



**Kantonsgericht von Graubünden
Dretgira chantunala dal Grischun
Tribunale cantonale dei Grigioni**

Ref.:
KSK 10 28

Chur, 12. Mai 2010

Schriftlich mitgeteilt am:

Verfügung

Schuldbetreibungs- und Konkurskammer

Vorsitz Präsident Brunner
Redaktion Aktuar Conrad

In der Schuldbetreibungs- und Konkursbeschwerde

des HH., Gesuchsteller und Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. Ernst Inderbitzin und Roman Bruhin, SwissLegal (Zürich) AG, Alfred Ulrich-Strasse 2, 8702 Zollikon,

gegen

den Entscheid des Bezirksgerichtspräsidiums Plessur vom 10. März 2010, mitgeteilt am 29. März 2010, in Sachen des Gesuchstellers und Beschwerdeführers gegen SR., Gesuchsgegner und Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. et lic. oec. Marco Toller, Bahnhofstrasse 7, 7001 Chur,

betreffend Aufnahme eines Güterverzeichnisses.

hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer nach Kenntnisnahme der Beschwerdeschrift von HH. vom 12. April 2010, der Beschwerdeantwort von SR. vom 15. April 2010, nach Einsicht in die Verfahrensakten sowie aufgrund der Feststellungen und Erwägungen,

- dass der Vizepräsident des Bezirksgerichts Plessur mit Entscheid vom 10. März 2010 das Gesuch von HH. um Aufnahme eines Güterverzeichnisses gemäss Art. 83 Abs. 1 SchKG in Verbindung mit Art. 162 SchKG über sämtliche Vermögenswerte von SR. abgewiesen hat;
- dass der Entscheid dem unterlegenen Gesuchsteller am 31. März 2010 zugekommen ist und eine Rechtsmittelbelehrung enthält, wonach gegen den Entscheid innert 20 Tagen Beschwerde beim Kantonsgerichtsausschuss Graubünden geführt werden kann;
- dass der Gesuchsteller gegen den Entscheid mit Schriftsatz vom 12. April 2010 (am 10. Tage nach Erhalt des Anfechtungsobjekts) Beschwerde an das Kantonsgericht eingelegt hat, mit den Anträgen, es sei die Aufnahme eines Güterverzeichnisses über sämtliche Vermögensbestandteile des Gesuchgegners anzuordnen, eventualiter sei die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
- dass der Beschwerdegegner in seinem Hauptantrag auf kosten- und entschädigungsfälliges Nichteintreten wegen mangelnder funktioneller Zuständigkeit des Kantonsgerichts schliesst;
- dass angesichts der darin genannten Dauer von 20 Tagen der Erstrichter bei seiner Rechtsmittelbelehrung im Anfechtungsobjekt offenbar die zivilrechtliche Beschwerde wegen Gesetzesverletzung gemäss Art. 232 ff. ZPO im Auge hatte;
- dass die Rechtsmittelbelehrung in dreierlei Hinsicht unzutreffend ist, weil es 1. den Spruchkörper des Kantonsgerichtsausschusses seit dem 1. Januar 2009 nicht mehr gibt, 2. es in Sachen Aufnahme des Güterverzeichnisses gemäss Art. 162 SchKG kein kantonales Rechtsmittel gibt und 3. die Rechtsmittelfrist von 20 Tagen ohnehin nicht zum Tragen kommen könnte, da in Analogie zu den anderen gerichtlichen SchKG-Summarsachen eine Frist von 10 Tagen gelten würde (Art. 25 Abs. 1 Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (GVV SchKG, BR 220.100), Art. 236 ZPO, Art. 174, 278, 294, 307 SchKG);

- dass auf die Frage der funktionellen Zuständigkeit, beziehungsweise ob und allenfalls welches kantonale Rechtsmittel gegeben ist, die ZPO allenfalls nur dann zur Anwendung kommen könnte, wenn die für die Regelung der Zuständigkeit und des Verfahrens primär anwendbare GVVSchKG dazu keine Lösung böte (vgl. in diesem Sinne für die Verfahrensfragen Art. 18 GVVSchKG), was indessen für die Anordnung des Güterverzeichnisses nicht der Fall ist;
- dass die geltende kantonale Anschlussgesetzgebung zum SchKG gegen Summarentscheide, welche der Bezirksgerichtspräsident in Anwendung von Art. 83 Abs. 1, Art. 162, Art. 170 oder Art. 183 SchKG trifft (Art. 15 Abs. 1 Ziff. 6 GVVSchKG), von sich aus, das heisst unabhängig vom Bundesrecht, keinen Weiterzug vorsieht (Art. 17 Abs. 1 Ziff. 2-4 GVVSchKG);
- dass sich eine funktionelle Zuständigkeit des Kantonsgerichts sodann auch nicht aus der Generalklausel von Art. 17 Abs. 1 Ziff. 1 GVVSchKG, wonach die Beschwerde in den Verfahren gemäss Artikel 15 dieser Verordnung gegeben ist, in denen das Bundesrecht einen Weiterzug vorsieht, ableiten lässt, da das Vollstreckungsrecht des Bundes selbst bei Art. 162 SchKG, im Unterschied zu anderen Fällen richterlicher Summarsachen (Art. 174, 185, 194, 278, 294, 307, 334, 340, 347 SchKG), keinen Weiterzug vorschreibt;
- dass folglich aus Art. 17 Abs. 1 Ziff. 1 GVVSchKG e contrario zu schliessen ist, dass kein kantonales Rechtsmittel gegeben ist (vgl. dazu den [nicht veröffentlichten] Beschluss des Kantonsgerichtsausschuss SKG 00 10 vom 07.03.2000, in Sachen T. AG vs. M. K. AG);
- dass bei diesem Resultat eine Stellungnahme zum Argument des Beschwerdegegners, ein Rechtsmittel in SchKG-Sachen könne sich a priori nie aus der ZPO ergeben, unterbleiben kann;
- dass an der vorgenannten Sichtweise auch der Umstand nichts ändert, dass Verfahren auf dem Gebiet des SchKG für die Belange der Bundesrechtsmittel gemäss Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG nunmehr als "Zivilsachen" gelten;
- dass diese Rechtsgebietszuordnung insbesondere nicht dazu führt, dass für die (funktionelle) Zuständigkeitsfrage die Rechtsmittelordnung der kantonalen ZPO anwendbar wird, da eine besondere Zuständigkeitsregelung in der GVVSchKG der Zivilprozessordnung vorgeht (Art. 1 Abs. 1 ZPO), die GVVSchKG die Zuständigkeitsfrage regelt und dabei kein Zweifel daran

besteht, dass Art. 17 Abs. 1 GVVSchKG abschliessend ist (Ingress) und nach seinem Wortlaut (Ziffer 1, Umkehrschluss) und seiner Systematik (Ziffern 1-4) die Beschwerde gegen Entscheide betreffend Anordnung des Güterverzeichnis an das Kantonsgericht im Sinne eines qualifizierten Schweigens ausschliessen will;

- dass sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers mit Einführung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) auf den 1. Januar 2007 die Rechtsmittelordnung in Schuldbetreibungs- und Konkursachen in dem hier interessierenden Punkt nicht "grundlegend geändert" hat;
- dass an der derzeitigen Rechtsbeständigkeit von Art. 17 Abs. 1 GVVSchKG im Besonderen auch Art. 75 Abs. 2 (Ingress) BGG, wonach die Kantone als letzte kantonale Instanzen obere, als Rechtsmittelinstanzen entscheidende Gerichte einzusetzen haben, nichts ändert, da die Übergangsbestimmung von Art. 130 Abs. 2 BGG vorsieht: Die Kantone erlassen auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens einer schweizerischen Zivilprozessordnung Ausführungsbestimmungen über die Zuständigkeit, die Organisation und das Verfahren der Vorinstanzen in Zivilsachen im Sinne der Artikel 75 Absatz 2 und 111 Absatz 3, einschliesslich der Bestimmungen, die zur Gewährleistung der Rechtsweggarantie nach Artikel 29a der Bundesverfassung erforderlich sind. Ist sechs Jahre nach Inkrafttreten dieses Gesetzes noch keine schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft, so legt der Bundesrat die Frist zum Erlass der Ausführungsbestimmungen nach Anhörung der Kantone fest;
- dass den Kantonen zur notwendigen Anpassung somit eine Übergangsfrist zusteht (BGE 134 III 141 E. 2), bis zu deren Ablauf sie an ihren bisherigen Regelungen festhalten können, selbst wenn mit diesen dem Erfordernis der "double instance" nach Art. 75 Abs. 1 i.V.m. Art. 111 Abs. 3 BGG nicht Genüge getan wird;
- dass Art. 130 Abs. 2 BGG nicht nur für Kantone gilt, welche über gar kein zweistufiges Gerichtsverfahren verfügen, sondern auch für solche, welche das Prinzip der "double instance" auf bestimmte Verfahren ausweiten müssen (Urteile Bundesgericht 5A_604/2008, 5A_681/2008 vom 15. Juli 2009, E. 4.3, mit Hinweis auf die vergleichbare Konstellation in BGE 134 III 141, E. 2);
- dass die Rüge einer Verletzung des Grundsatzes des Vorrangs des Bundesrechts somit unbegründet ist, da der Bundesgesetzgeber mit Art. 130

BGG in Kauf nimmt, dass die Vorgaben des BGG nicht voll verwirklicht sind (Urteile Bundesgericht 5A_604/2008, 5A_681/2008 vom 15. Juli 2009, E. 4.3);

- dass die Schonfristen von Art. 130 Abs. 2 BGG nicht abgelaufen sind und bis dahin die aktuellen kantonalen Verfahrensordnungen grundsätzlich ihre Gültigkeit behalten (Christoph Auer, Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, Der Rechtsweg in Zivilsachen, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Bd. 40, St. Gallen 2006, S. 69 f.; derselbe in ZBI 107 (2006), S. 132 ff.);
- dass, wenn untere kantonale Gerichte bis zum Ablauf der Schonfristen von Art. 130 Abs. 2 BGG letztinstanzlich als Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen entscheiden dürfen (so Denise Brühl-Moser, Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar 2008, N 14 zu Art. 130, mit Hinweis auf Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Handkommentar, Bern 2007, N 13 zu Art. 130), Entsprechendes auch für die gerichtlichen Summarsachen des SchKG gelten muss;
- dass sich die vom Beschwerdeführer vertretene Auffassung, die im Licht von Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG und Art. 75 Abs. 2 BGG bundesrechtskonforme Auslegung von Art. 17 Abs. 1 GVVSchKG schreibe den Kantonen bereits heute einen obligatorischen innerkantonalen Weiterzug vor, sich auch nicht auf die von ihm zitierten Kommentare Spühler/Dolge/Vogt (Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Zürich/St. Gallen 2006, N 3 zu Art. 72) und Klett/Escher, Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar 2008, N 5 ff. zu Art. 72) stützen lässt;
- dass aus den genannten Kommentarstellen bloss zu folgern ist, dass sie in Auslegung von Art. 72 BGG die Frage bejahen, dass gegen Entscheidungen betreffend die Anordnung des Güterverzeichnisses die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gegeben sei;
- dass Letzteres – sei es streitwertabhängig nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG, sei es streitwertunabhängig nach Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG (da Art. 162 SchKG insofern eine sachliche Zuständigkeit festlegt, als es den Entscheid ausdrücklich dem "für die Eröffnung des Konkurses zuständigen Gericht (Konkursgericht)" zuweist) – nicht in Abrede zu stellen ist (den Fall der Anordnung des Güterverzeichnisses ausdrücklich erwähnend: Hans Peter Walter, Neue Zivilrechtspflege, in Neue Bundesrechtspflege, Auswirkungen der

Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz, Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 2007, S. 124 f.);

- dass damit indessen nicht die Frage beantwortet ist, ob von Bundesrechts wegen das kantonale Recht in der Materie der Anordnung des vollstreckungsrechtlichen Güterverzeichnisses derzeit einen innerkantonalen Rechtsmittelzug vorsehen müsse;
- dass das Prinzip des "double instance" für die Kantone, wie bereits dargelegt, noch nicht zwingend gilt (Art. 130 Abs. 2 BGG);
- dass es sich beim Anfechtungsobjekt somit nach geltendem, mit dem Bundesrecht vereinbaren bündnerischem Verfahrensrecht um eine kantonal letztinstanzliche Entscheidung im Sinne von Art. 75 Abs. 1 BGG handelt;
- dass der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend macht, wenn es vorderhand noch zulässig sei, nur eine einzige kantonale Rechtsprechungsinstanz einzusetzen, müsse es sich wenigstens um ein oberes Gericht handeln, da nämlich die Schonfrist für alle 3 Elemente von Art. 75 Abs. 2 BGG (Gericht, obere Stufe, Rechtsmittelinstanz) gilt;
- dass interessehalber darauf hinzuweisen ist, dass gemäss der zeitgleich mit der Schweizerischen Zivilprozessordnung auf den 1. Januar 2011 in Kraft zu setzenden kantonalen Anschlussgesetzgebung dazu, sich künftig die gerichtlichen Zuständigkeiten und das Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung und dem kantonalen Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGZPO) richten und gleichzeitig die sich heute aus Art. 17 Abs. 1 GVVSchKG ergebenden kantonalen Rechtsmittelbeschränkungen entfallen werden (Botschaft der Regierung an den Grossen Rat Nr. 13/2009-2010 vom 23. März 2010, S. 839, 955, 970; Art. 15 revGVVSchKG, Art. 7 EGZPO in Verbindung mit Art. 251, 309, 319 der Schweizerischen ZPO);
- dass eine falsche Rechtsmittelbelehrung a priori ungeeignet ist, einen gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsmittelweg zu eröffnen und zum anderen der bereits in erster Instanz anwaltlich vertretene Beschwerdeführer aus der falschen Rechtsmittelbelehrung des Erstrichters auch sonst nichts für sich ableiten kann;

- dass zusammenfassend auf die Beschwerde von HH. wegen fehlender funktioneller Zuständigkeit des Kantonsgerichts nicht einzutreten ist;
- dass das Verfahren kostenpflichtig ist und die Kosten auf Fr. 300.— festzusetzen sind (Art. 53 in Verbindung mit Art. 61 Abs. 1 GebVSchKG);
- dass in betriebsrechtlichen Summarsachen das Gericht der obsiegenden Partei auf Verlangen für Zeitversäumnisse und Auslagen auf Kosten der unterliegenden Partei eine angemessene Entschädigung zusprechen kann (Art. 62 Abs. 1 GebVSchKG);
- dass der Beschwerdegegner ein entsprechendes Entschädigungsbegehren gestellt, dieses jedoch nicht beziffert hat, sodass die Entschädigung nach pflichtgemässen Ermessen durch Schätzung des mutmasslich getätigten und für eine sachgerechte Vertretung notwendigen Aufwandes auf 1'000 Franken festzusetzen ist;
- dass die vorliegende Entscheidung in Anwendung von Art. 12 Abs. 3 GOG in einzelrichterlicher Kompetenz zu fällen ist;

erkannt

1. Auf die Beschwerde von HH. wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 300.— gehen zu Lasten von HH..
3. HH. ist verpflichtet, SR. eine Verfahrensentschädigung von 1'000 Franken (MWST eingeschlossen) zu bezahlen.
4. Gegen diese, einen Streitwert von mindestens 30'000 Franken betreffende Entscheidung kann gemäss Art. 72, Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Zivilsachen an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, geführt werden. Die Beschwerde ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 72 ff. und Art. 90 ff. BGG.
5. Mitteilung an:
- 6.