

weil noch kein Zahlungsbeleg für die Konkursforderung vorliegt. Ein Aktenentscheid hat nur dann zu ergehen, wenn der Schuldner zur festgesetzten Verhandlung nicht erschienen ist oder auf deren Durchführung verzichtet hat. Da die Prüfung von konkurshindernden Tatsachen/Einreden von Amtes wegen zu erfolgen hat (Giroud, SchKG II, Basler Kommentar 1998, N. 3 zu Art. 171 SchKG) und mit rechtserheblichen und einschneidenden Folgen für einen Schuldner verbunden ist, obliegt diese dem Konkursrichter selbst. Erscheint daher ein Schuldner zum Verhandlungstermin und erhebt er Einreden, so liegt der Entscheid darüber, ob die Voraussetzungen für die Durchführung einer Verhandlung oder nur eines Aktenentscheides gegeben sind, beim Konkursrichter und nicht bei den – wenn auch instruierten – Kanzleiangestellten im Rahmen von blossen Vorabklärungen anlässlich des Vorladungstermins. Indem der Konkursrichter über die Schuldnerin den Konkurs ausspricht, ohne zuvor – entgegen deren Erwartungen – eine Gerichtsverhandlung durchzuführen, wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet. Dies führt dazu, dass der Rekurs gutzuheissen und die Sache grundsätzlich zur Verbesserung des Mangels an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

d) Der Vollständigkeit halber ist zur Vernehmlassung der Vorinstanz und zu Ziffer 2 der «Wichtigen Hinweise» im vorinstanzlichen Vorladungsformular für den Schuldner («Zahlungen sind direkt dem Gläubiger zu leisten ...») Folgendes anzumerken: Die Tilgung einer Konkursforderung im Sinne von Art. 172 Ziff. 3 SchKG kann nicht nur an den Gläubiger direkt, sondern auch an das Betreibungsamt, das für den Gläubiger die betriebene Schuld einzutreiben hat, oder an das Konkursgericht zuhanden des Gläubigers erfolgen (wodurch dem Gläubiger eine öffentlich-rechtliche Forderung auf Ablieferung des entgegengenommenen Geldes entsteht: Giroud, a.a.O., N. 18 und 20 zu Art. 172 SchKG). Weist daher – wie hier – die Vorinstanz die anlässlich des Verhandlungstermins offerierte Barzahlung der Konkursforderung zurück und eröffnet sie unmittelbar darauf über den Schuldner den Konkurs (hier nur gerade 15 Minuten nach dem wahrgenommenen Vorladungstermin), so grenzt dies nicht nur an überspitzten Formalismus, sondern stellt gar eine Rechtsverweigerung dar. Eine solche wäre es selbst dann, wenn im Sinne der Vorinstanz angenommen würde, dass Zahlung an das Konkursgericht zuhanden des Gläubigers «nicht möglich» sei: Gemäss Art. 32 Abs. 2 SchKG sind Fristen (aus dem SchKG; worunter auch der Zahlungsnachweis anlässlich der Konkurseröffnungsverhandlung subsumiert werden kann) nämlich auch dann gewahrt, wenn vor ihrem Ablauf eine unzuständige Behörde angerufen wird, da letztere die Eingabe unverzüglich der zuständigen Behörde zu überweisen hat. D.h. eine vor Konkurseröffnung anlässlich des Vorladungstermins offerierte Zahlung der Konkursforderung an das Konkursgericht wäre vom Gericht entgegen zu nehmen und unverzüglich dem zuständigen Betreibungsamt zuhanden des Gläubigers weiterzuleiten. Schliesslich erschiene unter der vorliegenden Konstellation, wo nicht der Gläubiger, aber der – nicht rechtskundige –

Schuldner zum Vorladungstermin beim Konkursrichter erscheint und Barzahlung offeriert, gar angezeigt, dem offenkundig zahlungswilligen Schuldner eine kurze, wenn auch nur in Stunden bemessene Frist einzuräumen, damit die Zahlung direkt beim Gläubiger oder Betreibungsamt vorgenommen und der Quittungsbeleg alsdann noch gleichentags dem Konkursrichter vorgelegt werden kann.

ZÜRICH, Obergericht, II. Zivilkammer, ZR 101 (2002) Nr. 17, 22. Juni 2001.

28). Art. 230 Abs. 1 SchKG, § 5 Ziff. 9 ZPO BL. – Einstellung des Konkurses mangels Aktiven. Gegen den Einstellungsbeschluss des Konkursrichters ist weder eine Berufung möglich noch eine Beschwerde zulässig (Praxisänderung).

Art. 230 Abs. 2 SchKG. – Zuständig für die Festsetzung des Kostenvorschusses ist das Konkursamt. Er soll grundsätzlich so hoch angesetzt werden, dass die gesamten Konkurskosten – mit Einschluss der bereits entstandenen – gedeckt werden.

Art. 230 al. 1 LP, § 5 chiffre 9 CPC/BL. – Suspension de la faillite faute d'actifs. Il ne peut être appelé de la décision du juge de la faillite de suspendre la liquidation faute d'actifs. Elle ne peut non plus faire l'objet d'un recours (changement de jurisprudence).

Art. 230 al. 2 LP. – L'office des faillites est compétent pour déterminer l'avance de frais nécessaire. Elle doit être aussi élevée que possible de telle sorte que tous les frais, y compris ceux déjà exposés, soient couverts.

Art. 230 cpv. 1 LEF, § 5 n. 9 CPC/BL. – Sospensione della procedura di fallimento per mancanza di attivi. Contro la decisione di sospensione del giudice del fallimento non è data impugnazione di diritto esecutivo federale né appello di diritto cantonale. Nemmeno è data la via del ricorso ex § 233 CPC/BL (cambiamento di giurisprudenza).

Art. 230 cpv. 2 LEF. – L'ufficio dei fallimenti è competente per determinare l'anticipazione delle spese, che deve in linea di principio essere fissata in modo tale da coprire tutte le spese fallimentari, comprese quelle già maturate.

1. Mit Entscheid vom 30. Juli 2001 stellte der Bezirksgerichtspräsident Arlesheim auf Antrag des Konkursamtes Binningen das Konkursverfahren gegen E.F. gestützt auf Art. 230 SchKG mangels Konkursvermögens ein, sofern nicht ein Gläubiger innert 10 Tagen seit Publikation der Einstellung die Durchführung des Verfahrens verlangt und für die Kosten desselben einen Vorschuss von Fr. 20 000.– (Mehrforderung vor-

behalten) leistet. Diese Verfügung wurde am 9. August 2001 im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft publiziert.

II. Gegen diese Verfügung erhob die R. GmbH als Gläubigerin am 12. August 2001 Beschwerde mit dem Antrag auf deren Aufhebung, eventuell Rückweisung zur näheren Abklärung an den Bezirksgerichtspräsidenten Arlesheim und das Konkursamt Binningen.

Aus den Erwägungen:

1.1 Die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ist gestützt auf Art. 230 SchKG vom Konkursrichter, d.h. gemäss § 5 Ziff. 9 ZPO vom Bezirksgerichtspräsidenten angeordnet worden. Gegen diesen Entscheid ist weder nach Bundes- noch nach kantonalem Recht die Appellation zulässig. Somit fällt als Rechtsmittel nur die Beschwerde gemäss § 233 ZPO in Betracht. Das Obergericht hat im Jahr 1996 das Beschwerderecht des Gläubigers gegen den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten betreffend die Einstellung eines Konkurses mangels Aktiven bejaht (OC vom 10.12.1996 i.S. der Konkursitin B. AG). Nach heutiger Ansicht des Obergerichts kann an dieser Praxis nicht festgehalten werden. Der Gläubiger hat im Verfahren vor dem Bezirksgerichtspräsidenten betreffend Einstellung mangels Aktiven keine direkte Parteistellung, selbst dann nicht, wenn er das zum Konkurs führende Konkursbegehren gestellt hat. Zuzufolge Fehlens dieser direkten Parteistellung besteht auch keine Grundlage für ein Beschwerderecht des Gläubigers, die Gläubigereigenschaft als solche allein genügt hierfür nicht. Zu beachten ist auch, dass der Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten, einen Konkurs mangel Aktiven einzustellen, für den Gläubiger insofern nicht definitiv ist, als er durch Leistung des ihm auferlegten Kostenvorschusses die Durchführung des Konkurses erwirken kann. Es entspricht gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG dem Willen des Gesetzgebers, dass das Kostenrisiko für die Durchführung eines eingestellten Konkurses zu Lasten der dies beantragenden Gläubiger geht. Im Weiteren bleibt dem Gläubiger die Möglichkeit, nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven, der Schuldner während zwei Jahren durch Betreibung auf Pfändung weiter zu verfolgen. Das Obergericht tritt daher auf die Beschwerde, soweit sie sich gegen die Einstellung des Konkurses richtet, nicht ein.

1.2 Anders verhält es bezüglich der Rüge des Beschwerdeführers betreffend die Höhe des Kostenvorschusses. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass der Kostenvorschuss für die Durchführung des Konkurses faktisch vom Konkursamt festgesetzt wurde und im Entscheid des Bezirksgerichtspräsidenten übernommen wurde. Nach massgebenden Vertretern der Rechtslehre liegt die Zuständigkeit für die Festsetzung des Kostenvorschusses gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG auch beim Konkursamt (vgl. Basler Kommentar zum SchKG, Lustenberger, Art. 230 N. 10 = S. 2136, Jaeger, Kommentar zum SchKG, Zürich 1991, 2. Bd., Art. 230 N. 8 = S. 170, a.A. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Kommentar zum SchKG, Zürich 1997/99, Bd. 2, Art. 230 N. 11 = S. 360). Diese Ansicht lässt sich nicht nur auf den Gesetzestext stützen, welcher die Sicherheit in Zusam-

menhang mit der vom Konkursamt zu veranlassenden Publikation erwähnt, sondern auch darauf, dass die Sicherheit sich auf Kosten bezieht, die beim Konkursamt entstehen, und dieses am besten in der Lage ist, diese Kosten abzuschätzen. Es ist somit davon auszugehen, dass der Bezirksgerichtspräsident bezüglich des für die Durchführung zu erbringenden Kostenvorschusses keinen eigenen Entscheid gefällt, sondern diesbezüglich nur eine Verfügung des Konkursamtes in seinen Entscheid aufgenommen hat. Die Rüge betreffend den Kostenvorschuss kann somit als betreibungsrechtliche Beschwerde im Sinn von Art. 17 ff. SchKG entgegengenommen werden, über welche die Dreierkammer des Obergerichts in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs zu befinden hat, wobei die Kognition im Unterschied zur Beschwerde gemäss § 233 ZPO frei ist. Dass der Beschwerdeführer seine Beschwerde zu diesem Punkt nicht explizit als solche bezeichnet hat, kann ihm nicht schaden, zumal die Rechtsmittelsituation diesbezüglich in Betracht dessen, dass die Eröffnung des Kostenvorschusses durch den Bezirksgerichtspräsidenten erfolgte, nicht von vorneherein klar ist.

2. Art. 230 Abs. 2 SchKG spricht davon, dass der Gläubiger, welcher die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt, innert 10 Tagen die festgelegte Sicherheit für «den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten» zu leisten hat. Das Bundesgericht hat unter dem alten Recht, gemäss welchem der Gläubiger «für die Kosten hinreichende Sicherheit zu leisten hatte» entschieden, dass die Sicherheit sich nur auf künftige, nicht auf bereits entstandene Kosten beziehen dürfe (BGE 64 III 166 ff., 117 III 67 ff.). Im erstgenannten Entscheid wurde dies damit begründet, dass gemäss Art. 169 SchKG für die bis zur Bekanntmachung der Einstellung mangels Aktiven entstandenen Kosten nur der Gläubiger belangt werden könne, der das Konkursbegehren gestellt habe. Der spätere Entscheid bezog sich auf eine Nachforderung für bereits aufgelaufene Prozess- und Anwaltskosten. Nach Ansicht der Aufsichtsbehörde schliesst Art. 169 SchKG weder nach seinem Wortlaut noch aufgrund seiner ratio die Verpflichtung des Gläubigers, welcher die Durchführung des eingestellten Konkurses verlangt, zur Sicherstellung bereits entstandener Kosten aus. Vielmehr ist bei Begehren eines Gläubigers auf Durchführung des eingestellten Konkurses eine gleichzeitige Haftung dieses Gläubigers für diese Kosten neben demjenigen, welcher das Konkursbegehren gestellt hat, denkbar und auch sinnvoll, da ja jener Gläubiger das Konkursamt zum weiteren Handeln veranlassen will. Die alleinige Haftung des betreibenden Gläubigers für die bis zur Einstellung aufgelaufenen, durch die Konkursmasse nicht gedeckten Kosten ist nur dann angebracht, wenn kein Gläubiger das Begehren um Durchführung des Konkurses stellt. Teilt man diese Ansicht nicht, so ist jedenfalls die vorhandene Konkursmasse auf die bereits aufgelaufenen Kosten anzurechnen.

Grundsätzlich soll die Sicherheit so hoch angesetzt werden, dass die gesamten Kosten für die Durchführung des Konkurses gedeckt werden. Möglich ist jedoch, dass das Konkursamt sich in der Bekanntmachung

nach Art. 230 SchKG die Nachforderung weiterer Vorschüsse vorbehält, für den Fall, dass der ursprüngliche nicht hinreichen sollte (BGE 64 III 166 ff., bes. 170 f.). Das Bundesgericht hat im Weiteren festgehalten, dass das Konkursamt befugt ist, den Kostenvorschuss so hoch anzusetzen, dass auch nicht genauer abschätzbare Kosten wie zum Beispiel Gerichts- und Anwaltskosten bei Aktiv- und Passivprozessen gedeckt werden könnten (BGE 117 III 69).

Das Konkursamt Binningen hat in seiner Vernehmlassung die mutmasslichen Kosten in einer sorgfältigen Aufstellung detailliert. Gemäss dieser Aufstellung sind folgende Aufwendungen erforderlich:

Bis jetzt entstandene Kosten	Fr. 5 000.–
Anzeigen der Konkurseröffnung inkl. Postgebühr	Fr. 600.–
Belegaufforderungen, inkl. Postgebühr	Fr. 520.–
Diverse Korrespondenz	Fr. 500.–
Prüfung der Forderungen, Stellungnahme des Schuldners zu den Forderungen	Fr. 500.–
Auflage des Kollokationsplanes, der Lastenverzeichnisse und der Inventare	Fr. 3 500.–
Verfügungen zu Kollokationsplan und Inventare	Fr. 500.–
Anzeigen der Kollokationsplan- und Inventaraufgabe	Fr. 600.–
Zirkular an die Gläubiger (2 Seiten), inkl. Postgebühr	Fr. 1 400.–
Publikationen (Konkurseröffnung, Auflage Kollokationsplan, Lastenverzeichnisse, Inventare, Schluss des Verfahrens usw.)	Fr. 600.–
Verlustscheine infolge Konkurses, inkl. Postgebühr	Fr. 1 300.–
Schlussrechnung, Schlussbericht, Besprechungen	Fr. 1 500.–
	Fr. 16 520.–
Kosten allfälliger Prozesse und gerichtlicher Liquidationen ca.	Fr. 2 500.–
Total	Fr. 19 020.–

Bei der Festsetzung des Kostenvorschusses von Fr. 20 000.– wurde weder ein Abzug für die bis jetzt entstandenen Kosten von Fr. 5000.– noch ein solcher für den Wert der freien Konkursmasse von Fr. 2780.– getätigt.

Die Kostenschätzung des Konkursamtes ist nach Ansicht der Aufsichtsbehörde sehr vorsichtig und zurückhaltend. Dies gilt insbesondere bezüglich der mutmasslichen Prozesskosten, zeigt sich aber auch daran, dass kein Betrag für Unvorhergesehenes einbezogen wurde.

In Anbetracht der sehr zurückhaltenden Kostenschätzung des Konkursamtes rechtfertigen weder die erfolgte Aufrundung des Kostenvorschusses um knapp Fr. 1000.– im Verhältnis zu den vom Amt geschätzten Kosten noch der Verzicht auf einen Abzug für den Wert der Konkursmasse bei der Festsetzung des Kostenvorschusses dessen Reduktion. In

Anbetracht der vom Konkursamt geschilderten Umstände (bereits im Zeitpunkt der Einstellung mindestens 100 gemeldete Gläubiger, mehrere hängige Prozesse und Notwendigkeit der Liquidation einer GmbH gegen erklärtem Widerstand der betreffenden Gesellschaft) erscheint auch eine Schätzung der gesamten Konkurskosten mit etwa Fr. 25 000.– als nicht übersetzt. Auch der in der Kostenvorschussverfügung angebrachte zulässige Vermerk «Mehrforderung vorbehalten» rechtfertigt nicht eine Reduktion des verfügbaren Kostenvorschusses. Allerdings fällt eine Mehrforderung nur dann in Betracht, wenn die Kosten den eingeforderten Vorschuss zuzüglich den Wert der freien Konkursmasse übersteigen. Die Beschwerde ist daher, soweit sie sich gegen den Kostenvorschuss richtet, abzuweisen.

3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die Beschwerde gegen die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nicht eingetreten und diejenige gegen die Höhe des Kostenvorschusses abgewiesen wird. Als Folge dieses Entscheides ist die konkursamtliche Beschlagnahme der inventarisierten Aktiven aufzuheben.

BASEL-LANDSCHAFT, Obergericht und Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs, 22. Oktober 2001.

29). Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. – Was ist unter dem Begriff des «Beiseiteschaffens von Vermögenswerten» zu verstehen? Da der Arrest in erster Linie die Gewährleistung der Zwangsvollstreckung in die vorhandenen Aktiven bezweckt, fällt die Vergrößerung der Passiven nicht darunter.

Art. 271 al. 1 ch 2 LP. – *Que signifie l'expression «faire disparaître ses biens»? Le séquestre ayant pour but, en première ligne, de garantir l'exécution forcée qui doit encore intervenir sur les actifs présents, l'augmentation des passifs ne constitue pas une disparition des biens du débiteur.*

Art. 271 cpv. 1 n. 2 LEF. – *Nozione di trafugamento di beni. Poiché il sequestro tende in primo luogo a garantire l'esecuzione sugli attivi disponibili, l'aumento dei passivi non costituisce trafugamento.*

Auf entsprechendes Begehren von F. O. bewilligte das Bezirksgerichtspräsidium Arlesheim dem Gesuchsteller mit Arrestbefehl vom 25. Januar 2002 die Verarrestierung zweier Konten der Fürsorgestiftung der F. O. Treuhand AG bei der Bank X. bis zum Betrag von Fr. 285 838.– zuzüglich 5% Zins seit 25. Januar 2002 als Sicherung der von ihm geltend gemachten Rente im Umfange eines kapitalisierten Betrages von Fr. 285 838.–.