

## Konkursverfahren

21). Art. 230 SchKG; Art. 1183 OR. – Vorgängig der endgültigen Einstellung eines Konkurses mangels Aktiven ist keine Versammlung der Anleiensgläubiger einzuberufen.

Art. 230 LP; art. 1183 CO. – *Il n'y a pas lieu de convoquer une assemblée des créanciers obligataires avant la suspension définitive de la liquidation faute d'actif.*

Über die G. AG, Luzern, wurde am 25. März 1986 der Konkurs eröffnet. Der Konkursrichter stellte das Konkursverfahren am 2. April 1986 auf Antrag des Konkursamtes mangels Aktiven ein, was am 5. April im SHAB und Luzerner Kantonsblatt publiziert wurde. Gleichzeitig wurden die Gläubiger aufgefordert, bis zum 15. April 1986 einen Barvorschuss von Fr. 50 000.– zu leisten, ansonst das Verfahren als geschlossen gelte. Am 14. April 1986 stellte der Beschwerdeführer als Anleiensgläubiger der konkursiten G. AG beim Konkursamt ein Gesuch mit folgenden Begehren:

1. Es seien dem Gesuchsteller die der Konkursmasse nach Art. 285 Ziff. 2 SchKG zustehenden Rechtsansprüche auf Erhebung, Durchführung und Geltendmachung von Anfechtungsklagen, betreffe dies die Anfechtung nach Art. 286, 287 oder 288 SchKG; im Sinne von Art. 260 SchKG, unentgeltlich abzutreten.

2. Es seien dem Gesuchsteller im Sinne von Art. 260 SchKG sämtliche der Gesellschaft zustehende Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 752–755 Obligationenrecht unentgeltlich unter Vorbehalt der Überschussverteilung im Sinne von Art. 269 SchKG abzutreten.

3. Eventualiter sei das derzeitige Verfahren zu stornieren und im Sinne von Art. 1183 Abs. 1 OR eine Versammlung der Anleiensgläubiger zu Lasten der Masse, eventualiter zu Lasten der Staatskasse, formell einzuberufen und erst nach ordnungsgemässer Durchführung dieser Versammlung eine neue Frist zur Leistung eines Barvorschusses anzusetzen.

4. Für den Fall, dass dem Begehren Ziff. 3 vorstehend nicht entsprochen wird, verlangt der Unterzeichnete vorsorglich die sub. Ziff. 1 verlangte unentgeltliche Abtretung an sich bis zur Höhe des ausstehenden Anleiensobligationenbetrages der Gemeinschuldnerin.

Mit Entscheid vom 6. Mai 1986 trat das Konkursamt auf diese Begehren nicht ein. Es verwies vor allem darauf, dass innert Frist kein Gläubiger den verlangten Kostenvorschuss von Fr. 50 000.– geleistet habe, weshalb das Konkursverfahren als geschlossen gelte. Gegen diesen Entscheid beschwerte sich der Beschwerdeführer sowohl bei der unteren als auch bei der oberen kantonalen Aufsichtsbehörde ohne Erfolg. Das Obergericht begründete die Abweisung des Beschwerde-Weiterzugs unter anderem wie folgt:

5. Primär rügt der Beschwerdeführer, dass gemäss Art. 1183 Abs. 1 OR eine Versammlung der Anleiensgläubiger hätte einberufen werden sollen, bevor das Konkursamt den Konkurs als endgültig geschlossen erklärt

habe. Die Gläubiger von Anleiensobligationen bildeten von Gesetzes wegen eine Gläubigergemeinschaft. Der einzelne Anleiensgläubiger könne deshalb seine Rechte alleine nicht vertreten, zumindest nicht im Konkursfall; Art. 1183 Abs. 2 OR erlaube dem Anleiensgläubiger die selbständige Vertretung seiner Rechte erst, wenn die nach Art. 1183 Abs. 1 OR einzuberufende Versammlung die entsprechenden Beschlüsse nicht gefasst habe. Die jüngeren Bestimmungen der Art. 1157–1186 OR gingen dem SchKG vor.

a) Um das Verhältnis zwischen Art. 230 SchKG und der Spezialbestimmung von Art. 1183 OR auszuloten, rechtfertigt es sich, vorerst die grundsätzliche Tragweite einer Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven festzuhalten. Nach Art. 230 Abs. 1 SchKG hat das Konkursamt dem Konkursgericht Anzeige zu machen, falls keinerlei in die Masse gehörendes Vermögen vorgefunden wird. Demnach ist dem Richter mit der Anzeige das aufgenommene Inventar vorzulegen mit den Schätzungen der darin verzeichneten Vermögensstücke und mit dem Gutachten des Konkursamtes über die erhobenen Eigentumsansprüche und die Aussichten der gerichtlichen Geltendmachung allfälliger Anfechtungsansprüche. Erst wenn der Richter die gesamte Sachlage – insbesondere die Berechtigung erhobener Drittansprüche und die Erfolgsaussichten allfälliger Anfechtungsklagen – geprüft hat, soll er den Einstellungsbeschluss fällen; ist der Richter anderer Ansicht als das Konkursamt, so hat er entweder das summarische oder das ordentliche Verfahren anzuordnen.

Der vom Konkursamt publizierte Einstellungsentscheid des Richters kann durch Rechtsmittel angefochten oder durch hinreichenden Kostenvorschuss aufgehoben werden. Unter der Voraussetzung der Kostensicherstellung wird das ordentliche oder das summarische Verfahren ohne nochmaligen Beschluss des Richters eröffnet (Art. 232 SchKG). Kommt es nicht zur Sicherstellung der Kosten, ist das Konkursverfahren – ohne nochmalige Beschlussfassung und Publikation – endgültig geschlossen (vgl. Jaeger, Komm. zum Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, N 1, 3, 4, 7 und 9 zu Art. 230 SchKG). Die Tätigkeit des Konkursamtes beschränkt sich also auf die Inventarisierung und Befragung des Schuldners, die Anzeige an den Konkursrichter und die Publikation. Es findet kein Schuldenruf und natürlich auch keine Gläubigerversammlung statt (Art. 231 und 235 SchKG).

b) Auf der andern Seite sieht Art. 1183 OR, der seit dem 1. Januar 1950 in Kraft ist, für den Konkursfall eines Anleiensschuldners vor, dass die Konkursverwaltung unverzüglich eine Versammlung der Anleiensgläubiger einzuberufen hat, die dem bereits ernannten oder einem von ihr zu ernennenden Vertreter die Vollmacht zur einheitlichen Wahrung der Rechte der Anleiensgläubiger im Konkursverfahren erteilt. Der Sinn dieser Bestimmung liegt darin, dass den Anleiensgläubigern die einheitliche Wahrung ihrer Rechte im Konkursverfahren ermöglicht werden soll. Das hat zu Folge, dass der einzelne Gläubiger seinen Namen nicht zu nennen braucht, wodurch die Konkursverwaltung meist ausserstande gesetzt wird, Gegenforderungen, die der Gemeinschuldner gegen noch insolventere Anlei-

hensgläubiger haben mag, durch Verrechnung einzubringen. Umgekehrt wird sich aber ein Anleiensgläubiger, der gleichzeitig Schuldner des Gemeinschuldners ist, nicht verwehren lassen müssen, seine Schuld gemäss Art. 213 Abs. 3 SchKG zu verrechnen. Im einen wie im andern Fall steht nichts entgegen, dass über die betreffenden vereinzelt Anleiensobligationen besondere Kollokationsverfügungen getroffen werden, mit denen sich die betreffenden Anleiensgläubiger selbst auseinanderzusetzen haben. Aus dem Begriff der Anleiensobligation ergibt sich denn auch nichts dagegen, dass jeder Gläubiger einer solchen seine Rechte durchaus unabhängig von den übrigen Anleiensgläubigern und ohne Rücksicht auf sie geltend machen kann, es sei denn, dass die Anleiensbedingungen unzweideutig das Gegenteil bestimmen (Ziegler, Komm., N 13 zu Art. 1157 und N 1 zu Art. 1183 OR mit Hinweisen auf Judikatur).

c) In Anbetracht dieser Ausführungen ist die Auffassung des Beschwerdeführers, wonach vor der endgültigen Einstellung des Konkursverfahrens unabdingbar eine Versammlung der Anleiensgläubiger hätte einberufen werden müssen, unhaltbar. Einerseits schliessen im vorliegenden Fall die Bestimmungen der Art. 230 ff. SchKG jegliche Tätigkeit des Konkursamtes aus, die über die erste Inventaraufnahme und die Publikation des richterlichen Einstellungsbescheides sowie der Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses hinausgeht. Andererseits sehen auch die jüngeren Normen über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiensobligationen – bei richtiger Lesart – kein anderes Vorgehen für den Konkurs des Anleienschuldners vor: Schon der Wortlaut des Art. 1183, der ausdrücklich die «Konkursverwaltung» beauftragt, macht klar, dass die Versammlung der Anleiensgläubiger frühestens nach erfolgtem Schuldenruf einzu-berufen ist. In vorherigen Verfahrensstadien spricht das SchKG jedenfalls nicht von einer «Verwaltungstätigkeit» im Konkurs (s. Art. 230 ff., insbes. Art. 235 und 237 SchKG). Auch der Zweck der Bestimmung, die einheitliche Wahrung der Gläubigerrechte ohne Namensnennung und die damit verbundene Erschwerung der Verrechnung, kann erst bei der Durchführung des summarischen oder ordentlichen Konkursverfahrens mit Kollokation der Gläubiger, Anfechtung zweifelhafter Rechtsansprüche, Abtretungen usw. zum Tragen kommen. Offensichtlich keine Funktion kann Art. 1183 OR somit im Stadium vor dem Schuldenruf zukommen. Mit Recht hat die Vorinstanz denn auch auf den Kommentar Ziegler (N2–5 zu Art. 1183 OR) verwiesen, wonach im ordentlichen Verfahren die Versammlung der Anleiensgläubiger erst nach Durchführung der ersten Konkursgläubigerversammlung – welche ja erst die Konkursverwaltung einsetzt! – einzuberufen ist. An dieser ersten Konkursgläubigerversammlung kann jeder Anleiensgläubiger, der sich über seinen Obligationenbesitz ausweist, teilnehmen. Wenn der einzelne Anleiensgläubiger seine Rechte aber noch an der ersten Gläubigerversammlung persönlich wahrnehmen muss, so hat er dies erst recht vor dem Schuldenruf zu tun. Bezeichnend ist schliesslich auch, dass die Abhaltung der Anleiensgläubigerversammlung auf Kosten des Schuldners bzw. der Konkursmasse erfolgen muss (Ziegler, Komm. N 4 zu Art. 1183 OR), was bei fehlenden Akti-

ven selbstredend die vorausgehende Leistung eines Kostenvorschusses voraussetzt.

Dem Beschwerdeführer hilft im übrigen auch die Berufung auf Art. 1183 Abs. 2 OR nicht. Diese Bestimmung kann offensichtlich nur die Rechtslage nach der Versammlung der Anleiensgläubiger betreffen, die nach dem vorstehend Gesagten vorliegend nicht interessiert. Abschliessend sei noch auf den ökonomischen Leerlauf hingewiesen, der entstehen müsste, wenn eine Konkursmasse ohne Aktiven zusätzlich mit den Kosten der Anleiensgläubigerversammlung belastet würde. Das Konkursamt hat demnach zu Recht keine Versammlung der Anleiensgläubiger einberufen und den Konkurs endgültig für geschlossen erklärt.

6. Der Beschwerdeführer macht ferner geltend, das Konkursamt hätte ihm die Konkursmasse zustehenden Anfechtungsansprüche nach Art. 285 Ziff. 2 SchKG sowie die Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 752–755 OR gegen Gründer, Hausbank, Aktionäre usw. abtreten müssen (Art. 260 SchKG). Auch in diesem Punkt geht der Beschwerdeführer fehl, worauf ihn schon die Vorinstanz aufmerksam machte. Die Abtretung einzelner Massa-Ansprüche setzt nach Art. 260 Abs. 1 SchKG den Verzicht der übrigen Gläubiger voraus, welcher nur im Rahmen eines ordentlichen oder summarischen Konkursverfahrens zu ermitteln ist. Der antragstellende Gläubiger muss von der Masse als solcher anerkannt sein (Jaeger, Komm., N 1 zu Art. 260 SchKG). Eine solche Anerkennung ist vorliegend nicht erfolgt, da das Konkursamt richtigerweise nicht einmal den Schuldenruf anordnete.

Der Gesetzgeber hat übrigens entgegen der Meinung des Rekurrenten dafür gesorgt, dass paulianisch Begünstigte nicht ohne weiteres von der Einstellung des Konkurses profitieren. Schon der Konkursrichter soll bei seinem Entscheid, der grundsätzlich anfechtbar ist, solche Umstände berücksichtigen und allenfalls die Durchführung des Konkurses anordnen. Tut er dies nicht, so steht es dem «siegsgewissen» Konkursgläubiger frei, mit der Leistung des Kostenvorschusses die Konkurseinstellung zu verhindern und sich die Anfechtungsansprüche regelkonform abtreten zu lassen.

LUZERN, Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Obergerichts, Entscheid vom 10. 9. 1986.

#### Arrest

22). Art. 271 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG. – Nicht gefordert wird zur Annahme von Schuldnerflucht die endgültige Vereitelung der Zwangsvollstreckung. Nach Lehre und Rechtsprechung genügt bereits die blosse Erschwerung der zwangsweisen Erfüllung der Verbindlichkeiten. Der Begriff der Flucht ist weit zu fassen, so – wie hier – die Aufgabe des bisherigen allgemeinen Betreibungsstandes ohne Begründung eines neuen in der Schweiz.

Art. 271 al. 1 ch. 2 LP. – Pour que la fuite du débiteur soit admise, il n'est pas nécessaire que l'exécution forcée ait définitivement échoué. Il suffit que