

Franco Lorandi

Hinterlegung durch den Schuldner im Rechtsmittelverfahren gegen den Konkurseröffnungsentscheid



INHALTSÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Hinterlegung durch den Schuldner

- A. Gegenstand der Hinterlegung
- B. Umfang der Hinterlage
- C. Prozessuales
- D. Verfügungsunfähigkeit des Schuldners zufolge (erstinstanzlicher) Konkurseröffnung
- E. Natur der Hinterlegung i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG

III. Entscheid über die Auszahlung der Hinterlage

- A. Entscheidkompetenz
- B. Bei Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung der Konkurseröffnung
- C. Bei Abweisung der oder Nichteintreten auf die Beschwerde
- D. Vollstreckungsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit dem Entscheid der Rechtsmittelinstanz über die Herausgabe der Hinterlage an den Gläubiger

IV. Hinterlegung im Rechtsmittelverfahren gegen die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung

- A. Konkurseröffnung auf Antrag eines Gläubigers (Art. 190 SchKG)
- B. Andere Fälle (Art. 191–193 SchKG)
- C. Auflösung und Liquidation einer Gesellschaft zufolge von Organisationsmängeln (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR)

I. Einleitung

Wird nach vorgängiger Betreibung des Gläubigers auf dessen Antrag erstinstanzlich vom Konkursgericht über den Schuldner der Konkurs eröffnet (Art. 171 SchKG), so kann dieser den Entscheid innert zehn Tagen mit ZPO-Beschwerde beim oberen kantonalen Gericht anfechten (Art. 174 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Er kann dabei zwei Arten von Einwendungen erheben:

Zum einen kann er neue Tatsachen geltend machen, wenn diese vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind (Art. 174 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Es handelt sich um sog. *unechte Noven*. Es kommt in der Praxis relativ häufig

In der Gerichtspraxis ist die Hinterlegung ein relativ häufiger Grund, weshalb ein Schuldner gegen den Konkurseröffnungsentscheid Beschwerde führt.

vor, dass Schuldner auf diesem Weg die Konkurseröffnung aufheben lassen wollen.¹ Es können zudem auch formelle Mängel der erstinstanzlichen Konkurseröffnung (wie etwa nicht gehörige Vertretung des Schuldners oder ungenügende Vertretung des Gläubigers)² geltend gemacht werden oder es kann der Nachweis erbracht werden, die in Betreibung gesetzte Schuld sei bereits vor der Konkurseröffnung bezahlt worden.³

Zum anderen kann die Rechtsmittelinstanz die Konkurseröffnung aufheben, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und zusätzlich durch Urkun-

¹ PHILIP TALBOT, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK-Komm.-BEARBEITER/IN), Art. 174 SchKG N 12.

² JÜRGEN BRÖNNIMANN, Novenrecht und Weiterziehung des Entscheids des Konkursgerichts gemäss Art. 174 E SchKG, in: Isaak Meier/Hans Michael Riemer/Peter Weimar (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung, Festschrift Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Lachen 1994, 433 ff., 441.

³ SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 12.

den beweist, dass inzwischen, d.h. *nach* der Konkurseröffnung, einer der drei (abschliessend genannten)⁴ Sachverhalte gemäss Ziff. 1 bis 3 eingetreten ist (Art. 174 Abs. 2 SchKG). Es handelt sich um sog. *echte Noven*, da diese erst nach dem erstinstanzlichen Konkursentscheid entstanden sind.⁵ Diese echten Noven sind die Tilgung der Schuld (samt Zinsen und Kosten; Ziff. 1), die Hinterlegung des geschuldeten Betrags beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers (Ziff. 2) oder der Verzicht des Gläubigers auf die Durchführung des Konkurses (Ziff. 3).

Nachfolgend wird die Hinterlegung i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG behandelt und diesbezüglich die Konstellation, dass der Schuldner die Hinterlegung aus *eigenen*⁶ Mitteln leistet. In der Gerichtspraxis ist die Hinterlegung ein relativ häufiger Grund, weshalb ein Schuldner gegen den Konkurseröffnungsentscheid Beschwerde führt.

II. Hinterlegung durch den Schuldner

Das Gesetz sieht in verschiedenen Normen und für ganz unterschiedliche Situationen eine Hinterlegung vor (so etwa Art. 92, Art. 96, Art. 168, Art. 259, Art. 453, Art. 472 ff., Art. 1032, Art. 1080 Abs. 1 OR; Art. 324 Abs. 2, Art. 760 Abs. 3, Art. 851 Abs. 2 ZGB; Art. 303 f. ZPO). Entsprechend werden verschiedene Arten von Hinterlegungen unterschieden. Die Hinterlegung i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG folgt eigenen Regeln, welche nachfolgend dargelegt werden.

A. Gegenstand der Hinterlegung

Die Betreuung steht nur für Geldforderungen offen (Art. 38 Abs. 1 SchKG). Fremdwährungsforderungen (ausgenommen solche mit sog. Effektivklausel) sind vom Gläubiger mit Anhebung der Betreuung in die gesetzliche Schweizer Währung umzurechnen (Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG).

Im Rechtsmittelverfahren gegen den Konkurseröffnungsentscheid hat der Schuldner den geschuldeten Betrag zu hinterlegen (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) und die Hinterlage dient zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers.

In aller Regel erfolgt die Hinterlegung durch Banküberweisung (an die Gerichtskasse der Rechtsmittelinstanz), zuweilen auch durch Übergabe von Bargeld. Damit handelt es sich rechtstechnisch – nach erfolgter Hinterlegung – um eine *Forderung des Gläubigers gegen den Kanton* auf Auszahlung des hinterlegten Betrages.

B. Umfang der Hinterlage

Zu hinterlegen ist «der geschuldete Betrag» (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Dazu gehören nebst dem eigentlichen in Betreuung gesetzten Geldbetrag auch Verzugszinsen und die *Kosten*, womit die Gebühren und Auslagen der Vollstreckungsorgane und Gerichte gemeint sind.⁷ Genauer handelt es sich bei den Kosten um den Kostenvorschuss des Gläubigers für das Konkurseröffnungsverfahren, sämtliche Kosten des Konkursamtes⁸ von der Konkurseröffnung bis zu einer allfälligen Aufhebung des Konkurses im Rechtsmittelverfahren,^{9,10} die Kosten des Betreibungsamtes sowie allenfalls die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Konkursöffnungsverfahren.¹¹

Mit der erstinstanzlichen Konkurseröffnung endet grundsätzlich der *Zinsenlauf* (Art. 209 SchKG). Erteilt die Rechtsmittelinstanz der Beschwerde jedoch aufschiebende Wirkung, so fällt der Stopp des Zinsenlaufs (rückwirkend) dahin,¹² weshalb auch Zinsen ab der Konkurseröffnung anfallen und zu hinterlegen sind.¹³ Da die Hinterlegung als Erfüllung qualifiziert,¹⁴ endet der Lauf der Verzugszinsen (als Akzessorium) mit der erfolgten Hinterlegung.¹⁵

⁴ BRÖNNIMANN (FN 2), 442, 444; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 13; BGer, 5A_660/2025, E. 2.3.2; 5A_328/2011, E. 2.

⁵ BRÖNNIMANN (FN 2), 448; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 13; BGer, 5A_375/2025, E. 3.1; 5A_844/2025, E. 3.1.

⁶ Zur Leistung der Hinterlage aus fremden Mitteln vgl. ROGER GIROUD, Tilgung oder Hinterlegung des geschuldeten Betrages beim Weiterzug der Konkurseröffnung, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier*, Zürich 2015, 217 ff., 225 ff.; KGer SZ, BEK 2025 143, 13.11.2025, E. 3b.

⁷ BGer, 5A_375/2025, E. 3.1; KGer GR, KSK 23 74, 15.9.2023, E. 2.1; KGer SZ, BEK 2022 23, 23.3.2022, E. 4a; KGer FR, 102 2018 210, 7.9.2018, E. 2.1; 102 2017 134, 21.6.2017, E. 3a; OGer BE, ZK 17 295, 7.7.2017, E. 9.2, E. 10.2; ZK 17 142, 18.4.2017, E. IV.13.2; E. 17; ZK 16 557, 24.11.2016, E. III.13.2.

⁸ BGer, 5A_865/2013, E. 3; KGer SZ, BEK 2022 23, 23.3.2022, E. 4a; OGer ZH, PS180095, 8.6.2018, E. 4; PETER DIGGELMANN, *Rechtsmittel gegen die Konkurseröffnung*, ZZZ 2016, 99 ff., 102.

⁹ OGer ZH, PS210109, 27.1.2021, E. 3.2; PS200222, 27.11.2020, E. 5.

¹⁰ Die oberen kantonalen Gerichte verlangen in der Regel, dass der Beschwerdeführer eine schriftliche Bestätigung des Konkursamtes (Art. 174 Abs. 2 SchKG) vorlegt, wie hoch die Kosten des Konkursamtes bis zur Aufhebung des Konkurses sind. In Einzelfällen behelfen sich die Gerichte auch mit Erfahrungswerten (OGer ZH, PS150093, 26.6.2015, E. 2.1 [nicht mehr als CHF 1000]) oder erkundigen sich selbst beim Konkursamt (Art. 190 ZPO), wobei zuweilen auch telefonische Auskünfte als genügend erachtet werden (OGer ZH, PS130056, 23.3.2013, E. 3).

¹¹ KGer SZ, BEK 2022 75, 23.6.2022, E. 3a; BEK 2022 23, 23.3.2022, E. 4a; DOMINIK BALMER/ADRIAN STUDIGER, *Berner Rechtsprechung zum SchKG*, BLSchK 2023, 57 ff., 62.

¹² Vgl. II.D.2.

¹³ OGer BE, ZK 16 557, 24.11.2016, E. III.13; dies gilt nicht nur «streng genommen» (so PETER DIGGELMANN/THOMAS ENGLER, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], *Kurzkommmentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 3. A., Basel 2025 [zit. KUKO SchKG-BEARBEITER/IN], Art. 174 N 10).

¹⁴ Vgl. II.E.

¹⁵ OGer BE, ZK 17 142, 18.4.2017, E. IV.13.3; ZK 16 557, 24.11.2016, E. III.13; im Ergebnis a.M. OGer ZH, PS140111, 20.6.2014, E. 2.2; PS130231, 15.1.2014,

C. Prozessuales

Die Hinterlegung muss *während der* (zehntägigen) *Rechtsmittelfrist* (Art. 174 Abs. 1 SchKG) erfolgen¹⁶ und in der Beschwerdebegründung vorgebracht werden (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO).¹⁷ Eine Fristerstreckung oder eine Nachfrist sind ausgeschlossen (Art. 144 Abs. 1 ZPO).¹⁸ Die Beschwerdefrist kann aber grundsätzlich *wiederhergestellt* werden (Art. 148 ZPO; Art. 33 Abs. 4 SchKG).¹⁹ Bei verspätet hinterlegten Beiträgen lassen die Gerichte in Einzelfällen Milde walten und

Es wird als überspitzt formalistisch betrachtet, eine Hinterlage bei einer anderen Instanz oder beim Betreibungs- oder Konkursamt als ungenügend zu erachten.

gewähren (zuweilen ein sinngemässes Fristwiederherstellungsgesuch des Beschwerdeführers präsumierend²⁰) eine Wiederherstellung.

Die Noven können *bis zum Ablauf der Beschwerdefrist* nachgereicht werden (wenn die Beschwerde schon vorher eingereicht worden ist).²¹ In Einzelfällen sind die Rechtsmittelinstanzen (wohl den mutmasslichen positiven Ausgang der Beschwerde im Auge) grosszügig, wenn ein geringfügiger Betrag «offensichtlich versehentlich» nicht bezahlt wurde und dieser erst nach Ablauf der Beschwerdefrist nachbezahlt wird.²²

Die Hinterlegung hat *bei der Rechtsmittelinstanz* («beim oberen Gericht»; Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) zu erfolgen.²³ Streng genommen («à strictement parler») genügt damit die Zahlung an das Betreibungsamt nicht.²⁴ Es wird jedoch gemeinhin als überspitzt formalistisch betrachtet, eine rechtzeitige und betragsmässig ausreichende *Hinterlage bei einer anderen Instanz oder beim Betreibungs- oder Konkursamt* als ungenügend zu erachten – und zwar nicht nur für die Kosten, welche deren Verfahren betreffen, sondern auch für die übrigen Bestandteile der Hinterlage, namentlich für die Forderung des Gläubigers.²⁵ Verschiedene Gerichte akzeptieren deshalb, dass die Hinterlage (ganz oder teilweise) beim Betreibungs-²⁶ oder Konkursamt erfolgt.²⁷ Zuweilen überweist das Betreibungs- bzw. Konkursamt die dort hinterlegten Beträge in der Folge an die Rechtsmittelinstanz.²⁸ Demgegenüber genügt es *nicht*, wenn der Schuldner den Betrag an seinen eigenen Anwalt bezahlt bzw. bei diesem «hinterlegt», denn damit befindet sich das Geld immer noch im Einflussbereich des Schuldners.²⁹

Der Praxis, dass der Schuldner die Hinterlegung anstatt an die Rechtsmittelinstanz auch an das erstinstanzliche Konkursgericht oder an das Betreibungs- oder Konkursamt leisten kann, ist zuzustimmen. Was die *Qualifikation der Leistung* angeht, ist jedoch Folgendes zu beachten: Sofern der Schuldner seine Leistung vorbehaltlos³⁰ an das *Betreibungsamt* unter Bezugnahme auf eine bestimmte Betreibung oder zuhanden des Gläubigers erbringt (und eine Zurechnung zu einer bestimmten Betreibung ohne weite-

E. 2.2. (wonach trotz Erteilung der aufschiebenden Wirkung für das Ende des Zinsenlaufs auf das Datum der Konkurseröffnung abgestellt wurde); vgl. auch die bei BALMER/STUDIGER (FN 11), BLSchK 2023, Fn 41, zitierten (nicht publizierten) Entscheide des OGer BE.

16 KGer SZ, BEK 2023 4, 23.1.2023, E. 3a; OGer ZH, PS190071, 11.4.2019, E. II.2.

17 BGE 139 III 491 E. 4.4; 136 III 294 E. 3.2; BGer, 5A_375/2025, E. 3.1; BGer, 5A_1005/2020, E. 3.1.2; 5A_899/2014, E. 3.1; OGer AG, ZSU.2022.246, 30.11.2022, E. 2.3.1; ZSU.2022.176, 11.10.2022, E. 2.1; OGer BE, ZK 17 142, 18.4.2017, E. IV.14.2; ZK 16 557, 24.11.2016, E. 11; BRÖNNIMANN (FN 2), 442; KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 16.

18 OGer ZH, PS200132, 30.6.2020, E. 2.2.

19 BGer, 5A_477/2025, E. 3.2.2; 5A_177/2025, E. 4.1; 5A_520/2022, E. 3.2; 5A_258/2013, E. 6 (nicht publ. in BGE 139 III 491); 5A_290/2011, E. 1.3.2; OGer ZH, PS180102, 16.7.2018, E. 2; GIROUD (FN 6), 219; KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 2a, N 8a; BSK SchKG I-NORDMANN/ONEYSER, Art. 33 N 2a, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI, Art. 174 N 11a, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER/IN); SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 3.

20 OGer ZH, PS120040, 22.3.2012, E. 3.

21 OGer AG, ZSU.2023.4, 22.3.2023, E. 2.1; OGer BE, ZK 17 142, 18.4.2017, E. IV.14.3; OGer ZH, PS150083, 30.6.2015, E. 2.1.

22 KGer SZ, BEK 201 176, 3.12.2021, E. 4a; vgl. auch OGer ZH, PS160093, 21.6.2016, E. 2.2.

23 OGer AG, ZSU.2023.4, 22.3.2023, E. 1.1; ZSU.2022.246, 30.11.2022, E. 2.3.1; ZSU.2022.176, 11.10.2022, E. 2.1; OGer SO, ZKBES.2018.154, 19.12.2018, E. II.2; BRÖNNIMANN (FN 2), 450.

24 BGer, 5A_801/2014, E. 6.1 (wobei in casu die Zahlung weder einer Betreibungsnummer noch einem Gläubiger zugeordnet werden konnte).

25 KGer GR, KSK 18 7, 12.4.2019; OGer ZH, PS190054, 2.4.2019, E. 3.1; PS120181, 1.11.2012, E. 2.2; EUGEN FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, Diss. Zürich 2010, 300 f.; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 21e; KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 9.

26 OGer ZH, PS230034, 7.3.2023, E. 2.2; PS170256, 4.12.2017, E. 2.2; PS130153, 23.9.2013, E. 3; AppGer BS, BEZ.2024.12, 9.2.2024, E. 2.2; BEZ.2024.5, 2.2.2024, E. 2.3; BEZ.2021.23, 26.3.2021, E. 3.2; BEZ.2014.16, 18.2.2014, E. 2.2; BEZ.2014.3, 30.1.2014, E. 2.2; OGer TG, BR.2005.51, 25.7.2005, E. 2 (RBOG 2005, Nr. 26); AppGer TI, 14.2002.00043, 5.8.2002, E. 1c; vgl. auch CR LP-JAQUES/COMETTA, Art. 174 N 6c, in: Bénédicte Foëx/Nicolas Jeandin/Andrea Braconi/Benoît Chappuis (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2025 (zit. CR LP-BEARBEITER/IN).

27 KGer GR, KSK 22 52, 23.12.2023, E. 2.3; KSK 23 75, 28.9.2023, E. 2.3; KSK 23 74, 15.9.2023, E. 2.2; KSK 19 7, 12.4.2019; OGer ZH, PS190100, 20.10.2019, E. 2.1; PS180126, 9.8.2018, E. II.1.1; PS160093, 21.6.2016, E. III.; PS140283, 26.1.2015, E. 2.2; PS140082, 5.5.2014, E. II.2; PS140022, 27.2.2014, E. 2.2; PS130174, 11.10.2013, E. 3.1.

28 OGer ZH, PS230034, 7.3.2023, E. 2.2; PS210123, 28.7.2021, E. 2.2; PS180233, 18.1.2019, E. III.

29 AppGer TI, 14.2022.51, 3.6.2022, E. 2.2.

30 BGer, 5A_837/2018, E. 3.3.

res möglich ist), führt dies *ex lege* zum Erlöschen der Forderung (Art. 12 Abs. 2 SchKG), sodass – sofern diejenige Forderung beglichen wird, für welche der Konkurs eröffnet worden ist – eine *Tilgung* (i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) und *keine* Hinterlegung (i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) vorliegt.

D. Verfügungsunfähigkeit des Schuldners zufolge (erstinstanzlicher) Konkurs-eröffnung

1. Vor oder ohne Erteilung der aufschiebenden Wirkung

Gegen die erstinstanzliche Konkurseröffnung steht die Beschwerde gemäss ZPO offen (Art. 174 Abs. 1 SchKG). Dieser kommt von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 325 Abs. 1 ZPO). Damit tritt die *Verfügungsunfähigkeit des Schuldners* in Bezug auf seine Aktiven (Art. 204 SchKG) mit Eröffnung des (erstinstanzlichen) Entscheids des Konkursgerichts ein.³¹

Dies hat zur Folge, dass der Schuldner (aufgrund von Art. 204 SchKG) *vor bzw. ohne Erteilung der aufschiebenden Wirkung* durch die Rechtsmittelinstanz aus eigenen Mitteln (weil diese vom Konkursbeschluss erfasst sind) keine Hinterlegung³² leisten kann.³³ Dabei handelt es sich m.E. nicht nur um ein «dogmatisches Problem»³⁴, sondern um ein reales Problem.³⁵ Erteilt die Rechtsmittelinstanz der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung, so ist an sich für diese ohne weiteres erkennbar, dass eine Verletzung von Art. 204 SchKG vorliegt, wenn der Schuldner trotzdem aus eigenen Mitteln eine Hinterlegung leistet. In der Gerichtspraxis schenken die Rechtsmittelinstanzen diesem Aspekt jedoch in aller Regel (ob bewusst oder unbewusst) keine Beach-

tung;³⁶ und zwar zu Recht.³⁷ Zuweilen wird die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sogar davon abhängig gemacht, dass der Schuldner *vorgängig* die notwendige Hinterlegung vorgenommen hat.³⁸

Aus rechtlicher Sicht ist es zwar grundsätzlich möglich, dass das *Konkursamt*³⁹ (welches nach Konkurseröffnung einzig Verfügungsberechtigt ist; Art. 197, Art. 240 SchKG) den *Schuldner ermächtigt*, aus den Konkursaktiven eine Hinterlegung an die Rechtsmittelinstanz zu leisten.⁴⁰ Da eine solche Mittelverwendung (insbesondere in Anbetracht der späteren Verwendung⁴¹) kaum je im Interesse der übrigen Gläubiger liegen dürfte, scheint es in aller Regel jedoch nicht angebracht, dass das Konkursamt seine Zustimmung erteilt. *Unzulässig* ist m.E., dass die Rechtsmittelinstanz das Konkursamt anweist, Kontowerte des Schuldners,

Nachdem mit erfolgter Hinterlegung durch den Schuldner die Forderung des Gläubigers erfüllt worden ist, ergibt sich, dass die Rechtsmittelinstanz über Geld verfügt, welches dem Gläubiger zusteht.

welche unter Konkursbeschluss stehen, an die Rechtsmittelinstanz als Hinterlage zu überweisen.⁴² Die Rechtsmittelinstanz ist nicht Aufsichtsbehörde des Konkursamtes i.S.v. Art. 13 SchKG und kann diesem deshalb keine Anweisungen erteilen, weshalb das Konkursamt solchen auch keine Folge leisten darf.

Die Zulässigkeit der vom Schuldner geleisteten Hinterlage hängt in dieser Konstellation ausschliesslich davon ab, ob seine *Beschwerde* später *gutgeheissen* und die Konkurseröffnung aufgehoben wird. Ist dies der Fall, dann ist die Verletzung von Art. 204 SchKG durch Zahlung nach Konkurseröffnung, welche «den Konkursgläubigern gegenüber ungültig» ist (Art. 204 Abs. 1 SchKG), was die Durchführung eines Konkursverfahrens voraussetzt, *ex post* nicht mehr problematisch.

31 BGer, 5A_977/2022, E. 4.1; BRÖNNIMANN (FN 2), 445; FRITSCHI (FN 25), 288; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 14; KUKO SchKG-DIGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 5, Art. 175 N 1.

32 Dasselbe gilt notabene für die Zahlung eines Gerichtskostenvorschusses im Rechtsmittelverfahren.

33 GIROUD (FN 6), 225; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 25; a.M. FRITSCHI (FN 25), 296; OGer TG, 18.4.2005, E. 2 (BlSchK 2008, 92) – beide in Bezug auf die Tilgung i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG; vgl. auch KGer SZ, BEK 2022 140, 26.10.2022, E. 5; a.M. OGer TG, 18.4.2005, E. 2 (BlSchK 2008, 90, 92). Es dürfte in aller Regel auch ein Verstoß gegen Art. 169 StGB (Verfügung über mit Beschluss belegte Vermögenswerte) vorliegen. Die aufschiebende Wirkung kann auch nur teilweise gewährt werden, indem eine Kontosperrung des Konkursamtes aufgehoben wird (BGer, 5A_477/2025, E. 3.3.3; 5A_977/2022, E. 2.4.2; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 30).

34 So OLIVER DIGGELMANN, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. A., Basel 2014, Art. 174 N 8.

35 BALMER/STUDIGER (FN 11), BlSchK 2023, 63, sprechen von einer «Zwickmühle».

36 Als Ausnahme: KGer SZ, BEK 2022 140, 26.10.2022, E. 5.

37 Vgl. III.D.1.

38 OGer ZH, PS210230, 24.1.2022, E. I.5; PS200022, 13.2.2020, E. 3; PS180174, 4.10.2018, E. 3; PS180134, 20.8.2018, E. 3.

39 Zur entsprechenden Bewilligung durch die Rechtsmittelinstanz vgl. II.D.3.

40 GIROUD (FN 6), 225, 230; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 25; vgl. AppGer TI, 14.2015.26, 25.3.2015, E. 2.2; generell und ohne Bezugnahme auf eine Beschwerde gemäss Art. 174 SchKG: KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 204 N 11 a.E.

41 Vgl. III.

42 So OGer BE, ZK 22 519, 20.1.2023, E. 6.3 (unpublizierter Entscheid.; zitiert nach BALMER/STUDIGER [FN 11], BlSchK 2023, 63, Fn 45).

Wird die *Beschwerde* dagegen *abgewiesen* oder wird auf diese nicht eingetreten, sodass die ursprüngliche (erstinstanzliche) Konkurseröffnung bestehen bleibt (die Rechtsmittelinstanz muss diesfalls kein neues Konkursdatum festsetzen⁴³), kann die *Konkursmasse*⁴⁴ m.E. dem betreffenden Gläubiger gegenüber die Ungültigkeit der Leistung (i.S.v. Art. 204 SchKG) der Hinterlage⁴⁵ im Konkurs mit Erfolg geltend machen. Die unterbliebene Intervention der Rechtsmittelinstanz ändert daran nichts; es tritt keine irgendwie geartete «Heilung» der konkursrechtlichen Ungültigkeit der Zahlung ein; die Rechtsmittelinstanz wäre zu einer solchen «Heilung» auch sachlich gar nicht zuständig.

2. Bei Erteilung der uneingeschränkten aufschiebenden Wirkung

Die Rechtsmittelinstanz kann die *Vollstreckbarkeit* des erstinstanzlichen (angefochtenen) Konkursentscheids *jedoch* (auf Antrag oder von Amtes wegen) *aufschieben* und nötigenfalls sichernde Massnahmen anordnen (Art. 325 Abs. 2 ZPO; Art. 174 Abs. 3 SchKG). Sofern die aufschiebende Wirkung erteilt wird, werden sowohl die Vollstreckbarkeit als auch die Konkurswirkungen (und damit auch Art. 204 SchKG) *rückwirkend* (ex tunc) gehemmt.⁴⁶ Damit bleiben Handlungen (wie die Leistung der Hinterlage) des Schuldners, welche dieser vor Erteilung der aufschiebenden Wirkung vornimmt, den Gläubigern gegenüber auch dann (unter dem Blickwinkel von Art. 204 SchKG) gültig, wenn – nach Erteilung der aufschiebenden Wirkung – die Beschwerde *abgewiesen* (und der Konkurs neu eröffnet⁴⁷) wird.

3. Bei Erteilung der partiellen aufschiebenden Wirkung

Die Praxis lässt es auch zu, dass die Rechtsmittelinstanz die *aufschiebende Wirkung* nur *beschränkt* (partiell) erteilt. Dies kann auf verschiedene Weise erfolgen.⁴⁸

Erstreckt sich die aufschiebende Wirkung ausdrücklich *nur auf die Vollstreckbarkeit*, nicht aber auf die Rechtskraft, so bleibt die erstinstanzliche Konkurseröffnung in Kraft.⁴⁹ Damit gilt auch das Verfügungsverbot gemäss Art. 204 SchKG unverändert. Das oben zur Verfügungsunfähigkeit des Schuldners vor oder ohne Erteilung der aufschiebenden Wirkung Gesagte⁵⁰ gilt gleichermassen.

Die aufschiebende Wirkung kann auch dergestalt gewährt werden, dass die Rechtsmittelinstanz eine *Kontosperrung für die Leistung der Hinterlage* (oder Zahlung) *aufhebt*.⁵¹ In diesem Fall stellt die Überweisung zur Leistung der Hinterlage keine Verletzung von Art. 204 SchKG dar.

E. Natur der Hinterlegung i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG

Um zu entscheiden, wem der hinterlegte Betrag im Rahmen des Entscheids über die Beschwerde zusteht, muss erörtert werden, was die Rechtsnatur der Hinterlegung i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist. Mit dieser Frage haben sich Lehre und Rechtsprechung im vorliegenden Zusammenhang wenig bis gar nicht befasst.

Der Konkurseröffnung geht in der Regel eine *Betreibung des Gläubigers* für seine Forderung voraus. Bestand und Umfang der Forderung kann bei bzw. nach Konkurseröffnung nicht mehr strittig sein, sonst hätte der Gläubiger weder das Fortsetzungs- (Art. 88 SchKG) noch das Konkursbegehren stellen können (Art. 166 SchKG). Aufgrund dessen hat der Schuldner (anders als bei einer Konkurseröffnung ohne vorgängige *Betreibung*⁵²) kein schützenswertes Interesse, bei der Hinterlegung die Aushändigung des hinterlegten Betrages vom Ausgang eines Zivilprozesses abhängig zu machen bzw. den Forderungsbetrag des Gläubigers ledig-

⁴³ Vgl. FN 42.

⁴⁴ Dazu, dass die Rechtsmittelinstanz beim Entscheid, an wen die Hinterlage ausbezahlt ist, über die Gültig- oder Ungültigkeit weder zu befinden noch diese zu berücksichtigen hat, vgl. III.D.1.

⁴⁵ Gleiches gilt auch für eine Zahlung an den Gläubiger i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG sowie die Zahlung des Gerichtskostenvorschusses.

⁴⁶ BGE 127 III 569 E. 4b; BGer, 5P.259/2006, E. 2; 5P.288/2003, E. 1.2 (BlSchK 2005, 131 ff.); OGer BE, ZK 16 557, 24.11.2016, E. 13; BRÖNNIMANN (FN 2), 440; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 6; KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 5; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 29a; BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER HONEGGER (FN 19), Art. 204 N 9; ANNETTE DOLGE, Praktische Fragen im Beschwerdeverfahren gegen die Konkurseröffnung, in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch-Millauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 459 ff., 471.

⁴⁷ BGE 129 III 100 E. 3; 118 III 37 E. 2b; BGer, 5P.259/2006, E. 2; GIROUD (FN 6), 219; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 29b; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 204 N 3; a.M. PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. A., Basel 2012, N 1466.

⁴⁸ Vgl. BGE 106 Ia 155 E. 4; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 30.

⁴⁹ BGE 137 III 640 E. 3.5 (in Bezug auf das Verfahren vor Bundesgericht); 118 III 37 E. 2b; BGer, 5A.729/2012, E. 3.5; 5A.3/2009, E. 2.3; 5A.613/2007, E. 3; KGer GR, KSK 19 7, 12.4.2019; CdJ GE, ACJC/851/2018, 28.6.2018, E. 4.3; ACJC/1238/2016, 23.9.2016, E. 6.2; DOLGE (FN 46), 471.

⁵⁰ Vgl. II.D.1.

⁵¹ BGer, 5A.977/2022, E. 2.4.2; KGer SZ, BEK 2021 206, 4.2.2022, E. 3b; OGer ZH, PS170157, 9.8.2017, E. 2.3.1; PS160134, 18.8.2016, E. 3; PS120107, 13.6.2012, Dispositiv Ziff. 1; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 30; KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 8a; DOLGE (FN 46), 472; BALMER/STUDIGER (FN 11), BlSchK 2023, 63, Fn 45.

⁵² Vgl. IV.A.1.

lich sicherzustellen. Die Hinterlegung darf in diesen Fällen deshalb nicht mit Vorbehalten des Schuldners verknüpft werden.⁵³ Sie ist als *Erfüllung* zu qualifizieren.⁵⁴

Damit wird der Schuldner *durch die Hinterlegung* von seiner Schuldpflicht dem Gläubiger gegenüber befreit; die Schuldpflicht geht unter. Entsprechend erlöschen auch sämtliche Nebenrechte der erfüllten Schuld,⁵⁵ soweit diese akzessorischer Natur sind. Dem Schuldner ist die Rücknahme der Hinterlage nicht mehr möglich. Zudem ist auch

Ab der Hinterlegung steht der hinterlegte Betrag im Umfang der betriebenen, aber zufolge Hinterlegung erloschenen Forderung ohne Wenn und Aber dem betreibenden Gläubiger zu.

keine Annahmeerklärung des Gläubigers erforderlich. Die Hinterlegung ist diesfalls mit einer Erfüllung identisch. Der Unterschied zur Tilgung (i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) liegt einzig in der Abwicklung,⁵⁶ indem die Hinterlage bei der Rechtsmittelinstanz zu leisten ist, während die Tilgung direkt an den Gläubiger oder zu dessen Händen an das Betreibungsamt erfolgt.

In BGE 135 III 31 sagt das Bundesgericht⁵⁷ zwar, der Gläubiger werde «mit Konkursaufhebung befriedigt» bzw. es müsse «mit Aufhebung der Konkursöffnung» die in Betreuung gesetzte Forderung vollstreckt bzw. der Gläubiger⁵⁸ befriedigt werden.⁵⁹ Dies würde eine Bedingung implizieren, nämlich dass die Beschwerde gutgeheissen und der Konkurs aufgehoben wird. Dies mag zwar allenfalls subjektiv die Intention bzw. Hoffnung des Schuldners gewesen sein. Es ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb eine solche Bedingung für die Herausgabe der Hinterlage ohne entsprechende gesetzliche Regelung «hinzugedacht» werden sollte bzw. müsste.⁶⁰ So hat das Bundesgericht (im gleichen Entscheid) denn auch zu Recht selbst ausgeführt, dass (selbst im Fall von Art. 190

SchKG⁶¹) die Aushändigung der Hinterlage an den Gläubiger weder von der Zustimmung des Schuldners noch von zusätzlichen Bedingungen (als der Beurteilung der Gläubigerforderung durch ein Zivilgericht) abhängig gemacht werden darf.⁶² Bei der Hinterlegung im Rahmen einer Konkursöffnung zufolge vorgehender Betreibung gilt dies *a fortiori*.

Nachdem mit erfolgter Hinterlegung durch den Schuldner die Forderung des Gläubigers erfüllt worden ist, ergibt sich, dass die Rechtsmittelinstanz über Geld verfügt, welches dem Gläubiger zusteht.

III. Entscheid über die Auszahlung der Hinterlage

Ein Entscheid über die Auszahlung ist nur bei der Hinterlegung nötig. Bei einer Tilgung (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) ist dies weder notwendig noch möglich. Dies gilt, wenn der Schuldner direkt an den Gläubiger zahlt. Gleiches trifft auch dann zu, wenn der Schuldner seine Leistung an das *Betreibungsamt* erbringt und eine Zurechnung auf die Gläubigerforderung möglich ist, sodass eine Tilgung vorliegt.⁶³

A. Entscheidkompetenz

Über die Herausgabe der Hinterlage *entscheidet die Rechtsmittelinstanz*.^{64, 65} Dies gilt m.E. im Regelfall auch dann, wenn es die Rechtsmittelinstanz (in grosszügiger Auslegung) genügen lässt, dass die Hinterlage bei einer anderen Behörde erfolgt.⁶⁶ Ausnahmsweise anders kann es sich verhalten, wenn schon unklar ist (bzw. der beschwerdeführende Schuldner nicht «durch Urkunden» hinreichend bewiesen hat), ob überhaupt eine Hinterlage bei einer anderen Behörde erfolgt ist; diesfalls ist es angezeigt, dass *diese Behörde* (sofern bei ihr eine Hinterlage erfolgte) über die Verwendung entscheidet.⁶⁷

⁵³ KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 9; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 22.

⁵⁴ BGE 135 III 31 E. 2.2.2, E. 2.2.3; OGer AG, ZSU.2023.4, 22.3.2023, E. 2.1; ZSU.2022.246, 30.11.2022, E. 2.3.1; ZSU.2022.176, 11.10.2022, E. 2.1; OGer SO, ZKBES.2018.154, 19.12.2018, Dispositiv Ziff. 4; OGer BE, ZK 17 142, 18.4.2017, E. IV.13.3; ZK 16 557, 24.11.2016, E. 13; KGer VD, HC/2014/717, 8.9.2014, E. 3a/aa.

⁵⁵ BGE 135 III 31 E. 2.2.2.

⁵⁶ BGE 135 III 31 E. 2.2.3; OGer BE, ZK 17 142, 18.4.2017, E. IV.13.3; ZK 16 557, 24.11.2016, E. III.13; GIROUD (FN 6), 221.

⁵⁷ Der Entscheid betraf ein Verfahren der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 SchKG).

⁵⁸ Der Entscheid spricht fälschlicherweise vom Schuldner.

⁵⁹ BGE 135 III 31 E. 2.2.3.

⁶⁰ Zu den Konsequenzen vgl. unten III.

⁶¹ Zur Anwendung von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG bei einer Konkursöffnung auf Antrag des Gläubigers ohne vorgängige Betreibung (Art. 190 SchKG) vgl. IV.A.

⁶² BGE 135 III 31 E. 2.2.5, E. 3.

⁶³ Vgl. II.C.

⁶⁴ OGer ZH, PS190154, 25.9.2019, Dispositiv Ziff. 4; OGer BE, ZK 17 142, 18.4.2017, E. V.23 und Dispositiv Ziff. 6; ZK 16 557, 24.11.2016, E. IV.19 und Dispositiv Ziff. 5; a.M. BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 25a, sowie KGer SZ, BEK 2022 34, 9.5.2022, E. 6b und Dispositiv Ziff. 2c (in Bezug auf die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung), wonach die Konkursverwaltung zu entscheiden habe, wem die Hinterlage zukomme.

⁶⁵ Zuweilen fehlen in der Praxis (insbesondere bei Abweisung der Beschwerde) Anordnungen der Rechtsmittelinstanz, wem die Hinterlage zusteht (vgl. OGer ZH, PS150128, 26.8.2015).

⁶⁶ Vgl. II.C.

⁶⁷ KGer SZ, BEK 2022 178, 27.1.2023, E. 4.

Einige Autoren und die Gerichtspraxis in einzelnen Kantonen⁶⁸ machen die Frage, wem die Hinterlage herauszugeben ist, vom Ausgang des ZPO-Beschwerdeverfahrens vor dem oberen kantonalen Gericht abhängig.

B. Bei Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung der Konkurseröffnung

Wird die ZPO-Beschwerde gutgeheissen und die Konkursöffnung zufolge Hinterlegung aufgehoben, weist die Rechtsmittelinstanz die Gerichtskasse an, dem *Gläubiger*⁶⁹ die Hinterlage im Umfang seiner Forderung auszusuchen.⁷⁰ Wenn die Hinterlage bei anderen Behörden (wie etwa dem Betreibungs- oder Konkursamt) erfolgte, werden diese zuweilen von der Rechtsmittelinstanz angewiesen, die Hinter-

lage (nach Deckung der Betreibungs- bzw. Konkurskosten) dem Gläubiger zu überweisen.⁷¹

Darüber scheint Einigkeit zu herrschen. Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen. Ab der Hinterlegung steht der hinterlegte Betrag (als Erfüllung) im Umfang der betriebenen, aber zufolge Hinterlegung erloschenen Forderung⁷² ohne Wenn und Aber dem betreibenden Gläubiger zu. Da die Rechtsmittelinstanz über die Hinterlage verfügt, muss sie über deren Herausgabe von Amtes wegen entscheiden; ein Antrag des Gläubigers ist m.E. nicht erforderlich.

C. Bei Abweisung der oder Nichteintreten auf die Beschwerde

1. Überblick über den Meinungsstand

Für den Fall, dass die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde des Schuldners abweist oder auf diese nicht eintritt, halten einige Autoren⁷³ und die Praxis in gewissen Kantonen⁷⁴ dafür, die Hinterlage sei dem Konkursamt zuhanden der Konkursmasse des Schuldners auszuhändigen⁷⁵ bzw. die

⁶⁸ Die Frage scheint vom Bundesgericht noch nicht entschieden worden zu sein. Auch in BGE 135 III 31 war nur die genügende Hinterlage und nicht deren Herausgabe Gegenstand des Entscheids. Dennoch enthält der Entscheid wichtige Aussagen, welche die Herausgabe präjudizieren (vgl. sogleich unten im Text unter III.B. und III.C.).

⁶⁹ In den Kantonen Tessin (AppGer TI, 14.2022.74, 3.8.2022, E. 2.4 und Dispositiv Ziff. I.4; 14.2015.26, 26.3.2015, E. 2.3 und Dispositiv Ziff. I.4; 14.2021.161 E. 2.4 und Dispositiv Ziff. I.4; 14.1999.88, 12.10.1999, E. 3 und Dispositiv Ziff. II; 14.1999.00040, 7.7.1999, E. 2 und Dispositiv Ziff. II) und Freiburg wird die Hinterlage zuweilen an das Betreibungsamt überwiesen mit der Anweisung, daraus (nach Abzug der Betreibungs- und Konkurskosten) die Forderung des betreibenden Gläubigers zu bezahlen (KGer FR, 102 2025 202, 7.10.2025, E. 2.5 und Dispositiv Ziff. III; 102 2024 50, 15.5.2024, E. 3 und Dispositiv Ziff. II; 102 2024 34, 14.3.2024, E. 3 und Dispositiv Ziff. II; 102 2023 56, 5.5.2023, Dispositiv Ziff. III; 102 2022 258, 28.3.2023, Dispositiv Ziff. III; 102 2020 240, 2.2.2021, Dispositiv Ziff. II; 102 2018 210, 7.9.2018, E. 3 und Dispositiv Ziff. II.).

⁷⁰ BGE 135 III 31 E. 2.2.4; KGer BL, 410 25 166, 16.9.2025, E. 3 und Dispositiv Ziff. 4; 410 24 146, 6.8.2024, Dispositiv Ziff. 3; KGer GR, KSK 22 52, 23.12.2023, E. 2.3 und Dispositiv Ziff. 2.1; KSK 23 75, 28.9.2023, E. 2.3 und Dispositiv Ziff. 2; KSK 23 74, 15.9.2023, E. 5.1 und Dispositiv Ziff. 2.1; KGer SZ, BEK 2025 9, 3.3.2025, E. 4c und Dispositiv Ziff. 2; BEK 2024 153, 26.9.2024, E. 4d und Dispositiv Ziff. 2; BEK 2024 138, 4.10.2024, E. 4a und Dispositiv Ziff. 2 und 3; BEK 2023 48, 5.6.2023, E. 4b und Dispositiv Ziff. 4; BEK 2023 19, 9.3.2023, E. 4b und Dispositiv Ziff. 2; BEK 2022 157, 21.12.2022, E. 4b und Dispositiv Ziff. 2; BEK 2017 187, 16.1.2018, E. 4a und Dispositiv Ziff. 2; AppGer TI, 14.2019.59, 11.4.2019, E. 2.3 und Dispositiv Ziff. I.4; 14.2018.10, 11.7.2018, E. 4 und Dispositiv Ziff. I.4; 14.2015.26, 25.3.2015, E. 2.2; KGer FR, 102 2020 19, 17.2.2020, E. 3.1 und Dispositiv Ziff. II; OGer ZH, PS250274, 6.10.2025, E. 3 und Dispositiv Ziff. 4; PS250235, 3.9.2025, E. 5.2, E. 5.3 sowie Dispositiv Ziff. 4 und 5; PS250239, 1.9.2025, E. 7.3 und Dispositiv Ziff. 5; PS220110, 14.7.2022, E. 10 und Dispositiv Ziff. 4 und 5; PS210227, 14.1.2022, E. 11 und Dispositiv Ziff. 6; PS210010, 12.2.2021, Dispositiv Ziff. 4; PS190054, 2.4.2019, Dispositiv Ziff. 3; PS180126, 9.8.2018, Dispositiv Ziff. 3; PS180021, 9.3.2018, Dispositiv Ziff. 5; PS180050, 13.4.2018, E. 4; PS150083, 30.6.2015, E. 4.2 und Dispositiv Ziff. 4; OGer BE, ZK 17 142, 18.4.2017, E. V.23 und Dispositiv Ziff. 6; ZK 16 557, 24.11.2016, E. IV.19 und Dispositiv Ziff. 5; AppGer BS, BEZ.2025.13, 2.4.2025, E. 3 und Dispositiv; OGer NW, BAZ 24 8, 20.11.2024, E. 6.1 und Dispositiv Ziff. 5; OGer ZG, BZ 2025 110, 4.11.2025, Dispositiv Ziff. 2; BZ 2025 85, 28.8.2025, Dispositiv Ziff. 2; BZ 2024 144, 21.1.2025, Dispositiv Ziff. 2; BZ 2022 51, 14.6.2022, Dispositiv Ziff. 2; BZ 2021 91, 22.2.2022, E. 7 und Dispositiv Ziff. 2; BZ 2022 54, 14.6.2022, Dispositiv Ziff. 2; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 25a; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 15.

⁷¹ AppGer TI, 14.2025.24, 17.2.2025, E. 2.4 und Dispositiv Ziff. I.4; 14.2018.8, 16.4.2018, E. 4.4 und Dispositiv Ziff. I.4; 14.2018.110, 11.7.2018, E. 4 und Dispositiv Ziff. I.4; OGer ZH, PS180021, 9.3.2018, Dispositiv Ziff. 7; KGer SZ, BEK 2024 146, 16.10.2024, E. 3c und Dispositiv Ziff. 2; OGer NW, BAZ 25 9, 17.9.2025, Dispositiv Ziff. 4; OGer ZH, PS250297, 10.10.2025, E. 4.3 und Dispositiv Ziff. 3; PS250252, 26.9.2025, E. 9 und Dispositiv Ziff. 4; PS250238, 14.8.2025, E. 4.3 und Dispositiv Ziff. 4.

⁷² Vgl. II.E.

⁷³ KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 9; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 16; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 25a; CR LP-JAQUES/COMETTA (FN 26), Art. 174 N 6c.

⁷⁴ Rund die Hälfte der Kantone veröffentlicht keine Entscheide zu dieser Frage (vgl. www.entscheidsuche.ch). Das Bundesgericht hat diese Frage (soweit ersichtlich) bisher nicht entschieden.

⁷⁵ OGer ZH, PS250212, 29.9.2025, E. 7.2 und Dispositiv Ziff. 4; PS230053, 5.4.2023, Dispositiv Ziff. 3; PS220155, 19.10.2022, Dispositiv Ziff. 6; PS210166, 14.10.2021, E. 2.3.4 und Dispositiv Ziff. 3; PS200133, 30.6.2020, Dispositiv Ziff. 4; PS190154, 25.9.2019, Dispositiv Ziff. 4; PS180040, 20.4.2018, Dispositiv Ziff. 4; PS120054, 16.4.2012, E. 8 und Dispositiv Ziff. 4; OGer AG, ZSU.2025.316, 14.11.2025, E. 4 und Dispositiv Ziff. 4; ZSU.2025.187, 4.11.2025, E. 4 und Dispositiv Ziff. 4; ZSU.2025.232, 30.10.2025, E. 5 und Dispositiv Ziff. 5; ZSU.2025.186, 5.9.2025, E. 3 und Dispositiv Ziff. 4; ZSU.2025.177, 28.8.2025, E. 4 und Dispositiv Ziff. 4; ZSU.2024.287, 6.3.2025, Dispositiv Ziff. 5; ZSU.2025.8, 6.3.2025, E. 4 und Dispositiv Ziff. 5; ZSU.2023.41, 28.4.2023, E. 4; ZSU.2022.243, 3.1.2023, Dispositiv Ziff. 5; KGer VD, Faillite/2020/18, 8.1.2021, E. VII.; Faillite/2016/14, 28.6.2016, E. V und Dispositiv Ziff. V; KGer SZ, BEK 2024 161, 4.10.2024, E. 3 und Dispositiv Ziff. 3; BEK 2024 93, 10.6.2024, E. 4 und Dispositiv Ziff. 3; BEK 2022 74, 22.6.2022, E. 5 und Dispositiv Ziff. 3; BEK 2017 173, 20.12.2017, E. 3c und Dispositiv Ziff. 3; OGer BE, ZK 24 446, 9.1.2025, E. IV.9.4 und Dispositiv Ziff. 4; ZK 17 295, 7.7.2017, Dispositiv Ziff. 4 und 6; KGer FR, 102 2021 75, 12.5.2021, E. 5 und Dispositiv Ziff. IV; 102 2018 249, 7.12.2018, E. 4 und Dispositiv Ziff. II; 102 2017 159, 25.7.2017, E. 5 und Dispositiv Ziff. II; 102 2017 134, 21.6.2017, Dispositiv Ziff. III; 102 2015 33, 18.3.2015, E. 3 und Dispositiv Ziff. II; AppGer BS, BEZ.2014.16, 18.2.2014, Dispositiv; AppGer TI, 14.2004.5, 30.3.2004, E. 3 und Dispositiv Ziff. 3; KGer JU, CC 2021 91, 7.1.2.2021; CC 2018 21, 23.5.2018; OGer ZG, BZ 2025 94, 28.8.2025, E. 7 und Dispositiv Ziff. 3; BZ 2025 9, 20.2.2025, E. 7 und Dispositiv Ziff. 2; GIROUD (FN 6), 225, 231; SK-Komm.-TALBOT

Hinterlage falle in die Konkursmasse.⁷⁶ Einzelne Entscheidung ordnen dies sogar an, wenn die Hinterlage nicht vom Schuldner aus eigenen Mitteln, sondern von Dritten aus deren Mitteln erbracht wurde.⁷⁷

Dabei fällt auf, dass keine einzige Literaturstelle und kein einziger Entscheid sich mit dieser Frage näher sowie der Natur der Hinterlage überhaupt auseinandersetzt und dass keinerlei Begründung für die genannte Ansicht gegeben wird. Angesichts der ökonomischen Bedeutung der Frage für den Gläubiger, zu dessen Gunsten die Hinterlegung notabene erfolgt ist (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), ist dies – gerade wenn die Beschwerde des Schuldners abgewiesen oder auf diese nicht eingetreten wird⁷⁸ – überraschend und erstaunlich. Die wenigen kantonalen Entscheide, welche die Frage überhaupt kurz thematisieren, verweisen in einem Satz auf eine oder zwei Literaturstellen, welche ihrerseits eine Begründung schuldig bleiben.

Im *Kanton Neuenburg* wird nach gefestigter Praxis die Hinterlage auch bei Abweisung der Beschwerde an den Gläubiger erstattet.⁷⁹ Im *Kanton Waadt* gibt es keine klare Praxis: Während in einem Fall die Hinterlage bei Abweisung der Beschwerde zwar an das Konkursamt überwiesen wurde, jedoch mit der Vorgabe, welche Beträge für welche in Betreuung gesetzten Forderungen zu verwenden sind,⁸⁰ wurde in einem anderen Fall der hinterlegte Betrag ans Konkursamt überwiesen.⁸¹

BRÖNNIMANN führt aus, dass wenn die aufschiebende Wirkung erteilt worden sei und der Schuldner nachfolgend die Hinterlage leiste, komme der Betrag dem Gläubiger zu, was der Autor als stossend empfindet, weil dies nicht recht zu befriedigen vermöge.⁸²

2. Analyse

Die Ansicht, die Hinterlage falle bei Abweisung der bzw. bei Nichteintreten auf die Beschwerde in die Konkursmasse des Schuldners, ist unzutreffend, und zwar aus mehreren Gründen: Die Hinterlegung (i.S.v. Ziff. 2) ist ihrer Rechtsnatur nach mit einer Tilgung (gemäss Ziff. 1) identisch; die Hinterlegung qualifiziert als *Erfüllung* der zugrunde liegenden (in Betreuung gesetzten) Forderung.⁸³ Bei der Hinterlegung wird der Schuldner unmittelbar befreit. Seine Schuldpflicht geht mit der Hinterlegung unter⁸⁴ und der hinterlegte Betrag scheidet aus dem Vermögen des Schuldners aus. Der Unterschied zwischen Tilgung und Hinterlegung liegt lediglich in der Abwicklung.⁸⁵ Damit steht die Hinterlage ab dem Zeitpunkt der Leistung durch den Schuldner dem Gläubiger zu – und zwar unbedingt⁸⁶ und somit *unabhängig vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens*.⁸⁷ Dies legt nur schon der Umstand nahe, dass die Hinterlegung von allem Anfang an «zuhanden des Gläubigers» erfolgte (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).⁸⁸

Die kantonale Gerichtspraxis, welche die Hinterlage bei Abweisung der Beschwerde dem Konkursamt zuhanden der Konkursmasse überweist,⁸⁹ ist auch *im Ergebnis unhaltbar* und lässt die zivilrechtlichen Folgen der Hinterlegung ausser Acht. Da die Hinterlegung als Erfüllung der betriebenen Forderung gilt, geht diese zivilrechtlich unter.⁹⁰ Ginge der hinterlegte Betrag an die Konkursmasse, hätte der Gläu-

(FN 1), Art. 174 SchKG N 15; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 26.

76 KGer SZ, BEK 2022 89, 27.6.2022, E. 5 und Dispositiv Ziff. 3; KGer VD, Faillite/2021/16, 18.8.2021, E. IV und Dispositiv Ziff. IV; Faillite/2020/38, 8.1.2021, E. VII. und Dispositiv Ziff. V; OGer ZH, PS250248, 8.10.2025, E. 8 und Dispositiv Ziff. 4; PS250216, 19.8.2025, Dispositiv Ziff. 4; PS250132, 8.7.2025, Dispositiv Ziff. 3 und 4; PS140205, 5.9.2014, Dispositiv Ziff. 4; PS250239, 1.9.2025, Dispositiv Ziff. 3; PS1200087, 11.6.2012, Dispositiv Ziff. 3; GIROUD (FN 6), 225; KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 9; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159–292, 4. A., Zürich 1997, Art. 174 SchKG N 17, halten (ohne Begründung) dafür, die Hinterlegung sei «unbeachtlich», wenn der Konkurs bestehen bleibe.

77 KGer SZ, BEK 2025 143, 13.11.2025, E. 4 und Dispositiv Ziff. 3.

78 Dies kommt in der Praxis bedeutend häufiger vor, als dass die Beschwerde gutgeheissen wird.

79 KGer NE, ARMC.2016.27, 28.7.2016, E. 6 und Dispositiv Ziff. 3; ARMC.2014.86, 9.3.2015, E. 5 und Dispositiv Ziff. 3; ARMC.2012.122, 19.12.2012, E. 5 und Dispositiv Ziff. 3; HR.2010.19, 29.10.2010, E. 5 und Dispositiv Ziff. 3; HR.2009.19, 19.11.2009, E. 5 und Dispositiv Ziff. 3; HR.2004.23, 9.8.2004, E. 5 und Dispositiv Ziff. 3; HR.1998.1653, 12.8.1998 (RJN 1998, 333 ff.), E. 7 und Dispositiv Ziff. 3.

80 KGer VD, Faillite/2016/32, 21.10.2016, E. IV und Dispositiv Ziff. IV.

81 KGer VD, Faillite/2016/14, 28.6.2026, E. V. und Dispositiv Ziff. V.

82 BRÖNNIMANN (FN 2), 450, Fn 94. Auch wenn dieser Autor nicht ausdrücklich sagt, ob sich seine Aussage darauf bezieht, ob die Beschwerde des Schuldners gutgeheissen oder abgewiesen wird, so scheint evident, dass er den letztgenannten Fall behandelt (denn bei Aufhebung des Konkurses kann die Verwendung der Hinterlage für den Gläubiger nicht wirklich in Frage stehen).

83 Vgl. vor FN 54.

84 Vgl. vor FN 55.

85 Vgl. vor FN 56.

86 Vgl. II.A. und II.E.

87 KGer NE, HR.2004.23, 9.8.2004, E. 5 und Dispositiv Ziff. 3; HR.2002.17, 26.8.2002, E. 4 und Dispositiv Ziff. 2; HR.1998.1653, 12.8.1998 (RJN 1998, 333 ff.), E. 7 und Dispositiv Ziff. 3; KassGer ZH, ZR 2000, Nr. 57, S. 159; KGer SZ, BEK 2018 51, 3.5.2018, E. 5 (die Rechtsmittelinstanz hatte den hinterlegten Betrag zwar dem Konkursamt überwiesen, dies aber mit der Vorgabe, daraus vorab und soweit möglich die betriebene Forderung zuzüglich Kosten der Beschwerdegegnerin (Gläubigerin) zu bezahlen).

88 KGer NE, HR.1998.1653, 12.8.1998 (RJN 1998, 333 ff.), E. 7; KassGer ZH, ZR 2000, Nr. 57, S. 159.

89 Vgl. FN 75/76.

90 Vgl. vor FN 55.

biger einerseits (zufolge Erlöschen) keine Forderung mehr gegen den Schuldner und würde andererseits auch noch der Hinterlage verlustig gehen! Es macht den Anschein, dass sich die kantonalen Rechtsmittelinstanzen darüber (im Nachgang zu BGE 135 III 31) bislang keine Rechenschaft abgegebe haben.

Nur am Rande sei erwähnt, dass es auch wertungsmässig stossend wäre, wenn die Rechtsmittelinstanz bei Abweisung der Beschwerde den *Gerichtskostenvorschuss* (welcher in der Regel im gleichen Zeitfenster, d.h. während der Beschwerdefrist geleistet wurde und nur als Vorschuss gilt) zur Deckung der (eigenen) Gerichtskosten verwenden könnte (was in der Gerichtspraxis ausnahmslos geschieht), wogegen der Gläubiger seiner Hinterlage (trotz unmittelbarer Erfüllungswirkung) bei Abweisung der Beschwerde ohne jeden Grund verlustig gehen würde. Auch diesem Aspekt schenkt die diskutierte Gerichtspraxis keine Beachtung.

Das zur Abweisung der Beschwerde Gesagte gilt gleichermassen, wenn auf diese nicht eingetreten werden kann oder der Schuldner (trotz Leistung der Hinterlage) gar nie eine (eigentliche) *Beschwerde* bei der Rechtsmittelinstanz einreicht.⁹¹ Wie gesehen erfolgt die Hinterlegung unbedingt zugunsten des Gläubigers, weshalb diesem unabhängig vom Ausgang des Beschwerdeverfahrens ein unbedingter Anspruch gegen den Kanton auf Herausgabe der Hinterlage zusteht. Die Rechtsmittelinstanz verfügt über die Hinterlage, weshalb sie über deren Herausgabe von Amtes wegen entscheiden muss; ein Antrag des Gläubigers ist m.E. auch in diesem Fall nicht erforderlich.

D. Vollstreckungsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit dem Entscheid der Rechtsmittelinstanz über die Herausgabe der Hinterlage an den Gläubiger

Vorab ist daran zu erinnern, dass die Hinterlage sachlich (in erster Linie) die Forderung des betreibenden Gläubigers zum Gegenstand hat.⁹² Dem Gläubiger steht (vom Spezialfall von Art. 190 SchKG abgesehen⁹³) ein unbedingter Herausgabeanspruch gegenüber dem Kanton zu.⁹⁴

Die Rechtsmittelinstanz hat über die Beschwerde des Schuldners und die Herausgabe der Hinterlage zu entscheiden.⁹⁵ Zur Beurteilung von vollstreckungsrechtlichen Fra-

gen (welche über die Beurteilung der Konkurseröffnung bzw. der ZPO-Beschwerde hinausgehen) fehlt es der Rechtsmittelinstanz dagegen sowohl an der Prüfungsbefugnis als auch der sachlichen Zuständigkeit. Deren Kognition ist denn auch nicht umfassender als jene der Vorinstanz. Aufgrund dessen kann die Rechtsmittelinstanz über die nachfolgend behandelten vollstreckungsrechtlichen Aspekte *nicht* entscheiden.

1. Fehlende Verfügungsfähigkeit des Schuldners bei Leistung der Hinterlage (Art. 204 SchKG)

Wenn die Rechtsmittelinstanz der Beschwerde weder (umfassende) aufschiebende Wirkung erteilt noch die Kontosperrung zur Leistung der Hinterlegung aufgehoben hat, so erweist sich *die Leistung der Hinterlage* (aus eigenen Mitteln des Schuldners) nach erstinstanzlicher Konkurseröffnung im Fall der Abweisung der Beschwerde unter dem Blickwinkel von Art. 204 SchKG zwar als ungültig (dies gilt notabene auch für die Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes

Die Ansicht, die Hinterlage falle bei Abweisung der bzw. bei Nichteintreten auf die Beschwerde in die Konkursmasse des Schuldners, ist unzutreffend.

sowie die Leistung des Gerichtskostenvorschusses⁹⁶). Die Zusprechung des Betrages sowie die Überweisung durch die Rechtsmittelinstanz an den Gläubiger fällt dagegen *nicht* unter Art. 204 SchKG; es liegt keine Handlung des Schuldners vor und der hinterlegte Betrag ist in die Verfügungsmacht der Rechtsmittelinstanz übergegangen.

Die Verletzung von Art. 204 SchKG begründet eine rein *vollstreckungsrechtliche Ungültigkeit*⁹⁷ der Rechtshandlung des Schuldners den Konkursgläubigern gegenüber⁹⁸. Die Ungültigkeit ist zudem insofern *relativ*, als sich einzig die Konkursmasse bzw. die Konkursverwaltung⁹⁹ darauf berufen können.¹⁰⁰ Auch aus diesem Grund steht es der *Rechtsmittelinstanz* nicht zu, die Auszahlung der Hinterlage an den Gläubiger zu verweigern. Es liegt vielmehr an der Konkursmasse (bzw. an einem Abtretungsgläubiger i.S.v. Art. 260 SchKG), gegen den Gläubiger (sowie allenfalls den Kanton in Bezug auf den Gerichtskostenvorschuss) eine Rückforderungskla-

⁹¹ A.M. OGER ZH, PS160208, 1.12.2016, E. 4 und Dispositiv Ziff. 4.

⁹² Vgl. II.A.

⁹³ Vgl. IV.A.

⁹⁴ Vgl. II.A.

⁹⁵ Vgl. III.A.

⁹⁶ Vgl. II.D.1.

⁹⁷ Zivilrechtlich bleiben die Handlungen jedoch gültig (KUKO SchKG-Pos-SA/STÖCKLI [FN 13], Art. 204 N 11). Es liegt namentlich keine Nichtigkeit i.S.v. Art. 20 OR vor, und zwar auch nicht bei Verletzung von Art. 164 StGB (BGE 134 III 52 E. 1).

⁹⁸ BGE 140 III 651 E. 4.1; 132 III 432 E. 2.4; 130 III 248 E. 4.1.

⁹⁹ BGE 132 III 432 E. 2.4.

¹⁰⁰ BGE 130 III 248 E. 4.1.

ge vor den Zivilgerichten zu führen,¹⁰¹ sofern die Konkursmasse im Rahmen des Konkursverfahrens¹⁰² eine Verletzung von Art. 204 SchKG geltend machen will.

Gemäss einer Ansicht soll das *Konkursamt* über die *Verwendung* der an sie von der Rechtsmittelinstanz überwiesenen Hinterlage *entscheiden*, da diese über die Massezugehörigkeit bzw. die Herausgabe an den Schuldner oder einen leistenden Dritten zu befinden habe.^{103, 104} Hintergrund dieser Ansicht ist eine mögliche Verletzung von Art. 204 SchKG, sofern die Rechtsmittelinstanz *keine* aufschiebende Wirkung erteilt hatte, bevor die Hinterlage geleistet wurde. Zutreffend ist (einzig), dass die Rechtsmittelinstanz nicht über eine Verletzung von Art. 204 SchKG

Die kantonale Gerichtspraxis, welche die Hinterlage bei Abweisung der Beschwerde dem Konkursamt zuhanden der Konkursmasse überweist, ist unhaltbar und lässt die zivilrechtlichen Folgen der Hinterlegung ausser Acht.

entscheiden kann.¹⁰⁵ Dies ändert nach dem Gesagten jedoch nichts daran, dass die Hinterlage ab deren Leistung dem betreibenden Gläubiger zusteht, und zwar unbedingt, sodass die Rechtsmittelinstanz die Herausgabe an ihn verfügen muss. Der Konkursmasse bleibt jedoch (wie auch bei einer Tilgung i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) ein Rückersatzanspruch gegen den Gläubiger.¹⁰⁶ Wenn die Rechtsmittelinstanz die Hinterlage dagegen dem Konkurs-

amt überweist, damit diese über die Massezugehörigkeit bzw. die Herausgabe an den Schuldner oder einen leistenden Dritten zu befinden hat,¹⁰⁷ dann wird zum einen ohne Rechtsgrundlage die *faktische Ausgangslage* – nämlich wer im Streitfall wem gegenüber nötigenfalls mittels Klage vorgehen muss – stark beeinflusst. Zum anderen befreit sich m.E. die Rechtsmittelinstanz (bzw. der Kanton) mit einer solchen Vorgehensweise dem Gläubiger gegenüber auch nicht von seiner Herausgabepflicht, sodass der Kanton Gefahr läuft, zweimal leisten zu müssen.

2. Gläubigerbevorzugung

In Bezug auf die *Tilgung* (Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) wird zuweilen im Zusammenhang mit der Frage, ob die Rechtsmittelinstanz der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilen soll, erwähnt, dass in diesem Fall eine Gläubigerbevorzugung erfolgen könnte, wenn die Beschwerde später abgewiesen wird.¹⁰⁸ Aus diesem Grund wird zum einen empfohlen, dass die Rechtsmittelinstanz die aufschiebende Wirkung nur erteilen soll, wenn die Beschwerde mit hoher Wahrscheinlichkeit gutgeheissen wird.¹⁰⁹ Zum andern wird postuliert, die aufschiebende Wirkung sei nur für die Hinterlegung (i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), nicht aber für die Tilgung zu gewähren¹¹⁰ bzw. die Zahlung müsse an die Gerichtskasse erfolgen.¹¹¹ In den publizierten Entscheiden der Rechtsmittelinstanzen finden sich (soweit ersichtlich) keine entsprechenden Überlegungen.

Da es sich bei der *Hinterlegung* (i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) ebenfalls um eine Erfüllung handelt, kann sich auch diesbezüglich die Frage der Gläubigerbevorzugung i.S. einer paulianisch anfechtbaren Handlung (Art. 285 ff. SchKG)¹¹² stellen. Zum Aspekt, ob die *Rechtsmittelinstanz* eine paulianische Anfechtbarkeit zu berücksichtigen hat, Folgendes: Die Art. 285 ff. SchKG kommen nur zur Anwendung, wenn die Rechtsmittelinstanz der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt hat, später aber die Beschwerde abweist (bzw. auf diese nicht eintritt), weshalb der Konkurs neu zu eröffnen ist;¹¹³ unter dem Blickwinkel

¹⁰¹ BGE 140 III 651 E. 4.1; 132 III 432 E. 2.4; BSK SchKG II-WOHLFART/HONEGER (FN 19), Art. 204 N 24; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 13), Art. 204 N 13, 15; GIROUD (FN 6), 223.

¹⁰² So dieses denn auch durchgeführt und nicht sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt wird (Art. 230 Abs. 2 SchKG).

¹⁰³ OGer AG, ZSU.2025.316, 14.11.2025, E. 4 und Dispositiv Ziff. 4; ZSU.2025.187, 4.11.2025, E. 4 und Dispositiv Ziff. 4; ZSU.2025.232, 30.10.2025, E. 5 und Dispositiv Ziff. 5; ZSU.2025.186, 5.9.2025, E. 3 und Dispositiv Ziff. 4; ZSU.2025.177, 28.8.2025, E. 4 und Dispositiv Ziff. 4; ZSU.2025.97, 4.6.2025, E. 6; ZSU.2025.50, 25.4.2025, E. 5; ZSU.2025.69, 104.4.2025, E. 4 und Dispositiv Ziff. 4; ZSU.2024.293, 14.2.202, E. 4; KGer SZ, BEK 2024 170, 13.11.2024, E. 3; BEK 2024 162, 25.10.2024, E. 3; BEK 2024 93, 106.2024, E. 4; KGer GR, KSK 15 57, 11.9.2015 E. 4 (alle Entscheide unter Bezugnahme auf BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI [FN 19], Art. 174 N 25a bzw. N 25 f.); GIROUD (FN 6), 228.

¹⁰⁴ Die Praxis der Konkursämter scheint zu sein, (einzig) zu prüfen, ob die Hinterlage vom Schuldner geleistet wurde (in welchem Fall diese in die Konkursmasse fallen soll) oder ob diese von einem Dritten erfolgte (in welchem Fall er diese vom Konkursamt erstattet erhält).

¹⁰⁵ GIROUD (FN 6), 228 f., unterschlägt, dass mit der von ihm propagierten Aushändigung der Hinterlage an die Konkursverwaltung nach Konkursöffnung eine ganz andere, neue Situation geschaffen wird, indem sie nun verfügen kann, was sie vorher nicht konnte. Für eine solche Verschiebung der Kompetenzen besteht weder eine Grundlage noch eine Rechtfertigung.

¹⁰⁶ Vgl. vor FN 99.

¹⁰⁷ Vgl. vor FN 102.

¹⁰⁸ BRÖNNIMANN (FN 2), 445; BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 174 N 25; KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 8a; GIROUD (FN 6), 222; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 14; DOLGE (FN 46), 471 f.; vgl. auch FRITSCHI (FN 25), 289 f.

¹⁰⁹ BRÖNNIMANN (FN 2), 445; DOLGE (FN 46), 472; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 174 SchKG N 14.

¹¹⁰ KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 8; GIROUD (FN 6), 222.

¹¹¹ KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 174 N 8a.

¹¹² FRITSCHI (FN 25), 289 f.

¹¹³ BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 19), Art. 175 N 4; KUKO SchKG-DIGGELMANN/ENGLER (FN 13), Art. 175 N 4.

der neuen Konkurseröffnung erfolgte die Leistung der Hinterlage vorgängig. Der paulianischen Anfechtung unterliegen einzig (vor Konkurseröffnung erfolgte) Handlungen des Schuldners (Art. 286–288 SchKG). Damit kann einerseits nur die Leistung der Hinterlage durch den Schuldner¹¹⁴ an die Rechtsmittelinstanz und nicht etwa die spätere Auszahlung an den Gläubiger durch das Gericht der paulianischen Anfechtung unterliegen.

Ein paulianischer Anfechtungsanspruch gehört (originär) zur Konkursmasse des Schuldners (Art. 200 SchKG). Die Konkursverwaltung entscheidet, ob der Anspruch von der Masse geltend gemacht werden soll oder den Gläubigern zur Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu unterbreiten ist. Wird der Anspruch (von der Konkursmasse oder einem Abtretungsgläubiger) gerichtlich geltend gemacht, so erfolgt dies durch Klage vor dem Zivilgericht gegen den Begünstigten (Art. 289 f. SchKG). Die *Rechtsmittelinstanz* kann (beim Entscheid über die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung) die Auszahlung der Hinterlage an den Gläubiger, insbesondere auch bei Abweisung der Beschwerde, nicht unter Hinweis darauf verweigern, die Hinterlegung sei in paulianisch anfechtbarer Weise geleistet worden. Darüber kann die Rechtsmittelinstanz nicht (auch nicht «vorfrageweise») entscheiden. Dieser Aspekt bleibt abschliessend der Abwicklung im Rahmen des Konkursverfahrens bzw. der Beurteilung durch das Zivilgericht vorbehalten.¹¹⁵

IV. Hinterlegung im Rechtsmittelverfahren gegen die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung

Art. 174 Abs. 2 SchKG steht systematisch unter der Marginalie «I. Ordentliche Konkursbetreuung».¹¹⁶ Das Gesetz kennt daneben vier Fälle der «Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung».¹¹⁷ Art. 194 Abs. 1 SchKG erklärt u.a. die Art. 173–176 SchKG auch auf diese Verfahren für anwendbar. Damit stellt sich die Frage, ob bzw. allenfalls mit welchen Modifikationen eine Hinterlegung im Rechtsmittelverfahren auch auf diese Verfahren zur Anwendung kommt.

Die in Art. 174 Abs. 2 SchKG aufgezählten echten Noven (Ziff. 1–3) sind nicht auf eine Konkurseröffnung ohne

vorgängige Betreuung zugeschnitten,¹¹⁸ weshalb sie für diese anderen Fälle nicht richtig passen.¹¹⁹ Inwiefern im Sinne dieser Bestimmung (modifiziert) *andere* echte Noven zulässig sind (wie etwa die Beseitigung der Überschuldung oder die Beibringung neuer Rangrücktrittserklärungen im Fall von Art. 192 SchKG), ist vorliegend nicht zu erörtern.¹²⁰

A. Konkurseröffnung auf Antrag eines Gläubigers (Art. 190 SchKG)

Während der Gläubiger bei der ordentlichen Betreuung den Konkurs über den Schuldner erwirkt, nachdem er das Einleitungsverfahren durchschritten und das Fortsetzungs- sowie das Konkursbegehren gestellt hat,¹²¹ kann er Letzteres in den Fällen von Art. 190 Abs. 1 SchKG *ohne* vorgängige Betreuung tun. In beiden Fällen ist es jedoch ebenfalls ein Gläubiger, der aufgrund seiner Forderung den Konkurs über den Schuldner erwirken will.

1. Sinngemässe Anwendung von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG

Aufgrund dessen kommt die Novenregelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG zwar auch bei einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung gemäss Art. 190 SchKG zur Anwendung (Art. 194 Abs. 1 SchKG).¹²² Die Situation ist jedoch insofern eine andere als bei der ordentlichen Betreuung, als beim Konkursbegehren ohne vorgängige Betreuung in Bezug auf die Forderung des Gläubigers gerade kein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegt. Diesem grundlegenden Unterschied wird dadurch Rechnung getragen, dass die Anwendung von Art. 174 Abs. 2 SchKG nur eine *sinngemässe* ist.¹²³

¹¹⁴ Und zwar im Fall, dass die aufschiebende Wirkung erteilt wurde, da nur diesfalls (zufolge Rückwirkung der aufschiebenden Wirkung) eine Handlung vor der (später neu verfügten) Konkurseröffnung vorliegt.

¹¹⁵ Es verhält sich damit genau gleich, wie wenn die in Betreuung gesetzte Forderung des Gläubigers (i.S.v. Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG) vom Schuldner getilgt worden ist.

¹¹⁶ Vor Art. 159 ff. SchKG.

¹¹⁷ Randtitel vor Art. 190 ff. SchKG.

¹¹⁸ BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 19), Art. 194 N 8; DOLGE (FN 46), 474.

¹¹⁹ BGER, 5A_243/2019, E. 3.1; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 190 SchKG N 27.

¹²⁰ Vgl. dazu BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 19), Art. 192 N 24d, Art. 194 N 8; SK-Komm.-TALBOT (FN 1), Art. 192 SchKG N 32; DOLGE (FN 46), 474 f.

¹²¹ Vgl. II.E.

¹²² BGE 135 III 31 E. 2.2.4 ff.; OGer AG, ZSU.2024.307, 14.2.2025, E. 1; ZSU.2023.111, 9.6.2023, E. 3.2.1; ZSU.2023.4, 22.3.2023, E. 1.1; ZSU.2022.246, 30.11.2022, E. 2.3.1; ZSU.2022.176, 11.10.2022, E. 2.1; OGer SO, ZKBES.2018.154, 19.12.2018, E. II.1; AppGer TI, 14.2022.161, 1.3.2023, E. 2; mit (nicht weiter begründeten) Vorbehalten: KGer SZ, BEK 2022 34, 9.5.2022, E. 6b. Die Praxis im Kanton Tessin verlangt, dass eine Hinterlegung für sämtliche Gläubigerforderungen (nicht nur jener des antragstellenden Gläubigers) erfolgt (AppGer TI, 214.2022.161, 1.3.2023, E. 2; 14.2020.123, 22.9.2020, E. 2.3; 14.2018.47, 25.4.2018, E. 3.3.a), was m.E. unzutreffend ist; bezüglich der übrigen Gläubiger ist einzig die Zahlungsfähigkeit zu prüfen; eine Hinterlegung (oder Zahlung) ist nicht verlangt.

¹²³ BGE 135 III 31 E. 2.2.4; KGer SZ, BEK 2022 34, 9.5.2022, E. 2b; OGer BE, ZK 20 297, 8.9.2020, E. III.12.4 (in Bezug auf Art. 193 SchKG); vgl. auch MAGDALENA RUTZ, Weiterziehung des Konkursdekrets, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Schuldbetreuung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkurs-

Dies bedeutet, dass der Schuldner im Rechtsmittelverfahren die Herausgabe der von ihm geleisteten Hinterlage an den Gläubiger vom Ausgang eines Zivilprozesses über die Forderung des Gläubigers abhängig machen kann.¹²⁴ Der Schuldner hat ein entsprechendes, berechtigtes Interesse, wenn die zur Konkurseröffnung Anlass gebende Forderung des Gläubigers strittig bzw. deren Bestand nie in einem ordentlichen Prozess beurteilt worden ist.¹²⁵ M.E. hat der Schuldner seinen Vorbehalt *ausdrücklich* gegenüber der Rechtsmittelinstanz zum Ausdruck zu bringen¹²⁶ und spätestens mit der Leistung der Hinterlegung zu erklären. Die Erklärung muss sich an die Rechtsmittelinstanz (als Hinterlegungsstelle) richten; diese wird den Gläubiger dann entsprechend informieren.

Die Rechtsnatur der Hinterlage ist auch in diesem Fall eine Erfüllung.¹²⁷ Die *Erfüllung* der Forderung zufolge Hinterlage des Schuldners bei der Rechtsmittelinstanz ist in diesem Fall jedoch *bedingt*¹²⁸ und zwar in dem Sinne, dass die behauptete Forderung nach Bestand und Umfang besteht bzw. nicht mehr strittig ist. Es handelt sich um eine *aufschiebende Bedingung*. Andere Bedingungen des Schuldners sind unzulässig.¹²⁹

Wie bei einer bedingten Hinterlegung des Schuldners seitens der Rechtsmittelinstanz und des Gläubigers vorzugehen ist, hängt in erster Linie davon ab, ob die Beschwerde gutgeheissen¹³⁰ oder abgewiesen bzw. darauf nicht eingetreten wird.¹³¹

2. Bei Abweisung der bzw. Nichteintreten auf die Beschwerde

Weist die Rechtsmittelinstanz die Beschwerde des Schuldners ab oder tritt es auf diese nicht ein, so bleibt es entweder bei der erstinstanzlichen Konkurseröffnung (wenn keine aufschiebende Wirkung erteilt worden ist)¹³² oder die Rechtsmittelinstanz eröffnet den Konkurs neu (wenn sie die

aufschiebende Wirkung erteilt hatte).¹³³ So oder anders wird über den Schuldner ein Konkursverfahren durchgeführt.

Da dieses vom Konkursamt von Amtes wegen geführt wird und der betreffende Gläubiger auf die Abwicklung des Konkurses keinen Einfluss nehmen kann, muss ihm von der Rechtsmittelinstanz keine Frist angesetzt werden. Im Konkurs gilt zwar eine *Eingabefrist* von einem Monat (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Diesbezügliche Säumnis hat jedoch im Konkursverfahren keine Verwirkungsfolge (vgl. Art. 251 SchKG), weshalb Säumnis für den Gläubiger auch für die Herausgabe der Hinterlage keine nachteiligen Folgen hat.

Da die vom Schuldner erbrachte Hinterlegung eine bedingte Erfüllung darstellt, wobei die Bedingung den Bestand der Forderung bzw. den Wegfall von deren Strittigkeit betrifft,¹³⁴ ist es naheliegend, bei Durchführung des Konkursverfahrens auf die *Rechtskraft der Kollokation* in Bezug auf

Im Fall von Art. 190 SchKG tritt eine Bedingung hinzu, sofern der Schuldner die Hinterlage vom Bestand der Forderung des Gläubigers abhängig gemacht hat.

die Gläubigerforderung abzustellen. Im Umfang der rechtskräftigen Kollokation kann der Gläubiger bei der Rechtsmittelinstanz die Auszahlung der Hinterlage verlangen; der Konkurs steht dem nicht entgegen. Wird die Forderung bei der Kollokation vollumfänglich abgewiesen, fällt die Bedingung definitiv aus und die Hinterlage steht der Konkursmasse zu.

Wird der *Konkurs mangels Aktiven eingestellt*, so kann keine Kollokation erfolgen. Wenn der Gläubiger den erforderlichen Kostenvorschuss leistet, um das Konkursverfahren durchführen zu lassen (Art. 230 Abs. 2 SchKG), so gilt das oben Gesagte. Wird der Konkurs (zufolge ausbleibender Leistung eines Kostenvorschusses eines Gläubigers) definitiv mangels Aktiven eingestellt, dann muss der Gläubiger seine *behauptete Forderung geltend machen*, um den Eintritt der Bedingung nachzuweisen. Die Rechtsmittelinstanz muss ihm für diesen Fall eine angemessene *Frist ansetzen*; das unten zur Gutheissung der Beschwerde Gesagte¹³⁵ gilt sinngemäss.

beamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, 343 ff., 349 (generell zu den Art. 190 ff. SchKG).

¹²⁴ BGE 135 III 31 E. 2.2.4; KGer SZ, BEK 2022 34, 9.5.2022, E. 2b; OGer SO, ZKBES.2018.154, 19.12.2019, E. 3.2; OGer AG, ZSU.2023.4, 22.3.2023, E. 1.2; ZSU.2022.246, 30.11.2022, E. 2.3.1; ZSU.2022.176, 11.10.2022, E. 2.1; GIROUD (FN 6), 221.

¹²⁵ OGer AG, ZSU.2023.4, 22.3.2023, E. 1.2; ZSU.2022.246, 30.11.2022, E. 2.3.1; ZSU.2022.176, 11.10.2022, E. 2.1; OGer SO, ZKBES.2018.154, 19.12.2018, E. II.3.2, E. II.4.

¹²⁶ Dieser darf somit nicht konkludent unterstellt werden.

¹²⁷ Zur Konkurseröffnung nach vorgängiger Betreibung vgl. II.E.

¹²⁸ BGE 135 III 31 E. 2.2.4; OGer SO, ZKBES.2018.154, 19.12.2018, E. 4 und Dispositiv Ziff. 4.

¹²⁹ BGE 135 III 31 E. 2.2.5.

¹³⁰ IV.A.3.

¹³¹ IV.A.2.

¹³² II.D.1.

¹³³ II.D.2.

¹³⁴ IV.A.1.

¹³⁵ IV.A.3.b.

3. Bei Guttheissung der Beschwerde

Wird die Beschwerde des Schuldners gutgeheissen, so wird der Konkurs aufgehoben. Wann die Hinterlage wem auszu zahlen ist, hängt davon ab, ob die Forderung des Gläubigers besteht bzw. (noch) strittig ist oder nicht.

a) Wenn schon ein Zivilprozess über die Forderung hängig ist

In dem vom Bundesgericht entschiedenen Fall war unter den Parteien (im Zeitpunkt des Entscheids des Bundesgerichts) in Bezug auf die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung schon ein Zivilprozess hängig.¹³⁶ Aufgrund dessen musste dem Gläubiger keine Frist zur Geltendmachung der von ihm behaupteten Forderung angesetzt werden. Die Herausgabe der Hinterlage erfolgt in dieser Konstellation nach rechtskräftiger Beendigung des Prozesses und hängt von dessen Ausgang ab.¹³⁷

b) Wenn noch kein Zivilprozess über die Forderung hängig ist

Anders verhält es sich, wenn im Zeitpunkt des Entscheids der Rechtsmittelinstanz *noch kein Zivilprozess* über die Forderung des Gläubigers *hängig* ist (was dem Normalfall entsprechen dürfte). Da dem Gläubiger ein (bedingter) Anspruch auf Auszahlung der Hinterlage zukommt,¹³⁸ ist ihm *von der Rechtsmittelinstanz – analog zum Arrest (Art. 279 SchKG) – eine Frist anzusetzen*, um seine *Forderung in einem förmlichen Verfahren geltend zu machen*.¹³⁹ Andernfalls würde der hinterlegte Betrag auf unabsehbare Zeit bzw. «open end» bei der Rechtsmittelinstanz verbleiben und wäre dem Schuldner unabhängig davon dauerhaft entzogen, ob der Gläubiger seine behauptete Forderung auch durchsetzt.

Diese Situation ist, was die Prosequierungslast angeht, mit dem Arrest vergleichbar, nachdem der Gläubiger einen solchen erwirkt hat (Art. 272 SchKG). Entsprechend muss der Gläubiger nach erfolgter Hinterlage durch den Schuldner seine Forderung förmlich durch Klage oder mittels *Betreibung* geltend machen (Art. 279 Abs. 1 SchKG analog; dazu, dass auch ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl zur Auszahlung genügt, unten¹⁴⁰).

Die notwendige Vorbereitungszeit für den Gläubiger ist unterschiedlich je nachdem, ob er eine *Betreibung* oder

eine Klage einleitet, sodass die Rechtsmittelinstanz auch unterschiedlich lange *Fristen* ansetzen kann. Da es sich (anders als beim Arrest; Art. 279 SchKG) um eine *gerichtliche Frist* handelt, kann diese *erstreckt* werden (Art. 144 Abs. 2 ZPO). Bei der Arrestprosequierung gilt eine Frist von (nur) zehn Tagen (Art. 279 SchKG). Die Situation ist beim Arrest jedoch eine andere als bei der Hinterlegung im Rechtsmittelverfahren gegen eine Konkurseröffnung ohne vorgängige *Betreibung*: Die Arrestbewilligung und dessen Vollzug erfolgen für den Schuldner überfallartig und ohne dessen Einbezug (Art. 278 SchKG). In der vorliegenden Konstellation war der Schuldner von Anfang an in das kontradiktorische Konkurseröffnungsverfahren vor dem Konkursgericht einbezogen, er hat (nach erfolgter Konkurseröffnung) Beschwerde erhoben und er hat eine Hinterlage geleistet. Aufgrund dessen rechtfertigt es sich, dem Gläubiger längere Fristen einzuräumen.

Um eine *Betreibung einzuleiten*, scheint eine Frist von *20 bis 30 Tagen* und für die Klageeinleitung von *einem bis zwei Monaten* angemessen.¹⁴¹ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass zufolge gerichtlicher Fristansetzung das Schlichtungsverfahren entfällt (Art. 198 lit. h ZPO), sodass der Gläubiger seine (ausformulierte und mit Beweismitteln dokumentierte) Klage direkt beim Gericht anhängig machen muss.

In der Konstellation von Art 190 SchKG stellt die Hinterlegung durch den Schuldner nur eine bedingte Erfüllung der Schuld dar; Bedingung ist, dass die behauptete Forderung nach Bestand und Umfang besteht.¹⁴² Damit kann eine Rückgabe der Hinterlage an den Schuldner auch dann erfolgen, wenn der Gläubiger die Frist verstreichen lässt. Entsprechend ist die Fristansetzung an den Gläubiger mit der *Androhung* zu verbinden, dass bei Nichteinhaltung der Frist der hinterlegte Betrag dem Schuldner herausgegeben wird.¹⁴³

c) Grundlage für eine Auszahlung der Hinterlage

Je nach Konstellation kann entweder der Gläubiger oder der Schuldner die (vollständige oder teilweise) Herausgabe der Hinterlage verlangen. Der *Gläubiger* kann einen rechtskräftigen Entscheid des Zivilgerichts,¹⁴⁴ einen gerichtlichen¹⁴⁵

¹³⁶ BGE 135 III 31 Sachverhalt A. und E. 2.2.6.

¹³⁷ IV.A.1.

¹³⁸ Vgl. IV.A.1.

¹³⁹ Der Verfasser bedankt sich für diesen Hinweis bestens bei Ingrid Jent-Sørensen.

¹⁴⁰ Vgl. IV.A.3.c.

¹⁴¹ Muss die Klage im Ausland eingeleitet werden oder ist ein Schiedsgericht zuständig, müssen entsprechend längere Fristen angesetzt werden. Der Gläubiger tut gut daran, die Rechtsmittelinstanz darauf hinzuweisen.

¹⁴² Vgl. IV.A.1.

¹⁴³ Art. 77 Abs. 4, Art. 111 Abs. 5, Art. 121, Art. 138 Abs. 2 Ziff. 3, Art. 153a Abs. 3, Art. 154 Abs. 2, Art. 184 Abs. 2, Art. 280 SchKG analog.

¹⁴⁴ BGE 135 III 31 E. 2.2.4.

¹⁴⁵ BGE 135 III 31 E. 2.2.5, E. 3. Der gerichtliche Vergleich steht einem rechtskräftigen Entscheid gleich (Art. 241 Abs. 2 ZPO).

oder aussergerichtlichen Vergleich mit dem Schuldner, eine unbedingte Freigabeerklärung des Schuldners (über die Forderung und/oder die Herausgabe) oder einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl¹⁴⁶ vorlegen. Dabei muss er belegen können, dass die von ihm im Konkursöffnungsverfahren geltend gemachte Forderung Gegenstand des Verfahrens bzw. der Einigung ist; d.h., es muss Identität der Forderungen bestehen.

Andererseits kann auch der *Schuldner* die Freigabe an sich verlangen. Dies ist möglich, wenn der Gläubiger die ihm von der Rechtsmittelinstanz angesetzte Frist hat verstreichen lassen, aufgrund eines gerichtlichen oder aussergerichtlichen Vergleichs oder einer unbedingten Freigabeerklärung des Gläubigers (über die Forderung und/oder die Herausgabe). Auch aufgrund eines rechtskräftigen Entscheids des Zivilgerichts, welcher den (teilweisen) Nichtbestand der Forderung des Gläubigers feststellt oder dem Gläubiger nur einen Teilbetrag zuspricht, kann der Schuldner die (teilweise) Herausgabe verlangen. Auch der Schuldner muss die Identität der Forderungen belegen können.

**d) Entscheid über die Herausgabe bei Eintritt/
Nichteintritt der Bedingung**

Der Entscheid über die Herausgabe der Hinterlage ist im Grundsatz von der *Rechtsmittelinstanz* zu treffen, bei welcher die Hinterlegung erfolgt ist. Bei einer Beschwerde gegen die Konkursöffnung *mit* vorgängiger Betreuung (in welchem Fall dem Gläubiger ein unbedingter Herausgabeanspruch zusteht¹⁴⁷) ergibt sich dies ohne weiteres aus Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

Im Fall von Art. 190 SchKG tritt eine Bedingung hinzu, sofern der Schuldner die Hinterlage vom Bestand der Forderung des Gläubigers abhängig gemacht hat.¹⁴⁸ Dies ändert im Grundsatz jedoch nichts an der sachlichen Zuständigkeit der *Rechtsmittelinstanz*, die zur gegebenen Zeit über den Eintritt/Nichteintritt der Bedingung und damit über die Herausgabe der hinterlegten Vermögenswerte *zu entscheiden* hat. Dies gilt (nur schon aus praktischen Gründen¹⁴⁹) namentlich dann, wenn der Schuldner die Hinterlage (ganz oder teilweise) auch bei einer anderen Behörde (wie der Vorinstanz, dem Betreibungs- oder Konkursamt) geleistet hat.¹⁵⁰

Wenn jedoch (in der Schweiz) ein Zivilprozess über die strittige Forderung geführt wird, dann besteht m.E. eine *konkurrierende Zuständigkeit*, indem auf entsprechenden Antrag alternativ auch das *mit dem Forderungsprozess befasste Zivilgericht* als Akzessorium zum Entscheid über die Forderung auch über die Herausgabe der entsprechenden Hinterlage entscheiden kann. Dafür sprechen schon Gründe der Praktikabilität und der Verfahrensökonomie.

B. Andere Fälle (Art. 191–193 SchKG)

Bei allen anderen Fällen (als Art. 190 SchKG) der Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung ist die Ausgangssituation eine ganz andere, indem nicht ein Gläubiger über den Schuldner den Konkurs erwirkt hat. In sinngemässer¹⁵¹ Anwendung von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG ist es zwar nicht

In den Fällen von Art. 191–193 SchKG scheidet eine Hinterlegung aus, um eine Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufheben zu lassen.

per se ausgeschlossen, sich eine Hinterlegung für eine Vielzahl von Gläubigern bzw. für alle Gläubiger vorzustellen. Rein praktisch dürfte dies jedoch (zumal im summarischen Verfahren; Art. 251 lit. a ZPO) nur schon deshalb in aller Regel nicht machbar sein,¹⁵² weil nicht klar ist, welcher Gläubiger welche Forderung geltend macht, für welche eine Hinterlage erfolgen müsste.¹⁵³ Im Rahmen einer Beschwerde gegen eine Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung sind deshalb nur unechte Noven zulässig, da die in Art. 174 Abs. 2 Ziff. 1–3 SchKG abschliessend aufgezählten Hypothesen nicht auf diese Verfahrensart zugeschnitten sind.¹⁵⁴ Damit scheidet in den Fällen von Art. 191–193 SchKG eine Hinterlegung aus, um eine Konkursöffnung im Rechtsmittelverfahren aufheben zu lassen.¹⁵⁵

C. Auflösung und Liquidation einer Gesellschaft zufolge von Organisationsmängeln (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR)

Verfügt eine Gesellschaft über einen Mangel in ihrer Organisation und wird dieser trotz vorgängiger Aufforderung

¹⁴⁶ IV.A.3.

¹⁴⁷ II.E.

¹⁴⁸ IV.A.1.

¹⁴⁹ Vielfach hinterlegt der Schuldner verschiedene Teilbeträge bei der Rechtsmittelinstanz, dem Konkurs- und dem Betreibungsamt.

¹⁵⁰ II.C.

¹⁵¹ IV.A.1.

¹⁵² Vgl. auch RUTZ (FN 123), 360.

¹⁵³ Vgl. OGer BE, ZK 20 297, 8.9.2020, E. III.12.4.

¹⁵⁴ BGE 150 III 315 E. 6.2.2; BGer, 5A_977/2022, E. 2.1.3; 5A_252/2020, E. 4.1.2; 5A_243/2019, E. 3.1; OGer ZH, PS220184, 25.1.2023, E. II.1; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER/FRITSCHI (FN 19), Art. 194 N 8.

¹⁵⁵ BALMER/STUDIGER (FN 11), BLSchK 2023, 63 f.; KUKO SchKG-KRAMER/SOGO (FN 13), Art. 193 N 16; OGer BE, ZK 20 297, 8.9.2020, E. III.12.5.

des Handelsregisteramtes nicht innert Frist behoben, ordnet das Zivilgericht die Auflösung der Gesellschaft und deren Liquidation nach den Vorschriften über den Konkurs an (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR). Der Auflösungsentscheid entspricht zwar funktional einer Konkurseröffnung.¹⁵⁶ Es liegt jedoch keine Konkurseröffnung durch das Konkursgericht vor.¹⁵⁷ Art. 174 SchKG kommt deshalb auf den Auflösungsentscheid zufolge Organisationsmangel nicht zur Anwendung.¹⁵⁸

¹⁵⁶ BGE 148 III 194 E. 5.1.1.; BGer, 5A_306/2014, E. 3.3.3.

¹⁵⁷ BGE 148 III 194 E. 5.1.1.; BGer, 4G_2/2023, E. 4.

¹⁵⁸ FRANCO LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 2008, 1378 ff., 1388.

Anzeige

Marga Burri

Die *actio duplex* am Anwendungsfall der Scheidungsklage im schweizerischen Zivilprozess

Die *actio duplex* schafft einen prozessualen Sonderfall: Die beklagte Partei kann eigene Anträge stellen ohne Widerklage zu erheben. Im Fokus der Dissertation stehen die Scheidungsklage und insbesondere die praxisrelevanten Themen der Dispositionsmaxime, des Klagerückzugs und der Prozesskosten.

Schriften zum Schweizerischen
Zivilprozessrecht (ZPR), Band 52
2025, 467 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-03891-777-9
CHF 114.–



www.dike.ch/7779

Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse

Herausgegeben von / Editées par

François Bohnet, Tanja Domej, Ulrich Haas, Jacques Haldy, Nicolas Jeandin,
Ramon Mabillard, Alexander R. Markus, Paul Oberhammer, Ivo Schwander,
Daniel Staehelin, Thomas Sutter-Somm, Denis Tappy

Marga Burri

Die *actio duplex*
am Anwendungsfall
der Scheidungsklage
im schweizerischen
Zivilprozess

Betrifft die
ZPO-Revision

DIKE

DIKE