

beim Konkursrichter eintraf. Aus diesen Tatsachen ergibt sich nun, dass der Konkursrichter am angeblichen Verhandlungstag vom 31. Juli sein Konkursdekret überhaupt nicht erlassen konnte, weil er die Gläubigerin hierzu nicht vorgeladen und von dieser den Kostenvorschuss noch gar nicht eingefordert hatte. Aus diesem Umstand erhellt denn auch, warum der Konkursrichter über diese angebliche Konkursverhandlung kein Gerichtsprotokoll erstellte. Diese Sicht der Rechtslage bestätigt übrigens auch die weitere Motivierung des Konkurserkennnisses vom 5. August 1975. Da hält der Konkursrichter unter anderm fest, dass der Kostenvorschuss «am heutigen Tag bei der hiesigen Gerichtsschreiberei eingetroffen» sei. Weiter vermerkt er, dass der Schuldner «bis heute weder bezahlt, noch mitgeteilt habe, er werde seinen Verpflichtungen nachkommen». Damit geht aber der Konkursrichter von der Sachlage aus, dass sowohl die Gläubigerin wie der Schuldner noch konkursbedingende und — verhindernde Tatsachen bis zum Verhandlungstag des genannten 5. August vorbringen konnten. So setzte er aber eine eigentliche neue Konkursverhandlung fest, wobei er die angebliche Verhandlung vom 31. Juli wegen der ihr an sich inhärenten Nichtigkeit als überhaupt nicht erfolgt oder sie zum mindesten als hinfällig erachtete, darüber auch gar kein Verhandlungsprotokoll aufnahm und dazu noch die Gläubigerin zur Leistung des Kostenvorschusses aufforderte. Wenn nun aber der Konkursrichter eine eigentliche neue Konkursverhandlung auf den 5. August 1975 ansetzte, so musste er notgedrungen gemäss Art. 168 SchKG die Parteien zu dieser neuen Verhandlung vorladen. Da er dies unterliess, verletzte er den Anspruch auf rechtliches Gehör des Schuldners und setzte ein nichtiges Konkurserkennnis.

IV. Diese Nichtigkeit ergibt übrigens noch ein anderer Umstand. Wie bereits vermerkt, forderte der Konkursrichter von der Gläubigerin die Leistung des notwendigen Kostenvorschusses bis zum 5. August 1975. Damit ermöglichte er der Gläubigerin die Setzung einer neuen konkursbedingenden Tatsache bis zu diesem Datum. Dem Schuldner dagegen gestattete er in keiner Weise die nämliche Setzung einer neuen konkurshindernden Tatsache, sondern liess ihn darüber in vollendeter Unkenntnis. Damit verletzte er aber den Grundsatz der Gleichbehandlung der Parteien, was die Nichtigkeit des Konkurserkennnisses nach sich zieht. Diese ungleiche Parteibehandlung zeitigte übrigens auch ihre entsprechenden Folgen. Aus den Akten ergibt sich nämlich, dass der Schuldner die in Betreibung gesetzte Forderung am 6. August 1975 beglich. Nach seiner Darstellung in der Berufungsschrift hatte er übrigens seine Forderung schon vorher beglichen wollen. Wenn er nun die verhältnismässig geringfügige Forderung von etwas über Fr. 400.— am 6. August beglich, so hätte er dies wahrscheinlich auch am Datum des ergangenen Konkurserkennnisses vom 5. August tun können. Daran hinderte ihn indessen der Konkursrichter durch sein Verschweigen der neuen Konkursverhandlung, mag er im Entscheid auch

festhalten, dass der Schuldner bis zum 5. August seine Forderung nicht beglichen hatte.

V. Wollte man übrigens auch von der Tatsache ausgehen, dass am 31. Juli 1975 eine Konkursverhandlung erfolgte, so müsste man notgedrungen annehmen, dass der Konkursrichter seinen Entscheid über das Konkursbegehren vertagte. Wird aber ein solcher Entscheid ausgesetzt, so sind die Parteien zu einer neuen nach Ort, Tag und Stunde bestimmten Verhandlung ordnungsgemäss vorzuladen (vergl. ZR 68, Nr. 8). Denn in einem solchen Fall kann sowohl der Gläubiger wie der Schuldner bis zum Erlass des Konkurserkennnisses konkursbedingende, bzw. konkurshindernde Tatsachen setzen, die der Konkursrichter berücksichtigen muss. Das erhellt schon daraus, dass der Konkursrichter namentlich eine vor dem Erlass des Konkurserkennnisses erfolgte Zahlung jedenfalls in Rechnung stellen müsste, ansonst er möglicherweise einen Konkurs für eine in Betreibung gesetzte aber nicht mehr bestehende Schuld eröffnen würde, was ganz offensichtlich die Haltlosigkeit und Nichtigkeit einer solchen Konkursöffnung nach sich zöge. In gleicher Weise müsste er auch eine inzwischen erfolgte Stundung der Forderung und die Leistung des vom Gläubiger eingeforderten Kostenvorschusses berücksichtigen. Diese Ueberlegungen beweisen aber, dass der Konkursrichter die Parteien zu einer neuen nach Tag, Ort und Stunde bestimmten Konkursverhandlung vorladen muss, wenn er seinen Entscheid über das Konkursbegehren vertagt. Die Parteien müssen eben genau wissen, bis zu welchem Zeitpunkt sie noch konkursbedingende und hindernde Tatsachen setzen und dem Konkursrichter vorbringen können. Nur auf solche Weise lassen sich nichtige Konkurserkennnisse und Rechtswillkür verhindern.

FREIBURG, Kantonsgericht (Appellationshof), 10. November 1975.

Konkursverfahren

13). Art. 230 SchKG in Verbindung mit (der schwyzerischen EVOzSchKG und der schwyzerischen ZPO sowie) Art. 169 SchKG. — Der die Einstellung eines Konkursverfahrens mangels (genügender) Aktiven verfügende Konkursrichter ist nicht befugt, der Konkursverwaltung Anweisungen bezüglich der Belastung der Verfahrenskosten zu erteilen. Mit rechtskräftiger Einstellung des Konkurses sind der Konkursverwaltung Verwertungsmassnahmen untersagt, da in jenem Zeitpunkt der zwangsvollstreckungsrechtliche Beschlagnahme am gemeinschuldnerischen Vermögen dahinfällt. Ungedeckte Kosten, die nicht aus vorhandenen liquiden Mitteln gedeckt werden können, hat der Gläubiger, welcher das Konkursbegehren gestellt hat, zu tragen.

Art. 230 LP en relation avec l'art. 169 LP. — Le juge qui a prononcé la suspension de la liquidation, faute d'actif, n'est pas compétent pour fixer le montant des frais des procédés de l'administration de la faillite. En cas de suspension définitive de la faillite,

l'administration de la faillite ne doit entreprendre aucun acte de réalisation, attendu que dès ce moment l'inventaire des biens du débiteur est tombé. C'est au créancier qui a requis la faillite qu'incombent les frais non couverts pas les disponibilités.

Tatsachen:

A. Auf Antrag des Konkursamtes X verfügte der Einzelrichter am 7. November 1978 wie folgt:

«1. Der Konkurs über M. B., erkannt am 19. 10. 1978, ist gemäss Art. 230 SchKG eingestellt.

2. Das Konkursamt X hat gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG die Einstellung öffentlich bekannt zu machen, mit der Anzeige, dass, falls nicht binnen zehn Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und für die Kosten hinreichende Sicherheit leistet, das Verfahren geschlossen wird.

3. Die erlaufenen Kosten tragen in solidarischer Haftbarkeit, intern je hälftig, die Gläubiger, welche das Konkursbegehren gestellt haben (Kläger), wenn und soweit diese nicht aus den Massa-Aktiven gedeckt werden können (sollte vorliegendenfalls möglich sein durch Verwertung des PW sowie retentionsbelastete Aktiven).

Die Gerichtskosten von Fr. 140.— werden mit dem Kostenvorschuss der Zweitklägerin gedeckt. Die Vorschussrestanz von Fr. 510.— ist vom Bezirkskassieramt Y dem Konkursamt X zu überweisen. Deckung des Vorschusses aus Verwertungserlös an Zweitklägerin erfolgt gegebenenfalls durch Konkursamt.»

Innert der durch das Konkursamt gemäss Ziffer 2 jener Verfügung am 8. November 1978 angesetzten Frist wurde weder die Durchführung des Konkurses angebeht noch für die Kosten Sicherheit geleistet.

B. Der Gemeinschuldner M. B. führt «Beschwerde» gegen den Kostenspruch (Ziff. 3), soweit der Konkursrichter angeordnet hatte, dass die Kosten des Konkursverfahrens primär aus den Massa-Aktiven bzw. durch Verwertung seines Personenwagens sowie weiterer, retinierter Aktiven zu decken seien.

Vorinstanz und Konkursamt haben sich zur Beschwerde vernehmen lassen, ohne indessen Anträge zu stellen. Die Gläubiger haben innert Frist weder Gegenanträge gestellt noch Vernehmlassungen eingereicht.

Erwägungen des Gerichts:

1. Ueber die Einstellung des Konkursverfahrens gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG entscheidet der Einzelrichter im summarischen Verfahren (§ 10 Ziff. 9 EVOzSchKG). Seine Erkenntnisse unterliegen, sofern der Streitwert Fr. 2000.— übersteigt, dem Rekurs (§ 204 Abs. 1 ZPO), andernfalls der Nichtigkeitsbeschwerde (*Jaeger*, Bd. II, N. 4 zu Art. 230 SchKG).

Im vorliegenden Fall hat der Schuldner die Beschwerde gewählt. Da dieses Rechtsmittel zum Erfolg führt, erübrigt sich, zu prüfen, ob an seiner Stelle allenfalls der umfassendere Rekurs gegeben wäre.

2. Gegenstand der Beschwerde bildet die an die Adresse des Konkursamtes gerichtete Anweisung, zur Deckung der erlaufenen Kosten den Personenwagen des Beschwerdeführers sowie weitere retinierte Massa-Aktiven zu verwerten. Mit dieser Anweisung überschritt der Konkursrichter die ihm in diesem Verfahren zustehenden Befugnisse. Ihm oblag lediglich, den Konkurs mangels Aktiven einzustellen und die Kosten seines Entscheides zu verlegen. Sache des Konkursamtes dagegen wäre es gewesen, unter Vorbehalt der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde darüber zu befinden, aus welchen Mitteln diese sowie die übrigen Kosten des Konkursverfahrens zu decken und allfällige Vorschüsse der Gläubiger zu erstatten sind. Indem er diesem Entscheid vortriff, verletzte der Konkursrichter hier wesentliche Verfahrensgrundsätze im Sinne von § 213 Ziff. 1 ZPO.

Sein Entscheid verstösst in diesem Punkte zudem gegen materielles Recht (§ 213 Ziff. 3 ZPO). Nach Art. 169 SchKG haften primär die auf Konkurseröffnung antragenden Gläubiger für die bis zur ersten Gläubigerversammlung auflaufenden Konkurskosten (*Jaeger*, Bd. II, NN. 8 und 9 zu Art. 230 SchKG). Damit will nicht gesagt sein, dass sie für jene Kosten auch endgültig aufkommen müssen. Diese gehen vielmehr grundsätzlich zulasten des Schuldners bzw. der Konkursmasse (Art. 157 und 262 SchKG). Bei der Einstellung des Konkurses gemäss Art. 230 SchKG findet indessen keine Liquidation zugunsten der Konkursgläubiger statt. Es geht deshalb grundsätzlich auch nicht an, nach der Einstellung des Verfahrens noch zu einer Verwertung zu schreiten, bloss um die Kosten zu decken (BISchKG 1955, Seite 24 f.). Die Weisung, hier so vorzugehen, ist um so unverständlicher, als der Konkursrichter in der Hauptsache gestützt auf den Bericht des Konkursamtes, welches den im angefochtenen Entscheid namentlich genannten Personenwagen als «wertlos» taxierte, angenommen hat, der Beschwerdeführer verfüge über keinerlei verwertbare Aktiven. Der angefochtene Entscheid übersieht auch, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 102 III 85 ff.) das Beschlagnahme-Recht der Konkursgläubiger am Vermögen des Gemeinschuldners dahinfällt, sobald das gestützt auf Art. 230 Abs. 1 SchKG mangels Aktiven eingestellte Konkursverfahren abgeschlossen ist, ein Massavermögen, aus welchem die Verfahrenskosten bezogen werden könnten, daher nach unbenutztem Ablauf der Frist gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG (hier nach dem 18. 11. 1978) überhaupt nicht mehr besteht. Das Konkursamt ist lediglich bis zu diesem Zeitpunkt berechtigt, Kosten aus dem Massavermögen zu tilgen, jedoch nur, soweit liquide Mittel wie Bargeld und andere rasch realisierbare Aktiven (Postcheckguthaben, Bankguthaben, fällige Forderungen und andere Werte) zur Verfügung stehen. Fehlen solche Mittel oder ist das Beschlagnahme-Recht dahingefallen, haben die Gläubiger, welche den Konkurs veranlasst hatten, die aufge-

laufenen Kosten zu tragen (BGE 102 III 85 ff.). Sie können sich dafür beim Schuldner schadlos halten, indem sie von der Möglichkeit, ihn nach der Einstellung während zwei Jahren auch auf Pfändung zu betreiben (Art. 230 Abs. 3 SchKG), Gebrauch machen.

3. Da sich die Beschwerde als begründet erweist, ist der angefochtene Kostenspruch aufzuheben, soweit er das Konkursamt anweist, die Verfahrenskosten aus dem Massavermögen zu tilgen und zu diesem Zwecke den Personenwagen und weitere Aktiven zu verwerten.

Entscheid:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung aufgehoben, soweit sie das Konkursamt anweist, die Verfahrenskosten aus dem Massavermögen zu tilgen und zu diesem Zwecke den Personenwagen des Beschwerdeführers sowie weitere Aktiven zu verwerten.

2. . . .

SCHWYZ, Kantonsgericht (Rekurskammer), Entscheid vom 8. Januar 1979.

Gebührentarif zum SchKG

14). Art. 47 GebTzSchKG in Verbindung mit Art. 34 KV. — Der Ansatz für Verrichtungen im Zusammenhang mit der Feststellung der Konkursmasse (Aufnahme, Kontrolle und Reinschrift des Inventars) beträgt pro halbe Stunde Fr. 10.—. Zur Inventaraufnahme gehört auch die Vormerkung der Eigentumsansprüche (Art. 34 KV), wofür der gleiche Ansatz gilt. Wenn nicht gesagt werden kann, dass der Zeitaufwand unverhältnismässig oder offensichtlich übersetzt sei, so besteht für die Aufsichtsbehörde kein Anlass, korrigierend in die Kostenrechnung des Konkursamtes einzugreifen.

Art. 47 du tarif LP en relation avec l'art. 34 00F. — La tarification des opérations relatives à la fixation de la masse en faillite (établissement, contrôle et mise au net de l'inventaire) est de 10 francs par demi-heure. La prise d'inventaire comprend l'inscription des revendications (art. 34 00F) pour lesquelles le même tarif est applicable. Lorsqu'on ne peut affirmer que le temps employé est disproportionné ou manifestement exagéré, il n'y a pas lieu pour l'Autorité de surveillance d'intervenir afin de rectifier le compte des frais de l'Office des faillites.

1. Mit Schreiben vom 18. März 1976 erteilte das Konkursamt B. dem Konkursamt L. den Requisitionsauftrag, im Konkurs, der über die Einzelfirma M. S. in B. eröffnet worden war, bei der getrennt lebenden Ehefrau V. S., «sämtliche Aktiven zu inventieren, zu schätzen und allenfalls sicherzustellen, wobei allfällige Dritteigentums- oder Pfandansprüche vorzumerken» seien.

Das ersuchte Konkursamt kam diesem Auftrag nach und erstattete am 26. März 1976 das gewünschte Inventar. Dieses ging am 29. März 1976 beim Konkursamt B. zusammen mit einer Kostenrechnung über Fr. 433.60 ein. Mit Schreiben vom 6. April 1976 erhob das Konkursamt B. bei der Schuldbetreibungs- und Konkurs-Kammer des Obergerichtes des Kantons Solothurn frist- und formgerecht Beschwerde.

2. Die Legitimation zur Beschwerdeführung steht dem Konkursamt B. gestützt auf Art. 15 GTzSchKG und BGE 68 III 2 offensichtlich zu. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

3. Die angefochtene Abrechnung des Konkursamtes L. per Fr. 433.60 enthält zwei Positionen, die gerügt werden, nämlich «Inventaraufnahme» durch zwei Personen zu 4½ Std., total 9 Std. zu Fr. 20.—, ferner «Reinschrift des Inventars» mit einem Arbeitsaufwand von 10 Std. zu Fr. 20.—. Das Konkursamt B. stellt das Begehren, die Rechnung um mindestens die Hälfte zu reduzieren.

a) Wie aus dem Schlussabschnitt der Beschwerde hervorgeht, wird hauptsächlich die mit 10 Std. zu Fr. 20.— in Rechnung gestellte Position «Reinschrift des Inventars» als unhaltbar hingestellt. Zur Begründung wird ausgeführt: Da das gesamte Inventar bis auf einen Gegenstand als Dritteigentum bezeichnet sei und der Gemeinschuldner keinen Gewahrsam über das Ganze habe, wäre hier eher nur ein summarisches Inventar geboten gewesen. Es sei zudem eine separate, völlig überflüssige Zusammenstellung aller Eigentumsansprüche gemacht worden.

b) Gemäss Aenderung des GTzSchKG, gültig ab 1. Januar 1976, beträgt der Ansatz für Verrichtungen im Zusammenhang mit der Feststellung der Konkursmasse, wie Aufnahme, Kontrolle und Reinschrift des Inventars Fr. 10.— pro halbe Stunde (Art. 47 GTzSchKG). Da nach Art. 34 der Konkursverordnung die Vormerkung der Eigentumsansprüche mit zur Inventaraufnahme gehört, gilt selbstverständlich auch diesbezüglich der Stundenansatz von Fr. 20.—. Der vom Konkursamt L. angewendete Stundenansatz kann also in keiner Weise beanstandet werden. Zu prüfen bleibt demnach nurmehr die Frage, ob insbesondere für die «Reinschrift des Inventars» zuviel gerechnet wurde, bzw. ob die Position «Inventaraufnahme» zu hoch ausgefallen sei.

Das Konkursprotokoll umfasst 28 Seiten, wovon höchstens 4 nicht oder wenig mit der Schreibmaschine beschriftet sind. Dazu kommen 4½ Seiten «Verzeichnis über die Eigentumsansprüche». In der Vernehmlassung des Konkursamtes L. wird der Zeitaufwand für die Reinschrift des Verzeichnisses der Eigentumsansprüche und des Einvernahmeprotokolls mit ¾ Std. angegeben. Wenn demnach für etwas mehr als 5 Seiten Reinschrift ¾ Std. aufgewendet wurden, so ergibt sich, dass die betreffende Sekretärin in der Std. rund 7 Seiten rein geschrieben hat. Eine solche Produktion hält sich nach eingeholten Er-