

Heft 28 / Sommer 2021
28^e cahier / été 2021

BE



N'ius

Beiträge aus der Berner Justiz
Contributions de la Justice bernoise

Inhaltsübersicht

Table des matières

- 3 Die Ecke der Redaktorin
Le coin de la rédactrice**
- 5 Kursprogramm 2021
Programme des cours 2021**
- 9 Danielle Schwendener, Alina Raschle
Neues aus dem Bundeshaus
Nouveautés du Palais Fédéral**
- 17 Reto Sieber
CAS Judikative – ein Erfahrungsbericht**
- 19 Denise Weingart
Interview mit Christine Pfister Hadorn**
- 21 Evelyne Halder
Interview mit Beat Kämpf**
- 25 Matthias Zurbrügg
«Remote Justice» - Verhandlungen mittels Video-
und Telefonkonferenzen in Zivilverfahren**
- 39 Florian Eichel
Aussensicht auf das SchKG**
- 48 Publikationen aus unseren Reihen
Publications de nos rangs**
- 50 Autorenverzeichnis
Répertoire des auteurs**
- 51 Impressum**

Eine Aussensicht auf das SchKG

Florian Eichel

Am 3. März 2020 hätte der Verfasser im Berner Assisensaal auf einer Weiterbildungsveranstaltung seine Aussensicht auf das SchKG präsentieren sollen. Sein Auftrag war darzulegen, was einem unbefangenen Beobachter, der bislang im deutschen Recht heimisch war, am SchKG auffällt. Bekanntlich herrschte dann aber «Rechtsstillstand» (im weiteren Sinne), so dass der Vortrag nicht stattfinden konnte. Da sich die Sicht des Verfassers von Woche zu Woche in eine Innensicht zu verwandeln droht, wird die Aussensicht an dieser Stelle schriftlich präsentiert. Angesichts des Umfangs des SchKG werden hier nur einige Besonderheiten herausgegriffen, deren Auswahl sich allein an den subjektiven Beobachtungen des Verfassers orientiert.

I. Titelloser Einleitungsverfahren

1. Schuldbetreibung ohne Titulierung in Deutschland und der Schweiz

Was die titellose Schuldbetreibung angeht, erweist sich der Blick in die fremde Rechtsordnung stets auch erkenntnisbringend für das eigene Recht. In Deutschland eilt dem SchKG gelegentlich der Ruf voraus, die Vollstreckung ohne vorausgehende Titulierung zu ermöglichen. In der Tat kann nach dem SchKG ein Gläubiger eine (begründete oder unbegründete) Geldforderung vollstrecken, wenn sich der Betriebene gegen den beantragten Zahlungsbefehl nicht zur Wehr setzt. Schon 1886 galt das in der Schweiz als eine «von Alters her bestehende Einrichtung».¹ Allerdings erinnert die schweizerische Literatur daran, dass das mitnichten eine Vollstreckung ohne Titel ist, sondern im Grunde ein auf der Inaktivität des Schuldners beruhendes Titulierungsverfahren, wie es in anderen Ländern als sog. Mahnverfahren existiert.² Die Schuldbetreibung wird ohne Titel eingeleitet, nicht aber die Vollstreckung selbst.³ Das deutsche Mahnverfahren gem. §§ 688 ff. dZPO ermöglicht es dem Gläubiger einer Geldforderung, in einem zweistufigen Verfahren zunächst einen Mahn- und sodann einen Vollstreckungsbescheid zu beantragen. Wenn der Betriebene auf beiden Stufen keine Gegenwehr entfaltet, kann der Gesuchsteller vollstrecken, ohne einen Zivilprozess anzustrengen (§ 700 Abs. 1 dZPO). In Deutschland würde man das nicht als «titellose Forderungsdurchsetzung» beschreiben, weil das Mahnverfahren in der dZPO ausserhalb des Vollstreckungsrechts und als Alternative zum Erkenntnisverfahren geregelt wird. Systematisch ist das deutsche Mahnverfahren auf eine abgekürzte Titulierung gerichtet, woran sich die Vollstreckung anschliesst.⁴ Wenn man aber das deutsche Mahn- und das schweizerische Zahlungsbefehlsverfahren ihres jeweiligen dogmatischen Gewandes entkleidet, besteht *insoweit* kein Unterschied. Nach beiden Rechtsordnungen genügt es, dass der Gläubiger einen amtlichen Zahlungsbefehl beantragt, welcher ohne inhaltliche Überprüfung der Forderung ergeht und die Grundlage für die Vollstreckung bildet.⁵ Das relativiert den Ruf vom vermeintlich titellosen Verfahren und gibt den Blick für die wirklichen Besonderheiten frei, die im Detail verborgen sind.

1 Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 64.

2 TANJA DOMEJ, «Der Lugano-Zahlungsbefehl». Titellose Schuldbetreibung in der Schweiz nach der LugÜ-Revision, ZZPInt 2008, S. 167, 168; ALEXANDER R. MARKUS, in: Internationaler Zivilprozess 2011, S. 29, 36 f.; ALEXANDER R. MARKUS, Provisorische Rechtsöffnung als Vollstreckungsverfahren nach Art. 22 Nr. 5 LugÜ EuGVVO? Bemerkungen zu einem Urteil des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2010, AJP 2011, S. 850, 855.

3 DOMEJ (Anm. 2), S. 170 f.

4 LEO ROSENBERG/KARL-HEINZ SCHWAB/PETER GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 165 N. 1.

5 Für eine funktionale Äquivalenz beider Verfahren ebenfalls: Urteil (des deutschen BGH) vom 17. April 2002 in: Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (NJW-RR) 2002 S. 937, 938.

- 6 Widerspruch gegen den Mahnbescheid (§ 694 dZPO) und sodann Einspruch gegen den Vollstreckungsbescheid (§ 700 dZPO).
- 7 Die Frist für den Widerspruch beträgt zwei Wochen gem. §§ 693 Abs. 1 Nr. 3, 694 Abs. 1 dZPO und die Einspruchsfrist wiederum zwei Wochen gem. § 700 Abs. 1 i.V.m. § 339 Abs. 1 dZPO (JOSEF DÖRNDORFER, in: Beck'scher Online-Kommentar, 40. Ed. 2021, N. 4 zu § 700 ZPO). Der Widerspruch und Einspruch sind gerichtskostenfrei (STEFAN SCHÜLER, in: Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Aufl. 2020, N. 33 ff. der Vorbemerkungen zu § 688 ZPO).
- 8 Nicht verlängerbar: FRANCIS NORDMANN, in: Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl. 2010, N. 8-9a zu Art. 31 SchKG.
- 9 JOSEF DÖRNDORFER, in: Beck'scher Online-Kommentar, 35. Ed. 2020, N. 8 zu § 700 ZPO.
- 10 ANDREAS SCHULZ, in: Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2016, N. 32 ff. zu § 91 ZPO.
- 11 WOLFGANG VOIT, in: Zivilprozessordnung: ZPO, 16. Aufl. 2019, N. 2 zu § 696 ZPO; STEFAN SCHÜLER, in: Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 2016, N. 4 zu § 696 ZPO.
- 12 BALTHASAR BESSENICH, in: Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl. 2010, Art. 74 N. 29.

2. Rechtsunterschiede

Als ein erster Unterschied gewährt das deutsche Recht dem Betriebenen zweimal Gelegenheit, um den Anspruchsteller in das Klageverfahren zu zwingen.⁶ Die deutsche ZPO ermöglicht sozusagen zweimal einen «Rechtsvorschlag», und der Betriebene erhält ein jedes Mal mindestens zwei Wochen Zeit, um zu reagieren.⁷ Demgegenüber gewährt das SchKG dem Betriebenen gem. Art. 74 Abs. 1 SchKG nur einmal eine Frist von 10 Tagen für den Rechtsvorschlag.⁸

Zweiter Unterschied: Der Betriebene, der im deutschen Mahnverfahren alle Fristen verpasst, hat einen materiell-rechtskräftigen Titel gegen sich und kann nur noch Einwendungen geltend machen, die im Nachhinein entstehen (§ 796 Abs. 2 dZPO). Wen zwei «Schüsse vor den Bug» nicht wachrütteln, dem droht die Vollstreckung eines nicht-existenten Rechts. In Deutschland hat der Betriebene also zweimal Gelegenheit für einen Rechtsvorschlag, bezahlt Trölerei aber mit dem Rechtsverlust. Anders im SchKG: Wenn der Betriebene den Rechtsvorschlag verpasst, kann er jederzeit weiterhin das materielle Recht gerichtlich überprüfen lassen (Art. 85a SchKG). Er muss diese Überprüfung allerdings auf seine Initiative und sein Risiko vornehmen lassen.

Dritter Unterschied: Im deutschen Recht riskiert der Anspruchsteller mit dem Mahnverfahren, dass der Rechtsstreit mit der Gegenwehr des Betriebenen unmittelbar in den Zivilprozess übergeht. In diesem Zivilprozess nimmt der Gesuchsteller zwangsläufig die Klägerrolle ein (§§ 700 Abs. 3, 697 Abs. 1 S. 1 dZPO)⁹ und hat die Kosten zu tragen, wenn er verliert (§ 91 dZPO).¹⁰ Das gilt selbst dann, wenn der Betriebene die Überleitung in das streitige Verfahren beantragt (§ 696 Abs. 1 S. 1 dZPO).¹¹ Demgegenüber überlässt das SchKG dem Gesuchsteller die Entscheidung, ob er nach einem Rechtsvorschlag einen Zivilprozess anstrengt oder nicht. Nicht zu vernachlässigen ist auch, wie das deutsche Recht die Verhandlungsposition des Gesuchstellers schwächt. Will dieser nach dem Mahnverfahren einen Prozess vermeiden, muss er seinen Antrag mit erhöhten Kosten zurücknehmen und zeigt dadurch, dass er sich – im Gegensatz zum Betriebenen – den Prozess nicht zutraut. Im schweizerischen Recht kann der Betreibungsgläubiger nach einem Rechtsvorschlag glaubwürdiger mit der späteren Erhebung der Klage drohen, da er entscheidet, ob er die Klägerrolle übernimmt.

Zieht man aus diesen drei (nicht abschliessenden) Unterschieden ein Fazit, so überträgt das SchKG dem Betriebenen bereits nach zehn Tagen Untätigkeit das Prozessrisiko, wenn er keinen Rechtsvorschlag erhebt. Wo das Prozessrisiko *de facto* den Rechtsverlust bedeutet, weil es zu hoch oder nicht versichert ist, ist dies eine harte Konsequenz. Die einmalige Frist von 10 Tagen ist – aus deutscher Perspektive – unheimlich kurz. Dieses hohe Risiko wird allerdings durch den geringen Aufwand für die Gegenwehr relativiert. Der Rechtsvorschlag ist nicht zu begründen (Art. 75 Abs. 1 SchKG) und kostenlos.¹² Das mit ihm verbundene Risiko ist gering, weil der Rechtsvorschlag nicht unmittelbar den streitigen Prozess auslöst. Am Ende gilt also: Wer zögert, verliert. *Ius vigilantibus scriptum est!*

II. Betreuung auf Konkurs

Eine weitere Besonderheit aus Sicht eines deutschen Verfahrensrechtlers ist die «Betreibung auf Konkurs». In Deutschland werden Kaufleute und andere ins Handelsregister eingetragene Personen wie selbstverständlich auf Pfändung betrieben; dort gilt die Spezialexécution. In der Schweiz werden Personen, die im Handelsregister eingetragen sind, nicht auf Pfändung, sondern auf Konkurs betrieben (Art. 39 SchKG). Da man einen insolventen Schuldner nicht betreiben muss (Art. 190 ff. SchKG), hat die Betreuung auf Konkurs zwangsläufig den solventen Schuldner im Blick (vgl. auch Art. 172 Ziff. 3 und Art. 195 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Sogar dem zahlungskräftigen Betriebenen droht der Konkurs, wenn er aus Trölerie oder mangelnder Bereitschaft nicht zahlt. Aus der Aussenperspektive fragt man sich, welchen Grund es hat, wegen einer Schuld von CHF 1'000.- den Konkurs zu eröffnen, anstatt einzelne Forderungen oder Sachen des Schuldners zu pfänden und zu verwerten. Die Gesetzesmaterialien bestätigen, dass eine gewisse Skepsis erlaubt ist. Dort heisst es: «Kaum wird je eine Frage in weiten Kreisen so viel Widerspruch hervorgerufen haben [...] wie die Frage: Soll die Schuldbetreibung auf Pfändung oder auf Konkurs gerichtet sein?»¹³ Das lag an der Vielfalt von Modellen, die es in den Schweizer Kantonen vor der Vereinheitlichung durch das SchKG gegeben hatte.¹⁴ Neben einigen wenigen Sachargumenten¹⁵ erwecken die Gesetzgebungsmaterialien den Eindruck, als sei die Lösung des Art. 39 SchKG nicht einem zwingenden Bedürfnis, sondern der Suche nach einem interkantonalen Kompromiss geschuldet.¹⁶ Über diese vorläufige Einschätzung kann man sicher diskutieren. Jedenfalls wird an diesem Punkt deutlich, dass das SchKG ein «altehrwürdiges» Gesetz ist, das an mancher Stelle die Umstände des 19. Jahrhunderts widerspiegeln muss, weil die meisten seiner Regeln seither unverändert geblieben sind. Im Vergleich zu anderen Vollstreckungsgesetzen in Europa steht das SchKG mit einem solchen Befund aber sicherlich nicht alleine da.

13 Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 44, zu den Mehrheitsverhältnissen in dieser Frage siehe ebd. S. 23 f.

14 Vgl. Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 42.

15 Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 47.

16 Vgl. Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 44.

III. Rangfragen in der Einzelvollstreckung

Aus dem deutschen Recht ist man gewohnt, dass ein Vorsprung von wenigen Stunden das bessere Recht in der Zwangsvollstreckung bedeuten kann. Ein solch konsequentes Prioritätsprinzip belohnt den skrupellosen oder jedenfalls kaltschnäuzigen Gläubiger.¹⁷ Auch in manch einem SchKG-Lehrbuch wird betont, dass in der Schweiz im Falle mehrerer konkurrierender Pfändungen das Prioritätsprinzip gelte. Man liest sogar von «Windhundprinzip»¹⁸, was der Bezeichnung des Prioritätsprinzips im allgemeinen Sprachgebrauch entspricht. Betrachtet man das SchKG im Detail, so tut sich aber eine ganz beeindruckende Entdeckung auf. Nach Art. 110 SchKG entscheiden nämlich nicht Stunden, sondern ein Abstand von ca. 30 Tagen über das bessere Recht in der Zwangsvollstreckung. Wird innerhalb von 30 Tagen ein weiteres Fortsetzungsbegehren gestellt, müssen die konkurrierenden Gläubiger teilen. Teilen ist nun aber gar nicht, was man mit dem Prioritätsprinzip des deutschen Rechts verbindet. Die Gruppenbildung nach Art. 110 SchKG befreit die Rangordnung

17 Vgl. KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 25 N. 1.

18 JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl. 2018, N. 51 und N. 822.

19 AMONN/WALTHER (Anm. 17), § 25 N. 3.

von Zufällen und ermöglicht dem Gläubiger, ein paar Tage in Ruhe zu verhandeln, ohne das bessere Recht zu verlieren. Um dieser angenehmen Besonderheit des SchKG Rechnung zu tragen, sollte man daher mit Ammon/Walther von einem «abgemilderten Prioritätsprinzip»¹⁹ sprechen. Wer es lieber tierisch haben will, könnte anstelle vom «Windhund-» vom «Rudelprinzip» sprechen – freilich mit einem starken Augenzwinkern, da es sicherlich nicht angemessen ist, sich im Vollstreckungsrecht der Jägersprache zu bedienen. Ein eigener Begriff würde dieser Besonderheit des SchKG jedenfalls die Beachtlichkeit zukommen lassen, die sie international erlangen sollte.

IV. Rechtsscheintatbestände als Faszinosum des SchKG

Ein aus deutscher Sicht faszinierender Aspekt des SchKG ist der bewusste Einsatz der Verteilung der prozessualen Initiativlast (respektive des Prozessrisikos), um das Verfahren zu beschleunigen bzw. die Prüfungslast der Gerichte oder der Betreibungsorgane zu verringern. Dabei arbeitet das SchKG mit Rechtsscheintatbeständen. Ein Beispiel dafür ist die Möglichkeit zur Fortsetzung der Betreuung bei Unterbleiben des Rechtsvorschlages, ohne weitere Prozesse führen zu müssen. Das prominenteste Beispiel ist aber sicherlich die provisorische Rechtsöffnung aufgrund einer eigenhändig unterschriebenen Schuldanerkennung. Eine ganz einschneidende Konsequenz dieser Schuldanerkennung liegt darin, dass die Last, das materielle Recht festzustellen, und das mit ihr verbundene Prozess(kosten)risiko auf den vermeintlichen Schuldner verlagert wird: Wird die provisorische Rechtsöffnung erteilt, so wird der Betreuungsgläubiger von der Last, einen Anerkennungsprozess führen zu müssen (Art. 79 SchKG), befreit. Vielmehr liegt es am Betriebenen, Klage mit dem Ziel der Feststellung zu erheben, dass die Forderung nicht besteht (Art. 83 Abs. 2, 85a SchKG). Die Grundlage für die Zuweisung der Initiativlast und des Prozessrisikos an den Betriebenen wird in dem Schein gesehen, dass der Gläubiger Recht habe.²⁰ Das Rechtsöffnungsgericht prüft mit Art. 82 SchKG, ob dieser Rechtsschein besteht. Wenn der Schein ins Wanken gerät, wird die provisorische Rechtsöffnung verweigert.²¹ Die Grundlagen des Rechtsscheins bilden einerseits die Schuldanerkennungsurkunde und andererseits das Ausbleiben von «liquiden» Einwendungen trotz rechtlichen Gehörs.²² Die Schuldanerkennung wurzelt im materiellen Recht: Von der obligationenrechtlichen Schuldanerkennung geht eine tatsächliche Vermutung aus, dass die anerkannte Schuld besteht.²³ Das SchKG ergänzt diese obligationenrechtliche Beweislastverteilung um die Verlagerung der prozessualen Risiko- und Initiativlast, welche die Durchsetzung des Gegenrechts erschwert. In Fällen, in denen das Risiko eines Zivilprozesses nicht rentabel wäre, entscheidet faktisch bereits diese Verteilung der Initiativlast darüber, ob jemand sein Recht durchsetzen kann.

Ein anderer Rechtsscheintatbestand ist der Gewahrsam. Wenn der Schuldner ausschliesslichen Gewahrsam hat, leiten die Vollstreckungsbehörden daraus ab, dass er vermutlich der Eigentümer ist (Art. 107 SchKG). Der Drittsprecher, der das Eigentum für sich reklamiert, muss dul-

20 HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, *Schuldbeitreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Band I, Zürich 1984, S. 260 FN. 9.

21 MEYER, *Rechtsöffnung aufgrund synallagmatischer Schuldverträge*, 1979, S. 32.

22 FRITZSCH/WALDER (Anm. 20), S. 260 FN. 9; Vgl. auch Urteil des BGer 5P.321/2005 vom 27. Januar 2006 E. 3.2.

23 FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, *Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht*, 2003, N. 435.

24 ADRIAN STAEHELIN, in: Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl. 2010, N. 6 zu Art. 107 SchKG.

25 Im Gegensatz zum schweizerischen Recht bietet das deutsche Recht den Gläubigern eine Erleichterung, wenn Ehegatten Mitgewahrsam reklamieren (§ 739 dZPO i.V.m. § 1362 BGB).

26 AMONN/WALTHER, (Anm. 17), § 24 N. 31.

27 Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 18. März 2020 (SR 281.241).

den, dass seine Sache beschlagnahmt wird. Er muss letztlich Drittwiderspruchsklage erheben (Art. 107 SchKG bzw. Art. 242 Abs. 2 SchKG), weil er diesen Rechtsschein veranlasst hat, indem er es zugelassen hat, dass die Sache aus seinem Herrschaftsbereich gelangt ist. Wenn der Dritte nicht sichergestellt hat, dass er sein Eigentum gerichtsfest beweisen kann, muss er *de facto* hinnehmen, dass die Gläubiger des Schuldners die Sache als Haftungssubstrat heranziehen. Indem es auf den Rechtsschein abstellt, erzeugt das SchKG also eine gewisse Effizienz bei der Durchsetzung von Gläubigerrechten. Anders verhält es sich, wenn die Sache gepfändet wird und sie sich im (Mit-)Gewahrsam des Dritten befindet. Meldet sich jetzt der Dritte zu Wort, so ist die prozessuale Initiativlast dem Gläubiger zugewiesen (Art. 108 SchKG bzw. Art. 242 Abs. 3 SchKG). Das allein kann dafür sorgen, dass der Gläubiger auf die Berücksichtigung dieser Sache verzichtet und einen Pfändungsverlustschein in Kauf nimmt. Die kritische Beobachtung von Staehelin, dass der Streit um die Gewahrsamsfeststellung und die Parteipollenverteilung in der Praxis eine übermässige Bedeutung erlange,²⁴ zeigt, dass in vielen Fällen bereits die Verteilung der prozessualen Initiativlast darüber entscheidet, wer Recht bekommt. Für den Betriebenen kann das sogar einen Anreiz schaffen, Sachen bei Dritten zu lagern, weil sie dann – nur aufgrund der Verteilung der prozessualen Initiativlast – vom Zugriff verschont bleiben, wenn daraus Zweifel an der Eigentumslage erwachsen können und sich ein Prozess nicht lohnt. Problematisch ist das in gemeinsamen Haushalten.²⁵ Inspiriert durch das SchKG hat der Verfasser die Feststellung gemacht, dass die deutsche ZPO eine ähnliche Risikoverteilung vornimmt, dies im Gesetzeswortlaut aber kaum zum Vorschein kommt (§§ 771, 809 dZPO). Im SchKG wird viel deutlicher, dass hinter dieser Verteilung des Risikos die Eigentumsvermutung steht, die gem. Art. 930 ZGB mit dem Besitz ebenfalls an tatsächliche Herrschaftsverhältnisse anknüpft. In diese Richtung gehen die Worte von Amonn/Walther, wonach für die Verteilung der Initiativlast an den Gewahrsam angeknüpft werde, weil diesem die Vermutung innewohne, dass der «Inhaber auch das bessere Recht auf die Sache habe».²⁶ Wie im Fall der Schuldanerkennung fügt auch hier das SchKG der Vermutungswirkung des materiellen Rechts noch eine prozessuale Wirkung hinzu, die dafür sorgt, dass das Gegenrecht schwieriger durchsetzbar ist.

V. SchKG und Pandemie

Im Frühjahr 2020 hat der Bundesrat wegen der Corona-Pandemie den Rechtsstillstand beschlossen.²⁷ Einen solchen kollektiven Rechtsstillstand gemäss Art. 62 SchKG aufgrund einer Epidemie kennt das deutsche Vollstreckungsrecht nicht. Das Mahnverfahren, welches in Deutschland als Erkenntnisverfahren geregelt wird, wäre von einem Vollstreckungsschutz zudem nicht erfasst. Demgegenüber unterbindet Art. 62 SchKG sogar Einleitungsverfahren, weil der Zahlungsbefehl eine Betreibungshandlung ist (Art. 56 Ziff. 3 SchKG). So hat sich insbesondere im ersten «Lockdown», in der viele Schuldner und die Politik erst einmal eine Verschnaufpause brauchten, um sich zu orientieren, eine vermeintlich alte und selten angewandte Bestimmung wie Art. 62 SchKG plötzlich hervorragend bewährt.

- 28 Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III 1 ff., S. 55.
- 29 Verordnung über den Rechtsstillstand nach Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs für die Reisebranche vom 20. Mai 2020 (SR 281.243).
- 30 ILIJA PENON/MARC WOHLGEMUTH, in: Schulthess Kommentar zum SchKG, N. 3 zu Art. 62 SchKG.
- 31 Näher, auch zum Rechtsvergleich: FLORIAN EICHEL/SAMUEL TURTSCHI, Der Rechtsstillstand nach Art. 62 SchKG, AJP 2020, S. 1008.
- 32 Botschaft vom 8. März 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III 1 ff., 3.
- 33 Statt vieler: Vock Dominik, in: Kurzkomentar SchKG, N. 3 ff. zu Art. 82 SchKG; ADRIAN STAEHELIN, in: Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl. 2010, Art. 82 N. 12 ff.; WALTER STOFFEL, La mainlevée d'opposition – modèle d'une «procédure simple et rapide»? in: Festschrift 100 Jahre SchKG, 1989, S. 239 ff., 241.
- 34 BGE 136 III 566 E. 3.3.
- 35 JÜRGEN STAMM, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007, S. 213 mit FN. 13, 220.
- 36 Vgl. HANS FRIEDHELM GAUL/EBERHARD SCHILKEN/EKKEHARD BECKER-EBERHARD, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 10 N. 12.

Das alte Gesetz war auf der Höhe der Zeit, wobei man hinzufügen muss, dass die Revision von 1994 mit der Stärkung der Bundeskompetenz ebenfalls ihren Beitrag geleistet hat.²⁸ Für die Reisebranche wurde der Rechtsstillstand gar um einige Monate verlängert,²⁹ wenngleich man sich hier von den Voraussetzungen des Art. 62 SchKG, zu denen ökonomische Krisen nicht zählen,³⁰ bedenklich entfernt hat.³¹

VI. Rechtsdogmatik im SchKG

Bereits die strukturierten Marginalien des SchKG zeugen von dem Anspruch, dass das Gesetz mit seiner Gliederung eine eigene Systematik zum Ausdruck bringen will, die das Verständnis des Gesetzes befördern soll. Art. 38 Abs. 2 SchKG, der den Namen des Gesetzes aufgreift, macht deutlich, dass «Schuldbetreibung» mehr ist als «Vollstreckung». Schuldbetreibung schliesst eben auch das Einleitungsverfahren mit ein, welches der Vorbereitung der Zwangsvollstreckung dient. Die Verortung des Fortsetzungsbegehrens (Art. 88 SchKG) am Ende des 2. Titels folgt der Logik, dass das Begehren noch innerhalb der Einleitungsphase gestellt wird. Seine Verortung am Anfang des 3. Titels hätte eine allgemeine Überschrift für alle Betreibungsarten nötig gemacht, so dass der gewählte Aufbau gesetzgebungstechnisch geschickt ist. An solchen Kleinigkeiten wird schnell klar, dass das SchKG ein Gesetz ist, dem der Gesetzgeber eine eigene Dogmatik in die Wiege legen wollte. Das wird ein Grund sein, warum die erste umfangreiche Teilrevision über 100 Jahre später mit dem Hinweis eingeleitet wurde, dass trotz «seines beachtlichen Alters und trotz des gesellschaftlichen Wandels kein Bedürfnis besteht, das bewährte und klare System des Gesetzes zu ändern.»³² Dadurch erlangt das SchKG eine gewisse historische Besonderheit und ist ein akademisch wertvolles Stück Gesetzgebung. Natürlich zieht das SchKG dadurch den kritischen Blick der Rechtswissenschaft auf sich.

Aus dem Blickwinkel der deutschen Vollstreckungsdogmatik ist der Befund von besonderem Interesse, dass die wohl herrschende Lehre die eigenhändig unterschriebene Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG als *Rechtsöffnungstitel* bezeichnet.³³ Der Gesetzestext selbst behält diesen Begriff in der Überschrift zu Art. 80 SchKG nur dem definitiven Rechtsöffnungstitel vor. Zwar ist nicht auszuschliessen, dass es sich bei der Bezeichnung als «Titel» um eine Übersetzung des französischen «*titre*» handelt, was man sowohl mit «Urkunde» (vgl. Art. 254 Abs. 1 chZPO) als auch mit «Titel» übersetzen kann (vgl. Art. 80 SchKG). Indem das Bundesgericht von der Schuldanerkennung als «Vollstreckungstitel» spricht,³⁴ macht es allerdings deutlich, dass es um die Funktion des Titels als «Grundlage für die Zwangsvollstreckung» geht.

Gemäss der deutschen Vollstreckungsdogmatik ist der Titel eine unabdingbare Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung. Als ein Wesensmerkmal eines Titels gilt dessen hoheitliche Ableitung. Der Titel verkörpert einen öffentlich-rechtlichen Akt, der die durch die staatlichen Organe durchgeführte Zwangsvollstreckung legitimiert.³⁵ Angesichts des mit ihr verbundenen Grundrechtseingriffs und des Gewaltmonopols bedarf die Zwangsvollstreckung einer hoheitlichen Grundlage.³⁶ Das zweite Wesensmerkmal des Titels ist, dass er ein sehr formalisiertes und effizientes Ver-

- 37 STAMM (Anm. 35), S. 213; GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, (Anm. 36), § 10 N. 13.
- 38 Auch zum Folgenden: STAMM (Anm. 35), S. 230-238.
- 39 Im Fall der vollstreckbaren Urkunde nimmt der Notar diese hoheitliche Funktion kraft seiner Beleihung wahr, vgl. STAMM (Anm. 35), S. 241.
- 40 Für den Vergleich: § 794 Abs. 1 Ziff. 1 dZPO oder §§ 796a-c dZPO; für die öff. Urkunde: § 794 Abs. 1 Ziff. 5 dZPO.

- 41 ALEXANDER R. MARKUS, Lugano-Übereinkommen und SchKG-Zuständigkeiten: Provisorische Rechtsöffnung, 2. Aufl. 1997, S. 67 f.
- 42 ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1911, S. 294 § 27 I, siehe zudem dort FN. 3.
- 43 SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in: Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 6 zu Art. 347 ZPO.
- 44 Vgl. Urteil des BGer 5P.321/2005 vom 27. Januar 2006 E. 3.2: «Le juge [...] lui [dem Titel] attribue force exécutoire».
- 45 Der auf Ebene des IZPR gezogene Schluss des Bundesgerichts, wonach das provisorische Rechtsöffnungsverfahren ein Vollstreckungsverfahren sei (BGE 136 III 566 E. 3.3), wird vom Verfasser allerdings nicht geteilt (ebenso MARKUS AJP (Anm. 2), S. 850, 855 f.).

fahren ermöglicht, indem er die Existenz einer Forderung verbrieft und damit die Vollstreckungsorgane von deren Überprüfung freistellt. Der Vollstreckungstitel gilt als Ausgleich dafür, dass das Vollstreckungsorgan als Teil der Exekutive den Bestand der zu vollstreckenden Forderung nicht verbindlich überprüfen kann.³⁷ Das bedeutet aber nicht, dass ein Titel zwingend eine gerichtliche Erkenntnis über den Bestand der Forderung voraussetzen würde:³⁸ Im deutschen Recht dürfen die Vollstreckungsorgane auch dann «ungeprüft» vom Bestand der zu vollstreckenden Forderung ausgehen, wenn diese Annahme auf eine Verständigung der Parteien zurückgeht (wie z.B. beim gerichtlichen Vergleich oder der vollstreckbaren Urkunde). Wegen der eben erläuterten hoheitlichen Komponente ist bei der Niederlegung des übereinstimmenden Parteiwillens aber eine hoheitliche Beteiligung vonnöten.³⁹ Sie drückt sich darin aus, dass ein Vergleich nicht vollstreckbar ist, wenn nicht ein Gericht oder ein (insoweit mit hoheitlichen Befugnissen beliehener) Notar daran mitwirkt.⁴⁰

Damit ist aus rechtsvergleichender Perspektive nicht überraschend, dass die Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 Var. 2 SchKG als Vollstreckungstitel bezeichnet wird, obwohl die anerkannte Schuld nicht gerichtlich überprüft wurde. Überraschend ist vielmehr, dass an ihr keine hoheitliche Stelle mitgewirkt hat. Aus dieser Sicht hat die Literaturauffassung zum schweizerischen Recht, wonach nicht die Schuldanerkennung den Titel bilde, sondern erst der (formell) rechtskräftig gewordene Zahlungsbefehl,⁴¹ gewisse Vorzüge. Grundlage der Zwangsvollstreckung wäre danach nicht die Schuldanerkennung, sondern erst der durch den Rechtsöffnungsentscheid in Rechtskraft erwachsene Zahlungsbefehl. Das passt zu einer frühen Klarstellung von Blumenstein, der schreibt: «Im Gegensatz zur definitiven Rechtsöffnung handelt es sich hier nicht um die Vollstreckung gewisser Titel [...]. Der Grund der Rechtsöffnung liegt vielmehr in dem tatsächlichen Vorgang der seitens des Schuldners erfolgten Schuldanerkennung, für welchen die vom Gesetz geforderte Urkunde lediglich das Beweismittel bildet.»⁴² Der neue Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} SchKG, der die vollstreckbare öffentliche Urkunde als Titel listet, ist damit vereinbar, da hier gem. Art. 55 SchlT ZGB und Art. 347 chZPO eine entsprechend hoheitlich beliehene Stelle mitzuwirken hat.⁴³ Aber auch die herrschende Auffassung, die die Schuldanerkennung als Rechtsöffnungstitel bezeichnet, leugnet das Erfordernis hoheitlicher Beteiligung nicht. Sie verlangt nämlich, dass das Rechtsöffnungsgericht der Schuldanerkennung als Titel noch die Vollstreckbarkeit verleihen muss.⁴⁴ Bei dieser Sichtweise erwiese sich das Rechtsöffnungsverfahren quasi als Vollstreckbarerklärungsverfahren. Diese Sichtweise findet in der systematischen Nähe zu Art. 81 SchKG eine Stütze. Beide Auffassungen haben daher gute Gründe.⁴⁵ All das zeigt, dass sich im SchKG auch in dogmatischer Hinsicht für «Feinschmecker» der eine oder andere «Happen» findet.

VII. SchKG und Sprache

Eine gelungene Sprache trägt zum Erfolg eines Gesetzes bei, da eine wenig intuitive, abstrakte Gesetzessprache es nicht nur dem Ausländer schwermacht, das Recht zu verstehen, sondern auch den einheimischen Rechtsanwendern, wenn sie das Recht erlernen. Gemessen daran, dass

das SchKG im Wesentlichen in der Sprache des 19. Jahrhunderts geschrieben ist, gibt es kaum Passagen, die so altdeutsch formuliert sind, dass sie schwer zu verstehen wären. Das durch Art. 92 SchKG als Kompetenzstück geschützte «religiöse Erbauungsbuch» ist zwar ein Begriff des 19. Jahrhunderts, aber in seiner Abstraktheit höchst modern, weil es religionsoffen ist. Der vergleichbare § 811 Abs. 1 Ziff. 10 dZPO (in der Fassung bis zum 1.1.2022, s. unten VIII) ist mit «Büchern, die zum Gebrauch in der Kirche bestimmt sind», jedenfalls weniger prägnant und inhaltlich zugleich beschränkter. Dass man es über 100 Jahre nicht für nötig befunden hat, die Sprache des Gesetzes zu modernisieren, ist also ein Ausweis gelungener Gesetzgebungstechnik. An manchen Stellen ist das SchKG aber doch etwas sperrig formuliert. Der Begriff des «Rechtsstillstandes» erinnert eher an den Stillstand der Rechtspflege in Krisenzeiten (also an den Tatbestand des Art. 62 SchKG), denn an den Stillstand des Betreibungsrechtes des einzelnen Gläubigers (Art. 57 ff. SchKG). Die «Anhebung der Betreibung» (Überschrift zu Art. 67 SchKG) macht einen eher ältlichen Eindruck. Der Ausdruck findet sich als Relikt auch noch in der relativ neuen ZPO (Art. 64 Abs. 2 ZPO), die in den meisten Fällen aber von «Klage erheben» spricht (Art. 73 Abs. 1, Art. 81 Abs. 2, Art. 85 Abs. 1, Art. 224 Abs. 1, Art. 378 Abs. 2 ZPO). Am wenigsten eingängig ist der Begriff des «Rechtsvorschlags». Will der Betriebene dem Gesuchsteller wirklich vorschlagen, die Klärung des Rechts herbeizuführen? Und warum sollte man diesen Vorschlag beseitigen, wenn man ihm nachkommt? In den Gesetzesmaterialien führte man den Begriff des Rechtsvorschlags ein, der (auch als «Rechtsdarschlag») im schweizerischen Recht offenbar bereits existierte, sprach dann aber immer wieder viel bildlicher von der «Einsprache» des Schuldners.⁴⁶ Aus der «Einsprache» oder dem «Widerspruch»⁴⁷ könnten wir weit intuitiver ableiten, dass der Betriebene der Betreibung etwas entgegensetzt und der Gläubiger diese Einsprache zunächst beseitigen muss, um die Betreibung fortsetzen zu können. Dass sich der Betriebene mit dem Rechtsvorschlag wehren, Widerspruch erheben und die Betreibung aufhalten will, erschliesst sich durch den Begriff jedenfalls nicht – ganz im Gegenteil etwa zur Beschwerde (Art. 17 SchKG) oder zur Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 4 SchKG). Da es sich bei dem Rechtsvorschlag um einen Begriff handelt, der wesentlich für den effektiven Rechtsschutz des Betriebenen ist, verdient er Kritik. Ein anderer Kritikpunkt aus heutiger Zeit gilt der maskulinen Sprache des SchKG. Als Lehrer bei der Lektüre des Gesetzeswortlauts vom «Rechtsöffnungsrichter» oder von «dem Richter zugewiesenen Entscheidungen» zu sprechen, während man 50 % ambitionierte Studentinnen vor einem hat, wirkt aus der Zeit gefallen. Es bräuchte auch keine Gendersprache, um das zu beheben. In allen Fällen könnte das Gesetz schlicht und einfach vom (Rechtsöffnungs)Gericht sprechen.

VIII. Kurioses

Ein Rechtsvergleich bringt allerlei Kuriositäten mit sich, insbesondere was die Kompetenzstücke angeht, deren enumerative Aufzählungen sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Recht (noch)⁴⁸ den Geist des 19. Jahrhunderts versprühen. Nach § 811 Abs. 1 Ziff. 12 dZPO sind künstliche Gliedmassen, Brillen und andere wegen körperlicher Gebrechen not-

46 Botschaft vom 6. April 1886, BBl 1886 II 1 f., S. 64.

47 Vgl. BLUMENSTEIN (Anm. 42), § 24 I.

48 Die deutsche Vorschrift über unpfändbare Gegenstände (§ 811 dZPO) wird zum 1.1.2022 umfassend reformiert und an die heutigen Verhältnisse angepasst (BGBl. 2021 I, S. 850, 851 f.). Die hier erwähnten Kuriosa finden sich in der neuen Fassung nicht mehr.

wendige Hilfsmittel unpfändbar, soweit diese Gegenstände zum Gebrauch des Schuldners und seiner Familie bestimmt sind. Das SchKG nennt diese Stücke nicht, auch wenn sie über Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG geschützt sein sollten. Es sei dem Leser überlassen, ob das deutsche Recht für diese soziale Rechtssicherheit zu rühmen ist oder nicht vielmehr ein schlechtes Licht auf die Gläubiger wirft. Das SchKG führt demgegenüber andere Einzelteile ausdrücklich auf, nämlich die Bekleidungs-, Ausrüstungs- und Bewaffnungsgegenstände, das Dienstpferd und den Sold eines Soldaten, während die deutsche ZPO an dieser Stelle die Gegenstände der Beamten, Geistlichen, Rechtsanwälte, Notare, Ärzte und Hebammen nennt. Wirklich auffällig ist aber, dass die dZPO dem deutschen Schuldner *eine* Milchkuh (§ 811 Abs. 1 Ziff. 4 dZPO) belässt, während der schweizerische Schuldner *zwei* Milchkühe (Art. 92 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG) behalten darf. Damit offenbart womöglich erst der Rechtsvergleich: Art. 92 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG schützt die schweizerische Liebe zum «Chäs-Fondue»!⁴⁹

49 Diesen Hinweis verdanke ich FABIAN KLINCK, Professor für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Zivilverfahrensrecht, Ruhr-Universität Bochum.