

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Herausgegeben von:

Alexander R. Markus

Stephanie Hrubesch-Millauer

Rodrigo Rodriguez



Stämpfli Verlag

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche



A handwritten signature or set of initials, possibly 'JL' or 'JLH', written in a stylized, cursive font.

Alexander R. Markus
Stephanie Hrubesch-Millauer
Rodrigo Rodriguez
(Herausgeber)

Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche

Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz

Zina Conrad
Michaela Eichenberger
Melanie Huber-Lehmann
Dominik Milani
Ilija Penon
Denise Weingart
Daniel Wuffli
(Co-Herausgeber)



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2018
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-2289-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

Judocu ISBN 978-3-0354-1529-2



Verfahrenscoordination

INGRID JENT-SØRENSEN: Prof. Dr. iur., Ersatzrichterin Obergericht des Kantons Zürich, Titularprofessorin Universität Zürich/HANS REISER: Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	503
II.	Schuldneranweisung	505
III.	Betreibung für mehrere Forderungen	509
IV.	Betreibungs- und Rechtsöffnungsbegehren von mehreren Gläubigern oder gegen mehrere Schuldner	511
V.	Arrestlegung und Pfändung auf Vermögenswerte an verschiedenen Orten	512
VI.	Klagefristansetzungen als Mittel der Koordination von SchKG-Klagen	514
VII.	Konkurseröffnungen bei mehreren pendenten Konkursbegehren	516
VIII.	Kollokation und hängige Zivilstreitigkeiten	518
IX.	Verfahrenscoordination aus finanziellen Gründen	519
X.	Schlussfolgerung	520
	Literaturverzeichnis	521

I. Einleitung

Zivilprozesse sind in aller Regel Zweiparteienverfahren und auch im Betreibungsverfahren stehen sich – zumindest zunächst – Gläubiger und Schuldner gegenüber. Klar ist, dass mehrere Beziehungen zwischen den gleichen Beteiligten einer besonderen Regelung bedürfen. Das Zivilprozessrecht wie das SchKG sehen Mechanismen vor, wie verschiedene Verfahren zwischen den gleichen Personen und auch Verfahren zwischen mehreren Personen (nach Wunsch) koordiniert werden können bzw. sogar zwingend koordiniert werden müssen. Diesbezüglich ist erforderlich, dass die mehreren Verfahren an die gleiche Instanz gebracht werden können, was von der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit abhängig ist. Was geschieht aber mit Verfahren, für die es nicht die gleichen Zuständigkeiten gibt oder die nicht zwischen den (genau) gleichen Beteiligten stattfinden, aber gleichwohl ein verschieden intensives Koordinationsbedürfnis besteht? Ziel dieser Darstellung ist es, diesen Fragen nachzugehen. Nicht besonders behandelt werden die Sammelklagen, die aus einem Koordinationsbedürfnis heraus entstanden sind, aber bisher keinen Eingang ins schweizerische Zivilprozessrecht gefunden haben. Ebenso

wenig behandelt werden Verbandsklagen i.S.v. Art. 89 ZPO, die mit einer ähnlichen Motivation zur Verfolgung von Rechtsschutzanliegen ihrer Mitglieder geschaffen wurden.

Eine Beteiligung aller gemeinsam Berechtigten und Verpflichteten am gleichen Verfahren kann aus Gründen des materiellen Rechts erforderlich sein.¹ Beteiligen sich nicht alle notwendigen Streitgenossen am gleichen Verfahren, ist die Klage wegen fehlender Aktivlegitimation abzuweisen.² Es muss dann aber in der Sache entschieden werden, wenn es später zu einem Verfahren kommt, an dem alle teilnehmen. Kann eine Frage nur im einen Sinn entschieden werden, z.B. über die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses i.S.v. Art. 706 Abs. 5 OR, so müssen alle angehobenen einzelnen Verfahren koordiniert werden und das Ergebnis gilt für alle vom Entscheid letztlich Betroffenen, auch wenn diese sich nicht am Prozess beteiligt haben. Der Kreis der ursprünglich Prozessierenden kann mit der sog. Hauptintervention um den behaupteten Prätendenten erweitert werden,³ was dazu führt, dass der Anspruch mit Blick auf drei beteiligte Parteien geklärt werden kann.

Nebenintervention und Streitverkündung⁴ bewirken keine Koordination verschiedener Verfahren, sondern sind eine Art Rückversicherung für Regresskonstellationen und dgl. Die kaum zur Anwendung gelangende Streitverkündungsklage soll hingegen ein echtes Mehrparteienverfahren ermöglichen.⁵

Eine koordinative Funktion hat die Vereinigung⁶ und kann die Sistierung⁷ mit Blick auf den Ausgang anderer zivilrechtlicher oder auch öffentlich-rechtlicher Verfahren haben. Die Sistierung ist nur dann angebracht, wenn das Ergebnis des einen Verfahrens im Rahmen des anderen Verfahrens überhaupt von Bedeutung ist. Nach herrschender Ansicht wird davon ausgegangen, dass das Zuwarten entbehrlich sein kann, wenn das befassende Gericht in der Lage ist, Vorfragen selber zu beantworten.⁸ Das kann dann allerdings nicht verhindern, dass die «Vorfrage» vom dafür hauptzuständigen Gericht anders entschieden werden kann. Der im Verhältnis zum «Vorfragen-Urteil»

¹ KuKo ZPO-TANJA DOMEJ, N. 1–3 zu Art. 70; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Rz 41 zu § 13; SUTTER-SOMM, Rz 221.

² KuKo ZPO-TANJA DOMEJ, N. 10 zu Art. 70; SUTTER-SOMM, Rz 218.

³ Art. 73 ZPO. Das angerufene Gericht muss isoliert betrachtet nicht örtlich und sachlich zuständig sein, sondern Abs. 1 schafft eine entsprechende Zuständigkeit (KuKo ZPO-TANJA DOMEJ, N. 7 zu Art. 73; TARKAN GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, N. 16 zu Art. 73).

⁴ Art. 74–78 ZPO.

⁵ KuKo ZPO-TANJA DOMEJ, N. 2 zu Art. 81 ZPO; DANIEL SCHWANDER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO-Komm., N. 11 zu Art. 81, der auf den Vorteil hinweist, dass zwei Prozesse in einem erledigt werden können.

⁶ Art. 125 lit. c ZPO.

⁷ Art. 126 Abs. 1 ZPO.

⁸ GULDENER, Anm. 4 auf S. 155.

dadurch entstehende Widerspruch lässt sich im Nachhinein beheben, wenn die Divergenz noch im Rechtsmittelverfahren des «Vorfragen-Urteils» eingebracht und berichtigt werden kann, was von einer (rein zufälligen) zeitlichen Nähe abhängig ist. Eine Revision, um im Nachhinein die Vorfrage auf den Entscheid der hauptzuständigen Instanz abzustimmen, muss ausgeschlossen sein.⁹

Koordinative Funktion können auch Klagen in einfacher Streitgenossenschaft haben, indem mit Klagen Mehrerer oder mit Klagen gegen Mehrere rechtlich an sich voneinander unabhängige aber sachlich zusammenhängende Klagen zusammengefasst werden können.¹⁰ Weil die (einfachen) Streitgenossen den Prozess unabhängig voneinander führen können,¹¹ kann es dann allerdings doch zu abweichenden Urteilen kommen.¹²

Im Nachfolgenden werden wir einige Fälle aufzeigen, in denen Koordinationsfragen eine Rolle spielen. Entsprechend dem Tätigkeitsgebiet von JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ sind es Fälle aus dem Gebiet des SchKG oder mit einem entsprechenden zwangsvollstreckungsrechtlichen Bezug.

II. Schuldneranweisung

Mit der Schuldneranweisung¹³ wird ein Dritter, bei dem der pflichtvergessene Unterhaltsschuldner (im Folgenden vereinfachend am Beispiel eines Vaters aufgezeigt) seinerseits ein Guthaben hat, angewiesen, seine Schuld beim Unterhaltsberechtigten zu begleichen. In der Regel handelt es sich beim Dritten um den Arbeitgeber des Vaters und die Anweisung betrifft seinen Lohn; der Arbeitgeber des Vaters kann die von der Anweisung umfasste Lohnquote mit befreiender Wirkung lediglich noch an das Kind bzw. an seine gesetzliche Vertretung leisten. Gibt es nur eine Anweisung an den Arbeitgeber und gibt

⁹ Vgl. Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO («ausgeschlossen sind Tatsachen, die erst nach dem Entscheid entstanden sind»). Dass der rechtskräftige Entscheid mit der Vorfrage wieder – nunmehr mit Bindung an den Entscheid der hauptzuständigen Instanz – neu entschieden werden kann, ist zu verneinen, weil dies den Nutzen der Vorfragenbeurteilung grundsätzlich in Frage stellen würde. Das Mittel der Wahl könnte hier einzig die Sistierung mit all ihren Nachteilen sein (insbes. ein Konflikt mit dem Beschleunigungsgebot von Art. 29 Abs. 1 BV).

¹⁰ Art. 71 ZPO; KuKo ZPO-TANJA DOMEJ, N. 1 zu Art. 71 ZPO.

¹¹ Art. 71 Abs. 3 ZPO.

¹² KuKo ZPO-TANJA DOMEJ, N. 9–11 zu Art. 71 ZPO.

¹³ Art. 132 Abs. 1 ZGB (Scheidung), Art. 177 Abs. 1 ZGB (Eheschutz), Art. 291 ZGB (Kinderunterhalt), Art. 13 Abs. 3 PartG. Die Anweisung kann sowohl für bereits festgesetzte Unterhaltsbeiträge wie auch für erst noch festzusetzende Unterhaltsbeiträge verlangt werden (vgl. STEINER, Rz 111).

es keine Betreibungen gegen den Vater, in denen der Lohn gepfändet wird, stellen sich keine Koordinationsfragen.¹⁴

An dieser Stelle soll vorab die Behandlung der Unterhaltsbeiträge in Betreibungen mit Lohnpfändungen in Erinnerung gerufen werden. Dem Schuldner muss gemäss Art. 93 Abs. 1 SchKG das Erwerbseinkommen insofern belassen werden, als es für ihn und seine Familie notwendig ist. Leben Kinder mit dem Schuldner zusammen, so sind ihre Bedürfnisse in seinem Notbedarf zu berücksichtigen.¹⁵ Erbringt der betriebene Schuldner seinen Beitrag an den Unterhalt der Kinder mit Unterhaltsbeiträgen, so sind diese in sein Existenzminimum einzurechnen, ausser er wäre seinen Zahlungspflichten in der Zeit vor der Pfändung nicht nachgekommen. Nimmt er in der Folge die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge (wieder) auf, so führt dies – zu Lasten der Pfändungsgläubiger, für die das Einkommen gepfändet war – zu einer Revision der Pfändung.¹⁶

Für den Fall, dass eine Anweisung zeitlich vor einer Lohnpfändung erlassen wurde, geht das Bundesgericht vom Vorrang der Anweisung aus. Kommt es bei einer bereits bestehenden Lohnpfändung nachträglich zu einer Anweisung, so ist die laufende Lohnpfändung zu revidieren.¹⁷ STEINER¹⁸ weist in diesem Zusammenhang zu Recht auf die Tatsache hin, dass bei einer Lohnpfändung die von einem Betreibungsschuldner bezahlten Unterhaltsbeiträge in sein Existenzminimum eingerechnet werden und deshalb für die «gewöhnlichen» Pfändungsgläubiger im Rahmen der Lohnpfändung auch nicht zur Verfügung stehen. Im Ergebnis gehen die Unterhaltsverpflichtungen, gleichgültig ob sie vom Schuldner freiwillig erfüllt oder ob sie mit der Anweisung «zwangsweise» durchgesetzt werden, den Ansprüchen der Betreibungsgläubiger vor.

Hat ein Gericht einem Arbeitgeber die Anweisung erteilt, einen Teil des Lohnes seines Arbeitnehmers für den Unterhalt von dessen Kindern an deren Mutter zu bezahlen und weist ein Betreibungsamt den gleichen Arbeitgeber an, einen Teil des Lohnes wegen einer Lohnpfändung an das Betreibungsamt abzuliefern, kann das mangels Koordination der beiden Massnahmen dazu führen, dass in das Existenzminimum des Arbeitnehmers eingegriffen wird und es stellt sich die Frage, wie und durch wen mittels Koordination Abhilfe geschaffen werden kann. Folgt die Lohnpfändung einer beim Arbeitgeber

¹⁴ STEINER, S. 408.

¹⁵ Insbesondere zusätzlicher Grundbetrag pro Kind, Krankenkassenbeiträge, allfällige besondere Schulungskosten (vgl. KuKo SchKG-JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, N. 26, N. 36 ff. zu Art. 93).

¹⁶ Art. 93 Abs. 3 ZPO; KuKo SchKG-JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, N. 71 f. zu Art. 93.

¹⁷ BGE 110 II 9 E. 4b = Pra 73/1984 Nr. 157 S. 428.

¹⁸ STEINER, S. 417.

angeordneten Anweisung nach, so wird die nunmehr (zwangsläufig) vorgenommene Unterhaltszahlung ins Existenzminimum des Vaters eingerechnet, wie sie es auch würde, wenn keine Anweisung vorläge und der Unterhalt freiwillig bezahlt würde. Folgt die Anweisung einer bereits vollzogenen Lohnpfändung nach, so muss die bestehende Lohnpfändung revidiert werden, weil die vorher nicht erfüllten Unterhaltspflichten bisher nicht berücksichtigt werden konnten, neu nun aber (zwangsläufig) bezahlt werden, so dass einer Berücksichtigung nichts mehr im Wege steht.¹⁹ Die Revision der Pfändung wird entweder vom Vater verlangt werden oder der Arbeitgeber wird sich beim Betreibungsamt melden, ganz besonders wenn die abzuliefernden Beträge höher sind als der auszubezahlende Lohn. Die Anpassung von Lohnpfändungen hat – unabhängig von einem Antrag des Schuldners – gemäss Art. 93 Abs. 3 SchKG von Amtes wegen zu erfolgen. Angesichts des Verhältnisses zwischen Anweisung und Pfändung wird das Betreibungsamt nicht nur die Lohnpfändung zu revidieren, sondern auch den Betrag zurückzuerstatten haben, der vom Arbeitgeber unter Verletzung des Existenzminimums dem Betreibungsamt abgeliefert werden musste.

In BGE 137 III 193, wo es um einen Schuldner von Unterhaltsbeiträgen ging, der wegen einer Lohnpfändung bereits am Existenzminimum lebte, wurde festgehalten, dass gegebenenfalls das urteilende Gericht die Schuldneranweisung mit der Lohnpfändung zu koordinieren habe. Wie das praktisch geschehen soll, ist nicht ersichtlich und wird vom Bundesgericht auch nicht erklärt. Richtigerweise hat das Gericht die Schuldneranweisung ohne Rücksicht auf eine allfällige Lohnpfändung zu erlassen. Sofern es von einer pendenten Lohnpfändung überhaupt weiss, ist zu befürworten, dass das Gericht – um eine Koordination zu ermöglichen – dem Betreibungsamt Mitteilung von der erfolgten Anweisung macht, damit dieses die Lohnpfändung gemäss Art. 93 Abs. 3 SchKG revidiert.

Schwierigere Koordinationsfragen stellen sich, wenn gegen den Vater von zwei oder mehreren Kindern, die nicht die gleiche Mutter haben,²⁰ Schuldneranweisungen ergehen (sollen). Ausser bei Begehren in einer ganz zufälligen zeitlichen Nähe und beim gleichen Gericht,²¹ die es erlauben, die Verfah-

¹⁹ Vgl. für den Kanton Zürich die Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, Ziff. III./4. «rechtlich (...) geschuldete (...) Unterhaltsbeiträge» (vgl. KuKo SchKG-JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, N. 13 und 48 zu Art. 93).

²⁰ Da der Elternteil, der die Obhut hat, die Unterhaltsbeiträge für die Kinder einfordert, ergibt sich bei Geschwistern die Verfahrenskoordination rein faktisch durch die Vertretung durch die gleiche Person.

²¹ Der Gerichtsstand von Art. 26 ZPO («Wohnsitz einer der Parteien») erschwert dies, weil die Parteien in aller Regel den Gerichtsstand am eigenen Wohnsitz wählen, so dass der Wohnsitz des gemeinsamen Vaters als Gerichtsstand zwar zur Verfügung steht, jedoch kaum relevant wird.

ren (im Sinne einer einfachen Streitgenossenschaft) zu vereinigen, wird regelmässig über das zeitlich zuerst gestellte Anweisungsbegehren bereits entschieden sein, bis das zweite Begehren gestellt wird. Die rechtskräftige Erledigung des ersten Begehrens bindet nicht nur die Parteien, sondern auch das Gericht, so dass dieses von sich aus nicht auf den gefällten Entscheid zurückkommen kann. Diejenige Partei, die die verlangte Anweisung erhalten hat, hat keinen Anlass, diese von sich aus – mit einer Abänderung zu eigenen Ungunsten – wieder zur Diskussion zu stellen. Interessiert an der Abänderung der ersten Anweisung kann damit nur der Vater und Alimentenschuldner selber sein. Um eine Verfahrenskoordination zu erreichen, kann er – nachdem ein zweites Begehren gegen ihn gestellt worden ist – im ersten (abgeschlossenen) Verfahren eine Abänderung verlangen, womit – jedenfalls bei gleicher Zuständigkeit für das abzuändernde und das neue Begehren – eine Vereinigung möglich sein dürfte, auch wenn der Vater im einen Verfahren Gesuchsteller und im anderen Gesuchsgegner wäre. Ist eine Vereinigung nicht möglich, stellt sich die Frage, wie das Gericht im zweiten Gesuchsverfahren vorgeht. Den bereits angewiesenen Beitrag als nicht mehr zur Verfügung stehend zu berücksichtigen, würde den Gleichbehandlungsanspruch der Kinder des gleichen Vaters verletzen, wenn seine finanziellen Verhältnisse es nicht zulassen, den (bereits erteilten und den noch zu erteilenden) Anweisungen ohne Eingriff in sein Existenzminimum nachzukommen. Da eine allfällige Herabsetzung der ersten Anweisung jedoch nur vom Vater erreicht werden kann, ist es richtiger, bei der zweiten Anweisung sein Existenzminimum zu verletzen und ihn so indirekt zu veranlassen, die erste Anweisung revidieren zu lassen. Sachgerechter wäre es, wenn das Gericht der zweiten Anweisung dem Vater eine Frist ansetzen würde, um die Abänderung der ersten Anweisung einzuleiten,²² was gegebenenfalls eine unmittelbare Koordination und damit eine gleichzeitige Beurteilung erlauben würde.

Das Vorstehende soll an folgendem Beispiel erläutert werden. Der Arbeitgeber von Vater S wurde in einem ersten Verfahren angewiesen, von dessen Lohn monatlich Fr. 900.– für das Kind A zu überweisen. Angenommen Vater S verdiene Fr. 5'200.– netto pro Monat und habe ein Existenzminimum von Fr. 3'600.–, so verbleiben ihm Fr. 4'300.–, was sein Existenzminimum nicht verletzt. Wird für das Kind B, dem gerichtlich ein Unterhaltsbeitrag von ebenfalls monatlich Fr. 900.– zugesprochen wurde, ein Anweisungsbegehren gestellt, so könnte dieses bei Berücksichtigung der ersten Anweisung lediglich im Betrage von Fr. 700.– pro Monat gutgeheissen werden. Das hier bevorzugte Vorgehen der Gutheissung der Anweisung für die ganze zweite

²² Die Ansetzung von Klagefristen ist in der Regel als Klageprovokation verpönt. Im Rahmen der Zwangsvollstreckung ist sie jedoch eine gängige Methode, um die Rechtsdurchsetzung zu koordinieren. Dazu unten VI. zur Klagefristansetzungen als Mittel der Koordination bei SchKG-Klagen.

Unterhaltsforderung verletzt das Existenzminimum des Vaters S um Fr. 200.–. Bei der (von S in der Folge zu verlangenden) Korrektur der ersten Anweisung stellt sich allerdings wieder das gleiche Problem, nämlich, dass die Korrektur nur für das jeweilige Verfahren erfolgen kann. Das richtige Resultat, dass die Anweisung pro Kind – vorbehaltlich eines (gegebenenfalls reduzierten²³ Existenzminimums) – für je Fr. 800.– erteilt wird, lässt sich deshalb auch so nicht erreichen. Vorgeschlagen wird, dass die zweite Anweisung für zunächst Fr. 900.– erteilt wird, dass aber bereits in jenem Entscheid angeordnet wird, dass sich der Betrag nach einer Herabsetzung der Anweisung für das Kind A auf Fr. 800.– ebenfalls auf Fr. 800.– reduziert.²⁴

III. Betreuung für mehrere Forderungen

Trotz des Wortlautes von Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG («Forderungssumme») können auch mehrere Forderungen gleichzeitig mit einem einzigen Begehren in Betreuung gesetzt werden, so dass dafür dann auch nur ein Zahlungsbefehl ausgestellt wird.²⁵ Das ist an sich unbestritten und führt zu Gebührenersparnissen und gegebenenfalls auch zu einer Koordination in der nachfolgenden Rechtsöffnung. BGE 141 III 173 E. 2.2.1 betrifft einen solchen Fall, in dem mit dem gleichen Begehren 15 Kleinstforderungen von je unter Fr. 10.– (Total Fr. 94.90) sowie 25 weitere Kleinforderungen (14 Forderungen weit unter Fr. 50.– und eine Forderung von Fr. 477.60, Total Fr. 906.20)²⁶ in Betreuung gesetzt wurden.

Wichtig ist bei einer Betreuung für mehrere Forderungen, dass für den Schuldner die einzelnen Forderungen klar ersichtlich sind, da er problemlos erkennen können muss, wogegen er allenfalls Rechtsvorschlag erheben will,

²³ Nach der Praxis zur Lohnpfändung gemäss SchKG ist in Betreibungen von Alimenten-gläubigern zulässig, das Existenzminimum des Unterhaltsverpflichteten verhältnismässig zu kürzen (vgl. dazu im Einzelnen KuKo SchKG-JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, N. 64 f. zu Art. 93). Diese Praxis sollte auch von den Gerichten in Anweisungsfällen übernommen werden, weil es sich gemäss Bundesgericht (BGE 137 III 193 E. 1.1) um eine «privilegierte Zwangsvollstreckungsmassnahme sui generis» handelt. Das Koordinationsbedürfnis stellt sich hier in gleicher Weise.

²⁴ Eine rein technische, aber auch noch zu lösende Frage ist dann, wie dem Arbeitgeber mitgeteilt wird, was genau er wem nun zu bezahlen hat.

²⁵ Statt aller: SK SchKG-ILIJIA PENON/MARC WOHLGEMUTH, Zürich 2017, N. 24 zu Art. 67.

²⁶ Gemäss Art. 16 GebV SchKG kosten Zahlungsbefehle bis Fr. 100.– Fr. 7.–, von über Fr. 100.– bis Fr. 500.– Fr. 20.–, von über Fr. 500.– bis Fr. 1'000.– Fr. 40.– und von über Fr. 1'000.– bis Fr. 10'000.– Fr. 60.–. Die gemeinsame Betreuung für alle Forderungen ergab somit eine Forderungssumme von Fr. 1'001.10 und kostete damit Fr. 60.–, während die 40 Betreibungen 24 x Fr. 7.– und 1 x Fr. 20.–, mithin insgesamt Fr. 188.– gekostet hätten.

was jedenfalls dann gesichert ist, wenn die in Betreibung gesetzten Forderungen je einzeln (je mit Zins und Zinsenlauf) aufgelistet werden.²⁷ In neuerer Zeit ist eine Kontroverse zur Frage entstanden, wie viel einzelne Forderungen in den gleichen Zahlungsbefehl «gepackt» werden dürfen. In E. 2.2.1 des genannten Bundesgerichtsentscheides wird dazu ausgeführt, dass das Betreibungsamt ein einziges Betreibungsbegehren für eine Mehr- oder Vielzahl von Forderungen nicht zurückweisen dürfe, nur weil die Formulare nicht dafür eingerichtet seien oder weil dem Staat dadurch Gebühren entgingen. Unter Bezugnahme auf die elektronischen Begehren gemäss Art. 33a Abs. 1 SchKG und Art. 3 Abs. 1 VFRR wurden in Art. 2 Abs. 1 der Verordnung des EJPD über die vom Gläubiger zu stellenden Begehren im Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren vom 24. November 2015²⁸ die Anzahl Forderungen pro Betreibungsbegehren auf zehn beschränkt.²⁹ Ob die als Reaktion erlassene Verordnungsbestimmung eine genügende Rechtsgrundlage für die Einschränkung bildet, ist zu bezweifeln.³⁰

Eine andere Frage ist, inwieweit die in einer einzigen Betreibung zusammengefassten einzelnen Forderungen noch ein eigenes betreibungsrechtliches Schicksal haben können. Ausgangspunkt muss Art. 74 Absatz 2 SchKG sein, wonach eine in Betreibung gesetzte Forderung auch teilweise bestritten werden kann. Ist dies bei einer einzigen Forderung zulässig, so muss dies auch bezüglich einer oder mehrerer einzelner Forderung/en in einem «Sammelzahlungsbefehl» zulässig sein. Das rechtfertigt sich auch, weil nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger sich für ein einheitliches Betreibungsbegehren entscheidet. Es ist davon auszugehen, dass dann die Betreibung bezüglich der vom Schuldner nicht bestrittenen Forderungen unmittelbar fortgesetzt werden kann, während bezüglich der anderen zuerst der Rechtsvorschlag beseitigt werden muss. In der Literatur ist die Frage diskutiert worden, ob eine Betreibung auch ohne Widerstand des Schuldners nur für einen Teil fortgesetzt werden kann. Dies wird bejaht, aber die Meinung vertreten, dass dies in der hängigen Betreibung als Verzicht auf den nicht fortgesetzten Teil anzusehen ist, was offenbar auf den Kommentar von JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN³¹ zurückgeht und von WINKLER³² sowie VOCK/AEPLI-WIRZ³³ über-

²⁷ Vgl. das Beispiel von BGE 141 III 173. Nicht undenkbar, wenn auch weniger übersichtlich, ist allerdings auch eine andere Darstellung (Gesamtforderungssumme mit angefügter Erklärung, aus welchen einzelnen Forderungen sich die Gesamtsumme zusammensetzt).

²⁸ SR 281.311.

²⁹ Zur Kritik an dieser Regelung vgl. PETER, S. 27; SK SchKG-ILJA PENON/MARC WOHLGEMUTH, N. 24 zu Art. 67.

³⁰ Vgl. in diesem Sinne OGer ZH, 15.02.2017, PS160235 (www.gerichte-zh.ch).

³¹ JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N. 6 zu Art. 88 SchKG.

³² KuKo SchKG-THOMAS WINKLER, N. 12 zu Art. 88.

³³ SK SchKG-DOMINIK VOCK/MARTINA AEPLI-WIRZ, N. 13 zu Art. 88.

nommen wird. Wird diese Ansicht entsprechend auf eine einzige Betreibung mit mehreren Forderungen übertragen, so muss das Ergebnis gleich sein und die Fortsetzung der Betreibung kann ohne Einbussen nur insgesamt erfolgen. Auch hier würde dann der Grundsatz von «alles oder nichts» gelten.

IV. **Betreibungs- und Rechtsöffnungsbegehren von mehreren Gläubigern oder gegen mehrere Schuldner**

Jedenfalls im Rahmen des Einleitungsverfahrens sind Zwangsvollstreckungen grundsätzlich Zweiparteienverfahren. Eine gemeinsame Betreibung von zwei oder mehreren Gläubigern gegen einen gemeinsamen Schuldner ist dann erforderlich, wenn die in Betreibung gesetzte Forderung den mehreren Gläubigern gemeinsam zusteht, z.B. mehreren Erben vor der Erbteilung gegen einen Schuldner des Erblassers (Art. 602 Abs. 1 ZGB), Guthaben mehrerer einfacher Gesellschafter (Art. 544 Abs. 1 OR),³⁴ etc. Das beruht auf der Tatsache, dass gemeinschaftliche Vermögenswerte nicht von einem der (Gesamt-)Berechtigten allein geltend gemacht werden können, so dass sie – basierend auf der Vorgabe des materiellen Rechts – auch gemeinsam betreiben müssen.³⁵ Gemeinsam Betreibung einleiten können auch Gläubiger, die gegen einen Schuldner eine Solidarforderung haben.³⁶ Will ein Gläubiger mehrere Solidarschuldner betreiben, sind dazu gesonderte Betreibungsbegehren nötig³⁷ und es sind gemäss Art. 70 Abs. 2 SchKG je separate Zahlungsbefehle auszustellen. Eine Ausnahme kann für den exotischen Fall gemacht werden, dass zwei Solidarschuldner, die den gleichen gesetzlichen Vertreter haben, persönlich betrieben werden sollen, z.B. Geschwister für einen Jugendstreich mit üblen Folgen.³⁸

³⁴ BGE 71 II 164 ff.

³⁵ GILLIÉRON, N. 25 zu Art. 67.

³⁶ BSK SchKG I-KARL WÜTHRICH/PETER SCHOCH, N. 15 zu Art. 70; SK SchKG-DOMINIK VOCK/MARTINA AEPLI-WIRZ, N. 11 zu Art. 70. Solidarforderungen entstehen praktisch ausschliesslich kraft privatrechtlicher Vereinbarung, vorwiegend bei Gemeinschaftskonten.

³⁷ BSK SchKG I-SABINE KOFMEL EHRENZELLER, N. 30 zu Art. 67 mit Hinweis auf das Formular Nr. 1; BSK SchKG I-KARL WÜTHRICH/PETER SCHOCH, N. 12 f. zu Art. 70, die auf die Schwierigkeiten bei der Durchführung der Pfändung hinweisen, ausser es gebe ein Sondervermögen, aus dem Befriedigung gesucht werde. Für einen solchen Fall dürfte letztlich die in Art. 49 SchKG vorgesehene Betreibung der Erbschaft den Betreibungsort bezeichnen.

³⁸ Zum gesetzlich vertretenen urteilsfähigen Minderjährigen vgl. BGE 90 II 9, erläutert durch OFTINGER, S. 248–251; vgl. SK SchKG-DOMINIK VOCK/MARTINA AEPLI-WIRZ, N. 10 zu Art. 70.

Wer gemeinsam betreiben kann, muss auch im Falle eines Rechtsvorschlages gemeinsam Rechtsöffnung verlangen können.³⁹ Eine andere Frage ist, ob ein Gläubiger, der mehrere Betreibungen gegen den gleichen Schuldner eingeleitet hat, in objektiver Häufung gemäss Art. 90 ZPO sämtliche Rechtsvorschläge im gleichen Verfahren beseitigen lassen kann. Da auch im summarischen Verfahren nichts gegen die Zulassung von Klagehäufungen spricht⁴⁰ und gemäss Art. 125 lit. b ZPO die Möglichkeit der Trennung von Verfahren besteht, ist dies ohne weiteres zu bejahen. Gleiches muss für eine allfällige Aberkennungsklage i.S.v. Art. 83 SchKG gelten, vorausgesetzt dass dafür die gleichen Zuständigkeiten gegeben sind.

V. Arrestlegung und Pfändung auf Vermögenswerte an verschiedenen Orten

Ein Gläubiger weiss, dass sein Schuldner mit Wohnsitz in Zürich bei der Bank A in Zürich, bei der Bank B in Pontresina und bei der Bank C in Lugano je über Wertschriften in Depots verfügt.⁴¹ Er verlangt am Wohnort Zürich einen Arrest über Fr. 1 Mio. und beantragt die Verarrestierung an allen drei Orten. Das Einzelgericht heisst das Begehren gut und stellt drei Arrestbefehle an die zuständigen Betreibungsämter aus. Nach Arrestvollzug will der Schuldner geltend machen, die drei Depots würden Werte von insgesamt Fr. 1,8 Mio. enthalten, Fr. 500'000.– in Zürich, Fr. 600'000.– in Pontresina und Fr. 700'000.– in Lugano, was gegen das Überverarrestierungsverbot i.S.v. Art. 97 Abs. 2 i.V.m. Art. 275 SchKG verstosse.⁴² Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis können die Banken erst nach Ablauf der Einsprachefrist gemäss Art. 278 SchKG bzw. – falls Einsprache erhoben wurde – erst nach deren rechtskräftiger Abweisung Auskunft über die verarrestierten Vermögenswerte geben.⁴³ Wo und in welchem Zeitpunkt kann der Schuldner eine Überverarrestierung geltend machen?

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Blockierung von Vermögenswerten in einem Umfang, der erheblich über der Arrestschuld liegt, unzulässig und für die Entlassung des zu viel beschlagnahmten Vermögens ist

³⁹ Vgl. VOCK/MÜLLER, S. 133, für die einfache Streitgenossenschaft gemäss Art. 71 ZPO von mehreren Gläubigern, die für eine Solidarforderung gemeinsam betrieben haben.

⁴⁰ KuKo ZPO-INGRID JENT-SØRENSEN, N. 8 zu Art. 252.

⁴¹ Vgl. einen Anwendungsfall aus der Praxis bei www.gerichte-zh.ch, Prozess-Nr. PS160214.

⁴² Vgl. SK SchKG-JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, N. 10 zu Art. 275.

⁴³ BGE 125 III 391.

der Beschwerdeweg zu beschreiten.⁴⁴ Die Geltendmachung mit SchKG-Beschwerde auf der Ebene der Aufsichtsbehörde über das Betreibungsamt ist bei einem von einem einzigen Gericht schweizweit angeordneten Arrest problematisch.⁴⁵ Richtig betrachtet ist nur das Arrestgericht, das die entsprechenden Anordnungen getroffen hat, in der Lage, eine koordinierte Korrektur vorzunehmen, so dass es angezeigt ist, diese für die teilweise «Revokation» infolge Überverarrestierung zuständig zu erklären. Im Stadium unmittelbar nach dem Arrestvollzug weiss nur der Schuldner, nicht aber der Gläubiger und das Betreibungsamt um die vorhandenen Vermögenswerte. Will sich der Schuldner deshalb im Rahmen des Arrestbewilligungsverfahrens gegen die Überverarrestierung zur Wehr setzen, liegt es an ihm, eine Einsprache zu machen, die Bank vom Bankgeheimnis zu entbinden und die Depotverzeichnisse unverzüglich dem Gericht und dem Betreibungsamt zuzustellen. Am Einspracheverfahren ist auch der Gläubiger beteiligt, und er kann verlangen, welche der verarrestierten Vermögenswerte im Rahmen des zulässigen Masses unter Beschlag bleiben sollen. Im Unterschied zu einer Pfändung ist es der Gläubiger (und nicht das Betreibungsamt), der die mit Beschlag zu belegenden Vermögenswerte bezeichnet.⁴⁶ Entsprechend ist es folgerichtig, ihm die Auswahl bei der Entlassung zu überlassen. Würde ein federführendes Amt für die Arrestkoordination bezeichnet,⁴⁷ würde dem Gläubiger die ihm zustehende Wahl verwehrt. Sollte sich aus Gründen, die nicht im Verantwortungsbe- reich des Schuldners liegen, die unmittelbar zu erteilende Auskunft nicht erhältlich machen lassen, ist an eine Korrektur auf dem Weg der Revision gemäss Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO zu denken.⁴⁸ Verpasst der Schuldner aus Gründen, die in seiner Verantwortung liegen, die Einsprachefrist zur Gel- tendmachung der Überverarrestierung, kann er sich im Rahmen der nachfol- genden Pfändung immer noch zur Wehr setzen. Wird nämlich der Arrest durch die Pfändung abgelöst, so gelten die Regeln über die Pfändung, und das Fortsetzungsbegehren ist am Wohnort des Schuldners i.S.v. Art. 46 SchKG zu stellen. Zuständig für die Pfändung (als federführendes Amt) ist das Be- treibungsamt am Wohnort des Schuldners, das rechtshilfewise auch die Pfändungen bezüglich der an anderen Orten gelegenen verarrestierten Ver- mögenswerte vollziehen lässt.⁴⁹ Im vorstehenden Beispiel ist das Zürich. Hat der Schuldner in der Schweiz keinen ordentlichen Betreibungsort – weil er im Ausland wohnt – und wären die in Zürich, Pontresina und Lugano gelegenen

⁴⁴ BGer 5A_225/2009 E. 6.2.

⁴⁵ Jede Aufsichtsbehörde kann nur die ihr unterstellten Ämter beaufsichtigen und das Ausmass der verarrestierten Werte jedes der drei Ämter – gäbe es nur dieses – ist nicht zu beanstanden.

⁴⁶ Art. 272 Ziff. 3 SchKG. Art. 95 SchKG gilt diesbezüglich nicht.

⁴⁷ Vgl. SK SchKG-JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, N. 37 f. zu Art. 275.

⁴⁸ (...) «nachträglich (...) entscheidende Beweismittel findet».

⁴⁹ Art. 89 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 SchKG.

Vermögensgegenstände durch das Einzelgericht in Zürich verarrestiert, so liegt es nahe, das Betreibungsamt am Gerichtsort Zürich gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB im Sinne einer Parallelität zwischen Gerichts- und Betreibungsort für die Pfändung aller verarrestierten Vermögenswerte als zuständig zu erklären. Wurde bei fehlendem schweizerischen Wohnsitz des Schuldners sowohl in Zürich, Pontresina und Lugano je ein separater Arrestbefehl verlangt und erlassen, liegt die betreibungsamtliche Zuständigkeit am jeweiligen Arrestort und es besteht keine Koordinationsmöglichkeit zwischen den unabhängig geführten Verfahren, was allerdings nicht dazu führen darf, dass letztlich mehr bezahlt wird als geschuldet ist, was mit Art. 85 bzw. 85a SchKG durchzusetzen ist. Die an einem Ort durchgeführte Verwertung ermöglicht den Urkundenbeweis der Tilgung in den anderen Betreibungen.

VI. Klagefristansetzungen als Mittel der Koordination von SchKG-Klagen

Klageprovokationen in dem Sinne, dass Frist zur Klage angesetzt wird unter der Androhung, dass der einzuklagende Anspruch verwirkt, wenn die Klage unterbleibt, galten vor der Schweizerischen Zivilprozessordnung als bundesrechtlich problematisch, wurden in einzelnen Kantonen allerdings dennoch zugelassen.⁵⁰ Im Zusammenhang mit den Klagen des SchKG hat der Bundesgesetzgeber diese Vorgehensweise allerdings selber gesetzlich statuiert und das mit gutem Grund. Im Rahmen von Zwangsvollstreckungen müssen Rechte der Parteien und Rechte Dritter geklärt sein, bevor die Verwertung und Verteilung stattfinden kann, so dass es unabdingbar ist, dass sämtliche zu führenden Rechtsstreitigkeiten bis dahin abgeschlossen sind, was nur erreicht werden kann, wenn es Klagefristen gibt,⁵¹ die wahrzunehmen sind. Die Klagefristansetzungen erweisen sich daher als ein probates Mittel der Verfahrenskoordination.

Das SchKG selbst sieht allerdings nicht explizit vor, was die Folge der Nichtwahrnehmung der Klagefrist ist. Mindestens so viel steht fest, dass der nicht fristgerecht eingeklagte Anspruch im Rahmen der laufenden Betreibung oder im Rahmen des laufenden Konkurses nicht mehr geltend gemacht werden kann.⁵²

Was weitergehende Wirkungen, insbesondere die materielle Rechtskraft solcher Entscheide ausserhalb einer laufenden Zwangsvollstreckung, anbelangt,

⁵⁰ GULDENER, S. 71.

⁵¹ Vgl. insbesondere Art. 107 Abs. 5, Art. 108 Abs. 2, Art. 111 Abs. 5, Art. 148 Abs. 1, Art. 242 Abs. 2, Art. 250 Abs. 1 und 2 SchKG.

⁵² Vgl. zum Beispiel KuKo SchKG-THOMAS ROHNER, N. 5 zu Art. 109.

ist die Situation nach wie vor – 125 Jahre nach Inkrafttreten des SchKG – nicht abschliessend geklärt. Dogmatisch ist zu unterscheiden zwischen jenen Prozessen, die es nur im Rahmen von Zwangsvollstreckungsverfahren geben kann, insbesondere die Kollokationsklagen, soweit sie «gewöhnliche» Gläubiger mit Forderungen gegen denselben Schuldner betreffen. Hier gibt es ausserhalb einer laufenden Zwangsvollstreckung ohnehin keine direkte Auseinandersetzung, was z.B. bereits daraus ersichtlich ist, dass ein «gewöhnlicher» Gläubiger eines Schuldners nicht einmal zu einer Nebenintervention in einem Prozess zwischen dem Schuldner und einem anderen Gläubiger zugelassen wird, wenn das einzige Interesse des Gläubigers darin besteht, dass seinem Schuldner Vermögenswerte, die der betreffende Gläubiger für die Befriedigung eines eigenen Guthabens bräuchte, erhalten bleiben.⁵³ Und in einer neuen Zwangsvollstreckung steht die Möglichkeit der direkten Auseinandersetzung allen daran teilnehmenden Gläubigern erneut zur Verfügung. Die Frage nach der Tragweite verlorener oder gewonnener Prozesse ausserhalb einer Zwangsvollstreckung ist in dieser Konstellation demnach bedeutungslos.

Etwas anders sieht es etwa bei absoluten Rechten aus, wo es eine Auseinandersetzung auch später – ausserhalb einer Zwangsvollstreckung – geben kann, wenn – aus welchen Gründen auch immer – der betreffende Vermögenswert nicht zwangsverwertet und damit die ursprüngliche Rechtslage nicht verändert wurde. Hier wird kontrovers diskutiert, ob z.B. ein Widerspruchsprozess gemäss Art. 106 ff. SchKG, den der Schuldner verloren und der Dritte gewonnen hat, dem Dritten einen späteren ordentlichen Zivilprozess um das materielle Recht erspart, weil er sich auf die zwischen den Parteien bereits (im Rahmen der Zwangsvollstreckung) rechtskräftig geklärte Rechtslage berufen kann. In der Diskussion wird massgeblich das Argument ins Feld geführt, dass die Notwendigkeit zur Prozessführung im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens die klagende Partei in einem nicht selbst gewählten Zeitpunkt zur Prozess- und Beweisführung zwingt, was sie benachteiligt, wenn sie allenfalls dazu noch nicht bereit und in der Lage sei⁵⁴ – ein Argument, das insbesondere im Zusammenhang mit der Klageprovokation und auch mit der negativen Feststellungsklage angeführt wird.⁵⁵ Aus der vorliegenden Sicht überzeugt die Beschränkung der Urteilswirkung wegen des Arguments der durch die gesetzlich vorgesehenen Klagefristen «erzwungenen

⁵³ KuKo ZPO-TANJA DOMEJ, N. 8 zu Art. 74.

⁵⁴ Vgl. FRITZSCHE/WALDER, Anm. 52 zu § 26: «[...] Schuldner und Dritter werden durch die Pfändung in der Betreibung in ein Verfahren gezwungen, dessen Anfang sie sonst frei hätten bestimmen können». Für den Meinungsstand betreffend die Urteilswirkungen vgl. z.B. KuKo SchKG-THOMAS ROHNER, N. 19 zu Art. 109.

⁵⁵ Vgl. dazu die Kritik am Argument der «aufgezwungenen Prozessführung» bei Kuko ZPO-PAUL OBERHAMMER, Rz 26 f. zu Art. 88.

Prozessführung» nicht, sondern die Interessenabwägung muss zu Gunsten derjenigen Partei lauten, die im (allenfalls über mehrere Instanzen geführten) Prozess – welcher sich ohne Rechtsverlust nicht vermeiden liess – obsiegte.⁵⁶ Das Gegenargument der zu Unzeit erzwungenen Beweisführung lässt sich ausserdem mit Hinweis auf die Revision gemäss Art. 328 Abs. 1 ZPO entkräften.⁵⁷

VII. Konkurseröffnungen bei mehreren pendenten Konkursbegehren

Gegen Schuldner in angespannten finanziellen Verhältnissen werden häufig in kleineren und kleinsten Abständen von den gleichen oder anderen Gläubigern Konkurseröffnungsbegehren gestellt. Daher stellt sich die Frage, ob mehrere gestellte Begehren koordiniert werden müssen. Fest steht, dass es nicht mehrere parallele Konkurse geben kann, weil die Eröffnung rechtsgestaltend und damit gegen jedermann wirkt, was sich aus der Koordinationsbestimmung in Art. 55 SchKG («Einheit des Konkursverfahrens») ergibt. Ist ein Konkurs erstinstanzlich eröffnet, werden weitere beim Konkursgericht pendente Gesuche gegenstandslos,⁵⁸ was diese Gläubiger nicht benachteiligt, weil der Gläubiger, der die Konkurseröffnung erwirkt hat, daraus keinen Vorteile ziehen kann. Im Gegenteil: Die Kosten werden nur aus demjenigen Kostenvorschuss bezogen, der vom Gläubiger geleistet wurde, dessen Begehren Folge geleistet wird. Eine Streitgenossenschaft oder eine Vereinigung von Konkursbegehren mehrerer Gläubiger ist mit Blick auf eine gemeinsam zu erwirkende Konkurseröffnung daher nicht nötig, offenbar wird aber auch die Ansicht vertreten, dass gleichzeitig über mehrere gestellte Begehren entschieden werden kann, der Konkurs jedoch nur einmal eröffnet wird.⁵⁹ Wird der eröffnete Konkurs mit Beschwerde weitergezogen, so bleibt er wegen des fehlenden Suspensiveffekts der Beschwerde eröffnet, ausser die obere Instanz erteile die aufschiebende Wirkung. Das nimmt dem erstinstanzlichen Eröffnungsentscheid die Vollstreckbarkeit. Wird die Beschwerde in der Folge abgewiesen, muss die Rechtsmittelinstanz den Konkurs neu eröffnen. Nach Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist es daher denkbar, dass später beim

⁵⁶ JENT-SØRENSEN, Rz 649.

⁵⁷ Vgl. JENT-SØRENSEN, Rz 649. Auch nach der schweizerischen ZPO kann der Revisionsgrund «nachträgliche erhebliche Tatsachen (...) oder entscheidende Beweismittel» angerufen werden.

⁵⁸ KuKo SchKG-PETER DIGGELMANN, N. 4 zu Art. 171.

⁵⁹ BSK SchKG II-ROGER GIROUD, N. 6 zu Art. 171 mit Hinweis auf KGer Freiburg, FZR 2005, S. 52 ff.

Konkursgericht gestellten Konkurseröffnungsbegehren Folge gegeben wird.⁶⁰ Bleibt diese (zweite) Konkurseröffnung unangefochten, so führt dies dazu, dass die Beschwerde betreffend die (erste) Konkurseröffnung gegenstandslos wird und abzuschreiben ist. Praktisch stellen sich demnach keine eigentlichen Koordinationsprobleme, jedoch haben die Konkursgerichte und die Rechtsmittelinstanzen darauf zu achten, dass gleichzeitig nie mehr als ein Konkurs wirksam eröffnet wird.

Ungeklärt ist unseres Wissens, was geschieht, wenn versehentlich dann doch mehrere Konkurse eröffnet werden sollten. Wegen der besonderen Konstellation kann eher nicht damit gerechnet werden, dass Schuldner und/oder Gläubiger Beschwerde gegen die (zweite) Konkurseröffnung ergreifen, sondern es wäre am ehesten zu erwarten, dass das zuständige Konkursamt und allenfalls auch der Handelsregisterführer das Problem erkennen, wenn bei ihnen die bezüglichen Mitteilungen eingehen.

Es ist richtigerweise davon auszugehen, dass die Eröffnung eines zweiten Konkurses trotz eines bereits eröffneten Konkurses absolut unvereinbar bzw. nichtig ist.⁶¹ Nichtigkeit ist an sich auch ohne förmliche Feststellung beachtlich und kann auch später noch geltend gemacht werden. So oder so ist es wegen des gesetzgeberischen Konzepts des Konkurses erforderlich, dass es «physisch» nur einen Konkurs gibt und dass allfällige weitere Konkurseröffnungen förmlich aufgehoben werden,⁶² damit die Rechtslage für jedermann klargestellt ist. Wird gegen die (zweite) Konkurseröffnung von Schuldnern oder Gläubigern kein Rechtsmittel eingereicht, so bleibt keine andere Möglichkeit, als die Aufhebung von Amtes wegen und zwar kann dies – weil Konkurse durch Gerichte eröffnet werden – nicht mittels aufsichtsbehördlichem Akt geschehen, sondern muss eine gerichtliche Angelegenheit sein. Trotz der Unüblichkeit des gerichtlichen Einschreitens von Amtes wegen ist dies die einzige Möglichkeit zur Schaffung der erforderlichen Klarheit.⁶³

⁶⁰ KuKo SchKG-PETER DIGGELMANN, N. 4 zu Art. 171. Führt ein zeitlich zweites Gesuch zur Konkurseröffnung und wird diese nicht angefochten (sicherheitshalber sollte die 10-tägige Beschwerdefrist abgewartet werden), so hat dies die Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens zur Folge.

⁶¹ Vgl. SK SchKG-BENNO KRÜSI, N. 6 zu Art. 55. Gemäss BSK SchKG I-ERNST SCHMID, N. 5 zu Art. 55, sind spätere Konkurserkenntnisse unwirksam.

⁶² Für die Aufhebung der Handlungen der betreffenden Konkursverwaltung im späteren Konkurs vgl. BSK SchKG I-ERNST SCHMID, N. 6 zu Art. 55.

⁶³ Wenig überzeugend ist die von BSK SchKG I-ERNST SCHMID, N. 6 zu Art. 55 vorgeschlagene Vereinigung von zwei eröffneten Konkursverfahren, weil dies die erforderliche Klarstellung nicht bewirkt, ganz abgesehen davon, dass nicht gesagt wird, welche Behörde eine solche Vereinigung vornehmen müsste.

VIII. Kollokation und hängige Zivilstreitigkeiten

Sind im Zeitpunkt der Konkurseröffnung streitige Forderungen bereits Thema eines Zivilprozesses, stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie der hängige Zivilprozess einerseits und das sich an die Konkurseröffnung anschliessende Kollokationsverfahren andererseits zu koordinieren sind. Die beiden Verfahren sind hinsichtlich ihres Gegenstandes nicht identisch. Beim Zivilprozess geht es um die rechtskräftige Beurteilung der eingeklagten Forderung. Gegenstand und Zweck des Kollokationsverfahrens im Konkurs (Art. 244 bis 251 SchKG) wie auch im Nachlassverfahren (Art. 321 SchKG) ist die Feststellung der Passivmasse, d.h. der Forderungen, die am Konkurs- bzw. am Liquidationserlös nach Bestand, Höhe, Rang und allfälligen Vorzugsrechten aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt werden können (BGE 141 III 382 E. 3.5). Demnach kann im Kollokationsverfahren bzw. in einem allfälligen Kollokationsprozess der Bestand einer Forderung wohl Gegenstand gerichtlicher Prüfung, nicht aber Gegenstand rechtskräftiger Beurteilung sein (ständige Praxis des Bundesgerichtes seit BGE 65 III 28, in expliziter Abkehr von BGE 49 III 196). Noch in BGE 49 III 196 war das Bundesgericht der Auffassung gewesen, dass es im Kollokationsprozess, wenn nicht wirtschaftlich, so doch rechtlich, um den Bestand der Forderung gehe. Geht es hingegen nach heutiger und auch zutreffender Anschauung im Rahmen der Kollokation «lediglich» um die verbindliche Feststellung der Passivmasse, präsentiert sich die Frage nach Bestand und Höhe der Forderung als Vorfrage.

Für die Koordination der beiden Verfahren sind die Bestimmungen von Art. 207 SchKG und von Art. 63 KOV einschlägig: Mit Ausnahme dringender Fälle werden hängige Zivilprozesse, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt. Sie können im ordentlichen Konkursverfahren frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung wieder aufgenommen werden, im summarischen Konkursverfahren frühestens 20 Tage nach der Auflegung des Kollokationsplanes. Hinsichtlich der im Streit liegenden Forderung hat die Konkursverwaltung im Kollokationsplan keine Verfügung zu treffen. Die Forderung ist vielmehr ohne Verfügung lediglich pro memoria vorzumerken. Anders als bei nicht im Streit liegenden Forderungen findet bei streitigen Forderungen, d.h. jenen, die bereits Gegenstand eines hängigen Zivilprozesses sind, keine vorfrageweise Prüfung hinsichtlich Bestand und Höhe der Forderung durch die Konkursverwaltung statt. Wird der Zivilprozess weder von der Masse noch von einzelnen Gläubigern nach Art. 260 SchKG fortgeführt, so gilt die Forderung als anerkannt und die anderen Gläubiger sind nicht mehr berechtigt, die Kollokation nach Art. 250 SchKG anzufechten. Wird der Prozess dagegen fortgeführt, so erfolgt je nach dessen Ausgang die Streichung der Forderung oder

ihre definitive Kollokation, welche von den anderen Gläubigern ebenfalls nicht mehr angefochten werden kann (Art. 63 Abs. 2 und Abs. 3 KOV). So oder anders ist die Konkursverwaltung gebunden und von der eigenständigen vorfrageweisen Prüfung der Forderung hinsichtlich Bestand und Höhe dispensiert.

Die Anwendung von Art. 63 KOV in Verbindung mit Art. 207 SchKG beschränkt sich auf inländische Passivprozesse.⁶⁴ Auf ausländische Passivprozesse sind diese Bestimmungen nicht anwendbar. Da bei internationalen Verhältnissen entsprechende Koordinationsregeln fehlen, nimmt das Kollokationsverfahren am schweizerischen Konkursort unbeeinflusst von der Rechtshängigkeit eines ausländischen Forderungsprozesses seinen Lauf (BGE 141 III 320 E. 4.2. unter Hinweis auf BGE 140 III 320 E. 7). Die Vormerkung streitiger Forderungen (pro memoria) im Kollokationsplan gemäss Art. 63 KOV ist bei einem im Ausland hängigen Prozess deshalb unzulässig und ausgeschlossen (BGE 133 III 386).

Die Sistierung inländischer Zivilprozesse infolge Konkurs bezweckt, dass der Konkursverwaltung und den Abtretungsgläubigern genügend Zeit zur Verfügung steht, um sich über die Weiterführung oder Nichtweiterführung penderter Zivilprozesse schlüssig zu werden. Das angerufene Zivilgericht bleibt zum Entscheid bzw. zur Beendigung des Prozesses zuständig. Der Entscheid bzw. die Abschreibung des Verfahrens muss hinsichtlich Bestand und Höhe der Forderung im Kollokationsplan vorgemerkt werden. Eine Anfechtung durch die Gläubiger ist ausgeschlossen. In Zivilprozessen mit internationalem Bezug gibt es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichts zu koordinieren, weil ausländische Verfahren im Rahmen eines schweizerischen Konkurses – staatsvertragliche Regelungen vorbehalten – nicht zu berücksichtigen sind.

IX. Verfahrenskoordination aus finanziellen Gründen

Das Bedürfnis nach Rücksichtnahme auf andere Verfahren kann sich auch aus finanziellen Gründen ergeben. Ein solches Beispiel sind etwa die Kollokationsklagen im Konkurs. Wer mit seiner Forderung aus dem Kollokationsplan abgewiesen wird, hat innert 20 Tagen gegen die Konkursmasse zu klagen.⁶⁵ Die gleiche Klagefrist ist wahrzunehmen, wenn die Teilnahme eines anderen Gläubigers, der von der Konkursverwaltung zugelassen wurde, verhindert werden soll. Es ist unbestritten, dass auch der abgewiesene Gläubiger gegen einen anderen, zugelassenen Gläubiger klagen kann.⁶⁶ Das Urteil im

⁶⁴ KOV Komm-DOMINIK MILANI/MARC WOHLGEMUTH, N. 17 f. zu Art. 63.

⁶⁵ Art. 250 Abs. 1 SchKG.

⁶⁶ BSK SchKG II-DIETER HIERHOLZER, N. 28 zu Art. 250.

Wegweisungsprozess gegen den anderen Gläubiger kann dann allerdings nur für den Fall Wirkung zeigen, dass der klagende Gläubiger den Kollokationsprozess gegen die Masse gewinnt, was unnütze Prozessführung bedeuten kann, wenn dies nicht geschieht. Angesichts des Gleichlaufs der Klagefristen in Art. 250 SchKG besteht keine Möglichkeit, mit der Klage im Wegweisungsprozess zuzuwarten. Eine Sistierung i.S.v. Art. 126 ZPO nach erfolgter Einleitung des Wegweisungsprozesses ist zwar möglich,⁶⁷ jedoch ist im erstmaligen Sistierungszeitpunkt ein erheblicher Aufwand bereits angefallen, weil eine Klageschrift einzureichen und gemäss Art. 98 ZPO auch ein Kostenvorschuss zu leisten war. Das Koordinationsbedürfnis betrifft demnach nicht die Sache als solche, weil die beiden Klagen ohne weiteres und unabhängig voneinander entschieden werden können. Das Bedürfnis nach Kostenersparnis ist durchaus nachvollziehbar, liesse sich für sämtliche Kosten aber nur dann realisieren, wenn mit der Klageeinleitung gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG bis zur Erledigung der Klage nach Art. 250 Abs. 1 SchKG zugewartet werden könnte, was das Konzept von gesetzlichen Klagefristen nicht zulässt. Eine Frage stellt sich noch, nämlich ob das Gericht im Prozess zwischen den beiden Mitgläubigern den Ausgang des Kollokationsprozesses gegen die Masse vorfrageweise beurteilen könnte. Das erscheint schon deshalb nicht möglich, weil die Teilnahmeberechtigung eines Gläubigers in einem und demselben Konkurs wohl nicht unterschiedlich beurteilt werden kann.

X. Schlussfolgerung

Die vorstehenden Beispiele – die sich auch noch vermehren liessen – zeigen Probleme auf, die sich vor allem daraus ergeben, dass Zivilprozesse Zweiparteienverfahren sind. Für verschiedene Konstellationen hat der Gesetzgeber immerhin Möglichkeiten geschaffen, die eine erwünschte oder erforderliche Koordination erreichen lassen. In anderen Fällen fehlen die erforderlichen Instrumente, was daran erinnert, dass die Rechtswelt kein lückenloses System ist. Zu wünschen wäre, dass für wichtige und sonst praktisch nicht zu lösende Fälle – z.B. die Gleichbehandlung von Geschwistern in Unterhaltssachen, wenn die Beiträge nicht im gleichen Verfahren festgesetzt werden können – zusätzliche Instrumente geschaffen würden, die eine Koordination ermöglichen, auch wenn sich diese nicht in die klassische Dogmatik von Zweiparteienverfahren einbetten lassen.

⁶⁷ Vgl. BSK SchKG II-DIETER HIERHOLZER, N. 28 zu Art. 250. Eine andere Frage ist, ob es die beförderliche Abwicklung des Konkursverfahrens insgesamt zulässt, dass mit der Behandlung der Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG erst begonnen wird, wenn die Klage nach Art. 250 Abs. 1 SchKG – allenfalls nach längerer Zeit – erledigt ist.

Literaturverzeichnis

- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. AUTOR/IN-DIKE-Komm-ZPO)
- FRITZSCHE HANS/WALDER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 3. Auflage, Zürich 1984 (zit. FRITZSCHE/WALDER)
- GILLIÉRON PIERRE ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (Art. 1–88), Lausanne 1999 (zit. GILLIÉRON)
- GULDENER MAX, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979 (zit. GULDENER)
- HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Auflage, Basel 2014 (zit. KuKo SchKG-AUTOR/IN)
- JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS/KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, 4. Auflage, Zürich 1988 (zit. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN).
- JENT-SØRENSEN INGRID, Die Rechtsdurchsetzung bei der Grundstücksverwertung in der Spezialexécution, Zürich 2003 (zit. JENT-SØRENSEN)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/VOCK DOMINIK (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. SK SchKG-AUTOR/IN)
- MILANI DOMINIK/WOHLGEMUTH MARC (Hrsg.), Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. KOV Komm-AUTOR/IN)
- OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAAS ULRICH (Hrsg.), Kurzkommentar ZPO, 2. Auflage, Basel 2014 (zit. KuKo ZPO-AUTOR/IN)
- OFTINGER KARL, Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Zürich 1973 (zit. OFTINGER)
- PETER HANSJÖRG, Zu Inhalt und Form des Betreibungsbegehrens, BLSchK 2016, S. 26 ff. (zit. PETER)
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, 2. Auflage, Basel 2010 (zit. BSK SchKG I-AUTOR/IN bzw. BSK SchKG II-AUTOR/IN)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2013 (zit. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND)

STEINER MARTINA PATRICIA, Die Anweisungen an die Schuldner, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 101, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. STEINER)

SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 2017 (zit. SUTTER-SOMM)

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. AUTOR/IN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO-Komm.)

VOCK DOMINIK/MÜLLER DANIELÉ, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. VOCK/MÜLLER)