

[www.konkurseinstellung-praxis.ch](http://www.konkurseinstellung-praxis.ch)

BGE 130 III 90 = Entscheid 7B.187/2003 vom 3. Dezember 2003

Pra 2004 Nr. 163

Die Praxis

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

ISSN 1017-8147 – Erscheint 12 × jährlich

[www.pra.ch](http://www.pra.ch)

[www.legalis.ch](http://www.legalis.ch)

Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, 4051 Basel

Der Helbing Lichtenhahn Verlag hat die Veröffentlichung der Übersetzung auf [www.konkurseinstellung-praxis.ch](http://www.konkurseinstellung-praxis.ch) genehmigt. Alle Rechte verbleiben beim Helbing Lichtenhahn Verlag.

3.4 Die Beklagte beruft sich zu Unrecht auf Art. 533 Abs. 3 OR, um daraus abzuleiten, die Klägerin habe sich zwingend am Verlust zu beteiligen, den die M. SA während der Dauer der Beteiligung der Klägerin angeblich erlitten hat. Die Parteien haben keine einfache Gesellschaft gebildet mit dem Zweck, während der Dauer der Beteiligung der Klägerin mit gemeinsamen Mitteln die M. SA unternehmerisch zu führen und zu leiten. Soweit sich die Parteien allenfalls zu einer einfachen Gesellschaft verbunden haben, um gemeinsam die Aktien der M. SA von einer Drittperson zu erwerben, wird der Gewinn oder Verlust aus späterer Geschäftstätigkeit der M. SA von diesem Zweck nicht umfasst. Es kann daher offen bleiben, ob Art. 533 Abs. 3 OR den Ausschluss der Verlustbeteiligung eines Gesellschafters verbietet, soweit dessen Beitrag nicht in Arbeit besteht, wie die Beklagte vorbringt, oder ob die Norm dem Ausschluss der Verlustbeteiligung grundsätzlich nicht entgegensteht, wie die Vorinstanz im angefochtenen Urteil unter Hinweis auf neuere Lehrmeinungen annimmt. Art. 533 Abs. 3 OR findet vorliegend keine Anwendung auf allfällige Verluste aus der Geschäftstätigkeit der M. SA, da insoweit keine einfache Gesellschaft vorliegt.

4. [ . . . ]

*Hinweis:*

*Dieser Entscheid wurde bereits im September-Heft des laufenden Jahrganges unter Nr. 131 publiziert, dabei aber aufgrund eines technischen Fehlers die – wichtige – E.3 nicht abgedruckt. Die Publikation wird deshalb hier wiederholt.*

*Vgl. zu diesem Entscheid auch die Bemerkungen von PETER FORSTMOSER/PATRICK R. PEYER, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht (Handelsgesellschaften und Genossenschaften), SJZ 100 (2004), S. 519.*

## Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

**Nr. 163** Bundesgericht, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer  
Entscheid vom 3. Dezember 2003 i.S. D. c. Aufsichtsbehörde  
über die Betreibungs- und Konkursämter des Kantons Genf  
(7B.187/2003)

---

Übersetzt von NELLY HALDI

---

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt; BGE 130 III 90.)

932

Die Praxis 11/2004

**Sicherheit für das Verfahren eines mangels Aktiven eingestellten Konkurses (Art. 230 Abs. 2 SchKG).** *Die Höhe der Sicherheitsleistung ist eine reine Ermessensfrage, so dass die Beschwerde an das Bundesgericht nur wegen Ermessensüberschreitung oder -missbrauch zulässig ist (E. 1). Die im konkreten Fall erhobene Rüge gegen den verlangten Betrag von CHF 50 000.– ist – soweit zulässig – im Hinblick auf den Umfang (etwa 500 Mio. Franken) und die in gewissen Teilen komplizierte Abklärung der Schulden, die Ermittlung, Verwaltung und Verwertung der insbesondere im Ausland gelegenen Aktiven (mehr als 180 Mio. Franken) und die ungenügenden Angaben in der Bilanz der Gemeinschaftschuldnerin unbegründet (E. 2 und 3). Festlegung einer neuen Frist zur Zahlung der Sicherheitsleistung, um die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen (E. 4).*

*Sachverhalt:*

Am 13. März 2002 lehnte das erstinstanzliche Gericht des Kantons Genf die Genehmigung des Nachlassvertrags, den die G. AG ihren Gläubigern vorge schlagen hatte, ab mit der Begründung, die in Art. 305 Abs. 1 SchKG verlangten Mehrheiten seien nicht erreicht. Daraufhin eröffnete es mit Entscheid vom 12. Juli 2002 den Konkurs über die Gesellschaft; am 26. September 2002 wurde dieser Entscheid vom Gerichtshof des Kantons Genf bestätigt.

Vom 12. Juli 2002 bis 29. Januar 2003 nahm das Konkursamt Genf das Inventar über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen gemäss Art. 221 SchKG auf. In diesem Inventar wurden mit Hypotheken belastete Stockwerkeigentumsanteile der Konkursmasse an Liegenschaften in Chêne-Bougeries, mehrere schuldrechtliche Forderungen namentlich gegen eine Gesellschaft in Luxemburg, ein einer konkursiten Gesellschaft gewährtes Darlehen, stille Beteiligung sowie das gesamte Aktienkapital einer argentinischen Gesellschaft pro memoria aufgeführt.

Auf Antrag des Konkursamtes vom 6. Februar 2003 verfügte das erstinstanzliche Gericht mit Entscheid vom 4. März 2003 die Einstellung des Konkursverfahrens mit der Begründung, die Konkursmasse reiche voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Das Konkursamt publizierte diesen Entscheid gestützt auf Art. 230 Abs. 2 SchKG im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Amtsblatt des Kantons Genf vom 19. März 2003. In der Publikation wies es darauf hin, dass die Sicherheit für die Fortführung des Verfahrens, die bis zum 31. März 2003 geleistet werden müsse, sich auf CHF 50 000.– belaufe und es sich das Recht vorbehalte, zu einem späteren Zeitpunkt zusätzliche Vorschüsse zu verlangen.

D., gemäss Forderungseintrag des Sachwalters für die Nachlassstundung eine vermutliche Gläubigerin der Konkursmasse, führte Beschwerde gegen den Entscheid des Konkursamtes, die Sicherheit für die Durchführung des Konkurs-

verfahrens auf CHF 50 000.– festzusetzen; ihrer Ansicht nach sollte die Sicherheit CHF 7000.– betragen.

Mit Entscheid vom 31. Juli 2003, der am 4. August 2003 eröffnet wurde, wies die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde ab.

Am 15. August 2003 erhob die vorerwähnte Gläubigerin bei der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgerichts SchKG-Beschwerde wegen Verletzung verschiedener Bestimmungen des Bundesrechts (Art. 169 Abs. 1, 227, 230 Abs. 2, 231 Abs. 3 Ziff. 2, 243 und 262 SchKG) und Ermessensmissbrauch. Sie beantragte sinngemäss, der strittige Betrag für die Sicherheit sei auf CHF 7000.– zu reduzieren.

Das Konkursamt sowie die früheren Konkursverwalter beantragten Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit darauf eingetreten werden kann.

*Aus den Erwägungen:*

1.

Wenn der Gläubiger, der die Durchführung des Konkursverfahrens gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG verlangt, die Sicherheit, die er zu leisten hat, als zu hoch betrachtet, kann er bei der kantonalen Aufsichtsbehörde SchKG-Beschwerde nach Art. 17 Abs. 1 und 18 SchKG führen, indem er geltend macht, der Entscheid des Konkursamtes sei in der Sache nicht gerechtfertigt (ERNST BRAND, *Faillite, Liquidation sommaire*, Schweizerische Juristische Kartothek 997, S. 1; vgl. P.-R. GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, N 18 zu Art. 230 SchKG; C. JAEGER, *SchKG-Kommentar*, 3. Aufl., N 8 zu Art. 230 SchKG; nicht begründete a.M. in der 4. Aufl. desselben Kommentars [JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, N 11 zu Art. 230 SchKG]).

Da die Frage der zu leistenden Sicherheit eine reine Ermessensfrage ist (vgl. BRAND, a.a.O.), kann auf die Beschwerde ans Bundesgericht nur wegen Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens eingetreten werden (Art. 19 Abs. 1 SchKG; BGE 106 III 75 E. 2 S. 78; SchKG-COMETTA, N 15 zu Art. 19).

Ein Missbrauch oder eine Überschreitung des Ermessens liegt vor, wenn die Behörde sachfremde Kriterien mitberücksichtigt oder rechtserhebliche Umstände ausser Acht lässt (BGE 110 III 17 E. 2 S. 18 m.Hinw. = Pra 73 Nr. 189) oder wenn sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig erweist, dem Ziel des Konkursverfahrens zuwiderläuft oder willkürlich ist (BGE 123 III 274 E. a/cc m.Hinw.; SANDOZ-MONNOZ, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, Bd. II, Bern 1990, S. 721 f. m.Hinw.; SchKG-COMETTA, a.a.O.).

2.

In ihrer Beschwerde schätzte die Beschwerdeführerin die künftigen Kosten für das summarische Konkursverfahren unter Berücksichtigung der Gläubigerzahl

(40) und der in der GebV SchKG (SR 281.35) vorgesehenen Gebühren für die verschiedenen Konkursbehandlungen auf CHF 6280.–.

Nach Ansicht der kantonalen Aufsichtskommission erschien diese Schätzung der künftigen Kosten bezüglich der Passivseite der Konkursmasse als sehr gering angesichts des Umfangs der von den Gläubigern gestellten Forderungen (etwa 500 Millionen Franken) einerseits und der in gewissen Fällen komplizierten Abklärungen sowie der Möglichkeit von Kollokationsklagen andererseits. Ausserdem hatte die Beschwerdeführerin die künftigen Kosten bezüglich der Ermittlung, Verwaltung und Verwertung der Aktiven der Konkursmasse ausser Acht gelassen, die vom Konkursamt wie folgt geschätzt worden waren: CHF 20 000.– für eine umfassende Überprüfung der Buchhaltung der Konkursmasse durch eine Treuhandgesellschaft oder einen Buchhaltungsexperten, dies angesichts der ungenügenden Angaben der vom Revisionsorgan der Konkursmasse erstellten Bilanz und der Möglichkeit, dass Forderungen gegen Handelsschuldner oder Gesellschaften der Gruppe verwertbare Aktiven darstellen; CHF 10 000.– für umfangreiche und von einer Fachperson vor Ort durchzuführende Ermittlungsarbeiten im Hinblick auf die zumindest teilweise Eintreibung einer Forderung von CHF 135 452 986.22 gegen eine in Konkurs geratene Gesellschaft in Luxemburg; CHF 10 000.– für die Eintreibung durch einen ausländischen Beauftragten einer im Übrigen nicht bestrittenen Forderung von CHF 46 833 148.62 gegen S.; CHF 10 000.– für Ermittlungen und weitere Schritte im Ausland, insbesondere in Südamerika, betreffend möglicher Beteiligungen an der Konkursmasse in N. Diesen künftigen Kosten für die Durchführung des Konkursverfahrens von insgesamt CHF 50 000.– wären nach Ansicht der kantonalen Aufsichtskommission noch Kosten der gleichen Natur hinsichtlich weiterer Aktivposten hinzuzurechnen, so schätzungsweise CHF 1000.– für eine Forderungen gegen die SI F., sowie über CHF 6000.– zu den Kosten betreffend Passivseite und Verteilung.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin wirft der kantonalen Aufsichtskommission vor, sie habe völlig verkannt, dass im vorliegenden Fall die Vermögenswerte des Schuldners vom Konkursamt bereits geschätzt und das Inventar aufgenommen worden seien und dass das Inventar im Übrigen nicht angefochten worden und daher rechtskräftig geworden sei. Daraus folge, dass der ergangene Entscheid Bundesrecht verletze, indem er geltend mache, der Betrag von CHF 50 000.– müsse ganz oder teilweise für die Bestimmung und Schätzung der Vermögenswerte des Schuldners verwendet werden.

Ein Missbrauch oder ein Überschreiten des Ermessens von Seiten der Behörde wird von der Beschwerdeführerin in keiner Weise begründet; diese hebt selbst hervor, dass in bestimmten Einzelfällen eine neue Schätzung möglich sei. Es ist richtig, dass die Beteiligten im summarischen Verfahren grundsätzlich kein Recht auf die Durchführung einer zweiten Schätzung der Grundeigentums-

oder Forderungsrechte haben (GILLIÉRON, a.a.O., N 29 zu Art. 231 SchKG m.Hinw.); allerdings muss in diesem Fall eine erste Schätzung tatsächlich stattgefunden haben. Im aufgenommenen Inventar hat sich das Konkursamt aber darauf beschränkt, die verschiedenen Liegenschaften, Zahlungsverpflichtungen, Forderungen und Rechte der Konkursmasse ohne Wertangabe vorzumerken und auf Posten der vom Revisionsorgan der Konkursmasse erstellten Bilanz zu verweisen. Die kantonale Aufsichtsbehörde stellte fest, dass sich das Konkursamt bei Fortführung des Verfahrens nicht mit den Angaben in der erwähnten Bilanz begnügen könnte; dies angesichts der Ungewissheit in Bezug auf bestimmte als amortisiert dargestellte Forderungen, der verhältnismässigen Komplexität der Situation und der Tatsache, dass die Eintreibung der genannten Forderungen im Wesentlichen vom Ausgang rechtlicher Schritte und Ermittlungen im Ausland abhängt.

Die Beschwerdeführerin begnügt sich damit festzuhalten, dass «die Aktiven der Konkursmasse bereits geschätzt worden sind». Sie macht weder geltend, dass sich die kantonale Behörde auf sachfremde Kriterien gestützt oder rechtlich unerhebliche Umstände berücksichtigt habe, noch dass ihr Entscheid dem Zweck des Konkursverfahrens zuwiderlaufe oder ganz einfach willkürlich sei.

3.2 Die im Ausland liegenden Vermögenswerte müssen ebenfalls ins Inventar aufgenommen werden (Art. 27 Abs. 1 KOV [SR 281.32]). Ihre Schätzung erfolgt in gleicher Weise und nach den gleichen Kriterien, wie wenn sie in der Schweiz liegen würden, wobei das Konkursamt die internationale Rechtshilfe in Anspruch nehmen oder einen Experten bezeichnen kann, der einen Korrespondenten im Ausland einsetzt (GILLIÉRON, a.a.O., N 19 zu Art. 227 SchKG; SchKG-LUSTENBERGER, N 9 zu Art. 221).

Die Beschwerdeführerin führt deshalb zu Unrecht an, das Konkursamt müsse in Luxemburg und Argentinien keine diesbezüglichen Schritte unternehmen.

4. [...]