

Prüfungsvorbereitungstag Bachelor vom 27. November 2010

Themen: Einleitungsverfahren: Zahlungsbefehl, Rechtsvorschlag, örtl. Zuständigkeit, Anwendbarkeit der verschiedenen Betreibungsarten

Fall 1:

Zu Ihnen als Rechtsanwalt kommt Betty Boop (B), wohnhaft in Einsiedeln (SZ), Mieterin eines Geschäftslokals an der Bahnhofstrasse Zürich, wo sie einen Coiffeursalon betreibt. Sie hat mehrere Mietzinsen im Umfang von insg. Fr. 60'000.-- ausstehend. Sie legt Ihnen eine Konkursandrohung vor, die sie gestern im Briefkasten ihres Geschäfts vorfand sowie den (früher zugestellten) dazugehörigen Zahlungsbefehl.

Was raten Sie ihr?

Variante:

Wie würde Ihre Antwort lauten, wenn der Coiffeursalon eine zürcherische Niederlassung der Betty Boop & Co. mit Sitz in Zug wäre?

Ergänzung zur Variante: Mieterin ist die Betty Boop & Co.; sie ist im Handelsregister eingetragen.

Sachverhaltsanalyse:

- In welchem Stadium befinden wir uns und was ging voraus (möglichst alle Varianten)?

→ wir befinden uns nach dem Fortsetzungsbegehren (FB) des Gläubigers (G) ans Betreibungsamt und vor dem allfälligen Konkursbegehren des G ans Konkursgericht (SchKG 88, 159, 166); das Einleitungsverfahren ist somit abgeschlossen

→ Mögliche Varianten Ablauf Einleitungsverfahren:

- Variante Betreuung
 - BB – ZB – RV – prov./def. RÖ – (bei Gutheissung des prov. RÖ-Begehrens des G ev. Aberkennungsklage des S, SchKG 83 II) – FB
 - BB – ZB – RV – Anerkennungsklage des G, SchKG 79 – FB
 - BB – ZB – kein RV (Frist verpasst, keine Wiederherstellung n. SchKG 33 IV gewährt) – (ev. Klage nach 85/85a, Unterliegen des S) – FB
 - BB – ZB – RV – G macht nichts – (ev. allg. neg. Festst.klage des S) – FB
 - Weitere...?
- Variante Klage
 - Klage, BB – ZB – RV – def. RÖ – FB

- Wonach entscheidet sich, welche Vorgehensweise vom Gläubiger gewählt wird?

→ massg. ist, *ob RÖ-Titel besteht oder nicht*, d.h. ob G über einen prov. oder allenfalls sogar def. RÖ-Titel verfügt. Besteht kein RÖ-Titel können Motive für eine dennoch eingeleitete Betreuung sein: Verj.unterbrechung, OR 135 Ziff. 2 / Druckmittel, Eintrag gem. SchKG 8a / ev. darauf spekulieren, dass kein RV erhoben wird, ZB also zum Vollstreckungstitel wird und direkt Forts.begehren erhoben werden kann, SchKG 88

- Was wäre in casu ein prov. RÖ-Titel, was ein def., wann bsp.weise fehlt ein solcher gänzlich?

→ prov. RÖ-Titel: schriftlicher Mietvertrag mit Angabe des Mietzinses und Unterschrift

→ def. RÖ-Titel: Urteil, dass B zur Zahlung von Fr. 60'000.-- an G verpflichtet

→ fehlender Titel: mündlicher Mietvertrag

→ Email mit elektronischer Signatur? Nur bei qualifizierter elektronischer Signatur i.S.v. OR 14 Ibis (Vgl. auch Amonn/Walther, § 19, N 74a). Gemäss informeller Auskunft des Bezirksamtes Zürich in der Praxis noch nie vorgekommen.

- Beachte bei Geschäftsraummiete auch: Retentionsbetreuung (SchKG 283 ff.), Sinn: Gegenstände des Mieters sicherstellen und anschliessend auf Pfandverwertung betreiben, heute meist verdrängt durch OR 257e (Mietdepot)

Lösungsskizze Fall:

Welche Fragen stellen sich?

→ Es stellen sich grob folgende Fragen: betriebene Partei, Betreibungsart, Betreibungsort, Zustellung, ev. geschlossene Zeiten

→ hins. betriebene *Partei*: B ist betriebene Partei, natürliche Person, Einzelfirma (OR 934)

→ hins. *Betreibungsart*: 1. Frage, ob pfandgesicherte Forderung vorliegt (SchKG 41 I: Betr. auf Pfandverwertung, auch wenn S der K-Betr. unterliegt), 2. Frage, ob HR-Eintrag vorliegt; zu 1.: gem. SV kein Pfand („Pfand“ i.S.d. SchKG => SchKG 37), zu 2.: HR-Eintrag gem. SchKG 39 I Ziff. 1 besteht nicht, da nichts davon im SV steht (eingetragen sein müsste die Schuldnerin, i.c. also B persönlich als Einzelfirma und nicht ihr Geschäft)

→ vorliegend somit *Betreibung auf Pfändung* (Entscheid über *Betreibungsart*: *Betreibungsbeamter*)

→→ Folge der falschen *Betreibungsart* (Konkurs statt Pfändung)? Diskussion *Anfechtbarkeit/Nichtigkeit* (SchKG 17, 22: öff. Interesse, Drittinteressen) resp. entsprechende *Rechtsbehelfe* (SchKG-Beschwerde/Aufsichtsanzeige)

(Achtung: bei *Betreibung auf Konkurs/Pfändung* statt auf *Pfandverwertung* immer SchKG-Beschwerde: SchKG 41 I^{bis}, sog. *beneficium excussionis realis*)

→ hins. *Betreibungsort*: Wohnsitz von B, denn B muss als natürliche Person an ihrem Wohnsitz betrieben werden (SchKG 46 I), nicht am Ort ihres Geschäfts, auch wenn die Schuld aus dem Geschäftsbetrieb stammt (Achtung: Abgrenzung zum *Betriebungsort* der Geschäftsniederlassung des im Ausland wohnenden Schuldners in SchKG 50); in casu sind somit Zahlungsbefehl und Konkursandrohung vom unzuständigen Amt (Zürich) ergangen (korrekt wäre hingegen eine rechtshilfweise Zustellung durch das *Betriebsamt* in Einsiedeln, SchKG 4, SchKG 64 I)

→→ Diskussion *Anfechtbarkeit/Nichtigkeit* (SchKG 17, 22) und entspr. Rechtsbehelfe

→ hins. *Zustellung* von *Betriebsurkunden* (= z.B. ZB und KA): SchKG 64 ff. (offene Übergabe der Betr.urkunde) im Gegensatz zur gewöhnlichen Zustellung gem. SchKG 34 f., vorliegend gewöhnliche postalische Zustellung erfolgt (lag im Briefkasten)

→→ Diskussion *Anfechtbarkeit/Nichtigkeit* (Zustellung ist gem. BGE 128 III 101 wirksam trotz Zustellungsfehlers, wenn feststeht, dass der Schuldner die Urkunde erhalten hat; allfällige Fristen laufen erst ab effektiver Kenntnisnahme; vgl. Amonn/Walther, § 12, N 27)

→ hins. *Zeitbestimmungen des SchKG*: vorliegend unproblematisch (27. November), keine Betr.ferien (Achtung: aufgr. ZPO-Revision revidierter SchKG-Artikel 56, vgl. Anhang zur ZPO); zudem wäre zu beachten, dass eigentliche „*Betriebshandlung*“ vorliegen muss (4 Vor.: von Organ der Schuldbetreibung ausgehend, bringt Gläubiger seinem Ziel, der Vollstreckung, näher, greift in R-Lage des S ein, keine dringl. Sicherungsmassnahme, z.B. Arrest), was zu prüfen wäre.

Lösung Variante:

- es stellen sich im Verhältnis zum Ausgangsfall drei Fragen: Betriebene Partei, Betreuungsort, Betreibungsart?
- Partei: Koll'Ges ist partei- und betreibungsfähig (OR 562), Geschäftsniederlassung ist nicht partei- resp. betreibungsfähig und stellt im SchKG auch keinen bes. Betreuungsort zur Verfügung, anders als z.B. bei der örtl. Zuständigkeit in ZPO 12
- Betreuungsort: am Sitz der Koll'Ges (SchKG 46 II), d.h. in Zug
- Betreibungsart (Konkursbetreibung) korrekt, da HR-Eintrag (SchKG 39 I Ziff. 6)
- Diskussion Anfechtbarkeit/Nichtigkeit (SchKG 17, 22) resp. entsprechende Rechtsbehelfe

(nur mündlich) Fall 2:

Ein 17-jähriger Schreinerlehrling hat sich aus seinem Ersparten eine teure, neue Gitarre in Kreuzlingen gekauft und nicht bezahlt. Er erhält einen Zahlungsbefehl und läuft damit zu seiner Mutter, um sie um Rat zu bitten.

Die Mutter sucht Sie auf und fragt, was man tun kann.

- Zustellung: SchKG 68c II, wird revidiert aufgrund neuen Erwachsenenschutzrechts, inhaltlich jedoch gleich bleibend; urteilsfähige Minderjährige im Rahmen ihres freien Vermögens sind betreibungsfähig, allerdings zusätzliche Zustellung an gesetzlichen Vertreter; dieser ist berechtigt, für das Kind (oder zusätzlich zum Kind) RV zu erheben
- Diskussion Anfechtbarkeit/Nichtigkeit