

VISCHER

Die Zeitschrift BLÄTTER FÜR SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS hat freundlicherweise die Genehmigung erteilt, dass arrestpraxis.ch den nachfolgenden Entscheid auf der Website online zugänglich macht.

Sämtliche Rechte verbleiben aber bei der Zeitschrift BLÄTTER FÜR SCHULDBETREIBUNG UND KONKURS.

Verteilungsstadium erfolgen (BGE 83 III 68). Kann eine Verrechnungslage im Zeitpunkt der Kollokation noch nicht nachgewiesen werden, liegen aber genügende Umstände vor, welche die spätere Verrechnungsmöglichkeit bis zu einem gewissen Grad wahrscheinlich machen, so sind die Aussetzung der Kollokationsverfügung und die nachträgliche Ergänzung des Kollokationsplanes gemäss Art. 59 Abs. 3 KOV zulässig und angezeigt (Dieter Hierholzer, a.a.O., N 22 zu Art. 247 mit Hinweis auf BGE 119 III 130). Die ernsthaften Schwierigkeiten, welche einer abschliessenden Kollokation entgegenstehen, müssen sich im Übrigen nicht ausschliesslich auf die zur Kollokation angemeldete Forderung selber beziehen, sondern gegebenenfalls auch nur auf eine verrechenbare Gegenforderung. Freilich liegt es im Allgemeinen nicht im Interesse der Konkursmasse, sondern im einseitigen Interesse des betreffenden Konkursgläubigers, ein Konkursaktivum zur Tilgung eines Passivums aufzuopfern. Die Masse verliert dadurch gegebenenfalls ein vollwertiges Vermögensstück gegen ein Passivum, das aus der Konkursmasse nur mit einem (unter Umständen auf Null herabsinkenden) Bruchteil zu decken wäre (BGE 71 III 184).

e) Nun verlangt allerdings die Beschwerdeführerin in ihrem Beschwerdeantrag einfach die bedingungslose («ohne Bedingung») Zulassung ihrer Forderung. Damit bemängelt sie implizite auch unabhängig vom Rechtsgrund, also der materiell-rechtlichen Begründetheit, die – bedingte – Zulassung ihrer Forderung und rügt demnach auch einen formellen Mangel der Kollokation, wofür aber die Beschwerde zulässig ist. Insofern ist mithin auf die Beschwerde einzutreten.

3. a) Nach Art. 245 SchKG entscheidet die Konkursverwaltung über die Anerkennung der Forderungen, ohne an die Erklärung des Schuldners gebunden zu sein. Die Konkursverwaltung hat sich dabei eindeutig über die Zulassung oder Abweisung der Forderung zu erklären (BGE 85 III 97 E. 3). Nach Art. 59 Abs. 2 KOV sind bedingte Zulassungen oder Abweisungen unstatthaft, ausser im Fall, wo die Tilgung einer im Bestand unbestrittenen Forderung angefochten wird, die bei Rückerstattung des Empfangenen wieder auflebt (Art. 291 Abs. 2 SchKG). Kann die Konkursverwaltung sich über die Zulassung oder Abweisung einer Ansprache noch nicht aussprechen, so soll sie entweder mit der Aufstellung des Kollokationsplanes zuwarten oder aber den Kollokationsplan nachträglich ergänzen und unter öffentliche Bekanntmachung wieder auflegen (Art. 59 Abs. 3 KOV). Die Bestimmung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung weit auszulegen (BGE 121 III 37 E. 4). Da der Kollokationsplan die grundsätzlich rechtsverbindliche Grundlage für die Verteilung bildet, muss sich aus ihm klar und unzweideutig ergeben, ob eine Forderung zugelassen sei. Bei bedingten Forderungen müsste im Kollokationsplan auch die Art der Bedingung und die Voraussetzungen für die Teilnahme an der Verteilung festgelegt sein. Der Entscheid kann nicht auf Rückweisung oder auf Zulassung unter Bedingungen oder Vorbehalten lauten (Dieter Hierholzer, Basler Kom-

mentar SchKG III, Basel/Genf/München, 1998, N 5 zu Art. 247). Insofern erweist sich daher die Beschwerde aber als begründet.

b) Dementsprechend ist die angefochtene Kollokationsverfügung vom 20. Juni 2005 aufzuheben und das Konkursamt ist anzuweisen, über die Zulassung der Forderung der Beschwerdeführerin definitiv bzw. bedingungslos zu entscheiden oder diesen Entscheid auszusetzen. Entscheidet sie sich zur Zulassung der Forderung, stellt sich für sie die Frage, ob zufolge der vor der Aufstellung des Kollokationsplans erfolgten Abtretung aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die aussergewöhnlich eine Verrechnung noch im Verteilungsstadium möglich machen. Die Frage wäre letztlich ebenfalls vom Zivilrichter zu entscheiden. Das Konkursamt würde diesfalls die Auszahlung der Dividende verweigern und hätte der Beschwerdeführerin Frist zur Klage anzusetzen (BGE 83 III 67). Ein informeller Hinweis auf den Verrechnungsvorbehalt im Kollokationsplan wäre nicht notwendig, würde andererseits aber auch nicht schaden. Ein solcher Vorbehalt wäre rechtlich ohne Wirkung; er könnte jedenfalls zu keiner Kollokationsklage Anlass geben (BGE 83 III 67 E. 4, S. 72). Im Übrigen dürfte wohl eine Verrechnung ohnehin durch die Beschwerdeführerin im Rahmen des Abtretungsprozesses erfolgen, was möglich ist, da die Masse Rechtsträgerin des behaupteten materiellen Anspruchs bleibt (Stephen V. Berti, Basler Kommentar zum SchKG III, Basel/Genf/München, 1998, N 56 zu Art. 260).

Die Justizkommission erkennt:

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Kollokationsverfügung vom 20. Juni 2005 aufgehoben und das Konkursamt eingeladen, über die Zulassung der angemeldeten Forderung in unbedingter Form zu entscheiden oder deren Kollokation auszusetzen und den Kollokationsplan zur gegebenen Zeit zu ergänzen. Der Kollokationsplan ist entsprechend abzuändern und allenfalls neu aufzulegen.

ZUG, Obergericht, Justizkommission als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 29. September 2005.

36). Art. 265a und 278 Abs. 1 SchKG. – Beim Arrest kann die Einrede des fehlenden neuen Vermögens bereits im Einspracheverfahren erhoben werden, das der Betreibung vorausgeht. Im Verfahren nach Art. 265a SchKG ist der Rechtsöffnungsrichter aber nicht an die Beurteilung durch den Arrestrichter gebunden.

Art. 265a et 278 al. 1 LP. – En matière de séquestre, l'exception de non-retour à meilleure fortune peut être soulevée déjà dans la procédure d'opposition qui précède la poursuite en validation. Le juge de la

mainlevée compétent pour appliquer la procédure prévue par l'art. 265a LP n'est cependant pas lié par le jugement qu'en fait le juge du séquestre.

Art. 265a e 278 cpv. 1 LEF. – Nella procedura di sequestro, l'eccezione del non ritorno a miglior fortuna può essere formulata già in sede di opposizione al decreto di sequestro, che precede la procedura di convalida. Il giudice del rigetto, competente in sede di applicazione dell'art. 265a LEF, non è vincolato dalla decisione del giudice del sequestro.

Aus den Erwägungen:

6.1 Der Amtsgerichtspräsident ging davon aus, der Schuldner sei berechtigt, bereits im Arresteinspracheverfahren, das der Betreuung vorangehe, die Einrede des fehlenden neuen Vermögens zu erheben. Der Arrestrichter habe vorfrageweise über das neue Vermögen zu entscheiden, damit der Schutz, den das Gesetz dem Schuldner mit der Einrede des mangelnden neuen Vermögens gewähren wolle, nicht erst ab dem ordentlichen Entscheid über das Vorliegen oder Fehlen neuen Vermögens greife. Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Das Gesetz enthält diesbezüglich keine Regelung. In der Literatur wird die Prüfung der Einrede durch den Arrestrichter befürwortet (Brönnimann, Die Einrede des fehlenden neuen Vermögens im Arrestverfahren, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, S. 261 ff.; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, 7. Aufl., Bern 2003, § 51 N 68; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 1997/99, N 3 zu Art. 278 SchKG; Stoffel, Basler Komm., N 19 zu Art. 272 SchKG). Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass der Amtsgerichtspräsident die vom Beklagten erhobene Einrede des mangelnden neuen Vermögens geprüft hat.

6.2 Die Klägerin macht in diesem Zusammenhang eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Die Vorinstanz habe es ihr nicht ermöglicht, sich eingehend mit der Vermögenssituation des Beklagten auseinander zu setzen. Sie habe die Bestimmungen des Art. 265a Abs. 4 SchKG missachtet, wonach sie ihr für die Feststellung des neuen Vermögens den ordentlichen Prozessweg hätte ermöglichen müssen. Ein Arrestbefehl könne erst dann aufgehoben werden, wenn das Verfahren auf dem ordentlichen Prozessweg ausgeschöpft sei und der Entscheid über das fehlende neue Vermögen in Rechtskraft erwachsen sei. Der Arrestbefehl hätte erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist für die Einleitung der Klage nach Art. 265a Abs. 4 SchKG aufgehoben werden dürfen.

6.3 Diese Ausführungen treffen nicht zu. Der Klägerin wurde im Rahmen des Arresteinspracheverfahrens Gelegenheit geboten, zur Einsprache des Beklagten Stellung zu nehmen. Sie hat denn auch am 10.

Dezember 2004 eine Vernehmlassung eingereicht, sodass das rechtliche Gehör der Klägerin im Arresteinspracheverfahren vollumfänglich gewahrt wurde. Unzutreffend ist, dass der Amtsgerichtspräsident den Arrestbefehl erst nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Klage nach Art. 265a Abs. 4 SchKG hätte aufheben dürfen. Eine entsprechende gesetzliche Vorschrift besteht nicht. Zu beachten ist, dass es sich beim Arrestverfahren und beim Verfahren nach Art. 265a SchKG um zwei verschiedene Verfahren handelt. Wird die Einrede des mangelnden neuen Vermögens im Arresteinspracheverfahren zugelassen, wird tatsächlich zu Lasten des Gläubigers in Kauf genommen, dass die mit dem Arrest bezweckte Sicherung am Fehlen neuen Vermögens scheitert, obschon später, in der anschliessenden Betreuung, das Verfahren gemäss Art. 265a SchKG zum Ergebnis führen kann, dass durchaus neues Vermögen vorliegt; denn der Entscheid des Arrestrichters über das neue Vermögen bindet den Rechtsöffnungsrichter nicht (Brönnimann, a.a.O., S. 269 und N 31; Stoffel, a.a.O., N 19 zu Art. 272 SchKG). Das ist aber in Kauf zu nehmen, nachdem mit dem 1994 eingeführten Einspracherecht die Rechtsstellung des Schuldners verbessert werden sollte (vgl. Rudolf Ottomann, Der Arrest, ZSR 115 [1996] 1. HB, S. 254 f.). Wird das Vorliegen neuen Vermögens im summarischen Arrestverfahren verneint, hat der Gläubiger immer noch die Möglichkeit, im Arrestprosequierungsverfahren nachzuweisen, dass neues Vermögen vorhanden ist.

LUZERN, Schuldbetreibungs- und Konkurskommission, 31. März 2005.

- 37). **Art. 52 LBG (Bundesgesetz über das Luftfahrzeugbuch, SR 748.217.1).** – Die Betreuung auf Pfandverwertung von Luftfahrzeugen wird – mit Ausnahme von einzelnen Spezialnormen – nach den Regeln der Grundpfandbetreuung durchgeführt. **Art. 56 und 42 LBG, Art. 16 VZG.** – Nach Zustellung des Zahlungsbefehls ist das Betreibungsamt für die Sicherung der Pfandsache zum Schutze der Pfandgläubiger befugt. Für die Kosten der Aufbewahrung und des Unterhaltes haftet das Pfand; der die Massnahme verlangende Gläubiger ist vorschusspflichtig. Erlass eines Startverbotes. **Art. 26 und 37 LBG.** – Die Luftfahrzeugverschreibung, als besitzloses Pfandrecht gestaltetes Sicherungsmittel, belastet das Luftfahrzeug mit Einschluss aller Bestandteile und Zugehör, lässt sich jedoch – in Abweichung eines Grundsatzes des Sachenrechts und des Schifffahrtsrechts – nicht auf die Erträge aus Miet- oder Charterverträgen und erst recht nicht auf solche aus Beförderungsverträgen ausdehnen.