

WPP Konkursrecht (FS 2014)

Vorliegend handelt es sich ausschliesslich um Lösungsvorschläge. Für die Punkteverteilung wird auf die entsprechenden Korrekturschemata verwiesen.

Fall 1 Lösungsvorschlag

Frage 1

1. Allgemeines

Rita Müller ist als Einzelkauffrau i.S.v. Art. 934 OR tätig und damit ins Handelsregister eingetragen und als solche konkursfähig i.S.v. Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG. Gemäss Sachverhalt hat das Konkursgericht die Konkurseröffnung bereits ausgesprochen (Art. 171 SchKG). Die Abweisung des Konkursbegehrens nach Art. 172 SchKG oder die Aussetzung des Entscheids über den Konkurs nach Art. 173 und Art. 173a SchKG, etwa wegen Einreichung eines Gesuchs um Nachlass- bzw. Notstundung oder wegen des Bestehens von Anhaltspunkten für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages, fallen daher ausser Betracht. Aufzuzeigen sind somit die Handlungsmöglichkeiten von Rita Müller nach der Konkurseröffnung (ZPO-Beschwerde und Widerruf).

2. ZPO-Beschwerde

2.1. Allgemeine Voraussetzungen der ZPO-Beschwerde

Gemäss Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts über die Konkurseröffnung (Beschwerdeobjekt) mit Beschwerde nach Art. 319 lit. a i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO angefochten werden (Weiterziehung des Entscheids). Die Beschwerde ist innert 10 Tagen (Art. 174 Abs. 1 SchKG; Art. 321 Abs. 2 ZPO) ab der Zustellung des begründeten Entscheides (Art. 321 Abs. 1 ZPO) schriftlich und begründet beim oberen kantonalen Gericht als Beschwerdeinstanz (Art. 321 Abs. 1 ZPO; in casu das Obergericht Zürich nach § 48 GOG ZH) einzureichen. In casu wurde der Konkurs vor drei Tagen eröffnet, d.h. es ist noch möglich, den Entscheid des Konkurses mit Beschwerde anzufechten. Zur Beschwerde legitimiert ist Rita Müller als Konkursschuldnerin, d.h. als die Partei, die ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Konkurses hat. Mit Beschwerde können nach Art. 320 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Beschwerdegründe). Heisst das Obergericht die Beschwerde gut, wird der Konkurs aufgehoben.¹

2.2. Novenrecht

Im Unterschied zu Art. 326 Abs. 1 ZPO, wonach neue Tatsachen im Prinzip ausgeschlossen sind, können neue Tatsachen im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 326 Abs. 2 ZPO geltend gemacht werden.

¹ Zum Ganzen KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 36 Rz. 51 ff.; ROGER GIROUD, in: ADRIAN STAEHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAEHELIN (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, zit. BSK SchKG II-BEARBEITER, 2. A., Basel 2010, Art. 174 N 9 ff.

2.2.1. Unechte Noven

In erster Linie kann Rita Müller unbeschränkt neue Tatsachen geltend machen, wenn sie vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, aber dem Gericht nicht bekannt waren (Art. 174 Abs. 1 SchKG: unechte Noven).² Dabei hebt das Obergericht den Konkurs auf, ohne die Zahlungsfähigkeit von Rita Müller zu prüfen. In casu sind keine solchen unechten Noven ersichtlich.

2.2.2. Bestimmte echte Noven

Neben den unechten Noven sind echte Noven, d.h. neue Tatsachen, die nach dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, unter den Voraussetzungen des Art. 174 Abs. 2 SchKG ebenfalls zulässig.³

Dabei muss Rita Müller einerseits durch Urkunden beweisen, dass erst nach der Konkurseröffnung, aber innerhalb der Beschwerdefrist:

- a. die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist (Ziff. 1); nur die Forderung des Gläubigers, der das Konkursbegehren gestellt hat, und nicht alle offenen Forderungen muss beglichen werden, d.h. Rita Müller muss nur die Bank vollumfänglich (CHF 200'000.-) befriedigen; oder
- b. Rita Müller muss den geschuldeten Betrag beim Obergericht zuhanden der Bank hinterlegen (Ziff. 2); oder
- c. die Bank muss auf die Durchführung des Konkurses verzichten (Ziff. 3).

In casu ist der Vater von Rita Müller bereit, die offene Forderung der Bank auf Anrechnung an die Erbschaft zu begleichen. Stellt der Vater die Erbschaft tatsächlich Rita Müller zur Verfügung, sind ausreichend liquide Mittel vorhanden, mit denen die offene Forderung der Bank vollumfänglich befriedigt werden kann. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit müsste Rita Müller ihren Vater darauf hinweisen, dass er den Betrag so schnell wie möglich überweisen muss, damit sie innerhalb der zehntägigen Frist die schriftliche Bestätigung (Urkundenbeweis) der Bank erhält, dass die Forderung beglichen wurde.

Andererseits muss Rita Müller ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass Rita Müller zum Zeitpunkt der Behandlung der Beschwerde über sofortige, konkrete liquide Mittel verfügen muss, um die fälligen und unbestrittenen Forderungen zu begleichen. An das Vorliegen der Zahlungsfähigkeit dürfen keine strengen Anforderungen gestellt werden.⁴ Glaubhaftmachen bedeutet mehr als blosses Behaupten und weniger als striktes Beweisen; objektiv überprüfbar muss nämlich der Schluss erlaubt werden, es bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Sachdarstellung von Rita Müller zutrefte; dabei muss die Zahlungsfähigkeit wahrscheinlicher als die Zahlungsunfähigkeit erscheinen.⁵ Die Aufhebung des Konkurses liegt im Ermessensspielraum des Gerichts.⁶

Abgesehen von der möglichen finanziellen Hilfe ihres Vaters bringt Rita Müller zum Glaubhaftmachen ihrer Zahlungsfähigkeit folgende Argumente vor:

² Vgl. zu den unechten Noven nach Art. 174 Abs. 1 SchKG KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II., 6. A., Zürich/Basel/Genf 2014, § 3 Rz. 48.

³ Zu den echten Noven eingehend BSK SchKG II-GIROUD (Fn. 1), Art. 174 N 20 ff.

⁴ BSK SchKG II-GIROUD (Fn. 1), Art. 174 N 26.

⁵ BSK SchKG II-GIROUD (Fn. 1), Art. 174 N 26; SPÜHLER/DOLGE (Fn. 2), § 3 Rz. 49.

⁶ BSK SchKG II-GIROUD (Fn. 1), Art. 174 N 26.

a. Sie hat einen Prototyp eines „Müller E-Bikes“ mit dem bekannten, sehr umweltfreundlichen „Teller-Motor“ entwickelt, welchen sie in etwa drei Monaten serienmässig produzieren kann: Dieses Argument spricht eher dafür, dass Rita Müller zahlungsfähig und nur vorübergehend illiquid ist. Der gute Businessplan deutet nämlich darauf hin, dass sie sich ernsthaft bemüht, ihre ungünstige finanzielle Situation zu verhindern, und dass sie in absehbarer Zeit in der Lage sein wird, ihren laufenden Verpflichtungen nachzukommen und die bestehenden Schulden abzutragen. Ungewiss ist allerdings, inwieweit sie mit dem neuen Businessplan ihre finanzielle Situation tatsächlich verbessern wird, denn der Erfolg der neuen Produktion ist nicht gesichert und drei Monate bis zur serienmässigen Produktion ist eine relativ lange Zeit.

b. Zehn Kunden haben bereits eine Vorbestellung gemacht: Dieses Argument spricht ebenfalls dafür, dass Rita Müller zahlungsfähig ist, da bald mit Einkommen gerechnet werden kann. Aufgrund dieser Auftragsbestätigungen bestehen konkrete Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Situation von Rita Müller.

c. Bei Konkurs findet sie keine Stelle mehr als IT-Spezialistin: Dieses Argument ist für die Beurteilung der Zahlungsfähigkeit von Rita Müller nicht relevant. In der Praxis hat ein Konkurs nur selten zur Folge, dass der Schuldner später keine Stelle mehr finden kann.

d. Wenn das Geschäft nicht erfolgreich läuft, kann Rita Müller immer noch als IT-Spezialistin arbeiten und CHF 10'000.- pro Monat verdienen: IT-Spezialisten sind heutzutage tatsächlich sehr gesucht. Allerdings ist es fraglich, ob Rita Müller mit diesem Argument ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen kann, denn sie hat den Beruf der IT-Spezialistin seit zehn Jahren nicht mehr ausgeübt und es ist deshalb zweifelhaft, ob sie eine gut bezahlte Stelle finden wird. Ferner geht es bei der Prüfung der Zahlungsfähigkeit von Rita Müller nicht um das allfällige zukünftige Einkommen, sondern darum, dass bereits heute konkrete Möglichkeiten für die Beschaffung ausreichender Mittel bestehen.

Die Argumente können dafür oder dagegen sprechen, dass Rita Müller ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen wird. Argumente für die Zahlungsfähigkeit: Wenn der Vater CHF 200'000.- bezahlt, stellen die noch verbleibenden Schulden in Höhe von CHF 40'000.- unter Berücksichtigung aller Umstände, d.h. des guten Businessplans, der neuen Entwicklung und der baldigen serienmässigen Produktion sowie der Vorbestellungen keine allzu grosse Belastung mehr dar. Argumente gegen die Zahlungsfähigkeit: Es verbleiben doch noch zu umfangreiche Schulden, als dass sie mit diesen Argumenten ihre Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen könnte.

2.3. Fazit

Rita Müller ist zur Erhebung der Beschwerde gegen die Konkureröffnung legitimiert und die Frist ist noch nicht abgelaufen. Meines Erachtens hat Rita Müller mit der Beschwerde gute Aussichten auf Aufhebung des Konkurses, denn sie wird wahrscheinlich glaubhaft machen können, dass ihre Zahlungsunfähigkeit nur vorübergehend ist.

Sollte Rita Müller mit der Beschwerde keinen Erfolg haben, kann sie immer noch Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erheben (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). Dabei ist keine Streitwertgrenze erforderlich (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG). Es gilt eine eingeschränkte Kognition (Art. 95/97 BGG), d.h. Rita Müller kann mit der Beschwerde nur eine Gesetzesverletzung, etwa die falsche Anwendung des Art. 174 SchKG oder die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes rügen.

3. Widerruf des Konkurses

Neben der Beschwerde steht Rita Müller auch die Möglichkeit zur Verfügung, den Widerruf des Konkurses zu beantragen (Art. 195 SchKG). Der Widerruf setzt Veränderungen der Tatsachen voraus, welche die Weiterführung des Konkurses zwecklos machen. Namentlich kann das Konkursgericht den Konkurs widerrufen und Rita Müller das Verfügungsrecht über ihr Vermögen zurückgeben, wenn eine der nachfolgenden Voraussetzungen alternativ erfüllt ist (Art. 195 Abs. 1 SchKG): a. Rita Müller muss nachweisen, dass sämtliche Forderungen (Bank, Lieferungen, Zinsen, Kosten) getilgt sind (Ziff. 1), b. Rita Müller muss von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung vorlegen, dass dieser seine Konkurseingabe zurückzieht (Ziff. 2) oder c. ein Nachlassvertrag muss zustande gekommen sein (Ziff. 3).⁷

Gemäss Art. 195 Abs. 2 SchKG besteht die Möglichkeit zum Widerruf des Konkurses erst ab dem Zeitpunkt, ab dem die Eingabefrist abgelaufen ist. Die Eingabefrist läuft einen Monat nach der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung ab (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).⁸ Das heisst, dass Rita Müller den Widerruf des Konkurses frühestens einen Monat nach der öffentlichen Bekanntmachung der Konkurseröffnung bis zum Schluss des Konkursverfahrens beantragen kann. Der Widerruf des Konkurses ist insofern weniger geeignet im Vergleich zur Weiterziehung des Entscheids mit der Beschwerde, als er erst in einem späteren Zeitpunkt des Konkursverfahrens möglich ist. Scheitert jedoch die Beschwerde, bietet sich der Widerruf immerhin als eine zusätzliche Möglichkeit, den Konkurs zu stoppen.

Es sind die Voraussetzungen wie bei der Beschwerde entsprechend zu prüfen. In casu steht der Widerruf des Konkurses gemäss Sachverhalt eher nicht im Vordergrund, da die Voraussetzungen gemäss Sachverhalt nicht erfüllt sind: Rita Müller verfügt nicht über die Mittel, sämtliche Forderungen (Bank, Lieferungen, Zinsen, Kosten) zu bezahlen; es ist nicht ersichtlich, dass alle Gläubiger ihre Konkurseingabe zurückziehen würden; für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages gibt es keine Anhaltspunkte im Sachverhalt.

Sollte Rita Müller mit dem Widerruf keinen Erfolg haben, kann sie immer noch Beschwerde gemäss Art. 309 lit. b Ziff. 7 i.V.m. Art. 319 ff. ZPO sowie Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erheben.

Frage 2

Nach Art. 325 Abs. 1 ZPO hat die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Um den Konkurs sofort zu stoppen, sollte Rita Müller deshalb die Aufschiebung der Vollstreckung des angefochtenen Entscheids über die Konkurseröffnung bis zum Beschwerdeentscheid ausdrücklich beantragen (Art. 325 Abs. 2 Satz 1 ZPO; Art. 174 Abs. 3 SchKG).⁹ Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist dem Ermessen des Obergerichts anheimgestellt. Das Obergericht wird die Interessen von Rita Müller und der Gläubiger gegeneinander abwägen und die aufschiebende Wirkung insofern gewähren, als die Beschwerde eine sehr glaubwürdige, fundierte Basis und daher gute Aussichten auf Erfolg hat. Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat zur Folge, dass die Wirksamkeit der Konkurseröffnung und damit sämtliche Konkurswirkungen gehemmt werden, so dass das Konkursamt keine Zwangsvollstreckungsmassnahmen mehr vornehmen kann. Erteilt das Obergericht der

⁷ Zum Widerruf des Konkurses eingehend AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 39 Rz. 1 ff.

⁸ AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 39 Rz. 4; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER (Fn. 1), Art. 195 N 13.

⁹ Zur aufschiebenden Wirkung der Beschwerde BSK SchKG II-GIROUD (Fn. 1), Art. 174 N 29 ff.

Beschwerde aufschiebende Wirkung, so trifft es gleichzeitig die zum Schutz der Gläubiger notwendigen vorsorglichen Massnahmen (Art. 174 Abs. 3 SchKG; Art. 325 Abs. 2 Satz 2 ZPO), z.B. ein Güterverzeichnis i.S.v. Art. 162 SchKG. In casu ist es angesichts der eher geringen Erfolgschancen der Beschwerde von Rita Müller fraglich, ob das Obergericht der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilen wird.

Da Rita Müller den Widerruf des Konkurses frühestens einen Monat nach der Konkurseröffnung bis zum Schluss des Konkursverfahrens beantragen kann, liegt es nahe, dass eine sofortige Verhinderung des Konkurses bei einem Widerruf nicht möglich ist. Jedenfalls hat der Widerruf grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. In der Praxis wird dem Widerruf nur selten aufschiebende Wirkung gewährt, weil es regelmässig unrealistisch ist, dass die Voraussetzungen des Art. 195 SchKG erfüllt sind.

Fall 2: Lösungsvorschlag

1. Allgemeines

Aufgrund des Sachverhalts erfährt man, dass der Konkurs über Müller Bike mittlerweile eröffnet wurde. Weiter steht das folgende Rechtsgeschäft im Mittelpunkt: Die Aluminium AG und die Einzelfirma Müller Bike haben drei Monate vor Konkurseröffnung vereinbart, dass Rita Müller für die Rahmen neu den doppelten Kaufpreis zahlen muss. Die Aluminium AG hat die Rahmen bereits geliefert, der Kaufpreis wurde aber noch nicht bezahlt. Da im Sachverhalt keine anderweitige Vereinbarung erwähnt wird, ist davon auszugehen, dass der Kaufpreis mit Übergabe der Rahmen fällig wurde (Art. 213 Abs. 1 OR), selbst wenn die Parteien etwas anderes vereinbart hätten, hätte die Konkurseröffnung zur Fälligkeit der Forderung geführt (Art. 208 Abs. 1 SchKG). Die Müller Bike befindet sich im Zahlungsverzug. Anzumerken ist, dass die Aluminium AG vorliegend nur noch hätte vom Verträge zurücktreten können (Art. 214 Abs. 3 OR), wenn sie sich dieses Recht explizit vorbehalten hätte. Der Sachverhalt enthält keinen Hinweis auf eine entsprechende Vereinbarung. Selbst wenn ein solcher Vorbehalt gemacht worden wäre, geht aus dem Umstand, dass die Aluminium AG die Forderung im Konkurs eingegeben hat, hervor, dass sie kein Interesse an einem Rücktritt hatte.

2. Verfahrensart

Im Sachverhalt werden keine Angaben zur Verfahrensart gemacht. Zur Bestimmung der Verfahrensart ist das inventarisierte Vermögen massgebend¹. Gemäss Art. 231 SchKG findet das summarische Verfahren Anwendung, wenn das Konkursamt feststellt, dass die Kosten des ordentlichen Verfahrens aus dem Erlös des inventarisierten Vermögens voraussichtlich nicht gedeckt werden können (Art. 231 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) oder wenn die Verhältnisse einfach sind (Ziff. 2). Ob die Verhältnisse einfach sind, wird aus prozessökonomischer Sicht beurteilt. Sofern die Verhältnisse überblickbar sind, wenig Aktiven vorhanden sind und keine Prozesse hängig sind, kann von einfachen Verhältnissen die Rede sein². Dies kann insbesondere bei sog. Privatkonkursen, aber auch bei der Liquidation kleinerer Unternehmen zutreffen³. Dabei ist festzuhalten, dass das summarische Verfahren in der Praxis überwiegend zur Anwendung kommt⁴. I.c. handelt es sich bei Müller Bike um eine Einzelfirma. Deren inventarisiertes Vermögen beläuft sich auf zehn Velos und einer Werkstatteinrichtung im geschätzten Wert von CHF 100'000.–. Die Verhältnisse können aufgrund des geringen Geschäftsvolumens, aber auch mangels komplexer Fragen als überblickbar erachtet werden. Das summarische Verfahren nach Art. 231 SchKG kommt damit zur Anwendung.

¹ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 44 Rz. 17 ff.

² URS LUSTENBERGER, in: ADRIAN STAEHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAEHELIN (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159-352 SchKG, zit. BSK SchKG II-BEARBEITER, 2. A., Basel 2010, Art. 231 N 6.

³ AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 49 N 2.

⁴ BSK SchKG II-LUSTENBERGER (Fn. 2), Art. 231 N 6.

3. Erhaltung und Kollokation der Konkursforderungen; Anfechtungsmöglichkeiten

Im vorliegenden Fall wurde die Forderung der Aluminium AG von der Konkursverwaltung zugelassen. Es wurde damit ein Kollokationsplan erstellt. Da auch im summarischen Verfahren grundsätzlich die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens zur Anwendung gelangen (Art. 231 Abs. 3 SchKG), sind die Bestimmungen nach Art. 244 ff. SchKG über die Erhaltung der Konkursforderungen und Kollokation der Gläubiger massgebend.

Die eingegebenen Forderungen werden nach Ablauf der Frist von der Konkursverwaltung geprüft (Art. 244 SchKG). Die Konkursverwaltung prüft dabei grundsätzlich, ob die eingegebene Forderung überhaupt besteht, die Höhe der Forderung, den Rang und ob Sicherheiten dafür gegeben sind⁵. Dabei stellt sie primär auf die eingelegten Beweismittel (Schuldscheine, Buchauszüge etc.) ab; sie kann vom Gläubiger auch die Einreichung weiterer Belege verlangen⁶. Hervorzuheben ist, dass die Konkursverwaltung beim Entscheid über die Zulassung einer Forderung (vgl. Art. 245 SchKG) keine abschliessende zivilrechtliche Beurteilung vornimmt⁷.

Davon ausgehend stellt sich vorliegend die Frage, mit welchen Argumenten ein Kollokationsplan angefochten werden kann. Grundsätzlich gibt es zwei Anfechtungsmöglichkeiten. Einerseits kann die Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG erhoben werden. Im Rahmen dieser wird geltend gemacht, dass die Forderung in materieller Hinsicht nicht richtig kolloziert wurde. Andererseits können mittels der betreibungsrechtlichen Beschwerde nach Art. 17 SchKG formelle Fehler geltend gemacht werden.

4. Betreibungsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 SchKG

Nach Art. 17 Abs. 1 SchKG kann gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder Konkursamtes wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde an die Aufsichtsbehörde erhoben werden. Die betreibungsrechtliche Beschwerde dient also dazu, *Verfahrensfehler* geltend zu machen⁸. In casu wird darauf hingedeutet, dass die Konkursverwaltung die Forderung von CHF 60'000.– *ohne nähere Prüfung* zugelassen hat. Daher könnte die Bank mittels Beschwerde geltend machen, dass das Konkursamt die Forderung der Aluminium AG keiner zureichenden Prüfung unterzogen habe (vgl. zum Prüfungsverfahren 3.)⁹. Anfechtungsobjekt wäre der Kollokationsplan¹⁰.

Grundsätzlich ist jede Person, die durch die Verfügung des Vollstreckungsorgans in ihren rechtlich geschützten oder tatsächlichen Interessen betroffen ist, zur Erhebung der Beschwerde *legitimiert*¹¹. Zu diesem Kreis der Beschwerdeberechtigten gehören auch die am Vollstreckungsverfahren beteiligten Gläubiger¹². In casu wäre die Bank folglich legitimiert. Bei Gutheissung der Beschwerde muss die Konkursverwaltung die Forderung erneut einer Prüfung unterziehen und den Kollokationsplan neu auflegen. Gestützt auf eine lebensnahe

⁵ AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 46 N 8; THOMAS SPRECHER, in: DANIEL HUNKELER (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, zit. KuKo SchKG-BEARBEITER, 2.A., Basel 2014, Art. 245 N 3.

⁶ AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 46 N 8.

⁷ BSK SchKG-HIERHOLZER, Art. 245 N 2; KuKo SchKG-SPRECHER (Fn. 5), Art. 245 N 3; s. auch AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 46 N 46.

⁸ AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 6 N 10 m.w.H.

⁹ Vgl. hierzu AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 46 N 41 ff.

¹⁰ AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 46 N 38 ff.

¹¹ AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 6 N 24 m.w.H.

¹² AMONN/WALTHER (Fn. 1), § 6 N 27 und § 46 N 43; KuKo SchKG-SPRECHER (Fn. 5), Art. 244 N 33.

Auslegung des Sachverhalts kann davon ausgegangen werden, dass die Aluminium AG und die Bike Müller die Konditionen des Geschäfts schriftlich festgehalten haben. Sofern die Aluminium AG ihre Forderung also belegen kann, dürfte die Konkursverwaltung die Forderung auch bei näherer Prüfung zulassen.

5. Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG

5.1. Ausgangslage

Vorliegend ist zu prüfen, ob die Bank mittels der Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG gegen die Forderung von der Aluminium AG vorgehen kann. Bei der Kollokationsklage gibt es zwei verschiedene Varianten. Auf der Grundlage nach Art. 250 Abs. 1 SchKG kann ein Gläubiger geltend machen, dass seine Forderung ganz oder teilweise abgewiesen oder nicht im beanspruchten Rang zugelassen worden ist (sog. positive Kollokationsklage). Gestützt auf Art. 250 Abs. 2 SchKG wird demgegenüber die Zulassung eines anderen Gläubigers oder dessen Rang angefochten (sog. negativer Kollokationsprozess, Wegweisungsprozess oder Querkollokationsprozess¹³). Vorliegend kommt nur die *negative Kollokationsklage* in Betracht, da die Bank gegen die Forderung der Aluminium AG, also eines anderen Gläubigers, vorgehen möchte.

5.2. Frist zur Erhebung der Kollokationsklage

Die (negative) Kollokationsklage muss innerhalb von 20 Tagen nach der öffentlichen Auflage des Kollokationsplanes beim Gericht am Konkursort erhoben werden (Art. 250 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 SchKG).

5.3. Aktiv-/Passivlegitimation

Im negativen Kollokationsverfahren ist grundsätzlich jeder im Kollokationsplan zugelassene Gläubiger aktivlegitimiert. Mangels anderer Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Bank auch als Gläubigerin im Kollokationsplan zugelassen worden ist. Folglich ist sie aktivlegitimiert. Passivlegitimiert ist derjenige Gläubiger, dessen Forderung bestritten wird (vgl. Art. 250 Abs. 2 SchKG). Vorliegend wird die Forderung der Aluminium AG bestritten, d.h. die Klage ist gegen sie zu richten.

5.4. Rechtsschutzinteresse

Im Rahmen der negativen Kollokationsklage kann der Gläubiger insofern beschwert sein, als der Mitgläubiger durch die Konkursverfügung überhaupt, in zu starkem Masse oder in einem unberechtigt guten Rang zugelassen wird¹⁴. Vorliegend ist die Bank dadurch beschwert, dass die Aluminium AG durch die zu hohe Forderungssumme von CHF 60'000.– in zu starkem Masse zugelassen wird. Je höher die Forderungen der Mitgläubiger sind, desto weniger erhält die Bank. Das Rechtsschutzinteresse der Bank ist zu bejahen.

¹³ KuKo SchKG-SPRECHER (Fn. 5), Art. 250 N 18.

¹⁴ BSK SchKG-II HIERHOLZER (Fn. 2), Art. 250 N 55.

5.5. Zwischenfazit

Die Bank kann ihre Rügen mittels der negativen Kollokationsklage nach Art. 250 Abs. 2 SchKG vorbringen.

6. Argumente gegen die Zulassung der Forderung von der Aluminium AG

6.1. Anfechtbarkeit nach Art. 285 ff. SchKG

Drei Monate vor der Konkurseröffnung haben die Müller Bike und die Aluminium AG die Vertragsleistungen neu ausgehandelt. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Bank mit dem Argument, es handle sich um ein nach Art. 285 ff. SchKG anfechtbare Rechtshandlung, gegen die Forderung der Aluminium AG vorgehen kann. Im Erfolgsfall würde das dazu führen, dass das Rechtsgeschäft in zwangsvollstreckungsrechtlicher Hinsicht unbeachtlich ist und die Forderung im Umfange des angefochtenen Betrages nicht in den Konkurs eingegeben werden kann.

Im vorliegenden Fall geht es um die Anfechtung einer zugelassenen Forderung und es stellt sich daher die Frage, ob die Anfechtungsgründe im Rahmen der Kollokationsklage herangezogen werden können. Nach herrschender Ansicht ist das möglich. Geht es um die Feststellung der Passivmasse und hat die Konkursverwaltung die Forderung zugelassen, können Anfechtungsansprüche sogar nur noch mittels der Kollokationsklage geltend gemacht werden. Die Erhebung einer separaten Klage ist ausgeschlossen¹⁵.

Im nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob die Bank in ihrer Gläubigerstellung ohne weiteres zur Geltendmachung der Anfechtungsansprüche legitimiert ist. Nach Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG sind im Konkurs primär die Konkursverwaltung oder, nach Massgabe der Artikel 260 und 269 Abs. 2 SchKG, jeder einzelne Konkursgläubiger. Auf der Grundlage dieser Bestimmungen scheint eine Abtretung der Ansprüche nach Art. 260 SchKG erforderlich zu sein. Nach herrschender Ansicht in der Literatur können die Anfechtungsansprüche aber zur Begründung der Kollokationsklage gestützt auf das Gesetz ohne vorgängige Abtretung herangezogen werden¹⁶. Die Bank kann folglich die Anfechtungsansprüche im Rahmen der Kollokationsklage geltend machen.

Gemäss Art. 285 Abs. 1 SchKG sollen mit der Anfechtung „Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Artikeln 286-288 entzogen worden sind“. In der Zwangsvollstreckung gilt einerseits der Grundsatz, dass der Schuldner den Gläubigern sein Vermögen zur Verfügung zu stellen hat, andererseits gilt der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Vermögenswerte, die auf Rechtshandlungen basieren, die nicht im Einklang mit diesen Grundsätzen stehen, können der Zwangsvollstreckung zugeführt werden. Mit der steigenden Wahrscheinlichkeit, dass der Schuldner auf die Insolvenz zusteuert, steigt auch die Bedeutung der genannten Grundsätze. Dabei ist zu betonen, dass die betreffenden Rechtshandlungen bei erfolgreicher Anfechtung formell gültig bleiben¹⁷.

Primär muss also geprüft werden, ob der Zwangsvollstreckung durch die betreffende Handlung Vermögenswerte entzogen worden sind. Vorliegend haben die Aluminium AG und

¹⁵ BSK SchKG II-HIERHOLZER (Fn. 2), Art. 250 N 18; BGE 33 II 680, E. 3; BGE 21 I 279, E. 5.

¹⁶ BSK SchKG II-HIERHOLZER (Fn. 2), Art. 250 N 18; CARL JÄGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 4. A., Zürich 1997/1999, Art. 250 N 19.

¹⁷ ISAAK MEIER, Skript Konkursrecht HS 13/FS 14, Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG, S. 1.

die Müller Bike vereinbart, dass die Müller Bike das Doppelte zahlt. Die Aluminium AG hat im Anschluss 20 Rahmen geliefert. Die Müller Bike hat ihre Forderung demgegenüber noch nicht beglichen. Damit ist das Vermögenssubstrat nicht geschmälert worden. Das Gegenteil trifft zu: Das Vermögenssubstrat wurde durch die Lieferung der Velorahmen vergrößert. Allerdings wurde die Forderung in den Konkurs eingegeben, was zu einer Vermehrung der Passiven führt. Auch zusätzliche Forderungen bzw. höhere Forderungsbeträge benachteiligen die Gläubiger, da sie eine (indirekte) Schmälerung des den Gläubigern zustehenden Vermögenssubstrates zur Folge haben¹⁸.

6.2. Schenkungsanfechtung nach Art. 286 SchKG

Aufgrund der Verdoppelung des Kaufpreises könnte die Bank das gestützt auf Art. 286 SchKG anfechten. Da vorliegend zwischen der Aluminium AG und der Müller Bike ein Austausch von Leistungen vereinbart wurde, liegt keine Schenkung nach Abs. 1 vor. Vielmehr könnte es sich aufgrund der Verdoppelung des Kaufpreises um eine sog. gemischte Schenkung nach Abs. 2 Ziff. 1 handeln.

Eine *gemischte Schenkung* liegt vor, wenn ein objektives Missverhältnis zwischen der Zuwendung und Gegenleistung im Zeitpunkt der Vornahme vorliegt¹⁹. Davon ausgehend, dass die Vertragspartner im vorliegenden Fall vor Abänderung der Vertragsbedingungen zu einem marktgerechten Preis verhandelten, kann bei der Verdoppelung des Kaufpreises das objektive Missverhältnis bejaht werden²⁰. Der Anfechtung unterliegt nur das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung.²¹ Vorliegend dürften das CHF 30'000.– sein (die Hälfte von CHF 60'000.–).

Die Motive der Parteien sind nicht massgebend. Es ist etwa nicht relevant, ob der Beschenkte bösgläubig war oder nicht²². Weiter spielt es keine Rolle, ob den Parteien das Vorliegen eines Missverhältnisses überhaupt bewusst war²³. Dass die Müller Bike sich aufgrund der finanziellen Schwierigkeiten in einer Notlage befunden hatte und nur deshalb diesen Vertragsbedingungen zugestimmt hat, hat damit keinen Einfluss auf die Beurteilung der Rechtshandlung. Allein massgebend sind die objektiven Kriterien, also dass innerhalb einer bestimmten Zeitspanne eine Schenkungshandlung vorgenommen wurde²⁴.

Schliesslich ist die sog. Verdachtsfrist zu prüfen. Nach Art. 286 Abs. 1 SchKG muss die Schenkung, bzw. das ihr gleichgestellte Rechtsgeschäft, innerhalb des letzten Jahres vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sein. Massgebend ist der Zeitpunkt, an welchem die Wirkungen der Rechtshandlung eintreten. Bei Fahrnis etwa ist der Zeitpunkt der Besitzübergabe, bei Abtretung künftiger Forderungen der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung, entscheidend²⁵. Vorliegend wurde das Rechtsgeschäft drei Monate vor Konkurseröffnung abgeschlossen. Die Rahmen wurden zwar geliefert, aber die Bezahlung ist noch nicht erfolgt. Die Einhaltung der Frist muss aber auch bei fehlender Gegenleistung seitens des Gemeinschuldners bejaht werden können, ansonsten diese nicht

¹⁸ BSK SchKG II-STAEHELIN (Fn. 2), Art. 285 N 14a; KuKo SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART (Fn. 5), Art. 285 N 4; BGE 101 III 92, E. 4.a; BGE 91 III 98, E. 2.

¹⁹ MEIER (Fn. 17), S. 5.

²⁰ Siehe Beispiel in MEIER (Fn. 17), S. 5.

²¹ BSK SchKG II-STAEHELIN (Fn. 2), Art. 285 N 16.

²² MEIER (Fn. 17), S. 5.

²³ MEIER (Fn. 17), S. 5.

²⁴ MEIER (Fn. 17), S. 5.

²⁵ BSK SchKG II-STAEHELIN (Fn. 2), Art. 286 N 12; KuKo SchKG-UMBACH-SPAHN/BOSSART (Fn. 5), Art. 286 N 8.

abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, die in einer Forderung münden, nie mit den Argumenten der Schenkungsanfechtung mittels Kollokationsklage angefochten werden könnten.

Nun sind zwei Ansichten vertretbar:

Nach der hier vertretenen Meinung liegt eine gemischte Schenkung i.S.v. Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG auch bei Verminderung der Passiven vor. Die Forderung ist fällig und der Kaufvertrag kann auch nicht mehr rückgängig gemacht werden (vgl. Ziff. 1). Beim Kaufvertrag handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, mit dem der Schuldner (die Müller Bike) eine Gegenleistung (die Rahmen) angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung (der entstandenen, fälligen Forderung) in einem Missverhältnis steht (Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG). Nach der hier vertretenen Ansicht kann das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung also nicht nur durch Verminderung der Aktiven entstehen, sondern auch durch Vermehrung der Passiven. Daher kann die Bank mittels negativer Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG; vgl. oben 4. und 5.1) gegen die Forderung der Aluminium AG vorgehen, indem sie vorbringt, dass es sich dabei um eine gemischte Schenkung i.S.v. Art. 286 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG handelt. Die Bank wird mit diesem Rechtsschritt Erfolg haben.

Ferner ist auch die Meinung vertretbar, dass die Gegenleistung des Schuldners nur durch Verminderung der Aktiven erfolgen kann. Vertritt man diese Ansicht, handelt es sich nicht um ein der Schenkung gleichgestelltes Rechtsgeschäft, weil die Gegenleistung erst als Forderung entstanden ist und damit die Aktiven des Schuldners noch nicht geschmälert wurden. Diesfalls würde es sich bei der angemeldeten Forderung nicht um eine gemischte Schenkung i.S.v. Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG handeln. Nach dieser Ansicht könnte eine im Kollokationsplan aufgenommene Gläubigerforderung generell nie mit den Argumenten der Schenkungsanfechtung mittels Kollokationsklage angefochten werden.

6.3. Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG

Es stellt sich weiter die Frage, ob die Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG aussichtsreich ist. Art. 288 SchKG ist ein Auffangtatbestand und umfasst alle Rechtshandlungen, die in der Absicht, Gläubiger zu schädigen, vorgenommen worden sind. In zeitlicher Hinsicht muss die massgebende Handlung innerhalb des Zeitraumes von fünf Jahren vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sein. Wiederum ist darauf hinzuweisen, dass sich die Müller Bike im Verzug befindet, weil sie den Kaufpreis noch nicht bezahlte. Weil der Kaufpreis nicht beglichen wurde, ist die Erhebung einer separaten Anfechtungsklage nicht möglich. Aus diesem Grunde kann die Bank lediglich gegen die zu hohe Forderung vorgehen und zwar mittels negativer Kollokationsklage (vgl. oben 4. und 5.1)

Im Gegensatz zur Schenkungsanfechtung spielt die subjektive Seite eine Rolle. So muss der Schuldner in der Absicht gehandelt haben, die Gläubiger zu schädigen. Dabei genügt nach herrschender Ansicht der Eventualvorsatz²⁶. Der Schuldner musste damit die Möglichkeit der Verwirklichung der Gläubigerschädigung erkannt und diese in Kauf genommen haben. Im vorliegenden Fall hat sich Müller Bike in einer Notlage befunden. Nur aufgrund dieses Umstandes hat sie dem erhöhten Kaufpreis zugestimmt. Dass sie die Schädigung nicht direkt wollte, schliesst die Bejahung der Schädigungsabsicht nicht aus, denn Eventualvorsatz genügt. Sie muss die Schädigung in ihrem Handlungsentscheid miteinbezogen haben. Vorliegend kann dies bejaht werden.

²⁶ MEIER (Fn. 17), S. 9.

Dass die Aluminium AG die Schädigungsabsicht gekannt hat, ist klar zu bejahen. Sie wusste von den finanziellen Schwierigkeiten der Müller Bike. Diese führten ja gerade dazu, dass sie den erhöhten Kaufpreis verlangte.

Es ist folglich festzuhalten, dass die Bank mittels negativer Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG; vgl. oben 4. und 5.1) gegen die Forderung der Aluminium AG mit der Begründung, dass es sich um eine anfechtbare Rechtshandlung i.S.v. Art. 288 SchKG handelt, vorgehen kann. Die Bank wird mit diesem Rechtsschritt Erfolg haben.

6.4. Hinfälligkeit des Schenkungsversprechens nach Art. 250 Abs. 2 OR

Es könnte erwogen werden, dass es sich bei den zu viel versprochenen 30'000.– CHF um ein Schenkungsversprechen handelt. Diese bedürfte allerdings zur Gültigkeit der einfachen Schriftlichkeit (Art. 243 Abs. 2 OR). Im Sachverhalt wird kein schriftliches Schenkungsversprechen erwähnt, auch eine Schenkungsabsicht ist nicht erkennbar. Im Gegenteil, die Müller Bike erklärt sich nur bereit, einen höheren Kaufpreis zu bezahlen, damit die Rahmen geliefert werden. Trotzdem sei erwähnt, dass jedes Schenkungsversprechen durch Konkurseröffnung gegen den Schenker aufgehoben wird (Art. 250 Abs. 2 OR). Wenn es sich um ein Schenkungsversprechen gehandelt hätte, wäre ein Teil der Forderung (CHF 30'000.–) der Aluminium AG ex lege hinfällig geworden. Diesfalls hätte die Bank einen Teil der Forderung mit Hinweis auf Art. 250 Abs. 2 OR mittels Kollokationsklage bestreiten können.

6.5. Übervorteilung nach Art. 21 OR

Es könnte erwogen werden, ob der Vertrag zwischen Müller Bike und der Aluminium AG aufgrund der Übervorteilung nach Art. 21 OR anfechtbar ist.

7. Wirkungen

Obsiegt die klägerische Partei im Kollokationsverfahren gegen den Mitgläubiger (Wegweisungsprozess), so wirkt sich das gutheissende Urteil vorerst nur zwischen den beteiligten Parteien aus. Die obsiegende klägerische Partei, vorliegend die Bank, kann den Prozessgewinn, d.h. den Betrag, um den die Dividende der beklagten Partei gekürzt wird, bis zur vollen Deckung ihrer Forderung und der Prozesskosten für sich beanspruchen (Art. 250 Abs. 2 Satz 2 SchKG). Ein allfälliger Überschuss wird nach dem berechtigten Kollokationsplan verteilt (Art. 250 Abs. 2 Satz 3 SchKG). Der Prozessgewinn kann erst im Zeitpunkt der Erstellung der Verteilungsliste ermittelt werden. Im ersten Schritt wird der Anteil der unterlegenen Mitgläubigerin, der Aluminium AG, am Verwertungserlös aufgrund des ursprünglichen Kollokationsplans berechnet. In einem zweiten Schritt wird die Dividende auf die erfolgreich angefochtene Forderung nach dem berechtigten Kollokationsplan ermittelt. Der Prozessgewinn besteht in der Differenz jener Beträge, die der Mitgläubiger gemäss ursprünglichen Kollokationsplan einerseits und des nach dem Prozess berechtigten Kollokationsplanes andererseits erhalten würde²⁷. Vorliegend wird die Dividende zuerst aufgrund des Betrages von CHF 60'000.– berechnet und in einem zweiten Schritt auf der Grundlage von CHF 30'000.–. Den Differenzbetrag kann die Bank für ihre eigene Forderung und die Prozesskosten beanspruchen.

²⁷ BSK SchKG II-HIERHOLZER (Fn. 2), Art. 250 N 84 ff.

8. Fazit

Die Bank kann die Höhe der Forderung mittels der Kollokationsklage (Art. 250 Abs. 2 SchKG) anfechten und wird nach der hier vertretenen Auffassung Erfolg damit haben. Weiter könnte sie mittels der betreibungsrechtliche Beschwerde nach Art. 17 SchKG die unzureichende Prüfung der Forderung geltend machen. Dass die Forderung aber bei erneuter Prüfung abgewiesen würde, ist unwahrscheinlich. Daher ist die Erhebung der Kollokationsklage aussichtsreicher.