

Dr. iur. Thomas Siegenthaler / Daniel Hunkeler

Schuldnerparadies Schweiz?

Ein Viertel aller Insolvenzen in Europa ist auf Zahlungsverzug zurückzuführen. Es wird geschätzt, dass dadurch in Europa jährlich rund 450000 Arbeitsplätze verloren gehen. Die EU verschärft daher ihre Gangart gegenüber Schuldnern im Zahlungsverzug. Die Schweizerische Rechtsordnung bleibt gegenüber zahlungsunwilligen Schuldnern zurückhaltend.

1. Die EU-Verzugsrichtlinie

[Rz 1] Die Europäische Union hat erkannt, dass die unterschiedlichen nationalen Zahlungsbestimmungen und Zahlungspraktiken das Funktionieren des Binnenmarktes hemmen. Dementsprechend hat sie eine *Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr* [Fn 1] (Verzugsrichtlinie) erlassen. Die Mitgliedstaaten müssen diese Richtlinie bis am 8. August 2002 ins innerstaatliche Recht überführen, was beispielsweise in Deutschland [Fn 2] per 1.1.2002 erfolgt ist. Bei der Bekämpfung des Zahlungsverzuges im Geschäftsverkehr setzt die Verzugsrichtlinie insbesondere auf folgende Massnahmen:

[Rz 2] *a. Erhöhter Verzugszins:* In der EU wurde festgestellt, dass Länder mit hohen Verzugszinssätzen die geringsten Zahlungsverzögerungen aufweisen [Fn 3] Deshalb wird der Verzugszinssatz stark angehoben. Sofern im konkreten Vertrag nichts anderes vereinbart ist, gilt nach der Verzugsrichtlinie inskünftig ein Verzugszins, der sich aus einem Leitzins der europäischen Zentralbank [Fn 4] (sog. Bezugszinssatz, reference rate) *zuzüglich* mindestens 7% [Fn 5] (Spanne, margin) zusammensetzt. In der Schweiz gilt dagegen nach wie vor ein Verzugszins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) oder – falls er höher ist – der “übliche Bankdiskonto“ (Art. 104 Abs. 3 OR), welcher jeweils eher mühsam zu ermitteln ist.

[Rz 3] *b. Zahlungsfristen von dreissig Tagen:* Sofern die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben, gilt in der EU inskünftig eine Zahlungsfrist von 30 Tagen nach Eingang der Rechnung [Fn 6] (bzw. bei Lieferverträgen ab Abnahme [Fn 7]). Verzugszinsen sind nach Ablauf der Zahlungsfrist von 30 Tagen auch ohne Mahnung geschuldet. [Fn 8] Zwar kann im Vertrag auch eine längere Zahlungsfrist vereinbart werden, doch nur dann, wenn diese nicht “grob nachteilig“ für den Gläubiger ist. [Fn 9] Diesbezüglich ist insbesondere massgebend, ob der Schuldner einen objektiven Grund für die Abweichung von der 30-Tage-Regelung hat. Dies gilt auch dann, wenn die Schuldnerin eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist. KMU-Verbände erhalten zudem ein Verbandsbeschwerderecht gegen “grob nachteilige“ Zahlungsfristen in allgemeinen Geschäftsbedingungen [Fn 10], und zwar auch gegenüber öffentlichen Auftraggebern. In der Schweiz existieren keine analoge Bestimmungen.

[Rz 4] *c. Eigentumsvorbehalt:* Die EU-Staaten werden durch die Verzugsrichtlinie verpflichtet, einen einfachen Eigentumsvorbehalt vorzusehen. [Fn 11] Nach dem Verständnis der deutschen Rechtslehre bedeutet dies u.a., dass ein vereinbarter Eigentumsvorbehalt auch ohne Registereintrag durchsetzbar sein muss. [Fn 12]

[Rz 5] In der Schweiz setzt die Gültigkeit eines Eigentumsvorbehalts voraus, dass der Eigentumsvorbehalt im schweizerischen Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen wurde. [Fn 13] Auf einseitige Anmeldung hin ist ein Registereintrag in der Schweiz nur möglich, wenn die anmeldende Partei das schriftliche Einverständnis der anderen Vertragspartei zu allen für die Eintragung wesentlichen Punkten beibringt, und zwar im Original oder in beglaubigter Wiedergabe. [Fn 14]

[Rz 6] Die Schweiz setzt zum Nachteil der Gläubiger nicht nur höhere Anforderungen an

die Gültigkeit eines Eigentumsvorbehaltes, sie tut sich auch schwer mit der Anerkennung ausländischer Eigentumsvorbehalte: Ein im Ausland begründeter Eigentumsvorbehalt an einer beweglichen Sache, die in die Schweiz gelangt, wird in der Schweiz noch während dreier Monate anerkannt. Während dieser Frist muss der Eigentumsvorbehalt nochmals im schweizerischen Eigentumsvorbehaltsregister gemäss den Anforderungen des schweizerischen Rechts eingetragen werden, um gültig zu bleiben. [Fn 15] Dies ist regelmässig nicht mehr möglich, wenn der Schuldner nicht kooperiert und ein Eigentumsvorbehalt im Ausland nicht schon zum Voraus mit Rücksicht auf die schweizerischen Erfordernisse begründet wurde.

[Rz 7] *d. Verfahrensbeschleunigung*: Wenn eine Geldforderung oder verfahrensrechtliche Aspekte nicht bestritten werden, soll es in der Europäischen Union “in der Regel“ möglich sein, innert 90 Tagen ein vollstreckbares Urteil zu erwirken. [Fn 16] In der Schweiz kann ein Gläubiger nur im Rahmen eines Betreibungsverfahrens innert dieser Frist in das Vermögen des Schuldners vollstrecken, und auch nur dann, wenn sich der Schuldner nicht wehrt. Erhebt der Schuldner im Betreibungsverfahren Rechtsvorschlag, muss der Gläubiger zur Beseitigung desselben einen ordentlichen Prozess [Fn 17] bzw. das gerichtliche Rechtsöffnungsverfahren [Fn 18] anstrengen. Aber selbst im summarischen Rechtsöffnungsverfahren kann es in der Praxis etliche Monate oder gar mehr als ein Jahr dauern, bis ein (rechtskräftiger) Rechtsöffnungsentscheid erwirkt werden kann, zumal in verschiedenen Kantonen ein erstinstanzlicher Rechtsöffnungsentscheid an ein oberes Gericht weitergezogen werden kann. [Fn 19]

2. Verfahrenshindernisse

[Rz 8] Auch die schärfsten Bestimmungen über den Zahlungsverzug bewirken letztlich wenig, wenn die gerichtliche Durchsetzbarkeit von Forderungen erschwert ist. Diesbezüglich leistet sich das schweizerische Rechtssystem wiederum einiges an Schuldnerfreundlichkeit: Wenn ein Gläubiger nicht bereits einen vollstreckbaren Titel oder eine Schuldanerkennung in den Händen hält, ist ihm das summarische Rechtsöffnungsverfahren [Fn 20] nicht zugänglich. Die Möglichkeit, Zahlungen über vorsorgliche Massnahmen zu erwirken, besteht (im Unterschied etwa zu Frankreich oder England [Fn 21]) nur in ganz wenigen Ausnahmefällen [Fn 22].

[Rz 9] In der Schweiz wird der Gläubiger in der Regel eine Zivilklage einleiten müssen, und dies erst noch nach einer der *26 kantonalen Zivilprozessordnungen*. Wer mit der Praxis der lokalen Gerichte nicht vertraut ist, wird dazu einen lokalen Anwalt benötigen. In vielen Kantonen [Fn 23] wird das angerufene Gericht vom klagenden Gläubiger einen *Gerichtskostenvorschuss* [Fn 24] verlangen, bevor es tätig wird. Im Prozess muss der Kläger jede einzelne Tatsache vorbringen und nachweisen, welche allenfalls relevant sein könnte. An diese sogenannte *Substantiierungspflicht* [Fn 25] stellen die Gerichte strenge Anforderungen, insbesondere in der Deutschschweiz. [Fn 26] Es genügt nicht zu behaupten, ein bestimmter Betrag sei geschuldet, [Fn 27] sondern der Betrag muss aufgeschlüsselt und genau nach einzelnen Positionen begründet werden. [Fn 28] Angesichts der strengen Anforderungen ist es nicht verwunderlich, dass in der Praxis manchmal Forderungspositionen richterlich nicht zugesprochen werden, welche an sich bestehen würden. Insbesondere Ansprüche auf Schadenersatz aus entgangenem Gewinn bleiben daher häufig reine Theorie. [Fn 29]

[Rz 10] Angesichts des aufwendigen Verfahrens, welches allenfalls über mehrere Instanzen geht, wird sich der Gläubiger die Frage stellen, ob er seinen Anspruch gegen den Schuldner absichern kann. Das effiziente Mittel des *Arrests* [Fn 30] steht dem Gläubiger nur in wenigen Fällen zur Verfügung: Der Gläubiger muss wissen, wo der Schuldner Vermögenswerte hat, und er muss dies auch gegenüber dem Richter mittels Urkunden glaubhaft machen können (etwa durch Belege aus einem früheren Zahlungsverkehr mit dem Schuldner unter Angabe der genauen Bankadresse). Zudem muss der Schuldner entweder keinen festen Wohnsitz oder Wohnsitz im Ausland haben, oder der Gläubiger muss über einen Verlustschein gegen den Schuldner verfügen. [Fn 31] Theoretisch kann auch ein Arrest gelegt werden gegen eine Person, die “Anstalten zur Flucht trifft“. [Fn 32] Im Zeitalter des elektronischen Zahlungsverkehrs und des Bankgeheimnisses sind

solche „Anstalten“ aber erst nachweisbar, wenn es längst zu spät ist. In den meisten Fällen trägt also der Gläubiger das *Insolvenzrisiko* während der gesamten Verfahrensdauer. Dieses Insolvenzrisiko trägt der Gläubiger in der Schweiz (im Unterschied zu den grösseren Nachbarstaaten [Fn 33]) nicht nur im erstinstanzlichen Verfahren, sondern über alle Instanzen. Ein erstinstanzliches Zivilurteil ist während einer hängigen Berufung nicht provisorisch vollstreckbar. [Fn 34]

[Rz 11] Kommt es zu einem Urteil, werden die *Gerichts- und Anwaltskosten* den Parteien im Verhältnis ihres Obsiegens bzw. Unterliegens auferlegt. [Fn 35] Wer beispielsweise mit seiner Forderung zu 70 % durchdringt, zahlt immer noch 30 % der Gerichtskosten und (verrechnungswise) 30 % der Anwaltskosten der Gegenpartei. Weil die meisten Zivilverfahren mit einem Vergleich enden, klagen Gläubiger aus taktischen Gründen eher zuviel als zuwenig ein. Der 100%-ige Ersatz der eigenen Anwaltskosten ist deshalb selten. Die zu ersetzenden Anwaltskosten werden sodann nach einem kantonalen Tarif [Fn 36] berechnet, der den tatsächlich aufgelaufenen Anwaltskosten oftmals nicht gerecht wird. Auch die internen Kosten des Gläubigers (Bearbeitungsaufwand, Besprechungen mit dem Anwalt, Suche nach Dokumenten etc.) bleiben in der Praxis selbst bei vollständigem Obsiegen weitgehend ungedeckt. [Fn 37]

[Rz 12] Wenn ein Verfahren über mehrere Instanzen geht, wächst das Kostenrisiko. Wird ein erstinstanzliches Urteil angefochten und im Rechtsmittelverfahren geändert oder aufgehoben, steht fest, dass dieses Urteil rechtswidrig war. Die Prozesskosten für die Korrektur des rechtswidrigen erstinstanzlichen Urteil trägt aber nicht etwa das fehlbare Gericht bzw. der Staat, sondern jene Partei, die in letzter Instanz unterliegt. Wenn beispielsweise ein Kläger vor Bezirksgericht gewinnt und später vor Obergericht unterliegt, zahlt er die Kosten des Verfahrens vor Bezirksgericht *und* diejenigen vor Obergericht. Denn wer letztinstanzlich unterliegt, gilt generell als Prozessverursacher und ist kostenpflichtig, auch wenn ein Teil der Kosten eigentlich durch Fehler der Gerichte entstanden ist. Für rechtswidrige Urteile gibt es grundsätzlich keine Staatshaftung, auch nicht bei willkürlichen Urteilen. Eine Staatshaftung besteht nur wenn die Vorinstanz geradezu arglistig gehandelt hat. [Fn 38]

3. Vollstreckungshindernisse

[Rz 13] Ein Gläubiger, der ein rechtskräftiges Urteil in den Händen hält, kann gegen einen zahlungsunwilligen Schuldner ein *Vollstreckungsverfahren* einleiten und die Pfändung oder den Konkurs beantragen. Hat ein Gläubiger jedoch nicht bereits vor dem Urteil den Schuldner betrieben und einen allfälligen Rechtsvorschlag im rechtskräftigen Urteil richterlich beseitigen lassen, muss er ein gerichtliches Rechtsöffnungsverfahren anstrengen. Praktische Voraussetzung ist überdies, dass eine zur Zahlung verurteilte Firma nicht einfach „untergetaucht“ ist. Zu beobachten ist, dass Unternehmen manchmal ganz einfach verschwinden, indem sie ihre Büros verlassen, die Beschriftung von den Briefkästen entfernen und sämtliche Organe ohne Ersatz zurücktreten und sich ins Ausland begeben. Wer in dieser Situation als Gläubiger bei der dafür zuständigen Vormundschaftsbehörde [Fn 39] die Bestellung einer Beistandschaft für die Gesellschaft verlangt, wird in der Praxis entweder aufgefordert, einen erheblichen Kostenvorschuss zu leisten [Fn 40] oder aber nachzuweisen, dass die „untergetauchte“ Unternehmung Vermögenswerte hat [Fn 41]. Die Frage nach Vermögenswerten ist meistens aber gerade das, was der Gläubiger eigentlich herausfinden möchte.

4. Reformen

[Rz 14] Einstweilen gibt es keine Bemühungen, die EU-Verzugsrichtlinie in der Schweiz umzusetzen. Es ist aber absehbar, dass sich die Grundsätze der Verzugsrichtlinie in den nächsten Jahren in Europa etablieren und das Rechtsempfinden der Geschäftswelt prägen werden. Wenn sich das schweizerische Recht dem nicht anpasst, riskiert es, im europäischen Geschäftsalltag als übermässig schuldnerfreundlich in Verruf zu kommen.

[Rz 15] In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zur Zeit der Entwurf einer einheitlichen schweizerischen Zivilprozessordnung [Fn 42] in Vorbereitung. Er wird voraussichtlich anfangs Herbst 2002 veröffentlicht. Schon die Tatsache, dass dieses Rechtsgebiet vereinheitlicht wird, bedeutet für die Gläubiger eine gewisse Erleichterung. Es bleibt zu hoffen, dass in der künftigen vereinheitlichten Zivilprozessordnung auch andere prozessuale Nachteile der Gläubiger abgebaut werden.

Dr. iur. Thomas Siegenthaler, M.Jur. (Oxford) und Dr. iur. Daniel Hunkeler, LL.M. (Miami), sind Rechtsanwälte bei Schumacher Baur Hürlimann, Zürich und Baden

Der Artikel ist erstmals erschienen in der Zeitschrift "Baublatt" Nr. 61/62 vom 31. Juli 2002.

[Fn 1] Richtlinie 2000/35/EG des europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (ABl. EG Nr. L 200 S. 35).

[Fn 2] § 286 ff. BGB.

[Fn 3] Bericht 1997, ABIEG Nr. C 216 v. 17.7.1997, S. 10 (13).

[Fn 4] Dieser Zinssatz wird definiert als der für die jüngste Hauptfinanzierungsoperation ("main refinancing operations minimum bid rate") der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres massgebliche Zinssatz (Art. 3 Abs. 1 lit. d Verzugsrichtlinie). Dieser Zinssatz ist unter <http://www.ecb.int/> zu finden.

[Fn 5] Art. 3 Abs. 1 lit. d Verzugsrichtlinie, vgl. auch § 288 (2) BGB.

[Fn 6] Art. 3 Abs. 1 lit. b i Verzugsrichtlinie; vgl. § 286 (3) (1) BGB.

[Fn 7] Art. 3 Abs. 1 lit. b iv Verzugsrichtlinie; vgl. § 286 (3) (2) BGB.

[Fn 8] Art. 3 Abs. 1 lit. b Verzugsrichtlinie; vgl. § 286 (3) BGB.

[Fn 9] Art. 3 Abs. 3 Verzugsrichtlinie.

[Fn 10] Art. 3 Abs. 5 Verzugsrichtlinie.

[Fn 11] rt. 4 Abs. 1 Verzugsrichtlinie.

[Fn 12] SCHMIDT-KESSEL, Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung, NJW 2001, 97 sub VI; SCHULTE-BRAUCKS, Zahlungsverzug in der Europäischen Union, NJW 2001, 103 sub II 6.

[Fn 13] Vgl. Art. 715 Abs. 1 ZGB. Eine Registereintragungspflicht kennt bisher auch Italien: Art. 1524 I d. Codice Civile.

[Fn 14] Vgl. Art. 4 der Verordnung des Bundesgerichts betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19.10.1910; SR 211.413.1.

[Fn 15] Art. 102 Abs. 2 IPRG

[Fn 16] Art. 5 Verzugsrichtlinie.

[Fn 17] Art. 79 SchKG.

[Fn 18] Art. 80 ff. SchKG.

[Fn 19] Das schweizerische Bundesgericht kann wegen Rechtsöffnungsentscheide nur im Rahmen des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens angerufen werden, wobei dieses Verfahren die Rechtskraft des angefochtenen (letztinstanzlichen) Entscheides regelmässig nicht hemmt; vgl. HUNKELER, Provisorische Rechtsöffnung und Willkür; Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid vom 5. Februar 2002, Jusletter vom 29. April 2002

[Fn 20] Art. 80 ff. SchKG.

[Fn 21] Frankreich: Art. 809 NCPC; England: Part 25.7 Civil Procedure Rules.

[Fn 22] Art. 137 ZGB, Art. 28 KHG.

[Fn 23] So z.B. in Baselland (§ 69 ZPO-BL), Aargau (§ 101 ZPO-AG), Zug (§ 36 ZPO-ZG), Glarus (Art. 141 ZPO-GL), Schwyz (§ 67 ZPO-SZ) etc., z.B. aber (im Normalfall) nicht in Zürich (§ 73 ZPO-ZH), Solothurn (§ 96 ZPO-SO) usw.

[Fn 24] Z.B. beträgt im Kanton Aargau nach dem Dekret über die Verfahrenskosten bei einem Streitwert von Fr. 12000 bis Fr. 24000 die Gerichtsgebühr Fr. 720 plus 5% des Streitwertes. Bei einem Streitwert von Fr. 96000 bis Fr. 180000 liegt der Ansatz bei Fr. 3120 plus 3,5% des Streitwertes.

[Fn 25] "Diese sogenannte Substantiierungspflicht auferlegt den Parteien, deutliche und

vollständige Tatsachenbehauptungen vorzubringen und in der Beweisantretung die Beweismittel oder Beweisthemen ausreichend zu umschreiben“ (zit. gem. Obergericht des Kantons Thurgau, RBOG 1992/32, S. 128).

[Fn 26] Die einschlägigen Bundesgerichtsentscheide zur Substantiierungspflicht betreffen ausschliesslich die Deutschschweiz (BGE 117 II 113, 115 II 187, 112 II 172, 108 II 337, 105 II 143, 101 II 41, 98 II 113, 98 II 34).

[Fn 27] “Eine Aussage in der Form ‚Der Beklagte schuldet aus Bauträgerdarlehen Fr. 96920.-‘ enthält keine Tatsachendarstellung, sondern eine Rechtsfolgebehauptung. Somit ist die Sache nicht liquid. Auf die diesbezüglichen Begehren wird nicht eingetreten“ (Kantonsgericht Wallis, RVJ 1991, S. 193).

[Fn 28] Obergericht des Kantons Thurgau in RBOG 1992/32, S. 128: “Bei Saldoforderungen kann prozessrechtlich verlangt sein, diese in der Klagebegründung in Einzelzahlen so zusammenzustellen, dass das Gericht eine vollständige rechnerische und rechtliche Überprüfung vornehmen kann; es wird auch von Spezifikation gesprochen.“; vgl. auch BGE 108 II 337, 342 Erw. 4a.

[Fn 29] Vgl. z.B. Urteil des Handelsgerichts Zürich, ZR 91/84, S. 305, wo es heisst: “Wenn man richterliche Schadensschätzung verlangt, so entbindet dies die fordernde Partei nicht, soweit möglich und zumutbar alle Umstände zu nennen, welche die Abschätzung des Schadens erlauben.“

[Fn 30] Art. 271 ff. SchKG.

[Fn 31] Vgl. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 1 bis 5 SchKG.

[Fn 32] Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

[Fn 33] Deutschland: § 708 ZPO; Frankreich: Art. 514 NCPC, Art. 516 NCPC; Italien: 282 CPC.

[Fn 34] Vgl. dazu SIEGENTHALER, Für eine vorläufige Vollstreckung nicht rechtskräftiger Urteile betreffend Geldforderungen – ein Diskussionsbeitrag, AJP 2000, S. 172 ff. Eine Motion von Dr. Jean-Jaques Schwaab (Nationalrat, SP, Waadt) vom 13. Juni 2000, welche u.a. die Zulassung der vorläufigen Vollstreckung erstinstanzlicher Urteile fordert, wurde am 6. Oktober 2000 als Postulat überwiesen und wird – gemäss Antwort des Bundesrates – von der Expertenkommission bearbeitet, welche den Vorentwurf zu einer gesamtschweizerischen Zivilprozessordnung ausarbeitet.

[Fn 35] Vgl. z.B. § 112 ZPO-AG; Art. 132 ZPO-GL; § 101 ZPO-SO; § 59 ZPO-SZ; § 75 ZPO-TG; § 38 ZPO-ZG; § 64 Abs. 2 und § 68 Abs. ZPO-ZH.

[Fn 36] Z.B. AG: Dekret über die Entschädigung der Anwälte (Anwaltstarif) vom 10. November 1987; SO: Gebührentarif (KRB vom 24. Oktober 1979); ZH: Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 10. Juni 1987, ZG: Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif vom 3. Dezember 1996; vgl. auch SH: Verordnung des Obergerichts betreffend die Bemessung des Honorars der Rechtsanwälte vom 18. Dezember 1992.

[Fn 37] Vgl. z.B. § 31 des aargauischen Dekretes über die Verfahrenskosten.

[Fn 38] § 5 Abs. 2 Verantwortlichkeitsgesetz (Kanton Zug), § 6 Abs. 2 Haftungsgesetz (Kanton Zürich): „Wird ein Entscheid im Rechtsmittelverfahren geändert, haftet der Staat nur, wenn ein Beamter einer Vorinstanz arglistig gehandelt hat“; vgl. auch BGE 123 II 577, 582 Erw. 4d/dd sowie insbesondere 120 1b 248 ff., 249 Erw. 2b.

[Fn 39] Art. 393 Ziff. 4 ZGB.

[Fn 40] So die Praxis des Amtes für Soziales, Gesundheit und Umwelt der Stadt Zug.

[Fn 41] So die Praxis des Sozialdepartementes der Stadt Zürich.

[Fn 42] Gestützt auf die noch nicht in Kraft getretene Neufassung von Art. 122 BV.

Rechtsgebiet	SchKG
Erschienen in	Jusletter 12. August 2002
Zitiervorschlag	Thomas Siegenthaler / Daniel Hunkeler, Schuldnerparadies Schweiz?, in: Jusletter 12. August 2002 [Rz]
Internetadresse	http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1835