

[10|2013]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

DANIEL HUNKELER / INGA LEONOVA

Neuere Entwicklung des Schuldbetreibungs-
und Konkursrechts (Teil II) SEITE / PAGE 419

RICHARD CALAME, PETER VON INS, CHRISTOPHER TILLMAN,
DR. PETER HEER / CHRISTIAN MUNZ, JACQUES FOURNIER

FACHANWALT SAV /
AVOCAT SPECIALISTE FSA

Bau- und Immobilienrecht / Droit de
la construction et de l'immobilier SEITE / PAGE 427



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	411
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	413
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Sébastien Fanti Professionnels du droit et nouvelles technologies: modus survivendi (2 ^e partie)	414
Daniel Hunkeler / Inga Leonova Neuere Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (Teil II)	419
<hr/>	
FACHANWALT SAV / AVOCAT SPECIALISTE FSA Bau- und Immobilienrecht / Droit de la construction et de l'immobilier	
Richard Calame Fachanwälte schreiben (nicht nur) für (Bau-)Anwälte	427
Peter von Ins Stockwerkeigentum: Kaufen ab Plan – Minenfelder im Alltagsgeschäft	427
Christopher Tillman Zweitwohnungen in der Schweiz: Bundesgericht weist den Weg	437
Peter Heer / Christian Munz IVHB – ein Werkstattbericht aus dem Kanton Aargau	440
Jacques Fournier Au fil de l'eau	444
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	448
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit	453
La FSA vous informe	453
<hr/>	
GLOSE / GLOSE	
Richard Calame Entraide confraternelle	455

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
16. Jahrgang 2013 / 16^e année 2013
ISSN 1422-5778

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitiervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

**Verlag und Redaktion /
Edition et rédaction**
Stämpfli Verlag AG
juristisches Lektorat
MLaw Miriam Eggimann-Jordi (Eg)
Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 18, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com,
miriam.eggimann-jordi@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch
www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli Publikationen AG
Postfach 8326, CH-3001 Bern
Tel. 031 767 83 30, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel: CHF 198.–, EUR 216.–
Studenten / Etudiants: CHF 98.–, EUR 129.–
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 25.–, EUR 26.–
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen

erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

NEUERE ENTWICKLUNG DES SCHULD- BETREIBUNGS- UND KONKURSRECHTS (TEIL II)*

DANIEL HUNKELER**

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG,
Zürich und Baden

INGA LEONOVA

MLaw, Stv. Gerichtsschreiberin beim Verwaltungsgericht Aargau, Aarau

Stichworte: Erwachsenenschutzrecht, FINMA, Nachlassverfahren, Sanierungsrecht, SchKG, Rechtsprechung

Dieser Artikel basiert auf einem Vortrag, der im Rahmen des Schweizerischen Anwaltskongresses vom 6. bis 8. 6. 2013 in Luzern gehalten wurde und auf dem im dazugehörigen elektronischen Tagungsband publizierten Manuskript. Der erste Teil erschien in der Anwaltsrevue 9/2013 und behandelte in Kraft getretene Gesetzesrevisionen seit 2011, laufende Gesetzesrevisionen sowie parlamentarische Vorstösse. Der vorliegende zweite Teil informiert über neuere Rechtsprechung.

I. Rechtsprechung

1. Allgemeines Vollstreckungsrecht

A) Zustellungsgebühren

*BGE 138 III 25:*¹ «Art. 72 Abs. 1 SchKG; Zustellung des Zahlungsbefehls und Gebühren nach Art. 13 und 16 GebV SchKG. Gebührenrechtliche Behandlung der Einladung des Betreibungsamtes zur Abholung des Zahlungsbefehls (E. 2).»

Im Nachgang zu *BGE 136 III 155* hatte das Bundesgericht in *BGE 138 III 25* kürzlich die Frage zu beurteilen, ob das Betreibungsamt Gebühren für die Zustellung einer Einladung zur Abholung des Zahlungsbefehls erheben darf. Es hielt Folgendes fest: Die Abholungseinladung des Betreibungsamtes sei keine zur gesetzlichen Durchführung der Zwangsvollstreckung vorgeschriebene Amtshandlung. Das Gesetz sehe nicht vor, dass das Betreibungsamt den Schuldner über das Vorliegen eines ausgefertigten, zustellbereiten Zahlungsbefehls benachrichtige. Allein der Umstand, dass sich in der Praxis die Zustellung einer Abholungseinladung einzubürgern scheine, reiche nicht, um Schuldner für die Abholungseinladung zusätzliche Gebühren des Betreibungsamtes von CHF 7.- in Rechnung zu stellen. In einem neuesten Urteil vom 20. 3. 2013 hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt.²

B) Zinsen

*BGE 137 III 133:*³ «Art. 209 Abs. 2 SchKG; Zinsenlauf bei pfandgesicherten Forderungen. Die Zinsen von pfandgesicherten Forderungen laufen nur bis zur Verwertung weiter,

wenn der Pfanderlös erlaubt, alle Pfandgläubiger hinsichtlich ihrer Kapitalforderung und der bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen zu befriedigen. Ist dies nicht der Fall, dient der Verwertungserlös in erster Linie dazu, die Kapitalforderung und die bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen zu decken, und der Pfandgläubiger ist in der gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG zutreffenden Klasse für den ungedeckten Teil dieses Betrags zu kollozieren, nicht aber für den Ausfall, der aus den zwischen Konkurseröffnung und Pfandverwertung aufgelaufenen Zinsen besteht (E. 2).»

2. Prozessuales

A) Zustellungsfiktion

*BGE 138 III 225:*⁴ «Zustellungsfiktion und Anzeige der Konkursverhandlung. Die für eingeschriebene Sendungen geltende Zustellungsfiktion (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO) ist auf

* Teil I dieses Artikels ist in der Anwaltsrevue 9/2013 erschienen.

** Der Autor ist u. a. Leiter der Fachgruppe Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Zürcher Anwaltsverbandes ZAV und Herausgeber des «Kurzkommentars SchKG» (Basel 2009, vgl. <http://www.bhlaw.ch>).

1 Urteil des BGer 5A_665/2011 vom 9. 12. 2011; der Entscheid ist auch abgedruckt in *ius.focus* 2/2012, S. 19, m. Anm. GÜNGERICH/BURI.

2 Urteil des BGer 5A_536/2012 vom 20. 3. 2013.

3 Urteil des BGer 5A_780/2010 vom 24. 3. 2011 (frz.).

4 Urteil des BGer 5A_895/2011 vom 6. 3. 2012.

die Anzeige der Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG) nicht anwendbar (E. 3.)»

Im vorliegenden Fall war umstritten, ob die Anzeige zur Konkursverhandlung (Art. 168 SchKG) als zugestellt gelten konnte. Das zuständige Bezirksgericht hatte die Anzeige zu der auf den 21.10.2011 angesetzten Konkursverhandlung zuhanden der Y. AG (Beschwerdeführerin) am 7.10.2011 der Post übergeben. Die eingeschriebene Sendung wurde nicht in Empfang genommen. Auf Begehren der Z. AG (Beschwerdegegnerin) wurde über die Y. AG am 21.10.2011 der Konkurs eröffnet.

Das Obergericht des Kantons Thurgau war der Ansicht, dass die Beschwerdeführerin nach der Zustellung der Konkursandrohung und der ungenutzt verstrichenen Zahlungsfrist von 20 Tagen jederzeit mit einem Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin habe rechnen müssen. Daher wandte die Vorinstanz die Zustellungsfiktion an, welche für die nicht abgeholten, eingeschriebenen Sendungen entwickelt wurde, weshalb sie von einer gültigen Vorladung per 21.10.2011 ausging. Das Bundesgericht hob auf Beschwerde der Beschwerdeführerin hin den vorinstanzlichen Entscheid auf. Dabei wurde die Nichtanwendbarkeit der Zustellungsfiktion auch vorbehaltlos auf Vorladungen zu gerichtlichen Rechtsöffnungsverfahren ausgeweitet.

Das Bundesgericht befand wie folgt: Die Zustellungsfiktion, wie sie Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO ausdrücklich festhält, entsteht nach der Rechtsprechung erst mit der Rechtshängigkeit eines Prozessrechtsverhältnisses, das die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d. h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen behördliche Akte zugestellt werden können. Diese Pflicht entsteht folglich mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss.⁵

Im Gebiet des Schuldbetreibungsrechts hat das Bundesgericht entschieden, dass der Rechtsöffnungsprozess, der auf ein durch Rechtsvorschlag eingestelltes Betreibungsverfahren folgt, ein neues Verfahren darstellt. Der Schuldner muss allein aufgrund der Zustellung des Zahlungsbefehls und des von ihm dagegen erhobenen Rechtsvorschlags noch nicht mit einem Rechtsöffnungsverfahren bzw. mit der Zustellung damit zusammenhängender Verfügungen rechnen. Die Zustellungsfiktion greift deshalb für das erste Schriftstück nicht, das dem Schuldner im Rahmen der Rechtsöffnung zugestellt werden soll. Keine Rolle spielt, ob die Rechtsöffnung durch die Gläubigerin selber verfügt werden kann (wie im Fall der Krankenkassen und der Billag AG) oder ob dazu ein Gericht angerufen werden muss. Die erwähnte Rechtsprechung wurde zwar für Krankenkassen entwickelt, doch gilt sie erst recht für die gerichtliche Rechtsöffnung, bei welcher es sich um ein neues Verfahren handelt. Die in BGE 130 III 396 entwickelte Rechtsprechung ist in diesem Sinne allgemeingültig.⁶

Das Konkursöffnungsverfahren kann nicht anders behandelt werden. Es ist im Verhältnis zu den vorangegangenen Verfahrensschritten ebenfalls ein neues Verfahren. Es

folgt nicht automatisch aus dem Einleitungsverfahren und auch nicht aus der Konkursandrohung (Art. 159 ff. SchKG), die der Konkursverhandlung und –eröffnung vorausgehen. Nach der Konkursandrohung muss zunächst die 20-tägige Zahlungsfrist der Art. 160 Abs. 1 Ziff. 3 und 166 Abs. 1 SchKG ablaufen, und es bedarf in der Folge eines Konkursbegehrens des Gläubigers an das Konkursgericht (Art. 166 SchKG). Der Gläubiger kann hernach bis zu 15 Monaten seit Zustellung des Zahlungsbefehls warten, bis er das Konkursbegehren stellt. Die Konkursandrohung begründet deshalb kein Prozessrechtsverhältnis vor dem Konkursrichter, ungeachtet dessen, ob der Schuldner nach ungenutztem Ablauf der Zahlungsfrist und demgemäss vorprozessual mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit damit rechnen muss, dass der Gläubiger den Konkurs beantragen wird.⁷

Das Bundesgericht hat sehr formalistisch und unseres Erachtens zu schuldnerfreundlich entschieden. Eine sinnvolle Zwischenlösung hätte darin liegen können, dass danach unterschieden worden wäre, innert welcher Frist nach Zustellung der Konkursandrohung (bzw. des Zahlungsbefehls) der Schuldner zur Konkursverhandlung (bzw. zur Rechtsöffnungsverhandlung) vorgeladen wurde. Ist diese Frist relativ kurz, z. B. ein Monat nach Zustellung, hätte unserer Ansicht nach die Zustellungsfiktion des Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO angenommen werden sollen. Mit der nun begründeten (und für Rechtsöffnungen präzisierten und ausgeweiteten) Rechtsprechung haben es Schuldner in der Hand, Verfahren teilweise erheblich zu verzögern und bei gegebenen Voraussetzungen sogar eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung (Art. 141 ZPO) zu erzwingen.

B) Nachfrist zur Stellungnahme

*BGE 138 III 483:*⁸ «Art. 219, 223 und 253 ZPO; Art. 84 Abs. 2 SchKG; Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren, Säumnis. Bei versäumter Stellungnahme zum Rechtsöffnungsbegehren wird dem Betriebenen keine Nachfrist im Sinne von Art. 223 ZPO angesetzt (E. 3.)»

In diesem Entscheid hatte sich das Bundesgericht zur Frage zu äussern, ob Art. 223 Abs. 1 ZPO im summarischen Rechtsöffnungsverfahren zur Anwendung gelangt, d. h., ob bei versäumter Stellungnahme zum Rechtsöffnungsge- such eine kurze Nachfrist anzusetzen sei.

Im ordentlichen Verfahren hat das Gericht bei versäumter Klageantwort der beklagten Partei in Anwendung von Art. 223 Abs. 1 ZPO eine kurze Nachfrist anzusetzen. Gemäss Art. 219 ZPO gelten die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens sinngemäss für sämtliche Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

⁵ BGE 138 III 225, E. 3.1 S. 227.

⁶ BGE 138 III 225, E. 3.1 S. 226 mit Verweis auf BGE 130 III 396, E. 1.2.3 S. 400 f.; Urteile des BGer 5A_710/2010 vom 28.1.2011 E. 3.1 und 5A_552/2011 vom 10.10.2011 E. 2.1.

⁷ BGE 138 III 225, E. 3.2 S. 228 ff.

⁸ Urteil des BGer 5A_209/2012 vom 28.6.2012; der Entscheid ist auch abgedruckt in SZZP 6/2012, S. 504 ff., und ius.focus 9/2012, S. 18, m. Anm. GÜNGERICH/BURI.

Das Bundesgericht hielt fest, dass es in der Literatur umstritten sei, ob Art. 223 ZPO im summarischen Verfahren analog zur Anwendung gelange. Ein Teil der Lehre bejahe die Frage, mit dem Hinweis, dass lediglich eine sehr kurze Nachfrist anzusetzen sei. Eine andere Auffassung widerspreche der Anwendbarkeit der Bestimmung, da das Einräumen einer Nachfrist dem Grundsatz der Prozessbeschleunigung im summarischen Verfahren widerspreche. Eine dritte Meinung schliesslich setze für eine analoge Anwendbarkeit der Bestimmung voraus, dass die Dringlichkeit des Summarverfahrens der Ansetzung der Nachfrist nicht entgegenstehe.⁹

Das Bundesgericht schloss sich der zweiten Lehrmeinung an (keine Nachfrist) und begründete dies mit der gebotenen Prozessbeschleunigung. Gemäss Art. 84 Abs. 2 SchKG habe der Rechtsöffnungsrichter dem Betriebenen sofort nach Eingang des Gesuchs Gelegenheit zur schriftlichen oder mündlichen Stellungnahme zu geben und den Entscheid innert fünf Tagen zu eröffnen. Die kurzen Fristen sollten verhindern, dass es Schuldner in der Hand hätten, durch Unterlassen oder Erheben von Rechtsvorschlag gleichzeitig betreibende Gläubiger zu bevorzugen bzw. zu benachteiligen. Dem Gläubiger solle die Möglichkeit gegeben werden, innerhalb der 30-tägigen Anschlussfrist den Rechtsvorschlag beseitigen zu lassen und zumindest provisorisch an der Pfändung der anderen Gläubiger teilnehmen zu können. Diesen Schutz zu gewähren, sei der Zweck des summarischen Rechtsöffnungsverfahrens. Dem Schuldner eine Nachfrist anzusetzen, würde dem Zweck, dem Gläubiger die Anschlussfrist zu gewähren, widersprechen, weshalb Art. 223 ZPO in diesem summarischen Verfahren nicht anwendbar sei.¹⁰

C) Streitwert / Prozesskosten

*BGE 138 III 675:*¹¹ «Art. 91 ff. ZPO; Art. 250 SchKG; Streitwert der Kollokationsklage im Konkurs. Grundsätze der Streitwertberechnung und Bedeutung der mutmasslichen Konkursdividende (E. 3).»

Vergleiche hierzu die näheren Ausführungen unter 6. B) hiernach.

D) Beschwerde nach Art. 17 SchKG

Das *Obergericht des Kantons Zürich* hielt im *Urteil PS120194-0/U* fest, dass rechtsgeschäftliche Handlungen der Betreibungsbehörden, worunter auch Abschlüsse von Vergleichen zu zählen seien, keine gültigen Anfechtungsobjekte i.S.v. Art. 17 SchKG darstellten. Weder der Abschluss eines Vergleichs noch das Schreiben, mit welchem das Konkursamt den Vergleich dem Schuldner zur Kenntnis bringe, seien anfechtbare oder nichtige Verfügungen i.S.v. Art. 17 resp. 22 SchKG.¹²

3. Einleitungsverfahren und Rechtsöffnung

A) Gewerbmässige Parteivertretung im Rechtsöffnungsverfahren

*BGE 138 III 396:*¹³ «Kompetenz der Kantone, die gewerbmässige Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten zu regeln (Art. 27 SchKG). Umfang der Regelungskompetenz (Änderung der Rechtsprechung; E. 3).»

Die X. AG, vertreten durch die Y. AG, ein Inkasso- und Treuhandunternehmen, ersuchte beim Einzelrichter des Bezirksgerichts Willisau in der gegen Z. angehobenen Beteibung um definitive bzw. provisorische Rechtsöffnung für ihre Forderungen. Der Einzelrichter hielt die Gläubigerin dazu an, innert einer angesetzten Frist entweder das Rechtsöffnungsbegehren selber einzureichen oder von einem berechtigten Vertreter einreichen zu lassen. Die Y. AG beharrte auf ihrer Eingabe, mit der Begründung, sie betrachte sich aufgrund der gesetzlichen Regelung des Kantons Luzern als berechtigt, Parteien im Rechtsöffnungsverfahren gewerbmässig zu vertreten. Der Einzelrichter des Bezirksgerichts Willisau schrieb daraufhin das Verfahren ab. Er hielt dafür, die X. AG habe innert der angesetzten Frist keine neue Rechtsschrift eingereicht und die Eingaben der nicht zugelassenen Parteivertreterin seien unbeachtlich. Die dagegen erhobene Beschwerde der X. AG wies das Obergericht des Kantons Luzern ab. In der Folge erhob die nunmehr anwaltlich vertretene X. AG (Beschwerdeführerin) beim Bundesgericht erfolglos Beschwerde in Zivilsachen.

Seine Entscheid begründete das Bundesgericht wie folgt: Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO ermächtigt die gewerbmässigen Vertreter gemäss Art. 27 SchKG, die Parteien in den Angelegenheiten des summarischen Verfahrens nach Art. 251 ZPO zu vertreten. Trotz dem Verweis auf Art. 27 SchKG sagt Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO nichts darüber aus, ob und wie die Kantone die gewerbmässige Vertretung organisieren bzw. ob und von welchen Bedingungen sie diese abhängig machen können.

Im vorliegenden Fall ist Art. 27 Abs. 1 Satz 1 SchKG massgebend. Es ist zu betonen, dass Art. 27 Abs. 1 Satz 1 SchKG den Rahmen bestimmt, in dem die Kantone Grundsätze über die gewerbmässige Vertretung der an einer Schuldbetreibung Beteiligten schaffen können.

Den Kantonen wurde mit Art. 27 SchKG die Befugnis eingeräumt, die Ausübung dieses Berufes vom Nachweis persönlicher Tauglichkeit und Ehrenhaftigkeit abhängig zu machen. Obwohl Art. 27 SchKG hinsichtlich der von ihm betroffenen betreibungsrechtlichen Verfahren offen formuliert war, entschied das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung, die Bestimmung beziehe sich nur auf die eigentliche Beteibung bzw. auf das Verfahren vor den Vollstreckungsbehörden (Betreibungs- und Konkursämtern, Aufsichtsbehörden über Schuldbetreibung und Konkurs usw.). Die gerichtlichen Streitigkeiten, welche sich im Anschluss an eine hängige Beteibung als inzident derselben ergeben könnten, seien von ihr nicht betroffen. Das Bundesgericht hat seine damalige Ansicht damit begrün-

⁹ BGE 138 III 483, E. 3.2.1 S. 486 f.

¹⁰ BGE 138 III 483, E. 3.2.4 S. 488.

¹¹ Urteil des BGer 5A_84/2012 vom 19. 9. 2012; in: SZPP 1/2013, S. 1274 ff.

¹² Urteil des OGer ZH PS120194-0/U vom 13. 11. 2012 E. 4.2.

¹³ Urteil des BGer 5A_816/2011 vom 23. 4. 2012; der Entscheid ist auch abgedruckt in *ius.focus* 6/2012, S. 19, m. Anm. GÜNGERICH/BURI.

det, dass im Gegensatz zur eigentlichen Schuldbetreibung der «Rechtsgang vor den Richter» in solchen Streitigkeiten, so insbesondere auch im summarischen Prozessverfahren betreffend Rechtsvorschlag und Konkursbegehren (Art. 25 Ziff. 2 SchKG), nicht durch das Bundesrecht geregelt sei. Die Organisation dieser Verfahren sei (gestützt auf Art. 25 Ziff. 2 SchKG) vielmehr der kantonalen Gesetzgebung überlassen, welche auch die Bedingungen für die Vertretung der Parteien im Prozess regeln könne. Diese Praxis hat das Bundesgericht in seinen späteren Entscheidungen bestätigt. Die Revision von 1994 hat am offenen Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 Satz 1 SchKG mit Bezug auf die Verfahren und an der beschriebenen bundesgerichtlichen Rechtsauffassung nichts geändert.

Mit der eidgenössischen ZPO trat hingegen Art. 68 Abs. 2 lit. c ZPO in Kraft, welcher die berufsmässige Vertretung in den (gerichtlichen) Summarverfahren gemäss Art. 251 ZPO durch die gewerbsmässigen Vertreter gemäss Art. 27 SchKG von Bundesrechts wegen vorsieht. Zugleich ist Art. 25 SchKG aufgehoben worden, aus welchem das Bundesgericht die kantonale Kompetenz zur Regelung der Bedingungen der gerichtlichen gewerbsmässigen Vertretung ableitete. Demgegenüber hat Art. 27 SchKG mit der Einführung der ZPO keine Änderung erfahren. Infolge dieser gesetzlichen Änderungen und unter Berücksichtigung der unverändert gebliebenen Fassung von Art. 27 Abs. 1 Satz 1 SchKG sind die Gründe weggefallen, die es rechtfertigten, Art. 27 SchKG nicht auf die gerichtlichen Inzidenzverfahren der Betreibung anzuwenden. Infolge der geänderten Rechtslage sah sich das Bundesgericht gezwungen, die bisherige Rechtsprechung zu Art. 27 SchKG zu ändern. Somit hielt es fest, dass diese Bestimmung nunmehr die Regelung der Voraussetzungen gewerbsmässiger Vertretung von Parteien in den gerichtlichen Summarverfahren gemäss Art. 251 ZPO mit umfasse.¹⁴

Schliesslich wies das Bundesgericht auf die Möglichkeit hin, dass die Kantone gestützt auf Art. 27 Abs. 1 SchKG sowohl für das Verfahren vor den Betreibungsbehörden als auch für die summarischen Verfahren nach Art. 251 ZPO organisatorische Vorschriften bezüglich der gewerbsmässigen Vertretung erlassen können. Dennoch stehe es ihnen zu, nur für die summarischen Verfahren nach Art. 251 ZPO zu legiferieren.

B) Provisorische Rechtsöffnung

BGE 138 III 797:¹⁵ «Art. 82 Abs. 1 SchKG; Schuldanerkennung; unterzeichnete Anerkennung eines Kontokorrentsaldos. Die unterschriebene Anerkennung eines Kontokorrentsaldos verliert mit dem Vortrag des anerkannten Saldos auf neue Rechnung ihre Eignung als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG (E. 4.2).»

Die Z. AG (Beschwerdegegnerin) leitete gegen ihren Alleinaktionär X (Beschwerdeführer) Betreibung in der Höhe von CHF 12706545.45 nebst Zins ein. Der Betriebene erhob Rechtsvorschlag, woraufhin die Beschwerdegegnerin von der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Kriens die provisorische Rechtsöffnung erhielt. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Obergericht Luzern

ab. In der Folge erhob der Beschwerdeführer beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen. Er wandte ein, dass das in der Buchhaltung geführte Kontoblatt für das Geschäftsjahr 2008 per 31.12.2008, mit dem Titel «Konto 215000 KK Aktionäre», welches einen Saldo von CHF 6824784.81 ausweise und den handschriftlichen Namenszug des Beschwerdeführers trage, nicht die Eigenschaft eines Rechtsöffnungstitels habe.

Bis anhin hatte sich das Bundesgericht nicht abschliessend zur Frage geäußert, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die unterzeichnete Anerkennung eines Kontokorrentsaldos ihre Eigenschaft als Schuldanerkennung i.S.v. Art. 82 Abs. 1 SchKG einbüsst, wenn das ihr zugrunde liegende vertragliche Kontokorrentverhältnis weitergeführt wird.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde von X gut. Dabei hielt es Folgendes fest: Wird der Saldo einer abgeschlossenen Rechnungsperiode in einem fortgesetzten Kontokorrentverhältnis nicht bezahlt, sondern einvernehmlich auf eine neue Rechnung vorgetragen, so verliert er seine selbstständige Natur und wird zu einem Posten dieser neuen Rechnung. Aus betreibungsrechtlicher Sicht bedeutet dies, dass die unterschriebene Anerkennung eines Kontokorrentsaldos ihre Eignung als provisorischer Rechtsöffnungstitel mit dem Vortrag des anerkannten Saldos auf eine neue Rechnung verliert.

Um als Schuldanerkennung zu taugen, muss der Kontokorrentsaldo nach erfolgter Kündigung des Kontokorrentvertrages ausgestellt werden, und der anerkannte Saldo darf nicht auf die neue Rechnung vorgetragen werden. Auch dürfen auf dem Konto keine weiteren materiellen Geschäftstransaktionen stattgefunden haben. Dabei stützt sich das Bundesgericht auf die Lehre und auf ältere kantonale Rechtsprechung (E. 4.3). Weil im beurteilten Fall das streitige Kontokorrentverhältnis im Jahre 2008 nicht gekündigt gewesen war, im Jahre 2009 sowohl auf der Soll- als auch auf der Habenseite verschiedene Transaktionen ausgeführt wurden und der Jahressaldo 2008 auf das Geschäftsjahr 2009 vorgetragen wurde, aberkannte das Bundesgericht dem unterschriebenen Kontoblatt «215000 KK Aktionäre» die Eigenschaft einer Schuldanerkennung.

4. Betreibung

BGE 138 III 145:¹⁶ «Art. 111 SchKG, Art. 289 Abs. 2 ZGB; privilegierte Anschlusspfändung, Übergang des Privilegs auf das Gemeinwesen. Das Gemeinwesen ist nach Art. 289 Abs. 2 ZGB berechtigt, den privilegierten Anschluss an die Pfändung zu verlangen (E. 3).»

¹⁴ BGE 138 III 396, E. 3.4 S. 399 f.

¹⁵ Urteil des BGer 5A_133/2012 vom 30. 8. 2012; der Entscheid ist auch abgedruckt in *ius.focus* 12/2012, S. 18 f., m. Anm. GÜNGERICH/BURI.

¹⁶ Urteil des BGer 5A_404/2011 vom 26. 1. 2012; der Entscheid ist auch abgedruckt in *ius.focus* 3/2012, S. 18 f., m. Anm. GÜNGERICH/BURI.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: In der Betreuung der Krankenkasse A vollzog das Betreibungsamt gegen den Schuldner X am 10.12.2010 die Pfändung. Die Stadt Zürich, Soziale Dienste/Alimentenstelle, beantragte am 5.1.2011 die privilegierte Anschlusspfändung nach Art. 111 SchKG für Alimentenforderungen gegenüber dem Schuldner, die sie für dessen Sohn bevorschusst hatte, womit sie in die Gläubigerstellung gegen den Schuldner eintrat. Das Betreibungsamt sprach der Stadt Zürich die Berechtigung hierzu ab. Nach Abweisung der Beschwerde gegen die Verfügung des Betreibungsamtes durch das Obergericht des Kantons Zürich erhob die Stadt Zürich beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut.

Mit seinem Urteil ergriff das Bundesgericht die Möglichkeit, die in Praxis und Literatur bestehende Unsicherheit zu klären, ob das Gemeinwesen für bevorschusste Unterhaltsansprüche infolge Subrogation privilegierte Anschlusspfändung nach Art. 111 SchKG verlangen könne. Dabei hielt das Bundesgericht Folgendes fest: Nach Art. 111 SchKG können bestimmte Personen, worunter auch die Kinder des Schuldners für die Forderungen aus dem elterlichen Verhältnis zählen, an einer Pfändung ohne vorgängige Betreuung innert 40 Tagen nach ihrem Vollzug teilnehmen. Art. 289 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen übergeht, falls das Gemeinwesen für den Unterhalt aufkommt (Subrogation bzw. Legalzession). Der Zweck dieser Subrogation liegt darin, zu verhindern, dass der Unterhaltsschuldner von seiner Nachlässigkeit profitiert. Daher kann das bevorschussende Gemeinwesen auch die Schuldneranweisung nach Art. 291 ZGB verlangen (BGE 137 III 193, E. 3.4 S. 201). Sowohl Art. 291 ZGB als auch Art. 111 SchKG dienen indes nicht dem unmittelbaren Unterhalt des Berechtigten, sondern der Sicherung der Durchsetzung der Unterhaltsforderung. Demnach verlangt Art. 289 Abs. 2 ZGB bzw. die zivilrechtliche Funktion der Subrogation, dass das Anschlussprivileg ohne Weiteres an der Unterhaltsforderung haftet und vom bevorschussenden Gemeinwesen geltend gemacht werden kann (E. 3.3.2). Auch eine Würdigung der Subrogation nach Art. 298 Abs. 2 ZGB im Lichte von Art. 170 Abs. 1 OR führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Letztere Bestimmung besagt, dass Vorrugs- und Nebenrechte nicht übergehen, wenn sie untrennbar mit der Person des Abtretenden verknüpft sind. Dies sei vorliegend nicht der Fall, zumal mit der Bevorschussung der Unterhaltsleistungen durch das Gemeinwesen nicht eine Entlastung des Schuldners eintreten soll. Das Anschlussprivileg ist als *privilegium causae* aufzufassen und kann nicht an der Person des Gläubigers haften.¹⁷

5. Arrest

A) Prozessuales

BGE 138 III 636:¹⁸ «Art. 278 SchKG, Art. 254 ZPO; Verfahren der Einsprache gegen den Arrestbefehl; Beweis. Zulässiges Beweismittel (E. 4).»

Die Beschwerdeführerinnen fochten zwei gegen sie erlassene Arrestbefehle an und bestritten die Echtheit des Wechsels und der Bürgschaft, gestützt auf welche die Ar-

restbefehle erlassen wurden. Zugleich verlangten sie, dass ihnen die Möglichkeit eingeräumt wird, innert fünf Tagen ein Parteigutachten beizubringen, weil die Arrestgläubigerin ebenfalls ein solches eingereicht habe. Ihre Vorbringen wurden von beiden kantonalen Instanzen abgewiesen, woraufhin sich die Beschwerdeführerinnen an das Bundesgericht wandten. Dieses wies die Beschwerden ab.

Fraglich war (u. a.) die Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV i. V. m. Art. 254 Abs. 1 ZPO. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Beweismittelbeschränkung im Summarverfahren nach ZPO, insbesondere im Einspracheverfahren gegen einen Arrestbefehl, anwendbar sei, da das Einspracheverfahren eine «procédure sommaire au sens propre» sei, d. h. ein klassischer Fall eines Summarverfahrens, in welchem gestützt auf die Wahrscheinlichkeit provisorisch entschieden werde. Der Beweis sei somit grundsätzlich durch Urkunden zu erbringen und Ausnahmen davon seien nur zurückhaltend zuzulassen (Art. 254 Abs. 2 ZPO). Vor dem Hintergrund, dass das Arresteinspracheverfahren auch als Aktenprozess bezeichnet werde, dessen Ergebnis mittels eines ordentlichen Prozesses ohne Beweismittelbeschränkung gegebenenfalls korrigiert werden könne, rechtfertige sich eine strenge Handhabung des Grundsatzes, dass nur sofort verfügbare Urkunden als Beweismittel zuzulassen seien.

Entsprechend habe die Vorinstanz Art. 29 Abs. 2 BV nicht verletzt. Auch Art. 8 BV sei nicht verletzt, da die Arrestgläubigerin ihr Gutachten bereits eingereicht habe. Ob es ein Verfahrensfehler gewesen sei, dass das zugelassene Parteigutachten der Arrestgläubigerin den Beschwerdeführerinnen erst 30 Minuten vor der Verhandlung im Original ausgehändigt wurde, hatte das Bundesgericht mangels diesbezüglich erhobener Rüge nicht zu prüfen.

In BGE 138 III 382¹⁹ hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob ein Arrestentscheid der Revision zugänglich sei. Im Ergebnis kam es zum Schluss, dass es «des Notrechtsmittels» der Revision nicht bedürfe, um die Aufhebung des Arrestbefehls zu korrigieren. Der Arrestbefehl stelle eine vorsorgliche Massnahme für die Zeit des Prosequierungsverfahrens dar und erwachse wie sämtliche vorsorgliche Massnahmen nicht in materielle Rechtskraft. Mit der Revision nach Art. 328 ff. ZPO könnten jedoch nur rechtskräftige Entscheide angefochten werden. Ein Arrestentscheid, welcher zwar formell, aber nicht materiell rechtskräftig werde und jederzeit auf Begehren überprüft und korrigiert werden könne, stelle keinen revisionsfähigen Entscheid dar.

B) Arrestgründe

Im Urteil 5A_622/2012²⁰ bestätigte das Bundesgericht einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich.

¹⁷ BGE 138 III 145, E. 3.3 f. S. 147 ff.

¹⁸ Urteile des BGer 5A_365/2012, 5A_366/2012 und 5A_367/2012 vom 17. 8. 2012 (frz.); auch abgedruckt in *ius.focus* 10/2012, S. 20, m. Anm. GÜNGERICH/BURI.

¹⁹ Urteil des BGer 5A_59/2012 vom 26. 4. 2012; der Entscheid ist auch abgedruckt in *SJZ* 108/2012, Heft 13, S. 334 f.

²⁰ Urteil des BGer 5A_622/2012 vom 19. 12. 2012.

Dabei befand es, eine in der Lehre vertretene Minderheitsmeinung sei jedenfalls nicht unhaltbar bzw. willkürlich, weshalb mit der Vorinstanz ein Arrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG bewilligt werden könne, obschon der Schuldner am Spezialdomizil nach Art. 50 Abs. 2 SchKG hätte betrieben werden können. Aus der Urteilsbegründung ergibt sich allerdings, dass auch die gegenteilige Auffassung (Ausschluss des Ausländerarrests infolge eines Spezialdomizils) vertretbar sei und je nach Konstellation zur Anwendung kommen könne.

In *BGE 139 III 135*²¹ hatte das Bundesgericht zwei wichtige Fragen bejaht: Einerseits diejenige, ob ein Entscheid eines staatlichen Gerichts ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ einen definitiven Rechtsöffnungstitel und somit auch einen Arrestgrund nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG darstelle, und andererseits diejenige, ob der Arrestrichter in diesem Fall die Voraussetzungen des Exequaturs vorfrageweise zu prüfen habe und gestützt darauf einen Arrest bewilligen könne.²²

Laut dem Urteil des *Bundesgerichts 5A_866/2012*²³ stellt die bundesgerichtliche Gutheissung einer Beschwerde und die Rückweisung an die Vorinstanz einen definitiven Rechtsöffnungstitel für die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Bundesgerichtsverfahren und somit einen Arrestgrund i. S. v. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG dar. Jedoch ist das Urteil kein definitiver Rechtsöffnungstitel in Bezug auf die von der Vorinstanz zu beurteilende Hauptforderung.

C) Prosequierung

In *BGE 138 III 528*²⁴ setzte sich das Bundesgericht mit der Problematik auseinander, wann ein Arrest durch Betreuung erfolgreich prosequiert wird. Es hielt fest, dass für den Fall, in welchem der Zahlungsbefehl nicht zugestellt werden könne und der Gläubiger sich gegen die betreffende Mitteilung nicht wehre, nie eine Betreuung hängig werden könne und somit der Arrest mangels erfolgreicher Prosequierung dahinfalle. Selbst nach einer zweiten erfolglosen Betreuung habe der Gläubiger weitere Abklärungen vorzunehmen (bspw. hinsichtlich der Adresse des Schuldners) und auf weitere Nachforschungen seitens der Betreibungsämter zu insistieren. Allenfalls sei eine betreibungsrechtliche Beschwerde zu erheben, um zu einer erfolgreichen Zustellung des Zahlungsbefehls zu gelangen.²⁵

In Bezug auf die Einhaltung der Fristen wies das Bundesgericht (in E. 4.2) darauf hin, dass die Fristen für die Prosequierung und für die Arresteinsprache nicht gleichzeitig zu laufen beginnen. So lief im vorliegenden Fall die Prosequierungsfrist ab, obschon eine Arresteinsprache erhoben wurde, da die Arresturkunde dem Schuldner zu einem späteren Zeitpunkt zugestellt worden war.

D) Haftung für Arrestschaden

BGE 139 III 93:²⁶ «Die Gutheissung einer Arresteinsprache bedeutet, dass der Arrest ungerechtfertigt und damit widerrechtlich war. Bei einem ungerechtfertigten Arrest haftet der Gläubiger dem Schuldner, selbst wenn die Einsprache in einem summarischen Verfahren beurteilt wurde.»

Das Bundesgericht begründete die strenge Haftung des Arrestgläubigers wie folgt: Komme der Arresteinspracherichter zum Schluss, dass die Einsprache gutzuheissen sei, stehe fest, dass das Mittel des Arrestes falsch war. Die Haftung für Arrestschäden stelle eine Kausalhaftung dar. Daher sei die Frage, ob den Arrestgläubiger bei der Wahl des falschen Mittels ein Verschulden treffe, nicht zu prüfen. Die Haftung trete auch dann ein, wenn das Vorgehen des Arrestgläubigers in unklarer Lage als verständlich erscheine. Daher könne der Einwand des Beschwerdeführers, das Arrestgesuch in guten Treuen gestellt zu haben, nicht gehört werden.

Kosten bzw. Aufwendungen, die dem Schuldner bei seiner Verteidigung angefallen seien, u. a. Anwaltskosten für das Einspracheverfahren, gehörten zum Schaden, der aus dem ungerechtfertigten Arrest erwachsen könne und daher ersatzfähig sei. Dies allerdings nur, soweit solche Kosten nicht bereits durch die verfahrensrechtlichen Entschädigungen gedeckt worden seien.

E) Weitere Entscheide

Für einige weitere Entscheide zum Arrestrecht verweisen wir auf die jeweils zeitnahen Publikationen unter www.arrestpraxis.ch.

6. Konkursrecht

A) Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung

BGE 137 III 460:²⁷ «Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG; Konkursgrund der Zahlungseinstellung. Begriff der Zahlungseinstellung. Je nach den konkreten Umständen kann im Angebot eines aussergerichtlichen Nachlasses eine Zahlungseinstellung erblickt werden (E. 3.4).»

Das Bundesgericht setzte sich mit der Frage auseinander, ob das Angebot eines aussergerichtlichen Nachlasses als Zahlungseinstellung gewertet werden könne.

Zusammenfassend hielt es fest, dass eine Zahlungseinstellung vorliege, wenn der Schuldner unbestrittene und fällige Forderungen nicht begleiche, Betreibungen gegen sich auflaufen lasse und dabei systematisch Rechtsvorschlag erhebe oder selbst kleine Beiträge nicht bezahle. Es sei jedoch nicht erforderlich, dass der Schuldner alle Zahlungen eingestellt habe; es reiche, wenn sich die Zahlungsverweigerung auf einen wesentlichen Teil seiner geschäftli-

²¹ Urteil des BGer 5A_355/2012 vom 21.12.2012, übersetzt in Pra 102 (2013) Nr. 69.

²² Vgl. dazu auch NAEGELI, Und nochmals zum neuen Arrestgrund des definitiven Rechtsöffnungstitels: Klärende Worte des Bundesgerichtes, in: Jusletter 22.4.2013.

²³ Urteil des BGer 5A_866/2012 vom 1.2.2013.

²⁴ Urteil des BGer 5A_288/2012 vom 13.7.2012; der Entscheid ist auch abgedruckt in SZZP 6/2012, S. 513 ff., und ius.focus 9/2012, S. 19, m. Anm. GÜNGERICH/BURI.

²⁵ Der Entscheid, welcher Zustimmung verdient, ist auch kommentiert von BURKHALTER KAIMAKLIOTIS/WENGER, in: ZZZ 2011/2012, S. 199 ff.

²⁶ Urteil des BGer 5A_83/2012 vom 5.12.2012.

²⁷ Urteil des BGer 5A_197/2011 vom 15.8.2011; der Entscheid ist auch abgedruckt in ius.focus 10/2011, S. 19, m. Anm. GÜNGERICH/BURI.

chen Aktivitäten beziehe. In einem früheren Urteil habe das Bundesgericht sogar festgehalten, dass die Nichtbefriedigung einer einzelnen Schuld bereits auf Zahlungseinstellung schliessen lassen könne, wenn die Schuld bedeutend und die Zahlungsverweigerung dauerhaft sei (Urteile des Bundesgerichts 5A_439/2010 vom 11.11.2010; 5P.412/1999 vom 17.12.1999 und 5P.442/1993 vom 15.12.1993).

Im vorliegenden Fall seien die Gläubiger vor die Alternative gestellt worden, 90 Prozent ihrer Forderung zu verlieren oder sogar einen Totalausfall zu erleiden. Ferner habe sich das Obergericht auf ein Zirkularschreiben vom 27.7.2007 und auf ein weiteres Schreiben vom 9.8.2007 gestützt, aus denen hervorgegangen sei, dass die Beschwerdeführerin ihren Betrieb per 31.8.2007 eingestellt habe. Daher habe das Obergericht das Angebot eines aussergerichtlichen Nachlasses als Zahlungseinstellung werten dürfen.

Dem Einwand der Beschwerdeführerin, dass vor schnell Konkurse eröffnet würden, wenn ein Angebot zu einem aussergerichtlichen Nachlass als Zahlungseinstellung gewertet werde, hielt das Bundesgericht entgegen, bei Aussicht auf Sanierung könne der Konkursentscheid gegebenenfalls nach Art. 194 Abs. 1 i. V. m. Art. 173a SchKG ausgesetzt werden.

B) Streitwert der Kollokationsklage im Konkurs

BGE 138 III 675:²⁸ «Art. 91 ff. ZPO; Art. 250 SchKG; Streitwert der Kollokationsklage im Konkurs. Grundsätze der Streitwertberechnung und Bedeutung der mutmasslichen Konkursdividende (E. 3).»

Der Drittklassgläubiger X. (Beschwerdeführer) focht den Kollokationsplan der Z. Limited (Beschwerdegegnerin) an und beantragte, die Forderung der Mitgläubigerin sei um CHF 1652297.81 zu reduzieren und lediglich im Betrag von CHF 8031060.- zu kollozieren. Das für die Kollokationsklage zuständige Bezirksgericht setzte den Kostenvorschuss auf CHF 34075.- an. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde ans Obergericht des Kantons Zürich und beantragte, der Kostenvorschuss sei auf höchstens CHF 1903.85 festzulegen. Weil das Obergericht den Kostenvorschuss lediglich auf CHF 25000.- reduzierte, erhob der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

Das Bundesgericht stellt fest, die Vorinstanz habe eine Neuschätzung der Aktiven vorgenommen und eine Konkursdividende von 20,7 Prozent ermittelt. Demgegenüber hatte die Konkursverwaltung gestützt auf ihre Inventarschätzung die mutmassliche Konkursdividende auf 0 Prozent geschätzt. Das Bundesgericht wies auf den Umstand hin, dass die Angabe der mutmasslichen Dividende durch die Konkursverwaltung – gestützt auf die Schätzung im Inventar – auch dem Kollokationsrichter als zuverlässige Streitwertangabe dienen müsse; die Schätzung der mutmasslichen Konkursdividende sei für das Gericht verbindlich. Es gäbe keinen Grund, weshalb der Kollokationsrichter die Schätzung der Konkursverwaltung frei überprüfen können solle, insbesondere mit der Folge, dass sich die Parteien vor dem Kollokationsrichter über den Schätzungswert der Aktiven streiten könnten. Das Ober-

gericht hätte gemäss dem Bundesgericht daher richtigerweise von einer mutmasslichen Konkursdividende von 0 Prozent ausgehen müssen.²⁹

Im Falle einer Nulldividende sei das Streitinteresse des Beschwerdeführers und der Masse ein mittelbares. Bei einem mittelbaren Streitinteresse sei nur ein minimaler Streitwert, entsprechend dem mehr nur symbolischen, jedenfalls ausserhalb des unmittelbaren Prozesserfolgs liegenden Streitinteresses anzunehmen. Die Möglichkeit, dass der zu Verlust gekommene Betrag sich später doch noch einbringen lasse, könne nur in solcher Weise berücksichtigt werden.³⁰ Indem das Obergericht den Streitwert nach der angebehrten Reduktion der Konkursforderung der Beschwerdegegnerin bestimmt habe, habe es Bundesrecht verletzt.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und wies die Sache an die Vorinstanz zurück, damit diese einen minimalen, mehr nur symbolischen Streitwert bestimmt. Ob der Streitwert der Grössenordnung von CHF 10000.- entspreche, sei dabei im Ermessen des kantonalen Gerichts. Anschliessend sei der Kostenvorschuss in Anwendung des kantonalen Rechts festzusetzen.

Der höchstrichterliche Entscheid hatte zur Folge, dass das *Obergericht des Kantons Zürich* in einem *kürzlich* ergangenen anderen Urteil eine Beschwerde guthiess und die Ansetzung des Kostenvorschusses im Rahmen einer Kollokationsklage in der Höhe von rund CHF 35000.- als willkürlich bezeichnete.³¹ Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid von einem hohen Streitwert aus, welchen sie selbst bestimmte, ohne in der Verfügung betreffend Kostenvorschuss mit einem Wort zu erwähnen, aus welchen Gründen sie trotz fehlenden Dividendenaussichten von einem Streitwert in dieser Höhe ausging. Das Obergericht betonte, dass Gebühren öffentlich-rechtliche Gegenleistungen für die Veranlassung einer Amtshandlung oder für die Benutzung einer öffentlichen Anstalt seien und daher die allgemeinen Grundsätze des Gebührenrechts (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) zur Anwendung gelangten. Das Obergericht legte den Kostenvorschuss – welcher weit unter demjenigen der Vorinstanz angesetzt wurde – anhand der gesetzlichen Kriterien fest. Namentlich berücksichtigte es das tatsächliche Interesse, den voraussichtlichen Aufwand und die Schwierigkeit des konkreten Falles (§ 5 GebV ZH).

C) Entgelt der Konkursverwaltung

BGE 138 III 443:³² «Art. 47 GebV SchKG; Entgelt der Konkursverwaltung für anspruchsvolle Verfahren. Voraussetzungen zur Annahme eines anspruchsvollen Konkursverfahrens (E. 2).»

²⁸ Urteil des BGer 5A_84/2012 vom 19. 9. 2012; der Entscheid ist auch abgedruckt in SZP 1/2013, S. 1274 ff.

²⁹ BGE 138 III 675, E. 3.2.2 S. 677 f.

³⁰ BGE 138 III 675, E. 3.4 S. 678 ff.

³¹ Urteil des OGer ZH PP120052-O/U vom 21. 2. 2013 (der Entscheid wurde auf der Website <http://www.gerichte-zh.ch> nicht publiziert).

³² Urteil des BGer 5A_741/2011 vom 13. 6. 2012; der Entscheid ist auch abgedruckt in ius.focus 8/2012, S. 19, m. Anm. GÜNGERICH/BURI.

Das Bundesgericht hielt zusammenfassend fest, dass bei der Festlegung des Entgeltes der Konkursverwaltung die Schwierigkeit und die Bedeutung der Sache, der Umfang der Bemühungen sowie der Zeitaufwand zu berücksichtigen seien. Die Annahme eines anspruchsvollen Verfahrens setze voraus, dass besondere Sach- oder Rechtskenntnis erforderlich sei, wobei von qualitativen und nicht von quantitativen Kriterien auszugehen sei. Ob ein Verfahren als anspruchsvoll betrachtet werden könne, ergäbe sich in der Regel aufgrund einer Würdigung der Akten, Belege und Auskünfte der Beteiligten. Die Notwendigkeit besonderer Sachverhalts- oder Rechtsabklärung sei hinreichend zu substantizieren. Der Aufsichtsbehörde stünde dabei ein weiter Ermessensspielraum zu. Zudem sei zu beachten, dass die GebV SchKG auf sozialen Überlegungen beruhe und dass nicht unbegrenzt hohe Forderungen der Konkursmasse belastet werden dürften.

Insbesondere wies das Bundesgericht auf die Möglichkeit hin, dass u. U. auch ein summarisches Konkursverfahren als anspruchsvoll i. S. v. Art. 47 GebV SchKG gelten könne. Ein Konkursverfahren werde weder durch die blosse Anzahl der Verfahrensschritte noch durch den hierfür benötigten Zeitaufwand anspruchsvoll. Nichts anderes gelte, wenn das Konkursamt wegen einer drohenden Beschwerde die Verfahrensschritte besonders sorgfältig zu prüfen und zu kontrollieren habe.

D) Verspätete Konkurseingaben

*BGE 138 III 437:*³³ «Art. 251 Abs. 1 SchKG; verspätete Konkurseingaben. Versehentlich bei der Kollokation übergangene Ansprachen können wie verspätete Konkurseingaben bis zum Schluss des Konkursverfahrens berücksichtigt werden (E. 4).»

Über die Y. AG wurde der Konkurs eröffnet. Aufgrund einer nachträglich zugelassenen Forderung wurden zwei Kollokationspläne aufgelegt, welche weder mit Beschwerde noch mit Kollokationsklage angefochten wurden. Am 20.1.2011 erlaubte der Einzelrichter, das Konkursverfahren nach Art. 95 KOV sofort zu schliessen, d. h., ohne auf die durchgeführte Geltendmachung der nach Art. 260 SchKG abgetretenen Ansprüche zu warten. Mit Entscheid vom 22.2.2011 wurde das Konkursverfahren als geschlossen erklärt.

Am 11.3.2011 ersuchte X (Beschwerdeführer) das Konkursamt, eine Forderung von CHF 1602 427.67 in den Kollokationsplan aufzunehmen. Zugleich erhob er Beschwerde nach Art. 17 SchKG, mit dem Antrag, den Kollokationsplan aufzuheben bzw. im Rahmen einer Neuauflage oder Ergänzung des Kollokationsplanes über die Abweisung oder Zulassung seiner eingegebenen Forderung zu entscheiden. Gleichentags erhob X. gegen den Entscheid des Richters über die Schliessung des Konkursverfahrens eine Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO. Das Obergericht sistierte das Beschwerdeverfahren (nach ZPO) bis zur rechtskräftigen Erledigung der Aufsichtsbeschwerde. Das Kantonsgericht als kantonale Aufsichtsbehörde trat auf die Aufsichtsbeschwerde nicht ein, woraufhin X Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht erhob.

Stets unbestritten war, dass X seine Forderung bereits vor dem 11.3.2011 angemeldet hatte, diese jedoch weder im Kollokationsplan aufgenommen noch durch eine abweisende Verfügung erledigt wurde, sondern schlichtweg vergessen ging. Daher wurde geprüft, ob die vergessene Eingabe als eine verspätete Eingabe i. S. v. Art. 251 Abs. 1 SchKG berücksichtigt werden konnte.

Zur Frage, bis wann verspätete Konkurseingaben angebracht werden können, äusserte sich das Bundesgericht wie folgt: Gemäss Art. 251 Abs. 1 SchKG können verspätete Konkurseingaben bis zum Schluss des Konkursverfahrens angebracht werden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist unter «Schluss des Konkursverfahrens» die Verfügung des Konkursrichters nach Art. 268 Abs. 1 SchKG zu verstehen (das Bundesgericht meinte wohl Art. 268 Abs. 2 SchKG).

Mit dem Entscheid vom 20.1.2011 habe der Konkursrichter das Verfahren nicht geschlossen, sondern dem Konkursamt lediglich die Bewilligung erteilt, den Konkurs sofort zu schliessen. Erst mit dem Entscheid vom 22.2.2011 habe der Konkursrichter den Konkurs geschlossen. Da jedoch der Beschwerdeführer X. dagegen Beschwerde nach ZPO erhoben habe, sei dieser Entscheid nicht rechtskräftig und das Verfahren somit noch nicht abgeschlossen worden. Folglich wies das Bundesgericht das Konkursamt an, einen Entscheid hinsichtlich der Zulassung oder Abweisung der Eingabe des Beschwerdeführers zu erlassen. Wenn es sich um begründete Ansprüche handle, müsse der Kollokationsplan in einem zweiten Schritt abgeändert oder neu aufgelegt werden.³⁴

7. Internationale Verhältnisse

*BGE 137 III 570:*³⁵ «Internationales Konkursrecht (Art. 166 ff. IPRG); Prozessführungsbefugnis einer ausländischen Konkursmasse. Die Regelung gemäss Art. 166 ff. IPRG ist abschliessend (E. 2). Eine ausländische Konkursmasse, der mangels Gegenrecht gemäss Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG in der Schweiz keine Prozessführungsbefugnis zukommt, kann diesen Mangel nicht dadurch beseitigen, dass sie in analoger Anwendung von Art. 731b Abs. 1 Ziff. 2 OR um Bestellung eines Sachwalters ersucht (E. 3).»

*BGE 137 III 631:*³⁶ «Art. 166 ff. IPRG; internationales Konkursrecht; Prozessführungsbefugnis einer ausländischen Konkursverwaltung; Anfechtungsansprüche. Eine ausländische Konkursverwaltung ist ohne Anerkennung des ausländischen Konkurses gemäss Art. 166 Abs. 1 IPRG nicht befugt, in der Schweiz gestützt auf einen im Ausland abgeschlossenen Vergleich über Anfechtungsansprüche auf Herausgabe des Erlöses aus dem Verkauf einer in der Schweiz gelegenen Liegenschaft zu klagen (E. 2).»

³³ Urteil des BGer 5A_772/2011 vom 30. 5. 2012.

³⁴ BGE 138 III 437, E. 4.3 f. S. 442 f.

³⁵ Urteil des BGer 5A_415/2011 vom 21. 9. 2011.

³⁶ Urteil des BGer 4A_389/2011 vom 26. 10. 2011; der Entscheid ist auch abgedruckt in SZP 3/2012, S. 260 ff.