

stellung der Aktivmasse und ist – wegen der darin aufzunehmenden Feststellungen über Vindikationen, Anfechtungsansprüche und Schätzwert der Aktiven – von ausschlaggebender Bedeutung für die Stellung des einzelnen Gläubigers zum Kollokationsplan und die an der zweiten Gläubigerversammlung zu fassenden Beschlüsse. Es erstreckt sich vorerst auf die Vermögensstücke (Sachen und Rechte), die zur Konkursmasse gehören (Art. 197ff. SchKG), dann aber, weil eine genaue Ausscheidung im Zeitpunkt der Inventur nicht möglich ist, auch auf solche Vermögenswerte, deren Zugehörigkeit zur Masse mindestens zweifelhaft ist. Dies sind die Kompetenzstücke (Art. 224 SchKG) und Drittmannsgut im Sinn von Art. 225 SchKG. Drittansprüche an aufgezeichneten Vermögensstücken sind vorzumerken (*Hänzi*, Die Konkursverwaltung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1979, S. 151 f. mit Hinweisen). In das Inventar aufzunehmen sind also nebst den in Gewahrsam des Schuldners befindlichen Vermögensstücken auch jene, die nicht in seinem Gewahrsam sind, nach seinen Angaben oder der Auffassung des Konkursamts jedoch ihm gehören.

2. Ist strittig, ob ein Gegenstand nach Art. 197 SchKG zur Konkursmasse gehört, entscheiden darüber die Aufsichtsbehörden auf dem Beschwerdeweg, sofern es der Gemeinschuldner ist, welcher behauptet, ihm gehörende Vermögensobjekte seien zu Unrecht in die Konkursmasse gezogen worden (vgl. *Hänzi*, S. 154). Falls hingegen Dritte die als Massagut erklärten Objekte, Forderungen und Rechte nicht als zur Masse gehörend anerkennen wollen, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit von Art. 242 SchKG. Danach verfügt die Konkursverwaltung über die Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten als Eigentum angesprochen werden (Abs. 1), oder setzt dem Dritten, falls sie dessen Anspruch für unbegründet hält, eine Frist von zehn Tagen zur Anhebung der Klage an, wobei dann der Anspruch als verwirkt gilt, wenn die Frist nicht eingehalten wird (Abs. 2). Der von der Konkursverwaltung zu treffende Entscheid über die Herausgabe eines Gegenstands oder die Fristansetzung gegenüber dem Drittsprecher und damit die Anwendbarkeit von Art. 242 SchKG setzt begriffsnotwendig die Zugriffsmöglichkeit der Konkursmasse auf diesen Gegenstand voraus. So ist in Art. 45 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV; SR 281.32) im Zusammenhang mit Art. 242 SchKG von der «Verfügung über die Herausgabe von Sachen, welche sich in der Verfügungsgewalt der Masse befinden», die Rede. Diese Verfügungsgewalt liegt nur vor, wenn sich die strittigen Sachen im ausschliesslichen Gewahrsam der Masse befinden (*Amonn*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. A., § 45 N 28; BGE 93 III 102); insoweit handelt es sich um dasselbe Kriterium, welches auch für die Verteilung der Prozessrollen in einem Widerspruchsverfahren gemäss Art. 106–109 SchKG massgeblich ist (BGE 110 III 90). Die ausschliessliche tatsächliche Verfügungsgewalt der Masse ist nicht gegeben, wenn der Drittsprecher Gewahrsam – und zwar entweder ausschliesslichen Gewahrsam oder auch nur Mitgewahr-

sam (vgl. *Fritzsche/Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, § 26 N 6; *Amonn*, § 24 N 34) – an den strittigen Gegenständen hat.

In solchen Fällen greift nicht die Aussonderung nach Art. 242 SchKG Platz, sondern es bleibt der Konkursverwaltung überlassen, den Dritten zum ihr passend scheinenden Zeitpunkt auf dem Prozessweg auf Herausgabe des Gegenstands zu belangen (*Fritzsche/Walder*, Bd. II, § 48 N 7 S. 279).

Für die Frage, wer den Gewahrsam hat, ist in einem Konkursverfahren der Zeitpunkt der Konkurseröffnung, nicht etwa jener der Entscheidung über eine Drittansprüche massgebend (BGE 110 III 92 f.).

THURGAU REKURSKOMMISSION, 8. August 1994, BS 94 28

29). Art. 230 Abs. 3 SchKG. Art. 63 Abs. 2 KOV. Konkurseinstellung mangels Aktiven: Auswirkungen auf hängigen Passivprozess.

Wird der Konkurs über eine juristische Person mangels Aktiven definitiv eingestellt, diese jedoch wegen einer Spezialliquidation noch nicht im Handelsregister gelöscht, so ist entgegen ZR 77 Nr. 125 der Prozess nicht als gegenstandslos geworden abzusprechen. Die juristische Person kann, solange sie im Handelsregister eingetragen ist, betrieben werden (Erw. II. 2. a).

Der gegen die noch im Handelsregister eingetragene juristische Person hängige Prozess muss nach der definitiven Einstellung des Konkurses mangels Aktiven normal fortgeführt werden (Erw. II. 2. b).

*Art. 230 al 3 LP, 63 al 2 OOF. – Suspension de la faillite faute d'actif: effet sur les procès pendant en relation avec la masse passive. Si la faillite d'une personne morale est définitivement clôturée après suspension faute d'actif et que la société n'est pas radiée en raison d'une liquidation spéciale, contrairement au jugement publié dans la ZR 77 No 125, le procès engagé contre la société ne doit pas être rayé du rôle comme sans objet. Une personne morale peut être poursuivie aussi longtemps qu'elle reste inscrite au registre du commerce (consid. II a).*

*Le procès pendant, engagé contre la personne morale encore inscrite au registre du commerce après la clôture définitive de la faillite suspendue faute d'actif, doit être normalement continué (consid II b).*

*Aus dem Sachverhalt:*

Am 6. September 1991 machte der Kläger gegen die Beklagte vor Vorinstanz eine Forderungsklage rechtshängig. Am 13. Mai 1993 wurde über die Beklagte der Konkurs eröffnet; am 11. Juni 1993 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven wieder eingestellt. Unterm 13. Juli 1993 teilte das Konkursamt X. der Vorinstanz mit, die Konkurseinstel-

lung sei definitiv geworden. Am 20. September 1993 verlangte ein Grundpfandgläubiger die Durchführung einer Spezialliquidation gemäss Art. 134 VZG. Mit Beschluss vom 5. Oktober 1993 schrieb die Vorinstanz das Verfahren als gegenstandslos geworden ab. Den vom Kläger gegen diesen Beschluss erhobenen Rekurs hiess das Obergericht gut aus folgenden

*Erwägungen:*

«II. 1. Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid, das Verfahren als durch Gegenstandslosigkeit erledigt abzuschreiben, im wesentlichen wie folgt: die Beklagte bestehe als Rechtssubjekt zwar noch, besitze jedoch keine freien Aktiven und könne solche auch nicht in Zukunft erwerben. Mangels eines Haftungssubstrats könne die Beklagte nicht mehr betrieben werden im Sinne von Art. 230 Abs. 3 SchKG. Die Vorinstanz beruft sich dabei auf BGE 56 III 190 ff. und auf einen sich auf diesen Entscheid stützenden Beschluss des Handelsgerichtes (ZR 77 Nr. 125 E. 4). Der Kläger hält dafür, es müsse Art. 63 KOV analog angewendet werden, da die Beklagte als Rechtssubjekt noch bestehe.

2. a) Wie das Handelsgericht in seinem Entscheid (ZR 77 Nr. 125) zutreffend festhält, hat das Bundesgericht im Jahr 1930 entschieden, eine Aktiengesellschaft könne nicht mehr betrieben werden, wenn der gegen sie eröffnete Konkurs mangels Aktiven eingestellt und mangels Sicherheitsleistung geschlossen werde. Die Vorschrift von Art. 134 VZG sei lediglich aufgestellt worden, weil die gelöschte Aktiengesellschaft nur noch zu Konkurszwecken weiterbestehe (BGE 56 III 189 ff.). Dennoch vermag der Entscheid des Handelsgerichtes nicht zu überzeugen. Das Obergericht hat bereits im Jahr 1958 entschieden, dass im Falle der Einstellung des Konkurses über eine juristische Person mangels Aktiven diese nicht automatisch gelöscht werde, sondern zu Liquidationszwecken weiterbestehe. In diesem Stadium verfüge sie noch über die Rechtspersönlichkeit (Art. 739 OR). Eine Konkursbetreibung einer solchen juristischen Person sei möglich. Sie müsse entgegengenommen und, wenn ein Gläubiger die Sicherheit leiste, durchgeführt werden (ZR 58 Nr. 8). Die Rechtslage war hinsichtlich der Löschung der juristischen Person im Handelsregister im Falle des Konkurses bis zum Inkrafttreten der Revision des Gesellschaftsrechts von 1936 eine andere als heute. Eine juristische Person ging nach Beendigung des Konkursverfahrens unter, und zwar auch dann, wenn dieses mangels Aktiven gemäss Art. 230 SchKG eingestellt wurde. Da die Rechtslage 1937 änderte, hat das Bundesgericht seine unter anderem in BGE 56 III 189 ff. begründete Rechtsprechung, welche in der Literatur auf Kritik gestossen war, im Jahr 1964 als überholt bezeichnet (BGE 90 II 256 Erw. 3). Das Handelsregisteramt hat nunmehr nach Empfang der amtlichen Mitteilung des Konkurserkennnisses (Kreisschreiben des BGer in BGE 81 III 129 ff.) nur die dadurch bewirkte Auflösung der Gesellschaft einzutragen. Falls der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wird, so ist diese Tatsache einzutragen (Art. 65

HRegV), wobei der den Konkurs betreffende Eintrag aufzuheben ist. Art. 66 Abs. 2 Sätze 2 und 3 HRegV halten die Voraussetzungen fest, unter denen die Löschung erfolgt, wenn nicht die Organe der juristischen Person Einsprache erheben; die Löschung hat in jedem Fall nach durchgeführter Liquidation zu erfolgen. Solange die juristische Person nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zum Zweck der Liquidation weitergeführt wird, verfügt sie über die Rechtspersönlichkeit (Art. 913 Abs. 1 und Art. 739 Abs. 1 OR; BGE 90 II 255 ff.). Es ist daher grundsätzlich davon auszugehen, dass eine im Handelsregister noch eingetragene juristische Person auch dann betrieben werden kann, wenn über sie der Konkurs eröffnet und dieser mangels Aktiven eingestellt wird.

Das Argument des Handelsgerichtes, die Gegenstandslosigkeit der Klage trete ein, weil kein verwertbares Vermögen mehr vorhanden sei und die Gesellschaft daher nicht im Sinne von Art. 230 Abs. 3 SchKG betrieben werden könne, ist aus einem weitem Grund unzutreffend. Das Obergericht liess in seinem Entscheid im Jahre 1958 die Anwendbarkeit von Art. 230 Abs. 3 SchKG auf Fälle wie den vorliegenden offen. Es wies aber darauf hin, dass Art. 230 Abs. 3 SchKG eingeführt wurde, um der stossenden Tatsache zu begegnen, dass gegen Einzelkaufleute, über die der Konkurs eröffnet und mangels Aktiven wieder eingestellt worden ist, und die praktisch nicht mehr belangbar sind, von den Gläubigern wenigstens noch ein Verlustschein erwirkt werden kann (ZR 58 Nr. 8 Erw. 4 mit Hinweisen, BGE 113 III 118). Art. 230 Abs. 3 SchKG geht mithin davon aus, dass ein betriebener Konkursit allenfalls über kein oder zu wenig verwertbares Vermögen verfügt. Die Regelung über den Verlustschein (Art. 149 und Art. 265 SchKG) zeigt denn auch, dass das Vorhandensein von (genügend) Aktiven nicht Voraussetzung für die Betreuungsfähigkeit sein kann. Vorliegend ist nicht entscheidend, ob Art. 230 Abs. 3 SchKG anwendbar ist im Fall von noch nicht gelöschten juristischen Personen (s. dazu aber BGE 90 II 254 Erw. 2, 113 III 118 ff.), da noch kein Urteil vorliegt, das allenfalls dem Kläger Rechtsöffnung gegenüber der Beklagten verschaffen könnte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass entgegen der Meinung des Handelsgerichtes und der Vorinstanz ein hängiger Prozess gegen eine Aktiengesellschaft, solange diese im Handelsregister eingetragen ist, nicht als gegenstandslos abgeschrieben werden kann, auch wenn über dieselbe der Konkurs eröffnet und anschliessend mangels Aktiven wieder eingestellt wird.

b) Es stellt sich nunmehr die Frage, wie der vorliegende Forderungsprozess zu erledigen ist. Die Anwendung von Art. 63 Abs. 2 KOV ist entgegen der Meinung des Klägers nicht möglich. Art. 63 Abs. 2 KOV, wonach eine Klage im Passivprozess des Gemeinschuldners als anerkannt zu gelten hat, wenn weder die Konkursverwaltung noch ein Gläubiger (nach Art. 260 SchKG) den Prozess weiterführen will, setzt voraus, dass ein Konkursverfahren durchgeführt wird (s. auch BGE 112 III 36 ff.). Dies ist im vorliegenden Fall infolge der Einstellung des Konkurses

mangels Aktiven nicht geschehen. Der Konkursbeschlagnahme des Vermögens der juristischen Person entfällt unter Vorbehalt von Art. 134 VZG, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird (BGE 90 II 253). Dies schliesst eine Anwendung von Art. 63 Abs. 2 KOV ebenfalls aus. Da die Beklagte die Verfügungsmacht über den Prozessgegenstand mit der Einstellung des Konkursverfahrens wiedererlangt hat, ist der Prozess weiterzuführen. Dies führt zur Gutheissung des Eventualantrages des Klägers und damit zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Fortführung des Verfahrens.»

OBERGERICHT, I. Zivilkammer, Zürich, Beschluss vom 12. April 1994.

**30). Art. 231 SchKG – Liegenschaftsverwertung im summarischen Verfahren. Veräussert das Konkursamt eine zur Masse gehörende Liegenschaft freihändig zu einem Bruchteil des ermittelten Verkehrswertes, so überschreitet es damit sein Ermessen; der Kaufvertrag ist aufzuheben.**

*Art 231 LP – Vente d'immeubles dans la procédure de faillite sommaire. Si l'office des faillites vend de gré à gré un immeuble appartement à la masse à un prix nettement inférieur à sa valeur réelle, il excède son pouvoir d'appréciation. Le contrat de vente doit être annulé.*

Der Konkurs über die B. AG wurde im summarischen Verfahren durchgeführt. Das Konkursamt liess die zur Masse gehörende Liegenschaft GB D. Nr. 1400 (Lagerschopf, Lagerhaus, Büro und Garage) schätzen. Es resultierte ein Realwert von Fr. 818 000.– und ein Verkehrswert von Fr. 382 000.–. Die Bank S. hatte als Grundpfandgläubigerin im Konkurs eine Forderung von Fr. 1,3 Mio. eingegeben. Das Konkursamt teilte der S. mit, es wolle Grundbuch D. Nr. 1400 freihändig verkaufen. Sofern die S. die Liegenschaft übernehmen wolle, werde sie ersucht, ihr Angebot bekanntzugeben oder selber einen Käufer zu nennen. Ohne Gegenbericht werde mit einem Interessenten ein Vertrag abgeschlossen. Die S. antwortete, aus ihrer Sicht bestünden grundsätzlich keine Einwendungen gegen eine freihändige Verwertung der Liegenschaft. Sie könne sich jedoch nicht entscheiden, ob sie die Liegenschaft selber übernehmen wolle, weil noch kein konkretes Angebot vorliege. Darauf verkaufte das Konkursamt die Liegenschaft für Fr. 80 000.– an die in Gründung befindliche X. AG. Die S. erhob Beschwerde an die Aufsichtsbehörde mit dem Antrag, der geschlossene Kaufvertrag sei ungültig zu erklären. Die Aufsichtsbehörde hiess die Beschwerde aus folgenden Erwägungen gut:

1. Nach BGE 106 III 82 f. wird der Freihandverkauf der öffentlichen Versteigerung gleichgesetzt; auch der Freihandverkauf kann durch

Beschwerde angefochten werden (vgl. *Amonn*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Aufl. Bern 1993, § 27 Rz. 32).

2. Im summarischen Verfahren bedarf die Verwertung durch Freihandverkauf – anders als im ordentlichen Verfahren – keines Beschlusses der Gläubiger nach Art. 256 Abs. 1 SchKG. Der Freihandverkauf liegt im freien Ermessen des Konkursamtes. Bei verpfändeten Vermögensstücken ist allerdings auch im Summarverfahren die Zustimmung der Pfandgläubiger erforderlich (BGE 76 III 104). Im vorliegenden Fall hat die Pfandgläubigerin, die S., dem Freihandverkauf zugestimmt. Im ordentlichen Verfahren ist ein Freihandverkauf ungültig, wenn nicht allen Gläubigern Gelegenheit gegeben worden ist, höhere Angebote zu machen (BGE 101 III 56 f.). Im Summarverfahren jedoch darf das Amt einen als vorteilhaft erachteten Vertrag sogleich abschliessen, ohne vorher noch an die Gläubiger zu gelangen (BGE 76 III 105; *Fritzsch/Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 45 Rz. 28). Der Freihandverkauf erweist sich deshalb im vorliegenden Fall als gesetzeskonform.

3. Ein Freihandverkauf soll nicht leichthin, sondern bloss bei schwerwiegenden Mängeln aufgehoben werden (BGE 106 III 83). Nicht jeder Preis, der unter dem amtlichen Schätzwert liegt, ist unangemessen (BGE 76 III 106). Im vorliegenden Fall hat das Konkursamt den Vertrag jedoch zu einem Preis geschlossen, der bloss 10 % des Realwerts, bzw. 21 % des geschätzten Verkehrswertes ausmacht. Auch wenn man berücksichtigt, dass Liegenschaften in der Zwangsverwertung heute oft bloss mässige Erlöse einbringen, hat das Amt mit diesem tiefpreisigen Verkauf sein Ermessen klar überschritten. Die Gläubiger würden durch diesen Verkauf geschädigt. Betroffen ist nicht bloss die Grundpfandgläubigerin. Zumindest mittelbar sind auch die Inhaber von Kurrentforderungen betroffen, die in der fünften Klasse mit dem Pfandausfall konkurrieren.

AUFSICHTSBEHÖRDE SchK/Solothurn, 19. Mai 1994.

**31). Art. 36 ORI – Annotation d'un bail à loyer à l'état de charges. Sauf circonstances exceptionnelles, un contrat de bail qui n'a pas été annoté au Registre Foncier et dont l'inscription à l'état de charges n'a pas été requise dans le délai ne peut être porté à l'état des charges.**

*Art. 36 VZG – Eintragung eines Mietvertrags im Lastenverzeichnis. Ein weder im Grundbuch eingetragener noch innert Frist beim Betreibungsamt angemeldeter Mietvertrag darf nicht in das Lastenverzeichnis aufgenommen werden.*

Dans une poursuite en réalisation de gage Immobilier, l'office des poursuites a communiqué l'état des charges à huit créanciers-gagistes et