Anwaltsprüfung Aargau

-

Zusammenfassung / Skript

SchKG / ZPR

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis III
Literatur VIII

I. Zivilprozessrecht Aargau 1
1. Die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit 1
2. Die besondere Zivilgerichtsbarkeit 66
3. Schiedsgerichte 77
4. Vollstreckung 77
5. Gerichtsstand 80

II. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 84
1. Allgemeines 84
2. Das Einleitungsverfahren 102
3. Die Betreibung auf Pfändung 116
4. Die Betreibung auf Pfandverwertung 141
5. Der Konkurs 147
6. Sicherungsmittel vor der Betreibung 180
7. Nachlassvertrag und Notstundung 191

III. Weitere prüfungsrelevante Rechtsgebiete 204
1. Rechtsmittel auf Bundesebene 204
2. Bedeutende Nebenerlasse des SchKG 208
3. Anwaltsrecht 210
4. Fallbearbeitung im Privatrecht 214

INHALTSVERZEICHNIS

I. Zivilprozessrecht Aargau 1

1. Die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit 1

1.1. Die richterlichen Behörden 1
1.1.1. Die einzelnen Instanzen 1
1.1.2. Ausstand des Richters 1
1.1.3. Sachliche Zuständigkeit 2
1.1.4. Örtliche Zuständigkeit 5
1.1.5. Auswärtige Amtshandlungen und Rechtshilfe 5

1.2. Verfahrensbeteiligte 6
1.2.1. Partei- und Prozessfähigkeit 6
1.2.2. Streitgenossenschaft 8
1.2.3. Beteiligung Dritter am Rechtsstreit 10
1.2.4. Parteiwechsel 11
1.2.5. Vertretung und Verbeiständung 11

1.3. Allgemeines Verfahrensrecht 12
1.3.1. Grundsätze des Verfahrens 12
1.3.2. Zeitbestimmungen 17
1.3.3. Prozesskosten 20
1.3.4. Unentgeltliche Rechtspflege 23

1.4. Ordentliches Verfahren 26
1.4.1. Vermittlungsverfahren 26
1.4.2. Behauptungsverfahren 29
1.4.3. Beweisverfahren 36
1.4.4. Stillstand des Verfahrens 44
1.4.5. Beendigung des Verfahrens 45

1.5. Summarisches Verfahren 50
1.5.1. Allgemeine Vorschriften 50
1.5.2. Verfügungen und Entscheide gemäss den Einführungsgesetzen zu den BG 52
1.5.3. Vorsorgliche Verfügungen (ZPO 302 ff.) 53
1.5.4. Allgemeine Verbote 56
1.5.5. Rechtsmittel im summarischen Verfahren 57

1.6. Rechtsmittel 58
1.6.1. Allgemeines 58
1.6.2. Appellation 58
1.6.3. Beschwerde 62
1.6.4. Revision 64
1.6.5. Übersicht 65

2. Die besondere Zivilgerichtsbarkeit 66

2.1. Allgemeines 66

2.2. Arbeitsgerichte 66
2.2.1. Allgemeines 66
2.2.2. Organisation und Bestellung 66
2.2.3. Sachliche und örtliche Zuständigkeit 67
2.2.4. Verbeiständung und Vertragung 68
2.2.5. Prozesskosten 68
2.2.6. Verfahren 69

2.2.7. Verfügungen des Präsidenten ... 71
2.2.8. Rechtsmittel ... 72
2.3. Das Handelsgericht ... 72
2.3.1. Organisation und Bestellung ... 72
2.3.2. Sachliche Zuständigkeit ... 72
2.3.3. Verfahren ... 75
2.3.4. Vorsorgliche und andere Verfügungen des Instruktionsrichters ... 76
3. Schiedsgerichte ... 77
4. Vollstreckung ... 77
4.1. Allgemeines ... 77
4.2. Vollstreckbare Titel ... 77
4.3. Arten der Vollstreckung ... 78
4.3.1. Indirekter Zwang ... 78
4.3.2. Direkter Zwang ... 78
4.3.3. Weitere Bestimmungen ... 79
4.4. Verfahren ... 79
5. Gerichtsstand ... 80
5.1. Allgemeines ... 80
5.2. Besondere Gerichtsstände ... 80
5.2.1. Personenrecht ... 80
5.2.2. Familienrecht ... 81
5.2.3. Erbrecht ... 81
5.2.4. Sachenrecht ... 81
5.2.5. Klagen aus besonderen Verträgen ... 82
5.2.6. Klagen aus unerlaubter Handlung ... 82
5.2.7. Handelsrecht ... 82
5.3. Weitere Verfahrensfragen ... 83
5.3.1. Vorsorgliche Massnahmen ... 83
5.3.2. Prüfung der örtlichen Zuständigkeit ... 83
5.3.3. Identische und in Zusammenhang stehende Klagen ... 83
5.3.4. Anerkennung und Vollstreckung ... 83

II. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ... 84
1. Allgemeines ... 84
1.1. Einleitung ... 84
1.2. Organe, ihre Funktion, Rechtsstellung und Verantwortlichkeit ... 84
1.2.1. Betreibungs- und Konkursämter ... 84
1.2.2. Die Aufsichtsbehörden ... 86
1.2.3. Die Gerichtsbehörden ... 87
1.2.4. Die Hilfsorgane und die atypischen Organe ... 88
1.2.5. Die Verantwortlichkeit ... 88
1.3. Die betreibungsrechtliche Beschwerde ... 89
1.3.1. Begriff, Funktion und Rechtsnatur ... 89
1.3.2. Beschwerdegegenstand und Beschwerdegründe ... 90
1.3.3. Legitimation, Frist und Entscheidkompetenz ... 91
1.3.4. Wiedererwägung ... 92
1.3.5. Das Beschwerdeverfahren vor den Aufsichtsbehörden ... 92

1.4. Betreibungsgegenstand, -ort und Parteien 93
1.4.1. Der Betreibungsgegenstand 93
1.4.2. Die Betreibungsparteien 94
1.4.3. Der Betreibungsort 94
1.5. Die Zeitbestimmungen im SchKG 96
1.5.1. Die Fristen 96
1.5.2. Die Schonzeiten 97
1.6. Formvorschriften, Kosten und Nebenfolgen 99
1.6.1. Formvorschriften 99
1.6.2. Die Betreibungs- und die Parteikosten 100
1.6.3. Die öffentlichrechtlichen Nebenfolgen der Schuldbetreibung 100
1.6.4. Vertretung 101
1.7. Völkerrecht 101
2. Das Einleitungsverfahren 102
2.1. Betreibungsbegehren, Zahlungsbefehl und Rechtsvorschlag 102
2.1.1. Das Betreibungsbegehren (SchKG 67 ff.) 102
2.1.2. Der Zahlungsbefehl 103
2.1.3. Der Rechtsvorschlag 104
2.1.4. Die Wirkungen 106
2.2. Die Rechtsöffnung 106
2.2.1. Funktion, Begriff und Arten 106
2.2.2. Rechtsöffnungsverfahren und -entscheid 106
2.2.3. Die definitive Rechtsöffnung 107
2.2.4. Die provisorische Rechtsöffnung 108
2.2.5. Die Anerkennungsklage (SchKG 79) 110
2.2.6. Die Aberkennungsklage (SchKG 83 II) 110
2.3. Schuldnerschutz aus materiellrechtlichen Gründen 111
2.3.1. Vorbemerkung 111
2.3.2. Aufhebung und Einstellung der Betreibung (SchKG 85) 111
2.3.3. Die Feststellungsklage (SchKG 85a) 112
2.3.4. Die Rückforderungsklage (SchKG 86, 187) 112
2.4. Besondere Betreibungsarten 113
2.4.1. Die Betreibung eines Ehegatten durch den anderen 113
2.4.2. Die Betreibung eines Ehegatten durch einen Dritten 113
2.4.3. Die Betreibung bei gesetzlicher Vertretung oder Beistandschaft 114
2.5. Übersicht Einleitungsverfahren 115
3. Die Betreibung auf Pfändung 116
3.1. Die Pfändung 116
3.1.1. Das Pfändungsverfahren 116
3.1.2. Gegenstand der Pfändung 121
3.1.3. Das Widerspruchsverfahren 124
3.1.4. Die Anschlusspfändung 126
3.2. Die Verwertung 129
3.2.1. Allgemeine Grundsätze der Verwertung 129
3.2.2. Bewegliche Sachen, Forderungen und anderen Rechten 130
3.2.3. Verwertung von Grundstücken 133
3.3. Die Verteilung 136
3.3.1. Voraussetzungen, Verfahren, Kollokationsplan 136
3.3.2. Quittung und Verlustschein 138
3.4. Übersicht Betreibung auf Pfändung 140

4. Die Betreibung auf Pfandverwertung 141

4.1. Vorbemerkungen 141
4.1.1. Allgemeines 141
4.1.2. Voraussetzungen und Beneficium 141
4.1.3. Umfang der Pfandhaft 142

4.2. Das Verfahren 142
4.2.1. Das Einleitungsverfahren (SchKG 87) 142
4.2.2. Die Verwertung 144
4.2.3. Die Verteilung 144

4.3. Retentionsrecht bei Miete / Pacht von Geschäftsräumen / Stockwerkeigentum 145
4.3.1. Allgemeines 145
4.3.2. Das Retentionsverzeichnis 145
4.3.3. Die Rückschaffung entfernter Retentionsgegenstände 146

5. Der Konkurs 147

5.1. Allgemeines 147
5.1.1. Begriff, Wesen und Rechtsnatur des Konkurses 147
5.1.2. Voraussetzungen und Wirkungen 147

5.2. Das Verfahren 148
5.2.1. Die ordentliche Konkursbetreibung 148
5.2.2. Die Wechselbetreibung SchKG 177-189 151
5.2.3. Konkurseröffnung ohne Betreibung / Widerruf 153

5.3. Die Rechtsverhältnisse (materielles Konkursrecht) 156
5.3.1. Die Konkursmasse 156
5.3.2. Die Rechtsstellung des Schuldners 159
5.3.3. Die Rechte der Gläubiger 160

5.4. Formelles Konkursrecht 163
5.4.1. Die Feststellung der Masse und ihre Verwaltung 163
5.4.2. Erwahrung & Kollokation der Konkursforderung 168
5.4.3. Die Verwertung 171
5.4.4. Die Verteilung 174
5.4.5. Das summarische Konkursverfahren und Schluss des Konkurses 176

5.5. Übersicht Konkurs 178

6. Sicherungsmittel vor der Betreibung 180

6.1. Allgemeines 180

6.2. Der Arrest 180
6.2.1. Wesen und Funktion des Arrestes 180
6.2.2. Die Voraussetzungen 180
6.2.3. Das Arrestverfahren 182
6.2.4. Die Wirkungen des Arrestes 184
6.2.5. Der Rechtsschutz gegen den Arrest 184
6.2.6. Die Arrestprosequierung 185

6.3. Besondere Bestimmungen über Miete und Pacht 186
6.3.1. Allgemeines 186
6.3.2. Voraussetzungen 186
6.3.3. Wirkungen 187

6.4. Die paulianische Anfechtung 187
6.4.1. Funktion und Rechtsnatur 187
6.4.2. Die Anfechtungstatbestände 188
6.4.3. Die Geltendmachung der Anfechtung 189
6.4.4. Die Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung 190

7. Nachlassvertrag und Notstundung 191

7.1. Der Nachlassvertrag 191
7.1.1. Wesen, Rechtsnatur und Arten des Nachlassvertrages 191
7.1.2. Das Nachlassverfahren 192
7.1.3. Die Durchführung des Nachlassvertrages 197
7.1.4. Aufhebung und Widerruf des Nachlassvertrages 200
7.1.5. Nachlassverfahren im Konkurs 201
7.1.6. Alternativen zum Nachlassvertrag 201
7.1.7. Übersicht 202

7.2. Die Notstundung 203
7.2.1. Allgemeines 203
7.2.2. Verfahren 203
7.2.3. Wirkungen 203

III. Weitere prüfungsrelevante Rechtsgebiete 204

1. Rechtsmittel auf Bundesebene 204

1.1. Zivilrechtliche Einheitsbeschwerde 204
1.1.1. Allgemeines 204
1.1.2. Verfahren der Einheitsbeschwerde 205

1.2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde 206

1.3. Klage 206

1.4. Revision 207

1.5. Erläuterung und Berichtigung 207

2. Bedeutende Nebenerlasse des SchKG 208

2.1. GSchG 208
2.1.1. Schuldbetreibung im Allgemeinen 208
2.1.2. Die Gläubigergemeinschaft 208
2.1.3. Die Beiratschaft 208

2.2. AVIG 209

2.3. Banken 209

3. Anwaltsrecht 210

3.1. Rechtsquellen 210

3.2. Anwaltsgesetz 210
3.2.1. Allgemeines 210
3.2.2. Interkantonale Freizügigkeit 210
3.2.3. Berufsregeln und Aufsicht 211
3.2.4. Internationale Freizügigkeit 212

3.3. Standesregeln 213

4. Fallbearbeitung im Privatrecht 214

4.1. Erste Instanz 214

4.2. Zweite Instanz 215
4.2.1. Appellation 215
4.2.2. Beschwerde 216

4.3. Bundesgericht 216
4.3.1. Zivilrechtliche Einheitsbeschwerde 216
4.3.2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde (BGG 113 ff.) 216
4.4. Arbeitsstreitigkeit 217
4.5. Unentgeltliche Rechtspflege 217
4.6. Mietstreitigkeit: Vermittlungsverfahren vor Schlichtungsbehörde 218

LITERATUR

AEMISEGGER HEINZ, Die vier Rechtsmittel des neuen Bundesgerichtsgesetzes (BGG), in: Anwaltsrevue 11-12, 2006 S. 419 ff.; BEUSCH MICHAEL, Rechtsschutz durch das Bundesverwaltungsgericht, in: jusletter vom 19.12.2006; BÜHLER ALFRED / EDELMANN ANDREAS / KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Aarau Frankfurt am Main Salzburg 1998; HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN, Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform, Supplement zur 6. Auflage des „Schweizerischen Bundesstaatsrechts, Zürich Basel Genf 2006; HALLER WALTER, Das Rechtsmittelsystem des Bundesgerichtsgesetzes im öffentlichen Recht, in: jusletter vom 19.12.2006; SARBACH MARTIN, BGG und Zivilverfahren, in: jusletter vom 19.12.2006; SCHMID NIKLAUS, Auswirkungen des Bundesgerichtsgesetzes auf die Strafrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, in: jusletter vom 19.12.2006; SPÜHLER KARL / DOLGE ANNETTE / VOCK DOMINIK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), Zürich St. Gallen 2006; VOGEL OSCAR / KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 8. Auflage, Bern 2006; WEISSENBERGER PHILIPPE, Ziel ist eine einheitliche Rechtssprechung, in: plädoyer 6/06, S. 41 ff.; VETTER MEINRAD, Ausgewählte Verfahren im Kanton Aargau, in: Jusletter 5. Februar 2007.

Dezember 2007
mischaberner@gmx.ch

I. ZIVILPROZESSRECHT AARGAU

1. Die ordentliche Zivilgerichtsbarkeit

1.1. Die richterlichen Behörden

1.1.1. Die einzelnen Instanzen

Die Zivilgerichtsbarkeit wird durch den Friedensrichter (vgl. GOG 20-25, ZPO 10), den Gerichtspräsidenten und das Bezirksgericht (vgl. GOG 26-45, ZPO 11 f.), und durch das Obergericht (GOG 47-67, ZPO 11 f.) ausgeübt (ZPO 1). Bzgl. der Kreise und der Bezirke siehe das diesbezügliche Gesetz (SAR 117.100).

1.1.2. Ausstand des Richters

a) Allgemeines

Die **Unvereinbarkeiten** sind in KV 69 III und in dem Unvereinbarkeitsgesetz (SAR 150.130) geregelt. Aus der Garantie des verfassungsmässigen Richters ergibt sich ein Anspruch auf die richtige Besetzung des Gerichts. Kann eine Person ihre Unabhängigkeit nicht mehr garantieren, hat sie in den Ausstand zu treten. Der Ausstand ist in ZPO 2 ff. geregelt, und konkretisiert daher das verfassungsmässige Recht. Aus der Garantie auf die richtige Besetzung des Gerichts und auf Unbefangenheit ergeht auch ein Anspruch auf Bekanntgabe der personellen Zusammensetzung der entscheidenden Behörde (vgl. ZPO 276).

Die unrichtige Besetzung des Gerichts und die Ablehnung eines Richters sind so früh wie möglich geltend zu machen. ZPO 2 ff. gelten für alle Richter aus ZPO 1, **sowie für die Gerichtsschreiber** (ZPO 8). Für die besonderen Gerichte und die Schlichtungsstellen im Miet- und Pachtwesen verweisen ZPO 353 bzw. VVO 8 I auf ZPO 2 ff. Ebenso muss der Sachverständige unabhängig, unparteilich und unbefangen sein. Dies ergeht direkt aus der BV. Eine **Strafanzeige gegen den Richter begründet nicht bereits direkt Befangenheit**.

b) Gesetzliche Regelungen im Einzelnen

ZPO 2 nennt die **Ausschliessungsgründe**. Sie unterscheiden sich von den **Ablehnungsgründen** aus ZPO 3 dadurch, dass der Justizbeamte bei ihrem Vorliegen ohne weiteres austreten muss. Sie wirken daher absolut und bedürfen keines Antrages. Lag

ein Grund gemäss ZPO 2 vor, kann dieser selbst noch im Rechtsmittelverfahren zur Aufhebung des Urteils führen. Bei ZPO 2 c. (Vorbefassung durch Richter oder Ehegatte) gilt die Vorbefassung innerhalb der gleichen Instanz grundsätzlich nicht als Ausschlussgrund. Eine der Norm genügende Vorbefassung liegt ferner nur dann vor, wenn dadurch eine zu beurteilende Rechtsfrage als nicht mehr offen erscheint. Eine unzulässige Vorbefassung des Scheidungsrichters liegt vor, wenn der vorgängig als Strafrichter über Straftaten eines Ehegatten gegenüber dem andern und damit über eine auch zivilrechtlich wesentliche Frage entschieden hat. Kein Ausstand liegt vor, wenn der Rechtsöffnungsrichter Urteilsrichter war, weil er danach als Vollstreckungs- und nicht mehr als Sachrichter handelt. Ebenso liegt kein Ausstand vor, wenn der Richter die provisorische wie auch die definitive Rechtsöffnung beurteilt. Wie erwähnt bedürfen die Gründe aus ZPO 3 einen Antrag für den Ausstand. Der Richter kann einen solchen Grund auch selbst anzeigen.

ZPO 4 ff. regeln das **Verfahren bzgl. des Ausstands**. Verletzt ein Richter ZPO 2 und tritt er nicht zugleich in den Ausstand, liegt ein anzeigepflichtiger Disziplinarfehler vor (GOG 74, 81, 85). Wird der Fehler erst vor der zweiten Instanz entdeckt, ist der Entscheid aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen (anfechtbar, nicht nichtig). Der Ausstandsgrund muss nicht nur glaubhaft, sondern nachgewiesen sein.

Bei Ablehnungsgründen gemäss ZPO 3 gilt ZPO 5 ff. Der Ablehnungsgrund muss glaubhaft gemacht werden, und der Gegenpartei ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (ZPO 5). Das Ablehnungsgesuch kann bis zum Abschluss des Verfahrens gestellt werden, nicht aber nach Eröffnung des Entscheides. Die Gutheissung des Gesuches wirkt zurück auf die Einreichung, nicht auch auf einen früheren Zeitpunkt. Ein Ablehnungsgrund kann verwirken, wenn kein Gesuch gestellt wird. **Ausschliessungsgründe hingegen können immer geltend gemacht werden**. Will der Richter in den Ausstand treten, hat er dies ebenfalls glaubhaft zu machen (ZPO 6).

Die Zuständigkeiten für das Ablehnungsgesuch sind in ZPO 7 festgelegt. Das Gesetz sieht kein Rechtsmittel vor, doch die Beschwerde wegen Verstosses gegen grundlegende gesetzliche Bestimmungen ist möglich (vgl. ZPO 335 b). Gegen den obergerichtlichen Ausstandsentscheid ist der Weiterzug ans Bundesgericht möglich.

1.1.3. Sachliche Zuständigkeit

a) Allgemeines

Sachlich muss eine Zivilrechtsstreitigkeit vorliegen (ZPO 9 I). Ist die Zuständigkeit streitig, entscheidet das Obergericht und nötigenfalls der Grosse Rat (ZPO 9 II, vgl. KV 82 I d). Die ZPO ist anwendbar, wo das OR und das ZGB die Tätigkeit des Richters vorsehen (EGZGB 1). Zur Abgrenzung zum öffentlichen Recht vgl. die allgemeinen Theorien. Die Zivilgerichte können in Streitsachen über Privatrechte Vorfragen öffentlichrechtlicher Natur entscheiden (vgl. z.B. KG 15).

Streitigkeiten, ob ein Gewässer öffentlicher oder privater Natur sei, entscheiden die Zivilgerichte (GNG 48 1, BauG 114 I). **Wegen Immissionen, die von einem Werk ausgehen für welches dem Werkeigentümer das eidgenössische Enteignungsrecht zusteht, kann der Grundeigentümer nicht beim Zivilrichter klagen, ausser die Einwirkungen seien nicht notwendig oder leicht vermeidbar**. Die Zulässigkeit des Rechtsweges ist Prozessvoraussetzung.

Von der sachlichen Zuständigkeit ist die **funktionelle Zuständigkeit** zu unterscheiden, welche die verschiedenen Funktionen in derselben Streitsache auf die verschiedenen in einem Rechtsgang tätigen Organe verteilt (z.B. Friedensrichter als Vermittler und bis zu einem Streitwert von Fr. 2000.- als Richter).

Für gewisse Streitigkeiten schreibt das Bundesrecht die Beurteilung durch eine einzige Instanz vor (z.B. MSchG 58 III, 76 PatG, KG 14). In diesen Fällen ist das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz zuständig (ZPO 404 I b 1-4).

Entscheidend ist der Unterschied zwischen **vermögensrechtlichen** und **nichtvermögensrechtlichen** Streitigkeiten. Zu ersteren gehören bspw. auch familienrechtliche, die Unterhaltspflicht betreffende Abänderungsklagen, oder die Frage der Erbenstellung, weil deren Ansprüche aus einem vermögensrechtlichen, das heisst auf Gewinnung von Geld oder geldwerter Leistung abzielenden Rechtsverhältnis abgeleitet werden.

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Rechtsbegehren der Klage und dessen Begründung, wenn sie von der Natur des eingeklagten Anspruchs abhängt. Die Begründetheit wird aber noch nicht im Rahmen des Zuständigkeitsentscheides überprüft. **Wenn die sachliche Zuständigkeit aber von Tatsachen abhängt, die ausserhalb des Klagefundamentes stehen**, z.B. von der Gültigkeit einer Schiedsabrede oder vom Eintrag im Handelsregister (ZPO 404 I), **ist bereits im Rahmen des Zuständigkeitsentscheides die zuständigkeitsbegründende Tatsache abzuklären und allenfalls darüber Beweis abzunehmen**. Ihre Bestreitung durch die Gegenpartei ist daher beachtlich.

Klagen mit rechtlich mehrfach begründetem Rechtsbegehren müssen einheitlich beurteilt werden, und können nicht in Teilklagen zerlegt werden bzw. es kann nicht nur ein Teil davon beurteilt werden (Kompetenzattraktion, vgl. KG 14 I). Dem Kläger bleibt es jedoch unbenommen, mittels Teilklage die sachliche Zuständigkeit zu beeinflussen. Der Beklagte **kann mit einer negativen Feststellungswiderklage eine Beurteilung des Gesamtanspruches durch das hiefür zuständige Gericht erreichen** (vgl. ZPO 19 II).

Bei der einfachen Streitgenossenschaft, bei welcher die Klagenverbindung auf prozessökonomischen Erwägungen beruht, müssen die Zuständigkeitsvoraussetzungen des Sondergerichts für alle Kläger oder Beklagten gegeben sein. Dies gilt aber nicht im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft, wo der Kläger die Wahl hat.

Die **gesetzliche Zuständigkeitsordnung ist zwingender Natur** und ist daher von Amtes wegen abzuklären. Der Entscheid des unzuständigen Gerichts ist nichtig, ausser wenn die Parteien über das Gericht hätten entscheiden können (z.B. mittels Schiedsabrede).

Neben dem Hauptbegehren können auch **Nebenbegehren** eingegeben werden, die nicht in dieselbe Zuständigkeit fallen würden, wenn sie einzeln gestellt würden (ZPO 15, „Kompetenzattraktion mit konnexen Nebenbegehren“). Die Nebenbegehren müssen **untergeordneter Bedeutung** sein und in einem engen Zusammenhang zum Hauptbegehren stehen.

b) Instanzen

i. Friedensrichter

Der Friedensrichter entscheidet bei einem Streitwert von weniger als CHF 2'000.-, und führt in den restlichen (vom Gesetz vorgesehenen Fälle) ein Vermittlungsverfahren durch (ZPO 10, vgl. für das Verfahren ZPO 135 und 147 f.). Der Friedensrichter handelt als Schlichtungsstelle in Konsumentenstreitigkeiten (vgl. Dekret über das Schlichtungsverfahren in Streitigkeiten aus Verträgen zwischen Endverbrauchern und Anbietern). Ein Verzicht auf ein Vermittlungsverfahren gemäss ZPO 137 ist also nicht möglich. Im internationalen Bereich siehe IPRG 114 und LugÜ 14 (Konsumentenstreitigkeiten). Bei UWG-Streitigkeiten ist dem Kläger die Wahl zur Durchführung eines Vermittlungsverfahrens vor dem Friedensrichter überlassen (ZPO 407).

ii. Gerichtspräsident

Der Gerichtspräsident entscheidet als Einzelrichter im ordentlichen Verfahren, wenn die vermögensrechtliche Streitigkeit von weniger als CHF 20'000.- nicht einem besonderen Gericht zugewiesen ist. Er ist auch für das summarische Verfahren zuständig (ZPO 11 b) und in Ehescheidungssachen, wenn sich die Parteien einig sind (ZPO 11 c). Bei einer Teilkonvention kann das vereinfachte Verfahren nicht Platz greifen. Wenn sich die Ehegatten einig sind, dass der Gerichtspräsident auch über die streitigen Sachen entscheiden soll, lässt es das Gesetz in ZPO 11 d zu.

Der Gerichtspräsident entscheidet ferner über den Ausstand des Friedensrichters, des Gerichtsschreibers, er erlässt die prozessleitenden Verfügungen als Instruktionsrichter (ZPO 14) und bewilligt die unentgeltliche Rechtspflege (ZPO 128 ff.).

iii. Bezirksgericht und Obergericht

Das Bezirksgericht entscheidet bei Streitsachen über CHF 20'000.- im ordentlichen Verfahren und über nichtvermögensmässige Streitsachen. Ausserdem ist es das subsidiäre Gericht (ZPO 12 II).

Das Obergericht entscheidet als Rechtsmittelinstanz sowie direkt über vermögensmässige Streitigkeiten, wenn es die Parteien wollen (Prorogation), allerdings nur, wenn der Weiterzug ans Bundesgericht möglich ist. **Vgl. dazu auch ZPO 364 und 404 II**.

iv. Instruktionsrichter

Er ist in ZPO 14 geregelt. Er leitet den Schriftenwechsel und erfüllt die übrigen ihm durch das Gesetz übertragenen Aufgaben. Der Gerichtspräsident amtet als Instruktionsrichter, vor Obergericht dessen Mitglieder.

c) Berechnung des Streitwertes

Massgebend ist der Streitwert der Klage, die beim erstinstanzlichen Richter angehoben wird (ZPO 16). Das Begehren vor dem Friedensrichter ist nur für sein allfälliges Urteil

massgebend. Ist der Streitwert nicht bemessen, entscheidet der Richter nach seinem Ermessen darüber; er kann auch einen Sachverständigen beiziehen oder Augenschein nehmen (ZPO 17). Er ist nicht an die allenfalls erfolgten Streitwertangaben der Parteien gebunden, selbst wenn diese übereinstimmen.

Die Berechnung des Streitwertes ist für die Kostenfreiheit des Arbeitsgerichtsprozesses, für die Zusammensetzung des Arbeitsgerichts (über CHF 1'000.- Streitwert Fünfer- statt Dreierbesetzung [ZPO 360]), für die Urteilskompetenz des Friedensrichters und für die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit Gerichtspräsident / Bezirksgericht massgebend. Ferner ist die Höhe massgebend für die Verfahrens- und Parteikosten.

Eine **Verminderung des Streitwertes infolge Teilrückzug oder Anerkennung ist ohne Einfluss auf die sachliche Zuständigkeit, auf die Kostenlosigkeit des Verfahrens und auf die Zulässigkeit von Rechtsmitteln**. Eine Ausnahme besteht bei der Widerklage, wenn deren Streitwert die Zuständigkeit des angerufenen Richters übersteigt. Diesfalls erfolgt eine Überweisung an den für die Widerklage zuständigen Richter (ZPO 19).

Die Trennung oder Vereinigung von Klagen beeinflusst die Streitwertbegrenzung, wenn sie bereits bei Prozessanleitung vom Richter angeordnet wird.

Bei Klagen auf Erfüllung oder Rückabwicklung eines zweiseitigen Vertrages kommt es auf die verlangte Leistung an, an welcher nicht etwa die Gegenleistung abgezogen wird. Wird eine Teilforderung eingeklagt, ist nur diese für den Streitwert von Bedeutung.

Werden von einem Kläger mehrere Ansprüche eingeklagt (Klagenhäufung, Streitgenossenschaft), die sich nicht gegenseitig ausschliessen, sind sie für den Streitwert zusammenzuzählen (ZPO 18). **Zinsen und Prozesskosten fallen aber nicht in Betracht**. Bei wiederkehrenden Leistungen gilt der Kapitalwert als Streitwert (ZPO 20 I). Ist nicht möglich, diesen auszurechnen, wird der jährliche Betrag verzwanzigfacht (ZPO 20 II).

Bei Dienstbarkeiten ist das grössere der beteiligten Interessen massgebend (ZPO 21). Bei Sicherstellung einer Forderung oder einem Pfand gilt der niedrigere Betrag (ZPO 22).

1.1.4. Örtliche Zuständigkeit

Die Regeln über die örtliche Zuständigkeit sind im Gerichtsstandsgesetz zu finden. Davon vorbehalten sind die örtlichen Zuständigkeiten im SchKG, im Vormundschaftsrecht und im internationalen Verhältnis (GestG 1). Klagen gegen den Kanton und die selbstständigen staatlichen Anstalten können beim Richter des Kantonshauptortes oder am aargauischen Wohnsitz des Klägers erhoben werden (ZPO 27). Diese Bestimmung ist nur von Bedeutung, soweit nicht das Verwaltungsgericht zuständig ist.

1.1.5. Auswärtige Amtshandlungen und Rechtshilfe

Die massgeblichen Bestimmungen sind ZPO 40-46. Weitaus von höherer Bedeutung ist indessen das Konkordat über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen (SR 274), an welchem alle Kantone beteiligt sind. Es gewährleistet insbesondere, dass auch

dort, wo Einvernahmen und Instruktionen in einem anderen Kanton vorgenommen werden, **in allen Stadien eines Prozesses dasselbe Verfahrensrecht angewendet werden kann. Das Konkordat hebt die für den Zivilprozess bestehenden kantonalen Hoheitsschranken auf**. Die Bestimmungen der ZPO sind weitgehend durch das Konkordat abgelöst worden, da dieses die ZPO derogiert (vgl. ZPO 45).

Die Rechtshilfe für ausländische Gerichte richtet sich nach den Staatsverträgen (namentlich Haager Übereinkommen HUe 65, HUe 70, HUe 80). HUe 65 befasst sich mit der Zustellungshilfe, HUe 70 mit der rechtshilfeweisen Beweisaufnahme und HUe mit der Sicherstellung. Für die unentgeltliche Rechtspflege gilt das europäische Übereinkommen von 1977 (EUe 77). Eine Rechtshilfe kann sich auch durch die Vollstreckbarkeitserklärung ergeben (vgl. IPRG 25 f.).

1.2. Verfahrensbeteiligte

1.2.1. Partei- und Prozessfähigkeit

a) Parteifähigkeit

Die Parteibezeichnung erfolgt in der Klage. Eine Berichtigung ist möglich; nicht zulässig ist hingegen ein Parteiwechsel (ZPO 62 ff.). **Die Zulässigkeit einer Parteiberichtigung setzt voraus, dass die wirklich gemeinte, aber falsch bezeichnete Partei bisher im Prozess irgendwie handelnd in Erscheinung getreten ist und von der Parteistellung Kenntnis haben musste**. Als Beispiel ist die Berichtigung von „Erben H.S." durch die Streitgenossenschaft mit den einzelnen Erben zu nennen. Zu beachten ist, dass trotz unrichtiger Bezeichnung des Beklagten die Verjährung unterbrochen wird, wenn keine Zweifel an der Identität der wahren Partei bestehen.

Parteifähig ist jeder, der rechtsfähig ist (ZPO 47, vgl. ZGB 59). Rechtsunfähig, aber parteifähig sind:

- Kollektiv- und Kommanditgesellschaft (OR 562, 602), Träger der Rechte und Pflichten sind aber trotzdem die einzelnen Gesellschafter. Die Gesellschafter haben bloss das Recht, als Gesellschaft aufzutreten und müssen daher nicht einzeln bezeichnet werden.

- Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer (ZGB 712l, Verwaltung). Von der Parteifähigkeit ist indessen die Sachlegitimation zu unterscheiden (vgl. ZPO 48 f.). Diese fehlt für Gewährleistungsansprüche auch bezüglich gemeinschaftlicher Bauteile, sofern sie ihr (d.h. der Stockwerkeigentümergemeinschaft) weder vertraglich eingeräumt noch zessionsweise übertragen worden sind.

- Verwaltung der AG, der GmbH und der Genossenschaft für die Anfechtung von Beschlüssen der General bzw. Gesellschafterversammlung.

- Als Sondervermögen die Konkursmasse (SchKG 197, 240), die Liquidationsmasse beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (SchKG 319) und das Erbschaftsvermögen bei der amtlichen Nachlassliquidation (ZGB 573, 593 f.).

Nicht parteifähig sind die Erbengemeinschaft (ZGB 602), die Miteigentümergemeinschaft, die einfache Gesellschaft, die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen (OR 1164 I) und die Zweigniederlassungen. Parteifähig ist hingegen das Erbschaftsvermögen bei der amtlichen Nachlassliquidation nach ZGB 553 ff., sowie nach SchKG 49 und 59.

Öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten kommt Parteifähigkeit zu, wenn sie mit Rechtspersönlichkeit ausgestaltet sind. Behörden sind hingegen nicht parteifähig (Gemeinde also ja, Gemeinderat aber nicht). Ausnahme sind die Vormundschaftsbehörde (ZGB 157, 378) und die unselbständigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten, denen im Einzelfall Parteistellung zukommen kann.

Die Parteifähigkeit ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Wird sie verneint, folgt daher ein Nichteintreten. Im internationalen Verhältnis s. IPRG 34, 154 f.

b) Prozessfähigkeit

Wer handlungsfähig ist, ist auch prozessfähig (ZPO 48 I). Jede Partei kann dabei auch ihre Rechte selbständig wahrnehmen, d.h. es herrscht kein Anwaltszwang. Prozessfähig sind die Handlungsfähigen, sowie die beschränkt handlungsunfähigen Personen, soweit ihre Handlungsfähigkeit reicht (ZPO 49 II). In letzteren eingeschlossen sind sowohl die beschränkt handlungsunfähigen (urteilsfähige Unmündige oder Entmündigte), wie auch die beschränkt handlungsfähigen Personen (Verbeiratete). **Beschränkt Handlungsunfähige** sind im Zusammenhang mit höchstpersönlichen Rechten, mit ihrem Arbeitserwerb und bzgl. ihres zur freien Verwaltung überlassenes Vermögen prozessfähig. Verbeiratete sind für Prozesse über höchstpersönliche Rechte prozessfähig, und bei der Verwaltungsbeiratschaft für Prozesse, die nicht das Vermögen betreffen (z.B. über den Arbeitserwerb). Der Vertreter kann bereits (ungültig) vorgenommene Prozesshandlungen im Nachhinein genehmigen.

Juristische Personen handeln durch ihre Organe (ZPO 48 II). Die parteifähigen Gebilde sind auch prozessfähig. Nicht partei- und prozessfähig sind die Gesamthandsverhältnisse (einfache Gesellschaft, Gütergemeinschaft, Gemeinderschaft ZGB 336 ff., Erbengemeinschaft). Die „Teilnehmer“ der Gesamthandschaften müssen als notwendige aktive Streitgenossen klagen, oder gemeinsam als solche eingeklagt werden, solange gemeinsames Eigentum oder Besitz im Streit steht. Für die Schulden haften sie aber solidarisch und können daher persönlich belangt werden.

Die Prozessfähigkeit ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Auf die Klage eines Nichtprozessfähigen ist nicht einzutreten, allenfalls ist eine Frist für die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters anzusetzen (ZPO 173 II). Bestehen Zweifel bzgl. der Prozessfähigkeit, ist die Vormundschaftsbehörde zu benachrichtigen zwecks Bestellung eines Vertretungsbeistandes (ZPO 66 III). Im internationalen Verhältnis siehe IPRG 35 und 154.

c) Sachlegitimation und Prozessstandschaft

Diese sind von der Partei- und Prozessfähigkeit zu unterscheiden. Die Sachlegitimation bedeutet die **Berechtigung, den eingeklagten Anspruch in eigenem Namen geltend zu** machen (Aktivlegitimation) bzw. **ihn gegen die beklagte Person zu erheben**

(Passivlegitimation). Sie ist keine Prozessvoraussetzung, sondern eine Frage der materiellen Begründetheit des Klageanspruches (vgl. auch ZPO 72). Als Beispiel ist die Frage der Zulässigkeit der einfachen Streitgenossenschaft eine Prozessvoraussetzung, diejenige der Zulässigkeit der notwendigen Streitgenossenschaft aber eine der Sachlegitimation.

Als Prozessstandschaft wird die Berechtigung einer Person bezeichnet, anstelle des Berechtigten oder Verpflichteten im eigenen Namen als Partei den Prozess zu führen. Gesetzlich geregelte Fälle sind der Willensvollstrecker, der Erbschaftsverwalter, der amtliche Erbschaftsvertreter, der Ehegatte des Mieters einer Familienwohnung (OR 273a), der Konkursverwalter, der Abtretungsgläubiger nach SchKG 260 und der Vertreter gemäss AFG 28.

1.2.2. Streitgenossenschaft

a) Allgemeines

Die Streitgenossenschaft (ZPO 50 ff., subjektive Klagenhäufung) ist wie die objektive Klagenhäufung (ZPO 171) und die Widerklage (ZPO 180) eine Klageverbindung.

b) Einfache Streitgenossenschaft

Bei der einfachen Streitgenossenschaft (ZPO 50) müssten nicht alle Kläger oder Beklagte gemeinsam klagen bzw. beklagt werden, denn sie beruht lediglich auf dem durch gleichartige Sachverhalte und Rechtsgründe geschaffenen Sachzusammenhang. Jeder Kläger und Beklagte hat jeweils eine selbständige Berechtigung, und könnte so auch die Sache mehrfach angehen.

Während ZPO 50 a die **materielle Streitgenossenschaft** bezeichnet (z.B. Solidarschuldner), betrifft lit. b die **formelle Streitgenossenschaft**. Sie ist gegeben, wenn mehrere Betroffen sind, doch aus verschiedenen Rechtsverhältnissen (z.B. mehrere Verletzte auf Schadenersatz, mehrere Arbeitnehmer wegen gleichartiger Verletzung gleichlautender Arbeitsverträge etc.). Eine alternative Klageverbindung ist trotz abweichender Lehrmeinung zulässig (wenn A zu Schadenersatz verurteilt wird, muss B nicht angegangen werden). Sie hat zur Folge, dass der Kläger für eine der beiden Klagen immer das Kostenrisiko trägt, ausser er wurde zu dieser Klagenhäufung gezwungen. Die **Zulässigkeit der einfachen Streitgenossenschaft ist vom Amtes wegen als Prozessvoraussetzung zu prüfen**. Der Instruktionsrichter stellt nur auf die Klage ab. Fehlt die Verbindungsvoraussetzung, werden mehrere getrennte Prozesse geführt.

Als Wirkung führen die Streitgenossen den Prozess gemeinschaftlich, wobei die Handlungen eines Streitgenossen aber **weder zum Vorteil noch zum Nachteil der anderen gereichen** (ZPO 51 II, Anerkennung, Rückzug, Rechtsmittel, Säumnis etc.). Es bestehen daher eigentlich **mehrere voneinander unabhängige Prozesse**. Für jeden einzelnen müssen die Prozessvoraussetzungen vorhanden sein. Als Besonderheit ist es aber möglich, die Werte der einzelnen Ansprüche zusammenzuzählen, damit eine Zuständigkeit geschaffen werden kann, die für die einzelnen Klagen fehlen würde (vgl. ZPO 18 I). **Die Streitgenossen können nur vom Instruktionsrichter zur Vereinigung gezwungen werden** (ZPO 52), ansonsten besteht kein Zwang zur einfachen Streitgenossenschaft. Für die Kostenverteilung siehe ZPO 117.

c) Notwendige Streitgenossenschaft

Die notwendige Streitgenossenschaft ist in ZPO 53 ff. vorgesehen. Sie ist dann notwendig, wenn nach materiellem Recht die Entscheidung über das Streitverhältnis notwendigerweise einheitlich ergehen muss. Beispiele für die notwendige Streitgenossenschaft sind:

- Einspruchsklage (ZGB 111) und Klage wegen Ungültigkeitserklärung der Ehe: gegen beide Verlobten bzw. Ehegatten.
- Klage der Vormundschaftsbehörde auf Abänderung der Elternrechte gegen beide Ehegatten.
- Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung gegen Vater und Kind (ZGB 260a).
- Alle Erben zur Einklagung eines Anspruches der Erbengemeinschaft.
- Klage auf Feststellung einer Dienstbarkeit gegen alle Miteigentümer des Grundstücks.
- Klage auf Ausdehnung der gemeinschaftlichen Teile gegen alle Stockwerkeigentümer.
- Klage auf Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechtes gegen alle Miteigentümer.
- Mehrere Vorkaufsberechtigte müssen gemeinsam auf die Übertragung des Eigentums klagen.
- Ehegatten in Mietangelegenheiten bei der Familienwohnung.
- Klagen für das Gesellschaftsvermögen (OR 544 I). Bei einer einfachen Gesellschaft bilden die Gesellschafter für zum Gesellschaftsvermögen gehörende Rechte und Pflichten eine notwendige Streitgenossenschaft. Davon ausgenommen sind die Schulden, denn da haften die Gesellschafter als Solidarschuldner.
- Klage auf Auflösung der AG (OR 736 4.), wobei jeder einzelne aussteigen kann und damit u.U. das nötige Quorum auflöst, womit die Weiterführung des Prozesses nicht mehr möglich ist.

Klagen nicht alle notwendigen Streitgenossen oder werden nicht alle eingeklagt, fehlt die **Aktiv- oder die Passivlegitimation** und die Klage ist abzuweisen. Diejenigen müssen aber nicht eingeklagt werden, die von vorneherein das Urteil anerkennen.

Als Wirkung muss der Prozess gemeinschaftlich geführt werden, rechtzeitige Prozesshandlungen **wirken im Gegensatz zur einfachen Streitgenossenschaft für alle säumigen Streitgenossen** (ZPO 54, ausnahmsweise soll das entgegen dem Gesetz auch für Rechtsmittel gelten, so bei Interessenkollisionen oder Abwesenheit eines Streitgenossen). Die Rechtsmittel im Prozess der Vormundschaftsbehörde auf Abänderung der im Scheidungsurteil getroffenen Besuchsordnung können von jedem einzelnen Elternteil alleine erhoben werden („uneigentliche notwendige Streitgenossenschaft“, dasselbe gilt für die Abtretungsgläubiger bei SchKG 260).

1.2.3. Beteiligung Dritter am Rechtsstreit

a) Allgemeines

Das Gesetz beinhaltet die Streithilfe (Nebenintervention) und die Streitverkündung. Das IPR regelt diese Sachverhalte nicht, die Voraussetzungen und die Zulässigkeit richten sich daher nach der **lex fori des Prozessgerichts**, während die Wirkungen nach dem anwendbaren materiellen Recht zu bestimmen sind. Für das LugÜ siehe Art. 6 Ziff. 2 und Art. 10 Abs. 3.

b) Streithilfe

Die Streithilfe (ZPO 56 f.) ist die **Beteiligung eines Dritten an der Führung eines fremden Rechtsstreites durch Unterstützung einer Partei im eigenen Interesse** (z.B. der Bürge). Der Dritte wird zur Nebenpartei, die Partei zur Hauptpartei. Besteht eine **Rechtsbeziehung zum Gegner, ist der Streithelfer selbständig**; besteht eine solche zur Hauptpartei, ist er unselbständig (vgl. ZPO 57 II).

Voraussetzung ist ein rechtliches Interesse. Der Beitritt erfolgt durch eine schriftliche Erklärung des Grundes und der Partei, welche ebenfalls wie auch die Gegenpartei informiert werden muss. Über die Zulassung entscheidet der Instruktionsrichter, nach Abschluss des Behauptungsverfahrens aber der erkennende Richter. Der Zulassungsentscheid ist eine unselbständige Zwischenverfügung, die nur mit dem Endurteil anfechtbar ist (vorbehalten bleibt ZPO 333).

Der **unselbständige Streithelfer kann nicht im Widerspruch der Hauptpartei handeln**; solche Ausführungen wären unbeachtlich (ZPO 57 I). Der selbständige Streithelfer hingegen ist unabhängig.

c) Streitverkündung

Die Streitverkündung (ZPO 58 ff.) ist die von der Partei (Denunziant) ausgehende förmliche Aufforderung an einen Dritten (Litisdenunziat), sie in einem anhängigen Prozess zu unterstützen (ZPO 59) oder gegebenenfalls den Prozess zu übernehmen (ZPO 60). Die Voraussetzung dafür ist gegeben, **wenn eine Partei für den Fall des Unterliegens auf einen Dritten Rückgriff nehmen will oder den Anspruch eines Dritten befürchtet**.

Die Streitverkündung ist schriftlich dem Richter zur Zustellung an den Dritten einzureichen, mit Angabe des Grundes. Sie entfaltet ihre volle Wirkung nur, wenn sie bei Prozessbeginn, also mit der Klage oder der Antwort, erklärt wird (ZPO 61).

Tritt der Litisdenunziat nicht bei, treten keine prozessualen Nachteile ein (aber eventuell materiellrechtliche). Übernimmt er den Prozess, bleibt der Denunziant Partei, es erfolgt also kein Parteiwechsel. Die Streitverkündung unterbricht die Verjährung grundsätzlich nicht (nur für die Wechselforderung OR 1070).

1.2.4. Parteiwechsel

Ein Parteiwechsel liegt vor, wenn in einem hängigen Verfahren statt des bisherigen Klägers oder Beklagten eine neue Partei als Kläger oder Beklagter den Prozess fortsetzt. Die Zulässigkeit eines Parteiwechsels bildet Prozessvoraussetzung. Vom Parteiwechsel ist die Prozessstandschaft (ZPO 48 f.), der Prozessbeitritt als einfacher Streitgenosse, die Klagenhäufungen, die Streithilfe (ZPO 56 f.), die Streitverkündung (ZPO 60) und die Abtretung von Forderungen der Konkursmasse nach SchKG 260 zu unterscheiden.

Ein gesetzlicher Parteiwechsel erfolgt beim **Tod** einer Partei (ZPO 62 I), ausser wenn ein höchstpersönliches Recht Streitgegenstand bildet (z.B. Trennung der Ehe). Ferner sieht ZPO 63 auch in andern Fällen eine Prozessnachfolge vor, so bspw. bei der **Fusion**, der Eintritt der Gütergemeinschaft (ZGB 222) oder anderen Fällen von Gesamtnachfolge. Auch im Konkurs verliert der Schuldner sein Prozessführungsrecht (vgl. aber SchKG 207 IV). Wird im Aktivprozess die Forderung aber nicht gemäss SchKG 260 abgetreten und will auch die Konkursverwaltung den Prozess nicht weiterführen, erlangt der Schuldner seine Prozessführungsbefugnis zurück. Das gilt auch beim Widerruf des Konkurses (SchKG 195) oder bei dessen Einstellung. Rechtsöffnungsverfahren werden beim Konkurs gegenstandslos, da hängige Betreibungen durch die Konkurseröffnung aufgeschoben werden (SchKG 206 I).

Ein gewillkürter Parteiwechsel sieht das Gesetz bloss im Falle der **Veräusserung des Streitgegenstandes** vor (ZPO 64). Der Erwerber haftet solidarisch für die entstandenen Kosten, und er kann deswegen auch in den Prozess eintreten. Tut er diese nicht und ermächtigt er auch den Veräusserer nicht, den Prozess weiterzuführen, wird die Klage gegenstandslos (ZPO 65 I). Bei Konkurs des Arbeitgebers siehe AVIG 55 I. Kein Parteiwechsel liegt vor, wenn eine einfache Gesellschaft wegen Überschreitens der Roheinnahmen für eintragungspflichtige Handelsgewerbe zur Kollektivgesellschaft wird.

Stirbt eine Partei nach Erlass des Urteils, aber vor dessen Rechtskraft, kommt ZPO 64 ff. nicht zur Anwendung. Der Prozess ist daher nicht auszusetzen, es wird gleich verfahren, wie wenn die Partei nach der Rechtskraft stirbt.

1.2.5. Vertretung und Verbeiständung

Der Prozessvertreter ist zu umfassender Wahrung der prozessualen Interessen der vertretenen Partei im Rahmen seiner Vollmacht befugt. Im Gegensatz zum unentgeltlichen Rechtsvertreter (ZPO 130) oder dem gesetzlichen Vertreter der prozessunfähigen Partei (ZPO 48 f.) ist er gewillkürt. Anwendbar ist OR 32 ff. Das Anwaltsmonopol gilt nur bei der Vertretung; eine Partei kann daher selbständig vor Gericht auftreten.

Solange es das Gesetz nicht vorschreibt (vgl. ZPO 142, 366), kann der Vertreter alle Handlungen für den Vertretenen vornehmen (ZPO 66 I). Als Vertreter kann der Vormund, der Beistand (ZGB 421), der Verwalter der Stockwerkeigentümergemeinschaft (ZGB 712f II), die Geschäftsführer, der Prokurist (OR 459 I), der Handlungsbevollmächtigte (OR 462) oder der Beauftragte (OR 396 III, wobei letztere vier einer speziellen Prozessvollmacht bedürfen) handeln. Die Vertreter müssen aber selbst handlungs- und prozessfähig

sein und eine schriftliche Vollmacht vorweisen (ZPO 68 I). Beim Fehlen der Vollmacht wird dem Vertreter und der Partei eine Frist zur Nachreichnung zu geben (ZPO 71 I, die Bevollmächtigung ist daher als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen, vgl. ZPO 189 I, 183 II und 193 für die Säumnisfolgen). Einer unfähigen Partei hält der Instruktionsrichter an, einen Vertreter beizuziehen (ZPO 66 II, vgl. GOG 7 II). Der Instruktionsrichter benachrichtigt auch bei der Ansicht nach einer vormundschaftlichen Massnahme die Vormundschaftsbehörde (ZPO 66 III).

Vom **Anwaltszwang ausgenommen** sind die Vertretung des Ehegatten, das Auftreten eines Organs einer Gesellschaft, und das Handeln eines Prokuristen (ZPO 67 II), die Vertretung vor dem Friedensrichter (ZPO 142 II, vgl. die Voraussetzungen), die Vertretung in den erstinstanzlichen, vom Gerichtspräsidenten im summarischen Verfahren zu erledigenden betreibungs- und konkursrechtlichen Summarsachen (ZPO 301 III), im Beschwerdeverfahren nach SchKG 17 ff., an der arbeitsgerichtlichen Vermittlungsverhandlung (ZPO 366 II), nichtberufsmässige Vertretung im übrigen Verfahren vor dem Arbeitsgericht (ZPO 367), vor der Schlichtungsbehörde (VVO 10 I), bei der Inkassohilfe nach ZGB 290 und bei der unentgeltlichen Mithilfe beim Verfassen von Rechtsschriften.

Der Umfang der Vertretung ist in ZPO 69 festgelegt (grundsätzlich alle Handlungen, die der Prozess mit sich bringen kann). Der Widerruf der Vollmacht sind dem Gericht und der Gegenpartei unverzüglich mitzuteilen (ZPO 70).

Einem nicht bevollmächtigten Vertreter sind die entstandenen Kosten durch die Nichtbevollmächtigung aufzuerlegen (ZPO 71 III). Gegen diesen Entscheid des Gerichtspräsidenten ist die Beschwerde gemäss ZPO 335 bzw. gegen den Entscheid des Bezirksgerichts die Beschwerde gemäss ZPO 121 gegeben.

1.3. Allgemeines Verfahrensrecht

1.3.1. Grundsätze des Verfahrens

a) Allgemeines

Dem Richter obliegt die formelle Prozessleitung (ZPO 72). Sie beinhaltet insbesondere die Ausübung der richterlichen Disziplinargewalt (ZPO 73 f.), die Ansetzung der Fristen und Verhandlungen, der Erlass der Vorladungen (ZPO 80 f.) etc. Von der materiellen Prozessleitung wird gesprochen, wenn der Richter in die Sammlung und Sichtung des Prozessstoffes gestaltend eingreifen kann (ZPO 75, 202). **Gegen Disziplinarentscheide nach ZPO 73 f. kann keine Beschwerde geführt werden**. Gegen die Anordnungen kann aber unter den Voraussetzungen von ZPO 335 b die Nichtigkeitsbeschwerde geführt werden. Die Wegweisung aus dem Gerichtssaal kann als Verfahrensfehler nur mit dem Endentscheid angefochten werden.

Das bundesverfassungsmässige Beschleunigungsverbot ist in KV 97 I und ZPO 72 II verankert. Damit verbunden ist die Möglichkeit der Parteien, einvernehmlich auf ein friedensrichtliches Vermittlungsverfahren zu verzichten (ZPO 137 I), die Möglichkeit des Obergerichts zur Prorogation (ZPO 13a, 364) und die kurze Bemessung der Fristen wo ein beschleunigtes Verfahren vorgeschrieben ist.

b) Zulässigkeit der Klage (ZPO 72 II)

i. Prozesshandlungsvoraussetzungen

- Formrichtige Erhebung der Klage (andere Lehrmeinung: Prozessvoraussetzung).
- Postulationsfähigkeit des Vertreters oder Beistandes.
- Vollmacht des Vertreters.

Fehlt eine Prozesshandlungsvoraussetzung, handelt es sich um einen verbesserlichen Mangel, bei Nichtverbesserung trotz Nachfrist erfolgt ein Prozessurteil (Nichteintreten).

ii. Prozessvoraussetzungen

- Das Gericht betreffend:
    - Gerichtsbarkeit über den Beklagten (keine Immunität des Beklagten als Staat oder Person).
    - Zulässigkeit des Rechtsweges (ZPO 9).
    - Weisungsschein (ZPO 135).
    - Sachliche und örtliche Zuständigkeit.
- Die Parteien betreffend:
    - Partei- und Prozessfähigkeit (ZPO 47).
    - Fehlende Rechtshängigkeit einer identischen Klage (ZPO 140).
    - Kein rechtskräftiges Urteil über eine identische Klage (res iudicata, ZPO 140).
    - Rechtsschutzinteresse (ZPO 170).
- Prozessvoraussetzungen, die für eine besondere Prozessgestaltung gegeben sein müssen:
    - Zulässigkeit eines Parteiwechsels (ZPO 62 ff.).
    - Zulässigkeit der einfachen Streitgenossenschaft (ZPO 50).
    - Zulässigkeit einer objektiven Klagehäufung (ZPO 171).
    - Zulässigkeit einer Widerklage (ZPO 180).
    - Zulässigkeit einer Klageänderung (ZPO 185).

Es gilt hier für die Überprüfung von Amtes wegen der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz für die Ermittlung der massgebenden Sachumstände (vgl. ZPO 75, 173). Die

Prozessvoraussetzungen müssen im Zeitpunkt des Urteils noch gegeben sein. Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung hat das Nichteintreten zur Folge. Zu beachten ist indessen, dass das Fehlen des Weisungsscheins, die fehlende Prozessfähigkeit und das Rechtsschutzinteresse geheilt werden kann. **Die Bejahung einer Prozessvoraussetzung kann Gegenstand eines selbständig anfechtbaren Vorentscheides bilden** (ZPO 274 I).

Keine Prozessvoraussetzung ist die Sachlegitimation (Aktiv- und Passivlegitimation). Sie ist eine Voraussetzung der materiellen Begründetheit des Klageanspruches. Ihr Fehlen führt zu einem Sachurteil (vgl. auch ZPO 76). Falls sich aus der Klage oder der Antwort ergibt, dass die Sachlegitimation bestritten ist, können Replik und Duplik auf diese Frage beschränkt werden (ZPO 191 III). Die Frage kann auch zum Gegenstand eines selbständig weiterziehbaren (aber nicht anfechtbaren) Zwischenentscheides gemacht werden, weil durch eine abweichende Beurteilung der Legitimationsfrage im Rechtsmittelverfahren sofort ein die Klage abweisendes Endurteil herbeigeführt werden kann (ZPO 274 II). Dies steht aber unter der Voraussetzung, dass dadurch ein bedeutender Aufwand an Zeit und Kosten erspart werden kann. Die Sachlegitimation fehlt, wenn von mehreren notwendigen Streitgenossen nicht alle klagen oder beklagt werden (ZPO 53).

Ebenfalls keine Prozessvoraussetzungen sind die Fragen der Verjährung und Verwirkung, über welche im Sachurteil entschieden werden muss.

iii. Prozesshindernisse

Sie stehen in der Verfügungsfreiheit der Parteien und sind verzichtbar. Werden die Prozesshindernisse nicht als Einrede sofort gerügt, werden sie durch Einlassung geheilt. Prozesshindernisse sind:

- Die Einrede einer Gerichtsstandsvereinbarung (ZPO 37).
- Die Einrede einer Schiedsklausel (ZPO 419).
- Die Einrede der Parteikostensicherstellung (ZPO 105).

c) Behauptungs- und Beweislast der Parteien (ZPO 75)

i. Verhandlungsmaxime

Die Verhandlungsmaxime ist in ZPO 75 I statuiert. Sie wird durch die richterliche **Fürsorgepflicht** (GOG 7 II), die **Möglichkeit zur Beweisabnahme vom Amtes wegen** (ZPO 202 II und III), die Möglichkeit zum Hinweis der Beweisbedürftigkeit (ZPO 199 f.), und die Pflicht des Richters, auf Verbesserungen mangelhafter Rechtsschriften hinzuwirken (ZPO 173 II, 328 II) ergänzt. Die Verhandlungsmaxime beinhaltet:

- Die **Behauptungslast**: Sie bestimmt, zuungunsten welcher Partei zu entscheiden ist, wenn rechtserhebliche Tatsachen nicht behauptet worden sind (vgl. ZGB 8). Sie stimmt mit der Beweislast überein, kann allerdings auch auseinander fallen: Die Behauptung der Nichterfüllung durch den Gläubiger löst die Beweislast des Schuldners für die Erfüllung aus. Die Behauptung, eine Mängelrüge sei verspätet gewesen, löst die Beweislast der Rechtszeitigkeit der Mängelrüge der Gegenpartei.

- Die **Substantiierungslast**: Das ist das Erfordernis, Tatsachenbehauptungen so in Einzeltatsachen aufzugliedern, dass darüber Beweis abgenommen werden kann und die Rechtsanwendung möglich wird. Vgl. dazu ZPO 75 IV und 199 I.

- Die **Bestreitungslast**: Nach wohl herrschender Lehre gilt die pauschale Bestreitung mit Nichtwissen oder der üblichen Formel, alles was nicht ausdrücklich zugestanden werde, gelte als bestritten, als ausreichend und zulässig.

ZGB 8 gilt als verletzt, wenn der Richter überhöhte Anforderungen an die Substantiierungslast stellt, oder wenn eine Klage mit der Begründung abgewiesen wird, es seien Tatsachen nicht behauptet worden, die für die Anspruchsbegründung weder notwendig noch erheblich sind. Wenn der Richter hingegen ein Beweisverfahren durchführt, und aufgrund dessen zu seinem Ergebnis kommt, ist ZGB 8 nicht verletzt, denn die Frage, ob eine Tatsache hinreichend erstellt ist, ist eine solche der Beweiswürdigung, welche sich nach kantonalem Prozessrecht richtet und der Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen ist.

Eine reduzierte Substantiierungslast gilt bei OR 42 II. Für die Zulässigkeit eines nicht bezifferten Rechtsbegehrens vgl. ZPO 168 II. Für die Voraussetzungen von form- und fristgerechten Tatsachenbehauptungen siehe ZPO 167, 197, 184 und 321.

Bei Verweisen in der Klage gilt, dass ein **Allgemeinverweis** („vgl. Beilage 2, 3 und 4 für weitere Darstellungen“) **nicht zulässig** ist. Es darf auch nicht auf Akten von anderen Verfahren verwiesen werden.

Keine Behauptungslast ist in folgenden Fällen gegeben:

- Von Gesetzes wegen zu vermutende Tatsachen.

- Regelmässig gegebene Tatsachen (z.B. die Echtheit einer Unterschrift).

- Implizite Sachvorbringen (z.B. offensichtlich vorhandene Sachlegitimationen).

- Indizien und Hilfstatsachen.

- Notorische, d.h. allgemein oder dem Gericht aus seiner amtlichen Tätigkeit bekannte Tatsachen und Erfahrungssätze.

- Überschiessende Beweisergebnisse, d.h. nicht behauptete, aber durch das Beweisverfahren erwiesene Tatsachen.

ii. Dispositionsmaxime

Sie ist in ZPO 75 II statuiert (Verfügungsmaxime) und bedeutet, dass die Parteien die Verfügungsfreiheit über den Streitgegenstand haben. Der Richter soll nur Rechtsschutz gewähren, soweit und solange es von ihm verlangt wird. Aus der Dispositionsmaxime folgt die **Möglichkeit eines Vergleiches oder einer Teilklage**. Keine Teilklage ist aber die Nachklage gestützt auf einen Rektifikationsvorbehalt i.S.v. OR 46 II, mit welchem die materielle Rechtskraft des Vorurteils für den noch nicht überblickbaren Schaden ausgeschlossen wird. Hier besteht eine Verwirkungsfrist von zwei Jahren. Weitere Ausflüsse sind die Möglichkeit der Klageänderung (ZPO 185, 321 II), und die Pflicht, die Rechtsbegehren so zu formulieren, dass sie nicht mehr abgeändert werden müssen.

iii. Offizial- und Untersuchungsmaxime (ZPO 75 IV)

ZPO 75 IV bestimmt, dass der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime obengenannte Maximen vorbehalten sind. Der Richter wendet aber allgemein das Recht von Amtes wegen an (ZPO 76 I, vgl. IPRG 16).

Die **Offizialmaxime** ist der Gegensatz der Dispositionsmaxime und bedeutet, dass die Parteien **nicht allein über den Streitgegenstand verfügen können**. Vor allem im Familienrecht hat sie Bedeutung (vgl. ZGB 146 III, 156 ff., 254, 280, 314 f., OR 43, 205 III, 527 III, 525 II, keine Vergleichsmöglichkeit bei Klagen auf Auflösung einer juristischen Person). Ebenfalls bedeutsam ist sie bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen und bei der Festlegung der Prozesskosten.

Die **Untersuchungsmaxime** ist der Gegensatz der Verhandlungsmaxime und bedeutet, dass die Sammlung des Prozessstoffes ausser den Parteien auch dem Gericht obliegt. Man unterscheidet drei Arten der Untersuchungsmaximen:

- **Uneingeschränkte Untersuchungsmaxime** (öffentliches Interesse an der materiellen Wahrheit): ZGB 156, 254 1., 280 II, 373, 329 III, 314 f., ZPO 129 I, 202 II und III, EGZGB 62 b.
- **Soziale Untersuchungsmaxime** (Schutz der schwächeren Partei). Sie entbindet den Kläger nicht von seiner Behauptungs- und Substantiierungslast. Beispiele: ZGB 329 III, 280 II, OR 274d, 301, 343 IV, ZPO 300 II, EGZGB 40, ZPO 380 III.
- **Eingeschränkte Untersuchungsmaxime** (nur auf der Kläger-/Beklagtenseite): ZGB 158 1., Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen.

d) Weitere Bestimmungen

ZPO 77: **Treu und Glauben**. Der Grundsatz gilt auch für den Richter, obwohl er nicht ausdrücklich festgelegt wurde (z.B. Pflicht zu vorgängiger Bekanntmachung einer Praxisänderung, kein Nachteil aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung, Verbot des überspitzten Formalismus).

ZPO 78: **Anspruch auf rechtliches Gehör** (vgl. BV 29, EMRK 6). Dieser Grundsatz beinhaltet das Recht auf Äusserung, das Recht auf Beweis, das Akteneinsichtsrecht (vgl. GOG 18) und das Recht auf die Urteilsbegründung. Es gilt auch dann für die Gegenpartei, wenn der Richter eine Klage zufolge Fehlens einer unheilbaren oder innert Frist nicht verbesserten Prozessvoraussetzung als unzulässig erachtet (ZPO 177 I). Das Recht auf Beweis steht unter der Voraussetzung, dass der Beweis rechtserhebliche Sachbehauptungen betrifft, diese substantiiert sind und der Beweis tauglich und entsprechend dem kantonalen Prozessrecht ist. Eine antizipierte Beweiswürdigung, d.h. wenn der Richter nach einer beschränkten Beweisabnahme zur Überzeugung gelangt, ein Sachverhalt sei ausreichend abgeklärt und weitere Beweismassnahmen vermöchten an diesem feststehenden Beweisergebnis nichts mehr zu ändern, verstösst nicht gegen ZPO 78. Die Begründung kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Befristung des rechtlichen Gehörs aus (vgl. z.B. ZPO 144, 189) ist zulässig. Eingeschränkt kann das rechtliche Gehör z.B. durch die Anhörung der Kinder in Abwesenheit der Eltern und ihrer Vertreter werden, oder durch einen unangemeldeten Augenschein.

ZPO 79: **Öffentlichkeit der Parteiverhandlung**. Ausnahmen sind der Persönlichkeitsschutz oder das öffentliche Interesse (ZPO 79 II), sowie das Verlangen einer Partei in familienrechtlichen Streitigkeiten (ZPO 79 III). Rechtsmittelinstanzen deren Kognition auf reine Rechtskontrolle beschränkt ist, dürfen unter Ausschluss der Öffentlichkeit ein schriftliches Verfahren durchführen. Vgl. auch EMRK 6 1. Das Gesetz sieht als weitere Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz die Vermittlungsverhandlung vor dem Friedensrichter vor (ZPO 143 V), sowie wenn das Urteil ohne Verhandlung erfolgen kann (ZPO 190 II), der Kläger auf eine Replik verzichtet (ZPO 190 III) und im SchKG-Verfahren nach Art. 17.

1.3.2. Zeitbestimmungen

a) Allgemeines

Bundesrechtliche Klagefristen sind Verwirkungsfristen, deren Dauer, Beginn, Lauf, Wiederherstellung und Fristwahrung durch das Bundesrecht geregelt sind. ZPO 88-90 und 98 sind daher nicht anwendbar. Die bundesrechtlichen Klagefristen können nicht stillstehen und auch nicht unterbrochen werden. Für die Wahrung muss der Kläger dem Schutz des Richters anrufen (Anrufung des Sühnebeamten bzw. Klageeinleitung und Schuldbetreibung). **Nicht genügend ist ein Begehren um vorsorglichen Rechtsschutz**.

Die betreibungsrechtlichen Klagefristen können ebenfalls nicht unterbrochen oder erstreckt werden; auch die kantonalen Gerichtsferien gelten nicht (vgl. SchKG 56 und 63).

b) Fristen

i. Beginn, Ende und Erstreckung

Soweit die Fristen nicht durch das Gesetz geregelt sind (vgl. ZPO 319, 324 I, 236 II, 336 I, 338 I, 339 II, 345, 388, 391), werden sie durch den Richter bestimmt. Die gesetzlichen Fristen kann der Richter nicht erstrecken (ZPO 86 III). In Frage kommt nur eine **Fristwiederherstellung, wenn der Partei ohne Verschulden die Einhaltung einer gesetzlichen Frist nicht möglich war** (ZPO 98). Nicht erstreckbar ist auch die Ratifikations- oder Widerrufsfrist für einen Vergleich.

Für den Beginn und das Ende der Frist siehe ZPO 81, für die Wahrung ZPO 82. Zu bemerken ist, dass Samstage, Sonntage und Feiertage (ZPO 81 III) nur das Ende, nie aber den Beginn der Frist beeinflussen. Für bundesrechtliche Klagefristen gilt gemäss dem Bundesgesetz über den Fristenlauf an Samstagen ebenfalls die Feiertagsregelung am Sitz/Wohnsitz der Partei.

Die in ZPO 82 II vorgesehene Möglichkeit der Fristwahrung im Ausland durch gleichzeitige Post- und Telegrammaufgabe darf einem rechtsunkundigen Rechtsmittelkläger nur entgegengehalten werden, wenn er darüber in der Rechtsmittelbelehrung informiert wurde. Eine Eingabe an der unrichtigen aargauischen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde wird an die Zuständige weitergeleitet und gelten als rechtzeitig eingegangen (ZPO 83).

Eine Firsterstreckung muss vor dem Ende der Frist beim Richter anbegehrt werden (ZPO 86). Im Interesse der Prozessbeschleunigung (ZPO 72 I) ist bei mehrmaligem erstrecken Zurückhaltung geboten. Die Zustimmung der Gegenpartei bildet keinen ausreichenden Erstreckungsgrund! Für die Verschiebung einer Verhandlung gelten dieselben Grundsätze (ZPO 87).

ii. Verhandlungen

Zu einer mündlichen Verhandlung ist i.d.R. mindestens 10 Tage vorher einzuladen (ZPO 84 I, vorbehalten bleiben ZPO 212 I, 292 I, 374 I und 379. Wer zu einer Verhandlung nicht rechtzeitig erscheint, gilt als säumig (ZPO 85).

iii. Beschleunigtes Verfahren

Ist ein beschleunigtes Verfahren vorgeschrieben, sind die Fristen kurz zu bemessen (ZPO 88, vgl. SchKG 25, EGZGB 41, 85, 121, 124, VVO 20 II, ZGB 280, 329 III, 397f, 274d, 343 II, LPG 47 etc.).

iv. Gerichtsferien (ZPO 89)

- Samstag vor Palmsonntag bis Ostermontag.
- 1. Juli bis 15. August.
- 20. Dezember bis 10. Januar.

Die Gerichtsferien gelten nicht bei Verfahren von ZPO 90, 138 III und 372 III (dringende Fälle, Verzicht der Parteien, Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter und im Arbeitsgerichtsverfahren). Ausserdem gelten sie nicht im betreibungsrechtlichen Zwischenverfahren und für die betreibungsrechtlichen Klagefristen.

Während den Gerichtsferien stehen die Fristen still, es finden keine Verhandlungen statt (ZPO 90). Vorbehalten bleiben aber dringende Fälle und das Einverständnis der Parteien (ZPO 90 II).

c) Zustellungen und Vorladungen

i. Zustellungen

Die Zustellungen sind an die Parteien zu richten, sowie an die Streitgenossen und die Streithelfer (ZPO 91). Die an die Partei selbst und nicht an den bevollmächtigten Vertreter erfolgte Zustellung ist ungültig. Es gilt, dass die **Zustellung in den Machtbereich des Adressaten gelangen muss**.

Weiterziehbare Entscheide werden auf dem für Gerichtsurkunden vorgeschriebenen Verfahren zugestellt (ZPO 92 I), also eingeschrieben, denn der Empfänger hat den Empfang zu bestätigen. Die Verweigerung der Annahme durch einen Familienangehörigen gilt ebenfalls als Annahmeverweigerung. Leben die nicht anwaltliche vertretenen Prozessparteien im gleichen Haushalt, ist ihnen die Urkunde jeweils persönlich auszuhändigen.

Für **Zustellungen im Ausland** siehe ZPO 93 und das diesbezügliche Haager Übereinkommen (HUe 65). Besteht jedenfalls kein internationales Übereinkommen, ist eine Zustellung auf diplomatischem Wege erforderlich. Die im Ausland wohnende Person kann verpflichtet werden, einen Zustellungsbevollmächtigten in der Schweiz anzugeben (ZPO 93 II). Lässt sich der Wohnsitz oder Aufenthaltsort einer Partei nicht ermitteln, wird die Zustellung durch Veröffentlichung vollzogen im Amtsblatt oder weiteren Blättern (ZPO 94).

ii. Vorladungen

Die Vorschriften über die Zustellungen gelten auch für Vorladungen (ZPO 95). Als Ausnahme vom Grundsatz, dass die Zustellung an eine Partei rechtsgültig nur an ihren Vertreter erfolgen kann (ZPO 91 I), hat die Zustellung aufgrund persönlicher Erscheinungspflicht an die Parteien persönlich zu erfolgen. Dies gilt im friedensrichterlichen Vermittlungsverfahren (ZPO 141 I), für die Parteibefragung (ZPO 263 ff.), für juristische Personen und Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften (ZPO 264 II) und für die arbeitsgerichtliche Vermittlungsverhandlung (ZPO 366 I).

Der Inhalt der Vorladung ergibt sich aus ZPO 96.

d) Säumnis und Wiederherstellung

Versäumnis einer Prozesshandlung durch eine Partei liegt vor, wenn sie eine schriftliche Vorkehr, Geld- oder Sicherheitsleistung innert richterlich angesetzter Frist nicht vornimmt, oder zu einer Verhandlung, zu der sie geladen ist, nicht erscheint (ZPO 84). **Säumig ist die Partei auch dann, wenn ein nicht bevollmächtigter an ihrer Stelle handelt**.

Bei der notwendigen Streitgenossenschaft entfalten die Handlungen auch Wirkung bei den anderen Streitgenossen (ZPO 54 II), nicht jedoch bei der einfachen Streitgenossenschaft (vgl. ZPO 51). Der Streithelfer kann alles tun, solange er nicht gegen den Willen der Partei handelt (ZPO 57 I). **Ein selbständiger Streithelfer gemäss ZPO 57 II hingegen kann wie ein einfacher Streitgenosse den Prozess selbständig führen, weil der Ausgang auch für ihn Wirkung hat**. Für Zeugen siehe ZPO 219, für Sachverständige ZPO 260. Nicht säumig ist die Partei dann, wenn sie vor dem Termin triftige Gründe mitteilt, warum sie nicht erscheinen kann, dafür die erforderlichen Beweise anbietet und der Richter das so akzeptiert.

ZPO 97 stellt die allgemeine Regel auf, dass die Säumnis dazu führt, dass das Verfahren ohne den Säumigen fortgeführt wird und er die verursachten Kosten zu tragen hat. Das kann auch dazu führen, dass die Behauptungen der Gegenpartei als richtig angesehen werden (ZPO 198, vgl. aber ZPO 200; der Richter kann daran zweifeln). Vorbehalten bleiben besondere Regelungen im Gesetz.

Ist der Säumige **schuldlos**, kann der Richter ihm auf Gesuch hin **die Frist neu ansetzen** oder nochmals zur Verhandlung laden (ZPO 98 I). Die Norm kann auch dazu führen, dass rechtskräftige Entscheide wieder aufgehoben werden können (ZPO 98 II). Das Gesuch ist in jedem Falle innert 10 Tagen nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen (ZPO 98 III, 99). Wiederherstellungsgründe sind bspw. eine plötzliche Erkrankung, der

Tod naher Angehöriger, Ortsabwesenheit, Krankheit, Militärdienst oder Tod naher Angehöriger des Rechtsvertreters. **Nicht genügend ist ein grosser Geschäftsandrang oder die Erkrankung der Sekretärin des Vertreters, oder die plötzliche Handlungsunfähigkeit des Klienten oder die Zustellung an den Anwalt in dringenden Fällen, obwohl dieser abwesend gemeldet ist**. Im Verhältnis zwischen Partei und Anwalt wird das Verschulden gegenseitig zugerechnet. Neben objektiven Gründen sind auch subjektive Gründe genügend, wie z.B. eine falsche gerichtliche Auskunft oder das Vertrauen auf eine publizierte Praxis, die nicht mehr mit der neuen, nicht Publizierten übereinstimmt.

Gegen den Entscheid betreffend das Gesuch nach ZPO 98 III kann Beschwerde geführt werden (vgl. ZPO 335 ff.). Ist eine Rechtsmittelfrist versäumt worden, entscheidet über das bei der unteren Instanz einzureichende Gesuch das Obergericht (ZPO 99 III).

1.3.3. Prozesskosten

a) Allgemeines

Die Prozesskosten dienen der Finanzierung der Verwaltungstätigkeit der Gerichtsbehörden. Gegen einen Entscheid kann daher die **Kostenbeschwerde** erhoben werden (GOG 93 f.). Die Kostenbeschwerde gilt nur für die Festsetzung der Gerichtskosten, nicht jedoch für deren Verteilung oder die Festsetzung/Verteilung der Parteikosten. Ist nicht die Kostenbeschwerde gegeben, ist Beschwerde nach ZPO 335 zu führen. Es besteht **kein Anspruch auf eine Parteientschädigung bei einem Parteienwechsel, selbst wenn der Nachfolger gewinnt**.

Kostenlos sind gemäss Bundesrecht das Arbeitsgerichtsverfahren (OR 343, CHF 30'000 als Streitwert), das Verfahren vor der Schlichtungsstelle in Mietsachen (OR 274d II) und in Gleichstellungsfragen (GlG 11 IV) sowie das SchKG-Beschwerdeverfahren (SchKG 17 ff.).

b) Begriff

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichts- und den Parteikosten (ZPO 100). Die jeweilige Höhe ist durch Dekret geregelt. Es herrscht der Grundsatz aus EMRK 6 1., dass die Höhe der Kosten die Rechtsverfolgung nicht unangemessen erschweren dürfen. Zu beachten ist ausserdem das Äquivalenzprinzip. Das Dekret über die Verfahrenskosten (VKD) regelt die Gerichtsgebühren (Art. 3 ff.), die Kanzleigebühren (Art. 25 ff.) und die Auslagen (Art. 28 ff.). Die Parteikosten sind in Art. 31 geregelt (vgl. das BGFA).

c) Sicherstellung der Prozesskosten

i. Gerichtskosten

Die Gerichtskosten müssen vom Kläger, dem Widerkläger und vom Rechtsmittelergreiffenden vorgeschossen werden (ZPO 101). Die Höhe soll angemessen sein, man nimmt

etwa einen **Drittel der mutmasslichen Kosten** an. Die Sicherstellung der Gerichtskosten erfolgt im Gegensatz zu derjenigen der Parteikosten stets in einer Geldzahlung und nicht etwa in einer Kaution oder einer Bürgschaft. Die Pflicht des Ehegatten für die Bevorschussung ergibt sich aus ZGB 159 III und 163 I und ist deswegen relevant, weil sie der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht (vgl. ZPO 125). Die Vorschüsse an die Partei sind zurückzuerstatten, wenn die Partei nicht kostenpflichtig wird (ZPO 104).

Ebenso wie die Gerichtskosten müssen die Beweiskosten vorgeschossen werden (ZPO 102, Ausnahme: Sonderprüfung gemäss OR 698g II). ZPO 103 regelt die Säumnisfolgen, nämlich die Androhung des Nichteintretens und eine Fristansetzung von 10 Tagen.

ii. Parteikosten

Auf Begehren der Gegenpartei sind auch die Parteikosten der Gegenpartei vorzuschiessen, bzw. dafür Sicherheit zu leisten (ZPO 105, dies **gilt nicht für den Berufungskläger**!). Ausgeschlossen ist diese Pflicht im friedensrichterlichen Verfahren, im arbeitsgerichtlichen Verfahren bis zu einem bestimmten Streitwert (ZPO 369), im Verfahren vor der Schlichtungsstelle gemäss OR 274d II, und in betreibungsrechtlichen Summarsachen. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit von der Sicherstellungspflicht (vgl. ZPO 126).

Bei der einfachen Streitgenossenschaft beurteilt sich die Sicherstellungspflicht jedes Streitgenossen unabhängig vom anderen. Da die Streitgenossen zur solidarischen Tragung der Prozesskosten verpflichtet werden können (ZPO 117 II), hat der kautionspflichtige Streitgenosse die ganzen Kosten vorzuschiessen. Bei notwendiger Streitgenossenschaft ist keine Sicherheit zu leisten, sofern bei einem die Voraussetzungen dazu fehlen. Abtretungsgläubiger nach SchKG 260 sind einzeln zu beurteilen. Der Streithelfer ist sicherstellungspflichtig, wenn er den Prozess auf eigene Kosten übernimmt. Der Rechtsnachfolger nur, wenn in seiner Person ein Kautionsgrund gegeben ist.

Sicherstellungspflichtig ist, wer in der Schweiz keinen Wohnsitz hat (unabhängig von der Nationalität) **und keine staatsvertragliche Vereinbarung vorliegt** (HUe 80, 54), die von einer Sicherstellung befreit. Ferner ist derjenige sicherstellungspflichtig, gegen den ein Konkursverfahren hängig ist, Verlustscheine bestehen oder wenn er aus anderen Gründen nicht zahlungsfähig erscheint (ZPO 105 a und b). Bei letzterem ist die aktuelle ökonomische Lage zu beurteilen, und nicht diejenige im Falle eines günstigen Prozessausganges. **Die Konkursmasse ist nicht per se sicherstellungspflichtig nach ZPO 105, möglich ist es allerdings**.

Die Höhe der Sicherheitsleistung ist durch den Instruktionsrichter festzulegen, massgebend ist der mutmassliche Umfang (ZPO 106 I). Eine nachträgliche Erhöhung ist möglich. Die Sicherheitsleistung kann in bar, mit Wertschriften oder durch eine Bankgarantie geleistet werden (ZPO 106 II), sofern letztere durch eine Schweizerische Bank geleistet wird.

Das Begehren ist in der Antwort auf die Klage oder Widerklage zu stellen; dies unterbricht gleichzeitig die Antwort (ZPO 107). Sollte ein Grund zur Sicherstellung erst später bekannt werden oder eintreten, kann das Begehren nachträglich aber nicht rechtsmissbräuchlich spät gestellt werden. Nach der Stellung des Begehrens kann ihm widersprochen werden, worauf der Instruktionsrichter das Begehren prüft (ZPO 109). Wird nicht widersprochen, ist Sicherheitsleistung zu leisten. Gegen den Entscheid kann Beschwerde geführt werden (ZPO 109 II, vgl. ZPO 335 b). ZPO 110 behandelt die Säumnisfolgen,

nämlich das Nichteintreten. Das Nichteintreten ist aber auszusetzen, wenn vor seiner Zustellung ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege eingereicht wird (vgl. ZPO 126 b 2.). Vorläufige Massnahmen können vor der Sicherheitsleistung erlassen werden (ZPO 111).

iii. Entscheid über die Kostentragung

Die Regeln über die Tragung der Prozesskosten sind, soweit sie die Gerichtskosten betreffen, öffentlichrechtlicher Natur. **Parteikosten sind hingegen privatrechtlicher Natur**. Bundesrechtlich ist GebV SchKG 62 zu beachten: keine Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren, Tarif für Summarsachen. Ferner sind OR 274d II, OR 697g I, 706a, 756 II, 759 II und PatG 71 von Bedeutung. Kantonalrechtlich siehe ferner ZPO 369, 308 und 307.

Wird der Prozess durch Urteil beendet, werden die Kosten dem Unterliegenden auferlegt (ZPO 112 I); folglich bei keinem Obsiegenden verhältnismässig. Der Richter kann auch von der Kostenauferlegung absehen, wenn nur geringe Kosten entstanden sind (ZPO 112 III). Es ist jeweils nicht zu untersuchen, ob der Beizug eines Anwaltes nötig war (vgl. anders VRPG 36 II). Die Kosten für die schriftliche Urteilsbegründung sind ebenfalls zu tragen und dürfen nicht separat verlangt werden (vgl. ZPO 277 I). Der Rückzug entspricht prozessual einem Unterliegen (ZPO 114), wie auch die Anerkennung einer Klage.

ZPO 113 sieht Ausnahmen von der Regel aus ZPO 112 vor, in denen der Richter nach eigenem Ermessen die Kosten verteilen kann:

- Wenn eine Partei durch Urteil nicht wesentlich mehr erhält, als ihr vom Gegner für den Fall der gütlichen Einigung vor der Klageerhebung angeboten wurde (anwendbar bei nicht mehr als 10%iger Abweichung).

- Wenn sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sehen konnte oder die Höhe der Forderung von der Ausmittlung durch Sachverständige oder vom richterlichen Ermessen abhängig war (vgl. auch ZPO 168 II).

- In personen-, familien- und erbrechtlichen Streitigkeiten, sowie in allen anderen Streitigkeiten zwischen Verwandten und Verschwägerten. Massgebend sind hier vor allem die ökonomischen Verhältnisse.

- Wenn besondere Umstände vorliegen und die Anwendung von ZPO 112 als unbillig erscheint. Anwendbar könnte diese Bestimmung aus ZPO 113 d bei Mieterstreckungsverfahren, im Haftpflichtprozess oder im Arbeitsgerichtsverfahren sein, wobei bei letzterem die besonderen Bestimmungen von ZPO 369 zu beachten sind.

- Bei besonderen Gründen kann von der Auferlegung der Kosten für beide Parteien abgesehen werden (ZPO 119, z.B. im Verfahren auf Erläuterung, Berichtigung oder Ergänzung eines Urteils gemäss ZPO 281 oder bei Rechtsverletzung durch den Richter [z.B. krasse Rechtsverzögerung, falsche Rechtsmittelbelehrungen], vgl. dazu ZPO 120).

Enthält ein gerichtlicher Vergleich keine Bestimmungen über die Kostentragung, werden ZPO 112 f. entsprechend angewendet (ZPO 115 I). Der Richter ist natürlich nie an eine Vereinbarung gebunden, die dem Staat die Kostentragung auferlegt (ZPO 115 II). Wird der Prozess gegenstandslos, entscheidet der Richter nach freiem Ermessen (ZPO 116), d.h. nicht zwingend in Anwendung von ZPO 112 f., wobei auch nach diesen Regeln ein

Abweichen möglich ist. Eine Entscheidung nach freiem Ermessen erfolgt auch für die Streitgenossen und die Streithelfer, welche auch solidarisch haftbar gemacht werden können (ZPO 117, eine Sonderbestimmung enthält indessen OR 759 II, vgl. auch ZPO 64 III und 65 II). Der Abtretungsgläubiger (SchKG 260) führt den Prozess auf eigenes Risiko und trägt im Falle des Unterliegens grundsätzlich die Kosten. Mehrere Abtretungsgläubiger haften solidarisch.

Den Gemeinden, dem Kanton und anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften werden keine Gerichtskosten auferlegt, wenn sie in amtlicher Eigenschaft handeln und nicht ein vermögensrechtlicher Anspruch im Streite steht (ZPO 118, z.B. der Regierungsrat mit Klage auf Auflösung eines Vereins nach EG ZGB 35, vgl. auch EG ZGB 37, 30, 43, 46, 49 f., 55c, 61 I und 7).

Der Kostenentscheid fällt im Endentscheid (ZPO 121 I). Erhält eine Partei die Parteikosten ersetzt, hat sei ein Kostenverzeichnis einzureichen (Kosten der Partei selber, Anwaltskosten). Gegen den Kostenentscheid kann Beschwerde geführt werden (ZPO 121 III, vgl. ZPO 335 c; bemängelt eine Partei nur die Festsetzung der ihr auferlegten Gerichtskosten, ist die Kostenbeschwerde nach GOG 94 gegeben). Ein Teilurteil ergeht ebenfalls mit einem Kostenentscheid, ebenso in prozessleitenden Entscheiden (vgl. ZPO 99 II, 109 II, 134 I, 212 III, 213 IV, 272 III). Das Obergericht kann die erstinstanzliche Gerichtsgebühr von Amtes wegen ändern, auch wenn diese nicht angefochten ist (ZPO 123).

1.3.4. Unentgeltliche Rechtspflege

a) Allgemeines

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist ein soziales Grundrecht. Die Verfassungsgarantie wirkt aber nur subsidiär, d.h. nur wenn keine genügende kantonale Regelung besteht. **Der verfassungsrechtliche Anspruch geht nur auf die vorläufige Befreiung von der Bezahlung von Gerichts-, Beweis- und Anwaltskosten und garantiert keine definitive Übernahme durch den Staat**. Ferner bezahlt der Staat den unentgeltlichen Rechtsvertreter, wenn im Falle des Obsiegens der unentgeltlich vertretenen Partei die der kostenpflichtigen Gegenpartei auferlegten Parteikosten nicht erbringlich sind. Die unentgeltlich Rechtspflege darf daher für die Parteikosten nicht verweigert werden, weil im Endurteil eine Parteientschädigung zu Lasten der Gegenpartei zugesprochen wird (vgl. ZPO 131 II).

KV 22 II beinhaltet eine eigenständige kantonale Garantie, die auch für verwaltungsinterne und Aufsichtsbeschwerdeverfahren gilt. Diese Garantie wurde indessen vom Bundesgericht ebenfalls anerkannt. EMRK 6 beschränkt den Anspruch auf Verbeiständung ausdrücklich nur auf das Strafverfahren, ansonsten ist er umstritten. Vgl. im weitern OHG 3 IV. Wenn der Richter unentgeltliche Rechtsauskunft gegeben hat, muss er in den Ausstand.

b) Geltungsbereich

Die unentgeltliche Rechtspflege ist in **allen Verfahren möglich** (ZPO 124). ZPO 153 schränkt sie aber für das Verfahren vor dem Friedensrichter auf die Verfahrenskosten

ein. Im Arbeitsgerichtsverfahren fällt dies durch die Kostenlosigkeit bei einem Streitwert bis CHF 30'000.- ausser Betracht (vgl. auch ZPO 370 II).

Im ordentlichen Verfahren kann die URP bereits für die vorsorgliche Beweisabnahme gewährt werden (ZPO 209 ff.). In betreibungsrechtlichen Streitigkeiten gilt die URP für das Konkursverfahren zufolge Insolvenzerklärung, sofern diese nicht mangels Aktiven lediglich zu einer Konkurseinstellung führt, für das Berufungsverfahren gegen ein Konkursdekret, für das Rechtsöffnungsverfahren und für das Beschwerdeverfahren nach SchKG 17 ff. Obwohl nicht ausdrücklich geregelt, gilt die URP auch im miet- und pachtrechtlichen Schlichtungsverfahren (natürlich nur sofern notwendig), im Verfahren vor der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde und im Vollstreckungsverfahren nach ZPO 434 und 438.

Keine URP ist im privaten Schiedsverfahren möglich und für die aussergerichtliche Rechtsberatung (Ausnahme: OHG 3 IV).

c) Voraussetzungen (ZPO 125)

- Natürliche Person, Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, Abtretungsgläubiger nach SchKG 260, ebenso für die bevormundete oder verbeiständete Partei, nicht aber die Konkursmasse.

- Bedürftigkeit: **ab 10-20% über dem betreibungsrechtlichen Existenzminimum**. An der Prozessarmut ändert der Umstand nichts, dass der Bedürftige einen Teil der ihm zustehenden Mittel für den nicht als notwendig erachteten Lebensunterhalt verwendet (z.B. für Sport). Anders sieht es aber aus, wenn der Bedürftige Aktiven besitzt, denen kein Kompetenzcharakter zukommt und verkaufen könnte. Massgebend für die Beurteilung ist der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, nicht berücksichtigt werden z.B. geschuldete Unterhaltsbeiträge. Beim Einkommen des obhutsberechtigten Elternteils dürfen die vom nicht obhutsberechtigten Elternteil geleisteten Kinderunterhaltsbeiträge nicht eingerechnet werden, sofern sie nicht übermässig sind. Beim Vermögen gilt in etwa, das eines **von CHF 20'000.-** immer noch die Bedürftigkeit bejaht. Nicht pfändbares Einkommen und Vermögen darf aber nicht berücksichtigt werden. Einem Grundeigentümer ist es zumutbar, auf sein Grundstück einen Kredit aufzunehmen, soweit dieses noch belastbar ist. Der Anspruch auf die URP ist subsidiär zu der familienrechtlichen Unterhaltspflicht; die Prozesskosten fallen aber nicht unter die Verwandtenunterstützungspflicht nach ZGB 329 I.

- Keine offenbar aussichtslose oder mutwillige (gegen Treu und Glauben) Prozessführung.

d) Wirkungen

Durch die URP wird die Partei von der Bezahlung der Gerichtskosten befreit (ZPO 126 a), d.h. die Gerichtskosten werden vollständig vom Staat übernommen. Nach ZPO 126 b besteht grundsätzlich ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsvertreter, ausgenommen sind jedoch Streitsachen mit geringem Streitwert, mit einer einfachen Rechtslage und die Situation, wenn die Gegenpartei den Prozess ohne Anwalt führt. Wenn eine Partei die Prozesskosten wenigstens zum Teil bestreiten kann, ist ihr die URP auch nur **teilweise** zu bewilligen (ZPO 127). Als weitere Wirkung wird die URP-berechtigte Partei

von der Sicherstellung der Parteikosten befreit (ZPO 126 b 2.). Einen Anspruch auf Übernahme der im Urteil der obsiegenden Gegenpartei zugesprochenen Parteikostenersatzforderung durch den Staat besteht hingegen nicht.

e) Bewilligungsverfahren

Das Gesuch ist beim in der Sache zuständigen Richter zu stellen. Dies kann jederzeit geschehen (ZPO 128 II). Mit dem Gesuch sind die finanziellen Verhältnisse offenzulegen (ZPO 128 III). Bei der Prüfung des Gesuches kann der Richter weitere Berichte einholen (z.B. auch durch Parteibefragung ZPO 263 f.); danach entscheidet er nach vorläufiger Prüfung der Prozessaussichten (ZPO 129 I). Die Bewilligung wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches, was bedeutet, dass bereits geleistete Sicherheiten und Vorschüsse nur noch soweit Deckung bieten, als sie betragsmässig die Zeit vor der Einreichung des Gesuchs beschlagen. Was darüber hinausgeht, ist zurückzuerstatten.

Bei der Zuweisung des unentgeltlichen Rechtsvertreters gilt ZPO 130. Der Richter trägt den Wünschen der Partei Rechnung, die Partei kann den zugewiesenen Vertreter aus zureichenden Gründen ablehnen. Der Richter entscheidet **über den Antrag der Partei endgültig**. ZPO 131 I stipuliert eine prozessrechtliche Legalzession, indem die Norm die Parteikostenforderung der unentgeltlich vertretenen Partei nicht dieser, sondern ihrem Rechtsvertreter zuspricht. Die Honorierung wird speziell geregelt, aber erst nach Beendigung des Prozesses ausgesprochen, also nicht bevorschusst.

f) Widerruf und Nachzahlung

Der Richter kann die Bewilligung jederzeit widerrufen, wenn es sich herausstellt, dass die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind (ZPO 132). Die Frage der Rückwirkung wird im Gesetz nicht geregelt (echte Lücke). Hat die Partei unrichtige Angaben gemacht, fällt der Ersatz für den ganzen Prozess weg. Haben sich die Einkommens- und Vermögensverhältnisse geändert, kann der Richter einzelfallgerecht entscheiden. Wäre die Weiterführung des Prozesses aussichtslos oder mutwillig, kommt ein Widerruf nur für die zukünftigen Kosten in Betracht. Weitere Gründe für den Widerruf wären Verzicht, Tod einer Partei, Konkurs einer Partei und Veräusserung des Streitgegenstandes (ZPO 64).

Kommt die URP-gewährte Partei innert 10 Jahren wieder zu Vermögen, kann der Richter die auferlegten Gerichtskosten und die an den Rechtsvertreter bezahlte Entschädigung wieder einfordern (ZPO 133 I). Dem Rechtsvertreter kann bewilligt werden, seinen über die staatliche Entschädigung hinausgehenden Honoraranspruch geltend zu machen. Die Nachzahlungspflicht bzgl. URP (ZPO 133) wird erst mit dem innerhalb von zehn Jahre eintretenden Zustand der günstigen Verhältnisse seit Rechtskraft fällig. Ab da beginnt die Verjährungsfrist nach VRPG 78a (10 Jahre) zu laufen.

g) Rechtsmittel

Gegen Entscheide des Gerichtspräsidenten kann Beschwerde geführt werden (ZPO 134, vgl. 335 ff.). Ist der Entscheid von einem Abteilungs- oder Kammerpräsidenten des Obergerichts erlassen worden, fällt er dahin, wenn dagegen innert 10 Tagen Einsprache erhoben wird, und das Gericht entscheidet. Vgl. im weiteren OR 274f I e contrario.

1.4. Ordentliches Verfahren

1.4.1. Vermittlungsverfahren

a) Allgemeines

Das Verfahren wird grundsätzlich durch das **Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter eingeleitet** (ZPO 135). Dies ist ein Prozessvoraussetzung (ZPO 72) und wird durch den Weisungsschein belegt (ZPO 148 f.). Ausnahmen sind in ZPO 136 festgelegt:

- Streitsachen aus dem Personen- und Familienrecht, ausgenommen über Vereine und Stiftungen.
- In Streitsachen, für die ein **beschleunigtes Verfahren** vorgeschrieben ist (vgl. ZPO 88).
- SchKG-Streitsachen, ausgenommen materiell-rechtliche (vgl. abschliessend in c).
- Wenn der Beklagte im Ausland Wohnsitz hat und keinen Vertreter in der Schweiz hat oder unbekannt abwesend ist. Dieser letzte Punkt ist aber nur fakultativ, obwohl dies nicht wörtlich dem Gesetz zu entnehmen ist.
- Im summarischen Verfahren (ZPO 270).

Kein Vermittlungsverfahren findet ferner bei einer Widerklage statt (vgl. ZPO 180), bei Streitsachen zwischen Vermieter und Mieter, bei der Zuständigkeit der Schlichtungsbehörde. Ferner ist kein neues Vermittlungsverfahren durchzuführen, wenn neue Streitgenossen hinzutreten.

Die Parteien können auf das Vermittlungsverfahren verzichten, wobei allerdings dann keine Rechtshängigkeit entsteht. In Konsumentenstreitigkeiten ist ein Verzicht aber unzulässig.

b) Verfahren und Zuständigkeit

Das Vermittlungsverfahren wird durch ein schriftliches oder mündliches Gesuch eingeleitet (ZPO 138 I). Der Sachverhalt ist zur zu bezeichnen, sowie die daraus abzuleitenden Rechte. Die **Gerichtsferien gelten nicht**!

Der Friedensrichter prüft seine sachliche und örtliche Zuständigkeit (ZPO 139 I). Erstere fehlt, wenn ein Vermittlungsverfahren nicht vorgeschrieben ist oder die Parteien darauf verzichtet haben. Hält sich der Friedensrichter für unzuständig, teilt er dies den Parteien mit. Beharrt aber der Kläger auf die Durchführung des Vermittlungsverfahrens, gibt der Friedensrichter dem Gesuch statt, der Beklagte kann sich indessen wehren. Daraus ergeben sich folgende Konstellationen:

- Friedensrichter ist zuständig.
    - Friedensrichter bejaht die Zuständigkeit, das Verfahren findet statt. Regelfall.
    - Friedensrichter erachtet sich zu Unrecht als nicht zuständig. Der Kläger beharrt auf die Durchführung, das Verfahren findet statt.
    - Friedensrichter erachtet sich zu Unrecht als nicht zuständig, verweist den Kläger direkt an das Gericht, welcher den Ratschlag befolgt. Es steht nun dem Beklagten frei, die korrekte Durchführung des Verfahrens vor dem zuständigen Friedensrichter zu verlangen, sofern der Mangel rechtzeitig gerügt wird.
- Der Friedensrichter ist nicht zuständig.
    - Friedensrichter erachtet sich als nicht zuständig, der Kläger folgt ihm. Es kommt ZPO 176 zur Anwendung und die Rechtshängigkeit bleibt erhalten.
    - Friedensrichter erachtet sich als nicht zuständig, der Kläger beharrt jedoch auf die Durchführung. Lässt sich der Beklagte vorbehaltlos ein, heilt der Mangel. Macht er einen Vorbehalt geltend, kann er sich später darauf berufen (ZPO 139 III). Die Rechtshängigkeit bleibt nur dann bestehen, wenn ein Vermittlungsverfahren vorgesehen war.
    - Friedensrichter erachtet sich zu Unrecht als zuständig.
        - Wäre kein Vermittlungsverfahren notwendig: Rechtshängigkeit bleibt bestehen, Klagefristen gewahrt.
        - Wäre ein anderer Friedensrichter örtlich zuständig: Die Einlassung des Beklagten heilt den Mangel, ZPO 38 IV wird aber nicht beeinträchtigt. Dasselbe gilt, wenn der Beklagte den Fehler rügt; nur ändert sich die örtliche Zuständigkeit.

c) Eintritt und Wirkungen der Rechtshängigkeit (Litispendenz)

Die Rechtshängigkeit und deren Wirkungen sind in ZPO 140 geregelt. Sie tritt mit der **Einreichung des Gesuches auf Einleitung des Vermittlungsverfahrens beim Friedenrichter ein**. Vorbehalten bleiben aber die bundesrechtlichen Wirkungen der Klagenanhebung, sowie die Einreichung der Klage beim Richter, wo ein Vermittlungsverfahren nicht vorgeschrieben ist (ZPO 172). Ein Begehren um vorsorgliche Beweisaufnahme oder eines um Anordnung einer vorsorglichen Verfügung führen hingegen nicht zur Rechtshängigkeit (wie auch nicht zur Klageanhebung). Die Rechtshängigkeit fällt dahin, wenn die Klage nicht innert **drei Monaten** seit Zustellung des Weisungsscheines beim Gericht eingereicht wird (ZPO 150). Die Rechtshängigkeit bewirkt das fehlen des Rechtsschutzinteresses für einen gleichen Prozess. Im internationalen Verhältnis siehe IPRG 9 und LugÜ 21. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit sind nur prozessual, nicht jedoch materiellrechtliche. **Die Rechtshängigkeit ist daher vom materiellrechtlichen Begriff der Klageanhebung zu unterscheiden** (ZPO 140 II). Die Klageanhebung ist diejenige prozessleitende oder vorbereitende Handlung des Klägers, mit der er zum ersten Mal in bestimmter

Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft. Die Fristwahrung ist genügend, wenn der Kläger ohne vorheriges obligatorisches Vermittlungsverfahren direkt den Richter anruft. Umgekehrt ist die Fristwahrung aber nicht gegeben, d.h. wenn der Kläger ein Vermittlungsverfahren anruft, obwohl es das Gesetz nicht vorgesehen hat (vgl. im weiteren OR 135 2.). Die Verjährungsfrist wird mit der Anhebung des Vermittlungsverfahrens unterbrochen, unabhängig davon, ob der Weisungsschein später eingereicht wird oder nicht. Dies gilt aber nicht für die Verwirkungsfrist! Die Wirkungen:

- ZPO 140 I a: Perpetuatio fori: Die Norm bestimmt, dass für die Beurteilung der Fragen der örtlichen Zuständigkeit (Gerichtsstand, gilt auch für die sachliche Zuständigkeit) die Verhältnisse der Rechtshängigkeit massgebend sind. Spätere Veränderungen bleiben ohne Auswirkungen (ZPO 39).

- ZPO 140 I b: Einrede der Rechtshängigkeit: Die Norm bestimmt, dass der gleiche Anspruch nicht nochmals gerichtlich geltend gemacht werden kann. Das Verbot gilt bereits von Bundesrechts wegen.

d) Vermittlungsverhandlung

Die Parteien werden zur Verhandlung eingeladen (ZPO 141 I). Dem Beklagten ist der Streitgegenstand anzugeben (ZPO 141 II, vgl. 138 II). Die Parteien haben persönlich zu erscheinen, eine Vertretung ist aber möglich (ZPO 142).

Der Friedensrichter wirkt auf eine sachgerechte Erledigung der Streitsache hin. Die Verhandlung ist nicht öffentlich, wenn es zu einer Vermittlung kommt, wird das Ergebnis zu Protokoll genommen und von den Parteien unterzeichnet (ZPO 143). Im Vergleich darf ein Grundbucheintrag angeordnet, oder auch eine Ungehorsamsstrafe angedroht werden (vgl. ZPO 425). Das unterzeichnete Protokoll stellt einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar.

Erscheint der Kläger nicht zur Verhandlung, wird die Klage als einstweilen zurückgezogen abgeschrieben (ZPO 144 I, Säumnis). Erscheint der Beklagte nicht, wird der Weisungsschein ausgestellt, ausser der Kläger besteht auf eine nochmalige Ansetzung einer Verhandlung. Zu den Kostenfolgen der Säumnis siehe ZPO 157.

Der Friedensrichter entscheidet bei einer Streitsache von einem Streitwert von weniger als CHF 2'000.- endgültig. Eine **Widerklage kennt das friedensrichterliche Verfahren allerdings nicht**. Um ein sachgerechtes Urteil zu erwirken, kann der Friedensrichter weitere Abklärungen tätigen, wie Augenscheine, Zeugen- oder Parteibefragungen oder Editionen anordnen (ZPO 146 II). Die Eröffnung des Urteils kann mündlich ergehen, doch ist den Parteien eine schriftliche Ausfertigung davon auszuhändigen (ZPO 147).

Innert 30 Tagen kann eine Partei gegen die Entscheidung des Friedensrichters **Einsprache** erheben (ZPO 148 I). Als Wirkung der Einsprache **fällt das Urteil des Friedensrichters dahin, und die zweite Urteilsausfertigung mit dem entsprechenden Vermerk der Einsprache gilt als Weisungsschein** (ZPO 148 III). Dieser wird im Gegensatz zum Verfahren bei einem höheren Streitwert von Amtes wegen ausgestellt (ZPO 149 I). Der Kläger hat innert drei Monaten seit der Zustellung des Weisungsscheines beim Richter Klage einzureichen (ZPO 150). Ansonsten gilt sie als zurückgezogen (**in Mietstreitigkeiten beträgt die Frist 30 Tage**, vgl. OR 274f.). Die Frist ist nicht verlängerbar.

e) Kosten des Verfahrens

Die mutmasslichen Verfahrenskosten sind vom Kläger vorzuschiessen (ZPO 151). Versäumt der Kläger den Vorschuss, gilt die Klage als abgeschrieben (ZPO 152). Die URP ist möglich, allerdings nur für die Verfahrenskosten und nicht für die Zuweisung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (ZPO 153). Entgegen dieser Bestimmung erscheint es aber als verfassungswidrig, z.B. bei einem komplizierten Sachverhalt und einer anwaltlich vertretenen Gegenpartei die vollständige URP nicht zu gewähren. Da das Verfahren vor dem Friedensrichter sehr kostengünstig ist, muss der Kläger im Übrigen **mittellos** sein, und nicht bloss für den notwendigen Unterhalt beeinträchtigt sein (ZPO 153, vgl. 125 I). Wird die URP bewilligt, gilt sie nur für das Verfahren vor dem Friedensrichter.

Betreffend Kostentragung im Vermittlungsverfahren unterscheidet das Gesetz zwischen den Verfahrens- und den Parteikosten. Erstere setzen sich im Vermittlungsverfahren zwischen den Gebühren und den Auslagen zusammen (VKD 6, 28 ff.). Wird ein Weisungsschein ausgestellt, gehören dessen Kosten ebenfalls zu den Verfahrenskosten. Für die Parteikosten siehe VKD 31. Bei der Vermittlung und bei Urteil des Friedensrichters verteilt er die Kosten nach den Regeln von ZPO 112 f. (ZPO 154 f.). Der Kostenentscheid fällt mit der Einsprache dahin. Bei der Vermittlung ist der Kostenentscheid nur anfechtbar bzgl. der Höhe (GOG 93). Betreffend Kostenverteilung steht kein Rechtsmittel zur Verfügung.

Wird ein Weisungsschein ausgestellt, **trägt der Kläger dessen Kosten. Diese und seine Parteientschädigung kann er aber im nachfolgenden Prozess geltend machen** (ZPO 156). Dasselbe soll auch ohne gesetzliche Regelung für den Beklagten gelten. Bei Versäumnis hat die säumende Partei der anderen Partei eine Parteientschädigung zu bezahlen (ZPO 157). Die Kosten des Weisungsscheines (und des gesamten Verfahrens) trägt indessen immer der Kläger, obwohl dies nicht ausdrücklich dem Gesetze hervorgeht. Der Kläger trägt auch alle Kosten, wenn beide Parteien der Vermittlung fernbleiben. Verlangt der Kläger nach Säumnis des Beklagten die nochmalige Ansetzung einer Verhandlung, trägt der Beklagte die Kosten der unnützen Verhandlung und eine Parteientschädigung des Klägers (ZPO 144 II). Obwohl ZPO 158 vorsieht, dass bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht berücksichtigt wird, ob die betreffende Partei durch einen Anwalt vertreten war, ist dem Anwalt eine **angemessene Entschädigung** zu leisten (VKD 31 c). Zumindest hat er Anspruch auf eine Entschädigung nach den Ansätzen für Zeugen (VKD 31 b).

1.4.2. Behauptungsverfahren

a) Allgemeine Vorschriften

i. Klagearten

- **Leistungsklage**: Klage auf ein Tun, Unterlassen oder Dulden. Der eingeklagte Anspruch muss fällig sein. Ist er dies noch nicht, wird die Klage „zur Zeit“ abgewiesen. Bei einer Leistung Zug um Zug ist es Sache des Beklagten, die Einrede von OR 82 zu erbringen.

- **Gestaltungsklage**: Mittels Gestaltungsklage wird ein Rechtsverhältnis begründet, aufgehoben oder abgeändert. Beispiele sind die Scheidung (ZGB 143), die Vaterschaftsklage (ZGB 261), die erbrechtlichen Ungültigkeits- und Herabsetzungsklagen (ZGB 513, 522), OR 706 f., ZGB 604, 651, 654, 665, 694, OR 545 und SchKG 80, 85.

- **Feststellungsklage**: Deren Zulässigkeit beurteilt sich ausschliesslich nach Bundesrecht, ZPO 170 hat bloss deklaratorische Bedeutung. Die Feststellungsklage hat folgende Voraussetzungen, die als Prozessvoraussetzungen zu prüfen sind (werden sie verneint, ist durch Prozessurteil nicht auf die Klage einzutreten):

    - Vorliegen eines Rechtsverhältnisses. D.h. Klagen auf Feststellungen von Tatsachen (z.B. Wohnsitz, Urteils- und Handlungsfähigkeit) sind nicht zulässig, wie auch nicht Klagen auf hypothetische Rechtsfragen.

    - Rechtliches Interesse, d.h. eine Rechtsbeziehung ist ungewiss. Das schutzwürdige Interesse kann sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein.

    - Subsidiarität, d.h. eine Leistungsklage darf nicht möglich sein.

Für alle Klagen muss als Prozessvoraussetzung ein Rechtsschutzinteresse vorliegen. Nicht zu verwechseln ist das Rechtsschutzinteresse mit der materiellen Begründetheit der Klage.

ii. Klage

Die formellen Anforderungen sind in ZPO 167 enthalten (z.B. Beilage des Weisungsscheins, der Vollmacht und der angerufenen Urkunden, Bezeichnung der Parteien, das Begehren [vgl. ZPO 168 f.], Sachdarstellung, Streitwert, formelle und materielle Begründetheit etc.). **Zur formellen Begründung zählt die Bezeichnung ob im ordentlichen oder summarischen Verfahren geklagt wird, die sachliche und örtliche Zuständigkeit, der Vermittlungsversuch, die Vertretungsverhältnisse und die Konstitutierung bei juristischen Personen**. Urkunden im Besitz eines Dritten sind zu editieren. Auf ungenügende Begehren hat der Richter aufmerksam zu machen (ZPO 75 III).

Bei Klagen auf Ehescheidung und Ehetrennung kann sich die Klageschrift vorerst auf die Bezeichnung der Parteien, das Datum und die Unterschrift beschränken (ZPO 167 IV). Werden die übrigen Anforderungen innert drei Monaten erfüllt, wird die Rechtshängigkeit nicht unterbrochen.

Beinhaltet die Klageschrift Mängel, setzt der Instruktionsrichter Frist zur Mängelbehebung. Bei Verbesserung innert Frist wird die Rechtshängigkeit nicht unterbrochen (ZPO 140, 172, 174 II). Betreffend die Sprache der Schrift siehe GOG 16, betreffend ungebührlich formulierter Klageschrift siehe ZPO 73.

Geht die Klage auf Geldleistung, ist die Höhe der Forderung zu beziffern (ZPO 168 I). Ist dies nicht möglich, kann das Begehren um Bezifferung nach richterlichem Ermessen gestellt werden. Da muss allerdings ein Höchstbetrag angegeben werden (ZPO 168 II). Die Regelung ist bundeskonform, da der Kläger nach dem Beweisverfahren bei der Präzisierung unter den Betrag gehen kann, oder diesen mittels Klageänderung nach ZPO 185 auch erhöhen kann.

iii. Klagenhäufung

Sie ist laut ZPO 171 vorgesehen. Unter objektiver Klagenhäufung versteht man die gleichzeitige Geltendmachung mehrerer prozessualer Ansprüche gegen denselben Beklagten. Man unterscheidet zwischen:

- Kumulativer Häufung: Mehrere Ansprüche nebeneinander.
- Eventuelle Häufung: Hauptanspruch, Eventualanspruch.
- Alternative Häufung: Sie ist unzulässig, da es dem Rechtsbegehren an genügender Bestimmtheit fehlt und die Dispositionsmaxime verletzt wird. Bei der Einklagung einer Wahlobligation nach OR 72 stellt der Kläger nur ein Begehren, was zulässig ist, da die Wahl dem Schuldner überlassen wird.

Die Klagenhäufung entsteht durch gleichzeitige Geltendmachung mehrerer Ansprüche durch den Kläger oder durch (fakultative) Verbindung mehrerer hängiger Prozesse durch den Richter (ZPO 171 II). Die Voraussetzungen neben den üblichen Prozessvoraussetzungen sind:

- Identität Kläger – Beklagter.
- Zuständigkeit des Richters für sämtliche Ansprüche. Beim Streitwert ist bei der eventuellen Klageanhäufung der grössere der beiden Streitwerte massgebend, bei der kumulativen alle kumulativ.
- Gleiche Verfahrensart.
- Kein Verbindungsverbot (selten).

iv. Prüfung der Klage durch den Instruktionsrichter

Die Prüfung der Prozessvoraussetzungen erfolgt von Amtes wegen durch den Instruktionsrichter. Dieser macht den Kläger auf allfällige Mängel der Klageschrift aufmerksam und setzt ihm für die Verbesserung oder den Rückzug eine angemessene Frist an (ZPO 173). Da grundsätzlich die Prozessvoraussetzungen während dem Urteil gegeben sein müssen, ergeben sich folgende Besonderheiten:

- Ist die sachliche Zuständigkeit am Anfang gegeben, fällt sie nicht weg, wenn sich der Streitwert im Laufe des Verfahrens verändert (ZPO 16 f.).
- Für die örtliche Zuständigkeit gilt der perpetuatio fori oder sie kann auch durch Einlassung des Beklagten begründet werden.
- Fällt nach der Einreichung der Scheidungsklage die Urteilsfähigkeit des Klägers weg, kann dieses **gleichwohl durch Gutheissung zu Ende gehen** (BGE-Urteil).
- Der Mangel einer Prozessvoraussetzung darf nicht mehr aufgegriffen werden, wenn eine Heilung eingetreten ist (ZPO 175).

Die fristgerechte Verbesserung eines Mangels berührt die Anfangs eingetretene Rechtshängigkeit nicht (ZPO 174 II). Ist dem Instruktionsrichter ein verbesserlicher Mangel

entgangen und lässt sich der Beklagte vorbehaltlos auf die Klage ein, gilt der Mangel als geheilt (ZPO 175). Der Mangel muss aber verbesserlich und heilbar sein. Also die Einlassung trotz fehlender Vertretungsbefugnis oder Handlungsfähigkeit des Klägers ist nicht möglich. Auf solche Mängel kann sich der Beklagte jederzeit berufen. Bzgl. der örtlichen Zuständigkeit ist eine Einlassung nur möglich, wenn der Gerichtsstand nicht zwingend ist.

Bei fehlender örtlicher oder sachlicher Zuständigkeit wird der Prozess auf Antrag des Klägers ohne Unterbrechung der Rechtshängigkeit dem von ihm als zuständig bezeichneten Richter überwiesen, falls dieser nicht offensichtlich unzuständig ist (ZPO 176 I). Der Instruktionsrichter muss nicht eingehend prüfen, ob der neue Richter wirklich zuständig ist.

Der zuständige Richter entscheidet darüber, inwiefern das Verfahren zu wiederholen ist (ZPO 176 III, der ausserkantonale Sühneversuch wird aber nicht wiederholt). Die Norm beansprucht auch interkantonale Bedeutung, wobei die Rechtshängigkeit vom ausserkantonalen Gesetz gewahrt bleiben muss. Die Bestimmung gilt auch für den Friedensrichter, sowie sinngemäss für den Fall, wenn sich der angerufene Richter zu Unrecht für unzuständig hält, dies dem Kläger mitteilt und hierauf die Überweisung an ein anderes zuständiges Gericht erfolgt. Das ist möglich, wenn an sich zwei Gerichte zuständig sein können. Die Prozesshängigkeit lässt auch die bundesrechtlichen Fristen als eingehalten (vgl. auch OR 139, welcher in Zweifelsfällen angewendet werden kann).

b) Antwort des Beklagten

i. Zustellung der Klage an den Beklagten

Massgebende Normen sind ZPO 177 f. ZPO 177 I besagt, dass die Frist zur Antwort i.d.R. 14-30 Tage dauern soll, mit einer Möglichkeit zur Erstreckung. Eine mehrmalige Erstreckung hat indessen möglich zu sein (vgl. ZPO 86). Der Instruktionsrichter kann bestimmen, dass die Antwort sich auf Einreden bzgl. der Prozesszuständigkeit beschränken soll, wenn er diese selber in Frage stellt. Es besteht die Möglichkeit der nachträglichen Ergänzung, falls die Zuständigkeit doch gewahrt ist.

Mit der Zustellung ist der Kläger an den Prozess gebunden (Fortführungslast). Ein Rückzug bedeutet ab diesem Zeitpunkt einen Abstand. Die Klage kann erst wieder eingereicht werden, wenn ein Prozessmangel (**1**) gerügt oder die Einrede erhoben worden ist, der eingeklagte Anspruch sei nicht fällig (**2**, ZPO 178 II), oder wenn der Beklagte dem Rückzug zustimmt (**3**, ZPO 178 I). Säumnis kommt keiner dieser Gründe gleich, d.h. wenn der Kläger z.B. einen Vorschuss nicht bezahlt, kein Abstand vorliegt, auch wenn der Beklagte bereits durch Zustellung Kenntnis von der Klage hat.

Die Klageantwort hat die Inhalte aus ZPO 179 I, die Beilagen wie auch allfällige Editionsanträge zu enthalten. Die Antwort ist i.d.R. schriftlich einzureichen (ZPO 188).

ii. Widerklage

Eine Widerklage ist die in einem hängigen Prozess erhobene Klage des Beklagten gegen den Kläger, durch die ein selbständiger Anspruch des Beklagten geltend gemacht wird. Haupt- und Widerklage eröffnen zwei selbständige Prozesse, die nur zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung vereinigt sind (Klageverbindung, der Richter hat daher auch die Trennungsbefugnis). Je nach Fall kann materiell nur eine Einrede der Verrechnung vorliegen.

Bei einer **doppelseitigen Klage** wird im Falle der Gutheissung auch dem Beklagten ein Recht zugesprochen, ohne dass dieser gezwungen wäre, es durch eine Widerklage zu erstreiten (z.B. Erbteilungsklage). Keine doppelseitige Klage ist indessen die Klage auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes i.S. von BGBB 11; es ist eine Widerklage nötig wenn man das Grundstück selbst zugewiesen haben will.

Eine **Widerklage auf die Widerklage kennt das aargauische Prozessrecht nicht**, möglich ist einzig die Klageänderung bzw. die Klageerweiterung. Wenn der Aberkennungskläger bei der Aberkennungsklage sich nicht nur auf das Nichtbestehen der in Betreibung gesetzten Forderung klagt, sondern zugleich eine Gegenforderung geltend macht, liegt darin nicht eine Widerklage, sondern eine zusätzliche Klage im Sinne einer objektiven Klagenhäufung. Hingegen kann der Aberkennungsbeklagte mit der Antwort eine Leistungsklage im Sinne einer Widerklage verbinden.

Die Widerklage ist zulässig, wenn für den Gegenanspruch die **gleiche Verfahrensart** vorgeschrieben ist und er mit dem Klageanspruch **in engem Zusammenhang** steht oder die beiden Ansprüche **verrechenbar** sind (ZPO 180 I). Freilich ist **Identität der Parteien** erforderlich; die Widerklage kann daher nicht gegen den Streithelfer gerichtet sein, wohl aber gegen einen Streitgenossen. Ist für die Widerklage das beschleunigte Verfahren und für die Klage das ordentliche Verfahren vorgesehen, erscheint erstere als zulässig. Sind die Ansprüche nicht verrechenbar, muss ein enger Zusammenhang bestehen. Dieser ist gegeben, wenn die Ansprüche aus demselben Vertrag entsprungen sind, oder wenn sonst wie eine enge rechtliche Beziehung besteht.

Die Widerklage als Eventualbegehren ist zulässig (ZPO 180 III). Diese bedingte Widerklage wird mit der Erhebung rechtshängig. Ein allfälliger Nichteintretensentscheid lässt die Rechtshängigkeit untergehen wie auch die Widerklage an sich (vgl. ZPO 180 V).

Da für die Einleitung eines ordentlichen Verfahrens ein **Vermittlungsverfahren** vorgeschrieben ist, hat bei der Widerklage **kein solches stattzufinden**, da an sich kein ordentliches Verfahren vorliegt. Die Widerklage ist grundsätzlich mit der Klageantwort geltend zu machen (ZPO 180 IV). **Im Ehescheidungsverfahren ist aber aus Bundesrecht die Geltendmachung auch mit der Duplik möglich**.

Im IPR ist IPRG 8 zu beachten.

c) Prüfung

Der Instruktionsrichter prüft die Antwort und die Widerklage (ZPO 181). Antwort und Widerklage werden dem Kläger und Widerbeklagten zugestellt, mit der Wirkung der Fortführungslast (ZPO 182 I). Der Kläger bzw. Widerbeklagte kann zur Widerklage Stellung nehmen. Der Schriftenwechsel ergeht wie bei der Klage, selbst wenn die Widerklage im Scheidungsprozess erst später ergangen ist (Widerklagereplik, Widerklageduplik).

d) Zeitpunkt der Angriffs- und Verteidigungsmittel

Die Parteien sollen alle Vorbringen in der Klage und der Antwort erheben. Die **Replik und die Duplik dienen bloss als Ergänzung** (ZPO 183, Ausfluss der Eventualmaxime). Wenn der Kläger auf eine Replik verzichtet, fällt auch die Duplik dahin.

Nach Abschluss des Behauptungsverfahren können neue Vorbringen nur noch erfolgen, wenn sie entschuldbar sind (ZPO 184, ausgenommen bleiben Streitsachen, wo der Richter von Amtes wegen tätig werden muss). Dem Gegner muss in jedem Fall die Möglichkeit bleiben zu antworten. Die Entschuldbarkeit ist ex ante zu beurteilen, ein Verschulden des Rechtsvertreters ist der Partei anzurechnen. Bei der notwendigen Streitgenossenschaft wird das gegenseitige Verschulden zugerechnet, bei der einfachen hingegen nicht. Der Streithelfer ist individuell zu beurteilen bzw. ist das Verschulden der Hauptpartei nicht massgebend. Noven müssen in jedem Fall vor Beginn der Urteilseröffnung eingereicht werden.

e) Klageänderung

Die Klageänderung ist in ZPO 185 statuiert. Sie bedeutet die Änderung des Streitgegenstandes, d.h. dass das neue Begehren in der gerichtlichen Klage nicht identisch ist mit demjenigen im Vermittlungsverfahren. **Identisch muss indessen der Streitgegenstand sein**. **Die Identität des Streitgegenstandes liegt vor, wenn aus demselben Lebensvorgang dasselbe Rechtsbegehren oder ein Teil davon geltend gemacht wird** (Theorie des Lebensvorganges). Im Einzelnen:

Der Streitgegenstand definiert sich grundsätzlich **zweigliederig**, d.h. nach dem gestellten Rechtsbegehren und dem vorgetragenen dazugehörigen Lebenssachverhalt. Die Identifizierung des Streitgegenstandes durch einen Lebenssachverhalt ist insbesondere bei nichtindividualisierten Rechtsbegehren wie z.B. Geldforderungen. Bei individualisierten Rechtsbegehren wie z.B. der Zusprechung von Eigentum braucht es den dazugehörigen Lebenssachverhalt zur Identifizierung des Streitgegenstandes nicht (eingliedrig). Das Abweichen von der Identität liegt demnach in folgenden Fällen vor:

- Bei **nichtindividualisierten Rechtsbegehren**, bei denen der vorgetragene Lebenssachverhalt für die Definierung des Streitgegenstandes massgebend ist, liegt eine Klageänderung vor, wenn entweder das Rechtsbegehren geändert wird oder die Änderung des Sachverhaltes erfolgt, sodass der geänderte Sachverhalt zusammen mit dem bisherigen nicht mehr als einheitliches Geschehen erscheint.

- Bei **individualiserrten Rechtsbegehren** kommt es demgegenüber einzig auf die Änderung des Rechtsbegehrens an.

Keine Klageänderung stellt eine blosse Einschränkung des Klagebegehrens dar, z.B. durch betragsmässige Reduktion oder durch Aufgabe eines Hauptbegehrens zugunsten des Eventualbegehrens (vgl. ZPO 285 Klagerückzug) oder der Übergang einer Leistungs- und zu einer Feststellungsklage, solange sich letztere im Rahmen der ersteren bewegt. Ebenso keine Klageänderung ist die Änderung der rechtlichen Begründung.

Die Voraussetzungen sind:

- **Gleicher Sachverhalt** (vgl. ZPO 185 II, keine strengen Voraussetzungen).

- Es kann **mehr oder etwas anderes** verlangt werden (z.B. statt Klage auf Mietererstreckung eine Feststellung der Ungültigkeit der Mietkündigung).

- Die Klageänderung ist nur im **Rahmen der Zuständigkeit** des aufgerufenen Richters zulässig (keine Prozessüberweisung).

Die Klageänderung kann in jedem Zeitpunkt des Verfahrens zulässig, vgl. indessen ZPO 321 für das Rechtsmittelverfahren. Dem Beklagten ist in jedem Fall Gelegenheit zu geben, zur Änderung Stellung zu nehmen (ZPO 78). Die Zulässigkeit ist Prozessvoraussetzung und daher von Amtes wegen zu prüfen.

In der Replik kann keine Klageänderung vorgenommen werden. Bei Klageänderung im Appellationsverfahren bzgl. der Erhöhung des Streitwertes entfällt die Kostenlosigkeit über das ganze Verfahren, d.h. auch für das Verfahren vor der ersten Instanz.

f) Weitere Bestimmungen

ZPO 186 bestimmt, dass die Parteien jederzeit zu einer Vergleichsverhandlung eingeladen werden können. Diese kann im Einverständnis der Parteien auch mit dem Gerichtsschreiber ergehen. ZPO 187 enthält die Regel, dass alle schriftlichen Eingaben je in einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei einzureichen ist. Dies gilt auch für den Streithelfer.

g) Verfahren vor dem Gerichtspräsidenten als Einzelrichter und vor dem Bezirksgericht

i. Allgemeines

Die Regelung ist flexibel, es besteht die Wahl zwischen dem weitgehend mündlichen (ZPO 188 II und III) und dem schriftlichen Verfahren (ZPO 194). Der Richter ist bei der Wahl vom Bestreben nach einem beförderlichen Prozessablauf zu leiten.

ii. Prozesseinleitung

Grundsätzlich ist Schriftlichkeit die Regel (ZPO 188). Das Protokoll wird immer von der Gegenpartei unterzeichnet (vgl. ZPO 188 II, „oder“ ist ein Missgriff des Gesetzgebers).

Bei Säumnis wird dem Beklagten eine letzte Frist von 10 Tagen gesetzt. Sie ist mit der Androhung verbunden, dass bei erneuter Säumnis das Verfahren ohne Hauptverhandlung aufgrund der Ausführungen der Klage fortgesetzt würde (ZPO 189 I, vgl. 200). Bei der Widerklage gelten dieselben Regeln. Bei unverschuldeter Säumnis vgl. ZPO 98 ff. Wird das LugÜ angewendet, ist Art. 20 I zu beachten. Eine Säumnisandrohung hat immer zu erfolgen, auch wenn die Fristverlängerung als ausdrücklich letztmalig bezeichnet worden ist (ZPO 189 I).

iii. Hauptverhandlung

ZPO 190 sieht vor, dass der Gerichtspräsident entweder auf eine Replik und Duplik verzichten, zur mündlichen Hauptverhandlung einladen oder einen zweiten Schriftenwechsel anordnen kann.

In der Verhandlung wird zunächst über allfällige formelle Vorfragen entschieden, worauf die Vorträge folgen (ZPO 191 I und II). Es folgen die Beweiserhebungen und anschliessend je ein Vortrag für die Beweiswürdigung und die Rechterörterung. Falls notwendig wird zu einer weiteren Verhandlung für eine ergänzende Beweiserhebung eingeladen

(ZPO 191 V). Die Eintretensfragen können auch erst mit dem Endentscheid entschieden werden. Die Parteivorträge werden protokolliert (ZPO 192). Die Notizen der Parteien können das Protokoll ersetzen, wenn sie mit dem Vorgetragenen übereinstimmen.

Erscheint eine Partei nicht zur Hauptverhandlung, wird diese dennoch durchgeführt (ZPO 193 I). Die Säumnis hat bloss zur Folge, dass die nicht erschienene Partei das Recht verpasst, in der Verhandlung ihre Interessen zu wahren.

Das schriftliche Verfahren ist in ZPO 194 ff. geregelt. Soweit es gerechtfertigt erscheint, erfolgt bloss ein schriftliches Verfahren, die Parteien sollen 14-30 Tage zur Antwort haben. Erfolgt keine Antwort, ist das Behauptungsverfahren abgeschlossen. Die Parteien können sich aber auch einigen, noch mal einen Schriftenwechsel durchzuführen, wenn die Frist für die Replik verstrichen ist und damit auch die Duplik entfällt. Der Richter kann nach dem Schriftenwechsel eine Verhandlung ansetzen. Er muss dies, wenn eine Partei es verlangt (ZPO 196).

h) Verfahren in Ehescheidungs- und Ehetrennungssachen

Vgl. dazu die eingehenden Regelungen von ZPO 196a ff. Bei einem gemeinsamen Begehren wird das Verfahren durch ein Gesuch eingeleitet, danach erfolgt die Anhörung und der Ablauf der zweimonatigen Bedenkzeit. Erfolgt die Bestätigung, genehmigt der Richter die Vereinbarung und erlässt das Scheidungsurteil. Bei Nichtbestätigung setzt er eine letzte Frist an, bei deren unbenütztem Ablauf ZGB 113 zur Anwendung gelangt.

i) Verfahren vor Obergericht als einziger kantonaler Instanz

Massgebend ist ZPO 197 (vgl. auch ZPO 13). Das Verfahren ist stets schriftlich. Eine Beweisanordnung und ein Beschluss über die Vorladung zu einer Verhandlung für Rechtserörterungen wird vom Obergericht erlassen (ZPO 197 II). ZPO 196 wird analog angewendet.

1.4.3. Beweisverfahren

a) Allgemeines

i. Begriffe

Der Beweis, welcher der beweisbelastete Partei obliegt, nennt man **Hauptbeweis**. Er soll den Richter von der Wahrheit einer erheblichen Tatsachenbehauptung überzeugen. Die Gegenpartei kann demgegenüber den Gegenbeweis antreten. Besteht eine gesetzliche Vermutung und soll die umgestossen werden, muss der Beweis des Gegenteils erhoben werden. Einen Indizienbeweis nennt man mittelbaren Beweis.

Die **objektive Beweislast** regelt, wer einen Prozess verliert, wenn der notwendige Beweis bezüglich einer entscheidenden rechtserheblichen Tatsache nicht erbracht werden kann. Die **subjektive Beweislast** bestimmt, wer in einem Verfahren zum Beweis bestimmter Behauptungen aufgerufen ist. Die Verteilung der subjektiven Beweislast auf

die Parteien hat naturgemäss in derselben Art zu erfolgen wie die Verteilung der objektiven Beweislast. Es hat derjenige den Beweis zu führen, zu dessen lasten die Beweislosigkeit ginge. Abreden über die Verteilung der Beweislast in Abweichung von der gesetzlichen Regelung (sogenannte Beweislastverträge) werden von der herrschenden Lehre als zulässig erachtet, soweit die Verhandlungsmaxime gilt.

Für das Beweismass gilt Bundesrecht. Es regelt, wo ein strikter Beweis (volle Überzeugung des Richters) notwendig ist und wo blosse Glaubhaftmachung genügt (z.B. ZGB 256b II, 260b II, 961 III, SchKG 82 II). SchKG 85a führte als Beweismass die sehr wahrscheinliche Begründetheit ein. Im Zusammenhang mit dem Kausalzusammenhang lässt das Bundesgericht überwiegende Wahrscheinlichkeit als Beweismass genügen, wie auch an zahlreichen Stellen im Privatversicherungsrecht.

Eine antizipierte Beweiswürdigung liegt vor, wenn der Richter den angebotenen Beweis vor dessen Abnahme für untauglich erachtet, die behauptete Tatsache zu beweisen oder etwas am bereits feststehenden Beweisergebnis zu ändern. Sie ist zulässig.

Aus dem Recht auf Beweis folgt das Recht auf den Freibeweis, sodass das kantonale Recht keinen numerus clausus der Beweismittel kennen darf. Die **freie richterliche Beweiswürdigung gemäss ZPO 204 entspricht dem Recht auf den Freibeweis**. Das Recht auf den Beweis bleibt aber nicht ohne Ausnahmen. ZPO 223 III schliesst den Friedensrichter als Zeugen betreffend Äusserungen der Parteien in der Vermittlungsverhandlung aus. Ebenso ist die Ablehnung eines Kindes als Zeuge zulässig, wenn es dessen Wohl gebietet (ZPO 217 II). Die freie Beweiswürdigung ist durch gesetzliche Vermutungen beschränkt. Eine natürliche Vermutung zieht der Richter aufgrund der Lebenserfahrung. Eine gesetzliche Vermutung stellt Beweislastregeln auf. Ist die Vermutungsbasis bewiesen, muss der Richter auch die Vermutungsfolge als gegeben betrachten, obwohl kein Beweis hiefür vorliegt. **Bei widerrechtlich erlangten Beweisen ist eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen**.

ii. Gegenstand des Beweises

Beweis wird nur über erhebliche und bestrittene Tatsachen erhoben (ZPO 198 I, vorbehalten bleiben Beweisabnahmen von Amtes wegen). Keines Beweises bedürfen die Rechtsnormen, für ausländisches Recht siehe IPRG 16 I und ZPO 76. Hat der Richter aber keine sichere Kenntnis, muss dennoch darüber Beweis erhoben werden (ZPO 201). Ebenfalls keines Beweises bedürfen die offenkundigen, „notorischen“ Tatsachen. Die Gegenpartei kann indes durch ihr rechtliches Gehör Zweifel an der Notorietät anmelden. Nicht in jedem Fall als gerichtsnotorisch gilt das Beweisergebnis eines früheren Prozesses. Das alte Beweisergebnis ist einer neuen, freien Beweiswürdigung zu unterziehen.

Das gerichtliche Geständnis aus ZPO 199 ist die im Verlaufe des Prozesses abgegebene ausdrückliche Erklärung, dass eine an sich dem Beweis unterworfene Behauptung des Gegners als richtig anerkannt wird. Die Norm bezieht sich nur auf das gerichtliche, und nicht das aussergerichtliche Geständnis. Liegt ein Geständnis vor, gilt die behauptete Tatsache als nicht bestritten und damit als nicht beweisbedürftig. Der unselbständige Streithelfer kann sich zur Hauptpartei nicht in Widerspruch setzen (ZPO 57 I). Ein Widerruf ist nur dann wirksam, wenn seine Begründung dem Richter zumindest plausibel erscheint, dass die ehemals zugestandene Tatsache in der richterlichen Überzeugung wiederum als unsicher erscheint. Sind infolge Säumnis einer Partei tatsächliche Behauptungen unbestritten geblieben, kann darüber Beweis erhoben werden, wenn der Richter an ihrer Richtigkeit zweifelt (ZPO 200).

iii. Bestimmung der Beweismittel durch den Richter / Freie Beweiswürdigung

Der Richter bestimmt, welche von den beantragten Beweismitteln zugelassen werden (ZPO 202 I). Er kann auch ohne Antrag einen Augenschein nehmen (ZPO 244), eine Parteibefragung durchführen (ZPO 263), andere Beweismittel zulassen oder einen Sachverständigen (ZPO 253) beiziehen. Im Rahmen der Untersuchungsmaxime ist der Richter an die Beweisanträge der Parteien sowieso nicht gebunden (ZPO 203).

ZPO 203 statuiert den Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel. Der Verzicht auf ein angerufenes Beweismittel durch eine Partei ist nur wirksam, wenn die Gegenpartei zustimmt. ZPO 204 sieht vor, dass der Richter die Beweise frei zu würdigen hat. Sein Entscheid muss aber einleuchten, nachvollziehbar und begründet sein.

b) Beweisverfahren i.e.S.

i. Beweisanordnung

Die Beweisanordnung soll die beweisführende Partei, die zu beweisende Tatsache und die Beweismittel bezeichnen (ZPO 205). Sie ist der prozessleitende Beschluss, mit dem der Inhalt der Beweisführung festgelegt wird. Sie kann durch den Richter abgeändert werden. Die Zuständigkeit für die Beweisanordnung ergibt sich aus ZPO 190 I und 191 V. Mit der Beweisanordnung ist der Beweiskostenvorschuss einzufordern (ZPO 102).

ii. Beweiserhebung

Die Parteien sind berechtigt, der Beweiserhebung beizuwohnen (ZPO 206 I, vgl. aber Abs. 2 bei Geschäftsgeheimnissen). Das Ausbleiben einer Partei führt zur Beweiserhebung ohne sie. Bei geheimer Beweiserhebung hat sich der Richter zu fragen, ob die Chance, ein richtiges Urteil zu finden, grösser wird beim Ausschluss des Beweismittels oder bei dessen Verwendung ohne Kenntnisgabe an die Gegenpartei. Danach kann die Gegenpartei immer noch einwenden, dass dem Geheimnisschutz weniger Bedeutung zukommt als dem prozessualen Nachteil. Neben dem Geheimnisschutz fällt auch trotz fehlendem Wortlaut das Persönlichkeitsrecht unter ZPO 206 II.

Die Befragung von Personen obliegt dem Richter; die Parteien können indessen Erläuterungs- und Ergänzungsfragen stellen, über deren Zulässigkeit der Richter entscheidet (ZPO 207).

Mittels ZPO 208 versucht man, dass der Richter nicht bloss aus Akten Beweise sammeln kann, sondern auch unmittelbar ausserhalb des Gerichtssitzes. Dies wird durch deine Delegation des Gerichts oder jene auf dem Wege der Rechtshilfe ausdrücklich als zulässig erachtet. Schranke ist einzig die Zumutbarkeit.

iii. Beweissicherung

Eine vorsorgliche Beweisabnahme ist möglich, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Beweisabnahme später erschwert oder unmöglich wäre (ZPO 209 I). Ebenso ist die vorsorgliche Beweisabnahme dort möglich, wo eine rasche Feststellung des Tatbestandes

vorgeschrieben ist (ZPO 209 II). Der Gesuchsteller muss den Zusammenhang des Beweissicherungsanspruches mit einem gerichtlich geltend gemachten oder allenfalls geltend zu machenden Anspruch dartun. Beispiele für die Gefährdung sind eine schwere Erkrankung eines Zeugen, drohende Veränderungen am Objekt etc.

Das Gesuch kann beim **Instruktionsrichter**, bei dem die Klage voraussichtlich zu erheben ist, oder dem Gerichtspräsidenten des Bezirks, wo die Massnahme vollstreckt werden soll, eingegeben werden (ZPO 210 I, vgl. 14). Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Handelsgerichts (ZPO 418). Für den Inhalt des Gesuchs vgl. ZPO 211 (Parteien, die zu beweisenden Tatsachen, die Beweismittel, die Gründe für eine vorsorgliche Beweisaufnahme). Bei positivem Entscheid kann der Richter ohne Beachtung gesetzlicher Mindestfristen zur Beweisabnahme einladen und die Beweisanordnung erlassen. Ist Gefahr im Verzuge, kann auch ohne Information der Gegenpartei gehandelt werden (ZPO 212 II). Diese muss aber im Nachhinein informiert werden. Entspricht der Richter dem Gesuch nicht, kann dagegen Beschwerde geführt werden (ZPO 212 III, 213 IV, 335 b, vgl. 275).

An der Verhandlung für die Beweisabnahme wird der Gegenpartei Gelegenheit gegeben, Einwendungen gegen das Gesuch zu erheben. Konnte sie nicht geladen werden (vgl. ZPO 211 II und 212 II), bleiben ihr alle Einreden gewahrt. Kann aber in der Hauptverhandlung die Beweisabnahme nicht wiederholt werden, ist aber das Ergebnis daraus nicht nichtig wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es hat eine Interessenabwägung stattzufinden.

Ist der Hauptstreit noch nicht hängig, trägt der Gesuchsteller die Kosten, andernfalls werden sie zu den Kosten des Hauptverfahrens geschlagen (ZPO 214). Unter die Kosten fallen ebenfalls die daraus entstehenden Gerichts- und Parteikosten. Wird das Gesuch abgewiesen, trägt der Gesuchsteller ebenfalls die Kosten, aber aus ZPO 112 I. Mit dem Gesuch der vorsorglichen Beweisabnahme kann das Gesuch auf unentgeltliche Rechtspflege verbunden werden.

Bzgl. der amtlichen Feststellung durch den Betreibungsbeamten siehe ZPO 215.

c) Beweismittel

i. Zeugen

Wer zum massgebenden Sachverhalt Aussagen bezüglich eigener Wahrnehmungen machen kann, ist vor Gericht als Zeuge anzuhören, sofern er nicht Partei oder Streithelfer ist (ZPO 216, vgl. 264). Dies schliesst den Ausschluss von Streitgenossen ein. Ebenfalls der Parteibefragung wird auch derjenige unterstellt, der den Prozess als Streitverkünder nicht aufnehmen will und die Prozessführung dem Dritten überlässt (ZPO 60) sowie der Veräusserer des Streitgegenstandes. **Der Ehegatte einer Partei ist Zeuge, nicht aber der gesetzliche Vertreter. Der gewillkürte Vertreter wiederum ist Zeuge**.

Zeugen und Sachverständige unterscheiden sich dadurch, dass letzterer aufgrund seines Fachwissens zugezogen wird und entsprechend ersetzbar ist. Hat ein Zeuge seine früheren Wahrnehmungen nur aufgrund besonderer Sachkunde machen können, spricht man vom sachverständigen Zeugen. Auch dieser untersteht den Regeln des Zeugenbeweises.

Auch Kinder können als Zeugen befragt werden (ZPO 217), allerdings setzt Zeugnisfähigkeit Urteilsfähigkeit voraus. Je nach Alter und zu bezeugender Sache ist diese individuell zu beurteilen. Durch das Kriterium des Kindeswohles ist eine weitere Voraussetzung für das Zeugnis gegeben.

Der Zeuge muss der Vorladung Folge leisten, selbst wenn er sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht beruft (ZPO 218). Dieses muss vor dem Richter genannt werden. Für die Form der Ladung siehe ZPO 95. Für ausserhalb des Kantones wohnende Zeugen muss Rechtshilfe anbegehrt werden (ZPO 208, 220, vgl. allenfalls ein bestehendes Konkordat und die internationalen Abkommen). Ist der Zeuge **säumig**, hat er eine **Ordnungsbusse** bis 100 Fr. zu bezahlen, wobei er sich auch diesbezüglich entschuldigen kann (ZPO 219 I). Hält der Richter die Aussage für unerlässlich, hat der Zeuge bei weitere Säumnis zwangsweise vorgeführt zu werden (ZPO 219 II). Der Säumige hat ferner die verursachten Kosten zu begleichen. Der Zeuge hat die **Pflicht zur wahrheitsgetreuen Aussage** (ZPO 221, vgl. auch StGB 307).

Das **Zeugnis verweigern** können Ehegatten (auch geschiedene), Partner nach PartG, Verwandte in gerader Linie, sowie Onkel/Neffen etc., Personen in einem Pflegeverhältnis oder die selber oder deren Ehegatte/Partner Vormund, Beirat oder Beistand einer Partei waren oder sind (ZPO 222). Bzgl. des Pflegeverhältnisses siehe ZGB 264. Konkubinatspartner haben kein Zeugnisverweigerungsrecht, doch **könnte ein Zeugnis bei langjährigem Konkubinat gegen das Grundrecht der persönlichen Freiheit verstossen**. Der Richter könnte daraus eine Zeugnisverweigerung gutheissen. ZPO 223 zählt weitere Gründe auf, bei deren Bestehen das Zeugnis verweigert werden kann (jeweils von der speziellen Frage abhängig):

- Wenn die Ehre oder sogar das Vermögen schweren Schaden nehmen könnte.
- Wenn man sich selbst einer Straftat bezichtigen müsste.
- Schutz von Privatsphäre (durch den Richter zu bestimmen).
- Fragen, die ein Geschäftsgeheimnis betreffen, sofern Schutzmassnahmen nach ZPO 206 II nicht ausreichen.
- Berufsgeheimnis (AnwG, NotG, GesundheitsG etc.). Bei Hilfspersonen entscheidet der „Chef“ und nicht die Hilfsperson selber. Massgebend ist jeweils der berufsspezifische Inhalt der Aussage, nicht die Eigenschaft als z.B. Anwalt. Wo das Zeugnisverweigerungsrecht zur Verweigerungspflicht wird, soll der Zeuge zum Zeugnis gar nicht erst zugelassen werden.
- Zeugnisverweigerungspflicht von Amtspersonen (Amtsgeheimnis).
- Friedensrichter für Aussagen während der Vermittlungsverhandlung. Das ist eine Zeugnisunfähigkeit; der Friedensrichter wird nicht einmal vorgeladen.

Über das Recht zur Zeugnisverweigerung entscheidet der Richter, vor dem die Einvernahme stattfindet, sofort (ZPO 224). Über diesen Verfahrensschritt werden keine Kosten erhoben. **Die grundlose Verweigerung des Zeugnisses hat eine Ordnungsbusse zur Folge, sowie eine Haftung für den entstandenen Schaden**. Bei der Festsetzung des Schadens ist zu vermuten, dass der Zeuge zum Vorteil der beweisführenden Partei ausgesagt hätte. Wurde eine Aussage durch den Richter angeordnet obwohl ein Zeugnisverweigerungsrecht bestanden hat, ist diese nicht verwertbar. Dasselbe gilt für Aussagen in früheren Verfahren.

Bzgl. des Verfahrens erfolgt zuerst eine Vorladung (ZPO 226 I, vgl. 96), danach die Einvernahme (ZPO 227, 229), welche protokolliert wird (ZPO 230). Entgegen ZPO 227 I darf der Zeuge nach der Vernehmung der Verhandlung beiwohnen, wenn seine Befragung

abgeschlossen ist und auch sicher ist, dass keine weiteren Fragen ihm gegenüber gestellt werden (vgl. auch StPO 102). Der Zeuge wird ermahnt die Wahrheit zu sagen, dass er u.U. ein Zeugnisverweigerungsrecht hat, und die Unwahrheit evtl. Straffolgen haben kann (ZPO 228, vgl. StGB 307). Die Ermahnung ist dabei Strafbarkeitsvoraussetzung. Wird der Zeuge nicht über das Zeugnisverweigerungsrecht aufgeklärt und hätte er davon Gebrauch gemacht, darf die Aussage nicht berücksichtigt werden. Ebenso kommt eine Falschaussage nicht in Betracht.

Der Zeuge hat Anspruch auf ein Zeugengeld (ZPO 231). Die Zeugnispflicht hat er auch dann erfüllt, wenn er das Zeugnis berechtigt verweigert. Massgebend für das Zeugengeld ist VKD 29, der Kostenentscheid ist innert 20 Tagen anfechtbar (GOG 94).

Ausnahmsweise kann von den Zeugen auch eine **schriftliche Auskunft** genügen (ZPO 232), anstatt dass dieser persönlich vor Gericht erscheint. Für das Verfahren vor dem Friedensrichter siehe ZPO 146.

ii. Urkunden

ZPO 233 f. wiederholen Bundesrecht: Urkunden sind Datenträger, die bestimmt oder geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen (vgl. StGB 110 5.). Öffentliche Register und Urkunden erbringen einen vollen Beweis, solange die Unrichtigkeit des Inhaltes nicht nachgewiesen ist (vgl. ZGB 8). Bei der Beurteilung der Echtheit der öffentlichen (oder privaten) Urkunde ist der Richter frei. Der Richter entscheidet auch, ob ihm die Vorlage einer Kopie reicht (ZPO 235 I). Bei fremdsprachigen Urkunden ist auf Anordnung des Richters oder der Gegenpartei eine Übersetzung einzureichen. Der Richter kann im Übrigen die Abdeckung der Urkundsteile bewilligen, wenn diese nicht dem Beweise dienen (ZPO 235 III, abzugrenzen von ZPO 206 II, wo für geheime Tatsachen Beweis abgenommen werden kann).

Für die Vorlegung von Urkunden der Gerichte und öffentlicher Verwaltungen bleiben die besonderen Vorschriften vorbehalten (ZPO 243).

iii. Edition (von Urkunden)

Neben der Regelung von ZPO 236 ff. kennt OR 963 eine Editionspflicht für buchführungspflichtige Personen, welche aber von den Kantonen verschärft werden kann. Grundsätzlich gilt, dass wenn eine Partei sich auf eine Urkunde beruft, sie diese vorzulegen hat, sofern sie in ihrem Besitz ist (ZPO 236, vorbehalten bleiben ZPO 206 II [Geschäftsgeheimnis] und 235 III [Teile der Urkunde, die nicht dem Beweis dienen]). Befindet sich die Urkunde bei der Gegenpartei, hat sie diese herauszugeben (Editionspflicht) oder stattdessen Auskunft über den Verbleib zu geben, wenn sie nicht mehr in ihrem Besitze ist. Weigert sich eine Partei zur Herausgabe, wird dieses Verhalten frei gewürdigt (ZPO 237 III).

Befindet sich eine Urkunde bei einem Dritten (d.h. bei jemandem, der nicht Partei ist), ist das Gesuch um Vorlegung der Partei dem Dritten zur Stellungnahme vorzulegen (ZPO 238). Eine wirtschaftlich identische andere juristische Person als die Partei, ist ebenfalls in diesem Sinne eine Drittperson. Die Drittperson ist zur Herausgabe verpflichtet, sofern nicht ZPO 222 f. Anwendung findet (ZPO 239, Zeugnisverweigerungsrecht). Der Dritte ist daher auch auf die Editionsverweigerungsmöglichkeit aufmerksam zu machen. Weigert sich der Dritte, ergeht ein Entscheid des Instruktionsrichters über das Gesuch (ZPO 240).

Verweigert der Dritte auch bei festgestellter Pflicht der Edition, findet ZPO 225 Anwendung (Ordnungsbusse). Ist der Dritte auswärtig, ist um Rechtshilfe zu suchen (ZPO 241, vgl. das Art. 7 des Rechtshilfekonkordates sowie die Haager Übereinkommen).

iv. Augenschein

Der Augenschein dient der **unmittelbaren Wahrnehmung erheblicher Tatsachen durch das Gericht oder einen Sachverständigen** mit den Augen oder einem anderen Sinnesorgan. Die Regelung ist sinngemäss derjenigen der Urkunden.

Der Richter kann zur Abklärung des Sachverhaltes einen Augenschein anordnen, evtl. auch mit Beizug von Zeugen und Sachverständigen (ZPO 244 I und II). Bei Wahrung des Geschäftsgeheimnisses sind die Parteien ausgeschlossen (ZPO 244 V). Ebenso zu berücksichtigen ist die Privatsphäre. Für Rechtshilfe siehe Art. 8 des Rechtshilfekonkordates. Das Ergebnis des Augenscheines ist zu protokollieren (ZPO 249).

Die Parteien haben den Augenschein zu dulden; eine Weigerung ist frei zu würdigen (ZPO 245). Der Dritte ebenfalls, solange er sich nicht auf das **Zeugnisverweigerungsrecht** berufen kann (ZPO 246 I, vgl. ZPO 225). Sofern erforderlich ist der Einlass in eine Liegenschaft polizeilich zu erzwingen (ZPO 247). Kann eine Sache wie eine Urkunde behandelt werden, ist sie dem Richter vorzulegen (ZPO 248).

Für die Untersuchung einer Person werden die bereits genannten Regeln ebenfalls sinngemäss angewendet (ZPO 250 f.), d.h. konkret: eine Untersuchung ist zuzulassen, sofern sie nicht gesundheitsgefährdend ist. Weigert man sich, entscheidet der Richter, ein Weiterzug innert 10 Tagen ist kostenlos möglich. Eine genügende Grundlage für Statusprozesse für eine Untersuchung stellt bereits ZGB 254 2. dar. Eine Weigerung der Untersuchung kann frei gewürdigt werden, eine Ordnungsbusse ist möglich (ZPO 219, 225). Die einzige Weigerungsmöglichkeit ist aber die Gesundheitsgefährdung.

Für das psychiatrische Gutachten siehe ZPO 252. Das Gutachten ist in den Fällen von ZGB 141, 374 II und 436 zwingend vorgeschrieben. Die persönliche Freiheit wird zweifellos tangiert, dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit bzgl. einer Einweisung ist besondere Beachtung zu schenken. Im Übrigen gilt ZPO 252 nur für die Parteien, und nicht für Dritte.

v. Sachverständige

Erfordert die Abklärung des Sachverhaltes Fachkenntnisse, die dem Richter fehlen, werden Sachverständige beigezogen (ZPO 253 I). Hat der Richter die besonderen Kenntnisse selbst, werden seine Äusserungen protokolliert. Die Aufgabe des Sachverständigen ist die Feststellung von Tatsachen, die Mitteilung von Erfahrungssätzen oder die Beurteilung von Tatsachen. Auch über den Inhalt fremden Rechts kann der Richter ein Gutachten einholen. Für die Anordnung des Gutachtens bedarf es keines Antrages; ein solcher ist aber möglich.

Die Ernennung erfolgt durch den Richter, wobei die Parteien Vorschläge anbringen können (ZPO 254 I). Der Sachverständige muss aber dem Begriffe nach unparteiisch sein (ZPO 254 II), weshalb die Parteien derartige Einwendungen anbringen können. Ferner können sie anbringen, dem Sachverständigen fehle es an der fachlichen Eignung. Kann einer alleine den gerichtlichen Auftrag nicht erfüllen (Zeit, Unvermögen), sind mehrere

Sachverständige zu bestellen (ZPO 258). Bei umstrittenen wissenschaftlichen Themen darf kein Sachverständiger bestellt werden, bei dem man von vorneherein weiss, welche Stellung er einnehmen wird.

Jeder, der ein öffentliches Amt ausübt, muss den Gutachterauftrag annehmen (ZPO 255 I, z.B. Ärzte in einem öffentlichen Spital). Ansonsten wird er wie ein widerspenstiger Zeuge behandelt, wobei natürlich der Auftrag nicht aufgezwungen werden kann.

Zum Verfahren: Der Richter instruiert den Sachverständigen über die Sache, und macht ihn darauf aufmerksam, dass er das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen erstellt hat (ZPO 256). Der Sachverständige haftet aus OR 41 den Parteien, wenn er seine Pflicht verletzt. Er kann sich überdies strafbar machen, wenn er ein falsches Gutachten erstellt (StGB 307). Daher hat ihn der Richter über diese Tatsache zu unterrichten (aber: keine Strafbarkeitsvoraussetzung!). Bei der Erhebung des Gutachtens (vgl. ZPO 258) haben die Parteien keinen Anspruch auf Mitwirkung/Anwesenheit. Ebenso können sie ohne richterliche Anweisung nicht dazu verpflichtet werden. Hat der Richter am Ergebnis des Gutachtens Zweifel, lässt er es wiederholen (vgl. auch ZPO 259 I). Nach der Erstellung wird den Parteien das Gutachten zur Stellungnahme zugesandt (ZPO 258 III), u.U. kann der Sachverständige seine Ergebnisse aber auch mündlich zu Protokoll geben. Der Richter kann gemäss ZPO 259 auch die Parteien zu einer Verhandlung einladen, in der das Gutachten besprochen werden kann. Der Richter ist nicht an das Gutachten gebunden, ausgenommen sind die Fälle von ZGB 141, BGBB 87, 90 und EGZGB 80 5.

Dem Experten kann für die Abgabe des Gutachtens eine Frist gesetzt werden (ZPO 260). Versäumt er diese oder wird der Auftrag sonst nicht genügend erfüllt, kann er mit einer Ordnungsbusse bis 500 Fr. belegt werden. Seine Entschädigung bestimmt der Richter nach eigenem Ermessen bzw. wohl nach branchenüblichen Ansätzen. Die Parteien können diese aber mit Kostenbeschwerde anfechten (GOG 94).

ZPO 262 regelt die Möglichkeit der Zulassung von Parteigutachten. Diese sind möglich, allerdings dürfte Ihnen eine beschränkte Beweiskraft zukommen. Wenn es den Richter überzeugt, wird es zum ordentlichen Beweismittel.

vi. Parteibefragung

Der Richter kann die Parteien über den Sachverhalt befragen (ZPO 263 I). Er ist sogar dazu verpflichtet, wenn die persönlichen Verhältnisse der Parteien wichtig sind. Die Aussage erfolgt in der Form des einfachen Parteiverhörs (ZPO 267) oder subsidiär der Form der Beweisaussage unter Straffolge (ZPO 268). Beweiswert haben aber beide Arten. Den Parteien ist erlaubt, nach dem Richter Ergänzungsfragen zu stellen. Die Aussagen werden protokolliert (ZPO 269). Ist eine Partei der deutschen Sprache nicht mächtig, ist ein Dolmetscher zuzuziehen (GOG 16 II). Auf diesen sind die Vorschriften des Sachverständigen anzuwenden.

Ist eine Partei nicht urteilsfähig, wird der gesetzliche Vertreter befragt (ZPO 264 I). Bei juristischen Personen bestimmt der Richter, wer befragt werden soll, bei der Konkursmasse ist es der Konkursverwalter, bei der Gemeinde Mitglieder des Gemeinderates und der Gemeindeschreiber. Auch der Streithelfer kann befragt werden (ZPO 264 IV).

Erscheint die Partei nicht zur Befragung, wird sie ein zweites Mal vorgeladen (sofern erforderlich). Ein Nichterscheinen hat die sofortige zwangsweise Vorführung zur Folge (ZPO 265 II). Wohnt die Partei ausserhalb des Kantones, siehe Art. 9 des Rechtshilfekonkordates.

Bei den Parteien herrscht die Wahrheitspflicht. Eine Verweigerung der Aussage ist möglich, wenn die Partei das **Zeugnisverweigerungsrecht** hat (ZPO 266 II, vgl. ZPO 223, nicht aber 222). Wird die Aussage grundlos verweigert, hat sie der Richter entsprechend zu würdigen. Daher darf der Richter eine Aussageverweigerung wegen z.B. dem Berufsgeheimnis nicht würdigen.

Für das Verfahren wird die Partei ermahnt, die Wahrheit zu sagen und unter Hinweis des Aussageverweigerungsrechts (ZPO 267 I). Üblicherweise erzählt die Partei den massgebenden Sachverhalt zuerst in freier Rede, danach können Ergänzungsfragen gestellt werden, sowohl durch den Richter, als auch durch die andere Partei. Anders als das Parteiverhör nach ZPO 267 gehört die Beweisaussage der Parteien i.d.R. an den Schluss des gesamten Beweisverfahrens. Ausschlaggebend für die Beweisaussage ist das vorläufige Beweisergebnis, welches naturgemäss noch nicht definitiv sein kann (Subsidiarität, ZPO 268 I). Die Beweisaussage steht unter der Androhung der Straffolgen einer falschen Beweisaussage (StGB 306, Strafbarkeitsvoraussetzung!). Daher hofft der Richter, dass die Parteien unter dieser Androhung die Wahrheit aussagen werden. Die Partei ist ferner noch einmal über die Wahrheitspflicht und das Aussageverweigerungsrecht zu belehren. Wird die Partei nicht auf das Aussageverweigerungsrecht hingewiesen, darf die Aussage nicht verwertet werden, wenn sie sonst das Aussageverweigerungsrecht angenommen hätte.

1.4.4. Stillstand des Verfahrens

a) Allgemeines

Es wird zwischen dem Stillstand von Gesetzes wegen (Tod, Konkurs) und anderen Gründen unterschieden, welche den Richter zu einer Aussetzung des Verfahrens veranlassen können. Zuständig für einen Entscheid ist der Instruktionsrichter während dem Schriftenwechsel, oder das Gesamtgericht, sobald es mit dem Fall befasst ist.

Stillstand bedeutet, dass gerichtliche Ladungen dahinfallen und Fristen stillstehen, und zwar nicht bloss die richterlichen Fristen, sondern auch die gesetzlichen. Sie laufen weiter, sobald das Verfahren fortgesetzt wird.

b) Unterbrechung

Ein erster Unterbrechungsgrund ist der Tod einer Partei (ZPO 270), und zwar bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist nach ZGB 567 ff. (ZGB 588 III). Dringliche Fälle bleiben aber vorbehalten. Bei der einfachen Streitgenossenschaft hat der Richter die Möglichkeit der Trennung einzelner Verfahren. Dringlich ist ein Fall dann, wenn er nach der Überzeugung des Gerichts nicht aufgeschoben werden kann. Die Fortsetzung nach Ablauf der Ausschlagungsfrist wird vom Richter verfügt.

Der zweite Grund ist der Konkurs (ZPO 271, SchKG 207). Die Einstellung ergeht wie beim Tod kraft Gesetzes, doch sollte sie richterlich verfügt festgehalten werden.

c) Aussetzung

Sie ist möglich, wenn er den Ausgang eines anderen Verfahrens abwarten will oder wenn die Parteien in Vergleichsverhandlungen treten (ZPO 272 I) sowie aus anderen Gründen (ZPO 272 II). Die Parteien können gegen den Aussetzungsentscheid indes Beschwerde nach ZPO 335 b erheben.

1.4.5. Beendigung des Verfahrens

a) Durch Urteil

i. Allgemeines

Das Gesetz unterscheidet zwischen den Endentscheiden (ZPO 273) und jenen Entscheiden, die das Verfahren noch nicht beenden, sondern in dessen Verlauf ergehen und eine Teilfrage des Prozesses beantworten (ZPO 274, Vor- und Zwischenentscheid). Letztere sind aber keine prozessleitenden Entscheide, weil diesen keine Urteilsqualität zukommt. Behandelt das Urteil eine Prozessvoraussetzung, ist es ein Prozessurteil, behandelt es den eingeklagten Anspruch, handelt es sich um ein Sachurteil. Die Begriffe des Vor- und Zwischenentscheides werden nicht einheitlich verwendet (vgl. ZPO 274, ein **Vorentscheid ist ein Prozessurteil, ein Zwischenentscheid ein Sachurteil**, aber nicht in der streitigen Sache, so z.B. über materielle Vorfragen).

Ein Sachurteil liegt vor, wenn das Gericht sich über die Begründetheit oder Unbegründetheit des Klagebegehrens ausspricht. Teilurteile sind aus der Praxis möglich.

ii. Vor- und Zwischenentscheid

Voraussetzungen für einen selbständigen Vor- oder Zwischenentscheid, welcher der Richter im Übrigen nach Ermessen fällen kann, sind die **Möglichkeit, sofort einen Endentscheid zu fällen, sowie die Ersparnis von bedeutendem Aufwand von Zeit und Kosten** (d.h. Zeugenbefragungen, Expertisen etc.). Ersteres ist nicht gegeben, wenn bloss ein Teilentscheid gefällt werden kann (ZPO 274 II). Der Sinn der Selbständigkeit ist die Möglichkeit der separaten Anfechtbarkeit. Im erstinstanzlichen Verfahren vor Handelsgericht oder Obergericht kommt ZPO 274 nicht direkt zur Anwendung, wohl aber analog (vgl. die bundesrechtlichen Rechtsmittel). Selbständigkeit liegt vor, wenn der Richter den Vor- bzw. Zwischenentscheid für separat anfechtbar erklärt. Verneint der Richter die Selbständigkeit, liegt ein prozessleitender Entscheid vor.

Wird die Anfechtung nicht wahrgenommen, kann über die Frage des Vor- oder Zwischenentscheides nicht mehr mit einem Rechtsmittel entschieden werden. Ein selbständiger Vor- oder Zwischenentscheid ist daher den Parteien nach dem Bestimmungen von ZPO 275 ff. zu eröffnen. Die Kosten werden aber erst im Endurteil auferlegt (ZPO 121 I). Beendet die Rechtsmittelinstanz aber das Verfahren, hat sie auch über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu befinden. Kann das Verfahren nicht beendet werden, hat die Rechtsmittelinstanz die Kosten für ihr Verfahren zu verlegen.

iii. Eröffnung

Das Urteil ist den anwesenden Parteien in der Regel mit kurzer Begründung mündlich zu eröffnen, und danach schriftlich zuzustellen (ZPO 275). Die Rechtsmittelfrist beginnt aber immer erst bei der schriftlichen Zustellung.

Die Formalien für die **schriftliche Zustellung** sind in ZPO 276 enthalten. Die Richter sind deswegen zu nennen, weil sonst keine Ausstandsgründe untersucht werden können. Wichtig ist die Begründung des Urteils, welche aus dem Schriftstück ergehen muss; ein Verweis auf ein anderes Urteil entspricht den Anforderungen der Norm nicht. Der Richter hat auch zu den wesentlichen Ausführungen der Parteien Stellung zu nehmen. Bei einem Leistungsurteil (speziell der Unterlassungsklage) ist ggf. die Ausfällung einer Ungehorsamsstrafe anzudrohen (vgl. ZPO 425).

Es ist auch möglich, **die schriftliche Eröffnung auf die Zustellung des Urteilsspruches (Dispositiv) zu beschränken**. In diesem Fall muss aber der Hinweis enthalten sein, dass das Urteil rechtskräftig wird, wenn innert 10 Tagen keine Partei eine vollständige Ausfertigung verlangt (ZPO 277 I). Das ist ein Beitrag zur Beschleunigung des Verfahrens (vgl. StPO 167 ff.). ZPO 277 ist eine kann-Vorschrift, vgl. demgegenüber ZPO 384 II. Wenn eine Partei die Ausfertigung begehrt, ist diese beiden Parteien zuzustellen. Eine irrtümliche vorzeitige Berufungsschrift gilt nur als Begehren um Zustellung eines ausgefertigten Entscheides. Will die Partei auch nach der Ausfertigung des vollständigen Urteils Berufung einlegen, hat sie diese noch einmal zu verfassen, da dies aus der Rechtsmittelbelehrung (vgl. ZPO 279) hervorgeht. Aus Fairnessgründen sollte aber in der Rechtsmittelbelehrung darauf speziell Bezug genommen werden. Gegen einen Entscheid, mit welchem der Richter auf ein Begehren auf Zustellung einer vollständigen Urteilsausfertigung wegen Verspätung nicht eintritt, ist , da damit der Urteilsspruch zum rechtskräftigen Endurteil erklärt wird, die Appellation gegeben.

Eine **öffentliche Zustellung** erfolgt durch einmalige Veröffentlichung des Dispositivs (ZPO 278). Für die Voraussetzungen siehe ZPO 94. Will die Partei ein Rechtsmittel einlegen, ist sofort die vollständige Ausfertigung des Urteils bei der Gerichtskanzlei zu beziehen. Dies bedeutet, dass eine Ausformulierung vorliegen muss.

Fehlt eine Rechtsmittelbelehrung (ZPO 279), darf der Partei daraus keinen Nachteil erwachsen. Sie sollte auch nach Jahr und Tag noch befugt sein, ein Rechtsmittel einzulegen. Es ist indessen im Einzelfall nach Treu und Glauben zu entscheiden, ob der Partei auch nach langer Zeit kein Nachteil erwachsen darf. Erhält das Gericht von der fehlenden Rechtsmittelbelehrung Kenntnis, ist diese zu verbessern, wobei die Frist für ein Rechtsmittel erst mit der zweiten Zustellung zu laufen beginnt.

iv. Wirkungen des Urteils

Als erste Wirkung und Grundsatz ist der Richter an das Urteil gebunden (ZPO 280). D.h. dass er das **Urteil nicht widerrufen darf**. Die Bindungswirkung ist unabhängig von der formellen Rechtskraft eines Urteils und tritt mit Eröffnung ein, nicht aber bereits mit der Ausfällung, weil zu diesem Zeitpunkt noch Noven eingebracht werden können (ZPO 184). Die gesetzlichen Ausnahmen vom Grundsatz sind:

- Die Aufhebung eines Säumnisurteiles durch Widerherstellung (ZPO 98 II, bereits vor Eintritt der Rechtskraft möglich).

- Erläuterung, Berichtigung und Ergänzung (ZPO 281) bei Unklarheit.
- Revision (ZPO 343 ff.).
- Abänderungsklagen (bundesrechtlich, OR 46 II, ZGB 153 II, 157, 286 II).

Prozessleitende Entscheide sind grundsätzlich abänderbar (vgl. ZPO 73 ff., 86 f., 101 ff., 205, 250, 252), ausser die selbständig weiterziehbaren, welche unabänderbar sind (vgl. ZPO 335, es sind: ZPO 7, 56 II, 98 ff., 129 II).

Bei Anwendung von ZPO 281 beginnt eine neue Rechtsmittelfrist zu laufen, wenn das Urteil anders gefasst wird. Die Voraussetzung der Erläuterung ist eine Zweideutigkeit der Widersprüchlichkeit, welche eine Klarstellung verlangen. Eine Berichtigung kommt bei Schreib- oder Rechnungsfehlern in Betracht. Die Ergänzung wird nötig, wenn versehentlich über ein Begehren oder über die Kosten nicht entschieden worden ist; das Urteil muss also lückenhaft sein. Wenn ein Richter aber bspw. eine in den Akten liegende Rechnung übersieht und diese nicht mit den Kosten verteilt, liegt ein Fehler in der Willensbildung des Richters vor, welcher nicht mehr abgeändert werden kann. Die Rüge der fehlenden Beurteilung einzelner Rechtsbegehren hat aber auf dem Rechtsmittelweg zu ergehen! Für das Scheidungsverfahren steht das Nachverfahren bzw. das Ergänzungsverfahren bereit, da der Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils nicht verletzt werden darf. ZPO 281 wird von Amtes wegen oder auf Gesuch einer Partei hin angewendet. Das Gesuch ist nicht an eine Frist gebunden. Auf das Gesuch hat die Gegenpartei die Möglichkeit der Stellungnahme.

v. Formelle Rechtskraft

Die formelle Rechtskraft ergibt sich aus ZPO 282. Sie bedeutet, dass ein Urteil mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann. Mit ihr ist auch die Vollstreckbarkeit verbunden (ZPO 422, ausgenommen dem Entzug der Suspensivwirkung, vgl. ZPO 298 III). Die formelle Rechtskraft beendigt die Rechtshängigkeit des Verfahrens. Wie bereits oben erwähnt, ist sie von dem Zeitpunkt zu unterscheiden, in welchem das Gericht das Urteil nicht mehr abändern kann. Ebenso ist sie von der materiellen Rechtskraft zu differenzieren, welche die Rechtsverbindlichkeit eines Urteils für spätere Prozesse bewirkt (ne bis in idem). Da ein Urteil auch bis vor der formellen Rechtskraft Wirkungen erzielen kann (z.B. Unterhaltsklagen), ist auch hier zu unterscheiden.

Die formelle Rechtskraft trifft mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist ein. Die Parteien können aber auf die Einlegung eines Rechtsmittels schriftlich verzichten (ZPO 283, nur für kantonale Rechtsmittel und nicht möglich für die Revision!), womit die formelle Rechtkraft mit der Eröffnung eintritt. Möglich ist auch der Rückzug des eingelegten Rechtsmittels des Unterlegenen als Zeitpunkt für den Eintritt der formellen Rechtskraft. Beim schriftlichen Verzicht ist im Nachhinein aber möglich, dass dieser zivilrechtlich unwirksam ist (z.B. Irrtum).

Mit der formellen Rechtskraft **fallen die für die Prozessdauer angeordneten vorsorglichen Massnahmen i.S.v. ZGB 145 im Ehescheidungs- oder Ehetrennungprozess weg**. Die Rechtskraft der Widerklage tritt noch nicht ein, wenn der unterlegene Widerkläger seine Widerklage nicht weiterzieht und nur die Klage anficht, bis letztere entschieden ist.

ZPO 282 II anerkennt die Möglichkeit der Teilrechtskraft. Dies hat vor allem dann Bedeutung, wenn an die Dritte Instanz weitergezogen wird. Das vor der zweiten Instanz nicht geltende gemachte darf bzw. kann nicht mehr geltend gemacht werden.

vi. Materielle Rechtskraft

Die materielle Rechtskraft bedeutet **Rechtsverbindlichkeit dieses Urteils für jedes andere Gericht im Staatsgebiet der Schweiz**. Voraussetzung ist freilich die Identität der Parteien und der Ansprüche. Keine materielle Rechtskraft hat ein Urteil, wenn der erste Richter nur mit beschränkter Kognition entscheiden konnte (sowie bzgl. vorsorglicher Massnahmen), der Zweite aber sodann mit voller Kognition. Ebenso hat der Entscheid des Nichteintretens wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit natürlich keine Wirkungen für die anderen Gerichte.

Materiell rechtskräftig werden auch Zwischenentscheide (ZPO 274 I b), welche über materielle Vorfragen entscheiden, nicht aber Prozessurteile, die sich naturgemäss nicht über den Bestand materieller Rechte aussprechen (umstritten, besonders bzgl. der Zuständigkeit, sodass eine weitere Eingabe beim gleichen Gericht als rechtsmissbräuchlich erscheint, wobei dies faktisch zu einem Rechtsverlust führen kann, wenn das Gericht falsch entschieden hat). Von der materiellen Rechtskraft werden ferner ausserkantonale Urteile und Abschreibungsbeschlüsse erfasst.

Ein ausländisches Urteil muss vorerst anerkannt werden (vgl. IPRG 25 ff., LugÜ 35 ff.).

Rechtskraftfähig ist nur die Entscheidung des Gerichts, **nicht aber die Begründung**. Die Rechtkraftwirkung kann sich auch auf Dritte erweitern, wenn z.B. jemandem ein absolutes Recht aberkannt wird (z.B. ein Patentrecht), hat dieses Urteil auch Wirkung für jeden Dritten. Anders ist hingegen die Lage, wenn das Gericht zu entscheiden hat, ob das Eigentum einer Sache der Person A oder B zugehörig ist. Dieses Urteil kann nicht für Dritte wirken, ausser wenn der Dritte direkter Rechtsnachfolger von A oder B ist.

Eine Klage gegenüber einer Kollektivgesellschaft wirkt für den Kollektivgesellschafter; dieser kann das Ergebnis später nicht mehr in Frage stellen. Durch die Akzessorietät der Bürgschaft wirkt ein Urteil für oder gegen den Verbürgten auch für den Bürgen.

Die Prozessbeteiligten und die Rechtsnachfolger müssen sich das Ergebnis des Prozesses ebenfalls entgegenhalten lassen. Dies gilt aber nur für den selbständigen Streithelfer im Falle des Prozessbeteiligten, und nicht für den unselbständigen, da letzterer nicht Einfluss auf den Prozess nehmen kann.

Stirbt eine Partei nach Erlass des Urteils, aber vor dessen Rechtskraft, kommt ZPO 64 ff. nicht zur Anwendung. Der Prozess ist daher nicht auszusetzen, es wird **gleich verfahren, wie wenn die Partei nach der Rechtskraft stirbt**.

Der Beginn der materiellen Rechtskraft ist derjenige der formellen Rechtskraft. Sie ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Wenn die materielle Rechtskraft vorhanden ist, fehlt in einem weiteren Prozess das Rechtsschutzinteresse und auf die identische Klage wird nicht eingetreten.

b) Ohne Urteil

i. Rückzug, Anerkennung und Vergleich

Ohne Urteil kann der Prozess durch Rückzug, Anerkennung und Vergleich enden (ZPO 285). Es herrscht eine Bedingungsfeindlichkeit.

Der **Vergleich** ist ein in einem Gerichtsverfahren zwischen den Parteien abgeschlossener Vertrag, durch den die Parteien durch gegenseitiges Nachgeben den Streit bzw. die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis beseitigen. Inhalt des Vergleichs kann zusätzlich auch etwas bilden, das nicht Prozessgegenstand ist. Der Vergleich ist zu Protokoll zu nehmen und von den Parteien zu unterzeichnen (ZPO 143 IV, 375 II, 409 III, vgl. auch ZPO 186 für die Vergleichsverhandlung). Der Vergleich hat prozessuale, wie materielle Wirkungen. Ebenso Doppelwirkung haben die Anerkennung als Schuldanerkennung, und der Rückzug als zivilrechtlicher Erlassvertrag. Die Formvorschriften des Vergleichs gelten entgegen dem Wortlaut des Gesetzes auch für die anderen Parteierklärungen. **Die Wahrung der Form genügt auch da, wo materiell eine andere Form vorgeschrieben wäre**.

Erfüllt der Beklagte das Eingeklagte, liegt keine Anerkennungserklärung vor, denn der Prozess wird gegenstandslos (ZPO 286), worauf eine Abschreibung erfolgt (ZPO 287). Eine Anwendung von OR 63 I (Nichtschuld) fällt ausser betracht, denn die Rechtskraft des Abschreibungsbeschlusses schliesst aus, dass im späteren Prozess von der Bezahlung einer Nichtschuld gesprochen werden kann.

Erst der **Abschreibungsbeschluss** beendet den Prozess formell, nicht bereits der Rückzug, die Anerkennung und der Vergleich. Der Wortlaut der Parteierklärung wird im Abschreibungsbeschluss aufgenommen (ZPO 288 c.). **Der Abschreibungsbeschluss stellt ein Anfechtungsobjekt nach aargauischem Recht dar** (ZPO 317, 335 a und c, 344 a und b). Bei bloss teilweiser Anerkennung etc. kann auch ein Teilabschreibungsbeschluss erlassen werden, welcher ein ebenfalls mögliches Teilurteil ersetzt.

Voraussetzung der Wirksamkeit einer Parteierklärung ist die Dispositionsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand (ZPO 285 III). Ausserhalb der Rechtshängigkeit haben die Parteierklärungen naturgemäss keine prozessualen Wirkungen.

Bei den Mängel ist zwischen den prozessualen und den zivilrechtlichen Mängeln zu unterscheiden. Zu den ersteren gehören z.B. die Verletzung von Formvorschriften oder mangelnde Partei- oder Prozessfähigkeit, mangelnde Vertretungsmacht etc. Zivilrechtliche Mängel sind die zivilrechtliche Formungültigkeit, ein Dissens oder andere Willensmängel. Die Rechtsfolge ist die Nichtigkeit der Erklärung oder deren einseitige Unverbindlichkeit bei Vorliegen eines Willensmangels. Für das internationale Recht siehe IPRG 30 und LugÜ 51.

ii. Gegenstandsloswerden

Ein Prozess wird gegenstandslos, wenn der **Streitgegenstand wegfällt** (ZPO 286). Das ist auch der Fall, wenn das Rechtsschutzunteresse wegfällt, wie insbesondere beim Bestand der materiellen Rechtskraft oder wenn erfüllt wird. Beispiele sind der Tod der Partei im Prozess betreffend Persönlichkeitsrechte oder im Ehescheidungsverfahren, sowie bei

Tod des Beklagten im Entmündigungsverfahren. Ferner beim Auszug des Mieters während des Ausweisungsverfahrens.

Die Gegenstandslosigkeit tritt demgegenüber nicht ein, wenn im Bauhandwerkerpfandrechtsprozess eine Sicherheitsleistung erfolgt, es sei denn, der Pfandrechtsanspruch werde definitiv anerkannt. Ebensowenig im Aberkennungsprozess, wenn die Betreibung erlischt oder im Arrestprosequierungsprozess, wenn der Arrest dahinfällt, weil im Prozess über die materiellen Belange entschieden wird. Respektiert der Beklagte eine vorläufige Massnahme, sagt dies ebenfalls noch nichts über die materiellen Belange des Anspruches aus. Gegenstandslos ist hingegen der Fall, wenn der berechtigte Anspruch einer Partei schlicht als unrealisierbar erscheint (aber nur mit Zurückhaltung).

Bei Gegenstandslosigkeit erfolgt der **Abschreibungsbeschluss**, welcher das Anfechtungsobjekt bildet (ZPO 287). Erst dieser beendet den Prozess. Gegen den Abschreibungsbeschluss kann eine Einsprache erhoben werden (ZPO 287 II). Bei Begründetheit der Einsprache wird der Prozess fortgesetzt, ansonsten ergeht ein weiterer Abschreibungsbeschluss, gegen den die ordentlichen Rechtsmittel erhoben werden können. Nicht möglich ist die Anfechtung des Abschreibungsbeschlusses infolge zivilrechtlicher Unwirksamkeit mittels selbständiger Klage. Bzgl. des Inhaltes des Abschreibungsbeschlusses siehe ZP= 288.

1.5. Summarisches Verfahren

1.5.1. Allgemeine Vorschriften

a) Allgemeines

Das Gesetz unterscheidet zwischen dem ordentlichen Verfahren und dem summarischen Verfahren, welches ein rasches richterliches Eingreifen erlaubt und sehr häufig nicht zu einer endgültigen Entscheidung über die materielle Rechtslage führt.

Das typische Summarium ist durch Beweisbeschränkungen charakterisiert, sei es, dass die Beweismittel beschränkt sind (z.B. nur Urkundenbeweis), oder dass die Beweisstrenge beschränkt ist (z.B. genügt Glaubhaftmachung). Das atypische oder uneigentliche Summarverfahren kennt keinerlei Beweisbeschränkungen, und des führt daher zu einem materiell rechtskräftigen Entscheid.

Das Summarverfahren umschliesst einerseits kontradiktorische (streitige) Parteiverfahren, andererseits Fälle der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, wo regelmässig nur eine Partei vorhanden ist (z.B. die Erbenbescheinigung).

b) Geltungsbereich und Verfahren

Das Summarverfahren gilt nur dort, wo es speziell in der ZPO vorgeschrieben ist, sowie im Vollstreckungsverfahren nach ZPO 434 (ZPO 289). Subsidiär zu den Regelungen von ZPO 289-316 gelten die Regeln des ordentlichen Verfahrens.

Das Verfahren wird **ohne vorgängigen Vermittlungsversuch** schriftlich oder mündlich beim zuständigen Richter eingeleitet (ZPO 290). Wie im ordentlichen Verfahren kann auch dem Gerichtsschreiber mündlich vorgetragen werden (vgl. ZPO 188 II). Während die „Klage" die Anträge und die Begründung erfasst, beinhaltet das summarische „Begehren" bloss die Anträge. Die – dennoch – notwendige Begründung kann sehr kurz sein. **Sachlich zuständig ist der Gerichtspräsident**, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt (ZPO 291). Er prüft wie üblich die Prozessvoraussetzungen und übt die richterliche Fürsorgepflicht aus (GOG 7 II).

Steht dem Eintreten auf das Begehren nichts entgegen (Vorprüfung nach ZPO 173), **wird ohne Verzug zu einer mündlichen Verhandlung geladen** (Einladung mind. 5 Tage vorher, ZPO 292 II). Wo die Umstände es rechtfertigen, kann eine schriftliche Antwort eingeholt werden. Anders als im ordentlichen Verfahren wird daher von der Zustellung des Begehrens an die Gegenpartei abgesehen. Damit sich die Gegenpartei indessen auf die Verhandlung vorbereiten kann, erfolgt trotz dieser Vorschrift eine Zustellung des Begehrens oder der protokollierten Begehren. Im Rechtsöffnungsverfahren wird es als zulässig erachtet, dass aufgrund der Akten entschieden wird, wenn der Beklagte trotz entsprechender Aufforderung keine schriftliche Antwort einreicht, keine Verhandlung verlangt und wenn ihm diese Folge angedroht worden ist.

An der Verhandlung ergehen mündlich Antwort, Replik und Duplik. Beim Rechtsöffnungsverfahren erfolgt keine Replik und Duplik, da es innert fünf Tagen entschieden werden muss. Üblicherweise erfolgen keine Vor- und Zwischenentscheide. Sofern eine Beweisabnahme vorzunehmen ist, geschieht diese wenn möglich in derselben Verhandlung (ZPO 293). Eine Widerklage ist grundsätzlich zulässig, sofern ihre Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. ZPO 180).

Bei einem Verfahren ohne Gegenpartei oder wenn sie nicht anzuhören ist (z.B. wegen unbekanntem Aufenthalt), entscheidet der Richter aufgrund des Begehrens (ZPO 297 I). Er stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (ZPO 297 II).

Die Verfahrenskosten trägt der Gesuchsteller (vgl. ZPO 112 ff.).

c) Vorläufige Massnahmen

Das Gesetz unterscheidet die vorläufigen Massnahmen (ZPO 294) und die vorsorglichen Verfügungen (ZPO 302). Vorläufige Massnahmen („superprovisorische Massnahmen") sind (fakultativer) Bestandteil eines Summarverfahrens; das Begehren kann gleichzeitig mit der Summarklage oder später gestellt werden. Merkmal ist, dass eine **dringende Gefahr** besteht und deswegen der Entscheid ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei erfolgen muss weil ansonsten ein **nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil** entsteht. Die dringende Gefahr ist **glaubhaft zu machen**. Indem sie fakultativ ist, kann der Richter trotz Glaubhaftmachung einer dringenden Gefahr von der Anordnung absehen.

Der Gesuchsgegner kann bei der Befürchtung, dass eine vorläufige Massnahme beantragt wird, eine sogenannte Schutzschrift einreichen. Es handelt sich um eine Art Petition beim Richter. Sie ist ein vorbeugendes Verteidigungsmittel. Sie ist vom Richter grundsätzlich anzuhören, wenn sie vor der Beantragung der vorläufigen Massnahme eingereicht wird. Danach kann u.U. wegen der Dringlichkeit eine Begutachtung der Schutzschrift entfallen.

Die vorläufige Massnahme wird nicht rechtskräftig, der Richter kann sie jederzeit wieder abändern. Die Anordnung oder Ablehnung ist nicht weiterziehbar. Eine vorläufige Massnahme bleibt bis zum formell rechtskräftigen Entscheid in Kraft (ZPO 294 II), also insbesondere auch in zweiter Instanz.

Das **Präliminarverfahren** ist das Verfahren bezüglich vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsprozesses und als solches ein summarisches Verfahren.

d) Säumnisfolgen

Erscheint der Kläger nicht zur Verhandlung, wird aufgrund der Akten entschieden (ZPO 295 I). Ist sein Erscheinen notwendig (z.B. im Eheschutzverfahren), kann er mit der Androhung geladen werden, dass bei Ausbleiben auf das Begehren nicht eingetreten wird. Diese beiden Androhungen sind bei der Vorladung zu vermerken, da es sich um einen Fall der Säumnis handelt (vgl. ZPO 96 f.).

Erscheint der Beklagte nicht oder antwortet er nicht auf das Begehren, wird Anerkennung der Sachdarstellung des Klägers und Verzicht auf Einreden angenommen (ZPO 296 I). Vorbehalten bleiben wie üblich die Sachverhalte, in denen der Richter von Amtes wegen tätig werden muss. Eine Widerherstellung ist natürlich möglich.

e) Entscheid

Der Richter erlässt den Entscheid ohne Verzug (ZPO 298 I), **Beschwerde innert 10 Tagen ist möglich** (vgl. ZPO 335 a, 5 Tage bei Wechselbetreibung, vgl. SchKG 185). Die Beschwerde hat grundsätzlich aufschiebende Wirkung; wobei diese aber auch entzogen werden kann (ZPO 298 III). Ausgenommen davon sind Unterhaltsbeiträge gemäss ZPO 298 IV. SchKG-Entscheide, die mit einem Rechtsmittel weitergezogen werden können, kommt keine aufschiebende Wirkung zu, ausser sie wird richterlich angeordnet (SchKG 36, vgl. SchKG 174 I, 185, 190 i.V.m. 194). Entscheide betreffend Persönlichkeitsschutz haben keine aufschiebende Wirkung (ZGB 28l, EGZGB 22 III).

Gewährt das kantonale Recht bloss vorsorglichen Schutz eines bundesrechtlichen Anspruchs, beurteilt sich die materielle Rechtskraft nach kantonalem Recht, sofern das Bundesrecht den vorsorglichen Schutz nicht selbst regelt.

1.5.2. Verfügungen und Entscheide gemäss den Einführungsgesetzen zu den BG

Neben den im Titel genannten Fällen im EGZGB und EGOR gibt es bundesrechtliche Erlasse, wo vorsorgliche Massnahmen vorgesehen und teilweise auch geregelt sind, ohne dass ein kantonaler Einführungserlass ausdrücklich das summarische Verfahren anwendbar erklärt. Diese sind:

- Persönlichkeitsschutz (ZGB 28c ff., UWG 14, DSG 15, MSchG 59 IV, URG 65, KG 17; typisches Summarverfahren).
- Kontradiktorisch, aber dringliche Fälle (OR 697 IV, 698d II, 697e II).

- Gesellschaftsrecht (OR 565 II, 574 III, 603, 814 II, 625 II, 643 III, 775 II, 831 II, typisches Summarverfahren).

- Verfügungen, die ihrer Natur nach nicht in das ordentliche Verfahren gehören (z.B. OR 92 II, 202 I, ZGB 551 I, ZGB 410 II, 593 ff., 559, 860 III etc.).

- Anordnungen, die vom Richter nur auf Antrag einer Partei entschieden werden (z.B. Einberufung der Generalversammlung).

Hinsichtlich der rechtlichen Natur der gemäss ZPO 300 ins summarische Verfahren gewiesenen Rechtssachen ist zu unterscheiden:

- Nicht-streitige Gerichtsbarkeit, z.B. Verschollenenerklärung (ZGB 35) oder die Abkürzung der Wartefrist für die Eingehung einer neuen Ehe (ZGB 103 III).

- Vorsorgliche Verfügungen, die bundesrechtlich vorgesehen sind (z.B. ZGB 282, 594 II, 598 II, 961, OR 565, 603, ZGB 145, 283, MSchG 59 etc.).

- Streitsachen, die meistens dringlich sind und sich ohne allzu grosse Schwierigkeiten abklären lassen.

Was im Einzelnen unter ZPO 300 fällt, ist dem EGEGB und dem EGOR zu entnehmen. Es ist daher auf diese Regelungen zu verweisen. Für miet- und pachtrechtliche Streitigkeiten ist die VVO Miete und Pacht zu beachten (insbesondere §§ 20 ff.). Ein Sonderfall stellt OR 266m II dar, wonach bei der Kündigung einer der Familie dienenden Wohnung die Zustimmung des andern Ehegatten, wenn diese nicht erhältlich ist, durch einen Entscheid des Richters ersetzt werden kann. Es handelt sich um eine Bestimmung, die ihrer Natur nach nicht in das ordentliche Verfahren gehört, sondern eben in das summarische (ZPO 300 I).

Bei der **Miete von unbeweglichen Sachen ist dem summarischen Verfahren, welches vom Gerichtspräsident durchgeführt wird, das Schlichtungsverfahren vorgeschaltet** (OR 274a). Dieses ist in VVO 12 ff. geregelt. Bzgl. des **EGSchKG** siehe die dortigen detaillierten Regelungen (§ 20, vgl. auch ZPO 301).

Von besonderer praktischer Relevanz ist das **Bauhandwerkerpfandrecht**. Über die provisorische Eintragung wird im summarischen Verfahren entschieden, und zwar nicht nach ZPO 302 ff. Das hat zur Folge, dass obwohl im Einzelfall die Zuständigkeit des Handelsgerichtes gegeben wäre, dennoch der Gerichtspräsident über die provisorische Eintragung entscheidet (vgl. ZPO 416). Für die definitive Eintragung ist aber dann das Handelsgericht zuständig.

1.5.3. Vorsorgliche Verfügungen (ZPO 302 ff.)

a) Allgemeines

Bundesrechtlich vorgesehene und teilweise geregelte vorsorgliche Massnahmen fallen unter ZPO 300. Soweit keine bundesrechtlichen Vorschriften bestehen, greifen subsidiär ZPO 302 ff. neben ZPO 289 ff. ein. Dies garantiert, dass grundsätzlich jedes subjektive

Privatrecht vorsorglichen Schutz geniessen kann. Die Regelungen stellen einen ungeschriebenen Grundsatz des Bundeszivilrechts dar (nicht SchKG!).

Anders als bei den summarischen Verfahren nach ZPO 300 handelt es sich hier ausnahmslos um typische Summarverfahren. Es genügt die blosse Glaubhaftmachung. Die Parteien heissen Gesuchsteller und Gesuchsgegner (im Gegensatz zu Kläger und Beklagten im summarischen Verfahren).

b) Voraussetzungen

Vorerst stellt ZPO 302 I klar, dass ZPO 294 über die vorläufigen Massnahmen vorgeht, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind. Die Voraussetzungen der vorsorglichen Verfügung sind **Störungen des Besitzes, Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes oder zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils** (ZPO 302). Daraus folgt, dass die Veränderung eines Zustandes mittels ordentlichem Prozess anzubegehren ist. Bei der Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Zustandes muss der Gesuchsteller ferner **glaubhaft machen, dass ihm durch die Änderung ein Nachteil droht**.

Das beschleunigte Verfahren zur Erlangung des Besitzesschutzes hat durch die Möglichkeit der vorsorglichen Verfügung stark an Bedeutung verloren. Wohl aber ist es immer noch notwendig, wenn mit dem Besitzesschutzanspruch Schadenersatzansprüche verbunden sind (vgl. EGZGB 135).

Beim Streit um dingliche Rechte an Liegenschaften bilden ZPO 302 I b die Grundlage für die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung gemäss ZGB 960 I 1. und zur Vormerkung im Grundbuch. Zur Sicherstellung von Ansprüchen aus Güterrecht bei Scheidung etc. kann aber keine Verfügungsbeschränkung angeordnet werden. Anwendbar ist höchstens ZGB 178, nicht aber 145!

Glaubhaft zu machen sind:

- Beim **Besitzesschutz**: Besitz, bevorstehende oder schon eingetretene Störung des Besitzes.
- Bei **Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes**: Zustand, erhebliche Möglichkeit der Veränderung, Nachteil für den Gesuchsteller.
- **Abwehr eines drohenden Nachteils**: kurz bevorstehende oder schon vorgenommene Handlung des Gesuchsgegners bzw. die zeitliche Dringlichkeit zu einem Tun des Gesuchsgegners, Umstände, welche bei der befürchteten Handlung oder Unterlassung Nachteile für den Gesuchsteller bewirken und inwiefern sie nicht leicht wiedergutzumachen sind.

Nicht glaubhaft zu machen ist der Anspruch des Gesuchstellers und die Unzulässigkeit der Handlung bzw. der Unterlassung des Gesuchsgegners. D.h. die Rechtslage allgemein. Sie hat nur angeführt zu werden, und der Massnahmerichter nimmt eine vorläufige und summarische Prüfung vor. Nicht zulässig ist eine vorläufige Massnahme zur Sicherstellung von Geld (ZPO 302 III).

c) Zuständigkeit

Zuständig ist der **Gerichtspräsident** (ZPO 303 I), bzw. der **Instruktionsrichter des Obergerichts**, falls dieses für den Hauptprozess zuständig ist. Vorbehalten bleiben die in die Zuständigkeit des **Präsidenten des Arbeitsgerichtes** (ZPO 385) und des **Instruktionsrichters des Handelsgerichts** (ZPO 416) fallenden Verfügungen (ZPO 303 II).

Im internationalen Verhältnis siehe IPRG 10 und LugÜ 24. In Schiedsgerichtssachen ist ebenfalls der Gerichtspräsident für vorsorgliche Massnahmen zuständig (KSchG 26).

d) Einwendungen und Frist

Das Gesuch wird der Gegenpartei unter Ansetzung einer kurzen Frist zur Erhebung von Einwendungen zugestellt (ZPO 304 I). Werden keine Einwendungen erhoben, erlässt der Gerichtspräsident die Verfügung (muss bei der Zustellung angedroht werden!), ansonsten lädt er zur mündlichen Verhandlung (ZPO 304 III). **Die Einladung ist abweichend gegenüber dem Verfahren nach ZPO 292, wo der Beklagte direkt zur Verhandlung eingeladen wird. Die Einwendungen müssen nicht begründet sein**.

Wird die vorsorgliche Verfügung vor rechtshängiger Klage erlassen, kann dem Gesuchsteller eine Frist zur Einreichung der Klage angesetzt werden. Damit ist die Androhung zu machen, dass ansonsten die Verfügung dahinfällt (ZPO 305). Wird angenommen, dass es beim verfügten Zustand verbleibt, muss daher nicht eine Klage erhoben werden. Dem Gesuchsgegner ist zuzumuten, selbst eine Klage zu erheben, wenn sein Recht beeinträchtigt sein sollte. Erweist sich die Fristansetzung als sinnlos, weil die vorsorgliche Verfügung vorausgenommene und irreversible Vollstreckung beinhaltet, ist dem Gesuchsteller eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen (ZPO 306) und dem Gesuchsgegner Frist für die Schadenersatzklage anzusetzen.

Eine Sicherheitsleistung ist generell aufzuerlegen, wenn dem Gesuchsgegner durch die vorsorgliche Verfügung ein Schaden entstehen kann (ZPO 306). Der Schaden ist dabei jede vermögenswerte Beeinträchtigung, die keine Rechtsgrundlage hat. Die Höhe der Sicherheitsleistung ist naturgemäss abzuschätzen. Eine Sicherheitsleistung ist jedenfalls im Zweifelsfall aufzuerlegen (vgl. auch PatG 79 I, ZGB 28d III). Da es sich nicht um eine Prozesskaution handelt, ist sie auch zu leisten, wenn dem Gesuchsteller die unentgeltliche Prozessführung bewilligt worden ist. Der Richter bestimmt die Art der Sicherheitsleistung, am ehesten in Frage kommt wohl eine Bankgarantie.

e) Aufhebung, Abänderung und Dahinfallen der Verfügung

Vorsorgliche Verfügungen werden, wenn sie durch kein ordentliches Rechtsmittel mehr an eine obere Instanz gezogen werden können, formell rechtskräftig, und als solche erlangen sie gemäss ZPO 422 II b und SchKG 82 Vollstreckbarkeit. Materiell werden sie wegen der blossen Pflicht zur Glaubhaftmachung **nur beschränkt rechtskräftig**. Nicht präjudizierend wirkt die vorsorgliche Verfügung im ordentlichen Verfahren. Wurde sie aber verweigert, hat sie materielle Rechtskraft und der Gesuchsteller kann mit einem gleichen Gesuch nicht durchdringen. Bei echten Noven ist natürlich ein Durchdringen möglich.

Durch die Stellungnahme des Gesuchsgegners kann die Verfügung aufgehoben werden, wie auch wenn innert angesetzter Frist die Hauptklage nicht angehoben wird. Auch der Gesuchsteller kann Aufhebung oder Abänderung beantragen. Die Verfügung fällt immer dahin, wenn in der Sache ein im ordentlichen Verfahren ergangenes rechtskräftiges Urteil vorliegt (ZPO 307 II).

Bzgl. der Kosten ergeben sich verschiedene Konstellationen:

- Eingeleitetes und abgeschlossenes Verfahren auf Erlass einer vorsorglichen Verfügung: Gesuchsteller kostenpflichtig.
- Gutheissung des Gesuches vor Hängigkeit eines Hauptprozesses: Kosten werden auf den Hauptprozess verlegt. Es besteht aber die Möglichkeit, bereits mit der Verfügung über die Kosten zu entscheiden.
- Entscheid über das Gesuch nach Anhebung des Hauptverfahrens: Verlegung der Kosten auf den Endentscheid.
- Wird über die Kosten entschieden, sind ZPO 112 f. anwendbar. Der Gesuchsteller obsiegt, wenn seinem Gesuch stattgegeben wird.

Gegen den Entscheid betreffend vorsorgliche Verfügung ist die **Beschwerde** des summarischen Verfahrens gemäss ZPO 298 II gegeben. Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung (vgl. aber ZPO 298 III).

f) Schadenersatz

Der Schadenersatz ist in ZPO 308 geregelt. Es handelt sich um eine kantonal-rechtliche Haftungsnorm, die sich auf das kantonale Prozessrecht stützt und darum vor Bundesrecht Bestand hat. Bundesrechtlich ähnelt ZPO 308 den Bestimmungen UWG 14, KG 12, ZGB 28 f., MSchG 59, URG 65, ToG 10 und DSG 15.

ZPO 308 ist eine reine Kausalhaftung, welche aber Raum für richterliches Ermessen lässt. Da keine Verjährungsfrist besteht, muss OR 60 als kantonales Recht angewendet werden.

1.5.4. Allgemeine Verbote

a) Allgemeines

Die allgemeinen Verbote richten sich an eine unbestimmte Anzahl von Personen, während vorsorgliche Verfügungen gegen Einzelne bestimmt sind (vgl. ZPO 309 I). Allgemeine Verbote können sich ferner nur auf Grundstücke beziehen. Für Mobiliar erfolgt der Besitzesschutz ausschliesslich nach ZPO 302 I a oder EGZGB 135.

Wird Einsprache gegen das bekannt gemachte Verbot erhoben und damit ein summarisches Verfahren ausgelöst, so werden der Gesuchsteller zum Kläger und der Einsprecher zum Beklagten.

Ein Verbot ist nur innerhalb der Grenzen des zivilrechtlichen Besitzes- und Eigentumsschutzes zulässig. So ist ein Verbot für einen im öffentlichen Verkehr offen stehenden Privatweg nicht zulässig. Für Verbote in Wald und Weide ist nach Massgabe von ZGB 699 das Bezirksamt zuständig (EGZGB 92), selbst wenn es sich um Privatland handelt.

b) Voraussetzungen (vgl. ZPO 309)

- Legitimiert sind der besitzende Eigentümer eines Grundstücks, sowie die unselbständigen Besitzer. Diese sind auch gegen den selbständigen Besitzer geschützt.
- Das dem Besitz zugrunde liegende Recht ist durch Urkunde zu beweisen.
- Die Störung des Besitzes ist glaubhaft zu machen.

c) Verfahren

Das Gesuch ist beim Gerichtspräsidenten am Ort einzureichen, wo das Grundstück liegt (ZPO 310). Der Gerichtspräsident prüft das Gesuch. Wenn er es für erfüllt erachtet, wird es im Amtsblatt und im für Veröffentlichungen in der betreffenden Gemeinde vorgeschriebenen Weg bekannt gemacht (ZPO 311). Die Bekanntmachung hat die Einsprachemöglichkeit zu beinhalten. Diese kann bei Nachweis des Interesses innert 20 Tagen seit der Bekanntmachung des Gesuches erhoben werden (ZPO 312). Es ist zu bestreiten, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Verbotes gegeben sind.

Wird keine Einsprache erhoben oder eine solche abgewiesen, erlässt der Gerichtspräsident das Verbot (ZPO 313 I). Die Einsprache löst ein summarisches Verfahren aus, für welches die allgemeinen Vorschriften von ZPO 289 ff. gelten. Der Kläger ist der Gesuchsteller, der Beklagte der Einsprecher.

Das Verbot wird samt Strafandrohung durch den Gesuchsteller an Ort und Stelle öffentlich bekannt gemacht (ZPO 314, vgl. 313 II). Das Verbot kann auf Klage hin jederzeit im ordentlichen Verfahren wieder aufgehoben werden (ZPO 315). Aktivlegitimiert ist der Beeinträchtigte, und nicht nur ein allfälliger Einsprecher. Ein Verbot fällt aber sowieso nach Ablauf von zehn Jahren seit dem Erlass dahin (ZPO 316). Das Verbotsgesuch kann aber erneuert werden.

1.5.5. Rechtsmittel im summarischen Verfahren

Das mögliche Rechtsmittel ist die Beschwerde (ZPO 298 II, denkbar wäre auch eine Kostenbeschwerde nach GOG 93 f. bei gegebenen Voraussetzungen). Die Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, ausser bei den Unterhaltsbeiträgen. Die aufschiebende Wirkung kann jedoch immer entzogen werden (vgl. ZPO 298 IV).

1.6. Rechtsmittel

1.6.1. Allgemeines

Die zwei ordentlichen Rechtsmittel sind die **Beschwerde** und die **Appellation**. Sie haben einen Devolutiveffekt, d.h. die Streitsache wird vollumfänglich auf die obere Instanz übertragen. Ferner richten sie sich gegen formell nicht-rechtskräftige Verfügungen, sie sind vollkommene Rechtsmittel und haben reformatorische Wirkung. Die beiden Rechtsmittel sind streitwertunabhängig, haben ein eingeschränktes Novenrecht (ZPO 321 und 342) und es gelten bei der Einreichung dieselben Formalien.

Die Appellation und die Beschwerde unterscheiden sich durch das Anfechtungsobjekt, durch je andere Fristen (ZPO 324 und 336), durch die Möglichkeit der Aufhebung des Suspensiveffektes (ZPO 320, 298 III) und durch das vereinfachte Verfahren bei der Beschwerde.

Das einzige ausserordentliche Rechtsmittel ist die **Revision**. Nicht zu den Rechtsmitteln gehören nach aargauischem Prozessrecht das Begehren um Erläuterung, Berichtigung und Ergänzung des Urteils (ZPO 281), sowie die Wiederherstellung einer Frist und die Wiedererwägungsgesuche (ZPO 98) und die Einsprache gegen das friedensrichterliche Urteil.

Die Aufsichtsbeschwerden gegen den Friedensrichter (73), den Gerichtspräsidenten (80) und gegen Richter und Kanzleibeamte des Obergerichtes (84) sind im GOG geregelt. Sie führt keinesfalls zu materiellen Eingriffen, sondern „richtet" bloss über den äusseren Gang der Rechtspflege (KV 95 I).

Weitere Rechtsmittel sind die Kostenbeschwerde gemäss GOG 93 ff. und die Beschwerde gemäss ZPO 121 III betreffend Tragung und Festsetzung der Kosten im Endentscheid. Es kommen ZPO 335 ff. zur Anwendung.

1.6.2. Appellation

a) Allgemeines

i. Objektive Voraussetzungen (Anfechtungsobjekt)

Das Anfechtungsobjekt der Appellation als objektive Voraussetzung ist ein **Endentscheid**. Er umfasst Prozess- und Sachentscheide (vgl. ZPO 273) sowie Abschreibungsbeschlüsse (ZPO vgl. 287). Ferner ist die Appellation gegen selbständige Vor- und Zwischenentscheide möglich (ZPO 318). Die Appellation ist im ordentlichen und im beschleunigten Verfahren gegeben (ZPO 88). Die Appellation richtet sich gegen das Dispositiv. Mit der Appellation können auch prozessleitende Entscheide beanstandet werden,

wobei dies nur sinnvoll ist, wenn der prozessleitende Entscheid das Dispositiv beeinflusst hat. Sind die prozessleitenden Entscheide selbständig weiterziehbar, können sie nicht mit der Appellation angefochten werden (vgl. ZPO 335 b).

ii. Subjektive Voraussetzungen (Legitimation)

Legitimiert sind bloss die **Hauptparteien** oder ihre Rechtsnachfolger. Damit ist der einfache Streitgenosse und der selbständige oder streitgenössische Streithelfer miteinbezogen. **Der unselbständige Streithelfer kann Appellation nur einlegen, insoweit er sich damit zur Hauptpartei nicht in Widerspruch setzt**. Notwendige Streitgenossen müssen gemeinsam appellieren. Ausgenommen sind Fälle, wo ausnahmsweise divergierende Interessen der notwendigen Streitgenossen vorliegen, wie insbesondere für Mutter und Kind bei der Ehelichkeitsanfechtungsklage gemäss ZGB 256.

Voraussetzung ist ferner das Rechtsschutzinteresse. Kumulativ erforderlich sind:

- Formelle Beschwer: Die Anträge des Appellanten sind im Urteil nicht oder nur teilweise durchgedrungen. Beschwert ist z.B. aber auch der Kläger, dessen Forderungsklage zwar gutgeheissen worden ist, aber nur wegen Verneinung der Verrechenbarkeit einer geltend gemachten Gegenforderung, statt, wie vom Kläger beantragt, wegen Unbegründetheit dieser Gegenforderung.

- Materielle Beschwer: Sie besagt, dass der Appellant in seiner Rechtsposition belastet wird und einen Rechtsnachteil erleidet. Bei formeller Beschwer liegt i.d.R. auch die materielle Beschwer vor, aber nicht umgekehrt, so kann der säumige, der keine Anträge gestellt hat, nur materiell beschwert sein. Gleich verhält es sich, wenn der Prozess durch Vergleich abgeschrieben ist, aber der Appellant die Gültigkeit des Vergleiches appelliert; es liegt nur eine materielle Beschwer vor.

Das angestrebte Rechtsmittel muss in der Lage sein, den von der Partei angestrebten Erfolgt zu verschaffen. Selbst bei vorliegen von materieller oder formeller Beschwer muss dies nicht zwingend der Fall sein.

iii. Weitere Voraussetzungen

Die Partei darf nicht auf das Rechtsmittel verzichtet haben (ZPO 283). Die genannten Voraussetzungen sind formeller Natur und sind nicht mit der materiell-rechtlichen Aktiv- bzw. Passivlegitimation zu verwechseln!

iv. Vor- und Zwischenentscheide

Die Appellation ist **auch gegen selbständige Vor- und Zwischenentscheide** zulässig (ZPO 318). Das Obergericht kann:

- Den Vor- oder Zwischenentscheid aufheben und die Sache ohne Kostenentscheid aber unter Aussetzung der bei ihm entstandenen Kosten, an die Vorinstanz zurückweisen.

- Die Zulässigkeit des Vor- bzw. Zwischenentscheides bejahen, jedoch die Vor- bzw. Teilfrage anders beurteilen und somit einen Endentscheid herbeiführen.

- Den Vor- oder Zwischenentscheid als richtig beurteilen. Der prozessuale Vorentscheid bzw. der materielle Zwischenentscheid sind somit abschliessend unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Rechtsmittel beurteilt und der Fall wird an die Vorinstanz zurückgewiesen. Die Kosten sind ebenfalls zu verlegen.

v. Frist und Wirkung

Die Frist beträgt **20 Tage** und ist nicht erstreckbar (ZPO 319), Ausnahmen sind z.B. falsche Rechtsmittelfristenangaben. Zu beachten bei den Fristen sind die Gerichtsferien, wo die Frist still steht (ZPO 90). Die Frist beginnt mit der Zustellung.

Als Wirkung wird der Eintritt der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit im Umfang der Anträge der Appellation gehemmt (ZPO 320, 282 II). Der Suspensiveffekt tritt auch bei ungültiger Appellation ein. Das Obergericht beurteilt die Sache bzw. den Beschwerdegrund in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend (Devolutiveffekt). Es herrscht aber das **Verbot der reformatio in peius** (Dispositionsmaxime, gilt natürlich nicht bei der Offizialmaxime).

vi. Klageänderung

Massgebende Norm ist ZPO 321. Es wird zwischen **echten Noven**, welche erst nach dem Zeitpunkt, an welchem sie im vorinstanzlichen Verfahren spätestens vorgebracht werden konnten, entstanden sind, und **unechten Noven**, welche bereits vor jenem Zeitpunkt entstanden sind, aber nicht vorgebracht werden konnten, unterschieden. **Beide Arten können mit der Appellation vorgebracht werden. Unechte Noven aber nur, wenn sie der Partei nicht bekannt waren**. Zivilrechtliche Einwendungen (z.B. die Erfüllung) können in jedem Verfahrensstadium gemacht werden (vgl. ZPO 321). Die notwendigen Beweise müssen aber rechtzeitig vorliegen!

Die Noven vorbringende Partei muss beweisen, warum sie die Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht vorbringen konnte, **ebenso die Schuldlosigkeit**. Das Novenrecht erlischt indessen nach Abschluss des Rechtsschriftenwechsels. Bei der Untersuchungsmaxime gilt das Novenrecht nicht.

Soweit die Dispositionsmaxime gilt, ist eine Klageänderung nur nach ZPO 185 zulässig. Im Ehescheidungs- und Ehetrennungsverfahren ist sie aber auch in zweiter Instanz zulässig, weshalb die Schranke von ZPO 321 II nicht greift.

Der teilsäumigen Partei nach ZPO 193 I, II, 195 steht das Novenrecht entgegen ZPO 321 III zu.

vii. Rückzug der Appellation

Wird eine Appellation zurückgezogen, wird der angefochtene Entscheid mit dem Rückzug rechtskräftig. Das Rückzugsbegehren kann gegenüber dem Obergericht oder dem Gerichtspräsidenten abgegeben werden. Letzterer leitet es weiter ans Obergericht. Die Rechtskraftwirkung tritt ab Eintreffen beim Obergericht ein. Der Rückzug kann bis zur Eröffnung des Appellationsentscheides erklärt werden.

b) Einleitung des Verfahrens

Die Appellation ist **beim Gerichtspräsidenten schriftlich einzureichen** (ZPO 323 I); von einer unzuständigen Instanz wird sie weitergeleitet (ZPO 83). Der Gerichtspräsident sorgt für den Rechtschriftenwechsel und leitet die Akten an das Obergericht weiter (ZPO 324 I, 326 I, 327). Weiterhin gilt die richterliche Fürsorgepflicht nach GOG 7 II. Der Gerichtspräsident muss auch eine formell ungültige Appellation weiterleiten. Wird sie zurückgezogen, bevor sie der Gegenpartei zugestellt wurde, kann sie der Gerichtspräsident als nicht erfolgt ablegen. Wurde sie bereits zugestellt, darf das Ablegen nur in Einverständnis mit der Gegenpartei erfolgen, da dieser evtl. bereits Kosten entstanden sind.

Der nötige Inhalt der Appellation ergibt sich aus ZPO 323 II (Angabe, welche Punkte überprüft werden müssen, sowie eine kurze Begründung). Der Appellant kann auch auf die Anträge bei der Vorinstanz verweisen. Die Unterzeichnung ist nicht Gültigkeitserfordernis, sie kann nachgeholt werden, sowie auch die Vollmacht des Anwaltes nachgereicht werden kann.

Die **Appellationsantwort** muss **innerhalb von 20 Tagen** ergehen (ZPO 324 I). Bleibt sie aus, entscheidet das Obergericht ohne Verhandlung aufgrund der Akten (ZPO 324 II). Die Frist ist **nicht erstreckbar**. Die Säumnisfolge von Abs. 2 muss angedroht werden bei der Zustellung der Appellation an den Beklagten.

Die Gegenpartei hat das **Recht zur Anschlussappellation** (ZPO 325 I). **Sie ist selbst dann legitimiert, wenn sie gemäss ZPO 283 auf die Appellation verzichtet hat**. Wird die Appellation aber zurückgezogen, fällt das Recht zur Anschlussappellation dahin (ZPO 325 II). Auch der Anschlussappellation kommt im Rahmen ihrer Anträge aufschiebender Wirkung gemäss ZPO 320 zu. Inhaltlich kann sich die Anschlussappellation nicht nur auf die Punkte der Appellation beziehen, sondern auf alle Punkte aus dem Urteil. **Wird allein der vorinstanzliche Kostenentscheid angefochten, ist die Beschwerde das zutreffende Rechtsmittel (ZPO 121 III). Als Anschlussappellant kann die Gegenpartei jedoch die diesbezüglichen Rügen ebenfalls geltend machen, da eine umfassende Überprüfung des Urteils erfolgen soll**. Die Anschlussappellation fällt aber in jedem Fall dahin, wenn die Appellation zurückgezogen wird; die Kosten werden dem Appellanten auferlegt. Der Appellant kann innert 20 Tagen auf die Anschlussappellation antworten (ZPO 326 II). Auch diese Frist ist nicht erstreckbar.

c) Verfahren vor Obergericht

Der obergerichtliche Instruktionsrichter **prüft die Zulässigkeit der Appellation** (ZPO 328 I). Er fordert den Appellanten auf, formelle Mängel zu verbessern (ZPO 328 II, daraufhin wird sie der Gegenpartei zugestellt, Abs. 3). Eine solche Aufforderung ergeht nur an eine Partei, wenn sie nicht anwaltlich vertreten ist und wenn sie unbeholfen ist. Dies ergibt sich meist aus ihrer Eingabe selbst. Ist die Appellation nicht zulässig, legt der Instruktionsrichter die Akten dem Obergericht vor, das auf die Appellation nicht eintritt.

ZPO 329 sieht ein Verfahren vor Obergericht vor, wenn die Parteien nicht darauf verzichten. Die Beweiserhebungen sollen mit der Appellationsverhandlung verbunden werden. Bei Säumnis wird die Verhandlung gleichwohl durchgeführt (ZPO 330) oder es entscheidet das Gericht aufgrund der bisherigen Ausführungen der Parteien.

Wird gegen einen Entscheid des Gerichtspräsidenten Appellation geführt, entscheidet das Obergericht immer ohne Verhandlung, sofern nicht zu einer Beweisverhandlung geladen wird.

Bzgl. des Beweisverfahrens kann das Obergericht das erstinstanzliche Verfahren ergänzen oder wiederholen (ZPO 332 I). Nur so kann es vom bereits festgestellten Sachverhalt abweichen (ZPO 332 II). Abgesehen von den Fällen, in denen die Untersuchungsmaxime massgebend ist, darf das Beweisverfahren nicht mit Beweismitteln ergänzt werden, welche die Parteien im erstinstanzlichen Verfahren nicht angerufen haben. Vorbehalten bleiben lediglich Parteibefragung, Expertise und Augenschein, sowie Beweismittel im Zusammenhang mit zulässigen Noven (ZPO 321).

Das Urteil des Obergerichtes wirkt i.d.R. **reformatorisch**. **Das Urteil ist kassatorisch und weist somit die Sache an die Vorinstanz zurück, wenn diese die streitige Frage anders beurteilt hat und daraus folgte, dass dadurch andere Fragen nicht beurteilt wurden**. Das Hauptbeispiel ist die zu Unrecht festgestellte fehlende Aktivlegitimation. Eine Rückweisung muss auch erfolgen, wenn das erstinstanzliche Verfahren an einem schwerwiegenden Mangel leidet, z.B. weil das Gericht gesetzeswidrig besetzt war. Im Zweifel ist aber i.d.R. von einer Rückweisung abzusehen. Auch das Obergericht berät unter Ausschluss der Öffentlichkeit (GOG 14 II). Privates Wissen darf der Oberrichter nicht verwenden. Unterliegt die Appellation nicht der zivilrechtlichen Einheitsbeschwerde, wird sie mit Zustellung des Urteils rechtskräftig (ZPO 333 II).

Abschliessend verweist ZPO 334 auf die Regeln des ordentlichen Verfahrens, insbesondere auf ZPO 2 ff. (Ausstand), 16 ff. (Streitwert), ZPO 41 (Amtshandlungen ausserhalb des Kantons), ZPO 47 ff. (Parteifähigkeit, Streitgenossen, Vertretung etc.), ZPO 89 ff. (Gerichtsferien, Zustellungen, Säumnis), ZPO 100 ff. (Kosten, URP), ZPO 198 ff. (Beweisverfahren), ZPO 270 ff. (Stillstand, Beendigung, ausgenommen ZPO 274 und 277).

1.6.3. Beschwerde

a) Allgemeines

i. Objektive Voraussetzungen (Anfechtungsobjekt)

Anfechtungsobjekte sind Endentscheide im summarischen Verfahren, im Verbotsverfahren nach ZPO 313, im Vollstreckungsverfahren (ZPO 436 II) und prozessleitende, selbständige Entscheide, wenn sie gegen grundlegende gesetzliche Bestimmungen verstossen und damit einer Partei ein schwer wiedergutzumachender Nachteil entsteht (ZPO 335 b). Grundlegende gesetzliche Bestimmungen sind insbesondere krasse Rechtswidrigkeit (Willkür), die Verletzung der Ausstandsvorschriften, der Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit, der Parteifähigkeit, der Untersuchungs- und Offizialmaxime, des rechtlichen Gehörs etc. Ein schwer wiedergutzumachender Schaden ist nicht ein finanzieller Schaden, sondern eine Beeinträchtigung der gesamten Stellung des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Prozess. Die prozessleitenden, selbständigen Entscheide führen bei anderslautender Entscheidung des Obergerichtes nicht zu einem Endentscheid, denn in diesem Fall läge ein selbständiger Vor- oder Zwischenentscheid nach ZPO 274 II vor, welcher mittels Appellation angefochten werden müsste.

Ferner ist die Beschwerde gegen Endentscheide in Kostenfragen zulässig (ZPO 121 III), sofern keine Appellation eingelegt wird und die Kostenbeschwerde nicht möglich ist (vgl. GOG 94).

Die Verweigerung der Ausstellung einer Erbbescheinigung ist ein beschwerdefähiger Endentscheid im Summarverfahren gemäss ZPO 335 a. Zur Beschwerde befugt sind die eingesetzten Erben, nicht aber der Willensvollstrecker.

ii. Subjektive Voraussetzungen (Legitimation)

Vgl. dazu die Ausführungen zur Appellation. Speziell ist das Beschwerderecht des Zeugen, welcher gemäss ZPO 219 III mit Kosten belastet wird. Er hat ein Beschwerderecht gestützt auf ZPO 121 III i.V.m. 335 c (AGVE, aber in der Lehre umstritten, welche eine verwaltungsrechtliche Klage nach VRPG 60 als bessere Lösung ansieht).

iii. Wirkungen

Die Beschwerde hat **aufschiebende Wirkung** (ZPO 342/320). Bei Beschwerde gegen Endentscheide im summarischen Verfahren kann sie aber aufgehoben werden (ZPO 298 III). Keine aufschiebende Wirkung hat die Beschwerde gegen den Entscheid betreffend Gegendarstellung (EGZGB 22 III), sowie bei Unterhaltsbeiträgen (ZPO 298 II).

Die Beschwerde hat Devolutiveffekt. Sie kann kassatorische oder reformatorische Wirkung haben, jedenfalls steht die **Rückweisung im Vordergrund**.

iv. Frist

Sie beträgt 10 im summarischen und 20 Tage im ordentlichen Verfahren (ZPO 336 I), vorbehältlich anderslautender gesetzlicher Bestimmungen. Die 20-Tagefrist gilt nur für prozessleitende Endentscheide im ordentlichen Verfahren, da ordentliche Endentscheide mit der Appellation angefochten werden müssen. Bei Entscheiden betreffend die unentgeltliche Rechtspflege gilt nach der obergerichtlichen Praxis die 10tägige Beschwerdefrist.

Andere gesetzliche Bestimmungen: ZPO 391, SchKG 185.

b) Einleitung des Beschwerdeverfahrens

Die Beschwerde ist **schriftlich mit Antrag und Begründung beim Gerichtspräsidenten einzureichen** (ZPO 337). Es gilt daher das Gleiche wie bei der Appellation, vgl. aber SchKG 174. ZPO 338 statuiert die Möglichkeit der Anschlussbeschwerde sowie der Beschwerdeantwort innert der Frist, die auch für die Beschwerde gilt. Die Anschlussbeschwerde wird vor allem bei Kostenentscheiden und bei Endentscheiden im summarischen Verfahren von Bedeutung sein. Möglich ist auch die Anschlussbeschwerde, weil die Rechtsöffnung nur bei einem Teil der Beschwerde gewährt wird.

c) Zustellung und weitere Bestimmungen

Der Gerichtspräsident sorgt für den Schriftenwechsel, und leitet die Akten an das Obergericht weiter (ZPO 339 f.). Das Obergericht entscheidet aufgrund der Akten, sofern nicht zu einer Beweisverhandlung geladen wird. Dem obergerichtlichen Instruktionsrichter steht damit die gleiche Kompetenz zu wie bei der Appellation. ZPO 342 verweist im Übrigen an die Vorschriften im Appellationsverfahren.

1.6.4. Revision

a) Allgemeines

Mit der Revision wird die **Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Prozesses erstrebt**. Das Revisionsgesuch kann sich gegen ordentliche Entscheide oder auch Abschreibungsbeschlüsse richten (ZPO 343). Auch Urteile und Abschreibungsbeschlüsse, welche um atypischen oder uneigentlichen Summarverfahren ergangen sind, müssen entgegen dem Wortlaut ebenfalls für die Revision zugänglich sein. Abgesehen von der Nebenfolgeregelung **fällt aber eine Revision gegen eine gutgeheissene Scheidungsklage nicht in Betracht**.

Die Voraussetzung der Revision ist, dass das Urteil/der Entscheid in materielle sowie formelle Rechtskraft erwachsen ist. Bei der Legitimation gelten dieselben Regeln wie bei der Appellation.

b) Revisionsgründe

ZPO 344 nennt die Revisionsgründe. Sie sind gegeben, wenn einerseits die **Parteierklärung**, welche zu einem Abschreibungsbeschluss geführt hat, **zivilrechtlich ungültig** ist, und andererseits, wenn **neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel** nachträglich aufgefunden werden und vorher nicht beigebracht worden konnten. Als genügende Tatsachen gelten auch Indizien. Relevant ist einfach, dass der Revisionskläger sie **ohne Verschulden** vor der Ausfällung des Urteils nicht kannte oder sie nicht relevieren konnte. **Prozessuale Mängel der Abstandserklärung führen zu einem Revisionsgrund nach ZPO 344 a. Nur zivilrechtliche Mängel führen zu einem solchen nach lit. b!**

Auch nachträglich entstandene Beweismittel sind zulässig, da auch sie „aufgefunden“ werden können. Praktisch relevant können die Beweismittel durch eine Straftat nicht aufgefunden werden. Im Vordergrund stehen dabei die falsche Beweisaussage (ZPO 268) und die falsche Zeugenaussage (ZPO 228).

c) Frist und Wirkungen

Sie beträgt drei Monate seit der Entdeckung des Revisionsgrundes (ZPO 345 I). Die Frist läuft frühestens vom Eintritt der formellen und materiellen Rechtskraft. Stützt sich das Gesuch auf ein Strafurteil, läuft die Frist vom Eintritt der Rechtskraft dieses Urteiles an.

Die absolute Verjährungsfrist beträgt 10 Jahre (ZPO 345 III). Diese kann nicht gehemmt oder unterbrochen werden.

Der Richter kann den Vollzug des angefochtenen Entscheides aufschieben, evtl. mit Sicherheitsleistung (ZPO 346). Grundsätzlich hemmt ein Revisionsgesuch den Vollzug des Urteiles also nicht.

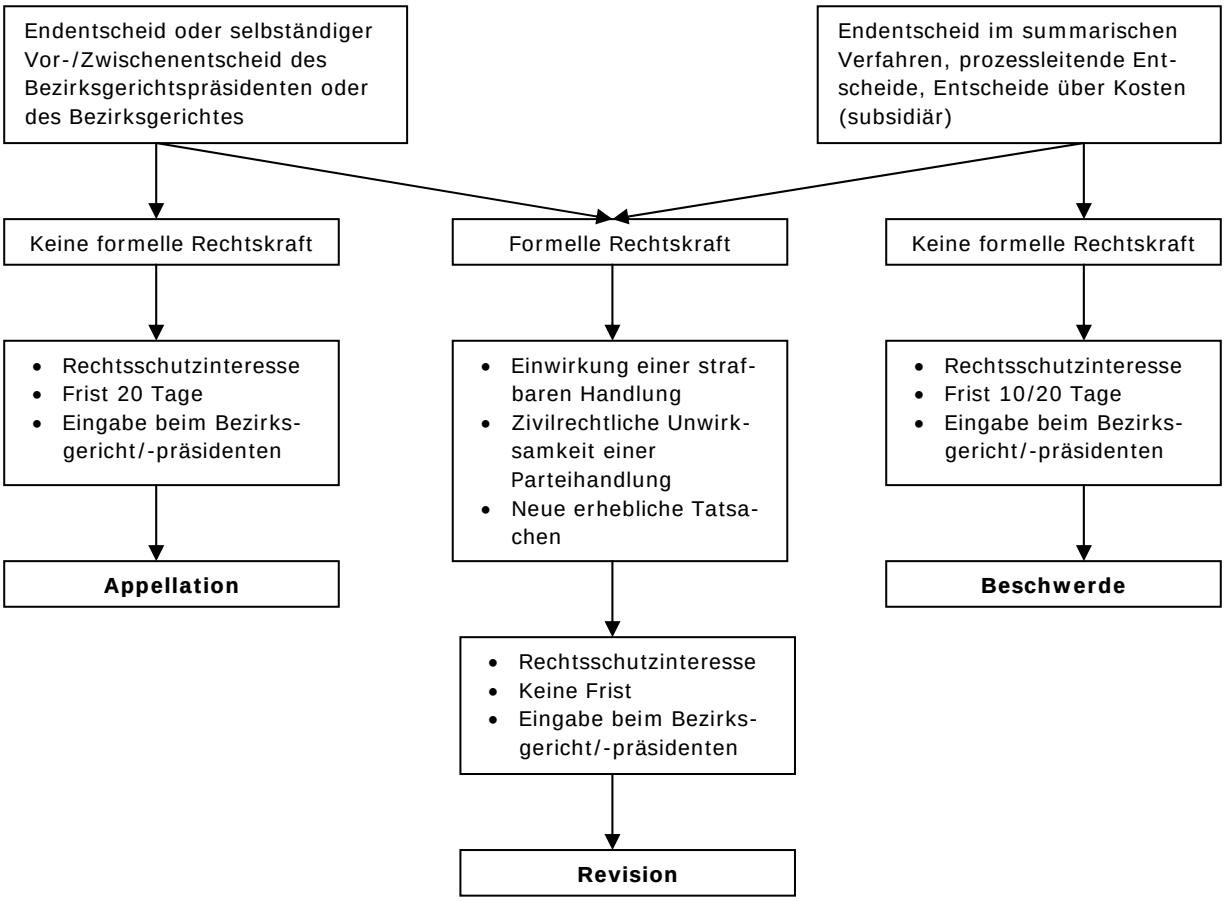
d) Verfahren

Da das Revisionsgesuch stets beim erstinstanzlichen Richter einzureichen ist (ZPO 347), fungiert der Gerichtspräsident – abgesehen von arbeitsrechtlichen und handelsrechtlichen Fällen – als Instruktionsrichter (ZPO 14 II).

Der Inhalt (Revisionsgrund, Frist, Anträge) ergibt sich aus ZPO 348. Der in der Klammer aufgezählte Inhalt muss jeweils bewiesen werden. Das Gesuch wird der Gegenpartei zur Beantwortung zugestellt, subsidiär gelten die Bestimmungen des früheren Verfahrens (ZPO 349).

Der Richter entscheidet über die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Gutheissung der Begehren (ZPO 350). Gegen den Entscheid ist das **Rechtsmittel der Appellation gegeben**.

1.6.5. Übersicht



2. Die besondere Zivilgerichtsbarkeit

2.1. Allgemeines

Die besonderen Zivilgerichte sind die Arbeitsgerichte und das Handelsgericht (ZPO 352, vgl. KV 98 II). Ferner existieren gemäss den Anforderungen von OR 274a f. die Schlichtungsstellen in Mietstreitigkeiten (VVO Miete und Pacht 2 ff.).

Soweit an gegebener Stelle keine anderen Normen bestehen, wird auf das allgemeine Verfahren sowie auf das GOG verwiesen (ZPO 353).

2.2. Arbeitsgerichte

2.2.1. Allgemeines

Die rechtspolitische Zielsetzung der arbeitsgerichtlichen Sondergerichtsbarkeit sind der Abbau der Rechtswegbarrieren (OR 343 I, ZPO 361 ff.), die Erleichterung der materiellen Wahrheitsfindung (soziale Untersuchungsmaxime OR 343 IV, ZPO 380) und die Effektivität des Rechtsschutzes (OR 343 II, ZPO 357 f., 372, 375, 380).

Für die Kantone besteht bundesrechtlich kein Zwang, Arbeitsgerichte einzuführen. Die Verfahrensgrundsätze von OR 343 müssen aber gewährleistet werden.

2.2.2. Organisation und Bestellung

Jeder Bezirk hat ein Arbeitsgericht (ZPO 354). Die Zusammensetzung ergibt sich aus ZPO 355, die Wahl und die Wählbarkeit aus ZPO 356 ff. Der Präsident und sein Stellvertreter werden vom Regierungsrat gewählt, die Arbeitsrichter durch das Bezirksamt. Die Richter sollen paritätisch aus Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden (d.h. höhere Angestellte) zusammengesetzt sein. **Damit die für Diskriminierungsprozesse in ZPO 360 II vorgeschriebene Frauenquote gegeben ist, müssen auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite je mindestens zwei Richterinnen gewählt werden**. Vgl. ferner GOG 4, 6, 41.

Über den Ausstand entscheidet die Kommission des Obergerichts für den Präsidenten oder dessen Stellvertreter. Der Präsident entscheidet selber über den Ausstand der anderen Personen (ZPO 361).

2.2.3. Sachliche und örtliche Zuständigkeit

a) Allgemeines

Sachlich ist das Arbeitsgericht für alle Streitsachen aus Einzelarbeits-, Lehr-, Handelsreisenden- und Heimarbeitsvertrag **sowie aus dem Gleichstellungsgesetz** unabhängig vom Streitwert zuständig (ZPO 361 I). Ausgenommen sind öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (ZPO 362 I, vgl. VRPG 60 3.). Bei Gemeindeangestellten, die unter dem Obligationenrecht angestellt wurden, ist das Arbeitsgericht aber zuständig. Beurteilt das Arbeitsgericht ein Verhältnis als Auftrag, bleibt es dennoch zuständig.

Die sachliche Zuständigkeit ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. **Massgebend ist einzig die Natur des eingeklagten Anspruches**, und nicht etwa die Grundlage im Recht, so ist das Arbeitsgericht auch zuständig, wenn Ansprüche aus unerlaubter Handlung im begründeten (nicht nur natürlichen Kausal-) Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis geltend gemacht werden.

Wird ein einheitlicher Klageanspruch aus verschiedenen Rechtsgründen hergeleitet, gilt der bundesrechtliche **Grundsatz der Kompetenzattraktion**, d.h. dass das Arbeitsgericht auch alle anderen Rechtsgründe prüft, sofern es die arbeitsvertragliche Anspruchsbegründung bejaht. Werden verschiedene Ansprüche eingeklagt, ist das Arbeitsgericht aber für den **nichtarbeitsrechtlichen Anspruch nur zuständig, wenn ein enger Sachzusammenhang besteht**. Das Arbeitsgericht ist auch zuständig für faktische Arbeitsverhältnisse nach OR 320 III. Die Anspruchsgrundlage muss stets zivilrechtlicher Natur sein, so fallen Ansprüche aus Steuer-, Ausländer- oder Sozialversicherungsrecht für das Arbeitsgericht weg, ebenso solche aus vollstreckungsrechtlichen Klagen wie der Kollokation. **Bei der Personalvermittlung handelt es sich um einen Mäklervertrag, weshalb Streitigkeiten nicht in die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes fallen**.

Hinsichtlich des persönlichen Zuständigkeitsbereichs bleibt die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes selbst bei einem Parteiwechsel oder bei einer Zession nach der Prozesseinleitung bestehen, sowie auch wenn der Rechtsnachfolger eintritt.

Kraft Bundesrecht besteht ein Verbandsklagerecht für Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmer wahren und seit mindestens zwei Jahren bestehen sowie sich der Ausgang des Verfahrens auf eine grössere Anzahl von Arbeitsverhältnissen auswirkt (GlG 7 I).

b) Prorogation

Gemäss (bzw. entgegen) ZPO 362 III kann die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts **nach dem Entstehen des Streites prorogiert werden**. Dadurch kann eine nicht von Amtes wegen beachtete sachliche Unzuständigkeit des ordentlichen Zivilrichters durch Einlassung geheilt werden. Für Kollektivstreitigkeiten aus Gesamtarbeitsverträgen kann eine Schiedsklausel vereinbart werden.

c) Widerklage

Eine Widerklage ist gemäss den **allgemeinen Regeln** nur zulässig, wenn für den Gegenanspruch ebenfalls die Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes gegeben ist (ZPO 363, vgl. 180 II), sowie wenn die Forderungen rechtlich zusammenhängen oder verrechenbar sind (ZPO 180 I). Das Arbeitsgericht ist in jedem Fall für jede bloss verrechnungsweise (einredeweise) geltend gemachte Gegenforderung zuständig.

d) Direkte Anrufung des Obergerichts

In Streitsachen, in denen die Berufung an das Bundesgericht zulässig ist, wird an Stelle des Arbeitsgerichtes das Obergericht zuständig, **wenn es von beiden Parteien nach erfolglosem Vermittlungsverfahren vor dem Präsidenten oder der Präsidentin des Arbeitsgerichtes oder nach dessen oder deren Verzicht auf ein Vermittlungsverfahren angerufen wird**. Diese Möglichkeit steht den Parteien auch nach erfolglosem Schlichtungsversuch vor der Schlichtungsstelle für Gleichstellungsfragen offen (ZPO 364, vgl. ZPO 378).

e) Örtliche Zuständigkeit

Es gilt das Gerichtsstandsgesetz. Für arbeitsrechtliche Klagen gibt es zwei mögliche Gerichtsstände, nämlich den Sitz des Arbeitgebers oder der Arbeitsort (GestG 24 I).

2.2.4. Verbeiständung und Vertragung

Für die Vermittlungsverhandlung müssen die Parteien persönlich erscheinen; für den Arbeitgeber kann ein höherer Angestellter (vgl. ZPO 358 II) auftreten (ZPO 366 I). Eine Vertretung ist bei Krankheit oder aus anderen zureichenden Gründen möglich (vgl. ZPO 142 III). Im Übrigen ist vor dem Arbeitsgericht ausser der Verbeiständung auch die Vertretung durch eine handlungsfähige Person uneingeschränkt zulässig. Eine berufsmässige Vertretung darf aber nur durch Anwälte ergehen, oder allenfalls durch Verbandsfunktionäre (ZPO 368 I).

2.2.5. Prozesskosten

a) Allgemeines

Bis zu einem Streitwert von CHF 20'000.- werden keine Gerichtskosten erhoben und Parteikosten ersetzt (ZPO 369 I, **vgl. dazu aber OR 343**!). Bei Gleichstellungssachen ist der Streitwert unbegrenzt (GlG 12 II). Dies steht natürlich alles unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauches. Der Streitwert vor der ersten Instanz ist massgebend, unabhängig von einer Anerkennung, einem Vergleich oder einem Rückzug. Ebenfalls unabhängig ist

eine allfällige Widerklage (OR 343 II). Das gilt aber nur für das Verfahren und nicht für die Parteikosten weil diese nicht in OR 343 geregelt werden! Eine Klageänderung hat auch eine Änderung des Streitwertes zur Folge, und damit auch bezüglich der Kostenfolgen.

b) URP und Gebühren

Die Voraussetzungen zur unentgeltlichen Rechtspflege werden vor Arbeitsgericht durch ZPO 370 I verschärft. **Die Höhe des Streitwertes oder die Rechtslage müssen sie als gerechtfertigt erscheinen lassen** (bei ZPO 126 wird lediglich bei geringem Streitwert und einfacher Rechtslage von der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters abgesehen). Gerechtfertigt wird dies durch die geltende (soziale) Untersuchungsmaxime. In der Praxis sollte diesem Artikel aber **keine zu weitreichende Bedeutung zugemessen werden, da die soziale Untersuchungsmaxime weder von der Behauptungs-, noch von der Beweislast entbindet**. Ist die Gegenpartei anwaltlich vertreten, gilt ZPO 370 I sowieso nicht (ZPO 370 II). Gegen den URP-Entscheid ist Beschwerde möglich (vgl. ZPO 390 ff.).

Die Gebühren werden bis zu einer gewissen Höhe des Streitwertes in angemessenem Umfang ermässigt (ZPO 371, VKD 7 II).

2.2.6. Verfahren

a) Allgemeines

Das Bundesrecht verlangt ein einfaches und rasches Verfahren bei einem Streitwert bis zu CHF 30'000.- (OR 343 II). Im Aargau ist das Verfahren unabhängig der Streitwertgrenze einfach und rasch ausgestaltet. Das Verfahren ist grundsätzlich mündlich (ZPO 372 I, 380 I), es kann aber auch das schriftliche Verfahren angeordnet werden (ZPO 382).

Um den bundesrechtlichen Grundsätzen zu genügen, wird auf ein friedensrichterliches Sühneverfahren verzichtet (ZPO 374 f.), es bestehen kurze Fristen von 5 oder 10 Tagen (ZPO 378 f., 383 f.), keine Gerichtsferien (ZPO 372 III) und mit der Durchführung von ergänzenden Beweisabnahmen im Rechtsmittelverfahren durch das Obergericht selbst anstatt der Rückweisung an die Vorinstanz (ZPO 389 i.V.m. 331) erfolgt ebenfalls eine Beschleunigung. In diesem Sinne sind auch Fristerstreckungs- und Verschiebungsgesuche zurückhaltend zu bewilligen.

b) Einleitung

Die Klage kann mündlich oder schriftlich beim Präsidenten oder dem Gerichtsschreiber angebracht werden. Es findet kein Verfahren vor dem Friedensrichter statt. Der Sachverhalt ist kurz zu bezeichnen und das Begehren ist anzugeben (ZPO 372). Mit dem Begehren tritt die Rechtshängigkeit ein. Neben den genannten Voraussetzungen sollte das Begehren die Bezeichnung der Parteien, den Streitwert und das Datum mit Unterschrift enthalten. Im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren müssen die Beweismittel noch nicht

bezeichnet werden und die Beweisurkunden sind nicht beizulegen. Ein unbeziffertes Rechtsbegehren ist bei Forderungsklagen gültig, wenn (vgl. ZPO 168 II)

- die Bezifferung nicht möglich ist (z.B. OR 337c I),
- das Beweisverfahren die Grundlage für die Bezifferung der Forderung abgibt (z.B. OR 337c III, OR 336a),
- oder wenn der Kläger für die Bezifferung einer unbestimmten Forderungsklage auf vorgängige Rechnungslegung oder Auskunftserteilung durch den Beklagten angewiesen ist (z.B. bei Gewinnbeteiligungs- oder Provisionsklagen OR 322a, 322c).

Nach der Eingabe wird die Zuständigkeit vom Präsidenten geprüft (ZPO 373). Der Beklagte lässt sich ein, wenn er nicht spätestens bei der Vermittlungsverhandlung die Unzuständigkeitseinrede erhebt, das Gericht, wenn es zur Vermittlung einlädt.

c) Vermittlungsverfahren

Auf die Einleitung folgt die **Vermittlungsverhandlung**, zu welcher der Präsident einlädt (ZPO 374 I). Sie entfällt, wenn ein Schlichtungsversuch vor der Schlichtungsstelle für Gleichstellungsfragen stattgefunden hat. Es ist auch im arbeitsrechtlichen Verfahren möglich, auf die Vermittlung zu verzichten, wenn beide Parteien einverstanden sind (sogar mündlich, im Gegensatz zur vorgeschriebenen Schriftlichkeit in ZPO 137). Die Vermittlungsverhandlung ist **nicht öffentlich**, der Präsident muss auf eine Vermittlung hinwirken (ZPO 375). Sie wird wie üblich protokolliert und unterschrieben. Dies ist Gültigkeitsvoraussetzung. **Eine allfällige Widerklage ist anlässlich der Vermittlungsverhandlung zu erheben** (vgl. ZPO 353). Bei Prozesserledingung durch Parteierklärung ist OR 341 I zu beachten. Der Arbeitnehmer kann nicht auf Forderungen verzichten. Ein gemeinsamer Vergleich ist aber möglich, sofern sich beide Parteien gegenseitig Zugeständnisse machen und der Vergleich für den Arbeitnehmer günstiger oder wenigstens angemessen ist. Der Abstand ist schriftlich zu tätigen (Rechtssicherheit).

Bei Säumnis des Klägers gilt die Klage als einstweilen zurückgezogen (ZPO 377 I). Bei Säumnis des Beklagten hat der Kläger die Beweismittel zu nennen und der Präsident lädt zur **Hauptverhandlung** ein, **sofern der Kläger nicht nochmals eine Vermittlungsverhandlung verlangt**.

Scheitern die Vermittlungsbemühungen, müssen die Parteien die Beweismittel nennen und beibringen (ZPO 376). Das Begehren auf Überweisung an das Obergericht gemäss ZPO 364 ist innert 5 Tagen seit der Vermittlungsverhandlung oder der Verzichtserklärung des Präsidenten (ZPO 378 I). Das weitere Verfahren richtet sich nach ZPO 197 ff., es gilt aber weiterhin der **Untersuchungsgrundsatz und die Gerichtsferien gelten nicht**. Wird ein Begehren nach ZPO 378 von beiden Parteien gestellt, erlässt der Präsident einen Abschreibungsbeschluss inkl. den zu erhebenden Kosten (ZPO 378 II).

d) Hauptverhandlung

Sofern zur Hauptverhandlung eingeladen wird, hat dies **innert 10 Tagen** zu geschehen (ZPO 379, Ordnungsvorschrift, d.h. **erstreckbar**). An der Hauptverhandlung werden die Parteien angehört, die formellen Vorfragen erledigt, die Beweiserhebungen durchgeführt,

und diese gewürdigt (ZPO 380). Die Parteien sind deshalb anzuhören, weil nicht zwingend eine schriftliche Klage und Antwort ergangen sind. Bei den formellen Vorfragen sind die sachliche und die örtliche Zuständigkeit nicht mehr zu erheben.

Es gibt keine Beschränkungen der zulässigen Beweismittel, die Beweisabnahme richtet sich nach den allgemeinen Regeln von ZPO 198 ff. Besonderheiten ergeben sich aus der Geltung der (sozialen) Untersuchungsmaxime (OR 343 IV, ZPO 380 III) mit Bezug auf nicht behauptete, nicht bestrittene und verspätete Tatsachen, über verspätete Beweisanträge und bei Säumnis mit der Bezahlung eines Beweiskostenvorschusses. Es muss jeweils Beweis abgenommen werden, und zwar unabhängig der Bezahlung eines Vorschusses.

Die soziale Untersuchungsmaxime führt nicht dazu, dass bei Säumnis des Beklagten die Sachverhaltsdarstellungen nicht mehr bestritten sind, ebenso bestehen weiterhin die Behauptungs-, die Substantiierungs- und die objektive Beweislast sowie die Dispositionsmaxime. Die Untersuchungsmaxime gilt im Übrigen für alle Verfahren vor dem Arbeitsgericht, unabhängig dem Streitwert. Der Gesetzgeber ist daher über OR 343 gegangen, wie er auch bei ZPO 362 und 369 vorgegangen ist.

Erscheint der Beklagte nicht zu Hauptverhandlung, findet diese trotzdem statt, sofern der Beklagte auch für die Vermittlungsverhandlung ausgeblieben ist (ZPO 381 I). In den übrigen Fällen wenn eine Partei fehlt, wird noch eingeladen, mit der Androhung dass die Verhandlung bei weiterer Säumnis trotzdem durchgeführt wird. Bleiben beide Parteien aus, wird abgeschrieben (ZPO 381 III), sobald sie auch bei der zweiten Ansetzung nicht erscheinen (vgl. ZPO 381 II). Für die Wiederherstellung siehe ZPO 383.

Das Verfahren ist ausnahmsweise schriftlich, wenn entweder die Streitsache es rechtfertigt, oder **wenn eine Partei in einem Gleichstellungsstreit dies verlangt** (ZPO 382, vgl. GlG 12 I).

e) Urteil

Nach Abschluss der Hauptverhandlung fällt das Gericht das Urteil und eröffnet es den Parteien mit kurzer Begründung (ZPO 384 I). Der Urteilsspruch wird sofort zugestellt mit dem Hinweis, dass es innert 5 Tagen rechtskräftig wird, wenn nicht ein schriftliches Urteil verlangt wird. Diese ist innert 10 Tagen den Parteien zuzustellen (ZPO 384 III).

2.2.7. Verfügungen des Präsidenten

Der Präsident entscheidet im summarischen verfahren über Begehren auf Erlass von vorsorglichen Verfügungen (ZPO 385, vgl. 302 ff.). Denkbar ist sie vor allem zwecks vorsorglicher Vollstreckung des Anspruches auf Realerfüllung eines Konkurrenzverbotes (OR 340b III), der Lohnzahlung im Umfang des Existenzminimums (OR 323b II) und der provisorischen Wiedereinstellung im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz nach GlG 10 III.

Bei Fragen des Provisionsanspruches und des Anteils am Geschäftsergebnisses kann der Präsident ebenfalls im summarischen Verfahren einen Sachverständigen zur Nachprüfung einladen (ZPO 386).

2.2.8. Rechtsmittel

a) Appellation

Möglich ist die **Appellation gegen Endentscheide des Arbeitsgerichtes** (ZPO 387), dies gilt dem Wortlaut nach aber nicht für selbständige Vor- und Zwischenentscheide. Die Frist beträgt 20 Tage, für das Verfahren gilt das ordentliche Verfahren vor Obergericht (ZPO 388 f.). Speziell ist, da ein arbeitsrechtlicher Prozess vorliegt, die Regelung bzgl. der Prozesskosten, der Gerichtsferien und der Untersuchungsmaxime.

b) Beschwerde und Revision

Für die Beschwerde gelten ZPO 390 ff., für die Revision ZPO 393 f. Wie auch bei der Appellation müssen für den unentgeltlichen Rechtsvertreter die Voraussetzungen von ZPO 125 erfüllt sein, für die Vertretung ZPO 367 f.

2.3. Das Handelsgericht

2.3.1. Organisation und Bestellung

Das Handelsgericht ist die einzige kantonale Instanz für die in seine Zuständigkeit fallenden Streitsachen. Die Zusammensetzung und die Wahl des Präsidenten sowie der Handelsrichter ergeben sich aus ZPO 398 ff. **Ist die Streitsache ans Bundesgericht weiterziehbar, ist das Handelsgericht 5-fach besetzt, sonst dreifach** (ZPO 402).

Über den Ausstand des Präsidenten, des Vize oder eines ihrer Stellvertreter entscheidet eine Kommission des Obergerichtes, über die anderen entscheidet der Präsident selber (ZPO 403).

2.3.2. Sachliche Zuständigkeit

a) Parteien

Die Partei muss im Handelsregister als Firma eingetragen sein, sei es als Gesellschaft oder Einzelperson. **Entscheidend ist der Eintrag und nicht die Pflicht zum Eintrag**. Der Eintrag muss zum Zeitpunkt der Klageeinreichung bestehen. Ist nur die beklagte Partei eingetragen, kann der Kläger wählen. **Sind beide eingetragen, ist die Zuständigkeit des Handelsregisters ausschliesslich**.

Bei notwendiger Streitgenossenschaft auf Beklagtenseite und wenn nicht alle Beklagten eingetragen sind, hat der Kläger das Wahlrecht analog ZPO 404 I a. Auf der Klägerseite entfällt das Wahlrecht gegenüber einem im Handelsregister eingetragenen, zuständig ist das Handelsgericht. Sind auf beiden Seiten notwendige, teils eingetragene Streitgenossen, ist wiederum ein Wahlrecht auf der Klägerseite analog ZPO 404 I a vorhanden.

Bei einfacher Streitgenossenschaft werden die Klagen gegebenenfalls getrennt.

Kläger	**Beklagter**	**Zuständigkeit**
Eingetragen	Eingetragen	Handelsgericht
Nicht eingetragen	Eingetragen	Nach Wahl des Klägers entweder das Handelsgericht oder das ordentliche Verfahren
Eingetragen	Nicht eingetragen	Ordentliches Verfahren
Nicht eingetragen	Notwendige Streitgenossenschaft, nicht alle eingetragen	Nach Wahl des Klägers entweder das Handelsgericht oder das ordentliche Verfahren
Notwendige Streitgenossenschaft, nicht alle eingetragen	Eingetragen	Handelsgericht
Notwendige Streitgenossenschaft, nicht alle eingetragen	Notwendige Streitgenossenschaft, nicht alle eingetragen	Nach Wahl des Klägers entweder das Handelsgericht oder das ordentliche Verfahren

b) Streitsachen

Die Streitsachen müssen zivilrechtlicher Natur sein, unter Ausschluss der betreibungsrechtlichen Inzidenzstreitigkeiten (SchKG 85 f., 106-109); **eingeschlossen sind aber die Aberkennungsklage, die Rückforderungsklage und die Arrestprosequierungsklage** (SchKG 83 II, 86 und 279), da diese keine spezifischen Betreibungsklagen darstellen. Ausgeschlossen ist die handelsgerichtliche Zuständigkeit für das summarische Verfahren, nicht aber für das beschleunigte.

Die Streitigkeiten müssen sich auf den vom Beklagten geführten Betrieb beziehen, bzw. auf Verträge mit Dritten, die nicht zum Personal des Betriebes gehören. Eine mittelbare Beziehung genügt, so z.B. aus dem Kauf der Büromöbel.

Unter die Streitsachen fallen neben denjenigen aus Verträgen auch solche aus ungerechtfertigter Bereicherung, aus und aus deliktischer Haftung. Ansprüche aus der Verletzung von SVG gehören nur dann vors Handelsgericht, wenn sie **charakterisch für den Betrieb** sind, so z.B. bei einem Taxiunternehmen, aber nicht bei einem hoteleigenen Transport. Bei den deliktischen Ansprüchen müssen diese im Gegensatz zu den anderen unmittelbar mit dem Betrieb zusammenhängen.

Nicht unter die Zuständigkeit fallen die Rechtsgeschäfte mit dem Personal und die Privatgeschäfte.

c) Streitwert

Die Streitsache muss einen so hohen Streitwert haben, damit der Weiterzug ans Bundesgericht möglich ist. In der Regel dürfte es sich dabei um CHF 30'000.- handeln müssen.

d) Weitere Zuständigkeitsgründe (ZPO 404 I b)

- Streitigkeiten aus **Firmenrecht**. Da der Firmenschutz nur der eingetragenen Firma zusteht, begründen ZPO 404 I b nur eine Zuständigkeit für die nicht eingetragenen Firmen (vgl. HRegV 52, 54; zuwenig Roheinnahmen, kein Eintragungswille) eine eigene Zuständigkeit, sowie wenn die Streitwertgrenze nicht erreicht ist. Die eingetragene Firma kann somit gegen eine Nichteingetragene vorgehen.

- Streitigkeiten aus **Immaterialgüterrechten**, inkl. aus dem Lauterkeitsrecht, Anlagefondsrecht und Kartellrecht, sowie aus dem Verlagsrecht nach OR 380 ff. Die Anspruchsgrundlage muss jeweils im einschlägigen Gesetz bestehen. Streitigkeiten aus Lizenzverträgen fallen nicht darunter.

- Streitigkeiten zwischen **Gesellschaftern von Kollektiv-, Kommandit- und Kommanditaktiengesellschaften, sowie der GmbH, sofern die Anspruchsgrundlage das Gesellschaftsrecht ist**. Die handelsgerichtliche Zuständigkeit ist auch bei Ansprüchen von Dritten gegen, welche ihre Grundlage in gesellschaftsrechtlichen Vorschriften haben (z.B. OR 568, 697h II, 753 ff.). Bei Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern und der Gesellschaft, die z.B. auf Kaufverträgen beruhen, kommt nur eine Zuständigkeit gemäss ZPO 404 I a in Frage. Genossenschaften, Vereine und Stiftungen und die einfache Gesellschaft sind hier nicht inbegriffen! Zu beachten ist auch, dass die Handelsgesellschaften gemäss ZPO 404 I b 3. auch noch nicht eingetragen sein muss.

e) Mehrere Klageansprüche

Die Zuständigkeit des Handelsgerichts ist gegeben, neben der Hauptsache auch konnexe Nebenbegehren gestellt werden, die alleine keine Zuständigkeit vor Handelsgericht begründen würden (vgl. ZPO 15). Stammen verschiedene Begehren aus verschiedenen Lebensvorgängen, sind verschiedene Zuständigkeiten vorhanden, weshalb getrennte Klagen bei dem je zuständigen Gericht anzubringen sind.

f) Weitere Bestimmungen

Die Zuständigkeit des Handelsgericht ist zwar ausschliesslich, aber nicht zwingend. Es kann daher eine **Schiedsklausel** vereinbart werden, oder der Beklagte kann sich einlassen, wenn z.B. der Instruktionsrichter des ordentlichen Gerichts die Zuständigkeit des Handelsgerichtes übersieht.

Parteien mit ausländischem Domizil müssen nachweisen, dass sie in einem entsprechenden ausländischen Register eingetragen sind (ZPO 405), oder in der Schweiz eingetragen werden würden.

Eine Widerklage ist immer zulässig, auch wenn der Widerbeklagte nicht im Handelsregister eingetragen ist, sofern im Übrigen die Zuständigkeit des Handelsgerichts für den Gegenanspruch vorhanden ist (ZPO 406). Der ordentliche Richter, bei dem eine Klage mit einem geringeren Streitwert als dem für den Weg ans Bundesgericht vorgeschriebenen hängig ist, die Streitssache an das Handelsgericht überweist, wenn eine Widerklage mit

höherem Streitwert erhoben wird. Wird umgekehrt vor dem für die Hauptklage zuständigen Handelsgericht eine Widerklage mit geringerem Streitwert (oder Zuständigkeit nach ZPO 404 I b) erhoben, ist sie **entgegen ZPO 406 mitzubeurteilen**. Vgl. dazu auch ZPO 180.

2.3.3. Verfahren

a) Allgemeines

Das handelsgerichtliche Verfahren unterscheidet sich vom ordentlichen Verfahren hauptsächlich in zwei Punkten: Der Instruktionsrichter hat grundsätzlich eine **Vermittlungsverhandlung** durchzuführen (ZPO 409, vgl. 186) und er führt das **Beweisverfahren** durch (ZPO 410, kann vor Handelsgericht wiederholt oder ergänzt werden, aber das Ziel ist, nur eine Hauptverhandlung durchzuführen).

Auch hier gelten ansonsten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens, sofern ZPO 407 ff. keine Abweichungen aufstellen. Ebenso gelten sinngemäss die Bestimmungen des GOG. Das handelsgerichtliche Verfahren verfolgt das Ziel, im Interesse der Kaufleute eine rasche und reibungslose Streiterledigung zu erreichen.

b) Vermittlungsverfahren und Behauptungsverfahren

Das Vermittlungsverfahren vor dem Friedensrichter ist nicht obligatorisch (ZPO 407), **aber möglich**.

Nach Klageeingabe leitet der Instruktionsrichter das schriftliche Behauptungsverfahren, nachdem er vorab die **formellen Klageanforderungen geprüft** hat. Die Antwortfrist des Beklagten kann mehr als 30 Tage betragen und ergeht im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren zwingend schriftlich (ZPO 408 II, vgl. ZPO 188, 191 II). Die Replik und die Duplik kann in Verbindung mit der Vermittlungsverhandlung, welche ebenfalls der Instruktionsrichter leitet, angeordnet werden (ZPO 408 IV, vgl. 409). Bei der Prüfung der Klage sind fehlende Postulationsfähigkeit, die Nicht-Bezahlung des Kostenvorschusses und die fehlende Prozessfähigkeit verbesserliche Mängel. Unverbesserlich sind die sachliche und die örtliche Zuständigkeit.

Spätestens nach Abschluss des Behauptungsverfahrens lädt der Instruktionsrichter zu einer Vermittlungsverhandlung, wo er Beweise erheben kann (ZPO 409). Das bedeutet, dass die Vermittlungsverhandlung in jeder Phase des Instruktionsverfahrens durchgeführt werden darf. Im Gegensatz zu ZPO 79 ist die Vermittlungsverhandlung nicht öffentlich. Kommt es zu keiner Vermittlung, erhebt der Instruktionsrichter wenn nötig noch mehr Beweise und leitet die Akten ans Gericht weiter (ZPO 410). Dies dient dazu, dass nur noch eine Hauptverhandlung durchgeführt werden muss.

c) Verhandlung

In der Hauptverhandlung wird vorerst über formelle Vorfragen verhandelt und entschieden, allenfalls wird Beweis erhoben (ZPO 412).

Die Hauptverhandlung wird vom Präsidenten geleitet. Jeder Partei steht anschliessend nur ein Vortrag zu, Beweiswürdigung und Rechtserörterungen sind im gleichen Vortrag anzubringen.

Nach Abschluss der Hauptverhandlung fällt das Gericht das Urteil (ZPO 413 I). Urteile, die nicht weitergezogen werden können, werden mit der Zustellung rechtskräftig. ZPO 273 ff. gelten sinngemäss. Es ist jedoch nicht zulässig, nur das Urteilsdispositiv zuzustellen (vgl. ZPO 277).

d) Revision

ZPO 414 statuiert, dass die Revision (ZPO 343 ff.) auch gegen Urteile und Abschreibungsbeschlüsse des Handelsgerichtes zulässig ist. Wie ZPO 394 für das Arbeitsgerichtsverfahren bestimmt auch ZPO 415, dass für das Verfahren die Bestimmungen über das Revisionsverfahren gegen Urteile des Obergerichtes (ZPO 347 ff.) anwendbar sind.

2.3.4. Vorsorgliche und andere Verfügungen des Instruktionsrichters

Der Instruktionsrichter entscheidet **im summarischen Verfahren über Begehren auf Erlass vorsorglicher Verfügungen nach ZPO 302 ff., sofern das Handelsgericht in der Hauptsache zuständig ist** (ZPO 416). Je nach interner Arbeitsaufteilung ist entweder der Präsident, der Vizepräsident oder einer ihrer Stellvertreter (Ersatzrichter) der Instruktionsrichter. Vorläufige Massnahmen nach ZPO 294 sind miteingeschlossen, ausser Betracht fallen die uneigentlichen Summarverfahren.

Unerheblich ist, ob der Hauptprozess bereits hängig ist. Der Instruktionsrichter hat aber gemäss ZPO 173 i.V.m. 299 zu prüfen, ob die sachliche Zuständigkeit für den möglichen oder zu erwartenden Hauptprozess gegeben ist.

Im summarischen Verfahren, wo eine kantonalrechtliche Zuweisungsnorm fehlt, wo aber aufgrund des Zivilrechts eine Verfügung zu treffen ist, die ihrer Natur nach in das ordentliche handelsgerichtliche Verfahren gemäss ZPO 404 gehören, erlässt der Instruktionsrichter die diesbezüglichen Verfügungen (vgl. ZPO 417). Alle übrigen summarischen Verfahren fallen in die Zuständigkeit des Gerichtspräsidenten (ZPO 291), und zwar insbesondere auch dann, wenn die Beklagte im Handelsregister eingetragen ist (vgl. z.B. EGZGB 22, der Gerichtspräsident ist zuständig, auch wenn die Beklagte im Handelsregister eingetragen ist). Dies, weil es kein summarisches Verfahren vor Handelsgericht gibt.

In die Fälle von ZPO 417 fallen insbesondere ZGB 860 III, OR 92 II, 107 I, 93, 168,, 266 II, 283 III, 435 und 453.

Abschliessend erledigt der Instruktionsrichter auch Gesuche auf vorsorgliche Beweisabnahmen gemäss ZPO 209 ff. in den Fällen nach ZPO 416 (ZPO 418).

3. Schiedsgerichte

ZPO 419 bestimmt, dass für Schiedsgerichte und deren Verfahren das Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit gilt. Als Konkordat ist es kantonales Recht. Es ist als in sich geschlossene Ordnung zu verstehen; in den kantonalen Zivilprozessordnungen ist lediglich das Verfahren vor der in KSchG 3 vorgesehenen richterlichen Behörde zu regeln (KSchG 45, ZPO 420).

Bei Lücken des Konkordates ist die BZP anwendbar, ausser die Parteien oder das Schiedsgericht haben die Anwendung des ZPO vereinbart (KSchG 24).

ZPO 420 bestimmt, dass das Obergericht bei der Ernennung von Schiedsrichtern, der Verlängerung der Amtsdauer (KSchG 16 II, 3 c), bei der Durchführung von Beweismassnahmen (KSchG 3 d, 27), bei der Entgegennahme des Schiedsspruches (KSchG 3 e, 35), beim **Entscheid über Nichtigkeitsbeschwerden** (Frist: 30 Tage) **und Revisionsgesuch** (KSchG 36 f., 41 f.) und bei der Bescheinigung der Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches auf Gesuch einer Partei mitzuwirken hat (KSchG 44).

4. Vollstreckung

4.1. Allgemeines

Die Vollstreckung schliesst sich an das Erkenntnisverfahren an. Es ist notwendiger Bestandteil der Rechtsverwirklichung. Die kantonalrechtliche Vollstreckung gemäss ZPO 421-438 steht neben der Vollstreckung von Geldforderungen und Forderungen auf Sicherheitsleistung des SchKG (vgl. SchKG 421). Für die Lückenfüllung können daher die Bestimmungen des SchKG herangezogen werden.

Bei der Vollstreckung (kantonal) handelt es sich immer um ein Tun oder Unterlassen (z.B. Herausgabe von Sachen, Kindern, Abgabe einer Willenserklärung).

4.2. Vollstreckbare Titel

Vollstreckbar sind vorerst rechtskräftige Urteile der aargauischen richterlichen Behörden und des Bundesgerichts (ZPO 422 I). Dem Urteil gleichgestellt sind Klageanerkennung, Vergleich, vorsorgliche Verfügungen (und vorsorgliche Massnahmen) und Schiedssprüche (ZPO 422 II). Ebenso ist die rechtskräftige Verfügung der Konkursverwaltung gemäss

SchKG 229 III mit welcher der Konkursschuldner aus seiner bisherigen Wohnung gewiesen wird, ein solcher vollstreckbarer Titel.

Formelle und materielle Rechtskraft ist nicht nötig, wenn nach erhobener Beschwerde der obergerichtliche Instruktionsrichter gemäss ZPO 298 III die vorläufige Vollstreckung anordnet. Wird ein Urteil nur teilweise angefochten, kann der nicht angefochtene Teil vollstreckt werden, da er formell rechtskräftig wird.

Urteile ausserkantonaler Gerichte werden ebenfalls vollstreckt (ZPO 423). **Dagegen kann mit Rücksicht auf SchKG 81 II, auf welche Bestimmung ZPO 423 ausdrücklich verweist, eine in einem andern Kanton erlassene superprovisorische Verfügung nicht vollzogen werden, weil die Gegenpartei nicht angehört wurde**.

Bei ausländischen Urteilen ist das IPRG zu beachten (Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile IPRG 25-32), sowie das LugÜ in LugÜ 26 ff.

4.3. Arten der Vollstreckung

4.3.1. Indirekter Zwang

Vorerst kann in Urteilen, die zu einer Handlung verpflichten, stets die Ungehorsamkeitsstrafe angedroht werden (ZPO 425, vgl. StGB 292). Diese Art nennt man die Vollstreckung durch indirekten Zwang. Führt dieser indirekte Zwang nicht zum Ziel, kann ungeachtet eines allfälligen Strafverfahren direkter Zwang angeordnet werden (ZPO 425 II). Hat der Vollstreckungsbeklagte innert der angesetzten Frist die Handlung nicht vorgenommen, ist der Straftatbestand erfüllt.

Bei der Pflicht zur Herausgebe der Kinder (z.B. zur Ausübung des Besuchsrechts) kann der Vollstreckungsrichter die Urteilsbestimmung (Dispositiv) konkretisieren, aber nicht abweichend vom Urteil regeln. Das Vollstreckungsbegehren muss konkret abgefasst sein und kann auch z.B. für ein halbes Jahr in die Zukunft Begehren enthalten. Zulässig ist es, die Vollstreckung des Besuchsrechts einstweilen zu suspendieren, wenn das Kindeswohl dies gebieterisch verlangt. Ein direkter Zwang gegenüber den Kindern darf nicht angewendet werden, da dies dem Sinn des Besuchsrechts zuwiderlaufen würde.

4.3.2. Direkter Zwang

Der direkte Zwang gegen den Vollstreckungsbeklagten ist in ZPO 426 ff. geregelt. Muss er eine Sache herausgeben, beauftragt der Richter die Polizei, dem Vollstreckungsbeklagten die Sache **nötigenfalls mit Gewalt wegzunehmen** (ZPO 426 I). Dem Wortlaut entsprechend kann dieser Artikel nicht bei der Herausgabe von Kindern angewendet werden. **Unerheblich bei der beweglichen Sache ist eine allfällige Kompetenzqualität im Sinne von SchKG 92**. Ist die Sache unauffindbar, wird der Vollstreckungsbeklagte auf Antrag des Klägers der Parteibefragung durch den Vollstreckungsrichter unterstellt, allenfalls unter Straffolge gemäss ZPO 268. Damit ist die Vollstreckung abgeschlossen,

möglich ist aber ein Strafverfahren wegen falscher Parteiversicherung (StGB 306) und eine Schadenersatzklage gemäss ZPO 431. Allenfalls ist eine Ersatzvornahme bei vertretbaren Sachen möglich (ZPO 428).

Für die Einräumung des Besitzes einer unbeweglichen Sache gilt ZPO 427. Allfällige Kosten sind vom Vollstreckungskläger vorzuschiessen.

Ist mit der Leistung des Beklagten Zug um Zug eine Gegenleistung zu erbringen, hat der Kläger auf Begehren des anderen vorgängig der Leistung für die Gegenleistung eine nach Ermessen des Vollstreckungsrichters hinsichtlich Art und Umfang genügende Sicherheit zu leisten (ZPO 429).

4.3.3. Weitere Bestimmungen

Ist der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt, wird die Erklärung durch das Urteil ersetzt (ZPO 430 I). Ebenso wird mit einem Grundbucheintrag verfahren (ZPO 430 II).

Dem Kläger bleibt es vorbehalten, statt der Vollstreckung oder nach ganz oder teilweise erfolgloser Vollstreckung Schadenersatz wegen Nichterfüllung geltend zu machen (ZPO 431). Die Geltendmachung hat indes in einem neuen Prozess zu erfolgen. Die Vollstreckung hat nach dieser Bestimmung daher nicht zwingend zu erfolgen. Verlangt der Gläubiger direkt ohne Vollstreckung Schadenersatz, hat er diesen im ordentlichen Verfahren zu verlangen (ZPO 432). Hat er vorher (teil-)erfolglos die Vollstreckung verlangt, kann er den Schadenersatz im summarischen Verfahren geltend machen (ZPO 434, aber: hier uneigentliches Summarverfahren, weil **alle Beweise zu erheben** sind!).

4.4. Verfahren

Die Vollstreckung und die Entscheidung aller sich aus daraus ergebenden Streitsachen obliegen dem **Gerichtspräsidenten** (ZPO 432), es gelten die Bestimmungen über das **summarische Verfahren** (ZPO 434, vgl. ZPO 289 ff.). Es ist ein typisches summarisches Verfahren; es besteht eine Beweismittelbeschränkung. Der Kläger kann nur gestützt auf den schriftlichen Vollstreckungstitel durchdringen, der Beklagte muss gewisse Einwendungen durch Urkunden beweisen (vgl. ZPO 435).

Obwohl Dritte beteiligt sein können, sieht die ZPO nicht ausdrücklich eine Einsprachemöglichkeit vor. Möglich ist, dass sich der Dritte als **Streitgehilfe am summarischen Verfahren beteiligt**. Befindet sich die Sache bei einem Dritten, der sie nicht herausgibt obwohl er kein besseres Recht an der Sache geltend macht, kann bei ihm direkter oder indirekter Zwang angewendet werden.

Der Beklagte kann einwenden, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Vollstreckung fehlen (z.B. es sei kein Zivilurteil), oder dass neue Tatsachen seit dem Urteil eingetreten sind, welche die Geltendmachung des Anspruches ganz oder teilweise ausschliessen oder aufschieben. Letzteres ist durch Urkunde zu beweisen (ZPO 435).

Bewilligt der Gerichtspräsident die Vollstreckung, erlässt er den Vollstreckungsbefehl. Für den Inhalt vgl. ZPO 436. Das Vollstreckungsverfahren ist dreistufig: Die erste Stufe bildet das summarische Verfahren bis zum Vollstreckungsbefehl, die zweite Stufe die dem Beklagten im Vollstreckungsbefehl angesetzte Überlegungsfrist, in der dritten Stufe wird die angedrohte Vollstreckungsmassnahme verwirklicht. Gegen den Vollstreckungsbefehl kann Beschwerde geführt werden; sie hat aufschiebende Wirkung.

Die Verwirklichung der angedrohten Vollstreckungsmassnahme erfolgt nur auf Antrag des Vollstreckungsklägers (vgl. ZPO 437), sofern der Beklagte seinem Tun oder Unterlassen nicht nachgekommen ist. Bzgl. der Kosten gelten die allgemeinen Bestimmungen (ZPO 438, vgl. ZPO 100 ff.). Ebenso anwendbar sind die Bestimmungen der URP

5. Gerichtsstand

5.1. Allgemeines

Der Gerichtsstand in Zivilsachen wird durch das GestG geregelt. Das GestG ist anwendbar, wenn kein internationales Verhältnis vorliegt (GestG 1 I). Vorbehalten ist ferner das SchKG, der Kindesschutz und das Vormundschaftsrecht sowie die Schifffahrt (GestG 1 II).

Gemäss GestG 2 ist ein Gerichtsstand nur dann zwingend, wenn dies das Gesetz ausdrücklich vorsieht. GestG 3 f. setzt die subsidiären Gerichtsstände fest: Wohnsitz, Sitz, Bern, Aufenthaltsort. Alternativ zum Wohnsitz oder Sitz ist ferner das Gericht an der Niederlassung zuständig, sofern eine solche vorhanden ist (GestG 5). GestG 6 behandelt die Widerklage nach den üblichen Regeln (sachlicher Zusammenhang). Bei der Klagehäufung ist ein einheitlicher Gerichtsstand zuständig (GestG 7). Für die Interventions- und Gewährleistungsklage kann das kantonale Gericht die Zuständigkeit des Gerichts des Hauptprozesses vorsehen (GestG 8).

Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist dann zulässig, wenn kein zwingender Gerichtsstand besteht, und die Vereinbarung schriftlich gemacht wurde (GestG 9, vgl. GestG 10 zur Einlassung).

5.2. Besondere Gerichtsstände

5.2.1. Personenrecht

Bei **Persönlichkeits- und Datenschutzklagen** nach GestG 12 ist sowohl das Gericht am Sitz/Wohnsitz des Klägers, als auch dasjenige des Beklagten zuständig.

Für die **Verschollenenerklärung** ist zwingend das Gericht am letzten bekannten Wohnsitz der verschwundenen Person zuständig (GestG 13).

Ebenso ein zwingender Gerichtsstand besteht bei Begehren auf **Berichtigung des Zivilstandsregisters** (GestG 14, Ort des Registers).

5.2.2. Familienrecht

Eherechtliche Begehren und Klagen sind am Gericht am Wohnsitz einer Partei zwingend zu erheben (GestG 15). Dasselbe gilt für Klagen aus der eingetragenen Partnerschaft (GestG 15a).

Für Klagen auf **Feststellung oder Anfechtung des Kindsverhältnisses** ist das Gericht am Wohnsitz einer Partei zurzeit der Geburt beziehungsweise der Adoption oder der Klage zwingend zuständig (GestG 16). Ebenso zwingend zuständig ist das Gericht am Wohnsitz einer Partei für **Unterhalts- und Unterstützungsklagen** (GestG 17).

5.2.3. Erbrecht

Für **erbrechtliche Klagen** sowie für Klagen über die güterrechtliche Auseinandersetzung bei Tod eines Ehegatten oder eines eingetragenen Partners ist das Gericht am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig. Klagen über die erbrechtliche Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstückes (Art. 11 ff. BGBB) können auch am Ort der gelegenen Sache erhoben werden.

Für Massnahmen im Zusammenhang mit dem Erbgang ist die Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers zuständig; ist der Tod nicht am Wohnsitz eingetreten, so macht die Behörde des Sterbeortes derjenigen des Wohnortes Mitteilung und trifft die nötigen Massnahmen zur Sicherung der Vermögenswerte am Sterbeort.

5.2.4. Sachenrecht

Für **unbewegliche Sachen** gilt, dass das Gericht am Ort, wo das Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, zuständig ist. Bezieht sich eine Klage auf mehrere Grundstücke, so ist das Gericht am Ort zuständig, an dem das flächenmässig grösste Grundstück liegt (GestG 19 II).

Für **Klagen über dingliche Rechte** oder über den Besitz an beweglichen Sachen und über Forderungen, die durch Faustpfand oder Retentionsrecht gesichert sind, ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem die Sache liegt, zuständig (GestG 20).

5.2.5. Klagen aus besonderen Verträgen

Die Gerichtsstände von GestG 21 ff. sind teilzwingend, d.h. dass eine Gerichtsstandsvereinbarung zum Voraus nichtig ist, und erst beim entstehen des Streites vereinbart werden kann. Dies gilt für **Konsumenten, Mieter, Pächter und Arbeitnehmende**.

Klagen des **Konsumenten** sind an seinem Wohnsitz oder am Sitz des Anbieters anzubringen (GestG 22 I). Solche des Anbieters am Wohnsitz der beklagten Partei. Bei Mietern und Pächtern ist die Schlichtungsbehörde am Ort der gelegenen Sache zuständig (GestG 23 I).

Für **arbeitsrechtliche Klagen** gibt es zwei mögliche Gerichtsstände, nämlich den Sitz des Arbeitgebers oder der Arbeitsort (GestG 24).

5.2.6. Klagen aus unerlaubter Handlung

Für Klagen aus **unerlaubter Handlung** ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig (GestG 25).

Für Klagen aus **Motorfahrzeug- und Fahrradunfällen** ist das Gericht am Unfallort oder am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei zuständig (GestG 26 I).

Bei Massenschäden ist das Gericht am **Handlungsort** zwingend zuständig; bei unbekanntem Handlungsort ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei zuständig (GestG 27).

Die **Zuständigkeit des Strafgerichts für die Beurteilung der Zivilansprüche bleibt jeweils vorbehalten** (GestG 28).

5.2.7. Handelsrecht

Für Klagen aus **gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit** ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft zuständig (GestG 29). Für Klagen aus dem FusG ist das Gericht am Sitz eines beteiligten Rechtsträgers zuständig (GestG 29a).

Für die **Kraftloserklärung von Aktien** ist das Gericht am Sitz der AG zuständig, für andere Kraftloserklärungen dasjenige am Sitz/Wohnsitz des Schuldners (GestG 30). GestG 30 II und 31 f. enthält weitere Gerichtsstände für den Wechsel, Check, Anleihensobligationen und kollektive Kapitalanlagen

5.3. Weitere Verfahrensfragen

5.3.1. Vorsorgliche Massnahmen

Für den Erlass **vorsorglicher Massnahmen** ist das Gericht am Ort, an dem die Zuständigkeit für die Hauptsache gegeben ist, oder am Ort, an dem die Massnahme vollstreckt werden soll, zwingend zuständig (GestG 33).

5.3.2. Prüfung der örtlichen Zuständigkeit

Das Gericht prüft die örtliche Zuständigkeit **von Amtes wegen** (GestG 34 I). Wird eine mangels örtlicher Zuständigkeit zurückgezogene oder zurückgewiesene Klage binnen 30 Tagen beim zuständigen Gericht neu angebracht, so gilt als Zeitpunkt der Klageanhebung das Datum der ersten Einreichung.

5.3.3. Identische und in Zusammenhang stehende Klagen

Werden bei mehreren Gerichten Klagen über denselben Streitgegenstand zwischen denselben Parteien rechtshängig gemacht, so setzt jedes später angerufene Gericht das Verfahren aus, bis das zuerst angerufene Gericht über seine Zuständigkeit entschieden hat (GestG 35 I). Ein später angerufenes Gericht tritt auf die Klage nicht ein, sobald die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts feststeht.

Werden bei mehreren Gerichten Klagen rechtshängig gemacht, die miteinander in sachlichem Zusammenhang stehen, so kann jedes später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen, bis das zuerst angerufene entschieden hat. Das später angerufene Gericht kann die Klage an das zuerst angerufene Gericht überweisen, wenn dieses mit der Übernahme einverstanden ist (GestG 36).

5.3.4. Anerkennung und Vollstreckung

Bei der Anerkennung und Vollstreckung eines Entscheides darf die Zuständigkeit des Gerichts, das den Entscheid gefällt hat, nicht mehr geprüft werden (GestG 37).

II. SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHT

1. Allgemeines

1.1. Einleitung

Recht ist nur dann eigentliches Recht, wenn es verwirklicht werden kann. Das SchKG dient zur Rechtsverwirklichung, sofern dieser nicht freiwillig nachgegangen wird.

Gegenstand der Schuldbetreibung bildet ausschliesslich die Eintreibung auf (zivilrechtliche oder öffentlichrechtliche) Geldforderungen. Ansprüche auf Geldzahlungen sind der zivilprozessualen Vollstreckung ausdrücklich entzogen (SchKG 38). Da der Gläubiger an einem raschen Eintreiben der Forderung interessiert ist, braucht er vorrangig keinen vollstreckbaren Gerichtsentscheid, sondern kann direkt an die Vollstreckungsbehörde gelangen.

Das SchKG unterscheidet zwischen der Generalexekution (Konkurs) und der Spezialexekution (Pfändungs- und Pfandverwertungsbetreibung). Bei ersteren wird „reiner Tisch" gemacht, denn sämtliche Forderungen der Gläubiger werden mit dem gesamten Vermögen des Schuldners beglichen. Bei der Spezialexekution beschränkt man sich auf einzelne Ansprüche.

Vom SchKG ausgenommen sind die Zwangsvollstreckungen gegen Kantone, Bezirke und Gemeinden, sowie die weiteren bundesrechtlichen Ausnahmen (SchKG 30). Ebenso vorbehalten sind die völkerrechtlichen Verträge (SchKG 30a).

1.2. Organe, ihre Funktion, Rechtsstellung und Verantwortlichkeit

1.2.1. Betreibungs- und Konkursämter

a) Allgemeines

Nach SchKG 1 umfasst das Gebiet jedes Kantons einen oder mehrere Betreibungs- und Konkurskreise. Ihre Zahl und Grösse bestimmen die Kantone. Sie können in jedem Konkurskreis mehrere Betreibungskreise schaffen, nicht aber umgekehrt. Der Aargau bildet einen Konkurskreis (EG SchKG 2), jede Einwohnergemeinde bildet grundsätzlich einen Betreibungskreis, jedoch sind Zusammenschlüsse unter den Gemeinden möglich (EG SchKG 1). Jedem Kreis steht mindestens ein Beamter vor; es ist auch möglich, dass der gleiche Beamte das Betreibungs- und Konkursamt leitet (SchKG 2). Die Anzahl der Beamten wird von der Gemeinde bestimmt (EG SchKG 3). Jedem Betreibungsamt steht ein Betreibungsbeamter mit Stellvertreter vor (SchKG 2

III), in der restlichen Organisation sind die Kantone frei (SchKG 2 V). Der ausserordentliche Stellvertreter bestimmt sich nach kantonalem Recht; sieht dieses nichts vor, ist die kantonale Aufsichtsbehörde im Rahmen ihrer Aufsicht von SchKG 13 zuständig. Die Besoldung der Beamten regeln die Kantone (SchKG 3). Die Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Obergerichtes stellt den leitenden Konkursbeamten und den Konkursbeamten sowie seinen Stellvertreter (EG SchKG 11).

Untereinander sind die Beamten zur **Rechtshilfe** verpflichtet (SchKG 4 I). Mit Zustimmung des örtlich zuständigen Amtes können auch ausserhalb des Kreises Handlungen vorgenommen werden (SchKG 4 II). Ausserdem kann mittels Requisition eine Amtshandlung ausserhalb des Kreises veranlasst werden. Diese wird vom örtlich zuständigen Amt vollzogen und darf nur bei Unmöglichkeit nicht vorgenommen werden. Die ersuchende Behörde bleibt geschäftsführend. Die alleinige Zuständigkeit regelt SchKG 4 II 2. Satz (4 Ausnahmen).

Die **Aufgaben des Betreibungsamtes** sind: Schuldbetreibungen durchzuführen, Spezialexekutionen zu vollziehen (Pfändungen etc.) und Zahlungen für Rechnungen des betreibenden Gläubigers entgegenzunehmen (SchKG 12). Die Aufgabe des Konkursamtes ist es, die vom Gericht eröffneten Konkurse durchzuführen, sofern die Gläubiger für die Durchführung nicht eine besondere ausseramtliche Konkursverwaltung einsetzen. Die Organisation ist dieselbe (SchKG 2).

Die **Gebühren werden vom Bundesrat** festgesetzt (SchKG 16, vgl. die **GebV SchKG**). Es gilt bundesrechtlich ein Stempelverbot für die Kantone (SchKG 16 II). Verstösse gegen die GebV sind mittels Beschwerde geltend zu machen.

Gemäss SchKG 13 bezeichnen die Kantone die richterlichen Behörden. Die untere Aufsichtsbehörde ist der Bezirksgerichtspräsident, die obere Aufsichtsbehörde ist die Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Obergerichts (EG SchKG 14 ff.). Ebenso bezeichnen die Kantone die Depositenanstalten (SchKG 24; alle Banken nach dem BankG [EG SchKG 27]) und erlassen die Prozessbestimmungen (SchKG 25). Für Entscheide, die vom Rechtsöffnungs-, vom Konkurs-, vom Arrest- und vom Nachlassrichter getroffen werden, ist das summarische Konkursverfahren vorzusehen (SchKG 25 2.). Dies gilt auch für den nachträglichen Rechtsvorschlag (SchKG 77 III), denjenigen der Wechselbetreibung (SchKG 181), im Falle von SchKG 85 und für den Entscheid über das Vorliegen von neuem Vermögen (SchKG 265a). Die kantonale Organisation ist dem Bund bekannt zu geben, und die rechtlichen Grundlagen sind von ihm für die Gültigkeit zu genehmigen (SchKG 28 f.).

b) Pflichten der Beamten und Angestellten

i. Allgemeines

Die Beamten sind kantonale Beamten, ausgestattet mit staatlicher Zwangsgewalt, die öffentliches Bundesrecht anwenden. Sie müssen die Beteiligten unparteiisch wahrnehmen (vgl. z.B. SchKG 95 V).

ii. Positive Pflichten

- Pflicht zur **Protokoll- und Registerführung**, da das amtliche Handeln jederzeit überblickbar sein muss (SchKG 8 I); die Protokolle stellen öffentliche Urkunden dar (ZGB 9). Die Registerführung ist in der VFRR geregelt. Der Berichtigung nach SchKG 8 III unterliegen auch diejenigen Einträge, die aufgrund eines Fehlers des

Amtes wo z.B. jemand irrtümlich betrieben wurde, ergingen. Nicht berichtigt werden indes Betreibungen, die auf einem Irrtum des Betreibers beruhen.

- **Einsichtsrecht und Auskunftspflicht**: Dies steht jedem zu, der ein schützenswürdiges rechtserhebliches Interesse glaubhaft macht (SchKG 8a). Im Konkurs einer AG sind die Aktionäre genügend interessiert. Gründe des Datenschutzes können aber diesem Interesse entgegenstehen (SchKG 8a, 17, 86, 187). Bei Verweigerung siehe betreibungsrechtliche Beschwerde. Das Einsichtsrecht ist zeitlich auf fünf Jahre seit Abschluss des Verfahrens befristet. Dies gilt aber nicht für die Behörde und die Parteien; für diese ist die amtliche Aufbewahrungspflicht massgebend.

- **Pflicht zur Besorgung des Geldverkehrs und zur Verwahrung**: Bedingungslose Zahlungen der Schuldner muss das Amt entgegennehmen und eine Quittung ausstellen (SchKG 12, es wird eine Holschuld für den Gläubiger und derogiert OR 74). Siehe auch SchKG 9. Die Zahlung muss in Schweizer Franken erfolgen, selbst wenn die Forderung auf Fremdwährung lautet. Nur Bussen sind persönlich zu bezahlen, andere Zahlungen Dritter, egal ob sie mit oder ohne den Willen des Schuldners zustande kommen, sind grundsätzlich zu berücksichtigen. Die Zahlung muss in einer hängigen oder mit Verlustschein abgeschlossenen Betreibung erfolgen (SchKG 149a II). Der Schuldner hat eine Quittung zu erhalten.

iii. Negative Pflichten

Sie dienen zur Gewährung der Unparteilichkeit und zur Verhütung von Missbrauch der Amtsmacht. Die Übertretung der negativen Pflichten kann die Haftung des Staates zur Folge haben (SchKG 5 ff.).

- **Ausstandspflicht analog derjenigen der Gerichtsbeamten** (SchKG 10). Amtshandlungen, die der Beamte trotzdem vornimmt, sind nicht nichtig, sondern anfechtbar (mit Beschwerde). Die gleiche Ausstandspflicht trifft alle Angestellten, selbst auch sämtliches Hilfspersonal, sowie der Sachwalter, der ausserordentliche Konkursverwalter, der Liquidator und die Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Aufsichtsbehörden.

- **Verbot des Selbstkontrahierens**: SchKG 11 verbietet den Beamten, mit irgendjemandem Rechtsgeschäfte auf eigene Rechnung abzuschliessen, die sich auf die Betreibungsforderung oder den zu verwertenden Gegenstand beziehen. Auch diese Bestimmung ist auf die oben erwähnten Personen ausdehnbar. Ein Rechtsgeschäft nach SchKG 11 ist entgegen SchKG 10 nichtig.

1.2.2. Die Aufsichtsbehörden

Sie sind unabhängige Organe, die selbstständig ihres Aufsichtsamtes walten und für die Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Verfahrensabwicklung sorgen. Die Kantone haben nach SchKG 13 die Aufsichtsbehörden zu bestellen, wobei sie nicht unbedingt eigene Behörden schaffen müssen, sondern auch bestehende Gerichts- und Verwaltungsbehörden damit betrauen können.

Die untere Aufsichtsbehörde ist der Bezirksgerichtspräsident, die obere Aufsichtsbehörde ist die Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Obergerichts (EG SchKG 14 ff.).

Den Aufsichtsbehörden obliegen die Überwachung (SchKG 13), der Erlass von Weisungen, eine jährliche Prüfung (SchKG 14), Disziplinarbefugnisse, Entscheid für Beschwerden, Aufhebung nichtiger Verfügungen von Amtes wegen (SchKG 22) und die Erstattung eines Jahresberichts and das Bundesgericht, welches die Oberaufsicht ausübt und auch die Beschwerdeinstanz ist (SchKG 15). Rechtsverzögerungen und Rechtsverweigerungen sind nicht bloss durch Beschwerde anfechtbar (SchKG 17 III), sondern auch von Amtes wegen zu beheben. Prozessual entscheiden die Aufsichtsbehörden immer im ordentlichen Beschwerdeverfahren, auch wenn keine Beschwerde erfolgte. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer der Bundesgerichts ist die oberste Beschwerdeinstanz (SchKG 15, 19).

1.2.3. Die Gerichtsbehörden

a) Allgemeines

Da das Schweizerische Schuldbetreibungsverfahren ohne jede autoritative Ermächtigung eingeleitet werden kann, muss wenigstens nachträglich seine materielle Berechtigung vom Richter überprüft werden können. Die Organisation ist den Kantonen überlassen (SchKG 23). Massgebend für die Zuständigkeit des Bundesgerichtes ist das BGG. Die Gerichtsbehörde im Aargau stellen der Gerichtspräsident (EG SchKG 20) sowie das Obergericht (EG SchKG 21). Bei nicht (nur) betreibungsrechtlichen Streitigkeiten kann auch gemäss den Bestimmungen der ZPO das Bezirksgericht sachlich zuständig sein. Denkbar ist daher auch die Zuständigkeit der Schlichtungsstelle bei Vorliegen einer Mietstreitigkeit.

b) Die Zuständigkeit

i. Rein materiellrechtliche Streitigkeiten

Das Gericht ist bei rein materiellen Streitigkeiten zuständig, z.B. für die Feststellung des materiellen Rechts als Grundlage der Vollstreckung oder zum Zwecke der Korrektur einer bereits durchgeführten ungerechtfertigten Vollstreckung. Das Urteil hat volle materielle Rechtskraft und nicht bloss Wirkung in der hängigen Betreibung. Die örtliche Zuständigkeit geht nach GestG 1.

ii. Rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten

Ist streitig, ob die Zwangsvollstreckung an sich zulässig ist, steht bloss eine rein verfahrensrechtliche Frage zur Beurteilung, also eine Frage des formellen Rechts. In diesen betreibungsrechtlichen Streitigkeiten ist ebenfalls das Gericht zuständig. **Die örtliche Zuständigkeit beurteilt sich nach SchKG, weil eine rein betreibungsrechtliche Streitigkeit keine Zivilsache ist**.

iii. Betreibungsrechtliche Streitigkeit mit Reflexwirkung auf das materielle Recht

Es ist auch denkbar, dass vorfrageweise ein materielles Recht geprüft werden muss, um danach zu entscheiden, ob das formelle Recht nicht verletzt wurde (z.B. Eigentum am

Streitgegenstand, vgl. u. a. SchKG 107, 108, 111, 214, 285 ff.). **Die Reflexwirkung des Urteils beschränkt sich auf die Betreibung** und schafft darüber hinaus keine materielle Rechtskraft. Nach herrschender Lehre ist GestG 1 anwendbar.

iv. Verfügungen auf einseitigen Antrag

Endlich ist der Richter auch für Verfügungen auf einseitigen Antrag zuständig, die in der Konkursbetreibung oder im Nachlassverfahren vorkommen (vgl. u. a. SchKG 193, 230, 231, 274). Da hier keine Zivilsache vorliegt, beurteilt sich die örtliche Zuständigkeit nach SchKG.

c) Das Gerichtsverfahren

Das ordentliche Verfahren kommt überall da zur Anwendung, wo das SchKG nicht das beschleunigte oder das summarische vorschreibt. Wegleitend sind die kantonalen Ordnungen.

Das beschleunigte Verfahren ist von den Kantonen mit den Mindestanforderungen von SchKG 25 zu gestalten (kurzfristige Vorladung, 6 Monate). Weitere Beschleunigungsmassnahmen durch die Kantone sind möglich, allerdings darf die richterliche Kognition nicht beeinträchtigt werden.

Wichtiger als das beschleunigte Verfahren ist das summarische Verfahren, in welchem die Kantone für die Ausgestaltung frei sind. Die charakteristischen Merkmale sind Beschränkungen der Einwendungen und der Beweise (z.B. in SchKG 81, 85, 182), eine rasche formlose Durchführung und durch die Beschränkungen eine beschränkte richterliche Kognition.

1.2.4. Die Hilfsorgane und die atypischen Organe

Hilfsorgane sind z.B. Depositenanstalten zur Aufbewahrung von Wertsachen (SchKG 24), Grundbuchämter (SchKG 101, 176, 296), Handelsregisterämter (SchKG 29, 40, 176) und auch die Polizei (SchKG 91, 229, 275, 283, 284). **Atypische Organe** sind solche, denen betreibungsrechtliche Aufgaben obliegen und nicht zu den bisherig aufgezählten Organen gehören (z.B. die Gläubigerversammlung im Konkurs, der Gläubigerausschuss, die ausseramtliche Konkursverwaltung oder die Liquidatoren.

1.2.5. Die Verantwortlichkeit

a) Die disziplinarische Verantwortlichkeit

Dienstpflichtverletzungen aller Organe können von der Aufsichtsbehörde geahndet werden (SchKG 14, das sind blosse Ordnungsstrafen, administrative Massnahmen). Mit betreibungsrechtlicher Beschwerde kann geltend gemacht werden, dass die Aufsichtsbehörde nicht zuständig gewesen ist, staatsrechtliche Beschwerde kann ergriffen werden, wenn verfassungsmässige Rechte verletzt wurden.

Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ist nur gegeben, wenn die Amtspflichtverletzung einen Straftatbestand erfüllt (nulla poena sine lege).

b) Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit

Die Ansprüche aus dieser Staatshaftung sind in SchKG 5-7 geregelt. Die Voraussetzungen der Haftung sind ähnlich wie in OR 41: die Widerrechtlichkeit, ein Schaden und der Kausalzusammenhang. **Nicht erforderlich ist ein Verschulden**, da es sich um eine Kausalhaftung des Staates handelt. Die Gerichtsbehörden können nur belangt werden, wenn sie als eigentliches Vollstreckungsorgan gehandelt haben. Natürlich ist eine Amtshandlung des Organs gefordert (sonst persönliche Haftung nach OR 41).

Träger der Verantwortung ist der Kanton, der Rückgriff auf die Beamten richtet sich nach kantonalem Recht (vgl. dazu EG SchKG 24: Anwendbar ist das kantonale Verantwortlichkeitsgesetz). Das SchKG regelt also nur das Aussenverhältnis. Der Geschädigte hat jedenfalls gegenüber dem fehlbaren Beamten keinen Anspruch (SchKG 5 II).

Schadenersatz- wie Genugtuungsanspruch gelten als **Zivilansprüche**, die vor Gericht einzuklagen sind. Die Verjährung richtet sich nach SchKG 6: Sie tritt relativ nach einem Jahr seit Kenntnis des Schadens und des Schädigers, absolut sei 10 Jahren seit der Schädigung ein. Diese Fristen können bei einer Straftat verlängert werden, wenn auf diese längere Fristen anwendbar sind (SchKG 6 II).

Wird eine Schadenersatzklage mit widerrechtlichem Verhalten der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde oder des oberen kantonalen Nachlassgerichts begründet, ist das Bundesgericht als einzige Instanz zuständig (SchKG 7).

1.3. Die betreibungsrechtliche Beschwerde

1.3.1. Begriff, Funktion und Rechtsnatur

In der Regel führt erst eine Beschwerde (SchKG 17 ff.) eines Betroffenen dazu, dass die Aufsichtsbehörde eingreift, obwohl sie schon von Amtes wegen eingreifen kann. Zweck ist die Widerherstellung des gesetzesmässigen Zustandes (SchKG 21). Das Verfahren muss noch im Gang sein und die Beschwerde muss einen praktischen Zweck verfolgen. Die betreibungsrechtliche Beschwerde ist der Verwaltungsbeschwerde nachgebildet. Es erfolgt **kein Entscheid über materiellrechtliche Fragen**.

Die Beschwerde ist ein vollkommenes Rechtsmittel, welches keinen Suspensiveffekt hat. Die aufschiebende Wirkung kann nur mit besonderer Anordnung der Aufsichtsbehörde erteilt werden. Die Beschwerde hat einen Devolutiveffekt und wirkt grundsätzlich reformatorisch.

Für die unentgeltliche Rechtspflege gelten die Normen über die unentgeltliche Rechtspflege im Verwaltungsgerichtsverfahren.

1.3.2. Beschwerdegegenstand und Beschwerdegründe

Es können nur Verfügungen oder Unterlassungen der Vollstreckungsorgane angefochten werden: konkrete auf den Verfahrensgang einwirkende Massnahmen (SchKG 17 I, 17 III, 18 II, 19 II). Verfügungen müssen mit einer entsprechenden Rechtsmittelbelehrung versehen werden (sofern tunlich). So kann z.B. ein Beschluss der Gläubigerversammlung Gegenstand der betreibungsrechtlichen Beschwerde sein (SchKG 239), die Verfügung muss nicht nur durch die Betreibungs- und Konkursämter ergehen, sondern kann auch von den atypischen Organen getroffen werden. **Der Sachwalter im Konkursaufschub gilt nach OR 725a aber nicht als Konkursorgan**. Zwischenentscheide oder rechtsgeschäftliche Handlungen unterliegen nicht der Beschwerde.

Beschwerdegründe sind:

- **Gesetzesverletzungen** (auch ungeschriebenes Recht, miteinbezogen ist hier ebenfalls die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts).

- **Unangemessenheit**: die Frage stellt sich natürlich nur da, wo überhaupt eine Verfügung nach freiem Ermessen gestaltet werden darf.

- **Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung**: Geschieht die Verweigerung in einem formellen Entscheid, stellt dies eine Gesetzesverletzung dar, weil eine anfechtbare Verfügung vorliegt.

- **Unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts**.

Der Beschwerdeführer macht in jedem Fall einen Verfahrensfehler geltend. Gegen die vom Konkursamt ausgesprochene (ordentliche) Kündigung kann nach herrschender Lehre keine SchK-Beschwerde an die Aufsichtsbehörde (SchKG 17) erhoben werden. Vor Ergreifen der Beschwerde ist immer zuerst abzuklären, ob nicht eine gerichtliche Klage erhoben werden kann (Subsidiarität der Beschwerde).

Die Nichtigkeit einer Verfügung ist nur ausnahmsweise anzunehmen (vgl. SchKG 22, z.B. bei fehlender Parteifähigkeit). Der Mangel muss besonders schwer und zumindest leicht erkennbar sein. Ausserdem darf die Rechtssicherheit nicht durch eine Aufhebung ernsthaft gefährdet sein (Interessenabwägung). Nichtig sind Verfügungen, die gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse und im Interesse eines unbestimmten Kreises Dritter (d.h. solche die nicht am Zwangsvollstreckungsverfahren beteiligt sind) aufgestellt wurden. Beispiele sind grundlose Pfändungen, Fortsetzung der Betreibung trotz Rechtsvorschlag oder die Pfändung nicht pfändbarer Objekte. Die Nichtigkeit kann jederzeit festgestellt werden, doch muss dies vor der sachlich zuständigen Instanz geschehen. Der Beschwerdeentscheid hat dann nur deklaratorische Bedeutung.

Wenn das Konkursgericht das Konkursverfahren für geschlossen erklärt hat, ist eine Beschwerde gegen im Laufe des Verfahrens getroffene Verfügungen nicht mehr zulässig.

1.3.3. Legitimation, Frist und Entscheidkompetenz

a) Beschwerdelegitimation

Wer ist aufgrund seiner Betroffenheit von einer amtlichen Verfügung befugt, dagegen Beschwerde zu führen? Gesucht ist die formelle Legitimation zum Verfahren. Legitimiert ist also, wer durch eine Verfügung eines Vollstreckungsorganes in seinen rechtlich geschützten oder tatsächlichen Interessen betroffen und dadurch beschwert ist, und deshalb ein schutzwürdiges Unteresse an der Aufhebung oder Abänderung der Verfügung hat. Da die betreibungsrechtliche Beschwerde in der Verfahrensrechtspflege wurzelt, gilt dieselbe Legitimation:

- Partei- und Prozessfähigkeit (Beschwerdefähigkeit).
- Formelle Beschwer: berührt sein, z.B. Adressat.
- Materielle Beschwer: schutzwürdiges Interesse.
- aktuelles und praktisches Interesse.

Der Beschwerdegegner ist immer das Vollstreckungsorgan, das die angefochtene Verfügung getroffen hat oder von dem sie erwartet wird.

b) Beschwerdefrist

Wenn Gesetzeswidrigkeit oder Unangemessenheit gerügt wird, beträgt die Frist regelmässig 10 Tage (SchKG 17 II), ausnahmsweise aber nur deren 5 (SchKG 20, 239). Sie läuft vom Tage an, an dem der Beschwerdeführer Kenntnis der Verfügung erhalten hat.

Wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung kann jederzeit Beschwerde geführt werden. Als unbefristet wird gelegentlich auch eine Beschwerde bezeichnet, durch welche die Aufsichtsbehörde auf eine Gesetzesverletzung aufmerksam gemacht wird, weswegen sie von Amtes wegen in as verfahren eingreifen. Solche Verfügungen sind ex tunc nichtig. Die Beschwerde hat hier die Funktion einer Aufsichtsanzeige, da die Aufsichtsbehörde schon von sich aus hätte eingreifen sollen.

c) Die Entscheidkompetenz

Das ist ausschliesslich Sache der Aufsichtsbehörden. Erstinstanzlich ist die kantonale Aufsichtsbehörde zuständig (SchKG 17 ff.). Örtlich ergibt sich die Zuständigkeit aus dem Kreis. Die funktionelle Zuständigkeit ist dem Kanton überlassen, ans Bundesgericht kommen aber nur Beschwerden gegen die letztinstanzliche Aufsichtsbehörde.

Schafft der Kanton eine zweite Aufsichtsbehörde, kann der Entscheid der ersten Aufsichtsbehörde gemäss SchKG 18 an die obere Aufsichtsbehörde weitergezogen werden. Das Weiterziehungsobjekt ist der Beschwerdeentscheid, die Weiterziehungsgründe und

die Weiterziehungsbefugnis beurteilen sich nach den allgemeinen Regeln. Die Frist beträgt zehn Tage, bei der Wechselbetreibung deren fünf. **Auch das kantonale Weiterziehungsverfahren ist grundsätzlich kostenlos** (SchKG 20a I). Es darf keine Parteientschädigung zugesprochen werden. Der Entscheid der oberen Aufsichtsbehörde bzw. der Aufsichtsbehörde kann ans Bundesgericht weitergezogen werden (SchKG 19).

1.3.4. Wiedererwägung

Die getroffene Verfügung kann solange geändert werden, als die Beschwerdefrist noch nicht abgelaufen ist. Nachher ist dies noch bei einer nichtigen Verfügung möglich, falls keine Beschwerde erhoben wurde. Im Beschwerdeverfahren kann das Vollstreckungsorgan eine in einem hängigen Beschwerdeverfahren angefochtene Verfügung bis zu seiner Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen (SchKG 17 IV). Nach der Vernehmlassung ist der Widerruf oder eine Abänderung nicht mehr möglich.

1.3.5. Das Beschwerdeverfahren vor den Aufsichtsbehörden

a) Vorbemerkungen

Das Verfahren ist den Kantonen überlassen (SchKG 20a III), allerdings gelten bundesrechtlich gewisse Minimalvorschriften (SchKG 20a I und II).

b) Form und Inhalt der Beschwerde

Die Form bestimmen die Kantone, bei Formmängeln ist Gelegenheit zur Verbesserung gegeben (SchKG 32, erforderlich ist die Schriftlichkeit [EG SchKG 22 I]). An den Inhalt stellt das Bundsrecht die Anforderungen: Der Beschwerdeführer muss angeben, welche Änderungen des angefochtenen Entscheids er beantragt sowie welche Rechtssätze verletzt sein sollen.

c) Die Behandlung und Wirkung der Beschwerde

Soweit das Bundesrecht nichts vorschreibt, kann der Kanton bestimmen. Bundesrechtlich gelten die Vorschriften von SchKG 20a, zudem ist dem Beschwerdegegner Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (SchKG 17), die Aufsichtsbehörde ist an die Parteibegehren gebunden (vgl. jedoch SchKG 22), jedoch an keine Frist (SchKG 20).

Der Streitfall befindet sich dann in der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde (Devolutiveffekt), solange die Beschwerdefrist aber noch läuft, darf das Vollstreckungsorgan die Verfügung zur Wiedererwägung ziehen (SchKG 17 IV, Selbstberichtigungsrecht). Eine aufschiebende Wirkung für die Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung hat die Einreichung nur auf besondere Anordnung der Aufsichtsbehörde (SchKG 36), welche auf Antrag oder von Amtes wegen gewährt werden kann.

d) Der Beschwerdeentscheid

Die Aufsichtsbehörde hat drei Möglichkeiten:

- Nichteintreten, wenn es an einer Verfahrensvoraussetzung mangelt.
- Eintreten, es kommt zu einem Sachentscheid, entweder erfolgt eine Abweisung oder eine
- Gutheissung, worauf die Aufsichtsbehörde entweder die Verfügung aufheben (Kassation) oder berichtigen (Reformation) kann. Sie kann sie auch zu neuer Prüfung zurückweisen.

e) Weiterziehung an die obere kantonale Aufsichtsbehörde (SchKG 18 I)

Zur Weiterziehung ist nur legitimiert, wer beschwert ist. Das Weiterziehungsverfahren ist durch kantonales Recht geregelt, es gelten aber auch hier die bundesrechtlichen Grundsätze. Das Weiterziehungsverfahren ist ebenfalls gebührenfrei.

f) Beschwerde ans Bundesgericht

Abgesehen von SchKG 19, 20 ist alles im BGG geregelt. Der Beschwerdeführer muss eine Verletzung von Bundesrecht geltend machen. Zwischenentscheide sind nicht anfechtbar. Die Beschwerde ist **schriftlich im Doppel bei der kantonalen Aufsichtsbehörde einzureichen unter Beilage des angefochtenen Entscheides**. In der Beschwerde muss gesagt sein, welche Änderungen man will und welche Bundesnormen verletzt sind. Nova sind nicht zulässig, ausser wenn eine Partei ihre Rechte vor der kantonalen Aufsichtsbehörde nicht gehörig wahrnehmen konnte. Obwohl gemäss der herrschenden Einteilung das SchKG grundsätzlich öffentliches Recht darstellt, ist die zivilrechtliche Einheitsbeschwerde ans Bundesgericht zu ergreifen (vgl. BGG 72). Das Bundesgericht ist an die Sachverhaltsprüfung der kantonalen Aufsichtsbehörde gebunden, wie auch an die Parteibegehren. Der Entscheid kann auf Nichteintreten, Abweisung oder Gutheissung lauten, wobei im letzten Fall die Sache zu neuer Beurteilung an die kantonale Instanz zurückgewiesen wird.

1.4. Betreibungsgegenstand, -ort und Parteien

1.4.1. Der Betreibungsgegenstand

Gegenstand der Schuldbetreibung bilden alle Ansprüche auf Geld (SchKG 38 I), entweder Geldzahlungen als solche oder Sicherheitsleistungen. Letztere ist gemäss BGer nicht auf Geld beschränkt. Auch öffentlichrechtliche Forderungen können nach dem SchKG vollstreckt werden (SchKG 43).

Ansprüche auf Geldzahlungen müssen in Schweizer Währung geltend gemacht werden, was bei einer „Effektiv-Klausel“ nicht möglich ist, welche dann nur nach kantonalem Zivilprozessrecht vollstreckbar sind (SchKG 67 I Ziff. 3).

Die Betreibung auf Sicherheitsleistung bietet dem Gläubiger, der Anspruch darauf hat, dass ihm die Erfüllung einer Verpflichtung seines Schuldner sichergestellt werde, die Möglichkeit, diesen Anspruch auf dem Weg der Schuldbetreibung durchzusetzen. Der Anspruch kann vertraglich, durch Richterspruch oder auch durch Gesetz begründet sein (z.B. ZGB 203, 235, 760, OR 152). Ziel ist immer nur die Leistung der beanspruchten Sicherheit in Geld. Sie hat praktisch eine geringe Bedeutung. Das Verfahren ist dasselbe, allerdings kommt nur die Spezialexekution in Frage (Betreibung auf Pfändung). **Bei der Sicherheitsleistung wird das Geld dem Gläubiger nicht ausbezahlt, sondern nur für ihn hinterlegt**. Besondere Bestimmungen sind durch SchKG 30 vorbehalten. Ein Beispiel ist das Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts.

1.4.2. Die Betreibungsparteien

Betreibungspartei kann nur sein, wer einen Anspruch auf Geldzahlung (oder auf Sicherheitsleistung in Geld) geltend macht, sowie derjenige, gegen den dieser Anspruch erhoben wird. Die Parteifähigkeit entspricht der Rechtsfähigkeit, mit wenigen Ausnahmen: Parteifähig ist auch eine unverteilte Erbschaft (SchKG 49, 59), die Konkursmasse (SchKG 240), die Stockeigentümergemeinschaft (ZGB 712) und die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft (OR 562, 602). Keine Parteifähigkeit hat die normale Miteigentümergemeinschaft.

Die **Verfahrens- oder Betreibungsfähigkeit** besitzt, wer als Gläubiger oder als Schuldner befugt ist, seine Interessen in einer Betreibung selbstständig wahrzunehmen. Sie entspricht der Handlungsfähigkeit und wird vermutet.

Der handlungsunfähige Schuldner muss vertreten werden (SchKG 67), wobei der handlungsunfähige Gläubiger über das Kindsvermögen und über Rechte aus der Ausübung eines Berufes selbst aktiv betreibungsfähig ist (ZGB 412, 414). Neben dem Schuldner muss **u. U. noch ein Dritter** als Partei in ein Betreibungsverfahren miteinbezogen werden, wenn er darin eigene Rechte wahrzunehmen hat (vgl. SchKG 153, 68, ZGB 169 Familienwohnung). Der Dritte kann auch selbst aus eigenem Recht Rechtsvorschlag erheben.

1.4.3. Der Betreibungsort

a) Funktion des Betreibungsortes

Da die gesetzliche Ordnung eine ordnungsmässige Durchführung des Vollstreckungsverfahrens bieten will, müssen die Gläubiger und die Schuldner wissen, wo sie betreiben können bzw. wo sie betrieben werden können. Die gesetzlichen Betreibungsorte sind deshalb zwingend und einheitlich. Aus Zweckmässigkeitsgründen sieht das Gesetz aber verschiedene Betreibungsorte vor.

b) Die Betreibungsorte

i. Ordentlicher Betreibungsort

Der ordentliche Betreibungsort befindet sich am Wohnsitz (Lebensmittelpunkt ZGB 23) oder am (Haupt-) Sitz (ZGB 24) des Schuldners (SchKG 46). Der Geschäftsort der Einzelfirma ist nicht Betreibungsort, sondern der Wohnsitz des Schuldners. Der Betreibungsort ist auch für die SchKG-Klagen von Bedeutung (vgl. SchKG 83 ff.). Wenn sich jemand an unterschiedlichen Adressen aufhält, ist anzunehmen, dass er keinen Wohnsitz hat und er ist am Aufenthaltsort zu betreiben.

Eine Verletzung des Betreibungsortes kann mit **Beschwerde** gerügt werden. Indes sind am unrichtigen Ort vorgenommene Betreibungshandlungen nichtig, wenn dies das öffentliche Interesse oder die Rücksichtsnahme auf die Interessen der Dritten gebietet (SchKG 22). Nichtig ist damit die vom unzuständigen Betreibungsamt vorgenommene Pfändung, die auch einen Dritten betrifft, indem er sich im Sinne von SchKG 110 der Betreibung anschliessen könnte. Wird die Betreibung am unrichtigen Ort durchgeführt, ist der Gläubiger zivilrechtlich nicht zur Rückerstattung verpflichtet.

Der Wohnsitz im internationalen Verhältnis bestimmt sich nach IPRG 20, wenn die Schweiz nach LugÜ 52 II ihr Recht anwenden soll.

ii. Besondere Betreibungsorte

- SchKG 48: Wenn der **Schuldner weder in der Schweiz noch im Ausland einen festen Wohnsitz** hat, kann er am schweizerischen Aufenthaltsort nach ZGB 24 II betrieben werden. Massgebend ist das „Verweilen“, bloss zufällige Anwesenheit genügt nicht. Am Aufenthaltsort betrieben werden kann auch, wer seine Wohnverhältnisse verschleiert. Prozessual muss der Schuldner mit Beschwerde beweisen, dass er an einem anderen Ort einen Wohnsitz hat.

- SchKG 49: Eine **unverteilte Erbschaft kann am Betreibungsort des Erblassers** betrieben werden, solange die Teilung noch nicht erfolgt ist. Ebenso schliesst die amtliche Liquidation (ZGB 593) einen Betreibungsort nach SchKG 49 aus. Eine vor dem Tod des Erblassers eingeleitete Betreibung kann gegen die Erbschaft als solche fortgesetzt werden (SchKG 59 II).

- SchKG 50 I: Wenn der Schuldner **Wohnsitz oder Sitz im Ausland** hat, kann er am Ort seiner **schweizerischen Geschäftsniederlassung** betrieben werden; für Forderungen gegen diese.

- SchKG 50 II: Wenn der Schuldner **keinen festen CH-Wohnsitz** hat, gilt der **Erfüllungsort** (Spezialdomizil, massgebend ist der Wille der Parteien).

- SchKG 51: Für **pfandgesicherte Forderungen** gilt der **Ort der gelegenen Sache**.

- SchKG 52: **Arrestort**, d.h. der Ort, wo sich der Arrestgegenstand befindet. Der Arrestort kann aber nicht als Ort für die Konkursandrohung oder die Konkurseröffnung gelten.

c) Die rechtliche Bedeutung des Betreibungsortes

Perpetuatio fori: Der Grundsatz, wie er im Zivilprozess gilt, dass nach der Rechtshängigkeit der Ort nicht mehr wechselt, gilt nicht. Natürlich gibt es auch Zeitpunkte, von denen an der Betreibungsort unverrückbar bleibt: SchKG 53, d.h. **nachdem ihm die Pfändung angekündigt wurde oder nachdem ihm die Konkursandrohung oder der Zahlungsbefehl zur Wechselbetreibung zugestellt worden ist**. Der Zahlungsbefehl ist auch massgebend, wenn eine Betreibung auf Pfandverwertung vorliegt.

Die Aufsichtsbehörden haben in jedem Stadium des Verfahrens darüber zu wachen, dass die Zuständigkeitsordnung eingehalten wird. Von Amtes wegen schreiten sie aber nur ein, wenn das öffentliche Interesse oder die Interessen Dritter auf dem Spiel stehen (SchKG 22). Die Betreibungsparteien haben sich zu beschweren. Eine trotz Wohnsitzwechsel am alten Wohnsitz erlassene Pfändungsankündigung oder Konkursandrohung (oder ein Zahlungsbefehl in der Wechselbetreibung) ist nichtig.

Bei einem Wohnsitzwechsel ist die Betreibung am neuen Ort **weiterzuführen (nicht etwa neu zu beginnen)**. Der Gläubiger kann am neuen Ort unter Vorweisung seines Zahlungsbefehldoppels die Fortsetzung der am alten Ort angehobenen Betreibung verlangen.

SchKG 54: **Gegen einen flüchtigen Schuldner wird der Konkurs an dessen letztem Wohnsitz eröffnet. Eine vorgängige Betreibung ist nicht notwendig** (SchKG 190). Entgegen dem Gesetzeswortlaut, aber aufgrund der Gesetzessystematik ist es zulässig, am Betreibungsort von SchKG 54 statt eines Begehrens um Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung eine eigentliche Schuldbetreibung auf Pfändung oder Konkurs einzuleiten.

1.5. Die Zeitbestimmungen im SchKG

1.5.1. Die Fristen

a) Verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Fristen

SchKG 31 regelt die Berechnung der Fristen. Der erste Tag zählt jeweils nicht mit. Bei den Fristen wird zwischen betreibungsrechtlichen (bzw. verfahrensrechtlichen) und materiellrechtlichen Fristen unterschieden.

Verfahrensrechtliche Fristen sind Ordnungsvorschriften (z.B. SchKG 9, 84, 122 etc.). Werden sie nicht eingehalten, kann sich der Betroffene wegen Rechtsverzögerung beschweren, evtl. kann auch eine Staatshaftung in Frage kommen, wenn ein Schaden entstanden ist. Die wichtigsten verfahrensrechtlichen Fristen sind die Verwirkungsfristen, die den Parteien oder Dritten zur Vornahme bestimmter Handlungen gesetzt werden (z.B. SchKG 69, 88, 17 etc.). Weiter gibt es Bedenkfristen (z.B. SchKG 160) und qualifizierende oder Zustandsfristen (z.B. SchKG 40, 94).

Vom Untergang des Klagerechts infolge Ablaufs einer materiellrechtlichen Verjährungsfrist werden betroffen: die Staatshaftung (SchKG 6), die Arrestgläubiger (SchKG 273) und auch SchKG 149a I und 265 II. Eine materiellrechtliche Verwirkungsfrist kennt das Gesetz nur in SchKG 86 und 187.

b) Ansetzung, Berechnung und Wahrung von Fristen

Teils werden die Fristen durch das Gesetz oder durch Verfügung der Vollstreckungsorgane angesetzt (z.B. SchKG 69 II Ziff. 3, 108 II). Die Fristberechnung lehnt sich an OR 77 ff. an (vgl. SchKG 31). Die Frist läuft um Mitternacht des letzten Tages aus. Sie wird durch rechtzeitige Aufgabe der Sendung bei der schweizerischen Post gewahrt, im Ausland durch Übergabe an das Konsulat (SchKG 32).

c) Fristverlängerung und Wiederherstellung

Die Fristen sind zwingend, also nicht durch Vereinbarung abänderbar. Eine freiwillige Heilung bleibt aber möglich (SchKG 33). Auch die Organe sind an die Fristen gebunden, sie dürfen sie höchsten verlängern, wenn ein am Verfahren Beteiligter im Ausland wohnt oder sein Aufenthalt unbekannt ist (SchKG 33, 66).

Eine **Wiederherstellung** einer Eingabefrist kommt nur in Frage, wenn diese wegen eines unverschuldeten Hindernisses versäumt worden ist (SchKG 33 IV). Der Betroffene muss innerhalb derselben Frist wie der Versäumten an die Aufsichtsbehörde gelangen und gleichzeitig die Eingabe beim zuständigen Vollstreckungsorgan nachholen. Gegen den Ermessensentscheid ist vor Gericht Klage zu erheben.

1.5.2. Die Schonzeiten

a) Allgemeines

Man unterscheidet drei Gruppen von Schonzeiten:

- **Geschlossene Zeiten** (SchKG 56 Ziff. 1, 20-7 Uhr, Sonn- und staatl. anerkannten Feiertagen [vgl. dazu EG SchKG 26], massgebend ist das jeweilige kantonale Recht; bundesrechtlich ist nur der 1. August anerkannt).

- Betreibungsferien (SchKG 56 Ziff. 2), d.h. je sieben Tage vor und nach Ostern und Weihnachten, wie auch zwischen dem 15. und 31. Juli.

- Rechtsstillstand, Nachlass- und Notstundung (SchKG 56 Ziff.3, 294, 334 und 337 ff.). Dazu gehört auch die private Schuldenbereinigung nach SchKG 334, der Konkursaufschub nach OR 725a, die Einstellung der Betreibung nach OR 501 II und die Klage des Schuldners nach SchKG 85a.

In der Wechselbetreibung und im Konkursverfahren gibt es keine Betreibungsferien. Der Rechtsstillstand (SchKG 57-61) schont nur einen einzelnen Schuldner, wohingegen bei ausserordentlichen Verhältnissen alle Schuldner geschont werden können

(SchKG 62). Im Arrestverfahren oder wenn es sich um unaufschiebbare Massnahmen zur Erhaltung von Vermögensgegenständen handelt, dürfen Betreibungshandlungen nicht vorgenommen werden.

b) Wirkungen der Schonzeiten bzw. des Rechtsstillstandes

Durch das Betreibungsverbot (SchKG 56) entfalten Betreibungshandlungen in der Schonzeit ihre Wirkungen erst nach Ablauf von dieser. Laufende Fristen laufen während den Schonzeiten weiter, ihr Ablaufen wird aber bis Ende der Schonzeiten hinausgeschoben, wenn es in diese Zeiten fällt, wobei Samstage, Sonntage und staatlich anerkannte Feiertage nicht mitgezählt werden (SchKG 63).

Betreibungshandlungen sind nur Amtshandlungen, wobei es sich um eine Vollstreckungsmassnahme handeln muss. Beispiele sind u. a. der Zahlungsbefehl (SchKG 71) oder die Verwertung (SchKG 116). Keine Betreibungshandlungen sind solche, die der einstweiligen Sicherung von Vollstreckungssubstrat dienen, welche jederzeit möglich sein müssen (vgl. SchKG 56).

c) Rechtsstillstand

Der Schuldner befindet sich in einem Rechtsstillstand im Militär-, Zivil- oder Zivilschutzdienst (SchKG 57), 2 Wochen nach einem Todesfall in der Familie oder dem Tod des Schuldners für die Betreibung für Erbschaftsschulden (SchKG 58, 59), in der Haft (SchKG 60, befristet, um einen vertraglichen Vertreter zu bestellen), bei einer schweren Krankheit (SchKG 61, liegt im Ermessen des Betreibungsbeamten; die Anordnung ergeht durch eine anfechtbare Verfügung), oder beim allgemeinen Notzustand (SchKG 62). Die Bestimmungen über den Rechtsstillstand finden auch dann Anwendung, wenn der gesetzliche Vertreter des Schuldners sich im Dienst befindet (SchKG 57e). Bei SchKG 61 ist es nicht genügend, wenn eine 4-6 monatige Arbeitsunfähigkeit vorliegt.

Gemäss SchKG 57 III kann der Schuldner auch während des Rechtsstillstands wegen Militär-, Zivil- oder Schutzdienst für periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge betrieben werden.

Wirkt der Rechtsstillstand für den Schuldner, haben die Dritten gemäss SchKG 57a eine Auskunftspflicht betreffend der Dienstadresse und dem Geburtsjahr. Die Haftung des Grundpfandes verlängert sich über die Dauer des Rechtsstillstandes (SchKG 57b). Der Gläubiger kann trotz der Schonfrist im Übrigen ein Güterverzeichnis gemäss SchKG 164 verlangen (SchKG 57c).

Der Rechtsstillstand wegen Dienstes kann vom Rechtsöffnungsrichter auf Antrag aufgehoben werden, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass der Schuldner Vermögenswerte wegschafft, oder dass der Schuldner freiwillig Dienst leistet und entweder in seiner wirtschaftlichen Existenz nicht gefährdet wird oder den Dienst wegen der Entziehung seiner Verpflichtungen leistet (SchKG 57d).

1.6. Formvorschriften, Kosten und Nebenfolgen

1.6.1. Formvorschriften

a) Allgemeines

Man unterscheidet zwischen der Mitteilung (SchKG 34), der öffentlichen Bekanntmachung (SchKG 35) und der formellen Zustellung (SchKG 64 ff.). Vielfach werden Formulare vom EDMZ verwendet.

b) Die Mitteilung (SchKG 34)

Durch Mitteilung werden bestimmte Tatsachen, vor allem betreibungsrechtliche Verfügungen, an die am Verfahren beteiligten Personen schriftlich und mit Unterschrift bekannt gegeben. Meistens erfolgt dies durch eingeschriebenen Brief oder durch Übergabe mit Empfangsbescheinigung. Nichteinhalten der Form bewirkt eine Beweislastverschiebung. Der Zustellungszeitpunkt erfolgt analog OR.

c) Die öffentliche Bekanntmachung (SchKG 35)

Sie hat im Verwertungs-, im Konkurs- und im Nachlassverfahren Bedeutung, wenn man sich an ein breites Publikum wenden will. Zudem dient sie als Ersatz dafür, wenn eine Mitteilung wegen unbekanntem Wohnort etc. nicht möglich ist.

Ihre Form besteht in der Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtblatt sowie im kantonalen Amtsblatt. Daneben gibt es noch weitere Formen (vgl. SchKG 35).

d) Die formelle Zustellung (SchKG 64-66)

Wie die Gerichtsurkunden im Zivilprozess müssen auch die Betreibungsurkunden formell zugestellt werden. Darunter sind aber nur Urkunden zu verstehen, in denen der Schuldner aufgefordert wird, den Gläubiger zu befriedigen, wobei ihm gleichzeitig eine bestimmte Rechtsfolge angedroht wird. Betreibungsurkunden sind also der Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung (SchKG 71, 153, 161). Das **Bundesgericht zählt auch die Pfändungsurkunde dazu**. Die Schätzungsurkunde wird lediglich als Mitteilung gemäss SchKG 34 bewertet. Die Betreibungsurkunde wird dem Schuldner persönlich durch den Betreibungsbeamten (oder eines Angestellten) offen übergeben, wobei der zustellende Beamte oder Briefträger auf dem Original und auf dem Doppel die Zustellung zu bescheinigen hat (SchKG 72). Möglich ist auch die Postzustellung (vgl. SchKG 72). Die Übergabe kann aber auch an einen Angestellten oder an Hausgenossen erfolgen (SchKG 64). Wird niemand solcher angetroffen, ist die Betreibungsurkunde zuhanden des Schuldners einem Gemeinde- oder Polizeibeamten zu übergeben.

Die genauen Zustellungsformalitäten ergeben sich aus dem Gesetz (SchKG 64 ff., insbesondere SchKG 65 für juristische Personen). Die Zustellung kann auch am Arbeitsort erfolgen. Ist die Zustellung ein unüberwindbares Hindernis, wird sie durch die öffentliche Bekanntmachung ersetzt. Nicht genügend ist die Zustellung, wenn der Zahlungsbefehl einfach in den Briefkasten geschoben wird.

Gegen eine mangelhafte Zustellung kann sich der Schuldner bei der Aufsichtsbehörde beschweren. Unterlässt er dies oder steht fest, dass er die Urkunde trotz des Zustellungsfehlers erhalten hat, ist die Zustellung wirksam und die Urkunde gültig. Nichtig ist eine Zustellung nur dann, wenn die Notifikation an den Schuldner sowie die Zustellungsbescheinigung fehlen oder wenn infolge sonst fehlerhafter Zustellung die Urkunde nicht in die Hände des Betriebenen gelangt ist.

1.6.2. Die Betreibungs- und die Parteikosten

Die Gebühren, die der Staat als Entgelt für die Tätigkeit seiner Rechtspflegeorgane bezieht, sowie die Auslagen, die bei einer Amtshandlung entstehen, und die Gerichtskosten der rein betreibungsrechtlichen Summarsachen, bilden zusammen die Betreibungskosten. Die Höhe ergibt sich aus der auf SchKG 16 gestützten Gebührenverordnung. Träger der Kosten ist der Schuldner.

Die Parteikosten, die einer Partei im Laufe des Verfahrens entstehen, trägt jede selbst (SchKG 27 III), so insbesondere auch die Kosten für die eigenen Aufwendungen der Betreibung. Kommt die Sache vor Gericht, gilt wieder die Zivilprozessordnung. Das **Beschwerdeverfahren ist absolut kostenfrei** (SchKG 20, ausser bei Böswilligkeit).

Natürlich ist die Rechtspflege für bedürftige Personen unentgeltlich (BV 29 III). Zuständig ist die Aufsichtsbehörde im Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern. Im Gerichtsverfahren sind die Gerichte direkt zuständig.

1.6.3. Die öffentlichrechtlichen Nebenfolgen der Schuldbetreibung

Strafbestimmungen treffen einerseits betrügerische Machenschaften, die zu einer Insolvenz führen, andererseits sollen sie die ordnungsmässige Durchführung der Zwangsvollstreckung und deren Erfolg sichern (StGB 163-171bis, Ungehorsamsdelikte nach StGB 323, 324).

Administrative Folgen der fruchtlosen Pfändung sind ebenfalls möglich (SchKG 26). Beispiele sind die Auflösung des Dienstverhältnisses eines Bundesbeamten oder der Ausschluss von Offizieren und Unteroffizieren aus der Armee. Die Kantone müssen gewisse bundesrechtliche Schranken einhalten (SchKG 26).

1.6.4. Vertretung

Aufgrund SchKG 27 können die Kantone die gewerbsmässige Vertretung der Beteiligten an der Zwangsvollstreckung regeln. Umgekehrt bedeutet dies, dass die Kantone keine Vorschriften über die nichtgewerbsmässige Vertretung aufstellen dürfen, dass sie somit insbesondere für diesen Bereich kein Anwaltsmonopol erstellen können. Gewerbsmässigkeit liegt dann vor, wenn jemand regelmässig gegen Entgelt – dazu gehört auch ein kleineres – Vertretungen vornimmt. Grundsätzlich gilt, dass der Vertreter nicht vom Schuldner zu entschädigen ist. Die Grenze der Kostenfreiheit legt GebV SchKG 62 I, wo auf die Summarsachen von SchKG 25 hingewiesen wird. Dort gilt die allgemeine kantonale Entschädigungsregel.

1.7. Völkerrecht

Der Vorbehalt völkerrechtlicher Verträge ergibt sich aus SchKG 30a. Der dazu Wichtigste ist das LugÜ. Es regelt die internationale Zuständigkeit der Gerichte der Vertragsstaaten (LugÜ 2-24) und die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheide. Sachlich ist es auf Zivil- und Handelssachen beschränkt (LugÜ 1), nicht erfasst sind Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren. Für Verfahren im Rahmen der Zwangsvollstreckung sind exklusiv die Gerichte desjenigen Staates ausschliesslich zuständig, in dem die **Zwangsvollstreckung durchgeführt wird** (LugÜ 16 5.). Dies gilt aber nicht für materielle Entscheidungen wie die Anerkennungsklage oder die Arrestschadenersatzklage und auch nicht für das provisorische Rechtsöffnungsverfahren. **Für diese materiellen Entscheidungen gelten die Zuständigkeiten von LugÜ 2 ff. Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile sind in LugÜ 25 ff. geregelt.**

2. Das Einleitungsverfahren

2.1. Betreibungsbegehren, Zahlungsbefehl und Rechtsvorschlag

2.1.1. Das Betreibungsbegehren (SchKG 67 ff.)

a) Funktion und Wirkungen

Die Betreibung wird nie von Amtes wegen angehoben, es bedarf den Anstoss des Rechtsuchenden, um die Betreibung in Gang zu setzen.

Die betreibungsrechtliche Wirkung ist der Erlass des Zahlungsbefehls und die Zustellung dessen an den Schuldner durch das Betreibungsamt und somit der Beginn der Schuldbetreibung (SchKG 38). Zivilrechtlich unterbricht schon die Absendung des Betreibungsbegehrens den Lauf der Verjährung (OR 135, 138).

b) Form und Inhalt

Das Begehren kann schriftlich oder mündlich beim Betreibungsamt gestellt werden (SchKG 67), es stehen auch amtliche Formulare zur Verfügung (vgl. SchKG 32 bei Formmängeln).

Ist das Betreibungsbegehren inhaltlich mangelhaft, muss das Amt dem Gläubiger **Gelegenheit zur Verbesserung geben**; von Amtes wegen werden höchstens Schreibfehler korrigiert (SchKG 32). Notwendiger Inhalt ist:

- Name und Wohnort des Gläubigers sowie seines allfälligen Vertreters.
- Name und Wohnort des Schuldners sowie gegebenenfalls seinen gesetzlichen Vertreters.
- Der Forderungsbetrag ist in Schweizer Währung anzugeben, für eine Umrechnung ist der Kurs am Tage des Betreibungsbegehrens massgebend, wobei auch der günstigere Kurs zur Verfallzeit gewählt werden darf (OR 84).
- Das Betreibungsbegehren für eine pfandgesicherte Forderung muss den Pfandgegenstand sowie den Namen des allfälligen Dritteigentümers des Pfandes ausweisen (SchKG 67 i.V.m. 151).
- Die Forderungsurkunde oder der Forderungsgrund muss bezeichnet werden.
- Verlangen nach Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses bei Geschäftsräumen wegen Miet- und Pachtzinsen (SchKG 283).

Der Gläubiger hat bei Stellung des Betreibungsbegehrens für die Kosten des Zahlungsbefehls (GebV SchKG 16) und gegebenenfalls der Miet- und Pachtzinssperre nach ZGB 806 den verlangten Vorschuss zu bezahlen. Die Nichtbezahlung berechtigt das Betreibungsamt, den Zahlungsbefehl sowie die Miet- und Pachtzinssperre einstweilen zu unterlassen (vgl. SchKG 68). Für nicht vorgeschriebene, unnötige oder nicht vorgenommene Amtshandlungen besteht keine Gebührenpflicht, weder vom Gläubiger, noch vom Schuldner. Die Bestreitung der Betreibungskosten ist nur durch Beschwerde, nicht durch Rechtsvorschlag möglich.

2.1.2. Der Zahlungsbefehl

a) Wesen und Zweck

Der Erlass des Zahlungsbefehls (SchKG 69 I) stellt die **erste vollstreckungsrechtliche Massnahme** des Betreibungsbeamten dar: eine Betreibungshandlung. Er ist aber nur eine Zahlungsaufforderung, mit der Weisung, entweder den Gläubiger zu befriedigen oder Rechtsvorschlag zu erheben. Tut der Schuldner nichts von beidem, ist ein vollstreckbarer Titel geschaffen. SchKG 69 ist für die Betreibung auf Pfändung und Konkurs anwendbar. Für die Betreibung auf Pfandverwertung gilt zusätzlich SchKG 152 (andere Zahlungsfristen, Androhung zur Pfandverwertung), und für die Wechselbetreibung gilt ausschliesslich SchKG 178 (insbesondere andere Zahlungsfristen). Die Zahlungsbefehle sind zeitlich richtig zuzustellen; die gleichzeitige Zustellung ist möglich, verboten ist die Zustellung des Zahlungsbefehles eines späteren Betreibungsbegehren vor dem früheren (SchKG 71 III).

Der Zahlungsbefehl bildet die Grundlage der Betreibung, welche mit seiner Zustellung beginnt (SchKG 38). Ohne ihn wären weitere Betreibungshandlungen nichtig (SchKG 22). Von diesem Grundsatz weicht das Gesetz allerdings mehrmals ab (vgl. SchKG 191, der Schuldner erklärt sich zahlungsunfähig, oder vgl. SchKG 111 beim privilegierten Pfändungsanschluss oder bei Einleitung der Betreibung aufgrund eines Pfändungsverlustscheins oder aufgrund eines Pfandausfallscheines, SchKG 149 III und 158 II). Ausserdem kann im Einzelfall die Berufung auf den fehlenden Zahlungsbefehl rechtsmissbräuchlich sein, z.B. wenn man Rechtsvorschlag fristgerecht erhebt. Formelle Mängel des Zahlungsbefehls sind mit Beschwerde und nicht mit Rechtsvorschlag geltend zu machen.

b) Form und Inhalt

Der Zahlungsbefehl wird immer auf einem amtlichen Formular erlassen, er ist eine Betreibungsurkunde im engeren Sinn (siehe formelle Zustellung, zum Inhalt siehe SchKG 69 II, insbesondere bzgl. der 20tägigen Zahlungsfrist). Jeweils der Gläubiger und der Schuldner bekommen einen Zahlungsbefehl (vgl. SchKG 70, 68, 153). Der Betreibungsbeamte muss den Zahlungsbefehl unterschreiben. Bei Unterschieden der Zahlungsbefehle ist derjenige des Schuldners massgebend, insbesondere bzgl. des Datums. Mehrere Gläubiger können ihre Forderung mit einem Zahlungsbefehl geltend machen.

Der Gläubiger kann mehrere Betreibungen einleiten für die gleiche Forderung, ausser wenn er im früheren Betreibungsverfahren das Fortsetzungsbegehren bereits gestellt hat oder zu stellen berechtigt ist. Der Zahlungsbefehl enthält die Aufforderung an den

Schuldner, binnen einer bestimmten Frist den Gläubiger zu befriedigen (inkl. Betreibungskosten). Weiter enthält er den Rechtsschutz (Rechtsvorschlag) und die Rechtsfolge beim untätigen Handeln (Fortgang der Betreibung, SchKG 69 II).

c) Die Zustellung des Zahlungsbefehls und die Rechte des Schuldners

Der Zahlungsbefehl wird durch eine formelle Zustellung dem Schuldner zur Kenntnis gebracht (SchKG 72), binnen angemessen kurzer Frist nach dem Betreibungsbegehren (SchKG 71). Dem Gläubiger wird das Doppel des Zahlungsbefehls in der Form der Mitteilung übermittelt (SchKG 34, evtl. mit Rechtsvorschlag SchKG 76).

Der Schuldner kann verlangen, dass der Gläubiger die Beweismittel beim Amt zur Einsicht auflegt (SchKG 73). Der Gläubiger muss die Beweismittel so vorlegen, dass sie direkt beim Betreibungsamt ohne Hilfsmittel gelesen werden können (z.B. nicht auf einem Datenträger). Diese Pflicht des Gläubigers hat keinen Einfluss auf die Betreibung, doch der Richter berücksichtigt bei der Verteilung der Prozesskosten, dass der Gläubiger die Beweismittel nicht zur Einsicht vorlegte und damit einen Rechtstreit in Kauf nahm. Er kann innert 10 Tagen Rechtsvorschlag (SchKG 74) erheben und schliesslich hat er das Recht, mittels Beschwerde den Zahlungsbefehl bei der Aufsichtsbehörde anzufechten sofern betreibungsrechtliche Vorschriften verletzt worden sind.

2.1.3. Der Rechtsvorschlag

a) Wesen, Zweck und Legitimation

Der Schuldner bringt die Betreibung mit dem Rechtsvorschlag zum Stillstand (SchKG 78). Da noch keine materiellrechtliche Prüfung stattgefunden hat, kann der Schuldner die richterliche Überprüfung der Forderung (Bestand, Umfang, Erzwingbarkeit, betreibungsrechtliche Vollsteckbarkeit; welche auch die Gründe für den Rechtsvorschlag sind, SchKG 69 II Ziff. 3) verlangen. Der Schuldner muss den Rechtsvorschlag entweder direkt beim Beamten oder nachträglich beim Amt erheben.

Recht vorzuschlagen ist berechtigt, wer von der Betreibung selbst betroffen ist und deshalb an ihrem Stillstand ein eigenes Interesse hat. Daneben sind auch die Vertreter und die Erben zum Rechtsvorschlag berechtigt. Der Rechtsvorschlag kann auch vom Geschäftsführer ohne Auftrag erhoben werden, so insbesondere von demjenigen, der den Zahlungsbefehl entgegennimmt. Das Betreibungsamt hat die Möglichkeit, dem Schuldner eine Frist zur nachträglichen Genehmigung des Rechtsvorschlages zu setzen.

Gelegentlich sucht der Schuldner mit dem Rechtsvorschlag nicht eigentlich eine richterliche Kontrolle, sondern bloss einen Zeitgewinn, damit er sich die nötigen Mittel zur Befriedigung der Gläubiger beschaffen kann.

b) Form, Frist, Inhalt und Entscheid.

Der Schuldner muss eine schriftliche oder mündliche Bestreitungserklärung beim zuständigen Betreibungsamt abgeben (SchKG 74 I), oder direkt beim Amt Recht vorschlagen,

was dann protokolliert wird. Telefonisch ist ein Rechtsvorschlag ebenfalls möglich, wenn der Betreibungsbeamte keine Zweifel an der Identität des Vorschlagenden hat. Per Telefax ist der Rechtsvorschlag nicht gültig, doch sollte dem Betriebenen eine kurze Nachfrist zur Behebung des mangels gewährt werden.

Je nach Betreibungsart beträgt die Frist 10 oder 5 Tage (SchKG 69).

Der Rechtsvorschlag muss keine Begründung enthalten (SchKG 75), deswegen verzichtet man auch nicht auf weitere Einreden (SchKG 78 I), wenn man nicht Recht vorschlägt. In einzelnen Fällen sieht das Gesetz aber eine Bewilligung vom Richter für den Rechtsvorschlag vor (SchKG 75 II und III): Bei der Betreibung auf Grund eines **Konkursverlustscheines**, bei der **Wechselbetreibung** und beim **Wiederherstellungsgesuch** bei einem verspäteten Rechtsvorschlag sowie beim **nachträglichen Rechtsvorschlag**. Bestreitet der Schuldner nur einen Teil seiner Forderung, muss er dies erklären.

Der Rechtsvorschlag ist vom Betreibungsamt nur in formeller Hinsicht zu prüfen (SchKG 32), eine Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde ist von beiden Parteien möglich. Der Rechtsvorschlag bzw. dessen Inhalt wird dem Gläubiger mitgeteilt, ebenso wie wenn kein Rechtsvorschlag erfolgt ist (SchKG 76).

Der Rechtsvorschlag von einem kollektiv Zeichnungsberechtigten muss nachträglich von einem anderen genehmigt werden.

c) Der nachträgliche Rechtsvorschlag (SchKG 77)

Es muss zwischen verspätetem (Wiederherstellungsrecht, SchKG 33) und nachträglichen Rechtsvorschlag unterschieden werden. Beim verspäteten Rechtsvorschlag wurde der Schuldner unverschuldet vom fristgemässen Rechtsvorschlag abgehalten. Er muss ein begründetes Gesuch auf Wiederherstellung an die untere Aufsichtsbehörde richten und den Rechtsvorschlag nachholen. Während also beim verspäteten Rechtsvorschlag einfach die Frist verpasst wurde, erging beim nachträglichen Rechtsvorschlag ein Gläubigerwechsel, worauf neue Einrede möglich wurden.

Voraussetzungen des nachträglichen Rechtsvorschlags sind **neue Einreden**, die während der ordentlichen Bestreitungsfrist gar nicht geltend gemacht werden konnten und die auf einem neuen Tatbestand basieren (z.B. ein Gläubigerwechsel und Mitteilung des neuen Gläubigers, dass er das Verfahren fortfahren will). Weiter darf die **Vollstreckung noch nicht bis zur Verteilung oder Konkurseröffnung gediehen sein** (SchKG 77 I). Drittens muss sie **binnen 10 Tagen seit Kenntnis der neuen Sachlage beim Richter schriftlich und begründet angebracht werden** (SchKG 77 II). Es besteht damit also eine zweifache Frist.

Der Richter (Gerichtspräsident [EG SchKG 20]), der den nachträglichen Rechtsvorschlag zu bewilligen hat, tut dies im **summarischen Verfahren**. Der Schuldner braucht die Einreden bloss glaubhaft zu machen. Zu beachten ist, dass vorher vollzogene Vollstreckungshandlungen bestehen bleiben.

Anerkennt der Richter den nachträglichen Rechtsvorschlag, muss der Gläubiger, wenn er die Betreibung fortsetzen will, auf Anerkennung seiner Forderung klagen (SchKG 79); **das einfachere Rechtsöffnungsverfahren bleibt ihm verschlossen**.

2.1.4. Die Wirkungen

Der Rechtsvorschlag wirkt ausschliesslich betreibungsrechtlich: Er bringt dem Schuldner die erwünschte Einstellung der Betreibung (SchKG 78). Eine Unterlassung wirkt ebenfalls nur betreibungsrechtlich, sie kann dem Betriebenen nicht als Schuldanerkennung entgegengehalten werden.

2.2. Die Rechtsöffnung

2.2.1. Funktion, Begriff und Arten

Der Rechtsvorschlag verschliesst dem Gläubiger den Betreibungsweg, welcher mit der Rechtsöffnung wieder geöffnet werden kann. Die Rechtsöffnung geht auf die Initiative des Gläubigers zurück und stellt die gerichtliche Beseitigung der Wirkungen des gültig erhobenen oder gerichtlich bewilligten Rechtsvorschlags dar.

Man unterscheidet zwischen definitiver Rechtsöffnung (SchKG 80), welche nur aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder Urteilssurrogates erhältlich ist, und provisorischer Rechtsöffnung (SchKG 82), welche schon gestützt auf eine blosse Schuldanerkennung gewährt wird. Wenn der Schuldner keine solchen Rechtsöffnungstitel hat, bleibt ihm nur der ordentliche Prozessweg, um seine Forderung geltend zu machen (SchKG 79, Anerkennungsklage).

2.2.2. Rechtsöffnungsverfahren und -entscheid

Das Verfahren wird auf Begehren des Gläubigers eingeleitet, die Titel sind dem Richter (Gerichtspräsident [EG SchKG 20]) vorzulegen. Zuständig ist der Richter am Betreibungsort (SchKG 84). Das Verfahren ist summarisch und kontradiktorisch (SchKG 25). Die Rechtsöffnungskosten sind Bestandteil der Betreibungskosten.

Der Rechtsöffnungsentscheid lautet auf Abweisung oder auf Gutheissung des Begehrens, aber über den materiellen Bestand der Betreibungsforderung sagt er nichts aus. Gegen ihn ist nur die staatsrechtliche Beschwerde auf Bundesebene möglich.

Ein ausländischer Vollstreckungstitel bedarf des **Exequaturs, d.h. einer Vollstreckbarerklärung der nach kantonalem Prozessrecht dafür zuständigen Behörde** (Staatsvertrag, subsidiär IPRG 25 ff.)

2.2.3. Die definitive Rechtsöffnung

a) Allgemeines

Das ist der richterliche Entscheid, der aufgrund eines vollstreckbaren Urteils oder eines gleichwertig anderen vollstreckbaren Titels (vgl. SchKG 80) kantonalen, eidgenössischen oder ausländischen Rechts die Wirkung des Rechtsvorschlages gegen den Zahlungsbefehl endgültig beseitigt.

b) Das vollstreckbare gerichtliche Urteil

i. Schweizerische Urteile

Ein gerichtliches Urteil ist jeder Entscheid, der von einem Gericht und gesetzlichem Verfahren und Form über eine Geldforderung ergangen ist. Vollstreckbar ist er dann, wenn er rechtskräftig (kein ordentliches Rechtsmittel) und als Vollstreckungstitel anerkannt ist (SchKG 80, d.h. für alle Schweizerischen Entscheide, so auch Adhäsionsentscheide in einem Strafprozess). Die **Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit sind von Amtes wegen zu prüfen**. Dies gilt auch für eine eventuelle Nichtigkeit des Urteils, was selten vorkommen dürfte. Bei Schiedsgerichturteilen muss die Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches nachgewiesen werden (vgl. KSG 44 und IPRG 193 II). Die Gegenpartei ist anzuhören.

Die Urteilssurrogate sind in SchKG 80 II aufgeführt. Es sind dies gerichtliche Vergleiche und Schuldanerkennungen, auf Geldzahlung gerichtete **Verfügungen und Entscheide von Verwaltungsbehörden des Bundes, sowie des Kantones, soweit das kantonale Recht diese Gleichstellung vorsieht**.

Der im Entscheid Verpflichtete und der Betriebene müssen identisch sein. Zweigniederlassungen erfüllen diese Voraussetzung, die gesetzliche Mithaftung aber nicht. Die Rechtsnachfolge muss urkundlich nachgewiesen werden. Dem Schuldner steht es dabei offen, durch eine Klage gemäss SchKG 85 oder 85a den Übergang der Haftung zu bestreiten. Bei der Kollektivgesellschaft als im Entscheid verpflichtete und dem Gesellschafter als Betriebener ist die Lehre uneins. Identisch müssen auch der aus dem Entscheid Berechtigter und der Betreibende sein. Abschliessend muss auch der Grund der Forderung im Zahlungsbefehl und im Entscheid identisch sein.

Für die Vorlage reicht eine unbeglaubigte Kopie des Urteils, wenn der Schuldner nicht glaubhaft deren Fälschung behauptet. Eine Rechtskraftbescheinigung sollte aber vorgemerkt sein.

Praxisgemäss kann für Verzugszinsen auch dann die definitive Rechtsöffnung erteilt werden, wenn kein Verzugszins im Urteil ausgewiesen ist. Ebenso kann für Gerichtskosten die definitive Rechtsöffnung erteilt werden, allerdings ist hier die Aufstellung im Urteil oder ein Verweis dazu notwendig.

ii. Ausländische Urteile

Sie können in der Schweiz vollstreckt werden, wenn sie von einem Schweizer Richter für vollstreckbar erklärt werden. Im Rechtsöffnungsverfahren müssen sie zudem auf Geld oder auf Sicherheitsleistung in Geld lauten. Sind Staatsverträge vorhanden (LugÜ 25 ff.), können sie ohne separates Exequaturverfahren vorfrageweise von Rechtsöffnungsrichter für vollstreckbar erklärt werden. Ob dies auch generell gemäss IPRG 29 III geht, ist umstritten, die h.L. ist jedoch dafür (vgl. IPRG 25 ff.).

c) Verteidigung des Schuldners

Der Schuldner hat einerseits prozessuale und andererseits materielle Einwände zur Verfügung (vgl. SchKG 81). Die **prozessualen Einwände** richten sich ausschliesslich gegen die Rechtmässigkeit des Rechtsöffnungsverfahrens an sich (z.B. die Prozessvoraussetzungen). Sind sie begründet, wird das Gesuch zurückgewiesen.

Materielle Einwände stellt der Schuldner gegen die Tauglichkeit der vorgelegten Urkunde sowie wenn er beweist, dass die Schuld **getilgt, gestundet oder verjährt** ist. Möglich ist auch, dass die Forderung durch Abtretung oder Erlass getilgt wurde. Gegen ausserkantonale Zivilurteile kann der Schuldner die Einwendung erheben, er sei nicht richtig vorgeladen worden oder nicht gesetzlich vertreten gewesen. Erweist sich eine derartige Einwendung als begründet, wird das Rechtsöffnungsgesuch abgewiesen (vgl. SchKG 81). Gegen ausländische Entscheide kann der Schuldner zusätzlich IPRG 125 ff. geltend machen (neben einem allfällig vorhandenen Staatsvertrag, der z.B. gegen den Ordre Public verstossen könnte).

d) Die Wirkungen der definitiven Rechtsöffnung

Die hemmende Wirkung des Rechtsvorschlags wird beseitigt, die Betreibung kann ohne weiteres ihren Fortgang nehmen; das Einleitungsverfahren wird abgeschlossen. Dem Schuldner bleibt aber stets noch der betreibungsrechtliche Rechtsschutz aus materiellrechtlichen Gründen gewahrt (siehe unten).

2.2.4. Die provisorische Rechtsöffnung

a) Allgemeines

Das ist der gerichtliche Entscheid, der aufgrund einer schriftlichen Schuldanerkennung die Wirkung des Rechtsvorschlages bedingt aufhebt, indem er die Nachprüfung des materiellen Bestandes der Forderung durch den ordentlichen Richter vorbehält. Der Schuldner kann **innert 20 Tagen nach der Rechtsöffnung auf dem ordentlichen Prozessweg gegen den Gläubiger die Aberkennungsklage erheben** (vgl. SchKG 83 II). Dies hat für den Gläubiger den Vorteil, dass die **Parteirollen vertauscht** werden.

b) Schuldanerkennung und öffentliche Urkunden

Als Schuldanerkennung kommen nur öffentliche Urkunden oder Privaturkunden in Betracht (SchKG 82). Bei den öffentlichen Urkunden wird die Richtigkeit vermutet, der Schuldner hat diese umzustossen (ZGB 9), sonst hat die öffentliche Urkunde volle Beweiskraft.

Grundsätzlich müssen die Schulanerkennungen vom Schuldner **unterschrieben** worden sein. Als nicht unterzeichnete Urkunden reichen der **Pfändungsverlustschein**, der **Pfandausfallsschein** sowie der **Konkursverlustschein, wenn die Forderung vom Gemeinschuldner anerkannt worden ist**. Das Protokoll des Sachwalters in der Nachlassstundung über die Erklärung des Schuldners betreffend die eingegebenen Forderungen berechtigt ebenso zur provisorischen Rechtsöffnung (SchKG 300 II). Die Schuldanerkennung muss nicht datiert sein, denn sie darf sogar jünger sein als die Betreibung. Die Höhe der Forderung muss darauf beziffert sein.

Ein Zeugenbeweis ist in eine schriftliche Erklärung des Zeugen zu konvertieren, damit er vom Richter angehört wird. Einen Verweis auf ein Aktenstück, welches sich im selben Gerichtsgebäude befindet, muss der Richter berücksichtigen, auch wenn es nicht direkt vorgelegt wird.

Für öffentlichrechtliche Forderungen kann selbst wenn sie unterzeichnet oder in einer öffentlichen Urkunde anerkannt sind, keine provisorische Rechtsöffnung erteilt werden, wenn sie nicht vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden können.

Was als Schuldanerkennung zu gelten hat, richtet sich auch im internationalen Verhältnis **immer nach Schweizer Recht** (lex fori). Die provisorische Rechtsöffnung ist ein Erkenntnisverfahren und kein Vollstreckungsverfahren im Sinne von LugÜ 16 5.

c) Verteidigung des Schuldners

Auch hier kommen **prozessuale Einwendungen und Einreden** in Betracht (siehe oben bei der definitiven Rechtsöffnung). Die **materiellen Einwendungen und Einreden** (z.B. Verrechnung, Verjährung, Willensmangel) betreffen wie oben nicht die Rechtmässigkeit des Verfahrens, sondern die sachliche Zulässigkeit der Rechtsöffnung. Der Schuldner muss die Einwendungen nur glaubhaft machen. Tut er dies, steht dem Gläubiger nur noch die Anerkennungsklage offen (SchKG 79). Kann der Schuldner die Einwände nicht glaubhaft machen, bleibt ihm nur noch die Aberkennungsklage im ordentlichen Prozessweg (SchKG 83 II). Für die Glaubhaftmachung stehen alle Beweismittel offen. Bei zweiseitigen Verträgen kann der Schuldner auch glaubhaft machen, dass die Gegenleistung nicht gehörig vollbracht wurde. Der Gläubiger daraufhin muss beweisen, dass die Gegenleistung erbracht wurde.

d) Die Wirkungen der provisorischen Rechtsöffnung

Bedingte Einstellung der Betreibung: Der Schuldner hat 20 Tage Zeit, um mit der Aberkennungsklage den ordentlichen Richter anzurufen (SchKG 83). Vollstreckungsmassnahmen sind vorläufig ausgeschlossen; bei der Pfändungsbetreibung ist aber eine prov.

Pfändung möglich, bei einem konkursfähigen Schuldner kann die Aufnahme eines Güterverzeichnisses beantragt werden (SchKG 162). Die provisorische Pfändung und die Aufnahme eines Güterverzeichnisses müssen vom Gläubiger verlangt werden. Die provisorische Pfändung hat dieselben Wirkungen wie eine definitive (SchKG 96). Der Gläubiger kann aber noch keine Verwertung verlangen (SchKG 118). Dafür ist es möglich, sich einer anderen Pfändung anzuschliessen, deren Erlös hinterlegt wird (SchKG 144 V).

Volle Wirkung erlangt der Rechtsöffnungsentscheid erst, wenn der Schuldner nicht auf Aberkennung klagt oder wenn diese Klage abgewiesen und das Zivilurteil rechtskräftig geworden ist.

2.2.5. Die Anerkennungsklage (SchKG 79)

Die Anerkennungsklage ist eine **materiellrechtliche Klage**. Sie hat zudem die betreibungsrechtliche Wirkung, dass der Rechtsvorschlag aufgehoben wird (sofern das Begehren sich danach richtet). Trotzdem handelt es sich aber **nicht um eine Betreibungshandlung im Sinne von SchKG 56**. Die Beseitigung des Rechtsvorschlages kann nur verlangt werden, wenn nicht schon die Frist zur Stellung des Fortsetzungsbegehrens (SchKG 88 II, bzw. dem Verwertungsbegehren SchKG 154 I) oder des Konkursbegehrens in der Wechselbetreibung abgelaufen ist (SchKG 188 II). Durch die Einreichung der Klage werden die Fristen gehemmt (SchKG 88 II). Da es sich um eine materiellrechtliche Klage handelt, fällt sie nicht dahin, wenn die Betreibung zurückgezogen wird.

Unterliegt der in Betreibung gesetzte Anspruch dem öffentlichen Recht, ist zu seiner Beurteilung nicht der Zivilrichter, sondern die Verwaltungsbehörde zuständig.

Die Kosten der Klage sind keine Betreibungskosten, weshalb sie nicht in der laufenden Betreibung gefordert werden können.

2.2.6. Die Aberkennungsklage (SchKG 83 II)

Mit der Aberkennungsklage erreicht der Schuldner die Verlängerung des lediglich provisorischen Charakters der Rechtsöffnung sowie die Überprüfung der materiellen Rechtslage. Die Klage ist **materiellrechtlicher Natur**, und bezweckt die Aufhebung des Rechtsöffnungsentscheides nur mittelbar. Sie ist das Gegenstück zur Anerkennungsklage von SchKG 79, die dem Gläubiger zur Verfügung steht.

Die Klagefrist beträgt 20 Tage, die Verwirkung des Klagerechts berührt aber das materielle Recht nicht, der Schuldner hat immer noch einen Schutz aus materiellrechtlichen Gründen (siehe unten). Massgebend für den Fristbeginn ist die formelle Rechtskraft des Rechtsöffnungsentscheides.

Die Aberkennungsklage wird im ordentlichen Verfahren nach kantonalem Zivilprozessrecht beurteilt. Das Sachurteil hat volle materielle Rechtskraft, die Folgen sind bei Abweisung der Klage die definitive Rechtsöffnung, und bei Gutheissung der Klage die Erledigung der Betreibung. **Solange eine Aberkennungsklage hängig ist, kann keine Klage nach SchKG 85 oder 85a eingereicht werden**.

2.3. Schuldnerschutz aus materiellrechtlichen Gründen

2.3.1. Vorbemerkung

Wenn der Schuldner es verpasst, rechtzeitig Recht vorzuschlagen, wenn es ihm nicht gelingt, von der Aufsichtsbehörde Wiederherstellung der Frist zugebilligt zu erhalten (SchKG 33 IV), wenn er es versäumt, im Rechtsöffnungsverfahren Einreden vorzubringen und schliesslich noch die Frist der Aberkennungsklage unbenützt verstreichen lässt, hält das Gesetz drei besondere Schutzvorkehren bereit:

2.3.2. Aufhebung und Einstellung der Betreibung (SchKG 85)

Im Verfahren nach SchKG 85 amtet der Richter als Vollstreckungsrichter. Er entscheidet einzig über die Zulässigkeit der Betreibung, wobei der Bestand der Betreibungsforderung nur materiellrechtliche Vorfrage ist, über die er deshalb auch dann befinden kann, wenn sie an und für sich in eine andere Zuständigkeit fiele.

Der Schuldner muss als Voraussetzungen nachweisen, dass die Schuld samt Zinsen und Kosten entweder gestundet (Einstellung der Betreibung) oder getilgt (Aufhebung der Betreibung) ist. Der Nachweis kann nur mit Urkunden erbracht werden. Die Klage kann jederzeit ein gereicht werden.

Das Gesuch ist im **Summarverfahren** zu beurteilen (SchKG 25 d.h. keine materielle Rechtskraft, die Zuständigkeit erfolgt nach EG SchKG 20 und nicht nach ZPO 301). Es kann in jedem Stadium der Betreibung durchgeführt werden. Der Entscheid hat ausschliesslich betreibungsrechtliche Wirkung. **SchKG 85 steht zu SchKG 85a im Verhältnis der Alternativität. Da SchKG 86 die nachträgliche Korrektur verfolgt, ist SchKG 85 als präventiver Rechtsbehelf nur bis zur Verteilung des Verwertungserlöses möglich. Im Unterschied zu SchKG 81 I ist nach SchKG 85 die Anrufung der Verjährung nicht statthaft**!

Örtlich zuständig ist das Gericht am Betreibungsort; dies gilt auch im internationalen Verhältnis (LugÜ 16 5.). Aktivlegitimiert ist der Betriebene, passivlegitimiert der Betreibende oder seine Rechtsnachfolger. Die Wirkung ist ausschliesslich betreibungsrechtlich.

SchKG 85 ist auch dann anwendbar, wenn auf die Aberkennungsklage wegen Nichtleistung der Sicherheit für die Parteikosten nicht eingetreten worden war.

2.3.3. Die Feststellungsklage (SchKG 85a)

Der Betriebene kann jederzeit den Richter aufrufen, der mit voller Kognition festzustellen hat, ob die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder ob sie gestundet ist (SchKG 85a I). Die Klage hat einerseits materiellrechtliche Wirkung, aber auch betreibungsrechtliche, weil sie mit ihrer Gutheissung die Betreibung einstellt oder aufhebt. **Bei der Wechselbetreibung ist sie aber ausgeschlossen. Ein besonderes Feststellungsinteresse ist nicht erforderlich.** Örtlich zuständig ist das Gericht am Betreibungsort. Für die materiellrechtliche Beurteilung ist dies aber nicht zwingend, eine allfällige Prorogationsvereinbarung geht vor.

Liegt der Betreibung ein definitiver Rechtsöffnungstitel zugrunde, darf der Schuldner nur Einreden aus dem gerichtlichen Entscheid selber oder echte nova vorbringen. Gegenüber einem gerichtlichen Vergleich oder einer Abstandserklärung kann er auch Einwendungen vorbringen, welche die Entstehung der Forderung betreffen (z.B. Willensmängel).

Zuständig ist der Richter am Betreibungsort (SchKG 85a I, **klageberechtigt ist nur der Betriebene**). Trotz Anhebung der Klage läuft die Betreibung weiter, der Richter kann aber die vorläufige Einstellung der Betreibung verfügen. Wird die Klage abgewiesen, nimmt die Betreibung ihren Fortgang, wird sie gutgeheissen, wird die Betreibung aufgehoben oder eingestellt (SchKG 85a III). Gegen den Entscheid über die vorläufige Einstellung der Betreibung gemäss SchKG 85a II gibt es kein kantonales Rechtsmittel.

Nach Ablauf der Gültigkeitsdauer des Zahlungsbefehls ist die Betreibung dahin gefallen und der Betriebene gilt nicht mehr als betrieben. Weil die Hängigkeit der Betreibung eine Prozessvoraussetzung für die Klagen nach Art. 85 und 85a SchKG bildet, sind die genannten betreibungsrechtlichen Rechtsbehelfe ausgeschlossen

2.3.4. Die Rückforderungsklage (SchKG 86, 187)

Ihre Funktion ist die Wiedergutmachung eines Unrechts, wenn der Schuldner eine materiell nicht gerechtfertigte Betreibung erlitten hat. Dies ist zugleich auch ihre Voraussetzung (d.h. die Bezahlung eines nicht geschuldeten Betrages unter Betreibungszwang).

Die Klage muss binnen Jahresfrist seit Bezahlung der Nichtschuld angehoben werden (Verwirkungsfrist). Der Gerichtsstand befindet sich am Betreibungsort oder am Wohnsitz des Beklagten (SchKG 86 II, GestG 3). Eine Prorogation ist aber zulässig. Der Betriebene hat nur zu beweisen, dass die bezahlte Forderung nicht oder nicht mehr bestanden hat, der Gläubiger kann den Beweis erbringen, dass der Betriebene freiwillig bezahlt hat. Das gutheissende Urteil bewirkt die Verurteilung des Gläubigers zur Rückzahlung des vom Schuldner Geleisteten.

Da es sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit handelt, ist ein Weiterzug bis ans Bundesgericht möglich.

2.4. Besondere Betreibungsarten

2.4.1. Die Betreibung eines Ehegatten durch den anderen

Forderungen zwischen den Ehegatten verjähren nicht (OR 134). Der Gläubiger-Gatte hat das Vorrecht auf privilegierten Pfändungsanschluss an eine für einen Drittgläubiger vollzogene Pfändung (SchKG 111). Kommt es dennoch zu einer Betreibung, hat der Schuldner-Gatte Anspruch auf besondere Zahlungsfristen (ZGB 203, 218, 235, 250, SchlT 11) sofern ihm die Zahlung ernstliche Schwierigkeiten bereitet und die eheliche Gemeinschaft gefährden kann.

2.4.2. Die Betreibung eines Ehegatten durch einen Dritten

a) Bei Errungenschaftsbeteiligung und bei Gütertrennung

Der Schuldner-Gatte muss allein betrieben werden. Nur im Falle, wo für seine Schuld ein ihm gehörendes Grundstück verpfändet ist, welches als Familienwohnung dient, muss in der Betreibung auf Pfandverwertung auch der andere Gatte mitbetrieben werden (SchKG 151, 153, vgl. auch 95a).

Der Schuldner-Gatte haftet mit seinem gesamten Vermögen (Eigengut, Errungenschaft) persönlich, ausserdem haftet er solidarisch für Schulden, die der andere Ehegatte in befugter Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (ZGB 166) begründet hat.

b) Betreibung bei Gütergemeinschaft (SchKG 68a und b)

Für **Vollschulden** (ZGB 233) haftet der Schuldner-Gatte mit seinem Eigengut und Gesamtgut, für **Eigenschulden** (ZGB 234) dagegen nur mit seinem Eigengut und der ihm zustehenden Hälfte des Wertes des Gesamtgutes. Vollschulden entstehen durch Vertretung (analog ZGB 166), unerlaubte Handlungen, Vereinbarungen und durch Verwaltungshandlungen bzgl. des Gesamtgutes. Eigenschulden sind die übrigen Schulden.

Betreibungsurkunden sind auch dem nicht betriebenen Ehegatten zuzustellen, er wird zum Mitbetriebenen (SchKG 68a). Erfährt das Betreibungsamt erst im Nachhinein, dass der Betriebene in Gütergemeinschaft lebt, ist die zweite Zustellung unverzüglich nachzuholen. **Jeder Ehegatte ist zum Rechtsvorschlag berechtigt**. Das Rechtsöffnungsbegehren richtet sich danach nur gegen den Ehegatten, der den Rechtsvorschlag vorgenommen hat. Um den komplizierten Weg bei Eigenschulden zu vermeiden, gestattet das Gesetz den direkten Zugriff auf künftiges Erwerbseinkommen des Schuldner-Gatten auch ohne vorgängige Auflösung der Gütergemeinschaft (SchKG 68b). Ansonsten kann der nichtschuldnerische Ehegatte sich im Widerspruchsverfahren der Pfändung von Gegenständen des Gesamtgutes widersetzen. Bei einer Vollschuld kann der gepfändete Anteil

eines Ehegatten am Gesamtgut wegen der engen persönlichen Verknüpfung nicht versteigert werden.

Die Konkurseröffnung hat von Gesetzes wegen die Gütertrennung zur Folge (ZGB 188). Word der in Gütergemeinschaft lebende Ehegatte betrieben und in der Folge sein Anteil am Gesamtgut gepfändet, kann die Aufsichtsbehörde beim Richter die Anordnung der Gütertrennung verlangen. Diese kann auch vom Ehegatten des Schuldners verlangt werden. Die Anordnung der Aufsichtsbehörde hat sich gegen beide Ehegatten zu richten (ZGB 189 f.). Der Richter prüft, ob die Gütertrennung wirklich den Gläubigern dient, oder ob die Schuldentilgung auch anderweitig erfolgen kann. Die Auflösung wird auf den Tag zurück bezogen, an welchem das Begehren um Anordnung der Gütertrennung eingereicht wurde.

c) Die altrechtlichen Güterstände

Der vormals ordentliche Güterstand der Güterverbindung kann nur aufgrund einer rechtzeitigen Beibehaltungserklärung (ZGB, SchlT 9) wirksam sein. Die modifizierte Güterverbindung und die altrechtliche Gütergemeinschaft bedürfen eines altrechtlichen Ehevertrages (ZGB, SchlT 10).

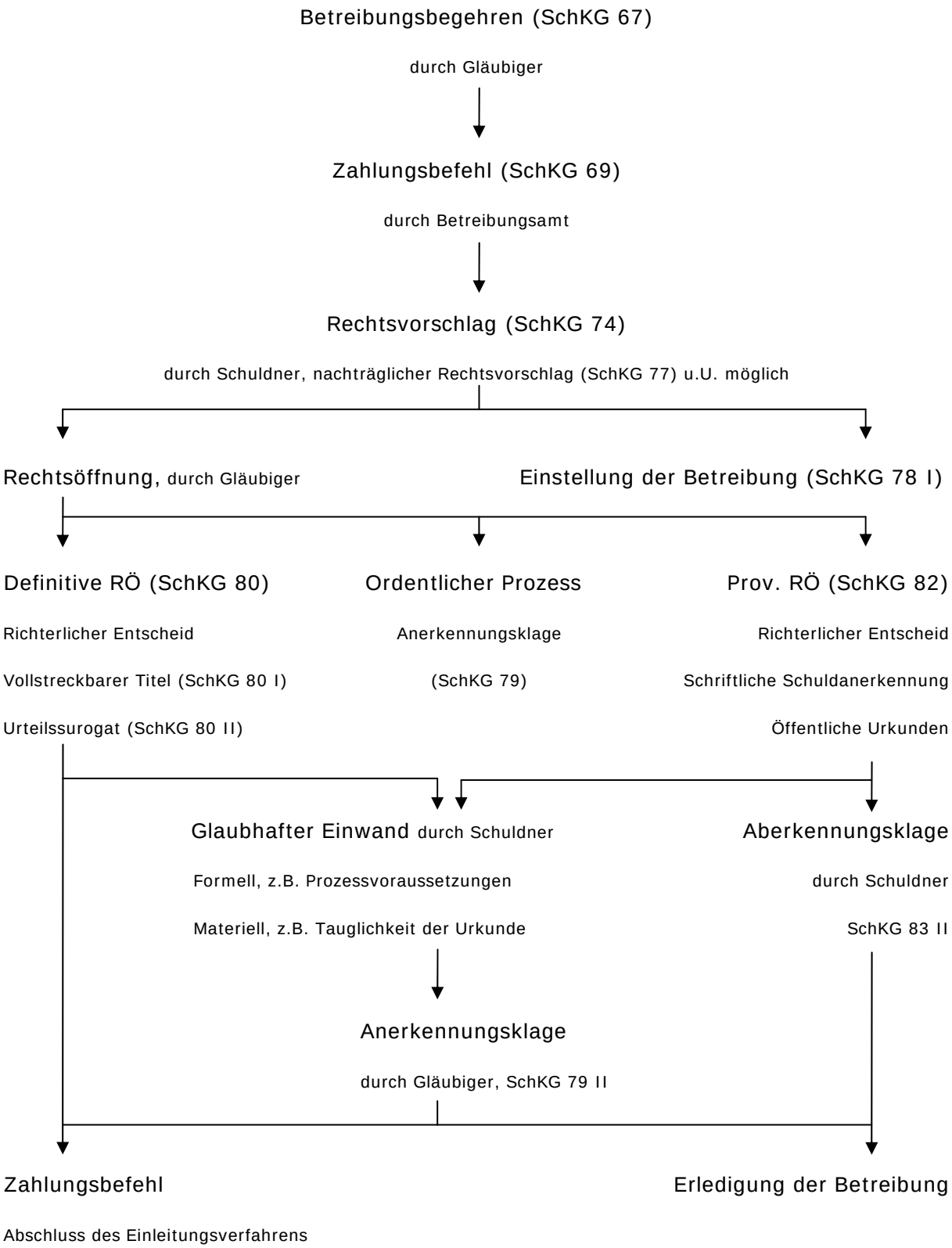
Die altrechtliche Betreibung wird wohl nur noch selten zur Anwendung kommen, da die Fortdauer eines altrechtlichen Güterstandes einem Gläubiger nur entgegengehalten werden kann, **wenn er ihn kennt oder kennen sollte** (ZGB, SchlT 9a, 10a). Bei Unkenntnis werden die Bestimmungen über die Errungenschaftsbeteiligung angewandt.

2.4.3. Die Betreibung bei gesetzlicher Vertretung oder Beistandschaft

Die Betreibungsurkunden werden **dem gesetzlichen Vertreter zugestellt** (SchKG 68c). Stammt die Forderung aus einem bewilligten Geschäftsbetrieb oder steht sie im Zusammenhang mit der Verwaltung des Arbeitsverdienstes oder des freien Vermögens, werden die Urkunden sowohl dem Schuldner, als auch dem gesetzlichen Vertreter zugestellt.

Für den Schuldner unter Beistandschaft siehe SchKG 68d.

2.5. Übersicht Einleitungsverfahren



3. Die Betreibung auf Pfändung

3.1. Die Pfändung

3.1.1. Das Pfändungsverfahren

a) Vorbemerkungen

Der rechtskräftige Zahlungsbefehl berechtigt zur eigentlichen Vollstreckung. Er wird dann erreicht, wenn der Schuldner nicht bezahlt und auch nicht Recht vorschlägt (SchKG 69, 88), wenn ihm der Rechtsvorschlag verweigert wird (SchKG 77), wenn er ihn zurückzieht oder wenn der Gläubiger die definitive Rechtsöffnung erlangt hat.

Pfändung ist die amtliche Beschlagnahme einzelner Vermögenswerte des Schuldners zur Verwendung als Vollstreckungssubstrat.

b) Das Fortsetzungsbegehren

Das Vollstreckungsverfahren wird nie von Amtes wegen durchgeführt, sondern braucht das **Begehren des Gläubigers, der über einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl verfügen muss**. Zudem hat der Gläubiger die Fristen zu beachten, auf deren Einhaltung selbst der Schuldner nicht verzichten kann (SchKG 33 III, 88 I, frühestens 20 Tage nach dem Zahlungsbefehl, spätestens ein Jahr danach).

Das Begehren ist formlos gültig, ein amtliches Formular ist aber vorhanden. Es ist an das zuständige Betreibungsamt zu richten. Inhaltlich muss das Begehren eindeutig und unbedingt sein, die Pfändung nur unter der Bedingung zu verlangen, dass der Schuldner nicht bezahlt, wäre unzulässig, da der Gläubiger sein Begehren zurückziehen soll, wenn der Schuldner vor der Pfändung bezahlt.

c) Der Pfändungsvollzug

i. Zuständigkeit und Zeitpunkt

Sachlich ist das Betreibungsamt für den Vollzug zuständig (SchKG 89). Örtlich kann das Amt des Betreibungsortes die Pfändung anordnen, durchführen darf sie aber nur das Amt **am Ort der gelegenen Sache** (SchKG 4 II) oder bei Forderungen, die nicht in einem Wertpapier verkörpert sind, das Amt am Wohnsitz des Gläubigers oder des Schuldners. Rechte an Immaterialgütern sind am (Wohn-)Sitz des Berechtigten zu pfänden. Wird die Zuständigkeitsordnung missachtet, **wäre die vollzogene Pfändung absolut nichtig**. Dies gilt vor allem für Pfändungsgegenstände, die im Ausland liegen.

Die Pfändung wird bei einem gültigen Fortsetzungsbegehren unverzüglich vollzogen (SchKG 89). Ansonsten macht sich der Betreibungsbeamte disziplinarisch verantwortlich, eventuell kommt die Staatshaftung (SchKG 5 ff.) zur Anwendung. Zu beachten sind die geschlossenen Zeiten, die Betreibungsferien und der Rechtsstillstand, sowie die Vorschrift von SchKG 90 betreffend Pfändungsankündigung (diese bewirkt noch keine Beschränkung der Verfügungsfreiheit, beachte aber die Möglichkeit der strafrechtlichen Sanktion).

Auch bei der Pfändung durch ein anderes Betreibungsamt hat dieses unverzüglich nach Erhalt des Auftrages die Pfändung zu vollziehen, muss aber auch die Vorschriften betreffen Ankündigung der Pfändung einhalten (vgl. SchKG 90).

ii. Die Rechtsstellung der Betreibungsparteien und Dritter

Der Gläubiger hat die Kosten des Pfändungsvollzugs vorzuschiessen (SchKG 68 I, 105). Am Vollzug der Pfändung nimmt der Gläubiger nicht teil, er darf aber das Betreibungsamt auf Gegenstände des Schuldners aufmerksam machen.

Der Schuldner soll selber auf möglichst schonenden und ausgewogenen Pfändungsvollzug mitwirken (SchKG 95 V). So hat er Anspruch darauf, dass ihm die Pfändung am Vortag mit genauer Zeitangabe angekündigt wird (SchKG 90, mit Verweis auf SchKG 91).

Seine Pflichten sind in SchKG 91 geregelt: Er muss der Pfändung persönlich beiwohnen (vgl. StGB 323), er muss Auskunft übers eine Vermögensgegenstände erteilen und muss auf Verlangen Räume und Behältnisse öffnen. Verheimlicht er Bestandteile seines Vermögens, kann der Schuldner ohne vorgängige Konkursbetreibung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen (SchKG 190 I Ziff. 1). Wohnt der Schuldner ohne genügende Entschuldigung der Pfändung nicht bei, kann er durch die Polizei vorgeführt werden.

Wenn sich Vermögenswerte des Schuldners im Gewahrsam Dritter befinden, haben diese auch Auskunft zu erteilen und Räume und Behältnisse zu öffnen (SchKG 91 IV, StGB 324 Ziff. 5). Ihre Auskunftspflicht geht so weit, wie diejenige des Schuldners gehen würde. Auch Behörden sind auskunftspflichtig. Dritte können sich nicht hinter einem Berufsgeheimnis verschanzen (SchKG 91 V). Der Betreibungsbeamte seinerseits ist verpflichtet, den Dritten, die Vertreter und den Schuldner auf ihre Pflichten aufmerksam zu machen. Dies ist eine objektive Strafbarkeitsvoraussetzung.

Bundesrechtlich vereinbar sind im Pfändungsverfahren auch vorsorgliche Massnahmen, sofern sie dringlich sind und wenn dies zur Erhaltung von Vermögensstücken, zur Vorbereitung der Pfändung und zum Schutze der Gläubigerinteressen notwendig ist. Sie können unmittelbar nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens sowie während den geschlossenen Zeiten, den Betreibungsferien und dem Rechtsstillstand durchgeführt werden.

iii. Die Wirkungen der Pfändung

Der Schuldner bleibt bis zur Verwertung Eigentümer der gepfändeten Vermögenswerte, doch wird sein Verfügungsrecht eingeschränkt (SchKG 96 I, Bewilligung des Betreibungsamtes nötig). Das Verfügungsverbot erstreckt sich auch auf das Zugehör. Verpflichten kann sich der Schuldner, allerdings sind die Verfügungen betreibungsrechtlich ungültig, wenn die Stellung des Gläubigers dadurch beeinträchtigt wird. Vorbehalten bleibt der gutgläubige Erwerb (SchKG 96 II).

Der Beamte schätzt die gepfändeten Gegenstände (SchKG 97). Mit Kostenfolge für den beantragenden Gläubiger oder Schuldner kann eine zweite Schätzung vorgenommen werden. Es besteht kein Recht auf eine dritte Schätzung. Bei Streitigkeiten entscheidet die kantonale Aufsichtsbehörde endgültig (VZG 9 II). **Im Gegensatz zum Arrest (SchKG 277) kann die Pfändung eines Vermögenswertes nicht dadurch abgewendet werden, indem der Schuldner den Schätzungsbetrag an das Betreibungsamt bezahlt**.

Der Gläubiger hat einen öffentlichrechtlichen Anspruch darauf, das Pfändungsgut zu seinen Gunsten verwerten zu lassen (SchKG 116). Dritte können als Erwerber von Pfändungsgut betroffen sein, oder wenn Gegenstände betroffen sind, an denen sie ein eigenes Recht beanspruchen, zudem können Drittschuldner sich nur noch durch Zahlung an das Betreibungsamt befreien (SchKG 99).

d) Der Pfändungsakt

i. Allgemeines

Die Pfändung ist mit der Pfändungserklärung des Betreibungsbeamten gegenüber dem Schuldner oder seinem Vertreter vollzogen. Nimmt der Schuldner nicht an der Pfändung teil, entfaltet sie erst dann Wirkung, wenn ihm der Vollzug mitgeteilt wurde. Abgesehen von SchKG 92 III (Ersatzvornahme) muss die Pfändung unbedingt erfolgen. Für die Ersatzvornahme wird dem Gläubiger eine kurze Frist gesetzt, in welcher er den Ersatzgegenstand beschafft haben muss. Daraufhin kann der teure Gegenstand endgültig gepfändet werden. Die Kosten des Ersatzgegenstandes werden aus dem Verwertungserlös vorweg bezahlt bzw. dem Gläubiger zurückerstattet (SchKG 144 III).

ii. Die Reihenfolge

SchKG 95 I-IV stellt Richtlinien auf, welche aber nicht absolut verbindlich sind. An erster Stelle steht das **bewegliche Vermögen** sowie das **Einkommen** des Schuldners (SchKG 93). Dabei sind die entbehrlichen Vermögensstücke zuerst zu erfassen (SchKG 95 I). Reicht das bewegliche Einkommen nicht aus, wird **Unbewegliches** erfasst. Dann kommen allfällige **mit Arrest belegte Gegenstände** an die Reihe, sowie **Anteile an einem Gesellschaftsvermögen.** Vermögenswerte, welche **angeblich einem Dritten gehören**, werden zuallerletzt beansprucht, unter Vorbehalt von SchKG 95a. SchKG 95 III dient der Schonung des Arrestgläubigers. Da dieser kein Vorrecht auf den Arrestgegenstand hat, soll der Gegenstand nicht zuerst gepfändet werden.

Forderungen des betriebenen Schuldners gegen seinen Ehegatten werden nur gepfändet, soweit sein übriges Vermögen nicht ausreicht (SchKG 95a). Die Norm gilt auch sinngemäss für den Arrestvollzug (vgl. SchKG 275).

Die Regelung von SchKG 95 ist die allgemeine Regelung, von deren in Spezialbestimmungen abgewichen werden kann. In besonderen Verhältnissen und wenn sowohl Schuldner als auch Gläubiger dies verlangen, kann (aber nicht muss) von SchKG 95 auch ohne Spezialgesetz abgewichen werden. Verstösst der Beamte gegen SchKG 95, kann der Betroffene innert 10 Tagen Beschwerde führen. Zu beachten ist, dass wenn die Pfändung nichtig ist, die Beschwerdeinstanz auch nach Ablauf der Frist die Beschwerde behandeln muss.

iii. Das Ausmass

Es darf nicht mehr gepfändet werden, als inklusive Zinsen benötigt wird (SchKG 97, Verbot der Überpfändung), u. U. müssen Sachverständige hinzugezogen werden. Gegen eine Überpfändung kann sich ausnahmsweise neben dem Schuldner auch ein Dritter beschweren, wenn er ein eigenes Recht daran geltend macht. Der Schätzungswert stellt den Mindestpreis dar, welcher im Freihandverkauf erreicht werden muss. Jeder Gegenstand muss geschätzt werden! Für Grundstücke ermächtigt VZG 9 II jeden Beteiligten, eine neue Schätzung durch Sachverständige zu verlangen. Für bewegliche Sachen ist dies nicht geregelt, doch kann jederzeit Beschwerde geführt werden. Abgesehen von den Fällen in SchKG 17 II beträgt die Frist 10 Tage.

iv. Der Vollzug des Pfändungsaktes

Der Pfändungsakt wird durch eine ausdrückliche Pfändungserklärung gegenüber dem Schuldner oder seinem Vertreter vollzogen. Diese enthält die genau bezeichneten Vermögenswerte und das unter Strafdrohung verfügte ausdrückliche Verbot, über sie zu verfügen (SchKG 96 I, möglich ist das das Betreibungsamt formlos die Verfügung bewilligt, dann entfällt die Strafbarkeit). Die Pfändung muss grundsätzlich unbedingt sein (vgl. aber SchKG 92). Unpfändbare Gegenstände können dann gepfändet werden, wenn der Gläubiger einen Ersatz anschafft (Auswechslungsrecht).

Verfügungen des Schuldners sind ungültig bzw. nichtig, soweit dadurch die aus der Pfändung den Gläubigern erwachsenen Rechte verletzt werden, unter Vorbehalt der Wirkungen des Besitzerwerbes durch gutgläubige Dritte (SchKG 96 II).

v. Die Sicherung der Pfändungsrechte

Vgl. SchKG 98 ff. Das Betreibungsamt ist generell für die Erhaltung der gepfändeten Rechte verantwortlich und erhebt Zahlung für allfällige Forderungen (SchKG 100). Der Gläubiger hat auf Verlangen die Kosten der Aufbewahrung und des Unterhaltes vorzuschiessen (SchKG 105).

SchKG 98 regelt die Sicherungsmassnahmen bei beweglichen Sachen. Geld, Inhaberpapiere, Edelmetalle und andere Kostbarkeiten werden vom Betreibungsamt verwahrt. Andere Sachen können (müssen aber nicht) in den Händen des Schuldners verbleiben, ausser der Gläubiger verlangt eine Verwahrung. Die Besitznahme durch das Betreibungsamt ist auch dann zulässig, wenn ein Dritter ein Pfandrecht an der Sache hat. SchKG 98 gilt auch bei der provisorischen Pfändung (SchKG 83), wie auch als Anwendung einer vorsorglichen Massnahme. Sind die Sachen versichert, muss die Versicherung darauf aufmerksam gemacht werden, die Versicherungssumme an das Betreibungsamt zu leisten.

Bei Forderungen wird dem Schuldner der Forderung angezeigt, dass er nicht mehr dem Gläubiger (Schuldner der Betreibung), sondern dem Betreibungsamt leisten muss (SchKG 99). Ebenso gilt dies bei der provisorischen Pfändung und ist als vorsorgliche Massnahme möglich. Zivilrechtlich hat die Anzeige keine Wirkung, der Betriebene kann die Forderung weiterhin z.B. einklagen. Erhebt der Dritte nach der Anzeige die Verrechnungseinrede, wird die Forderung als Bestrittene gepfändet.

Bei Grundstücken hat die Pfändung die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung (SchKG 101 I). Sie wird dem Grundbuchamt mitgeteilt und von diesem vorgemerkt. Die Vormerkung wird gelöscht, wenn das Verwertungsbegehren nicht innert zwei Jahren nach der Pfändung gestellt wird (SchKG 101 II). Die Vorschrift gilt auch für die provisorische Pfändung und sinngemäss auch beim Arrestvollzug (SchKG 275). Eine Verfügungsbeschränkung kann als vorsorgliche Massnahme schon vor der Pfändung im Grundbuch vorgemerkt werden. Wenn der Gläubiger glaubhaft macht, können auch nicht auf den Schuldner lautende Grundstücke gepfändet werden (VZG 10). Die Pfändung von Miteigentumsanteilen erfolgt gemäss VZG 23 ff. Die Pfändung umfasst auch die Früchte und Erträgnisse (SchKG 102 f.). Das Betreibungsamt zeigt den Mietern, Pächtern etc. die Pfändung unverzüglich an. Es verwaltet und bewirtschaftet das Grundstück.

Bei der Pfändung von Gemeinschaftsrechten zeigt das Betreibungsamt die Pfändung den beteiligten Dritten an (SchKG 104).

vi. Die Pfändungsurkunde

Die Pfändung muss in einem Protokoll verurkundet werden (SchKG 112 I). Zudem enthält es den Gläubiger, den Schuldner, den Forderungsbetrag, Ort und Zeit, sowie die einzelnen Vermögensgegenstände, ihren Schätzwert und allenfalls Ansprüche Dritter daran.

Über jede Pfändung wird eine mit der Unterschrift des vollziehenden Beamten oder Angestellten zu versehende Pfändungsurkunde aufgenommen (SchKG 112 I). Wenn kein pfändbares Vermögen vorhanden ist, wird auch dieser Umstand vermerkt. Die Pfändungsurkunde wird dem Gläubiger und dem Schuldner nach Ablauf der 30tägigen Teilnahmefrist zugestellt (SchKG 114, vgl. SchKG 113 bzgl. der Nachträge). War kein pfändbares Vermögen vorhanden, bildet die Pfändungsurkunde den Verlustschein i.S.v. SchKG 149 (SchKG 115). Bei ungenügendem Pfändungsgut gilt die Urkunde als provisorischer Verlustschein.

Alle Teilnehmer erhalten eine Abschrift der Pfändungsurkunde (SchKG 110, 114), der Schuldner unterliegt dem Verfügungsverbot ab Zustellung der Urkunde. Die Urkunde ist eine öffentlichrechtliche Urkunde. Wurde nichts gefunden, um zu pfänden, gilt sie als definitiver Verlustschein (SchKG 115 i.V.m. 149), wurde nicht genug aufgenommen, gilt sie als provisorischer Verlustschein (SchKG 115 i.V.m. 271 und 285).

e) Die Verwaltung des Pfändungsgutes

Vorbehältlich das Notverkaufs (SchKG 124 II), darf das Pfandgut noch nicht verwertet werden. Das Betreibungsamt hat das Pfändungsgut in erster Linie zu erhalten (SchKG 100). Dazu gehören Zahlungen auf fällige Forderungen zu erheben und Erträgnisse einzuziehen, sofern sie nicht dem Gläubiger zustehen (vgl. SchKG 102, 103).

Bei Grundstücken, bei denen die Verwertung länger dauert (SchKG 116 I, Fristen), wird den Grundpfandgläubigern, den Mietern und den Pächtern mitgeteilt, dass sie nur noch an das Betreibungsamt befreiend leisten können (SchKG 102). Zudem wird das Grundstück bewirtschaftet. Bei ausserordentlichen Verwaltungsmassnahmen hat das Betreibungsamt die Aufsichtsbehörde zu konsultieren, oder das Einverständnis der Beteiligten einzuholen. Für die Kosten hat der Gläubiger einen Vorschuss zu leisten (vgl. VZG 15 ff., Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken).

3.1.2. Gegenstand der Pfändung

a) Voraussetzungen der Pfändbarkeit

Die Pfändung soll den Gläubiger befriedigen. Dabei sind drei Kriterien massgebend:

- Nur Vermögenswerte des Schuldners dürfen gepfändet werden. Ist etwas fraglich, wird dies erst zuletzt gepfändet. Pfändungen von Gegenständen Dritter sind nichtig. Die Vermögenswerte müssen tatsächlich vorhanden sein, d.h. **Anwartschaften sind nicht pfändbar**. Dies gilt auch für Kaufrechte.

- Die Gegenstände müssen einen **Verkehrswert** haben, der **Reinerlös darf nicht nur gering sein** (vgl. SchKG 92 II). Können Gegenstände ihrer Natur nach nicht verwertet werden, ist die Pfändung nichtig.

- Die Pfändung **darf nicht durch eine Vorschrift des Bundesrechts ausgeschlossen sein**. Der Schuldner könnte bei z.B. unpfändbaren Sachen aber verzichten, Beschwerde zu führen. An einen solchen Verzicht im Voraus ist er jedoch nicht gebunden.

Bei einem alleinigen Aktionär seines Arbeitgebers oder wenn der Arbeitnehmer seinen Lohn selber festlegt, ist es angebracht, wie bei einem Selbständigerwerbenden eine Verdienstpfändung vorzunehmen.

b) Die unpfändbaren Vermögenswerte

i. Allgemeines

Die Regelung von SchKG 92 f. gilt auch für den Konkurs (SchKG 197 I, KOV 31) und im Arrestverfahren (SchKG 275). **Implizit gelten sie auch für das Nachlassverfahren** (vgl. SchKG 306 II). Bei der Betreibung auf Pfandverwertung gilt SchKG 92 f. nicht, da **durch die Pfandbestellung dargetan ist, dass der Gegenstand entbehrlich ist**. Dies gilt jedoch nicht für das Retentionsrecht des Mieters (vgl. OR 268 III und ZGB 712k) und gemäss dem ordentlichen Retentionsrecht (ZGB 895 ff.). Juristische Personen haben keinen Kompetenzanspruch.

WIR-Guthaben sind pfändbar und verwertbar, selbst wenn die AGB der WIR-Bank die Abtretung und Verpfändung der WIR-Guthaben ausschliesst.

ii. Unpfändbarkeit aus moralischen, sozialen und wirtschaftlichen Gründen

Unpfändbare Gegenstände nennt man Kompetenzstücke. Sie dürfen nur gepfändet werden, wenn sie einen hohen Wert darstellen, dem Gläubiger steht dann das Auswechslungsrecht zu (SchKG 92 III).

Zum einen fallen **Güter der Hausgemeinschaft** darunter, wenn der Schuldner sie für sich und seine Familie benötigt (Sachen zum persönlichen Gebrauch wie Kleider oder Geschirr, Möbel, dann Haustiere, Futter für vier Monate und Nahrungsmittel und Feuerungsmittel für zwei Monate, SchKG 92 I). Die Unpfändbarkeit kann man aber nur verlangen, wenn man darauf angewiesen ist.

Weiter ist die **Berufsausübung** Bestandteil der wirtschaftlichen Existenz. Diese soll dem Schuldner gewährleistet werden, weswegen Kompetenzqualität allen dazu erforderlichen Gegenständen zuerkannt wird. Als Beruf geschützt ist grundsätzlich die Tätigkeit; es ist daher nicht erforderlich, dass der Schuldner z.B. eine Lehre gemacht hat. Unpfändbar kann auch das Auto eines Unselbständigen sein. **Vom Beruf ist aber die Unternehmung zu trennen (maschinelle Einrichtungen, Naturkräfte, Kapitaleinsatz), die nicht geschützt wird. Die Unternehmung zeichnet sich dadurch aus, dass Kapital und fremde Arbeitskraft die persönliche Arbeitskraft überwiegen**.

Auch geschützt sind religiöse Erbauungsbücher und Kultusgegenstände, aber nur, wenn sie wirklich gebraucht werden.

Ebenso in diese Kategorie gehören die **höchstpersönlichen Rechte**, so der Genugtuungsanspruch bei Verlöbnisbruch, das Wohnrecht, die Heimstätte (ZGB 354 II) und familienrechtliche Unterhaltsansprüche. Gepfändet werden kann das Nutzniessungsrecht, sofern es nicht höchstpersönlich ist (ZGB 758 I, SchKG 132 I), sowie eine Genugtuung, wenn das Geld bereits eingetroffen ist.

iii. Unpfändbarkeit wegen der besonderen Natur oder Zweckbestimmung

Die Vermögenswerte, die wegen ihrer Zweckbestimmung im öffentlichen Interesse schlichtweg unpfändbar sind, sind in SchKG 92 I Ziff. 6 bis 10 und in anderen Bundesgesetzen aufgeführt (z.B. Ansprüche aus einer Lebensversicherung oder Urheberpersönlichkeitsrechte). Die Pfändung dieser Kompetenzstücke ist nichtig. Im Weiteren vgl. VVG 79 II und 80, URG 18 und StGB 378 II.

c) Die beschränkte Pfändbarkeit

i. Gegenstand der beschränkten Pfändbarkeit von Einkünften

- **Erwerbseinkommen**: Entgelt für persönliche Arbeitsleistung. Die Pfändung künftigen Einkommens darf höchstens für ein Jahr (SchKG 93 II) geschehen.

- **Unterhaltsbeiträge**: familienrechtliche Unterhaltsbeiträge, Stipendien. Darunter Fallen auch die Beträge nach ZGB 163 f. und 278. Es obliegt dem Betreibungsbeamten, vorweg über die zivilrechtliche Vorfrage der Pfändbarkeit dieser Ansprüche zu entscheiden.

- **Nutzniessung und deren Erträge**. Darunter ist jegliche Nutzung eines Kapitals zu verstehen, nicht nur die zivilrechtliche Nutzniessung.

- **Leibrentenbetreffnisse**: Bei Leibrenten darf nur das Stammrecht nicht gepfändet werden, während die einzelnen Renten beschränkt pfändbar sind.

ii. Ermittlung des pfändbaren Einkommensteils

Vgl. vorerst dazu die kantonalen Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG (SAR 231.191). Der Grundbedarf eines Erwachsenen beträgt CHF 1'100.-, eines Ehepaares CHF 1'550.- und eines Erwachsenen im Konkubinat CHF 1'000.-. Die pfändbare Quote ist die, die das Existenzminimum (Notbedarf) nicht angreift. Zur Bestimmung ist vom Gesamteinkommen des Schuldners auszugehen. Der Betreibungsbeamte stellt zunächst auf die Auskünfte des Schuldners und seines Arbeitgebers ab, aber auch auf Behörden und Dritten (z.B. eine Sozialversicherung). Weiter ist das Einkommen der gesamten Familie von Bedeutung (Kinder, Unterhaltsbeiträge ZGB 163). Darunter fällt auch das Konkubinatsverhältnis, wenn daraus Kinder ergingen, da insbesondere diese nicht benachteiligt werden dürfen. Massgebend ist der Zeitpunkt der Pfändung.

Bei der Bemessung des Notbedarfs ist der tatsächliche objektive Notbedarf zu bestimmen. In erster Linie kommt hier der Unterhalt des Schuldners und seiner Familie in Betracht, weiter die effektiven Existenzbedingungen in den verschiedenen Verhältnissen (vgl. SchKG 22 bei Missachtung). Kommt einem Auto Kompetenzcharakter zu, kann seine Leasingrate dem Existenzminimum hinzugerechnet werden.

Ist neben dem Schuldner auch sein Ehegatte erwerbstätig, muss der Regelung der gemeinsamen Unterhaltspflicht für die Familie Rechnung getragen werden (ZGB 163). Das Existenzminimum wird dabei im Verhältnis zum Einkommen aufgeteilt und dieser Teil vom Einkommen des Schuldners abgezogen.

Wird der Schuldner für Unterhaltsbeiträge betrieben, wird sein Existenzminimum nicht unbedingt gewährleistet, denn dann spielt das Existenzminimum des Alimentengläubigers eine Rolle. Die Berechnung erfolgt so: die pfändbare Quote X des Schuldners an den Gläubiger verhält sich zum Notbedarf U des Gläubigers gleich, wie das ganze Einkommen des Schuldner E zum Notbedarf des Schuldners und seiner Familie mit Einschluss des Gläubigers N: X/U = E/N. Dieses Vorrecht besteht allerdings nur aus dem letzten Jahr vor der Zustellung des Zahlungsbefehls.

iii. Vollzug und Durchführung der Einkommenspfändung

Die Form ist ebenfalls eine Pfändungserklärung, woraus aber alle Bemessungsgrundlagen ersichtlich sein müssen. Wenn sich die Sachlage ändert, hat jede Partei Anspruch darauf, vor einer Änderung (SchKG 93 III) zu ihren Ungunsten angehört zu werden.

Ist der Anspruch des Schuldners bestritten oder erhebt der Leistungsschuldner eine Einrede, muss das gepfändete Guthaben als bestrittene Forderung gepfändet und verwertet werden. Dies geschieht mittels Forderungsüberweisung nach SchKG 131.

Zur Sicherung familienrechtlicher Unterhalts- und Unterstützungspflichten kann der künftige Lohn auch rechtsgeschäftlich abgetreten oder verpfändet werden (OR 325). Aber eine nach der Pfändung vorgenommene Abtretung künftigen Einkommens bleibt wirkungslos. Eine vor der Pfändung vorgenommene Abtretung bleibt bestehen, sie muss aber dem gutgläubigen debitor cessus angezeigt werden.

Wechselt der Schuldner die Stelle, geht die Pfändung nicht etwa unter, sondern läuft weiter. Dies gilt auch für den Fall der Arbeitslosigkeit, wo das Arbeitslosengeld gepfändet wird. Der Schuldner hat dem Betreibungsamt jeden Wechsel seiner Einkommensverhältnisse zu melden (vgl. StGB 292, 169).

iv. Die Pfändbarkeit von Früchten vor der Ernte (SchKG 94)

Wenn das Grundstück gepfändet ist, gelten Früchte als mitverpfändet (SchKG 102 I, VZG 14 I). Ansonsten können sie separat gepfändet werden, allerdings ist die Pfändbarkeit auf die Reifezeit hinausgeschoben (SchKG 94 I).

Die Rechte des Grundpfandgläubigers gehen der Pfändung der Früchte vor, sofern dieser vor ihrer Verwertung die Betreibung auf Verwertung des Grundpfandes einleitet (SchKG 94 III). Den Grundpfandgläubigern gegenüber gilt die zeitliche Beschränkung freilich nicht. Darum muss die Pfändung des Grundstückes oder die gesonderte Pfändung der Früchte dem Grundpfandgläubiger mitgeteilt werden (SchKG 102 II, VZG 14 II).

3.1.3. Das Widerspruchsverfahren

a) Allgemeines

i. Funktion

Wenn die rechtliche Zugehörigkeit einer Sache unklar oder umstritten ist, kann der Dritte die Sache mit dem Widerspruchsverfahren (Klärung der Rechtslage) zurückholen. Diese Gegenstände dürfen nicht zur Vollstreckung herangezogen werden (Ausnahmen in SchKG 95 III). Ist das Eigentum bzw. die Rechte an den Gegenständen zweifelhaft, werden sie dennoch hinzugezählt. Aus diesem Grunde gibt es das Widerspruchsverfahren.

Das Verfahren kommt immer von Amtes wegen in Gang, sobald das Betreibungsamt von einer Drittansprache an dem zu pfändenden oder schon gepfändeten Vermögenswert Kenntnis erhält. Die sachenrechtlichen Verfolgungsrechte bestehen **alternativ** zu Widerspruchsverfahren. Der Verzicht auf die Nutzung von SchKG 107 berührt die sachenrechtlichen Rechte des Eigentümers/Besitzers nicht.

ii. Gegenstand

Das Gesetz nennt „Rechte Dritter am gepfändeten Gegenstand“ (SchKG 106 ff.). Darunter sind solche Rechte zu verstehen, die die Pfändungsakt vorgehen: Eigentum, Miteigentum, beschränkte dingliche Rechte, Eigentumsvorbehalt, Rang eines Rechtes oder sogar obligatorische Rechte, wo sich die Berechtigten auf ZGB 931 stützen können. Der **Eigentumsvorbehalt wird dabei wie ein Pfandrecht behandelt**. Auch aus dem Familienrecht ergeben sich Widerspruchsberechtigte (Errungenschaftsbeteiligung etc.).

Das Widerspruchsverfahren gilt auch im Pfandverwertungsverfahren (SchKG 155 I) und im Arrestverfahren (SchKG 275).

Bei Änderung des Güterstandes kann es vorkommen, dass Vermögensgegenstände ins Eigentum des Schuldner-Gatten übergehen und damit dem Gläubiger als Haftungssubstrat entgehen. Der Gläubiger kann sich im Widerspruchsverfahren auf die Fortdauer der Haftung berufen (vgl. ZGB 193). Ebenso kann er im Rahmen des Widerspruchsverfahrens auf den paulianisch anfechtbaren Erwerb des gepfändeten Vermögensstücks vom Schuldner berufen, allerdings bedarf es dabei der Aktivlegitimation gemäss SchKG 285 II.

iii. Gerichtsstand und Verfahren i.w.S.

SchKG 109 regelt den Gerichtsstand. Das Gericht des Betreibungsortes ist für Klagen gemäss SchKG 107 V und 108 I zuständig. Bei letzterem sofern der Beklagte Wohnsitz im Ausland hat. Richtet sich die Klage nach SchKG 108 I gegen einen Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz, ist er an dessen Wohnsitz einzuklagen. Bei Grundstücken ist das Gericht am Ort des Grundstückes zuständig.

Der Prozess wird im **beschleunigten Verfahren** durchgeführt (SchKG 109 IV). Der Streitwert bestimmt sich nach kantonalem Recht, ebenso die Kostenverteilung. Die Beweislast regelt ZGB 8, daher auch die Regelung von SchKG 107 f. Für die sachliche Zuständigkeit gelten die Regeln der ZPO (EG SchKG 23 II). Es findet aber kein Verfahren vor Handels- oder Arbeitsgericht statt. Da das beschleunigte Verfahren durchgeführt wird, ist der Friedensrichter nicht anzurufen.

b) Voraussetzungen

- **Anmeldung des Drittanspruchs** beim Betreibungsamt durch den Dritten oder den Schuldner, das behauptete Recht ist geltend zu machen, sowie der angeblich Berechtigte (SchKG 95). Das Recht muss damit ausreichend spezifiziert sein.

- **Zeitpunkt**: Solange es noch Sinn macht, nach der Verwertung bezieht sich der Drittanspruch auf den Erlös, nach der Verteilung ist er nicht mehr möglich (SchKG 106, vgl. aber OR 62 ff.). Der Drittanspruch kann auch bereits bei der Pfändung angemeldet werden.

- Ist die Sache **gestohlen oder verloren** worden, stehen dem Dritten die **sachenrechtlichen Rechtsbehelfe** zur Verfügung, auch nach der Verwertung (ZGB 933 ff.).

c) Das Vorverfahren

Liegt eine gültige Anmeldung vor, wird dies durch das Betreibungsamt den Parteien mitgeteilt (SchKG 106). Gleichzeitig wird das Widerspruchsverfahren eröffnet. Derjenige, der den Gewahrsam an der Sache hat, soll im Widerspruchsprozess die prozessual günstigere Rolle des Beklagten einnehmen dürfen (SchKG 107, 108). Für Grundstücke gilt das Grundbuch als Ersatz für den Gewahrsam, bei Forderungen die Berechtigung, bei Fahrzeugen der Fahrzeugausweis. **Bei Mitgewahrsam hat der Schuldner die Klägerrolle, und nicht der Dritte**. Das Ganze beurteilt sich im Zeitpunkt der Pfändung.

Hat ausschliesslich der Schuldner Gewahrsam (SchKG 107), eröffnet das Betreibungsamt das Widerspruchsverfahren, indem es dem Gläubiger und dem Schuldner eine zehntägige Frist zur Bestreitung des Drittanspruchs setzt. Wird der Anspruch bestritten, hat der Dritte innert 20 Tagen den Widerspruchsprozess einzuleiten.

Bei Allein- oder Mitgewahrsam des Dritten wird dem Schuldner und dem Gläubiger eine 20tägige Frist gesetzt, um das Widerspruchsverfahren einzuleiten (SchKG 108).

d) Der Widerspruchsprozess und die Wirkungen

Die Widerspruchsklage zielt auf die richterliche Abklärung des Drittanspruchs ab. Zivilprozessual handelt es sich um eine Feststellungsklage, wenn die Sache im Gewahrsam des Dritten ist (SchKG 108). Ist sie im Gewahrsam des Schuldners und muss der Dritte klagen (SchKG 107), liegt eine Gestaltungsklage vor.

Die Klage erfüllt einen rein betreibungsrechtlichen Zweck: Abklärung der Zusammensetzung des zur Verwertung bereitgestellten Vollstreckungssubstrats für die hängige Betreibung. Tritt der Schuldner gegen den Dritten as Prozesspartei auf, kommt der Klage materiellrechtliche Natur zu.

Im Verfahren nach SchKG 107 ist der Drittansprecher Kläger, der Schuldner oder der Gläubiger, evtl. zusammen, sind Beklagte. Im Verfahren nach SchKG 108 ist der Gläubiger der Kläger, der Beklagte ist der Dritte. Aber auch dort ist der Schuldner klageberechtigt.

Das Verfahren wird nach den Regeln des **ordentlichen beschleunigten Zivilprozesses** geführt (SchKG 109): Gerichtsstand kann der Betreibungsort, der Ort der gelegenen Sache oder der schweizerische Wohnsitz des beklagten Drittansprechers sein. Die Verwirkungsfristen sind ausnahmsweise verlängerbar und wiederherstellbar (SchKG 33). Die Betreibung bleibt bis zur rechtskräftigen Erledigung der Klage eingestellt (SchKG 109).

Das Widerspruchsverfahren wirkt nur in der hängigen Betreibung. Ist das Recht als bestehend anzusehen, wird es dem Dritten ausgesondert, oder bei beschränkten dinglichen Rechten am Pfändungsgegenstand angemerkt, weil es respektiert werden muss (SchKG 126). Ist das Recht als nicht bestehend anzusehen, nimmt die Betreibung ihren Fortgang und kommt allen an der Pfändung beteiligten Gläubigern zugute.

Macht der Dritte sein Recht nicht geltend und wird der Gegenstand verwertet, steht ihm gegen den Schuldner ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu, weil dessen Schuld gegenüber dem betreibenden Gläubiger ganz oder teilweise aus dem Verwertungserlös getilgt worden ist. Obwohl eine rechtskräftige Abweisung des Dritten keine materiellrechtliche Wirkung hat, steht dem Dritten dann aber kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Meldet der Dritte in Unkenntnis der Pfändung sein Recht nicht an, kann ihm ferner ein Schadenersatzanspruch zukommen, oder u.U. kommt die Staatshaftung nach SchKG 5 ff. in Betracht.

3.1.4. Die Anschlusspfändung

a) Allgemeines

Das Ziel der Anschlusspfändung ist das Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger. Das Prinzip „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“ wird hier gemildert, damit die gleichmässige Teilnahme mehrerer Betreibungsgläubiger gewährleistet ist. Das Gesetz unterscheidet zwei Arten der Anschlusspfändung: die ordentliche (SchKG 110, steht jedem Gläubiger offen) und die privilegierte Anschlusspfändung (SchKG 111).

b) Die ordentliche Anschlusspfändung (SchKG 110)

i. Voraussetzungen

Voraussetzungen sind der **Vollzug einer Hauptpfändung**, das **Vorliegen weiterer Fortsetzungsbegehren** gegen den Schuldner, die **Wahrung der Anschlussfrist** von 30 Tagen seit dem Vollzug der Hauptpfändung und die Anschlussverfügung. Der massgebliche Vollzugszeitpunkt ist der **Tag, an dem die Pfändung tatsächlich erfolgt**. Nicht massgebend ist das Fortsetzungsbegehren, das zur Hauptpfändung führt. In der Regel können nur Gläubiger mit abgeschlossenem Einleitungsverfahren das Fortsetzungsbegehren stellen. Davon besteht in SchKG 83 I aber eine Ausnahme bzgl. der **provisorischen Pfändung** bzw. dem diesbezüglichen Fortsetzungsbegehren.

Das Fortsetzungsbegehren kann aber nur ein Gläubiger stellen, der das Einleitungsverfahren erfolgreich durchgeführt hat. In der Anschlussverfügung vollzieht das Betreibungsamt den Anschluss des hinzutretenden Gläubigers ausdrücklich, es erfolgt ein Nachtrag auf der Urkunde (SchKG 113). Gleich wie die erste Gruppe können sich nach Ablauf der Anschlussfrist in weiteren Zeitspannen von je 30 Tagen neue Pfändungsgruppen bilden (SchKG 110 II). Der Anschluss erfolgt **von Amtes wegen** und bedarf keines Antrages.

ii. Wirkungen

Die Wirkungen der Anschlusspfändung sind Folgende: Alle Gläubiger bilden zusammen eine Pfändungsgruppe, innerhalb derer Gleichberechtigung besteht. Im Falle ungenügender Deckung greift allerdings die **konkursrechtliche Rangordnung** Platz. Jeder Gläubiger wahrt seine Rechte jedoch selbstständig. Von der individuellen Rechtswahrung gibt es indessen zwei Ausnahmen: ein **Verwertungsbegehren wirkt für alle** (SchKG 117) und die Änderung der Pfändung auf Beschwerde wirkt auch für alle.

Das Gebot, nicht mehr zu pfänden, als zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers erforderlich ist (SchKG 97), kann dazu führen, dass wegen neu eintretenden Gläubigern die ursprüngliche Pfändung nicht mehr genügt. Eine von Amtes wegen vorzunehmende Ergänzungspfändung ist deswegen die Folge; diese **Ergänzungspfändung** findet unmittelbar nach Ablauf der Teilnahmefrist statt (SchKG 110 I). Davon zu unterscheiden ist die Nachpfändung, die erst nach Ablauf der Anschlussfrist vorgenommen wird und selbstständigen Charakter hat.

Bei der Nachpfändung i.S.v. SchKG 145 erfolgt ebenfalls der Anschluss an eine laufende Pfändungsgruppe, und zwar unabhängig der Frist von SchKG 88 II. Der Pfändungsanschluss an die Pfändung von Vermögensstücken aus einer erfolgreich geführten Anfechtungsklage (SchKG 285) ist nur möglich, wenn man ebenfalls mit der eigenen Anfechtungsklage erfolgreich war. Bei Wohnsitzwechsel gelten die Regeln der Anschlusspfändung ebenfalls. Der Arrest verleiht noch keine Pfändungsrechte. SchKG 281 I bestimmt aber, dass Arrestgläubiger auch ohne dass sie ein Fortsetzungsbegehren gestellt hätten, von Amtes wegen und mit provisorischer Wirkung an die betreffende Einzelpfändung bzw. Pfändungsgruppe angeschlossen werden. Dies geschieht ebenfalls mit einer betreibungsamtlichen Verfügung. **Wird umgekehrt bereits gepfändetes Gut verarrestiert, ist SchKG 281 aber nicht anwendbar**. In der Regel hat der Pfändungsanschluss eine Ergänzungspfändung zur Folge.

c) Die privilegierte Anschlusspfändung (SchKG 111)

i. Voraussetzungen

Wo Gläubiger und Schuldner in einem familien- oder vormundschaftsrechtlichen Verhältnis zueinander stehen, geniesst der Gläubiger ein doppeltes Vorrecht: Die Anschlussfrist beträgt **40 Tage** (SchKG 111), und er darf **ohne vorgängige Betreibung** der Hauptpfändung sich anschliessen.

Privilegiert sind: der Ehegatte für alle Forderungen, die unmündigen Kinder, Mündel oder verbeiständeten Personen für (fällige) Forderungen aus dem elterlichen oder vormundschaftlichen Verhältnis, mündige Kinder und Grosskinder für ihre Lidlohnforderung (ZGB 334, 334bis) und die Pfründer für ihre Ersatzforderung nach OR 529. Der privilegierte Pfändungsanschluss muss ausdrücklich als solcher verlangt werden, in der Anschlusserklärung ist der Betrag und der Entstehungsgrund der Forderung anzugeben, die zeitlichen Schranken ergeben sich aus SchKG 111.

SchKG 111 ist unabhängig von SchKG 219 (vgl. die Gesetzestexte).

Das Anschlussverfahren ist zum Schutz des Schuldners, da der Gläubiger ohne vorgängige Betreibung an einer bereits vollzogenen Pfändung teilnehmen kann. Die Klage ist eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht, wie auch die Klage im Widerspruchsprozess. Wehren kann sich auch der erste Betreibungsgläubiger. Anschlussprozesse sind im beschleunigten Verfahren zu führen.

ii. Das Vorverfahren

Das Betreibungsamt leitet es ein, indem es dem Schuldner und seinen Gläubigern von der Anschlusserklärung Kenntnis gibt (SchKG 34), sie haben zehn Tage Zeit, um den Anspruch zu bestreiten (SchKG 111). Bei Nichtbestreiten wird die Anschlusspfändung definitiv, Bestreiten dagegen bewirkt, dass der Anschlussgläubiger nur provisorisch an der Pfändung teilnimmt (SchKG 111, 118) und binnen 20 Tagen beim Gericht Klage auf Zulassung des Anschlusses erheben muss, wenn er verhindern will, dass ihm sein Teilnahmerecht endgültig verloren geht.

iii. Der Anschlussprozess und die Wirkungen des Urteils

Die Klage richtet sich gegen den Bestreitenden. Die Klagefrist ist eine Verwirkungsfrist.

Gegenstand der gerichtlichen Beurteilung ist der Bestand und der Umfang de Forderung, wie auch die Voraussetzungen des Anschlussprivilegs. Eine Gutheissung erlaubt dem Ansprecher, an der Pfändung teilzunehmen, eine Abweisung lässt die (provisorische) Teilnahme des Ansprechers dahinfallen.

3.2. Die Verwertung

3.2.1. Allgemeine Grundsätze der Verwertung

a) Das Verwertungsbegehren

i. Legitimation

Die Verwertung geschieht nicht von Amtes wegen, sondern bedarf eines **Begehrens**. Die Legitimation zum Begehren hat jeder Gläubiger einer Gruppe, der definitiv an der Pfändung teilnimmt (SchKG 117). Die Verwertung wirkt dann für die ganze Gruppe. Auch legitimiert sind die Rechtsnachfolger, der Schuldner (SchKG 124 I) und der Dritteigentümer des Pfandes bei der Betreibung auf Pfandverwertung.

Wenn sich ein Notverkauf aufdrängt (SchKG 124) oder bei einer Nachpfändung (SchKG 145), geschieht die Verwertung von Amtes wegen. Sonst braucht es immer ein Begehren. Unnötig ist die Verwertung bei Bargeld, ausser es handelt sich um Fremdwährung. Wirft das Pfändungsobjekt in bar ausgerichtete Beträge ab, sind diese an die Gläubiger zu verteilen, auch wenn keiner die Verwertung des Pfändungsobjektes verlangt hat (vgl. VZG 22 III und VVAG 8 II.

ii. Form und Fristen

Die Form kann mündlich oder schriftlich sein. Die Fristen (SchKG 116 I) sind unterschiedlich. Sie sind zwingend, nur ausnahmsweise darf eine vorzeitige Verwertung stattfinden (siehe unten). Wird die Endfrist nicht eingehalten, erlischt die Betreibung (SchKG 121). Ein gültiges Begehren verpflichtet das Betreibungsamt, zur Verwertung zu schreiten, und zur Benachrichtigung des Schuldners (SchKG 120, binnen 5 Tagen). Die Verwertung darf nur bedingungslos begehrt werden. Örtlich zuständig ist das Betreibungsamt, das die Pfändung angeordnet hat. Nach dem Eingang des Verwertungsbegehrens wird der Schuldner binnen drei Tagen davon benachrichtigt (SchKG 120). Der Rückzug – auch wenn er bedingt ist – ist als unbedingter Rückzug zu behandeln. Ebenso als Rückzug ist das Ersuchen um Aufschiebung der Verwertung oder die Stundung zu behandeln. Eine Erneuerung des Verwertungsbegehrens hat innerhalb der Frist zu ergehen.

Erst das Verwertungsbegehren löst die eigentlichen Fristen aus (SchKG 122, 133). Der Fristenlauf wird in folgenden Fällen ex lege gehemmt: während der Dauer des Widerspruchsprozesses (SchKG 109 V), während der Dauer der provisorischen Pfändung (SchKG 118, der Gläubiger ist nicht berechtigt, die Verwertung zu verlangen), **während der Stundung für eine einvernehmliche Schuldenbereinigung (SchKG 334 III) und während der Notstundung (SchKG 343 II)**. Die Einstellung der Betreibung (SchKG 77 III, 85, 85a) hemmt den Fristenlauf nicht, das Betreibungsamt darf lediglich keine Betreibungshandlungen vornehmen.

b) Allgemeine Grundsätze und Rechtsnatur

Zu den allgemeinen Grundsätzen gehört die **Zuständigkeit des Betreibungsamtes**, in dessen Kreis die zu verwertenden Gegenstände liegen (SchKG 89) für Versteigerungen. Einen Freihandverkauf oder eine Forderungsüberweisung (SchKG 130, 131) kann auch das Amt, das die Betreibung führt, vollziehen, sofern das Amt, an dem die zu verwertenden Gegenstände liegen, zustimmt.

Ein weiteres Prinzip ist das **Versilberungsprinzip**, also das Gegenstand-zu-Geld-machen-Prinzip. Die einzige Ausnahme bildet die Forderungsüberweisung nach SchKG 131. Weiter soll die Verwertung nur dem Betreibungszweck dienen, es soll vor allem nicht mehr verwertet werden als nötig ist (**Deckungsprinzip**, SchKG 126). Das Deckungsprinzip besagt, dass der Zuschlag nur dann erklärt werden darf, wenn das letzte Angebot den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Rang vorgehender pfandversicherter Forderungen übersteigt. Es gilt auch für die Grundstückssteigerung (SchKG 142a, 143).

Der Doppelaufruf wird bei einem Gegenstand gemacht, auf welchem ein Pfandrecht lastet. Je nachdem, welcher Aufruf mehr einbringt, wird derjenige zugeschlagen.

Die Verwertung ist eine amtliche Verfügung des Vollstreckungsorganes. Somit schliesst sie die privatrechtliche Gewährleistung aus wie auch die privatrechtliche Anfechtung. Sie kann nur mit der betreibungsrechtlichen Beschwerde angefochten werden, auch wegen materiellen Mängel (SchKG 132 und 143, vgl. auch OR 230 II). Die **Fristen** für die betreibungsrechtliche Beschwerde ergeben sich aus SchKG 132a II und III. Sie betragen **10 Tage** (relativ) oder **ein Jahr** (absolut).

3.2.2. Bewegliche Sachen, Forderungen und anderen Rechten

a) Begriff und Zeitpunkt

i. Allgemeines

Bewegliche Sachen sind alle körperlichen Gegenstände, die nicht Grundstücke im Sinne von ZGB 655 sind. Zugehör wird miterfasst, kann aber u. U. auch gesondert gepfändet werden (VZG 27). Forderungen müssen unbestritten, aber noch nicht fällig sein. Ist sie einem Wertpapier verkörpert, wird sie als bewegliche Sache verwertet. Die Verwertung darf **frühestens einen Monat und spätestens ein Jahr nach der Pfändung** verlangt werden (SchKG 116 I). Ist künftiger Lohn gepfändet worden, kann die Verwertung der gepfändeten, vom Arbeitgeber noch nicht abgelieferten Beträge innert 15 Monaten nach der Pfändung verlangt werden. Wenn der Arbeitgeber die gepfändeten Beträge monatlich an das Betreibungsamt überweist, bedarf es keines Verwertungsbegehrens.

Die Regel für den Zeitpunkt der Verwertung ist in SchKG 122 zu finden (zwischen 10 Tagen und 2 Monaten nach dem Eingang des Verwertungsbegehrens). Die Verwertung kann nur durch **Beschwerde gegen den Zuschlag oder den Abschluss des Freihandverkaufs angefochten werden** (SchKG 132a). Die Frist beginnt bei Kenntnis des Beschwerderechtes, erlischt jedenfalls aber ein Jahr nach der Verwertung.

ii. Ausnahmen

Ausnahmen gibt es beim Notverkauf (kostspieliger Unterhalt, schnelle Wertverminderung) und bei dem Begehren des Schuldners (SchKG 124). Eine weitere Ausnahme ist der **Verwertungsaufschub**. Er kann durch Gesetz (SchKG 122 II, unreife Früchte) oder durch Verfügung des Betreibungsamtes (SchKG 123) aufgeschoben sein.

Die Voraussetzung des Aufschubs ist die Glaubhaftmachung der ratenweisen Tilgung der Schuld durch den Schuldner. Nach Einfang der ersten Zahlung bewilligt das Betreibungsamt den Aufschub, der dieselben Wirkungen wie die Stundung hat. Ob ein Aufschub, ist eine Rechtsfrage, die Festsetzung eine Ermessensfrage, sie darf aber höchstens 12 Monate dauern (oder deren sechs bei Forderungen nach SchKG 219). Sie fällt bei einer einzigen unpünktlichen Rate dahin; der Grund ist egal.

Die Durchführung der vorzeitigen Verwertung geschieht gleich wie die „normale" Verwertung, d.h. nach SchKG 125 ff. Der Notverkauf braucht sich nicht an die geschlossenen Zeiten, die Betreibungsferien und den Rechtsstillstand zu halten.

Ist von vorneherein anzunehmen, dass der Zuschlag gemäss SchKG 126 nicht möglich sein wird, kann das Betreibungsamt auf Antrag des betreibenden Gläubigers von der Verwertung absehen und einen Verlustschein ausstellen (SchKG 127).

b) Die öffentliche Versteigerung

i. Vorbereitung

Es erfolgt eine öffentliche Bekanntmachung (SchKG 125 I und II) von Ort, Tag und Stunde, sowie eine individuelle Mitteilung mindestens 3 Tage vor der Versteigerung von Zeit und Ort an den Schuldner, die Gläubiger und beteiligte Dritte (SchKG 125 III). Das Nichteinhalten dieser Vorschriften kann eine Beschwerde nach sich ziehen.

ii. Das Steigerungsverfahren

Teilnehmen kann jedermann. Der Steigerungsgegenstand wird nach dreimaligem Aufruf dem Meistbietenden zugeschlagen, sofern das Deckungsprinzip (SchKG 126, sonst SchKG 127 [Ausstellung eines Verlustscheins sowie der Untergang des Pfandrechtes]) gewahrt wird. Gegenstände aus Edelmetall dürfen nicht unter ihrem Metallwert zugeschlagen werden (SchKG 128), ein späterer freihändiger Verkauf ist aber möglich.

Mit dem Zuschlag (dreimaliger Aufruf) erwirbt der Bieter **unmittelbar Eigentum** am Steigerungsgegenstand (OR 235), Nutzen und Gefahr gehen über. Die Sache wird aber erst übergeben, wenn er den Kaufpreis bezahlt hat (SchKG 129 I). Wird die Zahlung nicht geleistet, hat das Betreibungsamt eine neue Steigerung anzusetzen (SchKG 129 II). Der Nichtzahlende haftet zehn Jahre lang für die daraus entstandenen Mehrkosten (SchKG 129 III). Dies schliesst auch den Ausfall der Differenz zwischen dem Angebot an der früheren Steigerung und dem Niedrigeren an der neuen Steigerung erzielten Preis mit ein, sofern an der zweiten Steigerung kein Zuschlag in der Differenz zwischen dem Minimalpreis und dem ursprünglichen Angebot erfolgt.

c) Die ausserordentlichen Verwertungsarten

i. Der Freihandverkauf (SchKG 130)

Wann ein Freihandverkauf durchgeführt wird, bestimmt das Gesetz. Ob der Gegenstand dann wirklich verkauft wird, ist ein Ermessensentscheid des Betreibungsamtes. Es müssen aber alle Beteiligten einverstanden sein, ausser natürlich der Forderungsgläubiger. In drei Fällen darf auch **ohne Zustimmung der Beteiligten** freihändig verkauft werden:

- wenn die Gegenstände aus **Edelmetall** ihren Materialwert bei der Versteigerung nicht erreichten (SchKG 130 Ziff. 3).
- wenn **Wertpapiere** oder anderes Pfändungsgut mit einem Börsenpreis zum Tageskurs verkauft werden können (SchKG 130 Ziff. 2).
- im Falle eines **Notverkaufes**.

Wie bei der Versteigerung ist eine Gewährleistung des Betreibungsamtes für Sach- und Rechtsmängel ausgeschlossen (vgl. OR 234 I).

ii. Die Forderungsüberweisung (SchKG 131)

Die Verwertungsart eignet sich für illiquide Geldforderungen ohne Markt- oder Börsenpreis (SchKG 131). **Sämtliche Gläubiger** müssen einverstanden sein, weil mit der Forderungsüberweisung das Versilberungsprinzip durchbrochen wird. Wegen dem Interessenkonflikt muss der Gläubiger, der gleichzeitig Schuldner ist, nicht einverstanden sein. SchKG 131 ist auch in der Betreibung auf Pfandverwertung anwendbar, soweit verpfändete Forderungen zu verwerten sind. Das Gesetz kennt **zwei Arten** der Forderungsüberweisung:

- **Abtretung einer Forderung zum Nennwert an Zahlungsstatt**: Als Zessionare kommen sämtliche an der Pfändung beteiligten Gläubiger in Betracht. Die Wirkungen entsprechen denjenigen der privatrechtlichen Zession. Es gilt aber zu beachten: Erfolgt die Abtretung an sämtliche beteiligten Gläubiger, treten sie gemeinsam in die Rechte gegen den Drittschuldner. Da die Abtretung an Zahlungsstatt erfolgt, ist die Betreibungsforderung in der Höhe der Forderung getilgt, egal ob der Schuldner der Forderung bezahlt oder nicht. Wird nur an einzelne Gläubiger abgetreten, erfolgt die Abtretung auch auf gemeinschaftliche Rechnung aller Gläubiger. Die Zessionare handeln als Mandatare, d.h. sie sind verpflichtet zur Geltendmachung der Forderung. Auch hier kann der Drittgläubiger die Einreden von OR 169 entgegenhalten.
- **Abtretung einer Forderung zur Eintreibung**: Hier handelt es sich nicht um eine Zession. Das Betreibungsamt ermächtigt den Übernehmer bloss zur Eintreibung der Forderung. Diese Abtretung eignet sich vor allem da, wo die Erfüllung unsicher ist. In ihren Wirkungen kommt sie der Abtretung nach SchKG 260 im Konkursverfahren gleich: Die Gläubigerrechte bleiben beim Betriebenen, der Drittschuldner kann keine Einreden gegen die Gläubiger erheben, die Gläubiger übernehmen die Eintreibung auf eigene Gefahr und der Nutzen einer erfolgreichen Eintreibung kommt den übernehmenden Gläubigern zugute.

iii. Die Verwertung anderer Rechte

- **Immaterialgüterrechte** (SchKG 132 I und II): Das Betreibungsamt ersucht die Aufsichtsbehörde, das Verfahren festzulegen.

- **Anteile am Gemeinschaftsvermögen** (SchKG 132 I, 15 i.V.m. VVAG 9 ff., Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen am Gemeinschaftsvermögen): Das Betreibungsamt soll versuchen, zwischen den pfändenden Gläubigern, dem Schuldner und den andern Teilhabern der Gemeinschaft eine gütliche Einigung herbeizuführen (Abfindung etc.). Führt das nicht zum Ziel, sollen die Beteiligten zuhanden der Aufsichtsbehörde Verwertungsmassnahmen vorschlagen. Dieses entscheidet dann über die Verwertungsart. Wenn eine einfache Gesellschaft Miteigentum an einem Objekt besitzt, sind die gepfändeten Anteile am Gesellschaftsvermögen und nicht die Miteigentumsanteile zu verwerten!

3.2.3. Verwertung von Grundstücken

a) Allgemeines

Da wie bei der Generalexekution nicht alle Gläubiger am Vollstreckungsverfahren teilnehmen, hat der Gesetzgeber Sicherungen eingebaut, die einem Missbrauch vorbeugen sollen. Die Frist für das Verwertungsbegehren beträgt **frühestens sechs Monate und spätestens zwei Jahre nach der Pfändung**.

Grundstücke nach ZGB 655 können ebenfalls durch öffentliche Versteigerung oder durch Freihandverkauf verwertet werden. Sie sollen **frühestens einen Monat und spätestens drei Monat nach Eingang des Verwertungsbegehrens verwertet werden** (SchKG 133 I). Eine vorzeitige Verwertung ist nur auf Begehren des Schuldners mit Zustimmung der Pfändungs- und der Grundpfandgläubiger möglich. Ein Aufschub ist ebenfalls möglich (SchKG 123, 143a). Mitgepfändetes Zugehör wird mitverwertet, nur mit Zustimmung sämtlicher Beteiligter darf es gesondert verwertet werden.

SchKG 133-143b behandeln die Verwertung von Grundstücken im Rahmen der Betreibung auf Pfändung, doch sind sie auch im Rahmen der Betreibung auf Pfandverwertung anwendbar (SchKG 156).

b) Besonderheiten durch das BGBB

Alle landwirtschaftlichen Gewerbe und alles landwirtschaftliche Land unterstehen dem BGBB (vgl. BGBB 1 ff.). Wer ein solches Grundstück erwerben will, bedarf einer Bewilligung (BGBB 61 I). Wenn kein Verweigerungsgrund vorhanden ist, wird die Bewilligung erteilt (BGBB 63). Ein Verweigerungsgrund ist, wenn der Erwerber nicht Selbstbewirtschafter ist, wenn ein übersetzter Preis vereinbart wurde, wenn der Erwerber bereits über mehrere landwirtschaftliche Grundstücke verfügt oder das Grundstück ausserhalb des für den Erwerber ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs liegt. Nach dem erfolgten Zuschlag **muss der Erwerber innert 10 Tagen ein Bewilligungsgesuch einreichen**

(BGBB 67 I). Damit kein übersetzter Preis entsteht, wird eine Feststellungsverfügung über die Höhe des zulässigen Preises erwirkt (BGBB 68 I). Bei der Erreichung dieses Preises wird nicht mehr erhöht, sondern der Zuschlag durch Losentscheid getroffen (BGBB 68 II). Im Weiteren zu beachten ist die Belastungsgrenze (BGBB 73).

Zu beachten sind auch die Vorkaufsrechte, so insbesondere damit verbunden auch der Übernahmepreis für Verwandte (BGBB 44). Als Besonderheit kommt dieses Preisprivileg aber hier eben nicht zur Anwendung.

c) Vorbereitung

i. Allgemeines

Das Betreibungsamt erlässt die Steigerungspublikation, erstellt das Lastenverzeichnis und leitet das Lastenbereinigungsverfahren ein, schätzt das Grundstück und setzt die Steigerungsbedingungen fest (vgl. SchKG 134 f.).

Wird von vornherein ein Freihandverkauf angestrebt, verlangt das Gesetz eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung allfälliger Ansprüche am Grundstück (SchKG 143).

ii. Die Steigerungspublikation und die Anmeldung der Lasten

Die Grundstückssteigerung muss einen Monat vorher öffentlich bekannt gemacht werden (SchKG 138 I, 35). Der Mindestinhalt ist der Ort, Tag und Stunde, das Datum, von dem an die Steigerungsbedingungen vorliegen, den Namen des Eigentümers, der Schätzwert, die genaue Bezeichnung des Grundstücks und die Aufforderung an die Pfandgläubiger und weitere Berechtigte, ihre Anspruche am Grundstück binnen 20 Tagen anzumelden. An die Beteiligten erfolgt eine individuelle Anzeige (SchKG 139).

Alle Rechte am zu verwertenden Grundstück sollen ebenfalls geltend gemacht werden. (SchKG 140). Die Anmeldefrist ist eine Verwirkungsfrist, nach deren Ablauf nicht angemeldete Lasten nicht mehr ins Verzeichnis aufgenommen werden dürfen.

Keiner Anmeldung bedürfen die **servitutes apparentes**, weil für sie die natürliche Publizität besteht (ZGB 676 II, 691),

iii. Das Lastenverzeichnis

Es dient der Abklärung der auf dem Grundstück haftenden dinglichen und realobligatorischen Rechten, weil einzelne Lasten dem Erwerber des Grundstücks überbunden werden. Zudem mindern Lasten den Wert (Deckungsprinzip). Zugleich kann nur mit dem genauen Wert des Grundstückes das Deckungsprinzip eingehalten werden. In das Lastenverzeichnis gehören die Bezeichnung des Grundstücks samt Zugehör, die Schätzung, die Lasten und ihr Rang (SchKG 140 I). Bzgl. den gesetzlichen Pfandrechten sind im Kanton Aargau insbesondere EG ZGB 123, EG GSchG 47 und BauG 34 von Bedeutung.

Grundlage bildet der Grundbuchauszug, weiter die unmittelbaren gesetzlichen Pfandrechte, die servitutes apparentes (ZGB 676, 691) und die gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen. Ergänzend werden die gemachten Eingaben berücksichtigt.

Die Lastenbereinigung ist die Abklärung, ob die Lasten auch wirklich bestehen. Sie ist im **VZG** geregelt (Art. 137 bis 140), sowie in SchKG 140 II. Den Beteiligten wird das Lastenverzeichnis mitgeteilt, worauf sie 10 Tage Zeit zur Klage haben (Verweis auf SchKG 106-109). Bleibt das Verzeichnis unbestritten, gelten diese Lasten und die Verteilung kann beginnen (SchKG 138 II Ziff. 1, vgl. auch SchKG 107, 108 III, 109 III zum Lastenbereinigungsprozess). Dreht sich ein Streit nicht um einen Anspruch, sondern bloss um die Einhaltung der Verfahrensvorschriften, ist die betreibungsrechtliche Beschwerde möglich.

Das Lastenverzeichnis **entbehrt der materiellen Rechtskraft**, es bildet nur die Grundlage der Verwertung in der hängigen Betreibung. Es bindet den Erwerber des Grundstücks. Zu beachten ist aber, dass nicht aufgeführte sevitutes apparentes trotzdem ihren Rechtsbestand haben, also auch für den gutgläubigen Erwerber. Das Betreibungsamt kann zudem das Lastenverzeichnis von Amtes wegen abändern, wenn es an Mängeln leidet, die Nichtigkeit zur Folge haben sowie bei neuen Tatsachen oder Rechtsverhältnissen.

Sobald das Lastenverzeichnis rechtskräftig ist, wird das Grundstück neu geschätzt (SchKG 140 III). Der Inhalt der Steigerungsbedingungen ergibt sich aus SchKG 135 und aus VZG 45-51. Die Versteigerung kann nicht durchgeführt werden, solang ein Anspruch im Lastenverzeichnis streitig ist (SchKG 141, ausgenommen ist davon ein Streit über Zugehör).

d) Das Verwertungsverfahren

i. Allgemeines

Auch hier gilt das Deckungsprinzip sowie die Bestimmung über den Verzicht auf die Verwertung (SchKG 142a). Eine Besonderheit der Grundstücksversteigerung stellt die Möglichkeit des Doppelaufrufs dar (SchKG 142), der in drei Fällen vorkommen kann: VZG 56 (Dienstbarkeiten, Grundlasten, Pfandrechte), 42 (Anspruch bestritten) und 57 (Zugehör). Hierzu ein Beispiel: Auf ein Grundstück, das bereits mit einer Hypothek von Fr. 300'000 belastet war, wurde eine Dienstbarkeit gelegt. Werden in der Versteigerung mehr als Fr. 300'000 geboten, entfällt der Doppelaufruf. Werden für das Grundstück mit der nachgehenden Dienstbarkeit Fr. 280'000 geboten, so ist das Ergebnis ohne die Dienstbarkeit zu ermitteln (z.B. Fr. 305'000). Das Grundstück wird dann ohne die Dienstbarkeit zugeschlagen, der Grundpfandgläubiger wird befriedigt, der Dienstbarkeitsberechtigte erhält Fr. 5'000.

Der Doppelaufruf findet aber nur statt, wenn er vom vorrangberechtigten Grundpfandgläubiger verlangt wird (SchKG 142 I).

Vertragliche Vorkaufsrechte können in der Zwangsverwertung nicht geltend gemacht werden (OR 216c II, VZG 51 I). Die gesetzlichen Vorkaufsrechte können im Rahmen der Zwangsverwertung geltend gemacht werden, allerdings nur an der Steigerung selbst und zu den Bedingungen, zu welchen das Grundstück dem Ersteigerer zugeschlagen wird (ZGB 681 I, VZG 60a). Allenfalls gemäss ZGB 681b vereinbarte Vorzugsrechte sind dabei unbeachtlich.

ii. Verfahren der Ersteigerung

Der Zuschlag darf nur auf Angebote namentlich bezeichneter, bekannter Personen erteilt werden (VZG 58 III). Er bewirkt den Eigentumsübergang (originär, dadurch ist der Steigerer unter Vorbehalt von SchKG 106 vor Entwehrung geschützt). Der Erwerber kann

aber erst über das Grundstück verfügen, wenn er im Grundbuch eingetragen ist (ZGB 656 II, SchKG 150, 137).

Zahlungsfrist darf höchstens bis zu 6 Monaten gewährt werden (SchKG 136). Während der Zahlungsfrist bleibt das Grundstück bis zur Bezahlung der Kaufsumme auf Rechnung und Gefahr des Erwerbers in der Verwaltung des Betreibungsamtes (SchKG 137) Zahlungsverzug hat zur Folge, dass der Zuschlag widerrufen und der Eigentumsübergang rückgängig gemacht wird (SchKG 143 I). Säumige Steigerer haften für den Ausfall und allen weiteren Schaden (SchKG 143 II).

Gemäss SchKG 143a gelten auch hier die Art. 123 und 132a (Aufschub der Verwertung und Anfechtung des Zuschlages). **Bei der Beschwerde zur Aufhebung des Zuschlages ist es nicht möglich, die Zuweisung der Liegenschaft an den Beschwerdeführer zu verlangen**. Die Folge ist die Ansetzung einer neuen Steigerung.

iii. Verfahren des Freihandverkaufs

Zum Freihandverkauf müssen drei Bedingungen kumulativ erfüllt sein (SchKG 143b): Das **Einverständnis der Beteiligten** (Schuldner, Pfändungsgläubiger, Ehegatte des Schuldners, Grundpfandgläubiger und alle Dienstbarkeitsberechtigten), eine **durchgeführte Lastenbereinigung** und die **Einhaltung des Schätzungspreises**.

Abwicklung des Freihandverkaufs (SchKG 143b II): Das Deckungsprinzip ist zu wahren (SchKG 126), der Verkauf ist zu protokollieren, und es bedarf einer schriftlichen Verkaufsverfügung. **Eine öffentliche Beurkundung ist nicht nötig**, da es sich um eine Verfügung des Betreibungsamtes handelt. Ein doppelter Aufruf ist auch möglich, das Grundstück kann also zuerst mit und dann ohne die nachgehende Last angeboten werden. Der Eigentumsübergang geschieht derivativ. Als Verfügung kann auch der Freihandverkauf mit Beschwerde angefochten werden (SchKG 132a, 143a).

3.3. Die Verteilung

3.3.1. Voraussetzungen, Verfahren, Kollokationsplan

a) Voraussetzungen

Die Verteilung wird **von Amtes wegen** vorgenommen. Grundsätzlich setzt sie voraus, dass das gesamte Pfändungsgut verwertet ist (SchKG 144 I). Von dieser Regel darf nur ausnahmsweise abgewichen werden:

- Das Betreibungsamt darf jederzeit **Abschlagsverteilungen** vornehmen, wenn es die Verhältnisse rechtfertigen und keine Beeinträchtigung des Enderlöses der Verteilung zu befürchten ist (SchKG 144 II).

- Aus dem Erlös eines Grundstückes sollen die im rechtskräftigen Lastenverzeichnis enthaltenen fälligen Grundpfandforderungen sofort bezahlt werden (VZG 79 III).

- Wenn schon **hinreichende Mittel** vorhanden sind (vgl. VZG 22 II).

b) Das Verteilungsverfahren

Jede Pfändungsgruppe wird gesondert verwertet (SchKG 110 III). **Erstens werden die Kosten der Verwaltung, Verwertung und Verteilung gedeckt** (SchKG 144 IV). Vorschüsse der Gläubiger werden zurückerstattet, so auch insbesondere die Kosten für die Ersatzgegenstände. **Zweitens werden die Gläubiger** aus dem übrig bleibenden Reinerlös befriedigt. In erster Linie werden die **Pfandgläubiger sowie die Retentionsberechtigten befriedigt**. Beim Grundstück sind es die Dienstbarkeitsberechtigten oder die Inhaber vorgemerkter persönlicher Rechte. Zuletzt kommen die Betreibungsgläubiger.

Die Verteilung wird bei der provisorischen Pfändung aufgeschoben (SchKG 144 V). VZG 117 bestimmt weiter, dass Baupfandgläubiger (ZGB 841), die bei der Verteilung zu Verlust kämen, innerhalb der vom Betreibungsamt angesetzten zehntätigen Frist ihr Privileg gerichtlich geltend machen. Bis zur Erledigung des Prozesses bleibt die Verteilung aufgeschoben.

Im günstigsten Fall reicht der Reinerlös aus, er geht an die nachfolgende Gruppe oder zuletzt an den Schuldner zurück. Genügt der Erlös nicht, muss das Betreibungsamt eine Nachpfändung vollziehen (SchKG 145 I). Stehen keine weiteren Vermögenswerte zur Verfügung, werden die Gläubiger gemäss Kollokationsplan befriedigt. Die Nachpfändung erfolgt von Amtes wegen, wie auch die darauf folgende Verwertung. Allfällige weitere, dazwischen ergangene Pfändungen bleiben von der Nachpfändung unberührt (SchKG 145 II). Tätigt der Betriebene unzutreffende Angaben bei der Pfändungseinvernahme, ist ebenfalls eine Nachpfändung anzunehmen, und nicht eine Pfändungsrevision.

c) Der Kollokationsplan

i. Begriff und Inhalt

Der Kollokationsplan ist der Plan für die Rangordnung der Gläubiger (SchKG 146 I). Er wird vom Betreibungsamt erstellt, wenn die Gläubiger nicht befriedigt werden können. Das Kernstück des Inhalts ist die Rangordnung der Gläubiger, die sich aus den konkursrechtlichen Grundsätzen ergibt, so insbesondere aus SchKG 219. Der Kollokationsplan wird nicht publiziert, sondern beim Betreibungsamt aufgelegt, und jeder Beteiligte wird mittels Mitteilung benachrichtigt (SchKG 147).

ii. Inhalt

- Verzeichnis aller Gläubiger mit ihren Forderungen (SchKG 144 IV).
- Rangordnung der Gläubiger (SchKG 146 II mit Hinweis auf SchKG 219). Hinsichtlich des Ranges steht dem Betreibungsamt materielle Entscheidbefugnis zu. Innerhalb der Klassen sind die Gläubiger gleichberechtigt (SchKG 220 I, anteilsmässige Dividende).
- Verteilungsplan, also die Beantwortung der Frage, wie hoch die Dividende und ein möglicher Ausfall sind.
- Bedeutsame Mitteilungen (Möglichkeit der Anfechtung, Inkrafttreten etc.).

iii. Die Anfechtung

Bei Verfahrensfehlern steht die betreibungsrechtliche Beschwerde zur Verfügung. Materiellrechtliche Beanstandungen einer Kollokation müssen mittels gerichtlicher Klage angebracht werden.

Die Klage ist dann gegeben, wenn ein Gläubiger die Kollokation der Forderung eines anderen Gläubigers in derselben Gruppe nach Bestand, Höhe oder Rang bestreiten will. Die Klage verfolgt den betreibungsrechtlichen Zweck, dass die Kollokation eines anderen Gläubigers abgeändert wird. Zur Abgrenzung gegenüber der Beschwerde sind folgende Abgrenzungskriterien massgebend: Gegenstand der Kollokationsklage ist die nach materiellrechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmende Prüfung, ob eine im Pfändungsverfahren beteiligte Forderung nach Bestand, Höhe und Rang begründet und deshalb zur Teilnahme am Verwertungsverfahren berechtigt ist. Beanstandungen, die lediglich das vom Betreibungsamt bei der Erstellung des Kollokationsplanes und der Verteilungsliste einzuhaltende Verfahren betreffen und keine Prüfung zivilrechtlicher Ansprüche erfordern, fallen in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde und sind auf dem Beschwerdeweg geltend zu machen. **Wird fälschlicherweise eine Klage erhoben, hat ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen. Im Gegensatz zur Generalexekution ist eine positive Kollokationsklage, d.h. die Klage auf Aufnahme der eigenen Forderung, nicht möglich**. Die für die Kollokation in der Spezialexekution geltende Verbindlichkeit des Einleitungsverfahrens schliesst eine eigene Prüfungsbefugnis des Amtes, abgesehen von der Rangzuteilung, aus. Der Gläubiger, der die Kollokation der eigenen Forderung als mangelhaft erachtet, macht deshalb eine Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften mittels Beschwerde geltend. **Das Ergebnis des Widerspruchsverfahrens nach SchKG 106 ff. kann mittels Klage nicht mehr abgeändert werden**. Dasselbe gilt für die Anschlussverfahren nach SchKG 110 f. und für die Lastenbereinigung nach SchKG 140.

Der Streitwert berechnet sich aus dem, welches der Plan dem Gläubiger zuordnet und dem, welches der Kläger dem Gläubiger zuordnet. Die Klage ist binnen 20 Tagen seit Mittelung beim Betreibungsamt anzuheben. Der Prozess wird im **beschleunigten Verfahren geführt** (SchKG 148, nach den Regeln der ZPO [EG SchKG 23 II]).

Das **Urteil wirkt nur in der hängigen Betreibung** und nur zwischen den streitenden Gläubigern (SchKG 148). Als betreibungsrechtliche Streitigkeit mit Reflexwirkung auf das materielle Recht kann der letztinstanzliche kantonale Entscheid bei gegebenen Voraussetzungen ans Bundesgericht weitergezogen werden.

3.3.2. Quittung und Verlustschein

a) Allgemeines

Der Schuldner hat Anspruch darauf, dass ihm bescheinigt wird, was den Gläubigern ausbezahlt wird. Dies geschieht mittels **Quittung** (SchKG 150).

Der Gläubiger hat **Anspruch auf einen amtlichen Ausweis für den in der Betreibung nicht gedeckten Teil seiner Forderung**. Dazu dient der Verlustschein (SchKG 149, 149a). Der Verlustschein ist eine öffentliche Urkunde, er enthält den Gläubiger, den Schuldner, die Daten der Pfändung und der Verteilung, die Gesamthöhe der Forderung

und ihren ungedeckten Teil, sowie die Rechtswirkungen. Als reines Beweismittel kann der Verlustschein bei Verlust erneuert werden.

b) Voraussetzungen

Als Voraussetzung können nur die betreibenden Pfändungsgläubiger einen Verlustschein für den ungedeckten Forderungsbetrag erhalten (SchKG 149 I). Der Verlust muss eindeutig feststehen, so also z.B. nach der Verwertung oder sogar vor der Verwertung, wenn diese erfolglos war und keine Nachpfändung mehr stattfinden kann oder wenn der Schuldner das Pfändungsgut verschwinden liess. Oder vielleicht schon im Pfändungsverfahren, wenn überhaupt kein pfändbares Vermögen vorhanden ist (definitiver Verlustschein) oder wenn die Schätzung des Betreibungsbeamten ein nicht genügendes pfändbares Vermögen aufweist (provisorischer Verlustschein).

Steht der Verlust fest, wird der Verlustschein von Amtes wegen ausgestellt (SchKG 149, vgl. SchKG 127). Der Schuldner erhält ein Doppel. Der Unterschied zum provisorischen Verlustschein nach SchKG 115 ist der, dass dieser lediglich auf der Schätzung des Pfändungsgutes beruht, dass er das Betreibungsverfahren nicht abschliesst und dass er nur beschränkte Rechtswirkungen entstehen lässt.

c) Wirkungen

Als **betreibungsrechtliche Wirkung** bewirkt der definitive Verlustschein das Ende der Betreibung. Er gilt als Schuldanerkennung (SchKG 82) und provisorischer Rechtsöffnungstitel. Die Betreibung ist binnen sechs Monaten ohne neuen Zahlungsbefehl fortsetzbar (SchKG 149 III). Der Verlustschein bildet ferner einen Arrestgrund (SchKG 149 II, 271 I Ziff. 5) und berechtigt den Gläubiger zur Anfechtungsklage gegen einen vom Schuldner begünstigten Dritten (SchKG 149 II, 285 II Ziff. 1).

Zivilrechtlich ist die Forderung nicht mehr verzinslich für den Schuldner (SchKG 149 IV), es gilt die Verjährungsfrist von 20 Jahren (SchKG 149a I, aber nur gegen den Schuldner, nicht gegen allfällige Mitverpflichtete). Gegenüber den Erben verjährt die Forderung spätestens ein Jahr nach Eröffnung des Erbganges.

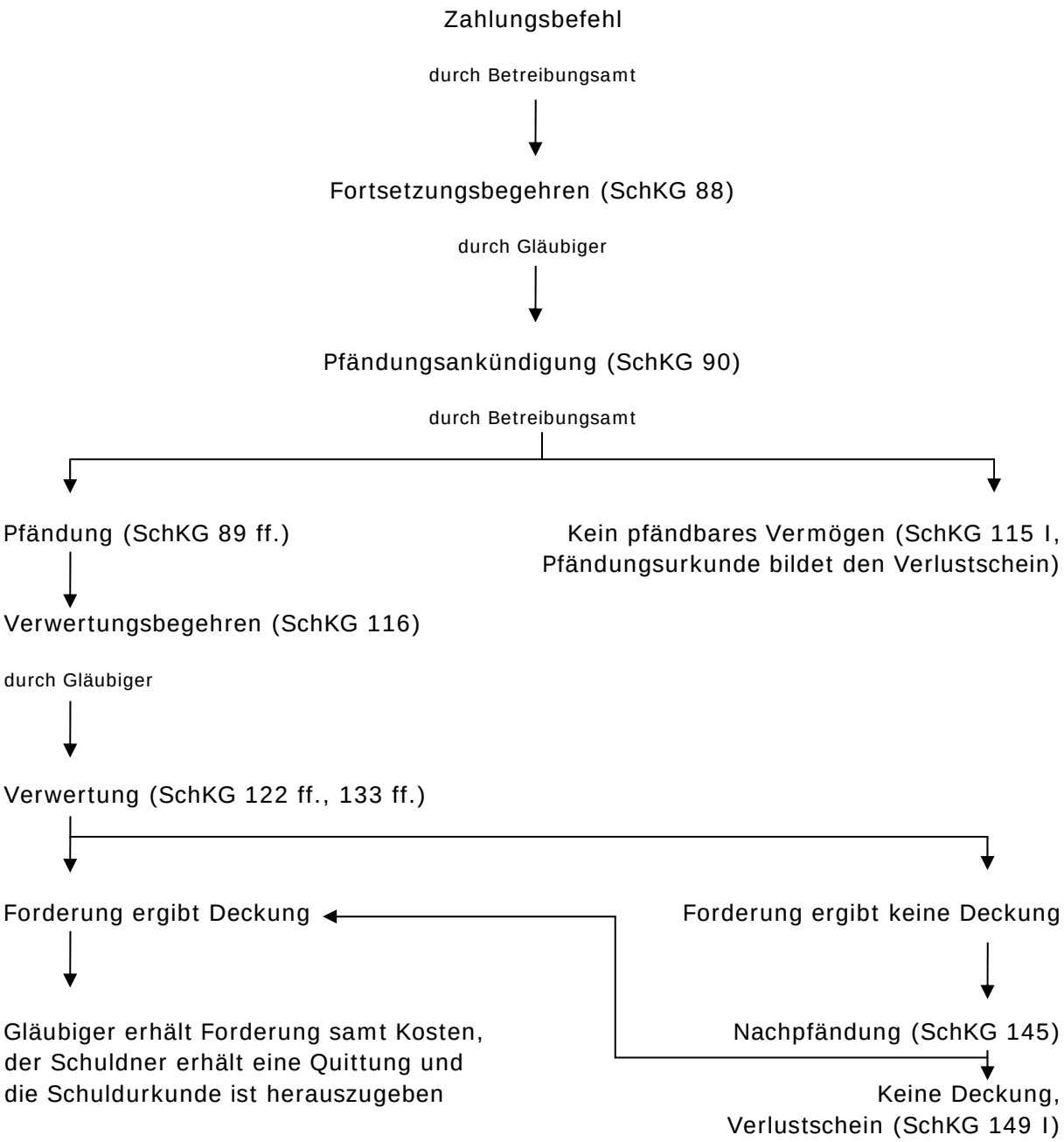
Die **Wirkungen des provisorischen Verlustscheines** sind die Nachfolgenden. Alle haben rein betreibungsrechtliche Wirkung, sie wirken nicht erst nach dem Betreibungsverfahren, sondern schon währenddem: **Recht auf Nachpfändung des Gläubigers** (SchKG 115 III), **Arrestgrund** (SchKG 271 I Ziff. 5), **Legitimiert zur Anfechtungsklage** (SchKG 285 II Ziff. 1)

Prozessrechtlich ist ZPO 105 zu beachten. Der Kläger hat seinen Gegner auf dessen Antrag hin für die Kosten eines Prozesses Sicherheit zu leisten, wenn seine Zahlungsunfähigkeit durch einen Verlustschein nachgewiesen ist. Weitere zivilrechtliche Wirkungen sind in ZGB 524, 480 oder in OR 250 II aufgeführt.

d) Löschung

Die Ausstellung des Verlustscheines wird in den Betreibungsregistern eingetragen (SchKG 8), wo er Gegenstand des Einsichtsrechts ist. Nach dem Untergang hat der Schuldner Anspruch zur sofortigen Löschung (SchKG 149a).

3.4. Übersicht Betreibung auf Pfändung



4. Die Betreibung auf Pfandverwertung

4.1. Vorbemerkungen

4.1.1. Allgemeines

Das ist eine reine Spezialexekution; die Betreibung auf Pfandverwertung kennt **keine gleiche Behandlung der Gläubiger** und unterscheidet sich dadurch von der Betreibung auf Pfändung. Da der Pfandgegenstand schon im Voraus bekannt ist, schliesst an das Einleitungsverfahren direkt die Verwertung an. Nur der Pfandgegenstand darf verwertet werden. Deswegen gibt es **keine Nachpfändung, sondern bei nicht gedeckter Forderung sogleich einen Pfandausfallschein**.

Vereinbarten die Parteien ein Selbstverkaufsrecht, d.h. dass der Gläubiger die Pfandsache verkaufen darf, wenn der Schuldner nicht bezahlt, ist dadurch die Zwangsvollstreckung überhaupt ausgeschlossen.

Der Schuldner kann die Forderung beim Betreibungsamt nicht unter der Bedingung, dass der Gläubiger der Herausgabe des Pfandes zustimmen soll, begleichen. Das Betreibungsamt hat ihn vor die Wahl zu stellen, auf die Bedingung zu verzichten oder die Betreibung weitergehen zu lassen.

Von der Begründung eines Faustpfandrechtes zur Sicherung einer Forderung ist die Sicherungsübereignung zu unterscheiden. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass der Sicherungsgeber dem Gläubiger zur dinglichen Sicherstellung einer Forderung eine Sache oder ein Wertpapier fiduziarisch zu Eigentum überträgt statt bloss zu beschränkten dinglichen Rechts wie bei der Verpfändung.

4.1.2. Voraussetzungen und Beneficium

Die Voraussetzung ist ein Grundpfand oder ein Faustpfand (SchKG 37, dies gilt auch für öffentlichrechtliche Forderungen) und der Betreibungsort in der Schweiz. Dem Schuldner steht es aber frei, sich einer Betreibung auf Pfändung oder auf Konkurs zu unterziehen, vorab darf er aber die Pfandverwertung verlangen (SchKG 41 Ibis, mittels Beschwerde, dies ist das **beneficium excussionis realis**, dispositiv!). In bestimmten Fällen darf der Gläubiger wählen (SchKG 41 II). **Die Bestreitung des Pfandes hat durch Beschwerde zu erfolgen**. Ist das Pfandrecht auf eine unpfändbare Sache gelegt, ist dennoch eine Pfandverwertung möglich. Vereinbaren Gläubiger und Schuldner, dass die pfandgesicherte Forderung zuerst mit der ordentlichen Betreibung geltend zu machen sei, spricht man von einem **beneficium excussionis personalis**. Auf das beneficium kann im Vorfeld der Betreibung verzichtet werden; dies ist aber nicht leichthin anzunehmen.

Eine in einem Aberkennungsprozess zugesprochene Prozessentschädigung ist von der Pfandhaft nicht mitumfasst, auch wenn es sich bei der betreffenden Forderung um eine faustpfandgesicherte Forderung handelt.

4.1.3. Umfang der Pfandhaft

Beim Grundpfand umfasst die Pfandhaft alle **Bestandteile und das Zugehör** (ZGB 805). Die Vollstreckungsbehörden haben dabei die Qualifikation des Zugehörs für das Lastenverzeichnis vorzunehmen. Umfasst werden auch die Miet- oder Pachtzinsforderungen seit Anhebung der Betreibung (ZGB 806). Der Erlös der Früchte kommt den Grundpfandgläubigern zu, wenn die Früchte, solange sie noch Bestandteile des Grundstücks waren, in einer Betreibung auf Pfändung gepfändet wurden und die Grundpfandgläubiger vor der Verwertung Betreibung auf Pfandverwertung angehoben haben, die dann auch rechtskräftig wird.

Bei Fahrnispfand sind ebenfalls das Zugehör und die natürlichen Früchte eingeschlossen (ZGB 892). Für das Pfandrecht an Forderungen gilt nur der laufende Zins als mitverpfändet und der Gläubiger hat keinen Anspruch auf die verfallenen Leistungen (ZGB 904).

4.2. Das Verfahren

4.2.1. Das Einleitungsverfahren (SchKG 87)

a) Betreibungsbegehren

Das Betreibungsbegehren muss neben den üblichen Angaben nach SchKG 67 den **Pfandgegenstand bezeichnen und den Namen eines allfälligen Dritteigentümers enthalten, sowie eine Angabe, falls das Grundstück als Familienwohnung gebraucht wird** (SchKG 151 I). Betreibt ein Gläubiger aufgrund eines Faustpfandes, an dem ein Dritter ein nachgehendes Pfandrecht hat (ZGB 886), muss er diesen von der Einleitung der Betreibung benachrichtigen (SchKG 151 II). Das Betreibungsamt hat nicht zu prüfen, ob das behauptete Pfandrecht tatsächlich besteht. Die Überprüfung erfolgt im Rahmen des Rechtsöffnungs-, Lastenbereinigungs- oder Widerspruchsverfahrens.

Passivlegitimiert ist der Schuldner, sowie – beim Drittpfand – der Pfandeigentümer. Gegen letztern muss indes **kein eigenes Betreibungsbegehren eingereicht werden, sondern er ist nur unter der Rubrik Bemerkungen im Betreibungsbegehren gegen den Schuldner aufzuführen**. Dritteigentümer ist, wer gültig Eigentum am Pfandgegenstand erworben hat, so z.B. wenn die Eltern mit ihrem Haus für ein Darlehen der Kinder haften. Wie Dritteigentümer sind auch andere Solidarschuldner zu behandeln.

Wenn während der Betreibung auf Pfandverwertung der Konkurs über den Schuldner eröffnet wird, hat dies die Einstellung aller gegen den Schuldner hängigen Betreibungen zur Folge (SchKG 206 I). **Wird das Konkursverfahren in der Folge definitiv eingestellt,**

kann die Betreibung auf Pfandverwertung aber weitergeführt werden. Nicht eingestellt wird die Betreibung, wenn das Pfand von einem Dritten bestellt worden ist und nicht über diesen, sondern über den Forderungsschuldner der Konkurs eröffnet wird (SchKG 206 I).

b) Zahlungsbefehl / Rechtsvorschlag

Die Zahlungsfrist beim Zahlungsbefehl beträgt nicht 20 Tage, **sondern einen** (Faustpfand) **oder sechs Monate** (Grundpfand, SchKG 152 I Ziff. 1). Die Androhung an den Schuldner ist die Verwertung des Pfandes (SchKG 152 I Ziff. 2) anstatt die Pfändung. Der Zahlungsbefehl wird auch an einen allfälligen Dritteigentümer ausgestellt, wie den jeweiligen Ehegatten (SchKG 153). Bestehen am Objekt Miet- oder Pachtverträge, kann der Gläubiger die Pfandhaft auf diese ausdehnen (VZG 100). Die Zinse können nach Erhalt der Anzeige des Betreibungsamtes nur noch befreiend an dieses geleistet werden. Wird über den Dritteigentümer der Konkurs eröffnet, wird der Pfandgegenstand zur Konkursmasse gezogen (SchKG 198). **Der Pfandgläubiger kann im Konkurs seine gesamte Forderung als pfandgesichert anmelden** (SchKG 219 I).

Jeder Mitbetriebene kann Rechtsvorschlag erheben (d.h. die allfälligen Dritteigentümer sowie die Ehegatten, SchKG 153 II), eine Begründung ist nicht erforderlich. Die Ehegatten könnten einen Verstoss gegen ZGB 169 einwenden. **Die Rechtsöffnung ist innert 10 Tagen zu verlangen** (SchKG 153a I). SchKG 153a ist nur im Zusammenhang mit einer vom Gläubiger beantragten Miet- oder Pachtzinssperre von Bedeutung (VZG 91 ff.). Ansonsten gilt SchKG 79 ff.

Ist der Zahlungsbefehl rechtskräftig geworden, darf der betreibende Grundpfandgläubiger verlangen, dass im Grundbuch eine Verfügungsbeschränkung gemäss ZGB 960 vorgemerkt wird. Der Schuldner hat weiterhin die Möglichkeiten von SchKG 77 i.V.m. 33 IV, 85 und 85a. Dritteigentum ist u.U. in einem Widerspruchsprozess unter **analoger Anwendung der Bestimmungen von SchKG 106 ff. zu klären**. Haben Dritteigentümer und Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, ist gegen beide die Anerkennungsklage zu erheben, allerdings sind die Prozesse zu vereinigen. Im Aberkennungsprozess treten Dritteigentümer und Schuldner als einfache Streitgenossen auf. Dies gilt auch für die Ehegatten.

c) Ablösungsverfahren

Der Dritteigentümer hat die Möglichkeit der Einleitung eines Ablösungsverfahrens (ZGB 828 f.). Ist dieses eingeleitet, kann das Grundstück nur verwertet werden, wenn der betreibende Gläubiger nach Beendigung dieses Verfahrens dem Betreibungsamt nachweist, dass ihm für die in Betreibung gesetzte Forderung noch ein Pfandrecht am Grundstück zusteht (SchKG 153). Das Ablösungsverfahren ist kantonalrechtlich geregelt. Es ermöglicht dem Erwerber des Grundstückes, der nicht persönlich für die darauf lastenden Schulden haftet, die Grundpfandrechte abzulösen wenn diese den Wert des Grundstücks übersteigen, und solange keine Betreibung erfolgt ist. Die Ablösung erfolgt, indem der Erwerber den Gläubiger den Erwerbspreis oder bei unentgeltlichem Erwerb den Betrag ausbezahlt, auf den er das Grundstück wertet.

4.2.2. Die Verwertung

Das Verwertungsbegehren kann von allen Betroffenen ausgehen, innerhalb der Frist (1-12 Monate bzw. 6-24 Monate, SchKG 154). Während eines durch Rechtsvorschlag veranlassten gerichtlichen Verfahrens stehen die Fristen dieses Artikels **still**. Dies gilt auch für die Aberkennungs- und Anerkennungsklage sowie für die Notstundung/Nachlassstundung (SchKG 297, 343 II) und für die Dauer des öffentlichen Inventars (ZGB 586 I), da während dieser Zeit die Betreibung ausgeschlossen ist. Wird die Frist nicht eingehalten, erlischt die Betreibung. Das Betreibungsamt benachrichtigt nach dem Eingang des Verwertungsbegehrens die Betroffenen (SchKG 155 I).

Als Vorbereitung der Verwertung schätzt das Betreibungsamt das Pfand und nimmt es in Verwahrung. Das **Widerspruchsverfahren ist auch hier möglich** (SchKG 155). Von Amtes wegen hat das Amt eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch zu bemerken. SchKG 97 I, 102 III, 103 und 106-109 sind anwendbar. Im Gegensatz zur Betreibung auf Pfändung, wo das Widerspruchsverfahren im Pfändungsstadium durchgeführt wird, kommt bei der Betreibung auf Pfandverwertung ein allfälliges Widerspruchsverfahren erst nach Stellung des Verwertungsbegehrens zum Zuge. Das Pfandrecht kann nicht Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens bilden, da sein Bestand Voraussetzung für die Pfandverwertungsbetreibung überhaupt ist. Der Dritteigentümer oder der Schuldner hätten Rechtsvorschlag erheben müssen.

Grundsätzlich ist das Verwertungsverfahren dasselbe wie bei der Betreibung auf Pfändung (SchKG 156). SchKG 156 verweist auf SchKG 122-143b. Die Steigerungsbedingungen aus SchKG 135 bestimmen jedoch, dass der Anteil am Zuschlagspreis, der dem betreibenden Pfandgläubiger zukommt, in Geld zu bezahlen ist, wenn die Beteiligten nichts anderes vereinbaren. Vgl. im Weiteren VZG 107 ff.

4.2.3. Die Verteilung

Auch sie läuft grundsätzlich gleich ab wie bei der Pfändungsbetreibung: Aus dem Pfanderlös sind vorab die Kosten des Betreibungsamtes zu ersetzen, danach werden die Pfandgläubiger befriedigt (SchKG 157 II, für das Grundpfand vgl. ZGB 818 f.).

Auch ein Kollokationsplan ist möglich, wenn der Nettoerlös nicht ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen. Zu beachten ist allenfalls noch ein Bauhandwerkerpfandrecht. Die Quittung wird nach den gewöhnlichen Regeln erteilt (SchKG 157 IV).

Anstatt eines Verlustscheines gibt es bei ungenügender Deckung einen **Pfandausfallschein (SchKG 158 I), auf welchen nur der betreibende Pfandgläubiger Anspruch hat**. Der Pfandausfallschein erfordert den Untergang des Pfandrechtes. Seine Wirkungen sind zu denen des Verlustscheines unterschiedlich: er löst keine öffentlichrechtlichen Folgen aus und gibt dem bisherigen Pfandgläubiger das Recht, seine Ausfallforderung auf das übrige Vermögen des Schuldners zu richten (sofern keine reine Sachhaftung wie bei der Gült oder der Grundlast besteht, SchKG 158 II Satz 1). Dabei kann er ohne ein neues Einleitungsverfahren gegen den Schuldner vorgehen (SchKG 158 II Satz 2).

Schliesslich gilt der Pfandausfallschein als Schuldanerkennung gemäss SchKG 82 und taugt deswegen als provisorischer Rechtsöffnungstitel (SchKG 158 III).

Im Konkurs des Pfandschuldners kann die Betreibung auf Pfandverwertung immer noch eingeleitet und weitergeführt werden, wenn das Pfand im Eigentum eines Dritten steht (SchKG 206 I, VZG 89 I). Der Pfandgegenstand wird nicht in dem Konkurs miteinbezogen; bei ungenügender Deckung wird ein Pfandausfallsschein erstellt. Im Konkurs des Drittpfandeigentümers hat der Pfandgläubiger aber keine Parteistellung und es wird ihm kein Pfandausfallschein ausgestellt, selbst wenn ihm der Erlös des Drittpfandes ungenügende Deckung geboten hat.

4.3. Retentionsrecht bei Miete / Pacht von Geschäftsräumen / Stockwerkeigentum

4.3.1. Allgemeines

Diese Forderungen können wie jede andere Forderung durch gewöhnliche Betreibung geltend gemacht werden. Es steht aber noch ein besonderes Retentionsrecht zur Verfügung (OR 268 ff., 299c, ZGB 712k, SchKG 283, 284). Die Betreibung ist danach auf dem Wege der **Pfandverwertung** durchzuführen, **weil das Retentionsrecht als betreibungsrechtlich als Faustpfand gilt (SchKG 37 II). Der Gläubiger muss aber nicht zwingend die Betreibung auf Pfandverwertung wählen.**

4.3.2. Das Retentionsverzeichnis

a) Allgemeines

Das Retentionsrecht des Vermieters, des Verpächters und der Stockeigentümergemeinschaft ist atypisch, weil sich die Retentionsgegenstände **im Besitz des Schuldners befinden**. Das Verzeichnis bezweckt die autoritative Feststellung der dem Retentionsrecht unterworfenen Gegenstände (SchKG 283). Die Retentionsurkunde wird dem Zahlungsbefehl beigefügt.

b) Voraussetzungen

Zuerst muss die **Retentionsforderung** aufgenommen werden, also z.B. die Miete oder der Beitrag der Stockeigentümergemeinschaft. Weiter muss der **Retentionsgegenstand** aufgeführt sein. Dieser kann jede bewegliche Sache im Eigentum des Schuldners sein, die sich in den gemieteten Räumen befindet, u. U. auch Sachen Dritter (vgl. OR 268, 268a, ZGB 934). Die dritte Voraussetzung ist, dass der Schuldner **nicht anderweitig Sicherheit leistet** (z.B. Kaution, Bankgarantie).

Das Betreibungsamt kann die materiellen Voraussetzungen bloss summarisch prüfen, materielle Streitigkeiten sind vom Richter zu entscheiden (Rechtsvorschlag, Widerspruchsverfahren etc.).

Formell setzt die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses nur ein Gesuch des Gläubigers ans Betreibungsamt voraus.

Das Gesetz enthält keine besonderen Vorschriften, wie bei der Aufnahme des Verzeichnisses vorzugehen ist, deshalb sind analog SchKG 91 ff. (Pfändung, Arrest) anzuwenden. Nur dürfen hier keine weiteren Sicherungsmassnahmen wie sie nach SchKG 98 in Frage kommen, getroffen werden, solange die Retentionsbetreibung noch nicht läuft. Kompetenzstücke sind von der Aufnahme ins Retentionsverzeichnis ausgeschlossen (OR 268 II).

c) Wirkungen

Das Retentionsverzeichnis ist keine Vollstreckungsmassnahme, sondern dient nur zur Sicherung der Vollstreckung, somit keine materiellen Wirkungen. **Der Schuldner darf nicht mehr über die Sachen verfügen, sofern er keine Sicherheit leistet** (Frist: SchKG 279).

Das Betreibungsamt setzt dem Gläubiger eine **Frist zur Einleitung der Betreibung auf Pfandverwertung** (10 Tage, SchKG 283). Vgl. auch SchKG 283, 279.

4.3.3. Die Rückschaffung entfernter Retentionsgegenstände

Hiermit soll verhindert werden, dass der Schuldner Retentionsgegenstände „verschwinden“ lässt (SchKG 283, 284, OR 268b II). Die Voraussetzung der Rückschaffung ist, dass die Gegenstände heimlich oder gewaltsam fortgeschafft wurden. Zudem muss der Gläubiger innert 10 Tagen seit Fortschaffung ein Rückschaffungsbegehren stellen.

Bei Retentionsstreitigkeiten ist GestG 20 für die örtliche Zuständigkeit anwendbar, und nicht GestG 3. Die Klage richtet sich an den besitzenden Dritten, die Beweislast trägt der klagende Gläubiger. Ein Weiterzug ans Bundesgericht ist möglich.

5. Der Konkurs

5.1. Allgemeines

5.1.1. Begriff, Wesen und Rechtsnatur des Konkurses

Ist der Konkurs einmal eröffnet, laufen immer alle Gläubiger zusammen und nehmen am kollektiven Vollstreckungsverfahren teil. Der Schuldner wird deshalb auch als Gemeinschuldner bezeichnet.

Der Konkurs bedeutet die vollständige Liquidation des Schuldnervermögens, sowohl alle Aktiven wie auch alle Passiven. Im Allgemeinen gilt das Prinzip der Gleichbehandlung, allerdings bestehen privilegierte Forderungen. Der Konkurs gibt den Gläubigern einen öffentlichrechtlichen Anspruch auf Durchführung des Verfahrens und Befriedigung aus dem Erlös; der Schuldner bleibt aber Rechtsträger seiner Vermögensbestandteile bis zur Verwertung. **Das Konkursverfahren soll innert einem Jahr nach der Eröffnung des Konkurses durchgeführt sein**. Die Frist kann indes durch die Aufsichtsbehörde verlängert werden.

5.1.2. Voraussetzungen und Wirkungen

Formell muss der Schuldner **konkursfähig** sein, und die Forderung darf keine Forderung im Sinne von SchKG 43 sein. Materiell muss der Schuldner in einer besonderen schlechten Vermögenslage sein oder eine unredliche Handlungsweise begangen haben, welche die Befriedigung des Schuldners gefährdet. In der zweiten Situation ist der Konkurs ausnahmsweise sofort, d.h. ohne vorgängige Konkursbetreibung möglich (SchKG 190). Die Konkursfähigkeit des Schuldners ergibt sich aus SchKG 39. Die Aufzählung ist abschliessend. Der Schuldner unterliegt dann immer der Konkursbetreibung, also auch für private Schulden. SchKG 39 ist zwingend. Massgebend ist jeweils der Handelsregistereintrag, und zwar unabhängig davon, ob der Eintrag z.B. fälschlicherweise nicht gelöscht wurde (vgl. auch SchKG 40; die Norm perpetuiert aber nur die Konkursfähigkeit und nicht etwa den Konkursort!). Zeitlich gilt der Zeitpunkt des Fortsetzungsbegehrens. Anders bei der Wechselbetreibung, wo auf den Zeitpunkt des Betreibungsbegehrens abgestellt wird.

Wirkungen: Materiell bildet das Vermögen des Schuldners die Aktivmasse, die Forderungen der Gläubiger die Passivmasse. Formell, gilt es, die Aktiv- und die Passivmasse zu liquidieren.

SchKG 43 nennt die Situationen, wo die **Konkursbetreibung ausgeschlossen** ist: Ansprüche auf Sicherheitsleistungen, öffentlichrechtliche Steuern, Abgaben etc. und für periodische familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge.

5.2. Das Verfahren

5.2.1. Die ordentliche Konkursbetreibung

a) Die Anhebung der Betreibung

Das Einleitungsverfahren verläuft gleich ab wie bei der Betreibung auf Pfändung (vgl. SchKG 79, 83, 85a). Das Fortsetzungsbegehren ist nicht anders, das **Betreibungsamt muss aber die Weiche stellen und die Betreibung auf dem Wege der Konkursbetreibung fortsetzen, sofern ihr der Betriebene unterliegt** (SchKG 38 III).

b) Die Konkursandrohung

Sie erfolgt unverzüglich nach dem Eingang des Fortsetzungsbegehrens (SchKG 159). Das Begehren **muss nicht ausdrücklich auf Konkurs lauten**. Es ist Sache des Amtes zu bestimmen, welche Betreibungsart anwendbar ist (SchKG 38 III). Voraussetzung ist natürlich auch hier ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl. **Ausnahmsweise kein Zahlungsbefehl ist erforderlich, wenn der Gläubiger die Konkursandrohung gestützt auf einen Pfandausfallsschein innert Monatsfrist seit dessen Zustellung verlangt** (SchKG 158 II).

Voraussetzungen der Konkursandrohung: Der Schuldner muss konkursfähig sein (im Zeitpunkt der Konkursandrohung), er muss einen Konkursort haben, der Konkurs darf gesetzlich nicht ausgeschlossen sein (vgl. SchKG 41 bei pfandgesicherter Forderung oder SchKG 43) und es muss ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegen. Eine weitere Voraussetzung ist natürlich das Fortsetzungsbegehren.

Zum Inhalt der Konkursandrohung siehe SchKG 160. Speziell wird der Schuldner daran erinnert, dass er berechtigt ist, einen **Nachlassvertrag vorzuschlagen**. Die Konkursandrohung erfolgt in der gleichen Form wie der Zahlungsbefehl (SchKG 161 i.V.m. 72, d.h. durch den Betreibungsbeamten, einen Angestellten des Betreibungsbeamten oder per Post).

c) Das Güterverzeichnis

i. Funktion, Inhalt und Zuständigkeit

Es ist eine vorläufige Sicherungsmassnahme zum Schutz der Gläubigerrechte, also keine Betreibungshandlung. Es wird festgestellt, was im Falle der Konkurseröffnung alles zur Aktivmasse gehören könnte (vgl. SchKG 162, ZPO 317 Ziff. 8). Ein Sicherungsbedürfnis ist dann gegeben, wenn Anzeichen bestehen, dass der Schuldner fliehen oder umziehen will, oder er Wertgegenstände beiseite schafft.

Die Voraussetzung ist ein **Begehren des Gläubigers** wegen Gefährdung des Gläubigerinteresses (SchKG 162, vgl. aber SchKG 271, wenn Arrestgründe vorliegen, kann der Gläubiger auch den Arrest wählen) an den Gerichtspräsidenten (EG SchKG 20). Das Betreibungsamt übernimmt den Vollzug und wendet die Vorschriften der Pfändung analog an (SchKG 163). Das Begehren kann bereits bei Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung beantragt werden, sofern der Schuldner der Konkursbetreibung untersteht (SchKG 83 I). Die **Schonzeiten finden keine Anwendung**. Der Entscheid über das Güterverzeichnis erfolgt im **summarischen Verfahren** (SchKG 25).

ii. Wirkungen und Dauer

Das Güterverzeichnis ist bloss eine modifizierte Verfügungsbeschränkung, seine Wirkungen gehen nicht so weit wie die des Retentionsverzeichnisses. **Der Schuldner darf seine Gegenstände gebrauchen und verbrauchen, muss sie aber ersetzen** (SchKG 164, StGB 169).

Das Güterverzeichnis erlischt, wenn entweder alle Gläubiger einverstanden sind, oder einfach **vier Monate nach seiner Erstellung** (SchKG 165). Bei Abweisung des Konkursbegehrens durch das Konkursgericht wird das Güterverzeichnis gegenstandslos, bei Gutheissung ist es die Grundlage für das Konkursinventar.

d) Die Konkurseröffnung

i. Die Wirkungen des (notwendigen) Konkursbegehrens

Es ist mit dem Doppel des Zahlungsbefehls der Konkursandrohung beim Konkursgericht am Konkursort einzureichen (SchKG 166, bei einer Einzelfirma dasjenige am Wohnsitz des Firmeninhabers). Es erfordert einen ausdrücklichen Antrag des Gläubigers, für den die Konkursandrohung erlassen wurde. Der Zeitpunkt ist **frühestens 20 Tage nach der Androhung und spätestens 15 Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls**. Die Einreichung bewirkt, dass der Richter den Termin für die Konkursverhandlung festlegt (SchKG 168, keine Anwendung in der Wechselbetreibung und die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung), dass der Antragsteller für die Kosten des Verfahrens haftet (SchKG 169, 232, 230) und dass das Gericht zur Wahrung der Interessen der Gläubiger vorsorgliche Massnahmen treffen kann (SchKG 170). Letzteres bedeutet, dass das Gericht auch ohne Antrag solche Massnahmen treffen könnte.

Ein **Rückzug** gilt als Zustimmung zu einem Aufschub der Konkurseröffnung (SchKG 167), deswegen darf der Gläubiger das Begehren erst nach einem Monat wieder erneuern.

ii. Das Konkurseröffnungsverfahren

Über das Konkursbegehren wird im summarischen Verfahren nach kantonalem Prozessrecht entschieden (SchKG 25 Ziff. 2a), eine Entscheidung ist auch ohne die Parteien möglich (SchKG 168, 171). Sachlich zuständig ist der Gerichtspräsident (EG SchKG 20). Der Richter hat konkurshindernde Tatsachen von Amtes wegen zu beachten. Von Bundesrecht her muss dem Entscheid eine Verhandlung vorangehen, der Entscheid hat ohne Aufschub zu ergehen und die Schonzeiten müssen beachtet werden. Zu beachten ist, dass zwar die

Konkurseröffnung eine Betreibungshandlung ist, doch die Mitteilung derjenigen nicht. Letztere kann also auch in den Schonzeiten ergehen, wenn z.B. der Schuldner nicht der Verhandlung beiwohnt.

iii. Der Entscheid

Er lautet entweder auf **Aussetzen, Abweisen oder auf Eröffnung des Konkurses**.

- **Ausgesetzt** wird der Entscheid, wenn erst noch der Ausgang eines anderen Verfahrens abgewartet werden muss (siehe SchKG 173, 173a). Aussetzungsgründe sind also Verfahren nach SchKG 85, 85a II, Beschwerdeverfahren wegen nichtigen Verfügungen, und das Verfahren bzgl. einem Gesuch um Bewilligung einer Nachlassstundung oder eine Notstundung. Das Gericht hat den Entscheid auch auszusetzen, wenn es selber Anhaltspunkte sieht, dass ein Nachlassvertrag zustande kommen könnte.

- **Abweisungsgründe** sind in SchKG 172 (z.B. ein nachträglicher Rechtsvorschlag) zu finden, sind aber nicht abschliessend: SchKG 85, 85a (Einstellung der Betreibung durch Urteil des Richters), ZGB 203, 218, 235, 250 (Bewilligung einer besonderen Zahlungsfrist) und SchKG 293 ff. (Gewährung einer Nachlass- oder Notstundung.

- Wird der Konkurs **gutgeheissen** (Konkurserkenntnis), ist er neben den Parteien auch dem Betreibungs-, dem Konkurs-, dem Grundbuch- und dem Handelsregisteramt mitzuteilen (SchKG 176, die Mitteilung ist keine Betreibungshandlung). Zu den konkursrechtlichen Folgen siehe unten. Zivilrechtliche Folgen sind zum Beispiel: ZGB 188, 334bis, OR 35, 83, 250, 495, 545, 574, 574, 619, 736, 770, 820, 911, 1033. Der Konkurs gilt von dem Zeitpunkt an als eröffnet, in welchem er erkannt wird (SchKG 175 I). Nur wenn bei einem Weiterzug die aufschiebende Wirkung erteilt wird, treten die Konkurswirkungen aber erst durch das oberinstanzliche Urteil ein. Die Mitteilung des Konkursentscheides ist keine Betreibungshandlung und kann daher auch in den Betreibungsferien erfolgen. Genauso wie die Weiterziehung.

iv. Die Weiterziehung des Entscheides

Der Entscheid des Konkursgerichts ist das Anfechtungsobjekt, die Eingabefrist beträgt 10 Tage, legitimiert sind der Schuldner und der Gläubiger. Die **Weiterziehung hat aber keine aufschiebende Wirkung** (SchKG 174). Nova sind zu berücksichtigen, unechte Nova unbeschränkt, echte Nova nur unter den Voraussetzungen von SchKG 174. Unechte Nova sind solche, die bereits vor der ersten Instanz bestanden haben, aber nicht vorgebracht werden konnten. Sachlich zuständig als Beschwerdeinstanz ist das Obergericht (EG SchKG 21).

Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung kann man ebenfalls weiterziehen (SchKG 174 i.V.m. 194). **Bei der Wechselbetreibung hingegen gibt es keine Weiterzugsmöglichkeit**. Der oberinstanzliche Entscheid kann ans Bundesgericht weitergezogen werden.

5.2.2. Die Wechselbetreibung SchKG 177-189

a) Das Wesen der Wechselbetreibung

Sie ist eine besondere Art der Konkursbetreibung für Forderungen, die sich aus einem Wechsel oder einem Check ergeben. Besonders sind die kürzeren Fristen, der Ausschluss der Betreibungsferien, die Erschwerung des Rechtsvorschlags und die Verzichte auf Konkursandrohung und auf eine zweitinstanzliche Beurteilung. Man spricht deshalb auch von einer schnellen Konkursbetreibung.

b) Die Voraussetzungen

Materiellrechtlich muss die Forderung auf einem Wechsel, Check oder Postcheck beruhen (SchKG 177 I, gemeint ist die Forderung aus der Urkunde selbst). Betreibungsrechtliche Voraussetzungen sind die **Konkursfähigkeit des Schuldners** (im Zeitpunkt, in den die Betreibung eingeleitet wurde, SchKG 39) und das **ausdrückliche Begehren um Durchführung der Wechselbetreibung** (SchKG 177 I), denn der Gläubiger kann auch wählen, dass eine Konkursbetreibung durchgeführt wird. Im Falle der gewöhnlichen Betreibung entfällt die in der Wechselbetreibung vorgeschriebene Hinterlegungspflicht des Schuldners (SchKG 182 4.). Der gültige **Wechsel oder Check** gilt als Anerkennung der Wechselschuld und bildet deshalb einen Rechtsöffnungstitel im Rechtsöffnungsverfahren (SchKG 82 I).

Zeitlich ist der Zeitpunkt der Betreibung (nicht des Fortsetzungsbegehrens) massgebend. Ein Protest (OR 1033 ff.) ist nicht notwendig. Auch wenn eine Wechsel- oder Checkforderung pfandgesichert ist, hat der Gläubiger die **Wahl zwischen Betreibung auf Pfandverwertung und Wechselbetreibung**.

Nur der Inhaber des Wechsels oder des Checks kann die Wechselbetreibung verlangen, so muss dieser den Check oder Wechsel auch an das Betreibungsamt übergeben (SchKG 177 II). Der zu betreibende Schuldner muss aus dem Wechsel verpflichtet sein. Ebenso haftet der Rechtsnachfolger.

c) Das Einleitungsverfahren

i. Das Betreibungsbegehren

Es muss neben den üblichen Angaben (SchKG 67) das ausdrückliche Verlangen nach der Wechselbetreibung enthalten. **Der Wechsel oder Check muss dem Betreibungsamt übergeben werden** (SchKG 177 II), damit es die Voraussetzungen der Wechselbetreibung prüfen kann (SchKG 178 I).

ii. Der Zahlungsbefehl

Nach Prüfung des Betreibungsbegehrens bzw. des Begehrens auf Wechselbetreibung wird der Zahlungsbefehl unverzüglich dem Schuldner zugestellt (SchKG 178). Der Schuldner

muss binnen fünf Tagen den Gläubiger befriedigen, ferner wird der Schuldner auf den Rechtsvorschlag und auf die betreibungsrechtliche Beschwerde hinweisen (SchKG 178 II). Das Betreibungsamt prüft nur die formellen Fragen (Vorliegen eines Wechselzahlungsbegehrens, örtliche Zuständigkeit, Konkursfähigkeit des Schuldners, Vorliegen einer Verpflichtung des Schuldners aus dem Wechsel oder Check).

iii. Der Rechtsvorschlag

Einerseits muss dieser vom Richter (Gerichtspräsident [EG SchKG 20]) **bewilligt** werden, und andererseits kann er nur noch durch Klage im ordentlichen Zivilprozess überwunden werden (SchKG 179). Der Rechtsvorschlag muss **schriftlich begründet** werden (SchKG 179, 182) und beim Betreibungsamt erhoben werden. Die Begründung muss sich darauf richten, warum der Rechtsvorschlag zu bewilligen ist. Der Rechtsvorschlag wird dem Gläubiger mitgeteilt (SchKG 180).

Das Betreibungsamt entscheidet, ob der Rechtsvorschlag form- und fristgerecht erfolgt ist. Hierauf wird er unverzüglich dem Gericht überwiesen (SchKG 181). **Eine Wiederherstellung der 5-tägigen Frist ist ausgeschlossen** (SchKG 179), ein nachträglicher Rechtsvorschlag ist aber bei Gläubigerwechsel möglich (SchKG 77). Das Gericht am Konkursort entscheidet über die Bewilligung im summarischen Verfahren (SchKG 181, 184, 185). Die Bewilligungsgründe sind in SchKG 182 aufgezählt:

- Urkundenbeweis der Bezahlung, Stundung oder des Nachlasses der Forderung.
- Glaubhaftmachen der Fälschung des Titels.
- Begründete Einrede aus Wechselrechten, z.B. der Protest oder die Verjährung oder das fehlen des notwendigen unbedingten Zahlungsversprechens.
- Einrede nach OR 1007 sowie die Leistung einer Sicherheit. Hier werden materielle Einreden wie z.B. der Irrtum oder die Täuschung glaubhaft gemacht.

Eine unbedingte Bewilligung kann aus SchKG 182 Ziff. 1-3 erfolgen. Die Betreibung wird eingestellt und der Gläubiger muss seinen Anspruch auf dem normalen Prozessweg geltend machen. Bedingt kann die Bewilligung aus SchKG 182 Ziff. 4 erfolgen; weil in diesen Fällen die wechselrechtliche Verbindlichkeit nicht in Frage gestellt ist, wird die Bewilligung nur unter der Bedingung erteilt, dass der Schuldner die Forderungssumme in Geld oder Wertschriften hinterlegt oder dem Gläubiger eine gleichwertige Sicherheit leistet (SchKG 184 II). Bei Leistung der Sicherheit muss der Gläubiger binnen zehn Tagen die Klage auf Zahlung anheben.

Das Gericht kann den Rechtsvorschlag auch abweisen. Tut es dies, ist die Betreibung sofort vollstreckbar (vgl. SchKG 186, 170), selbst wenn die Betreibung weitergezogen wird (SchKG 36). Wurde der Rechtsvorschlag bewilligt, wird die Betreibung eingestellt und der Gläubiger hat zur Geltendmachung seines Anspruchs den ordentlichen Prozessweg zu betreten.

Nach Verweigerung des Rechtsvorschlages kann das Gericht vorsorgliche Massnahmen treffen, insbesondere die Aufnahme des Güterverzeichnisses gemäss SchKG 162 ff. oder die Auferlegung einer Sicherheitsleistung durch den Gläubiger. Der Entscheid des Gerichts kann innert fünf Tagen nach der Eröffnung an das obere Gericht weitergezogen werden (SchKG 185).

d) Die Fortsetzung der Wechselbetreibung

Nach Ablauf der Zahlungsfrist und Eintritt der Rechtskraft des Zahlungsbefehls kann der Gläubiger die **Konkurseröffnung beantragen**. Dem Konkursbegehren ist der Forderungstitel, das Doppel des Zahlungsbefehls sowie gegebenenfalls der rechtskräftige Entscheid über die Verweigerung des Rechtsvorschlages oder über die Gutheissung der Wechselklage beizulegen (SchKG 188). **Das Recht auf das Konkursbegehren erlischt einen Monat seit der Zustellung des Zahlungsbefehls**. Von der Fristberechnung ausgenommen sind die Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages (SchKG 188 II).

Nach SchKG 189 soll das Konkursgericht den Konkurs binnen 10 Tagen aussprechen. Die Weiterziehung des Entscheides an eine obere Instanz ist ausgeschlossen, **nur der Gang ans Bundesgericht ist möglich** (vgl. dazu EG SchKG 21). Im Übrigen gelten dieselben Bestimmungen wie in der ordentlichen Konkursbetreibung. SchKG 187 bestimmt die Anwendbarkeit von SchKG 86, wenn eine Nichtschuld durch die Betreibung bezahlt wurde.

5.2.3. Konkurseröffnung ohne Betreibung / Widerruf

a) Konkurseröffnung auf Antrag des Gläubigers

i. Allgemeines

Wenn ein materieller Konkursgrund vorliegt, kann der Gläubiger, der Schuldner oder eine Behörde ein direktes Konkursbegehren an das Konkursgericht stellen und eröffnet so den Konkurs ohne vorgängige Konkursandrohung.

Das **Verfahren**: Der Konkursgrund muss lediglich von einem Gläubiger glaubhaft gemacht werden, egal ist auch, ob die Forderung fällig ist. Vgl. weiter SchKG 170, 169, 173a-176 (SchKG 190).

ii. Sofortige Konkurseröffnung über jeden beliebigen Schuldner (SchKG 190)

- Unbekannter Aufenthalt des Schuldners trotz zweckmässig und zumutbar durchgeführter Nachforschungen durch den Gläubiger.
- Unredliches Verhalten des Schuldners.
    - Flucht des Schuldners (ernsthafter Fluchtversuch genügt).
    - Betrügerische Handlungen zum Nachteil seiner Gläubiger (handeln in der Absicht, einen Gläubiger zu schädigen).
    - Verheimlichung von Bestandteilen seines Vermögens.
- Nachlassstundung widerrufen, Nachlassvertrag verworfen oder widerrufen (SchKG 190 i.V.m. 309, 313).

iii. Sofortige Konkurseröffnung nur über einen konkursfähigen Schuldner

Wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat (SchKG 190 I Ziff. 2), manifestiert er seine Zahlungsunfähigkeit. Der Gläubiger ist zur Beantragung des Konkurses ohne Betreibung berechtigt. Zahlungsunwille genügt nicht, vielmehr muss **objektiv Illiquidität** vorliegen.

iv. Verfahren

Der Gläubiger braucht beim Konkursgericht (Gerichtspräsident [EG SchKG 20]) das Konkursbegehren zu stellen. Der Antragsteller muss sich als Gläubiger ausweisen und den Konkursgrund beweisen und nicht nur glaubhaft machen, da der Konkurs schwerwiegende Konsequenzen für den Schuldner hat. Auch ein öffentlichrechtlicher Gläubiger kann das Konkursbegehren stellen (vgl. SchKG 43). Das **Verfahren** ist im Gesamten sehr einfach. Es ist **summarisch** (SchKG 25) und es endet als Rechtsfolge in der Eröffnung des Konkurses über den Schuldner.

b) Konkurseröffnung auf Antrag des Schuldners / Behörde

i. Allgemeines

Der Schuldner kann durch die Konkurseröffnung einer Häufung von Spezialexekutionen entrinnen. Der Antrag erfolgt mittels Insolvenzerklärung des Schuldners (SchKG 191, d.h. kein Beweis oder kein Glaubhaftmachen notwendig) beim Gerichtspräsidenten (EG SchKG 20). Ein grosser Vorteil ist, dass bereits vollzogene Pfändungen (z.B. Lohnpfändungen) dahin fallen. Der Richter ist zu einer strengen Prüfung angehalten, ob nicht Rechtsmissbrauch vorliegt und auch ob keine Schuldenbereinigung nach SchKG 333 erfolgen könnte (vgl. zusätzlich SchKG 206, 265b).

Berechtigt ist der jeder Schuldner oder sein Vormund (ZGB 421), bei der AG der VR nach dem Auflösungsbeschluss der GV (vgl. dazu SchKG 193). Die Gläubiger werden angehört, sind aber nicht Partei und **können folglich den Entscheid nicht weiterziehen**. Das Verfahren ist im Übrigen gleich wie dasjenige der Konkurseröffnung auf Antrag des Gläubigers (SchKG 194).

Überschuldung bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften bedeutet, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven voll gedeckt sind. Besteht der Verdacht einer Überschuldung, ist eine Zwischenbilanz zu erstellen und den Richter zu benachrichtigen (OR 725). Liegt nach richterlicher Prüfung wirklich eine Überschuldung vor, wird von Amtes wegen der Konkurs eröffnet. Ausnahmen sind natürlich der Konkursaufschub (OR 725a) oder ein Nachlassvertrag (SchKG 173a II).

Bei der Konkurseröffnung auf behördliche Anordnung ist der Erbschaftskonkurs gemeint. Die Erbschaft muss vermutungsweise überschuldet sein und auch ausgeschlagen werden (SchKG 193, vgl. ZGB 566 ff.). **Vermag der Schuldner bei eigenem Antrag keine Vermögenswerte auszuweisen, die die Kosten des summarischen Konkursverfahrens decken, darf der Konkurs wie bei unterlassener oder verspäteter Leistung des Kostenvorschusses nicht eröffnet werden**.

ii. Verfahren

Das Verfahren ist in SchKG 194 geregelt. Die Norm verweist auf die üblichen Normen, wobei bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften SchKG 169 (Kostenvorschuss) nicht anwendbar ist.

c) Der Widerruf des Konkurses

i. Vorbemerkung

Charakteristisch ist, dass der Richter den Konkurs vor seinem Abschluss wieder aufhebt. Das ist vor allem bei echten Nova der Fall. Es wird zwischen dem allgemeinen Konkurswiderruf und der Einstellung der konkursamtlichen Liquidation einer Erbschaft unterschieden.

ii. Der allgemeine Konkurswiderruf (SchKG 195)

Die Voraussetzungen sind, dass entweder alle Forderungen getilgt sind, eine Erklärung sämtlicher Gläubiger, dass sie ihre Konkurseingaben vorbehaltlos zurückziehen oder wenn ein gerichtlicher Nachlassvertrag zustande gekommen ist. Ein Widerruf ist natürlich nur nach **Ablauf der Eingabefrist und vor dem Abschluss des Konkurses möglich** (SchKG 232 II Ziff. 2). Der Widerruf bewirkt den Hinfall sämtlicher Wirkungen des Konkurses, also auch z.B. das Wiederaufleben der Fristen ex tunc. Bereits durchgeführte Verwertungen werden somit nicht mehr berührt.

Das Antragsrecht hat entweder der Schuldner oder die Konkursverwaltung beim Zustandekommen eines gerichtlichen Nachlassvertrages.

iii. Die Einstellung der konkursamtlichen Liquidation einer Erbschaft (SchKG 196)

Die Voraussetzungen sind einerseits, dass der Erbe nachträglich, aber vor Schluss des Verfahrens, die Erbschaft antritt und andererseits, dass er für die Bezahlung der Schulden genügend Sicherheit leistet (SchKG 196). SchKG 195 ist natürlich ebenfalls anwendbar („überdies“).

iv. Das Widerrufsverfahren

Zuständig ist das zuständige Konkursgericht (Gerichtspräsident [EG SchKG 20]) auf entsprechenden Antrag (SchKG 25). Der Widerruf wird öffentlich bekannt gemacht, vorher muss der Antragsteller jedoch die Gerichtskosten vorschiessen. Der Entscheid ist mit kantonalen Rechtsmitteln anzufechten, abschliessend ist der Weiterzug ans Bundesgericht möglich.

5.3. Die Rechtsverhältnisse (materielles Konkursrecht)

5.3.1. Die Konkursmasse

a) Die Einheit, die örtliche und zeitliche Begrenzung der Konkursmasse

Das gesamte Vermögen des Schuldners bildet die Konkursmasse. Es ist ein Sondervermögen mit eigenem rechtlichen Schicksal, die Konkursmasse i.e.S. (SchKG 197 I). Der Konkurs kann gleichzeitig nur an einem Ort eröffnet sein (SchKG 55). Dieser einheitliche Konkurs erstreckt sich auf das gesamte Vermögen des Schuldners, aber nur jenes, auf dem Gebiet der Schweiz (ausser es besteht ein Staatsvertrag, vgl. IPRG 166).

Zeitlich gesehen umfasst die Konkursmasse alles Vermögen, welches dem Schuldner zwischen Beginn und Ende des Konkurses rechtlich zusteht (SchKG 197), sowie das anfallende Vermögen. **Das anfallende Vermögen nach Konkurseröffnung und vor Abschluss des Konkurses umfasst aber nur die Werte, die der Schuldner nicht erarbeiten muss** (also Lotto, Erbschaft, Schenkung etc. gehört dazu, nicht jedoch das Erwerbseinkommen).

b) Der sachliche Umfang der Konkursmasse

i. Allgemeines

Zur Konkursmasse gehört alles, was auch pfändbar wäre (SchKG 197). **Kompetenzstücke** (SchKG 92) fallen selbst dann **nicht in die Konkursmasse**, wenn sie vor der Konkurseröffnung unangefochten gepfändet worden wären.

Pfandgegenstände, die dem Schuldner gehören, fallen ebenfalls in die Konkursmasse, doch bleibt dem Pfandgläubiger das Recht auf Vorausbefriedigung aus deren Erlös erhalten (SchKG 198, 219, 232). **Vermögensgegenstände, die vor der Konkurseröffnung gepfändet oder arrestiert wurden**, gehören ebenfalls zur Konkursmasse, weil Spezialexekutionen mit der Konkurseröffnung aufgehoben werden (SchKG 199 I). Wurde schon etwas verwertet, geht nur ein allfälliger Überschuss in die Konkursmasse (SchKG 199 II). Auch **betreibungsrechtliche Anfechtungsansprüche** wie die paulinanische Anfechtung oder die Anfechtung einer fraudulösen Verrechnung nach SchKG 214 gehören in die Konkursmasse (SchKG 200). Bzgl. Inhaber- und Ordrepapiere siehe SchKG 201.

Wenn der Schuldner eine fremde Sache verkauft und zur Zeit der Konkurseröffnung des Kaufpreis noch nicht erhalten hat, kann der bisherige Eigentümer gegen Vergütung dessen, was der Schuldner darauf zu fordern hat, Abtretung der Forderung gegen den Käufer oder die Herausgabe des inzwischen von der Konkursverwaltung eingezogenen Kaufpreises verlangen (SchKG 202). Hat der Schuldner eine Sache gekauft, wurde sie abgesendet aber der Kaufpreis noch nicht beglichen, kann der Verkäufer die Rückgabe der Sache verlangen, sofern nicht die Konkursverwaltung den Kaufpreis bezahlt (SchKG 203 I).

ii. Bei Ehegatten

Der Umfang der Konkursmasse bei Ehegatten hängt vom Güterstand ab. Die Errungenschaftsbeteiligung entspricht während ihrer Dauer weitgehend einer Gütertrennung. Ihre Auflösung ist mit der Konkurseröffnung nicht erforderlich und die Gläubiger können trotz Weiterbestehens der Errungenschaftsbeteiligung auf das ganze Vermögen des Gemeinschuldners greifen. Keinen Zugriff haben die Gläubiger auf den Beteiligungsanspruch des Gemeinschuldners am Vorschlag des anderen Ehegatten.

Die **Gütergemeinschaft wird durch die Konkursöffnung in die Gütertrennung umgewandelt; es erfolgt also eine güterrechtliche Auseinandersetzung** (ZGB 236 ff.). Der sachliche Umfang der Konkursmasse hängt davon ab, ob der Gemeinschuldner für Vollschulden (ZGB 233) oder für Eigenschulden (ZGB 234) einzustehen hat. Für Vollschulden haftet auch das ganze Gesamtgut der Ehegatten. Entsprechend umfasst die Konkursmasse für solche Schulden das Eigengut des Gemeinschuldners und das Gesamtgut der Ehegatten. ZGB 234 geht der Regelung von ZGB 242 vor.

Bei der Gütertrennung bleibt die Konkurseröffnung ohne direkte Auswirkung auf den Güterstand. Der altrechtliche Güterstand der Gütergemeinschaft wird aufgelöst (aZGB 215 ff.).

iii. Handelsrechtliche Aspekte

Grundsätzlich können nur Bestandteil der Masse die im Gesellschaftsanteil des Gemeinschuldners verkörperten Rechte sein. Bei der **einfachen Gesellschaft erfolgen mangels anderer Abrede die Auflösung der Gesellschaft und der Einbezug des Liquidationsanteils in die Konkursmasse** (OR 545).

Bei der **Kollektivgesellschaft** führt der Konkurs eines Gesellschafters nicht zur Auflösung der Gesellschaft (OR 571 II). Möglich ist aber die Kündigung mit einer sechsmonatigen Frist (OR 575 I). Dasselbe gilt bei der GmbH (OR 793 I) und die Kommanditgesellschaft (OR 619).

Genossenschaftsanteile und Aktien fallen in die Konkursmasse.

c) Die Aussonderungsrechte Dritter

Aussonderung bedeutet, dass der Dritte einen unter Konkursbeschlag gefallenen Gegenstand freibekommen will. Es sind immer nur Herausgabeansprüche zum Gegenstand, andere Rechte Dritter werden im Kollokationsverfahren geklärt.

Zivilrechtliche Aussonderungsgründe sind Eigentum, Auftragsrecht (etwas in fremdem Namen erwerben) oder Sonderfälle bei Anlagefonds und im Bankenrecht (AFG 4, 16, BankG 16, 37). Konkursrechtliche Aussonderungsgründe sind in SchKG 201-203 zu finden.

Hinweis: Admassierung bedeutet, einen bei einem Dritten befindlichen Gegenstand zur Masse zu ziehen, weil der Gegenstand dem Schuldner gehört.

d) Verrechnungsansprüche von Konkursgläubigern

i. Die Bedeutung der Verrechnung im Konkurs und Voraussetzungen

Für die kompensierende Partei kann die Verrechnung Vorteile bringen, weil sich der Konkursgläubiger nicht mit einer Konkursdividende zufrieden geben muss.

Soweit das Schuldbetreibungsrecht nichts anderes vorsieht, gelten die Verrechnungsregeln des Obligationenrechts auch im Konkurs. Die Gleichartigkeit ist stets gegeben, weil Realforderungen in Geldforderungen von gleichem Wert umgewandelt werden. Fälligkeit ebenfalls, da die Konkurseröffnung diese bewirkt (SchKG 203), ausser bei grundpfandgesicherten Forderungen. **Zu erwähnen ist noch, dass eine Realforderung des Konkursiten nicht verrechnet werden kann**.

ii. Die Verrechnungsverbote (SchKG 213)

- Ein Schuldner erwirbt nach der Konkurseröffnung des Konkursiten eine Konkursforderung.
- Ein Gläubiger wird nach der Konkurseröffnung des Konkursiten sein Schuldner.
- Die Forderung des Gläubigers basiert auf einem Inhaberpapier, mit welchem er nicht nachzuweisen vermag, dass er es in gutem Glauben vor der Konkurseröffnung erworben hat.
- Weiter können im Konkurs einer Kommanditgesellschaft, einer Handelsgesellschaft oder einer Genossenschaft nicht voll einbezahlte Beträge der Kommanditsumme oder des Gesellschaftskapitals sowie rückständige statuarische Beiträge an die Genossenschaft nicht mit Konkursforderungen verrechnet werden.

Nicht verrechenbar ist die Prämienforderung des Unfallversicherers nach UVG mit Ansprüchen aus der Taggeldleistung, selbst wenn die Verrechenbarkeit durch UVG 50 III nicht ausgeschlossen wurde.

iii. Die konkursrechtliche Anfechtbarkeit der Verrechnung

Die Verrechnung ist anfechtbar, wenn der Erwerb einer Forderung zwar vor Konkurseröffnung erfolgt, jedoch mit der Absicht, sich oder einem anderen einen Vorteil zu verschaffen (SchKG 214). Dieser Anfechtungsanspruch gehört zur Konkursmasse und ist wie eine paulianische Anfechtung geltend zu machen (SchKG 200, 285). Beklagter ist immer der verrechnende Schuldner.

iv. Die Geltendmachung der Verrechnung

Die Forderungen des Konkursiten werden im Kollokationsverfahren verrechnet, sofern es bereits möglich ist. Der Konkursgläubiger gibt nur noch den Restbetrag ein oder die Konkursverwaltung verrechnet ihrerseits. Lehnt die Konkursverwaltung die vom Konkursgläubiger erklärte Verrechnung ab, bleibt sie dennoch daran gebunden und die verrechnete Gegenforderung muss gerichtlich eingeklagt werden.

Masseforderungen können nur mit Masseschulden, insbesondere also mit der Konkursdividende, verrechnet werden, diesfalls also erst bei der Verteilung.

5.3.2. Die Rechtsstellung des Schuldners

a) Die Rechtsstellung des Schuldners zur Konkursmasse

Der Konkursit **bleibt** auch nach der Konkurseröffnung **Rechtsträger seines Vermögens** (z.B. Eigentümer). Er **verliert aber das Recht, über sein Vermögen zu verfügen**. Frei verfügen kann er nur noch über die unpfändbaren Vermögenswerte und über das Erwerbseinkommen sowie dessen Surrogate. Das Verfügungsverbot ist strafrechtlich geschützt (StGB 169). Beispiele zum Verfügungsverbot:

- Verfügungen nach der Konkurseröffnung sind ungültig (SchKG 204, darauf berufen können sich aber nur die Konkursgläubiger oder die Konkursverwaltung, **anders als bei der Spezialexekution ist der Gutglaubensschutz ausgeschlossen weil der Konkurs publiziert wird**). Diese Vorschrift bezieht sich aber nur auf das Massevermögen und damit nicht auf unpfändbare Gegenstände und nicht auf den nach der Konkurseröffnung erzielten Arbeitserwerb, denn über den Lohn kann der Schuldner frei verfügen.

- Nach Konkurseröffnung kann der Konkursit nicht mehr rechtsgültig Zahlungen entgegennehmen (SchKG 205 I). Die Forderungen erlischen insoweit, als die Zahlung an das Konkursamt gelangt.

- Hängige Verwaltungsverfahren und Prozesse des Schuldners werden zunächst einmal eingestellt (das Verwaltungsverfahren liegt im Ermessen der zuständigen Behörde, für das Zivilverfahren ist es zwingend). Nach Ablauf der Frist (SchKG 207, 10 nach der zweiten Gläubigerversammlung im ordentlichen Konkursverfahren oder 20 Tage nach der Auflegung des Kollokationsplanes im summarischen Konkursverfahren) **kann der Prozessgegner aber den Prozess wieder aufnehmen** (dann gegen die Konkursmasse oder die Abtretungsgläubiger). Davon ausgenommen sind dringliche Fälle und Entschädigungsklagen wegen Ehr- und Körperverletzungen oder familienrechtliche Prozesse. Ein hängiges Rechtsöffnungsverfahren wird nicht eingestellt, vielmehr entscheidet die Konkursverwaltung, ob sie es für die Masse weiterführen will.

b) Die Stellung des Schuldners zu seinen Gläubigern

i. Aufhebung der hängigen Betreibungen

Die Gläubiger können den Konkursiten nicht mehr beliebig belangen. Hängige Betreibungen und diesbezügliche Verfahren werden durch die Konkurseröffnung **aufgehoben** (SchKG 206, Beschwerde möglich). Natürlich gilt dieses Betreibungsverbot nur für Forderungen, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind. Selbstverständlich kann der **Schuldner für Forderungen, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, betrieben werden**, wie auch die Konkursmasse selbst für Masseschulden.

Der Widerruf eines Konkurses lässt die Betreibungen nicht wieder neu aufleben. Sie müssen **von neuem erhoben werden**. Dasselbe gilt bei der Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Aktiven. Ausgenommen davon ist aber die Situation, wenn die Konkurseinstellung rechtskräftig ist und die Betreibungen (noch) fortsetzungsfähig sind (vgl. SchKG 230 IV).

ii. Ausnahmen

Eine hängige Betreibung, in der schon vor der Konkurseröffnung verwertet worden ist oder eine Verwertung sich erübrigt, ist nicht aufgehoben (SchKG 199). Weiter darf ein Konkursit auf Pfandverwertung betrieben werden, wenn es um die Verwertung einer Sache geht, bei der er einen Gesamt- oder Miteigentumsanteil besitzt. Dann fällt nicht die Sache, sondern nur der Anteil an dieser Sache in die Konkursmasse. Die dritte Ausnahme ist, wenn es um die Verwertung eines vom Dritten bestellten Pfandes geht (SchKG 206).

5.3.3. Die Rechte der Gläubiger

a) Allgemeines

Verträge sind nur punktuell im Gesetz geregelt. **Ein Vertragsrücktritt oder eine Kündigung steht aber immer unter dem Vorbehalt, dass die Konkursverwaltung nicht selber in den Vertrag eintritt**. Ausführlich befasst sich das Gesetz mit den Forderungen, die aus den vertraglichen Beziehungen fliessen.

b) Die Konkursforderungen

i. Territoriale und zeitliche Begrenzung

Im Gegensatz zur Aktivmasse gibt es für die Konkursforderung keine territoriale Schranke, u.U. kann aber Retorsionsrecht zur Anwendung kommen, wenn Schweizer im Ausland schlechter behandelt werden als umgekehrt. Der Grundsatz der zeitlichen Begrenzung ist, dass nur Konkursforderung sein kann, was zur Zeit der Konkurseröffnung bereits besteht.

Die **Schuldverpflichtungen werden mit der Konkurseröffnung fällig** (SchKG 208 I), ohne dies wäre eine Generalexekution gar nicht möglich. **Die grundpfandgesicherten Forderungen sind von dieser Regel ausgenommen, da sie überbunden werden** (SchKG 208 I). **Bietet das Grundpfand nicht genügend Deckung, wird die Forderung als ungesicherte behandelt und wird fällig**. Die sofortige Fälligkeit wirkt nur gegenüber der Konkursmasse. Das zeigt sich vor allem wenn der Konkurs aufgehoben wird, dann gelten wieder die alten Fristen.

Forderungen mit aufschiebender Bedingung können im vollen Betrag eingegeben werden, bis zum Eintritt der Bedingung wird jedoch die Dividende des Gläubigers bei der Depositenanstalt hinterlegt (SchKG 210 I, 264 III). Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte Forderungen behandelt.

Stehen periodische Verpflichtungen des Konkursiten für die Zukunft unabänderlich fest, können sie kapitalisiert und im Konkurs liquidiert werden. Können sie nicht kapitalisiert werden, sind sie gegen den Konkursiten persönlich zu vollstrecken (SchKG 206).

Eine **Bürgschaft** des Konkursiten kann im Konkurs geltend gemacht werden, gleichgültig ob sie fällig ist oder nicht (SchKG 215). **Die Konkursmasse tritt dann in die Rechte des Bürgschaftsgläubigers gegen den Hauptschuldner und allfällige Mitbürgen ein**. Anders als bei der aufschiebend bedingten Forderung kann der Bürgschaftsgläubiger seine Dividende sogar schon vor Fälligkeit der Bürgschaft beziehen. Der Zwischenzins wird jedoch abgezogen (SchKG 208 II).

ii. Der sachliche Bestand der Konkursforderung

Sachlich kommen alle vermögensrechtlichen Ansprüche in Betracht, der Rechtsgrund ist gleichgültig. Geldforderungen bestehen aus dem Forderungskapital, den Zinsen bis zum Tage der Konkurseröffnung und den Betreibungskosten (SchKG 208). Danach gilt die **Unverzinslichkeit gegenüber dem Konkursiten** (SchKG 209). Ein allfälliger Aktivüberschuss am Ende des Konkurses muss aber diese Zinsen bezahlen. Für pfandgesicherte Forderungen läuft der Zins bis zur Verwertung des Pfandes weiter (SchKG 209).

Zwar können **Realforderungen** keinen Konkurs auslösen, jedoch unterliegen sie dennoch der Generalexekution, wenn der Konkurs eröffnet ist. Dies geschieht dadurch, dass die Realforderung in eine Geldforderung von entsprechendem Wert umgewandelt wird (SchKG 211 I). Massgebend ist dabei das positive Vertragsinteresse.

Zu beachten ist, dass bei zweiseitigen Verträgen, die jeweils beiderseits noch nicht erfüllt sind, die Konkursverwaltung das Recht hat, den Vertrag anstelle des Konkursiten realiter zu erfüllen statt die Umwandlung hinzunehmen. Allfällige Vertragsverletzungen werden dann als Masseverbindlichkeit behandelt.

Ein Verkäufer kann – wenn die Sache dem Käufer übergeben worden ist – nicht mehr vom Vertrag zurücktreten, wenn danach der Konkurs über den Käufer eröffnet wurde, selbst wenn sich der Verkäufer dieses Recht vorbehalten hätte (SchKG 212).

c) Konkursforderung bei Solidarhaftung

i. Konkurs mehrerer Solidarschuldner

Sind mehrere Schuldner in Konkurs, kann der Gläubiger seine Forderung in jedem Konkurs mit dem vollen Betrag geltend machen (SchKG 216 I). Durch mehrere Konkurse fällt ein allfälliger Überschuss an die Massen zurück (SchKG 216 II). Regressforderungen unter den Solidarschuldnern sind Masseverbindlichkeiten.

Hat der Gläubiger von einem Solidarschuldner bereits eine Teilzahlung erhalten, kann er dennoch seine Forderung im vollen Betrag im Konkurs des Mitverpflichteten eingeben. Ebenso ist dies dem anderen Solidarschuldner möglich, um allfällige Regressansprüche zu sichern (SchKG 217). Allerdings wird zuerst der Gläubiger befriedigt und nur ein Überschuss entfällt auf den anderen Solidarschuldner.

ii. Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

- Gleichzeitiger Konkurs von Gesellschaft und Gesellschafter: Die Subsidiarität der Haftung der Gesellschafter verlangt, dass zuerst der Konkurs der Gesellschaft abgewickelt werden muss (SchKG 218 I, OR 568 III, 617).

- Gesellschafterkonkurs ohne gleichzeitigen Konkurs der Gesellschaft: Der Grundsatz der subsidiären Haftung wird hier durchbrochen: der Gesellschaftsgläubiger **kann nämlich seine Forderung an die Gesellschaft im vollen Betrag im Konkurs des Gesellschafters geltend machen** (SchKG 218 II). Die Konkursmasse des Gesellschafters hat aber Rückgriffsrechte (SchKG 215 II).

- Gesellschaftskonkurs (OR 570).

d) Die Reihenfolge der Gläubigerbefriedigung

i. Vorbemerkung

Eigentlich sollten alle Gläubiger gleichzeitig und gleichmässig befriedigt werden, und einen eventuellen Verlust gemeinsam tragen, doch es bestehen mehrere Ausnahmen. Innerhalb der Ausnahmen haben alle Gläubiger aber dasselbe Recht (SchKG 220).

ii. Pfandgläubiger

Das Pfandobjekt wird im Konkurs verwertet, der Pfandgläubiger hat aber das Recht auf eine vorrangige Befriedigung aus dem Pfanderlös (SchKG 219 I), ein Überschuss fällt an die Konkursmasse zurück, ein Minderwert kann der Pfandgläubiger als ungesicherte Forderung geltend machen.

iii. Die konkursrechtliche Rangordnung

Es gibt drei Klassen, innerhalb derer die Gläubiger gleichberechtigt sind (SchKG 220 I):

- 1. Klasse: Forderungen der **Arbeitnehmers** (Lohnforderungen für sechs Monate vor dem Konkurs, oder solche infolge vorzeitiger Auflösung des Arbeitsvertrags wegen dem Konkurs sowie die Rückforderung von Kautionen). Auch in die erste Klasse gehören die Ansprüche aus UVG, solche aus der nicht obligatorischen beruflichen Vorsorge, Forderungen einer Personalvorsorgeeinrichtung gemäss BVG und schliesslich **familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsansprüche** (6 Monate vor Konkurseröffnung).

- 2. Klasse: Wenn der Konkurs während der Dauer der elterlichen Verwaltung oder binnen Jahresfrist nach deren Beendigung eröffnet worden ist, gehören **Ersatzforderungen des Kindes** aus der Verwaltung seines Vermögens hierhin (ZGB 326, SchKG 219).

- 3. Klasse: Alle übrigen Forderungen.

- Sonderklassen: BankG 36 Forderungen aus Spar-, Depositen- oder Anlagekonten sowie solche bis zu 30000 Fr. SchKG Schlussbestimmungen 2 IV: Frauengutsprivileg des alten Eherechts. Die Sonderklassen gehören zwischen die zweite und die Dritte Klasse.

Für die Fristberechnung in der ersten und zweiten Klasse siehe SchKG 219 V.

5.4. Formelles Konkursrecht

5.4.1. Die Feststellung der Masse und ihre Verwaltung

a) Das Konkursinventar

i. Allgemeines

Wurde schon vor der Konkurseröffnung ein Güterverzeichnis aufgenommen, dient es als Grundlage für das Konkursinventar (vgl. SchKG 221). Dieses wird durch das Konkursamt aufgenommen. Die Vermögenswerte des Schuldners werden mit ihrem Schätzungswert inventarisiert (SchKG 227). Das Inventar hat keinerlei Wirkung auf die Rechtsstellung von Dritten (vgl. SchKG 225 f.). Daher haben sie auch keine Beschwerdemöglichkeit, wenn der Gegenstand von Schuldner, an welchem sie ein besseres Recht geltend machen, ins Inventar aufgenommen wird. Der Schuldner nimmt abschliessend Stellung zum Inventar (SchKG 228).

Die Inventaraufnahme ist eine Sicherungsmassnahme. Ebenso als Sicherungsmassnahmen nimmt das Konkursamt Gelder in Verwahrung, versiegelt Magazine etc. (SchKG 223, vgl. StGB 290). Befindet sich ein Gegenstand bei einem Dritten, muss der Rechtsweg beschritten werden.

Die **Kompetenzstücke finden ebenfalls Eingang in das Inventar**, doch werden sie dem Schuldner zur freien Verfügung überlassen (SchKG 224). Zuständig für den Entscheid über die Kompetenzqualität ist das Konkursamt am Ort des Konkurses, auch wenn andere Konkursämter mitwirken. Wurde ein Vermögenswert in einem dem Konkursverfahren vorangegangenen Pfändungsverfahren widerspruchslos gepfändet, ist die Kompetenzqualität trotzdem erneut zu prüfen.

ii. Rechte und Pflichten

Dem Konkursit obliegt während des ganzen Konkursverfahrens eine allgemeine **Präsenzpflicht** (SchKG 229 I, StGB 323 Ziff. 5), eine Auskunfts- und eine Herausgabepflicht (SchKG 222 I, StGB 323 Ziff. 4, 324 Ziff. 1). Letztere zwei treffen die Hausgenossen des Konkursiten, wenn dieser gestorben oder geflohen ist (SchKG 222 II). Dritte unterliegen ebenfalls der Auskunfts- und der Herausgabepflicht, sofern sie nicht eigene Rechte am Gegenstand geltend machen können. Behörden unterliegen derselben Auskunftspflicht wie der Schuldner. Das Konkursamt macht die Betroffenen auf die Straffolgen und die Pflichten aufmerksam (SchKG 222 VI). Dies ist eine objektive Strafbarkeitsbedingung.

Der Konkursit hat einen Anspruch auf einen billigen Unterhaltsbeitrag aus der Konkursmasse (SchKG 229 II, Masseverbindlichkeiten), wenn er infolge des Konkurses kein Erwerbseinkommen mehr erzielt. Die Konkursverwaltung bestimmt, unter welchen Bedingungen der Schuldner in der Familienwohnung verbleiben kann, wenn diese zur Konkursmasse gehört. Je nach Verhältnissen kann die Konkursverwaltung einen Mietzins vom Schuldner verlangen, denn anders als im Pfändungsverfahren (VZG 19) besteht im Konkursverfahren kein Recht des Gemeinschuldners, bis zur Verwertung unentgeltlich in seiner zur Konkursmasse gehörenden Wohnung bzw. Liegenschaft zu verbleiben.

iii. Inhalt des Inventars

Sämtliche Vermögensstücke sind aufzunehmen (SchKG 227), Kompetenzgut wird wieder ausgeschieden (SchKG 224). Eventuelle behauptete Rechte Dritter sind vorzumerken (SchKG 225, 226). Das abgeschlossene Inventar ist vom Konkursiten zu unterzeichnen (SchKG 228) und unterliegt der Beschwerde. Gegen die Nichtaufnahme eines Gegenstandes kann sich nur ein Gläubiger beschweren.

Gleichzeitig mit dem Inventar hat das Konkursamt die zur Erhaltung der Vermögenswerte gebotenen Sicherungsmassnahmen zu treffen (SchKG 221).

Das Inventar ist bloss eine Verwaltungshandlung, denn schon die Konkurseröffnung bewirkt den Konkursbeschlag. Vom Inventar abhängig ist der weitere Verlauf des Verfahrens (Einstellung mangels Aktiven, ordentliches Konkursverfahren bei genügenden Aktiven, sonst summarisches Konkursverfahren; SchKG 231).

b) Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

i. Allgemeines

Sind zu wenige Aktiven (d.h. nicht ein Aktivenüberschuss, sondern die Aktiven an sich) vorhanden, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, verfügt das Konkursgericht (Gerichtspräsident [EG SchKG 20]) auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Verfahrens. Das Konkursamt zieht seine Erkenntnis aus der Inventaraufnahme. Die Einstellung wird öffentlich bekannt gemacht (SchKG 230, 35). Die Gläubiger haben das Recht, binnen 10 Tagen die Durchführung dennoch zu verlangen, müssen jedoch für den nicht gedeckten Teil der mutmasslichen Kosten Sicherheit leisten. Die Einstellung des Konkursverfahrens bewirkt nicht die Ausstellung von Verlustscheinen. **Die Einstellung ist auch keine nach SchKG 17 beschwerdefähige Verfügung**.

Nach der Einstellung des Konkursverfahrens kann der Schuldner während zwei Jahren auch auf Pfändung betrieben werden, unabhängig davon ob er konkursfähig ist oder nicht (SchKG 230 III). **SchKG 230 III lässt sich nicht analog auf den Fall anwenden, in dem der Konkurs gar nicht eröffnet wurde, weil der Gläubiger keinen Vorschuss nach SchKG 169 geleistet hat**.

Die Einstellung lässt die schon begonnenen Betreibungen wieder aufleben (SchKG 230a, vgl. SchKG 230 IV). Diese Regelung vermindert die Wahrscheinlichkeit, dass der Schuldner missbräuchlich Privatkonkurs anmeldet. Die Frist währen des Verfahrens stand indes still.

Obwohl für den Schuldner ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auch im Betreibungsverfahren anerkannt wird (SchKG 169), bedeutet dies nicht auch einen Anspruch auf Durchführung des Konkursverfahrens.

ii. Bei ausgeschlagener Erbschaft und bei juristischen Personen

Wird die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft mangels Aktiven eingestellt, können die Erben die Abtretung der zum Nachlass gehörenden Aktiven an die Erbengemeinschaft oder an einzelne Erben verlangen, wenn sie sich bereit erklären, die persönliche Schuldpflicht für die Pfandforderungen und die nicht gedeckten Liquidationskosten zu übernehmen. Macht keiner der Erben von diesem Recht Gebrauch, so können es die Gläubiger und nach ihnen Dritte, die ein Interesse geltend machen, ausüben. Kommt kein Abtretungsvertrag im Sinne von SchKG 230a I zustande und verlangt kein Gläubiger fristgemäss die Verwertung seines Pfandes, so werden die Aktiven nach Abzug der Kosten mit den darauf haftenden Lasten, jedoch ohne die persönliche Schuldpflicht, auf den Staat übertragen, wenn die zuständige kantonale Behörde die Übertragung nicht ablehnt.

Befinden sich in der Konkursmasse einer juristischen Person verpfändete Werte, kann der Pfandgläubiger trotz der Einstellung mangels Aktiven die Verwertung des Pfandes verlangen. Das Amt setzt ihm dazu eine Frist (SchKG 230a II).

iii. Konkurspublikation

Die Konkurspublikation ist detailliert in SchKG 232 geregelt, unter anderem auch die Einladung zur ersten Gläubigerversammlung. Die Publikation erfolgt nur, wenn der Konkurs nicht mangels Aktiven eingestellt wird.

c) Schuldenaufruf

Wird der Konkurs nicht mangels Aktiven eingestellt, wird öffentlich bekannt gemacht, **ob er im ordentlichen oder im summarischen Verfahren durchgeführt werden wird** (SchKG 232 I). Zum Inhalt der Bekanntmachung siehe SchKG 232 II.

Die **öffentliche Bekanntmachung** enthält insbesondere den **Schuldenruf**, d.h. die Aufforderung an die Gläubiger, die Ansprüche im Konkurs des Schuldners anzumelden. Die Eingabefrist beträgt einen Monat, ausser bei der Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft oder in einem Nachlassverfahren (10 Tage, SchKG 234). Möglich ist die Verlängerung der Eingabefrist nach SchKG 33 II.

Dritte haben unter Straffolge eine Auskunfts- und Herausgabepflicht. Auf diese werden sie ebenfalls im Schuldenaufruf bzw. bei der öffentlichen Bekanntmachung aufmerksam gemacht.

Jedem bekannten Gläubiger stellt das Konkursamt eine **individuelle Bekanntmachung** des Konkurses zu (SchKG 233). Im summarischen Verfahren erfolgt keine solche Spezialanzeige.

d) Organe der Verwaltung und ihre Kompetenzen

i. Die Erste Gläubigerversammlung

Die Gläubigerversammlung ist das oberste willensbildende Organ der Gläubigergemeinschaft. Seine Entscheide sind daher für die Konkursverwaltung bindend. Die Konkursverwaltung ihrerseits führt aber den Konkurs durch. Sie ist **spätestens 20 Tage nach der Konkurspublikation abzuhalten** und wird **vom Konkursbeamten geleitet**, welcher mit zwei Gläubigern das Büro bildet (SchKG 235). Teilnahmeberechtigt ist jeder, der aus den Unterlagen des Konkursiten als dessen Gläubiger hervorgeht. Zur Beschlussfähigkeit muss ein Viertel der Gläubiger anwesend sein (SchKG 235, vgl. 236). Vier oder weniger Gläubiger können beschliessen, wenn sie mindestens die Hälfte aller Gläubiger bilden. Jeweils wird mit absolutem Mehr der stimmenden Gläubiger bestimmt, wobei die Höhe der Forderungen nicht massgebend ist (Kopfstimmprinzip). Ist die Beschlussfähigkeit nicht vorhanden, stellt dies das Konkursamt fest (SchKG 236).

Zu den **Aufgaben** (SchKG 237) gehören die Entgegennahme des Berichtes des Konkursamtes (SchKG 238 I), organisatorische Entscheidungen zu treffen und auch dringliche Verwaltungsmassnahmen zu beschliessen (z.B. die Fortführung des Betriebes des Konkursiten). Die Versammlung entscheidet insbesondere auch, ob sie das Konkursamt oder eine oder mehrere von ihr zu wählende Personen als Konkursverwaltung einsetzen wollen (SchKG 237 II). Zu den dringlichen Verwaltungsmassnahmen gehören auch die Fortsetzung schwebender Prozesse sowie auch deren Anhebung und der Freihandverkauf nach SchKG 243 II. SchKG 238 ist eine Generalklausel. Weiter kann die Gläubigerversammlung die Verwertung einstellen, wenn der Konkursit einen Nachlassvertrag vorschlägt (SchKG 238 II). Da die Forderungen noch nicht erwahrt sind, hat die erste Gläubigerversammlung keine weitergehenden Kompetenzen.

Die Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung unterliegen wegen Rechtsverletzung und Unangemessenheit der **Beschwerde** (SchKG 239). Die Frist beträgt fünf Tage. Anwendung findet SchKG 17 ff., aber die Aufsichtsbehörde hat schnell zu entscheiden. Bei Beschwerden durch Verletzung von rechtlich geschützten Interessen Dritter erfolgt nur eine Überprüfung der Rechtsverletzung.

ii. Der Gläubigerausschuss

Dies ist ein fakultatives Hilfs- und Kontrollorgan (SchKG 237 III), welches von der ersten Gläubigerversammlung eingesetzt werden kann. Die Gläubigereigenschaft sollte nicht zweifelhaft sein. Der Gemeinschuldner kann nicht in den Ausschuss gewählt werden, eine Verwandtschaft zu ihm ist aber möglich. Die Kompetenzen sind vorwiegend von denen der Gläubigerversammlung abgeleitet; es bestehen aber auch selbständige Kompetenzen (SchKG 237 III Ziff. 4 und 5, SchKG 255).

Es kann jeder Gläubiger in den Gläubigerausschuss gewählt werden, der nicht irgendwie vom Schuldner abhängig ist. Die Beschlüsse des Gläubigerausschusses sind mit betreibungsrechtlicher Beschwerde anfechtbar (SchKG 17).

iii. Die Konkursverwaltung

Sie ist das ausführende Organ, ihr obliegt die Durchführung des Konkurses im Einzelnen, namentlich der Vollzug der Gläubigerbeschlüsse. Wenn die Mitglieder der Gläubigerversammlung eine ausseramtlich Konkursverwaltung bestellen, versieht auch diese ein öffentliches Amt (SchKG 241) und untersteht den Pflichten von SchKG 8-11, 5 und 14. Im Gegensatz zum Konkursamt muss der ausseramtliche Konkursverwalter sein Amt aber nicht annehmen. Die Tätigkeit des ausseramtlichen Konkursverwalters ist **grundsätzlich vereinbar mit der Gläubigereigenschaft**, obgleich im Einzelfall Probleme auftreten könnten. **Nicht vereinbar ist die Tätigkeit mit der Gemeinschuldnereigenschaft**. Die ausseramtliche Konkursverwaltung kann auch in der zweiten Gläubigerversammlung gewählt werden. Die einzelnen Verwaltungsaufgaben sind:

- Erhaltung der Masse (SchKG 240, Masseverbindlichkeiten), insbesondere auch die Vertretung der Masse vor Gericht.
- Entzug umstrittener fälliger Forderungen.
- Behandlung der Aussonderungsansprüche (SchKG 242).
- Evtl. Notverkauf (also Verwertung, SchKG 243) und Einzug von unbestrittenen fälligen Guthaben. Der Notverkauf kann im Interesse der Masse auch bereits vor der ersten Gläubigerversammlung durchgeführt werden. Er bedarf einer schnellen Wertverminderung, einem kostspieligen Unterhalt oder unverhältnismässig hohe Aufbewahrungskosten. Weiter können Gegenstände mit Börsen- oder Marktpreisen nach SchKG 243 II verkauft werden. Bei Liegenschaften ist VZG 128 zu beachten, der Verkauf darf erst nach dem Kollokationsverfahren stattfinden.

e) Aussonderung und Admassierung

i. Allgemeines

Das Widerspruchsverfahren in der Generalexekution nennt man Aussonderung. Die Aussonderungsklage entspricht der betreibungsrechtlichen Freigabeklage (SchKG 107 V), und die Admassierungsklage der Widerspruchsklage (SchKG 108). Verfahrensmässig ist die ZPO anwendbar (EG SchKG 23).

ii. Admassierung

Der Bestand des Konkurssubstrates soll abgeklärt werden. War der fragliche Gegenstand im (Mit-) **Gewahrsam eines Dritten**, muss die Konkursmasse den Gegenstand an sich ziehen (admassieren, SchKG 242). Zum Admassierungsverfahren siehe SchKG 236, 237, es handelt sich um eine Art Vindikationsklage, ZGB 641 und 975 sind daher anwendbar.

iii. Aussonderung

Der Gegenstand war im **Gewahrsam des Schuldners**, der Dritte kann mit Hilfe der Aussonderungsklage gegen die Konkursmasse vorgehen, wenn er einen Anspruch auf den Gegenstand hat. Die Klage ist betreibungsrechtlicher Natur mit Reflexwirkung auf das

materielle Recht. Das Gesetz will durch das Aussonderungsverfahren aber nur die Frage abklären, ob der strittige Gegenstand dem Konkursbeschlag unterliegt oder nicht. Bei einer Gutheissung der Klage könnte der Gemeinschuldner trotzdem noch mal gegen den siegreichen Kläger vorgehen. Es ist also keine Vindikationsklage. Das **Verfahren ist in SchKG 242 rudimentär geregelt**. Ausführlicher ist es in **KOV 45 ff.** geregelt und ähnelt weitgehend dem Widerspruchsverfahren. Die Aussonderung muss ausdrücklich verlangt werden, wurde der Gegenstand schon verwertet, richtet sich der Anspruch auf den Erlös. Wenn die Konkursverwaltung bereit wäre, den Herausgabeanspruch des Dritten nach deren Anmeldung anzuerkennen, muss vorher noch die zweite Gläubigerversammlung abgehalten werden, welche anders beschliessen und das Bestreitungsrecht abtreten kann. Wird der Anspruch von der Gläubigerversammlung abgelehnt, setzt die Konkursverwaltung dem Dritten eine Frist zur Aussonderungsklage.

Bei der Aussonderungsklage ist immer der Dritte Kläger, und die Masse oder ein Abtretungsgläubiger der Beklagte. Sie wird im **ordentlichen Zivilprozess** durchgeführt und hat als betreibungsrechtliche Klage eine Reflexwirkung auf das materielle Recht. Aussonderungsgründe sind materiell insbesondere das **Eigentum**, der **Auftrag** (OR 401 III) und SchKG 201 ff. Formell muss die Konkursmasse Gewahrsam haben an der Sache. Verfahrensmässig erlässt die Konkursverwaltung nach Ablauf der Eingabefrist (SchKG 232 2.) eine Verfügung darüber, ob sie den Drittanspruch anerkennen will oder nicht. Bei Nichtanerkennung wird dem Dritten eine 20tägige Frist zur Anhebung der Klage gesetzt.

5.4.2. Erwahrung & Kollokation der Konkursforderung

a) Die Erwahrung (Verifizierung) der Konkursforderungen

Nach Ablauf der Eingabefrist prüft die Konkursverwaltung die angemeldeten Forderungen und macht die zu ihrer Erwahrung nötigen Erhebungen (SchKG 244). Auch nicht angemeldete Forderungen sind einer Prüfung zu unterziehen (z.B. solche, die aus dem Grundbuch ersichtlich sind (SchKG 246), unmittelbare gesetzliche Rechte oder verpfändete Grundpfandtitel). Zum Umfang der Prüfung gehören die Untersuchung der vorgelegten Beweismittel und die Stellungnahme des Konkursiten. Fehlen die Beweismittel, kann die Konkursverwaltung die Forderung abweisen oder dem Forderungsgläubiger eine Frist zur Einreichung stellen. Die Erklärung des Schuldners fliesst in die Beurteilung mit ein (vgl. SchKG 245).

Der Entscheid ist entweder die **Anerkennung des Anspruches oder deren Abweisung**. Beides erfolgt in der so genannten **Kollokationsverfügung** und soll eindeutig und unbedingt sein (KOV 59 II, Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter). Die Kollokationsverfügung der Konkursverwaltung kommt formell im Kollokationsplan zum Ausdruck, wobei eine Abweisung zu begründen ist.

b) Der Kollokationsplan

i. Allgemeines

Innert 60 Tagen nach Ablauf der Eingabefrist erstellt die Konkursverwaltung den Plan für die Rangordnung der Gläubiger (Kollokationsplan, vgl. SchKG 219 f.). Möglich ist eine

Verlängerung der Frist (SchKG 232 II, 33 II). Der Kollokationsplan gibt darüber Auskunft, wie die einzelnen Konkursforderungen bestandes-, betrags- und rangmässig im Verfahren behandelt werden sollen. Nicht aufzunehmen sind Aussonderungsansprüche und Masseverbindlichkeiten. Besteht ein **Gläubigerausschuss**, muss dieser innert 10 Tagen den **Kollokationsplan genehmigen** (SchKG 247 III und IV). Ohne ausdrückliche Ermächtigung der Gläubigerversammlung darf der Gläubigerausschuss allerdings keine Rechte anerkennen, welche die Konkursverwaltung abgewiesen hat, er hat nur eine Abweisungskompetenz (SchKG 237 III Ziff. 4).

Für Liegenschaften wird ein Lastenverzeichnis erstellt, welches Teil des Kollokationsplans bildet (SchKG 247 II). Im Kollokationsplan werden auch die abgewiesenen Forderungen mit Angabe des Abweisungsgrundes vorgemerkt (SchKG 248).

Materiell müssen die Forderungen klar und eindeutig sein. Der Kollokationsplan wird mitsamt den Belegen und dem Inventar von der Konkursverwaltung beim Konkursamt aufgelegt. Die Auflegung wird öffentlich bekannt gemacht und die Frist zur Anhebung der Kollokationsklage beginnt zu laufen (SchKG 249 I, vgl. SchKG 250). Gläubiger abgewiesener Forderungen erhalten eine individuelle Anzeige.

Bei öffentlichrechtlichen Forderungen gelten dieselben Regeln. Ist das Verfahren für die Festsetzung der Forderung noch nicht abgeschlossen, tritt die **Konkursverwaltung in die verfahrensrechtliche Stellung des Konkursiten**. Bezüglich der paulianischen Anfechtungsklage kann die Konkursverwaltung eine als pfandgesichert angemeldete Forderung in der 3. Klasse kollozieren und das damit geltend gemachte Faustpfandrecht abweisen, wenn sie zum Schluss gelangt, ein Anfechtungstatbestand i.S.v. SchKG 285 ff. sei gegeben.

Vgl. für das Verfahren im Weiteren KOV 59 ff.

ii. Möglichkeit der Änderung

Zu nachträglichen Änderungen kann es dadurch kommen:

- Gutheissung einer Beschwerde oder Klage.
- Selbstberichtigung (KOV 65).
- Verspätete Konkurseingabe (erstmalige Eingabe oder echte nova, SchKG 251). Bis **zum Schluss des Konkurses können Konkurseingaben gemacht werden, allerdings hat der Gläubiger sämtliche daraus verursachten Kosten zu tragen**. Auf Abschlagszahlungen von vor der Anmeldung besteht kein Anspruch.
- Von Amtes wegen wenn Forderungen offensichtlich zu unrecht kolloziert wurden, aus Versehen nicht kolloziert wurden oder echte Nova.

c) Die Anfechtung des Kollokationsplanes

i. Beschwerde (subsidiär)

Die Anfechtung mittels Beschwerde ist nur aufgrund Verfahrensfehler möglich. Zur Beschwerde legitimiert sind alle Beteiligten.

Wird der Kollokationsplan im Beschwerdeverfahren abgeändert, muss er neu aufgelegt und die Neuauflage öffentlich bekannt gemacht werden. Beschwerde kann z.B. erhoben werden:

- Wenn der Gläubigerausschuss bei der Aufstellung des Kollokationsplanes übergangen wird.
- Verletzung von Formvorschriften (z.B. ungenügende Auflegung).
- Unvollständigkeit, Unklarheit oder Lückenhaftigkeit.
- Konkursforderung wird versehentlich übergangen.
- Der Kollokationsplan wird von einem unberechtigten Organ erstellt.

ii. Klage

Die klageweise Anfechtung bezweckt immer die materiellrechtliche Überprüfung des Inhalts. Die Klage richtet sich also gegen die materielle Entscheidung der Konkursverwaltung im Rahmen der Erwahrung und Kollokation der Behauptung. Jedem Gläubiger, dessen Forderung **ganz oder teilweise** abgewiesen worden ist oder welcher **nicht den beanspruchten Rang** erhalten hat, werden die Auflage des Kollokationsplanes und die Abweisung seiner Forderung besonders angezeigt. Eine **Rechtsmittelbelehrung ist aber nicht erforderlich**.

Die Kollokationsklage ist eine Gestaltungsklage, weil der Kollokationsplan direkt abgeändert wird. Ihre Reflexwirkung ist, dass sie ausserhalb des Konkurses die Bereicherungsklage ausschliesst. **Der Schuldner ist nicht legitimiert, Kollokationsklage zu erheben**.

Gegenstand der Kollokationsklage ist, wie ein geltend gemachter Anspruch materiell richtig zu kollozieren sei. Es **kann sich auch um eine fremde Forderung handeln**. Klageberechtigt ist jeder Inhaber eines Anspruchs, der im Kollokationsplan zu behandeln ist, nicht aber der Konkursit. Die Klage richtet sich entweder gegen die Konkursmasse oder gegen andere Ansprecher (SchKG 250 III). Der Streitwert bemisst sich nur nach der Dividende, also auf den möglichen Prozessgewinn.

Der Streit wird im beschleunigten Verfahren ausgetragen (SchKG 250, die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach der ZPO [EG SchKG 23 II]). Gerichtsstand ist der Konkursort. Das **Urteil wirkt nur im hängigen Konkursverfahren**. Wird die Klage gutgeheissen, hat das Urteil Wirkung für alle Gläubiger, wenn der Gläubiger wegen seiner eigenen Kollokation geklagt hat. Hat er wegen einer fremden Kollokation geklagt, wirkt sich das Urteil nur zwischen den Parteien ab, d.h. dem Kläger einzig kommt das zugute, was er sich erstritten hat, mitsamt den verursachten Prozesskosten. Ein allfälliger Überschuss des Klägers wird unter den anderen Gläubigern verteilt. Der obsiegende Kläger kann den Betrag, um den die Dividende des Beklagten gekürzt wird, bis zur vollen Deckung seiner Forderung und der Prozesskosten für sich beanspruchen (Lohn der Angst). Der Streitwert bemisst sich auf den höchstens erzielbaren Prozessgewinn, also um die mutmassliche Konkursdividende.

Macht ein Gläubiger eine Masseforderung geltend, so hat er Zivilklage und nicht Kollokationsklage zu erheben, da die Streitigkeit den Umfang der Aktivmasse betrifft.

5.4.3. Die Verwertung

a) Allgemeines

Auch hier handelt es sich um öffentlichrechtliche Verfügungen, weswegen auf das zur Spezialexekution Gesagte verwiesen werden kann (SchKG 59). Zur Erinnerung: Durch die öffentlichrechtliche Natur der Verwertung besteht keine privatrechtliche Gewährleistung (OR 234 I), ausser bei Zusicherungen oder bei absichtlicher Täuschung.

Die Verwertung der Aktivmasse ist die Aufgabe der Konkursverwaltung, allerdings bestimmt die zweite Gläubigerversammlung das Vorgehen. Abgesehen vom Notverkauf, dürfen die Bestandteile der Aktivmasse erst verwertet werden, nachdem die Zweite Gläubigerversammlung stattgefunden hat (SchKG 238, 243 II). Bei Grundstücken müssen zudem die Lasten bereinigt sein (bei Fahrnis nicht).

b) Die zweite Gläubigerversammlung

Die zweite Gläubigerversammlung wird nach **Auflage des Kollokationsplanes** von der Konkursverwaltung durch individuelle Einladung einberufen (SchKG 252, mind. 20 Tage vorher), sobald die Konkurseingaben geprüft sind. Teilnahmeberechtigt sind alle Konkursgläubiger, deren Forderungen nicht bereits rechtskräftig abgewiesen sind.

Ein Mitglied der Konkursverwaltung führt in der Versammlung den Vorsitz; über Beschlussfähigkeit und Abstimmung gilt dasselbe wie für die erste Gläubigerversammlung (also bzgl. Quorum und Mehrheit). Kommt keine beschlussfähige zweite Gläubigerversammlung zustande, bleiben die bisherige Konkursverwaltung und der Gläubigerausschuss im Amt (SchKG 254).

Jede weitere Versammlung ist wieder eine „zweite“ Gläubigerversammlung und kann jederzeit durch einen Viertel der Gläubiger oder durch die Konkursverwaltung wieder einberufen werden (SchKG 255). In dringenden Fällen ist auch in Zirkularbeschluss möglich. Dieser ist getätigt, wenn die Mehrheit der Gläubiger den Antrag der Konkursverwaltung innert der gesetzten Frist annehmen (SchKG 255a).

Die Kompetenzen der zweiten Gläubigerversammlung sind weitgehender (SchKG 253, 252). Die zweite Gläubigerversammlung kann **unbeschränkt alles Weitere für die Durchführung des Konkurses anordnen**. Die Konkursverwaltung erstattet ihr Bericht. Diese Allmacht wird durch das Beschwerderecht unter Kontrolle gehalten, allerdings kann nur eine Rechtsverletzung angerufen werden. Die Versammlung kann auch über einen allfälligen Gläubigerausschuss befinden.

c) Die Verwertungsarten

Sobald die **Beschwerdefrist zur Anfechtung der Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung abgelaufen ist, nimmt die Konkursverwaltung die Verwertung vor**. Wie bei der Pfändungsbetreibung steht die Versilberung im Vordergrund.

Wenn die Gläubigerversammlung nichts anderes beschliesst, findet eine **öffentliche Versteigerung** statt (SchKG 256 I). Die Konkursverwaltung hat die Versteigerung vorzubereiten und setzt Steigerungsbedingungen fest (SchKG 257 I). Eine individuelle Mitteilung der Steigerung erhalten im Konkurs nur die Grundpfandgläubiger und diejenigen Gläubiger, denen die Grundpfandtitel verpfändet sind sowie die Inhaber von gesetzlichen Vorkaufsrechten (SchKG 257 III). Die Durchführung erfolgt nach den Regeln der Spezialexekution, aber ohne Rücksicht auf das **Deckungsprinzip** (SchKG 258). Gleich wie bei der Spezialexekution sind der Mindestzuschlagpreis für Edelmetalle (SchKG 128) und die Lastenüberbindung (SchKG 135). **Für die erste Versteigerung ist es zudem möglich, dass die Gläubiger einen Mindestpreis festsetzen** (SchKG 258 II).

Gemäss SchKG 256 III können Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert nur dann freihändig verkauft werden, wenn die Gläubiger vorher Gelegenheit erhalten haben, höhere Angebote zu machen. Die Norm steht daher dem Notverkauf von SchKG 243 entgegen. Gemäss h.L. ist bei einem fünfstelligen Wert von einem solchen bedeutenden Wert auszugehen.

Ein Freihandverkauf wird als Notverkauf zugelassen, wenn Wertpapiere oder andere Sachen mit einem Markt- oder Börsenpreis günstig verwertet werden können oder wenn es die zweite Gläubigerversammlung beschliesst und die Pfandgläubiger damit einverstanden sind (SchKG 243, 256).

d) Abtretung von Rechtsansprüchen (weitere Verwertungsart)

i. Funktion und Wesen

Nicht fällige, streitige oder sonst nur schwer einbringliche Forderungen können nicht ohne weiteres einbezogen werden, deren Eintreibung auf dem Rechtswege wäre oft mit beträchtlichem Aufwand und erheblichem Risiko verbunden. Auch eine Versteigerung deren würde kaum ein befriedigendes Ergebnis bringen. Deswegen ist die „Abtretung“ an einen Konkursgläubiger vorgesehen (SchKG 260), wobei es sich eigentlich nur um die Kompetenz handelt, die Ansprüche geltend zu machen (Prozessstandschaft).

ii. Gegenstand der Abtretung

Dem Abtretungsgläubiger wird das Prozessführungsrecht für den „abgetretenen Anspruch“ übertragen. Ansprüche können neben den Vermögensrechten auch Ansprüche sein, die der Masse originär zustehen, wie z.B. Anfechtungsansprüche. Im Einzelnen handelt es sich um:

- Zweifelhafte Aktiven (bestrittene Forderungen, Admassierungs- und Anfechtungsansprüche, öffentlichrechtliche Ansprüche, vgl. auch SchKG 207).
- Bestreitungsrechte wie die Ablehnung eines Aussonderungsanspruchs, einer bereits im Prozess liegenden Konkursforderung, einer Masseverbindlichkeit oder einer Begünstigungsklausel (SchKG 207).
- Anfechtungsklagen nach SchKG 285 ff.

iii. Die formellen Voraussetzungen der Abtretung

Ausser dass materiell ein abtretbarer Anspruch vorliegt, setzt die Abtretung formell Folgendes voraus:

- Die **Gesamtheit der Gläubiger muss auf die Geltendmachung des fraglichen Rechts durch die Masse verzichten** (SchKG 260); hier genügt allerdings ein Mehrheitsbeschluss, alle Gläubiger müssen aber Gelegenheit haben, sich zu äussern. Dann ergeht keine Verwertung durch die Konkursverwaltung.

- Ein Gläubiger muss die **Abtretung verlangen**, also darf sie ihm nicht aufgezwungen werden. Ein Begehren kann an der zweiten Gläubigerversammlung oder bis zu 10 Tagen danach gestellt werden (SchKG 269).

- Legitimiert zum Abtretungsbegehren ist jeder Konkursgläubiger, der im Kollokationsplan berücksichtigt worden ist. Es versteht sich von selbst, dass der Konkursgläubiger, gegen den sich der abzutretende Anspruch richtet, nicht legitimiert ist.

- Die Abtretung wird durch die Konkursverwaltung förmlich verfügt (SchKG 269).

iv. Die Wirkungen der Abtretung

Unmittelbare Wirkungen: Das Recht auf Geltendmachung eines der Masse zustehenden Anspruchs übergeht an den fraglichen Konkursgläubiger; die Konkursverwaltung ist dazu nicht mehr befugt. An der Zugehörigkeit des Anspruchs zur Konkursmasse ändert sich nichts, deswegen kann der Debitor Cessus befreiend an die Masse leisten und gegen den Abtretungsgläubiger keine persönlichen Einreden geltend machen (z.B. Verrechnung).

Mittelbare Wirkungen: Wegen der Abtretung kann und muss der Abtretungsgläubiger handeln; allerdings muss er nicht den Prozessweg wählen, er kann auch einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleich abschliessen. Bei der Abtretung an mehrere Gläubiger bilden diese eine notwendige Streitgenossenschaft (einheitliches Verfahren).

Obwohl die Abtretung eine gewisse Verwandtschaft mit dem Auftrag aufweist, gibt es viele Unterschiede (SchKG 260):

- Der Abtretungsgläubiger handelt auf eigene Gefahr und auch zu eigenem Nutzen, z.B. gehen die Kosten auf ihn über bei einem „missglückten Versuch“. Daher kann er auch URP beantragen.

- Der Abtretungsgläubiger haftet der Masse für allfälligen Schaden.

- Der Abtretungsgläubiger hat vor allen anderen Anspruch auf das positive Ergebnis seines Unternehmens, insbesondere auf den Prozessgewinn, nur ein Überschuss verbleibt der Masse.

v. Dauer und Widerruf der Abtretung

Die Abtretung wird indirekt befristet, indem die Konkursverwaltung dem Abtretungsgläubiger eine angemessene Frist zur Anhebung der Klage ansetzt. Diese Frist befugt die

Konkursverwaltung bei unbenutztem Ablauf dazu, die Abtretung zu widerrufen. Selbstverständlich verliert die Abtretung ihre Wirksamkeit, wenn der Konkurs widerrufen oder eingestellt wird.

vi. Verfahrenslauf bei Nichtzustandekommen / bei Widerruf einer Abtretung

Selber darf die Konkursverwaltung den Anspruch nicht geltend machen, weil die Gesamtgläubigerschaft ja das Gegenteil beschlossen hat. Sie kann ihn nur noch versteigern oder freihändig verkaufen (SchKG 260 III [ausser paulianische Anfechtungsansprüche, SchKG 256]). Gelingt die Verwertung des Anspruchs nicht, fällt das Verfügungsrecht darüber von der Masse auf den Konkursiten zurück: der Konkursbeschlag an diesem Anspruch erlischt.

5.4.4. Die Verteilung

a) Vorbereitung der Verteilung

Erst wenn sowohl Aktiv- als auch Passivmasse festgestellt worden sind, kann die Verteilung stattfinden (SchKG 261, vgl. SchKG 266). Dies beinhaltet den Eingang des Erlöses der ganzen Konkursmasse und die Rechtskraft des Kollokationsplanes.

Aus dem Gesamterlös (Bruttoerlös) müssen zuerst die Masseverbindlichkeiten bezahlt werden (SchKG 262 I). Masseverbindlichkeiten haben ihren Entstehungsgrund nach Konkurseröffnung, und sie verpflichten nicht den Konkursiten, sondern die Konkursmasse selbst. **Verbindlichkeiten, die während einer Nachlassstundung (SchKG 310 II) eingegangen sind, werden erst zu Masseverbindlichkeiten, wenn dennoch der Konkurs eröffnet wird**. Reicht der Gesamterlös dazu nicht aus, werden zuerst die Auslagen der Konkursverwaltung (Massekosten), dann die Masseschulden und zuletzt die Gebühren und die Entschädigung der Konkursverwaltung bezahlt. Aus dem Erlös von Pfandgegenständen werden aber nur die Kosten ihrer Inventur, Verwaltung und Verwertung gedeckt.

Was nach der Deckung der Masseschulden übrig bleibt, bildet den Reinerlös. Danach erstellt die Konkursverwaltung die Verteilungsliste und die Schlussrechnung (SchKG 261, 263 individuelle Anzeige). Die Verteilungsliste fusst auf dem rechtskräftigen Kollokationsplan, die Schlussrechnung enthält die Gesamtabrechnung über den Konkurs und sie stellt Einnahmen und Ausgaben einander gegenüber.

b) Durchführung der Verteilung

Nach unbenütztem Ablauf der Anfechtungsfrist bzw. der Auflagefrist von zehn Tagen oder nach rechtskräftiger Erledigung allfälliger Beschwerden gegen die Verteilungsliste und die Schlussabrechnung kann die Konkursverwaltung die Pfandbetreffnisse und Dividenden auszahlen (SchKG 264 I, KOV 88).

Abschlagsverteilungen (provisorische Verteilung) dürfen auch vorgenommen werden (vgl. SchKG 237 III Ziff. 5). Allerdings müssen sie vom Gläubigerausschuss bzw. von der

Konkursverwaltung angeordnet werden und sie dürfen keine Beeinträchtigung des Endergebnisses verursachen. Weiter muss die Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes abgelaufen sein (SchKG 266 I) und es ist eine provisorische Verteilungsliste beim Konkursamt aufzulegen.

Für die Quittierung und Urkundentilgung gelten dieselben Regeln wie in der Betreibung auf Pfändung (SchKG 264 II).

c) Der Konkursverlustschein

i. Empfänger und Wirkungen des Konkursverlustscheins

Allen nicht voll befriedigten Konkursgläubigern muss ein **Verlustschein** ausgestellt werden (SchKG 265 i.V.m. 149 Ibis). Dies kann auch einen Pfandgläubiger treffen, da im Konkurs nicht mit Rücksicht auf das Deckungsprinzip verwertet wird.

Die Wirkungen sind Folgende:

- Unverzinslichkeit der Verlustscheinforderung (SchKG 149 IV), Verjährbarkeit 20 Jahre nach der Ausstellung (SchKG 149a I).
- Arrestgrund (SchKG 271 I Ziff. 5).
- Wenn der Konkursit die betreffende Forderung anerkannt hat (SchKG 244) gilt der Verlustschein als Schuldanerkennung im Sinne von SchKG 82. Deswegen muss auf dem Konkursverlustschein vermerkt werden, ob der Schuldner eine Forderung bestritten hat, SchKG 265).
- **Der Konkursverlustschein berechtigt nicht zur Anfechtungsklage** (SchKG 285 II Ziff. 2), höchstens durch Abtretung nach SchKG 260 (SchKG 269).
- Eine Fortsetzung der Betreibung ohne neues Einleitungsverfahren kommt hier nicht in Betracht
- Eine neue Betreibung kann erst wieder angehoben werden, wenn der Konkursit zu neuem Vermögen gekommen ist (SchKG 265 II).

Die Wirkungen, welche die Gläubigerrechte einschränken, treffen auch diejenigen Gläubiger, die am Konkurs nicht teilgenommen haben (SchKG 267).

ii. Begriff und Feststellung des neuen Vermögens

Begriff: Die Feststellung des neuen Vermögens kommt nur bei natürlichen Personen in Betracht, da bei juristischen Personen durch ihren Untergang meist gar keine Verlustscheine ausgestellt werden. Unter neuem Vermögen (SchKG 265 II) ist neues Nettovermögen zu verstehen also der Überschuss der nach Beendigung des Konkurses erworbenen Aktiven über die neuen Schulden. Der ehemalige Konkursit hat aber Anspruch auf eine standesgemässe Lebensführung. Neues Vermögen wird auch dann angenommen, wenn der Schuldner ein Einkommen erzielt, welches ihm erlauben würde, Vermögen zu bilden. Will der Schuldner in einer neuen Betreibung für die Verlustscheinforderung die Einrede mangelnden Vermögens erheben, muss er das mit Rechtsvorschlag gegen den

Zahlungsbefehl tun (z.B. mit „kein neues Vermögen“). Die Einrede steht nur dem ehemaligen Konkursiten zu, nicht seinen Rechtsnachfolgern. Erhebt der Schuldner die Einrede, kann er während der Dauer des Betreibungsverfahrens nicht selbst die Konkurseröffnung beantragen (SchKG 265b).

Die Feststellung des neuen Vermögens: Im Gegensatz zum gewöhnlichen Rechtsvorschlag bewirkt diese Einrede nicht unmittelbar die Einstellung der Betreibung, sondern der Rechtsvorschlag wird vom Betreibungsamt dem Richter am Betreibungsort (Gerichtspräsident [EG SchKG 20]) zur Prüfung seiner Begründetheit überwiesen. Der Richter prüft summarisch (SchKG 25, 265a), der Schuldner soll seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse glaubhaft machen. Tut er dies, wird der Rechtsvorschlag bewilligt. Kann er das nicht, ist der Rechtsvorschlag abzuweisen und der Richter hat den rechnerischen Umfang des neuen Vermögens festzustellen. Der Entscheid ist anfechtbar (SchKG 265a I). **Die im Bewilligungsverfahren unterlegene Partei kann nun innert 20 Tagen den Richter des Betreibungsortes zur Beurteilung der Frage des neuen Vermögens im ordentlichen aber beschleunigten Prozess anrufen** (SchKG 265a). Positive Feststellung des neuen Vermögens bei Bewilligung des Rechtsvorschlages (Gläubiger) oder negative Feststellung des neuen Vermögens (Schuldner) bei Abweisung des Rechtsvorschlages. Beide Klagen sind betreibungsrechtliche Streitigkeiten. Das Feststellungsverfahren behandelt nur die Frage des Vorhandenseins von neuem Vermögen und ist keine Rechtsöffnung. Wenn also der Schuldner zusätzlich den Bestand der Forderung bestreitet, muss der Gläubiger den für das zuständigen Richter verlangen. Der Rechtsöffnungsrichter kann eine provisorische Rechtsöffnung erteilen, wenn der Feststellungsrichter noch zu keinem Ergebnis gekommen ist. Bei der materiellen Frage, ob neues Vermögen vorhanden ist, ist davon auszugehen, dass der Arbeitserwerb, soweit er für den Bedarf für ein standesgemässes Leben nicht nötig ist, neues Vermögen i.S.v. SchKG 265 ist und daher auch dem Verlustscheingläubiger zur Befriedigung seiner Forderung dienen kann. Beim neuen Vermögen werden auch Werte erfasst, über die der Schuldner nur wirtschaftlich verfügt.

5.4.5. Das summarische Konkursverfahren und Schluss des Konkurses

a) Das summarische Konkursverfahren

i. Wesen

Es ist einfach, rasch und weitgehend formlos, dadurch auch kostensparend. Zur Erleichterung trägt bei, dass es weitgehend in den Händen der Konkursverwaltung ist, eine Gläubigerversammlung ist nur ausnahmsweise vorgesehen. Der Grossteil aller Konkurse wird danach abgewickelt.

ii. Voraussetzungen

Die **Verhältnisse müssen einfach sein, oder die Kosten des ordentlichen Verfahrens sind voraussichtlich nicht gedeckt** (SchKG 231 I Ziff. 1). Die Frage der Kostendeckung wird nach der Aufnahme des Inventars entschieden. Der **Anstoss** zum Summakonkurs gibt ein Antrag des Konkursamtes an das Konkursgericht (SchKG 231), jeder

Gläubiger kann jedoch bis zur Verteilung die Durchführung des ordentlichen Verfahrens verlangen, wenn er die ungedeckten Kosten dafür vorschiesst oder Sicherstellt (SchKG 231 II, KOV 39).

Auch der internationale Hilfskonkurs nach IPRG 166 ff. wird gemäss IPRG 170 III im summarischen Konkursverfahren durchgeführt.

iii. Die Ausgestaltung im Einzelnen

Grundsätzlich wird es wie das ordentliche Verfahren durchgeführt, Abweichungen finden sich aber in SchKG 231 III, KOV 32 II, 49, 70, 93 und 96.

- Beginn mit Konkurspublikation, Spezialanzeigen gemäss SchKG 232 können unterbleiben (KOV 40 II).
- Das Inventar wird zusammen mit dem Kollokationsplan aufgelegt (SchKG 231 III Ziff. 3, KOV 32 II).
- Verwaltung und Liquidationsmasse obliegt dem Konkursamt.
- **Gläubigerversammlungen finden nicht statt** (SchKG 231 III Ziff. 1), ausser wenn wichtige Fragen besprochen werden müssen oder der Schuldner einen Nachlassvertrag vorschlägt, dann werden die Gläubiger zu einer Versammlung angerufen.
- **Abschlagszahlungen gibt es nicht** (KOV 96).
- Nach Ablauf der Eingabefrist kann die Verwertung jederzeit stattfinden, nach freiem Ermessen. Schranken ergeben sich aber aus SchKG 231 III Z.2 i.V.m. SchKG 256 II-IV). Bei einem Freihandverkauf ist den Gläubigern Gelegenheit zur Abgabe von höheren Angeboten einzuräumen.
- Die Verteilliste braucht nicht auferlegt zu werden.
- Keine **ausseramtliche Konkursverwaltung**, selbst bei Überlastung des Konkursamtes. Erfolgt trotzdem eine Einsetzung, ist sie nichtig.
- **Kein Anspruch auf eine zweite Schätzung nach VZG 9 II**.

b) Schlussbericht und Schlusserkenntnis

Durch einen Entscheid des Konkursgerichtes wird das Konkursverfahren formell als geschlossen erklärt. Dieses Schlusserkenntnis ergeht gestützt auf einen Schlussbericht über den Verlauf der Liquidation, den die Konkursverwaltung nach der Verteilung dem Konkursgericht erstattet (SchKG 268, KOV 92, 93, 95, SchKG 176 I Ziff. 3). Der Schlussbericht ist nicht beschwerdefähig i.S.v. SchKG 17.

c) Der Nachkonkurs

Wenn nachträglich Vermögenswerte des Konkursiten entdeckt werden, die eigentlich zur Masse gehörten, kann der formell abgeschlossene Konkurs wieder aufgenommen werden. Wegen Passiven wird er nie wieder aufgenommen (SchKG 251 I).

Der Nachkonkurs kann von Amtes wegen oder auf Antrag eines Konkursgläubigers ausgelöst werden, wobei die neuen Vermögenswerte „ohne weitere Förmlichkeit“ verwertet werden (SchKG 269 I). Ist der Rechtsanspruch zweifelhaft, werden die Gläubiger benachrichtigt und entscheiden dann, ob die Masse den Anspruch geltend machen soll oder nach SchKG 260 abgetreten wird (SchKG 269 III).

5.5. Übersicht Konkurs

Zahlungsbefehl

durch Betreibungsamt

↓

Fortsetzungsbegehren (SchKG 88)

durch Gläubiger

↓

Konkursandrohung (SchKG 159)

durch Betreibungsamt

↓

Konkursbegehren (SchKG 166 I)

durch Gläubiger

↓

Konkurseröffnung (SchKG 171)

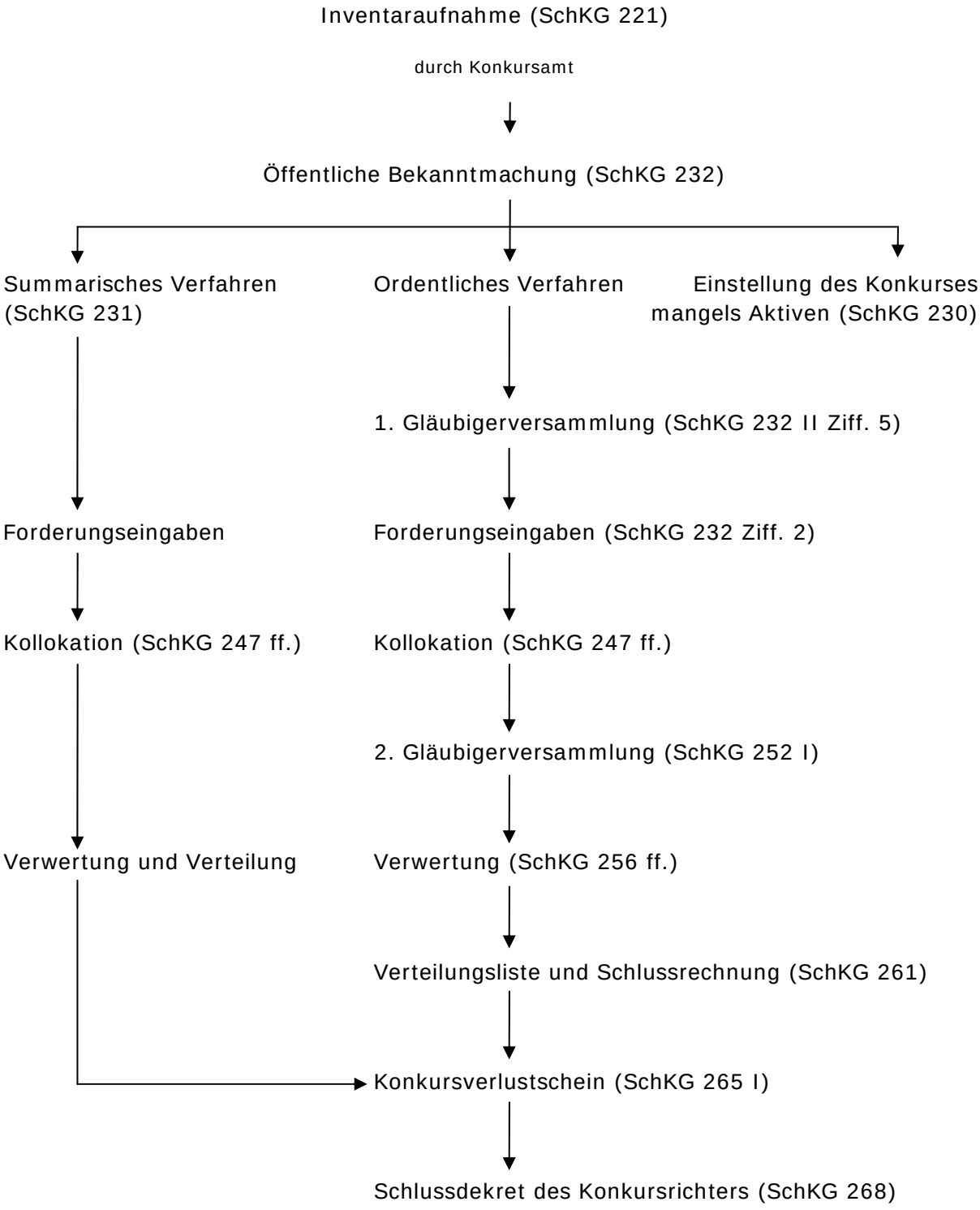
durch Konkursgericht

↓

Inventaraufnahme (SchKG 221)

durch Konkursamt

↓


Inventaraufnahme (SchKG 221)
durch Konkursamt
Öffentliche Bekanntmachung (SchKG 232)
Summarisches Verfahren (SchKG 231)
Ordentliches Verfahren
Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (SchKG 230)
1. Gläubigerversammlung (SchKG 232 II Ziff. 5)
Forderungseingaben
Forderungseingaben (SchKG 232 Ziff. 2)
Kollokation (SchKG 247 ff.)
Kollokation (SchKG 247 ff.)
2. Gläubigerversammlung (SchKG 252 I)
Verwertung und Verteilung
Verwertung (SchKG 256 ff.)
Verteilungsliste und Schlussrechnung (SchKG 261)
Konkursverlustschein (SchKG 265 I)
Schlussdekret des Konkursrichters (SchKG 268)

6. Sicherungsmittel vor der Betreibung

6.1. Allgemeines

Sicherungsmittel der Schuldbetreibung sind die provisorische Pfändung und das Güterverzeichnis. Sie erfordern aber eine fortgeschrittene Betreibung, weswegen das Gesetz schon vor der Betreibung weitere Sicherungsmittel zur Verfügung stellt:

- Die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses und die Rückschaffung heimlich oder gewaltsam entfernter Retentionsgegenstände (SchKG 283 f., nur für beschränkte Güter).
- Arrest zur Sicherung, für alle Güter.
- Paulianische Anfechtung zur Rückschaffung von Vollstreckungssubstrat, für alle Güter.

6.2. Der Arrest

6.2.1. Wesen und Funktion des Arrestes

Das ist die amtliche Beschlagnahmung von Vermögen des Schuldners. Der Erfolg einer Vollstreckung oder Pfändung soll durch die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Schuldners sichergestellt werden. Mit der einstweiligen Verfügung des Zivilprozessrechts hat der Arrest nichts zu tun. Die Vollstreckung von Geldforderungen kann ausschliesslich durch den Arrest sichergestellt werden, nie durch eine einstweilige Verfügung des kantonalen Prozessrechts.

6.2.2. Die Voraussetzungen

a) Die Arrestforderung

Der Arrest setzt eine auf dem Betreibungswege vollstreckbare Forderung voraus, also eine **Geldzahlung oder ein auf Sicherheitsleistung in Geld gerichteter Anspruch** (SchKG 272 I Ziff. 1). **Die Forderung darf aber nicht schon pfandgedeckt sein** (SchKG 271 I). Die Forderung muss **fällig sein, ausser wenn der Schuldner keinen festen Wohnsitz in der Schweiz hat oder sich unredlich verhält**. Auf den Arrestausschlussgrund der Pfandsicherung kann sich nur der Schuldner berufen, da der Grund

dem Interesse des Schuldners dient. Ein Dritter kann die Pfandsicherung als Arrestausschlussgrund nicht hervorbringen. Im Ausland belegene Pfandsicherheiten stehen einem Arrest nicht entgegen (Territorialprinzip). Allerdings können aus demselben Grund nur in der Schweiz belegene Vermögenswerte mit einem Arrest belegt werden.

Sicherungsübereignungen und Sicherungszessionen sowie Kautionen und Sicherheitshinterlegungen können der Geltendmachung einer Forderung ebenso entgegenstehen, weil sie wie ein Pfandrecht wirken.

Besonderheiten bestehen bei der Verarrestierung von Ansprüchen aus Bankgarantien und Akkreditiven. Diese Ansprüche stehen dem Begünstigten zu, nicht dem Auftraggeber. Der Auftraggeber muss sich mit seinen Gegenansprüchen aus dem Grundgeschäft an den Begünstigten wenden, ohne hierfür auf dessen Ansprüche gegenüber der Bank aus der Garantie oder dem Akkreditiv greifen zu können. Rechte aus Bankgarantien und Akkreditiven bilden daher nur ein taugliches Arrestobjekt für die Sicherung von Forderungen, die andere Gläubiger als der Auftraggeber der Garantie oder des Akkreditivs gegen den Begünstigten haben. Eine Ausnahme besteht allerdings bei offensichtlichem Missbrauch des Begünstigten.

b) Der Arrestgegenstand

Arrestierbar ist **alles, was auch pfändbar wäre** (SchKG 272 I Ziff. 3), also Sachen und Rechte, die nach glaubwürdigen Angaben des Gläubigers rechtlich dem Schuldner gehören. Auch Einkommen kann auf eine einjährige Höchstdauer arrestiert werden (SchKG 275 i.V.m. 93, die Frist beginnt mit dem Arrestvollzug). Ob sich der Gegenstand bei einem Dritten befindet, ist gleichgültig; ebenso wenn der Dritte als Strohmann bezeichnet wird. Der Arrestgegenstand muss aber genau bezeichnet werden. **Möglich ist ausnahmsweise ein Gattungsarrest, wenn der Gegenstand nicht genau bezeichnet werden kann, so insbesondere bei Vermögenswerten auf Banken**.

Treuhänderisch gehaltene Vermögenswerte sind nicht arrestierbar, da der Treuhänder (Fiduziar) Eigentum daran hat (unter Vorbehalt des Rechts- und Forderungsüberganges). Der Treuhandgeber (Fiduziant, Schuldner im Betreibungsverfahren) hat nur einen obligatorischen Anspruch gegenüber dem Treuhänder. Die Praxis ist umstritten, da der Treuhänder seine Vorrechte im Widerspruchsverfahren geltend machen könnte (SchKG 106 ff.). Die **Dritten haben eine Auskunftspflicht** (SchKG 275 i.V.m. 91 IV [analog]). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Dritte aber nur zur Auskunftserteilung gezwungen werden (StGB 324), wenn die Arrestforderung auf einem vollstreckbaren Titel beruht. Denkbar wäre allenfalls, dass sich der Dritte bei Weigerung haftpflichtig macht. Der Dritte kann sich Zeit lassen, bis der Arrestbefehl rechtskräftig ist. Grundsätzlich gilt aber, dass der Dritte auch dann auskunftspflichtig ist, wenn er an den Angaben des Arrestbefehls zweifelt. Bei Bankguthaben als Arrestgegenstände ist ein **Gattungsarrest** zulässig. Massgebend sind ihr Standort und gegebenenfalls ihr Gewahrsamsinhaber. Es reicht also die Bezeichnung der Filiale.

c) Die Arrestgründe (abschliessend, SchKG 271)

- Schuldner ohne festen Wohnsitz (z.B. Zigeuner, Zirkusvolk, vgl. ZGB 23 ff., tatsächlicher Aufenthalt, Absicht des dauernden Verbleibens).

- Unredliches Verhalten des Schuldners: Er versucht sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, beispielsweise durch Beiseiteschaffen von Vermögensstücken oder durch treffen von Anstalten zur Flucht. Wichtigstes Tatbestandselement ist die Absicht der Flucht.

- Schuldner auf der Durchreise oder Markt- und Messebesuch, aber nur für Forderungen, die ihrer Natur nach gleich zu bezahlen sind.

- Schuldner im Ausland: Die Nationalität ist gleichgültig, der Schuldner muss einfach Vermögen in der Schweiz haben (zudem ist der Arrestgrund subsidiär und der Schuldner darf keinen Betreibungsort in der Schweiz haben, weiter muss die Arrestforderung einen Bezug zur Schweiz haben oder durch einen provisorischen oder definitiven Rechtsöffnungstitel ausgewiesen sein). Ein Taschenarrest gegen einen ausländischen Schuldner, der sich nur zufällig in der Schweiz aufhält, ist nicht zulässig. **Da die Vorschrift per se ein internationales Verhältnis voraussetzt, ist IPRG 1 I anzuwenden**, d.h. mitunter der Wohnsitzbegriff von IPRG 30a (vgl. auch IPRG 20). Eine Niederlassung in der Schweiz steht dem Arrest entgegen (IPRG 20 I c). Beim Bezug zur Schweiz sind die Geschäftstätigkeit in der Schweiz, die Belegenheit der Vermögenswerte, IPR-Anknüpfungspunkte wie Schweizerische Rechtswahl oder der Wohnsitz des Gläubigers als Bezugspunkte denkbar.

- Insolventer Schuldner, also die Ausstellung eines provisorischen oder eines definitiven Verlustscheins gegenüber dem Schuldner. Ein Konkursverlustschein berechtigt allerdings nur zur Verarrestierung von Werten, die neues Vermögen i.S.v. SchKG 265 II darstellen.

- Ausserordentliche Arrestgründe: In Spezialgesetzen, insb. in Abgabegesetzen und dem Zollgesetz (ZGB 123 f., DBG 170, VStG 47 etc.).

d) Völkerrecht

Im internationalen Verhältnis kann der Arrest von besonderen Voraussetzungen abhängen, er kann ausgeschlossen, erschwert oder auch erleichtert sein. Für genauere Angaben, vgl. LugÜ 39 II.

6.2.3. Das Arrestverfahren

a) Das Arrestbegehren

Der Gläubiger muss ein mündliches oder schriftliches Arrestbegehren an den Richter richten (SchKG 272 I [Gerichtspräsident EG SchKG 20]), in welchem er glaubhaft machen muss, dass die Voraussetzungen erfüllt sind. Der Gläubiger muss auch glaubhaft machen, dass die Vermögensgegenstände dem Schuldner gehören, wenn sich diese bei Dritten befinden (SchKG 274 II Ziff. 4). Mit dem Begehren müssen die mit dem Arrest zu belegenden Gegenstände bezeichnet werden, sowie wo sie genau liegen. Es findet **keine Anhörung des Schuldners** statt.

b) Die Bewilligung des Arrests

Zuständig ist der Richter am Ort, wo sich der fragliche Vermögenswert befindet (SchKG 272 I, sachlich zuständig ist der Gerichtspräsident [EG SchKG 20]). Will man also mehrere Sachen an mehreren Orten mit einem Arrest belegen, sind auch mehrere Richter anzufragen. Der Arrestort stimmt immer mit dem Pfändungsort überein. Ein Arrest an einem anderen Ort wäre nichtig.

Der Arrestrichter entscheidet über das Arrestgesuch im summarischen Verfahren (SchKG 25 Ziff. 2 a), ohne den Schuldner zu benachrichtigen. Der Gläubiger hat die Forderung, den Arrestgrund und die zu arrestierbaren Vermögenswerte glaubhaft zu machen. Erscheint die Darstellung des Gläubigers glaubhaft, erlässt der Richter den Arrestbefehl an das Betreibungsamt zum Vollzug (SchKG 272 I, 274 I). Der Schuldner erhält erst beim Vollzug Kenntnis von dem Arrest. Die allgemeinen Arrestvoraussetzungen müssen nur wahrscheinlich bestehen. Sie können in einem späteren Verfahren definitiv geprüft werden (Prosequierungsverfahren für den Bestand der Forderung oder des Nichtbestandes des Pfandrechts, Widerspruchsverfahren für wage Eigentumsverhältnisse). Gegen die Bewilligung kann nur Einsprache i.S.v. SchKG 278 geführt werden, kantonale Rechtsmittel sind nicht zulässig.

Der Inhalt des Arrestbefehls ist in SchKG 274 II nachzulesen.

c) Der Arrestvollzug

Zuständig ist das am Ort der gelegenen Sache befindliche Betreibungsamt (SchKG 274). Obwohl SchKG 275 SchKG 91-109 als anwendbar erklärt, ist in manchen Punkten ein Abweichen davon sinnvoll:

- Der Arrestbefehl ist mit Rücksicht auf die Dringlichkeit auch während des Betreibungsstillstandes zu vollziehen (SchKG 56).
- Requisition kommt nicht in Frage, ein über den Befehl gehender Arrest ist nichtig.
- Die Anwendung behördlichen Zwangs ist ausgeschlossen (z.B. gewaltsames Öffnen eines gemieteten Banksafes).
- Dritte Gewahrsamsinhaber (insbesondere Banken) dürfen nicht durch Androhung von StGB 292 bzw. 324 zur Auskunft gezwungen werden, obwohl sie auskunftspflichtig sind (ausser die Arrestforderung beruht auf einem vollstreckbaren Titel).
- Der Arrestschuldner kann sich das freie Verfügungsrecht über die Arrestgegenstände bewahren, indem er dem Betreibungsamt Sicherheit dafür leistet (SchKG 277).

Das Betreibungsamt prüft den Arrestbefehl nicht, der Vollzug darf nur dann verweigert werden, wenn der Befehl als unzweifelhaft nichtig erscheint (vgl. SchKG 22).

Der Vollzug des Arrestes wird vom Beamten in der Arresturkunde bescheinigt und sofort dem Betreibungsamt übermittelt (SchKG 276 I). Der Gläubiger und der Schuldner kriegen ein Doppel (SchKG 276 I).

6.2.4. Die Wirkungen des Arrestes

Der Schuldner ist gleich betroffen wie bei der Pfändung. Eine **Verwertung kommt nur bei einem Notverkauf in Frage** (SchKG 124 II). Sonst sind die Verwertungen erst in der Prosekutionsbetreibung zulässig.

Der Gläubiger erhält eine Sicherheit. Allerdings steht ihm kein Vorrecht auf Befriedigung aus dem Erlös der Arrestgegenstände zu, alle anderen Gläubiger, die mit ihm konkurrieren, haben gleiches Recht darauf (SchKG 281 III). Zwei Sicherungen räumt das Gesetz dem Arrestgläubiger aber ein:

- Werden die Arrestgegenstände nach Ausstellung des Arrestbefehls für einen anderen Gläubiger gepfändet, bevor der Arrestgläubiger das Fortsetzungsbegehren stellen kann (weil er noch nicht betrieben hat oder seine Betreibung noch nicht so weit gediehen ist), so nimmt dieser gleichwohl von Gesetzes wegen provisorisch an der Pfändung teil (SchKG 281 I).

- Der Gläubiger darf die vom Arrest herrührenden Kosten aus dem Erlös der Arrestgegenstände vorweg decken (SchKG 281 II).

6.2.5. Der Rechtsschutz gegen den Arrest

a) Einsprache gegen den Arrestbefehl

Die Einsprache soll dem Betroffenen nachträglich rechtliches Gehör verschaffen. **Legitimiert zur Einsprache ist jeder, der durch den Arrest in seinen Rechten betroffen ist** (SchKG 278 I). Mit der Einsprache werden nachträglich die Voraussetzungen des Verfahrens und insbesondere des Arrestes an sich bestritten (Prozessvoraussetzungen, Nichtigkeit des Arrestes, Unglaubhaftigkeit, Pfandsicherheit, Bestreitung neuen Vermögens, fehlende Kaution etc.). Bei Arrestsonderbestimmung kann die Einsprache u.U. verunmöglicht sein.

Die Einsprache ist **binnen 10 Tagen beim Arrestrichter zu erheben** (SchKG 278 I). Der Arrestrichter gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme, es können auch nova vorgebracht werden. Der Richter entscheidet nach summarischer Kognition ohne Verzug (SchKG 278). **Bei einem Konkursverlustschein ist SchKG 265a von Bedeutung, weil nur neues Vermögen verarrestierbar ist**.

Der Einspracheentscheid kann innert 10 Tagen an ein oberes Gericht weitergezogen werden (SchKG 278 III). Wie schon bei der Einsprache kommt auch dieser Weiterziehung kein Suspensiveffekt zu, sie hemmt aber ebenfalls den Lauf der Prosekutionsfristen (SchKG 278 V, vgl. SchKG 279).

Über den Bestand der Forderung, das Bestehen eines allfälligen Pfandrechts wie auch weiter über die rechtliche Zugehörigkeit der Arrestobjekte zum Schuldnervermögen wird im Einspracheverfahren nicht materiell rechtskräftig entschieden. Dieser Entscheid ergeht in späteren Verfahren, z.B. hinsichtlich von Drittansprachen im Widerspruchverfahren.

Der Dritte kann seine Rechte an den verarrestierten Vermögensstücken im Einspracheverfahren nach SchKG 278 geltend machen, wenn er sofort **vollen Beweis für seine die Verarrestierung ausschliessenden Rechte erbringt**. Andernfalls hat er das Widerspruchsverfahren nach SchKG 106 ff. einzuleiten.

b) Beschwerde gegen den Arrestvollzug

Hier werden Fehler des Betreibungsamtes beim Arrestvollzug geltend gemacht. Die Gültigkeit des Arrestbefehls haben die Aufsichtsbehörden nicht zu überprüfen, ausser es läge Nichtigkeit vor. Legitimiert ist jeder Beschwerte, also auch Dritte.

c) Das Widerspruchsverfahren

Es wird eingeleitet, sobald ein Dritter am Arrestgegenstand Rechte geltend macht. Allerdings ist ihm geraten, zuerst Einsprache gegen den Arrestbefehl oder Beschwerde gegen den Arrestvollzug zu führen, weil das Widerspruchsverfahren anspruchsvoller ist.

d) Die Arrest-Schadenersatzklage (SchKG 273 f.)

Der Arrestgläubiger wird schadenersatzpflichtig, wenn er einen ungerechtfertigten Arrest verursacht hat. Die Widerrechtlichkeit ist dann gegeben, wenn die Voraussetzungen von SchKG 271 nicht gegeben waren. (z.B. wenn keine eintreibbare Forderung oder kein Arrestgrund besteht). Dies ist eine **Kausalhaftung**. Im Hinblick auf die Schadenersatzpflicht darf der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verhalten werden. Verjährung analog zu OR 60. Konkurrenz zu OR 41 ist möglich. Es ist ein unabhängiger Prozess, eine Widerklage ist denkbar, so z.B. im Verfahren der Arrestprosequierung.

Zuständig für den Prozess ist der Richter am Wohnsitz des Beklagten oder am Arrestort oder am (Wohn-)Sitz des Geschädigten oder des Beklagten oder am Handlungs- oder Erfolgsort (SchKG 273 II, GestG 25). Da eine materiellrechtliche Streitigkeit vorliegt, wird die Klage im ordentlichen Zivilprozess beurteilt. Letztinstanzlich ist bei Vorliegen der Voraussetzungen der Weg ans Bundesgericht möglich.

6.2.6. Die Arrestprosequierung

a) Zweck und Wesen, Wege

Der Gläubiger muss seine Forderung binnen bestimmter Fristen auf dem Vollstreckungsweg verfolgen, er darf es nicht beim Sicherungsbeschlag bewenden lassen. Der Schuldner soll sich hier auch voll verteidigen können.

Der Gläubiger kann entweder mit Klage und anschliessender Betreibung oder direkt mit Betreibung gegen den Schuldner vorgehen (SchKG 279 I), jeweils **innert 10 Tagen**, wobei die Frist mit der Zustellung der Arresturkunde zu laufen beginnt. Unterbleibt die anhaltende Prosekution, fällt der Arrest ohne weiteres dahin (SchKG 280).

b) Die Prosekutionshandlungen und der Prosekutionsort

Bei der Prosekution auf dem Betreibungswege muss das Betreibungsbegehren 10 Tage seit Zustellung der Arresturkunde gestellt sein (SchKG 279 I). Erklärt der Schuldner Rechtsvorschlag, muss der Gläubiger **innert 10 Tagen die Rechtsöffnung verlangen oder die Klage auf Anerkennung seiner Forderung einreichen** (SchKG 279 II, 280 Ziff. 2 und 3). Wurde kein Rechtsvorschlag erhoben, gilt für das Fortsetzungsbegehren SchKG 88 wie üblich. Die Person des Schuldners ist massgebend, ob eine Pfändung oder ein Konkurs stattfindet.

Die Frist für die Klage ist dieselbe (SchKG 279 I), wird sie gutgeheissen, muss der Gläubiger binnen 10 Tagen seit Eröffnung des Urteils die Prosektutionsbetreibung anheben (SchKG 279 IV).

Der Prosekutionsort ist für die Prosekutionsbetreibung der Arrestort oder der ordentliche Betreibungsort (SchKG 52). Bei der Prosekutionsklage ist der Arrestort als Gerichtsstand bestimmt. Eine Gerichtsstandsvereinbarung bleibt aber zulässig.

6.3. Besondere Bestimmungen über Miete und Pacht

6.3.1. Allgemeines

Bevor der Vermieter oder Verpächter eine Betreibung anhebt, kann er vom Betreibungsamt zur Wahrung seines Retentionsrechtes (OR 268 ff., 299c) die Aufnahme eines Retentionsverzeichnisses verlangen (SchKG 283). Durch das Retentionsrecht muss der Vermieter oder Verpächter innert einer vom Betreibungsamt angesetzten Frist die Betreibung auf Pfandverwertung anheben. Das Retentionsrecht wird dabei wie ein Faustpfand behandelt (SchKG 37 II). **Vgl. im weiteren vorne unter Betreibung auf Pfandverwertung**.

6.3.2. Voraussetzungen

Vom Gegenstand her ist das Retentionsrecht auf die Geschäftsraummiete beschränkt (bzw. auf die Geschäftsraumpacht). Von Bedeutung ist auch ZGB 712k für das Stockwerkeigentum.

Befindet sich der Untermieter mit der Zahlung seines Untermietzinses im Verzug, so besteht das Retentionsrecht des Vermieters im Umfang der fälligen Forderung des Mieters (Untervermieters) gegen den Untermieter, sowie an vom Untermieter eingebrachten Sachen, denn der Untervermieter hat ebenfalls ein Retentionsrecht gegenüber dem Untermeiter. Der Untermieter erhält eine Abschrift der Retentionsurkunde und wird vom Betreibungsamt angewiesen, seine Mietzinszahlungen mit befreiender Wirkung künftig

nur noch an dieses zu leisten. Dabei steht auch dem Untermieter stets das Recht zu, sich gegenüber dem Hauptvermieter vom Retentionsbeschlag seiner Gegenstände durch Erfüllung seiner Zahlungspflichten aus dem Untermietvertrag zu befreien.

Das **Retentionsrecht besteht auch an Sachen Dritter, sofern der Vermieter nichts von den Dritteigentumsverhältnissen wusste oder wissen musste** (OR 268a I). Voraussetzung ist allerdings, dass die Sachen dem Mieter anvertraut wurden, denn an gestohlenen Sachen kann kein Retentionsrecht bestehen.

6.3.3. Wirkungen

Mit der Aufzeichnung des Retentionsverzeichnisses beginnt der Retentionsbeschlag. D.h. es besteht ein konkretes Pfandrecht an diesen Gegenständen. Da StGB 169 die amtliche Aufzeichnung voraussetzt, beginnt der **Retentionsbeschlag für den Schuldner erst mit der Kenntnis des Retentionsverzeichnisses**. Im ordentlichen Verfahren der Pfändung hingegen besteht die Verfügungsbeschränkung bereits mit Erhalt der Pfändungsankündigung.

Der gewöhnliche Gebrauch ist nicht eingeschränkt; ausser dann, wenn Handelsware Gegenstand ist, denn ihr gewöhnlicher Gebrauch ist der Verkauf. Dem versucht man dadurch Abhilfe zu schaffen, indem der Schuldner mit dem Gläubiger vereinbart, die Sachen trotzdem verkaufen zu können und den Erlös an das Betreibungsamt abliefert. Fällt der Mieter während des Retentionsverfahrens in Konkurs, fällt die laufende Pfandverwertungsbetreibung dahin (SchKG 206 I). Das Retentionsrecht hingegen bleibt bestehen, und zwar in dem zeitlichen Umfang, wie es anlässlich des Gesuchs um Aufnahme geltend gemacht worden ist.

6.4. Die paulianische Anfechtung

6.4.1. Funktion und Rechtsnatur

Sie ergänzt den Arrest in seiner Gläubigerschutzfunktion, indem sie ermöglicht, der Vollstreckung entzogene Vermögenswerte dieser wieder zuzuführen (SchKG 285 I). Es geht also um die Wiederbeschaffung entzogener Vermögenswerte. Sie ist ein **subsidiärer Behelf des Betreibungsrechts. Die paulianische Anfechtung ist auch auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung anwendbar** (SchKG 331). Die paulianische Anfechtung ist ein rein betreibungsrechtliches Institut. Sie **bewirkt nicht die zivilrechtliche Ungültigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäftes und verschafft dem Anfechtenden auch nicht Eigentum oder Besitz an den Vermögenswerten**. Das zivilrechtliche Rechtsgeschäft muss nachträglich rückgängig gemacht werden, womit auch die allfällige Gegenleistung betroffen wird.

6.4.2. Die Anfechtungstatbestände

a) Voraussetzungen allgemein

Gegenstand der Anfechtung können nur **vermögensmindernde Rechtshandlungen sein, die vor der Pfändung oder vor der Konkurseröffnung vom Schuldner vorgenommen wurden**, also als der Schuldner noch frei über sein Vermögen verfügen konnte. Zusätzlich muss der Verdacht bestehen, dass der Schuldner einen Gläubiger schädigen oder begünstigen wollte. Die Verdachtsfrist umfasst das Jahr vor der Pfändung oder der Konkurseröffnung (SchKG 286, 287, 331 II).

Für die Berechnung der Fristen siehe SchKG 288a. Unter Umständen kann die Handlung auch einen Straftatbestand erfüllen (StGB 163 ff.).

b) Die Schenkungspauliana

Vollzogene Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen des Schuldners können angefochten werden (SchKG 286 I), wie auch gemischte Schenkungen. Noch nicht vollzogene Schenkungen bedürfen der Anfechtung nicht, da die Schenkungsversprechen bei Konkurseröffnung oder Ausstellung eines Verlustscheines aufgehoben werden (OR 250 II). Übliche Gelegenheitsgeschenke können nicht angefochten werden.

Es kommt hier nur auf den objektiven Tatbestand an, nicht auf die Beweggründe der Beteiligten. Das Gesetz geht einfach von der unwiderlegbaren Vermutung aus, dass ein derartiges Rechtsgeschäft den kurz darauf folgenden finanziellen Zusammenbruch des Schuldners zumindest mitverursacht hat. Die Verdachtsperiode läuft ein Jahr vor der Pfändung oder der Konkurseröffnung.

c) Die Überschuldungspauliana

Sie trifft diejenigen Rechtshandlungen, mit denen überschuldete Schuldner einzelne Gläubiger bevorzugt haben (SchKG 287). Die objektiven Tatbestände sind im Gesetz formuliert: **Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, Tilgung einer Geldschuld durch Barschaft, Zahlung einer nichtverfallenen Schuld**. Die Verdachtsperiode läuft ein Jahr vor der Pfändung oder der Konkurseröffnung.

Der Begünstigte kann sich anders als bei der Schenkungspauliana **entlasten, wenn er beweisen kann, dass er die kritische Vermögenslage des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hat erkennen können**. Die Unkenntnis darf dem Schuldner nicht einfach zur Last gelegt werden, sondern sie muss durch den Dritten bewiesen werden. Es besteht damit eine widerlegbare Vermutung der Bösgläubigkeit des Begünstigten.

d) Die Deliktspauliana

Der objektive Tatbestand (SchKG 288) hier ist am ausgedehntesten und auch am schwierigsten durchzusetzen. Das wichtigste Merkmal hier ist die **Benachteiligungs- bzw. die Begünstigungsabsicht des Schuldners, wobei Eventualvorsatz genügt**. Als weiteres muss aber die „böse Absicht" des Schuldners für den Begünstigten erkennbar gewesen sein. Der Kläger muss beides beweisen.

Es obliegt dem Anfechtenden, sämtliche Tatbestandselemente nachzuweisen. Die Deliktspauliana wird regelmässig subsidiär gebraucht. Die Frist beträgt bei der Deliktspauliana 5 Jahre vor Pfändung oder Konkurseröffnung.

6.4.3. Die Geltendmachung der Anfechtung

a) Klage/Einrede

Die Anfechtungsansprüche werden regelmässig durch **selbständige Klage** geltend gemacht, als **Einrede in einem betreibungsrechtlichen Prozess** können sie aber auch vorgebracht werden (z.B. im Kollokations- oder im Aussonderungsprozess). Auch von der Konkursverwaltung oder von den Liquidatoren im Rahmen der Feststellung der Aktiv- und der Passivmasse (SchKG 331) kann die Anfechtung angerufen werden.

Gerichtsstand ist der Wohnsitz des Beklagten. **Im Rechtsbegehren sind die gewünschten Wirkungen des Urteils aufzunehmen: Duldung der Pfändung, Einbezug in die Konkursmasse, Bezahlung einer bestimmten Geldsumme**. Zulässig ist auch der Antrag auf Rückgabe eines Gegenstandes. Die Anfechtungsklage ist eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht; die materielle Rechtskraft gilt nur für die laufende Betreibung. Im internationalen Verhältnis gilt das LugÜ für Anfechtungsklagen nach der Konkurseröffnung nicht (vgl. LugÜ 1 II 2.).

b) Aktiv- und Passivlegitimation

Die Aktivlegitimation in einer Spezialexekution steht **jedem Gläubiger** zu (SchKG 285 II Ziff. 1), **der einen Pfändungsverlustschein erhalten hat. Ein Pfandausfallsschein oder ein Konkursverlustschein reicht nicht**. Im Konkurs stehen die Anfechtungsansprüche der Masse zu (SchKG 200, 269). Hier ist die Anfechtung schon vor der Konkurseröffnung möglich, weil die Vermutung besteht, dass die Gläubiger zu Verlust kommen werden. Allenfalls ist auch ein Gläubiger zur Anfechtung berechtigt, wenn ihm dieses Recht nach SchKG 260 abgetreten worden ist.

Die Passivlegitimation trifft den Vertragspartner des Schuldners oder den Begünstigten, wie auch deren Rechtsnachfolger. Weiter kann sie ihre Singularsukzessoren (Käufer, Zessionare) treffen, wenn diese bösgläubig sind.

c) Frist

Die Anfechtungsfrist beträgt **zwei Jahre seit der Zustellung des Pfändungsverlustscheins oder der Konkurseröffnung oder seit der Bewilligung der Nachlassstundung** (SchKG 292). Es handelt sich um eine Verwirkungsfrist, und als solche um eine Zulässigkeitsvoraussetzung.

Der Streitwert misst sich nach dem Betrag, den die erfolgreiche Anfechtung dem Kläger einbringen könnte. Gerichtsstand ergibt sich aus SchKG 289, das Prozessverfahren aus dem kantonalen Recht.

6.4.4. Die Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung

Das Urteil hat **ausschliesslich vollstreckungsrechtliche Wirkung**; die Gutheissung der Klage ermöglicht das vollstreckungsrechtliche Beschlagsrecht an den seinerzeit entäusserten oder aufgegebenen Vermögensteilen und verschafft so den Anspruch auf amtliche Verwertung derselben sowie auf Befriedigung aus dem Erlös (SchKG 285 I). Der beklagte Dritte bleibt aber Eigentümer bzw. Gläubiger der Sache. Das Urteil hat nie materiellrechtliche Wirkung, jedoch hat es eine Reflexwirkung, da der Dritte einen Eingriff erdulden muss.

Nach SchKG 291 I ist der Beklagte zur **Rückgabe des anfechtbar Erworbenen verpflichtet**. Dies ist in natura zu geschehen (soweit möglich). Der Beklagte haftet für verschuldete Wertverminderungen. Zufälliges kann ihm nicht entgegengehalten oder zugehalten werden. Der gutgläubige Empfänger einer Schenkung braucht nur die bei ihm noch vorhandene Bereicherung herauszugeben (SchKG 291 III). Ist Naturalerstattung nicht mehr oder nur noch zum Teil möglich, hat der Beklagte nach den allgemeinen Regeln von OR 97 ff. Wertersatz zu leisten (Exkulpation bei Verzug nicht möglich).

Hatte der Beklagte eine Gegenleistung erbracht, hat er Anspruch darauf, dass sie ihm zurückerstattet wird (SchKG 291 I). Im Konkurs kann er Rückerstattung oder Aussonderung verlangen. Wenn die Sache nicht mehr vorhanden ist, hat er eine Ersatzforderung gegen den Schuldner persönlich, welche er als Konkursforderung geltend machen muss. In der Spezialexekution richten sich seine Gegenansprüche durchwegs gegen den Schuldner. Wenn die Sache aber gepfändet wurde, kann er sie im Widerspruchsverfahren heraus verlangen, wurde sie schon verwertet, kann er seine eigene Leistung entsprechend kürzen.

Fällt nach erfolgreicher Anfechtung die Tilgung einer Forderung des Beklagten dahin, lebt diese mit der Rückerstattung des Empfangenen wieder auf (SchKG 291 II). Im Konkurs nimmt die Forderung als Konkursforderung teil, in der Pfändungsbetreibung ist sie durch Pfändungsanschluss geltend zu machen.

7. Nachlassvertrag und Notstundung

7.1. Der Nachlassvertrag

7.1.1. Wesen, Rechtsnatur und Arten des Nachlassvertrages

a) Grundidee

Jeder Gläubiger kann mit seinem Schuldner übereinkommen, auf einen Teil der Forderung oder auf die gesamte Forderung zu verzichten (OR 115). Einem allseitig Bedrängten hilft aber ein einzelner Schulderlass nicht viel, deswegen ist der Nachlassvertrag vorgesehen. Dem Schuldner soll das Durchstehen einer Zwangsvollstreckung erspart bleiben, die Sanierung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ermöglicht und das wirtschaftliche Fortkommen erleichtert werden. Auch den Gläubigern kann der Nachlassvertrag ein besseres Ergebnis bringen, weil die Zwangsvollstreckung alles so rasch als möglich unter dem Hammer liquidiert.

b) Der aussergerichtliche Nachlassvertrag

Er beruht auf rein privaten Rechtsgeschäften, also aus einer Summe von individuellen Schulderlassverträgen, deren Inhalt frei gewählt werden kann (OR 19).

Für das Gelingen des Nachlassvertrages ist entscheidend, dass die Vergleichsverhandlungen ohne Betreibungsdruck geführt werden können, **weswegen nicht konkursfähige Schuldner um Stundung zwecks einvernehmlicher Schuldenbereinigung nachsuchen können** (SchKG 333 ff.). Überschuldeten Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften steht der Konkursaufschub zur Verfügung (OR 725a).

Scheitert der aussergerichtliche Nachlassvertrag, steht dem Schuldner das gerichtliche Nachlassverfahren offen.

c) Der gerichtliche Nachlassvertrag

Man kann den gerichtlichen Nachlass umschreiben als das Ergebnis eines gesetzlich geregelten Verfahrens, in welchem der Schuldner mit Zustimmung einer bestimmten Mehrheit seiner Gläubiger sowie unter gerichtlicher Mitwirkung und Aufsicht seine Schulden auf eine für alle Gläubiger verbindliche Weise tilgen kann. Er ist kein eigentlicher Vertrag, da nicht alle Beteiligten einverstanden sein müssen.

Man unterscheidet folgende Grundtypen:

- Stundungsvergleich: vollständige Tilgung der Forderungen nach einem bestimmten Zeitplan.

- Prozent- und Dividendenvergleich: Bezahlung nur noch eines Teils der Forderungen in gleichem Verhältnis.

Neben diesem „ordentlichen Nachlassvertrag“ sind weiter der **Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung** (SchKG 317-331) und der **Nachlassvertrag im Konkurs** (SchKG 332) möglich. Alle diese Arten sind gerichtliche Nachlassverträge. Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung wird auch Liquidationsvergleich genannt: Der Schuldner stellt den Gläubigern sein gesamtes Vermögen zur Verfügung, aus dessen Erlös sie sich dann selber Befriedigung verschaffen.

7.1.2. Das Nachlassverfahren

a) Das Bewilligungsverfahren

i. Einleitung

Das Verfahren kann von Amtes wegen oder auf Gesuch eines Gläubigers oder des Schuldners eingeleitet werden. Von Amtes wegen kommt es zustande, wenn der Konkursrichter anlässlich der Prüfung eines Konkursbegehrens Anhaltspunkte (z.B. scheint ein Unternehmen als sanierbar) findet, dass ein gerichtlicher Nachlassvertrag zustande kommen könnte (SchKG 173a).

Beim Gesuch des Schuldners an den Gerichtspräsidenten (EG SchKG 20) muss der Schuldner einen Kostenvorschuss leisten (SchKG 293 I), eine Begründung angeben sowie den Entwurf des Nachlassvertrages und sämtliche Unterlagen über seine finanziellen Verhältnisse beilegen. Ein ungenügendes Gesuch kann ergänzt werden.

Der Gläubiger muss sein Gesuch ebenfalls begründen und die Einleitung des Nachlassverfahrens verlangen, sofern er vor der Alternative steht, das Konkursbegehren zu stellen (SchKG 293 II). Das ist in der Regel der Fall, wenn die Frist abgelaufen ist (SchKG 166 I) oder wenn ein materieller Konkursgrund vorliegt (SchKG 190). Ein Kostenvorschuss ist ebenfalls von Nöten.

Das Nachlassverfahren kann grundsätzlich zu jedem Zeitpunkt eingeleitet werden. Kommt nach Konkurseröffnung ein Nachlassvertrag zustande, wird der Konkurs widerrufen (SchKG 195 I 3.), das danach einzuleitende Verfahren richtet sich nach SchKG 332. Ist ein Gesuch eingereicht worden, ist der Konkursentscheid auszusetzen (SchKG 173a).

ii. Die Behandlung des Nachlassgesuches

Der Nachlassrichter (am ordentlichen Betreibungsort, SchKG 293) prüft die Voraussetzungen der Nachlasstundung von Amtes wegen und trifft seinen Entscheid im Summaverfahren (SchKG 25 Ziff. 2 a). Falls erforderlich trifft er vorsorgliche Massnahmen. Die Nachlassstundung kann er höchstens **für zwei Monate provisorisch bewilligen**, um

drohenden Betreibungsdruck abzuwenden; sie wird publiziert und im Grundbuch angemerkt (SchKG 293 IV i.V.m. 296). Der Richter kann auch einen provisorischen Sachwalter ernennen. Des Weiteren sind der Schuldner und der antragstellende Gläubiger, gegebenenfalls auch weitere Gläubiger vorzuladen (SchKG 294 I), mitsamt den nötigen Unterlagen über das Vermögen des Schuldners.

Sobald der Richter im Besitz der erforderlichen Unterlagen ist, bewilligt er die Nachlassstundung oder weist das Gesuch ab oder tritt aus formellen Gründen nicht darauf ein. Materiell muss Aussicht auf das Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen (SchKG 294 II, 295 I).

Der Entscheid des Nachlassgerichts kann binnen 10 Tagen angefochten werden, schlussendlich ist der Weg ans Bundesgericht bei gegebenen Voraussetzungen möglich (SchKG 294 III und IV).

iii. Kein Verfahren

Das Bewilligungsverfahren im Konkurs des Schuldners erübrigt sich, da bereits eine umfassende Stundung herrscht (SchKG 206). Die Konkursverwaltung überprüft den Vorschlag des Schuldners und macht einen Antrag an die Gläubigerversammlung (SchKG 332 II).

b) Die Nachlassstundung

i. Genehmigung

Entspricht der Nachlassrichter dem Gesuch (SchKG 294 II, 295), gewährt er dem Schuldner die **Nachlassstundung für vier bis sechs Monate** und ernennt einen oder mehrere Sachverwalter. Die ersten zwei Monate nach Eingang des Gesuches werden nicht mitgerechnet!

ii. Der Sachwalter

Der Sachwalter braucht nicht Beamter zu sein, allerdings nimmt er als Vollstreckungsorgan stets eine öffentlichrechtliche Stellung ein (SchKG 295 III). Mit der Bestätigung des Nachlassvertrages durch das Nachlassgericht hören die amtlichen Funktionen des Sachwalters im Allgemeinen auf, ausser er wird mit dem Vollzug eines ordentlichen Nachlassvertrages beauftragt oder als Liquidator eingesetzt (SchKG 314 II, 317 II). Nach seiner Ernennung nimmt der Sachwalter ein **Inventar** über die Vermögensbestandteile des Schuldners auf und schätzt sie (SchKG 299 I). Die Schätzung wird den Gläubigern und dem Schuldner mitgeteilt; jeder Beteiligte kann innert 10 Tagen eine neue Schätzung gegen Vorschuss der Kosten dazu verlangen.

Zu seinen **Aufgaben** (SchKG 295 II) gehören die Überwachung der Handlungen des Schuldners (SchKG 298 I, Weisungsrecht), die Vorbereitung und Leitung des Zustimmungsverfahrens (SchKG 299, 300, 302), die Instruktion des Bestätigungsverfahrens durch Berichterstattung an das Nachlassgericht (SchKG 304), die Anzeigepflicht (SchKG 298 III) und die Pflicht zu periodischer Berichterstattung (SchKG 295 II c).

Die Entschädigung wird vom Nachlassrichter pauschal festgesetzt (GebV 55) und gilt als Masseschulden im Konkurs, wenn kein Nachlassvertrag zustande kommt (SchKG 310 II).

iii. Die Wirkungen der Stundung

Wegen den doch starken Wirkungen der Stundung (Betreibungsverbot und Verfügungsbeschränkung) wird sie öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungs- und dem Grundbuchamt unverzüglich mitgeteilt (SchKG 296). Die Stundung beginnt unmittelbar mit dem Bewilligungsentscheid und nicht erst mit der Publikation und wird für **4-6 Monate** gewährt (SchKG 295 I); auf Antrag des Sachwalters kann sie **bis auf 12 Monate** verlängert werden (bis 24 Monate bei Grossunternehmen, SchKG 295 IV). Die Wirkungen im Einzelnen:

- Hängige Betreibungen dürfen nicht fortgesetzt und neue nicht mehr eingeleitet werden (SchKG 297 I). Früher vollzogene Handlungen bleiben aber wirksam (z.B. eine Pfändung), bis über das Zustandekommen des Nachlassvertrages entschieden ist. **Vom Betreibungsverbot ausgenommen sind Forderungen der ersten Klasse, grundpfandgesicherte Forderungen und Masseverbindlichkeiten** (SchKG 297 II).

- Hemmung jeder Verjährungs- und Verwirkungsfrist (SchKG 297 I).

- **Unverzinslichkeit der Forderungen** (SchKG 297 III), aber kein Einfluss auf die Fälligkeit. Fällt die Stundung dahin, ohne dass ein Nachlassvertrag abgeschlossen wird, lebt die Verzinslichkeit ex tunc wieder auf.

- **Einschränkung des Verfügungsrechts des Schuldners**: die geschäftsübliche Eigenverwaltung darf der Schuldner fortführen. Gewisse Handlungen sind nur unter Mitwirkung des Sachwalters möglich, zusätzlich kann der Sachwalter im Rahmen seiner Weisungsbefugnis von sich aus Rechtshandlungen verbieten. Allerdings sind Widerhandlungen gegen diese Verbote nicht nichtig, sondern die Verpflichtungen daraus werden nicht zu Masseverbindlichkeiten; sie werden nur gewöhnliche Nachlassforderungen (SchKG 310). Der Sachwalter hat durch die Anzeigepflicht Verstösse dem Nachlassrichter zu melden, welcher dem Schuldner sein Verfügungsrecht ganz entziehen (SchKG 298 III) oder die Stundung aufheben kann. SchKG 298 II zählt jene Rechtshandlungen auf, welche dem Nachlassschuldner, wie auch dem Sachwalter, **nur mit Ermächtigung des Nachlassrichters erlaubt sind** (der Nachlassrichter kann daher alleine entscheiden!). Darunter fällt unter anderem der **Verkauf von Anlagevermögen**. Der Begriff des Anlagevermögens ist im buchhalterisch-technischen Sinne zu verstehen, wie er auch in OR 663a I und 665 f. verwendet wird. Gemäss OR 665a I gehören Beteiligungen (als Bestandteil des Finanzvermögens) zum Anlagevermögen. Unter einer Beteiligung versteht man Anteile am Kapital anderer Unternehmen, die mit der Absicht dauernder Anlage gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln (vgl. OR 665a). Gemäss einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung liegt ein massgeblicher Einfluss immer dann vor, **wenn mindestens ein Anteil von 20 Prozent gehalten wird** (OR 665a III).

iv. Widerruf der Stundung

Neben den Verstössen gegen das Verfügungsrecht kann die Stundung auch dann widerrufen werden, wenn es zur Erhaltung des Vermögens erforderlich ist oder wenn der Nachlassvertrag offensichtlich nicht zustande kommen wird (SchKG 295 V). Natürlich werden die Gläubiger und der Schuldner vor diesem Entscheid angehört werden.

c) Das Zustimmungsverfahren

i. Allgemeines

Erst hier erhalten die Gläubiger Gelegenheit, zum Vergleichsangebot des Schuldners förmlich Stellung zu nehmen.

ii. Vorbereitungsmassnahmen des Sachwalters

- Der Sachwalter nimmt das Inventar auf, schätzt den Verkehrswert, scheidet Kompetenzgut aus und merkt Drittansprüche vor (SchKG 299). **Pfandgesicherte Forderungen fallen nicht unter den Nachlassvertrag** (SchKG 304, 310). Auch ausländisches Vermögen wird aufgenommen, obwohl hier ebenfalls das Territorialprinzip wirkt.

- Durch öffentliche Bekanntmachung werden die Gläubiger aufgerufen, ihre Forderungen binnen 20 Tagen einzugeben, da sie sonst die Stimmberechtigung im Nachlassvertrag verlieren (SchKG 300 I). Der Schuldner nimmt zu jeder Forderung Stellung (SchKG 300 II)

- Wiederum durch öffentliche Bekanntmachung werden die Gläubiger zur Gläubigerversammlung geladen (SchKG 301 I, mind. einen Monat im Voraus), sobald der Entwurf des Nachlassvertrages erstellt ist.

iii. Die Gläubigerversammlung

Im Gegensatz zum Konkurs ist sie hier kein eigentliches Vollstreckungsorgan; sie dient **nur dem Zweck der Meinungsbildung** (vgl. SchKG 305 I) und der individuellen Stellungnahme zum Vorschlag des Schuldners.

Der Sachwalter erstattet vorerst Bericht über die Lage des Schuldners (SchKG 302 I), welcher persönlich zu erscheinen hat um weitere Aufschlüsse zu geben. Der Entwurf des Nachlassvertrages wird zuletzt den Gläubigern zur unterschriftlichen Genehmigung vorgelegt (SchKG 302 III).

Im Gegensatz zum Entwurf des Nachlassvertrages, der dem Nachlassstundungsgesuch beizulegen ist (SchKG 293 I) und lediglich die Kernelemente des angestrebten Nachlassvertrages darzustellen hat, geht es hier um den ausformulierten Entwurf (vgl. SchKG 314 I). Grundsätzlich muss der Schuldner den Entwurf ausarbeiten, mit Vorteil in enger Zusammenarbeit mit dem Sachwalter. **Wurde das Nachlassverfahren auf Antrag eines Gläubigers oder von Amtes wegen eingeleitet, erstellt der Sachwalter den Nachlassvertrag alleine, wenn sich der Schuldner dazu weigert**. Wurde das Verfahren auf Antrag des Schuldners eingeleitet, kann der Sachwalter nur dann alleine einen Entwurf erstellen, wenn er dazu vom Nachlassrichter ermächtigt wurde. Inhaltlich besteht kein absolutes Gleichbehandlungsgebot der Gläubiger, wenn es sachlich gerechtfertigt ist und allen Gläubigern dies offen gelegt wird.

iv. Die Annahme des Nachlassvertrages

Die Annahme erfordert die **Mehrheit der Gläubiger sowie mindestens zwei Drittel des Gesamtbetrages der Nachlassforderungen. Oder ein Viertel der Gläubiger, die mindestens drei Viertel des Gesamtbetrages vertreten** (SchKG 305 I). Die Zustimmung ist konkludent nicht möglich.

Nicht mitgerechnet werden die privilegierten Gläubiger, sofern sie nicht auf ihr Privileg verzichten, der Ehegatte (weil evtl. voreingenommen), die Gläubiger grundpfandgesicherter Forderungen soweit diese gedeckt sind, und auch bedingte und bestrittene Forderungen, wobei dies das Nachlassgericht im Bestätigungsverfahren entscheidet (SchKG 305 II, 315). Der Grund, weshalb die privilegierten Gläubiger nicht zustimmen dürfen liegt darin, dass sie **auch im Nachlassvertrag voll befriedigt werden müssen** (SchKG 306).

Die nicht zustimmenden Gläubiger wahren sämtliche Rechte gegen Mitschuldner, Bürgen und Gewährpflichtige (SchKG 216). Hat der Gläubiger zugestimmt, wahrt er seine Rechte auch dann, wenn er den genannten Personen mindestens zehn Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mitgeteilt hat und ihren die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten hat (SchKG 303 II, OR 114, 147, 501). Ebenso hat er die Möglichkeit zur Wahrung seiner Rechte, wenn er den genannten Personen die Wahl der Zustimmung zum Nachlassvertrag überlässt.

v. Verfahren im Konkurs

Es beschränkt sich auf die zweite Gläubigerversammlung, die Stellungnahme der einzelnen Gläubiger und den Bericht der Konkursverwaltung (SchKG 332 I und II) über den von Schuldner erstellten Nachlassvertrag, da alles andere (Inventar, Schuldenaufruf, Stellungnahme des Schuldners) schon vorhanden ist.

d) Das Bestätigungsverfahren

Hier wird der Nachlassvertrag vom Nachlassgericht überprüft und für verbindlich erklärt oder verworfen. Der Sachwalter unterbreitet dem Nachlassgericht vor Ablauf der Stundung seine Akten (SchKG 304 I) und gibt eine Empfehlung aus. Danach macht das Gericht den Verhandlungstermin öffentlich bekannt und lädt Schuldner sowie Gläubiger zur Stellungnahme ein. Diese können Einwendungen in der Verhandlung vorbringen (SchKG 304 III).

Das Gericht ist im Entscheid nicht an die Genehmigung der Gläubiger gebunden, diese ist nur eine Voraussetzung der Bestätigung. Der Nachlassrichter entscheidet auch, wie bedingte Forderungen oder Forderungen mit spezieller Verfallszeit oder bestrittene Forderungen mitzuzählen sind (SchKG 305 III).

Die materiellen Voraussetzungen für das Bestätigungsverfahren sind in SchKG 306 zu finden: Es sind dies die Angemessenheit des Nachlassvertrages (Anhaltspunkt ist dabei die Akzeptanz der Nachlassofferte), die Sicherstellung des Vollzuges und bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (SchKG 317 I) muss das Verwertungsergebnis oder die vom Dritten angebotene Summe höher erscheinen als der voraussichtliche Konkurserlös.

Im Interesse der Gläubiger darf das Nachlassgericht einzelne Bestimmungen des Nachlassvertrages abändern oder aufheben oder den Vertrag sogar ergänzen (SchKG 306 III). Für die Einstellung der Verwertung von Grundpfändern siehe SchKG 306a. Wenn ein oberes kantonales Nachlassgericht besteht, kann der Entscheid binnen 10 Tagen weiter gezogen werden (SchKG 307), der Weiterzug ans Bundesgericht ist bei gegebenen Voraussetzungen möglich. Einen Bestätigungsentscheid können die zustimmenden Gläubiger nicht anfechten. Der Entscheid wird öffentlich bekannt gemacht (SchKG 308 I).

Der Entscheid schliesst das Nachlassverfahren ab, die Stundung verliert ihre Wirkung (SchKG 308 II).

- Der Verwerfungsentscheid ist auch ein materieller Konkursgrund, nebenbei können die Gläubiger ihre Forderungen wieder auf dem Weg der Zwangsvollstreckung geltend machen (SchKG 305).

- Ein Bestätigungsentscheid bewirkt die Rechtskraft des Nachlassvertrages (siehe unten); der Schuldner kann jetzt für alle nicht dem Nachlassvertrag unterworfenen Verbindlichkeiten wieder voll betrieben werden (SchKG 319). Vgl. weiter SchKG 199, 332, und 195.

Wird der Nachlassvertrag abgelehnt oder die Nachlassstundung widerrufen (SchKG 295 V, 298 III), kann jeder Gläubiger binnen 20 Tagen seit der Bekanntmachung über den Schuldner die Konkurseröffnung verlangen (SchKG 309). Das Recht haben auch diejenigen Gläubiger, die nicht am Nachlassverfahren teilgenommen haben.

7.1.3. Die Durchführung des Nachlassvertrages

a) Materielle Auswirkungen des Nachlassvertrages im Allgemeinen

Den materiellen Inhalt des Nachlasses bestimmt der Vertrag (Stundung, Tilgung, Abtretung etc. SchKG 314, 317, 318). Die Auswirkungen umschreibt aber das Gesetz. Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtungen gemäss dem Nachlassvertrag, sind die Forderungen getilgt gemäss Obligationenrecht; ein Verlustschein wird nicht ausgestellt.

b) Die Auswirkungen im Einzelnen

Der gerichtliche Nachlassvertrag ist für alle Gläubiger verbindlich, auch für die, die ihm nicht zugestimmt haben (SchKG 310 I). Nicht verbindlich ist der Vertrag für Forderungen, die mit Zustimmung des Sachwalters entstanden sind, ausser es in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bzgl. dieser oder in einem nachfolgenden Konkurs bzgl. der Masse. Es herrscht ein Verbot von Nebenversprechen, die vor dem Zustandekommen des Nachlassvertrages vereinbart werden (SchKG 312). Wer Nachlassgläubiger ist, bestimmt SchKG 310 I. So sind auch die Gläubiger privilegierter Forderungen Nachlassgläubiger, sofern sie auf ihr Sicherstellungsrecht verzichtet oder ihre Forderung gar nicht angemeldet haben. Auf Grundpfandgläubiger kann sich der Nachlassvertrag ausnahmsweise auch auswirken (vgl. SchKG 306a).

Auch die vom Schuldner bestrittenen Forderungen unterliegen dem Vertrag. Beim ordentlichen Nachlassvertrag muss der Schuldner auf Anordnung des Nachlassgerichtes die auf die bestrittenen Forderungen entfallenden Beträge hinterlegen; zusätzlich wird den betreffenden Gläubigern eine 20-tägige Frist zur gerichtlichen Geltendmachung gesetzt, ansonsten verlieren diese mutmasslichen Schuldner ihre Dividende (SchKG 315). Beim Liquidationsvergleich werden die bestrittenen Forderungen im Kollokationsplan behandelt.

Mit der Bestätigung des Nachlassvertrages fallen alle vor der Stundung gegen den Schuldner eingeleiteten Betreibungen mit Ausnahme derjenigen auf Pfandverwertung dahin, SchKG 199 II gilt sinngemäss (SchKG 311). Bei einem auf unredliche Weise zustande gekommenen Nachlassvertrages kann jeder Gläubiger in Anwendung von OR 20, 28 und 29 beim Nachlassrichter den Widerruf verlangen (SchKG 313 I).

c) Vollzug und Vollzugsorgane

Der **ordentliche Nachlassvertrag** kann vom Schuldner selber abgewickelt werden, verlangt ist im Wesentlichen nur die pünktliche Zahlung der Dividenden (SchKG 314 I). Dem ehemaligen Sachwalter oder einem Dritten können Überwachungs-, Geschäftsführungs- und Liquidationsbefugnisse übertragen werden (SchKG 314 II). Beim **Liquidationsvergleich** amten Liquidatoren, die von der Gläubigerversammlung ernannt werden (SchKG 317 II, 318 I Ziff. 2).

d) Die Durchführung des ordentlichen Nachlassvertrages

Der Vertrag enthält, inwiefern die Forderungen gestundet oder teilweise (prozentual) erlassen werden. Wichtig ist, dass beim ordentlichen Nachlassvertrag (SchKG 314-316) der Schuldner wirtschaftlich das Verfahren überlebt und das Unternehmen weiterführt.

Erfüllt der Schuldner seine Verpflichtungen gegenüber einem Gläubiger nicht, kann dieser im Verhältnis zum Schuldner die **Aufhebung des Nachlassvertrages** beim Nachlassrichter verlangen. Dabei verliert er seine erworbenen Rechte aber nicht. **Für die anderen Nachlassgläubiger besteht der Vertrag weiterhin** (SchKG 316). Eine Frist zur Geltendmachung besteht nicht; die Verjährung der Forderung ist aber zu beachten. Die Aufhebung bewirkt, dass der Gläubiger wieder seine volle Forderung gegenüber dem Schuldner geltend machen kann, ohne dass er aber insbesondere das Recht auf Dividende aus dem Nachlassvertrag verliert. Der Gläubiger kann auch seine Forderung in Betreibung setzen. Die Aufhebung des Nachlassvertrages stellt keinen materiellen Konkursgrund dar.

e) Die Durchführung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich)

i. Die Vermögensabtretung

Der Liquidationsvergleich bezweckt, das abgetretene Schuldnervermögen (Aktiven und Passiven) zwecks Gläubigerbefriedigung zu liquidieren. Dazu stellt der Schuldner sein

Vermögen zur Verfügung; allein das ist mit der Abtretung gemeint (SchKG 317, 318). Der Liquidationsvergleich ist eine Art **abgeschwächter Konkurs**.

Entweder kann den Gläubigern das Verfügungsrecht über die Aktiven des Schuldners eingeräumt und die Verwertung derselben überlassen werden, oder diese Gläubigerstellung nimmt ein Dritter ein (SchKG 317 ff.). Insbesondere ist es möglich, die Aktiven an eine Auffanggesellschaft abzutreten.

Die Liquidatoren werden durch die Gläubigerversammlung (SchKG 301) gewählt. Das Quorum von SchKG 235 (erste Gläubigerversammlung im Konkurs) gilt nicht. An der Versammlung nehmen alle Gläubiger teil, sogar diejenigen, deren Forderungen durch den Schuldner bestritten werden. Dies weil die Bestreitung die Liquidatoren nicht bindet.

Im internationalen Verhältnis ist das LugÜ nicht anwendbar (LugÜ 1 2.). Massgebend sind IPRG 160 ff.

ii. Der Nachlassvertrag

Der Inhalt bestimmt sich nach SchKG 318 (im Gegensatz zu SchKG 314 beim ordentlichen Nachlassvertrag). Notwendiger Inhalt ist die Bezeichnung des Verzichts auf den nicht gedeckten Forderungsbetrag, die Bezeichnung der Liquidatoren, die Art der Liquidation und das Publikationsorgan. Fakultativ kann die Bevorzugung der Kleingläubiger, die Regelung der Zinsen und die internationalen Wirkungen geregelt werden. Soll nicht das gesamte Vermögen liquidiert werden, ist es genau auszuscheiden (SchKG 318 II).

iii. Wirkung der Bestätigung

Mit rechtskräftigem Beschluss des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung verliert der Schuldner das Verfügungsrecht (SchKG 319 I). Im Handelsregister erfolgt der Zusatz „in Nachlassliquidation“. Die Liquidation vertreten die Masse vor Gericht, insbesondere für ein allfälliges Aussonderungs- und Admassierungsverfahren.

Masseschulden werden gesondert behandelt. Auf sie findet der Nachlassvertrag keine Anwendung; sie können Gegenstand einer Zwangsvollstreckung sein und werden privilegiert. Masseschulden sind Verwaltungskosten, mit Zustimmung des Sachwalters während der Stundung entstandene Forderungen und während des Konkursaufschubs im Sinne des Art. 725a entstandene Forderungen. Bei Masseschulden gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung; sie werden vorab bezahlt, reicht das Vermögen nicht aus, erfolgt eine anteilsmässige Bezahlung.

iv. Die Liquidation des Vermögens

Liquidiert wird durch die Liquidatoren, welche unter der Aufsicht des Gläubigerausschusses stehen (SchKG 320 I). Der Gläubigerausschuss ist das wesentliche Nachlassorgan. Es gilt das Kollegialitätsprinzip, d.h. dass nicht alle Interessen der Einzelmitglieder, sondern dasjenige der Gläubiger gesamthaft zu wahren ist.

Weil die Liquidatoren öffentlichrechtliche Funktionen ausüben, können ihre Verfügungen **mit Beschwerde angefochten werden** (zuerst ist aber binnen 10 Tagen beim Gläubigerausschuss Einsprache zu erheben). Die Aufgaben des Liquidators sind mit denjenigen der Konkursverwaltung vergleichbar (Erhaltung, Verwaltung und Verwertung der Nachlassmasse, Vertretung derer vor Gericht).

Das Liquidationsverfahren wird im Wesentlichen gleich wie ein Konkurs abgewickelt, es herrscht allerdings hier grössere Freiheit (SchKG 318 I Ziff. 3, der Vertrag bestimmt die Verwertung und die Verteilung).

- Aussonderungs- und Admassierungsverfahren bei ungeklärter Rechtszugehörigkeit (SchKG 319 IV).
- Kollokation der Gläubiger (SchKG 321).
- Paulianische Anfechtung (SchKG 331 I und III).
- Verwertung (Art und Zeitpunkt frei bestimmbar, SchKG 322 ff.). Der Antrag erfolgt durch die Liquidatoren. Der Gläubigerausschuss hat die Aufgabe der Genehmigung, d.h. er befasst sich nicht mit den Kleinigkeiten.
- Verteilung (konkursrechtliche Grundsätze SchKG 326; Verlustscheine werden keine ausgestellt). Der Pfandgläubiger ist soweit zu berücksichtigen, als er zu Ausfall gekommen ist oder kommen wird (SchKG 327), sofern das Pfand bei Auflegung der Verteilungsliste noch nicht verwertet wurde.
- Schlussrechnung (SchKG 328).

Nach Abschluss des Verfahrens haben die Liquidatoren einen Schlussbericht zu verfassen, der vom Gläubigerausschuss genehmigt, dem Nachlassgericht eingereicht und zuhanden der Gläubiger aufgelegt werden muss (SchKG 330).

7.1.4. Aufhebung und Widerruf des Nachlassvertrages

a) Die Aufhebung des Nachlassvertrages

Sie betrifft **nur das Verhältnis eines einzelnen Gläubigers zum Nachlassschuldner**; es handelt sich also bloss um eine individuelle Massnahme (SchKG 316 I). Jeder Gläubiger, welchem gegenüber die Bedingungen des Vertrages nicht erfüllt werden, kann ihn verlangen. Die nachlassvertraglichen Rechte bleiben bei der Aufhebung bestehen, der Gläubiger kann den Schuldner nun wieder für die ganze Forderung betreiben, ohne indessen das Recht auf Dividende oder auf privilegierte Behandlung zu verlieren (SchKG 316 I).

Sie kann wie auch der Widerruf nur vom Nachlassgericht, welches den Vertrag ursprünglich bestätigt hat, und nur auf Gesuch eines betroffenen Gläubigers hin verfügt werden.

b) Der Widerruf des Nachlassvertrages

Grund für den Widerruf ist der Umstand, dass der Nachlassvertrag auf **unredliche Weise** zustande gekommen ist (SchKG 313). Jedes Treu und Glauben verletzende Verhalten des Schuldners auf das Zustandekommen des Nachlassvertrages ist ein Widerrufsgrund.

Der Widerruf **wirkt sich auf alle Gläubiger aus** und wird öffentlich bekannt gemacht. Er bildet zusätzlich einen materiellen Konkursgrund (an diesem Konkurs nehmen auch allfällige Neugläubiger teil, SchKG 313 II). Gemäss systematischer Auslegung des Gesetzes ist der Widerruf des Nachlassvertrages beim Liquidationsvergleich nicht möglich.

7.1.5. Nachlassverfahren im Konkurs

Massgebend ist SchKG 332. Wenn ein Schuldner, über den der Konkurs eröffnet wurde, einen Nachlassvertrag vorschlägt, wird der Vorschlag von der Konkursverwaltung begutachtet. Danach findet mit der zweiten Gläubigerversammlung die Beratung darüber statt. Das Verfahren ist ähnlich desjenigen des „normalen" Nachlassvertrages, einzig an die Stelle des Sachwalters tritt die Konkursverwaltung. Wird über den Nachlassvertrag beraten, wird die Verwertung vorerst eingestellt. Bei Bestätigung des Nachlassvertrages erfolgt ein Widerruf des Konkurses.

7.1.6. Alternativen zum Nachlassvertrag

a) Die einvernehmliche private Schuldenbereinigung SchKG 333

Sie steht nur einem nicht der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner zur Verfügung. Der Schuldner muss mit einem Gesuch, in dem er seine finanzielle Lage darzulegen hat, an den Nachlassrichter wenden, der im summarischen Verfahren darüber entscheidet, SchKG 33e und 25 Ziff. 2 a.

Erscheint die Schuldenbereinigung nicht ausgeschlossen und sind die Kosten sichergestellt, gewährt der Richter ihm eine **Stundung von höchstens 3 Monaten** und ernennt einen Sachwalter (SchKG 334). Die vorausgesetzte Aussicht auf Schuldenbereinigung darf angenommen werden, wenn der Schuldner über genügend eigene Mittel verfügt, die er zur Abtragung seiner Altlasten einsetzen kann. Es ist jedoch nicht erforderlich (ebenso wenig wie beim Verwertungsaufschub), dass Aussicht auf vollständige Tilgung der Forderungen besteht.

Der Entscheid des Nachlassrichters wird den Gläubigern mitgeteilt, für die Weiterziehung gelten die Bestimmungen des ordentlichen Nachlassverfahrens (SchKG 334 IV, 294 III und IV). Die Stundung soll Gewähr bieten, dass der Schuldner in Ruhe ohne Betreibungsdruck mit seinen Gläubigern zu einem Einvernehmen kommen kann.

Nur die familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge sind betreibbar (SchKG 334 III). Die Verfügungsbefugnis des Schuldners ist während der Stundung in keiner Weise eingeschränkt; der Sachwalter ist blosser Berater; anders als in der ordentlichen Nachlasstundung (SchKG 298, kein autoritärer Begleiter des Schuldners). Misslingt die Einigung auf dieser privaten Ebene, bleibt dem Schuldner entweder die Insolvenzerklärung (SchKG 191) oder das gerichtliche Nachlassverfahren (vgl. SchKG 336).

Die Aufgaben des Sachwalters sind in SchKG 335 festgelegt. Er unterstützt den Schuldner bei der Ausarbeitung eines Bereinigungsvorschlages, verhandelt mit den Gläubigern und kann auch dazu befugt werden, die Erfüllung der Vereinbarung durch den Schuldner zu überwachen.

Da es sich bei der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung um eine aussergerichtliche Vereinbarung handelt, ist die Genehmigung durch den Nachlassrichter nicht erforderlich. Der Sachwalter ist jeweils nicht Partei, ausser bei der Festsetzung seiner Entschädigung.

b) Konkursaufschub OR 725a

Der Konkursaufschub ist kein allgemeines Institut, sondern als Sanierungshilfe für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften vorgesehen. Ob er zu gewähren sei, bestimmt der Konkursrichter, auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers, den Konkurs aufzuschieben kann, wenn Aussicht auf Sanierung besteht.

Hauptzweck des Konkursaufschubes ist die Überprüfung der Sanierungsmöglichkeiten einer an sich konkursreifen Gesellschaft.

Keine Auswirkungen hat der Konkursaufschub auf den Zinsenlauf (SchKG 297 II) oder auf die Fälligkeiten. Kommt die privatrechtliche Sanierung nicht zustande, eröffnet der Konkursrichter nach SchKG 192 den Konkurs selbständig. Dann wiederum ist ein Nachlassvertrag eine Möglichkeit.

7.1.7. Übersicht

	Schuldner	**Antrag / Ablauf / Bemerkungen**
Stundungsvergleich	Konkursfähiger Schuldner	Gesuch Schuldner/Gläubiger an Nachlassrichter, evtl. provisorische Stundung (2 Monate), definitive Stundung (4-6 Monate), Zustimmung Gläubiger, Bestätigung Gericht
Dividenden- / Prozentvergleich	Konkursfähiger Schuldner	
Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich)	Konkursfähiger Schuldner	
Nachlassvertrag im Konkurs	Konkursfähiger Schuldner	Vorschlag an Konkursverwaltung, Beratung in 2. Gläubigerversammlung, Konkursverwaltung als Sachwalter, Zustimmung Gläubiger, Bestätigung Gericht
Einvernehmliche private Schuldenbereinigung SchKG 333	Nicht konkursfähiger Schuldner	Gesuch Schuldner an Nachlassrichter, Stundung von höchstens drei Monaten, alle Gläubiger müssen einverstanden sein
Konkursaufschub OR 725a	Kapitalgesellschaften und Genossenschaften	Antrag Verwaltungsrat oder Gläubiger, keine Auswirkungen auf den Zinsenlauf

7.2. Die Notstundung

7.2.1. Allgemeines

Auch sie ist eine Milderung der betreibungsrechtlichen Ordnung. Jedoch stellt sie eine ausserordentliche Entlastungsmassnahme dar, die für Notzeiten bereitgehalten wird. Rechtsgrundlage sind SchKG 337 bis 350, welche aber nur durch Beschluss einer Kantonsregierung und konstitutiver Zustimmung des Bundesrates für anwendbar erklärt werden können (SchKG 337 f.; bei Krieg, andauernder Wirtschaftskrise, Naturkatastrophe etc.). Ohne diesen vorhergehenden Beschluss sind die Bestimmungen also nicht anwendbar.

7.2.2. Verfahren

Der Schuldner kann vom Nachlassrichter eine Notstundung verlangen, sofern ausserordentliche Verhältnisse nach SchKG 337 vorliegen (SchKG 338). Er hat dabei seine Vermögensverhältnisse darzulegen, und es muss Aussicht bestehen, dass er nach max. sechs Monaten der Stundung seine Gläubiger befriedigen könnte (die Frist ist verlängerbar, vgl. SchKG 347). Die Gläubiger haben ein Mitspracherecht (SchKG 339 III) bzw. müssen vom Richter angehört werden. Der Entscheid des Richters ist weiterziehbar (SchKG 340), wenn ein oberes kantonales Nachlassgericht besteht (keine aufschiebende Wirkung, SchKG 340 IV). Der Nachlassrichter kann sichernde Massnahmen vorsehen (SchKG 341). Es erfolgt eine Mitteilung des Entscheides an das Betreibungsamt und das Konkursgericht.

7.2.3. Wirkungen

Während der Dauer der Stundung können Betreibungen gegen den Schuldner angehoben und bis zur Pfändung oder Konkursandrohung fortgesetzt werden. Einem Verwertungs- oder Konkursbegehren darf aber keine Folge geleistet werden (SchKG 343 I).

Der Schuldner darf keine Rechtshandlungen vornehmen, welche die berechtigten Interessen der Gläubiger verletzen würden (SchKG 344). Ebenso darf er nicht gegen die sichernden Massnahmen verstossen (SchKG 345). Ansonsten ist der Schuldner frei. Verstösst der Schuldner gegen die Bestimmungen, ist ein Widerruf möglich (SchKG 348). Nach Ablauf der Notstundung kann der Schuldner während eines halben Jahres weder eine Nachlassstundung noch eine weitere Notstundung verlangen (SchKG 349 II). Dies gilt auch, wenn der Schuldner sein Gesuch zurückgezogen hat.

Forderungen unter CHF 100.- und solche erster Klasse (SchKG 219 IV) sind nicht von der Stundung betroffen (SchKG 346 I). Es ist allerdings nur die Pfändung und die Pfandverwertung möglich, nicht aber der Konkurs.

III. WEITERE PRÜFUNGSRELEVANTE RECHTSGEBIETE

1. Rechtsmittel auf Bundesebene

1.1. Zivilrechtliche Einheitsbeschwerde

1.1.1. Allgemeines

Verletzungen von verfassungsmässigen Rechten konnten bis anhin nur mit der staatsrechtlichen Beschwerde geltend gemacht werden. Neu können sämtliche in BGG 95 genannte Rügen (vgl. unten Abschnitt Beschwerdeverfahren) mit der zivilrechtlichen Einheitsbeschwerde geltend gemacht werden, mitunter auch die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten. Im Gegensatz zur altrechtlichen Berufung erhält die zivilrechtliche Einheitsbeschwerde **keine aufschiebende Wirkung** (BGG 103, mit Ausnahmen).

Das **Anfechtungsobjekt** ist ein Entscheid in Zivilsachen. Dies beinhaltet auch SchKG-Entscheide **inklusive der betreibungsrechtlichen Beschwerde nach SchKG 17 ff.** und die in BGG 72 II genannten öffentlich-rechtlichen Entscheide (z.B. Entscheide über die Rechtshilfe, über Registersachen oder über die Bewilligung von Namensänderungen; die Aufzählung im Gesetz ist nicht abschliessend).

Die **Streitwertgrenze** ist ebenfalls eine Eintretensvoraussetzung. Sie beträgt CHF 15'000.- bei miet- und arbeitsrechtlichen Fällen bzw. CHF 30'000.- in allen anderen Fällen. Für die Streitwertberechnung gilt BGG 51 ff. Daneben kann ein Fall von BGG 74 II a-c gegeben sein, bei welchem die Streitwertgrenze nicht erfüllt sein muss:

- Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (vgl. BGG 42, welcher vorschreibt, dass in der Rechtsschrift darzulegen ist, inwiefern eine solche Rechtsfrage vorliegt).
- Ein Bundesgesetz schreibt das Bundesgericht als einzige Instanz vor.
- Entscheid einer **kantonalen Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen**.
- Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters.

Liegt die Einheitsbeschwerde unterhalb der Streitwertgrenzen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten, ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zu ergreifen (BGG 74 II). Der zivilrechtlichen Einheitsbeschwerde unterliegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen sowie solche des Bundesverwaltungsgerichts (BGG 75 I, z.B. **Registersachen**).

Die **Legitimation** ergibt sich aus BGG 76: Der Beschwerdeführer muss am Verfahren bei der Vorinstanz teilgenommen oder die Möglichkeit dazu gehabt haben. Daneben muss er ein rechtlich geschütztes Interesse an der Beschwerdeführung haben.

Das Bundesgericht wendet das Recht bei den Einheitsbeschwerden von Amtes wegen an (BGG 106 I), allerdings nur im Rahmen des Streitgegenstandes. Ausnahmen enthält BGG 106 II: bei Grundrechten und kantonalem wie interkantonalem Recht gilt das Rügeprinzip.

1.1.2. Verfahren der Einheitsbeschwerde

BGG 90-107 gelten für alle drei Einheitsbeschwerden, obwohl es punktuell einzelne Abweichungen gibt. Vorerst ist eine Einheitsbeschwerde gegen Endentscheide möglich (BGG 90). Ein **Endentscheid** liegt immer vor, wenn das Verfahren abgeschlossen wird, sei es aus materiellen oder prozessualen Gründen. Auch ein Eheschutzentscheid oder ein Arrestentscheid fallen darunter. Vorsorgliche Massnahmen sind keine Endentscheide, wohl aber ein Nichteintreten; es ist daher kein Sachentscheid erforderlich. Durch BGG 91 werden Teilentscheide den Endentscheiden gleichgestellt, wie auch selbständige Vor- und Zwischenentscheide (z.B. über den Ausstand; eine spätere Beschwerde ist aber ausgeschlossen [BGG 92]), sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen würden (BGG 93).

Selbst ohne Anfechtungsobjekt, nämlich bei **Rechtsverweigerung und -verzögerung** kann Beschwerde geführt werden (BGG 94). Naturgemäss existiert dann keine Frist. Bei Bestand eines Anfechtungsobjekt beträgt die Frist jeweils 30 Tage (BGG 100 f., vgl. aber an diesen Stellen die zahlreichen Ausnahmen, bei der eine zehntägige Frist besteht).

Für die Beschwerdegründe gilt BGG 95 ff., also die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalem Verfassungsrecht und internationalem Recht. Das Überschreiten und Missbrauchen von Ermessen gilt wie bisher als Rechtsverletzung. Bei vorsorglichen Massnahmen kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (BGG 98). Wurde zu Unrecht das ausländische Recht nicht angewendet, kann ebenfalls Beschwerde geführt werden, wie auch wenn das ausländische Recht nach Massgabe von IPR nicht richtig angewendet wurde (BGG 96). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von BGG 95 beruht (BGG 97 I [Korrektur auf Beschwerde], vgl. BGG 105 für die Korrektur von Amtes wegen).

BGG 99 geht grundsätzlich von einem **Novenverbot** aus. **Rechtliche Noven, d.h. neue rechtliche Vorbringen sind aber zulässig**.

Die Einheitsbeschwerde hat in der Regel **keine aufschiebende Wirkung** (vgl. BGG 103). Wenn sich die Beschwerde namentlich gegen ein Gestaltungsurteil richtet, ist hat sie aber von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung. Diese kann ihr auch der Instruktionsrichter von Amtes wegen oder auf Antrag erteilen (vgl. auch BGG 104).

BGG 108 f. sehen ein neues, **vereinfachtes Verfahren** für offensichtliche Fälle vor (Einzelrichter, z.B. bei offensichtlich unzulässigen Beschwerden). **Der Bundesrichter kommt für sämtliche Beschwerde eine reformatiorische Entscheidbefugnis** (BGG 107 II).

1.2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Grundsätzlich beurteilt das Bundesgericht Verfassungsbeschwerden gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen, soweit keine Einheitsbeschwerde zulässig ist (BGG 113). Gegen Hoheitsakte der Bundesbehörden kann die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht ergriffen werden.

Für die **Vorinstanzen** verweist BGG 114 auf BGG 75 und 86. Sie ist nicht gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesstrafgerichts gegeben, sondern gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen. Für die **Legitimation** gilt das für die privatrechtliche bzw. die strafrechtliche Einheitsbeschwerde gesagte (Beteiligung oder die Möglichkeit dazu im vorinstanzlichen Verfahren, rechtlich geschütztes Interesse, vgl. BGG 115). Da die Einheitsbeschwerde in Strafsachen keine Ausschlussgründe wie bspw. einen Streitwert kennt, erscheint die subsidiäre Verfassungsbeschwerde in Strafsachen als minder bedeutend.

Beschwerdegründe: Mit der Verfassungsbeschwerde kann nur die **Verletzung verfassungsmässiger Rechte** gerügt werden (BGG 116). Die Verhältnismässigkeit ist dabei kein verfassungsmässiges Recht, sondern ein verfassungsmässiger Grundsatz, der nicht mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde überprüft werden kann.

Für das **Verfahren** wird auf BGG 90 ff. verwiesen. Es herrscht indessen ein **Novenverbot** (BGG 118 I), das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung aber berichtigen oder ergänzen, wenn von der Vorinstanz diesbezüglich ein verfassungsmässiges Recht verletzt wurde. BGG 119 sieht die Möglichkeit der Doppelbeschwerde vor. Das Bundesgericht behandelt beide Beschwerden aus Gründen der Verfahrenseinheit im gleichen Verfahren.

Die **Frist** beträgt 30 Tage nach Eröffnung des Anfechtungsobjektes (BGG 100 i.V.m. 117). Da die Verletzung von Grundrechten grundsätzlich mit der Einheitsbeschwerde geltend gemacht werden kann, hat die subsidiäre Verfassungsbeschwerde einen engeren Anwendungsbereich als die alte staatsrechtliche Beschwerde. Bedeutung wird sie bei ordentlichen Einbürgerungen, beim kantonalen öffentlichen Beschaffungswesen und bei kantonalen öffentlichen Arbeitsverhältnissen unter dem Streitwert haben.

1.3. Klage

Die Klage ist in BGG 120 geregelt. Die bisherige Unterscheidung zwischen staats-, verwaltungs- und zivilrechtlicher Klage entfällt. Mit der Klage werden insbesondere Streitigkeiten zwischen den Kantonen bzw. zwischen einem Kanton und dem Bund beurteilt. Ausserdem beurteilen sich Verantwortlichkeitsansprüche aus der Amtstätigkeit von Magistratspersonen (Bundesräte, Bundesrichter, Bundeskanzler) nach BGG 120 (vgl. VG 1 und 3).

Die Klage ist an keine Frist gebunden. Das Bundesgericht verfügt über eine umfassende, freie Prüfungsbefugnis in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht. Das Urteil kann feststellender oder kassatorischer Natur sein, oder es kann auch Anordnungen enthalten. Das Verfahren richtet sich nach der Bundeszivilprozessordnung (BGG 120 III).

Die Klage ist unzulässig, wenn ein anderes Bundesgesetz eine Behörde zum Erlass einer Verfügung über eine solche, oben genannte Streitigkeit ermächtigt. Hier steht gegen die Verfügung die Beschwerde an das Bundesgericht zur Verfügung (BGG 120 II).

1.4. Revision

Die Bestimmungen über die Revision sind in BGG 121-128 zu finden. Inhaltlich stimmen sie mit den alten Bestimmungen des OG überein, weshalb sich im neuen Recht nichts ändert. Die Revision bleibt ein unvollkommenes, nicht devolutives Rechtsmittel. Revidierbar ist auch ein Nichteintretens- oder Rückweisungsentscheid, sowie ein solcher über die Kosten. Nicht revisionsfähig hingegen sind Prozessabschreibungen aufgrund eines Vergleichs, einer Anerkennung oder eines Rückzuges.

Eine Revision kann bei Verletzung von Verfahrensvorschriften (BGG 121, z.B. über den Ausstand oder die Verletzung der Dispositionsmaxime) oder aus Verletzungen der EMRK verlangt werden. Bei letzterem ist die Revision aber nur möglich, wenn eine EMRK-Verletzung durch den EMGR erkannt wurde, eine Entschädigung nicht geeignet ist, um diese Verletzung auszugleichen, und wenn eine Revision die Beseitigung der Verletzung erreichen kann (BGG 122). BGG 123 nennt weitere andere Gründe, wie insbesondere denjenigen, wenn das Verfahren durch ein Verbrechen oder Vergehen beeinflusst wurde oder wenn Beweise nicht vorgebracht werden konnten.

Die Frist beträgt 30 (Verletzung der Ausstands- oder Verfahrensvorschriften) bzw. 90 Tage (seit Urteil EGMR bzw. Erkennen des Revisionsgrundes, BGG 124). Der Instruktionsrichter kann auf Gesuch oder von Amtes wegen eine vorsorgliche Massnahme treffen, wie insbesondere der Aufschub des angefochtenen Entscheides (BGG 126).

1.5. Erläuterung und Berichtigung

Sie sind in BGG 129 geregelt. Mit der Erläuterung wird ein bundesgerichtliches Urteil materiell nicht geändert, sondern bloss klargestellt. Der geltend zu machende Mangel muss sich daher auf das Dispositiv beziehen. Die Berichtigung ist für Redaktions- und Rechnungsfehler vorgesehen.

Die Erläuterung und die Berichtigung sind an keine Frist gebunden. Eine Ausnahme besteht bei der Erläuterung eines Rückweisungsentscheides, welche nur zulässig ist, solange die Vorinstanz noch nicht neu entschieden hat.

2. Bedeutende Nebenerlasse des SchKG

2.1. GSchG

2.1.1. Schuldbetreibung im Allgemeinen

Das ist das Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts. GSchG 1 legt fest, dass grundsätzlich die Bestimmungen des SchKG Anwendung finden, aber mit den jeweiligen Abweichungen des GSchG. Keine Anwendung findet das GSchG auf die Kantone.

Die Schuldbetreibung kann **nur auf Pfändung oder Pfandverwertung gerichtet** sein (GSchG 2 I). Nicht möglich sind der Konkurs, die Wechselbetreibung und der Nachlassvertrag. Letzterer kann durch das kantonale Recht geregelt werden (GSchG 3 I). Verlustscheine werden nicht ausgestellt, sondern **Ausfallscheine**. Diese gelten als **Schuldanerkennung i.S.v. SchKG 82** (GSchG 2 III). Der Ausfallschein berechtigt zur Anfechtungsklage nach SchKG 285 ff.

Die Kantone bestimmen die Behörden der Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts (GSchG 4 I). Der Rechtsweg muss gewährleistet werden (GSchG 4 II).

Pfändbar ist nur das Finanzvermögen (GSchG 7). Die Pfändbarkeit von Anstalten und Werken kann aber durch die Kantonsregierung genehmigt werden (GSchG 8).

2.1.2. Die Gläubigergemeinschaft

Das in GSchG 13-27 geregelte und vom Bundesgericht geleitete Gläubigergemeinschaftsverfahren ermöglicht es, die Situation von Betreibungssubjekten des GSchG, die Anleihensobligationen ausstehend habe und die daraus fliessenden Verpflichtungen nicht erfüllen können, durch Eingriffe in die Gläubigerrechte zu mildern.

Eine Anleihensobligation ist ein in Teilbeträge aufgeteiltes Grossdarlehen auf einheitlicher Rechtsgrundlage. Die praktische Bedeutung ist gering.

2.1.3. Die Beiratschaft

Wenn ein diesem Gesetz unterliegendes Gemeinwesen **zahlungsunfähig ist und innert angemessener Frist keine administrative Zwangsverwaltung** des kantonalen Rechts angeordnet wird, sind die Bestimmungen von GSchG 28-35 über die Beiratschaft

anwendbar. Die Beiratschaft ist nicht mit derjenigen aus ZGB 395 zu verwechseln. Trotzdem ist sie eine Art Zwangsverwaltung, die den Gläubigern einen Ersatz für den fehlenden Konkurs bietet. Die Beiratschaft sorgt dafür, dass die verfallenen Verpflichtungen der Schuldnerin im Rahmen des Finanzplanes möglichst bald und gleichmässig eingelöst werden. Dazu treibt sie auch Forderungen ein und macht Anfechtungsansprüche geltend (GSchG 34-36).

2.2. AVIG

Hier relevant ist das Kapitel über die **Insolvenzentschädigung** (AVIG 51-58). Sie hat den Zweck, **in Ergänzung zum Arbeitnehmerprivileg** gemäss SchKG 219 IV das Risiko des Lohnausfalles des Arbeitnehmers zu decken (nicht etwa das Risiko der Arbeitslosigkeit). Die Insolvententschädigung deckt nur Lohnforderungen für geleistete Arbeit. Wird der Arbeitnehmer fristlos unrechtmässig entlassen, wird dies nicht von der Insolvenzentschädigung umfasst.

Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch, wenn der **Konkurs** über den Arbeitgeber eröffnet wurde, wenn offensichtlich ist, dass mangels Aktiven kein Konkurs durchgeführt wird oder wenn für Lohnforderungen gegen den Arbeitnehmer das Pfändungsbegehren gestellt wird (AVIG 51 I). AVIG 51 II konkretisiert, dass ein **Unterordnungsverhältnis** vorhanden sein muss, um von diesem Privileg der Insolvenzentschädigung profitieren zu können. Die Insolvenzentschädigung deckt den **Lohn der letzten vier Monate** (AVIG 52 I). Die Frist zur Geltendmachung beträgt 60 Tage (vgl. AVIG 53). Anlaufstelle ist die zuständige öffentliche Kasse. Diese erwirbt danach die Forderung gegenüber dem Arbeitgeber. Der Versicherte hat indes alles zu unternehmen, damit die Forderung auch wirklich durchgesetzt wird (AVIG 55).

Die Normen des AVIG finden auch bei der Nachlassstundung Anwendung (AVIG 58).

2.3. Banken

Für Banken sind die besonderen Vorschriften über das Konkurs- und Nachlassverfahren im Bankgesetz von Bedeutung (BankG 36-37b), ebenso die Verordnung des Bundesgerichts betreffend das Nachlassverfahren von Banken (VNB).

3. Anwaltsrecht

3.1. Rechtsquellen

Bedeutende Erlasse sind das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwälte (BGFA), sowie dessen kantonales Einführungsgesetz (EG BGFA) und die kantonale Anwaltsverordnung (AnwV). Die Standesregeln sind durch den Schweizerischen Anwaltsverband festgehalten (SAV).

3.2. Anwaltsgesetz

3.2.1. Allgemeines

Das BGFA gewährleistet die Freizügigkeit der Anwälte in der Schweiz, d.h. die Zulassung in jedem Kanton (BGFA 1). Daher gilt das Gesetz persönlich nur für tätige Anwälte (BGFA 2, d.h. solche die im Anwaltsregister eingetragen sind). Der sachliche Anwendungsbereich des BGFA wird nicht umschrieben, gemeinhin ist es indes die Aufsicht über die gesamte Anwaltstätigkeit. Obwohl das Gesetz die Freizügigkeit bezweckt, bleiben die Kantone ausdrücklich für die Bestimmung der Erlangung des Anwaltspatentes zuständig (BGFA 3). Dies bedeutet, dass die Kantone weiterhin bestimmen, welche Anwälte zur Parteivertretung im Monopolbereich zugelassen werden.

Die jeweiligen Verfahren werden durch die Kantone geregelt (BGFA 34).

3.2.2. Interkantonale Freizügigkeit

BGFA 4 statuiert den Grundsatz, dass Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, ohne weiteres auch in anderen Kantonen forensisch tätig sein können. Das Prinzip gilt aber nur dann, wenn das Patent in der Schweiz erworben wurde. Für andere Anwälte gilt diese Freizügigkeit nicht, und es sind die Regeln von BGFA 21 ff. anwendbar.

Die Regelung eines Anwaltsmonopols wird hier nicht statuiert, sie bleibt den Kantonen überlassen. Es steht den Kantonen also frei, auch andere Personen zur Vertretung zuzulassen. Diese können aber unter Umständen nicht von der Freizügigkeit nach BGFA 4 profitieren, da sie dessen Voraussetzungen nicht erfüllen.

Zum Zwecke der Durchführung von BGFA 4 statuiert BGFA 5 die Pflicht der Kantone zur Führung eines Anwaltsregisters. Die Anwälte werden darin eingetragen, wenn sie fachlich

genügend ausgebildet sind (BGFA 7, Anwaltspatent und Studium), handlungsfähig, strafrechtlich nicht verurteilt und unabhängig sind (BGFA 8). Ausserdem dürfen keine Verlustscheine bestehen (ein Pfandausfallsschein gilt nicht als Verlustschein, ebenso wie getilgte Verlustscheine). Bei Verlegung des Büros ist der Anwalt im neuen Kanton einzutragen und im alten Kanton zu löschen. **Die Unabhängigkeit ist gemäss dem Bundesgericht auch dann gegeben, wenn der Anwalt zwar zu 100% bei einem Unternehmen angestellt ist, doch für dieses oder für dessen Umfeld keine Mandate betreut**. Wenn die Anwälte die Voraussetzungen nicht mehr erfüllen, ist der Eintrag zu löschen (BGFA 9). BGFA 10 regelt das Einsichtsrecht.

Gemäss BGFA 11 verwenden die Anwälte diejenige Berufsbezeichnung, die ihnen das Patent erteilte, oder die im Kanton verwendet wird. Die Anwälte sollen erkennbar sein, wenn sie ausserkantonal auftreten. Dies dürfte aber mit der eidgenössischen ZPO wegfallen.

3.2.3. Berufsregeln und Aufsicht

Die Berufsregeln des Anwaltes findet man in BGFA 12. Mitunter sind diese die Sorgfaltspflicht, die Unabhängigkeit, das **Verbot der erfolgabhängigen Bezahlung**, die Pflicht zum Abschluss einer **Berufshaftpflichtversicherung**, die Pflicht zur Übernahme von amtlichen Pflichtverteidigungen, die Offenlegung der Rechnung und die Pflicht zur Mitteilung bei Änderungen des Registereintrages an die Registerbehörde.

Zur Sorgfaltspflicht gehört die Pflicht zur Führung einer Kanzlei, mithin also die Erreichbarkeit. Die Unabhängigkeit beinhaltet, dass keine Provisionen für Mandatsvermittlungen entgegengenommen werden dürfen. Die Kollegialität unter den Rechtsanwälten ist keine Pflicht, sondern mehr eine Obliegenheit. Sie wird vom SAV geregelt. Verboten ist eine Doppelvertretung; dies indes nur im Prozess wegen dem unüberwindlichen Interessenkonflikt. Andernfalls kann ein Anwalt als Vermittler auftreten, wenn beide Parteien einverstanden sind. Im Prozess ist eine Doppelvertretung freilich dann möglich, wenn die Interessen übereinstimmen. Gegen einen früheren Klienten zu prozessieren ist ebenfalls möglich, sofern nicht Kenntnisse zu verwerten sind, die dem Berufsgeheimnis unterliegen.

Der Anwalt hat die Möglichkeit, Werbung zu machen. Es müssen aber objektive Kriterien massgebend sein. D.h., dass der Anwalt **an die Grundsätze des UWG gebunden** ist. Im Zusammenhang mit der Werbung ist das Berufsgeheimnis von Bedeutung, denn BGFA 13 (Berufsgeheimnis) verbietet es, mit abgeschlossenen Fällen zu werben. Im Gegensatz zu StGB 321, welcher alle Geheimnisse erfasst, die dem Anwalt infolge seines Berufes anvertraut werden und damit auch Wahrnehmungen schützt, bezieht sich die Berufsregel von BGFA 13 nur auf das von der Klientschaft Anvertraute. Die Tätigkeit von Unternehmensjuristen – selbst wenn sie das Patent haben und im Register eingetragen sind – steht nicht unter dem Schutz des Berufsgeheimnisses. Wie auch StGB 321 verpflichtet BGFA auch die Hilfspersonen des Anwaltes.

Die Aufsicht über die Anwälte besorgt die kantonale Aufsichtsbehörde (BGFA 14). Ihr werden von den Gerichts- und Verwaltungsbehörden Vorfälle gemeldet, welche die Berufsregeln verletzten könnten (BGFA 15). Ebenso wird sie von ausserkantonalen Behörden informiert, wenn ein Disziplinarverfahren gegen einen Anwalt in einem anderen Kanton läuft (BGFA 16). Die Aufsicht der Anwaltskommission erstreckt sich nicht nur auf die

Monopoltätigkeit. Die Disziplinarmassnahmen sind in BGFA 17 genannt; sie reichen von einer Verwarnung über einen Verweis, eine Busse, bis zu einem befristeten oder unbefristeten Berufsausübungsverbot. Letzteres kann auch vorsorglich angeordnet werden. Das Berufsausübungsverbot gilt dann für die ganze Schweiz (BGFA 18). Die Verfolgungsverjährung beträgt ein Jahr bzw. die strafrechtliche Frist (BGFA 19). Verwarnungen, Verweise und Bussen werden fünf Jahre nach ihrer Anordnung im Register gelöscht. Ein befristetes Berufsausübungsverbot wird zehn Jahre nach seiner Aufhebung im Register gelöscht (BGFA 20).

Es besteht **keine Notwendigkeit für den Anwalt, zur Durchsetzung einer Honorarforderung eine Bewilligung der Anwaltskommission zur Befreiung vom Berufsgeheimnis einzuholen**. Dies ist in der Auftragserteilung enthalten.

3.2.4. Internationale Freizügigkeit

a) Allgemeines

BGFA 21 ff. regeln die Berufsausübung von Anwälten aus den Mitgliedsstaaten der EU und der EFTA in der Schweiz. Sie fussen auf dem Freizügigkeitsabkommen, und dieses wiederum auf zahlreichen EU-Richtlinien.

b) Punktuelle Ausübung in der Schweiz

Grundsätzlich dürfen ausserschweizerische Anwälte ihre Mandanten vor Gericht vertreten (BGFA 21). Diese Anwälte werden aber nicht im kantonalen Register eingetragen. Sie müssen im Heimatland als Anwälte tätig sein können. Die Gerichtsbehörden in der Schweiz können verlangen, dass die ausländischen Anwälte ihre Anwaltsqualifikation nachweisen (BGFA 22). Es bestehen die Möglichkeiten der Bescheinigung über die Zulassung im Herkunftsland oder der Ausübungsberechtigung.

Bei einem Fall mit Anwaltszwang sind die ausländischen Anwälte verpflichtet, sich mit einem eingetragenen Schweizer Anwalt zu verständigen (BGFA 23). Bei der Berufsbezeichnung benutzen die ausländischen Anwälte zur Unterscheidung ihre eigene Bezeichnung. Die Berufsregeln von BGFA 13 gelten auch für die ausländischen Anwälte (BGFA 25). Der Informationsfluss zwischen den Aufsichtsbehörden auch im Ausland soll gewährleistet sein (BGFA 26).

c) Ständige Ausübung in der Schweiz

i. Allgemeines

Hier wird unterschieden, ob der ausländische Anwalt nur in dem Register der Aufsichtsbehörde, oder im Anwaltsregister eingetragen ist. **Für die Eintragung im Anwaltsregister bedarf es einer Eignungsprüfung oder eines Nachweises, dass man im Schweizerischen Recht bewandert ist**. Ist man im Anwaltsregister, ist man den Schweizerischen Rechtsanwälten gleichgestellt, ansonsten nicht.

ii. Im Register der Aufsichtsbehörde

Die ständige Ausübung ist möglich, wenn die ausländischen Anwälte im Reguster eingetragen sind (BGFA 27). BGFA 23 ff. sind ebenfalls anwendbar, also auch die Regeln bzgl. der Bezeichnung und der Vertretung bei Anwaltszwang.

Die Aufsichtsbehörde führt ein öffentliches Register über die ausländischen Anwälte. Für die Eintragung ins Register ist die Bescheinigung über die Anwaltsqualifikation und diejenige über die Eintragung bei der zuständigen Stelle des Herkunftslandes notwendig (BGFA 28). Die letztgenannte Bescheinigung darf nicht älter als drei Monate sein. Dieses **Register ist noch nicht das Anwaltsregister**!

Bei einem allfälligen Disziplinarverfahren ist die ausländische Stelle zu kontaktieren (BGFA 29) und ihr ist die Möglichkeit der Stellungnahme zu geben.

iii. Im Anwaltsregister

Die Eintragung in das Anwaltsregister ist in BGFA 30 geregelt. Die Anwälte müssen einen Eignungstest machen oder nachweisen, dass sie in den letzten drei Jahren effektiv und regelmässig im schweizerischen Recht tätig waren. Möglich ist die Eintragung auch, wenn sie nur kurz im schweizerischen Recht tätig waren, sich aber durch ein Gespräch über ihre beruflichen Fähigkeiten ausgewiesen haben. Mit der Eintragung sind sie den Schweizerischen Anwälten vollständig gleichgestellt (also auch bzgl. dem Anwaltszwang und der Berufsbezeichnung). BGFA 31 regelt die Eignungsprüfung (Studium und Anwaltspatent im Ausland), BGFA 32 das Gespräch gemäss BGFA 30 I 2.

3.3. Standesregeln

In Beachtung des BGFA (insb. Art. 12 f.) erstellte der Schweizerische Anwaltsverband SAV die Richtlinien für die Berufs- und Standesregeln. Die Richtlinien sind eingeteilt in das allgemeine Verhalten der Anwälte, sowie das Verhalten gegenüber den Berufskollegen.

Die Standesregeln beinhalten die Sorgfaltspflicht, die Unabhängigkeit, die Pflicht, dass das Mandat nicht zur Unzeit niedergelegt wird, die Gewährleistung der Mandatsinteressen nach dem Tod des Anwaltes, die Pflicht zur Förderung der gütlichen Erledigung eines Streites und die Unterlassung des Zeugenkontaktes. Interessenkonflikte sind zu vermeiden, insbesondere bzgl. früheren Mandanten. Das Honorar muss angemessen sein und offen gelegt werden. Auch ein Kostenvorschuss soll angemessen sein. Anvertrautes Vermögen ist getrennt aufzubewahren.

Gegenüber den Kollegen ist Fairness und Kollegialität geboten. Allerdings darf die Kollegialität die Interessen der Mandanten nicht beeinträchtigen. Der Gegenanwalt wird mit Kopien beiliefert. Kontakt herrscht nur zwischen den Anwälten, nicht zwischen Anwalt und Gegenpartei, ausser bei begründeten Ausnahmefällen. Bei der Einleitung von rechtlichen Schritten gegen einen Kollegen ist die gütliche Erledigung zu forcieren.

4. Fallbearbeitung im Privatrecht

4.1. Erste Instanz

- Anträge.
- **Formelles**: Die Prüfung der Prozessvoraussetzungen erfolgt durch Prozessentscheid (Nichteintreten, Eintreten, Verwerfung der Einrede etc.). Ein Sachurteil hingegen enthält den Entscheid über den eingeklagten Anspruch.
    - Gehörige Vollmacht.
    - Zuständigkeit:
        - Sachliche Zuständigkeit.
            - Internationaler Sachverhalt? IPRG 1, evtl. Anwendung des LugÜ? Sachlich ist das Übereinkommen in Zivil- und Handelssachen anwendbar (LugÜ 1 I). Sofern Schweizer Recht, dann:
            - Zivilrechtsstreitigkeit (ZPO 9 I)?
                - Weisungsschein notwendig? ZPO 135 ff.
                - Arbeitsgericht (ZPO 362)? Einzelarbeits-, Lehr-, Handelsreisenden- und Heimarbeitsvertrag sowie aus dem Gleichstellungsgesetz.
                - Handelsgericht (ZPO 404)? Beklagte im Handelsregister? Spezieller Zuständigkeitsgrund?
            - Streitwert:
                - Friedensrichter bis CHF 2000.- (ZPO 10).
                - Gerichtspräsident bis CHF 20'000.- (ZPO 11).
                - Bezirksgericht ab CHF 20'000.- sowie bei nichtvermögensmässigen Streitigkeiten (ZPO 12).
        - Funktionelle Zuständigkeit: Zulässigkeit des Rechtsweges.
        - Örtliche Zuständigkeit. Sie ist im GestG geregelt. Zu beachten ist eine allfällige Prorogation und deren Zulässigkeit (vgl. GestG 9). Die Prorogation ist ein Prozesshindernis, d.h. sie wird nicht von Amtes

wegen berücksichtigt. Bzgl. des zuständigen Bezirksgerichts siehe das Gesetz über die Bezirks- und Kreiseinteilung (SAR 117.100).

- Legitimation:
  - Gerichtsbarkeit über den Beklagten (keine Immunität).
  - Aktivlegitimation.
    - Partei- und Prozessfähigkeit.
    - Rechtsschutzinteresse.
  - Passivlegitimation. Partei- und Prozessfähigkeit.
- Evtl. die Sicherstellung der Prozesskosten.

- **Materielles (wer will was von wem woraus?)**:
  - Anspruchsgrundlage: Vertrag, Delikt, Gefährdungshaftung, vertragsähnliche Beziehung, sachenrechtliche Ansprüche, ungerechtfertigte Bereicherung.
  - Nichtigkeitsgründe? Handlungsfähigkeit, Dissens, Formmangel, OR 20.
  - Einwendungen, d.h. der Anspruch ist zwar entstanden, doch wieder untergegangen (z.B. durch Erfüllung, Hinterlegung OR 69, Erlass OR 115 oder zufälliger Untergang OR 119).
  - Gestaltungsrechte, die den Anspruch vernichten, wie Anfechtung, Rücktritt, Wandlung, Übervorteilung, Kündigung oder Verrechnung.
  - Einreden, d.h. der Anspruch besteht zwar, doch ist er nicht mehr durchsetzbar (Stundung, Verjährung, OR 82 f., Retentionsrechte).

4.2. Zweite Instanz

4.2.1. Appellation

- Anfechtungsobjekt: Endentscheid, umfasst werden sowohl Prozess- als auch Sachentscheide (ZPO 273).
- Legitimation:
  - Formelle Beschwer: Anträge bei Vorinstanz nicht oder nur teilweise durchgedrungen.
  - Materielle Beschwer: Rechtsnachteil.

- Kein vorrangiger Verzicht auf das Rechtsmittel (ZPO 283).
- Frist: 20 Tage (ZPO 319).
- Einreichung beim Gerichtspräsidenten (ZPO 323), Weiterleitung an zuständige Instanz (Obergericht).

4.2.2. Beschwerde

- Anfechtungsobjekt: Endentscheid im summarischen Verfahren, im Verbotsverfahren nach ZPO 323, im Vollstreckungsverfahren (ZPO 436 II) und prozessleitende selbständige Entscheide, wenn sie gegen grundlegende Bestimmungen verstossen und ein Rechtnachteil entsteht (ZPO 335).
- Frist: 10 im summarischen und 20 Tage im ordentlichen Verfahren (ZPO 336 I).
- Einreichung beim Gerichtspräsidenten (ZPO 336), Weiterleitung an Obergericht.

4.3. Bundesgericht

4.3.1. Zivilrechtliche Einheitsbeschwerde

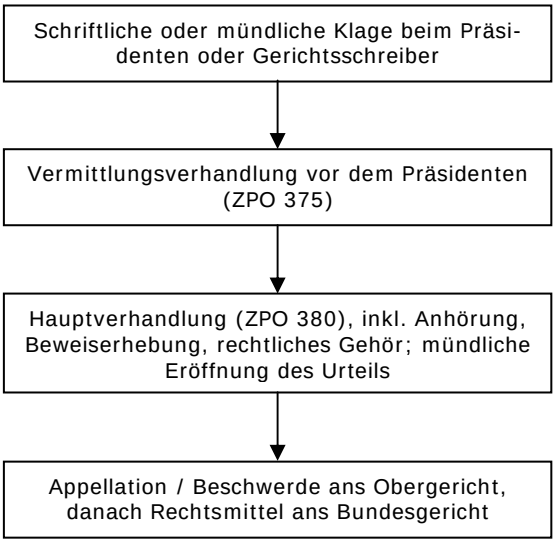
- Anfechtungsobjekt: Endentscheid, oder Rechtsverweigerung. Inkl. Entscheid nach SchKG 17 ff., vgl. auch BGG 72 II und 75 I.
- Streitwert: 15'000.- bzw. 30'000.- oder nichtvermögensmässige Streitigkeit oder Sonderfall von BGG 74 II.
- Legitimation: Teilnahme am Verfahren der Vorinstanz bzw. die Möglichkeit dazu, rechtlich geschütztes Interesse.
- Frist: 30 Tage (BGG 100 f.).
- Keine Aufschiebende Wirkung! BGG 103.
- Beschwerdegründe: BGG 95, d.h. Rechtsverletzung.
- Novenverbot (BGG 99).

4.3.2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde (BGG 113 ff.)

Denkbar nur, wenn der Streitwert nicht erreicht wird und ein verfassungsmässiges Recht verletzt ist. Das Verfahren ergeht gleich wie bei der Einheitsbeschwerde.

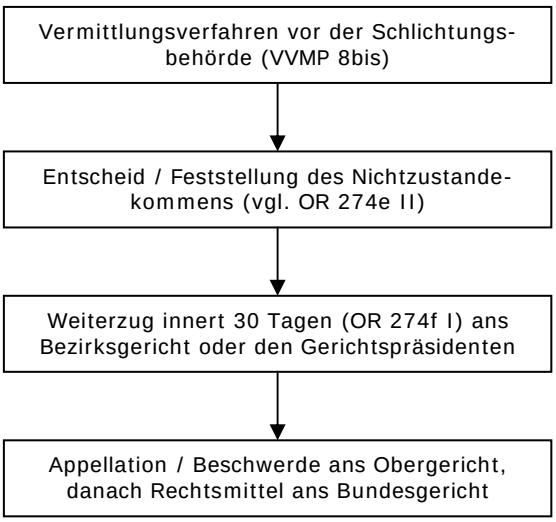
4.4. Arbeitsstreitigkeit

Das Verfahren ist von Bundesrechts wegen bei einem Streitwert von bis zu CHF 30'000.- einfach und rasch zu gestalten (OR 343 II). Im Aargau gilt für alle Streitwerte ein solches Verfahren (vgl. ZPO 354 ff.). Es ist **kein Vermittlungsverfahren** vor dem Friedensrichter durchzuführen, und die Gerichtsferien gelten nicht.



4.5. Unentgeltliche Rechtspflege

- Gesuch beim Richter, bei dem die Sache anhängig zu machen ist oder bereits anhängig ist (ZPO 128 I). Wirkung: nur ab der Einreichung. Das Gesuch kann auch während der Verhandlung mündlich gestellt werden.
- Voraussetzungen (ZPO 125 f.):
    - Bedürftigkeit: Einkommen 10-20% über dem Existenzminimum, höchstens CHF 20'000.- Vermögen.
    - Keine mutwillige Prozessführung.
    - Sachliche Notwendigkeit, sofern auch ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt werden soll (Streitwert/komplizierter Fall).
- Spezielle Voraussetzungen vor dem **Arbeitsgericht** und vor dem **Friedensrichter**: Bedürftigkeit; d.h. kein Vermögen und kein Einkommen über dem Existenzminimum (umstritten, da auch bei Streitwerten unter CHF 30'000.- bzw. 2'000.- die Rechtslage kompliziert sein kann).
- Beschwerde über Entscheid ans Obergericht (ZPO 134 I).

4.6. Mietstreitigkeit: Vermittlungsverfahren vor Schlichtungsbehörde

- Zuständigkeit.
    - Sachlich: Miet- oder nichtlandwirtschaftliche Pachtstreitigkeit.
    - Örtlich: Schlichtungsbehörde des Bezirkes (VVMP 1).
- Entscheid: Vgl. OR 274e.
- Weiterzug ans Bezirksgericht (OR 274f). Danach ordentlicher Rechtsweg.