

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2022.40 vom 23. Mai 2023**

BS Appellationsgericht, 2023-05-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BEZ.2022.40](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2022.40)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2022.40 du 23 mai 2023

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2022.40 del 23 maggio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 15**

Dezember 2021, S. 3 f.).

Die Frage, ab wann man eine Erbschaft habe, beantwortete der Betreibungsbeamte folgendermassen:

«Wenn konkrete Fakten so sind, dass jemand verstorben ist oder etwas vorhanden ist, womit man konkret arbeiten kann. Wir verlangen beim Erbschaftsamt ein Erbschaftsinventar, wir werden auch von der Steuerverwaltung Basel-Stadt darauf aufmerksam gemacht, wenn eine Erbschaft vorhanden ist. Wir können aber nicht kantonsübergreifend von Erbschaften wissen, wenn nicht jemand freiwillig von selbst auf einen zukommt. Ich weiss nicht, ob es eine auswärtige oder eine baselstädtische Erbschaft ist. Ich weiss nicht, woher das gekommen sein soll.» (Protokoll der Verhandlung vom 15. Dezember 2021, S. 4).

Auf die Frage, ob er sich erinnern könne, dass das Thema Erbschaft angesprochen worden sei, aber weder die Grösse noch woher noch wann, antwortete der Betreibungsbeamte:

«Das weiss ich nicht mehr, aber das Thema wurde angesprochen, ja. Ich weiss nicht mehr, wann das war, bei welcher Einvernahme. Das kann bei der ersten gewesen ist. Der [Schuldner] hat das von sich aus gesagt, dass da eventuell, vielleicht irgendwann mal eine Erbschaft kommt.» (Protokoll der Verhandlung vom 15. Dezember 2021, S. 4).

4.4 Aufgrund der vorstehend wiedergegebenen Äusserungen des Schuldners und des Betreibungsbeamten ist die Feststellung des Zivilgerichts nicht zu beanstanden, dass der Schuldner beim Betreibungsamt zumindest auf eine Erbschaft hingewiesen habe und dass nicht mehr festgestellt werden könne, was er dazu konkret ausgeführt habe. Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass der Schuldner gegenüber dem Betreibungsbeamten aufgrund des nicht bestehenden Zugriffs auf die Erbschaft angegeben hat, dass er noch nicht im Besitz der Erbschaft sei und dass unklar sei, ob er dies jemals sein werde. Es ist auch möglich, dass der Schuldner bei diesen Ausführungen von einem falschen Verständnis des Erbantritts bzw. des Besitzes der Erbschaft ausgegangen ist und deshalb gegenüber dem Betreibungsbeamten einen falschen Eindruck erweckt hat. Die Feststellung des Zivilgerichts, wonach nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Schuldner gegenüber dem Betreibungsbeamten Angaben über die Erblasserin, die Grössenordnung des Nachlasses und den Anfall der Erbschaft gemacht habe und dass der Betreibungsbeamte jedoch im Hinblick darauf, dass die Erbenstellung des Schuldners in zwei langwierigen Prozessen angefochten worden sei bzw. werde, auf eine Aufnahme ins Protokoll verzichtet habe, ist aufgrund der Aussagen des Schuldners und des Betreibungsbeamten zumindest

nicht offensichtlich unrichtig.

Es trifft auch nicht zu, dass das Zivilgericht dem Betreibungsbeamten unterstellt hat, gewusst zu haben, dass die Erbenstellung des Schuldners Gegenstand zweier langwieriger Prozesse sei. Das Zivilgericht schloss lediglich nicht aus, dass der Schuldner den Betreibungsbeamten entsprechend informiert hat (angefochtener Entscheid, E. 3.3). Auch diese Feststellung ist zumindest nicht offensichtlich unrichtig.

Entgegen den Vorbringen der Gläubigerin ist auch nicht ersichtlich, dass das Zivilgericht bei der Feststellung des Sachverhalts entscheidungsrelevante Aussagen des Schuldners oder des Betreibungsbeamten ausser Acht gelassen hat. Aus den Äusserungen des Schuldners zu Beginn der Verhandlung vom 17. November 2021, wonach es nicht richtig sei, dass er eine Erbschaft nicht angegeben habe, kann nicht abgeleitet werden, dass dem Schuldner bewusst gewesen sei, die Erbschaft verheimlicht zu haben. Der Schuldner weist zu Recht darauf hin, dass die Äusserungen des Gerichtspräsidenten bei Eröffnung der Verhandlung nicht protokolliert worden sind (Beschwerdeantwort, Rz. 19 und 68). Aus den Aussagen des Schuldners ergibt sich, dass er bei Eröffnung der Verhandlung auf den von der Gläubigerin geltend gemachten Konkursgrund des Verheimlichens von Vermögensbestandteilen hingewiesen worden ist. Nur so sind die einleitenden Äusserungen des Schuldners ■ «Es ist nicht begründet, nichts. Was soll ich verheimlicht haben?» (Protokoll der Verhandlung vom 17. November 2021, S. 2) ■ zu erklären. Entgegen der Unterstellung der Gläubigerin war dem Schuldner mithin das Prozessthema zum Zeitpunkt seiner Aussage bekannt. Der Umstand, dass der Schuldner auf den Vorwurf des Verheimlichens der Erbschaft zu sprechen kam, vermag somit nichts zu beweisen. Auch diesbezüglich ist keine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts erkennbar.

## 5. Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung

5.1 Unter dem Gesichtspunkt der unrichtigen Rechtsanwendung rügt die Gläubigerin, dass das Zivilgericht Art. 190 Abs. 1 Ziffer 1 SchKG falsch angewandt habe, indem es das Beweismass des strikten Beweises verlangt habe und indem es zum Ergebnis gelangt sei, dass die Voraussetzungen des Verheimlichens von Vermögensbestandteilen nicht erfüllt seien.

Gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziffer 1 SchKG kann ein Gläubiger ohne vorgängige Betreuung beim Gericht die Konkurseröffnung gegen einen Schuldner verlangen, der bei einer Betreuung auf Pfändung Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat. Das Verheimlichen von Vermögen setzt zwar keine Benachteiligungsabsicht voraus. Verlangt wird aber die Verheimlichungsabsicht (Talbot, in: Kren Kostkiewicz/Vock [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Auflage, Zürich 2017, Art. 190 N 7). Der Schuldner muss den Willen haben, Vermögensbestandteile zu verbergen (Brunner/Boller/Fritschi, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2021, Art. 190 SchKG N 9).

5.2 Die Beweislast für die Gläubigereigenschaft und für den materiellen Konkursgrund trägt der Gläubiger (BGer 5A\_860/2008 vom 28. Mai 2009 E. 5; OGer ZH PS210172 vom 15. Oktober 2021 E. 2.5; Brunner/Boller/Fritschi, a.a.O., Art. 190 SchKG N 26a). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt in Bezug auf die Gläubigereigenschaft das Beweismass der Glaubhaftmachung (BGer 5A\_442/2015 vom 11. September 2015 E. 4.1.2.2 [«la simple vraisemblance»]; vgl. Brunner/Boller/Fritschi, a.a.O., Art. 190 SchKG N 26a), während in der Lehre zum Teil auch das Beweismass der überwiegenden

Wahrscheinlichkeit verlangt wird (Heinzmann, *Le degré de preuve en cas de faillite sans poursuite préalable selon l'art.190 LP*, in: BR 2012, S. 238, 239 [«la vraisemblance prépondérante»]; Huber, in: *Kurzkommentar*, 2.Auflage, Basel 2014, Art. 190 SchKG N 15). Das Zivilgericht gelangte im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin ihre Gläubigerstellung im vorliegenden Fall genügend nachgewiesen habe (angefochtener Entscheid, E. 2.3).

In Bezug auf den Nachweis des materiellen Konkursgrunds ist das Beweismass in der Rechtsprechung und der Lehre umstritten, wie das Zivilgericht zutreffend erwog (angefochtener Entscheid, E. 3.2, S. 12). Nach einer Ansicht reicht es aus, wenn der Konkursgrund glaubhaft gemacht wird (Huber, a.a.O., Art. 190 SchKG N 21; Amonn/Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Auflage, Bern 2013, § 38 N 16). Nach einer anderen Ansicht ist der Konkursgrund mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzulegen; es könne vom Gläubiger kein strikter Beweis verlangt werden (OGer ZH PS210172 vom 15. Oktober 2021 E. 2.5; Brunner/Boller/Fritschi, a.a.O., Art. 190 SchKG N 26a). Das Appellationsgericht erwog in einem Urteil aus dem Jahr 1983, dass der Gläubiger den Konkursgrund nicht nur glaubhaft zu machen, sondern strikt nachzuweisen habe (AGE vom 2. Mai 1983, in: BJM 1984, S. 83 f.). 2015 bestätigte es diese Rechtsprechung, indem es erwog, dass der vom Zivilgericht vertretenen Ansicht, wonach der materielle Konkursgrund strikt zu beweisen sei, ohne Weiteres gefolgt werden könne. Eine Konkurseröffnung sei ein definitiver Entscheid mit einschneidenden Konsequenzen für den Schuldner und nicht mit einem Arrest- oder einem Rechtsöffnungsverfahren zu vergleichen. Es sei daher sachgerecht, vom für summarische Verfahren grundsätzlich geltenden Beweismass des Glaubhaftmachens abzuweichen (AGE BEZ.2015.6 vom 7. Juli 2015 E. 3.2). Entgegen den Ausführungen der Gläubigerin ist das Appellationsgericht in diesem Entscheid nicht von der mit dem Entscheid vom 2. Mai 1983 begründeten Rechtsprechung abgewichen, auch wenn es erwog, dass es dem Gläubiger auch nicht gelungen sei aufzuzeigen, dass der materielle Konkursgrund mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bestehe (vgl. AGE BEZ.2015.6 vom 7. Juli 2015 E. 3.2 am Ende). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einem von der Gläubigerin herangezogenen Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Appellationsgerichts, das bloss die Erwägungen des Entscheids BEZ.2015.6 zusammenfasst (AGE BES.2015.77 vom 14. März 2016 E. 3.2.3). Die Ansicht, dass für den materiellen Konkursgrund der strikte Beweis zu erbringen ist, wird auch in der Lehre vertreten (so etwa Talbot, a.a.O., Art 190 N 22 und Mazan, in: *Basler Kommentar*, 3. Auflage 2017, Art. 254 ZPO N 9 f. und Art. 255 ZPO N 7).

An der vom Appellationsgericht im Entscheid BEZ.2015.6 bestätigten Rechtsprechung ist festzuhalten. Grundsätzlich muss auch im summarischen Verfahren der strikte Beweis erbracht werden. Nur wenn das Gesetz oder dessen Auslegung anordnet, dass ein Anspruch oder eine Einwendung nur glaubhaft zu machen ist, sind die Anforderungen an die Beweisstrenge reduziert (Mazan, a.a.O., Art. 249 ZPO N 3 und Art. 254 ZPO N 9 f.). Solche Erleichterungen des Beweismasses sind insbesondere dann gerechtfertigt, wenn in einem späteren Verfahren ein Anspruch oder eine Einwendung erweitert materiell geprüft werden kann, wie das etwa bei der provisorischen Rechtsöffnung der Fall ist. Die Gläubigereigenschaft kann im der Konkurseröffnung folgenden Vollstreckungsverfahren materiell geprüft werden, weshalb eine Erleichterung des Beweismasses bei der Antragstellung gemäss Art. 190 Abs. 1 SchKG angezeigt ist. In Bezug auf den materiellen Konkursgrund ist aber nach erfolgter Konkurseröffnung keine weitere Prüfung möglich.

Mangels späterer Korrekturmöglichkeit ist daher aufgrund der einschneidenden Folgen der Konkursöffnung für den Beweis des Konkursgrunds der strikte Beweis zu verlangen.

5.3 Selbst wenn der Ansicht zu folgen wäre, wonach der materielle Konkursgrund nicht strikt zu beweisen sei, sondern nur mit überwiegender Wahrscheinlichkeit festzustehen habe, gelänge der Gläubigerin dieser Beweis im vorliegenden Fall nicht.

Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4.1 S. 612). Das Obergericht Zürich erwog in diesem Zusammenhang zutreffend, dass die Eröffnung des Konkurses ohne Betreuung eine Ausnahme darstellt. Grundsätzlich hat ein Gläubiger den ordentlichen Weg einzuschlagen. Die sofortige Konkursöffnung soll nur dann zur Anwendung gelangen, wenn ein Schuldner die Ansprüche seiner Gläubiger durch bestimmte Handlungen derart gefährdet, dass ihnen der ordentliche Betreuungsweg nicht mehr zugemutet werden kann (OGer ZH PS210172 vom 15. Oktober 2021 E. 2.5 mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall gelingt es der Gläubigerin nicht aufzuzeigen, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Schuldner gegenüber dem Betreibungsbeamten Vermögen verheimlicht hat. Aus den Ausführungen des Schuldners und des Betreibungsbeamten geht vielmehr hervor, dass der Schuldner von sich aus auf die Erbschaft hingewiesen hat. Es kann zwar nicht ausgeschlossen werden, dass der Schuldner in Verkennung der Rechtslage unzutreffende Angaben über den Antritt der Erbschaft gemacht hat. Daraus kann aber bei unterbliebener Ausstellung von Erbschein und Erbschaftsinventar aufgrund der anhängig gemachten Klagen sowie der Einsetzung einer Erbschaftsverwaltung nicht auf einen Verheimlichungswillen des Schuldners geschlossen werden. Auch wenn es entgegen den Ausführungen des Schuldners (Beschwerdeantwort, Rz. 42) nicht die Aufgabe des Betreibungsbeamten sein kann, in den Betreibungsakten weiterführende Hinweise auf mögliche Vermögensgegenstände von Schuldnern zu suchen, lagen für den Schuldner vorliegend Anhaltspunkte dafür vor, dass das Betreibungsamt über die Erbschaft dokumentiert und informiert war. Der Schuldner durfte davon ausgehen, mit dem Hinweis auf die Erbschaft seinen Auskunftspflichten nachgekommen zu sein. Das Zivilgericht erwog zutreffend, dass es unter diesen Umständen Aufgabe des Betreibungsbeamten gewesen wäre, genauere Rückfragen über den Inhalt und den Stand der Erbschaft zu stellen. Dem Schuldner kann auch nicht zur Last gelegt werden, dass er jeweils schriftlich bestätigt hat, über keine Vermögensgegenstände zu verfügen. Er hatte die Erbschaft gegenüber dem Betreibungsbeamten angegeben. Dieser hatte dazu offenbar keine weiteren Fragen gestellt und die Erbschaft auch nicht als protokollierungswürdig angesehen. Demzufolge kann auch das Unterzeichnen der entsprechenden Erklärungen nicht als Verheimlichen von Vermögensbestandteilen qualifiziert werden. Insgesamt sprechen somit nach objektiven Gesichtspunkten nicht derart gewichtige Gründe für das Verheimlichen der Erbschaft, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.

5.4 Damit steht fest, dass das Zivilgericht zu Recht das Beweismass des strikten Beweises angewandt hat und zutreffend zum Ergebnis gelangt ist, dass der Gläubigerin der Nachweis nicht gelingt, dass der Schuldner Bestandteile seines Vermögens verheimlicht hat. Diese Rechtsanwendung ist nicht zu beanstanden.

## 6. Beschwerdeentscheid

Aus diesen Erwägungen folgt, dass der angefochtene Zivilgerichtsentscheid zu bestätigen und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen ist.

Bei diesem Verfahrensausgang trägt die unterliegende Gläubigerin die Prozesskosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Damit wird das Gesuch des Schuldners um unentgeltliche Rechtspflege hinfällig. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden auf CHF 750.– festgesetzt (Art. 52 und 61 Abs. 1 der Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SR 281.35]).

Die Gläubigerin hat dem anwaltlich vertretenen Schuldner sodann eine Parteientschädigung zu zahlen. Das Honorar für das Beschwerdeverfahren bemisst sich nach den gleichen Grundsätzen wie im erstinstanzlichen Verfahren, wobei das Grundhonorar in der Regel die Hälfte bis zwei Drittel der Ansätze für das erstinstanzliche Verfahren beträgt (§ 12 Abs. 1 des Honorarreglements [HoR, SG 291.400]). Der Schuldner beantragt eine Parteientschädigung auf der Basis eines um einen Drittel gekürzten zweitinstanzlichen Grundhonorars von CHF 1'333.■ zuzüglich eines Zuschlags von 30 % für die Eingabe vom 12. Juli 2022 und eines Zuschlags von 150 % nach § 8 Abs. 2 lit. a HoR, da es sich um einen komplexen Fall handle und eine umfangreiche Beschwerdeschrift habe beantwortet werden müssen. Ohne diesen Zuschlag würde keine ausreichende Vergütung resultieren (Beschwerdeantwort, Rz. 101; Honorarnote vom 12. Juli 2022).

Der Streitwert beträgt vorliegend CHF 108'356.45 (angefochtener Entscheid, E. 6.3). Bei einem Streitwert von über CHF 100'000.■ bis CHF 1'000'000.■ bewegt sich das erstinstanzliche Grundhonorar in betriebsrechtlichen Summarverfahren zwischen CHF 2'000.■ und CHF 3'000.■ (§ 6 Abs. 1 HoR). Bei der Bemessung des Grundhonorars innerhalb dieses Rahmens ist vorliegend zu beachten, (1) dass der Streitwert im unteren Bereich des Rahmens liegt, (2) dass die relativ umfangreiche Beschwerdebegründung einen erhöhten Aufwand für ihre Beantwortung verursacht hat und (3) dass der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vergleichsweise schwierig gewesen ist (§ 2 Abs. 1 HoR). Das Grundhonorar ist daher an der Obergrenze des Honorarrahmens festzusetzen. Abzüglich eines Drittels gemäss § 12 Abs. 1 HoR resultiert für das Beschwerdeverfahren das maximale Grundhonorar von CHF 2'000.■. Aufgrund des Aufwands zur Beantwortung der zweiten Eingabe der Gläubigerin ist ein Zuschlag von 30 % vorzunehmen (§ 8 Abs. 2 lit. d Ziffer 3 HoR). Ein Zuschlag gemäss § 8 Abs. 2 lit. a HoR ist hingegen nicht angezeigt. Die vorliegend zu behandelnden Sachverhalts- und Rechtsfragen sind im Vergleich zu anderen betriebsrechtlichen Summarverfahren mit einem Streitwert von CHF 100'000.■ nicht als ausserordentlich komplex zu qualifizieren. Ihre Schwierigkeit ist bereits mit der Festlegung des Grundhonorars an der Obergrenze des Gebührenrahmens Genüge getan. Ausserdem folgt aus § 6 Abs. 1 HoR, dass selbst bei einem rund neun Mal höheren Streitwert von 1'000'000.■ ein Grundhonorar von CHF 3'000.■ im erstinstanzlichen Verfahren bzw. von CHF 2'000.■ im Beschwerdeverfahren in der Regel angemessen ist. Der Höchstsatz des Grundhonorars ergibt vorliegend daher eine ausreichende Vergütung. Insgesamt resultiert somit eine Parteientschädigung von CHF 2'600.■ zuzüglich Auslagensatz von 3 % (§ 23 HoR) und Mehrwertsteuer (§ 24 HoR). Aufgrund des Gesuchs um unentgeltliche Verbeiständung steht die Parteientschädigung dem Rechtsvertreter selber zu. Sie ist demzufolge an diesen auszurichten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.