

Konkurs, Realvollstreckung, vollstreckbare öffentliche Urkunde

Prof. Dr. Ingrid Jent-Sørensen

Einteilung der SchK-Klagen

(vgl. z.B. Amonn/Walther, N. 47 zu § 4)

- rein betriebsrechtliche Streitigkeiten (z.B. Rechtsöffnung, Konkursöffnung)
- betriebsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht bzw. mit materiellem Hintergrund: Es geht um eine formelle verfahrensrechtliche Frage, wobei vorfrageweise materielles Recht angewendet wird (z.B. Kollokationsklage)
- rein materielle Streitigkeiten (z.B. Anerkennungsklage, negative Feststellungsklage)

gerichtliche SchK-Summarverfahren (ZPO 251)

(Liste unvollständig; mehr bei Amonn/Walther, Rz 52 und 58 zu § 4)

- Rechtsöffnungsverfahren (SchKG 80 ff.)
- Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreuung (SchKG 85)
- Konkureröffnung (SchKG 166 ff. 188 f., 190 ff.)
- Anordnung des summarischen Konkursverfahrens (SchKG 231)
- Einstellung des Konkurses mangels Aktiven (SchKG 230)
- Schlusserkenntnis im Konkurs (SchKG 268)
- Arrestbewilligung (SchKG 272)
- Arresteinsprache (SchKG 278)

summarisches SchK-Verfahren: Sachverhaltsermittlung und Beweis

- Grundsatz: Verhandlungsgrundsatz (ZPO 55 I)
- Ausnahme: Untersuchungsgrundsatz (ZPO 255 lit. a i.V.m. 55 II: Konkurs- und Nachlassgericht)
- Beweis:
 - allgemeiner Grundsatz: Regelbeweismass mit Urkundenbeweis (ZPO 254 I und Ausnahmen in ZPO 254 II)
 - Besondere Regelungen im SchKG, z.B.
 - ausschliesslich Urkundenbeweis für Tilgung etc. gem. SchKG 81, 85, 172 Ziff. 1, 174 II
 - Vorlage Entscheid (SchKG 80); Schuldanerkennung (SchKG 82) (in Kopie)
 - sofort beweisbare Einwendungen (SchKG 81 II)
 - sofort Glaubhaftmachen von Tatsachen, die Schuldanerkennung entkräften (SchKG 82 II)

Konkurseröffnung: die verschiedenen „Varianten“

- ordentliche Konkursbetreibung (SchKG 166 ff.)
 - Sie folgt auf das Einleitungsverfahren gem. SchKG 67 ff.
- Wechselbetreibung (SchKG 177 ff.) des konkursfähigen Schuldners (praktisch bedeutungslos)
- Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung (SchKG 190 ff.)
 - auf Antrag des Gläubigers (SchKG 190: „Flucht“, Zahlungseinstellung)
 - auf Antrag des Schuldners (SchKG 191; „Insolvenzerklärung“, keine Aussicht auf Schuldenbereinigung nach SchKG 333 ff.)
 - wenn das Gesetz es vorsieht (SchKG 192, vgl. z.B. OR 725 f.; bei Scheitern des Nachlassvertrags SchKG 293a, 309)
 - ausgeschlagene/überschuldete Erbschaften (SchKG 193)

vorausgegangenes Einleitungsverfahren bei ordentlicher Konkursbetreibung

- Betreibungsbegehren, dann Zahlungsbefehl (SchKG 67, 69)
- bei RV: Beseitigung des Rechtsvorschlages in gerichtlichen Verfahren (SchKG 74, 79 ff.)
- Fortsetzungsbegehren (SchKG 88)
- Konkursandrohung durch BA (SchKG 159), ausser für Forderungen nach SchKG 43
 - (u.a.) Nennung des gesamten geschuldeten Ausstandes (inkl. Zinsen und aufgelaufene Betreibungskosten), weil Schuldner wissen muss, mit welcher Zahlung er den Konkurs abwenden kann

Konkurseröffnungsverfahren / 1 (SchKG 166 ff., ZPO 248 lit. a, 251 lit. a. GOG 24 lit. c)

- örtliche Zuständigkeit: Betreibungsort (SchKG 46)
- sachliche Zuständigkeit (keine Schlichtung, ZPO 198 lit. a) beim Einzelgericht (Konkursgericht; GOG 24 lit. c)
- summarisches Verfahren (ZPO 251)
- Frist (SchKG 166): zwischen 20 Tage nach Zustellung der Konkursandrohung (min.) und 15 Monate nach Zustellung des ZB (max.); bei Rückzug vgl. SchKG 167
- Gesuch schriftlich (oder mündlich) oder elektronisch (ZPO 252, 130), bei Vertretung mit Vollmacht (ZPO 68 III)
- Beilage von Konkursandrohung und Zahlungsbefehl
- Kostenvorschuss (SchKG 169, GebV SchKG): im Kt. Zürich Fr. 1'800
- Kostenfolgen: anwendbar ist GebVO SchKG (48/61 I; BGE 139 III 195)

Konkurseröffnungsverfahren / 2

- „Anzeige“ der Konkurseröffnungsverhandlung an beide Parteien (analog Vorladung, vgl. ZPO 133) wenigstens 3 Tage zuvor
- mündliche Verhandlung (SchKG 168)
 - freigestelltes Erscheinen; bei Nichterscheinen der Parteien: Aktenentscheid
- keine Konkurseröffnung während Betreibungsferien und Rechtsstillstand (KuKo SchKG-Sarbach, N. 19 zu 56)
- Untersuchungsgrundsatz (ZPO 255 lit. a)

Konkurseröffnungsverfahren / 3

- Konkurs hinderungsgründe (SchKG 172)
 - insbesondere Tilgung/Hinterlegung von „Schuld, Zinsen und Kosten“ gemäss Angaben in der Konkursandrohung, zuzüglich Kosten des Konkursgerichts und Parteientschädigung an den Gläubiger (BGE 133 III 692 E. 2.3-2.6)
 - Urkundenbeweis (SchKG 172 Ziff. 3)
- Aussetzungsgründe (SchKG 173 f.): SchKG 85, 85a, 22, Nachlassbemühungen
- Entscheid: Gutheissung (SchKG 175: mit genauer Uhrzeit), Abweisung, Nichteintreten (fehlende Prozessvoraussetzungen)
- bei Konkurseröffnung: Mitteilung an das BetrAmt, Konkursamt (SchKG 221 ff.), Handelsregisteramt, Grundbuchamt (SchKG 176)

Rechtsmittel gegen Konkurseröffnung / 1

- ZPO-Beschwerde 10 Tage Frist (SchKG 174, ZPO 319) beim Obergericht
- Kostenvorschuss für Beschwerdeverfahren (Praxis Fr. 750)
- keine aufschiebende Wirkung (SchKG 36; ZPO 325 II): Erteilung aber möglich (Kriterium der Praxis: Konkursforderung muss bezahlt sein)
- Aufhebungsgründe:
 - „unechte“ Noven (SchKG 174 I Satz 2 als Ausnahme v. ZPO 326 II)
 - Verfahrensfehler der 1. Instanz
 - Tilgung, Hinterlegung bei der RM-Instanz während der Beschwerdefrist
 - Schriftlicher Verzicht des Gläubigers
 - Glaubhaftmachen der Zahlungsfähigkeit (SchKG 174 II), vgl. BGer 5A_80/2007
 - ausreichende Mittel zur Tilgung sämtlicher Schulden; Zahlungsfähigkeit muss wahrscheinlicher sein als Zahlungsunfähigkeit

Rechtsmittel gegen Konkurseröffnung / 2

- 30 Tage für Beschwerde ans Bundesgericht (BGG 72 II lit. a: Entscheid in Schuldbetreibungs- und Konkursachen)
- Entscheid des Konkurs- und Nachlassgerichts, streitwertunabhängig (BGG 74 II lit. d),
- Endentscheid (BGG 90, vgl. BGE 133 III 687 E. 1.2)
- Keine aufschiebende Wirkung: kein Gestaltungsurteil i.S.v. BGG 103 (v. Werth, N. 550)

Vollstreckbarkeit/

Vollstreckbarkeitsbescheinigung (ZPO 336)

- Vollstreckungstitel: zivilrechtl. Entscheid eines (schweizerischen) Zivilgerichts (ausl. Entscheide gem. LugÜ, IPRG etc.)
- kein Vollstreckungsaufschub
 - beschwerdefähige 1.-inst. Entscheide v. Gesetzes wegen (ZPO325 I)
 - berufungsfähige 1.inst. Entscheide bei Entzug aufsch. Wirkung (ZPO 315 II)
 - zweitinstanzliche Entscheide gemäss BGG 103
- Bescheinigung durch Sachgericht = Feststellung des Eintritts der Vollstreckbarkeit
 - Ausstellung auf Antrag
 - nach gehöriger Eröffnung des Entscheidendes
 - keine Anhörung der Gegenpartei
 - keine Bindung des Vollstreckungsgerichts → Prüfung v.A.w. (ZPO 341 I); aber: Bescheinigung hat Vermutung für Vollstreckbarkeit

Realvollstreckung (ZPO 335 ff.)

- Entscheide, die nicht nach SchKG vollstreckt werden (ZPO 335 II)
- keine Vollstreckung von Gestaltungs- und Feststellungsentscheiden
- Zuständigkeit (ZPO 339 I)
 - Wohnsitz der unterlegenen Partei
 - Ort, wo Massnahme zu vollstrecken ist
 - Ort, wo zu vollstreckender Entscheid gefällt worden ist
- summarisches Verfahren (ZPO 339 II)
 - Vollstreckungsgericht → Einzelgericht → ZH: GOG 24 e

Realvollstreckung 2/1

Entscheiden mit konkreten Vollstreckungsanordnung des Sachgerichts (ZPO 337 I, 236 III) → **direkte** Vollstreckung

- besondere Voraussetzung für direkte Vollstreckungsanordnung des Sachgerichts (Meier, ZPR, S. 432
 - (wohl) Anhaltspunkte für Nichterfüllung
 - (wohl) besonderes Interesse an sofortiger Vollstreckung
 - Antrag (ZPO 236 III)
- SchKG 79
- Vollstreckungsbegehren bei der Vollstreckungs*behörde* (GOG 147 I lit. b) → Gemeinde-/Stadtammann bei umzusetzender Vollstreckungsanordnung

Realvollstreckung 2/2

- Begehren um Einstellung der Vollstreckung durch unterlegene Gegenpartei beim Vollstreckungsgericht (ZPO 337 II i.V.m. 341)
 - gerichtlicher Sachentscheid kann nicht mehr in Frage gestellt werden, was m.E. auch für die Vollstreckungsanordnungen gelten muss
 - Geltendmachung von Gründen, die der Vollstreckung entgegenstehen, vgl. ZPO 341
- Beschwerde gegen Entscheid des Vollstreckungsgerichts beim Obergericht (ZPO 309 a)

Realvollstreckung 3

Entscheid ohne Vollstreckungsanordnung des Sachgerichts → **keine direkte** Vollstreckung

- Gesuch um Vollstreckung des gerichtlichen Entscheides (beizulegen) beim Vollstreckungsgericht (ZPO 338 i.V.m. ZPO 252;
- Gelegenheit zur Stellungnahme an Gegenpartei (ZPO 341 II i.V.m. ZPO 253)
- Prüfung der Vollstreckungsvoraussetzungen durch Vollstreckungsgericht
 - Vollstreckbarkeit v.A.w. (ZPO 341 i.V.m. 336)
 - keine berechtigten materiellen Einwendungen (Tilgung und Stundung (Urkundenbeweis), Verjährung, Verwirkung; aber: kein Infragestellen des gerichtlichen Entscheides in der Sache (ZPO341 III)
 - Vollstreckungsmassnahmen werden v.A.w. festgesetzt; kein Antrag erforderlich
- Beschwerde gegen Entscheid des Vollstreckungsgerichts beim Obergericht (ZPO 309 a)

Vollstreckungsanordnungen (ZPO 343 f.)

- Indirekter Zwang
 - Androhung von Bestrafung gem. StGB 292 (Busse bis 10'000); bei Widerhandlung → Verurteilung im Strafverfahren
 - Androhung von Ordnungsbusse bis 5'000 oder von 1'000 pro Tag
 - Zwangsgeld ist keine Strafe i.S.v. StGB 333 I (ZK ZPO N. 20 zu 343); Festsetzung durch Vollstreckungsgericht in einem 2. Entscheid
- Direkter Zwang, z.B. Herausgabe von Sachen, Rückgabe des Mietobjektes etc.
- Ersatzvornahme, wenn Dritte leisten können
- Abgabe von Willenserklärungen: Verurteilung zur Willenserklärung ersetzt die Abgabe der Erklärung

Dritte in der Realvollstreckung

- Sie sind auskunftspflichtig und müssen Durchsuchungen dulden (ZPO 343 II)
 - analoge Anwendung der Verweigerungsrechte gemäss ZPO 165 ff.
- Sie wollen eigene bessere Rechte am zu vollstreckenden Gegenstand geltend machen, z.B. Dritter beansprucht selber Eigentum am Gegenstand, der in Verfahren zwischen anderen Parteien herausgegeben werden soll
 - Hauptintervention im Vollstreckungsverfahren gemäss ZPO 73 (vergleichbar Widerspruchverfahren im SchKG)
 - Wenn im Vollstreckungsverfahren nicht über den Anspruch des Dritten entschieden werden kann: Sistierung der Vollstreckung und Klagefristansetzung an Dritten
- Beschwerde gemäss ZPO 346

Schadenersatz / Umwandlung in Geld (ZPO 345)

- Schadenersatz, wenn Vollstreckung erfolglos war, unabhängig davon, ob die Leistung noch möglich ist
 - Gesuch beim Vollstreckungsgericht (summarisches Verfahren)
 - Anhörung der Gegenpartei
- Umwandlung der Realleistung in eine Geldleistung
 - Gesuch beim Vollstreckungsgericht
 - vorgängiger Versuch der Realvollstreckung ist nicht erforderlich (ZK ZPO-Staehelin, N. 8 zu 345)
 - Anspruch auf Realerfüllung bleibt (str.), so dass es 2 Optionen für die Vollstreckung; es kann weiterhin real erfüllt werden

Vollstreckung öffentlicher Urkunden (ZPO 347- 352) hier: auf Geldzahlung

- Vollstreckung gleich wie gerichtliche Entscheide (ZPO 347), wenn
 - direkte Vollstreckung vom Pflichtigen in der Urkunde anerkannt
 - Rechtsgrund in der Urkunde erwähnt (kein abstraktes Schuldbekenntnis)
 - geschuldete Leistung
 - in Urkunde genügend bestimmt
 - in Urkunde anerkannt und
 - fällig
- Ausnahme in sozial sensiblen Fällen (ZPO 348)
- Statt direkter Vollstreckung kann Gläubiger auch gemäss SchKG 79 klagen.

Vollstreckung öffentlicher Urkunden / 2

- Vollstreckbare öffentliche Urkunde auf Geldleistung ist definitiver Rechtsöffnungstitel (ZPO 349; SchKG 80 II Ziff. 1^{bis}), aber:
 - Einwendungen des Schuldners (SchKG 81 II)
 - Tilgung und Stundung (Urkundenbeweis), Verjährung
 - Weitere Einwendungen, sofern *sofort* beweisbar, ohne dass hier Urkundenbeweis verlangt würde (aber: diesbezügliche Einschränkungen des summarischen Verfahrens (ZPO 254))
 - negative Feststellungsklage des Schuldners nach SchKG 85a
 - allenfalls Rückforderungsklage nach SchKG 86 möglich