

www.konkurseinstellung-praxis.ch

BGE 130 III 481 = Entscheid 7B.32/2004 vom 25. Mai 2004

Pra 2005 Nr. 42

Die Praxis

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte

ISSN 1017-8147 – Erscheint 12 × jährlich

www.pra.ch

www.legalis.ch

Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, 4051 Basel

Der Helbing Lichtenhahn Verlag hat die Veröffentlichung der Übersetzung auf www.konkurseinstellung-praxis.ch genehmigt. Alle Rechte verbleiben beim Helbing Lichtenhahn Verlag.

116 II 454 = Pra 80 Nr. 139; BGE 113 II 421 E. 1 = Pra 77 Nr. 110; BGE 92 II 328 = Pra 56 Nr. 91; GAUCH, Der Werkvertrag, [4. Aufl. 1996] N 28 und 29).

Die Qualifikation als Werkvertrag hat aufgrund einer Analyse der im konkreten Fall vereinbarten Leistungen zu erfolgen (CORBOZ, a.a.O., S. 3 Fn. 8).

Im vorliegenden Fall erwog der kantonale Gerichtshof, der Zweck des Vertrages bestehe im guten Funktionieren der Feuerlöcher im Brandfall. Man muss mit ihm anerkennen, dass dies eine Tätigkeit darstellt, deren objektiv messbares Resultat gewährleistet werden kann (CHAIX, Commentaire romand, N 9 zu Art. 363 OR; vgl. auch e contrario bezüglich Tätigkeiten der Warenkontrolle, Entscheid 4C.141/1994 vom 23.8.1994, E. 2). Da jedes Dauerelement fehlt, welches z.B. allfällige Ratschläge zur Brandbekämpfung und eine langfristige Wartung der Feuerlöcher implizieren würde, kann die rechtliche Qualifikation als Werkvertrag nur bestätigt werden (TERCIER, Les contrats spéciaux, 3. Aufl., N 3878 ff.; GAUCH, a.a.O., N 323; vgl. auch CHAIX, a.a.O., N 24 zu Art. 363 OR).

5.

Der Werkvertrag unterscheidet sich durch die Regelung der Mängelhaftung, insbesondere bezüglich der Verjährungsfristen, welche – wie beim Kauf – im Vergleich zu den allgemeinen Bestimmungen kürzer sind. Die Klägerin erhebt keine Rüge gegen den angefochtenen Entscheid bezüglich der anwendbaren Frist, deren Beginn und deren Unterbrechung für den Fall, dass die Berufung abgewiesen wird, soweit sie sich gegen die Annahme eines Werkvertrages richtet. Auf diese Punkte ist nicht zurückzukommen (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG).

6. [...]

Schuldbetriebs- und Konkursrecht

Nr. 42 Bundesgericht, Schuldbetriebs- und Konkurskammer
Entscheid von 25. Mai 2004 i.S. Konkursamt Genf und X SA
in Liquidation c. Aufsichtsbehörde in Schuldbetriebs- und
Konkurssachen des Kantons Genf (7B.32/2004)

Übersetzt von NELLY HALDI

(Originaltext französisch. Publikation in der Amtlichen Sammlung erfolgt; BGE 130 III 481.)

Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven; Konkurrenz zwischen einem auf Art. 230 Abs. 4 SchKG gestützten Begehren um Wieder-

aufnahme einer wegen der Konkursöffnung aufgehobenen Betreuung auf Pfandverwertung und einem Begehren um Verwertung des Pfandes gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG. Die vor der Konkursöffnung eingeleiteten Betreibungen leben nach Einstellung des Konkurses wieder auf, d.h. nach der Veröffentlichung des Eintrages der Einstellung und des Schlusses des Konkursverfahrens mangels Aktiven im SHAB (E. 2.1). Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven einer juristischen Person bedeutet nicht notwendigerweise das Ende des Verfahrens, wenn die Masse mit Pfandrechten belastete Vermögenswerte umfasst; in diesem Fall bleibt das Konkursamt zuständig, um die Spezialliquidation nach den aufeinander folgenden Regeln von Art. 230a Abs. 2–4 SchKG von Amtes wegen zu eröffnen und durchzuführen (E. 2.2 und 2.3). Wenn ein Pfandgläubiger die Verwertung seines Pfandes gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG verlangt, darf der Konkurs nicht geschlossen werden (Art. 268 Abs. 2 SchKG) und kann die durch den Konkurs aufgehobene Betreuung auf Pfandverwertung noch nicht wiederaufleben; daher geht bei dieser Ausgangslage das Verfahren nach Art. 230a Abs. 2 SchKG demjenigen nach Art. 230 Abs. 4 SchKG vor (E. 3).

Sachverhalt:

Am 3. September 1998 beantragte die Y SA (nachfolgend: die Gläubigerin) eine Grundpfandverwertung gegenüber Z aufgrund einer Grundpfandverschreibung, in der Z als solidarischer Mitschuldner bezeichnet wurde und die auf der Parzelle der Gesellschaft X errichtete Stockwerkeigentumsanteile belastete.

Der Zahlungsbefehl wurde dieser Gesellschaft am 8. Oktober 1998 in ihrer Eigenschaft als Liegenschaftseigentümer zugestellt, die dagegen Rechtsvorschlag erhob, und am 12. Oktober 1998 dem Schuldner, der keinen Rechtsvorschlag erhob. Der Rechtsvorschlag der Eigentümerin wurde am 30. November 1998 provisorisch aufgehoben. Am 12. Mai 1999 beantragte die Gläubigerin die Verwertung der gepfändeten Anteile.

Am 28. Mai 2001 eröffnete das erstinstanzliche Gericht in Genf über die Gesellschaft als Pfandeigentümerin den Konkurs, so dass die für den 30. Mai 2002 im Rahmen der Betreuung auf Pfandverwertung vorgesehene Versteigerung der Stockwerkeigentumsanteile abgesetzt werden musste. Am 10. Juli 2003 verfügte das Gericht indessen die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Der Entscheid wurde am 23. Juli 2003 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) veröffentlicht; für die Leistung der Sicherheit von CHF 4500.– für die Durchführung des Verfahrens wurde eine Frist bis 4. August 2003 angesetzt (Art. 230 Abs. 2 SchKG).

Am 28. Juli 2003 gab das Konkursamt von Genf der Gläubigerin Kenntnis von der Einstellung des Konkursverfahrens und wies sie darauf hin, dass sie die Wahl zwischen drei Möglichkeiten habe: Sie könne entweder nach Leistung der oben erwähnten Sicherheit vor dem 4. August 2003 das summarische Konkursverfah-

ren oder ein Vorgehen nach Art. 230a SchKG verlangen oder gestützt auf Art. 230 Abs. 4 SchKG die Pfandverwertung vom Konkursamt vornehmen lassen.

Am 30. Juli 2003 verlangte die kantonale Steuerverwaltung zu Gunsten eines nicht eingetragenen gesetzlichen Grundpfandrechts zur Sicherung der Vorranggeniessenden Grundstücksgewinnsteuer ein Vorgehen nach Art. 230a Abs. 2 SchKG. Das Konkursamt gab der Gläubigerin am 14. August 2003 davon Kenntnis und teilte ihr mit, dass es sich deshalb weiterhin als zuständig erachte. Die Gläubigerin hielt in ihrer Antwort fest, Art. 230a Abs. 2–4 SchKG seien nicht anwendbar, sie wersetze sich aber der Pfandverwertung durch das Konkursamt nicht, wenn diese baldmöglichst durchgeführt werde.

Mit Publikation im Amtsblatt vom 27. August 2003 forderte das Konkursamt die Gläubiger der Gemeinschuldnerin auf, bis 1. Oktober 2003 ihre Eingaben zu machen.

Auf Antrag des Konkursamtes vom 11. August 2003 erklärte das erstinstanzliche Gericht mit Entscheid vom 1. September 2003 den Konkurs über die Pfandeigentümerin für geschlossen. Die Einstellung wurde am 18. September 2003 im SHAB veröffentlicht; gemäss Publikation im SHAB vom 7. Oktober 2003 wurde der betreffende Eintrag jedoch gelöscht, weil er fälschlicherweise vorgenommen worden war.

Am 9. September 2003 verlangte die Gläubigerin vom Betreibungsamt, ihre Betreuung auf Pfandverwertung gemäss Art. 230 Abs. 4 SchKG wieder aufzunehmen und das Datum der Versteigerung festzusetzen. Sie versuchte ebenfalls, von der kantonalen Steuerverwaltung die Zustimmung zu einer Pfandverwertung durch das Betreibungsamt im Rahmen der erwähnten Betreuung zu erwirken. Am 7. Oktober 2003 kam das Konkursamt zum Schluss, das von der kantonalen Steuerverwaltung beantragte Verfahren nach Art. 230a SchKG gehe vor.

Die Gläubigerin führte bei der kantonalen Aufsichtsbehörde Beschwerde und verlangte die Aufhebung des Entscheids des Konkursamtes vom 7. Oktober 2003, die Rückgängigmachung des am 27. August 2003 im SHAB erschienenen Schuldenrufs auf Kosten des Konkursamtes sowie die Aufforderung an das Betreibungsamt, das Verfahren auf Grundpfandverwertung wieder aufzunehmen.

Mit Verfügung vom 12. Februar 2004, die am 16. Februar 2004 eröffnet wurde, hiess die kantonale Aufsichtsbehörde die Beschwerde gut und folgte damit den Anträgen der Gläubigerin.

Am 26. Februar 2004 zogen das Konkursamt und die durch es vertretene Konkursmasse den Entscheid der kantonalen Aufsichtskommission an die Schuldbetriebs- und Konkurskammer des Bundesgerichts weiter. Sie beantragten, es sei der Entscheid aufzuheben und das Konkursamt aufzufordern, das Grundpfand zu verwerten; alle anderen Anträge seien abzuweisen.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, gut, hebt den angefochtenen Entscheid auf und ordnet an, dass das Grundpfand im Eigentum der in Liquidation stehenden Gesellschaft X gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG vom Konkursamt zu verwerten ist.

Aus den Erwägungen:

1. [...]

2.

In der Beschwerde wird das Problem der Konkurrenz zwischen zwei im Anschluss an eine Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gestellten Anträgen auf Pfandverwertung aufgeworfen, wobei sich der eine Antrag auf Art. 230 Abs. 4 SchKG (Wiederaufleben einer wegen Konkursöffnung aufgehobenen Betreibung gemäss Art. 206 SchKG), der andere auf Art. 230a Abs. 2 SchKG (Antrag eines Pfandgläubigers) stützt. Es geht mit anderen Worten darum, welcher der beiden Anträge Vorrang hat.

2.1 Gemäss Art. 230 Abs. 4 SchKG leben vor Konkursöffnung eingeleitete Betreibungen nach Einstellung des Konkurses wieder auf. Diese Regel ist auf alle Konkursarten und -verfahren anwendbar; die Verfahren leben in dem Stand wieder auf, den sie bei Konkursöffnung hatten (P.-R. GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, N 55 zu Art. 230 SchKG). Wenn wie in casu eine im Rahmen einer Betreibung auf Grundpfandverwertung angesetzte Versteigerung wegen Konkurses der Liegenschaftseigentümerin abgesetzt werden musste, kann sie nach der Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven und Schluss des Konkursverfahrens erneut angesetzt werden (BGE 120 III 141 m.Hinw.).

Unter Einstellung des Konkurses i.S.v. Art. 230 Abs. 4 SchKG ist die Veröffentlichung der Einstellung und des Schlusses des Konkursverfahrens mangels Aktiven im SHAB durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister zu verstehen (Art. 65 und 66 Abs. 2 HRegV [SR 221.411]); Art. 931 und 939 Abs. 3 OR; GILLIÉRON, a.a.O., N 53 zu Art. 230 SchKG). Obschon das Verfahren ipso facto mit Ablauf der in Art. 230 Abs. 2 SchKG vorgesehenen 10-tägigen Frist schliesst – die Erklärung des Gerichts, das Verfahren sei geschlossen (Art. 268 Abs. 2 SchKG), ist deklaratorischer Natur (FRANÇOIS VOUILLOZ, La suspension de la faillite faute d'actif, BISchK 2001, S. 43 und N 8 m.Hinw.) –, scheint es in der Tat nicht angebracht, das Wiederaufleben der durch die Konkursöffnung eingestellten Betreibungen auf diesen Zeitpunkt festzusetzen; dies deshalb, weil noch nicht bekannt ist, ob nicht das summarische Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 230 Abs. 2 SchKG), und weil Betreibende nicht dazu veranlasst werden sollten, die Fortsetzung von Betreibungen zu verlangen, die zwar wiederaufleben, die aber nicht fortgesetzt werden können, wenn die Konkursverwaltung Vermögensrechte des Konkursschuldners verwerten muss, welche dazu dienen, die Gläubiger, die in den Kollokationsplan aufgenommen werden, zu befriedigen (GILLIÉRON, a.a.O.).

2.2 Wenn sich in der Konkursmasse einer juristischen Person verpfändete Werte befinden und der Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden ist, kann gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG jeder Pfandgläubiger trotzdem beim Konkursamt die Verwertung seines Pfandes beantragen. Sobald das Konkursamt Kenntnis vom Bestehen von Pfändern hat, setzt es den Pfandgläubigern dafür eine Frist von im Allgemeinen 10–20 Tagen an (Art. 230a Abs. 2 Satz 2 SchKG; FRANCO LORANDI, Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven, AJP 1999, S. 42 lit. C; VOUILLOZ, a.a.O., S. 47 lit. A; SchKG-LUSTENBERGER, N 10 zu Art. 230a).

Nachdem es bereits bei der Konkurseinstellung zuständig ist, bleibt das Konkursamt auch zuständig für diese Spezialliquidation (LORANDI, a.a.O., S. 42 lit. B; VOUILLOZ, a.a.O.; DOMINIK GASSER, Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, S. 60; LUSTENBERGER, a.a.O.).

Diese Spezialliquidation erfolgt nach einem Kaskadensystem: Verwertung auf Antrag eines Pfandgläubigers (Art. 230a Abs. 2 SchKG); andernfalls Übertragung auf den Staat (Art. 230a Abs. 3 SchKG); bei Ablehnung der Übertragung Verwertung durch das Konkursamt (Art. 230a Abs. 4 SchKG). Solange sie auf die Verwertung ihres Pfandes nicht verzichtet haben, haben die Pfandgläubiger nach Art. 230a Abs. 2 SchKG vorzugehen; unterlassen sie dies, überträgt das Konkursamt die Aktiven auf den Staat (Abs. 3) oder verwertet sie selbst (Abs. 4); dazu ist zu präzisieren, dass der Pfandgläubiger, der die vom Konkursamt angesetzte Frist unbenutzt verstreichen lässt, einzig das Recht verliert, die Pfandverwertung i.S.v. Art. 230a SchKG zu verlangen, und sein Pfandrecht, wie immer auch das Verfahren fortgesetzt wird, behält (LORANDI, a.a.O., S. 41 und 42/43 lit. C; VOUILLOZ, a.a.O., S. 52 und 54).

2.3 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven im Falle einer juristischen Person nicht notwendigerweise das Ende des Verfahrens bedeutet; es handelt sich eher um eine notwendige Etappe vor einer Spezialliquidation (VOUILLOZ, a.a.O., S. 46), die den Regeln des Konkurses unterliegt, und zwar jenen des summarischen Verfahrens nach Art. 231 SchKG (LORANDI, a.a.O., S. 43 lit. D; VOUILLOZ, a.a.O., S. 55; GASSER a.a.O., S. 61; LUSTENBERGER, a.a.O.); die in Art. 230a Abs. 2 SchKG vorgesehene Pfandverwertung stellt somit eine im Rahmen einer Generalexekution (Konkurs) vorgenommene Spezialexekution dar (LORANDI, a.a.O., S. 42 lit. A; VOUILLOZ, a.a.O., S. 53 lit. B und 55; GASSER, a.a.O., S. 52).

3.

Das Konkursamt beschränkte sich in seinem Schliessungsantrag vom 11. August 2003 darauf zu vermerken, dass die Gläubiger keine Durchführung des Konkurses verlangt und innert der gesetzten Frist keinen Kostenvorschuss ge-

leistet hatten (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Der Antrag der kantonalen Steuerverwaltung vom 30. Juli 2003, es sei nach Art. 230a Abs. 2 SchKG vorzugehen, wurde darin nicht erwähnt, ebenso wenig die Tatsache, dass es der Gläubigerin unter anderem die Möglichkeit angeboten hatte, selbst ein Vorgehen nach Art. 230a SchKG zu beantragen. Um seinen Entscheid vom 1. September 2003 gemäss Art. 268 Abs. 2 SchKG zu erlassen, musste das erstinstanzliche Gericht über sämtliche Akten und Belege verfügen (Art. 92 Abs. 1 KOV [SR 281.32]), insbesondere über den oben erwähnten Antrag betreffend die Anwendung von Art. 230 Abs. 2 SchKG. In Kenntnis des Dossiers konnte ihm jedenfalls nicht entgehen, dass sich in der Konkursmasse «verpfändete Werte» befanden (Art. 230a Abs. 2 SchKG), die von Amtes wegen zur Eröffnung des in Art. 230a Abs. 2–4 SchKG vorgesehenen Verfahrens nach dem Kaskadensystem führen mussten. Da das Liquidationsverfahren damit noch nicht beendet war (vgl. E. 2.2. und 2.3), konnte das erstinstanzliche Gericht das Verfahren nicht für geschlossen erklären (vgl. SchKG-STAEHELIN, N 5 zu Art. 268).

Auch wenn die Aufsichtsbehörden offensichtlich gerichtliche Entscheidungen weder abändern noch aufheben können (BGE 120 III 1), so haben sie doch deren mögliche Fehlerhaftigkeit oder Nichtigkeit Rechnung zu tragen; sie können dies vorfrageweise feststellen und daraus die nötigen Konsequenzen für die in Frage stehende Betreuung ableiten (BGE 102 III 133 E. 3 S. 137 = Pra 66 Nr. 16; BGE 101 III 1 E. 3 S. 7 f. m.Hinw. = Pra 64 Nr. 188). In Anbetracht dessen, dass das betroffene Liquidationsverfahren in casu fortgesetzt wurde und beim Stand der Dinge entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts nicht geschlossen werden konnte, hatte die durch die Konkurseröffnung eingestellte Betreuung auf Grundpfandverwertung noch nicht gemäss Art. 230 Abs. 4 SchKG wiederaufleben können (vgl. E. 2.1.). Das Konkursamt war deshalb zu Recht der Ansicht, dass es das Dossier weiterzubehandeln habe und dass das Verfahren nach Art. 230a SchKG, dessen Anwendung von einer Pfandgläubigerin ausdrücklich beantragt worden war, vorgehe.

Die Beschwerde ist demnach, soweit darauf eingetreten werden kann (E.1), gutzuheissen.