

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

151. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
Juli/August
2015

7/8 2015

www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Sibylle Hofer

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 545** Schweizerisches und US-amerikanisches Haftpflichtrecht:
Konvergenz/Divergenz
Von Prof. Dr. CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Basel/Cambridge
- 582** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2014
Personenrecht und Erbrecht
Von Prof. Dr. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Luzern

Aktuell aus dem Bundesgericht

- 592** Ergänzungsleistungen zur AHV/IV: interkantonale Zuständigkeit
für die Festsetzung und die Auszahlung bei Heimbewohnern
Von MARCEL ATTINGER, Zürich
- 595** Schüler mit Schreibstörung darf Aufnahmeprüfung am Computer
schreiben
Von lic. iur. CHRISTIAN WINIGER, Olten/Lausanne
- 599** Zu Recht verweigerte Rechtsöffnung im Fall eines ausländischen,
auf öffentlichem Recht beruhenden Entscheids
Von Dr. MARTIN KOCHER, Studen BE

Rechtsprechung

- 605** Aus der Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Bern
Von ROLAND SARBACH, Bern, und MICHAEL KÜNDIG, Bern
- 613** Aus der Rechtsprechung des Luzerner Kantonsgerichts
Von LOUIS ISELI, Luzern

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 12, Fax 031 300 66 88
E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. SIBYLLE HOFER, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Luzern; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St.Gallen; Oberrichter Dr. RUEDI BÜRGI, Aarau; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Kantonsgerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber Dr. MARTIN KOCHER, Studen BE; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Bern; Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St.Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Kantonsgerichtsschreiberin INES MEIER, Luzern; Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Zürich; Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. JUDITH WYTENBACH, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 166.–,
Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv
CHF 139.–

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 157.–, Ausland CHF 199.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 121.–,

Einzelheft CHF 12.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. MwSt. (Online: 8%/Print 2,5%) und Versandkosten.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach 5662, 3001 Bern
Tel. 031 300 63 25

E-Mail periodika@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 63 89

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,
Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 2266 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZBJV vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

▼ **Rechtsprechung**

Aus der Rechtsprechung des Handelsgerichts des Kantons Bern

Berichterstatter: ROLAND SARBACH, Rechtsanwalt, MLaw, Gerichtsschreiber am Handelsgericht des Kantons Bern, und MICHAEL KÜNDIG, MLaw, Praktikant am Handelsgericht des Kantons Bern

1. Zum Erfordernis der relativen Dringlichkeit bei vorsorglichen Massnahmen (Art. 261 ff. ZPO) (Entscheid HG 13 149 vom 30. Juni 2014)

Der Erlass einer vorsorglichen Massnahme muss zeitlich dringlich sein. Verlangt wird neben der objektiven Dringlichkeit auch eine relative Dringlichkeit: Die Gesuchstellerin muss den Erlass vorsorglicher Massnahmen zeitlich so beantragt haben, dass dieses Verfahren mindestens so schnell beendet ist wie ein umgehend eingeleitetes ordentliches Hauptsacheverfahren.

Sachverhalt

Die A. AG bietet seit 1998 ein bestimmtes Produkt für die Einrichtung von Baustellen im heutigen Design an. Die B. AG vertreibt seit Januar 2012 ebenfalls ein bestimmtes Produkt für die Einrichtung von Baustellen. Die A. AG ist der Ansicht, dass die B. AG mit ihrem Produkt Verwechslungsgefahr schafft, die Rechte der A. AG und wettbewerbsrechtliche Bestimmungen verletzt. Sie hatte die B. AG deshalb mit Schreiben vom 13. Dezember 2012 erstmals zur sofortigen Unterlassung ihres Angebots aufgefordert und ihr eine Frist bis am 20. Dezember 2012 zur Abgabe einer schriftlichen Unterlassungserklärung angesetzt. Mit Schreiben vom 9. Januar 2013 wies die B. AG die vorgeworfenen Verletzungen zurück und erklärte, sie werde der Aufforderung der A. AG keine Folge leisten.

Am 19. Dezember 2013 reichte die A. AG Klage beim Handelsgericht ein. Sie beantragte (unter anderem), der B. AG zu verbieten, ihr besagtes Produkt auf dem Gebiet der Schweiz anzubieten, zu vertreiben oder sonst wie in Verkehr zu bringen. Mit gleichentags eingereichtem Gesuch beantragte die A. AG (Gesuchstellerin), ebendieses Verbot der B. AG (Gesuchsgenerin) für die Dauer des Verfahrens als vorsorgliche Massnahme zu erlassen. Mit Verfügung vom 20. Dezember 2013 lehnte es das Handelsgericht auf-

grund mangelnder besonderer Dringlichkeit ab, das Verbot als superprovisorische Massnahme zu erlassen. Mit Entscheid vom 30. Juni 2014 wies das Handelsgericht auch den Antrag ab, das Verbot als vorsorgliche Massnahme zu erlassen.

Erwägungen

Das Handelsgericht stellte eingangs fest, der Erlass einer vorsorglichen Massnahme müsse zeitlich dringlich sein. Dieses Erfordernis finde sich zwar im Gesetz nicht ausdrücklich, folge aber ohne Weiteres aus der Voraussetzung des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils gemäss Art. 261 Abs. 1 Bst. b ZPO (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7354 Ziff. 5.19). Implizit könne die Voraussetzung der zeitlichen Dringlichkeit auch aus Art. 265 Abs. 1 ZPO gelesen werden, der für superprovisorische Massnahmen eine «besondere Dringlichkeit» verlangt (E. 22.1).

Das Handelsgericht erinnerte sodann daran, dass den Schutz seines Anspruchs in aller Regel als dringlich empfindet, wer zur Durchsetzung eines Rechtsanspruchs an ein Gericht gelangt. Ein Gesuch auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme sei aber nicht bereits deshalb dringlich, weil die Gesuchstellerin glaubhaft machen könne, das Verfahren sei für sie subjektiv dringlich. Vielmehr müsse eine objektive Dringlichkeit bestehen (MICHAEL TREIS, in: Baker & McKenzie [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2010, Art. 261 N. 11). *Objektive Dringlichkeit* liege vor, wenn eine akute Gefährdungslage bestehe und ein gerichtlicher Endentscheid im Hauptsacheverfahren nicht ohne Weiteres abgewartet werden könne (LUCIUS HUBER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. A. 2013, Art. 261 N. 22; E. 22.3).

Anknüpfend an diese objektive Dringlichkeit kam das Handelsgericht zum Kern seiner Erwägungen. Es führte aus, dass der Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen selbst bei gegebener objektiver Dringlichkeit einer Verwirkung durch Zeitablauf unterliege: Übermässiges Zuwarten der Gesuchstellerin könne zur Verwirkung des Anspruchs auf Erlass vorsorglicher Massnahmen führen (ANDREAS GÜNGERICH, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, 2012, Art. 261 N. 41). Verlangt werde deshalb neben der objektiven Dringlichkeit auch eine *relative Dringlichkeit*: Die Gesuchstellerin müsse den Erlass vorsorglicher Massnahmen zeitlich so beantragt haben, dass das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen mindestens so schnell beendet sei wie ein sofort eingeleitetes ordentliches Hauptsacheverfahren. Die relative Dringlichkeit bemesse sich also nicht an einer abstrakten Zeitspanne, sondern an der voraussichtlichen Dauer des entsprechenden Hauptsachever-

fahrens, die vom Gericht abzuschätzen sei. Beim entsprechenden Vergleich zwischen der hypothetischen Dauer des ordentlichen Hauptsacheverfahrens und der Dauer des Verfahrens auf Erlass vorsorglicher Massnahmen sei auf den Zeitpunkt der Beendigung der Verfahren abzustellen. Relative Dringlichkeit sei also dann nicht gegeben, wenn die Gesuchstellerin durch ein sofort eingeleitetes ordentliches Hauptsacheverfahren schneller zu einem Entscheid gelangt wäre als durch das erst später eingeleitete Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen. Umgekehrt: Die relative Dringlichkeit sei dann zu bejahen, wenn das rechtzeitig eingeleitete ordentliche Hauptsacheverfahren deutlich länger dauern würde oder dauern wird als das Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen. Konkret sei im Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Prüfung der relativen Dringlichkeit deshalb die Frage zu beantworten, ob die Gesuchstellerin bereits einen Entscheid im Hauptsacheverfahren in den Händen hätte, wenn sie von Anfang an eine ordentliche Klage eingereicht hätte (vgl. Urteil des Handelsgerichts Aargau vom 19. Dezember 2001 E. 5c und 5d, sic! 2002, 355 und 357; DAVID RÜETSCHI, Die Verwirkung des Anspruchs auf vorsorglichen Rechtsschutz durch Zeitablauf, sic! 2002, 422 und 425 f.). Reiche die Gesuchstellerin das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen zu spät ein, riskiere sie, dass ihr Gesuch abgewiesen würde, weil das Gericht zur Schlussfolgerung komme, dass ein rechtzeitig eingeleitetes ordentliches Verfahren in derselben Zeit hätte durchgeführt werden können (RÜETSCHI/ROTH, in: Hilty/Arpagus [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], 2013, Vor Art. 9–13a N. 63).

Entscheidend für die Beurteilung der relativen Dringlichkeit sei somit die Bestimmung des Zeitpunkts, in dem die Partei das ordentliche Hauptsacheverfahren hätte einleiten können. Ab dann beginne die Verwirkungsfrist zu laufen. Auszugehen sei von der erstmöglichen Einleitung. Dies sei dann der Fall, wenn der Sachverhalt, der die Grundlage des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen bilde, bereits vorgelegen habe, und zwar so, dass ein dem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen entsprechendes Begehren für das ordentliche Hauptsacheverfahren hätte formuliert und begründet werden können. Dabei sei darauf abzustellen, dass ein Verfahren erst eingeleitet werden müsse, wenn das gegnerische Verhalten überhaupt einen nennenswerten Erfolg zeitige, d. h., wenn feststehe, dass es sich weder um einen erfolglosen Versuch noch um eine Eintagsfliege handle. Die Verwirkungsfrist beginne aber dann nicht zu laufen, wenn die Gesuchstellerin eine Vergleichslösung suche, der Gegenpartei eine letzte Frist setze oder wo sie zeitintensive Abklärungen des Sachverhalts oder der Rechtslage vornehme (vgl. RÜETSCHI, a. a. O., 423 ff.; THOMAS SPRECHER, in: Spühler et al. [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Art. 261 N. 41 und 44; E. 22.4).

Erklärend fügte das Handelsgericht an, diese Voraussetzung der relativen Dringlichkeit bilde ein Korrektiv als Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots, nehme die Gesuchstellerin mit übermässigem Zuwarten der Gesuchsgegnerin doch unnötigerweise die Möglichkeit, sich gegen die angebehrten Massnahmen im Rahmen eines ordentlichen Verfahrens umfassend zu verteidigen (RÜETSCHI, a. a. O., 418 und 420; E. 22.5).

Das Handelsgericht prüfte in der Folge die relative Dringlichkeit des beantragten Verbots. Es bestimmte den Zeitpunkt der erstmöglichen Einleitung des ordentlichen Hauptsacheverfahrens (in Anbetracht des überschaubaren Markts für die betroffenen Baustellenprodukte in der Schweiz) auf August 2012. Die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Abklärungen erachtete es als nicht geeignet, den Beginn der Verwirkungsfrist zu verschieben. Als Dauer des ordentlichen Hauptsacheverfahrens nahm das Handelsgericht ungefähr einviertel Jahre an. Hätte die Gesuchstellerin im August 2012 also ein ordentliches Hauptsacheverfahren eingeleitet, wäre dieses spätestens zu Beginn 2014 beendet gewesen. In diesem Zeitpunkt hatte die Gesuchstellerin aber gerade erst das Gesuch im vorsorglichen Massnahmeverfahren eingereicht. Durch ein sofort eingeleitetes ordentliches Hauptverfahren wäre die Gesuchstellerin somit schneller zu einer Entscheidung gelangt. Das Handelsgericht verneinte deshalb das Vorliegen relativer Dringlichkeit. Es fügte hinzu, dass auch bei abstrakter Betrachtungsweise (Zuwarten von mehr als 15 Monaten) die zeitliche Dringlichkeit nicht bejaht werden könnte (E. 22.8). Nachdem keine zeitliche Dringlichkeit vorliege, fehle es an einer Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Das Gesuch sei demzufolge abzuweisen, und die Gesuchstellerin sei auf das ordentliche Hauptsacheverfahren zu verweisen (E. 23). Das Handelsgericht fügte hinzu, an diesem Ergebnis und der entsprechenden Begründung ändere nichts, dass die Gesuchstellerin zeitgleich mit dem Gesuch eine Klage für das Hauptsacheverfahren eingereicht habe. Relevant für die Beurteilung der zeitlichen Dringlichkeit sei allein, wie dargelegt, dass die Gesuchstellerin dies bereits früher hätte tun können und sollen, sofern sie noch einen Anspruch auf Erlass vorsorglicher Massnahmen geltend machen wollte (E. 24).

2. **Verteilung von nach Konkurseröffnung entstandenen Prozesskosten in einem Verfahren, das trotz Konkurseröffnung über eine Partei wegen Dringlichkeit nicht eingestellt worden ist (Entscheid HG 12 13 vom 24. März 2014)**

Entstehen in einem Verfahren, das trotz Konkurseröffnung über eine Partei wegen Dringlichkeit i. S. von Art. 207 Abs. 1 SchKG nicht eingestellt worden ist, nach Eröffnung des Konkurses Prozesskosten, so sind diese von der Konkursmasse zu tragen. Dies gilt grundsätzlich bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Konkursverwaltung auf die Weiterführung des Prozesses verzichtet oder zumindest einen Antrag auf Sistierung des Verfahrens stellt.

Sachverhalt

Dem Fussballclub A. AG (Gesuchstellerin) wurde im Januar 2012 vom B. Verein (Gesuchsgegnerin), welcher u. a. die Organisation und Durchführung von nationalen Wettbewerben bezweckt, die Lizenz entzogen. Daraufhin reichte die Gesuchstellerin am 25. Januar 2012 ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Superprovisorium ein, um (unter anderem) die Teilnahme an der bevorstehenden Rückrunde der Fussballmeisterschaft sicherzustellen und zu verhindern, dass Spieler den Fussballclub verlassen. Das Handelsgericht wies den Antrag auf Erlass superprovisorischer Massnahmen gleichentags ab und forderte die Gesuchsgegnerin auf, bis zum 30. Januar 2012 eine Stellungnahme zum Gesuch einzureichen.

Am 26. Januar 2012 wurde über die Gesuchstellerin der Konkurs eröffnet. Das Handelsgericht erachtete das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen als dringlich im Sinne von Art. 207 Abs. 1 SchKG und stellte das Verfahren demzufolge trotz Konkurseröffnung nicht ein. Der Gesuchstellerin, inzwischen handelnd durch die zuständige Konkursverwaltung, wurde am 27. Januar 2012 eine dreitägige Frist angesetzt, um mitzuteilen, ob sie das Verfahren als dringlich erachte und ob sie dieses weiterführen wolle. Gleichzeitig teilte das Gericht der Gesuchsgegnerin mit, dass es an der Frist zur Einreichung der Stellungnahme zum Gesuch festhalte. Am 30. Januar 2012 reichte die Gesuchsgegnerin fristgemäss eine Stellungnahme ein. Mit Schreiben vom 31. Januar 2012 stellte die Gesuchstellerin einen Antrag auf Sistierung des Verfahrens, welcher vom Handelsgericht gutgeheissen wurde.

Knapp zwei Jahre später, am 18. Dezember 2013, teilte die Gesuchstellerin dem Handelsgericht mit, dass seitens der Gesuchstellerschaft das Verfahren weder durch die Konkursverwaltung noch durch die Gläubiger weitergeführt werde. Dementsprechend wurde das Verfahren mit Beschluss

vom 24. März 2014 als gegenstandslos abgeschrieben. Dabei hatte das Handelsgericht insbesondere auch über die Verteilung der Prozesskosten zu befinden.

Erwägungen

Vorab stellte das Handelsgericht fest, dass die Gesuchstellerin die Prozesskosten zu tragen habe: Sie habe Anlass zu einem Prozess gegeben, der vermutlich zu ihrem Nachteil ausgegangen wäre. Zudem sei mit der Eröffnung des Konkurses auch der Hauptgrund für die Gegenstandslosigkeit bei ihr eingetreten (vgl. Art. 107 Abs. 1 Bst. e ZPO; E. II, Rz. 5; RÜEGG in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 107 N. 8).

Bevor sich das Handelsgericht der konkreten Kostenregelung zuwandte, führte es aus, dass es das Verfahren im vorliegenden Fall als dringlich beurteilt und deshalb nicht nach Art. 207 Abs. 1 SchKG eingestellt habe. Es habe der Gesuchstellerin eine Frist angesetzt für die Erklärung, ob sie das Verfahren im Namen der Masse weiterführen wolle. An der Frist zur Einreichung der Stellungnahme der Gesuchsgegnerin habe das Handelsgericht festgehalten, um allenfalls zeitgerecht entscheiden zu können. So seien im vorliegenden Fall sowohl vor als auch nach Eröffnung des Konkurses Gerichts- und, durch die Ausarbeitung der Stellungnahme, Parteikosten entstanden (E. III, Rz. 1 ff.).

Ausgehend vom Grundsatz, dass bei der Eröffnung des Konkurses eine Trennung zwischen Ansprüchen stattfindet, die ihren Entstehungsgrund vor der Konkurseröffnung haben und zu kollozieren sind (Kollokationsforderungen), und solchen, die nach Eröffnung des Konkurses entstehen und die Konkursmasse selber verpflichten (Masseforderungen), stellte das Handelsgericht unterschiedliche Überlegungen betreffend die Verteilung der entstandenen Kosten an:

Zunächst wendete sich das Handelsgericht jenen Kosten zu, welche *vor Konkurseröffnung* entstanden waren. Es erwog, dass bei einem Prozess, der aufgrund Konkurseröffnung sistiert worden sei, die Konkursmasse die Kosten nur dann tragen müsse, wenn sie sich entschliesse, den Prozess weiterzuführen. Verzichte sie dagegen auf die Weiterführung, so fielen die Kosten, welche vor der Konkurseröffnung entstanden seien, nicht zulasten der Masse, weil ihr nicht die Verantwortung für die frühere Prozessführung der Konkursitin auferlegt werden könne (vgl. STAEHELIN in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 262 N. 12). Demnach stellten die Prozesskosten, welche vor der Eröffnung des Konkurses am

26. Januar 2012 entstanden seien, gewöhnliche Konkursforderungen dar, die zulasten der Konkursitin gingen (E. III, Rz. 4).

Zu den Kosten, welche *nach dem Antrag auf Sistierung* entstanden sind, führte das Handelsgericht aus, dass der im vorliegenden Verfahren gestellte Antrag auf Sistierung, zumindest bis zum definitiven Entscheid, einem Verzicht auf Weiterführung gleiche. Neue Prozesskosten, welche nach dem Antrag auf Sistierung entstünden, fielen deshalb grundsätzlich ebenfalls nicht mehr zulasten der Konkursmasse, wobei die blosser Erledigung des Verfahrens in unmittelbarem Zusammenhang mit dem prozessualen Verhalten der Masse nach Konkurseröffnung stehe (E. III, Rz. 5 und 8).

Schliesslich äusserte sich das Handelsgericht zur Kernfrage der Aufteilung derjenigen Prozesskosten, welche *zwischen der Konkurseröffnung am 26. Januar 2012 und dem Antrag auf Sistierung des Verfahrens am 31. Januar 2012* entstanden waren. Das Handelsgericht erwog, dass gemäss Art. 262 SchKG insbesondere die Kosten für die Eröffnung und Durchführung des Konkurses vorab gedeckt würden. Habe ein Anspruch seinen Entstehungsgrund nach Eröffnung des Konkurses, so stelle er eine Masseverbindlichkeit dar, was grundsätzlich auch für Prozesskosten gelte (STAEHELIN in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 262 N. 4; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. Aufl. Zürich 1997/99, Art. 207 N. 4). Im vorliegenden Fall habe die einen Tag nach Eröffnung des Konkurses erlassene Verfügung des Handelsgerichts vom 27. Januar 2012, wonach der Prozess vorerst als dringlich weiterzuführen sei, den Entstehungsgrund des mit Einreichung der Stellungnahme durchaus berechtigten und fristgerechten gesuchsgegnerischen Aufwands gebildet. Die Stellungnahme der Gesuchsgegnerin sei namentlich deshalb notwendig gewesen, weil das Gericht – hätte sich die Gesuchstellerin für die Weiterführung des Prozesses entschieden – zeitgerecht eine Entscheidung hätte fällen müssen. Das Handelsgericht kam vor dem Hintergrund dieses besonderen Sachverhalts zum Schluss, dass somit die Prozesskosten, welche nach der Eröffnung des Konkurses am 26. Januar 2012 bis zur Sistierung des Verfahrens am 31. Januar 2012 entstanden waren, zulasten der Konkursmasse fielen (E. III, Rz. 7).

Erklärend fügte das Gericht an, dass dem nicht entgegenstehe, dass die Konkursverwaltung nicht ausdrücklich die Übernahme des Verfahrens erklärt habe. Denn es sei zu unterscheiden zwischen der Situation im ordentlichen, nicht dringlichen Verfahren, bei welchem der Prozess in Anwendung von Art. 207 SchKG von Gesetzes wegen eingestellt wird, und denjenigen Fällen, bei welchen die Verfahren aufgrund ihrer Dringlichkeit vorerst weiterliefen. Im ersten Fall werde die Masse klarerweise bloss verpflichtet, wenn die Weiterführung bzw. Wiederaufnahme des Verfahrens aktiv beschlossen

werde. Anders sehe es dagegen im zweiten Fall aus, wenn das Verfahren ohne Zutun der Konkursverwaltung nach der Konkursöffnung weiterlaufe und dieses seitens der Konkursverwaltung zuerst gestoppt werden müsse; hier laufe das Verfahren und die damit verbundenen Kosten ohne das Handeln der Konkursverwaltung auf der Seite der den Prozess beherrschenden Gesuchstellerin vorerst weiter, wenn diese nicht die Sistierung beantrage oder auf die Annahme der Dringlichkeit verzichte; insoweit finde zumindest ein faktischer Eintritt der Masse in das Verfahren statt. Das Handelsgericht fuhr fort, dass es Sache der Konkursverwaltung sei, zu welchem Zeitpunkt sie tätig werde. Auch bei raschem Handeln lasse sich in dieser ganz besonderen Konstellation in einem dringlichen Aktivprozess mit laufender Vernehmlassungspflicht der Gegenseite das Entstehen von Kosten für die Masse kaum gänzlich verhindern; diese stünden eben im Sinne von Art. 262 SchKG im Zusammenhang mit der Eröffnung des Konkurses. Das vorläufige Weiterlaufen des Verfahrens sei auch im Interesse der gesuchstellerischen Seite gestanden, um die Fussballmeisterschaft allenfalls weiter bestreiten zu können (E. III, Rz. 6 f.). Das Gericht erläuterte abschliessend, dass sich die Gesuchstellerin ab Erhalt der Verfügung am 27. Januar 2012 bewusst gewesen sei, dass es sich um eine dringliche Angelegenheit handle und dass das Verfahren vorerst nicht eingestellt werde. Die Konkursverwaltung habe vorliegend zwar durchaus rasch gehandelt, wenn auch die Dringlichkeit und damit das vorläufige Weiterlaufen des Aktivprozesses früher hätte erkannt werden können. Das Gericht schloss, dass es dieser Ablauf jedenfalls nicht rechtfertige, von der oben vorgezeichneten Regelung der Kosten abzuweichen, und dass für eine Rückwirkung der späteren Erklärung der Konkursverwaltung eine entsprechende Grundlage fehle (E. III, Rz. 7).