

Effiziente Zwangsvollstreckung

Vortrag beim Solothurnischen Anwaltsverband
vom Dienstag, 2. Juli 2013

Dr. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, LL.M.

Inhaltsübersicht

- I. Begehren um sofortige Konkurseröffnung (Art. 190 SchKG)**
- II. Paulianische Anfechtbarkeit der Zahlung?**
- III. Arrestrecht**
- IV. Vollstreckbare öffentliche Urkunde (Art. 347 ff. ZPO)**
- V. Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ff. ZPO)**

I. Begehren um sofortige Konkursöffnung (Art. 190 SchKG)

Betreibung und anschliessendes Rechtsöffnungsverfahren:
können sehr mühsam sein

I. Begehren um sofortige Konkursöffnung (Art. 190 SchKG)

Art. 190 SchKG

¹ Ein Gläubiger kann ohne vorgängige Betreuung beim Gerichte die Konkursöffnung verlangen:

1. gegen jeden Schuldner, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist oder der die Flucht ergriffen hat, um sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, oder der betrügerische Handlungen zum Nachteile der Gläubiger begangen oder zu begehen versucht oder bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat;
2. **gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner, der seine Zahlungen eingestellt hat;**
3. im Falle des Artikels 309 SchKG ((NV widerrufen));

I. Begehren um sofortige Konkursöffnung (Art. 190 SchKG)

- Begriff der Zahlungseinstellung
 - gegenüber aussen manifestierte Zahlungsunfähigkeit (BGE 137 III 460 (E. 3.4); BGer. 19.9.2007, 5A_350/2007, E. 4.3; BGer. 13.2.2003, 5P.312/2002, E. 3.3)

I. Begehren um sofortige Konkursöffnung (Art. 190 SchKG)

- Aktueller Anwendungsfall: **BGE 137 III 460**: (→ vgl. Beilage 1)
 - Angebot eines aussergerichtlichen Nachlasses u. U. als Zahlungseinstellung (E. 3.4).
 - Insbesondere: Nichtbezahlung eines einzigen Gläubigers kann genügen, wenn Forderung bedeutend und Zahlungsverweigerung dauerhaft ist (E. 3.4.1):
„Sogar die Nichtbefriedigung einer einzelnen Schuld kann auf Zahlungseinstellung schliessen lassen, wenn die Schuld bedeutend und die Zahlungsverweigerung dauerhaft ist“.

I. Begehren um sofortige Konkurseröffnung (Art. 190 SchKG)

- Fall aus dem Kanton SG (→ vgl. *Beilage 2*):
 - S (= Gegenpartei): vertragl. Verpflichtung über CHF 3 Mio.
 - S: bezahlt nicht nach Fälligkeit
 - mehrfache Mahnung
 - S: mehrfach „vorübergehende Liquiditätsprobleme“ eingeräumt
 - S: Verweigert weiterhin Zahlung
 - Antrag beim Konkursrichter auf sofortige Konkurseröffnung

I. Begehren um sofortige Konkurseröffnung (Art. 190 SchKG)

- inkl. Antrag auf Aufnahme eines **Güterverzeichnisses**

Art. 162 SchKG

Das für die Eröffnung des Konkurses zuständige Gericht (Konkursgericht) hat auf Verlangen des Gläubigers, sofern es zu dessen Sicherung geboten erscheint, die Aufnahme eines Verzeichnisses aller Vermögensbestandteile des Schuldners (Güterverzeichnis) anzuordnen.

I. Begehren um sofortige Konkurseröffnung (Art. 190 SchKG)

- Konkursrichter in casu:
 - setzte kurze, nicht erstreckbare Frist von 5 Tagen zur anbegehrten Sicherungsmassnahme an
 - ordnete nach erfolgter Stellungnahme des S die sofortige Aufnahme eines Güterverzeichnisses an
 - setzte dem S längere (erstreckbare) Frist zur Erstattung der Gesuchsantwort
 - hielt fest, dass Anordnung und Begehren dahinfallen, wenn Schuldner bezahlt

I. Begehren um sofortige Konkurseröffnung (Art. 190 SchKG)

Art. 164 SchKG

¹ Der Schuldner ist bei Straffolge (Art. 169 StGB) verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die aufgezeichneten Vermögensstücke erhalten bleiben oder durch gleichwertige ersetzt werden; er darf jedoch davon so viel verbrauchen, als nach dem Ermessen des Betreibungsbeamten zu seinem und seiner Familie Lebensunterhalt erforderlich ist.

² Der Betreibungsbeamte macht den Schuldner auf seine Pflichten und auf die Straffolge ausdrücklich aufmerksam.

I. Begehren um sofortige Konkurseröffnung (Art. 190 SchKG)

Rechtsmittel gg Güterverzeichnis:

- Die Anordnung des Güterverzeichnisses durch das Konkursgericht stellt (wie der Arrestbefehl) eine vorsorgliche Massnahme nach Art. 98 BGG dar (BGE 137 III 141 (E. 1.3)).

Daher: Einschränkung der Beschwerdegründe auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte und keine Geltung der Gerichtsferien nach Art. 46 BGG.

I. Begehren um sofortige Konkurseröffnung (Art. 190 SchKG)

- Schuldner bezahlte alles (im Rahmen eines sofortigen Vergleichs mit Klagerückzug)

II. Paulianische Anfechtbarkeit der Zahlung?

Paulianische Anfechtbarkeit?

- Überschuldungsanfechtung: Art. 287 SchKG
- Absichtsanfechtung: Art. 288 SchKG
- Würdigung – und Hinweise auf die Praxis

II. Paulianische Anfechtbarkeit der Zahlung?

Überschuldungsanfechtung:

Art. 287

¹ Die folgenden Rechtshandlungen sind anfechtbar, wenn der Schuldner sie innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat und im Zeitpunkt der Vornahme bereits **überschuldet** war:

1. Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war;
2. Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel;
3. Zahlung einer nicht verfallenen Schuld.

II. Paulianische Anfechtbarkeit der Zahlung?

² Die Anfechtung ist indessen ausgeschlossen, wenn der Begünstigte beweist, dass er die Überschuldung des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen.

³ Die Anfechtung ist insbesondere ausgeschlossen, wenn Effekten, Bucheffekten oder andere an einem repräsentativen Markt gehandelte Finanzinstrumente als Sicherheit bestellt wurden und der Schuldner sich bereits früher:

1. verpflichtet hat, die Sicherheit bei Änderungen im Wert der Sicherheit oder im Betrag der gesicherten Verbindlichkeit aufzustocken; oder
2. das Recht einräumen liess, eine Sicherheit durch eine Sicherheit gleichen Werts zu ersetzen.

II. Paulianische Anfechtbarkeit der Zahlung?

Absichtsanfechtung:

Art. 288

Anfechtbar sind endlich alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren **Absicht** vorgenommen hat, seine **Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.**

II. Paulianische Anfechtbarkeit der Zahlung?

- Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens: sog. „Swissair-ZKB-Entscheid“: BGE 134 III 456
 - Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens unter Absichtsanfechtung anfechtbar
 - sog. Sanierungsdarlehen unterliegt nicht der Anfechtung
- Vorschusszahlung/Leistung Zug-um-Zug
- Darlehenszinsen: BGE 136 III 247
- Im Zweifelsfall ?

III. Arrestrecht

- wesentliche Neuerungen seit 1.1.2011:
 - Schaffung eines schweizweit einheitlichen Vollstreckungsraums und
 - vollständige Gleichstellung von inner- und ausserkantonalen Entscheiden

(ratio: Vermeidung von Selbstdiskriminierung als Ziel: Art. 47 Abs. 1 rev. LugÜ: Arrest als bundesweite Sicherungsmassnahme (vorher teilweise: prov. Pfändung))

III. Arrestrecht

neuer Arrestgrund

Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG: „... wenn der Gläubiger gegen den Schuldner einen **definitiven Rechtsöffnungstitel** besitzt.“

- **vollstreckbare** gerichtliche Entscheide (Art. 80 I SchKG) inkl. Verfügungen, Urteilssurogate, Schiedsgerichtsentscheide und vollstreckbare öff. Urkunden
- zu unterscheiden zwischen **formeller Rechtskraft** und **Vollstreckbarkeit** !

III. Arrestrecht

- Vollstreckbarkeit (vgl. auch Art. 336 ZPO):
 - Vollstreckbarkeit: tritt grundsätzlich mit formeller Rechtskraft ein.
Jedoch:
 - RM-Instanz kann Vollstreckung eines rk-Entscheides aufschieben
 - 1.instanz. beschwerdefähige Entscheide
 - 2.instanz. kant. Entscheide (vgl. Art. 103 BGG)
 - RM-Instanz kann Vollstreckung eines noch nicht rk-Entscheides bewilligen (→ 1.instanzl. berufungsfähige Entscheide)

III. Arrestrecht

– Aufhebung des Arrests bei r'zeitiger Arresteinsprache (nebst RM im Erkenntnisverfahren) → **Kosten**;

vgl. dazu **BGer 5A_83/2012**; zur amtl. Publikation vorges.):

Die Gutheissung einer Arresteinsprache bedeutet, dass der Arrest ungerechtfertigt und damit widerrechtlich war. Bei einem ungerechtfertigten Arrest haftet der Gläubiger dem Schuldner, selbst wenn die Einsprache in einem summarischen Verfahren beurteilt wurde

- anwaltliche Beratung
(Arrestmöglichkeiten, Arrestgefahren, Alternativen)

III. Arrestrecht

- **schweizweiter Arrest**
 - Kompetenz des Arrestrichters ausgeweitet (Erlass von Arrestbefehlen in der ganzen Schweiz)
- **örtliche Zuständigkeit:** Gericht am **Betreibungsort [neu]** oder am Ort der Vermögensgegenstände (Art. 272 Abs. 1 SchKG)

„Forum shopping“; anwaltliche Beratung

III. Arrestrecht

➤ Rechtsprechung:

- **BGE 138 III 636 ff.:** Verfahren der Einsprache gg den Arrestbefehl; Beweis, zulässiges Beweismittel (E.4)
 - Beweismittelbeschränkung im Summarverfahren gilt grundsätzlich auch im Einspracheverfahren (→ Urkundsbeweis; vgl. Art. 254 Abs. 2 ZPO !); in casu: Parteigutachten nicht als genügendes Beweismittel
- **BGE 138 III 382 ff.:** ein nicht materiell rechtskräftiger Arrestentscheid ist der Revision gem. Art. 328 ff. ZPO nicht zugänglich

III. Arrestrecht

➤ Rechtsprechung:

- **BGer 5A_622/2012**: Bestätigung eines Entscheids des OGer ZH, wonach Arrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 („Ausländerarrest“) bewilligt wurde, obwohl Betreuung des Schuldners am Spezialdomizil nach Art. 50 Abs. 2 SchKG möglich
- **BGer 5A_355/2012** (zur amtl. Publikation vorges.):
Entscheid eines staatl. Gerichts ausserhalb des LugÜ–Bereichs als def. Rö-Titel und somit Arrestgrund gem. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6; vorfrageweise Prüfung der Voraussetzungen des Exequaturs (→ vgl. Beilage 3)

III. Arrestrecht

➤ Rechtsprechung:

- **BGE 138 III 528 ff.:** Prosektionsbetreibung; Fall, in welchem der Zahlungsbefehl nicht zugestellt werden konnte und der Gläubiger sich gegen die entsprechende Mitteilung nicht wehrte: Dahinfallen des Arrests mangels erfolgreicher Prosequierung ! → Gläubiger muss am Ball bleiben !
Fristenfragen
- **BGer 5A_866/2012:** Gutheissender Beschwerdeentscheid des BGer mit Rückweisung an VI als def. Rö-Titel für Kosten- und Entschädigungsfolgen im Bundesgerichtsverfahren und somit Arrestgrund i.S.v. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG

III. Arrestrecht

- **weitere Hinweise:**
 - Arrestlegung nach Art. 271 I Ziff. 6 ist auch zulässig, wenn Betreibungsverfahren bereits hängig ist.
 - Ein Arrestbegehren kann auch gleichzeitig mit einem RÖ-Begehren eingereicht werden
 - Art. 278 III Satz 1: Beschwerde gegen Einspracheentscheid, und zwar streitwertunabhängig

IV. Vollstreckbare öffentliche Urkunde (Art. 347 ff. ZPO)

Art. 347 ZPO Vollstreckbarkeit (→ vgl. Beilage 4)

Öffentliche Urkunden über Leistungen jeder Art können wie Entscheide vollstreckt werden, wenn:

- a. die verpflichtete Partei in der Urkunde ausdrücklich erklärt hat, dass sie die direkte Vollstreckung anerkennt;
- b. der Rechtsgrund der geschuldeten Leistung in der Urkunde erwähnt ist; und
- c. die geschuldete Leistung:
 1. in der Urkunde genügend bestimmt ist,
 2. in der Urkunde von der verpflichteten Partei anerkannt ist, und
 3. fällig ist.

IV. Vollstreckbare öffentliche Urkunde (Art. 347 ff. ZPO)

Art. 348 ZPO Ausnahmen

Nicht direkt vollstreckbar sind Urkunden über Leistungen:

- a. nach dem Gleichstellungsgesetz vom 24. März 1995;
- b. aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht;
- c. nach dem Mitwirkungsgesetz vom 17. Dezember 1993;
- d. aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1989;
- e. aus Konsumentenverträgen (Art. 32)

IV. Vollstreckbare öffentliche Urkunde (Art. 347 ff. ZPO)

Art. 349 ZPO Urkunde über eine Geldleistung

Die vollstreckbare Urkunde über eine Geldleistung gilt als definitiver Rechtsöffnungstitel nach den Artikeln 80 und 81 SchKG.

- def. Rechtsöffnung
- Arrestgrund (Art. 271 I Ziff. 6 SchKG)

IV. Vollstreckbare öffentliche Urkunde (Art. 347 ff. ZPO)

Art. 351 ZPO Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht

¹ Die verpflichtete Partei kann Einwendungen gegen die Leistungspflicht nur geltend machen, sofern sie sofort beweisbar sind.

Art. 352 ZPO Gerichtliche Beurteilung

Die gerichtliche Beurteilung der geschuldeten Leistung bleibt in jedem Fall vorbehalten. Insbesondere kann die verpflichtete Partei jederzeit auf Feststellung klagen, dass der Anspruch nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist

IV. Vollstreckbare öffentliche Urkunde (Art. 347 ff. ZPO)

- Keine Vollstreckungsgarantie
- Jed. hohe Hürden für Schulder in Rö und umgekehrte Parteirollen im Zivilprozess (SchKG 85a und Rückford.klage nach SchKG 86; keine Aberkennungsklage gem. SchKG 83 II)!
- synallagmatische Verträge: Situation des Käufers oder Werkbestellers schwierig bei Mängelrügen/Zahlungsrückbehalt

V. Rechtsschutz in klaren Fällen (Art. 257 ff. ZPO)

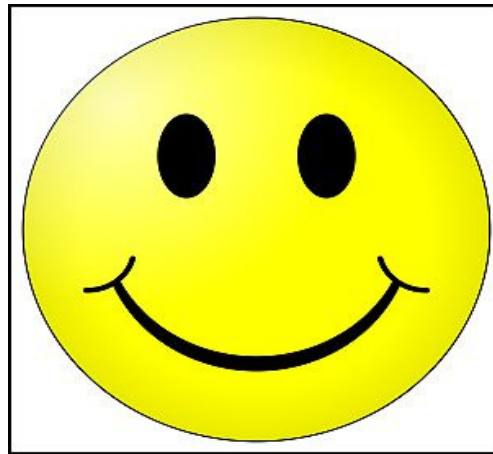
Art. 257 ZPO

¹ Das Gericht gewährt Rechtsschutz im summarischen Verfahren, wenn:

- a. der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar ist; und
- b. die Rechtslage klar ist.

² Ausgeschlossen ist dieser Rechtsschutz, wenn die Angelegenheit dem Oficialgrundsatz unterliegt.

**Besten Dank für Ihre
Aufmerksamkeit**



Fragen/Diskussion



Dr. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, LL.M.

Baur Hürlimann AG

Rechtsanwälte

Bahnhofplatz 9

CH-8001 Zürich

Tel.: +41 44 218 77 77

Fax: +41 44 218 77 70

www.bhlaw.ch

daniel.hunkeler@bhlaw.ch