

Abhandlung

Die eidgenössische Zivilprozessordnung. Auswirkungen auf das SchKG. Von Dr. iur. Hans Reiser, Rechtsanwalt, Zürich. S. 229.

Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Konkursrecht

Art. 213 s. LP. – Compensation d'un prêt d'actionnaire dans la faillite de la société. La compensation est possible lorsque le prêt accordé par l'actionnaire à la société apparaît auprès de celle-ci comme des fonds étrangers; elle est exclue quand il faut admettre qu'il y a identité de personnes et que, partant, il s'agit de fonds propres. S. 239.

Konkursverfahren

Art. 8 CC, art. 265 LP. – L'art. 8 CC ne s'applique pas de la même manière à tous les litiges du droit des poursuites. La loi ne prescrit pas comment il faut calculer le retour à meilleure fortune. On peut prévoir une augmentation proportionnelle du montant du minimum vital élargi. S. 242.

Arrest

Art. 273 LP. – Sûretés que doit fournir le créancier séquestrant. Le juge du séquestre ordonnera des sûretés lorsqu'il ne peut pas exclure que les faits ou les appréciations juridiques sur lesquels se fonde l'ordonnance de séquestre soient en réalité différents. Le montant des sûretés dépend du dommage que causerait au débiteur un séquestre injustifié. Le juge peut toujours reconsidérer sa décision. Le séquestre pénal antérieur au séquestre du droit des poursuites amène à une réduction du montant des sûretés. S. 244.

Kantonale Rechtsprechung

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Allgemeine Bestimmungen

Art. 8a SchKG. – Aus dem Wortlaut von Art. 8a SchKG kann kein bundesrechtlicher Anspruch abgeleitet werden, dass der Betroffene von den über ihn gestellten Auskunftsbegehren in Kenntnis zu setzen sei (Erw. 5b). – Auskunftsbegehren sind keine Betreibungsakten, welche nach Bundesvorschriften (VABK; SR 281.33) aufzubewahren sind. S. 248.

Schuldbetreibung

Art. 40 al. 1 LP. – Poursuite par voie de faillite contre une personne inscrite au registre du commerce lorsque l'inscription a été radiée moins de 6 mois avant le dépôt de la réquisition de continuer. L'art. 40 LP ne s'applique par contre pas lorsque la radiation intervient après la clôture de la faillite du débiteur. S. 251.

Betreibung auf Pfändung

Art. 93, Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG. – Einkommenspfändung; Existenzminimum; Kostenaufgabe bei mutwilliger Beschwerdeführung. S. 253.

Art. 108 ORFI, 134 LP. – Modalité de réalisation et modalité de distribution. L'art. 108 al. 3 ORFI constitue une disposition réglant la modalité de distribution, alors que les alinéas 1, 1<sup>bis</sup> et 2 de l'art. 108 ORFI règlent la modalité de réalisation. L'office doit, en application de l'art. 134 LP, rechercher la solution économiquement la plus

Fortsetzung auf der 3. Umschlagseite

# Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

Nachdruck sämtlicher Artikel nur mit Zustimmung der Redaktion und mit Quellenangabe gestattet.

## Die eidgenössische Zivilprozessordnung Auswirkungen auf das SchKG\*

Dr. iur. Hans Reiser, Rechtsanwalt in Zürich

### Inhalt

- I. Das Inkrafttreten der ZPO ein Wendepunkt
- II. Welche Gegenstände regelt die ZPO?
- III. Kantonales Recht im zivilgerichtlichen Verfahren auf Kosten der Rechtseinheit
- IV. Anhebung der Klage nach den Regeln der ZPO
- V. Verfahrensarten der ZPO
- VI. Rechtsmittel der ZPO
- VII. Vollstreckung
- VIII. Änderung des SchKG gemäss Anhang II / Ziff. 17 ZPO

### I. Das Inkrafttreten der ZPO ein Wendepunkt

Mit einem lachenden und einem weinenden Auge nehmen wir Abschied von den 26 kantonalen Zivilprozessordnungen. Auf den 1. Januar 2011 tritt die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) in Kraft (Fundstelle AS 2010, S. 1739 ff.). Mit dem Inkrafttreten der ZPO ist in der Schweiz als Frucht langjähriger Bemühungen die Rechtseinheit auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts realisiert. Kehrseite der Medaille ist, dass die Kantone im Anwendungsbereich der ZPO ihre Rechtssetzungsbefugnis verlieren.

\* Überarbeitete Fassung des am 14. September 2010 anlässlich der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz gehaltenen Referats.

Zu Ihrer Orientierung weise ich zusätzlich auf zwei in der Praxis wichtige Neuerungen hin: Ebenfalls auf den 1. Januar 2011 tritt die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO) in Kraft (Fundstelle AS 2010, S. 1881) und ersetzt die kantonalen Strafprozessordnungen. Weiter tritt zum gleichen Datum das revidierte Lugano-Übereinkommen samt Anpassungsgesetzgebung in Kraft. Diese Anpassungsgesetzgebung enthält folgenschwere Änderungen im Arrestrecht, gleichzeitig wird die ZPO punktuell revidiert. Diese Änderungen sind aber nicht Gegenstand dieser Abhandlung.

Die ZPO ersetzt die kantonalen Prozessordnungen. Diese verlieren unter Vorbehalt der Übergangsbestimmungen der ZPO (Art. 404 ff. ZPO) im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO ihre Geltungskraft. Damit wird das bisherige Zusammenspiel zwischen den kantonalen Zivilprozessordnungen und dem SchKG abgelöst durch das Zusammenwirken von ZPO und SchKG.

*Das SchKG wird nicht aufgehoben.* Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, das bewährte SchKG aufzuheben und dessen Regelungsgehalt in den die Vollstreckung betreffenden 10. Titel der ZPO zu integrieren. Das SchKG bleibt somit – im Gegensatz zum aufgehobenen Gerichtsstandsgesetz (Anhang 1 Ziff. I ZPO) – als Gesetz erhalten. Für die Vollstreckung von Geldforderungen gilt weiterhin das SchKG und nicht die ZPO (Art. 38 SchKG i.V.m. Art. 335 Abs. 2 ZPO). Der Gesetzgeber hat sich unter *Wahrung der Eigenständigkeit des SchKG* darauf beschränkt, eine Reihe von punktuellen Änderungen bzw. Anpassungen vorzunehmen.

## II. Welche Gegenstände regelt die ZPO?

*Gegenstand der ZPO* ist gemäss der Umschreibung in Art. 1 *das zivilgerichtliche Verfahren vor den kantonalen Instanzen*. Dieses umfasst das Schlichtungs-, das Entscheid- und das Rechtsmittelverfahren sowie die Realvollstreckung. *Nicht Gegenstand der ZPO ist der Weiterzug an das Bundesgericht*. Dafür ist das *Bundesgerichtsgesetz* (BGG) einschlägig.

Die ZPO gilt für *streitige Zivilsachen* (Art. 1 lit. a ZPO) sowie für die *freiwillige Gerichtsbarkeit* (Art. 1 lit. b ZPO), soweit jene Angelegenheiten in den sachlichen Anwendungsbereich von Gerichten fallen.

Weiterer Gegenstand der ZPO sind die *gerichtlichen Angelegenheiten des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts* (Art. 1 lit. c ZPO). Dazu zählen, um einige Beispiele zu geben, Rechtsöffnung (Art. 80 SchKG), Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG), Konkurseröffnung (Art. 171 SchKG).

*Nicht Gegenstand der ZPO* ist das Verfahren vor den *Betreibungs- und Konkursämtern*. Für dieses Verfahren bleibt das SchKG wie bis anhin anwendbar. Ebenfalls nicht Gegenstand der ZPO ist die *Beschwerde an die Aufsichtsbehörden* (Art. 17 i.V.m. Art. 20a SchKG) und – sofern der betreffende Kanton überhaupt eine untere und eine obere Aufsichts-

behörde bestellt hat – der *Weiterzug des Beschwerdeentscheides an die obere kantonale Aufsichtsbehörde*, da es sich dabei nicht um eine «gerichtliche Angelegenheit des SchKG» handelt. Die vom Gesetzgeber getroffene Regelung darf nicht als glücklich bezeichnet werden und sie ist auch inkonsequent, da gegen den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht möglich ist (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). Immerhin können die Kantone vorsehen, dass für den Weiterzug an die obere kantonale Aufsichtsbehörde die Regeln der ZPO (adäquat wäre ein Verweis auf die Art. 319 ff. ZPO) sinngemäss anwendbar sind.

*Nicht Gegenstand der ZPO* bildet ferner die *Zuständigkeit der Betreibungs- und Konkursbeamten*. Das SchKG regelt die *Zuständigkeit zur Zustellung des Zahlungsbefehls* und zur *Pfändung*, wobei insbesondere die Bestimmungen über den *Betriebungsort* (Art. 46 ff. SchKG) einschlägig sind. Unklar und umstritten ist allerdings, ob und inwiefern für die *Zustellung des Zahlungsbefehls* der ausserordentliche *Betriebungsstand am Arrestort* gemäss Art. 52 SchKG auch im Anwendungsbereich des revidierten Lugano-Übereinkommens zur Verfügung steht. *Gegenstand der ZPO* bildet weiter die *Binnenschiedsgerichtsbarkeit* (Art. 1 lit. d i.V.m. Art. 353 ff. ZPO). Diese war bisher im Konkordat über die *Schiedsgerichtsbarkeit* vom 27. März 1969 (KSG), SR 279, geregelt.

Die ZPO gilt auch für *internationale Zivilsachen*, soweit es um von der ZPO geregelte Gegenstände geht. Dabei ist allerdings zu beachten, dass *Art. 2 ZPO* einen *Vorbehalt hinsichtlich der Bestimmungen des Staatsvertragsrechts* (zu nennen wären hier das revidierte Lugano-Übereinkommen und die EMRK) und der *Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)* anbringt. Deshalb bestimmt sich in internationalen Zivilsachen hinsichtlich der von der ZPO erfassten Materien die internationale *Zuständigkeit* nach Staatsvertragsrecht bzw. IPRG. Dieser Vorbehalt hat auf die *Zuständigkeit des Betreibungsbeamten* keine direkten Auswirkungen, ausgenommen allenfalls die Problematik der *Zustellung des Zahlungsbefehls am Arrestort* gemäss Art. 52 SchKG, soweit das revidierte Lugano-Übereinkommen anwendbar ist.

## III. Kantonales Recht im zivilgerichtlichen Verfahren auf Kosten der Rechtseinheit

Das Zivilprozessrecht ist zwar in weiten Teilen, aber nicht vollständig bundesrechtlich geregelt. Die *Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts* wurde – teils aus verfassungsrechtlichen Gründen, teils aus föderalistischen Erwägungen und Rücksichtnahmen – *nicht rigoros und nicht mit letzter Konsequenz realisiert*.

In Teilbereichen des Zivilprozessrechts sind die Kantone – auf Kosten der *Rechtseinheit* – weiterhin zur *Legiferierung* befugt. Die kantonale Vielfalt wurde nicht restlos zu Gunsten der *Vereinheitlichung* geopfert.

Die Kantone sind nach wie vor Träger der Gerichtshoheit und den Kantonen verbleibt mit gewissen Einschränkungen die Kompetenz zur Organisation ihrer Gerichte (Art. 122 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 3 ZPO); um gewissen eingewurzelten kantonalen Regelungen eine Weiterexistenz zu ermöglichen bzw. um den Kantonen ein gewisses Mass an Gestaltungsfreiheit zu belassen, hat der Gesetzgeber der ZPO in einigen Punkten das Kodifikationsprinzip der ZPO durchbrochen und kantonales Recht vorbehalten.

Im Ergebnis fallen in den Regelungsbereich der Kantone insbesondere:

Wahl, Besetzung und Bezeichnung der Gerichte; sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte (Art. 4 ZPO); Einsetzung von Spezialgerichten wie Arbeits- und Mietgerichten sowie eines Handelsgerichts als einzige kantonale Instanz; den Kantonen vorbehaltene Regelungen: Festsetzung der Tarife für die Prozesskosten, soweit nicht die GebV-SchKG einschlägig ist; öffentliche oder geheime Urteilsberatung; fachliche und persönliche Anforderungen an die Mediatoren; Voraussetzungen, die von Sachverständigen zu erfüllen sind; Verfahrenssprache; einzelne Fragen der Parteivertretung (vertragliche Vertretung der Parteien durch patentierte Sachwalter in Verfahren gemäss Art. 68 Abs. 2 lit. b ZPO bzw. durch qualifizierte Vertreter gemäss Art. 68 Abs. 2 lit. d ZPO), beschränkt auf das betreffende Kantonsgebiet.

Die Umschreibung der sachlichen und funktionellen Zuständigkeit der Gerichte zählt zwar zu den Elementen der den Kantonen vorbehaltenen Gerichtsorganisation. Die Freiheit der Kantone zur Regelung dieser Materien ist aber nicht grenzenlos. Die Kantone haben dabei substantielle Vorgaben von ZPO und BGG zu beachten.

Für bestimmte Rechtsstreitigkeiten Bezeichnung einer einzigen kantonalen Instanz (Art. 5–8 ZPO), deren Entscheid direkt und exklusiv mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden kann. Ein kantonales Rechtsmittel ist ausgeschlossen.

Im Übrigen gilt der Grundsatz der «double instance» (Art. 75 BGG): Jeder erstinstanzliche kantonale Entscheid kann an eine obere kantonale Instanz weitergezogen werden. Ausnahmen: Entscheid über Wiederherstellung (Art. 149 ZPO); Bewilligung des Rechtsvorschlages (Art. 265a Abs. 1 SchKG).

Ein weiteres Rechtsmittel an eine zweite kantonale Rechtsmittelinstanz ist in der ZPO nicht vorgesehen. Damit ist den Kassationsgerichten in den Kantonen Zürich und St. Gallen die Grundlage entzogen.

Die Kantone haben gemäss Art. 96 ZPO die Tarifhoheit für die Prozesskosten. Jedoch sind die Kostenarten in Art. 95 ZPO vorgegeben und die Kantone haben bei Festlegung der Tarife das Verfassungsrecht zu

beachten (Kostendeckungsprinzip, Äquivalenzprinzip sowie das Verbot prohibitiver Prozesskosten).

Die Anpassung des kantonalen Rechts an den am 1. Januar 2011 in Kraft tretenden Rechtszustand ist eine anspruchsvolle Aufgabe, vergleichbar einer Reformation an Haupt und Gliedern. Im Kanton Zürich wird ein grosser Teil des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) hinfällig, weil dieses neben dem Organisatorischen auch das Verfahren betreffende Bestimmungen enthält, die von bundesrechtlichen Normen abgelöst und durch diese ersetzt werden (Fristen und Wiederherstellung, Protokollierung, Inhalt der Entscheide, Ausstand). Der Gesetzgeber des Kantons Zürich hat sich dazu entschlossen, das zu einem Torso degradierte GVG durch ein einziges, neues Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) zu ersetzen. In das GOG integriert wurden neben dem Organisatorischen auch die Einführungsbestimmungen für die ZPO, mithin die spärlichen den Kantonen vorbehaltenen Bestimmungen zum Verfahren. Im Unterschied zum Kanton Aargau hat der Kanton Zürich darauf verzichtet, für die verfahrensrechtlichen Bestimmungen ein spezielles Einführungsgesetz zur ZPO zu erlassen.

#### IV. Anhebung der Klage nach den Regeln der ZPO

Art. 197 ZPO hält als Grundsatz fest, dass dem Entscheidverfahren ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde vorauszugehen hat. Das Schlichtungsverfahren wird durch das Schlichtungsgesuch eingeleitet. Im Schlichtungsgesuch sind die Gegenpartei, das Rechtsbegehren und der Streitgegenstand zu bezeichnen (Art. 202 ZPO). Kommt es im Schlichtungsverfahren zu keiner Einigung, so erteilt die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung (Art. 209 ZPO). Nach Eröffnung berechtigt die Klagebewilligung während drei Monaten zur Einreichung der Klage beim Gericht. Bei Streitigkeiten aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht beträgt die Klagefrist 30 Tage. Vorbehalten bleiben besondere gesetzliche und gerichtliche Klagefristen (Beispiel: 10 Tage für die Arrestprosequierungsklage gemäss Art. 279 SchKG).

Art. 198 ZPO regelt die Ausnahmen von dem in Art. 197 statuierten Grundsatz. Bei den in Art. 198 ZPO umschriebenen Fällen entfällt das Schlichtungsverfahren (deshalb direkte Klage beim zuständigen Gericht). Dies betrifft insbesondere:

- summarisches Verfahren (Art. 198 lit. a ZPO)
- Ehescheidung (Art. 198 lit. c i.V.m. Art. 274 ZPO)
- acht Klagen aus dem SchKG gemäss Art. 198 lit. c ZPO
  - Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. II SchKG)
  - Feststellungsklage (Art. 85a SchKG)
  - Widerspruchsklage (Art. 106–109 SchKG)
  - Anschlussklage (Art. 111 SchKG)
  - Aussonderungs- und Admassierungsklage (Art. 242 SchKG)

- Kollokationsklage (Art. 148 und 250 SchKG)
- Klage auf Feststellung neuen Vermögens (Art. 265a SchKG)
- Klage auf Rüchsaffung von Retentionsgegenständen (Art. 284 SchKG)
- Achtung: Die Klage für die Arrestprosequierung figuriert nicht auf der Liste von Art. 198 lit. c SchKG. Deshalb ist im Fall der Arrestprosequierung unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen immer ein Schlichtungsverfahren durchzuführen. Das Gleiche gilt für die Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG).
- Streitigkeiten in der Zuständigkeit der einzigen kantonalen Instanz bzw. des Handelsgerichts (Art. 198 lit. f ZPO)
- Fälle, in denen das Gericht Frist für eine Klage angesetzt hat (Art. 198 lit. h ZPO).

Als Alternative zur staatlichen Schlichtung gibt Art. 213 ZPO den Parteien die Möglichkeit, bei der Schlichtungsbehörde gemeinsam eine private Mediation zu beantragen. Diese tritt an die Stelle des Schlichtungsverfahrens (Mediation statt Schlichtungsverfahren).

## V. Verfahrensarten der ZPO

Die ZPO kennt vier Verfahrensarten:

1. ordentliches Verfahren (Art. 219 ff. ZPO)
2. vereinfachtes Verfahren (Art. 243 ff. ZPO)
3. summarisches Verfahren (Art. 248 ff. ZPO)
4. besondere eherechtliche Verfahren (Art. 271 ff. ZPO)

Das *beschleunigte Verfahren* im Sinne von Art. 25 Ziff. 1 SchKG als besondere Verfahrensart gibt es in der ZPO nicht mehr. Eine gewisse Beschleunigung wird aber immerhin dadurch erreicht, dass bei den acht in Art. 198 lit. c ZPO rubrizierten Klagen des SchKG ein vorgängiger *Schlichtungsversuch entfällt*.

Das *ordentliche Verfahren* als Klassiker unter den Verfahren ist beherrscht von der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Es findet Anwendung bei vermögensrechtliche Streitigkeiten über CHF 30000.– (Art. 243 Abs. 1 e contrario) bzw. bei Verfahren vor den einzigen kantonalen Instanzen (Art. 5 ff. ZPO). Die beim Gericht eingereichte und als Rechtsschrift abgefasste Klage muss substantiiert sein. Es sind Tatsachenbehauptungen aufzustellen, die zulässigen Beweismittel sind zu nennen und allfällige Urkunden sind beizulegen (Art. 221).

Das *vereinfachte Verfahren* ist – wie das ordentliche Verfahren – ein einlässlicher Prozess ohne Beweis- und Kognitionsbeschränkungen. Kennzeichen des vereinfachten Verfahrens sind erleichterte Formen (Art. 244 ZPO), vorherrschende Mündlichkeit (Art. 245 ZPO) sowie eine ausgeprägte richterliche Fragepflicht, die dem Laien auf die Sprünge helfen soll (Art. 247 ZPO). In den in Art. 247 Abs. 2 ZPO genannten Fällen hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (soziale Untersuchungsmaxime).

Das vereinfachte Verfahren findet Anwendung bei *vermögensrechtlichen Streitigkeiten bis und mit CHF 30000.–* (Art. 243 Abs. 1 ZPO) sowie in ausgewählten Materien des «*sozialen Privatrechts*» (Art. 243 Abs. 2 ZPO), hier teilweise unabhängig vom Streitwert.

Wie im ordentlichen Verfahren ist vor Einreichung der Klage ein *Schlichtungsversuch* durchzuführen (Art. 197 ZPO).

Die Klage im vereinfachten Verfahren muss – im Unterschied zur Klage im ordentlichen Verfahren – nicht substantiiert sein («*vereinfachte Klage*»). Es müssen in der Klage weder Tatsachenbehauptungen aufgestellt noch Beweismittel genannt werden. Mündliche Begründung und mündliche Klageantwort erfolgen anlässlich der Gerichtsverhandlung. Ist der Prozess am ersten Termin nicht spruchreif, erlässt das Gericht eine Beweisverfügung und setzt einen zweiten Termin an.

Dem Kläger steht es frei (Art. 244 Abs. 2 ZPO), an Stelle der vereinfachten Klage eine vollständige, substantiierte Klage im Sinne von Art. 221 ZPO einzureichen. Alsdann beginnt und verläuft das vereinfachte Verfahren grundsätzlich wie das ordentliche (Art. 245 Abs. 2 ZPO). Erfordern es die Verhältnisse, kann das Gericht auch von sich aus einen Schriftenwechsel anordnen und Instruktionsverhandlungen durchführen (Art. 246 Abs. 2 ZPO).

Das *summarische Verfahren* ist in den Artikeln 248–270 der ZPO geregelt. Die Artikel 252–256 ZPO bilden den *allgemeinen Teil* für alle Summarsachen. Diese Bestimmungen beinhalten die gesetzlich normierten Abweichungen vom ordentlichen Verfahren. Bei Fehlen einer Spezialregelung für Summarsachen kommen gemäss Art. 219 ZPO die Bestimmungen für das *ordentliche Verfahren* sinngemäss zur Anwendung. Die erleichterten Formen des vereinfachten Verfahrens (Art. 244 ZPO) kommen im summarischen Verfahren nicht zum Zug. Dies kann für Laien ein Stolperstein sein.

*Eingeleitet* wird das summarische Verfahren durch das *Gesuch beim Gericht* (Art. 252 Abs. 2 ZPO). Das *Schlichtungsverfahren entfällt* (Art. 198 lit. a ZPO).

Das *Gesuch* kann schriftlich in Papierform oder elektronisch gestellt werden; mündlich durch Vorsprechen auf der Gerichtskanzlei nur in einfachen und dringenden Fällen. Ein telefonisches *Gesuch* genügt nicht.

Das *Gesuch* muss – anders als die vereinfachte Klage – *substantiiert* sein (Art. 221 ZPO). Es sind deshalb Tatsachenbehauptungen aufzustellen, die zulässigen Beweismittel sind zu nennen und allfällig verfügbare Urkunden sind beizulegen (Art. 221 Abs. 2 ZPO). Die Beweismittel sind grundsätzlich beschränkt (Art. 254 ZPO). Es liegt im Ermessen des Richters, ob er das Verfahren mündlich oder schriftlich durchführen will (Art. 253 ZPO). Zum Abschluss des summarischen Verfahrens ergeht der *Entscheid*, der grundsätzlich ohne Durchführung einer Verhandlung, d.h. im Rahmen eines reinen Aktenprozesses ergehen kann (Art. 256 Abs. 1 ZPO).

Das summarische Verfahren ist auf *fünf* in Artikel 248 ZPO umschriebene *Fallkategorien* anwendbar:

- a) in den vom Gesetz bestimmten Fällen
- b) für den Rechtsschutz in klaren Fällen
- c) für das gerichtliche Verbot
- d) für die vorsorglichen Massnahmen
- e) für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Die «vom Gesetz bestimmten Fälle» finden sich in der ZPO selbst (speziell in den Katalogen von Art. 249–251) oder in anderen Bundesgesetzen bzw. Verordnungen. Die ins summarische Verfahren verwiesenen *Angelegenheiten des SchKG sind in Art. 251 ZPO aufgelistet*. Art. 251 ZPO entspricht inhaltlich weitgehend der Bestimmung von Art. 25 Ziff. 2 SchKG; diese Bestimmung wird aufgehoben.

Eine besondere Erwähnung unter den Summarsachen verdient der in Art. 248 lit. b ZPO aufgelistete und in Artikel 257 ZPO geregelte «*Rechtsschutz in klaren Fällen*». Damit hat der Gesetzgeber teilweise Neuland betreten.

Die Pointe des Rechtsschutzes in klaren Fällen liegt darin, dass in einem lediglich summarisch durchgeführten Verfahren *definitiver Rechtsschutz* mit voller *Rechtskraft* gewährt werden kann. Ist der *Sachverhalt liquid* (Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO) und ist zudem die *Rechtslage klar* (Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO), kommt der Rechtsuchende rasch, ohne Schlichtungsverfahren und ohne sonstige Weiterungen, an sein Ziel. Wird das Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen gutgeheissen, so entfaltet das Urteil (ordentliche Rechtsmittel vorbehalten, Art. 308, 315 Abs. 1 ZPO) volle materielle Rechtskraft. Die Angelegenheit kann nicht mehr mit Erfolg vor ein Gericht gebracht werden (abgeurteilte Sache im Sinne von Art 59 Abs. 2 lit. e ZPO).

Diese *Direttissima* steht dem Rechtsuchenden als *freie Option* zur Verfügung. Er kann stattdessen auch die Normalroute wählen (ordentliches Verfahren bzw. vereinfachtes Verfahren). Nur wenn die Streitsache der *Offizialmaxime* unterliegt, ist der besondere Rechtsschutz in klaren Fällen ausgeschlossen (Art. 257 Abs. 2 ZPO).

Kann der schnelle Rechtsschutz nicht gewährt werden (Sachverhalt ist nicht liquid bzw. die Rechtslage ist nicht klar), *tritt* das Gericht auf das Gesuch *nicht ein* (Art. 257 Abs. 2 ZPO). Der Nichteintretensentscheid entfaltet keine materielle Rechtskraft. Deshalb ist für den unterlegenen Gesuchsteller der Weg ins einlässliche Verfahren wieder frei, um sein Glück dort zu versuchen.

Erbringt die Gegenpartei den vollen und liquiden Gegenbeweis, dass der vom Gesuchsteller geltend gemachte Anspruch nicht besteht, hat das Gericht das *Gesuch abzuweisen*. Auch ein solcher Entscheid entfaltet unter Vorbehalt des ordentlichen Rechtsmittels volle materielle Rechtskraft (umstritten).

Im Unterschied zum bisherigen kantonalen Recht steht der Rechtsschutz in klaren Fällen auch bei *Geldforderungen* zur Verfügung.

Hat der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben, stehen dem über eine Schuldanerkennung verfügenden Gläubiger neu drei Möglichkeiten

offen: provisorisches Rechtsöffnungsverfahren (Art. 82 SchKG). Anerkennungsklage auf der Normalroute (Art. 79 SchKG) sowie Rechtsschutz in klaren Fällen. Ob sich der Rechtsschutz in klaren Fällen als ernsthafter Konkurrent des provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens entpuppt, wird die Praxis zeigen. Der Rechtsschutz in klaren Fällen hat den unbestreitbaren Vorzug, dass in diesem Verfahren definitiver Rechtsschutz erlangt werden kann.

Ein wichtiges Anwendungsgebiet des Rechtsschutzes in klaren Fällen wird die *Ausweisung von Mietern* sein (Ausweisungsbegehren des Vermieters nach einer ausserordentlichen Kündigung bzw. nach einer nicht angefochtenen ordentlichen Kündigung). Ein weiteres nicht unbedeutendes Anwendungsgebiet ist die *Herausgabe beweglicher Sachen*.

Für das Scheidungsverfahren gelten die Bestimmungen über *besondere eherechtliche Verfahren* (Art. 271 ff. ZPO). Der *Scheidungsprozess* wird – ohne vorgängigen Schlichtungsversuch vor der Schlichtungsbehörde (Art. 198 lit. c ZPO) – *direkt beim Scheidungsgericht* durch ein gemeinsames Begehren oder durch Scheidungsklage eingeleitet. Die Scheidungsklage bedarf ebenso wenig wie die vereinfachte Klage einer Begründung. Immerhin ist der Scheidungsgrund zu nennen.

## VI. Rechtsmittel der ZPO

Die ZPO kennt zwei Hauptrechtsmittel: *Die Berufung* (Art. 308–318 ZPO) und die *Beschwerde* (Art. 319–327 ZPO). Letztere ist nicht zu verwechseln mit der SchK-Beschwerde (Art. 17 SchKG) und mit der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gem. Art. 72 ff. BGG.

Die *Berufung* ist ein *vollkommenes Rechtsmittel* mit *aufschiebender Wirkung*, d.h. die Berufung *hemmt die Rechtskraft* und die *Vollstreckbarkeit* des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge. Die Rechtsmittelinstanz hat die Befugnis, die *vorzeitige Vollstreckung zu bewilligen* (Art. 315 Abs. 2 ZPO). Dies bedeutet für *Geldurteile*, dass ein Entscheid ungeachtet der fehlenden Rechtskraft zur definitiven Rechtsöffnung und damit zur Fortsetzung der Betreibung führen kann. Der Betreibungsbeamte darf die Betreibung erst nach Erhalt der Vollstreckbarbescheinigung fortsetzen.

In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO nur bei ausreichendem Streitwert zulässig (mindestens CHF 10000.–). Von der Berufung überhaupt ausgeschlossen sind die in Art. 309 lit. b ZPO einzeln aufgezählten gerichtlichen Entscheidungen aus dem SchKG. Zahlenmässig die grösste Bedeutung haben dabei vor allem die Rechtsöffnung und alle Entscheide des Konkurs- und des Nachlassgerichts. Diese unterliegen der Beschwerde.

Die *Beschwerde* ist ein *unvollkommenes Rechtsmittel*. Die Beschwerde *hemmt* zudem *weder die Rechtskraft noch die Vollstreckbarkeit* des angefochtenen Entscheides. Die Rechtsmittelinstanz ist befugt, die *Vollstreckbarkeit aufzuschieben* (Art. 325 Ziff. 2 ZPO).

Berufung und Beschwerde sind **innert 30 Tagen**, im summarischen Verfahren oder bei einer Beschwerde gegen einen prozessleitenden Entscheid **innert 10 Tagen** seit Zustellung des angefochtenen Entscheides bei der oberen kantonalen Instanz *schriftlich und begründet* einzureichen. Achtung: Frist zum Weiterzug des Entscheids über die Bewilligung des Rechtsvorschlags in der Wechselbetreibung **5 Tage** (Art. 185 SchKG).

Für die Fristen gelten die *Gerichtsferien* (Art. 145 ZPO). Die Gerichtsferien gelten *nicht für Summarsachen* vor den kantonalen Instanzen (Art. 145 Abs. 2 ZPO). Bei den *betreibungsrechtlichen Summarsachen* (Art. 251 ZPO) gelten zwar keine Gerichtsferien, jedoch sind – soweit dabei *Betreibungshandlungen* zur Debatte stehen – die *Betreibungsferien* und der *Rechtsstillstand* zu beachten (Art. 145 ZPO i.V.m. Art. 56 SchKG). Dies betrifft insbesondere die Rechtsöffnung, die Konkursöffnung sowie den Entscheid über neues Vermögen. Ergeht ein solcher Entscheid trotzdem in den Ferien, beginnt die Rechtsmittelfrist erst nach Ablauf der «Schonzeit» zu laufen. Keine Schonzeiten gelten für den Arrest.

Für den Weiterzug an das *Bundesgericht* ist hinsichtlich der Gerichtsferien und des Friststillstandes *Art. 46 BGG* als *lex specialis* einschlägig.

## VII. Vollstreckung

Künftig regelt die ZPO die Realvollstreckung, für die Vollstreckung von Geldforderungen ist wie bis anhin das SchKG einschlägig.

Eine markante Neuerung im Bereich der Vollstreckung betrifft die *Schaffung eines einheitlichen, gesamtschweizerischen Vollstreckungsraums*. Inner- und ausserkantonale Entscheide sind einander hinsichtlich der Vollstreckung gleichgestellt. Das *SchKG* wird entsprechend angepasst.

- *Art. 79 Abs. 2 SchKG* wird *aufgehoben*. Ist der Entscheid in einem anderen Kanton ergangen, so hat das Betreibungsamt dem Schuldner nach Eingang des Fortsetzungsbegehrens *nicht mehr Frist zur Erhebung von Einreden anzusetzen*.
- Alle *schweizerischen Verfügungen* werden gleich behandelt (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die ausserkantonalen Verfügungen werden den innerkantonalen und den Bundesverfügungen gleichgestellt. Dies betrifft sämtliche Verfügungen kommunaler, kantonalen oder eidgenössischer Verwaltungsbehörden.

Eine weitere Neuerung betrifft die *Schaffung neuer definitiver Rechtsöffnungstitel*.

- *Vollstreckbare öffentliche Urkunde* (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 bis ZPO). Anmerkung: Die vollstreckbare Urkunde über eine *Geldleistung* wird durch *Betreibung* vollstreckt.

- *Urteilstvorschlag der Schlichtungsbehörde* (Art. 210 ZPO), sofern von keiner Partei innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung abgelehnt.

- *Gerichtlich genehmigte Einigung nach Mediation* (Art. 217 ZPO).

Der schweizweite Vollstreckungsraum gilt auch für die *Realvollstreckung* der ZPO. Eine *direkte Vollstreckungsanordnung* (Beispiel: Herausgabe einer Sache) kann bereits durch das *urteilende Gericht* getroffen werden (Art. 337 Abs. 2 ZPO). Die obsiegende Partei kann sich alsdann direkt an die Vollzugsbehörde wenden. Zur Verhinderung von Missbräuchen ist es angezeigt, dass die Vollzugsbehörde neben dem Urteil eine separate Vollstreckbarkeitsbescheinigung verlangt. Hat das urteilende Gericht keine direkten Vollstreckungsmassnahmen angeordnet, kann die obsiegende Partei beim Vollstreckungsgericht ein besonderes Gesuch stellen, sobald die Vollstreckbarkeit eingetreten ist (Art. 338 ZPO).

## VIII. Änderung des SchKG gemäss Anhang II / Ziff. 17 ZPO

Die Aufhebung und die Änderung des bisherigen Rechts finden sich im Anhang der ZPO. Die *Änderung des SchKG* ist in *Anhang II / Ziff. 17 ZPO* geregelt. Ich habe einige wichtige Änderungen dargelegt.

Die genannte Änderung des SchKG tritt mit Ausnahme des neuen Art. 56 SchKG auf den 1. Januar 2011 in Kraft. Der neue Artikel 56 SchKG enthält eine Angleichung der Betreibungsferien im Sommer an die Gerichtsferien gemäss Art. 145 ZPO (Fundstelle AS 2010, 1739 ff.). Das Absehen von der Inkraftsetzung des revidierten Artikels 56 SchKG bedeutet, dass es auch für die Zeit nach dem 1. Januar 2011 bei der heute geltenden Fassung von Art. 56 bleibt. Die Betreibungsferien werden im Sommer wie anhin vom 15. bis zum 31. Juli dauern.

## Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- 37). **Art. 213 s. LP. – Compensation d'un prêt d'actionnaire dans la faillite de la société. La compensation est possible lorsque le prêt accordé par l'actionnaire à la société apparaît auprès de celle-ci comme des fonds étrangers; elle est exclue quand il faut admettre qu'il y a identité de personnes et que, partant, il s'agit de fonds propres.**

*Art. 213 f. SchKG. – Verrechnung mit einem Aktionärsdarlehen im Konkurs der Gesellschaft. Die Verrechnung ist möglich, wenn das Darlehen für die Aktiengesellschaft Fremdkapital ist; sie ist unmöglich, wenn*