

Dominik Gasser\*, Daniel Hunkeler\*\*, Roger König\*\*\* und Tamara Pietsch-Kojan\*\*\*\*

## Entwicklung des Insolvenz- und Sanierungsrechts in den Jahren 2009 und 2010 (Teil II)

**Stichworte:** Bankenkonzurs und Bankensanierung, Bucheffektengesetz, Einlegerschutz, Insolvenzrecht, Lugano-Übereinkommen, Mehrwertsteuergesetz, Nachlassrecht, Paulianische Anfechtung, Sanierungsrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Too big to fail

Dieser Artikel basiert auf einem Vortrag, der im Rahmen des Schweizerischen Anwaltskongresses vom 23.–25. Juni 2011 in Luzern gehalten wurde und auf dem im dazugehörigen elektronischen Tagungsband publizierten Manuskript. Der erste Teil erschien in der Anwaltsrevue 9/2011 und behandelte die in Kraft getretenen Gesetzesrevisionen seit 2009 sowie die laufenden Gesetzesrevisionen. Der vorliegende zweite Teil informiert über die aktuelle Rechtsprechung und gibt eine Übersicht über erschienene Literatur.

### III. Rechtsprechung

#### 1. Allgemeines Vollstreckungsrecht

##### a) Register

**BGE 135 III 503 ff.**<sup>1</sup> «Art. 8a SchKG; Einsicht in Protokolle und Register. Einem nicht betreibenden Gläubiger kann Einsicht in das Protokoll und die Belege des Pfändungsvollzuges in anderen Betreibungen gewährt werden, um gegenüber dem Schuldner das Begehren der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung zu prüfen (E. 3).»

Der Gläubiger und Inhaber eines Garagenbetriebes ersuchte das Betreibungsamt um einen Betreibungsregisterauszug sowie – für den Fall bereits bestehender Pfändungen – um vollständige Kopien der betreffenden Pfändungsprotokolle. Zwecks Glaubhaftmachens seines Interesses reichte der Gläubiger einen (vom Schuldner unterzeichneten) Autoabzahlungskaufvertrag ein. Das Betreibungsamt übermittelte dem Gläubiger einen detaillierten Betreibungsregisterauszug, widersetzte sich jedoch der Herausgabe der Pfändungsprotokolle: Nach Auffassung des Betreibungsamtes könne Einsicht in die Pfändungsprotokolle nur verlangen, wer den Schuldner betreibe und bereits das Fortsetzungsbegehren gestellt habe. Das war bei diesem Gläubiger nicht der Fall.

Das Bundesgericht hält dazu Folgendes fest: Pfändungsprotokolle enthalten Daten, die unter dem Schutz der Privatsphäre stehen (Art. 13 BV). Daher stelle die Herausgabe einen Eingriff in ein Freiheitsrecht dar, dessen Zulässigkeit nach dem Raster von Art. 36 Abs. 3 BV zu prüfen sei. Mit Art. 8a SchKG sei eine genügende gesetzliche Grundlage vorhanden. Sodann sei anerkannt, dass mit Blick auf die Überprüfung der Kreditwürdigkeit und den Erfolg der Zwangsvollstreckung ein öffentliches Interesse an der Einsicht in das Betreibungsregister bestehe.

In Bezug auf die Verhältnismässigkeit hält das Bundesgericht fest, der detaillierte Betreibungsregisterauszug genüge dem Interesse der Zwangsvollstreckung grundsätzlich. Ein weitergehender Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen sei ohne ein weiteres konkretes Interesse nicht gerechtfertigt. Ein solches zusätzliches Interesse könne sich daraus ergeben, dass der Gläubiger abklären wolle, ob die Voraussetzungen von Art. 190 SchKG gegeben seien. Ein Gläubiger könne u.a. gegen jeden Schuldner, der bei einer Betreibung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht habe, ohne vorgängige Betreibung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Bereits in BGE 102 III 61 S. 62 habe das Bundesgericht anerkannt, dass das Interesse zur Abklärung, ob die Voraussetzungen von Art. 190 SchKG gegeben seien, schutzwürdig sei, weshalb die Kontaktnahme mit anderen Gläubigern zu ermöglichen sei und deren Namen und Adressen bekannt zu geben seien, wenn der Gesuchsteller dies verlange.

«Wenn es dem Interessenten auf diese Weise möglich sein soll, sich über die Einzelheiten des Pfändungsvollzuges in anderen Betreibungen ins Bild zu setzen, so ist nicht ersichtlich, weshalb ihm nicht direkt Einsicht in das Pfändungsprotokoll gegeben werden darf, um anhand dieser Angaben mögliche Schlüsse über verheimlichtes Vermögen des Schuldners zu ziehen und die Einleitung einer Konkurseröffnung nach Art. 190 SchKG zu erwägen. Unverhältnismässig wäre hingegen, Auskunft über Daten zu geben, welche hier für den Antragsteller (sei er betreibender Gläubiger oder nicht) keine Bedeutung haben oder nicht direkt mit der Betreibung im Zusammenhang stehen, wie z.B. das Scheidungsurteil als Beleg für rechtlich geschuldete Unterhaltsbeiträge.» (E. 3.5.4).

\* Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern ([www.bratschi-law.ch](http://www.bratschi-law.ch)).

\*\* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ([www.bhlaw.ch](http://www.bhlaw.ch)).

\*\*\* MLaw, Rechtsanwalt und Betriebsökonom FH bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ([www.bhlaw.ch](http://www.bhlaw.ch)).

\*\*\*\* MLaw, Rechtsanwältin, Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern ([www.bratschi-law.ch](http://www.bratschi-law.ch)).

<sup>1</sup> Urteil 5A\_244/2009 vom 9. Juli 2009; der Entscheid wird besprochen von GÜNGERICH/BURRI in *ius.focus* 1/2009, S. 19 sowie von RÜETSCHI in der *Anwaltsrevue* 2009, S. 479 ff.

## b) Gebühren

**BGE 136 III 155 ff.**<sup>2</sup> «Gebühr und Auslagen für die Zustellung des Zahlungsbefehls (Art. 16 und 13 GebV SchKG). Wenn der Zahlungsbefehl dem Schuldner auf dem Betreibungsamt übergeben wird, nachdem das Amt zur Abholung des Zahlungsbefehls eingeladen hat, ist für die Zustellung einzig die Gebühr gemäss Art. 16 Abs. 1 GebV SchKG zu erheben (E. 3).» Anlass zur Beschwerde gibt eine Kostenrechnung des Betreibungsamtes zulasten der Gläubigerin für die Zustellung eines Zahlungsbefehls, welcher der Schuldnerin gestützt auf eine Abholungseinladung auf dem Amt übergeben wurde.

Das Bundesgericht hält fest, die Gebühr für «den Erlass, die doppelte Ausfertigung, die Eintragung und die Zustellung des Zahlungsbefehls» werde in Art. 16 Abs. 1 GebV festgesetzt. Der Wortlaut der Bestimmung lasse keinen Zweifel, dass die Verrichtungen des Betreibungsamtes für die Zustellung des Zahlungsbefehls in der Gebühr enthalten seien. Die offene Übergabe der Betreibungsurkunde sei in der Gebühr von Art. 16 Abs. 1 GebV SchKG enthalten.

Zur Gebühr kämen die Auslagen hinzu, d.h. die Geldbeträge, welche das Amt vorleiste, um die geforderte amtliche Handlung zu erbringen. Zwar müssten nach Art. 13 Abs. 1 GebV SchKG Auslagen der Zustellungen ersetzt werden. Diese seien bei der Zustellung durch das Amt auf die eingesparten Posttaxen begrenzt (Abs. 2).

Bei der Übergabe des Zahlungsbefehls auf dem Amt entstünden jedoch keine anderen, mit der Übergabe verbundenen Auslagen (nach Art. 13 GebV SchKG). Insbesondere gehöre der bloss personelle Aufwand, der bei der Übergabe des Zahlungsbefehls auf dem Amt entstehe, nicht zu den Auslagen, ebenso wenig wie die Kosten des Materials oder der Vervielfältigung gebührenpflichtiger Schriftstücke (Art. 13 Abs. 3 lit. a GebV SchKG). Dies seien allgemeine Unkosten des Amtes und daher durch die Gebühr abgedeckt (E. 3.3.3).

## 2. Prozessuales

### a) Beschwerde nach Art. 17 SchKG

**BGE 135 I 187 ff.**<sup>3</sup> «Art. 76 Abs. 1 BGG; Beschwerdeberechtigung. Der Betreibungsgläubiger, der am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilnehmen konnte, ist zur Beschwerde gegen die Aufhebung der Nachpfändung berechtigt (E. 1.3). Art. 29 Abs. 2 BV; Anspruch auf rechtliches Gehör im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17 f. SchKG. Der Gehörsanspruch des Betreibungsgläubigers ist verletzt, wenn die kantonale Aufsichtsbehörde eine Nachpfändung aufhebt, ohne zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (E. 1 und 2).»

X. und drei weitere Gläubiger stellten gestützt auf ihre provisorischen Verlustscheine beim Betreibungsamt Brugg den Antrag nach Art. 115 Abs. 3 SchKG, es sei das Guthaben des Schuldners

Y. bei der Kantonalbank A. nachzupfänden. Noch gleichentags teilte das Betreibungsamt der Kantonalbank (mit Anzeige gemäss Art. 99 SchKG) mit, dass die Forderung aus dem Guthaben bis zum Betrag von CHF 66 000.– rechtsgültig nur noch an das Amt geleistet werden könne. In der Folge erhob der Schuldner Beschwerde und machte u.a. geltend, wegen der Massnahme des Betreibungsamtes betreffend das Guthaben auf seinem Geschäftskonto könne er ausstehende Löhne und Mietzinsen nicht fristgerecht bezahlen.

Die untere Aufsichtsbehörde wies die Beschwerde ab, die obere hingegen schützte die Beschwerde des Schuldners und hob die Nachpfändung auf – allerdings ohne zuvor die betreibende Gläubigerin anzuhören. Das Bundesgericht hielt fest, dass die obere Aufsichtsbehörde dadurch das rechtliche Gehör der Gläubigerin verletzt habe.

### b) Beschwerde ans Bundesgericht

**BGE 135 III 232 ff.**<sup>4</sup> «Einsprache gegen den Arrestbefehl (Art. 278 Abs. 1 SchKG); Rechtsnatur des Entscheides über die Weiterziehung des Einspracheentscheides (Art. 278 Abs. 3 SchKG); Kognition des Bundesgerichts; Beginn der Einsprachefrist; Willkür in der Rechtsanwendung (Art. 9 BV). Der Entscheid über die Weiterziehung des Einspracheentscheides ist – wie der Arrestentscheid – eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG; die Kognition des Bundesgerichts ist auf die Verletzung verfassungsmässiger Rechte beschränkt; Anforderungen an die Begründung der Beschwerdeschrift (E. 1.2).» Das Bundesgericht hält fest, dass der Weiterziehungsentscheid ausschliesslich das betreffende Arrestverfahren beschlage und ebenso wenig wie der Arrest selbst endgültig über Bestand und Fälligkeit der Arrestforderung befände. Daher gelte er wie der Arrestentscheid als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG und sei vom Bundesgericht nur wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte überprüfbar.

**BGE 135 III 374 ff.**<sup>5</sup> «Angabe einer unzutreffenden Beschwerdefrist in der Rechtsmittelbelehrung (Art. 49 BGG). Die rechtsunkundige Prozesspartei, die schon im kantonalen Verfahren nicht rechtskundig vertreten war und über keine einschlägige Erfahrung etwa aus früheren Verfahren verfügt, darf sich auf die im kantonalen Entscheid enthaltene unzutreffende Fristangabe (ordentliche Frist von 30 Tagen für die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG statt der nach Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG bei Entscheiden der kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkurs-sachen geltenden Frist von 10 Tagen) verlassen (E. 1.2.2).»

**BGE 135 III 670 ff.**<sup>6</sup> «Vollstreckbarerklärung von ausländischen vorsorglichen Massnahmen gemäss LugÜ. Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen und Beschwerdegründe (E. 1).

2 Urteil 5A\_732/2009 vom 4. Februar 2010.

3 Urteil 5A\_780/2008 vom 9. Februar 2009; der Entscheid ist auch abgedruckt in SJZ 2009, S. 224 f.

4 Urteil 5A\_545/2007 vom 9. Januar 2009; der Entscheid ist auch abgedruckt m. Anm. in RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., III./B./2., vgl. ebenfalls III./B./5.

5 Urteil 5A\_814/2008 vom 12. März 2009.

6 Urteil 5A\_530/2008 vom 22. Oktober 2009; der Entscheid wird besprochen von MRAZ in ius.focus 1/2010, S. 22.

Der *Sequestro conservativo* nach italienischem Zivilprozessgesetz stellt als vorsorgliche Massnahme eine Entscheidung im Sinne von Art. 25 LugÜ dar, die in der Schweiz nach Art. 31 LugÜ vollstreckt werden kann. Der Gesuchsteller hat im Rahmen von Art. 29 Abs. 2 BV Anspruch darauf, dass sein Gutachten zur Vollstreckbarkeit im Ursprungsstaat vom schweizerischen Richter berücksichtigt wird (E. 2 und 3).»

### c) Schiedsgerichtsbarkeit

**BGE 136 III 583 ff.**<sup>7</sup> «Art. 82 und 84 SchKG, Art. 7, 9 und 177 IPRG; Schiedsvereinbarung im Rahmen eines provisorischen Rechtsöffnungsverfahrens, Rechtshängigkeit. Die – provisorische oder definitive – Rechtsöffnung kann durch ein Schiedsgericht nicht ausgesprochen werden (E. 2.1). Unter Vorbehalt einer ausdrücklichen Klausel versagt die Schiedsvereinbarung dem Betreibenden nicht das Recht, beim staatlichen Gericht die provisorische Rechtsöffnung zu verlangen (E. 2.2). Das provisorische Rechtsöffnungsverfahren begründet im Verhältnis zur Klage auf Zahlung vor einem Schiedsgericht keine Rechtshängigkeit (E. 2.3).»

## 3. Einleitungsverfahren und Rechtsöffnung

### a) Ort der Betreuung

**BGE 136 III 373 ff.**<sup>8</sup> «Art. 53 und 84 Abs. 1 SchKG; Gerichtsstand der Rechtsöffnung; Betreuungsort bei Wohnsitzwechsel. Wenn der Schuldner seit der Zustellung des Zahlungsbefehls seinen Wohnsitz verlegt und sein Gläubiger davon sichere Kenntnis erhalten hat, muss das Gesuch um Rechtsöffnung dem Gericht am neuen Wohnsitz des Schuldners gestellt werden, das seine örtliche Zuständigkeit nicht unter Hinweis auf den bisherigen Betreuungsort ablehnen darf (E. 2 und 3).»

Nach Zustellung des Zahlungsbefehls verlegte ein Schuldner seinen Wohnsitz. In Kenntnis des Wohnsitzwechsels stellten die betreibenden Gläubiger am neuen Wohnsitz des Schuldners das Gesuch um definitive Rechtsöffnung. Das Bezirksgericht am neuen Wohnort trat auf das Rechtsöffnungsgesuch nicht ein und verneinte seine Zuständigkeit mit der Begründung, auch bei nachträglicher – seit Zustellung des Zahlungsbefehls erfolgter – Wohnsitzverlegung durch den Schuldner bleibe das Gericht am bisherigen Betreuungsort für die Rechtsöffnung zuständig.

Das Bundesgericht führt aus, dass die Regelung des Betreuungsortes vor dem Hintergrund der Eigenart des schweizerischen Zwangsvollstreckungsrechts zu sehen sei. Danach beruhe der Zahlungsbefehl ausschliesslich auf den Behauptungen des Gläubigers im Betreibungsbegehren, der darin einseitig geltend mache, ihm stünde ein materiellrechtlicher, erzwingbarer und vollstreckbarer Anspruch gegenüber dem Schuldner zu. Ein derartiges System mache den Schutz des Schuldners unabdingbar. In Übereinstimmung mit der Gerichtsstandsgarantie in Art. 30

Abs. 2 BV sei der Schuldner an seinem Wohnsitz zu betreiben. Schuldbetreibungen greifen indessen über ein blosses Zweiparteienverfahren zwischen dem Betreuungsschuldner und dem Betreuungsgläubiger hinaus. Denn eine gegen einen bestimmten Schuldner durchgeführte Pfändung eröffne die Anschlussmöglichkeit für andere Gläubiger, und der über einen bestimmten Schuldner ausgesprochene Konkurs ziehe sämtliche Gläubiger in ein einheitliches Verfahren. Die Rücksichtnahme auf die unbekanntete Zahl allenfalls beteiligter Dritter erfordere insofern eine Beschränkung des Schuldnerschutzes, als der Betreuungsort dem jeweiligen Wohnsitz des Schuldners nicht während des ganzen Verfahrens nachfolgen könne. Deshalb fixiere Art. 53 SchKG das Forum zwar nicht schon zu Beginn der Betreuung, aber dann immerhin für das Fortsetzungsstadium.

### b) Rechtsvorschlag und Rechtsöffnung

**BGE 135 III 315 ff.**<sup>9</sup> «Art. 79 Abs. 1, Art. 80 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 1 SchKG; definitive Rechtsöffnung; rückwirkende Anrechnung von Unterhaltsbeiträgen. Werden im Dispositiv die bereits bezahlten Unterhaltsleistungen vorbehalten, entspricht der im Dispositiv festgelegte Geldbetrag nicht der zu zahlenden Schuld. Da der Betrag, der für die rückwirkenden Unterhaltsbeiträge bezahlt werden muss, auch nicht der Begründung im Eheschutzurteil zu entnehmen ist, kann mangels einer klaren Zahlungsverpflichtung gestützt auf dieses Urteil nicht definitive Rechtsöffnung erteilt werden (E. 2).»

In einem Eheschutzverfahren wurde der Ehemann (Beschwerdegegner) vom zuständigen Gerichtspräsidium unter anderem verpflichtet, an den persönlichen Unterhalt der Ehefrau (Beschwerdeführerin) rückwirkend monatlich vorschüssig bestimmte Unterhaltsbeiträge zu entrichten, unter Anrechnung der bereits geleisteten Zahlungen.

Das Bundesgericht hält fest, dass die zu bezahlende Summe im Urteil beziffert werden oder sich zumindest in Verbindung mit der Begründung oder aus dem Verweis auf andere Dokumente klar ergeben müsse (E. 2.3). Im vorliegenden Fall war diese Voraussetzung zwar gegeben, die Rechtsöffnung aber dennoch zu verweigern: «Die Berechnung des Unterhaltsanspruchs, wie ihn das Eheschutzgericht in das Dispositiv seiner Entscheidung aufgenommen hat, ist zwar bei rückwirkenden Unterhaltsbeiträgen notwendige Voraussetzung für die Zusprechung eines konkreten Geldbetrags. Werden aber im Dispositiv die bereits bezahlten Unterhaltsleistungen vorbehalten, entspricht der im Dispositiv festgelegte Geldbetrag nicht der zu zahlenden Schuld. Im Umfang seiner Leistungen ist nämlich die entsprechende Verpflichtung untergegangen. Wie hoch der Betrag ist, der für die rückwirkenden Beiträge bezahlt werden muss, ist weder dem Dispositiv noch der Begründung noch einem in der Begründung enthaltenen Verweis auf andere Dokumente zu entnehmen, so dass nicht gesagt werden kann, welcher Betrag geschuldet ist. Jedenfalls sind für die rückwirkenden Beiträge nicht die im Urteil genannten Beträge

7 Urteil 5A\_225/2010 vom 2. November 2010 (Originalsprache französisch).

8 Urteil 5A\_53/2010 vom 25. Juni 2010.

9 Urteil 5D\_164/2008 vom 10. Februar 2009; der Entscheid wird besprochen von GÜNGERICH/BURI in *ius.focus* 2/2009.

geschuldet. Andernfalls wäre der Vorbehalt der Anrechnung bereits geleisteter Zahlungen sinnlos» (E. 2.4).

**BGE 136 III 624 ff.**<sup>10</sup> «Art. 81 Abs. 1 SchKG und Art. 120 Abs. 2 OR; Erlöschen der Forderung in der Betreibung durch Verrechnung; bestrittene Verrechnungsforderung. Der betriebene Schuldner, der verrechnungsweise eine Schuldanerkennung entgegenhält, die bestritten ist, erbringt den Urkundenbeweis des Untergangs der betriebenen Forderung nicht (E. 4).»

Gegen die von B. eingeleitete Betreibung erhob A. Rechtsvor-schlag und machte geltend, die Forderungen von B. seien durch Verrechnung getilgt. B. habe eine Schuldanerkennung unterzeichnet und so eine Schuld in der Höhe von 2 Mio. Französischen Francs nebst Zins zu 5% anerkannt, weshalb er, A., die Verrechnung erklären könne. Keine Rolle spiele, dass der Bestand dieser Schuldanerkennung Gegenstand eines in Frankreich hängigen Gerichtsverfahrens sei.

Das Bundesgericht hält fest, dass sich A. zu Unrecht auf Art. 120 Abs. 2 OR berufe, wonach der Schuldner die Verrechnung auch dann geltend machen könne, wenn seine Gegenforderung bestritten werde. Das OR ermögliche zwar die Geltendmachung einer Verrechnungsforderung, selbst wenn diese bestritten werde. Doch könne die Wirkung der Verrechnung in solchen Fällen nur durch richterliche Klärung herbeigeführt werden. Dies sei nur nach eingehender Überprüfung der Verrechnungsforderung möglich. Bei einem summarischen Verfahren wie dem definitiven Rechtsöffnungsverfahren könne der Richter aufgrund der verfahrensrechtlichen Besonderheiten eine solche Prüfung gerade nicht vornehmen.

Art. 81 SchKG begründe die Vermutung, dass die in Betreibung gesetzte Forderung existiere. Diese Vermutung könne nur durch Beweis widerlegt werden. Daher genüge die blosser Glaubhaftmachung der Tilgung der Schuld nicht. Überdies sei nicht nur der Grund der Tilgung, d.h. die Existenz einer Verrechnungsforderung, zu beweisen, sondern auch der exakte Betrag, bis zu welchem die Schuld getilgt worden sei. Dieser Beweis sei nicht erbracht, wenn die geltend gemachte Verrechnungsforderung bestritten werde. Vorliegend sei daher die definitive Rechtsöffnung zu bestätigen.<sup>11</sup>

## 4. Betreibung auf Pfändung

### a) Pfändung

**BGE 135 III 663 ff.**<sup>12</sup> «Pflichten des Schuldners bei der Pfändung; Art. 91 SchKG. Gegenstand und Umfang der Auskunftspflicht des Schuldners (E. 3).»

Eine Gläubigerin verlangte die Nachpfändung von 100 Inhaberaktien, da der Schuldner nicht nur alleiniger Verwaltungsrat und Geschäftsführer der betreffenden AG, sondern auch deren Alleinaktionär sei. Der Schuldner bestritt, die Aktien zu besitzen, und

gab auch keine Namen weiterer Aktionäre bekannt. Das Betreibungsamt verfügte daraufhin unter Strafandrohung, der Schuldner habe die Eigentümer der Inhaberaktien zu benennen. Der Schuldner gelangte an die Aufsichtsbehörde; diese wies die Beschwerde ab. Schliesslich erhob der Schuldner Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht hält fest, dass die Regeln über die Auskunftspflicht des Schuldners unbestrittenemassen auch auf die Nachpfändung anzuwenden seien (Art. 91 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Weiter hält das Bundesgericht fest, es dürfe nur gepfändet werden, was dem Schuldner rechtlich gehöre. Über die Pfändbarkeit habe aber nicht der Schuldner, sondern das Betreibungsamt zu entscheiden. Ebenso sei es Sache des Betreibungsamts, eine Pfändung unter Vormerkung von Ansprüchen Dritter vorzunehmen (Art. 106 Abs. 1 SchKG).

Ein Schuldner habe dem Betreibungsamt umfassend Auskunft zu geben, d.h. auch auf konkrete Anfragen nach bestimmten Vermögensstücken. Das gilt auch bezüglich allfälliger Veräusserungen (E. 3.2.2).

Unerheblich sei der Einwand des Schuldners, die Auskunftspflicht würde in unzulässiger Weise in die Rechte und Privatsphäre unbeteiligter Dritter eingreifen. «Das Gesetz sieht vor, dass Dritte, welche Vermögensgegenstände des Schuldners verwahren, im gleichen Umfang wie der Schuldner auskunftspflichtig sind (Art. 91 Abs. 4 SchKG), und dass sie allenfalls ihre Ansprüche im Widerspruchsverfahren (Art. 106 ff. SchKG) geltend zu machen haben» (E. 3.2.3).

### b) Verwertung

**BGE 136 III 288 ff.**<sup>13</sup> «Bestreitung des Lastenverzeichnisses (Art. 140 Abs. 2 SchKG; Art. 39 VZG); Berücksichtigung eines Schuldbriefes (Art. 842 ZGB), welcher dem Gläubiger sicherungsübereignet worden ist (Art. 35 Abs. 2 VZG). Erhält der Gläubiger einen Schuldbrief zur Sicherung übereignet, ist zwischen der durch das Grundpfand gesicherten abstrakten Forderung (Titelforderung) und der sich aus dem Grundverhältnis ergebenden kausalen Forderung (Grundforderung) zu unterscheiden. In der Grundpfandbetreibung, welche die Titelforderung zum Gegenstand hat, muss das Betreibungsamt im Lastenverzeichnis des betreffenden Grundstücks den effektiv geschuldeten Betrag des Kapitals und der Zinsen der Grundforderung aufnehmen, wenn diese Forderung weniger beträgt als die sich, vermehrt um die aus dem Grundpfand gedeckten Zinsen im Sinn von Art. 818 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB, aus dem Schuldbrief ergebende; im umgekehrten Fall hat es den Betrag der Titelforderung mit ihren Zinsen aufzunehmen (E. 3.1–3.3). Die im Lastenverzeichnis berücksichtigten Zinsen der Titelforderung können höher sein als die im Stadium der Rechtsöffnung gewährten (E. 3.4).»

**BGE 136 III 437 ff.**<sup>14</sup> «Art. 131 Abs. 1 SchKG; Forderungsüberweisung; private Verwertung von verarrestierten Pfandge-

<sup>10</sup> Urteil 5A\_313/2010 vom 6. September 2010.

<sup>11</sup> Vgl. GÜNGERICH/BURI in ius.focus 10/2010, S. 262.

<sup>12</sup> Urteil 5A\_515/2009 vom 5. November 2009; der Entscheid wird ebenfalls besprochen von GÜNGERICH/BURI in ius.focus 2/2010, S. 18.

<sup>13</sup> Urteil 5A\_122/2009 vom 2. Februar 2010 (Originalsprache französisch).

<sup>14</sup> Urteil 5A\_849/2009 vom 18. Mai 2010.

genständen. Rechtsnatur des Entscheides über den Bestand einer nach Art. 131 Abs. 1 SchKG überwiesenen Forderung; Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 Abs. 1 BGG (E. 1.1). Wirkung der Forderungsüberweisung nach Art. 131 Abs. 1 SchKG (E. 3 Ingress). Zulässigkeit der Verrechnung, wenn ein privates Pfandverwertungsrecht (Art. 891 ZGB) nach Verarrestierung des Pfandgegenstandes ausgeübt wird (E. 3.1–3.6). Verhältnis zwischen Verwertung nach Art. 131 Abs. 1 SchKG und Widerspruchsverfahren (E. 4).»

## 5. Arrest

**BGE 135 III 232 ff.**<sup>15</sup> «Einsprache gegen den Arrestbefehl (Art. 278 Abs. 1 SchKG); [...] Die kantonale Praxis, wonach die Frist für die Einsprache gegen den Arrestbefehl für den beim Arrestvollzug anwesenden oder vertretenen Schuldner mit dem Vollzug des Arrestes beginnt, ist willkürlich. Daran ändert nichts, dass dem anwesenden oder vertretenen Schuldner Einsicht in die Arrestakten, insbesondere in den Arrestbefehl, gewährt worden ist (E. 2).»

Auf Ersuchen von Z. erliess der Arrestrichter gestützt auf Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG einen Arrestbefehl gegen X. und Y. über eine Forderung. Da sich das Gesuch gegen zwei Personen richtete, wurden zwei Arreste vollzogen. Anlässlich des Vollzuges waren X. und Y. persönlich und ihr Rechtsvertreter anwesend. Das handschriftliche Arrestvollzugsprotokoll wurde von X. und Y. unterzeichnet. Gleichentags bestätigte der Rechtsvertreter der beiden den Empfang der Arrestakten, welche die Arrestbeilagen und den Arrestbefehl enthielten. Der Rechtsvertreter holte ferner für die Gesuchgegner den Arrestbefehl und die Arresturkunde bei der Post ab und erhob im Anschluss Einsprache.

Der Arrestrichter hiess die Einsprachen teilweise gut und reduzierte die Arrestforderung. Diesen Entscheid zog Z. an das Obergericht des Kantons Bern weiter, welches den erstinstanzlichen Entscheid wegen Nichteinhaltens der Frist gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG aufhob und die Einsprachen zurückwies. Dagegen erhoben X. und Y. beim Bundesgericht Beschwerde.

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, wann die zehntägige Frist für die Einsprache gegen den Arrestbefehl für den beim Arrestvollzug anwesenden oder vertretenen Schuldner zu laufen begann. Wer durch einen Arrest in seinen Rechten betroffen ist, kann gemäss Art. 278 Abs. 1 SchKG innert zehn Tagen, nachdem er von dessen Anordnung Kenntnis erhalten hat, beim Arrestrichter Einsprache erheben. Das Bundesgericht hat sich im vorliegenden Entscheid vom Wortlaut dieser Bestimmung weitgehend gelöst und entschieden, dass die Frist erst mit Zustellung der Abschrift der Arresturkunde zu laufen beginnt (E. 2.4).

Das Bundesgericht hält zusammenfassend fest, trotz der von einem Teil der Lehre vertretenen Auffassung lasse es sich nicht mit Art. 9 BV vereinbaren, die Einsprachefrist für den anwesen-

den Schuldner bereits mit dem Vollzug des Arrestes beginnen zu lassen. Daran ändere nichts, dass dem Schuldner persönlich oder seinem Vertreter Einsicht in die Arrestakten gewährt worden sei und er bzw. sein Vertreter vom Arrestbefehl Kenntnis erhalten habe; die Arresturkunde, welche auch den Arrestbefehl enthält (Art. 276 Abs. 1 SchKG), sei damit nicht den gesetzlichen Erfordernissen entsprechend zugestellt worden. Erst mit der gesetzlich vorgesehenen Zustellung sei mit Sicherheit erstellt, dass der Betroffene über den Inhalt des Arrestbefehls, den genauen Umfang des Arrestes und über das Rechtsmittel gegen dessen Anordnung informiert ist und mit der nötigen Kenntnis der Sachlage Einsprache erheben könne.

Diese Rechtsprechung dürfte auch nach der Arrestnovelle Bestand haben.

**BGE 136 III 379 ff.**<sup>16</sup> «Arrestbewilligung und Arrestvollzug (Art. 271 ff. und 275 SchKG); Immunität der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (Abkommen vom 10. Februar 1987 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich zur Regelung der rechtlichen Stellung der Bank in der Schweiz); Rechtsweggarantie (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 29a BV). Überprüfbarkeit des Arrestbefehls im Arrestvollzug (E. 3). Der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich anvertraute Werte ebenso wie Ansprüche gegen die Bank können ohne deren ausdrückliche vorherige Zustimmung nicht mit Arrest belegt werden. Vereinbarkeit mit der Rechtsweggarantie (E. 4).»

**BGE 135 III 474 ff.**<sup>17</sup> «Arresteinsprache (Art. 278 SchKG); Glaubhaftmachung der Arrestforderung (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), Gegenstand der Schuldbetreibung (Art. 38 Abs. 1 SchKG). Prüfung der Arrestforderung einer dänischen Gläubigerin, die sich auf ihr Eigentum an Wertschriften beruft und von der Schuldnerin, auf welche die Vermögenswerte weiter übertragen wurden, einen auf Geldzahlung gerichteten Ersatz verlangt (E. 2 und 3).»

**BGE 135 III 551 ff.**<sup>18</sup> «Art. 98 BGG und Art. 279 Abs. 4 SchKG; Arrestprosequierung. Zulässige Rügen (E. 1.2). Der Arrestgläubiger, welcher die Anerkennungsklage ohne vorgängige Betreibung eingeleitet hat, ist befugt, die Betreibung vor der Mitteilung des Urteils einzuleiten (E. 2).»

Der Arrestgläubiger hatte nach Erlass des Arrestbefehls, jedoch vor dessen formeller Zustellung, den Arrest mittels Betreibung prosequiert. Das Betreibungsamt weigerte sich, dem Betreibungsbegehren Folge zu geben, da dieses verfrüht eingereicht worden sei. Das Bundesgericht hielt hierzu fest, die in Art. 279 Abs. 1 SchKG statuierte Pflicht, «innert zehn Tagen nach Zustellung der Arresturkunde» den Arrest zu prosequieren, bedeute nicht, dass eine gültige Prosequierung nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt erfolgen könne (E. 2.3).

15 Urteil 5A\_545/2007 vom 9. Januar 2009; der Entscheid ist ebenfalls abgedruckt in BLSchK 2009, S. 103 ff. m.Anm. PETER sowie in Pra 2009, Nr. 45 m.Anm. SPÜHLER und in RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., III./H.

16 Urteil 5A\_360/2010 vom 12. Juli 2010.

17 Urteil 5A\_39/2009 vom 17. April 2009.

18 Urteil 5A\_197/2009 vom 26. Juni 2009 (Originalsprache französisch); Entscheid ebenfalls erwähnt in RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., III./H.

**BGE 135 III 608 ff.**<sup>19</sup> «Art. 271 ff. SchKG; Arrestierung von Vermögenswerten, die einem ausländischen Staat oder einer ausländischen Zentralbank gehören. Unterscheidung zwischen dem «genügenden Bezug» als Bedingung der Arrestierung von Vermögenswerten eines Schuldners, der nicht im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG in der Schweiz wohnt, und der «genügenden Binnenbeziehung» als Bedingung der Arrestierung von Vermögenswerten, die einem ausländischen Staat oder einer ausländischen Zentralbank gehören (E. 4).»

## 6. Paulianische Anfechtung

Im Zusammenhang mit dem Swissair-Konkurs, der uns schon in der letzten Ausgabe (auch) unter paulianischen Gesichtspunkten beschäftigte,<sup>20</sup> ergingen im Bereich der paulianischen Anfechtungsklagen weitere Urteile. Erwähnenswert ist vorab **BGE 136 III 247 ff.** In diesem Entscheid hatte das Bundesgericht die *Anfechtbarkeit von Darlehenszinszahlungen* im Lichte von Art. 288 SchKG (sogenannte Absichtsanfechtung<sup>21</sup>) zu beurteilen.<sup>22</sup> Die Absichtspauliana knüpft an drei Voraussetzungen: (erstens) an die Schädigung der Gläubigersamtheit, die (zweitens) vom Schuldner absichtlich vorgenommen wurde und die (drittens) für den begünstigten Dritten erkennbar sein musste. Am 28. September 2001 leistete die SAir Group AG an die Banque LB Lux S.A. fällige Zinszahlungen über CHF 1 545 694.44. Nur sechs Tage nach dieser Transaktion, am 4. Oktober 2001, ersuchte die SAir Group AG um provisorische Nachlassstundung, die ihr gewährt und später in eine definitive umgewandelt wurde. Während das Handelsgericht des Kantons Zürich erst das Vorliegen des dritten Kriteriums (Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht der Banque LB Lux S.A.) verneinte, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass bereits das erste Kriterium (Gläubigerschädigung) nicht erfüllt gewesen sei. Zwar führten im Resultat beide Entscheide zur Ablehnung des paulianischen Anfechtungsanspruchs der Klägerin. Dennoch ist die Begründung des Bundesgerichts bemerkenswert, gerade in Bezug auf die Anfechtbarkeit von Darlehenszinszahlungen: Es qualifiziert die Bezahlung von (fälligen) Darlehenszinsen als *gleichwertige Gegenleistung*<sup>23</sup> für das fortgesetzte Zurverfügungstellen des Darlehens, weshalb *keine Gläubigerschädigung*

i.S.v. Art. 288 SchKG vorliege.<sup>24</sup> Somit behandelt das Bundesgericht die Zahlungen von Darlehenszinsen anders als die Rückzahlung eines ungesicherten Darlehens, welche es nicht als gleichwertige Gegenleistung qualifizierte.<sup>25</sup> Zudem weist es darauf hin, dass die *Anfechtungsklage – als Ausnahmetatbestand – restriktiv* zu handhaben sei.<sup>26</sup> Entsprechend müsse dem Schuldner selbst in schwierigen Zeiten respektive bei finanziell angespannter Lage eine normale Geschäftstätigkeit möglich sein. Demgegenüber greife die Anfechtungsklage bei *unlauteren Machenschaften*, beispielsweise wenn Vollstreckungssubstrat beiseite geschafft worden sei, das sich bei normalem Geschäftsgebaren noch in der Masse vorgefunden hätte.<sup>27</sup>

**BGE 136 III 341 ff.** handelt von der *Fristwahrung und Klageänderung* im paulianischen Anfechtungsverfahren.<sup>28</sup>

Die M. AG (Rechtsvorgängerin der N. AG) verkaufte im Oktober 2002 insgesamt drei Grundstücke an die Y GmbH. Am 7. November 2005 wurde über die N. AG der Konkurs eröffnet. Im Konkursverfahren liess sich eine Gläubigerin den Anfechtungsanspruch (bezüglich der drei Grundstückveräusserungen) gegen die Y GmbH i.S.v. Art. 260 SchKG abtreten. Die Gläubigerin erhob sodann am 17. Januar 2007 eine Anfechtungsklage nach Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) und verlangte, die Y. GmbH sei zu verpflichten, ihr CHF 420 000.– nebst Zins zu bezahlen. Am 19. Dezember 2007 *änderte* die Klägerin ihr Klagebegehren dahin ab, es sei festzustellen, dass die drei Grundstücke zur Verwertung herangezogen werden könnten und der Konkursmasse der N. AG zurückzugeben seien; allenfalls sei die GmbH zu verpflichten, ihr CHF 420 000.– nebst Zins zu bezahlen. Die Beklagte machte geltend, bezüglich des Antrags auf Rückübertragung der Grundstücke sei die Zweijahresfrist des Art. 292 Ziff. 2 SchKG nicht eingehalten worden, weshalb der Anspruch *verwirkt* sei.<sup>29</sup> Das Bundesgericht hörte die Einrede der Verwirkung nicht.<sup>30</sup> Es begründete dies damit, dass bereits der Klageschrift zur Sache klar zu entnehmen gewesen sei, dass sich die Geldforderung aus einem Anfechtungstatbestand ableite.<sup>31</sup> Entsprechend habe die Beklagte Y. GmbH bereits zu diesem Zeitpunkt den Klagegrund gekannt – vor Ablauf der Verwirkungsfrist des Art. 292 Ziff. 2 SchKG.

19 Urteil 5A\_261/2009 vom 1. September 2009 (Originalsprache französisch); Entscheid ebenfalls besprochen von GÜNGERICH/BURI in *ius.focus* 2/2009, S. 20 sowie erwähnt in RÜETSCHI, *Entwicklungen* 2009, a.a.O., III./H.

20 HUNKELER, *Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008*, a.a.O., S. 1370–1372.

21 Vgl. dazu EMMENEGGER, *Das Sanierungsdarlehen*, in: *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 159 ff.

22 Hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Darlehensrückzahlungen vgl. den Entscheid «Swissair/ZKB» (BGE 134 III 452) sowie (statt vieler) HUNKELER, *Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008*, a.a.O., S. 1371 f.

23 Vgl. etwa LORANDI, *Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung*, Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, *BISchK* 6/2009, S. 227–229; RÜETSCHI, *Entwicklungen* 2010, a.a.O., III./K.; VOGT, *Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltpflicht der Organe*, *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 213 f.

24 BGE 136 III 247 E. 3–7 S. 250–255; vgl. HUNKELER, *Entwicklungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008*, a.a.O., S. 1371 f.

25 BGE 134 III 452 E. 3.1 S. 455; BERNHARDT, *Die Causa Swissair: Kondensstreifen am juristischen Himmel*, *Jusletter* vom 9. August 2010; EMMENEGGER, a.a.O., S. 165 ff.; HUNKELER, *Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen*, *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 147–149; VOGT, *Neue Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und aktienrechtliche Sorgfaltpflicht*, *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 207–214.

26 Vgl. auch das Urteil **5A\_420/2008** vom 28. Mai 2009, wo das Bundesgericht die Anfechtbarkeit einer «Share Swap Transaction» zu beurteilen hatte. Es verneinte ebenfalls das Vorliegen von Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung) mangels einer Gläubigerschädigung. Vgl. die kritische Würdigung dieses Urteils von ZELWEGER/GUTKNECHT, *Paulianische Anfechtung von Zahlungen im Rahmen eines Total Return Swap*, *SZW* 2010, S. 267 ff.; vgl. RÜETSCHI, *Entwicklungen* 2010, a.a.O., IV./O.

27 BGE 134 III 452 E. 2 S. 249 f.

28 Vgl. HUNKELER/DOMANIG, *Fristwahrung und Klageänderung im paulianischen Anfechtungsverfahren*, *Jusletter* vom 8. November 2010.

29 BGE 136 III 341 (Sachverhalt S. 342).

30 Vgl. HUNKELER/DOMANIG, a.a.O., Rz 5.

31 Vgl. BGE 136 III 341 E. 4.1 f. S. 343 f.

Demzufolge könne der Anfechtungsklägerin die Einrede der Verwirkung nicht entgegengehalten werden, wenn sie zunächst nur die Zusprechung eines Geldbetrages verlangt und (erst) nach Ablauf der Verwirkungsfrist von Art. 292 Ziff. 2 SchKG ihr Klagebegehren abgeändert und auch die Einbeziehung der fraglichen Gegenstände (vorliegend der Grundstücke) in die Konkursmasse verlangt habe.<sup>32</sup>

In **BGE 135 III 666 ff.** setzte sich das Bundesgericht mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen eine *ausländische Konkursverwaltung in der Schweiz eine Anfechtungsklage* nach Art. 285 ff. SchKG erheben könne. Eine solche Klage setzt gemäss dem höchstrichterlichen Entscheid zunächst einmal voraus, dass der ausländische Konkurs in der Schweiz *gemäss Art. 166 IPRG anerkannt* wird. Als Folge davon darf die ausländische Konkursverwaltung grundsätzlich die Anfechtungsklage erheben. Diese richtet sich nach Art. 171 IPRG, der auf die Art. 285–292 SchKG verweist. Die Anerkennung des ausländischen Konkurses alleine genügt jedoch noch nicht. Vielmehr verlangt das Bundesgericht zusätzlich, dass das schweizerische Konkursamt und die privilegierten Gläubiger *auf die Geltendmachung der Anfechtungsansprüche verzichtet* haben. Erst danach kann die ausländische Masse Anfechtungsansprüche gemäss Art. 171 IPRG i.V.m. Art. 285–292 SchKG geltend machen und den Prozesslöh direkt der ausländischen Masse zuführen.<sup>33</sup>

Mit der *Frage der Passivlegitimation bei Anfechtungsklagen* beschäftigte sich das Bundesgericht (unter anderem) in **BGE 135 III 265 ff.** und in **BGE 135 III 513 ff.** Nach Art. 290 SchKG richtet sich die paulianische Anfechtungsklage gegen Personen, die mit dem Schuldner die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihm in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sowie gegen ihre Erben oder andere Gesamtnachfolger und gegen bösgläubige Dritte.<sup>34</sup> Mit **BGE 135 III 265 ff.** stellte das Bundesgericht klar, dass der *tatsächlich Begünstigte* passivlegitimiert ist.<sup>35</sup> In casu erhob die Flughafen Zürich AG auf Grund eines Inkassovertags mit Skyguide Flugsicherungsgebühren. Gläubigerin und Begünstigte war daher Skyguide, weshalb nur sie passivlegitimiert gewesen wäre – und nicht die eingeklagte Flughafen Zürich AG.<sup>36</sup> Sodann setzte sich das Bundesgericht in **BGE 135 III 513 ff.** mit der *Bösgläubigkeit eines Dritten* i.S.v. Art. 290 SchKG auseinander. Diese Begrifflichkeit erfasst den Rechtsnachfolger (Singularsukzessor) des Anfechtungsbeklagten (Vertragspartner des Schuldners), der vom Bestand der Anfechtungsschuld wusste<sup>37</sup> oder davon bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte wissen müssen.<sup>38</sup> Massgeblich für die Beurteilung, ob jemand bösgläubig war, ist der *Zeitpunkt der Rechtsnachfolge* (Singularsukzession), nicht etwa derjenige der anfechtbaren Handlung. Als Folge der

Bösgläubigkeit haftet dieser mit dem Vertragspartner des Schuldners solidarisch.<sup>39</sup>

## 7. Konkurs- und Nachlassrecht

### 7.1. Abtretung von Rechtsansprüchen – zulässige Einreden

Das Bundesgericht kam in **BGE 136 III 107 ff.** zum Schluss, dass einem Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG nur Einreden entgegengebracht werden können, die *unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor Konkurseröffnung* bestanden haben. Konkret behandelte es die Frage, wann ein Abtretungsgläubiger eine Schiedsklausel in den Statuten der konkursiten Aktiengesellschaft beachten muss. Eine Gläubigerin, die zugleich Aktionärin der Gesellschaft war, liess sich vorliegend – gestützt auf Art. 757 OR i.V.m. Art. 260 SchKG – von einer konkursiten Aktiengesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche gegen Verwaltungsratsmitglieder abtreten. Die Verwaltungsratsmitglieder erhoben, unter Berufung auf eine Klausel in den Statuten der Aktiengesellschaft, die Schiedseinrede, was das Bundesgericht aus folgenden Gründen nicht schützte:

Verantwortlichkeitsansprüche sind nach Art. 757 OR genau *be-sehen Ansprüche der Gläubigersamtheit gegenüber den Organen*, nicht etwa solche der Aktiengesellschaft selber. Deshalb kann ein beklagtes Verwaltungsratsmitglied als Organ der konkursiten Aktiengesellschaft einem Abtretungsgläubiger nur diejenigen Einreden entgegenhalten, die ihm auch gegenüber der Gläubigersamtheit zustehen. Einreden gegenüber der Gesellschaft oder den Abtretungsgläubigern persönlich sind nicht zulässig. Schliesslich weist das Gericht aber darauf hin, dass die Ablösung des Anspruchs der Gesellschaft durch die Gläubigersamtheit im Konkurs allein dem Ausschluss derjenigen Einreden dient, die den Abtretungsgläubigern gegenüber nicht gerechtfertigt sind. Einreden hingegen, die unabhängig von der Willensbildung der Gesellschaft vor Konkurseröffnung bestanden haben, sind zulässig, so etwa die Verrechnungseinrede gemäss Art. 120 ff. OR.<sup>40</sup> Weil aber eine statutarische Schiedsklausel nicht unabhängig von der Willensbildung der Aktiengesellschaft besteht, hat diese gegenüber der Gläubigersamtheit keine Wirkung, weshalb sich die Verwaltungsräte nicht darauf berufen konnten.<sup>41</sup>

### 7.2. Rechtskraftwirkung des Kollokationsprozesses

Hinsichtlich einer Kollokationsklage im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung (Art. 321 Abs. 1 i.V.m. Art. 250 Abs. 1 SchKG) wies das Bundesgericht in **BGE 135 III 470 ff.** darauf hin, dass der *Kollokationsprozess ausschliesslich der Bereinigung des Kollokationsplans* dient. Über das Konkurs- respektive Nachlassverfahren hinaus zeitigt der Kollokationsprozess keine Rechtskraftwirkung. Weil das Schuldverhältnis als solches (zwischen Schuldner und Gläubiger) nicht rechtskräftig festgelegt wird, handelt es sich bei der Kollokation von Ansprüchen aus einem Arbeitsverhältnis nicht um einen arbeitsrechtlichen Fall. Daher muss

32 Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., III./K.

33 BGE 135 III 666 E. 3.2 und 3.2.1 S. 667 f.; vgl. auch BGE 135 III 40 E. 2.5.1 S. 44.

34 Vgl. auch BGE 135 III 513 E. 7.1 S. 524.

35 Vgl. LORANDI, a.a.O., S. 230.

36 BGE 135 III 265 E. 3 S. 268 f.

37 Vgl. BGE 130 III 235 E. 6.1.1 S. 238 f.

38 Vgl. BGE 52 II 46 E. 2 Abs. 2 S. 57 f.; Urteil 5A\_210/2007 vom 7. Februar 2008 E. 5.2.

39 BGE 135 III 513 E. 7.1 S. 524 f.; BSK SchKG II-STAEHELIN, Art. 291 N 10.

40 BGE 136 III 107 E. 2.5.1 S. 109.

41 BGE 136 III 107 E. 2.5.2 S. 109.

in diesem Zusammenhang bei Beschwerden in Zivilsachen an das Bundesgericht die Streitwertgrenze von CHF 30 000.– beachtet werden (vgl. Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).<sup>42</sup> Des Weiteren sind dem unterliegenden Beschwerdeführer auch die Gerichtskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 66 Abs. 1 BGG).<sup>43</sup>

### 7.3. Rechtsmittel in der Wechselbetreibung

Nach Art. 174 Abs. 1 SchKG kann der Entscheid des Konkursgerichts innert zehn Tagen nach seiner Eröffnung an das obere kantonale Gericht weitergezogen werden. Diese Bestimmung gelangt im Rahmen der Wechselbetreibung gemäss **Urteil 5A\_268/2010 vom 30. April 2010** nicht zur Anwendung.<sup>44</sup> Denn Art. 189 Abs. 2 SchKG, der abschliessend auf sieben Bestimmungen der ordentlichen Konkursbetreibung verweist, erwähnt Art. 174 SchKG nicht, weshalb weder der Entscheid des Konkursgerichts über die Aussetzung noch die Eröffnung des Konkurses an das obere Gericht weitergezogen werden können. Daher ist gegen den Entscheid des Konkursgerichts im Rahmen einer Wechselbetreibung (*nur*) die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht zulässig, auch wenn der Entscheid nicht vom oberen Gericht erlassen wurde.<sup>45</sup>

### 7.4. Voraussetzungen des Konkursaufschubs – und Abgrenzung zum Nachlassverfahren

Die richterliche Gewährung eines Konkursaufschubs (Art. 725a OR)<sup>46</sup> setzt eine Überschuldungsanzeige i.S.v. Art. 725a Abs. 1 OR voraus, einschliesslich einer von der Revisionsstelle geprüften Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR.<sup>47</sup> Die Möglichkeit des **Konkursaufschubs** ist gemäss bundesgerichtlichem **Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010**<sup>48</sup> klar abzugrenzen von der Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG.

In dem zugrunde liegenden Fall beantragte eine Aktiengesellschaft beim Bezirksgericht Baden einen «Konkursaufschub». Dieser wurde ihr von der zuständigen Konkursrichterin gestützt auf Art. 725a OR – zu Unrecht – bewilligt.<sup>49</sup> Danach stellte die Aktiengesellschaft ein Gesuch um Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) und beantragte gleichzeitig das Aussetzen des Entscheids über den Konkurs (Art. 173a SchKG), was beides bewilligt wurde. Nachdem kein Nachlassvertrag zustande kam, zog die Aktiengesellschaft ihr Gesuch um Nachlassstundung zurück, worauf das Nachlassverfahren als erledigt *abgeschrieben* wurde. Schliesslich eröffnete die Bezirksgerichtspräsidentin, gestützt auf die Überschuldungsanzeige in Anwendung von Art. 192 SchKG und

Art. 725a Abs. 1 erster Satz OR, den Konkurs über die Aktiengesellschaft.

Gemäss Art. 725a OR darf der Konkurs nur eröffnet werden, wenn eine Überschuldungsanzeige vorliegt. Eine solche fingierte das Obergericht des Kantons Aargau, weil die Aktiengesellschaft einen Konkursaufschub erwirkt hatte. Diese Auffassung des Obergerichts teilte das Bundesgericht nicht, weshalb es den Entscheid aufhob. Es führte aus, dass der *Konkursaufschub nur im Zusammenhang mit einer Überschuldungsanzeige möglich ist und nicht vorsorglich im Hinblick auf das mögliche Konkursbegehren eines Gläubigers beantragt werden kann*. Eine solche Überschuldungsanzeige i.S.v. Art. 725a OR erfolgte aber vorliegend gerade nicht,<sup>50</sup> womit die Aktiengesellschaft zu Unrecht einen Konkursaufschub erwirkt hatte. Eine Überschuldungsanzeige kann nicht fingiert werden. Vielmehr sind der Konkursaufschub (Art. 725a OR) und die Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) zwei voneinander unabhängige Verfahren, die nicht etwa nebeneinander bestehen. Im Übrigen erblickte das Bundesgericht einen Widerspruch in der Tatsache, dass der Konkurs gestützt auf ein Nachlassgesuch ausgesprochen wurde, das von den Nachlassbehörden als rechtskräftig zurückgezogen erachtet wurde. Abschliessend hielt das Bundesgericht zutreffend fest, ein Entscheid des Nachlassrichters über das Nichtzustandekommen des Nachlassvertrags stelle keinen gesetzlichen Grund zur Konkurseröffnung dar, sondern müsse vom Gläubiger nach Art. 309 i.V.m. Art. 190 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG beantragt werden.<sup>51</sup>

## 8. Bankenkonzurs

### 8.1. Zentrale Rolle der FINMA

Das Bankengesetz enthält sowohl Massnahmen bei Insolvenzgefahr (vgl. Art. 25 BankG) als auch besondere Bestimmungen bezüglich Bankenkonzurs (vgl. Art. 33–37g BankG). In allen Fällen nimmt die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) eine wichtige Position ein. Bereits im Stadium der Insolvenzgefahr kann sie, innerhalb ihres weiten Ermessensspielraums,<sup>52</sup> geeignete Massnahmen anordnen, – gegebenenfalls sogar den Konkurs über eine Bank verhängen (Art. 25 Abs. 1 lit. c BankG i.V.m. Art. 33 ff. BankG).

### 8.2. Unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen

Die Bestimmungen über den Bankenkonzurs finden auch Anwendung auf die Liquidation von Personen, die ohne Bewilligung einer den Banken oder den bewilligten Effektenhändlern vorbehaltenen Tätigkeit nachgehen.<sup>53</sup> Regelmässig Anlass für Streitigkeiten bildet die unerlaubte gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen.<sup>54</sup> Genau davon handelt auch der Sach-

42 BGE 135 III 470 E. 1.2 S. 472 f.

43 BGE 135 III 470 E. 3 S. 473.

44 Urteil 5A\_268/2010 vom 30. April 2010, Die Praxis 2011 1, S. 65–67 (bearbeitet von SPÜHLER).

45 Urteil 5A\_268/2010 vom 30. April 2010 E. 1.2.

46 Diese Bestimmung soll nach dem Willen des Bundesrats aufgehoben und in das SchKG integriert werden (vgl. II./1. hiervor).

47 Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010 E. 3.5.

48 Vgl. Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010, SZPZ 2011 1, S. 67–70 sowie die Fallbesprechung von MABILLARD, S. 71–74.

49 Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010 E. 3.3.2.

50 Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010 E. 3.3.3.

51 Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010 E. 3.5; vgl. auch die Fallbesprechung von MABILLARD, a.a.O., S. 73 Ziff. 5.

52 Urteil 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.2.1.

53 Vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2 S. 46.

54 Vgl. BGE 136 II 43 ff.; Urteil 2C\_74/2009 vom 22. Juni 2009; Urteil BVGer A-3535/2010 vom 14. Juli 2010; Urteil BVGer B-4888/2010 vom 8. Dezember 2010.

verhalt in **BGE 136 II 43 ff.** Das Bundesgericht hält in jenem Entscheid fest, dass Art. 31 FINMAG die FINMA berechtigt, alle notwendigen Verfügungen zu erlassen, die Missstände beseitigen und den ordnungsgemässen Zustand wiederherstellen.<sup>55</sup> «Geht eine Gesellschaft unbewilligt einer den Banken oder den bewilligten Effektenhändlern vorbehaltenen Tätigkeit nach, kann die FINMA sie im Rahmen der allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheits- und Verhältnismässigkeitsgebot, Treu und Glauben usw.) aufsichtsrechtlich liquidieren» (vgl. Art. 37 Abs. 3 FINMAG).<sup>56</sup> Soweit sich das betroffene Unternehmen als *überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig* erweist, verfügt die FINMA den *Bankenkurs – analog den Bestimmungen von Art. 33 ff. BankG*. Auch für deren Durchführung sind die Bestimmungen des BankG sinngemäss anwendbar, wobei die Sanierungsfähigkeit (vgl. Art. 28 ff. BankG) regelmässig nicht mehr geprüft werden muss.<sup>57</sup> Anwendbar sind auch die Bestimmungen über das SchKG, soweit die Bankengesetzgebung nichts Abweichendes regelt, wobei Art. 34 Abs. 3 BankG die FINMA in jedem Fall berechtigt, *abweichende Verfügungen und Anordnungen zu treffen*.<sup>58</sup>

Des Weiteren bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung hinsichtlich der *Gruppentätigkeit*, die sich durch arbeitsteiliges Vorgehen verschiedener Personen auszeichnet. Danach kann eine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Effektenhändler beziehungsweise eine bankenrechtlich unzulässige Entgegennahme von Publikumsgeldern auch bei Gruppentätigkeiten vorliegen, weshalb die einzelnen Gruppengesellschaften als Gesamtbild zu betrachten, zu beurteilen und (gegebenenfalls)<sup>59</sup> zu liquidieren sind.<sup>60</sup>

## 9. Internationale Verhältnisse

**BGE 136 II 566 ff.**<sup>61</sup> «Lugano-Übereinkommen; Gerichtsstand der provisorischen Rechtsöffnung. Die provisorische Rechtsöffnung fällt unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ. Der Gerichtsstand der provisorischen Rechtsöffnung ist deshalb nicht Gegenstand einer Gerichtsstandsvereinbarung (Art. 17 LugÜ) (E. 3).»

Die Sparkasse Y. mit Sitz in Deutschland betrieb X. mit Wohnsitz in der Schweiz. Die Sparkasse stützte ihre Forderung auf einen vom Betriebenen als «Selbstschuldner» unterzeichneten Bürgschaftsvertrag, mit welchem Forderungen der Sparkasse gegen die W. GmbH aus einem Rahmenvertrag für Fremdwährungsdarlehen gesichert worden waren. In diesem Bürgschaftsvertrag wurde der Sitz der Sparkasse Y. in Deutschland als Gerichtsstand bestimmt.

Das Bundesgericht beurteilte einzig die Frage, ob die Schweizer Gerichte zur Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung zuständig seien. Der Beschwerdeführer X. berief sich auf die im

Bürgschaftsvertrag enthaltene Gerichtsstandsvereinbarung, wonach der Gerichtsstand am Sitz der Sparkasse vereinbart worden war.

Das Bundesgericht prüfte die in der Lehre umstrittene Frage, ob aufgrund von Art. 16 Z. 5 LugÜ für die provisorische Rechtsöffnung eine zwingende Zuständigkeit gelte.

Die Auffassung, wonach die provisorische Rechtsöffnung nicht unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ falle, werde im Wesentlichen damit begründet, dass es sich dabei nach dem System des LugÜ nicht um ein Zwangsvollstreckungs-, sondern um ein Erkenntnisverfahren, also um ein materiellrechtliches Verfahren, handle. Das Bundesgericht habe allerdings stets an der rein betriebsrechtlichen Natur der provisorischen Rechtsöffnung festgehalten. Der Rechtsöffnungsrichter befinde nicht über den Bestand der in Betreuung gesetzten Forderung, sondern einzig über deren Vollstreckbarkeit. Dass im Rahmen des Rechtsöffnungsverfahrens vorfrageweise auch gewisse materiellrechtliche Punkte zu berücksichtigen seien, ändere an der Rechtsnatur desselben nichts.

Der provisorischen Rechtsöffnung komme aufgrund des anders gelagerten Streitgegenstandes keine Rechtskraftwirkung für den späteren Forderungsprozess zu, der Ausgang des Rechtsöffnungsverfahrens beeinflusse lediglich die Parteirollenverteilung für den materiellen Prozess. Die vom Schuldbetriebsrecht vorgesehene Abfolge von provisorischer Rechtsöffnung und Forderungsprozess zeige, dass es sich beim vorausgehenden Rechtsöffnungsverfahren nicht um ein Erkenntnisverfahren handeln könne. Die Aneinanderreihung zweier materiellrechtlicher Verfahren wäre nicht sinnvoll.

Zusammenfassend hält das Bundesgericht richtigerweise fest, der Bezug der provisorischen Rechtsöffnung zur Zwangsvollstreckung sei dermassen eng, dass sie unter Art. 16 Ziff. 5 LugÜ zu subsumieren sei. Der Gerichtsstand der provisorischen Rechtsöffnung stehe somit nicht zur Disposition und könne in einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht derogiert werden.

**BGE 136 III 575:**<sup>62</sup> «Art. 30a, 33 Abs. 2, Art. 74 Abs. 1 SchKG; Betreuung gegen einen ausländischen Staat; Frist zur Erhebung des Rechtsvorschlages. Voraussetzungen für die Zustellung des Zahlungsbefehls und für die Verlängerung der Rechtsvorschlagsfrist in einer gegen einen Staat eingeleiteten Betreuung (E. 4).»

**BGE 136 III 587 ff.:**<sup>63</sup> «Art. 85a Abs. 2 und Art. 173 Abs. 1 SchKG; Einstellung der Betreuung und Aussetzung des Konkursentscheides. Wird vor dem Entscheid über das Konkursbegehren eine negative Feststellungsklage anhängig gemacht, ist zuerst über die Einstellung der Betreuung zu befinden; diese kann superprovisorisch verfügt werden (E. 2).»

Nachdem die Schuldnerin (Beschwerdeführerin) äusserst kurz vor der Konkursverhandlung die negative Feststellungsklage eingereicht habe, habe sie nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass vor dem Konkursstermin wenigstens vorläufig über die Einstellung der Betreuung entschieden würde. Sie habe alles

55 BGE 136 II 43 E. 3.1 S. 46.

56 BGE 136 II 43 E. 3.2 [erster Satz] S. 46.

57 Vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2 S. 46.

58 Urteil 2C\_237/2009 vom 28. September 2009 E. 3.2.1.

59 Vgl. BGE 136 II 43 E. 7 S. 55–60.

60 Vgl. BGE 136 II 43 E. 4.3.1 S. 49.

61 Urteil 5A\_36/2010 vom 7. Oktober 2010.

62 Urteil 5A\_286/2010 vom 7. Oktober 2010.

63 Urteil 5A\_534/2010 vom 28. Oktober 2010; Entscheid ist ebenfalls besprochen von GÜNGERICH/BURI in ius.focus 1/2011, S. 20.

getan, was ihr aufgrund der allein vom erstinstanzlichen Gericht zu verantwortenden Terminplanung möglich gewesen sei, und sie müsse sich nicht entgegenhalten lassen, sie hätte ihre Klage so spät eingereicht, dass keine Anhörung der Gegenpartei mehr habe stattfinden können. Dies umso mehr, als eine superprovisorische Einstellung der Betreuung ohne weiteres möglich gewesen wäre. Es sei nicht ausgeschlossen, die vorläufige Einstellung, bei der es sich um eine vorsorgliche Massnahme handle, bei dringender Gefahr nach den Modalitäten des kantonalen Verfahrensrechts vorab superprovisorisch zu verfügen und sodann nach Anhörung der Gegenpartei im Rahmen der vorsorglichen Massnahme zu bestätigen oder zurückzunehmen. Dass die geforderte dringende Gefahr vorliegend gegeben gewesen sei, brauche nicht weiter ausgeführt zu werden.

Die Bundesgerichtspraxis zu Art. 85a SchKG öffnet dem Schuldner Tür und Tor, mit diesem ausserordentlichen Behelf den Betreuungsgläubiger – oder den Gläubiger, der die Konkurseröffnung gestützt auf einen materiellen Konkursgrund verlangt (Art. 190 SchKG) –, im letzten Moment doch noch auszubremesen.

#### IV. Literaturverzeichnis (Auswahl)

- ABEGGLEN SANDRO/WEBER PHILIPPE/BONO DANIEL/HUBER ANDREA, Too big to fail and Basle III: Switzerland at the forefront, in: PLC Capital Markets Handbook 2011.
- AEMISEGGER CLAUDE, Qualifizierte Schuldurkunden und SchKG, Zürich 2009.
- AMREIN BRUNO, KMU und das SchKG oder «Recht haben heisst nicht Geld bekommen», 4. Aufl., Zürich 2009.
- BAUER THOMAS Nachhaltige Unternehmenssanierung – Ein Diskussionsbeitrag zur Revision des Obligationenrechts, ST 2010, S. 455.
- BERGER BERNHARD, Treuhand- und Trustverhältnisse in der Einzelzwangsvollstreckung und im Konkurs, ZZZ 2008/2009, S. 147–159.
- BIANCHI DORIS, Der Arbeitnehmerschutz ist keine Hürde bei Sanierungen, Die Volkswirtschaft 2010/5, S. 31
- BIERI RAPHAEL/KILCHMANN JÖRG, Risiko einer paulianischen Anfechtung bei Unternehmenskäufen, in: Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2009/2010, Zürich 2010, S. 30–37.
- BOLLER URS, Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG, *AJP/PJA* 2/2010, 187 ff.
- BOVEY GREGORY, L'obligation des tiers de renseigner l'office des poursuites et des faillites (Art. 91 al. 4 et 222 al. 4 LP), *JdT* 2009 II, S. 62–77.
- BRACONI ANDREA, Interdiction des poursuites individuelles après l'ouverture de la faillite (Art. 206 al. 1 LP) et date de naissance de la créance de dépend – Note sur l'arrêt de la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral du 23 mai 1997 dans la cause 7B.44/1997, *SZZP* 2010, S. 81–85.
- BÜHLER CHRISTOPH B., Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft, Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen der Sanierung de lege ferenda, ST 2010, S. 444–454; DERS., Sanierung nach Aktienrecht de lege lata et ferenda, Zürich 2010.
- COURVOISIER MATTHIAS, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, in: *Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2008/2009*, Zürich 2009, S. 217–228.
- DALLA TORRE LUCA/LEISINGER BENJAMIN/MOSIMANN OLIVIER/REY MATTHIAS/SCHOTT ANSGAR/WEBER MARTIN KARL, Sicherheiten nach Bucheffektengesetz – theoretische und praktische Aspekte, «recht» 2010/01, S. 16–29.
- DUC PABLO, Die laufende Reform des Unternehmenssanierungsrechts aus praktischer Sicht, *Die Volkswirtschaft* 2010/5, S. 32.
- EGELI RAOUL, Gläubigerschutz Recht Transparent, Zürich 2010.
- EMMENEGGER SUSAN, Das Sanierungsdarlehen, in: *Kreditrecht*, Basel 2010, S. 153–189.
- ERNST WOLFGANG, Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, *SJZ* 2010, S. 389–395 (Teil 1) sowie S. 417–425 (Teil 2).
- FATZER PETER, Erleichterungen für Auffanggesellschaften: Genügt die Revision des Sanierungsrechts?, *Die Volkswirtschaft* 2010/5, S. 28 f.
- FORSTMOSER PETER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: *Festschrift für Rudolf Tschäni*, Zürich 2010, S. 431–448.
- FRITSCHI EUGEN, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Zürich 2010.
- FURRER URS, Sanierungen erleichtern, flexibles Arbeitsrecht bewahren, *Die Volkswirtschaft* 2010/5, S. 30.
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, *Kurzkommentar*, Zürich/St.Gallen 2010.
- GATTLEN THOMAS, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz.
- GEHRI MYRIAM A./KOSTKIEWICZ GREGOR H., Anerkennung ausländischer Insolvenzscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?, *SZIER* 2009, S. 193–222.
- GIANNATTASIO MARIA, Le statut des bateaux, en particulier dans l'exécution forcée, et la procédure de limitation de la responsabilité moyennant constitution d'un fonds de limitation, Zürich 2009.
- GILLIERON PIERRE-ROBERT, L'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir opérée par la poursuite pour dettes contre une communauté héréditaire, *JdT* 2009 II, S. 97–106.
- GIROUD ROGER, SchKG: Schemen und Abläufe, Zürich 2009.
- GLANZMANN LUKAS, Sanierungsdarlehen, *ZBJV* 2010, S. 261 ff.; DERS. Unternehmen in der Krise – Rückzahlung und Besicherung von Darlehen, *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht*, Bern 2010, S. 223–242.
- HUBER UELI, Clawback risks in connection with loans to debtors in distress, *International Law Office Newsletter*, April 16, 2010.

- HUBER UELI/ZOLLER ANNE SABINE, Multinational Enterprise Liability in Insolvency Proceedings, in: European Lawyer Reference Series, London 2010.
- HUNKELER DANIEL (HRSG.), Kurzkomentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2009; DERS., Konkursrechtliche Privilegierung der Mehrwertsteuer, Jusletter vom 26. Oktober 2009; DERS., Zinszahlungen beim Darlehen sind grundsätzlich paulianisch nicht anfechtbar, Jusletter vom 15. März 2009; DERS., Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2009, Bern 2009, S. 1346 ff.; DERS., Neues zur Revision des Unternehmenssanierungsrechts, Jusletter vom 25. Januar 2010; DERS., Umfassende Revision des Sanierungsrechts lanciert, Jusletter vom 13. September 2010; DERS., Die Absichtsanfechtung im Allgemeinen, in: Kreditrecht, Basel 2010, S. 137–151; DERS., Bankensanierung – insbesondere unter internationalen Aspekten, SZW/RSDA 6/2010.
- HUNKELER DANIEL/DOMANIG ANDREA, Fristwahrung und Klageänderung im paulianischen Anfechtungsverfahren, Jusletter vom 8. November 2010.
- HUNKELER DANIEL/ROTHENBÜHLER FRITZ, Insolvenzzrechtliche Irrwege im Bereich der Mehrwertsteuer, Jusletter vom 29. November 2010.
- JAEGER RAPHAEL/HAUTLE THOMAS, Bankenkonzurs und Einlagensicherung in der Schweiz, AJP 2009, S. 395–404.
- JEKER MARC J., Die konkurs- und strafrechtliche Aufarbeitung der Kriminalinsolvenz, Zürich 2009.
- KLEIBOLD THORSTEN, Liabilität und Liquidität in der Unternehmenskrise: Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit im Kontext des Schweizer Gesellschafts- und Insolvenzrechts, in: Auswirkungen von Krisen auf Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Bern 2009, S. 151–172.
- KOBEL ESTHER/SCHMID KARIN/ROTH DANIEL, Bewilligungspflichtige Finanzmarktstätigkeit, TREX – Der Treuhandexperte 2/2009, S. 78–81.
- KRAMPF MICHAEL/BAUMGARTNER GABRIELA/SCHOCH HANS/BRÄUNLICH KELLER IMTRAUD, Erfolgreich als KMU. Krisenfest mit Kunden, Personal, Lieferanten und Geldgebern. Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, Zürich 2010.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Unterhaltsverträge als Vollstreckungstitel im schweizerischen nationalen und internationalen Recht, ZBJV 04/2010, S. 324.
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/RODRIGUEZ RODRIGO, Der unwidersprochene Zahlungsbefehl im revidierten Lugano-Übereinkommen, Jusletter 26. April 2010.
- KREUTZ DENISE, Pensionskassen- und AHV-Beiträge im Konkurs des Arbeitgebers, Jusletter vom 23. Februar 2009.
- KREUTZ DENISE/MUTTI CHRISTOPH, Baurechte im Zwangsverwertungsverfahren, BISchK 2009, S. 85–92.
- PETER V. KUNZ, TBTF – Überlegungen zur «Too big to Fail»-Problematik, Jusletter 17. Mai 2010.
- KÜNZLER ADRIAN, Liquidation einer Gesellschaft nach den Vorschriften über den Konkurs: Bezugspunkte zwischen den Bereichen Überschuldung und Organisationsmangel, REPRAX 2009/3, S. 1–9.
- LORANDI FRANCO, Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, Ein Spaziergang durch den paulianischen Rosengarten des Bundesgerichts, BISchK 6/2009, S. 213–236; DERS., Nachlassvertrag im Privatkonkurs, AJP 2009, S. 565–574; DERS., Hüst und hott bei den Konkursprivilegien, Plädoyer 5/2010, S. 32–39; DERS., Aktuelles zum Bankenkonzurs, in: Nobel (Hrsg.), St. Galler Bankrechtstag 2009, Bern 2010, S. 105–129 (zit. Bankenkonzurs); DERS., Konkursprivileg für Forderungen einer Personalvorsorgeeinrichtung gegenüber einem angeschlossenen Arbeitgeber aus Anleiheobligationen, ARV 2010, S. 91–93 (zit. Konkursprivileg).
- LORANDI FRANCO/ERISMANN MICHAEL, Nachlassvertrag im Konkurs (Art. 332 SchKG), AJP 2009, S. 331–345.
- MABILLARD RAMON, Konkursaufschub: Provisorische Nachlassstundung ohne Sachwalter?, ZZZ 2008/2009, S. 363–379; DERS., Fallbesprechung Urteil 5A\_269/2010 vom 3. September 2010, SZP 2011, S. 71–74; DERS., Kündigung der Dauer-schuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren. Prozessuale Kompensation des materiell-rechtlichen Eingriffs gemäss Art. 297a VE-SchKG, BISchK 2010, S. 189–205.
- MEIER-DIETERLE FELIX C., Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, AJP/PJA 2010, S. 1211 ff.
- MILANI DOMINIK, Die Behandlung der konkursrechtlichen Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren, in: Schriften zum schweizerischen Zivilprozessrecht, Band 7, 2011.
- NAEGELI GEORG, Die Auswirkungen der Konkurserklärung auf ein hängiges Schiedsverfahren, Jusletter vom 31. August 2009.
- PETER HANSJÖRG, Le point sur le droit des poursuites et des faillites/Entwicklungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, SJZ 2009, S. 361–366; DERS., Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bern 2010.
- PFÄFFLI ROLAND/BYLAND DANIELA, Ein aktuelles Urteil aus Lausanne im Spannungsfeld zwischen Konkurs, Scheidung und Grundbuch, Jusletter vom 23. November 2009.
- REBSAMEN THOMAS, Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen, Jusletter vom 21. September 2009.
- REISER HANS, Rechtsprechung zum Arrest im Jahre 2008 mit Nachtrag zum Jahr 2007: Eine Übersicht, BSchK 2009, S. 1 ff.
- REYMOND JACQUES, La poursuite contre une succession, JdT 2009 II, S. 45–61.
- RODRIGUEZ RODRIGO, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, AJP/PJA 12/2009, 1550 ff.; DERS., Latest developments in Swiss Insolvency Law: the Swissair insolvency and (some of) its consequences, in: Banca d'Italia (Ed.), Quaderni di ricerca giuridica Nr. 69, Rome 2011; DERS., Die Empfehlungen der UNCITRAL zur Behandlung von Gruppeninsolvenzen unter Berücksichtigung der Sanierungs-

- rechtsrevision in der Schweiz, ZZPInt 1/2011; DERS., Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano Übereinkommen, AJP 2009, S. 1550–1562.
- ROTH JÜRIG, Die nachrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 2009, S. 413–422; DERS., Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 2009, S. 457–466; DERS., Sanierungsdarlehen: Nachrang – Gleichrang – Vorrang, Basel 2009.
- ROTH MARKUS, Revision der Sanierungsverfahren: Schuldnerfreundlich, gläubigerfeindlich, Die Volkswirtschaft 2010/5, S. 33.
- RÜETSCHI DAVID, njus.ch, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010 (zit. Entwicklungen 2009); DERS., njus.ch, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011 (zit. Entwicklungen 2010); DERS., Zur Revision des Sanierungsrechts, Die Volkswirtschaft 2010/5, S. 4–7; DERS., Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs im Konkurs, Jusletter 19. Juli 2010.
- SCHWANDER DANIEL, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens ZBJV 9/2010, S. 641 ff.
- SOGO MIGUEL, Kleine Arrestrevision, grosse Auswirkungen – zur geplanten Anpassung des Arrestrechts im Rahmen der Revision des Lugano-Übereinkommens, SZP 2009, S. 75–98.
- SPÜHLER KARL/GEHRI MYRIAM A., Fälle im Zivilprozessrecht sowie im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich 2009.
- STAEHELIN DANIEL, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter 11. Oktober 2010.
- STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Band SchKG I (Art. 1–158) und Band SchKG II (Art. 159–352), 2. vollständig überarbeitete und aktualisierte Aufl., Basel 2010; DERS. Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I und II, 2. Aufl., 2010.
- STABLE DOMINIC, Die Online-Auktion als alternative Verwertungsmassnahme im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich/St. Gallen 2010.
- STÖCKLI KURT, Der Verkauf von Betriebsteilen während der Nachlassstundung, Anwaltsrevue 2/2010, S. 68.
- STOFFEL WALTER A., Unterlage zur Berner Tagung zum «Zusammenspiel des revLugÜ mit dem revSchKG und der schweizerischen ZPO» vom 10. September 2010.
- STOFFEL WALTER A./CHABLOZ ISABELLE, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Bern 2010.
- STUDER FRANZ, Das Retentionsrecht im neuen Sanierungsverfahren: Abschaffung von Gläubigerprivilegien zur Verbesserung der Sanierungsaussichten von Unternehmungen?, AJP 2009, S. 1453 ff.
- THÉVENOZ LUC/ZULAUF URS, Bank- und Finanzmarktrecht BF 2011, Regulierung und Selbstregulierung der Finanzmärkte der Schweiz (inkl. FINMA), Bern 2011.
- VOGT HANS-UELI, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, GesKR 2009, S. 163 ff.; DERS., Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, in: Kreditrecht, Basel 2010, S. 191–226; DERS., Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010, S. 1075–1091.
- VOGT HANS-UELI/KÄSER THOMAS, Paulianische Anfechtung der Rückzahlung eines Kredits und von Zahlungen im Rahmen einer share swap transaction, GesKR 2009, S. 583 ff.
- VOGT HANS-UELI/SCHÖNBÄCHLER MARCEL, Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft: Modalitäten der Geltendmachung und Zulässigkeit von Einreden, Besprechung der BundesgerichtsUrteile 4A-463/2009 vom 7. Dezember 2009 und 4A\_446/2009 vom 8. Dezember 2009, GesKR 2010, S. 446–256.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BILEK EVA, Aktienrechtliche Querbezüge zum geplanten Bucheffektengesetz (BEG), SZW/RSDA 2/2008, S. 193–207.
- WALTHER FRIDOLIN, Die neue Schweizer ZPO und das SchKG – Zehn praxisrelevante Neuerungen, SZP 2008, S. 417 ff.
- WICKI JODOK, Sanierung gescheitert – Rückerstattung der Honorare der Revisionsstelle und von Beratern, Der Treuhanderxperte 2009, S. 112–114.
- WOLFGANG ERNST, Die Zahlung fälliger Schuld als Fall der paulianischen Anfechtung in Geschichte und Gegenwart, SJZ 2010, S. 389 ff., 417 ff.
- WÜTHRICH KARL, Aussonderung des Leasingobjektes im Konkurs des Leasingnehmers, Anwaltsrevue 2009, S. 415–418.
- ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE, Finanzmarktprivatrecht 2007/08: Leitentscheide und weitere Entscheide des Bundesgerichts, recht 2009, S. 54 ff.; DIES. Paulianische Anfechtung von Zahlungen im Rahmen eines Total Return Swap, SZW 2010, S. 267 ff.
- ZILTENER FELIX, Die Konkurrenz von Konkursverlustscheinforderungen im Prozess betreffend Feststellung neuen Vermögens, ZZZ 2009, S. 19–28.
- ZULAUF URS, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland –, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht (Deutschland) 64 (2010), S. 1525 ff. ■