebestandteile. Die Verfügungsfähigkeit liegt bei der Konkursverwaltung. Den Konkursgläubigern gegenüber sind Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung in bezug auf Gegenstände der Konkursmasse tätigt, ungültig (Art. 204 Abs. 1 SchKG). Von dieser Regel bestehen zwei Ausnahmen:

- Hat der Gemeinschuldner vor der öffentlichen Konkursbekanntmachung einen von ihm ausgestellten, eigenen oder einen auf ihn gezogenen Wechsel bei Verfall bezahlt, ist die Zahlung gültig, sofern der Wechselinhaber von der Konkursöffnung keinen Kenntnis hatte und im Fall der Nichtzahlung den wechselrechtlichen Regress gegen Dritte mit Erfolg hätte ausüben können (Art. 204 Abs. 2 SchKG).
- Die zweite Ausnahme hat ihre Grundlage im Sachenrecht in Art. 973 ZGB: Der auf das Grundbuch gestützte Gutgläubigerschutz in bezug auf Eigentum oder andere dingliche Rechte geht dem konkursrechtlichen Gläubigerschutz vor.

Nicht von der Verfügungsbeschränkung betroffen sind Vermögensbestandteile des Gemeinschuldners, die nicht zur Konkursmasse gehören, so insbesondere die Kompetenzstücke (Art. 92 SchKG) und das nach der Konkursöffnung erzielte Erwerbseinkommen (Art. 93 SchKG).

III. Beschränkte Fähigkeit zur Entgegennahme von Zahlungen

Der Gemeinschuldner darf nach Eröffnung des Konkurses kein Geld für Forderungen mehr entgegennehmen, die zur Masse gehören. Eine derartige Zahlung bewirkt nur dann rechtsgültige Befreiung, wenn sie in die Konkursmasse gelangt ist. Auch diesbezüglich besteht jedoch eine Ausnahme zugunsten des gutgläubigen Dritten: Leistete dieser die Zahlung vor der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurses, so wird der Dritte von der Schuldpflicht befreit, wenn ihm die Eröffnung des Konkurses nicht bekannt gewesen ist (Art. 205 SchKG)

IV. Beschränkte Prozessfähigkeit

In Art. 207 SchKG ist geregelt, was mit hängigen Zivilprozessen und Verwaltungsverfahren bei Konkursöffnung zu machen ist. Dabei geht es selbstverständlich um Verfahren, die den Bestand der Konkursmasse berühren. Mit Ausnahme dringlicher Fälle (u.a. Zivilprozesse im beschleunigten oder summarischen Verfahren) werden Zivilprozess, in denen der Schuldner Partei ist und die Auswirkungen auf den Bestand der Konkursmasse haben können, vom Richter eingestellt (sistiert).

Im ordentlichen Konkursverfahren können die Zivilprozesse zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung wieder aufgenommen werden. Für das summarische Konkursverfahren musste eine Sonderregelung getroffen werden, da in diesem grundsätzlich keine Gläubigerversammlung stattfindet: Prozesse können frühestens zwanzig Tage nach der Auflegung des Kollokationsplans wieder aufgenommen werden (Art. 207 Abs. 1 SchKG)

V. Grundsätzliches Betreibungsverbot

Die Generalexécution haftet erfordert die gleichzeitige gleichmässige Befriedigung aller Gläubiger durch das Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Konkursöffnung. Deshalb werden alle gegen den Schuldner im Zeitpunkt der Konkursöffnung hängigen Betreibungen aufgehoben, und neue Betreibungen können während der Dauer des Konkursverfahrens nicht eingeleitet werden (Art. 206 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Davon gibt es drei Ausnahmen (siehe Spühler/Gehri/Pfister II S. 94)

Aktivmasse

Die Aktivmasse ist ein sog. **Sondervermögen**, d.h. sie ist **partei-**, **prozess-** und **betreibungsfähig** kraft Gesetzes, auch wenn sie keine Person ist. Sie wird vertreten durch das Betreibungsamt. Mit dem Inventar wird versucht, die Aktivmasse zu umschreiben. Das Inventar ist jedoch nur ein Behelf und kann nicht als Beweis für Fremdvermögen herangezogen werden (z.B. bei der Admassierung und Aussonderung)

Umfang: Alles (pfändbare)⁵ Vermögen des Schuldners. Zudem gehört alles Vermögen zusätzlich in die Konkursmasse, welches nach der Konkursöffnung noch in das Vermögen des Schuldners einfließt. (Ausnahme: Bei natürlichen Personen das Lohneinkommen nach der Konkursöffnung). Es ist egal, wo sich die Vermögenswerte befinden (**Universalität** des Konkurses), jedoch findet in der Praxis der Konkurs seine Grenzen in der Schweiz.

Die Aktivmasse muss jedoch bereinigt werden: Bei natürlichen Personen sind Kompetenzgüter auszuschliessen. Bereinigt werden muss die Aktivmasse auch von Dingen, welche im Konkursbeschlagnahme (Inventar) liegen, das Eigentum jedoch trotzdem bei einem Dritten liegt. Auch um Dinge, welche noch nicht in dem Inventar aufgeführt sind, obwohl sie materiellrechtlich zur Aktivmasse gehören.

⁵ Ob ein Vermögen pfändbar ist, spielt nur insofern eine Rolle, wenn es sich um den Konkurs einer natürlichen Person handelt. Ob ein Vermögen pfändbar ist oder nicht, wird durch die Kriterien der Pfändung bestimmt (Kompetenzgut). Eine juristische Person besitzt kein Kompetenzgut.

§ 13 Konkursmasse

I. Örtliche Begrenzung

Das schweizerische Konkursrecht wird durch die **Prinzipien der Einheit und der Allgemeinheit** des Konkurses beherrscht (Art. 55 SchKG). Gemäss Art. 197 Abs. 1 SchKG bezieht sich der Konkurs auf das gesamte Vermögen des Schuldners, unabhängig davon, wo sich dieses befindet. Liegt eine dem Schuldner gehörende Sache bei einem Dritten oder wird ein im Grundbuch auf den Namen eines Dritten lautendes Grundstück als dem Gemeinschuldner zugehörig betrachtet, muss die Konkursverwaltung gegen den Dritten mit der sog. **Admassierungsklage** vorgehen (Art. 242 Abs. 3 SchKG).

II. Zeitliche Begrenzung

Zur Konkursmasse gehört das gesamte unbeschränkt pfändbare Vermögen, das dem Gemeinschuldner im **Zeitpunkt der Konkurseröffnung** zusteht, sowie dasjenige, das ihm **bis zum Schlusserkennnis** des Konkurses anfällt (zum Beispiel Schenkungen, Erbschaften usw.; Art. 197 SchKG).

III. Sachliche Begrenzung

Zur Konkursmasse gehören alle Vermögenswerte, die in Bezug auf den jeweiligen Gemeinschuldner unbeschränkt pfändbar sind (Art. 197 Abs. 1 SchKG). Das heisst im wesentlichen folgendes:

Ein Vermögenswert muss insbesondere verwertbar sein und dem Gemeinschuldner zu Eigentum, aufgrund eines anderen dinglichen Rechts oder gestützt auf ein obligatorisches Recht zustehen. Auch erbrechtliche Ansprüche des Gemeinschuldners fallen mithin in die Konkursmasse. Nicht in diese fallen die Kompetenzstücke im Sinne von Art. 92 Abs. 1 SchKG sowie der Arbeitslohn und dergleichen.

Gegenstände des Gemeinschuldners, an denen zugunsten von Dritten Pfandrechte haften, werden unter Vorbehalt der den Pfandgläubigern zustehenden Vorzugsrechte ebenfalls in die Konkursmasse gezogen. Aus dem Erlös werden aber vorab die Pfandgläubiger befriedigt. Die anderen Gläubiger besitzen lediglich einen nachgehenden Befriedigungsanspruch (Art. 219 Abs. 1 SchKG).

Für Dritte

Aussonderung und Admassierung

Beispiel auf Seite 69

1. Hier kann man davon ausgehen, dass die Infrastruktur der GmbH gehört und sie in die Konkursmasse gehört.
2. Das Warenlager gehört zur Konkursmasse
3. Die Kasse gehört ebenfalls unstreitig zur Konkursmasse
4. a) Wenn das Konkursamt diesen Anspruch nicht anerkennen würde, wäre dies ein Thema für die Aussonderung. Ob Aussonderung oder Admassierungsklage in Betracht kommt, entscheidet das Merkmal des **Gewahrsams** (wie beim Widerspruchsverfahren). Die Aktivmasse (das Konkursamt) hat den Gewahrsam an diesen Computer. Der Dritte muss also klagen auf **Aussonderung**, wenn er seinen Computer zurückhaben möchte.

In der Realität wird das Eigentum der Dritten an diesen Computern relativ klar sein. Das Konkursamt wird das Eigentum an Dritte herausgeben, wofür es aber die Gläubiger fragen muss. Die gesetzliche Ausnahme für diese Nachfragepflicht bei den Gläubigern (welche in der Realität jedoch eher die Regel ist) ist, wenn der Fall klar ist. Somit wird das Konkursamt die PCs ohne Rückfrage bei den Gläubigern herausgeben

b) Wenn das Konkursamt diesen Drittanspruch nicht anerkennen würde, hat erneut die Aktivmasse Alleingewahrsam. Somit müsste der Dritte auf **Aussonderung** klagen.

Aber auch hier wird in der Realität das Eigentum des Dritten unzweifelhaft sein und somit wird das Konkursamt die Sache (wohl ohne Rückfrage an die Gläubiger) herausgeben.

c) Angenommen das Konkursamt bestreitet den Drittanspruch: A ist ein Gesellschafter dieser GmbH, somit Organ der GmbH. Zusätzlich agiert er aber auch als Privatperson und hat somit in diesem Fall eine "schizophrene Rolle". Er hat aber

mindestens Mitgewahrsam als Privater am Töggeli-Kasten. Somit muss die Aktivmasse muss also gegen A klagen auf **Admassierung**, wenn sie den Töggeli-Kasten in Konkursbeschlagnahme nehmen möchte.

Wird das Konkursamt sich hier auf eine Admassierungsklage einlassen, oder den Töggeli-Kasten herausgeben? Hier müsste man eventuell die Gläubiger fragen. Da der Töggeli-Kasten in einem Informatikladen jedoch eher betriebsfremd und weniger wertvoll ist, spricht dies eher für eine Herausgabe des Konkursamts ohne die Gläubiger nach einer Admassierungsklage zu fragen.

Definition **Konkursbeschlagnahme**: Bei der **Admassierung** hat am Gegenstand vorher kein Konkursbeschlagnahme bestanden, bei der **Aussonderung** muss hingegen an der Sache vorher einmal ein Konkursbeschlagnahme bestanden haben.

5. a) Wenn die GmbH in direkter Vertretung des Kommitenten gehandelt hätte, wäre die Fallbeurteilung kein Problem, weil sich der Käufer gegenüber dem Kommitenten verpflichtet hat. Die GmbH hat jedoch auf indirekte Vertretung gehandelt. Die Kaufpreisforderung lautet nun nominell auf die GmbH. Die GmbH ihrerseits hat ein Auftragsverhältnis mit dem Kommitenten zur Weitergabe eines allfällig bezahlten Kaufpreises. Fraglich ist, ob die Kaufpreisforderung aufgrund des inneren Verhältnisses an den Kommitenten übergeben werden kann? Dies ist möglich, aufgrund **Art. 401 OR**. Gläubiger der Kaufpreisforderung wird von Gesetzes wegen (Subrogatio ex lege) der Kommitent bei einem Konkurs des Vermittlers. (siehe auch Art. 202 SchKG)

b) Das bezahlte Geld ist jetzt bereits in der Aktivmasse drin. Die Forderungszession aufgrund Art. 401 ist zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich. Geld aus der allgemeinen Geschäftskasse aussondern funktioniert nicht, weil es dann mit restlichem Geld vermischt wurde. Der Kommitent könnte das bezahlte Geld nur im Spezialfall aussondern, wenn das Geld irgendwie (z.B. durch ein spezielles Konto) segmentiert wurde. Ansonsten hat der Kommitent keine Chance mehr zu seinem Geld zu kommen, somit hat er bei bereits bezahlter Forderung des Kunden an den Schuldner in der Regel Pech gehabt.

6. 198 SchKG

7. Wenn es eine Einzelfirma gewesen wäre, müsste man prüfen, ob gewisse Kompetenzstücke vorhanden sind (z.B. Teile der Infrastruktur als Kompetenzgüter des Berufsstandes)

Gehri/Spühler/Pfister II S. 86 ff.

§ 14 Aussonderung und Admassierung

I. Allgemeines

Vermögen, das einem Dritten zusteht, wird vom Konkursbeschlagnahme grundsätzlich nicht erfasst. Wie bei der Pfändung (Widerspruchsverfahren, Art. 106 ff. SchKG) kann auch im Konkurs die Rechtszugehörigkeit eines Vermögenswerts aber umstritten sein. Befindet sich der streitige Gegenstand bei einem Dritten, muss ihn die Konkursmasse mittels der Admassierungsklage für die Masse gewinnen suchen (Art. 242 Abs. 3 SchKG).

Das Aussondungsverfahren kommt nur zur Anwendung, wenn die Konkursmasse ausschliesslich Gewahrsam über die Vermögenswerte hat, welche Gegenstand von Aussonderungsansprüchen bilden. Die Aussonderung kann ihren Rechtsgrund im Zivilrecht, im Konkursrecht oder in Spezialverwaltungsgesetzen haben.

II. Zivilrechtliche Aussonderungsgründe

Die zivilrechtliche Aussonderung beruht in der Regel auf einem dinglichen Herausgabeanspruch des Dritteigentümers (Art. 641 Abs. 2 ZGB) oder auf einem Eigentumsvorbehalt. Ein zivilrechtlicher Aussonderungsanspruch findet sich ferner in Art. 401 Abs. 2 OR (Legalzession): Im Konkurs des Auftraggebers kann der Auftraggeber grundsätzlich die beweglichen Sachen und die Forderungen herausverlangen, die der Konkursit im eigenen Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat.

III. Konkursrechtliche Aussonderungsgründe

Auch im Konkursrecht finden sich drei Aussonderungsgründe. Sie beruhen vor allem auf Billigkeitsüberlegungen. Es handelt sich um die in den Art. 201-203 SchKG geregelten Fälle:

- **Art. 210 SchKG**: Befindet sich in den Händen des Gemeinschuldners ein Inhaberpapier oder eine Ordrepapier, welches ihm entweder zur Einkassierung oder als Deckung für eine bestimmt bezeichnete, künftige Zahlung übergeben oder indossiert worden ist, steht dem Übergeber bzw. Indossanten ein Aussonderungsanspruch zu.
- **Art. 202 SchKG**: Ein weiterer konkursrechtlicher Aussonderungsanspruch beruht auf dem Umstand, dass der Gemeinschuldner eine fremde Sache oder (gemäss Praxis) eine fremde Forderung verkauft und zur Zeit der Konkursöffnung den

Kaufpreis noch nicht erhalten hat. Der bisherige Eigentümer bzw. der Gläubiger der Forderung kann die Abtretung der Kaufpreisforderung verlangen. Ist der Kaufpreis von der Konkursverwaltung in der Zwischenzeit schon eingezogen worden, dann der bisherige Eigentümer von der Konkursverwaltung Bezahlung des von dieser eingezogenen Kaufpreises verlangen. Der Kaufpreis, der vor der Konkurseröffnung gezahlt wurde, fällt jedoch in die Konkursmasse. Der frühere Eigentümer kann dann nur noch eine Konkursforderung eingeben.

- **Art. 203 SchKG:** Hat der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eine Sache gekauft, jedoch nicht bezahlt, und ist die Sache im Zeitpunkt der Konkurseröffnung an dem Gemeinschuldner schon abgesendet worden, aber noch nicht angekommen (Distanzkauf), so kann der Verkäufer grundsätzlich Aussonderung der Kaufsache verlangen.

IV. Aussonderungsverfahren

Das Aussonderungsverfahren ist in Art. 242 Abs. 1 und 2 SchKG geregelt. Es gliedert sich in ein Vorverfahren und den eigentlichen Aussonderungsprozess. Beansprucht ein Dritter eine Sache der Konkursmasse, trifft die Konkursverwaltung eine Verfügung: Erachtet sie den Aussonderungsanspruch für begründet, gibt sie die Sache dem Dritten heraus, hält sie ihn für unbegründet, setzt sie dem Dritten wie im Widerspruchsverfahren eine Frist von 20 Tagen, innert welcher dieser die Aussonderungsklage einreichen kann. Hält der Dritte diese Frist nicht ein, gilt sein Aussonderungsanspruch als verwirkt.

V. Admassierung

Das Pendant der Aussonderungsklage ist die Admassierungsklage. Sie hat die Rechtsgrundlage in Art. 242 Abs. 3 SchKG. Im Übrigen kann wiederum auf § 11 IV verwiesen werden.

Unerlaubte Eigenmacht des Konkursiten - Schutz des guten Glaubens?

Eingangsproblem: Der Konkurs ist ein "Erdbeben", von dem die meisten Beteiligten am Anfang trotzdem nichts wissen. Diese Stille kann lange dauern (Monate), weil der Konkurs nach Gesetz nicht sofort publiziert wird sondern erst beim Schuldeneruf nach der Erstellung des Inventars. Die Gefahr besteht, dass der Schuldner in dieser Zeit Vermögenswerte veräussert und das erworbene Geld in die eigene Kasse nimmt. Das Gesetz musste eine grundlegende Entscheidung treffen, ob der Gläubigerschutz oder Verkehrsschutz (Gutgläubigerschutz) Vorrang hat.

Art. 204 SchKG: In der Schweiz hat der Konkursbeschlagnahme also der Gläubigerschutz Vorrang vor dem Gutgläubigerschutz. Das Gesetz geht von der **Fiktion** aus, dass der Konkurs **öffentlich bekannt** ist. **Art. 204 ist stärker als alle privatrechtlichen Gutgläuberschutzbestimmungen.** In den Augen des Referenten ist dies richtig, auch aus Praktikabilitätsgründen.

Es gibt jedoch **Ausnahmen**, in denen der gute Glaube eines geschützt wird: **Art. 205 II SchKG**, ein Drittschuldner der bezahlt wird von seiner Schuld befreit solange der Konkurs noch nicht publiziert wurde, auch wenn das Geld nicht in die Aktivmasse fließt. Die Bezahlung eines Wechsels (**Art. 204 II SchKG**) ist nicht Prüfungsstoff

Es gibt **"Warnlocken"**, welche auf den Konkurs aufmerksam machen (siehe Skript), theoretisch ist kann man sich also informieren. Für den Gutgläuberschutz spielen sie jedoch keine Rolle.

Beispiel S. 71

1.a) Er ist sicher nicht publiziert im Sinne von Art. 232 SchKG, höchstens im Sinne einer vorläufigen Konkursanzeige im SHAB. Ich bin als Käufer also definitiv gutgläubig.

b) Das Geschäft ist konkursrechtlich ungültig nach Art. 204 SchKG. Zivilrechtlich gesehen, bin ich zwar gutgläubig und ich könnte mich auf Gutgläuberschutz berufen, doch Art. 204 SchKG "schlägt sie alle". Der erworbenen Laptop gehört also dennoch in die Konkursmasse.

c) Wenn die Konkursmasse das Gerät möchte, dann kommt es aufgrund des Alleingewahrsams von mir zu einer Admassierungsklage, in welcher die Konkursmasse den Laptop von mir zurückfordern muss. Die Masse müsste gegen mich klagen. Einfach wegnehmen dürften das Konkursamt den Laptop also nicht. Die Admassierung würden sie allerdings gewinnen aufgrund von Art. 204 SchKG.

d) Mit diesem Anliegen hat man keine Chancen, weil der Kaufpreis gar nicht in die Masse gegangen, sondern in der Tasche des A gelandet ist. Wenn das Geld für den Kaufpreis in die Masse gelangt wäre, dann hätte es gar nie Probleme gegeben, weil das Konkursamt den Laptop als verwertet angesehen hätte. Der Laptop muss also ersatzlos der Konkursmasse zurückgegeben werden.

e) Allenfalls hat man eine Chance eine Anspruchsgrundlage für Ersatz des Kaufpreises bei A zu finden und zivilrechtlich einzuklagen.

f) keine andere Beurteilung, weil die Voraussetzungen nicht geändert haben.

18. Januar 2006

Soforwirkungen für die Gläubiger

Abwarten und Tee trinken....

Hauptsächlich braucht der Gläubiger für den Konkurs Geduld, denn ein Konkursverfahren kann Monate dauern. Für die Gläubiger passiert recht lange gar nichts, erst nach der Bereinigung der Aktiven werden die Gläubiger aufgefordert den Schuldenruf zu erlassen. Eine Konkursöffnung ist zudem auch noch lange keine Garantie, dass der Konkurs durchgeführt wird. Wenn zu wenig Vermögen vorhanden ist, um den Konkurs durchzuführen, dann wird der Konkurs mangels Aktiven eingestellt und die Gläubiger sehen überhaupt nichts von ihren Forderungen (auch keinen Verlustschein, weil der Schuldner gelöscht wird).

Das Gesetz unterscheidet zwischen **ordentlichen** und **summarischen** Konkursen. Das SchKG geht aber an der Rechtswirklichkeit vorbei, weil die meisten Konkurse summarisch durchgeführt wird (ca. 90%), weil er ordentliche Konkurs sehr teuer ist und lange geht.

Sofortwirkungen auf die Forderungen

Es handelt sich beim Konkurs bekanntlich um eine Generalexecution, d.h. alle Forderungen (welche vor der Konkursöffnung entstanden sind) aller Gläubiger werden beachtet. Konkurs hat folgende **Wirkungen** auf die Forderungen:

- Mit der Konkursöffnung beginnt automatisch die **Fälligkeit** der Schulden.
- Es gibt einen **Zinsstop**, damit die Passivmasse nicht weiter anwächst. Ausnahme davon bilden pfandgesicherte Forderungen.
- **Forderungen auf Realleistungen werden in Geld umgerechnet**. Also werden **Realforderungen** im Konkurs **mitberücksichtigt** und nicht im Zivilprozessrecht abgehandelt.
- Beschränkungen der Verrechnung (wird nicht geprüft).

Nach Konkursöffnung gilt ein **Betreibungsverbot (Art. 206 SchKG)**. Laufende Betreibungen fallen dahin und Pfändungsbeschlüsse werden abgelöst durch den Konkursbeschluss (dies ist unter anderem ein guter Grund für den Flucht in den Konkurs für den natürlichen Schuldner. Lohnpfändungen fallen beim Konkurs dahin). Neue Betreibungen dürfen nicht mehr eingeleitet werden. **Ausnahmen** davon sind:

- Wenn der Schuldner eine private Person ist, haftet er für neue Forderungen (z.B. Miete) nach Konkursöffnung mit dem neuen Substrat (z.B. Lohn nach Konkursöffnung).
- Sog. **Masseverbindlichkeiten**: Leistungen, welche von der Konkursmasse *nach* Konkursöffnung konsumiert werden (z.B. Anwaltskosten für die Durchführung allfälliger Aussonderungs- und Admassierungsprozessen). Diese Masseverbindlichkeiten werden vor allen anderen Konkursforderungen befriedigt.

Die Wirkungen des Konkurses auf die Verträge

Bei der Konkursöffnung **bleiben Verträge grundsätzlich gültig**. Natürlich gibt es von diesem Prinzip **Ausnahmen** und Modifikationen, welche von Gesetzes wegen vorgesehen sind. Zum Beispiel:

- Die erteilte Vollmacht des Schuldners erlischt nach der Konkursöffnung.
- Schenkungsversprechen des Schuldners fallen dahin.

Zudem sieht das SchKG **besondere Rechte der Vertragspartei des Schuldners** vor (Dies, um zu vermeiden, dass jemand noch eine volle Leistung erbringen muss, obwohl er weiss, dass er wahrscheinlich gar keine Gegenleistung oder nur eine kleine Dividende bekommt. z.B. Lieferungsvertrag zwischen Schuldner und Lieferanten). Der Vertragspartner des Schuldners kann

- Eine Sicherheitsleistung verlangen (diese Sicherheitsleistung wird nicht gegenüber unfähigen Schuldner verlangt, sondern gegenüber Konkursmasse. Dieses Verlangen ist somit vom KA zu beurteilen. Es hat die Möglichkeit rechtskräftig eine Sicherheit aus der Konkursmasse zu leisten.)

- Seine Leistung zurückbehalten, solange der Konkursit keine Sicherheit leistet.
- Vom Vertrag zurücktreten, wenn binnen angemessener Frist keine Sicherheit geleistet wird
- Zudem hat er ein ausserordentliches Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen, sofern dies gesetzlich vorgesehen oder vertraglich vereinbart ist.

Beispiel Seite 75

1. Ein Kaufvertrag ist zwar entstanden aber die Eigentumsübergabe (das Verfügungsgeschäft) hat noch nicht stattgefunden. Deswegen ist der Computer noch nicht Eigentum des Käufers.

Wenn der Käufer nun auf stur schalten und trotzdem sein Eigentum behaupten würde und versuchen möchte den Computer zu bekommen, müsste er eine (aussichtslose) Aussonderungsklage ergreifen, weil der Alleingewahrsam über den Computer bei der Konkursmasse liegt.

Diese Aussonderungsklage ist eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht. Die Reflexwirkung ergibt sich aus der Tatsache, dass man materielles Recht prüfen muss (Eigentum) um die Aussonderungsklage zu beurteilen.

2. Dies ist eine sog. Sach- oder Realforderung. Diese Forderung wird mit der Konkursöffnung in eine Geldforderung umgerechnet nach Art. 211 I SchKG. Zivilrechtlich hätte man eine Sache zu gut, konkursrechtlich bekommt man Geld. Dem Käufer bleibt also nichts anders übrig, eine Konkursforderung im Wert dieser Sachleistung einzugeben (i.c. 3800.- Fr.). Diese Umrechnung bewirkt, dass man gleich schlecht fährt, wie die restlichen Gläubiger, welche üblicherweise in der dritten Klasse liegen.

3. Nein, weil damit etwas aus der Konkursmasse ohne Gegenleistung entfallen würde. Das KA hat also kein Interesse an einer Herausgabe und ist auch nicht verpflichtet dazu. Die einzige Möglichkeit welche der Käufer in diesem Falle hat, ist die Einreichung einer Konkursforderung.

4. Art. 204 SchKG. Die Verfügung ist betreibungsrechtlich ungültig, weil der Gesellschafter keine Verfügungsmacht über die Konkursmasse hat. Diese Handlung ist also ungültig nach SchKG. Dies bedeutet, dass die Konkursmasse eine Admassierungsklage einlegen müsste, um den Computer (der ja im Gewahrsam des dritten Käufers liegt) wieder in die Konkursmasse zu bekommen. Die Admassierungsklage ist nach der herrschenden Lehre (überraschenderweise⁶) eine materiellrechtliche Klage.

Variante Beispiel Seite 75

1. Nein, der Kaufvertrag bleibt bestehen.

2. Die Forderung auf Lieferung und Installation ist aufgrund Art. 211 I SchKG in Geld umgewandelt worden.

3. Der Vorteil einer realen Abwicklung wäre, dass das KA bereits einen Konkursgegenstand (den Computer) zu einem guten Preis verwerten könnte. In der Praxis wird dieses Geschäft also real erfüllt werden. Allerdings ist es ein guter Ratschlag, als Käufer eine Sicherheit nach Art. 83 I OR zu verlangen und nicht blind den Kaufpreis zu überweisen.

4. a) Das Konkursamt wird Interesse an der Erfüllung haben ("Schlechter Computer gegen gutes Geld"). Das Konkursamt hat bei jedem Vertrag ein Wahlrecht nach Art. 211 II SchKG ob es ihn erfüllen will oder nicht. Das Konkursamt kann also vorteilhafte Verträge so erfüllen, wie das die Parteien vorgesehen haben, währenddessen es unvorteilhafte Verträge nicht erfüllen wird (Dies ist das Phänomen des sog. "Cherry-Picking"). D.h. für den konkreten Fall, dass das Konkursamt diesen Computer liefern und die Bezahlung des Computers fordern wird.

b) Eine Kündigung/Rücktritt von diesem Vertrag durch den Käufer des Computers ist nicht möglich, wenn das Konkursamt auf Erfüllung beharrt.

5. a) Hier wird das Konkursamt aufgrund des Wahlrechts sicher nicht real erfüllen und diese teuren Computer nicht eintauschen gegen billiges Geld. Somit können sie als Käufer den Vertrag nicht real durchsetzen. Man hat lediglich die Möglichkeit, nach Fristansetzung zur Sicherheitsleistung vom Vertrag zurückzutreten.

b) Den entgangen Gewinn kann man nur als Konkursforderung geltend machen.

Fazit: Der Konkurs kann für den einzelnen Gläubiger unbillige und ungerechte Konsequenzen haben können.

⁶ Die Lehre ist sich darüber einhelliger Meinung und das BGer hat sich dabei angeschlossen. Begründung: Die Admassierungsklage sei eine Spielart der Vindikationsklage. Für den Referenten ist dies jedoch inkongruent, weil die Admassierungsklage eigentlich gleicher Art wie Aussonderungsklage ist (welche ja als eine formellrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht definiert ist).

Gleichbehandlung vs. Reihenfolge

Ideal der Generalabrechnung wäre **eine absolute Gleichbehandlung der Gläubiger**. Die Realität sieht jedoch ein bisschen nüchterner aus; es gibt eine Reihenfolge der Gläubiger (Skript S. 76), welche in vielen Fällen bewirkt, dass für gewisse "untere" Forderungen kein Geld mehr übrigbleibt. In dieser Reihenfolge werden eindeutig Sozialversicherungen bevorzugt, weil in der ersten und zweiten Klasse zuerst Forderungen zuhanden der Sozialversicherungen gezahlt werden (Lohnforderungen werden durch Insolvenzversicherung gedeckt, bevorzugter dieser Klasse ist also in Wahrheit die Insolvenzversicherung und nicht die Arbeitnehmer).

Diese Privilegien sind nach Ansicht des Referenten wirtschaftlich schädlich, weil KMUs leiden. Diese Privilegien sind "Politik pur", wer eine starke Lobby hat, bekommt die Privilegien.

Gehri/Spühler/Pfister II S. 95 ff.

§ 17 Rechtliche Stellung der Gläubiger

I. Allgemeines zu den Konkursforderungen

Im Konkursrecht bestehen grundsätzlich drei verschiedene Gruppen von Forderungen, die es streng auseinanderzuhalten gilt:

- Die **Konkursforderungen** sind Forderungen, die schon im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses gegenüber dem Schuldner bestehen. Dazu gehören Forderungen, die im Moment der Konkurseröffnung zwar bestehen, jedoch nicht fällig sind.
- Die **Masseschulden** sind Forderungen, die erst im Laufe des Konkursverfahrens entstehen und für die allein die Masse als Sondervermögen gegenüber ihren Gläubigern haftet (z.B. Anwaltskosten für einen Prozess der Konkursmasse)
- **Forderungen gegen den Gemeinschuldner persönlich** sind Forderungen, die vom Schuldner nach der Konkurseröffnung gegen ihn persönlich neu begründet werden (zum Beispiel Zahnarzt Honorar, Mietzins). Diese Forderungen können gegen den Gemeinschuldner auf dem Weg der Betreuung auf Pfändung geltend gemacht werden.

II. Fälligkeit der Konkursforderungen kraft Konkurseröffnung

Mit der Konkurseröffnung werden grundsätzlich alle Schulden des Konkursiten **fällig** (Art. 208 Abs. 1 SchKG). Damit wird jede Bevorzugung, die auf der Fälligkeit der Forderung beruht, aufgehoben. Ist eine Forderung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht fällig, soll der betreffende Gläubiger aber daraus keinen Vorteil ziehen. Deshalb bestimmt Art. 208 II SchKG für diese Forderungen, dass ein Zwischenzins von 5 % in Abzug gebracht wird.

IX. Reihenfolge der Gläubigerbefriedigung

Die Gleichbehandlung aller Gläubiger ist ein Hauptanliegen des Konkursverfahrens. In diesem wird das ganze Schuldnervermögen liquidiert, und die Gläubiger sollen grundsätzlich gleichmässig befriedigt werden. Dennoch bestehen einige Privilegien.

25. Januar 2006

Erwahrung und Kollokation der Forderungen

Beim Schuldenruf werden die Gläubiger eingeladen, ihre Forderungen einzugeben. Die Forderungen werden **nicht von Amtes** wegen erfasst, sondern die Gläubiger müssen sich melden (Ausnahmen sind Forderungen, die aus dem Grundbuch hervorgehen, und Bankenkongresse).

Obwohl das Konkursamt kein Gericht ist, prüft es die Eingaben seriös ("**Erwahrung**"). Es fordert dabei die Belege ein, prüft die Rechtslage und verlangt Stellungnahmen des Schuldners.

Sobald die Forderungen geprüft worden sind, trifft das Konkursamt für jede Eingabe eine Kollokationsverfügung (d.h. es ordnet die Forderung einer Klasse zu oder weist sie ab). Die Auflistung dieser Kollokationsverfügungen ergibt den **Kollokationsplan**, welcher innert 20 Tagen von den Gläubigern angefochten werden kann.

Das Konkursamt darf auch Verrechnungen von Gegenforderungen vornehmen.

Exkurs: CEOs einer Handelsfirma haben mit dieser oft einen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Doch es besteht zwischen der Firma und dem CEO kein Subordinationsverhältnis, deswegen wird die Lohnforderung des CEO nicht in der ersten sondern (üblicherweise) in der dritten Klasse eingeordnet (wenn überhaupt⁷).

Wenn ein Gläubiger mit der Kollokationsverfügung seiner Forderung oder einer anderen Forderung durch das Konkursamt nicht einverstanden ist, kann er **Kollokationsklage** (Art. 250 SchKG) einreichen. Die Klage richtet sich gegen die **Masse** oder gegen einen **anderen Gläubiger**, je nachdem ob die eigene Eingabe oder eine Eingabe eines anderen Gläubigers Streitgegenstand der Kollokationsklage ist.

Es handelt sich um dabei um eine **betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht**. **Betriebsrechtlich** ist die Klage, weil sie nur bezüglich der betreffenden Forderung im betreffenden Konkursverfahren Wirkungen zeitigt. Die Reflexwirkung wirkt sich dadurch aus, dass dabei einen Entscheid über das materielle Recht mitgefällt wird.

Ablauf des Konkurses (formelles Konkursrecht)

Hauptphasen

Ordentliches und summarisches Verfahren

Einstellung mangels Aktiven

“Flucht” in den Konkurs

Beispiel Seite 84

1. Die Lage des Schuldners ist ziemlich verzweifelt. Mit dieser Lohnquote geht es über sieben Jahren, bis die momentan vorhandenen Schulden abgearbeitet sind. Aufgrund der Berücksichtigung der künftigen Schulden, wird sich die Situation wohl niemals verbessern, wenn nichts unternommen wird.

2.a) Der Weg des “Kommerziellen Schuldensanierers” ist überhaupt nicht zu empfehlen, weil diese Schuldensanierer im Grunde nur auf ihre Raten aus sind.

b) In erster Linie (und oft vergessen oder tabu) könnte es sich lohnen, sich an die Gläubiger zu wenden. **Professionelle und kostenlose Schuldenberatungsstellen** (schulden.ch) stehen dem Schuldner zur Verfügung. Diese wenden sich an die Gläubiger und lotsen aus, ob es Potential für einvernehmliche Schuldenbereinigungen gibt.

Wenn der Schuldner bereits unter dem Stress einer Betreuung steht, gibt es im SchKG zudem die Möglichkeit nach Art. 333 ff. das Institut der “Einvernehmlichen privaten Schuldbereinigung”, wo der Richter das Vorhaben der einvernehmlichen Schuldenbereinigung Stundung in den Betreibungsverfahren gewähren kann und somit Stress vom Schuldner nehmen kann.

Man wird also zuerst eine nicht gerichtliche Lösung suchen. Wenn dies nicht möglich ist, dann kann man beim Richter nach Art. 333 ff. SchKG vom Richter eine Stundung verlangen.

I.c. gibt eine pfändbare Quote von 325 CHF/Monat kaum Spielraum für eine einvernehmliche Schuldenbereinigung und um alte Schulden abzuarbeiten, weil die künftigen Schulden dies Quote wohl bereits beanspruchen werden (v.a. künftige Steuerschulden). Der Privatkonkurs “lockt” mit dem Vorteil, dass die alten Schulden “wegfallen”.

c) Es handelt sich bei der Insolvenzerklärung (Art. 191 SchKG) um einen materiellen Konkursgrund, d.h. ein Schuldner kann über sich selber den Konkurs erklären, ohne ein vorgängiges Einleitungsverfahren.

“Die Flucht in den Konkurs” (Insolvenzerklärung) ist jedoch nur unter vier **Voraussetzungen** möglich:

1. **Antrag** des Schuldners

2. **Sicherstellung der Kosten** des Konkurses (etwa 2000-5000 Franken).

3. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse müssen haarklein dargelegt werden. Es muss bis aufs letzte Detail Rechenschaft abgelegt werden. Aus diesen Angaben muss ersichtlich sein, dass **keine Aussicht auf Schuldenbereinigung** besteht.

4. Es darf **kein Rechtsmissbrauch** vorliegen.

⁷ Da CEOs oftmals für den Konkurs verantwortlich sind, verrechnet das Konkursamt ihre Lohnforderungen mit Verantwortlichkeitsschulden des CEOs.

Die **Vorteile** des Privatkonkurses sind:

1. Es gibt grosse Erleichterungen für den Schuldner: Man hat wieder das **volle Einkommen**, da die Lohnquote wegfällt (weil die Arbeitskraft nicht auf einen Zeitpunkt verwertbar ist und nicht in die Konkursmasse fällt). Die **Betreibungen auf Pfändung fallen dahin**. Zudem werden die **Zinsen auf die alten Forderungen gestoppt**.
2. Wenn der Konkurs durchgeführt wird und Konkursverlustscheine ausgestellt werden, darf der Schuldner erst wieder betrie- ben werden, wenn er zu "neuen Vermögen" gekommen ist.

Die praktische Frage ist natürlich, wann "neues Vermögen" vorliegt. Es handelt sich dabei um einen bilanzmässigen Begriff (d.h. der Wert der neuen Aktiven muss höher sein als der Wert der neuen Passiven). In der Praxis wird das Existenzminimum als Basis genommen, dieses jedoch angemessen erhöht (z.B. um die Steuern, oder um die Auslagen für Privatschulen). Das Ziel ist es, dem Schuldner ein sog. "standardgemässes Leben" zu verwirklichen. Es handelt sich hierbei also um eine sehr heikle Frage, bei der man in der Praxis sehr schematisch (nach Richtlinien) vorgeht.

Gerne werden aber die vielen **Nachteile** des Privatkonkurses übersehen:

- Man verliert mit dem Privatkonkurs das Hab und Gut, wenn noch etwas verwertbar ist (was aber meistens sowieso nicht der Fall ist)
- Der Privatkonkurs ist teuer (Er lohnt sich also nur, wenn man genügend Einkommen hat, um die Zukunft nach dem Konkurs einigermassen ohne neue Schulden bewältigen zu können. Der Privatkonkurs macht also kaum Sinn, wenn man den Job verliert.).
- Die alten Schulden bleiben bestehen, sie sind für die Gläubiger nur schwieriger einzutreiben. Die Schuldner könnten immer noch Betreibungen einreichen (welche aber in der Regel abgewiesen werden).
- Es besteht eine lange Verjährung von 20 Jahren (die man beliebig unterbrechen kann; z.B. mit der Einleitung einer Betrei- bung)
- Die Verlustscheine sind im Register eingetragen. Das macht keinen guten Eindruck bei Bewerbungen für neue Jobs oder Wohnungen, sofern man einen Betreibungsregistereinzug einreichen muss.

Betreibung und Konkursverlustschein

Wie ist die Situation, wenn ein Schuldner, der Privatkonkurs gemacht hat, für eine Forderung betrieben wird, für welche ein Verlutsschein besteht?

Der Gläubiger hat es dabei relativ schwierig. Der Schuldner kann Rechtsvorschlag erheben, er muss dabei aber unbedingt **den Einwand anbringen, dass er nicht zu neuen Vermögen gekommen ist**. Ansonsten gilt diese Einrede für die folgenden Betreibung als verwirkt (SchKG 75 II). Dies ist im Grunde genommen eine gesetzentwischende Falle (die nicht gerade eine gute Bewertung der Privatinsolventen dahinterstellt).

Fällt der Schuldner darauf hinein und bringt er den Einwand beim Rechtsvorschlag nicht an, geht die Pfändung unweigerlich auf das Existenzminimum.

Wenn er jedoch daran denkt, denn Einwand anzubringen, muss gerichtlich geprüft werden, ob neues Vermögen vorliegt. Wenn das Gericht diesen Einwand stattgibt, dann wird der Rechtsvorschlag endgültig bewilligt. Dieses gerichtliche Verfahren nennt man das sog. **Bewilligungsverfahren** (Art. 265a SchKG).

Nach dem Entscheid über den RV durch des Bewilligungsverfahren ist eine **positive oder negative Feststellungsklage möglich**, um den Entscheid es Bewilligungsverfahrens umzustürzen.

Spühler/Gehri/Pfister S. 34 ff.

3. Teil: Formelles Konkursrecht

§ 7 Einführung in das formelle Konkursrecht

I. Allgemeines

Die Durchführung des Konkurses beginnt mit der Konkurseröffnung und endet mit dem Schlusserkenntnis des Konkursrichters. Es sind folgende Verfahrensabschnitte zu unterscheiden:

- Eröffnung des Konkursverfahrens durch den Konkursrichter

- Feststellung der Konkursmasse (Aktiv- und Passivmasse)
- Verwaltung des Konkurssubstrats, Abklärung von Rechten Dritter, Erhaltung der Konkursforderungen und Führung der dazu notwendigen Prozesse wie insbesondere der Admassierungs- und Aussonderungsprozesse
- Aufstellung des Kollokationsplans
- Verwertung der Konkursmasse
- Verteilung des Erlöses unter die Gläubiger
- Schlusserkenntnis durch den Konkursrichter

§ 8 Sicherung und Inventar

I. Sicherungsmassnahmen

Als erstes und somit noch vor der Inventaraufnahme hat das Konkursamt die zur Erhaltung der Vermögenswerte des Konkursiten gebotenen Sicherungsmassnahmen zu treffen (Art. 221 SchKG). Diese sind in Art. 223 SchKG geordnet.

II. Inventar

Sofort nach der Ergreifung der Sicherungsmassnahmen hat das Konkursamt eine Inventarisierung des Aktivvermögens des Schuldners vorzunehmen (Art. 221 SchKG). Im Konkursinventar werden alle Vermögenswerte des Schuldners aufgenommen, womit rasch ein Gesamtüberblick über das Vermögen des Schuldners gewonnen wird. Den Schuldner trifft bei der Inventarisierung eine Auskunfts- und Herausgabepflicht. Diese ist in Art. 222 SchKG neu geordnet worden.

§ 9 Einstellung des Konkursverfahrens

I. Voraussetzungen der Einstellung

Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um wenigstens die Kosten für ein summarisches Konkursverfahren zu decken, stellt das Konkursamt beim Konkursrichter den Antrag auf Einstellung des Konkursverfahrens, denn das Massevermögen haftet in erster Linie für die Kosten des Konkursverfahrens (Masseschulden). Der Antrag des Konkursamtes auf Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven stellt keine mit Beschwerde im Sinne von Art. 17 ff. SchKG anfechtbare Verfügung dar.

Die Einstellung durch den Konkursrichter - den Einzelrichter im summarischen Verfahren (Art. 230 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 Ziff 2 lit a SchKG) - wird durch das Konkursamt öffentlich bekannt gemacht. Gleichzeitig wird eine Frist von zehn Tagen angesetzt, in der jeder Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangen kann, wobei er für die durch die Konkursmasse nicht gedeckten Kosten Sicherheit zu leisten hat (Art. 230 Abs. 1 und 2 SchKG).

II. Folgen der Einstellung

Nach der Einstellung des Konkurses leben die vor Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen wieder auf (Art. 230 Abs. 4 SchKG). Die erfahren in dem Stand, in welchem sie sich im Zeitpunkt der Konkurseröffnung befanden, ihre Fortsetzung. Für alle SchKG-Fristen wird somit die Frist zwischen der Eröffnung und der Einstellung des Konkurses nicht mitgerechnet.

Ein Schuldner kann ferner während zwei Jahren nach der Einstellung des Konkursverfahrens auf Pfändung betrieben werden, obschon er ordentlicherweise der Konkursbetreibung unterläge (Art. 230 Abs. 3 SchKG).

§ 10 Summarisches Konkursverfahren

I. Allgemeines

Das summarische Konkursverfahren ist ein schnelles, einfaches und ausgesprochen rationelles Liquidationsverfahren. Es ist in Art. 231 SchKG geregelt. Zur Vereinfachung des Verfahrens trägt insbesondere bei, dass im Regelfall keine Gläubigerversammlung durchgeführt wird.

II. Voraussetzungen für das summarische Verfahren

Gemäss neuem Recht kommt das summarische Verfahren in zwei Fällen in Betracht:

- Die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens können voraussichtlich nicht gedeckt werden.
- Es liegen einfache Verhältnisse vor.

Das Konkursamt teilt seine Ansicht hierüber im Rahmen des förmlichen Antrags dem Konkursrichter mit. Teilt dieser die Auffassung des Konkursamtes, wird das summarische Konkursverfahren durchgeführt, es sei denn, ein Gläubiger verlangt das ordentliche Konkursverfahren und leistet für die voraussichtlich ungedeckten Kosten hinreichend Sicherheit (Art. 231 Abs. 2 SchKG)

III. Durchführung des summarischen Konkursverfahrens

Grundsätzlich wird das summarische Konkursverfahren zwar nach den Vorschriften über das ordentliche Konkursverfahren durchgeführt. Art. 231 Abs. 3 SchKG enthält jedoch einen Katalog von Vereinfachungen, die auf das summarische Verfahren regelmässig Anwendung finden:

- Gläubigerversammlungen werden grundsätzlich nicht einberufen.
- Unmittelbar nach Ablauf der Eingabefrist (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) führt das Konkursamt die Verwertung durch. Es muss dabei die Regeln von Art. 256 Abs. 2-4 SchKG beachten.
- Das Konkursamt bezeichnet im Inventar die Kompetenzstücke und legt das Inventar zusammen mit dem Kollokationsplan auf.
- Die Verteilungsliste wird nicht aufgelegt.

Zu beachten ist aber, dass auch im summarischen Konkursverfahren ein Schuldenruf gemäss Art. 232 SchKG zu erfolgen hat.

§ 11 Ordentliches Konkursverfahren

I. Schuldenruf

Steht fest, dass ein Konkurs im ordentlichen oder im summarischen Verfahren durchgeführt wird, macht das Konkursamt die Eröffnung des Konkurses öffentlich bekannt (Amtsblätter, evt. andere Zeitungen). Die Bekanntmachung muss die in Art. 232 Abs. 2 SchKG enthaltenen Informationen enthalten.

II. Einladung zur ersten Gläubigerversammlung

Gleichzeitig mit dem Schuldenruf erfolgt die Einladung zur ersten Gläubigerversammlung. Dieser können nicht nur Gläubiger, sondern auch Mitschuldner und Bürgen des Schuldners sowie Gewährspflichtige des Schuldners beiwohnen (Art. 323 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Jedem Gläubiger, dessen Name und Wohnort in diesem Zeitpunkt schon bekannt sind, stellt das Konkursamt ein Exemplar des Schuldenrufs samt Einladung zur ersten Gläubigerversammlung zu (Art. 233 SchKG).

III. Die erste Gläubigerversammlung

Die erste Gläubigerversammlung hat spätestens zwanzig Tage nach der Publikation des Konkursöffnung statzufinden (Art. 232 Abs. 2 Ziff 5 SchKG). Die Versammlung ist **beschlussfähig**, wenn 25 % der bekannten Gläubiger anwesend oder vertreten sind. Sind nur vier oder weniger Gläubiger anwesend oder vertreten, kann gültig verhandelt werden, wenn wenigstens 50 % der bekannten Gläubiger anwesend sind.

Das Konkursamt erstattet der beschlussfähigen ersten Gläubigervertretung Bericht über die Aufnahme des Inventars und den Bestand der Konkursmasse. Die erste Gläubigerversammlung entscheidet darüber, ob sie das Konkursamt mit der weiteren Durchführung des Konkursverfahrens beauftragen soll oder ob eine ausserordentliche **Konkursverwaltung** einzusetzen ist. Letzteres fällt vor allem bei grossen Konkursen sowie bei Überlastung des Konkursamtes in Betracht. Als aussordentlicher Konkursverwaltung kommt zum Beispiel ein Rechtsanwalt, ein Treuhänder oder eine Treuhandgesellschaft in Frage. Ferner hat die erste Gläubigerversammlung zu entscheiden, ob aus ihrer Mitte ein **Gläubigerausschuss** zu wählen ist, welchem sie bestimmte Aufgaben übertragen kann (Art. 237 Abs. 1-3 SchKG). Der Gläubigerausschuss hat von Gesetz wegen die in Art. 237 Abs. 3 Ziff. 1-5 SchKG formulierten Aufgaben.

Die erste Gläubigerversammlung hat ausserdem über **dringliche Fragen** Beschluss zu fassen. Darunter fallen insbesondere Entscheide betreffend Fortsetzung des Gewerbes oder Handels des Schuldners, Vornahme von freihändigen Verkäufen (insbe-

sondere verderblicher Waren) und Fortsetzung schwebender Prozesse (Art. 238 Abs. 1 SchKG), was in grösseren Konkursverfahren zur Regel geworden ist.

V. Erhaltung der Konkursforderungen

Nach Ablauf der Eingabefrist von einem Monat prüft die Konkursverwaltung die eingegangenen Forderungen, macht die zur Erhaltung nötigen Erhebungen und entscheidet über die Anerkennung der Forderungen (Art. 244 Satz 1 und 245 Satz 1 SchKG). Die Konkursangabe kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Anzugeben sind Forderungssumme und Forderungsgrund. Auch ein allfälliges Vorzugsrecht wie z.B. ein Pfandrecht ist anzugeben. Besteht in einem Konkursverfahren ein Gläubigerausschuss, entscheidet in der Regel dieser über die eingegebenen Forderungen. Der Entscheid erfolgt gestützt auf eine umfassende Prüfung durch die Konkursverwaltung (bzw. den Gläubigerausschuss). Diese muss sich über den Bestand und Höhe der Forderung Klarheit verschaffen sowie Abklärungen treffen, um den Rang der Forderungen bestimmen zu können. Eine Sondernorm besteht für Forderungen, die aus dem Grundbuch ersichtlich sind: Die Konkursverwaltung nimmt solche Forderungen mit Einschluss des laufenden Zinses auch ohne Eingabe und ohne weitere Prüfung als Konkursforderung auf (Art. 246 SchKG).

VI. Kollokation der Konkursforderungen

Aufgrund der Erhaltung und gestützt auf die Art. 219 und 220 SchKG erstellt die Konkursverwaltung innert 60 Tagen nach Ablauf der Eingabefrist den Kollokationsplan, den Plan über die Reihenfolge der Befriedigung der Gläubiger (Art. 247 Abs. 1 SchKG). Die nicht pfandgesicherten Forderungen werden in drei Klassen eingeteilt (Art. 219 Abs. 2 SchKG):

Erste Klasse:

- Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis für die Dauer von sechs Monaten vor der Konkursöffnung.
- Ansprüche von Versicherten nach dem Unfallversicherungsgesetz sowie aus der nichtobligatorischen beruflichen Vorsorge.
- Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen gegenüber den angeschlossenen Arbeitgebern.
- Familienrechtliche Unterhalts- oder Unterstützungsansprüche, die durch Geldzahlungen zu erfüllen und die in den letzten sechs Monaten vor der Konkursöffnung entstanden sind.

Zweite Klasse:

Forderungen von Personen, deren Vermögen kraft elterlicher Gewalt dem Schuldner anvertraut war, für alles, was derselbe in dieser Eigenschaft schuldig geworden ist, sofern das Fortsetzungsbegehren während der elterlichen Verwaltung oder innert eines Jahres nach ihrem Ende gestellt worden ist.

Dritte Klasse:

Alle übrigen Forderungen

Diese Privilegienordnung wurde mit Novelle vom 24. März 2000 vergrössert. Neu privilegiert wurden namentlich die AHV-Kassen für ihre Beitragsforderungen.

Die Gläubiger innerhalb derselben Klasse sind gleichberechtigt. Die Gläubiger der nachfolgenden Klasse haben erst dann Anspruch auf den Erlös der Konkursmasse, wenn die Gläubiger der vorhergehenden Masse befriedigt sind (Art. 220 SchKG).

VII. Anfechtung des Kollokationsplans

1. Kollokationsklagen

Gegenstand der Kollokationsklagen ist die Bereinigung des Kollokationsplans: Im Kollokationsprozess wird im Streitfall gerichtlich entschieden, ob und in welchem Umfang und Rang eine Forderung in einem Schuldbetreibungsverfahren am Verwertungserlös teilhaben soll. Kollokationsklagen haben somit betriebsrechtlichen Zweck. Lediglich vorfrageweise wird aber über Bestand, Höhe, Fälligkeit und Rang einer Forderung entschieden. Kollokationsklagen sind folglich **betriebsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht**. Ein Entscheid wirkt grundsätzlich nur innerhalb des konkreten Konkursverfahrens.

Art. 250 SchKG bildet Grundlage für die Kollokationsklagen der Konkursbetriebsverwaltung. Anfechtungsobjekt ist der Kollokationsplan. Zur Kollokationsklage zugelassen sind alle jene Gläubiger, die in den Konkurs eine Forderung eingegeben haben oder von Gesetzes wegen im Kollokationsplan zu berücksichtigen sind. Eine Klage richtet sich je nach Anfechtungsgrund gegen die Konkursmasse (Art. 250 Abs. 1 SchKG) oder gegen einen anderen Gläubiger (Art. 250 Abs. 2 SchKG). Ist die Konkursmasse

Beklagte, spricht man von einem positiven Kollokationsprozess, ist es ein anderer Gläubiger, von einem negativen Kollokationsprozess.

Gegen die Konkursmasse kann ein Konkursgläubiger mit der **positiven Kollokationsklage** folgendes rügen (Art. 250 Abs. 1 SchKG):

- Seine Forderung sei zu Unrecht ganz oder teilweise abgewiesen worden.
- Seine Forderung sei zu Unrecht nicht im beanspruchten Rang kolloziert worden.

Gegen einen anderen Gläubiger kann ein Konkursgläubiger mit der negativen Kollokationsklage folgendes rügen (Art. 250 Abs. 2 SchKG):

- Eine Forderung sei zu Unrecht kolloziert worden oder es sei zu Unrecht eine zu grosse Forderung kolloziert worden.
- Ein anderer Gläubiger sei in einem zu hohen Rang kolloziert worden.

2. Einzelfragen

Die Frist zur Erhebung der Kollokationsklage beträgt zwanzig Tage von der öffentlichen Auflage des Kollokationsplanes gerechnet (Art. 250 Abs. 1 SchKG). Bei der Klagefrist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist; eine Wiederherstellung ist im Säumnisfall zulässig (Art. 33 Abs. 4 SchKG).

3. Kollokationsklagen und SchKG-Beschwerde

Wie alle Klagen des SchKG gehen die Kollokationsklagen der Beschwerde im Sinne von Art. 17 ff. SchKG vor. Mit dieser kann demnach gegen einen Kollokationsplan nur vorgegangen werden, falls die Kollokationsklage hierfür nicht zur Verfügung steht. So ist u.a. die Verletzung formeller Vorschriften über die Art und Weise der Aufstellung und der Auflage des Kollokationsplanes mit SchKG-Beschwerde geltend zu machen.

VIII. Verspätete Konkurseingaben

Von einer verspäteten Konkurseingabe spricht man, wenn die Konkurseingabe nach Ablauf eines Monats seit der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung erfolgt (Art. 232 Abs. 1 und 2 Ziff. 2 SchKG). Sie kann bis zum Schluss des Konkursverfahrens angebracht werden, wobei der säumige Gläubiger sämtliche durch die Verspätung verursachten Kosten zu tragen hat (Art. 251 Abs. 1 und 2 SchKG). Hält die Konkursverwaltung die verspätete Eingabe für begründet, ändert sie den Kollokationsplan ab. Daraufhin kann jeder Gläubiger innert zwanzig Tagen betreffend die Änderung Kollokationsklage erheben (Art. 251 Abs. 1 i.V.m. Art. 250 SchKG).

IX. Zweite Gläubigerversammlung

Die zweite Gläubigerversammlung ist in Art. 252-254 SchKG geregelt. Die Konkursversammlung hat zu einer zweiten Versammlung einzuladen, deren Forderungen nicht bereits rechtskräftig abgewiesen sind (Art. 252 Abs. 1 SchKG). Damit werden diejenigen Gläubiger, die gegen die Abweisung Kollokationsklage eingereicht haben, den Gläubigern, deren Forderungen anerkannt sind, verfahrensmässig gleichgestellt.

Die zweite Gläubigerversammlung wird von der Konkursverwaltung nach der Auflage des Kollokationsplans einberufen.

Die zweite Gläubigerversammlung hat umfassende Kompetenzen (Art. 253 SchKG):

- Entgegennahme eines umfassenden Berichts über den Gang der Verwaltung
- Entgegennahme eines umfassenden Berichts über den Stand der Aktiven und Passiven
- Bestätigung der Konkursverwaltung
- Allenfalls Bestätigung des Gläubigerausschusses
- "Alles weitere für die Durchführung des Konkurses"

Fünfter Teil: Besondere Instrumente des Gläubigerschutzes

Rezepte gegen "schwierige Schuldner?"

Wie geht man gegen schwierige Schuldner vor? Am ehesten empfehlen sich präventive Massnahmen, damit es gar nie zu einer Betreibung kommt.

In erster Linie kann man schwierige Schuldner meiden. Somit muss man sie aber auch **erkennen**. Vor dem Abschluss eines Rechtsgeschäftes mit grösseren Beträgen, sollte man Bonitätsprüfungen vorher unbedingt vornehmen: Mögliche Informationsquellen sind Betreibungsauskunft (Art. 8a SchKG), Wirtschaftskunftei, SHAB (Internet), Zelix, etc.

Hat man sich bereits auf ein undurchsichtiges Gegenüber eingelassen, gilt es **vorzubeugen**: Mögliche Mittel sind die konsequente Vorkasse, materielle Sicherungen (z.B. Pfandschaft, Bürgschaft), rechtzeitige vorsorgliche Massnahmen (wie z.B. der Arrest) wenn sich konkrete Schwierigkeiten abzeichnen.

Befindet sich das geschäftliche Gegenüber bereits im Konkurs, bleibt nur noch die Reparatur mit Mitteln, welche nachfolgend besprochen werden.

C. Anfechtung (sog. Pauliana)

Allgemeines

Bevor ein Konkurs endgültig eröffnet wird, gibt es für den Schuldner eine grosse Versuchung Vermögen zu verschleiern (und Leute seiner Wahl zu bevorzugen). Die Anfechtung bezweckt, auf solche Begünstigungen zurückzukommen und somit die **Gläubigergleichheit** sicherzustellen. Dies bedeutet umgekehrt aber auch, dass Schuldner gewisse **Vermögenserhaltungspflichten** haben, wenn sie vor dem Konkurs stehen (Der betrügerische Konkurs stellt auch im StGB einen Tatbestand dar). Für den Schuldner wird die Lage in komplizierten Situationen also sehr schwierig, weil er immer vor dem Dilemma steht, dass ein Rechtsgeschäft in Zukunft womöglich angefochten wird.

Es gibt **drei Typen** von Anfechtungen:

1. **Schenkungsanfechtung** (Art. 286 SchKG)
2. **Überschuldungsanfechtung** (Art. 287 SchKG)
3. **Absichts- oder Deliktsanfechtung** (Art. 288 SchKG)

Beispiel Seite 104

Zivilrechtlich ist diese Aktienpfändung von X völlig in Ordnung. unser Rechtsgefühl sagt jedoch, dass hier Y hinsichtlich des Konkurses begünstigt wurde (weil seine Forderung nun aufgrund des Pfandrechts in der ersten statt in der dritten Klasse der Kollokation liegt)

1. Erstens prüfen wir, ob eine **Schenkungsanfechtung** möglich ist: Dies ist jedoch nicht der Fall, weil keine unentgeltliche Verfügung des Schuldners vorliegt.

Zweitens prüfen wir, ob eine **Überschuldungsanfechtung** möglich ist: Der Tatbestand der nachträgliche Bestellung von Sicherheiten wäre eindeutig erfüllt. Jedoch ist die Verdachtsfrist nicht gegeben, weil die nachträglich Bestellung der Sicherheit zu weit (über ein Jahr) in der Vergangenheit liegt. In Hinsicht auf die Verdachtsfrist ist zudem noch sehr wichtig, dass man Art. 288a SchKG beachtet, welcher die Verdachtsfrist aufgrund gewisser Tatbestände verlängert. I.c. hat Art. 288a SchKG jedoch keinen Einfluss.

Drittens prüfen wir, ob eine **Deliktsanfechtung** möglich ist: In diesem Falle ist jede beliebige Rechtshandlung innert der letzten fünf Jahren anfechtbar. Jedoch muss eine Begünstigungsabsicht vorliegen, welche nach aussen erkennbar war. Somit müssen hier durch den Kläger (d.h. durch die Konkursmasse) innere Tatsachen bewiesen werden. Dies ist nur durch den Indizienbeweis möglich, welcher sich teilweise sehr schwierig gestaltet. I.c. hat die Deliktsanfechtung allerdings eine relativ grosse Chance erfolgreich zu sein, wenn der Kläger nachweisen kann, dass X und Y gut befreundet waren.

2.) Bevor das Konkursamt klagt, sollte es sich zuerst überlegen, ob es nicht etwas einfacheres und billigeres gibt, als die Anfechtungsklage; da das Konkursamt ein materielles Prüfungsrecht über die eingegebenen Forderung hat, hat es die Möglichkeit von

sich aus die Konkursforderung von Y bei der Erwerbung in die dritte Klasse einzuordnen (mit dem Hinweis der Anfechtung nach Art. 288 SchKG). Somit muss das Konkursamt die teuere Anfechtungsklage nicht beschreiten und spielt den Ball dem Gläubiger zu (Kollokationsklage). I.c. wird sich der Y wohl hüten eine Klage einzureichen, weil das Konkursamt noch das Drohungsmittel der Strafanzeige in der Hand hat. Schlussendlich hat das Konkursamt also das Ziel wesentlich billiger ohne Anfechtungsklage erreicht

Varianten Beispiel Seite 104

1. a) Die Schenkungs- und Überschuldungsanfechtung (obwohl das Tatbestandsmerkmal der ungewöhnliche Tilgungsart erfüllt wäre) kommen nicht in Betracht, weil die Verdachtsfrist von einem Jahr bereits abgelaufen ist. Wir landen also wieder im "Aufgangbecken" der Deliktsanfechtung, bei der alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. X hat offensichtlich in der Begünstigungsabsicht gehandelt, weil er durch die Verrechnung erreicht, dass Y keine Konkursforderung einreichen muss und Y musste diese Begünstigungsabsicht erkannt haben, weil er über die finanzielle Situation des X Bescheid wusste.

b) Weil Y keine Beim Konkursamt keine Konkursforderung eingeben wird (da seine Forderung ja verrechnet wurde), kann das Konkursamt den Anfechtungsanspruch bei der Erwerbung nicht berücksichtigen. Somit ist das Konkursamt in diesem Fall gezwungen, aktiv Anfechtungsklage (Deliktsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG) zu erheben. Mit der Anfechtungsklage holt das Konkursamt das Honorar als Aktivum in die Konkursmasse zurück. Dabei klagt die Masse (Klägerin) gegen den Begünstigten Y (Beklagter). Es handelt sich dabei um eine Leistungsklage (mit dem Rechtsbegehren: "Es sei der Beklagte zu verurteilen, der Klägerin 15 000 Fr. zu bezahlen").

c) Selbstverständlich steht die Darlehensforderung von Y im Konkurs wieder auf und wird in die dritte Klasse kolliert werden. Er wird gleich behandelt, wie alle anderen Gläubiger, und wird sich wahrscheinlich mit einer Dividende zufrieden geben müssen.

d) Eine Begünstigungsabsicht von X ist dann wohl nicht mehr geben, somit entfällt auch die Möglichkeit einer Anfechtungsklage

2. In diesem Falle greifen die Tatbestandsmerkmale der Überschuldungsanfechtung gemäss Art. 287 SchKG. Bei der Verrechnung aus dem Aktienkauf handelt es sich um eine ungewöhnliche Tilgungsart und X war zum Zeitpunkt der Verrechnung bereits verschuldet. Zudem fällt das Rechtsgeschäft in die Verdachtsfrist von einem Jahr. Der Entlastungsbeweis des Begünstigten Y, dass er gutgläubig gewesen sei, ist wohl kaum möglich.⁸

In diesem Falle muss das Konkursamt ebenfalls eine Leistungsklage einreichen. Zudem gehen Anfechtungsklagen in erster Linie auf Natural- oder Sachrestitution, d.h. das Konkursamt muss in erster Linie die noch vorhandenen Aktien herausklagen (was bei schlechten Aktienkursen ein Nachteil für die Konkursmasse sein könnte).

Gehri/Spühler/Pfister II S. 95 ff.

§ 18 Anfechtung

I. Allgemeines

Die Anfechtung sichert wie der Arrest die Zwangsvollstreckung. Der Arrest wirkt präventiv, die Anfechtung dient der Restitution. Arrest und Anfechtung ergänzen sich somit. **Mit der Anfechtung können Vermögenswerte, die durch bestimmte Rechtshandlungen des Schuldners vor der Pfändung oder der Konkurseröffnung einem Dritten übertragen wurden, als Vollstreckungssubstrat in ein konkretes Schuldbetreibungsverfahren gezogen werden (Art. 285 Abs. 1 SchKG).** Die zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte werden betreffend das konkrete Schuldbetreibungsverfahren für ungültig erklärt. Die zivilrechtliche Gültigkeit des Rechtsgeschäfts wird durch die Anfechtung nicht berührt.

II. Begriff

Die Anfechtung ist die Handlung eines Legitimierten, womit bestimmte Rechtshandlungen eines Schuldners vor der Pfändung oder der Konkurseröffnung einem übertragenen Vermögenswerte als Vollstreckungssubstrat in die Schuldbetreibung gezogen werden. Aus der Bezeichnung der entsprechenden Klage im römischen Recht herrührend, wird die Anfechtung auch **Pauliana** genannt.

⁸ Streng genommen handelt es sich hier um eine Umkehrung zum Privatrecht, wo der gute Glaube regelmässig vermutet wird.

III. Voraussetzungen

Voraussetzungen einer Anfechtung sind der Nachweis folgender Tatsachen durch den Anfechter (Art. 285 ff. SchKG):

- Provisorischer oder definitiver Pfändungsverlustschein oder Konkursöffnung
- Anfechtungstatbestand
- Anfechtung vor Ablauf einer bestimmten Frist

1. Pfändungsverlustschein

Die Anfechtung setzt alternativ voraus, dass in einer Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner zumindest provisorisch ein Verlust ausgewiesen oder über den Schuldner den Konkurs eröffnet worden ist (Art. 285 Abs. 2 SchKG).

2. Anfechtungstatbestände

Bewiesen werden muss ausserdem die Erfüllung eines im SchKG abschliessenden aufgezählten Anfechtungstatbestands. Das SchKG kennt drei verschiedene Tatbestände: **Schenkungs-**, **Überschuldungs-** und **Absichtanfechtung** (Art. 286-288 SchKG). Die Handlung des Schuldners muss ausserdem innerhalb einer bestimmten Frist vor der Pfändung bzw. der Konkursöffnung, der sogenannten **Verdachtsperiode**, erfolgt sein. Die Verdachtsperiode ist in den einzelnen Anfechtungsarten beschrieben und wird durch Art. 288a SchKG verlängert.

3. Frist

Das Anfechtungsrecht ist verwirkt nach Ablauf von zwei Jahren seit Zustellung des provisorischen oder definitiven Pfändungsverlustscheins bzw. seit der Konkursöffnung (Art. 292 SchKG).

IV. Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage ist betriebsrechtlicher Natur. Der Entscheid wirkt nur innerhalb des konkreten Schuldbetreibungsverfahrens. Er kann aber Auswirkungen auf das materielle Recht haben. Die Anfechtungsklage ist folglich eine **betriebsrechtliche Streitigkeit mit Reflexwirkung auf das materielle Recht**.

Die Anfechtungsklage ist am schweizerischen **Wohnsitz** des Beklagten einzureichen. Fehlt ein Wohnsitz in der Schweiz, ist die Anfechtungsklage am subsidiären Gerichtsstand am Ort der Pfändung bzw. am Konkursort einzureichen.

Der **Streitwert** entspricht dem betriebsrechtlichen Interesse des Anfechters.

Parteien im Anfechtungsprozess sind der zur Anfechtung **Aktivlegitimierte** (Art. 285 Abs. 2 SchKG) und der durch die Rechtshandlung **Begünstigte** (Art. 290 SchKG).

V. Wirkungen

Entsprechend ihrem betriebsrechtlichen Zweck wirkt sich die Anfechtung auf das Rechtsgeschäft nur insoweit aus, als für die Vollstreckung der Forderungen des Anfechters notwendig. Die Anfechtung wirkt grundsätzlich nur innerhalb eines konkreten Schuldbetreibungsverfahrens, hat aber Reflexwirkungen auf das materielle Recht.

Durch die Anfechtung werden die betreffenden Vermögenswerte für ein konkretes Schuldbetreibungsverfahren für pfändbar erklärt bzw. in die Konkursmasse gezogen. Der Anfechtungsgeber hat die Vermögenswerte, höchstens aber den Betrag in der Höhe des betriebsrechtlichen Interesses des Anfechters, zurückzuerstatten. Im Gegenzug hat er Anspruch auf Rückgabe seiner allfälligen Gegenleistung, soweit dies beim Schuldner noch vorhanden oder dieser noch bereichert ist. Der gutgläubige Empfänger einer Schenkung hat jedoch nur denjenigen Betrag zurückzugeben, um den er noch bereichert ist (Art. 291 Abs. 3 SchKG).

B. Arrest

Der Arrest dient dazu **Betreibungen auf Geldforderungen** (SchKG) zu sichern. Nicht-Geldforderungen sind nach den vorsorglichen Massnahmen der kantonalen ZPO sicherzustellen.

Der Arrest wird von einem Gericht gewährleistet, ohne ZPO wird man also nicht auskommen, weil man wissen muss, wo die das Arrestgesuch gültig eingereicht wird. Arrest bedeutet, dass man **gewisse Vermögenswerte vorsorglich in Beschlag nimmt**; es handelt sich also gewissermassen um eine vorsorgliche Pfändung in Bezug auf ein laufendes oder künftiges Betreibungsverfahren.

1. Voraussetzungen

Für eine Arrestlegung müssen **drei Voraussetzungen** erfüllt sein:

1. Die **Geldforderung** muss ungesichert (und in der Regel fällig) sein. D.h. es darf kein Pfandrecht auf der Forderung liegen.
2. Es muss ein **Arrestgrund** (Art. 271 Abs. 1 SchKG) vorliegen, wie z.B.:
 - "heimatloser" Schuldner
 - unredlicher Schuldner (klassischer Arrestgrund: Es handelt sich z.B. um einen Schuldner, welcher fliehen möchte)
 - durchreisender Schuldner (z.B. Touristen)
 - im Ausland domizilierter Schuldner
 - insolventer Schuldner
3. **Arrestobjekt** (SchKG 272 I): Das Arrestobjekt muss
 - pfändbar und
 - vom Gesuchssteller **genügend bestimmt** sein (den Gläubiger trifft eine Spezifizierungslast)⁹.

2. Verfahren

Das **Arrestverfahren** erfolgt in vier Schritten:

1. **Arrestgesuch**: Es handelt sich um ein Gesuch an ein Gericht gemäss kantonalen ZPO. Man muss in der ZPO schauen, wer für den Arrest zuständig ist (im Kanton Luzern ist der Amtsgerichtspräsident für die Summarverfahren zuständig). Der Ort (der Gesuchseinreichung) wird allerdings durch das SchKG bestimmt; das Arrestgesuch ist am **Ort der gelegenen Sache** (welche verarrestiert werden soll) einzureichen (Art. 272 Abs. 1 SchKG). D.h. wenn verschiedene Vermögensgegenstände verarrestiert werden sollen, müssen unter Umständen mehrere Arrestgesuche eingereicht werden.

Bei künftigen Forderungen (insbesondere bei künftigen Lohnquotenforderungen) ist oftmals fraglich, wo der Ort die Forderung liegt. Die Regel gilt: Wenn der Schuldner in der Schweiz wohnt, Gesuchseinreichung am Wohnort des Schuldners. Wenn den Wohnsitz im Ausland hat, dann muss die Gesuchseinreichung beim Wohnsitz des Drittschuldners (z.B. beim Sitz der Bank, welche den Lohn empfängt) erfolgen.

2. **Arrestbewilligung**: Damit eine Arrestbewilligung erfolgt, müssen die drei Voraussetzungen vom Gesuchssteller dem Arrestgericht (lediglich) **glaubhaft** gemacht werden. Der Schuldner wird bei der Verarrestierung nicht angehört, weil die Gefahr besteht, dass er vor der Arrestierung Vermögen wegschafft. Regelmässig wird zudem eine Sicherheitsleistung vom Gesuchssteller verlangt.

3. **Arrestbefehl**: Der Richter erlässt an das Betreibungsamt einen Arrestbefehl, mit dem es aufgefordert wird (ein detailliert umschriebenes) Objekt zu verarrestieren. In der alten Praxis hat das Bundesgericht dem Betreibungsamt zugebilligt, rechtsmiss-

⁹ In der Regel interessieren sich die Gläubiger für Bankkonten. Weil der Gläubiger aber verpflichtet ist (kein Sucharrest) das Bankkonto ungefähr zu bezeichnen, kann sich die Arrestlegung diesbezüglich sehr schwierig gestalten, weil die Banken Auskünfte verweigern werden. Somit hat das Bundesgericht in diesen Fällen eine gattungsmässige Bezeichnung zugelassen. Mit dem Verbot des Sucharrest muss also eine gewisse Zurückhaltung aufgewiesen werden, ansonsten ist das Arrestrecht kaum praktikabel. Die Grenzlegung zwischen gattungsmässiger Bezeichnung und Sucharrest ist eine schwierige wertungsmässige Abgrenzung.

bräuchliche Arreste zu unterlassen. Das Bundesgericht hat aber diesbezüglich seine Rechtsprechung geändert und das Betreibungsamt kann einen Arrestbefehl nicht mehr aufgrund Rechtsmissbräuchlichkeit verweigern.

4. **Arrestvollzug:** Der Arrestvollzug erfolgt **sinngemäss wie eine Pfändung**. Aufgrund des Wesens der Arrestierung gibt es jedoch einige Besonderheiten:

- Keine Vorherigen Ankündigung des Arrests beim Schuldner (Überraschungseffekt)
- Keine Schonzeiten
- Der Arrest ist im Vergleich zur Pfändung beschränkt auf die im Arrestbefehl bezeichneten Gegenstände
- Der Schuldner hat nur bezüglich der zu verarrestierenden Wertgegenstände eine Auskunftspflicht
- Dritte haben vorderhand keine Auskunftspflicht (Banken müssen erst eine Auskunft für den Erfolg einer Arrestierung liefern, wenn das Einspracheverfahren beendet ist)
- Gegen den Schuldner wird grundsätzlich keine Zwang angewendet (weil das rechtliche Gehör noch nicht gewährleistet wurde und die Forderung nicht feststeht).

3. Rechtsschutz gegen den Arrest

4. Arrestprosekution

Gehri/Spühler/Pfister | S. 220 ff.

§ 35 Arrest

I. Allgemeines

Droht einem Schuldner eine Schuldbetreibung, besteht die Gefahr, dass er Vermögenswerte beiseite schafft, um sie der Zwangsvollstreckung zu entziehen. Der Zweck der Schuldbetreibung würde dadurch vereitelt. Zur Sicherung der Zwangsvollstreckung hat deshalb der Gläubiger vor oder während der Schuldbetreibung bis zur Pfändung oder Konkurseröffnung die Möglichkeit, ihm bekannte Vermögenswerte des Schuldners provisorisch mit einer Verfügungsbeschränkung zu belegen zu lassen. Als derartige Sicherungsmittel kennt das SchKG das Retentionsrecht für einen beschränkten Gläubigerkreis (Art. 283 f. SchKG) und den Arrest, der grundsätzlich allen Gläubigern offensteht (Art. 271 ff. SchKG).

Der Arrest ist eine reine Sicherungsmassnahme. Er wirkt auch wegen der Gefahr ungerechtfertigter Eingriffe nur für beschränkte Zeit. Der Arrest dient zudem ausschliesslich der Sicherung von Geldforderungen und Sicherheitsleistungen in Geld (Art. 38 Abs. 1 SchKG).

II. Begriff

Der Arrest ist die amtliche Beschlagnahme von bestimmten Vermögenswerten des Schuldners zweck Sicherung einer bevorstehenden oder bereits eingeleiteten Schuldbetreibung.

III. Voraussetzungen

Voraussetzungen eines Arrests ist die Glaubhaftmachung folgender Tatsachen durch den Gläubiger (Art. 271 und Art. 272 Abs. 1 SchKG):

- Grundsätzlich fällige Forderung, die nicht pfandgesichert ist.
- Arrestgrund
- Arrestierbare Vermögenswerte
- Leistung der dem Gläubiger gegebenenfalls auferlegten Sicherheit

1. Arrestforderung

Der Gläubiger muss den Bestand eines auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung in Geld gerichteten Anspruchs gegen den Schuldner glaubhaft machen. Die Forderung darf nicht pfandgesichert sein. Die Forderung muss zudem grundsätzlich fällig sein. Ausnahmen bestehen in Bezug auf einen Schuldner, der keinen festen Wohnsitz hat, und den Schuldner, der sich unredlich verhält. In diesen Fällen ist die Arrestlegung auch zur Sicherung einer nicht fälligen Forderung zulässig. Die Arrestlegung bewirkt alsdann die Fälligkeit (Art. 271 Abs. 1 und 2 SchKG).

2. Arrestgründe

Glaubhaft gemacht werden muss das Vorliegen eines Arrestgrundes, nämlich eines der folgenden Gefährdungstatbestände:

Fehlender fester Wohnsitz des Schuldners: Der Schuldner darf weder in der Schweiz noch im Ausland einen festen Wohnsitz haben (Zigeuner, Zirkusleute).

Unredliches Verhalten des Schuldners: Der Schuldner schafft Vermögenswerte beiseite (verschenken, vernichten, verstecken, ins Ausland überführen), flüchtet oder trifft Anstalten zur Flucht, in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen. Die Absicht muss aufgrund der Umstände erkennbar sein.

Taschenarrest: Der Schuldner befindet sich auf der Durchreise (Touristen, Geschäftsreisende) oder gehört zu den Personen, die Märkte und Messen besuchen (fahrende Händler, Schausteller, u.a.). Der Taschenarrest setzt eine Forderung voraus, die fällig und ihrer Natur nach sofort zu erfüllen ist wie Hotelrechnungen oder Zechschulden. Der Arrestgrund gilt auch für Personen mit festem Wohnsitz in der Schweiz.

Auslandarrest: Der Auslandarrest wird in der Literatur und Judikatur in der Regel als Ausländerarrest bezeichnet. Dieser Begriff wird jedoch der Gesetzesbestimmung nicht vollauf gerecht und ist missverständlich, weil der Arrestgrund nicht an die Nationalität des Schuldners anknüpft. Voraussetzung ist vielmehr, dass der Schuldner weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat. Vorausgesetzt wird ausserdem, dass kein anderer ausserordentlicher Betreibungsstand in der Schweiz besteht und kein anderer Arrestgrund vorliegt: Der Auslandarrest ist subsidiär zu den anderen im SchKG genannten Arrestgründen.

Verlustschein: Die Forderung ist durch einen provisorischen oder definitiven Pfändungsverlustschein oder durch einen Konkursverlustschein ausgewiesen. Ein Pfandausfallschein genügt nicht.

3. Arrestgegenstand

Arrestierbar sind pfändbare Vermögenswerte, die rechtlich und nicht bloss wirtschaftlich dem Schuldner gehören. Der Gewahrsam ist nicht massgebend. Der Gläubiger muss glaubhaft machen, dass am Arrestort arrestierbare Vermögenswerte vorhanden sind, und diese genau bezeichnen.

Der sogenannte **Sucharrest**, bei dem der Gläubiger den Arrestgegenstand nicht genau bezeichnet, in der Hoffnung Vermögenswerte des Schuldners aufzufinden, ist nicht zulässig.

Beim Auslandarrest können - anders als insbesondere beim Taschenarrest - Arrestgegenstände nur Vermögenswerte sein, die dauernd oder zumindest für eine gewisse Dauer in der Schweiz gelegen oder in der Absicht, sie in der Schweiz zu hinterlegen, hergebracht wurden.

4. Sicherheitsleistung

Der Gläubiger, der den Arrest beantragt, haftet dem Schuldner und dem Dritten für den wegen ungerechtfertigter Arrestlegung entstandenen Schaden (Kausalhaftung). Der Gläubiger kann von Amtes wegen oder auf Antrag des Schuldners oder eines Dritten zur Leistung einer Arrestkaution verpflichtet werden (Art. 273 Abs. 1 SchKG). Die Kautionsleistung liegt im Ermessen des Arrestrichters. Die Sicherheitsleistung ist Eintretensvoraussetzung.

IV. Verfahren

1. Arrestbegehren

Das Arrestbegehren ist die an den Arrestrichter gerichtete Aufforderung des Gläubigers, bestimmte Vermögenswerte des Schuldners zwecks Sicherung der Vollstreckung amtlich zu beschlagnahmen. Es kann mündlich oder schriftlich gestellt werden. Der Gläubiger hat darin Forderung, Arrestgrund und Arrestgegenstände zu bezeichnen.

2. Zuständigkeit

Für den Arrestbefehl und den Arrestvollzug sind ausschliesslich die Behörden am Ort der gelegenen Sache bzw. des Arrestgegenstandes örtlich zuständig. Liegen die Arrestgegenstände in verschiedenen Gerichts- oder Betreibungskreisen, muss je ein Gesuch an den betreffenden Orten gestellt werden; die Rechtshilfe ist grundsätzlich ausgeschlossen.

3. Arrestbefehl

Ein Arrest erzielt nur dann die angestrebte Wirkung, wenn der Schuldner keine Kenntnis davon hat. Ansonsten könnte dieser die Arrestgegenstände beiseite schaffen, bevors sie mit Beschlag belegt sind. Der Arrestrichter entscheidet deshalb ohne Anhörung des Schuldners auf einseitiges Vorbringen des Gläubigers und ohne Beweise abzunehmen. Der Gläubiger muss die Voraussetzungen einer Arrestlegung nicht beweisen, sondern lediglich glaubhaft machen.

Sind Forderung, Arrestgrund und Arrestierungsgegenstände glaubhaft dargetan, bewilligt der Arrestrichter den Arrest, beauftragt den Betreibungsbeamten, den Arrest zu vollziehen, und stellt ihm und dem Gläubiger den Arrestbefehl zu (Art. 272 und Art. 274 Abs. 1 SchKG). Der Arrestbefehl ist der Entscheid des Arrestrichters, womit der Vollzug eines Arrests angeordnet wird. Dem Schuldner wird der **Arrestbefehl** nicht mitgeteilt.

4. Arrestvollzug

Der Betreibungsbeamte hat den Arrestbefehl sofort zu vollziehen. Art. 275 SchKG verweist dazu auf Art. 91-109 SchKG über die Pfändung. Die Bestimmungen gelten sinngemäss. Das Betreibungsamt hat ausschliesslich die im Arrestbefehl aufgeführten Vermögenswerte mit **Arrestbeschlag** zu belegen.

Mit einer Verfügungsbeschränkung belegt sind nur die in der Arrestierungsurkunde aufgeführten Werte. Der Schuldner darf ab Kenntnis der Arrestierung nicht mehr über die betroffenen Vermögensgegenstände verfügen (Art. 275 i.V.m. Art. 96 Abs. 1 SchKG). Es steht dem Schuldner frei, für die arrestierten Vermögenswerte Sicherheit zu leisten, woder er die Verfügungsfreiheit über sie wiederlangt (Art. 277 SchKG).

Handlungen des Vollzugsbeamten können mit betreibungsrechtlicher Beschwerde gerügt werden (Art. 17ff SchKG) angefochten werden. Gerügt werden könnte u.a., es handle sich um ein Kompetenzstück, der arrestierte Vermögensgegenstand sei nicht in der Arresturkunde aufgeführt oder es sei mehr als zur Deckung notwendig arrestiert worden.

5. Einsprache

Schuldner und **andere** durch den vollzogenen Arrest in ihren Rechten Betroffene können innert zehn Tage, nachdem sie von dessen Anordnung Kenntnis erhalten haben, beim Arrestrichter **Einsprache** gegen den Arrestbefehl erheben. Das Einspracheverfahren ist im Gegensatz zum Arrestbewilligungsverfahren ein Zweiparteienverfahren. Der Arrestrichter entscheidet nach Anhörung beider Parteien unverzüglich erneut über das Arrestbegehren des Gläubigers im summarischen Verfahren (Art. 278 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 25 Ziff. 2 lit. a SchKG).

Gegen den Einspracheentscheid haben die Kantone unabhängig vom Streitwert ein vollkommenes Rechtsmittel vorzusehen. Auch neue Tatsachen müssen vor der Rechtsmittelinstanz geltend gemacht werden können (Art. 278 Abs. 3 SchKG).

V. Wirkungen

Wie durch die Pfändung sind die vom Arrestbeschlag erfassten Vermögenswerte mit einer Verfügungsbeschränkung belegt. Für den **Schuldner** kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Pfändung verwiesen werden.

Der Arrest begründet grundsätzlich kein Vorzugsrecht des Gläubigers. Anders als bei der Pfändung ist der Gläubiger insbesondere nicht berechtigt, aus den arrestierten Vermögenswerten befriedigt zu werden. Die Vermögenswerte dienen lediglich der Sicherung der Schuldbetreibung. Wird aber ein Arrestgegenstand durch einen anderen Gläubiger gepfändet, bevor der Arrestgläubiger das Fortsetzungsbegehren stellen kann, so nimmt dieser von Gesetzes wegen provisorisch an der Pfändung teil (Art. 281 SchKG).

Der Arrest schafft für den Arrestgläubiger einen ausserordentlichen **Betreibungsstand am Arrestort** für die im Arrestbefehl ausdrücklich genannten Arrestforderungen (Art. 51 Abs. 1 SchKG).

VI. Prosequierung

Der Arrest als Sicherungsmassnahme wirkt nur für beschränkte Zeit. Damit der Arrestbeschluss bis zur Pfändung oder Konkursöffnung bestehen bleibt, muss der Arrestgläubiger innert zehn Tagen seit Zustellung der Arresturkunde die durch den Arrest gesicherte Forderung auf dem Rechtsweg geltend machen: Er muss den Arrest prosequieren. Die Arrestprosequierung dient der Aufrechterhaltung des Arrestes. Sie erfolgt wahlweise durch die Einleitung der Schuldbetreibung oder die **Arrestprosequierungsklage**, eine materiellrechtliche Forderungsklage (Art. 279 Abs. 1 SchKG).

Wann immer die Initiative beim Arrestgläubiger liegt, muss er die Vollstreckung der Arrestforderung bis zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens innert zehn Tagen weitertreiben (Art. 279 SchKG). Versäumt er eine der zehntägigen Fristen, zieht er die Arrestprosequierungsklage oder die Schuldbetreibung zurück oder wird ihm die Vollstreckung endgültig versagt, so fällt der Arrest dahin (Art. 280 SchKG).

VII. Schadenersatzklage

Wird der Schuldner oder ein Dritter durch den ungerechtfertigten Arrest geschädigt, haftet der Arrestgläubiger (Art. 273 Abs. 1 SchKG). Der Geschädigte muss folgendes nachweisen:

- Schaden
- Arrestlegung
- Fehlende Arrestforderung oder fehlender Arrestgrund (Widerrechtlichkeit)
- Kausalzusammenhang zwischen Arrestlegung und Schaden.

Die Haftung des Gläubigers ist kausal und somit verschuldensunabhängig.

Fragestunde

F.: Darf die eine Verkäuferin den Arbeitgeber (Globus) für den Lohn betreiben?

A: Der Globus müsste nach Art. 39 SchKG auf Konkurs betrieben werden. Dies ist für die Verkäuferin möglich, allerdings nicht sehr attraktiv (weil ein Konzern Konkurs machen würde) und kaum zahlbar, weil dies mehrere tausend Franken kosten wird. Dies wäre viel mehr ein Fall für das Arbeitsgericht ("sozialer Zivilprozess gemäss Art. 343 OR"), den "Beobachter" oder andere Konsumentenschutzinstitutionen.

F: Kann aufgrund einer (vermeintlichen) Persönlichkeitsverletzung eine Chefredaktorin einer Zeitung direkt (ohne Klage) auf Genugtuung betrieben werden?

A: Man kann immer direkt (ohne vorgängiger Prozess) betreiben. Die Klage auf Genugtuung müsste dann aber im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens geführt werden, wenn sich der vermeintliche Schuldner wehrt (Rechtsvorschlag). In der Realität werden Journalisten oftmals betrieben, weil die Betreibung in diesem Falle auch als Druckmittel gegen unliebsame Veröffentlichungen eingesetzt werden kann.

F: Ist ein "rechtskräftiger Entscheid" und ein "vollstreckbarer Titel" dasselbe Dokument?

A: Der Begriff "vollstreckbarer Titel" ist ein Oberbegriff für ein Dokument, welches man vollstrecken kann; darunter fallen neben einem "rechtskräftigen Entscheid" auch andere Dokumente, wie z.B. öffentliche Dokumente oder Verträge

F: Was ist ein sog. "Inzidenzverfahren"?

A: "Inzidenz" bedeutet auf deutsch etwa "Unfall". Alle gerichtlichen Zwischenprozesse (wie z.B. das Rechtsöffnungsverfahren), die im Laufe einer Betreibung stattfinden können und somit indirekt Störungen ("Unfälle") eines Betreibungsprozesses darstellen bezeichnet man als Inzidenzverfahren, weil das Betreibungsverfahren grundsätzlich ohne gerichtliche Einmischung ablaufen könnte.

F: Ist die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums eine bundesrechtliche oder eine kantonale Frage?

A: In den Kantonen gibt es verschiedene Richtlinien für die Berechnung des Existenzminimums, dennoch ist die Berechnung des Existenzminimums eine Frage des Bundesrechts. Dies aufgrund der Tatsache, dass das SchKG das Existenzminimum als Kompetenzgut einstuft. Weil es sich hier um eine Ermessensfrage handelt, haben die Kantone standardisierte Richtlinien erlassen um Zeit zu sparen. Der Bundesrat könnte aber theoretisch eine Verordnung erlassen, wie das Existenzminimum zu berechnen sei (z.B. könnte er anordnen, dass die Steuern beim Existenzminimum mitzuberücksichtigen seien).

F: Ist ein Kaufmann, welcher Teilhaber einer GmbH ist, selbstständig konkursfähig?

A: Nach Art. 39 ist ein geschäftsführender Gesellschafter ebenfalls konkursfähig. Dieser haftet allerdings nicht für die Schulden einer GmbH, wenn er selbst betrieben wird.

F: Können die Erben einzeln betrieben werden, obwohl die Erbschaft noch gar nicht verteilt wurde?

A: Für Erbschaftsschulden kann die Erbschaft als solche betrieben werden oder jeder einzelner Schuldner. Bei einer Erbschaft hat man also, solange sie noch unverteilt ist, ziemlich viele Möglichkeiten.

F: Die Steuerbehörde hat ein Interesse daran, Privatkonkurse zu bekämpfen (weil die Lohnquote mit dem Privatkonkurs wegfallen wird). Kann sie im Insolvenzprozess mitreden?

A: Es wäre sachgerecht, wenn die Steuerbehörde im Insolvenzprozess mitreden könnte, weil das Rechtsschutzinteresse der Steuerverwaltung offensichtlich vorliegt. Die Insolvenzerklärung ist jedoch ein Einparteienverfahren; somit ein Zwiesgespräch zwischen Richter und Insolventen. Da die Steuerbehörde in diesem Prozess nicht Partei ist, kann sie auch nicht mitreden. Anders wäre, wenn ein Antrag auf Konkurs eines Schuldners gestellt wird, dann handelt es sich natürlich um ein Zweiparteienverfahren mit Antragsteller als Kläger und Schuldner als Beklagter.
