Wiedereröffnung des Konkurses

Wiedereröffnung des Konkurses

Druckversion**Inhaltsübersicht**

- Grundsatz
- Gesetzliche Grundlage
- Abgrenzungen
- Umfassender Geltungsbereich
- Voraussetzungen
- Zuständigkeit zum Entscheid
- Entscheid des Konkursgerichts
- Rechtsmittel gegen den Wiedereröffnungsentscheid
    - ZPO-Beschwerde
    - Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht
- Folgen der Wiedereröffnung des Konkurses

Grundsatz

Wiedereröffnung des Konkurses: Wenn ein *Konkurs mangels Aktiven geschlossen* worden ist und sich nachträglich herausstellt, dass verwertbare und zur Masse gehörende Aktiven vorhanden sind, mit welchen die Konkurskosten gedeckt werden können, dann soll der Konkursrichter auf seinen Entscheid zurückkommen und den Konkurs neu eröffnen können. BGer 2C_142/2022 E. 1.3.2 HGer AG HOR.2022.35 E. 3.1

Gesetzliche Grundlage

Keine ausdrückliche gesetzliche Regelung: Das Gesetz schweigt zur Frage, ob eine Wiedereröffnung eines mangels Aktiven eingestellten Konkursverfahrens möglich ist. OGer ZH PF210028 E. 2.1 OGer ZH ZR 1977 Nr. 30 E. 2 Die Wiedereröffnung ist gesetzlich nicht vorgesehen. BGer 5A_36/2022 E. 2.2 OGer ZG BA 2024 42 E. 1.2 AB TI 14.2022.19 E. 2 OGer ZH PS220147 E.

3.1

Kommentar 1: Das Gesetz enthält keine Bestimmung, welche sich mit der Wiedereröffnung eines mangels Aktiven eingestellten Konkursverfahrens befasst. Die Möglichkeit zu einer solchen Vorgehensweise und die Voraussetzungen dafür ergeben sich *aus der Natur der Sache* und *aus dem systematischen Zusammenhang* zwischen der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven, der Wiedererwägung des Einstellungsentscheids sowie des Nachkonkurses.

Abgrenzungen

Zum Nachkonkurs (Art. 269 SchKG): Beim Nachkonkurs wurde das *Konkursverfahren vollständig durchgeführt* und alsdann als geschlossen erklärt (Art. 268 Abs. 2 SchKG), es werden aber nachträglich (zum Abschluss des Verfahrens) noch neue Vermögenswerte entdeckt (Art. 269 SchKG). Vgl. BGE 136 V 7 E. 2.2. BGer 5A_857/2020 E 2.1.2

Zur Wiedererwägung des Einstellungsentscheides: Wenn nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven, aber *vor der Publikation* neue Vermögenswerte der Masse entdeckt werden, so kann das Konkursgericht seinen Entscheid in Wiedererwägung ziehen. BGE 102 III 78 E. 5 BGer 5A_665/2012 E. 3.4.3. CdJ GE DCSO/498/2008 E. 2a ***Verweis***: zur Wiedererwägung vgl. unter Wiedererwägung

Umfassender Geltungsbereich

Bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven: Die nachfolgen genannten Regeln gelten bei Einstellung eines „normale“ Konkursverfahrens (d.h. eines Konkursverfahrens, welches auf einem Konkursdekret beruht) mangels Aktiven.

Auch bei Konkursverfahren zufolge Organisationsmängeln (Art. 731b OR): Wie in jedem normalen Konkursverfahren ist es möglich, mit der Wiedereröffnung des Konkurses durch den Konkursrichter die Gesellschaft erneut in die konkursrechtliche Liquidation zu setzen, wenn es darum geht, später entdeckte Aktiven, die zur Masse gehören, zu Gunsten

der Gläubiger herbeizuziehen. Dies gilt auch dann, wenn das Konkursverfahren zufolge eines Organisationsmangels durch den Zivilrichter angeordnet worden ist (Art. 731b OR). OGer ZH LB190053 E. 3.2.

Im Geltungsbereich der BIV-FINMA: Art. 23 BIV-FINMA enthält Regeln, welche weitgehend Art. 230 und Art. 230a SchKG (in Bezug auf juristische Personen) entsprechen.

Kommentar 2: Die hier beschriebenen Regeln betreffend Wiedereröffnung eines mangels Aktiven eingestellten Konkurses kommen im Geltungsbereich der BIV-FINMA gleichermassen zur Anwendung.

Voraussetzungen

Rechtskraft der Konkurseinstellung: Nach Eintritt der Rechtskraft der Konkurseinstellung kann der Konkurs wiedereröffnet werden. BGer 5A_665/2012 E. 3.4.3. OGer ZH PS220147 E. 3.1 ***Hinweis***: vorher kann der Konkursrichter den Einstellungsentscheid in Wiedererwägung ziehen; ***Verweis***: vgl. Wiedererwägung des Einstellungsentscheides

Entdeckung neuer Vermögenswerte: Ein mangels Aktiven eingestellter Konkurs kann vom Konkursrichter wiedereröffnet werden, wenn *nachträglich* noch zur Masse gehörendes *Vermögen* des Gemeinschuldners *entdeckt wird*. BGE 110 II 396 E. 2. BGE 90 II 247 E. 2. BGE 87 III 72 E. 3 BGE 53 III 191 BGer 5A_36/2022 E. 2.2 BGer 5A_857/2020 E. 2.1.1. BGer 4A_467/2018 E. 5.2. BGer 4A_407/2018 E. 4 BGer 4A_384/2016 E. 2.1.3. BGer 5A_306/2014 E. 3.1. BGer 1P.318/2004 E. 3 OGer ZG BA 2024 42 E. 1.2 OGer ZH PS220147 E. 3.1 AppGer TI 14.2022.19 E. 2 AppGer TI 14.2021.102 E. 4.4 OGer ZH PF210028 E. 2.1 CdJ GE DCSO/58/2017 E. 2.1. CdJ GE ATAS/164/2016 E. 7b CdJ GE DCSO/379/2015 E. 2.2. KGer VD ML/2014/126 E. IV.c. KGer VD ML/2014/130 E. IV.c. AB SG AB.2012.12 E. 8c (GVP 2013 Nr. 78) OGer ZH PS120209 E. 9 CdJ GE DCSO/70/2012 E. 2.2. CdJ GE DCSO/211/2011 E. 2.5. CdJ GE DCSO/272/2009 E. 1b AppGer TI 11.2009.160 E. 14 CdJ GE

DCSO/18/2007 E. 2.b CdJ GE DCSO/261/2007 E. 2b KGer GR SKG 07 10 E. 4. AB_ZG_(1.9.2000)_GVP_2000_153_ff BGer ZH (ER) ZR 1995 Nr. 52 E. III.3.2. OGer ZH ZR 1977 Nr. 30 E. 2/3, welche die Kosten eines Konkursverfahrens decken. BGer 5A_36/2022 E. 2.2

Analoge Betrachtung wie beim Nachkonkurs gemäss Art. 269 SchKG: Art. 269 SchKG ist zwar bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nicht direkt anwendbar. BGer 5A_36/2022 E. 2.2 CdJ GE DCSO/379/2015 E. 2.2. Die Frage der Neuentdeckung bemisst sich jedoch *in analoger Weise*. vgl. AppGer TI 14.2022.19 E. 2 AppGer TI 14.2021.102 E. 4.4 CdJ GE DCSO/379/2015 E. 2.3. CdJ GE DCSO/70/2012 E. 2.5. CdJ GE DCSO/211/2011 E. 2.5. CdJ GE DCSO/261/2007 E. 2d

Kommentar 3: Bei der Wiedereröffnung des Konkurses stellt sich wie bei der Wiedererwägung des Konkurseinstellungsentscheids (vgl. Wiedererwägung) sowie beim Nachkonkurs (vgl. oben) die Frage, wann ein *zur Masse gehörender Vermögenswert* als *„neu entdeckt“* gilt. Auch wenn sich diese Frage *in unterschiedlichen Verfahrensphasen* und damit mit anderem „Vorlauf“ stellt, ist sie zwar nicht ganz identisch, aber doch in all diesen Fällen *in vergleichbarer bzw. analoger Art und Weise zu entscheiden*. Es kann deshalb auf die entsprechende Praxis zu diesen beiden anderen Instituten abgestellt werden.
Bei Forderungen: Handelt es sich beim fraglichen Aktivum um einen Anspruch der Konkursmasse, so gilt die Neuentdeckung als glaubhaft gemacht, wenn die wesentlichen Tatsachen des Anspruchs als bekannt gelten; die Neuentdeckung hängt damit mit der materiellen Frage zusammen, welche Tatsachen diesen Anspruch begründen. BGer 5A_36/2022 E. 2.2

Einschränkung bei strittigen Forderungen?: Wenn jedoch „nur“ eine umstrittene Forderung das neu entdeckte Aktivum bildet, wird praxisgemäss kein neues Konkursverfahren eröffnet, da es als zu ungewiss erscheint, ob mit dem Erlös aus dieser umstrittenen Forderung auch nur die Kosten, welche durch die erneute Eröffnung des Konkursverfahrens entstehen, gedeckt werden können. KGer GR SKG 07 10 E. 4. ***contra***: Ob die neu

entdeckten *Aktiven konkret vorhanden* oder *mit grosser Wahrscheinlichkeit realisierbar* sind, ist für die Frage der Wiedereröffnung des Konkurses *unmassgeblich*. OGer ZH ZR 1977 Nr. 30 E. 2 *Ob Ansprüche realisierbar sind, ist unerheblich*; sie stellen auf jeden Fall ein Aktivum dar. Es wird Sache des Konkursamtes bzw. der nach Art. 260 SchKG legitimierten Abtretungsgläubiger sein, diese Ansprüche geltend zu machen und gerichtlich durchzusetzen. Ob ein Erfolg eintreten wird, ist für die Wiedereröffnung des Konkurses nicht von Bedeutung. OGer ZH ZR 1977 Nr. 30 E. 5

Kommentar 4: Vorab ist festzuhalten, dass bei unstrittigen *Forderungen*, bei deren Zahlung die Verfahrenskosten gedeckt werden können, immer der Konkurs wiederöffnet werden muss.

Diese Einschränkung, welche das KGer GR für bestrittene Ansprüche postuliert, ist vor dem Hintergrund der gesetzlichen Ordnung des Konkursverfahrens zu sehen, wie solche strittigen Ansprüche (bei Durchführung des Konkursverfahrens) zu verwerten sind: Danach werden strittige Ansprüche *primär* durch Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verwertet (eine Versteigerung oder ein Freihandverkauf kommen nur subsidiär in Frage; Art. 260 Abs. 3 SchKG). Bei dieser Verwertungsart fliesst der Masse (von einer geringen Gebühr abgesehen; Art. 46 Abs. 1 lit. d GebV SchKG) kein Erlös zu, so dass die (überschaubaren) Kosten des wiederöffneten Konkursverfahrens daraus nicht bestritten werden können.

Andererseits wird erst dann, wann der Drittschuldner mit dem Anspruch konfrontiert worden ist klar, ob dieser bestritten ist oder ob nicht eine vergleichsweise Einigung oder eine vollständige Zahlung realisiert werden kann. Diese Konfrontation findet im Zeitpunkt, da über die Wiedereröffnung des Konkurses zu befinden ist, (noch) nicht statt. Aufgrund dessen ist m.E. der generelle Ausschluss der Wiedereröffnung des Konkurses bei stritten Ansprüchen unzulässig.

Dagegen ist dem Faktum, dass in vielen Fällen nur ein Vorgehen

gemäss Art. 260 SchKG verbleibt, so dass in der Regel kein Erlös resultiert, aus welchem die Kosten gedeckt werden können, m.E. dergestalt Rechnung zu tragen, dass beim Hinweis eines Gläubigers auf solche Forderungen von diesem – in *analoger Anwendung von Art. 169 SchKG* – ein *Vorschuss für die mutmasslichen Kosten für die (kurze) Wiedereröffnung des Konkurses verlangt* werden kann.

Zugehörigkeit zur Konkursmasse: In Bezug auf den Nachkonkurs (gemäss Art. 269 SchKG) gilt folgendes: Es kann nur erfasst werden, was zur (ursprünglichen) Konkursmasse gehört hätte. Erst nachfolgend entstehende Vermögenswerte, wie etwa *neues Vermögen i.S.v. Art. 265/265a SchKG* fällt nicht darunter. VerGer ZH VG.2003.00189 E. 2.c

Kommentar 5: Diese Betrachtung ist für die Wiedereröffnung eines mangels Aktiven eingestellten Konkurses *analogiefähig*. In Bezug auf die Zugehörigkeit zur Konkursmasse ist *in zeitlicher Hinsicht* auf den Zeitpunkt des Einstellungsentscheids des Konkursrichters abzustellen. *Entdeckung neuer Vermögenswerte/Berücksichtigung des Verfahrens:* In dieser Beziehung muss man sich das Verfahren nach Art. 230 SchKG vergegenwärtigen. Nach der Konkurseröffnung ist das Konkursamt verpflichtet, ein Inventar gemäss Art. 221 SchKG über die Aktiven aufzunehmen. Dieses Inventar wird aufgrund der *vorhandenen Geschäftsunterlagen* und der *Auskunft des Gemeinschuldners* erstellt und zeigt die zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände auf. Wenn sich nun bei der Inventaraufnahme zeigt, dass keine bzw. praktisch keine dem Konkursbeschlag unterworfenen Gegenstände vorhanden sind, wird sich das *Konkursamt* darauf beschränken müssen, die vorhandenen Aktiven aufzunehmen und es *ist nicht gehalten, intensiv nach möglichen Aktiven*, insbesondere Anfechtungsansprüchen, *zu forschen*. Dies vor allem dann nicht, wenn kein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und für die zu erwartenden Kosten Sicherheit leistet (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Denn wenn die *Ansprüche dem Konkursamt bereits bei der Durchführung des Konkurses bekannt waren* und nicht zur Masse

gezogen wurden, so ist anzunehmen, es sei auf sie *verzichtet* worden. OGer ZH ZR 1977 Nr. 30 E. 3 vgl. auch AB ZH LF200034 E. 3.1. AppGer TI 14.2022.19 E. 4.1

Unkenntnis der Konkursverwaltung und der Gläubiger: Neu sind Vermögenswerte, welche der Konkursverwaltung und der Mehrheit der Gläubiger im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht bekannt waren oder nicht hätten bekannt sein müssen. AppGer TI 14.2022.19 E. 2 Die Kenntnis eines einzelne Gläubigers ist selbst dann unerheblich, wenn sich dieser eine neu entdeckte Forderung gemäss Art. 260 SchKG abtreten lassen will. AppGer TI 14.2022.19 E. 4.1

Keine Neuheit bei Kenntnis der Masse von Vermögenswerten zufolge Aufzeichnung im Inventar: Vermögenswerte, welche schon *im Inventar verzeichnet* waren, welches das Konkursamt vor Einstellung mangels Aktiven aufgenommen hat, sind *nicht neu entdeckt*. CdJ GE DCSO/18/2007 E. 2b AppGer TI 14.2022.19 E. 2 Ergeben sich aus dem *Konkursinventar hinreichende Anhaltspunkte* für den Bestand von Vermögenswerten, so kann ein Gläubiger sich nicht ohne Weiteres darauf berufen, diese Anhaltspunkte habe er erst nachträglich entdeckt. Art. 230 Abs. 2 SchKG bezweckt, dass die Gläubiger durch die Publikation angesprochen werden und eine Fortsetzung des Verfahrens bewirken können. Einen voraussetzungslosen Anspruch auf Wiedereröffnung des Konkurses einzig gestützt auf den Wissensstand einer unbestimmten Mehrheit von Gläubigern bzw. den Behauptungen eines Gläubigers und entgegen den Anhaltspunkten im Konkursinventar lässt sich nicht mit Art. 230 Abs. 2 SchKG vereinbaren. BGer 5A_36/2022 E. 4.4.4

Kenntnis der anspruchsbegründeten Tatsachen bei Ansprüchen: Handelt es sich beim Aktivum um einen Anspruch, dann gilt er erst als bekannt, wenn alle wesentlichen anspruchsbegründenden Tatsachen bekannt sind. AppGer TI 14.2022.19 E. 2 Ob ein Aktivum neu entdeckt worden ist, ist *glaubhaft zu machen*. OGer ZH PF210028 E. 2.1 Im Weiteren gilt ein Vermögenswert auch dann als bekannt, wenn die Konkursverwaltung den Vermögenswert

gekannt hat oder aber hätte kennen sollen. OGer ZH PF210028 E. 2.5.2 Verzichten die Gläubiger trotz konkreter Hinweise auf gewisse Ansprüche im Konkursinventar auf die Bezahlung des Kostenvorschusses, verzichten sie darauf, dass der Konkurs durchgeführt und die nötigen Abklärungen zu diesen Ansprüchen vorgenommen werden. Es ist gerechtfertigt, dass sie in Bezug auf diese Ansprüche in der Folge wie wissende Gläubiger behandelt werden und sich nicht darauf berufen können, sie hätten die Einzelheiten der Ansprüche im Zeitpunkt der Löschung der Gesellschaft noch nicht gekannt. OGer ZH PF210028 E. 2.5.6

Keine Neuheit bei bewusstem Entscheid, etwas nicht ins Inventar aufzunehmen: Die Neuheit (i.S.v. Art. 269 SchKG) ist zu verneinen, wenn die Existenz eines Gutes schon während dem Konkursverfahren der Konkursverwaltung oder den Gläubigern bekannt war. Neuheit liegt nicht vor, wenn der Umstand, dass ein Vermögenswert im Inventar nicht aufgeführt worden ist, auf einem *bewussten Entscheid* der Konkursverwaltung oder der Gläubiger beruhte. CdJ GE DCSO/379/2015 E. 2.2. Aufgrund der blossen Lektüre des Jahresabschlusses der schuldnerischen Gesellschaft, welcher einen Hinweis auf eine *Forderung gegen einen Dritten* (**in casu** aus einem Garantieversprechen [porte-fort]) enthielt, hätte sich das Konkursamt bewusst sein müssen, dass eine Forderung bestehen könnte. Diese hätte inventarisiert werden müssen. Die Forderung kann deshalb nicht als *nachträglich entdeckt* gelten, so dass der Konkurs aufgrund dessen nicht wiedereröffnet werden kann. CdJ GE DCSO/261/2007 E. 2d

Kommentar 6: *Die „Neuheit“ bemisst im Vergleich zum Inventar*, welches das Konkursamt – unter Schätzung der einzelnen Vermögenswerte – aufgenommen (Art. 221, Art. 227 SchKG) und dem Konkursrichter zusammen mit dem Antrag, den Konkurs mangels Aktiven einzustellen, unterbreitet hat (vgl. Art. 230 SchKG). Der Konkursrichter musste die Sachlage prüfen (vgl. Art. 230), so dass sein Entscheid auf einem gerichtlich

geprüften Inventar fusste (vgl. Art. 230 SchKG). Vergleichsbasis ist damit grundsätzlich das vom Konkursrichter geprüfte Inventar.

M.E. sollte jedoch die *Hürde hoch sein*, von einem bewussten Entscheid auszugehen, dass ein Anspruch nicht ins Inventar aufgenommen worden ist mit der Folge, dass für einen solchen Anspruch eine Wiedereröffnung des Konkurses ausgeschossen ist.

Soweit *Ansprüche* im Inventar zwar aufgeführt, aber *rein generisch umschrieben worden sind*, wie dies praxisgemäss für *paulianische Anfechtungsansprüche* (Art. 285 ff. SchKG) oder im Konkurs über Gesellschaften für *Ansprüche aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit* der Fall ist (Art. 752 ff. OR), so sind diese Ansprüche nicht hinreichend individualisiert. Damit wird die „Neuheit“ eines *konkreten* Anspruchs aus einem *spezifischen* Lebenssachverhalt nicht „zerstört“. Diese Frage ist m.E. *analog der Frage der Identität einer Klage zu beurteilen*: In Bezug auf Geldforderungen müssen die Parteien, der Rechtsgrund und der Lebenssachverhalt identisch (BGE 136 III 341 E. 4; BGE 123 III 16 E. 2a; BGE 121 III 474 E. 4a; BGer 5C.245/2004 E. 1.3; BGer 5A_621/2012 E. 4.3.2.) und damit bekannt sein, um die Neuheit zu verneinen.

Beweislast: Diejenige *Partei, welche sich auf die Neuheit beruft*, trägt dafür die Beweislast. KGer VD ML/2017/154 E. II.c KGer VD Jug/2014/328 E. III.d (beide in Bezug auf Art. 269 SchKG) – *Glaubhaftmachen* genügt. AppGer TI 14.2022.19 E. 2

Kein strikter Nachweis: Ob ein Aktivum neu entdeckt worden ist, kann auch bei der Wiedereröffnung des Konkurses nicht strikt bewiesen werden, weshalb an den Nachweis der Neuheit eines Aktivums keine strengen Anforderungen zu stellen sind; es ist ausreichend, wenn keine Anhaltspunkte bestehen, dass ein Aktivum schon während dem Konkursverfahren bekannt gewesen ist. BGer 5A_36/2022 E. 2.2, E. 4.4.4

Beweismass: Neuheit lässt sich in der Regel nicht strikt beweisen, weshalb an den Beweis *nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden dürfen*. AppGer TI 14.2022.19 E. 2 OGer ZH PF210028 E. 2.1 KGer VD ML/2017/154 E. II.c (in Bezug auf Art. 269 SchKG mit Verweis auf BGE 90 III 41 E. 3, BGE 50 III 138) OGer ZH ZR 1977 Nr. 30 E. 2 (mit Verweis auf BGE 50 III 134) Es gilt das Beweismass des Glaubhaftmachens. BGer 5A_36/2022 E. 2.2 – Die nachträgliche Entdeckung ist schon anzunehmen, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Konkursamt schon früher von den fraglichen Ansprüchen Kenntnis hatte. Handelt es sich um *Anfechtungsansprüche* i.S.v. Art. 285 ff. SchKG, so gehört zur *Kenntnis* nicht nur, dass die fraglichen Rechtsgeschäfte, sondern auch, dass die *Tatsachen*, welche die Anfechtbarkeit begründen sollten, bekannt sind. OGer ZH ZR 1977 Nr. 30 E. 3

Neue Beurteilung eines früher bekannten Anspruchs: In Bezug den Nachkonkurs gemäss Art. 269 SchKG gilt folgendes: Eine *blosse Neubeurteilung des Wertes* eines (bereits bekannten) Aktivums fällt nicht in den Anwendungsbereich von Art. 269 SchKG. CdJ GE DCSO/473/2018 E. 5.2. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass auch Vermögenswerte als neu entdeckt gelten, wenn diese während des Konkursverfahrens zwar bereits bekannt waren, aber als wertlos betrachtet wurden. Dies ist zu absolut. Wenn *dem Amt* während des Konkursverfahrens *keine Informationen verschwiegen wurden* und sich seit Schluss des Konkurses auch keine neuen Tatsachen ergeben haben, ist ein Nachkonkurs ausgeschlossen. AB TI 15.2013.61 E. 5.2

Kommentar 7: Diese Praxis ist m.E. in Bezug auf die Wiedereröffnung des Konkurses im Grundsatz *analogiefähig*, wobei dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass der Kenntnisstand des Konkursamtes im Zeitpunkt der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven meist (sehr) beschränkt ist (verglichen mit dem Kenntnisstand nach vollständiger Durchführung des Konkurses in Bezug auf einen Nachkonkurs). Aufgrund dessen dürften (schon rein *faktisch*) viel eher bzw.

viel häufiger neue Tatsachen vorliegen, welche zur Begründung der Neuheit genügen.

Eine neue Tatsache, welche die Wiedereröffnung des Konkurses erlaubt, ist namentlich, wenn im Rahmen einer *Spezialliquidation gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG* bei der Verwertung von Pfandobjekten einer juristischern Person ein *Überschuss* (über die pfandgesicherten Forderungen) resultiert, so dann nun (nach erfolgter Verwertung) genügend liquide Mittel vorliegen, um das Konkursverfahren durchführen zu können.

Nur wenn ein *individualisierter* (und nicht nur generischer; vgl. dazu oben) Anspruch im Inventar aufgeführt war und im Zeitpunkt, da über die Wiedereröffnung des Konkurses zu entscheiden ist, keine neuen Tatsachen vorliegen, ist die Neuheit zu verneinen und die Wiederöffnung des Konkurses zu verweigern. Neuheit ist ebenfalls zu verneinen, wenn – ohne dass neue Tatsachen vorliegen – einem schon früher inventarisierten Objekt ein höherer Wert beigemessen wird. Diesbezüglich hätte vor Einstellung des Konkurses SchKG-Beschwerde gegen die Schätzung geführt werden können. (vgl. Art. 230 SchKG).

Einwendung der fehlenden Neuheit eines Anspruchs durch den Drittschuldner im Prozess: Ist der neu entdeckte Vermögenswert ein Anspruch, so kann der *Drittschuldner im Prozess* über den Anspruch *den Einwand erheben*, der Anspruch sei schon vorher bekannt gewesen. OGer ZH ZR 1977 Nr. 30 E. 2 (mit Verweis auf BGE 74 III 72, welcher BGE den Nachkonkurs gemäss Art. 269 SchKG betrifft)

Kommentar 8: Die Frage der Neuheit ist in Bezug auf die Wiedereröffnung eines mangels Aktiven eingestellten Konkurses im Wesentlichen gleich zu behandeln, wie die entsprechende Frage in Bezug auf einen Nachkonkurs nach vollständig durchgeführtem Konkursverfahren. Nachdem dem Drittschuldner im (einseitigen) Verfahren um Wiedereröffnung des Konkurses keine Parteistellung zukommt, muss er im Zivilprozess mit dem

Einwand der fehlenden Neuheit in gleicher Weise zugelassen werden, wie dies beim Nachkonkurs der Fall ist. (BGE 74 III 72, 74 f., BGE 73 III 155 E. 4)
Kasuistik

Neuheit der entdeckten Vermögenswerte bejaht:

- in Gesellschaftskonkurs in Bezug auf einen *Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit* BGer 4A_407/2018 E. 4 BGer 4A_384/2016 E. 2.1.3.
- bei *Wegfall* eines ursprünglichen *strafrechtlichen Beschlags* von Vermögenswerten der Masse AB SG AB.2012.12 E. 8c (GVP 2013 Nr. 78)

Neuheit der entdeckten Vermögenswerte angezweifelt in Bezug auf einen *Reliefabguss*, der im Inventar aufgeführt und vom Konkursamt als weniger hoch (bzw. als zur Durchführung des Konkursverfahrens ungenügend hoch) geschätzt worden war BGE 87 III 72 E. 3

Neuheit der entdeckten Vermögenswerte verneint:

- für eine *Plattform*, welche sich noch in einem initialen und verlustreichen Entwicklungsstadium befand, von welchem das Konkursamt Kenntnis hatte, die Plattform im Konkursverfahren jedoch ohne ökonomischen Wert eingeschätzt und deshalb nicht im Inventar aufgeführt hatte CdJ GE DCSO/379/2015 E. 2.3.2.
- in Bezug auf eine behauptete *Forderung* gegen einen Dritten, nachdem die Abklärungen des Konkursamtes ergeben hatten, dass vielmehr dieser Dritte Gläubiger der Gemeinschuldnerin war CdJ GE DCSO/379/2015 E. 2.3.3.
- in Bezug auf *Büromobiliar*, welches sich in untervermieteten Räumlichkeiten befand, zumal dessen Liquidationswert nicht ausgereicht hätte, um die Kosten des summarischen Konkursverfahrens zu decken CdJ GE DCSO/379/2015 E. 2.3.4.
- in Bezug auf *Afrikanische Statuen*, welche nach Darstellung des Verwaltungsrates der Gemeinschuldnerin

nie Letzterer gehört hatten CdJ GE DCSO/379/2015 E. 2.3.4.

- in Bezug auf *Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit* und Haftung der Muttergesellschaft, da im Konkursinventar Hinweise auf solche Ansprüche vorhanden waren OGer ZH PF210028 E. 2.5.6
- in Bezug auf *Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit*, welche im Inventar pro memoria mit einem Schätzwerte von CHF 0 aufgeführt worden waren BGer 5A_36/2022 E. 5
- in Bezug auf *Forderungen* aus einem Garantieversprechen (porte-fort), auf welche in den Jahresabschlüssen der schuldnerischen Gesellschaft, welche dem Konkursamt vorlagen, hingewiesen wurde, obschon ein Anspruch im Inventar nicht aufgeführt wurde CdJ GE DCSO/261/2007 E. 2d

Deckung der Kosten des Konkursverfahrens: Die neuentdeckten Vermögenswerte müssen die Kosten des Konkursverfahrens decken. BGE 53 III 191 BGer 5A_857/2020 E 2.1.1 BGer 4A_467/2018 E. 5.2. OGer ZH PS220147 E. 3.1 CdJ GE DCSO/379/2015 E. 2.3.4.

Zeitliche Nähe der Entdeckung von Vermögenswerten zum Einstellungsentscheid?:

Kommentar 9: Es gilt keine *zeitliche Befristung*. Insofern ist keine zeitliche Nähe zwischen dem Einstellungs- und dem Entscheid über die Wiedereröffnung des Konkurses erforderlich. Es können seit Einstellung des Konkurses mangels Aktiven Monate oder gar Jahre verstreichen bis der Konkurs wiedereröffnet wird. Je mehr Zeit vergangen ist, desto schwieriger wird es in der Regel rein faktisch sein, die Neuentdeckung für das Konkursgericht plausibel darlegen zu können.
Eintrag der Rechtseinheit im Handelsregister: Wurde die Rechtseinheit bereits im Handelsregister gelöscht, muss sie zuerst wieder in das Handelsregister eingetragen werden (Art. 935 Abs. 2 Ziff. 4 OR i.V.m. Art. 164 HRegV). OGer ZG BA 2024 42 E. 1.2

Zuständigkeit zum Entscheid

Konkursrichter: Zuständig zum Entscheid über die Wiedereröffnung des Konkurses ist der Konkursrichter. BGE 87 III 72 E. 3 BGer 5A_788/2021 E. 2.3.2 BGer 5A_306/2014 E. 3.1. OGer ZH PS220147 E. 2.1 CdJ GE DCSO/272/2009 E. 1b CdJ GE DCSO/261/2007 E. 2d Einzig der Konkursrichter kann mit der Wiedereröffnung des Konkurses den Schuldner erneut in (konkursrechtliche) Liquidation setzen, indem er das summarische oder ordentliche Konkursverfahren anordnet. BGer 5A_306/2014 E. 3.3.3.

Auch bei Einstellung eines zufolge Organisationsmangel (Art. 731b OR) begonnen Konkursverfahrens: Der Konkursrichter, welcher den Konkurs mangels Aktiven geschlossen hat, ist zum Entscheid über die Wiedereröffnung auch dann zuständig, wenn das Konkursverfahren ursprünglich vom Zivilrichter zufolge eines Organisationsmangels (i.S.v. Art. 731b OR) angeordnet worden ist. BGer 5A_306/2014 E. 3.2.

Antragsrecht/Konkursamt: Antragsberechtigt ist das (zuständige) *Konkursamt*. BGer 4A_467/2018 E. 5.2. OGer ZG BA 2024 42 E. 1.2 Das Konkursamt hat dem Konkursgericht die neuen Vermögenswerte anzuzeigen, damit dieses den Konkurs wiedereröffnen und das summarische oder ordentliche Konkursverfahren anordnen kann. KGer TI 60.2023.43 E. 3.3 KGer VD ML/2014/126 E. IV.c. KGer VD ML/2014/130 E. IV.c AB SG AB.2012.12 E. 8c (GVP 2013 Nr. 78) CdJ GE DCSO/272/2009 E. 1b CdJ GE DCSO/261/2007 E. 2b

Antragsrecht/Gläubiger: Auch ein *Gläubiger* ist Antragsberechtigt. BGE 87 III 72 E. 3 BGE 53 III 191 BGer 4A_467/2018 E. 5.2. OGer ZH PS220147 E. 3.1 Er muss seine Gläubigerstellung jedoch glaubhaft machen. OGer ZG BA 2024 42 E. 1.2 OGer ZH PS220147 E. 3.1 Der Gläubiger trägt aber das Kostenrisiko. OGer ZG BA 2024 42 E. 1.2 – Die Gläubiger können zwar auch nur einen Hinweis an das Konkursamt machen in der Hoffnung, dass dieses den Hinweis zum Anlass nimmt, einen

Antrag an den Konkursrichter zu stellen. Je de taillierter und je besser der Hinweis belegt ist, desto eher wird das Konkursamt tätig werden. Damit entgeht der Gläubiger der Kostenhaftung und der Vorschusspflicht, da er nicht selbst als Antrag stellende Person auftritt. Das Konkursamt ist jedoch nicht verpflichtet, dem Hinweis zu folgen und Antrag auf Wiedereröffnung des Konkurses zu stellen, wenn es der Ansicht ist, die Voraussetzungen für eine Wiedereröffnung des Konkurses seien nicht erfüllt. OGer ZG BA 2024 42 E. 1.2

Entscheid des Konkursgerichts

Wiedereröffnung: Sind die Voraussetzungen erfüllt, so ordnete das Konkursgericht die Wiedereröffnung des Konkurses im ordentlichen oder summarischen Verfahren an. BGer 4A_467/2018 E. 5.2. KGer VD ML/2014/126 E. IV.c. KGer VD ML/2014/130 E. IV.c.

Zum Entscheid ist das Konkursgericht zuständig. OGer ZG BA 2024 42 E. 2

Rechtsmittel gegen den Wiedereröffnungsentscheid

ZPO-Beschwerde

Zulässigkeit: In der Lehre wird angenommen, dass die Wiedereröffnung des Konkurses wie die Konkurseröffnung anfechtbar ist. BGer 5A_306/2014 E. 3.3.3. OGer ZH PS220147 E. 2.2 Es findet die ZPO-Beschwerde Anwendung. OGer ZG BA 2024 42 E. 2 – Dabei können namentlich die Voraussetzungen für die Wiedereröffnung des Konkurses einer Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz unterzogen werden (Art. 320 lit. a ZPO). OGer ZG BA 2024 42 E. 2

Legitimation: In der Lehre wird angenommen, dass die wieder in Liquidation stehende *Gesellschaft* OGer ZH PF200055 E. 2.1 OGer ZH LF200034 E. 2.1. bzw. deren Organe sowie die *Drittschuldner* oder *Eigentümer des behaupteten neuen Aktivums* legitimiert sind, gegen den Wiedereröffnungsentscheid ZPO-

Beschwerde zu führen. BGer 5A_306/2014 E. 3.3.3. – Das *Konkursamt* wird zurecht nicht erwähnt. Es ist bereits zur Anfechtung der Konkurseröffnung nicht berechtigt, denn es ist (ebenso wie der nichtbetreibende Gläubiger) nicht „Partei“ des Konkurseröffnungs- bzw. Weiterziehungsverfahrens. BGer 5A_306/2014 E. 3.3.3.

Kommentar 10: Die Voraussetzungen zur ZPO-Beschwerde gegen die Wiedereröffnung des Konkurses sind dieselben, welche für die Beschwerde gegen die Konkurseröffnung gelten. Als Gesetzesverletzung kann namentlich gerügt werden, es fehle an der Neuheit von Aktiven oder die neu entdeckten Aktiven würden nicht reichen, um die Kosten des Konkursverfahrens zu decken.

Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht

Gegen den zweitinstanzlichen Entscheid kann Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht geführt werden (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG). BGer 5A_306/2014 E. 1.1.

Folgen der Wiedereröffnung des Konkurses

Wiederaufleben des Konkursbeschlags: Mit Wiedereröffnung des Konkurses lebt der Konkursbeschlag wieder auf. BGE 90 II 247 E. 2.

Kommentar 11: Besonders bei der Wiedereröffnung sind nur die Voraussetzungen zur Konkurs(wieder)eröffnung, indem es *keiner neuen Betreibung bedarf*, sondern das Entdecken neuer Aktiven ausreicht. Wenn der Konkurs einmal wiedereröffnet ist, dann handelt es sich ein *„normales“ neues Konkursverfahren* mit *neuem Konkurseröffnungsdatum*. Es findet somit kein Rückbezug des Konkurseröffnungsdatums auf die vorgängige Konkurseröffnung statt. Insofern könnte es zu Fehlschlüssen verleiten, wenn man von einem Wiederaufleben des Konkursbeschlags spricht. Vielmehr erzeugt der neu (wieder)eröffnete Konkurs die üblichen Folgen.

Kommentar 12: Die Wiedereröffnung des Konkurses erfolgt von Amtes wegen. Der Gläubiger, welcher im ersten (eingestellten) Konkurs das Konkursbegehen gestellt hatte, trägt im wiedereröffneten Konkurs keinerlei Kosten. *Art. 169 SchKG* gelangte somit nur im ersten Konkursverfahren zu Anwendung, hat dagegen im wiedereröffneten Konkurs keine *Geltung*.

Wiedereintragung der schuldnerischen Gesellschaft im Handelsregister: Die früher gelöschte Gesellschaft muss zuerst OGer ZH PS220147 E. 3.1 wieder im Handelsregister eingetragen werden (Art. 164 HRegV). BGE 146 III 441 E. 2.1 BGer 5A_857/2020 E 2.1.1 BGer 4A_467/2018 E. 5.2 vgl. dazu Einstellung des Konkurses mangels Aktiven