

§ 1 Das Einleitungsverfahren als “SchKG-Zivilprozess”

A. Einleitung

Jedem Zwangsvollstreckungsverfahren muss grundsätzlich ein Einleitungsverfahren mit Zahlungsbefehl und Verfahren zur Beseitigung des Rechtsvorschlages vorangehen. Nachfolgende ist das allgemeine Einleitungsverfahren zu behandeln, wie es für die beiden ordentlichen Betreibungen, nämlich die Betreibung auf Pfändung und auf Konkurs zur Anwendung kommt.

Besondere Einleitungsverfahren mit mehr oder weniger erheblichen Abweichungen vom allgemeinen Einleitungsverfahren existieren für die Betreibungen auf Sicherstellung (hierzu ...) und auf Pfandverwertung (hierzu ...) sowie für die Wechselbetreibung. Die hier behandelten allgemeinen Grundsätze sind jedoch weitgehend dieselben.

Erneut ist hervorzuheben, dass das Einleitungsverfahren in weitem Umfange Zivilprozessrecht ist, das sich allein aus historischen Gründen im SchKG befindet (hierzu oben ...). Der Verfasser möchte deshalb beim Einleitungsverfahren vom „SchK-Zivilprozess“ sprechen.

B. Überblick über die unterschiedlichen Verfahren

Surrogate des Erkenntnisverfahrens:

- Zahlungsbefehl;
- Verfahren betr. prov. Rechtsöffnung;
- Verfahren nach SchKG 85.

Auch beim letztgenannten Verfahren handelt es sich um einen Ersatz eines Erkenntnisverfahrens. Mit der Aufhebung oder Einstellung der Betreibung hat das Verfahren zwar ein vollstreckungsrechtliches Ziel. Vorfrageweise geht es jedoch um die materiellrechtliche Frage, ob die in Betreibung gesetzte Forderung gestundet worden oder durch Tilgung untergegangen ist (hierzu ...).

Erkenntnisverfahren im Rahmen des Schuldbetreibungsverfahrens:

- Anerkennungsklage;
- Aberkennungsklage;
- Feststellungsklage nach SchKG 85a;
- Rückforderungsklage.

C. Örtliche Zuständigkeit: Betreibungsort und andere Zuständigkeiten

I. Allgemeines

1. Anwendungsbereich des Betreibungsortes

Der Betreibungsort hat entsprechend den im SchKG geregelten Verfahren verschiedene Anwendungsbereiche:

Im Kernbereich bezeichnet er die Zuständigkeit für die Zwangsvollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne: D.h. die Zuständigkeit für Pfändung und Verwertung, für die Pfandver-

wertung sowie das Konkurs- und Nachlassverfahren. Die nachfolgend zu beschreibenden Besonderheiten des Betreibungsortes gegenüber der Zuständigkeiten der ZPO gelten denn auch vor allem für die zwangsvollstreckungsrechtliche Zuständigkeit (...).

Der Betreibungsort kommt jedoch auch für die zwangsvollstreckungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht, wie insb. die Widerspruchklage und die Kollokationsklage im Konkurs sowie in weitem Umfang auch für die im SchKG geregelten Verfahren des SchK-Zivilprozesses zur Anwendung.

Bei den letztgenannten Verfahren lautet die Frage: Welche der SchK-Zivilprozesse können/müssen am Ort der Betreibung geführt werden und für welche gelten die „normalen“ Zuständigkeiten des Zivilprozesses?

- Die Grundsätze lauten: Sämtliche Surrogate eines Erkenntnisverfahrens sind ausschliesslich und zwingend am Betreibungsort durchzuführen (Zahlungsbefehl, Verfahren betr. prov. Rechtsöffnung, Verfahren nach SchKG 85).
- Bei den mit den Einleitungsverfahren verbundenen Erkenntnisverfahren verhält es sich wie folgt:
 - *Anerkennungsklage*: Massgebend sind uneingeschränkt die Gerichtsstände der ZPO.
 - *Aberkennungsklage*: Die Aberkennungsklage ist grundsätzlich am Ort der Betreibung zu erheben (Art. 83 Abs. 1 SchKG); der Gerichtsstand ist ausschließlich jedoch nicht zwingend. D.h. ein anderer Gerichtsstand kann sich aus einer Gerichtsstandsvereinbarung ergeben oder durch vorbehaltlose Einlassung begründet werden.
 - *Negative Feststellungsklage*: Die Klage ist ausschliesslich jedoch nicht zwingend am Ort der Betreibung zu erheben (Art. 85 Abs. 1 SchKG); Auch hier können eine Gerichtsstandsvereinbarung und eine vorbehaltlose Einlassung einen anderen Gerichtsstand begründen.
 - *Rückforderungsklage*: Nach Art. 86 Abs. 2 SchKG kann die Rückforderungsklage am Ort der Betreibung oder an einem Gerichtsstand der ZPO erhoben werden.

2. Vier Grundsätze zum Betreibungsort als Ort der Zwangsvollstreckung

a) 1. Grundsatz: Einheit des Betreibungsort

Der wichtigste Grundsatz lautet: Für das Schuldbetreibungsverfahren ist in der Schweiz grundsätzlich ein Amt *ausschliesslich* zuständig. Darin unterscheidet sich der Betreibungsort vom Klageort, d.h. von den zivilprozessualen Gerichtsständen. Dem Kläger stehen vielfach gleichzeitig mehrer Gerichtsstände zur Erhebung der Klage zur Verfügung. Beispiel: Dingliche Klagen betr. Mobilien können am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort der gelegenen Sache erhoben werden (Art. ...ZPO).

Die Begründung für die Ausschliesslichkeit ist folgende: Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist typischerweise ein Mehrparteienverfahren. Im Konkursverfahren sind alle Gläubiger und Dritte (zum Beispiel dinglich Berechtigte im Lastenbereinigungsverfahren betr. ein Grundstück) beteiligt. In der Einzelzwangsvollstreckung stehen sich zwar meist nicht nur ein Gläubiger und der Schuldner gegenüber. Mehrere Gläubiger können jedoch eine Gläubigergruppe bilden. Sodann kann der gleiche Vermögenswert gleichzeitig für mehrere Gläubigergruppen gepfändet werden. Schliesslich sind von der Zwangsvollstreckung regelmässig Dritte (etwa Personen, welche Drittansprüche an einem gepfändeten Vermögenswert geltend machen) betroffen. All dies erfordert einen einheitlichen Betreibungsort, welcher sich nicht an einem einzelnen Gläubiger-Schuldnerverhältnis orientiert.

Beachte: Der Grundsatz der Ausschliesslichkeit gilt logischer Weise nur uneingeschränkt für den Betreibungsort als Ort für die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne. Für die Verfahren des SchKG – Zivilprozesses gibt es Abweisungen von diesem Grundsatz. Die Rückforderungsklage kann zum Beispiel sowohl am Betreibungsort als auch an einem Gerichtsstand der ZPO ergriffen werden (Art. 86 Abs. 2 SchKG).

b) 2. Grundsatz: Zwingender Charakter des Betreibungsortes: keine Vereinbarung eines Betreibungsortes

Die Gerichtsstände des Zivilprozessrechts sind typischer Weise nicht zwingender Natur und können deshalb durch eine Gerichtsstandsvereinbarung oder eine vorbehaltlose Einlassung derogiert werden. Der Betreibungsort ist demgegenüber zwingender Natur soweit die Zwangsvollstreckung im engeren Sinne zur Diskussion steht. Auch hier ergibt sich dies wieder aus dem Umstand, dass es sich beim Zwangsvollstreckungsverfahren um ein Mehrparteienverfahren handelt, welches zwingend an einem Ort durchgeführt werden muss.

Der Betreibungsort als Gerichtsstand für den SchKG – Zivilprozess muss demgegenüber nicht unbedingt zwingend sein. Dies ist zwar der Fall für die Surrogate eines Erkenntnisverfahrens, nicht jedoch für die eigentlichen Erkenntnisverfahren (siehe unter ...).

c) 3. Grundsatz: Die sog. perpetuatio fori tritt nicht schon am Anfang des Verfahrens, sondern erst nach der Ankündigung der Pfändung bzw. nach der Konkursandrohung ein.

Im Zivilprozessrecht haben wir den Grundsatz kennen gelernt, dass die Zuständigkeit des Gerichtes nach Begründung der Rechtshängigkeit erhalten bleibt (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO). Spätere Veränderungen, insb. ein Wohnsitzwechsel des Beklagten, verändert die Zuständigkeit nicht mehr. Man spricht dabei von der so genannten „perpetuatio fori“.

Im Schuldbetreibungsverfahren tritt diese Fixierung der Zuständigkeit nach Art. 53 SchKG erst mit der Ankündigung der Pfändung bzw. der Konkursandrohung ein. Erfolgt früher ein Wohnsitzwechsel, ist die Betreibung am neuen Ort fortzusetzen.

d) 4. Grundsatz: Die Nichtbeachtung der Zuständigkeitbestimmungen führt zum Teil nicht nur zur Anfechtbarkeit, sondern sogar zur Nichtigkeit der Betreibungshandlungen.

Zivilrechtliche Entscheide, welche an einem unrichtigen Ort ergangen sind, sind nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar. D.h.: Der Mangel wird mit Ablauf der Rechtsmittelfristen unbeachtlich.

Demgegenüber sind ausnahmsweise Betreibungshandlungen, die am unrichtigen Ort vorgenommen worden sind, absolut nichtig. Wichtigster Fall: Die Pfändung am unrichtigen Ort ist nichtig (BGE.....).

Auch dies zeigt erneut, wie wichtig in der Zwangsvollstreckung die Ausschließlichkeit sowie der zwingende Charakter der Zuständigkeit sind: Wäre die Pfändung am unrichtigen Ort, um das gerade genannten Beispiel aufzunehmen, lediglich anfechtbar, könnten der Schuldner und der betreffende Gläubiger doch faktisch über den Betreibungsort verfügen, in dem sie beide die Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG unterlassen.

Tabelle: Grundsätze des Betreibungsortes

Der Betreibungsort lässt sich im Gegensatz zu den Gerichtsständen der ZPO wie folgt charakterisieren: 1. Grundsatz: Einheit des Betreibungsortes, d.h. Ausschließlichkeit des Betreibungsortes.
--

2. *Grundsatz*: Zwingender Charakter des Betreuungsortes; d.h. ein anderer Gerichtsstand kann weder durch Gerichtsstandsvereinbarung noch durch vorbehaltlose Einlassung begründet werden.

3. *Grundsatz*: Die sog. *perpetuatio fori* tritt nicht schon am Anfang des Verfahrens, sondern erst nach der Ankündigung der Pfändung bzw. nach der Konkursandrohung ein.

4. *Grundsatz*: Die Nichtbeachtung der Zuständigkeitsbestimmungen führt in gewissen Fällen (zum Beispiel bei der Pfändung) nicht nur zur Anfechtbarkeit, sondern sogar zur Nichtigkeit der Betreuungshandlungen.

3. Betreuungsort und nationale und internationale Zuständigkeit im Zivilverfahrensrecht

a) Allgemeines

Hier soll kurz das Verhältnis der Bestimmungen des Betreuungsortes nach Art. 46 ff. SchKG zu den Bestimmungen über die nationale und internationale Zuständigkeit im Zivilverfahrensrecht aufgezeigt werden. Eine eingehende Darstellung gehört in eine Abhandlung zum internationalen Zivilprozessrecht.¹

ZPO:

Die nationale Zuständigkeit ist in der ZPO geregelt (Art. 9 ff. ZPO). Das Verhältnis dieser Bestimmungen zum Betreuungsort gestaltet sich einfach: Sieht das SchKG für eine Klage keine Zuständigkeit vor, kommen die Bestimmungen der ZPO zur Anwendung (Art. 46 ZPO). Unter dem Begriff „Klage“ ist dabei ein Erkenntnisverfahren des SchKG-Zivilprozesses gemeint. Alle anderen Verfahren des SchKG sind ohne hin stillschweigende von der ZPO ausgenommen.

Für die internationale Zuständigkeit, welche hauptsächlich in IPRG und LugÜ geregelt ist, gelten folgende Grundsätze:

LugÜ:

Das Konkurs- und Nachlassverfahren sind allgemeine vom Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen (Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2). Im Übrigen kommt das LugÜ für die vom SchKG geregelte Materie zur Anwendung.

Für Verfahren, die die „*Zwangsvollstreckung aus Entscheiden zum Gegenstand haben*“, gilt Art. 16 Ziff. 5 LugÜ. Danach sind diese Verfahren in dem Staate zu führen, in dem die Zwangsvollstreckung durchgeführt wird oder durchgeführt werden soll. Was unter einem im genannten Sinne umschriebenen Verfahren zu verstehen ist, ist allerdings in Lehre und Praxis umstritten. Klar ist, dass diese Frage unter einem internationalen Gesichtswinkel und nicht nach traditioneller schweizerischer Vorstellung beantwortet werden darf. So ist heute unbestritten, dass das Verfahren betr. prov. Rechtsöffnung, obwohl es im SchKG, d.h. in unserem Zwangsvollstreckungsgesetz geregelt ist, genau gesehen eine Art Erkenntnisverfahren darstellt und entsprechend nicht unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ fällt.

Wo in dem vom LugÜ bestimmten Staat dann die Zwangsvollstreckung zu führen ist, bestimmt sich dann nach dem Recht des betreffenden Staates. Diese sog. örtliche Zuständigkeit wird in der Schweiz durch das SchKG bestimmt.

Für Erkenntnisverfahren, die in Zusammenhang mit einer Zwangsvollstreckung stehen, gelten die allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen.

¹ Isaak Meier, S. ...

IPRG:

Das IPRG befasst sich nicht mit den „eigentlichen“ SchK-Verfahren im Sinne des schweizerischen Rechts (Zahlungsbefehl, Rechtsöffnung, Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht, Anfechtungsklage, Arrest). Entsprechend gilt auch bei internationalen Sachverhalten das SchKG.

Für Erkenntnisverfahren, die in Zusammenhang mit einer Zwangsvollstreckung stehen, gilt das IPRG (Aberkennungsklage, Anerkennungsklage, Rückforderungsklage, negative Feststellungsklage).

b) Internationale Zuständigkeit für SchK-Zivilprozesse

Verfahren	IPRG	LugÜ
Zahlungsbefehl	Ort der Betreibung	LugÜ 16 Ziff. 5 = Ort der Betreibung für örtliche Zuständigkeit
Verfahren nach SchKG 85	Ort der Betreibung	LugÜ 16 Ziff. 5 dito
Verfahren betr. prov. Rechtsöffnung	Ort der Betreibung	Allg. Zuständigkeit (vgl. BGE 120 Ia 96)
Anerkennungsklage	Allgemeine Zuständigkeit	Zuständigkeit Lugü
Aberkennungsklage	Allg. Zuständigkeit (h.L.) Zusätzlich Betreibungsort ZR 102 (2003) Nr. 1	LugÜ 16 Ziff. 5 dito
Rückforderungsklage	Allg. Zuständigkeit	LugÜ 16 Ziff. 5
Neg. Feststellungsklage	fraglich: wohl eher allg. Zuständigkeit	LugÜ 16 Ziff. 5

II. Bemerkungen zu einzelnen Zuständigkeitsbestimmungen

1. Allgemeiner Betreibungsort (SchKG 46)

Art. 46 SchKG statuiert den allgemeinen Betreibungsort. Der Grundsatz lautet: Der Schuldner ist an seinem Wohnsitz bzw. Sitz zu betreiben.

Der Begriff des Wohnsitzes ist weitgehend, jedoch nicht vollständig identisch mit dem Wohnsitzbegriff nach Art. 23 ff. ZGB.

Auch im SchKG wird auf die nach aussen erkennbare Absicht der betreffenden Person zum dauernden Verbleib an einem Ort abgestellt (objektive und subjektive Elemente des Wohnsitzbegriffes). Ein Aufenthalt zu einem Sonderzweck begründet keinen Wohnsitz. Z.B.: Aufenthalt in Zürich für das Studium begründet keinen Wohnsitz; auch der Saisonnier hat keinen Wohnsitz in der Schweiz.

Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, was nach Aufgabe des Wohnsitzes zu geschehen hat. Nach Art. 24 I ZGB bleibt der einmal begründete Wohnsitz bis zum Erwerb eines neuen Wohnsitzes bestehen. Nach Art. 48 SchKG sind demgegenüber Schuldner, die ihren Wohnsitz aufgegeben haben, an ihrem Aufenthaltsort zu betreiben. (Lediglich, wenn der Schuldner noch nicht einmal einen Aufenthaltsort begründet hat, gilt nach Auffassung des Bundesgerichts der Weiterbestand des Wohnsitzes ...BGE 72 III 40.)

Bei juristischen Personen und Personengesellschaften, die im HRG eingetragen sind, bereitet die Bestimmung des Sitzes und damit des Betreibungsortes keine Probleme. Der Sitz ergibt sich aus dem HRG-Eintrag. Bei juristischen Personen und Personengesellschaften, die nicht

im HRG eingetragen sind, sind Sitz und Betreuungsort der Ort, wo hauptsächlich die Verwaltung geführt wird.

Betreffend den Sitz als Betreuungsort ist **zwei häufigen Missverständnissen vorzubeugen**:

- Eine Einzelfirma hat in diesem Sinne keinen Sitz und damit keinen besonderen Betreuungsort. Der Inhaber der Einzelfirma ist vielmehr für die Schulden aus dem Betrieb der Firma wie für alle seine Schulden an seinem Wohnsitz zu belangen.
- Eine Zweigniederlassung oder Geschäftsniederlassung begründet lediglich einen Betreuungsort, wenn der Hauptsitz im Ausland ist (Art.50 SchKG). Hier zeigt sich wieder der eingangs geschilderte Grundsatz der Einheit des Betreuungsortes. Im Zivilprozessrecht begründet die Niederlassung einen alternativen Gerichtsstand neben dem Gerichtsstand am Sitz bzw. Wohnsitz (Art. ... ZPO). Analoges gilt nicht für den Betreuungsort.

2. Betreuung bei gesetzlicher Vertretung oder Beistandschaft

Siehe SchKG 68c.

3. Betreuung am Aufenthaltsort

Fehlt ein Wohnsitz in der Schweiz **und** im Ausland, kann der Schuldner an seinem Aufenthaltsort betrieben werden (SchKG 48).

Besonders hervorzuheben ist, dass der Schuldner nicht nur in der Schweiz, sondern nirgends einen festen Wohnsitz haben darf.

Wohnt die Person im Ausland, kann diese Person in der Schweiz - wenigstens grundsätzlich - nicht betrieben werden. Von diesem Grundsatz gilt es allerdings wichtige Ausnahmen (Art. 50,51 und 52 SchKG).

Was ist unter Aufenthaltsort zu verstehen? Sie ist eine losere Verbindung zu einem Ort, die eine gewisse Konstanz aufweist. Ein Aufenthalt zu einem Sonderzweck (Studium. Kuraufenthalt etc.) begründet einen Aufenthaltsort. Ein Ferienaufenthalt dürfte jedoch nicht genügend sein...

In der Praxis stellt sich in Zusammenhang mit diesem Artikel immer wieder die Frage des Betreuungsortes für ausländische Arbeitnehmer. Saisonier können grundsätzlich in der Schweiz nicht betrieben werden, da diese in der Regel über einen Wohnsitz im Ausland verfügen.....

4. Unverteilte Erbschaften

SchKG 49 bestimmt den Betreuungsort und auch die Betreibungsart für Betreibungen gegen die „unverteilte Erbschaft“. Sie kann an dem Ort betrieben werden, wo der Erblasser betrieben werden konnte, und zwar in der Betreibungsart, die auch für diesen anwendbar gewesen wäre.

5. Betreuung einer Person mit Wohnsitz im Ausland

SchKG 50 nennt zwei Fälle, in denen auch ein im Ausland wohnender Schuldner in der Schweiz betrieben werden kann:

- Geschäftsniederlassung als Betreuungsort;
- Vereinbarung eines Betreuungsortes.

BGE 41 III 347, 50 III 171: „Erwähle für Erfüllung der Verbindlichkeiten Domizil in Arosa und unterwerfe mich den bündnerischen Gesetzen und dem Gerichtsstand Arosa.“

Art. 50 SchKG nennt zwei Fälle, in denen auch einen im Ausland wohnenden Schuldner in der Schweiz betrieben werden kann.

Geschäftsniederlassung als Betreibungsort:

Im Ausland wohnende Schuldner können am Ort der schweizerischen Geschäftsniederlassung für Forderungen, die diese Niederlassung betreffen, betrieben werden (Art. 50 I SchKG).

Unter "Geschäftsniederlassung" ist ein rechtlich unselbständiger Betrieb zu verstehen, der jedoch eine wirtschaftliche Selbständigkeit aufweist ...

Dieser Betreibungsort gilt allerdings nur für Forderungen, die die Geschäftsniederlassung betreffen. Nach der Meinung des Bundesgerichtes muss der Schuldner mit Rechtsvorschlag geltendmachen, die Forderung betreffe nicht die Niederlassung (BGE 47 III 16).

Vereinbarung eines Betreibungsortes:

Ein im Ausland wohnender Schuldner kann ebenfalls in der Schweiz betrieben werden, wenn Gläubiger und Schuldner für die Erfüllung einer Forderung ein sog. "Spezialdomizil" vereinbart haben. Hierunter ist nicht anderes als eine Vereinbarung des Betreibungsortes zu verstehen. Eine besondere Form ist hierfür nicht erforderlich.

Nach der Praxis genügt die alleinige Vereinbarung eines Zahlungs- oder Erfüllungsortes nicht. Vielmehr ist eben im Sinne einer Betreibungsortvereinbarung notwendig, dass sich der Schuldner den schweizerischen Zwangsvollstreckungsbehörden unterwerfen wollte (BGE 41 III 347). Genügend ist nach BGE 50 III 171 : "Erwähle für Erfüllung der Verbindlichkeiten Domizil in Arosa und Unterwerfe mich den bündnerischen Gesetzen und dem Gerichtsstand Arosa". Nicht genügend für die Begründung eines Betreibungsortes in der Schweiz ist die Vereinbarung eines Gerichtsstandes. ... Vgl. hierzu auch BGE 119 III 54f..

Die Vereinbarung eines Betreibungsortes ist nicht selten. Sie ist etwa in sämtlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken vorgesehen.

6. Besondere Zuständigkeiten für pfandgesicherte Forderungen

Für Forderungen, die mit einem Faustpfand gesichert sind, hat der Gläubiger ausnahmsweise ein Wahlrecht zwischen zwei Betreibungsorten. Er kann am Wohnsitz des Schuldners oder am Lageort des Pfandes, d.h. in der Regel am eigenen Wohnsitz die Betreibung einleiten (Art. 51 Abs. 1 SchKG).

Für grundpfandgesicherte Forderungen besteht ein ausschliesslicher und zwingender Betreibungsort am Lageort des Grundstückes (Art. 51 II SchKG).

Der Betreibungsort am Ort der gelegenen Sache hat auch internationale Bedeutung. D.h.: Er gilt selbstverständlich auch gegenüber Personen mit Wohnsitz im Ausland.

7. Arrestort

SchKG 52.

Der Arrest kann neu sowohl am allgemeinen Betreibungsort, d.h. am Wohnsitz/Sitz des Schuldners, als auch wie bisher am Lageort der zu verarrestierenden Vermögenswerte beantragt und bewilligt werden.

Art. 52 SchKG besagt, dass die Betreibung zur Prosequierung des Arrestes im letzteren Fall wahlweise am allgemeinen Betreibungsort und am Lagerort der Arrestgegenstände durchgeführt werden kann

Zusammenfassend gelten somit folgende Regeln bei Personen mit Wohnsitz/Sitz im Ausland:

Grundsätzlich keine Betreibung in der Schweiz.

Ausnahmen bei folgenden Betreibungsorten:

- Geschäftsniederlassung, Betreibungsortsvereinbarung (SchKG 50);
- Lage des Pfandes (SchKG 51);
- Arrestort (SchKG 52).

8. Perpetuatio Fori

Art. 53 regelt die Frage des Wohnsitzwechsels während dem Schuldbetreibungsverfahren.

Eine sog. "perpetuatio fori" tritt erst ein mit der Ankündigung der Pfändung bzw. mit der Zustellung der Konkursandrohung. Ab diesem Zeitpunkt bleibt die Zuständigkeit bestehen, auch wenn der Schuldner danach seinen Wohnsitz verändert.

9. Konkursort

Art. 54 und 55 SchKG betreffen den Ort der Konkursöffnung.

Die Schuldnerflucht ist nach Art. 54 SchKG ein Grund zur Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 Ziff.1 SchKG). Konkursort ist alsdann der letzte Wohnsitz des Schuldners.

Nochmehr als für die Einzelzwangsvollstreckung besteht für die Konkursöffnung die Notwendigkeit eines einheitlichen Zwangsvollstreckungsortes. Art. 55 hält dies ausdrücklich fest. Der Konkurs kann in der Schweiz stets nur an einem Ort eröffnet und durchgeführt werden. Für die Einzelzwangsvollstreckung gilt zwar auch der Grundsatz der Einheit des Betreibungsortes. Der Grundsatz erfährt jedoch Durchbrechungen: Durch Wohnsitzwechsel des Schuldners können u.U. an verschiedenen Orten Pfändungen laufen, da ja der Betreibungsort nach Ankündigung der Pfändung trotz Wohnsitzwechsel bestehen bleibt.

Gesetzesbestimmungen

Bundesrecht:

Art. 46 – 55 SchKG

II. Ort der Betreibung

46 A. Ordentlicher Betreibungsort

1 Der Schuldner ist an seinem Wohnsitz zu betreiben.

2 Die im Handelsregister eingetragenen juristischen Personen und Gesellschaften sind an ihrem Sitze, nicht eingetragene juristische Personen am Hauptsitze ihrer Verwaltung zu betreiben.

3 Für die Schulden aus einer Gemeinderschaft kann in Ermangelung einer Vertretung jeder der Gemeinder am Orte der gemeinsamen wirtschaftlichen Tätigkeit betrieben werden.

- 4 Die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer ist am Ort der gelegenen Sache zu betreiben.
- 47 Aufgehoben
- 48 B. Besondere Betreibungsorte
1. Betreibungsort des Aufenthaltes
Schuldner, welche keinen festen Wohnsitz haben, können da betrieben werden, wo sie sich aufhalten.
- 49 2. Betreibungsort der Erbschaft
Die Erbschaft kann, solange die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist, in der auf den Verstorbenen anwendbaren Betreibungsart an dem Ort betrieben werden, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes betrieben werden konnte.
- 50 3. Betreibungsort des im Ausland wohnenden Schuldners
- 1 Im Auslande wohnende Schuldner, welche in der Schweiz eine Geschäftsniederlassung besitzen, können für die auf Rechnung der letzteren eingegangenen Verbindlichkeiten am Sitze derselben betrieben werden.
- 2 Im Auslande wohnende Schuldner, welche in der Schweiz zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ein Spezialdomizil gewählt haben, können für diese Verbindlichkeit am Orte desselben betrieben werden.
- 51 4. Betreibungsort der gelegenen Sache
- 1 Haftet für die Forderung ein Faustpfand, so kann die Betreibung entweder dort, wo sie nach den Artikeln 46 – 50 stattzufinden hat, oder an dem Ort, wo sich das Pfand oder dessen wertvollster Teil befindet, eingeleitet werden.
- 2 Für grundpfandgesicherte Forderungen findet die Betreibung nur dort statt, wo das verpfändete Grundstück liegt. Wenn die Betreibung sich auf mehrere, in verschiedenen Betreibungskreisen gelegene Grundstücke bezieht, ist dieselbe in demjenigen Kreise zu führen, in welchem der wertvollste Teil der Grundstücke sich befindet.
- 52 5. Betreibungsort des Arrestes
Ist für eine Forderung Arrest gelegt, so kann die Betreibung auch dort eingeleitet werden, wo sich der Arrestgegenstand befindet. Die Konkursandrohung und die Konkursöffnung können jedoch nur dort erfolgen, wo ordentlicherweise die Betreibung stattzufinden hat.
- 53 C. Betreibungsort bei Wohnsitzwechsel
Verändert der Schuldner seinen Wohnsitz, nachdem ihm die Pfändung angekündigt oder nachdem ihm die Konkursandrohung oder der Zahlungsbefehl zur Wechselbetreibung zugestellt worden ist, so wird die Betreibung am bisherigen Orte fortgesetzt.
- 54 D. Konkursort bei flüchtigem Schuldner
Gegen einen flüchtigen Schuldner wird der Konkurs an dessen letztem Wohnsitze eröffnet.
- 55 E. Einheit des Konkurses
Der Konkurs kann in der Schweiz gegen den nämlichen Schuldner gleichzeitig nur an einem Orte eröffnet sein. Er gilt dort als eröffnet, wo er zuerst erkannt wird.

D. Parteilehre

I. Aktiv- und Passivlegitimation

Die Aktiv- und Passivlegitimation sind Institute des Privatrechts. Sie beantworten die materiellrechtlichen Fragen, wer Gläubiger und wer Schuldner einer Forderung ist.

Die Aktiv- und Passivlegitimation sind vom Betreibungsbeamten nicht von Amtes wegen zu prüfen; er kann höchstens beratend tätig sein. Will der Schuldner einwenden, dass die Aktiv- bzw. Passivlegitimation nicht gegeben sei, hat er dies mit dem Rechtsvorschlag zu tun.

II. Parteifähigkeit

1. Allgemeines

Die Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, Partei (Gläubiger oder Schuldner) in einem Betreibungsverfahren zu sein. Im Gegensatz zur Aktiv-/Passivlegitimation handelt es sich um einen prozessualen Begriff.

Die Parteifähigkeit ist von Amtes wegen zu prüfen. Will der Schuldner einwenden, der Gläubiger sei nicht parteifähig, kann er die Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG ergreifen. Diese ist an keine Frist gebunden, da eine Betreibung von einem nicht parteifähigen Gebilde bzw. gegen ein solches Gebilde absolut nichtig ist.

Grundsatz:

Rechtsfähigkeit = Parteifähigkeit im ZPR = Parteifähigkeit im SchKG

Ausnahmen vom Grundsatz Rechtsfähigkeit = Parteifähigkeit:

Für das Betreibungsverfahren gelten zunächst alle Ausnahmen, die auch im ZPR statuiert sind. So kann z.B. eine Kollektivgesellschaft als Partei auftreten, obwohl sie nach der Lehre nicht rechtsfähig ist (Art. 562 OR: „Die Gesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden.“).

Für das Schuldbetreibungsrecht gilt nur eine wichtige Besonderheit: Nach den Art. 49 und 59 SchKG kann unter Umständen auch die Erbschaft als "Schuldnerin" belangt werden.

2. Exkurs: Erben und Erbschaft als Partei im Betreibungsverfahren

a) Die Erbschaft als Partei im Schuldbetreibungsverfahren

Nach Art. 49 SchKG kann für Schulden des Erblasser die Erbschaft betrieben werden, „solange die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist“. Der unverteilteten Erbschaft kommt also auf der Schuldnerseite Parteistellung zu, obwohl die Erbschaft im Privatrecht nicht Trägerin von Rechten und Pflichten sein kann!

Wird die Erbschaft betrieben, können nur Gegenstände, die zur Erbschaft gehören, gepfändet werden. Vermögenswerte hingegen, die den Erben gehören, fallen in der Betreibung der Erbschaft nicht in die Zwangsvollstreckung.

b) Betreibung der Erben

Die eben erwähnte Betreibung der Erbschaft für Erbschaftsschulden ist nicht obligatorisch. Der Gläubiger kann stattdessen auch alle Erben einzeln oder nur einzelne Erben betreiben. Die Erben haften bekanntlich solidarisch für die Schulden des Erblassers. Im Gegensatz zum Zivilprozessrecht besteht keine Möglichkeit, die Erben in einem Betreibungsverfahren als einfache Streitgenossen miteinander zu belangen.

In der Betreibung gegen die einzelnen Erben unterliegt deren Vermögen der Zwangsvollstreckung. Dazu gehört auch der Gesamthandschaftsanteil des Erben an der Erbschaft.

c) Folgen des Todes des Schuldners auf hängige Betreibungen

Art. 59 Abs. 2 und 3 SchKG regeln die Folgen des Todes des Schuldners auf hängige Betreibungen. Ohne Rücksicht auf das Stadium der Betreibung kann eine Betreibung gegen den Erblasser nun gegen die Erbschaft fortgesetzt werden (Abs. 2).

Gegen die Erben können lediglich Betreibungen fortgesetzt werden, die bereits in das in Art. 59 Abs. 3 SchKG genannte Stadium getreten sind.

Uneingeschränkt können Betreibungen auf Pfandverwertung fortgesetzt werden.

d) Parteifähigkeit der Erbschaft auch in allen SchKG Zivilprozessen?

Eine interessante Frage ist, ob die vom Gesetzgeber ausdrücklich für das Zahlungsbefehlsverfahren akzeptierte Parteifähigkeit der Erbschaft für alle SchKG Zivilprozesse gilt. Das Bundesgericht hat dies für das Rechtsöffnungsverfahren bejaht; für den Aberkennungsprozess jedoch offen gelassen (BGE 102 II 385 BGE 113 III79). Das Bundesgericht spricht dabei allerdings in fragwürdiger Weise von der „Passivlegitimation“.

Gesetzesbestimmungen

Bundesrecht:

Art. 49 SchKG

49 2. Betreuungsort der Erbschaft

Die Erbschaft kann, solange die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet oder eine amtliche Liquidation nicht angeordnet ist, in der auf den Verstorbenen anwendbaren Betreibungsart an dem Ort betrieben werden, wo der Erblasser zur Zeit seines Todes betrieben werden konnte.

Art. 59 Abs. 2 und 3 SchKG

59 3. In der Betreuung für Erbschaftsschulden

1 ...

2 Eine zu Lebzeiten des Erblassers angehobene Betreuung kann gegen die Erbschaft gemäss Artikel 49 fortgesetzt werden.

3 Gegen die Erben kann sie nur dann fortgesetzt werden, wenn es sich um eine Betreuung auf Pfandverwertung handelt oder wenn in einer Betreuung auf Pfändung die in den Artikeln 110 und 111 angegebenen Fristen für die Teilnahme an der Pfändung bereits abgelaufen sind.

III. Betreuungsfähigkeit

Von der Parteifähigkeit zu unterscheiden ist die Betreuungsfähigkeit. Es handelt sich dabei um die Fähigkeit, im Betreibungsverfahren selber oder durch einen selber bestellten Vertreter zu handeln.

Die Betreuungsfähigkeit ist von Amtes wegen zu prüfen. Eine Betreuung, an der eine betreibungsunfähige Partei beteiligt ist, ist nichtig. Dagegen kann jederzeit Beschwerde geführt werden.

Im Grundsatz gilt: Betreuungsfähig ist, wer auch prozessfähig und handlungsfähig ist. Dabei ist allerdings hervorzuheben, dass diese Fähigkeiten nicht zwingend deckungsgleich sind bzw. sein müssen.

Beispiel: Ein Kind hat gemäss Art. 323 ZGB eine beschränkte Handlungsfähigkeit in Bezug auf seinen Arbeitserwerb. Dies heisst nun aber nicht zwingend, dass es dadurch auch die Fähigkeit hat, selber einen Prozess über die sich aus den Rechtsgeschäften entstehenden Streitigkeiten zu führen bzw. selbständig in einem Betreibungsverfahren zu handeln.

In Art. 68c Abs. 2 SchKG wird die Betreuungsfähigkeit des Kindes ausdrücklich anerkannt. Den Eltern ist allerdings ebenfalls ein Zahlungsbefehl zuzustellen. Diese bedeutet jedoch

keine Einschränkung der Handlungsfähigkeit. Vielmehr soll den Eltern lediglich die Möglichkeit gegeben werden einzugreifen (wohl mit Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG), falls die fragliche Forderung außerhalb der Betreuungsfähigkeit des Kindes liegt.

IV. Nebenparteien im Schuldbetreibungsverfahren

Es sind grundsätzlich folgende Kategorien von Nebenparteien zu unterscheiden:

(1) *Drittpersonen, die zur Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG befugt sind (hierzu ...).*

(2) *Dritte, die neben dem Schuldner die in Betreuung gesetzte Forderung und – in der Betreuung auf Pfandverwertung – auch das Pfandrecht bestreiten können:* Nebenparteien dieser Art finden sich in der Betreuung auf Pfandverwertung (Art. 153 SchKG) und in der Betreuung von Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben (Art. 68a und 68b SchKG).

(3) *Kopie des Zahlungsbefehls an den gesetzlichen Vertreter im Falle von Art. 68c Abs. 2 SchKG.*

(4) *Nebenpartei in einem gerichtlichen Verfahren bzw. Beschwerdeverfahren, gestützt auf eine Nebenintervention nach ZPO:* Mindestens in den SchKG Zivilprozessen, welche eigentliche Erkenntnisverfahren darstellen, kommt auch eine Nebenintervention nach Art. ... ZPO in Frage. Bei den anderen Verfahren müsste untersucht werden, ob und inwiefern die Rechtsnatur dieser Verfahren eine Nebenintervention nach ZPO ausschliesst. Dieselbe Frage stellt sich auch für alle im summarischen Verfahren zu beurteilenden Streitigkeiten des SchKG nach Art. ... ZPO.

V. Streitgenossenschaft im Betreibungsverfahren

Im Betreibungsverfahren ist grundsätzlich nur die notwendige Streitgenossenschaft möglich, und auch diese nur auf Gläubigerseite. Die so genannte einfache Streitgenossenschaft hingegen ist dem Betreibungsverfahren unbekannt.

1. Notwendige Streitgenossenschaft

Beispiele für notwendige Streitgenossenschaften auf Gläubigerseite sind: die Erbengemeinschaft, allenfalls die Eheleute und die Gesellschafter einer einfachen Gesellschaft.

Auf Schuldnerseite gibt es keine notwendige Streitgenossenschaft, da das schweizerische Recht keine gesamthandschaftlichen Schulden kennt. Die Gesamthänder (Erben, Mitglieder einer einfachen Gesellschaft) haften stets solidarisch.

2. Einfache Streitgenossenschaft

Einfache Streitgenossen gibt es grundsätzlich weder auf Gläubiger- noch auf Schuldnerseite. Es können somit nicht wie im Zivilprozessrecht mehrere Schuldner miteinander belangt werden. Geschieht dies trotzdem, ist die Betreuung "radicalement nulle", wie das Bundesgericht sich in BGE 81 III 93 ausdrückt.

VI. Parteiwechsel

Zu unterscheiden sind der Parteiwechsel auf Gläubigerseite und derjenige auf Schuldnerseite:

Der Parteiwechsel auf Gläubigerseite kann in jedem Stadium des Zwangsvollstreckungsverfahrens stattfinden. Denkbar ist vor allem ein solcher gestützt auf eine Generalsukzession (Erbfolge) oder auch infolge einer Singularsukzession. Der Schuldner hat nach der Praxis

allerdings die Möglichkeit, Mängel der Rechtsnachfolge mit dem nachträglichen Rechtsvorschlag nach Art. 77 SchKG geltend zu machen (BGE 91 III 7). Dies wird seit der Revision von 1994 ausdrücklich im Gesetz erwähnt (Art. 77 Abs. 1 SchKG).

Auf Schuldnerseite ist ein Parteiwechsel lediglich bei einer Generalsukzession möglich. Für deren wichtigsten Fall, die Erbfolge, statuieren die Absätze 2 und 3 von Art. 59 SchKG die Voraussetzungen, unter denen eine gegen den Erblasser angehobene Betreibung gegen die Erben bzw. die Erbschaft fortgesetzt werden kann.

E. Vertretung im SchK-Verfahren

I. Allgemeines

Die gewerbsmässige Vertretung in SchK-Sachen wird in der Praxis vor allem besorgt von:

- Rechtsanwälten;
- Treuhandfirmen;
- Inkassobüros.

II. Rechtslage im Zivilprozessrecht im Allgemeinen

Die Vertretung im Zivilprozessrecht im Allgemeinen ist in der ZPO, im Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000 und dem ergänzenden kantonalen Anwaltsrecht, im Kanton Zürich das Anwaltsgesetz vom 17. November 2003 (AnwG, LS 215.1) geregelt.

Im Zivilprozessrecht gelten für die Parteivertretung folgende Grundsätze:

- Jede handlungsfähige Person kann jemanden vor Gericht vertreten, monopolisiert ist lediglich die gewerbsmässige Vertretung (vgl. Art. 68 Abs. 2 ZPO).
- Zur berufsmässigen Vertretung sind in allen Verfahren die Personen zur Vertretung zugelassen, welche nach BGFA Parteien vor schweizerischen Gerichten vertreten können (Art. 68 Abs. 2 lit. a ZPO).
- Das Anwaltsmonopol erfasst grundsätzlich sämtlich in der ZPO geregelten Gerichtsverfahren.

III. Rechtslage im SchKG

Für das SchKG und die damit verbundenen Verfahren ist von folgender Rechtslage auszugehen:

Die Vertretung in den von den Betreibungs- und Konkursbeamten geführten Verfahren unterliegt wohl nicht dem Anwaltsmonopol und steht somit allen Personen grundsätzlich frei. Die Kantone können jedoch nach Art. 27 SchKG die gewerbsmässige Vertretung regulieren. Der Kanton Zürich hat hierzu das Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive (LS 935.41) erlassen. Dieses sieht eine beschränkte Aufsicht über diese Personen durch den Regierungsrat vor.

Ein schwierige Frage ist, was genau für die vor Gerichtsbehörden geführten SchKG Verfahren nach neuem Recht gilt. Diese Frage wird in der definitiven Fassung dieses Paragraphen beantwortet.

Weitere für die Vertretung relevante Bestimmungen:

- SchKG 27 III: Die Kosten für die rechtliche Vertretung des Gläubigers dürfen dem Schuldner nicht überbunden werden!
- Keine Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren (GebV SchKG 62 Abs. 2).

Gesetzesbestimmungen

Bundesrecht:

Art. 27 SchKG

27 5. Gewerbsmässige Vertretung

1 Die Kantone können die gewerbsmässige Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten regeln. Sie können insbesondere:

1. vorschreiben, dass Personen, die diese Tätigkeit ausüben wollen, ihre berufliche Fähigkeit und ihre Ehrenhaftigkeit nachweisen müssen;
2. eine Sicherheitsleistung verlangen;
3. die Entschädigungen für die gewerbsmässige Vertretung festlegen.

2 Wer in einem Kanton zur gewerbsmässigen Vertretung zugelassen ist, kann die Zulassung in jedem Kanton verlangen, sofern seine berufliche Fähigkeit und seine Ehrenhaftigkeit in angemessener Weise geprüft worden sind.

3 Niemand kann verpflichtet werden, einen gewerbsmässigen Vertreter zu bestellen. Die Kosten der Vertretung dürfen nicht dem Schuldner überbunden werden.

F.

G. Rechtshängigkeit und Rechtskraft

I. Streitgegenstand

Grundsätzlich gleich wie im normalen Zivilprozess. Streitgegenstand ist jedoch nicht der Bestand der Forderung im Zeitpunkt der Urteilsfällung, sondern bei Anhebung der Beteibung. Dies gilt auf jeden Fall für das Verfahren betr. prov. Rechtsöffnung und für die Aberkennungsklage (a.A. für die Aberkennungsklage BGE 95 III 620).

II. Klagenhäufung

Eine objektive Klagenhäufung ist zulässig. Eine subjektive Klagenhäufung kommt demgegenüber lediglich in Form der notwendigen Streitgenossenschaft auf Gläubigerseite vor.

III. Klageänderung

Eine Klageänderung ist grundsätzlich unzulässig.

IV. Rechtshängigkeit

Die wichtigste Wirkung der Rechtshängigkeit einer Klage ist die so genannte Ausschlusswirkung. Dieselbe Klage kann nicht erneut erhoben werden.

Dasselbe Problem stellt sich auch für die Geltendmachung einer Forderung im Betreibungsverfahren. Das Bundesgericht vertritt hierzu folgende, m.E. zutreffende Ansicht (BGE 100 III 42):

- Das Einleitungsverfahren hat grundsätzlich keine Ausschlusswirkung. D.h.: Über dieselbe Forderung können grundsätzlich gleichzeitig mehrere Einleitungsverfahren geführt werden. Unklar ist, ob auch gleichzeitig mehrere Rechtsöffnungsverfahren geführt werden können.
- Eine Ausschlusswirkung des Betreibungsverfahrens tritt erst nach Stellung des Fortsetzungsbegehrens ein. Logischerweise kann ein Gläubiger für eine Forderung nicht gleichzeitig mehrere Pfändungsverfahren durchführen lassen.
- Ist der Schuldner der Meinung, dass für dieselbe Forderung bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt worden ist, hat er dies grundsätzlich mit Rechtsvorschlag geltend zu machen. Lediglich bei offensichtlicher bzw. unbestrittener Identität kann der Schuldner auch den Beschwerdeweg beschreiten. In diesem Fall hätte der Betreibungsbeamte die Ausschlusswirkung auch von Amtes wegen zu beachten.

V. Rechtskraft

Von den mit dem Einleitungsverfahren verbundenen Verfahren führen folgende zu einer rechtskräftigen Beurteilung der Forderung: Anerkennungsklage, Aberkennungsklage, negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG, Rückforderungsklage. Die anderen Verfahren stehen stets unter dem Vorbehalt einer anderen Beurteilung der Forderung in einem Zivilprozess mit umfassender Anspruchsprüfung.

Ein interessante, hier vorläufig offen gelassene Frage ist, ob und inwiefern in SchK-Verfahren andere Frage, wie etwa die Vollstreckbarkeit einer ausländischen Entscheidung, rechtskräftig beurteilt werden.