

## 6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht / Organisation judiciaire et procédure

### 6.6. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht / Exécution forcée et faillite

#### (2) Freihandverkauf. Spezifizierungserfordernis. Nichtigkeit (Art. 22 SchKG).

Bundesgericht, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, Urteil 7B.219/2004 vom 28.1.2005 i.S. X AG und Y. c. Obergericht des Kantons Zug, Beschwerde.

Bemerkungen von Dr. FRANCO LORANDI,  
LL.M., Rechtsanwalt (Zürich),  
Privatdozent an der Universität St. Gallen



#### Zusammenfassung des Sachverhalts:

1. Am 8. Juli 2003 wurde über die Z. AG der Konkurs eröffnet und in der Folge die Durchführung des Konkurses im summarischen Verfahren angeordnet. Das Konkursamt Zug sandte am 20. August 2003 der W. GmbH den Kaufvertrag über "alle im Anhang aufgeführten Inventarpositionen und Marken" der Gemeinschuldnerin zum Pauschalpreis von Fr. 5000.– und unterzeichnete den Vertrag, nachdem er von der Erwerberin unterzeichnet retourniert worden war. Am 5. Dezember 2003 machte das Konkursamt die Auflage

(bis 29. Dezember 2003) von Kollokationsplan und Inventar im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Amtsblatt des Kantons Zug bekannt.

2. Am 6. Januar 2004 teilte die X. AG, Alleinaktionärin der Gemeinschuldnerin, dem Konkursamt mit, dass sie bereit wäre, für die vom Freihandverkauf erfassten Vermögenswerte (insbesondere die Marken) Fr. 150000.– zu bezahlen. Gleichzeitig erhoben sie sowie Y., vormalige Verwaltungsratspräsidentin der Gemeinschuldnerin, Beschwerde gegen den Freihandverkauf bei der Justizkommission des Obergerichts als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs. Mit Beschluss vom 18. Oktober 2004 trat die Aufsichtsbehörde auf die Beschwerde nicht ein.

3. Die X. AG und Y. haben den Beschluss der kantonalen Aufsichtsbehörde mit Beschwerdeschrift vom 1. November 2004 (rechtzeitig) an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts weitergezogen und beantragen, es sei die Nichtigkeit des Freihandverkaufs vom 20. August 2003 festzustellen; eventuell sei der Freihandverkauf aufzuheben. Weiter seien der X. AG die mit dem Freihandverkauf übertragenen Marken "V." (Schweizer Marke, Internationale Marke, US-Marke) zuzusprechen; eventuell sei der Freihandverkauf erneut durchzuführen. Die Aufsichtsbehörde hat anlässlich der Aktenüberweisung auf Gegenbemerkungen (Art. 80 OG) verzichtet und auf die Abweisung der Beschwerde geschlossen, soweit darauf einzutreten sei. Die W. GmbH (Beschwerdegegnerin) beantragt die Abweisung der Beschwerde. Das Konkursamt beantragt ebenfalls Nichteintreten bzw. Abweisung der Beschwerde.

#### Zusammenfassung der Erwägungen:

1. 1.1 Die Aufsichtsbehörde hat im Wesentlichen festgehalten, dass der Freihandverkauf vom 20. August 2003, bei dem vorgängig weder den Gläubigern noch den Aktionären das Recht zu einem höheren Angebot eingeräumt worden sei, nicht nichtig sei. Im Übrigen bestehe im vorliegenden Konkursverfahren keine Aussicht auf einen Aktivenüberschuss, sodass die Voraussetzung, der Beschwerdeführerin 1 die Möglichkeit zu einem Höhergebot nach Art. 256 Abs. 3 SchKG zu geben, ohnehin nicht erfüllt sei. Sodann spiele es für die Gültigkeit des Freihandverkaufs keine Rolle, ob die im Anhang aufgeführten Gegenstände dem von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Lagerbestand entsprechen oder nicht, zumal Vermögensobjekte, die bis zur Konkurseröffnung entzogen worden seien, mit Anfechtungsklagen gemäss Art. 285 ff. SchKG zur Masse gezogen werden müssten. Weiter hat die Aufsichtsbehörde erwohnen, dass die Beschwerdeführerin 1 am 6. Januar 2004 "erfolgreich" (d.h. vom Konkursamt offenbar anerkannte) Forderungen eingegeben habe und damit Gläubigerin geworden sei, allerdings nicht im Zeitpunkt, als der Freihandverkauf abgeschlossen wurde, so dass ihr nicht nur deswegen die Legitimation zur Anfechtung fehle, sondern weil es ihr vorab um ihre eigenen übergangenen Interessen als Erwerberin gehe. Die Beschwerdeführerin 2 sei schliesslich eine unbeteiligte Drittperson, welche zur Beschwerde nicht legitimiert sei.

1.2 Die Beschwerdeführerinnen machen im Wesentlichen geltend, der Freihandverkauf vom 20. August 2003 sei nichtig bzw. anfechtbar, weil die zu verwertenden Objekte ungenügend individualisiert seien, keine Möglichkeit zum Höhergebot gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG gegeben worden sei, der Freihandverkauf vor Ablauf der Eingabefrist gemäss Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG erfolgt sei, der Konkursbeamte sein Ermessen verletzt habe und im Übrigen auf das Inventar bzw. den Freihandverkauf deliktisch eingewirkt worden sei.

2. Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, im Vertrag zwischen dem Konkursamt und der Beschwerdegegnerin vom 20. August 2003 sei der Kaufgegenstand ("alle im Anhang aufgeführten Inventarpositionen und Marken") in Bezug auf die Marken nicht genügend individualisiert. Es sei nicht klar, welche Marke übertragen werden solle, da weder im Anhang zum Freihandverkauf noch im Konkursinventar die Markenrechte verzeichnet seien. Daher sei der Freihandverkauf nichtig.

2.1 Verfügungen, die gegen im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassene Vorschriften verstossen, sind nichtig (Art. 22 Abs. 1 SchKG). Gegen öffentliche Interessen verstossen betreibungsrechtliche Anordnungen, die unvollständig oder unbestimmt sind (IMBODEN, Nichtige Betreibungs-handlungen, BISchK 1944, 134; LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, N 22 und 40 zu Art. 22 SchKG). So ist eine Pfändung nichtig, wenn der Beamte nicht genau angibt, welche Vermögenswerte mit Beschlagnahme belegt sind (BGE 114 III 75 E. 1, 76). Die gleichen Grundsätze gelten für den Inhalt der Freihandverkaufsverfügung: Wenn die Umschreibung des zu verwertenden Objekts mangelhaft, unklar oder mehrdeutig ist, so dass eine Individualisierung nicht möglich ist, führt dies zur Nichtigkeit (LORANDI, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 1993, 194).

2.2 Die Beschwerdegegnerin macht in Bezug auf die Individualisierung der verkauften Marken geltend, wegen der fehlenden Präzisierung könne davon ausgegangen werden, dass sämtliche Marken "V." übertragen worden seien, "da es keinen Sinn macht, die eine Marke zu übertragen und die andere nicht"; sodann seien die Vertragsparteien davon ausgegangen, dass sämtliche Marken (Schweizer Marke, Internationale Marke, US-Marke) gemeint seien. Diese Vorbringen zur Auslegung der Verfügung sind unbehelflich. Der Freihandverkauf wird rechtlich als Verwertungsakt und damit als Verwaltungsverfügung qualifiziert (BGE 106 III 79 E. 4, 82; 128 III 104 E. 3a, 107; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., 2003, § 26 Rz. 24, § 27 Rz. 44, § 47 Rz. 26; HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N 5 zu Art. 143b SchKG). Wohl sind die privatrechtlichen Regeln über die Willenserklärungen im Allgemeinen und jene über den Vertragsschluss im Besonderen analog anzuwenden (Urteil 7B.167/1999 des Bundesgerichts vom 1. November 1999,

E. 4; LORANDI, Freihandverkauf, a.a.O., 59, 68). Die Notwendigkeit der Zustimmung des Erwerbers zur Freihandverkaufsverfügung ändert indessen nichts daran, dass die Behörde die zwangsvollstreckungsrechtliche Enteignung der Gemeinschuldnerin nach Massgabe des Gesetzes vornimmt bzw. vornehmen muss (vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., 2002, 186 Rz. 899).

2.3 Es bleibt zu prüfen, ob die hier zu verwertenden, aus den Aktiven der Konkursmasse ausscheidenden Markenrechte mit der gesetzlich geforderten Bestimmtheit individualisiert sind.

2.3.1 Aus dem angefochtenen Beschluss und dem (in den Akten liegenden) Kaufvertrag vom 20. August 2003 geht hervor, dass das Konkursamt für die Konkursmasse "alle im Anhang aufgeführten Inventarpositionen und Marken" der Beschwerdegegnerin verkauft hat. Die Aufsichtsbehörde hat im angefochtenen Beschluss keine Sachverhaltsfeststellungen in Bezug auf die Marke(n) oder den im Kaufvertrag erwähnten Anhang getroffen. Im in den Akten liegenden Inventar vom 15. Mai 2003, das offenbar (von der Beschwerdegegnerin unbestritten) dem Kaufvertrag beigelegt hat, sind zahlreiche, detailliert bezeichnete Gegenstände (Mobiliar, Laboreinrichtung, Werkstatt, Fertigprodukte etc.), aber keine Markenrechte aufgeführt. Die Aufsichtsbehörde hat einzig festgehalten, dass im Konkursinventar (Seite 3) unter Ziffer II (Bewegliche Sachen) das "Inventar gemäss Listen" mit einem Schätzwert von Fr. 5000.– aufgeführt sei und auf den Kaufvertrag verwiesen werde. Im in den Akten liegenden Konkursinventar vom 5. Dezember 2003 sind keine Markenrechte aufgeführt. Dass dem Kaufvertrag das Schreiben der Patentanwälte R. & Co. vom 2. Juni 2003 an die Beschwerdegegnerin beigelegt habe, geht weder aus dem Kaufvertrag selber noch aus den kantonalen Sachverhaltsfeststellungen hervor und wird von der Beschwerdegegnerin bestritten; im Übrigen lässt sich daraus nicht entnehmen, welche der erwähnten Marken vom Konkursamt der Beschwerdegegnerin verkauft werden sollen.

2.3.2 Bei registrierten Immaterialgüterrechten als von der Zwangsvollstreckung erfassten Vermögenswerten sind allgemein die wichtigsten Registerangaben zu erwähnen (CORNAZ, L'exécution forcée des droits de propriété intellectuelle, Diss. Lausanne 2002, 147 Rz. 275). Bei der vorliegenden Freihandverkaufsverfügung ist indessen nicht hinreichend bestimmt, welche Marken verwertet worden sind, denn es fehlt insbesondere die erforderliche eindeutige Bezeichnung (insbesondere der Registernummer) der – offenbar in verschiedenen Registern – eingetragenen Marken (vgl. CORNAZ, a.a.O.). Sollen mit der Verfügung alle "im Anhang aufgeführten" Marken veräussert werden, erscheint der Kaufvertrag insofern als widersprüchlich, als er einerseits die Markenrechte als Kaufgegenstand bezeichnet, auf der massgeblichen Liste andererseits auf deren Veräusserung verzichtet. Sollen hingegen "alle Marken" veräussert werden, ist die Verfügung inhaltlich mangelhaft: So wenig wie eine Pfändungsurkunde den Bestimmtheits-

anforderungen genügt, wenn darin "alle Fauteuils" oder "sämtliches Mobiliar im Salon" als beschlagnahmte Gegenstände aufgeführt sind (IMBODEN, a.a.O.; LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, a.a.O.), so wenig kann die fragliche Freihandverkaufsverfügung den erwähnten Anforderungen genügen, wenn damit ohne nähere Individualisierung "alle Marken" verwertet werden sollen. Daher muss die Nichtigkeit der Freihandverkaufsverfügung vom 20. August 2003 festgestellt werden, soweit damit "alle Marken" freihändig verkauft werden sollen.

2.4 Was die freihändige Verwertung der übrigen "im Anhang aufgeführten Inventarpositionen" anbelangt, so wird eine fehlende Bestimmtheit weder geltend gemacht, noch ist eine solche ersichtlich. Allerdings deckt sich die Zustimmung der Beschwerdegegnerin als Erwerberin bzw. deren Einverständnis, Fr. 5000.– zu bezahlen, nicht vollständig mit der strittigen Freihandverkaufsverfügung (vgl. LORANDI, Freihandverkauf, a.a.O., 69, 190). Da die Übertragung der Marke(n) nicht nur einen nebensächlichen, sondern einen objektiv wesentlichen Punkt (Kaufgegenstand) der Verfügung darstellt, muss – mangels Zustimmung – die Nichtigkeit der ganzen Freihandverkaufsverfügung festgestellt werden (LORANDI, Freihandverkauf, a.a.O., 32; HÄFELIN/MÜLLER, a.a.O., 186 Rz. 898).

2.5 Der weitere Antrag der Beschwerdeführerin 1 auf Zusprechung von Markenrechten durch die erkennende Kammer ist unzulässig. Da feststeht, dass keine wirksame Freihandverkaufsverfügung vorliegt, wird das Konkursamt erneut zur Verwertung der fraglichen Vermögenswerte schreiten, wobei die Art der Verwertung im Ermessen des Konkursamtes steht (LUSTENBERGER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, N 36 zu Art. 231 SchKG). Für den Fall, dass das Konkursamt sich entschliesst, die fraglichen Vermögenswerte – nach Bestimmung der zu verwertenden Marken – erneut durch Freihandverkauf zu verwerten, wird es allerdings Art. 256 Abs. 2–4 SchKG berücksichtigen und die Interessen der Gläubiger bestmöglich wahren (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist nicht erforderlich, auf weitere im vorliegenden Verfahren erhobene Rügen vorweg Stellung zu nehmen.

#### Entscheid:

Die Beschwerde wurde gutgeheissen. Der angefochtene Beschluss, welcher die Nichtigkeit der Freihandverkaufsverfügung verneinte, wurde aufgehoben. In der Sache wurde die Nichtigkeit der Freihandverkaufsverfügung festgestellt.

#### Bemerkungen:

1. Dem Entscheid ist vollumfänglich zuzustimmen. Er klärt verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem Freihandverkauf.

2. Im SchKG gilt das *Erfordernis der Individualisierung* bzw. der Spezifizierung. Die bisherige Praxis befasste sich diesbezüglich vor allem mit der Pfändung und dem Arrest. Das Bundesgericht hält *in genereller Weise* fest, dass betreibungsrechtliche Anordnungen, die unvollständig oder unbe-

stimmt sind, gegen öffentliche Interessen verstossen und deshalb nichtig i.S.v. Art. 22 SchKG sind. Es wendet diesen Grundsatz (soweit ersichtlich) zum ersten Mal auch auf einen Freihandverkauf an (Erw. 2.1).

3. In Bezug auf die in Frage stehende Freihandverkaufsverfügung erkannte das Bundesgericht, es sei nicht hinreichend bestimmt, welche Marken mit der Freihandverkaufsverfügung verwertet worden sind. Es war inhaltlich ungenügend, wenn mit der Verfügung "alle Marken" verwertet werden sollten. Die Freihandverkaufsverfügung erwies sich somit in Bezug auf die Verwertung der Marken als *nichtig* (Erw. 2.3).

4. Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass es sich beim Freihandverkauf um einen Verwertungsakt und damit um eine Verwaltungsverfügung handelt (Erw. 2.2). Diese Praxis wurde zwar bereits vor rund 25 Jahren begründet (BGE 106 III 79, bestätigt in BGE 112 II 110 und Bundesgerichtsurteil 7B.167/1999 vom 1. November 1999, E. 4). Das Bundesgericht selbst hat jedoch verschiedene Konsequenzen hieraus erst später gezogen. So hat es erst mit BGE 128 III 107 ff. seine Auffassung fallen gelassen, der Freihandverkauf eines Grundstücks müsse öffentlich beurkundet werden.

Die Praxis der Betreibungs- und Konkursämter zeigt, dass das Wesen des Freihandverkaufs und die sich daraus ergebenden Konsequenzen noch nicht überall verinnerlicht sind. So hat auch das Konkursamt, welches den in Frage stehenden Freihandverkauf vorgenommen hat, von einem "Kaufvertrag" gesprochen (vgl. Sachverhalt A.). Dass diese Bezeichnung unzutreffend ist, ist zwar eher ein Schönheitsfehler. Die falsche Bezeichnung scheint jedoch immer wieder ein Grund dafür zu sein, dass falsche Regeln auf den Freihandverkauf angewendet werden. Der Freihandverkauf ist kein zivilrechtlicher Kaufvertrag. Er ist – wie die Zwangsversteigerung – ein Zwangsverwertungsakt und damit eine Verfügung (Erw. 2.2). Das Bundesgericht verwendet denn im Entscheid konsequent den zutreffenden Begriff der *Freihandverkaufsverfügung* (Erw. 2.1, 2.3.2., 2.4.). Es schliesst sich damit der Terminologie an, wie sie in der jüngeren Lehre vertreten wird.

5. Es handelt sich beim Freihandverkauf um ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, weil die Zustimmung des Erwerbers notwendig ist. Dogmatisch liegt eine zustimmungsbedürftige Verfügung vor (LORANDI, Freihandverkauf, 38). Insofern besteht eine (beschränkte) Verwandtschaft zum Kaufvertrag, welcher auch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft darstellt. Auf die Freihandverkaufsverfügung einerseits und die Zustimmungserklärung des Erwerbers andererseits gelangen denn auch die privatrechtlichen Regeln über die Willenerklärungen im Allgemeinen und jene über den Vertragsschluss im Besonderen analog zur Anwendung (Erw. 2.2).

6. Aus dem Wesen des Freihandverkaufs als zustimmungsbedürftigen Verfügung und der analogen Anwendung der Bestimmungen über den Vertragsschluss ergibt sich, dass die Verfügung der SchKG-Behörde und die Zustimmung des Erwerbers inhaltlich übereinstimmen müssen. Dies traf

für den zu beurteilenden Freihandverkauf bzw. für die Erklärung des Erwerbers nicht vollumfänglich zu. Das Bundesgericht stellte deshalb die *Nichtigkeit der gesamten* Freihandverkaufsverfügung fest, da die mangelnde Übereinstimmung der Erklärungen des Konkursamtes und des Erwerbers nicht nur einen nebensächlichen, sondern einen objektiv wesentlichen Punkt betraf (Erw. 2.4). Soweit ersichtlich ist dies der erste Entscheid des Bundesgerichts, welcher zurecht zu diesem Ergebnis gelangt (vgl. im Einzelnen LORANDI, Freihandverkauf, 32, 69, 190 f.).

7. Die Nichtigkeit ist auch vom Bundesgericht von Amtes wegen zu beachten und zwar unabhängig davon, ob Beschwerde geführt (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG) oder dieser Mangel mit Beschwerde gerügt wurde. Das Bundesgericht stellte deshalb die Nichtigkeit der gesamten Freihandverkaufsverfügung zufolge fehlender Übereinstimmung der Verfügung und der Zustimmung des Erwerbers fest, obschon dies von den Beschwerdeführern offenbar nicht gerügt worden war.

8. Liegt Nichtigkeit vor, so stellt die Aufsichtsbehörde diese fest. Damit hat es sein Bewenden. Die Aufsichtsbehörde kann nicht in der Sache einen neuen Entscheid fällen, sprich eine andere Freihandverkaufsverfügung erlassen. Dies obliegt vielmehr der SchKG-Behörde. Das Bundesgericht konnte deshalb der Beschwerdeführerin, welche selber ein Angebot unterbreitet hatte, keine Markenrechte zusprechen (Erw. 2.5).

### (3) Paulianische Anfechtung. Übergangsrecht.

Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil 5C.182/2004 vom 22.2.2005 i.S. X. c. Y. und Z., Berufung.

Bemerkungen von Dr. FRANCO LORANDI,  
LL.M., Rechtsanwalt (Zürich),  
Privatdozent an der Universität St. Gallen



#### Zusammenfassung des Sachverhalts:

1. X. war die erste Ehefrau von W. Y. ist seine zweite Ehefrau, mit welcher er den am 12. August 1981 geborenen Sohn Z. hat.

2. Gemäss Scheidungsurteil vom 21. Oktober 1982 verpflichtete sich W. im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung, X. die auf ihrer Liegenschaft lastende Hypothekarschuld von Fr. 200'000.– spätestens binnen 15 Jahren seit Rechtskraft des Scheidungsurteils abzulösen.

Nachdem die Ablösung nicht erfolgt war, leitete X. die Betreuung ein. Die am 2. Dezember 1998 vollzogene Pfändung bei W. ergab kein pfändbares Vermögen, so dass am 8. Dezember 1998 ein Pfändungsverlustschein über Fr. 215'015.05 ausgestellt wurde.

3. Da W. am 2. Juni 1994 sein Einfamilienhaus in A. an Y. und Z. (je zu hälftigem Miteigentum) übertragen hatte, erhob X. am 2. Juni 2000 gegen diese eine Anfechtungsklage gemäss Art. 288 SchKG.

Mit Urteil vom 6. November 2002 hiess das Bezirksgericht Bülach die Klage gut und verpflichtete Y. und Z., der Klägerin Fr. 215'015.05 nebst Zins zu bezahlen. Dagegen wies das Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, die Klage mit Urteil vom 14. Juli 2004 wegen Verjährung bzw. Verwirkung des Klageanspruches ab.

4. Gegen dieses Urteil hat X. am 27. August 2004 Berufung erhoben. Das Bundesgericht heisst diese gut und weist die Sache zur materiellen Beurteilung an das Obergericht zurück.

#### Zusammenfassung der Erwägungen:

1. Das Obergericht hat auf Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG verwiesen, wonach für die Länge von Fristen, die vor dem Inkrafttreten des revidierten SchKG zu laufen begonnen haben, das frühere Recht gilt, und erwogen, mit dem Gewähren der zweijährigen Verwirkungsfrist gemäss Art. 292 SchKG, laufend ab Zustellung des Verlustscheines, würde die altrechtliche fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 292 aSchKG, deren Gesamtdauer zu beachten sei, verlängert, was im Widerspruch zu Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG stünde. Sodann hat das Obergericht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen, wonach die altrechtliche Fünfjahresfrist bis zur Ausstellung des Pfändungsverlustscheines bzw. zur Konkurseröffnung als Verwirkungs- und anschliessend als Verjährungsfrist angesehen wurde. Demnach sei für die Zeit von der anfechtbaren Handlung am 2. Juni 1994 bis zur Ausstellung des Verlustscheines am 8. Dezember 1998 von einer Verwirkungs- und danach für den Rest des insgesamt fünfjährigen Fristenlaufes von einer Verjährungsfrist auszugehen. Diese sei im Zeitpunkt der Klageeinleitung am 2. Juni 2000 verstrichen gewesen.

2. Die Klägerin macht geltend, bei der zweijährigen Verwirkungsfrist von Art. 292 SchKG handle es sich nicht um eine verfahrensrechtliche, sondern um eine materiellrechtliche Bestimmung, weshalb Art. 2 Abs. 1 SchlB SchKG nicht zur Anwendung gelange. Für den Fall, dass dennoch Art. 292 aSchKG Anwendung finden sollte, macht die Klägerin geltend, dass die Einleitung der Betreuung im Jahr 1998 die fünfjährige Frist unterbrochen und eine neue Frist von gleicher Dauer ausgelöst hätte (Art. 135 Ziff. 2 OR), die mit der Anfechtungsklage im Jahr 2000 gewahrt worden wäre.

Die Beklagten stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt, es gehe gar nicht um die Übergangsbestimmung von Art. 2 Abs. 1, sondern um diejenige von Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG, wonach für die Länge von Fristen, die vor dem Inkrafttreten des revidierten SchKG zu laufen begonnen haben, das frühere Recht gilt. Die Anfechtungsfrist sei demnach fünf Jahre nach der anfechtbaren Handlung, d.h. am 2. Juni 1999 und somit lange vor der Klageanhebung abgelaufen. Nichts anderes ergebe sich, wenn man auf die Lehrmeinung abstelle, wonach die neue zweijährige Ver-

wirkungsfrist von Art. 292 SchKG einheitlich am 1. Januar 1997 zu laufen beginne.

3. Am 1. Januar 1997 trat das revidierte Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) in Kraft (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994, AS 1995 1227, BBl 1991 III 1).

Nach Art. 288 dieses Gesetzes sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung in der dem andern Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen. Gemäss Art. 292 Ziff. 1 SchKG verwirkt das betreffende Anfechtungsrecht nach Ablauf von zwei Jahren seit Zustellung des Pfändungsverlustscheines.

In übergangsrechtlicher Hinsicht bestimmt Art. 2 Abs. 1 SchlB SchKG, dass die Verfahrensvorschriften des revidierten Gesetzes mit dessen Inkrafttreten auf hängige Verfahren Anwendung finden, soweit sie mit ihnen vereinbar sind. Für die Länge von Fristen, die vor dem Inkrafttreten des revidierten Gesetzes zu laufen begonnen haben, gilt nach Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG das alte Recht.

Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, waren nach Art. 288 aSchKG ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme anfechtbar. Die Anfechtungsklage "verjährte" jedoch gemäss Art. 292 aSchKG durch Ablauf von fünf Jahren seit der anfechtbaren Rechtshandlung. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung war diese Frist bis zur Ausstellung des Pfändungsverlustscheines Verwirkungs- und anschliessend Verjährungsfrist (BGE 99 III 82).

4. Einig ist sich die Lehre, dass Art. 2 Abs. 1 SchlB SchKG nur Verfahrensvorschriften betrifft, während sich die übergangsrechtliche Behandlung materiellrechtlicher Bestimmungen nach Art. 1–4 SchlT ZGB richtet, soweit die SchlB SchKG nichts anderes vorsehen (LORANDI/SCHWANDER, Intertemporales Recht und Übergangsbestimmungen im revidierten Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, AJP/PJA 1996, 1464 und 1467 f.; STAEHELIN, in: Kommentar zum SchKG, Basel 1998, N 9 zu Art. 2 SchlB SchKG; ferner JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Kommentar zum SchKG, 4. A., Zürich 1997/2001, N 11 f. zu Art. 2 SchlB SchKG).

Kontrovers wird hingegen die Bedeutung von Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG diskutiert. Während ein Teil der Lehre dafür plädiert, dass sich die Dauer und Rechtsnatur von laufenden Fristen nach dem alten Recht richte (BAUER, in: Kommentar zum SchKG, Basel 1998, N 7 zu Art. 292 SchKG; STAEHELIN, a.a.O., N 5 zu Art. 2 SchlB SchKG; STAEHELIN/HENTZ, Die Anfechtungsklagen, BLSchK 1997, 93), hält ein anderer Teil dafür, dass für alle laufenden Fünfjahresfristen nach Art. 292 aSchKG ab 1. Januar 1997 einheitlich die zweijährige Verwirkungsfrist von Art. 292 SchKG zu laufen beginne (LORANDI/SCHWANDER, a.a.O., 1468). Für die Verdachtsperioden von Art. 286 und 287 SchKG wird schliesslich auch die Meinung vertreten, dass es sich um "Rückwärtsfristen" handle und deshalb übergangsrechtlich darauf abzustellen sei, ob die Pfändung bzw. die Konkurseröffnung vor oder nach dem 1. Januar 1997

stattgefunden habe (JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N 16 zu Art. 2 SchlB SchKG).

5. Weder bei der fünfjährigen Verdachtsperiode von Art. 288 SchKG noch bei der zweijährigen Verwirkungsfrist von Art. 292 SchKG handelt es sich um Verfahrensvorschriften – aus denen das SchKG allerdings zum grössten Teil besteht (BBl 1991 III 196) –, weshalb Art. 2 Abs. 1 SchlB SchKG, wie das Obergericht richtig bemerkt hat, nicht zum Tragen kommt. Hingegen ist zu prüfen, ob auf diese Fristen die Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG Anwendung findet.

Bei den Verdachtsperioden (*période suspecte*) von Art. 286–288 SchKG handelt es sich nicht um Fristen, die gewissermassen durch die anfechtbare Handlung ausgelöst werden, sondern um eine zeitliche Begrenzung in die Vergangenheit in dem Sinn, dass Handlungen, die länger als die vom Gesetz genannte Zeit vor dem als massgeblich erklärten Zeitpunkt zurückliegen, nicht mehr anfechtbar sein sollen. Als massgeblichen Zeitpunkt nennen Art. 286–288 SchKG die Pfändung bzw. Konkurseröffnung, was der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum alten Recht entspricht (BGE 108 II 516, E. 3 S. 522). In diesem Sinn überzeugt die vorerwähnte Ansicht von JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, wonach bei den Verdachtsperioden von Art. 286 und 287 SchKG übergangsrechtlich darauf abzustellen ist, ob die Pfändung bzw. die Konkurseröffnung vor oder nach dem 1. Januar 1997 stattgefunden hat; dies gilt aufgrund der analogen Formulierung für die fünfjährige Verdachtsperiode von Art. 288 SchKG nicht weniger als für die einjährigen Perioden gemäss Art. 286 und 287 SchKG. Weil demnach nicht eine im eigentlichen Sinn laufende Frist zur Diskussion steht, sondern auf einen Zeitpunkt abzustellen ist, der unter der Herrschaft des neuen Rechts steht (Pfändung am 2. Dezember 1998), liegt letztlich gar kein übergangsrechtliches Problem vor.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich bei der gegenteiligen Auffassung rechtsdogmatisch kaum lösbare übergangsrechtliche Probleme stellen würden: Nach der Botschaft gilt für die Einhaltung, Berechnung, Änderung und Wiederherstellung von Fristen das neue Recht (BBl 1991 III 197). Zwar sind damit in erster Linie die Art. 31 ff. SchKG gemeint. Für die Berechnung der Anfechtungsfrist müsste jedoch von der Sache her auch der neu eingefügte Art. 288a SchKG beachtet werden, nach dessen Ziff. 4 die Dauer der vorausgegangenen Betreuung bei der Verdachtsperiode nicht mitzuzählen wäre. Dies liesse sich aber kaum mit dem Umstand in Einklang bringen, dass die Anfechtungsklage gemäss Art. 288 aSchKG keine Verdachtsperiode kannte, sondern sich eine zeitliche Begrenzung einzig aus Art. 292 aSchKG ergab.

6. Weil es sich bei den zur Diskussion stehenden Fristen des revidierten SchKG nicht um Verfahrensrecht, sondern um materiellrechtliche Bestimmungen handelt, auf welche subsidiär die allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätze des SchlT ZGB Anwendung finden (LORANDI/SCHWANDER, a.a.O., 1467; vgl. auch STAEHELIN, a.a.O., N 9 zu Art. 2 SchlB SchKG), bleibt zu prüfen, ob sich die in E. 5 vertre-

tene Ansicht, wonach bei den Verdachtsperioden der Art. 286–288 SchKG in übergangsrechtlicher Hinsicht nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung, sondern auf denjenigen der Pfändung bzw. Konkursöffnung abzustellen ist, mit den auch im Zwangsvollstreckungsrecht zum Tragen kommenden übergangsrechtlichen Grundsätzen von Art. 1–4 SchlT ZGB und dabei namentlich mit dem Rückwirkungsverbot von Art. 1 SchlT ZGB vereinbar ist (vgl. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N 16 zu Art. 2 SchlB SchKG).

Gemäss der Grundsatznorm von Art. 1 SchlT ZGB ist die rechtliche Wirkung von Tatsachen bzw. Handlungen, die vor dem Inkrafttreten einer Gesetzesrevision eingetreten resp. vorgenommen worden sind, nach demjenigen Recht zu beurteilen, das zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen bzw. der Vornahme dieser Handlungen gegolten hat. Demgegenüber sehen Art. 2–4 SchlT ZGB verschiedene Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtrückwirkung vor. So finden nach Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellten Normen eines neuen Gesetzes auf alle Tatsachen Anwendung. Sodann sind gemäss Art. 3 SchlT ZGB Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden sind. Nach Art. 4 SchlT ZGB stehen schliesslich alle Tatsachen, die zwar unter der Herrschaft des alten Rechts eingetreten sind, durch die aber zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechts kein rechtlich geschützter Anspruch begründet worden war, in Bezug auf ihre Wirkung unter dem neuen Recht.

Art. 1 SchlT ZGB zielt auf den Schutz wohlervorbener Rechte (vgl. TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. A., Zürich 2002, 1074). Vorliegend geht es jedoch nicht um Tatsachen bzw. Handlungen, die vor Inkrafttreten des revidierten Rechts erworbene subjektive Rechte begründet oder dargestellt haben (vgl. VISCHER, Basler Kommentar, N 3 und 4 zu Art. 3 SchlT ZGB sowie N 3 und 4 zu Art. 4 SchlT ZGB). Wer anfechtbare Handlungen vornimmt oder solche Leistungen entgegennimmt, hat kein wohlervorbeneres Recht dahingehend, dass die betreffende Handlung baldmöglichst unanfechtbar werde. Vielmehr besteht bis zum Ablauf der für die Verjährung erforderlichen Zeit eine blosser Hoffnung, dass die betreffenden Handlungen auch in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht verbindlich werden. Ist dies bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts nicht der Fall, entscheidet das neue Recht, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Verjährung eintritt (MUTZNER, Berner Kommentar, N 6 zu Art. 4 SchlT ZGB). In Bezug auf die Anfechtung besteht mit anderen Worten keine altrechtliche Vertrauensposition, die es im Zusammenhang mit der Rechtsänderung zu schützen gälte (vgl. dazu VISCHER, a.a.O., N 5 zu Art. 3 SchlT ZGB sowie N 5 zu Art. 4 SchlT ZGB; VISCHER, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Diss. Zürich 1986, 49 ff. und 80 ff.). Vielmehr bestimmt die objektive Rechtsordnung in Art. 286 ff. SchKG die Anfechtungsmöglichkeiten, welche den geschädigten

Gläubigern zur Verfügung stehen, ohne dass die an der anfechtbaren Handlung Beteiligten mit ihrem Willen hierauf Einfluss zu nehmen vermöchten (dazu TUOR/SCHNYDER/SCHMID, a.a.O., 1077).

Soweit vorliegend Fristen zur Diskussion stehen, kommt nach dem Gesagten nicht das allgemeine Rückwirkungsverbot von Art. 1 SchlT ZGB zum Tragen, sondern ist gemäss Art. 3 und 4 SchlT ZGB das neue Recht anwendbar, weshalb dem Resultat von E. 5, wonach bei den Verdachtsperioden der Art. 286–288 SchKG in übergangsrechtlicher Hinsicht nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Handlung, sondern auf denjenigen der Pfändung bzw. Konkursöffnung abzustellen ist, vor dem Hintergrund der intertemporalrechtlichen Bestimmungen des SchlT ZGB nichts entgegensteht.

7. Zusammenfassend ergibt sich, dass auf den vorliegenden Fall die seit 1. Januar 1997 gültigen Normen des SchKG anwendbar sind. Es ist unbestritten, dass diesfalls sowohl die fünfjährige Verdachtsperiode von Art. 288 SchKG als auch die zweijährige Verwirkungsfrist von Art. 292 SchKG eingehalten sind (anfechtbare Handlung am 2. Juni 1994 und Pfändung am 2. Dezember 1998 resp. Pfändungsverlustschein vom 8. Dezember 1998 und Klage am 2. Juni 2000).

#### Entscheid:

Das Bundesgericht hiess die Berufung gut, hob das angefochtene Urteil auf und wies die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

#### Bemerkungen:

1. Der Entscheid ist sehr zu begrüssen, da er der Kontroverse, welche Fristen auf die Pauliana übergangsrechtlich zur Anwendung gelangen, ein Ende bereitet. Dass sich die Anzahl der Fälle ständig verringert, für welche der Entscheid von Bedeutung ist, tut dem kein Abbruch.

2. Bekanntlich trat das revidierte SchKG am 1. Januar 1997 in Kraft. Es stellte sich die Frage, welche Fristen auf eine anfechtbare Handlung, welche am 2. Juni 1994 erfolgte, zur Anwendung gelangen, wenn die Pfändung am 2. Dezember 1998 erfolgte resp. der Pfändungsverlustschein am 8. Dezember 1998 ausgestellt und die Klage am 2. Juni 2000 eingeleitet wurde. In Frage stand eine Absichtsanfechtung (Art. 288 aSchKG/revSchKG).

a. Käme das *alte* Recht zur Anwendung, wäre die Klage verspätet gewesen: Das alte Recht sah eine Fünfjahresfrist vor. Diese wurde von der anfechtbaren Handlung bis zur Ausstellung des Pfändungsverlustscheins bzw. bis zur Konkursöffnung als Verwirkungs- und anschliessend als Verjährungsfrist qualifiziert (Erw. 3 mit Verweis auf BGE 99 III 82). Die Gesamtfrist betrug fünf Jahre (Art. 292 aSchKG). Bei Klageeinleitung am 2. Juni 2000 wäre die Fünfjahresfrist, welche am 2. Juni 1994 begonnen hatte, schon längst abgelaufen gewesen. Zu dieser Auffassung war die Vorinstanz gelangt, weshalb es die Klage abgewiesen hat.

b. Käme das *neue* Recht zur Anwendung, wären sowohl die fünfjährige Verdachtsperiode gemäss Art. 288 SchKG

eingehalten (2. Juni 1994 und 2. Dezember 1998) als auch die zweijährige Verwirkungsfrist von Art. 292 SchKG gewahrt (8. Dezember 1998 bis 2. Juni 2000). Die Gesamtfrist beträgt somit neu rund (bei der Pfändung kommt zu den sieben Jahren die Zeit zwischen der Pfändung und der Ausstellung des Pfändungsverlustscheins hinzu) sieben Jahre. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass das neue Recht zur Anwendung gelangt. Die Fristen waren daher eingehalten (Erw. 5 und 6).

3. Unstrittig war, dass es sich bei den Fristen gemäss Art. 288 und Art. 292 SchKG *nicht* um Verfahrensvorschriften handelt. Art. 2 Abs. 1 SchlB SchKG kam daher nicht zur Anwendung. Das Bundesgericht prüfte deshalb die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG. Diese Bestimmung besagt, dass für die Länge von Fristen, die vor dem Inkrafttreten des revidierten Gesetzes zu laufen begonnen haben, das alte Recht gilt. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass auch diese Bestimmung *nicht* zur Anwendung gelangt.

4. Das Bundesgericht hielt dafür, es ständen gar keine laufenden Fristen zur Diskussion. Die Verdachtsfristen würden nicht durch die anfechtbare Handlung ausgelöst. Es handle sich vielmehr um eine zeitliche Begrenzung in die Vergangenheit, welche vom relevanten Insolvenzereignis (Pfändung bzw. Konkurseröffnung) rückwärts zu bemessen sei. Das Bundesgericht stellte darauf ab, ob das relevante Insolvenzereignis vor oder nach dem 1. Januar 1997 eingetreten ist.

Es kam damit zum Schluss, es liege letztlich *gar kein übergangsrechtliches Problem* vor (Erw. 5). Es hat die Anwendbarkeit sowohl von Abs. 1 als auch von Abs. 2 von Art. 2 SchlB SchKG verworfen. Es hat aber auch nicht selbst eine neue übergangsrechtliche Regelung getroffen. Da es das Vorliegen einer übergangsrechtlichen Frage verneint, wendet es einfach das (revidierte) SchKG an. Es erachtet als entscheidend, wann das insolvenzrechtlich relevante Ereignis eingetreten ist. Dies war vorliegend am 2. Dezember 1998 und damit nach Inkrafttreten des neuen Rechts, weshalb es dieses anwendete.

5. Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, dass es sich strikt betrachtet bei der Frist zwischen der anfechtbaren Handlung und dem insolvenzrechtlich relevanten Ereignis (Pfändung oder Konkurseröffnung) nicht im eigentlichen Sinn um eine laufende Frist handelt. Als "Rückwärtsfristen" laufen die Verdachtsfrist an sich gar nicht, da sie nicht in die Zukunft ausgelöst werden wie die meisten "normalen" Fristen, sondern rückblickend festgestellt wird, ob sie eingehalten sind oder nicht. Insofern macht das *Ergebnis* des Bundesgerichts, Art. 2 Abs. 2 SchlB SchKG finde keine Anwendung, durchaus Sinn.

6. Nicht zu überzeugen vermag das Argument, es liege gar kein übergangsrechtliches Problem vor. Das Bundesgericht prüft denn in der Folge selbst, ob nicht das Rückwirkungsverbot der gefundenen Regelung entgegenstehe und kommt dabei zum Schluss, dass gemäss Art. 3 und 4 SchlT ZGB das neue Recht zur Anwendung kommt (Erw. 6). Das Rückwirkungsverbot könnte jedoch überhaupt nur verletzt sein,

wenn übergangsrechtliche Fragen zu beurteilen sind. Indem das Bundesgericht die Verletzung des Rückwirkungsverbots prüft, geht es (implizit) selbst davon aus, dass eine übergangsrechtliche Frage zur Beurteilung steht.

7. Insofern ist die *Eventualbegründung* des Bundesgerichts, welche sich auf Art. 3 und 4 SchlT ZGB stützt, der in der Sache überzeugendere Ansatz: Da es sich bei den Fristen der Anfechtung nicht um Verfahrensvorschriften handelt, kommen die Bestimmungen des SchlB SchKG nicht zur Anwendung. Subsidiär gelten die Grundsätze des SchlT ZGB. Gemäss deren Art. 3 und 4 gilt das neue Recht (Erw. 6).

8. Im *Ergebnis* hat die vom Bundesgericht gefundene Lösung weder mehr noch weniger Vor- oder Nachteile als eine andere Lösung. Es wird an ein klares Ereignis angeknüpft: die Pfändung bzw. die Konkurseröffnung. Den Zeitpunkt deren Eintreten vermögen zwar sowohl der Schuldner als auch die Gläubiger zu beeinflussen, sei es durch Beschwerden oder sei es (durch den Schuldner) durch die Insolvenzerklärung. Dies allein unterminiert die vom obersten Gericht gefundene Lösung jedoch nicht.