

---

Daniel Hunkeler  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

**Entwicklung des Schuldbetreibungs- und  
Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008**

Sonderdruck aus / Tiré à part

**Aktuelle Anwaltspraxis 2009**  
**La pratique de l'avocat**

Herausgegeben von / Edité par

**Walter Fellmann**  
**Tomas Poledna**

Nicht im Handel / Hors commerce



**Stämpfli Editions SA Berne · 2009**  
**Stämpfli Verlag AG Bern · 2009**



---

# Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008

Daniel Hunkeler\*

## Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung.....	1346
I. In Kraft getretene Gesetzesrevisionen seit 2007.....	1346
1. Das neue Bundesgerichtsgesetz (BGG).....	1346
2. Neue Oberaufsicht über Schuldbetreibung und Konkurs .....	1348
3. Das neue Partnerschaftsgesetz.....	1349
4. Das Kollektivanlagengesetz .....	1349
5. Das neue Zollgesetz.....	1349
6. Änderungen im Recht der Trust .....	1349
a) Art. 284 a SchKG.....	1350
b) Art. 284b SchKG .....	1352
7. Das neue GmbH-Recht.....	1353
8. Die neue Handelsregisterverordnung .....	1353
9. Der neue Art. 731b OR bei Organisationsmängeln von Aktiengesellschaften .....	1354
10. Änderungen bei der Verordnung über die Krankenversicherung.....	1355
II. Laufende/noch nicht in Kraft getretene Revisionen.....	1356
1. Die neue Schweizerische Strafprozessordnung.....	1356
2. Die Revision des Sanierungsrechts (Nachlassverfahrens).....	1356
3. Die Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts .....	1358
4. Vorentwurf eines Einführungsgesetzes zum revidierten LugÜ.....	1358
5. Die neue Schweizerische ZPO .....	1359
6. Das Projekt «eSchKG».....	1360
III. Rechtsprechung.....	1361
1. BGG .....	1361
2. Allgemeines Vollstreckungsrecht.....	1364
3. Einleitungsverfahren .....	1364
4. Rechtsöffnung und Aberkennungsklage.....	1365
5. Pfändung und Verwertung.....	1366
6. Sanierung und Konkurs von Privatpersonen .....	1366

---

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Schumacher Baur Hürlimann, Zürich und Baden ([www.sbh-law.ch](http://www.sbh-law.ch)).

a) Unentgeltliche Rechtspflege bei der Konkureröffnung auf eigenes Begehren .....	1366
b) Einrede des mangelnden neuen Vermögens bei Vorliegen einer Verrechnungslage? .....	1367
7. Kollokationen .....	1369
8. Sonstiges Konkursrecht .....	1369
9. Arrest/Retentionsrecht des Vermieters .....	1370
10. Paulianische Anfechtung .....	1370
11. Nachlassvertrag .....	1372
IV. Internationale Entwicklungen .....	1372
V. Literatur (Auswahl) .....	1373

### **Vorbemerkung<sup>1</sup>**

Wie schon an früheren Veranstaltungen<sup>2</sup> möchte ich Ihnen über die Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den letzten beiden Jahren berichten, d.h. aus dem Zeitraum 2007 und 2008. Wiederum kann es nicht darum gehen, möglichst alles, was sich auf dem Gebiet des SchKG bewegt hat, aufzugreifen. Vielmehr sollen Schwerpunkte gesetzt und wesentliche Entwicklungen aufgezeigt werden.

Die nachfolgenden Ausführungen umfassen fünf Unterkapitel: In Kraft getretene Gesetzesrevisionen seit 2007 (I.), laufende bzw. noch nicht in Kraft getretene Revisionen (II.), Rechtsprechung (III.), Entwicklungen auf internationaler Ebene (IV.) sowie Literaturhinweise (V.). Im Einzelnen:

### **I. In Kraft getretene Gesetzesrevisionen seit 2007**

Die in den Jahren 2007 und 2008 in Kraft getretenen Revisionen mit direkten Auswirkungen auf das SchKG sind zahlreich:

#### **1. Das neue Bundesgerichtsgesetz (BGG)**

An der letzten Veranstaltung hatte ich Ihnen relativ ausführlich über das neue Bundesgerichtsgesetz (BGG) berichtet, welches per 1. Januar 2007 in Kraft

---

<sup>1</sup> Der vorliegende Aufsatz ist eine Zusammenfassung des am Anwaltskongress gehaltenen und mit einer Power-Point-Präsentation unterstützten Referates. Die Power-Point-Präsentation kann beim Verfasser bezogen werden.

<sup>2</sup> Vgl. dazu HUNKELER, Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2005 und 2006, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2007, Bern 2007, S. 899 ff.; ders., Entwicklung der Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2003 und 2004, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2005, Bern 2005, S. 781 ff.

getreten war.<sup>3</sup> Da es sich um ein wichtiges Gesetz handelt mit wesentlichen Auswirkungen auf das SchKG, dessen Inkrafttreten in die Berichtsperiode 2007/2008 fällt, möchte ich Ihnen die wesentlichen Neuerungen in aller Kürze nochmals wie folgt rekapitulieren:

Das Gesetz bringt insbesondere eine Vereinheitlichung der verschiedenen, bis anhin existierenden Rechtsmittel an das Bundesgericht, welche mit der sogenannten Einheitsbeschwerde zu einem einzigen Rechtsmittel zusammengefasst wurden. Für den Bereich des SchKG ist dabei insbesondere die sogenannte Einheitsbeschwerde in Zivilsachen von Bedeutung (Art. 72 ff. BGG). Mit dieser werden neuerdings grundsätzlich alle Streitigkeiten in SchKG-Angelegenheiten erfasst, ungeachtet dessen, ob es sich um rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten oder um betreibungsrechtliche Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle Recht handelt. Ohnehin in den Anwendungsbereich fallen selbstverständlich rein materielle Streitigkeiten wie etwa die Anerkennungsklage nach Art. 79 SchKG. Soweit (ausnahmsweise) keine vermögensrechtliche Angelegenheit vorliegt, ist die Beschwerde ohne Streitwertbeschränkung zulässig. Andernfalls verlangt das Gesetz gem. Art. 74 Abs. 1 BGG in arbeits- und mietrechtlichen Fällen einen Streitwert von mind. CHF 15'000.00 und in allen übrigen Fällen einen solchen von mind. CHF 30'000.00. Keine Streitwertbegrenzung besteht in vermögensrechtlichen Streitigkeiten, wenn ein Ausnahmestatsbestand i.S.v. Art. 74 Abs. 2 BGG vorliegt, sich mithin eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vorschreibt oder – wichtig in SchKG-Sachen – Entscheide der kantonalen Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen sowie eines Konkurs- oder Nachlassrichters angefochten werden. Gerügt werden kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht (unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts), von Völkerrecht sowie von kantonalen verfassungsmässigen Rechten und von kantonalem Recht (Art. 95 BGG). Das Bundesgericht übt grundsätzlich eine freie Rechtskontrolle aus (vgl. Art. 106 f. BGG). Tatsächliche Fragen können weiterhin nur überprüft werden, wenn ihre Feststellung offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung (i.S.v. Art. 95 BGG) beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (vgl. Art. 97 BGG).

Hinsichtlich der Anfechtung letztinstanzlicher kantonalen Rechtsöffnungsentscheide kann somit festgestellt werden, dass solche Entscheide unter dem BGG mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden können. Dies hat zur Folge, dass vor Bundesgericht neuerdings jede Verletzung von Bestimmungen des SchKG gerügt werden kann (als Rechtsverletzung; vgl.

---

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR. 173.110); vgl. dazu HUNKELER, a.a.O., S. 901 ff.

Art. 95 lit. a BGG), und nicht mehr nur (wie früher durch staatsrechtliche Beschwerde) eine willkürliche Gesetzesanwendung. Der Beschwerde kommt ohne gegenteilige Anordnung keine aufschiebende Wirkung zu (vgl. Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG).

Die Beschwerde an das Bundesgericht als Rechtsmittel gegen Entscheide (oberer) kantonaler Aufsichtsbehörden existiert trotz Aufhebung von aArt. 19 SchKG weiterhin. Auch sie wird jedoch seit dem Inkrafttreten des BGG in der Form der Beschwerde in Zivilsachen gestützt auf das BGG vorgebracht. Das Verfahren vor Bundesgericht ist neu grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig, und es sind nicht mehr nur Endentscheide, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch Teilentscheide sowie Vor- und Zwischenentscheide anfechtbar (Art. 90 ff. BGG). Beschwerdeberechtigt ist nur noch, wer ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines angefochtenen Entscheides hat. Ein bloss tatsächliches Interesse genügt nicht mehr (vgl. Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Die Beschwerde wird in Dreierbesetzung von der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts beurteilt, selbst wenn es um Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung geht (Art. 20 Abs. 2 BGG). Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts (SchKK) gibt es nicht mehr.

## **2. Neue Oberaufsicht über Schuldbetreibung und Konkurs**

Mit Inkrafttreten des BGG wurden (per 1. Januar 2007) auch drei Artikel des SchKG geändert, nämlich die Art. 15, 19 und 20a SchKG. Ich hatte auch darüber bereits an der letzten Veranstaltung einlässlicher berichtet.<sup>4</sup> Daher an dieser Stelle in aller Kürze nur noch Folgendes: Art. 19 SchKG stellt klar, dass sich die betriebsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht nach dem BGG richtet (Einheitsbeschwerde in Zivilsachen). Art. 20a SchKG hat zur Folge, dass die grundsätzliche Kostenlosigkeit des Beschwerdeverfahrens nur noch vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (und gerade nicht mehr vor Bundesgericht) Gültigkeit hat. Art. 15 SchKG schliesslich überträgt die Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen neu vom Bundesgericht auf den Bundesrat.

Gestützt auf Art. 15 SchKG wurde eine neue Verordnung betreffend die Oberaufsicht über Schuldbetreibung und Konkurs (OAV-SchKG) vom 22. November 2006 erlassen (in Kraft seit 1. Januar 2007).<sup>5</sup> Diese bestimmt als zuständige Bundesbehörde das Bundesamt für Justiz mit einer Dienststelle Oberaufsicht SchKG, verpflichtet die kantonalen Aufsichtsbehörden zur wenigstens zweijährlichen Berichterstattung und begründet eine beratende Eidg. Kommission für Schuldbetreibung und Konkurs. Das Bundesgericht

---

<sup>4</sup> HUNKELER, a.a.O., S. 902 ff.

<sup>5</sup> SR 281.11.

kann neuerdings daher die Nichtigkeit von Verfügungen nur noch aufheben, wenn es im Rahmen einer formellen Beschwerde angegangen werden kann (vgl. Art. 22 Abs. 1 SchKG). Strittig und unklar ist demgegenüber, ob der Bundesrat bzw. das Bundesamt für Justiz zur Feststellung bzw. Aufhebung nichtiger Verfügungen jederzeit mittels Aufsichtsbeschwerde angegangen werden könne oder nicht. Ein wegleitender Entscheid zu dieser Frage fehlt bis heute.

### **3. Das neue Partnerschaftsgesetz**

Das per 1. Januar 2007 in Kraft getretene Partnerschaftsgesetz (PartG)<sup>6</sup> sieht die Gleichstellung eingetragener Partner mit Ehegatten u.a. auch in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht vor.

### **4. Das Kollektivanlagengesetz**

Das per 1. Januar 2007 in Kraft getretene Kollektivanlagegesetz (KAG)<sup>7</sup> unterstellt die neuen Gesellschaftsformen der Investmentgesellschaft mit variabellem Kapital (Art. 36 KAG) und der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Art. 98 KAG) der Betreuung auf Konkurs (vgl. Art. 39 Abs. 1, Ziffer 13 und Ziffer 14 SchKG).

### **5. Das neue Zollgesetz**

Per 1. Mai 2007 wurde das neue Zollgesetz (ZG) in Kraft gesetzt<sup>8</sup>, gemäss welchem sich die Zwangsverwertung von Zollpfandrechten nicht nach dem SchKG richtet, und gem. welchem eine als Zollpfand beschlagnahmte Sache (gem. Art. 88 Abs. 2 ZG) nicht in die Konkursmasse eingebracht werden muss, sondern von der Zollverwaltung verwertet werden kann. Nimmt die Zollverwaltung wegen verbleibender ungedeckter Schulden noch am Konkursverfahren teil, so muss sie sich den Verwertungserlös aus dem Zollpfand im Konkursverfahren nicht anrechnen lassen.<sup>9</sup>

### **6. Änderungen im Recht der Trust**

Mit der Ratifikation des Haager Übereinkommens über das auf Trust anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1. Juli 1985 (HTÜ)<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> SR 211.231.

<sup>7</sup> SR 951.31.

<sup>8</sup> SR 631.0.

<sup>9</sup> AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 3 N 24.

<sup>10</sup> SR 0.221.371.

wurde die Einfügung der neuen Artikel 149a-149e in das (schweizerische) IPRG<sup>11</sup> verbunden und wurden per 1. Juli 2007 die Art. 284a und 284b neu in das SchKG aufgenommen. Letztere Bestimmungen stellen klar, dass die Betreuung hinsichtlich des Vermögens eines Trust gegen einen Trustee als Vertreter des Trust am Sitz des Trusts in der Schweiz bzw. am Ort der tatsächlichen Verwaltung zu richten und gegebenenfalls auf Konkurs fortzusetzen ist (Art. 284a SchKG), und dass zwecks Sicherstellung der Trennung von Trustvermögen und persönlichem Vermögen des Trustees im Konkurs des Letzteren nach Abzug dessen Ansprüche gegen das Trustvermögen dieses aus der Konkursmasse ausgeschieden wird (Art. 284b SchKG).<sup>12</sup> Nachfolgend möchte ich Ihnen die beiden Bestimmungen noch etwas näher vorstellen. Sie finden sie einlässlicher kommentiert von Prof. IVO SCHWANDER im neu erschienenen Kurzkomentar zum SchKG.<sup>13</sup>

a) *Art. 284 a SchKG*

Der Gesetzestext lautet wie folgt:

*«<sup>1</sup>Haftet für die Schuld das Vermögen eines Trusts im Sinne von Kapitel 9a des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), so ist die Betreuung gegen einen Trustee als Vertreter des Trusts zu richten.*

*<sup>2</sup>Betreibungsort ist der Sitz des Trusts nach Artikel 21 Abs. 3 IPRG. Befindet sich der bezeichnete Ort der Verwaltung nicht in der Schweiz, so ist der Trust an dem Ort zu betreiben, an dem er tatsächlich verwaltet wird.*

*<sup>3</sup>Die Betreuung wird auf Konkurs fortgesetzt. Der Konkurs ist auf das Trustvermögen beschränkt.»*

Erfasst werden einzig Trusts i.S.v. Art. 149a IPRG («...rechtsgeschäftlich errichtete Trust im Sinne des Haager Übereinkommens vom 1. Juli 1985 über das auf Trust anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, unabhängig davon, ob sie im Sinne von Art. 3 des Übereinkommens schriftlich nachgewiesen sind»). Nach ausländischem Recht von Gesetzes wegen entstehende (deliktis- oder bereicherungsrechtlich zu qualifizierende) Trusts bilden somit keine Sondervermögen i.S. der Bestimmung. Im Falle gleichzeitig gegebener auftragsrechtlicher Verhältnisse – was bei veruntreuenden Trustees denkbar ist – sollen Aussonderungsansprüche analog zum Auftrags-

---

<sup>11</sup> SR 291.

<sup>12</sup> Vgl. AMONN/WALTHER, a.a.O., § 3 N 24, gegen Ende.

<sup>13</sup> SCHWANDER, Komm. zu Art. 284a und 284b SchKG, in: Kurzkomentar SchKG, Hunkeler Daniel (Hrsg.), Basel 2009 (vgl. dazu auch unter IV. hiernach). Die nachfolgenden Ausführungen stellen eine Zusammenfassung dieser Kommentierung von Schwander dar.



recht bestehen, wenn der Trustee in Konkurs gerät und könnte hier Art. 284b doch anwendbar sein.<sup>14</sup>

Da Trusts typischerweise keine eigene Rechtspersönlichkeit haben, richtet sich die Zwangsvollstreckung gegen den Trust als rechtlich anerkanntes Sondervermögen (vgl. auch Randtitel von Art. 284a sowie die Formulierung in Abs. 1 dieser Bestimmung). Dieses Sondervermögen steht aber im formellen Eigentum des Trustees. Dieser ist nicht Organ, sondern mit Herausgabe- und Verwendungspflichten belasteter Eigentümer des Trustvermögens.<sup>15</sup> Daher bezeichnet Abs. 1 den Trustee als passiv betreibungsfähig. Bei der Einleitung des Betreibungsverfahrens ist somit der Trustee (ungeachtet dessen, ob dieser eine natürliche oder juristische Person des In- oder Auslands ist) als Betreibungsschuldner aufzuführen, und unter dem Forderungsgrund ist darauf hinzuweisen, dass der Trustee wegen der Haftung des Trustvermögens des Trust XY betrieben wird. Hat der Trust mehrere Trustees, kann der Betreibungsgläubiger einen von ihnen als Vertreter des Trusts in der Betreibung auswählen. Haften dagegen sowohl das Trustvermögen als auch der Trustee persönlich für die in Betreibung gesetzte Schuld, haben zwei separate Betreibungen zu erfolgen, wobei nur in der einen der Bezug zum Trust unter dem Forderungsgrund aufzuführen ist.<sup>16</sup>

Ein Betreibungsort gegen das Trustvermögen kann nur bei entsprechendem, vom Gesetz zu umschreibenden Bezug zur Schweiz bejaht werden, was sich von selbst versteht, nachdem nach geltendem schweizerischen Recht Trusts gar nicht errichtet werden können. Ein erheblicher Auslandsbezug ist daher bei Trusts immer vorauszusetzen. Art. 284a Abs. 2 geht als *lex specialis* dem Art. 46 SchKG vor, soweit eine Betreibung auf Konkurs (Art. 284a Abs. 3 Satz 1) beabsichtigt ist. Somit soll sich folgende Stufenfolge ergeben: Der schweizerische Betreibungsort liegt (1) primär am aktuellen, schriftlich bezeichneten bzw. textlich nachgewiesenen «Sitz» des Trusts in der Schweiz; fehlt ein solcher, kann (2) an dem Ort in der Schweiz betrieben werden, wo der Trust tatsächlich verwaltet wird, und beim Fehlen beider Voraussetzungen gibt es (3) keinen Betreibungsort in der Schweiz (eine analoge Anwendung des Betreibungsortes am Ort der Niederlassung oder am Aufenthalt ist ausgeschlossen). Die Betreibungsurkunde ist dem Trustee zuzustellen, und wenn dieser im Ausland wohnt, ist nach Art. 66 Abs. 3 SchKG zu verfahren. Wenn hingegen eine Haftung für Forderungen in Frage steht, für welche nicht der Konkurs (Art. 284a Abs. 3), sondern nur die Betreibung auf Pfändung möglich ist (gem. Art. 43), oder geht es um eine Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG), kann die Betreibung

---

<sup>14</sup> SCHWANDER, a.a.O., Art. 284a N 3.

<sup>15</sup> SCHWANDER, a.a.O., Art. 284a N 4.

<sup>16</sup> SCHWANDER, a.a.O., Art. 284a N 4.

in der Schweiz am Sitz des Trusts i.S.v. Art. 21 Abs. 3 IPRG oder an den Betreuungsorten gem. Art. 50 oder 51 SchKG, insbesondere am Lageort des Pfandes, eingeleitet werden. Der Betreuungsort für die Betreuung des Trustees für Schulden, für die dieser auch persönlich haftet, bestimmt sich nach Art. 46-55 SchKG.<sup>17</sup>

Gem. Art. 284 a Abs. 3 Satz 1 wird die Betreuung (nach Beseitigung eines allfälligen Rechtsvorschlages) für Schulden, für welche das Trustvermögen haftet, mit dem Konkurs fortgesetzt (Art. 159 ff. SchKG). Es kommt somit nicht darauf an, ob der Trust der Konkursbetreuung untersteht oder nicht. Die Folgen des Konkurses beschränken sich auf das in der Schweiz gelegene Sondervermögen, und der Trust als solcher geht nicht unter. Das Sondervermögen wird nur soweit verwertet, als dies für die Deckung der Betreuungsforderung notwendig ist. Der Sache nach handelt es sich letztlich weitgehend um eine Spezialexekution, obschon das Verfahren dasjenige des Konkurses ist.<sup>18</sup>

Zur Gewährleistung des Bestandes des Trusts als Sondervermögen müssen dessen Vermögenswerte einerseits und das Vermögen des Trustees andererseits im Falle der Zwangsvollstreckung auseinandergelassen werden und muss das Vermögen des Trusts aus jenem des Trustees im schweizerischen Konkursverfahren über das Trustvermögen (das alleine für Schulden haftet) ausgesondert werden.<sup>19</sup>

b) *Art. 284b SchKG*

Der Gesetzestext lautet wie folgt:

*«Im Konkurs eines Trustees wird nach Abzug seiner Ansprüche gegen das Trustvermögen dieses aus der Konkursmasse ausgeschieden.»*

Die Bestimmung regelt die Ausscheidung des Trustvermögens im Konkurs des Trustees (bzw. aus der Konkursmasse des Trustees). Die Ausscheidung wird von Amtes wegen von der Konkursverwaltung vorgenommen. Erachtet diese die Voraussetzung der Ausscheidung als nicht gegeben, setzt sie Frist zur Klage auf Aussonderung (Art. 242 Abs 2 SchKG), wobei sich die Frage der Aktivlegitimation oder Prozessführungsberechtigung des Trusts nach dem auf Trust anwendbaren ausländischen Recht ergibt.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Vgl. zum Ganzen SCHWANDER, a.a.O., Art. 284a, N 5 - N 7, m.w.H.

<sup>18</sup> Vgl. ausführlicher sowie dazu, dass der Natur des Trust die Generalexekution nicht entspricht: SCHWANDER, a.a.O., Art. 284a, N 8 - N 10.

<sup>19</sup> Vgl. einlässlicher: SCHWANDER, a.a.O., Art. 283a, N 11 - N 14.

<sup>20</sup> SCHWANDER, a.a.O., Art. 284b N 4, welcher auch auf das Vorgehen im Falle von Interessenkonflikten des Trustees hinweist sowie darauf, dass sich eine Aktivlegitimation für die Aussonderungsklage auch aus Art. 42 Abs. 2 SchKG ergeben könne.

## **7. Das neue GmbH-Recht**

Per 1. Januar 2008 ist das neue GmbH-Recht in Kraft getreten.<sup>21</sup> Die (direkten) Änderungen im Bereich des SchKG sind namentlich die folgenden: Es werden ausstehende Nachschüsse mit Eintritt der Konkurseröffnung über die GmbH (die ex lege neu auf das Doppelte des Nennwerts des Stammanteils beschränkt sind und nicht mehr in beliebiger Höhe vorgesehen werden können: Art. 795 Abs. 2 OR) automatisch fällig (Art. 795 Abs. 3 OR) und durch die Konkursverwaltung geltend gemacht oder ggfalls den Gläubigern zur eigenen Geltendmachung nach Art. 260 SchKG abgetreten. Bei gleichzeitigem Konkurs über die GmbH und eines oder mehrerer Gesellschafter erhebt die Konkursmasse der GmbH die Nachschusspflichtforderung gegenüber der Konkursmasse des oder der Gesellschafter.

Die Unterstellung geschäftsführender Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer GmbH unter die Konkursbetreibung wurde abgeschafft.

Geändert wurde ferner die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter und die Eingriffsmöglichkeiten in die GmbH bei Zwangsvollstreckung: Sämtliche mit einem Gesellschaftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten gehen neu ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung auf die erwerbende Person über (Art. 788 Abs. 1 OR). In der Betreibung auf Pfändung kann ein Gesellschaftsanteil wie jeder andere Vermögenswert verwertet werden. Im Konkurs eines Gesellschafters fällt der Anteil in dessen Konkursmasse und werden die mit dem Anteil verbundenen Vermögens- und Mitgliedschaftsrechte durch die Konkursverwaltung wahrgenommen. Der Konkurs eines Gesellschafters führt nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft, sondern dessen Anteil geht im Rahmen der Zwangsvollstreckung auf einen Erwerber über. Unter altem Recht war ein direkter Eingriff bei der GmbH in der Zwangsvollstreckung gegen einen Gesellschafter nicht möglich (selbst bei einer 100%-Beteiligung nicht), sondern es war ein Auflösungsverfahren anzustrengen, das zeitraubend war und das Beiseiteschaffen von Vermögenswerten ermöglichte.

## **8. Die neue Handelsregisterverordnung**

Die neue Handelsregisterverordnung trat per 1. Januar 2008 in Kraft (SR 221.411). Sie regelt neu die Eintragungen im Handelsregister im Falle eines Konkurses, einer Nachlassstundung oder eines Nachlassvertrages einlässlich.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> AS 2007 S. 4791 ff.

<sup>22</sup> AMONN/WALTHER, a.a.O., § 3 N 24.

## 9. Der neue Art. 731b OR bei Organisationsmängeln von Aktiengesellschaften

Unter früherem (Zivil-)Recht waren die Vorschriften, welche sich mit Organisationsmängeln einer juristischen Person befassten, unübersichtlich, zahlreich und schlecht aufeinander abgestimmt. Per 1. Januar 2008 wurden daher verschiedene Bestimmungen des OR und des ZBG (sowie dazugehöriger Verordnungen) abgeschafft und durch einen neuen Art. 731b OR für Aktiengesellschaften ersetzt (sowie, worauf wir nachfolgend nicht näher eingehen werden, auch durch analoge Bestimmungen für Vereine, Stiftungen, GmbHs und Genossenschaften).<sup>23</sup>

Unter bisherigem Recht sah das Gesetz namentlich bei Fehlen von Organen (nebst der Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen) vor, dass die Gesellschaft nach den Bestimmungen des Gesellschaftsrechts in Liquidation versetzt wird (vgl. für die AG Art. 625 Abs. 2, 643 Abs. 3 sowie 736 Ziff. 4 aOR), wobei die bisherigen Organe, welche als Liquidatoren agierten, in praxi mitunter keine Liquidationshandlungen vornahmen und die Geschäftstätigkeit fortsetzten. Auch die richterliche Einsetzung einer Revisionsstelle scheiterte häufig daran, dass eine neue Revisionsstelle ihr Amt nur gegen Leistung eines Kostenvorschusses antrat.<sup>24</sup> Gemäss einem vom Bundesgericht am 14. November 2007 gefällten Entscheid<sup>25</sup> kann der Konkurs über eine juristische Person auch nicht eröffnet werden, wenn eine Gesellschaft ohne Revisionsstelle den Kostenvorschuss für deren richterliche Ernennung nicht bezahlt, da dadurch in Lückenfüllung ein neuer, im Gesetz nicht vorgesehener (materieller) Konkursgrund geschaffen würde (vorbehalten bleibt selbstverständlich eine Konkursöffnung wegen Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft gem. Art. 190, 192 SchKG).

Ziel der Gesetzesrevision war daher die Schaffung einer einheitlichen Ordnung für die Behebung von Organisationsmängeln und für die dazugehörigen Sanktionen. Normen des Vormundschaftsrechts, welche teilweise auch auf juristische Personen anwendbar waren (vgl. Art. 392 f. aZGB), sind seit dem 1.1. 2008 nur noch auf natürliche Personen anwendbar.<sup>26</sup>

Wenn eines der vorgesehenen Organe (Verwaltungsrat oder Revisionsstelle) fehlt oder nicht rechtmässig zusammengesetzt ist (z.B. die Anforderungen an die Befähigung und Unabhängigkeit einer Revisionsstelle nicht gegeben sind), werden unter revidiertem Recht nach Auffassung des Gesetzgebers im

---

<sup>23</sup> AS 2007 S. 4791, S. 4839; vgl. Art 69c ZGB für Vereine, Art. 83d ZGB für Stiftungen, Art. 819 OR für GmbHs sowie Art. 908 OR für Genossenschaften. Vgl. einlässlicher zum Ganzen: LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung, in: AJP 2008, S. 1378 ff.

<sup>24</sup> Vgl. LORANDI, a.a.O., S. 1379.

<sup>25</sup> Urteil 5A.235/2007 vom 14. November 2007.

<sup>26</sup> BBl 2002 S. 3231, S. 3244.

öffentlichen Interesse aufgestellte Normen verletzt. Das nachfolgend aufgezeigte Klagerecht der aktivlegitimierten Personen unterliegt daher keiner Befristung<sup>27</sup>, und der Richter kann auch andere als die vom Antragsteller beantragten Massnahmen anordnen. Der Richter kann insbes. (vgl. Art. 731b OR):

- der Gesellschaft unter Androhung ihrer Auflösung Frist ansetzen, binnen derer sie den rechtmässigen Zustand herzustellen hat
- das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen
- die Gesellschaft auflösen und ihre Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs anordnen.

Insbesondere letztere Möglichkeit ist beachtlich, denn sie ermöglicht dem Zivilrichter (zumindest funktional) die Konkurseröffnung über eine Gesellschaft, ohne dass einer der bisherigen materiellen Konkursgründe gem. Art. 190 SchKG vorliegen und ohne dass die Konkurseröffnung durch einen Konkursrichter erfolgen müsste. Eine Haftung des Antragstellers für die Kosten des Konkursverfahrens, die bis zur Einstellung des Konkurses oder bis zum Schuldenruf entstehen (vgl. dazu Art 169 SchKG i.V.m. Art. 189 Abs. 2 und Art. 194 Abs. 1 SchKG), entfällt. Bei einer Einstellung des Konkurses sind die Kosten vielmehr vom Gemeinwesen (Staat) zu tragen.<sup>28</sup>

Aktivlegitimiert sind die Aktionäre, Gläubiger sowie der Handelsregisterführer; es kommt das kontradiktorische (strittige) Verfahren zur Anwendung. Örtlich zuständig ist der Richter am Sitz der Gesellschaft. Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich nach den kantonalen Zivilprozessordnungen bzw. Gerichtsorganisationsgesetzen, was sich auch unter der Schweizerischen ZPO nicht ändern wird, da die sachliche Zuständigkeitsordnung in der kantonalen Gesetzgebungskompetenz verbleibt. Häufig wird ein Einzelrichter zuständig sein. Der Richter muss die Auflösung vorgängig angedroht haben, da es sich um eine einschneidende Massnahme handelt. Sachlich zuständig zur Abwicklung des Konkurses ist das Konkursamt am Sitz der Gesellschaft.

## **10. Änderungen bei der Verordnung über die Krankenversicherung**

Per 1. August 2007 ist die Änderung der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 2007 (KVV)<sup>29</sup> in Kraft getreten. Gem. dieser hat eine Krankenversicherung ausstehende Prämien- und Kostenbeteiligungen innerhalb von vier Monaten seit Mahnung getrennt von allfälligen anderen Zahlungsausständen in Betreuung zu setzen und kann sie für verschuldet entstehende Aufwendungen angemessene Bearbeitungsgebühren verlangen.

---

<sup>27</sup> LORANDI, a.a.O., S. 1380.

<sup>28</sup> LORANDI, a.a.O., S. 1392.

<sup>29</sup> SR 832.102.

Hat der Versicherer im Betreibungsverfahren ein Fortsetzungsbegehren gestellt, so muss er die Rückerstattung von Kosten oder die Vergütung von Leistungen aufschieben (Art. 105 c Abs. 1 KVV).<sup>30</sup>

## **II. Laufende/noch nicht in Kraft getretene Revisionen**

### **1. Die neue Schweizerische Strafprozessordnung**

Die neue Schweizerische Strafprozessordnung wurde verabschiedet, ist jedoch noch nicht in Kraft getreten (BBl 2007 S. 6977 ff.). Sie soll zusammen mit der neuen Schweizerischen ZPO in Kraft treten, mithin voraussichtlich per 1. Januar 2011 (vgl. Ziff. 5 hiernach). Sie sieht u.a. vor, dass Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und weitere im Zusammenhang mit einem Strafverfahren zu erbringende finanzielle Leistungen nach den Bestimmungen des SchKG eingetrieben werden.<sup>31</sup>

### **2. Die Revision des Sanierungsrechts (Nachlassverfahrens)**

An den letzten beiden Veranstaltungen wurde einlässlicher darüber berichtet, dass das Bundesamt für Justiz eine Expertengruppe eingesetzt hatte mit dem Auftrag, den Reformbedarf des schweizerischen Sanierungsrechts (Nachlassvertragsrechts) aufzuzeigen und gegebenenfalls einen konkreten Normenvorschlag für eine Gesetzesnovelle zu unterbreiten, und dass die Expertengruppe diesem Auftrag mit der Vorlage eines Vorentwurfs und eines dazugehörigen Berichts zur Revision des Nachlassverfahrens gem. Art. 293 ff. SchKG im Juni 2008 nachgekommen war.<sup>32</sup>

Die Expertengruppe schlug u.a. vor, das Nachlassverfahren grundsätzlich beizubehalten, jedoch den Konkursabschub gem. OR in dieses zu integrieren. Weiter soll gem. der Expertengruppe die Möglichkeit zur Eröffnung eines Nachlassverfahrens erweitert werden, und es soll unter Umständen auch eine stille Sanierung, d.h. ohne Publizität gegenüber aussen, möglich werden. Im Sanierungsfall soll neu eine Frist von 60 Tagen gelten, innerhalb der eine Überschuldung oder eine Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen ist. Die Mitwirkungsrechte der Gläubiger sollen erheblich gestärkt werden. U.a. sollen die Gläubiger allenfalls bereits während der Nachlassstundung die Möglichkeit haben, bei wegleitenden Entscheidungen des Sachwalters über einen Gläubigerausschuss mitzuwirken. Um die Sanierungschancen zu

---

<sup>30</sup> AMONN/WALTHER, a.a.O., § 3 N 24.

<sup>31</sup> AMONN/WALTHER, a.a.O., § 3 N 26.

<sup>32</sup> Vgl. HUNKELER, a.a.O., S. 798 ff. bzw. S. 916; vgl. ferner <<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG.html>> (besucht am 7. September 2009).

erhöhen, soll inskünftig die Bestätigung eines Nachlassvertrages nicht mehr an die Voraussetzung geknüpft sein, dass dessen Vollzug und damit die Befriedigung der Drittklassforderung sichergestellt ist. Auch sollen Möglichkeiten zur Auflösung von Dauerschuldverhältnissen vorgesehen werden, es soll kein automatischer Übergang von Arbeitsverträgen bei einer Betriebsübernahme mehr stattfinden (wie dies heute noch gem. Art. 333 OR der Fall ist). Das Arbeitnehmerprivileg gem. Art. 219 Abs. 4 1. Klasse SchKG soll auf max. CHF 100'000.00 brutto eingeschränkt werden. Das Schicksal von Globalzessionen in der Nachlassstundung soll geregelt werden, und Rechtsgeschäfte, welche während der Nachlassstundung stattgefunden haben, sollen nicht mehr paulianisch anfechtbar sein, sofern sie vom Nachlassrichter oder von einem (allenfalls eingesetzten) Gläubigerausschuss genehmigt wurden. Von einem Konzernkonkurs soll abgesehen werden. Die verschiedenen Gruppengesellschaften sollen weiterhin formell eigenständigen Konkursverfahren unterliegen. Immerhin sollen die beteiligten Gerichte und Behörden verpflichtet werden, ihre Handlungen zu koordinieren und im gegenseitigen Einvernehmen eine einheitliche Zuständigkeit für alle Verfahren zu bezeichnen.<sup>33</sup>

Der Bundesrat hat die Vorschläge der Expertengruppe weitestgehend übernommen. Beibehalten hatte er im wesentlichen die Konkursprivilegien der Sozialversicherung. Er strich die vertragliche Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs (da infolge einer Initiative «Zanetti» bereits Gegenstand eines Reformvorhabens) und den Vorschlag der Expertengruppe, wonach auch fehlende Liquidität eines Unternehmens zur Bilanzdeponierung verpflichten soll. Am 28. Januar 2009 schickte der Bundesrat die Vorlage als Teilrevision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes in die Vernehmlassung, welche am 8. Mai 2009 endete.<sup>34</sup> Wie beim Bundesamt für Justiz in Erfahrung zu bringen war, fiel das Echo der Vernehmlassung gut aus und bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass den grundlegenden Revisionspunkten grundsätzlich zugestimmt werden kann. Widerstand regte sich offenbar insbesondere gegen die Abschaffung des automatischen Übergangs von Arbeitsverträgen bei einer Betriebsübernahme (Art. 333 OR) und gegen die vorgeschlagene Abschaffung des mietrechtlichen Retentionsrechts. Zudem wurde eine Präzisierung dahingehend gewünscht, dass die Möglichkeit der Auflösung von Dauerschuldverhältnissen nicht die Arbeitsverhältnisse betrifft. Auch die fehlende Publikation bei der provisorischen Nachlassstundung wurde teilweise offenbar in Zweifel gezogen. Das Bundesamt für Justiz wird nunmehr in einem Bericht das Vernehmlassungsverfahren

---

<sup>33</sup> Vgl. zu einer Kurzzusammenfassung auch AMONN/WALTHER, a.a.O., § 3 N 29.

<sup>34</sup> Vgl. zu den Vorlagen und Berichten, inkl. Medienmitteilungen: <<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG.html>> (besucht am 7. September 2009).

auswerten (ca. im Herbst 2009) und beim Bundesrat in der Folge einen Grundsatzentscheid zu den erwähnten kontroversen Fragen einholen. Gestützt darauf wird in der Folge die bundesrätliche Botschaft verfasst werden, möglicherweise in der ersten Hälfte 2010.

### 3. Die Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts

Gemäss der Botschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts<sup>35</sup> hat der Bundesrat wie dargelegt veranlasst, den Vorschlag der Expertengruppe Sanierungsrecht zu streichen, wonach beim Konkursaufschub die Einführung eines neuen Art. 725a OR vorgesehen wird, gem. welchem der Verwaltungsrat unverzüglich einen Liquiditätsplan erstellen und durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen muss, wenn die begründete Besorgnis besteht, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist. Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, muss der Verwaltungsrat gemäss bundesrätlicher Botschaft vielmehr unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen. Im Unterschied zum Eintritt einer Überschuldung sieht die Vorlage beim Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nicht mehr zwingend vor, dass eine Benachrichtigung des Gerichts erforderlich ist. Gem. der genannten Botschaft ist im Weiteren die Schaffung eines Artikels 69d ZGB vorgesehen, welcher auch für den Verein die Möglichkeit eines Konkursaufschubes vorsieht.<sup>36</sup> Der bundesrätliche Entwurf wurde vom Ständerat in der Sommersession 2009 indes bereits wieder abgeändert.<sup>37</sup>

### 4. Vorentwurf eines Einführungsgesetzes zum revidierten LugÜ

Das am 30. Oktober 2007 unterzeichnete revidierte LugÜ (welches in seinem Geltungsbereich auf die neuen EU-Staaten ausgeweitet wurde) muss von den Vertragsstaaten noch ratifiziert werden. Der Bundesrat nahm die Ratifizierung zum Anlass, das SchKG und die künftige Schweizerische ZPO punktuell an das Übereinkommen anzupassen. Die Anpassungen betreffen das Sicherungsmittel im Rahmen der Vollstreckung in- und ausländischer Urteile sowie den formellen Ablauf des Vollstreckungsverfahrens. Auch das IPRG wurde

---

<sup>35</sup> Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht); BBl 2008 S. 1589 ff.

<sup>36</sup> Vgl. AMONN/WALTHER, a.a.O., § 3 N 28.

<sup>37</sup> Da das Jahr 2009 nicht mehr in unsere Berichtsperiode gehört, soll es an dieser Stelle mit diesem Hinweis sein Bewenden haben. Ausführlicher zu den vorgeschlagenen Neuerungen: <[http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/ratsunterlagen.aspx?gesch\\_nr=20080011](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/ratsunterlagen.aspx?gesch_nr=20080011)> (besucht am 7. September 2009), dort Link «Fahne Sommersession 2009 Beschluss Ständerat».



punktuell an die künftige schweizerische ZPO und an das revidierte LugÜ angepasst. Der Bundesrat verabschiedete am 18. Februar 2009 seine Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des revidierten LugÜ.<sup>38</sup> Mit dem Inkrafttreten des Übereinkommens und der damit zusammenhängenden Gesetzesanpassungen ist voraussichtlich per 1. Januar 2011 zu rechnen.<sup>39</sup>

Der Vorentwurf eines Einführungsgesetzes zum revidierten LugÜ sieht zur Gewährleistung des unbedingten staatsvertraglichen Anspruchs auf ein Sicherungsmittel die Aufnahme einer neuen Ziff. 6 von Art. 271 Abs. 1 SchKG vor, wonach das Vorliegen eines definitiven Rechtsöffnungstitels als Arrestgrund gelten soll. Der vorgeschlagene neue Arrestgrund würde für sämtliche definitiven Rechtsöffnungstitel gelten (in- oder ausländische Urteile, Urteilsurrogate oder vollstreckbare öffentliche Urkunden), weshalb Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG anzupassen wäre. Neu soll der Arrestbefehl auch vom Gericht an einem Betreibungsort nach Art. 46 ff. SchKG ausgesprochen werden können (insbesondere am Wohnsitz des Schuldners). Bezieht sich ein Arrestgesuch auf mehrere Gegenstände, die in verschiedenen Gerichtskreisen gelegen sind, so soll das Gericht am Betreibungsort befugt sein, diese mit Wirksamkeit für das Gebiet der ganzen Schweiz mit Arrest belegen zu lassen. Der Gläubiger, der aufgrund des revidierten LugÜ einen Arrest gegen den Schuldner erlangt hat, soll nicht verpflichtet sein, den Arrest zu prosequieren, solange ein Rechtsbehelf gegen den Exequaturentscheid hängig ist oder die Frist dazu noch nicht abgelaufen ist (vorgesehen ist dazu ein neuer Art. 279 Abs. 5 SchKG). Das revidierte Übereinkommen verlangt – anders als das noch geltende LugÜ – dass Einwendungen gegen die Vollstreckbarerklärung erst im Rechtsmittelverfahren zu hören sind, weshalb konsequenterweise der Tatbestand der Vollstreckbarerklärung nach LugÜ in Art. 270 Schweizerische ZPO vom 19. Dezember 2008 zu streichen ist (weiterhin erhalten bleibt in der genannten Bestimmung aber der Hinweis auf den Arrest).

## 5. Die neue Schweizerische ZPO

Am 19. Dezember 2008 haben National-<sup>40</sup> und Ständerat<sup>41</sup> nach langjährigen Gesetzgebungsarbeiten die neue Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) verabschiedet. Die Referendumsfrist ist am 16. April 2009 unbenutzt abgelaufen. Die Vorlage hat auch namhafte Auswirkungen im Bereich des SchKG. Sie wird voraussichtlich per 1. Januar 2011 in Kraft treten (allfällige Verzögerungen könnten sich aus einer gleichzeitigen Anpassung der Behördenzuständigkeiten ergeben). Es würde den Rahmen unserer Ausführungen sprengen.

---

<sup>38</sup> BBl 2009 S. 1777 ff.

<sup>39</sup> Gem. einer Medienmitteilung des EJPD vom 18. Februar 2009.

<sup>40</sup> Geschäft Nr. 06.062, Amtliches Bulletin des Nationalrats 2008, S. 1974.

<sup>41</sup> Geschäft Nr. 06.062, Amtliches Bulletin des Ständerats 2008, S. 1058.

gen, bereits heute darüber näher berichten zu wollen. Herr Kollege Gasser hat an der heutigen Veranstaltung ein erstes Mal darüber berichtet und führt heute noch zwei Workshops zum Thema durch. Dem Thema widmen sich auch verschiedene andere Publikationen und Veranstaltungen.

## 6. Das Projekt «eSchKG»

Mit dem Projekt «eSchKG» des Bundesamtes für Justiz wird der technische und organisatorische Rahmen geschaffen, um in Zukunft Betreibungsdaten zwischen Gläubigern und Betreibungsämtern nach einem einheitlichen Format elektronisch austauschen zu können (z.B. Einreichung eines Betreibungsbegehrens durch einen Gläubiger an das Betreibungsamt mit anschließender Übermittlung des Zahlungsbefehlsdoppels vom Betreibungsamt an den Gläubiger inkl. der Angabe, ob der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben hat; anschliessendes elektronisches Fortsetzungsbegehren durch den Gläubiger etc.).<sup>42</sup>

Ab dem 1. Januar 2011 werden Gläubiger ein Recht darauf haben, sowohl im Einzel- als auch im Massengeschäft elektronische Eingaben an ein Betreibungsamt zu tätigen, sofern sie die mit einer per diesem Zeitpunkt zu schaffenden und in Kraft zu tretenden neuen Verordnung vorgegebenen Übermittlungsformate einhalten. Umgekehrt unterliegt ab diesem Zeitpunkt jedes Betreibungsamt nicht nur einem faktischen, sondern auch einem rechtlichen Obligatorium, elektronische Eingaben gemäss dem eSchKG-Standard entgegennehmen und verarbeiten zu können (dies aufgrund eines mit Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO neu in das SchKG aufzunehmenden Art. 33a SchKG).

Das Bundesamt für Justiz arbeitet zurzeit an der Ausführungsverordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Vollstreckungsverfahren. Mit ihr soll die Datenübermittlung im eSchKG-Verbund definitiv auf eine stabile rechtliche Basis gestellt werden, was z.Z. noch nicht der Fall ist (und somit teilweise kritisiert wird).<sup>43</sup>

Mit dem Projekt eSchKG sorgt das Bundesamt für Justiz seit über 3 Jahren dafür, dass die erforderliche Umstellung als Folge des erwähnten Obligatoriums für Betreibungsämter gut vorbereitet umgesetzt werden kann. Es wird im Rahmen der Einführung ein Betreibungsamt nach dem anderen in den eSchKG-Verbund überführt. Eine vertragliche Übergangsregelung, das EDI Agreement, macht es möglich, dass Gläubiger eSchKG bei den schon angeschlossenen Betreibungsämtern bereits heute einsetzen können. Seit Mitte

---

<sup>42</sup> Vgl. dazu einlässlich: <[http://test.e-service.admin.ch/eschkg-testbed/cms/index\\_html\\_de](http://test.e-service.admin.ch/eschkg-testbed/cms/index_html_de)> (besucht am 7. September 2009).

<sup>43</sup> Vgl. AMONN/WALTHER, a.a.O., § 3 N 30.

2008 ist der gesamte Kanton Fribourg im eSchKG-Verbund dabei. Die Kantone Bern, Ob- und Nidwalden, Basel-Stadt, Thurgau und Waadt sowie einzelne Betreibungsämter der Kantone Luzern und Wallis werden voraussichtlich im Verlaufe dieses Jahres auf eSchKG umstellen.

Seit dem 29. Dezember 2008 ist auch ein Betreuungsschalter offiziell online ([www.betreibungsschalter.ch](http://www.betreibungsschalter.ch)) und kann von Gläubigern genutzt werden. Über ihn können namentlich Formulare für Betreibungsbegehren und Betreuungsauskunft elektronisch ausgefüllt werden und ist eine Suche nach dem jeweils zuständigen Betreibungsamt möglich.

### III. Rechtsprechung

Von den zahlreichen in den Jahren 2007 und 2008 gefällten (und bereits veröffentlichten) Entscheidungen des Bundesgerichts möchten wir nachfolgende Auswahl treffen. Für eine weitere Zusammenstellung und Kommentierung von bundesgerichtlichen Entscheidungen wird u.a. auf den jährlichen Beitrag von Fridolin WALTHER in der ZBJV<sup>44</sup> und auf die Zusammenstellung von Hansjörg PETER in dessen jährlichen Vortragsunterlagen der Weiterbildungsveranstaltung der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz und in der SJZ verwiesen.<sup>45</sup>

#### 1. BGG<sup>46</sup>

Zum per 1. Januar 2007 in Kraft getretenen neuen Bundesgerichtsgesetz (BGG; vgl. dazu I./1. hiervor) hat das Bundesgericht verschiedenste Entscheide gefällt:

Klar gestellt wurde vorab, dass anstelle der früheren Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts (SchKK) Beschwerden neuerdings von der zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zu beurteilen sind

---

<sup>44</sup> WALTHER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 2007, ZBJV 2009, S. 386 ff.

<sup>45</sup> PETER, neuere Entwicklungen im Betreibungs- und Konkursrecht: Gesetzgebung, Rechtsprechung und neuere Literatur, a.a.O., Baden, 9. September 2008, S. 1 ff. sowie a.a.O., Baden, 8. September 2009, S. 1 ff.; ders., Le point sur le droit des poursuites et des faillites/Entwicklungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: SJZ 2007, S. 375 ff. und in: SJZ 2008, S. 268 ff.

<sup>46</sup> Einige der nachfolgenden Entscheide finden sich kommentiert von WALTHER, a.a.O., S. 386 ff. Eine umfassende Zusammenstellung der bundesgerichtlichen Kasuistik zur Beschwerde in Zivilsachen findet sich sodann in den Tagungsunterlagen von Bundesrichter NICCOLÒ RASELLI zu dessen Referat an der St. Galler Tagung zum SchKG vom 30. Oktober 2008 in Luzern («Erste Erfahrungen in der Praxis mit dem neuen Bundesgerichtsgesetz im Bereich des SchKG»).

(Urteil 7B.186/2006 vom 10. Januar 2007, E. 2). Des weitern wurde festgehalten, dass Entscheidungen in Schuldbetreibungs- und Konkursachen der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen, welche in diesem Bereich an die Stelle der früheren Beschwerde in Betreibungssachen tritt (gem. Art. 19a SchKG; vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG i.V.m. Art. 19 SchKG). Die Beschwerde ist zulässig gegen den Entscheid der letzten kantonalen Instanz gem. Art. 75 Abs. 1 BGG, und Beschwerdeentscheide der kantonalen Aufsichtsbehörden über die Verfügungen der Betreibungs- und Konkursämter gem. Art. 17 (oder 18) SchKG sind Endentscheide im Sinne von Art. 90 BGG, zumal diese Verfügungen im Laufe des Vollstreckungsverfahrens grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden können. Ein Entscheid einer kantonalen Aufsichtsbehörde kann gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG unabhängig vom Erreichen einer gesetzlichen Streitwertgrenze angefochten werden (BGE 133 III 350 E. 1.2 S. 351).

Der Beschwerde in Zivilsachen unterliegen auch Entscheide betreffend die Haftung eines Kantons gem. Art. 5 SchKG, zumal bei Staatshaftungsklagen das Einhalten von Bestimmungen des SchKG zu prüfen ist (Urteil 5A.306/2007 vom 19. September 2007, E. 1.1; Urteil 5A.707/2007 vom 8. Februar 2008, E. 1; Urteil 5A.54/2008 vom 30. April 2008, E. 1; früher war die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegeben: BGE 126 III 431). Auch bei Entscheidungen über definitive oder provisorische Rechtsöffnung handelt es sich um Endentscheide (BGE 133 III 399 E. 1.4 S. 400), weshalb das Bundesgericht bei Vorliegen eines letztinstanzlichen kantonalen Rechtsöffnungsentscheides auf dem Beschwerdeweg angegangen werden kann und grundsätzlich eine freie Rechtsüberprüfung vornehmen kann (im Gegensatz zur Rechtslage vor dem 1. Januar 2007, wo grundsätzlich nur die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich war). Das Bundesgericht kann neu selbst reformatorisch auch die provisorische Rechtsöffnung erteilen (vgl. z.B. Urteil 5A.365/2007 vom 24. Oktober 2007). Um Endentscheide i.S.v. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG handelt es sich auch bei Konkurserkennnissen (BGE 133 III 687 E. 1.2 S. 689), bei Arrestentscheiden (BGE 133 III 589 E. 1 S. 590), bei paulianischen Anfechtungsurteilen (Urteil 5A.210/2007 vom 7. Februar 2008, E. 1), bei Entscheiden betr. das Nachlassverfahren (Urteil 5A.707/2007 vom 8. Februar 2008) und bei Entscheiden betr. die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Nachlassverträge gem. Art. 166 ff. IPRG (Urteil 5A.267/2007 vom 30. September 2008, E. 1).

Handelt es sich beim angefochtenen Entscheid indessen um eine vorsorgliche Massnahme, ist nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte zulässig (Art. 98 BGG). Weder die definitive noch die provisorische Rechtsöffnung sind einstweilige Verfügungen (und unterliegen daher einer vollen Rechtskontrolle des Bundesgerichts: BGE 133 III 399 E. 1.5 S. 400), Arrestentscheide hingegen schon (BGE 133 III 589). Verletzungen von Grundrech-

ten und von kantonalem und interkantonalem Recht werden vom Bundesgericht allerdings nur geprüft, wenn entsprechende Rügen in der Beschwerde vorgebracht und begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG); das gilt nicht nur für Grundrechtsverletzungen, sondern für Verfassungsverletzungen überhaupt (BGE 133 III 638 E. 2 S. 639 f.). Was nicht substantiiert gerügt wird, wird nicht geprüft (BGE 133 IV 286 E. 1.4 S. 287), und im Anwendungsbereich des Rügeprinzips (Art. 106 Abs. 2 BGG) sind neue rechtliche Vorbringungen grundsätzlich unzulässig (BGE 133 III 638 E. 2 S. 639).

Achtung Prozessfalle! Da der in Art. 46 Abs. 2 BGG verwendete Begriff der vorsorglichen Massnahmen nach der Auffassung des Bundesgerichts in inhaltlicher Hinsicht mit dem in Art. 98 BGG aufgeführten, gleich lautenden Begriff identisch ist (Urteil 5A.218/2007 vom 7. August 2007, publ. in: Pra 2007, Nr. 38; SZZP 2007, 390), kommt der in Art. 46 Abs. 1 lit. a BGG festgeschriebene Fristenstillstand nicht zur Anwendung. Die Beschwerdefrist betreffend die Weiterziehung eines oberinstanzlichen Arresteinspracheentscheides wird daher nicht durch die Gerichtsferien verlängert.

Die in der Literatur kontrovers beantwortete Frage zur Geltung des Anwaltsmonopols gem. Art. 40 BGG<sup>47</sup> klärte das Bundesgericht wie folgt: Der Begriff «in Zivilsachen» (Art. 40 Abs. 1 BGG) bezieht sich nicht auf die Natur des angefochtenen Entscheides, sondern auf die Art des Rechtsmittels; gemeint sind damit alle der Beschwerde in Zivilsachen unterliegenden Entscheide nach Massgabe von Art. 72 BGG, mithin auch Entscheide in Schuldbetreibungs- und Konkursachen (z.B. Rechtsöffnungsentscheide) sowie öffentlich-rechtliche Entscheide, die in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht stehen (Urteil 4A.161/2007 vom 18. Juli 2007, E. 3 sowie BGE 134 III 520).

Die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der «Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung» gem. Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG, welcher ausnahmsweise eine volle Rechtskontrolle des Bundesgerichts trotz fehlendem Streitwerterfordernis ermöglicht, wird vom Bundesgericht erwartungsgemäss restriktiv ausgelegt (BGE 133 III 493 E. 1.1 S. 494 f.; BGE 134 III 115 E. 1.2. S. 117; BGE 134 III 267 E. 1.2 S. 269; Urteil 5A.241/2007 vom 9. August 2007, E. 3.1; Urteil 5A.315/2007 vom 13. Dezember 2007, E. 1.1; Urteil 5A.234/2008 vom 7. Juli 2008, E. 1.1).

Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung wurde bejaht in Fällen, in welchen die Frage vom Bundesgericht noch nie beurteilt worden ist, die Meinungen in der Lehre geteilt sind, die kantonalen Praxen differieren und ein Interesse an einer einheitlichen Anwendung und Auslegung des Bundesrechts besteht. Dieses Interesse wurde bejaht hinsichtlich der Klärung einer Zustän-

---

<sup>47</sup> Vgl. dazu HUNKELER, a.a.O., S. 908.

digkeitsfrage (BGE 133 III 645 E. 2 S. 647), hinsichtlich der Frage, ob die für den Entscheid über die Beiträge zuständige BVG-Auffangeinrichtung den Rechtsvorschlag des Schuldner gegen den Zahlungsbefehl aufheben kann (BGE 134 III 115 E. 1.2 S.117 f.), hinsichtlich einer Rechtsfrage, die infolge der Streitwertgrenze kaum jemals dem Bundesgericht unterbreitet werden könnte (BGE 134 III 267 E. 1.2.3 S. 270 f.) sowie hinsichtlich einer Rechtsfrage, die vom Bundesgericht unterschiedlich beantwortet wurde, so dass unklar ist, was gilt (BGE 134 III 354 E. 1.3 ff. S. 356 ff.).

## **2. Allgemeines Vollstreckungsrecht**

Zahlt ein Schuldner direkt beim Betreibungsamt eine in Betreuung gesetzte Forderung inkl. Kosten, so führt dies zwar zu deren Erlöschen gem. Art. 8a Abs. 3 und 4 SchKG, nicht jedoch zu deren Löschung im Betreibungsregister. Auch wenn dies unbefriedigend erscheinen mag, verhindert die Bezahlung der Betreuungsforderung allein die Einsehbarkeit der Betreuung im Betreibungsregister nicht. Es bedarf auch in solchen Fällen eines (nachträglichen) Rückzugs der Betreuung durch den Gläubiger (Urteil 7B.224/2006 vom 22. Februar 2007, publ. in: Pra. 2007 Nr. 72). Jedem Schuldner ist daher weiterhin zu empfehlen, wenn immer möglich vom Gläubiger vor der Bezahlung das schriftliche Einverständnis einzuholen, dass er im Falle der Bezahlung seine Betreuung zurückzieht bzw. dass seine Betreuung diesfalls als zurückgezogen gilt. Nach erfolgter Bezahlung wird eine solche Zustimmung regelmässig schwieriger erhältlich sein.

## **3. Einleitungsverfahren**

Die Umleitung der Post einer juristischen Person an eine andere führt nicht dazu, dass letztere die Domizilhalterin der ersten wird. Weder ein Vertreter der Postempfängerin, noch ersatzweise eine Mitarbeiterin derselben darf deshalb einen Zahlungsbefehl entgegennehmen. Geschieht dies trotzdem, so ist die Zustellung gültig, wenn in der Folge trotz der fehlerhaften Zustellung die Betriebene dennoch Kenntnis von Zahlungsbefehl erlangt (Urteil 5A.215/2007 vom 2. Oktober 2007).

Wird einem Schuldner eine Aufforderung zur Abholung einer Betreuungsurkunde zugestellt, so stellt dies noch keine Zustellung dar. Eine solche erfolgt erst mit der Übergabe der Urkunde. Der Schuldner ist in der Folge auch nicht zur Abholung des Zahlungsbefehls verpflichtet, denn eine Abholungseinladung geht nicht über die Mitteilung hinaus, dass auf dem Amt ein ausgefertigter, zustellbereiter Zahlungsbefehl vorliegt. Eine Zustellung derselben obliegt dem Betreibungsamt, und eine Abholungseinladung stellt keine anfechtbare

Verfügung gemäss Art. 17 SchKG dar (Urteil 5A.268/2007 vom 16. August 2007).

Das Konkursbegehren muss dem Betreuungsschuldner oder der bevollmächtigten Person tatsächlich zugestellt werden. Nimmt das Betreibungsamt für einen zweiten Zustellversuch die Dienste der Firma ExpressPost AG (heute PostLogistics AG) in Anspruch, so kann es nicht mehr Kosten erheben, als diejenigen, welche die Gebührenverordnung festlegt. Allfällige Mehrkosten darf es nicht den Parteien auferlegen – sie sind vom Staat zu tragen (Urteil 7B.1/2007 vom 26. April 2007 = BISchK 2007, S. 183, mit kritischer Anmerkung von VONDER MÜHLL).

#### **4. Rechtsöffnung und Aberkennungsklage**

Die Nichtigkeit eines Entscheides ist jederzeit und von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen zu beachten. Sie kann auch erst im Rechtsmittelverfahren und selbst noch im Rechtsöffnungsverfahren geltend gemacht werden. In BGE 133 II 366 (publ. in: JdT 2007 II 54; Pra 2007 Nr. 128) hatte das Bundesgericht jedoch festgehalten, dass eine trotz Verjährung vorgenommene Steuerveranlagung nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sei. Deshalb war im beurteilten Fall die fehlerhafte Veranlagungsverfügung in Rechtskraft erwachsen und konnte als definitiver Rechtsöffnungstitel dienen.

Im BGE 134 III 656 hielt das Bundesgericht fest, dass definitive Rechtsöffnung (auch) aufgrund eines Urteils gewährt werden kann, in dem die Aberkennungsklage abgewiesen wurde, die der Betriebene im Zuge einer früheren (und nunmehr verwirkten) Betreuung bezüglich derselben Forderung angehoben hatte. Das Gericht stellte klar, dass eine Aberkennungsklage trotz ihrer Natur als negative Feststellungsklage über die jeweilige Betreuung materielle Rechtswirkungen entfaltet. Daher konnte in casu ein solcher Entscheid als definitiver Rechtsöffnungstitel in einer späteren Betreuung für noch offene Zinsforderungen einer früher durch Aberkennungsurteil festgestellten verzinslichen Darlehensschuld dienen.

Die für den Entscheid über die Beiträge zuständige Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge kann den Rechtsvorschlag des Schuldners gegen den Zahlungsbefehl aufheben. Fällt die Auffangeinrichtung den Entscheid in der Sache nach Einleitung der Betreuung und erteilt sie selbst definitive Rechtsöffnung gegen den Rechtsvorschlag des Arbeitgebers, so muss sie anschliessend das Fortsetzungsbegehren stellen (BGE 134 III 115, publ. in: SJ 2008 I 217).

In BGE 133 III 645 hatte das Bundesgericht klargestellt, dass auch Aberkennungsklagen mit Streitigkeiten aus der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen bei der Schlichtungsbehörde in Mietsachen anhängig zu machen sind.

## 5. Pfändung und Verwertung

Die Invalidenrente der obligatorischen Unfallversicherung (Art. 18 UVG) ist beschränkt pfändbar. Die AHV-Rente, welche unpfändbar ist, wird zur UVG-Rente hinzugerechnet, um die pfändbare Quote zu bestimmen (BGE 134 III 182).

Beschwerde gegen eine Schätzung – Begehren um neue Schätzung. Die Beschwerde gilt den für die Schätzung berücksichtigenden Kriterien (Art. 9 Abs. 1 VZG), das Begehren um neue Schätzung gilt dem Schätzungswert selbst (Art. 9 Abs. 2 VZG; vgl. BGE 133 III 537).

Die Einkommenssteuern sind keine Verwertungskosten gemäss Art. 144 Abs. 3 SchKG; daher kann man sie auch nicht vom Bruttoerlös der Pfändung abziehen, bevor die Verteilung an die Betreuungsgläubiger stattfindet (BGE 134 III 37).

## 6. Sanierung und Konkurs von Privatpersonen<sup>48</sup>

### a) *Unentgeltliche Rechtspflege bei der Konkurseröffnung auf eigenes Begehren*

Zu entscheiden war in BGE 133 III 614, ob ein Konkursverfahren auch dann durchgeführt werden kann, wenn keine Aussicht darauf besteht, dass den Gläubigern ein gewisser Erlös aus der Verwertung (Dividende) zufällt, ob mithin ein Schuldner, der nicht genügend Aktiven hat, um selber die Durchführung des Konkurses zu bestreiten, einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege im Konkursverfahren hat.

Das Bundesgericht stellte im beurteilten Fall klar, dass der Konkurs (in casu: Privatkonkurs) nicht ein Sanierungsinstrument des Schuldners darstellt, sondern grundlegend den Interessen der Gläubiger dient. Das Konkursverfahren kann daher nicht Selbstzweck sein und dem Schuldner ermöglichen, die hängigen Betreibungen und Pfändungen abzuschütteln, den Gläubigern Konkursverlustscheine auszustellen und inskünftig neuen Betreibungen die Einrede des mangelnden neuen Vermögens (gem. Art. 265a SchKG) entgegenzusetzen. Wenn ein Schuldner nicht über die nötigen Mittel verfügt, um die Kosten des Konkursverfahrens zu decken, so kann der Konkurs (in casu: Privatkonkurs) nicht durchgeführt werden und ist dem Schuldner die unentgeltliche Rechtspflege nicht zu gewähren, da das Konkursverfahren gem. Art. 230 Abs.

---

<sup>48</sup> Die Katalogisierung und die Auswahl der Entscheidungen zu diesem Unterkapitel folgt wesentlich derjenigen von DOMINIK GASSER anlässlich dessen Referates, gehalten an der SchKG-Tagung vom 30. Oktober 2008 im Grand Casino, Luzern. Dort wurden auch wesentliche Ausführungen zu den jeweiligen Entscheidungen entnommen; vgl. darüber hinaus etwa WALTHER, a.a.O., S. 394 ff.



1 SchKG ohnehin mangels Aktiven wieder einzustellen wäre. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege könnte höchstens (ausnahmsweise) ein Schuldner beanspruchen, der zwar über genügend Mittel für die Durchführung eines Konkurses verfügt, jedoch über zu wenig Liquidität zur Zahlung des Kostenvorschusses, so dass ihm in der ersten Phase die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wird und der von ihm bezogene Betrag später über den Verwertungserlös dem Staat zurückerstattet werden kann.

Im Ergebnis ist dem bundesgerichtlichen Entscheid zuzustimmen.<sup>49</sup> Offen gelassen hat das Bundesgericht die Frage, in welchem Umfang verwertbares Vermögen vorliegen muss. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 230 Abs. 1 SchKG eine Einstellung des Konkurses mangels Aktiven vorschreibt für den Fall, dass die Konkursmasse «voraussichtlich nicht ausreicht, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken», dass mithin bei wortgetreuer Auslegung dieser Bestimmung ein Konkurs auch durchzuführen wäre, wenn die vorhandenen Aktiven exakt zur Deckung aller Kosten ausreichen, darüber hinaus aber gerade keinerlei Verwertungserlös für die Gläubiger verbleibt (sondern an die Gläubigern für die volle Höhe der Forderung ein Konkursverlustschein ausgestellt werden müsste). Das Gesetz schreibt für den Konkurs keine Minimaldividende vor, was das Bundesgericht für den gerichtlichen Nachlassvertrag mehrfach bestätigt hat.<sup>50</sup> Von daher kann mit dem bundesgerichtlichen Entscheid höchstens eine Minimaldividende für die Gläubiger gefordert werden. Die Aussicht, dass die Verfahrenskosten aus den vorhandenen Aktiven voraussichtlich gedeckt werden können und möglicherweise für die Gläubiger noch ein minimaler Erlös verbleibt, muss daher in jedem Fall genügen.<sup>51</sup>

b) *Einrede des mangelnden neuen Vermögens bei Vorliegen einer Verrechnungslage?*

In BGE 133 III 620 war der Fall zu beurteilen, in welchem ein ehemaliger Konkursit eine nach Konkurseröffnung entstandene Forderung gegen seinen Schuldner einklagte und dieser die Einrede erhob, er verrechne die eingeklagte Schuld mit der von ihm nach Konkurseröffnung zessionsweise erworbenen Verlustscheinforderung gegen den ehemaligen Konkursiten (Art. 124 OR). Der ehemalige Konkursit bestritt das Verrechnungsrecht seines Schuldners mit der Begründung, er selber sei nicht zu neuem Vermögen gekommen, weshalb sein Schuldner die durch Verlustschein beurkundete Forderung nicht

---

<sup>49</sup> So auch GASSER, a.a.O., S. 4 und WALTHER, a.a.O., S. 398.

<sup>50</sup> Vgl. etwa BGE 5P.164/2003, E. 4.3.

<sup>51</sup> In diesem Sinne auch GASSER, a.a.O. S. 4, Ziff. 7, vgl. ferner WALTHER, a.a.O., S. 398: «kein all zu strenger Masstab anzulegen».

geltend machen könne, weder durch Betreibung noch anderswie (durch Verrechnung).

Es standen der Streitsache zwei Thesen zur Rechtsnatur der Einrede des mangelnden neuen Vermögens entgegen. Nach der einen These ist die Einrede rein betreibungsrechtlich, weshalb sie nur in einer Betreibung für eine Verlustscheinsforderung erhoben werden kann. Nach der anderen These von der materiellen Natur der Einrede des mangelnden neuen Vermögens lastet die Einrede auf der Altforderung in allgemeiner Weise d.h. sie kann grundlegend geltend gemacht werden (insbesondere auch bei einer Verrechnungseinrede der Gegenpartei).

Das Bundesgericht entschied sich für die materiell-rechtliche Natur der Einrede, mit der Begründung, der Schutzzweck von Art. 265 SchKG habe umfassende (eben materiell-rechtliche) Geltung, ansonsten die Sanierungswirkung des Konkurses gefährdet sei; dem Schuldner solle in wirksamer Weise ein Neubeginn ermöglicht werden (BGE 133 III 620 E. 4.5 S. 628). Verfahrensmässig entstehen gemäss dem Bundesgericht keine Komplikationen: Der jeweilige Sachrichter könne die Einrede prüfen (wie jede andere Einrede grundsätzlich auch), weshalb es nicht nötig sei „den Forderungsprozess zu sistieren (wie ein Teil der Lehre meine); es gelte der allgemein prozessrechtliche Grundsatz «le judge de l'action est le judge de l'exécution».<sup>52</sup>

Dem Entscheid ist im Ergebnis m.E. zuzustimmen. Für den Schuldner kann es letztlich keine Rolle spielen, ob ihm der wirtschaftliche Wiederaufbau ermöglicht wird, indem er gegenüber einer neuen Betreibung die Einrede des mangelnden neuen Vermögens erhebt, oder indem er eine neue (eigene) Forderung ohne die Verrechnungseinrede aus einem früheren Verlustschein realisieren kann. Wollte man anders entscheiden und die Verrechnung mit einer durch Verlustschein beurkundeten Forderung gegenüber einer neuen Forderung des Konkursiten zulassen, könnte der Handel mit Verlustscheinen neue (ungeahnte) Blüten treiben und damit den Art. 265 SchKG seines Sinngehaltes entleeren.<sup>53</sup> Immerhin hätte man sich auch überlegen können, ob man die Rechtslage danach hätte beurteilen wollen, ob der verrechnende Schuldner ein originärer Verlustscheinsgläubiger ist oder nicht, und ihm nur im ersteren Fall ein Verrechnungsrecht zugestehen (vergleichbar der Rechtslage bei der Frage der Verrechenbarkeit von Verbindlichkeiten von Personalvorsorgeeinrichtungen mit eigenen Forderungen (z.B. aus Darlehen) gegenüber den Destinatären).<sup>54</sup> Indem sich das Bundesgericht im beurteilten Fall jedoch für

---

<sup>52</sup> GASSER, a.a.O., S. 6, Ziff. 5.

<sup>53</sup> Weniger streng und für eine gewisse Differenzierung eintretend: GASSER, a.a.O., S. 6, Ziff. 5.

<sup>54</sup> Vgl. dazu etwa RIEMER, Die Verrechnungseinrede der Personalvorsorgestiftung gegenüber Forderungen ihrer Destinatäre, in: SJZ 1979 S. 344 f.

eine umfassende Geltung der materiellen Natur der Einrede des mangelnden neuen Vermögens ausgesprochen hat, besteht für solche Überlegungen grundsätzlich kaum mehr Raum.

## 7. Kollokationen

In BGE 133 III 377 (publ. in: Pra 2008 Nr. 17; SJ 2007 I 443 ff.) hielt das Bundesgericht fest, dass Streitigkeiten aus Arbeitsverhältnissen keine dringlichen Fälle i.S.v. Art. 207 SchKG sind. Sie sind somit wie andere im Prozess liegende Passivansprüche gegen die Konkursmasse einstweilen nur pro memoria im Kollokationsplan einzutragen (Art. 63 KOV), bis Klarheit darüber besteht, ob die Konkursmasse oder einzelne Abtretungsgläubiger den Prozess fortsetzen oder nicht.<sup>55</sup>

In BGE 133 III 386 entschied das Bundesgericht, dass im Kollokationsverfahren eines schweizerischen Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung die Liquidatoren über die Anerkennung der Forderungen entscheiden und die Vormerkung streitiger Forderungen im Kollokationsplan (Art. 63 KOV) bei einem hängigen Prozess in Belgien ausser Betracht falle. Das Bundesgericht betrieb in diesem Entscheid «Heimatschutz» und zwang die belgische Gläubigerin (Sabena) dazu, trotz Hängigkeit eines Forderungsprozesses in Belgien gegen eine abwesende Kollokationsverfügung der schweizerischen Liquidatoren in der Schweiz Kollokationsklage einzureichen (auch auf die Gefahr hin, dass der schweizerische Kollokationsrichter anders entscheidet als später der belgische Richter). Die Frage, ob die Kollokationsklage gemäss Art. 250 SchKG vom Anwendungsbereich des LugÜ erfasst ist, liess das Bundesgericht offen.

## 8. Sonstiges Konkursrecht

In BGE 134 III 417 hielt das Bundesgericht fest, dass die Sitzverlegung einer im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft nur dann zu einer Änderung der örtlichen Zuständigkeit des Konkursrichters führt, wenn der bisherige Sitz im Zeitpunkt der Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung im Handelsregister gelöscht worden ist. Massgebend ist dabei das Datum des Tagebucheintrages der Löschung, und nicht die Uhrzeit der Einschreibung (zumal die Uhrzeit einer Eintragung im Handelsregister nicht festgehalten wird). Der Richter, der im Zeitpunkt der Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung an den Schuldner örtlich zuständig ist, bleibt dies daher auch dann, wenn der Schuldner in der Folge sein Domizil wechselt (sog. perpetuatio fori; vgl. auch BGE 121 III 13 E. 1b S. 14).

---

<sup>55</sup> Vgl. dazu ausführlicher WALTHER, a.a.O., S. 396 f.

Die Kosten, welche der Schuldner gemäss Art. 172 Ziff. 3 SchKG getilgt haben muss, um vor der Oberinstanz die Aufhebung des erstinstanzlichen Konkursurteils zu erlangen, können auch die Entschädigung des Gläubigers für die Konkursverhandlung umfassen (Parteientschädigung; BGE 133 III 687, publ. in: JdT 2007 II 62).

Das summarische Konkursverfahren ist einfach, rasch und weitgehend formfrei. Will die Konkursverwaltung Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert oder Grundstücke freihändig verkaufen, so muss sie den Gläubigern Gelegenheit zur Einreichung von höheren Angeboten einräumen. Sonst steht es im Ermessen des Konkursamtes, ob es allen Gläubigern Gelegenheit bieten will, Offerten einzureichen, bevor es freihändig verkauft. Nur schwerwiegende Mängelrechte rechtfertigen, einen Freihandverkauf aufzuheben. Das Konkursamt überschreitet sein Ermessen nicht, wenn es ein erst nach der Einreichungsfrist unterbreitetes, bedeutend höheres Angebot berücksichtigt und den tieferbietenden Offerenten die Gelegenheit einräumt, ihr Angebot nochmals zu erhöhen. Das Konkursamt kann auch einen bereits bewilligten Freihandverkauf absagen und dafür eine öffentliche Versteigerung ansetzen (Urteil 7B.10/2006 vom 10. März 2006).

Der Abtretung oder dem Angebot zur Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse muss unter Nichtigkeitsfolge ein Beschluss der Masse über den Verzicht auf eigene Geltendmachung vorangehen. Die Gläubiger müssen Gelegenheit erhalten, dazu Stellung zu nehmen, selbst wenn der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt wird. Dies gilt auch für den Beschluss, den Prozess über strittige Forderungen zur Zeit der Konkurseröffnung im Sinne von Art. 63 KOV fortzuführen (BGE 134 III 75, publ. in: SJ 2008 I S. 161).

## **9. Arrest/Retentionsrecht des Vermieters**

Der Entscheid über ein Arrestbegehren ist eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 98 BGG (BGE 133 III 589, publ. in: JdT 2007 II 48).

Das Retentionsrecht des Vermieters von Geschäftsräumen gilt – auch im Konkurs des Mieters – ebenfalls für den Verzugszins auf den gesicherten Mietzinsen (Urteil 5C.97/2006 vom 30. Juni 2006, BLSchK 2007, S. 54).

## **10. Paulianische Anfechtung**

An der letzten Veranstaltung hatten wir ausführlich über ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2006 berichtet, wonach beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung das Recht zur Anfechtung von Rechtshandlungen nach Ablauf von zwei Jahren nach Bestätigung des

Nachlassvertrages verwirkt.<sup>56</sup> Gleichzeitig hatten wir auf verschiedene weitere kantonale Urteile zu dieser Frage hingewiesen sowie darauf, dass demnächst das Bundesgericht entscheiden werde. Das Bundesgericht hat die Frage zwischenzeitlich entschieden, und zwar gleich wie das Handelsgericht des Kantons Zürich (BGE 134 III 273).<sup>57</sup> Die Auffassung, wonach bereits die richterliche Bewilligung der Nachlassstundung die Anfechtungsfrist auslöse (und der Sachwalter daher unter Umständen bereits während der Nachlassstundung fristwahrende Schritte zu unternehmen habe), wurde vom Bundesgericht klar verworfen. Das Bundesgericht stellte mit einlässlicher Begründung klar, dass erst die Rechtskraft des richterlichen Bestätigungsentscheids über den Nachlassvertrag (der sogenannte Homologationsentscheid) den Fristenlauf auslöse.

Im Entscheid «Swissair/ZKB» hatte sich das Bundesgericht überdies einlässlich mit der Frage zu befassen, ob die ZKB Darlehensrückzahlungen, welche eine gewisse Zeit vor dem «Groundig» der «Swissair» zu Gunsten der Bank vorgenommen worden waren, von dieser zurückzubezahlen seien (BGE 134 III 452). Die Frage bejahte das Bundesgericht, welches sich dabei insbesondere mit dem (subjektiven) Element der Schädigungsabsicht des Schuldners und deren Erkennbarkeit durch den begünstigten Gläubiger im Sinne von Art. 288 SchKG zu befassen hatte (sowie mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Sanierungsbemühungen des Schuldners die Anfechtbarkeit von Zahlungen ausschliessen). Im Einzelnen:<sup>58</sup>

Die Frage, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen Sanierungsbemühungen des Schuldners die Anfechtbarkeit von Zahlungen oder von anderen Leistungen ausschliesst, wird kontrovers diskutiert. Das HGer ZH hatte im genannten Fall der «Swissair» betreffend eine Darlehensrückzahlung die Auffassung vertreten, dass die Anfechtbarkeit erst gegeben sei, wenn der Schuldner erkenne bzw. erkennen müsse, dass die Sanierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr möglich sei, sondern das Fallieren unmittelbar bevorstehe und somit nur noch die Liquidation übrig bleibe. Nach dieser Auffassung wäre für den Eintritt der Liquidationsphase der Verlust der Going-Concern Prämisse entscheidend und zwar verstanden als Zeitpunkt, ab dem aus objektiver Sicht der Konkurs ernsthaft droht oder gar unabwendbar ist, eine Sanierung mithin unrealistisch erscheinen muss und die Umstellung auf

---

<sup>56</sup> HUNKELER, a.a.O., S. 917 ff., unter Hinweis auf HG 050388.

<sup>57</sup> Vgl. dazu HUNKELER, Und sie beginnt doch mit der Nachlassliquidation..., Jusletter vom 11. Februar 2008.

<sup>58</sup> UMBACH-SPAHN, Komm. zu Art. 288 SchKG, in: Kurzkomentar SchKG, Hunkeler Daniel (Hrsg.), Basel 2009 (vgl. dazu auch unter IV. hiernach). Die nachfolgenden Ausführungen stellen eine Zusammenfassung dieser Kommentierung von UMBACH-SPAHN dar.

Liquidationswerte zu erfolgen hat (HGer ZH, 10.1.2007, ZR 2007 Nr. 22, aufgehoben durch BGE 134 III 452).

Dieser Auffassung ist das Bundesgericht nicht gefolgt. Es hat im genannten Entscheid mit Bezug auf die frühere Rechtsprechung ausgeführt, es sei nicht Zweck der Anfechtungsklage zu verhindern, dass einem bedrängten Schuldner durch Gewährung von Zahlungsmitteln geholfen wird.<sup>59</sup> Mit Bezug auf die Schädigungsabsicht und die Erkennbarkeit derselben sei aber bei Sanierungsdarlehen was folgt zu berücksichtigen: Die Tatsache, dass sich ein Schuldner in wirtschaftlichen Schwierigkeiten um eine Sanierung bemühe, schliesse weder Schädigungsabsicht noch Erkennbarkeit derselben aus. Vorausgesetzt sei vielmehr, dass die Sanierungsbemühungen als Erfolg versprechend erschienen und dass das Darlehen, dessen Rückzahlung angefochten werde, zum Zweck der Sanierung und damit im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt worden sei. Im Zeitpunkt der Darlehensgewährung müssten somit berechnete, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen gegeben sein. Diesfalls dürfe die Frage nach einer Schädigungsabsicht und der Erkennbarkeit derselben nicht isoliert mit Bezug auf die Darlehensrückzahlung gestellt werden. Aufnahme und Rückzahlung des Darlehens seien vielmehr als Einheit zu würdigen.<sup>60</sup>

## 11. Nachlassvertrag

Die nachfolgenden beiden Entscheide hatten wir bereits in anderem Zusammenhang erwähnt. Daher nur noch kurz:

Im in der Schweiz durchgeführten Nachlassvertrag entscheiden die Liquidatoren über die Anerkennung der Forderungen (Art. 245 SchKG). Streitige Forderungen, über die im Ausland ein Prozess geführt wird, können im Kollokationsplan nicht vorgemerkt werden (BGE 133 III 386, publ. in: JdT 2007 II 40).

Im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung verwirkt das Recht zur Anfechtung von Rechtshandlungen (paulianische Anfechtungsklage) in zwei Jahren, nachdem der Nachlassvertrag bestätigt worden ist (BGE 134 III 273).

## IV. Internationale Entwicklungen

Anders als in anderen Jahren, wo über grundlegende neuere Entwicklungen berichtet werden konnte, gibt es im Rahmen einer Kurzberichterstattung für

---

<sup>59</sup> BGE, a.a.O., E. 5.3.

<sup>60</sup> BGE, a.a.O., E. 5.3.

diese Berichtsperiode nichts grundlegend Neues zu berichten. Erwähenswert sind in diesem Zusammenhang immerhin die in den Jahren 2007 und 2008 erfolgten verschiedenen Sitzungen der Working Group Nr. 5 der UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), welche sich mit dem Insolvenzrecht befasst. Diese Gruppe befasste sich insbes. mit Fragestellungen im Zusammenhang mit Gruppen- und Konzernkonkursen.<sup>61</sup>

## **V. Literatur (Auswahl)**

**ADAM PHILIPP, BOESCH REINHARD, PICCIRILLI FERNANDO, SCHOBER ROGER, EUGSTER LUZIUS**

Kommentar SchKG/Gebühren-Verordnung (Gebührenverordnung), Wädenswil 2008.

**AUDÉTAT THOMAS**

Die Internationale Forderungspfändung nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 2007.

**BAUER THOMAS**

Der ausserordentliche Konkursverwalter – Totengräber oder Geburtshelfer?, in: BLSchK 2007, S. 41 ff.

**BERSHEDA VUCUROVIC TETIANA**

Civil liability of company directors and creditor protection in the vicinity of insolvency: comparative analysis based on the Swiss and English legal systems, Diss. Freiburg, Zürich 2007.

**BRAND EDUARD**

Die betriebsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken im Pfandverwertungsverfahren, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2008.

**BRUNNER NORBERT**

Der Betreibungs- und Konkursbeamte im Spannungsfeld zwischen Gläubiger, Schuldner und Aufsichtsbehörde, in: BLSchK 2008, S. 81 ff.

**DALLA TORRE LUCA**

Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse, Diss. Bern 2007.

**DE COULON YVES**

La préservation de l'entreprise du failli et sa vente d'urgence, in: BLSchK 2008, S. 205 ff.

---

<sup>61</sup> Vgl. <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working\\_groups/5Insolvency.html#1995-1999:%20Insolvency%20law](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/5Insolvency.html#1995-1999:%20Insolvency%20law)> (besucht am 7. September 2009).

**DENYS CHRISTIAN**

Cédule hypothécaire et mainlevée, JdT 156/2008, S.3 ff.

**FREUNDLER ALEXANDRE**

La faillite de l'employeur, JdT 156/2008, S. 49 ff.

**GABUS PIERRE**

Confiscation et saisie d'un bien culturel, SJ 130/2008 II, S.228.

**HOLZHAUSER GUIDO, SUTTER CAROLINE**

Debt recovery in Europe, Basel 2007.

**HUBER UELI**

Zurich Cantonal Bank ordered to return SAirGroup loan repayment, International Law Office, Newsletter 28. November 2008 (www.internationallawoffice.com).

**HUNKELER DANIEL (Hrsg.)**

Kurzkommentar zum Schuldbetriebs- und Konkursgesetz, Basel 2009 (46 Autoren, rund 1600 Seiten).

**HUNKELER DANIEL**

Paulianische Anfechtung vor Bundesgericht, in: Handelszeitung 8.–14. Oktober 2008.

**HUNKELER DANIEL**

Absichtspauliana – Anforderungen an die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht, in: Jusletter vom 25. August 2008.

**HUNKELER DANIEL**

Und sie beginnt doch mit der Nachlassliquidation.... in: Jusletter vom 11. Februar 2008.

**HUNKELER DANIEL**

Schuldbetriebs- und Konkursrecht, in: Fellmann Walter/Poledna Thomas (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2007, Bern 2007.

**JUCKER PATRICIA**

Der internationale Gerichtsstand der schweizerischen paulianischen Anfechtungsklage, Diss. Zürich 2007.

**KRAUSKOPF FLORENCE**

La mainlevée provisoire: quelques jurisprudences récentes, JdT 156/2008, S. 23 ff.

**LORANDI FRANCO**

Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, in: AJP 11 (2008), S. 1378-1395.



**LORANDI FRANCO**

Handlungsspielraum ausländischer Insolvenzmassen in der Schweiz, in: AJP 5 (2008), S. 560-567.

**LORANDI FRANCO**

Abtretung gemäss Art. 260 SchKG bei Vergleich und im Prozess, in BISchK 2008, S. 41 ff.

**LORANDI FRANCO**

Besonderheiten der Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide kantonaler Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen, in: AJP 12 (2007), S. 433-450.

**LORANDI FRANCO**

Unzulässigkeit Insolvenzmassen übergreifender «Kettenabtretungen» gemäss Art. 206 SchKG, in: AJP 12 (2007), S. 305-310.

**MARCHAND SYLVAIN**

Poursuite pour dettes et faillite, Du palais de justice à la salle des ventes (quid iuris?), Zürich 2008.

**MARTIN RAPHAËL**

La surveillance en matière de poursuites et faillites: premières expériences et jurisprudences d'une nouvelle autorité, SJ 130/2008 II, S. 131.

**MEIER ISAAK, EXNER CHRISTIAN**

Verschärfung der Pflicht von Unternehmen zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens?, in: Breitschmid Peter /Portmann Wolfgang/Rey Heinz/Zobl Dieter (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, S. 193 ff.

**MEIER ISAAK**

Die dogmatische Situation des Vollstreckungsrechts aus der Sicht des schweizerischen Rechts, 1. Teil: Vollstreckungstitel sowie Zweck und Mittel der Zwangsvollstreckung, ZJP 121 (2008), S. 295-350; 2. Teil: Schuldnerschutz und Gläubigerkoordination, ZJP 121 (2008), S. 427-474.

**MUSTER ERIC**

Développements récents en matière de mainlevée de l'opposition, in: BISchK 2008, S. 1 ff.

**MUTTI CHRISTOPH**

Patente im Konkursverfahren – einige praktische Hinweise, in: BISchK 2005, S. 121 ff.

**PETER HANSJÖRG**

Das neue Bundesgerichtsgesetz und das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: BISchK 2007, S. 1 ff.

**PETER HANSJÖRG**

Le point sur le droit des poursuites et des faillites/Entwicklungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: SJZ 2007, S. 375 ff. und SJZ 2008, S. 268 ff.

**REISER HANS**

Kritik des Steuerarrestverfahrens, in: BLSchK 2007, S. 213 ff.

**SPÜHLER KARL, DOLGE ANNETTE**

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 4. Auflage, Zürich 2007.

**SPÜHLER KARL, GEHRI MYRIAM A.**

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 4. Auflage, Zürich 2008.

**STAEHELIN DANIEL**

Nutzniessung gemäss Art. 473 ZGB nach güterrechtlicher Begünstigung, Jusletter 27. August 2007.

**STAEHELIN DANIEL**

Unnötige Strenge bei der Wiederherstellung in der Schweizerischen ZPO [zusammen mit Adrian Staehelin], Jusletter 8. Oktober 2007.

**URSPRUNG RUDOLF**

Wie arbeitet das Bundesgericht?, in: BLSchK 2007, S. 125 ff.

**VAUTIER NICOLAS**

La faillite de la société en nom collectif et de la société en commandite, Diss. Lausanne 2008.

**VONDER MÜHLL GEORGES**

Betreibungsregisterauskünfte, in: BLSchK 2007, S. 169 ff.

**WALDER HANS ULRICH**

SchKG – Schuldbetreibung und Konkurs, 17. Auflage, Zürich 2007.

**WALTHER FRIDOLIN**

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Jahres 2007, ZBJV 2009, S. 386 ff.

**WALTHER FRIDOLIN**

Die neue Schweizer ZPO und das SchKG – Zehn praxisrelevante Neuerungen, SZP 4/2008, S. 417-424.

**WALTHER FRIDOLIN, LIERSCH OLIVER**

Geltung und Grenzen der deutsch-schweizerischen Staatsverträge auf dem Gebiet des Insolvenzrechts, ZInsO 2007, S. 582-585.