

## Prüfung im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz

Bern, 25. Juni 2010



---

<sup>b</sup>  
**UNIVERSITÄT  
BERN**

Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Departement für Privatrecht  
**Institut für Internationales  
Privatrecht und Verfahrensrecht**

## Prüfung im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Prof. Dr. Jolanta Kren Kostkiewicz

Bern, 25. Juni 2010

Beginn: 14:00 Uhr

Dauer: 2h

Hilfsmittel: SchKG; VZG; KOV; VFRR; ZPO/CH; OR

Es ist auf die gestellten Fragen einzugehen. Die Antworten sind ausformuliert zu **begründen** und mit den einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu **belegen** (**Punktetotal 90**).

### Sachverhalt

Die **Spirit GmbH**, eine in der **Modebranche** tätige Unternehmung, war im **Handelsregister** in **Basel-Stadt** eingetragen und unterhielt am Barfüsserplatz ein Ladenlokal. Als Vollzeitangestellte beschäftigte sie **Maria Modisch** und **Helene Hübsch**.

Die Verkaufsware bezog die Spirit GmbH bei der Juttesack AG im Rahmen eines **Sukzessiv-lieferungsvertrages**. Gemäss dieser Vereinbarung verpflichtete sich die Spirit GmbH, die entsprechenden Warenlieferungen **jeweils auf Ende jeden zweiten Monats zu bezahlen**.

Aufgrund der Finanzkrise konnten die eingegangenen Verbindlichkeiten im Betrag von **CHF 120'000.00** für die Warenlieferungen im Jahr 2010 nicht mehr erfüllt werden. Dieser Ausstand betraf den **wesentlichsten Anteil der Schulden des gesamten Geschäftsbetriebes**. Überdies **verspielte der Geschäftsführer der Spirit GmbH, Pius Protz, Aktiven der Gesellschaft in Höhe von CHF 10'000.00 im „Grand Casino“ Basel**.

Am **10. Februar 2011** erhob **Maria Modisch** gegen die **Spirit GmbH**, nach **missglücktem Schlichtungsversuch**, beim zuständigen Gericht eine Klage auf Bezahlung der **ausstehenden Lohnansprüche in Höhe von CHF 18'000.00 für die Monate Juli bis Dezember 2010**. Im Namen

der belangten Spirit GmbH beantragte Pius Protz die Abweisung der Klage mit der Begründung, **sämtliche Lohnforderungen aus dem Arbeitsverhältnis seien bezahlt worden**. Die Verhandlung **fand bis heute noch nicht statt**.

Einen Monat später, d.h. am **10. März 2011 um 15:00 Uhr**, eröffnete das Konkursgericht auf **Begehren der Jutesack AG** hin den **Konkurs über die Spirit GmbH**.

Im **Konkursinventar** (aufgenommen am 14. März 2011) wurden folgende Aktiven mit gesamtem Schätzwert von **CHF 90'000.00** verzeichnet:

- die Winterkollektion „Young & Sexy“ des Jahres 2010/2011 (CHF 20'000.00),
- ein aus den Geschäftsbüchern (Art. 36 KOV) und im Rahmen der Einvernahme von Pius Protz (Art. 37 KOV) ermittelter und von diesem bestrittener **Verantwortlichkeitsanspruch** i.S.v. Art. 827 i.V.m. Art. 754 OR in Höhe von **CHF 10'000.00** („Vermerk: Grand Casino Basel“) und
- das **Ladenmobiliar** mit einem Schätzwert von **CHF 60'000.00**.

**Teil A [32 Punkte]:**

1. **Welches Gericht** war für die Konkursöffnung **örtlich** zuständig?
2. Gestützt auf welche **Voraussetzung** bzw. welchen **Grund** und in **welchem Verfahren** wurde der **Konkurs über die Spirit GmbH** eröffnet?
3. Wirkt sich die Konkursöffnung auf das hängige Verfahren zwischen Maria Modisch und der Spirit GmbH aus? Wenn ja, wie?
4. Welchen **Zweck** verfolgt das **Konkursinventar im Allgemeinen**?
5. Hat das Konkursamt etwas Besonderes hinsichtlich der **Winterkollektion „Young & Sexy“ vorzukehren**?
6. **In welchem Verfahren wird der Konkurs in casu durchgeführt** und **wer** ist aufgrund dessen für die **Durchführung des Konkursverfahrens sachlich zuständig**?

Am **21. März 2011** machte das Konkursamt den Konkurs über die Spirit GmbH öffentlich bekannt. Daraufhin meldeten sich folgende Gläubiger:

- am 23. März 2011 Maria Modisch mit ihren streitigen Lohnforderungen in Höhe von CHF 18'000.00 für die Monate Juli bis Dezember 2010;
- am 14. April 2011 die Jutesack AG mit dem Begehren:

Es seien CHF 120'000.00 zuzüglich 5% Zins seit dem 12.12.2010 in der ersten Klasse zu kollozieren.

Mit freundlichen Grüssen

*Jakob Jutte* Verwaltungsrat der Juttesack AG

- am 27. April 2011 Helene Hübsch mit Lohnforderungen in Höhe von CHF 20'000.00 (für die Monate Oktober 2010 bis Februar 2011).

Die Konkursverwaltung erstellte den Kollokationsplan innert der massgeblichen 60-tägigen Frist und legte diesen auf. Spezialanzeigen i.S.v. Art. 249 Abs. 3 SchKG wurden keine versandt. Der Kollokationsplan gestaltete sich wie folgt:

### Kollokationsplan

Im Konkurs

über *Spirit GmbH*

	angemeldeter Betrag	zugelassener Betrag	Bem.
<b>A. Pfandgesicherte Forderungen</b>			
keine			
<b>B. Ungesicherte Forderungen</b>			
<u>1. Klasse</u>			
1) Helene Hübsch	CHF 20'000.00	CHF 20'000.00	
2) Maria Modisch	CHF 12'000.00	...	p.m.
<b>Total 1. Klasse</b>	<b>CHF 32'000.00</b>	<b>CHF 20'000.00</b>	
<u>2. Klasse</u>			
keine			
<b>Total 2. Klasse</b>	<b>CHF 0.00</b>	<b>CHF 0.00</b>	
<u>3. Klasse</u>			
3) Maria Modisch	CHF 6'000.00	...	vgl. 2)
4) Juttesack AG	CHF 120'000.00	CHF 120'000.00	
<b>Total 3. Klasse</b>	<b>CHF 126'000.00</b>	<b>CHF 120'000.00</b>	

**Teil B [58 Punkte]:**

1. Wo und wie wird der Konkurs bekannt gemacht?
2. Zeitigt die Anmeldung der Lohnforderungen vom 27. April 2011 durch Helene Hübsch etwelche Konsequenzen für sie? Wenn ja, welche?
3. Welcher Rechtsbehelf stünde der Juttesack AG zu, falls sie der Meinung ist, sie sei mit ihrer Gesamtforderung in einer falschen Klasse kolloziert worden? Wie wird der Streitwert ganz allgemein berechnet und in welcher Verfahrensart würde der Rechtsbehelf behandelt? Es wird keine ziffernmässige Berechnung verlangt.
4. Welcher Rechtsbehelf stünde der Juttesack AG zu, wenn sie die Ansicht vertritt, die entsprechenden Verzugszinse seien zu Unrecht nicht kolloziert worden? Welche Erfolgsaussichten hätte eine solche Vorgehensweise in casu?
5. Was bedeutet die Abkürzung „p.m.“ im Kollokationsplan betreffend Lohnforderungen von Maria Modisch? Welches ist die einschlägige Vorschrift hierzu?
6. Was kann die Juttesack AG unternehmen, sofern sowohl Helene Hübsch als auch Maria Modisch auf die Geltendmachung des streitigen Verantwortlichkeitsanspruchs gegenüber Pius Protz verzichten? Erklären Sie dieses Rechtsinstitut und erläutern Sie den Ablauf.

## Lösungsvorschlag

### Aufgabenstellung

#### Teil A

Pkt.

#### 1) Welches Gericht war für die Konkurseröffnung örtlich zuständig?

Die Frage, an welchem Ort das Konkursbegehren zu stellen ist, richtet sich nach Art. 46 ff. SchKG (KuKo-DIGGELMANN/MÜLLER, Art. 166 N 3; AMONN/WALTHER, § 10 Rz. 6). Gemäss Art. 46 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 166 SchKG bzw. i.V.m. Art. 190 Abs. 1 SchKG ist das Konkursbegehren, sofern es sich beim Schuldner um eine natürliche Person handelt, an dessen Wohnsitz und für den Fall, dass es sich um eine im Handelsregister eingetragene juristische Person oder Gesellschaft handelt, an deren Sitz zu stellen. Bei Fehlen eines Handelsregistereintrages ist für die juristischen Personen der Hauptsitz der Verwaltung massgebend (Art. 46 Abs. 1 und 2 SchKG) [1].

[2]

Da die Spirit GmbH als juristische Person gemäss Sachverhalt im Handelsregister in Basel-Stadt eingetragen ist, war für die Konkurseröffnung das Konkursgericht Basel-Stadt örtlich zuständig [1].

#### 2) Gestützt auf welche Voraussetzung bzw. welchen Grund und in welchem Verfahren wurde der Konkurs über die Spirit GmbH eröffnet?

Ein Gläubiger kann u.a. dann gegen einen der Konkursbetreuung unterliegenden Schuldner ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkurseröffnung verlangen, wenn dieser die Zahlungen eingestellt hat (Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) [1].

[9]

[+1]

[4]

In diesem Zusammenhang spricht man von einer sog. materiellen Konkursvoraussetzung bzw. einem sog. materiellen Konkursgrund [1].

Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG bedingt, dass der Schuldner konkursfähig ist, was sich seinerseits aus Art. 39 SchKG ergibt [1].

Des Weiteren wird vorausgesetzt, dass der Schuldner mit der Zahlungseinstellung seine Zahlungsunfähigkeit nach aussen manifestiert hat. Es muss also in objektiver Hinsicht

eine Illiquidität des Schuldners auf unbestimmte Zeit vorliegen, was nicht gegeben ist, wenn es sich um bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten handelt [1]. Hingegen genügt es bereits, wenn die Verbindlichkeiten einen wesentlichen Teil der geschäftlichen Aktivität des Schuldners betreffen oder der Schuldner einen Hauptgläubiger bzw. eine bestimmte Gläubigerkategorie nicht befriedigt (sog. objektive Illiquidität; BGer v. 28.05.2009, 5A\_860/2008, E. 2; BGer v. 23.03.2004, 5P.66/2004, E. 2; BGer v. 05.02.2001, 5P.448/2000, E. 2.a; AMONN/WALTHER, § 38 Rz. 13) [1].

Zur Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung bedarf es sodann eines Begehrens, mit welchem der Gläubiger die materielle Konkursvoraussetzung bzw. den materiellen Konkursgrund glaubhaft macht [1]. Nach Art. 251 lit. a ZPO/CH wird dieses Begehren alsdann im summarischen Verfahren behandelt [1]. Im Übrigen gelten hier die Bestimmungen über das Konkurseröffnungsverfahren der ordentlichen Konkursbetreuung (vgl. Art. 194 SchKG) [+1].

Wegen der Finanzkrise konnten die Verbindlichkeiten für Warenlieferungen im Jahr 2010 nicht mehr beglichen werden. Dieser Ausstand betraf den wesentlichsten Anteil der Schulden des gesamten Geschäftsbetriebes, womit die Zahlungsunfähigkeit gegen aussen hin manifestiert wurde und die objektive Illiquidität demnach erstellt ist [1]. Der Konkurs über die Spirit GmbH wurde demzufolge aufgrund einer materiellen Konkursvoraussetzung im summarischen Verfahren eröffnet [1].

Es ist allerdings nicht undenkbar, dass der Konkurs auf dem ordentlichen Weg eröffnet wurde. Dies hätte ein Betreibungsbegehren und gestützt auf den rechtskräftigen Zahlungsbefehl ein Fortsetzungsbegehren i.S.v. Art. 88 SchKG vorausgesetzt. Darüber hinaus hätte die Jutesack AG, nachdem der Spirit GmbH der Konkurs nach Art. 159 SchKG angedroht worden wäre, nach Ablauf von 20 Tagen seit der Zustellung der Konkursandrohung das Konkursbegehren (Art. 166 SchKG) stellen können, worauf gleichfalls der Konkurs über die Spirit GmbH im summarischen Verfahren eröffnet worden wäre. Diese Auffassung mit stringenter Begründung [4; Alternativlösung].

### 3) Wirkt sich die Konkurseröffnung auf das hängige Verfahren zwischen Maria

### **Modisch und der Spirit GmbH aus? Wenn ja, wie?**

Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden Zivilprozesse, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt (Art. 207 Abs. 1 SchKG) [7] [1].

Zunächst muss der Zivilprozess rechtshängig sein [1]. Der Beginn der Rechtshängigkeit bestimmt sich nach Art. 62 Abs. 1 ZPO/CH. Danach begründet die Einreichung des Schlichtungsgesuchs die Rechtshängigkeit [+1].

Damit eine Einstellung erfolgt, hat der Streitgegenstand des hängigen Zivilprozesses ferner die Konkursmasse aktiv oder passiv zu berühren (AMONN/WALTHER, § 41 Rz. 15) [1]. Die Konkursmasse wird regelmässig dann passiv berührt, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung beklagte Partei war (KuKo-STÖCKLI/POSSA, Art. 207 N 21) [1].

Ausnahmsweise erfolgt keine Einstellung des hängigen Prozesses, nämlich in denjenigen Fällen, in denen ein dringlicher Fall nach Art. 207 Abs. 1 oder eine Entschädigungsklage wegen Ehr- und Körperverletzung oder ein familienrechtlicher Prozess i.S.v. Art. 207 Abs. 4 in Frage steht [1].

Vorliegend erhob Maria Modisch am 10. Februar 2011 gegen die Spirit GmbH nach missglücktem Schlichtungsversuch beim zuständigen Gericht eine Forderungsklage. Erst am 10. März 2011 eröffnete das Konkursgericht den Konkurs über die Spirit GmbH. Was die Rechtshängigkeit betrifft, so wird diese durch das Schlichtungsgesuch bewirkt. Beklagte ist die Spirit GmbH. Streitgegenstand bilden Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis. Infolgedessen ist offensichtlich, dass die Konkursmasse passiv berührt wird. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass es sich hier um einen dringlichen Fall gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG handelt [1]. Im Ergebnis ist folglich der hängige Zivilprozess zwischen der konkursiten Spirit GmbH und Maria Modisch in Anwendung von Art. 207 Abs. 1 SchKG einzustellen [1].

#### **4) Welchen Zweck verfolgt das Konkursinventar im Allgemeinen?**

Nach Art. 221 Abs. 1 SchKG schreitet das Konkursamt nach Empfang des Konkurserkennnisses sofort zur Aufnahme des Inventars über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen und trifft die zur Sicherung desselben erforderlichen Massnahmen [1].

Es ist jedoch nicht das Konkursinventar, welches den Konkursbeschlagnahme des dem Gemeinschuldner gehörenden pfändbaren Vermögens bewirkt. Vielmehr erfolgt dieser bereits im Zeitpunkt der Konkursöffnung selbst (KuKo-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 197 N 18; AMONN/WALTHER, § 44 Rz. 17) [1]. Das Konkursinventar bildet bloss eine auf die Konkursöffnung folgende Handlung des Konkursamtes, welche dazu dient, einen Überblick über alle Vermögensgegenstände des Gemeinschuldners, d.h. sowohl die pfändbaren als auch die absolut unpfändbaren Gegenstände (vgl. Art. 224 SchKG; ferner Art. 25 ff. KOV) – einschliesslich Rechte Dritter (Art. 225 SchKG) – zu verschaffen (KuKo-SCHOBER, Art. 221 N 1) [1]. Es ist sodann von eminenter Wichtigkeit für den weiteren Verlauf des Verfahrens. Mithin entscheidet sich nach diesem, ob und gegebenenfalls in welchem Verfahren der Konkurs durchgeführt wird (AMONN/WALTHER, § 44 Rz. 17 ff.) [1].

**5) Hat das Konkursamt etwas Besonderes hinsichtlich der Winterkollektion „Young & Sexy“ vorzukehren?**

Die Konkursverwaltung verwertet ohne Aufschub Gegenstände, die schneller Wertverminderung ausgesetzt sind, einen kostspieligen Unterhalt erfordern oder unverhältnismässig hohe Aufbewahrungskosten verursachen. Zudem kann sie anordnen, dass Wertpapiere und andere Gegenstände, die einen Börsen- oder einen Marktpreis haben, sofort verwertet werden (Art. 243 Abs. 2 SchKG) [1].

Einer schnellen Wertverminderung unterliegt ein Gegenstand namentlich dann, wenn davon auszugehen ist, dass derselbe in naher Zukunft massive Wertebussen erleidet, weil die Nachfrage drastisch absinkt [1]. Dies ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hinsichtlich einer Damenkonfektion infolge Wandlung der Mode allerdings nicht der Fall (vgl. auch BGE 81 III 119; AMONN/WALTHER, § 27 Rz. 9; kritisch zum Ganzen GEORGES VONDER MÜHLL, Der wirtschaftlich begründete Dringlichkeitsver-

kauf von Mobilien im Konkurs, BISchK 1995 1 ff.) [+1].

Der Konkurs wurde am 10. März 2011 über die Spirit GmbH eröffnet, d.h. kurz vor Frühlingsbeginn. Es ist notorisch bekannt, dass sich der Modetrend in diesem Zeitraum stark auf den Sommer – wenn nicht gar auf den nächsten Winter – ausrichtet. Insofern ist davon auszugehen, dass sich der Wert der Winterkollektion „Young & Sexy“ aufgrund des starken Abfalls der Nachfrage negativ verändern wird, zumal es sich um eine „jugendliche Kollektion“ handeln dürfte [1]. Insofern könnte sich ein Notverkauf i.S.v. Art. 243 Abs. 2 SchKG aufdrängen [1; Alternativlösung]. Folgt man jedoch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, so dürfte ein Notverkauf nicht stattfinden [1].

**6) In welchem Verfahren wird der Konkurs in casu durchgeführt und wer ist aufgrund dessen für die Durchführung des Konkursverfahrens sachlich zuständig?**

Das Konkursamt beantragt dem Konkursgericht das summarische Verfahren, wenn es feststellt, dass aus dem Erlös der inventarisierten Vermögenswerte die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens voraussichtlich nicht gedeckt werden können oder die Verhältnisse einfach sind (Art. 231 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG) [1]. [6] [+1]

Ob die Verhältnisse einfach sind, ist v.a. unter dem Gesichtspunkt der Übersichtlichkeit sowie der Prozessökonomie zu beurteilen (AMONN/WALTHER, § 49 Rz. 2) [1]. Dies erschliesst sich nicht zuletzt aus dem Konkursinventar [+1]. Nicht entscheidend ist demgegenüber die Grösse des infrage stehenden Vermögens (BaK-LUSTENBERGER, Art. 231 N 7) [1].

Wird der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt, so liegt die sachliche Zuständigkeit für dessen Durchführung stets beim Konkursamt, welches zwingend als amtliche Konkursverwaltung einzusetzen ist (BGE 121 III 142, E. 1 f.; AMONN/WALTHER, § 49 Rz. 8) [1].

Im Konkursinventar wurden bloss drei Gegenstände verzeichnet. Der Gesamtbetrag dieser Aktivwerte liegt bei CHF 90'000.00. Es liegt auf der Hand, dass es sich demnach

um relativ überschaubare Verhältnisse handelt und insoweit das summarische Konkursverfahren Anwendung finden sollte [1]. Dies hat seinerseits zur Folge, dass das Konkursamt (Basel-Stadt) zwingend sachlich zuständig ist [1].

## TOTAL Teil A

[32]

[+4]

[5]

## Teil B

### 1) Wo und wie wird der Konkurs bekannt gemacht?

Neben allfälligen Spezialanzeigen i.S.v. Art. 233 SchKG und entsprechenden [2] Mitteilungen an die Ämter (vgl. Art. 176 SchKG) macht das Konkursamt die Eröffnung des Konkurses öffentlich bekannt, sobald feststeht, ob dieser im ordentlichen oder im summarischen Verfahren durchgeführt wird (Art. 232 Abs. 1 SchKG) [1].

Öffentliche Bekanntmachungen erfolgen sodann im SHAB und im betreffenden kantonalen Amtsblatt (Art. 35 Abs. 1 SchKG) [1].

### 2) Zeitigt die Anmeldung der Lohnforderungen vom 27. April 2011 durch Helene Hübsch etwelche Konsequenzen für sie? Wenn ja welche?

Verspätete Konkurseingaben können bis zum Schluss des Konkursverfahrens [8] angebracht werden (Art. 251 Abs. 1 SchKG). Als verspätet gilt eine Konkurseingabe [2] immer dann, wenn sie nicht binnen der Monatsfrist von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG erfolgt ist (vgl. auch AMONN/WALTHER, § 44 Rz. 30) [1]. Ferner muss es sich um einen erstmals geltend gemachten Anspruch handeln, der insbesondere nicht den in Rechtskraft erwachsenen Kollokationsplan abändern will (KuKo-SPRECHER, Art. 251 N 4; BaK-HIERHOLZER, Art. 251 N 2) [+1]. Für die Berechnung der Monatsfrist von Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist auf Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 2 ZPO/CH abzustellen. Danach endet die Frist für den Fall, dass sie sich nach Monaten berechnet, an demjenigen Tag, der dieselbe Zahl trägt wie der Tag, an dem die Frist zu laufen begann. Bei Fehlen dieses Tages, endet die Frist schliesslich am letzten Tag des Monats [1].

Sofern der letzte Tag einer Frist im Übrigen auf einen Samstag einen Sonntag oder einen am Gerichtsort oder vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannten Feiertag fällt, so endet sie am nächsten Werktag [1].

Ist die Konkurseingabe verspätet, hat der Gläubiger alle durch die Verspätung verursachten Kosten zu tragen und kann zu einem entsprechenden Vorschuss angehalten werden (Art. 251 Abs. 1 SchKG) [1]. Die Kostentragungspflicht stellt demnach die einzige Rechtsfolge bei verspäteter Konkurseingabe dar (BaK-HIERHOLZER, Art. 250 N 16) [+1].

Die Konkureröffnung über die Spirit GmbH wurde am 21. März 2011 öffentlich bekannt gemacht [1]. Die Monatsfrist endete in Anwendung von Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 142 Abs. 2 ZPO/CH sodann am 21. April 2011 [1] und somit am Gründonnerstag, welcher allerdings keinen staatlich anerkannten Feiertag darstellt. Helene Hübsch gab ihre Lohnforderungen erst am 27. April 2011 und folglich sechs Tage zu spät ein [1]. Rechtsfolge der verspäteten Konkurseingabe ist aber lediglich die Kostentragungspflicht. Mithin hat Helene Hübsch also die Kosten für die verspätete Konkurseingabe zu zahlen [1].

**3) Welcher Rechtsbehelf stünde der Juttesack AG zu, falls sie der Meinung ist, sie sei mit ihrer Gesamtforderung in einer falschen Klasse kolloziert worden? Wie wird der Streitwert ganz allgemein berechnet und in welcher Verfahrensart würde der Rechtsbehelf behandelt? Es wird keine ziffernmässige Berechnung verlangt.**

Gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG muss ein Gläubiger, der den Kollokationsplan anfechten will, weil seine Forderung ganz oder teilweise abgewiesen oder nicht im beanspruchten Rang zugelassen worden ist, innert 20 Tagen nach der öffentlichen Auflage des Kollokationsplanes beim Gericht am Konkursort gegen die Masse klagen [1]. [13]

Die Kollokationsklage bezweckt die materiellrechtliche Überprüfung des Inhalts einer im Kollokationsplan getroffenen Verfügung (AMONN/WALTHER, § 46 Rz. 45) [1]. Sie wird als prozessuale Gestaltungsklage qualifiziert (vgl. auch Art. 87 ZPO/CH) [+1]. Legitimiert zur [+3]

Kollokationsklage ist jeder Inhaber eines Anspruchs, der im Kollokationsplan zu behandeln ist [1]. In der Beklagtenrolle ist in den Fällen, in denen ein Gläubiger die eigene Kollokation anfecht, die Konkursmasse (AMONN/WALTHER, § 46 Rz. 51, 54) [1]. Mit der Kollokationsklage kann ein Gläubiger neben der bestandes- und umfangmässigen gleichsam die rangmässige Behandlung seines Anspruchs rügen (AMONN/WALTHER, § 46 Rz. 47) [1].

In welchem Verfahren die Kollokationsklage schliesslich erledigt wird, bestimmt sich nach der ZPO/CH, wobei auf den Streitwert abzustellen ist [1]. Vorweg ist aber zu berücksichtigen, dass gemäss Art. 198 lit. e Ziff. 6 ZPO/CH jeweils das Schlichtungsverfahren von Gesetzes wegen entfällt [1].

Liegt der massgebliche Streitwert alsdann über CHF 30'000.00, so gilt das ordentliche Verfahren nach Art. 219 ff. ZPO/CH [1]. Andernfalls gelangen die Bestimmungen über das vereinfachte Verfahren gemäss Art. 243 ff. ZPO/CH zur Anwendung [1].

Was die Streitwertbemessung angeht, entspricht diese bei Anfechtung der eigenen Kollokation der Differenz der auf den Kläger entfallenden Dividende, wobei die Dividende gemäss angefochtener Kollokation jener gemäss der beanspruchten gegenübergestellt wird (AMONN/WALTHER, § 46 Rz. 56) [1]. Hierbei ist auf die Angaben des Konkursinventars und jene des Kollokationsplans einschliesslich der mutmasslichen Massaverbindlichkeiten abzustellen [1].

Die Jutesack AG ist der Ansicht, sie sei in einer falschen Klasse kolloziert worden. Insofern kann sie eine Kollokationsklage gegen die Konkursmasse nach Art. 250 Abs. 1 SchKG anstrengen [1]. Für die Frage, welche Verfahrensart anwendbar ist, muss auf den mutmasslichen Prozessgewinn abgestellt werden. Dieser berechnet sich anhand einer Gegenüberstellung der Aktiven gemäss Konkursinventar und den Passiven nach dem Kollokationsplan einschliesslich der Massaverbindlichkeiten. Wie hoch die Massaverbindlichkeiten in casu sind, ist kaum ermittelbar. Im Übrigen wurde die GebV SchKG im Vorfeld der Prüfung explizit ausgeschlossen, womit die Massaverbindlichkeiten auch nicht ermittelt werden mussten. Somit genügt es, wenn auf die Angaben im Konkursinventar und jene im Kollokationsplan abgestellt wird. **Hiernach käme die Jutesack AG gemäss ursprünglicher Kollokation in den Genuss einer Dividende in Höhe**

von CHF 70'000.00 (CHF 90'000.00 [inventarisierte Aktiven] – CHF 20'000.00 [kollozierte Forderung Helene Hübsch]) **[+1]**. Würde die Jutesack AG mit der Kollokationsklage durchdringen, erhielte sie aus der anteilmässigen Befriedigung CHF 77'400.00 ( $100\%/CHF\ 140'000.00 \times CHF\ 120'000.00 \approx 86\%$ ;  $CHF\ 90'000.00/100\% \times 86\% = CHF\ 77'400.00$ ) und demnach eine um CHF 7'400.00 (CHF 77'400.00 [mutmassliche beanspruchte Dividende] – CHF 70'000.00 [ursprüngliche Dividende]) höhere Dividende **[+1]**. Folglich wird die Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 Abs. 1 ZPO/CH behandelt **[1]**.

**4) Welcher Rechtsbehelf stünde der Jutesack AG zu, wenn sie die Ansicht vertritt, die entsprechenden Verzugszinse seien zu Unrecht nicht kolloziert worden? Welche Erfolgsaussichten hätte eine solche Vorgehensweise in casu?**

Mit Ausnahme der Fälle, in denen dieses Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage **[12]** vorschreibt, kann gegen jede Verfügung eines Betreibungs- oder Konkursamtes bei der Aufsichtsbehörde wegen Gesetzesverletzung oder Unangemessenheit Beschwerde geführt werden (Art. 17 Abs. 1 SchKG). In denjenigen Fällen in denen ein Fall von Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung vorliegt, kann im Übrigen fristungebunden betreibungsrechtliche Beschwerde geführt werden (Art. 17 Abs. 3 SchKG) **[1]**.

Gegenstand einer Beschwerde können funktionsgemäss nur Verfügungen (oder Unterlassungen) der Vollstreckungsorgane sein (AMONN/WALTHER, § 6 Rz. 7). Für die Erstellung des Kollokationsplanes ist die (amtliche oder ausseramtliche) Konkursverwaltung zuständig (vgl. Art. 247 Abs. 1 SchKG). Hierbei handelt es sich um eine Vollstreckungsbehörde (AMONN/WALTHER, § 6 Rz. 9) **[1]**.

Eine Anfechtung des Kollokationsplanes mittels betreibungsrechtlicher Beschwerde kommt jedoch nur bei Verfahrensfehlern in Frage (AMONN/WALTHER, § 46 Rz. 41) **[1]**.

Als Beschwerdegründe nennt das SchKG die Gesetzesverletzung, die Unangemessenheit (Art. 17 Abs. 1 SchKG), die Rechtsverweigerung und die Rechtsverzögerung (Art. 17 Abs. 3) **[1]**. Was die Rechtsverweigerung angeht, so liegt diese dann vor, wenn eine gesetzlich vorgeschriebene Amtshandlung überhaupt nicht

vorgenommen wird (AMONN/WALTHER, § 6 Rz. 19) [1]. Zu den Aufgaben der Konkursverwaltung gehört es, sich mit den Konkurseingaben der ansprechenden Personen auseinanderzusetzen, was sich aus Art. 244 SchKG ergibt. Dabei hat sie sich zu sämtlichen Vorbringen einer Partei zu äussern und bei ganzer oder teilweiser Abweisung sowie bei Nichtzulassung im beanspruchten Rang eine Spezialanzeige i.S.v. Art. 249 Abs. 3 SchKG zu erlassen [1]. Dies betrifft ebenfalls den geltend gemachten Zins, welcher – sofern verlangt – auch Gegenstand der Konkursforderung bildet (vgl. Art. 208 Abs. 1 Satz 2 SchKG) [1].

Liegt eine Rechtsverweigerung vor, kann jederzeit betreibungsrechtliche Beschwerde erhoben werden (Art. 17 Abs. 3 SchKG). Es handelt sich hierbei also um eine unbefristete Beschwerde (AMONN/WALTHER, § 6 Rz. 33) [1].

Am 14. April 2011 gab die Jutesack AG fristgerecht CHF 120'000.00 zuzüglich 5% Zins seit dem 12.12.2010 ein. Im Kollokationsplan wurden alsdann CHF 120'000.00 aufgenommen. Eine Spezialanzeige wurde der Jutesack AG nicht zugesandt, womit keine Auseinandersetzung mit dem Zinsbegehren stattfand [1]. Da es sich um eine Aufgabe eines Vollstreckungsorganes handelt, welche nicht vorgenommen wurde, ist von einer Rechtsverweigerung auszugehen [1]. Diese Tatsache führt ihrerseits dazu, dass unabhängig von einer Frist Beschwerde geführt werden kann [1]. Insofern hätte eine betreibungsrechtliche Beschwerde Erfolg [1].

**5) Was bedeutet die Abkürzung „p.m.“ im Kollokationsplan betreffend Lohnforderungen von Maria Modisch? Welches ist die einschlägige Vorschrift hierzu?**

Die Abkürzung „p.m.“ bedeutet pro memoria [1] und bezieht sich auf die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung im Streit liegenden Ansprüche [1], welche ohne Verfügung der Konkursverwaltung im Kollokationsplan lediglich vorgemerkt werden [1]. Geregelt ist die Vormerkung pro memoria in Art. 63 Abs. 1 KOV [1]. [4]

**6) Was kann die Jutesack AG unternehmen, sofern sowohl Helene Hübsch als**

**auch Maria Modisch auf die Geltendmachung des streitigen Verantwortlichkeitsanspruchs gegenüber Pius Protz verzichten? Erklären Sie dieses Rechtsinstitut und erläutern Sie den Ablauf.**

Jeder Gläubiger ist berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet (Art. 260 Abs. 1 SchKG) [19] [+1]

Bei der Abtretung i.S.v. Art. 260 SchKG werden keine materiellen Rechte aus der Masse ausgeschieden und abgetreten wie bei einer Zession nach Art. 164 ff. OR [1]. Vielmehr wird lediglich die Kompetenz zur Geltendmachung auf einen Konkursgläubiger übertragen (AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 32) [1]. Dieser amtet sodann in Prozessstandschaft, indem er Rechte der Masse in eigenem Namen und auf eigenes Risiko geltend machen kann [1]. Voraussetzung für eine Abtretung ist allerdings, dass es sich um illiquide Rechtsansprüche handelt; mithin um solche also, die nicht nach Art. 243 Abs. 1 SchKG von der Konkursverwaltung eingezogen werden [1]. So ist die Abtretung nach Art. 260 SchKG eine vollstreckungsrechtliche Liquidationsmassnahme, die anstelle der eigentlichen Verwertung treten kann (AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 32) [1]. Gegenstand einer solchen Abtretung können im Übrigen nicht bloss Aktivwerte, sondern gleichsam Passivwerte sein (AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 36) [1].

Der Ablauf einer Abtretung gestaltet sich wie folgt:

Zunächst bedarf es eines Verzichts der Gläubiger auf die Geltendmachung des fraglichen Rechts durch die Masse (AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 44) [1]. Hierfür muss die Konkursverwaltung einen Gläubigerbeschluss herbeiführen. Dies geschieht entweder im Rahmen der zweiten Gläubigerversammlung oder auf zirkularischem Weg [1]. Nicht verlangt ist ein Einstimmigkeitsbeschluss. Es genügt demnach, wenn die Mehrheit der Gläubiger auf die Geltendmachung verzichtet (AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 44) [1]. Das eben Gesagte gilt in gleicher Weise im summarischen Konkursverfahren (BGE 134 III 75, E. 2.2, 2.3) [1].

Nachdem die Mehrheit der Gläubiger auf die Geltendmachung des fraglichen Rechts verzichtet hat, muss ein Gläubiger ein Abtretungsbegehren stellen (AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 46) [1]. Dieses kann entweder an der zweiten Gläubigerversammlung selbst

oder binnen zehn Tagen nach ihrer Abhaltung geschehen (Art. 48 Abs. 1 KOV) [+1]. Da im summarischen Konkursverfahren in der Regel keine Gläubigerversammlungen stattfinden (vgl. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG), wird den Gläubigern regelmässig auf dem Zirkularweg Frist zur Stellung des Abtretungsbegehrens angesetzt [1]. Zur Stellung eines Abtretungsbegehrens legitimiert ist jeder Konkursgläubiger, der im Kollokationsplan berücksichtigt worden ist (AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 48) [1].

Schliesslich muss die Konkursverwaltung die Abtretung förmlich verfügen (vgl. Art. 80 KOV; AMONN/WALTHER, § 47 Rz. 51) [1].

Vorweg ist zu beachten, dass der im Konkursinventar aufgenommene Verantwortlichkeitsanspruch bestritten und demnach illiquide ist [1]. Des Weiteren haben sowohl Maria Modisch als auch Helene Hübsch auf die Geltendmachung des Verantwortlichkeitsanspruchs verzichtet. Da lediglich drei Konkursgläubiger im Kollokationsplan aufgeführt sind, entspricht dies der Gläubigermehrheit [1]. Da der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt wird, findet keine Gläubigerversammlung statt, womit das Abtretungsbegehren innert der durch die Konkursverwaltung angesetzten Frist zu stellen ist [1]. Die Jutesack AG ist schliesslich als im Kollokationsplan berücksichtigte Konkursgläubigerin auch zur Stellung des Abtretungsbegehrens legitimiert [1].

**TOTAL Teil B**

**[58]**

**GESAMTTOTAL PRÜFUNG**

**[+6]**

**90**