

ten, die für die Beurteilung der Frage des eigenen Verwertungsrechts der Grundpfandgläubiger nicht von Bedeutung sind, neu formuliert worden (vgl. Art. 324 rev. SchKG). Die Rechtslage hat sich demgemäss im wesentlichen nicht geändert, so dass auch der BGE 84 III 105 ff. weiterhin massgebend ist. Somit ist auch unter dem neuen Recht die Durchführung von Grundpfandbetreibungen gegen einen in Nachlassliquidation befindlichen Schuldner zulässig. Dies gilt nicht nur für die Anhebung, sondern auch für die Fortsetzung von vor Bewilligung der Nachlassstundung angehobener Grundpfandbetreibungen. Die Hängigkeit der Nachlassliquidation hindert demgemäss die Verwertung der hier in Frage stehenden Liegenschaft durch das Betreibungsamt im Rahmen der gegen die Schuldnerin angehobenen Grundpfandbetreibung nicht.

BASEL-LANDSCHAFT, Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, Entscheid 1. Juli 1997.

13). Art. 230 Abs. 4 SchKG. – Wiederaufleben der Betreibung nach der Konkurseinstellung mangels Aktiven. Diese in der Revision 1994 neu eingefügte Bestimmung umschliesst sämtliche Betreibungsarten, und zwar in jedem Betreibungsstadium. Automatisch lebt aber die Betreibung nicht wieder auf, sondern der Gläubiger muss hierfür ein Fortsetzungsbegehren beim Betreibungsamt stellen. Sind ihm Konkurskosten entstanden, kann er diese gleichzeitig geltend machen.

230 LP al 4. *Renaissance des poursuites après la suspension de la liquidation de la faillite fautive d'actif. Cette disposition introduite par la modification de 1994 comprend toutes les sortes de poursuites et ceci à n'importe quel stade de la procédure. Les poursuites ne renaissent pas de manière automatique, mais le créancier doit requérir la continuation de sa poursuite par voie de saisie. Celui qui a obtenu la faillite peut demander, dans la même réquisition, la saisie pour les frais de la faillite suspendue.*

Art. 230 cpv. 4 LFF – *Riattivazione delle esecuzioni dopo la sospensione della procedura di fallimento per mancanza di attivi. Questa norma, introdotta con la revisione del 1994, comprende tutte le specie d'esecuzione, senza riguardo alla stadio di procedura cui siano giunte. La riattivazione non ha luogo ope legis ma deve essere chiesta dal creditore. Sono considerate spese d'esecuzione ex art. 68 LEF anche quelle anticipate per ottenere il fallimento poi sospeso per mancanza di attivi.*

A. In der Betreibung Nr. 9702209 des Betreibungs- und Konkursamtes Berner Jura-Seeland beehrte die Beschwerdeführerin am 9. September 1997 die Fortsetzung auf Pfändung.

Zuvor hatte der zuständige Gerichtspräsident mit Entscheid vom 2. Juli 1997 in der genannten Betreibung den Konkurs eröffnet. Durch

Schreiben vom 18. August 1997 teilte das Betreibungs- und Konkursamt der Beschwerdeführerin allerdings mit, dass der Konkursrichter das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt hat, weshalb der bereits geleistete Kostenvorschuss zurückerstattet werde. Weiter wies es die Beschwerdeführerin darauf hin, dass mit der Einstellungsverfügung die vor Konkursöffnung eingestellten Betreibungen auflebten und die Schuldnerin erneut am neuen Domizil auf Pfändung betrieben werden könne.

B. Das von der Beschwerdeführerin am 9. September 1997 gestellte Fortsetzungsbegehren wies das Betreibungs- und Konkursamt mit Verfügung vom 15. September 1997 ab und führte hierzu in der Begründung an, die Bestimmung von Art. 230 SchKG, nach der die eingestellten Betreibungen nach der Einstellungsverfügung wieder auflebten, gelte nur für Zahlungsbefehle oder Pfandbetreibungen. Sei demgegenüber bereits eine Konkursandrohung ausgestellt worden, so sei der Schuldner neu (auf Pfändung) zu betreiben.

Aus den Erwägungen:

1. Konkurs heisst Generalexécution: Sämtliche zur Zeit der Konkursöffnung vorhandenen Gläubiger werden gleichzeitig und unter Vorbehalt gewisser Privilegien – gleichmässig befriedigt, das heisst das Gesetz schliesst Spezialexécutionen gegen den Konkursiten grundsätzlich aus, weshalb alle hängigen Betreibungen durch die Konkursöffnung aufgehoben werden (*K. Amonn/D. Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, § 35 N 3, § 41 N 21 ff.*).

Wird nun der Konkurs mangels Aktiven eingestellt und geschlossen, so fragt sich, welche Auswirkung dies auf die vor der Konkursöffnung angehobenen Betreibungen hat.

Das Gesetz vermag hierauf seit dem 1. Januar 1997 eine Antwort zu geben: Art. 230 SchKG ist um einen vierten Absatz erweitert worden, der besagt, dass die vor der Konkursöffnung eingeleiteten Betreibungen nach der Einstellung des Konkurses wieder aufleben. Die Bedeutung dieses Wortlautes ist allerdings durch das Bundesgericht noch nicht geklärt worden, insbesondere geht aus ihm nicht ausdrücklich hervor, ob mit dieser Neuregelung tatsächlich sämtliche Spezialexécutionen und Generalexécutionen wieder aufleben sollen.

2. Die hier fragliche Bedeutung der Reichweite dieses neuen Absatzes ist zunächst vor dem Hintergrund der altrechtlichen Bestimmung des Art. 230 SchKG, der ein entsprechender Absatz fehlte, und deren rechtschöpferischer Auslegung durch das Bundesgericht zu sehen.

Grundsätzlich bedeutet das Dahinfallen der früheren Betreibungen infolge einer Konkursöffnung, dass keine Fortsetzung einer Betreibung, ohne ein neues Einleitungsverfahren zu durchlaufen, verlangt werden kann. Um diese negative Auswirkung auf die vor der Konkursöffnung bereits angehobenen Betreibungen zu mildern, entwickelte das Bundesgericht schon unter dem alten Recht Ausnahmefälle zum Grundsatz, dass die früheren Betreibungen nicht fortgesetzt werden können. Im

einzelnen erging diese Rechtsprechung immer zu Fällen der Spezialexécution (seit BGE 35 I 216 zu Lohnpfändungen, seit BGE 27 I 374 zur Pfandverwertung und seit BGE 51 III 219 für einen Gläubiger, der gestützt auf einen Pfändungsverlustschein in einem Anfechtungsprozess obsiegte und die zurückgewährenden Sachen pfänden liess), wobei der Konkurs entweder mangels Leistung eines Kostenvorschusses, wegen nicht pünktlich geleisteter Abschlagszahlungen bei bewilligtem Konkursaufschub oder mangels Aktiven geschlossen wurde (vgl. aber BGE 75 III 69, in dem offen gelassen wurde, ob dies auch nach dem Konkurswiderruf i.S.v. Art. 195 SchKG gilt).

Gemeinsam ist diesen durch die Rechtsprechung entwickelten Ausnahmefällen der Gedanke des Gläubigerschutzes und das Gebot der Billigkeit: Immer dann sei eine Ausnahme gerechtfertigt – so das Bundesgericht –, wenn die Fortsetzung der Betreibung nicht gegen die Interessen der Gesamtheit der Gläubiger, die der genannte Grundsatz schützen wolle, verstosse und seine Anwendung demgegenüber zu ausgesprochen unbilligen Folgen führen würde (ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts, S. insbes. BGE 79 III 168 f., 88 III 22, 111 III 72, 120 III 142).

Zudem soll durch diese Rechtsprechung für den Schuldner die «Attraktivität» einer Insolvenzerklärung beseitigt werden, die häufig auch dazu diene, durch die Konkurseröffnung alle bestehenden Spezialexécutionen aufzuheben (so ausdrücklich seit BGE 35 I 217; H.U. Hardmeier, Änderungen im Konkursrecht, in: AJP 11 (1995) S. 1428 ff., insbes. S. 1435).

3. Ausgehend vor diesem weitgefassten Verständnis des altrechtlichen Art. 230 SchKG ist nun die Entstehungsgeschichte des neu geschaffenen, vierten Absatzes von Art. 230 SchKG zu sehen, woraus sich weitere Anhaltspunkte für die Auslegung ergeben.

Der Botschaft zufolge soll der neue Absatz von Art. 230 SchKG die Rechte wahren, die die Gläubiger in einem vorangegangenen Betreibungsverfahren erworben haben, und ihnen die Kosten ersparen, die mit einer neuen Betreibung verbunden wären (Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III, S. 141; ebenso der Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission für die Gesamtüberprüfung des SchKG an das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom Dezember 1981, S. 77, zu Abs. 3 von Art. 230/Anm. d. Verf.: wobei Abs. 3 neu zum Abs. 4 wird).

Dieser Sinn des neuen Absatzes knüpft an den Gläubigerschutzgedanken der bisherigen Rechtsprechung an. Allerdings geht weder aus der Botschaft noch aus den parlamentarischen Debatten ausdrücklich hervor, ob sich die Revision damit zugleich auch auf die Festschreibung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung beschränken wollte (das heisst keine Wortmeldungen zu Art. 230 Abs. 4 SchKG im Amtl. Bull. des National- und Ständerates 1993 S. 1, 30, 638, 729).

Hingegen wurden in der Vernehmlassung Ergänzungsanträge gestellt, die darauf hindeuten, dass der neue Absatz von Art. 230 SchKG für sämt-

liche Betreibungen gilt, das heisst, dass alle vor der Konkurseröffnung angehobenen Betreibungen nach der Einstellung des Konkurses vorbehaltlos wieder aufleben sollen (EJPD, Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Vorentwurf zu einer Teilrevision über Schuldbetreibung und Konkurs [zit. Vernehmlassung], Bern April 1984, S. 594 ff.). Einzig der ablehnende Antrag des Kantons Obwalden wollte den Wortlaut ausdrücklich auf die Pfandverwertung beschränken (ebd. S. 597f., N 9).

4. In der Lehre wurde die Frage nach der Reichweite des Art. 230 Abs. 4 SchKG noch nicht ausdrücklich behandelt resp. an der Auslegung i.S. der bisherigen Rechtsprechung festgehalten (Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, § 39 N 7, 44 N 23 ff.; Dominik Gasser, Das revidierte SchKG, in: BAV, in dubio, Sonderausgabe SchKG, Bern, Herbst 1996, N 214 und 232; Jürg Guggisberg, Neuerungen aus der Sicht der Gläubiger, in: SAV, Das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG), Bern 1995, Bd. 13, S. 65 ff., insbes. S. 78 Ziff. 12; H. U. Hardmeier, Änderungen im Konkursrecht, a.a.O., S. 1435 Ziff. 4.2.).

5. Zusammenfassend ergibt sich aus diesen Gründen folgendes: Die weite Formulierung von Art. 230 Abs. 4 SchKG («Die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen ...»/Herv. d. Verf.) umfasst rein vom Wortlaut her betrachtet alle Betreibungen. Eine Einschränkung auf Spezialexécutionen geht aus dem Wortlaut nicht hervor – zumindest wurden Generalexekutionen vom Geltungsbereich der Bestimmung nicht ausdrücklich ausgeschlossen (ebenso Entscheid Nr. 588/97 der Aufsichtsbehörde des Kantons Bern vom 19. September 1997 i.S. S.).

Lässt der Wortlaut des neuen Absatzes eine weite, das heisst alle Betreibungsarten umfassende Auslegung zu, und wurden im Wissen um die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Ergänzungsanträge in der Vernehmlassung ausdrücklich keine Ausnahmen statuiert, so ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst eine Formulierung wählte, die sämtliche Betreibungsarten, und zwar in jedem Betreibungsstadium umschliesst.

Diese weite, vom Gläubigerschutz geprägte Auslegung von Art. 230 Abs. 4 SchKG schliesst sich auch gedanklich an Abs. 3 desselben Artikels an, der aus demselben Grund dem Gläubiger erlaubt, nach der Einstellung des Konkurses den Schuldner noch während 2 Jahren auf Pfändung zu betreiben.

Abschliessend sei noch erwähnt, dass das Bundesgericht ausdrücklich eine analoge Anwendung von Art. 230 Abs. 3 auf Art. 169 Abs. 2 SchKG ausgeschlossen hat, weshalb kein Missbrauch durch die weite Auslegung von Art. 230 Abs. 4 SchKG durch Gläubiger, die durch Nichtleistung des Kostenvorschusses sich den Weg der Betreibung auf Pfändung öffnen möchten, zu befürchten ist (BGE 113 III 118 f.).

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde insoweit, als die Fortsetzung der Betreibung begehrt wurde, gutzuheissen.

6. Mit der öffentlichen Bekanntgabe der Konkurseinstellung liegt es nun im Belieben des Gläubigers, ob er die Betreibung fortsetzen möchte.

Indem der Bundesgesetzgeber nicht den in der Vernehmlassung beantragten Befristungen für die Stellung eines Fortsetzungsbegehrens gefolgt ist, sondern bewusst keine gesetzlich normierte Frist aufgenommen hat, bleibt als einzige Schranke die übliche Jahresfrist seit Zustellung des Zahlungsbefehls, innert der der Gläubiger um Fortsetzung der Betreibung zu ersuchen hat, ansonsten er seinen Rechtsanspruch nach Art. 230 Abs. 4 SchKG – unter Vorbehalt der Berechnung der Frist nach dessen Satz 2 – verwirkt.

Das Betreibungs- und Konkursamt Berner Jura-Seeland, dessen Zuständigkeit gemäss Art. 53 SchKG e contrario zu Recht nicht verneint wurde, hat demzufolge dem Fortsetzungsbegehren der Beschwerdeführerin in der Betreibung Nr. 9702209 vom 9. September 1997 stattzugeben. Dies hat die Beschwerdeführerin auch so in ihrem die Beschwerdeschrift abschliessenden Antrag, der sich auf das Fortsetzungsbegehren vom 10. April 1997 bezieht, formuliert. Zwar leben die angehobenen Betreibungen nach der Einstellung des Konkurses eo ipso wieder in dem Stadium auf, in dem sie sich vor der Einstellung des Konkurses befunden haben, was den Gläubiger aber nicht von der Stellung eines Fortsetzungsbegehrens entbindet, sofern er seine Betreibung weiterführen möchte. Andernfalls wären die Betreibungsämter verpflichtet, sämtliche noch gültigen Fortsetzungsbegehren der Gläubiger automatisch weiterzuführen, was in der Praxis zu organisatorischen Problemen und angesichts der personellen Engpässe zu Verzögerungen führen würde.

7. Vorliegend weist die Beschwerdeführerin Gebühren über Fr. 100.– für die Konkursandrohung und Fr. 1366.70 für die Konkurseröffnung aus, wovon sie im Fortsetzungsbegehren Fr. 1366.70 für sog. Konkurskosten geltend macht.

Leben nach Art. 230 Abs. 4 SchKG die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen nach der Einstellung des Konkurses wieder auf, so geschieht dies – rein vom Wortlaut her betrachtet – eo ipso und demzufolge nur im Umfang der ursprünglich geltend gemachten Forderung samt Betreibungskosten. Allein dies kann aber dem Gläubiger nicht die Berechtigung nehmen, mit der Stellung eines neuen Fortsetzungsbegehrens nun auch die inzwischen entstandenen Kosten der Konkurseröffnung geltend zu machen.

Wäre diese Schlussfolgerung nicht allein schon angesichts der für die Auslegung des Art. 230 SchKG zentralen Grundgedanken, des Gläubigerschutzes und des Gebots der Billigkeit naheliegend, so ergibt sie sich aus dem Begriff der Betreibungskosten. Nach Art. 68 SchKG muss der Gläubiger die Betreibungskosten zwar vorschliessen, der Schuldner trägt sie aber letztlich. Was unter dem Begriff der Betreibungskosten zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Wesen der Zwangsvollstreckung, welche die Durchsetzung einer Forderung in einem bestimmten Verfahren erfasst. Aus diesen Gründen können nur die Kosten aus rein betreibungsrechtlichen und aus betreibungsrechtlichen Verfahren mit Reflexwirkung als Betreibungskosten angesehen werden, nicht aber die Gebühren der

rein materiellrechtlichen Verfahren. Einzig im ordentlichen Prozess auferlegte Gerichts- und Parteikosten fallen somit nicht unter die Betreibungskosten; sie sind in einer besonderen, neuen Betreibung geltend zu machen (BISchK 1995, 182 ff., 185; *Amonn/Gasser*, a.a.O., § 13, N. 1 ff., 12). Erteilt der Konkursrichter eine Konkurseröffnung in einem nicht streitigen Fall, so stellt dies eine Verfügung auf einseitigen Antrag hin dar. Der Richter handelt hier im Grunde genommen als Vollstreckungsorgan. Die seinem Entscheid zugrundeliegende Frage ist rein betreibungsrechtlicher Natur (*Amonn/Gasser*, a.a.O., § 4, N. 57 f.)

Aus diesen Gründen ist die Beschwerdeführerin berechtigt, die tatsächlich erwachsenen Konkurskosten über Fr. 1366.70 zur Schuld zu schlagen. Die Beschwerde ist betreffend der geltend gemachten Forderung gutzuheissen.

Aus diesen Gründen wird **erkannt**:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Betreibungs- und Konkursamt Berner Jura-Seeland angewiesen, dem Fortsetzungsbegehren (auf Pfändung) der I.-F. AG in der Betreibung Nr. 9702209 vom 9. September 1997 stattzugeben.

2. Es werden keine Kosten gesprochen.

BERN, Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen, Entscheid vom 21. November 1997.

14). Art. 230 al. 4 LP. – Cette disposition n'est pas applicable au créancier qui a obtenu la faillite et qui la laisse se clôturer par défaut d'actifs car il a complètement épuisé ses droits découlant du commandement de payer.

Art. 230 Abs. 4 SchKG. – Diese Bestimmung ist für den Gläubiger nicht anwendbar, der den im nachhinein mangels Aktiven eingestellten Konkurs erwirkt hat. Dies, weil er seine aus dem Zahlungsbefehl fließenden Rechte gänzlich ausgeschöpft hat.

Art. 230 cpv. 4 LEF. – Questa norma non si applica al creditore che ha ottenuto la dichiarazione di fallimento e non si è opposto alla sospensione della procedura per mancanza di attivi, ritenuto che in tal modo quella esecuzione ha già concluso il suo corso.

La solution retenue par les autorités bernoises est plus convainquante notamment lorsque l'on connaît la pratique de plus en plus fréquente des débiteurs d'invoquer le non-retour à meilleure fortune dès qu'ils reçoivent un commandement de payer. Si le créancier est autorisé à requérir une saisie à la place d'une nouvelle commination de faillite sans passer par une nouvelle poursuite, il s'épargnera à lui et aux autorités judiciaires l'examen vain d'une exception qui ne serait pas fondée sur la faillite inexistante qui vient d'être clôturée par défaut d'actifs.