

Andreas Feuz

# Liquidation von Aktiven trotz Einstellung des Konkurses mangels Aktiven?

**Auch nach dem revidierten SchKG werden viele Konkurse mangels Aktiven eingestellt. Dies rechtfertigt es, die wenig publizierte Praxis vorliegend nochmals darzustellen. Namentlich im Bereich der Spezialliquidation nach Art. 230a SchKG.**

## Vorbemerkungen

Die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bedeutet nicht, dass überhaupt keine Aktiven mehr vorhanden sind, vielmehr besagt dies, dass die liquiden Aktiven nicht reichen, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken. Das heisst, dass genügend Aktiven vorhanden sein können, diese aber mit beschränkten dinglichen Rechten, Einreden oder Einwendungen derart belastet sind, dass kein Überschuss für die Konkursmasse und damit für die Bezahlung der Kosten erwartet werden kann. Andererseits ist womöglich das Risiko für die Konkursverwaltung zu hoch, weil namhafte Forderungen streitig sind. Das Konkursverfahren wird auf Antrag des Konkursamtes durch das Konkursgericht eingestellt<sup>1</sup>. Damit können Konkurse natürlicher Personen, juristischer Personen und von ausgeschlagenen Erbschaften das Schicksal der Einstellung erfahren. Der Gläubiger, der den Kridar in den Konkurs getrieben hat, trägt indessen das Risiko, die Kosten bis zur ersten Gläubigerversammlung begleichen zu müssen.

## Wahlrecht des Gläubigers

Jeder Gläubiger hat die Möglichkeit, die Einstellung des Konkursverfahrens zu ver-

hindern, indem er genügend Kostensicherheit für die Durchführung des Verfahrens leistet<sup>2</sup>. Die Kosten werden bzw. die Höhe der Sicherstellung wird durch das Konkursamt festgelegt und das Konkursamt wird in den meisten Fällen ein Nachforderungsrecht für ungedeckte Kosten statuieren. Der Entscheid der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven kann weitergezogen werden, hinsichtlich der Höhe der verlangten Kostensicherheit ist eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde möglich<sup>3</sup>. Wenn kein Gläubiger die nötige Kostensicherheit leistet, wird der Konkurs mangels Aktiven eingestellt, ohne dass eine weitere gerichtliche Entscheidung nötig wäre.



Andreas Feuz  
Fürsprecher  
Transliq AG Bern und Zürich

## Folgen der Einstellung

Wird der Konkurs mangels Aktiven eingestellt, kann der konkursite Schuldner während zwei Jahren auch auf Pfändung betrieben werden<sup>4</sup>. Dies ist insofern bei natürlichen Personen wichtig, die ihr Geschäft nach der Einstellung des Konkurses weiterführen. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen seit der Revision 1994 nach der Einstellung des Konkurses wieder aufleben. Es ist davon auszugehen, dass der Wegfall des Pfändungsbeschlages nach Art. 199 SchKG beim Wiederaufleben der Betreibung ebenfalls wieder aufleben dürfte. Die Möglichkeit der Betreibung auf Pfändung ist folgerichtig, da eine weitere Betreibung auf Konkurs mit einiger Sicherheit wieder zum Konkurs und zur Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven führen würde.

<sup>1</sup> Art. 230 Abs. 1 SchKG

<sup>2</sup> Art. 230 Abs. 2 SchKG, in Verbindung mit KOV Art. 93

<sup>3</sup> vgl. VUILLOZ FRANÇOIS, AJP, 2001, Seite 82

<sup>4</sup> Art. 203 Abs. 3 SchKG

## Juristische Personen

Auch eine juristische Person kann während zwei Jahren auf Pfändung statt auf Konkurs betrieben werden. Problematisch ist in dieser Hinsicht, dass die juristische Person nach Art. 66 Abs. 2 Handelsregisterverordnung nach 3 Monaten im Handelsregister gelöscht wird, falls kein Gläubiger oder anderer Interessierter dagegen Einsprache erhebt. Dieses Einspracherecht kommt nicht nur den Vertretern der konkursiten Gesellschaft zu, sondern auch Dritten, namentlich Gläubigern. Die eben erwähnte Betreibung auf Pfändung verlangt, dass die betriebene Gesellschaft im Handelsregister eingetragen bleibt. Sollte die Gesellschaft mangels Einsprache des Verwaltungsrates noch eines Dritten bereits gelöscht sein, kann diese wieder eingetragen werden<sup>5</sup>. Im Handelsregister ist die konkursite Gesellschaft nunmehr mit dem Prädikat «in Liquidation» versehen. Liquidiert wird die Gesellschaft durch den bisherigen Verwaltungsrat oder durch einen eigens eingesetzten Liquidator. Diese Liquidation hat nach den Regelungen des Privatrechts zu erfolgen.

## Spezialliquidation

Befinden sich in der Konkursmasse einer juristischen Person gepfändete Werte und ist der Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden, so kann jeder Pfandgläubiger trotzdem beim Konkursamt die Verwertung seines Pfandes verlangen<sup>6</sup>. Diese früher in der VZG vorgesehene Spezialliquidation entzieht den Liquidationsorganen nach Obligationenrecht die Verfügungsmacht über den zu verwertenden Pfandgegenstand. Im Rahmen einer Spezialliquidation werden nicht nur Grundstücke verwertet, sondern jegliche Pfandgegenstände, namentlich auch retinierte Sachen. Für die Stellung des Spezialliquidationsbegehrens setzt das Amt dem Pfandgläubiger eine Frist. Diese ist bundesrechtlich nicht einheitlich geregelt und beträgt in der Praxis zwischen zehn Tagen und einem Jahr. Dass die Gesellschaft während der Spezialliqui-

ation noch im Handelsregister eingetragen bleibt, ist meines Erachtens nicht notwendig. Bei dem Spezialliquidationsverfahren handelt es sich nicht um ein Spezial-, sondern um ein Generalexekutionsverfahren, das im Rahmen eines Konkursverfahrens durchgeführt wird<sup>7</sup>. Zuständig ist namentlich das Konkursamt am Ort des Sitzes der konkursiten Gesellschaft und nicht am Ort der gelegenen Sache. Am Verfahren beteiligt sind sämtliche Pfandgläubiger der zu verwertenden Liegenschaft, nicht aber die restlichen Gläubiger des Schuldners. Es wird damit kein Kollokationsplan, sondern lediglich ein Lastenverzeichnis erstellt. Handelt es sich beim Pfandgegenstand um Fahrnis, dürfen sich die aufgelegten Akten auf das Inventar und den Kollokationsplan der pfandberechtigten Gläubiger erstrecken. Da es sich um ein summarisches Konkursverfahren handelt und nicht um eine Spezialexécution, sind die Freihandverkaufsbedingungen nach Konkurs und nicht nach Betreibung auf Pfandverwertung anwendbar. Demjenigen Gläubiger, der die Pfandverwertung verlangt hat, wird ein Pfandausfallschein ausgestellt, den andern Pfandgläubigern wird eine Bestätigung ausgestellt, dass ihre Forderung nicht gedeckt worden ist<sup>8</sup>. Nun ist es durchaus möglich, dass die pfandbelastete Liegenschaft oder der retentionsbelegte Gegenstand weder auf dem Wege der Betreibung noch über eine Spezialliquidation nach Art. 230a Abs. 2 SchKG realisiert wird<sup>9</sup>. Wie bei der Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft nach Art. 230a Abs. 1 SchKG auf den in Art. 230 Abs. 3 SchKG verwiesen wird, geht DOMINIK GASSER davon aus<sup>10</sup>, dass ein Liquidationsverfahren kaskadenartig erfolgen soll:

- Verwertung der Pfandobjekte durch das Konkursamt auf Antrag des Pfandgläubigers (Art. 230a Abs. 2 SchKG)
- Übertragung der nichtverwerteten Pfandobjekte an den Staat, zusammen mit allfällig unbelasteten Aktiven (SchKG 230a Abs. 3) und falls der Staat ablehnt
- Verwertung aller Aktiven von Amtes wegen durch das Konkursamt (SchKG 230a Abs. 4)

### Art. 230a SchKG

<sup>1</sup> Wird die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft mangels Aktiven eingestellt, so können die Erben die Abtretung der zum Nachlass gehörenden Aktiven an die Erbengemeinschaft oder an einzelne Erben verlangen, wenn sie sich bereit erklären, die persönliche Schuldpflicht für die Pfandforderungen und die nicht gedeckten Liquidationskosten zu übernehmen. Macht keiner der Erben von diesem Recht Gebrauch, so können es die Gläubiger und nach ihnen Dritte, die ein Interesse geltend machen, ausüben.

<sup>2</sup> Befinden sich in der Konkursmasse einer juristischen Person verpfändete Werte und ist der Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden, so kann jeder Pfandgläubiger trotzdem beim Konkursamt die Verwertung seines Pfandes verlangen. Das Amt setzt dafür eine Frist.

<sup>3</sup> Kommt kein Abtretungsvertrag seines Pfandes, so werden die Aktiven nach Abzug der Kosten mit den darauf haftenden Lasten, jedoch ohne die persönliche Schuldpflicht, auf den Staat übertragen, wenn die zuständige kantonale Behörde die Übertragung nicht ablehnt.

<sup>4</sup> Lehnt die zuständige kantonale Behörde die Übertragung ab, so verwertet das Konkursamt die Aktiven.

## Liquidation von Amtes wegen?

Wenn somit kein Pfandgläubiger die Verwertung seines Pfandobjektes durch das Konkursamt verlangt und auch keine wiederaufgelebten Betreibungen hängig sind, kommt seiner Meinung nach hier der Staat zum Zuge. Die Aktiven der kridaren juristischen Person werden ihm übertragen, falls er die Übertragung nicht

<sup>5</sup> BGE 110 II 396

<sup>6</sup> Art. 230a Abs. 2 SchKG

<sup>7</sup> sog. Minikonkurs im Rahmen eines Summarverfahrens

<sup>8</sup> Art. 120 VZG

<sup>9</sup> oder keine Ausübung des Selbstverkaufsrechtes

<sup>10</sup> GASSER DOMINIK, Die Liquidation nach Art. 230a SchKG, in Schuldberichtigung- und Konkurs im Wandel, Festschrift 75, Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, Seite 59 ff.

ablehnt. Gedeckt sein müssen auch hier die Verfahrenskosten und andererseits die Pfandforderung, wobei der Kanton keine persönliche Schuldpflicht übernimmt. Er haftet somit nur mit den Aktiven und es gibt keine Staatsgarantie für den Pfandausfall, was nachvollziehbar ist, da sonst sämtliche überbelasteten Liegenschaften wohl dem Gemeinwesen zufallen dürften oder müssten. Falls nun der Staat die Übertragung der Liegenschaft oder der retinierten Gegenstände an sich selbst ablehnt, muss das Konkursamt wieder aktiv werden, ohne jedoch von jemandem Vorschuss verlangen zu können<sup>11</sup>. Auch jetzt findet die Verwertung, die notabene von Amtes wegen geschehen soll, im Rahmen eines summarischen Konkursverfahrens statt.

Meines Erachtens sind, falls diese Regeln wirklich anwendbar sind, die normalen Verfahrensgrundsätze des Summarverfahrens heranzuziehen. Es erfolgt somit ein Freihandverkauf, immer mit der Zustimmung der Pfandgläubiger, auch wenn sich diese bisher für ihr Pfandobjekt nicht interessiert haben<sup>12</sup>. Im weiteren ist schliesslich, da noch kein Nichtzuschlag der Liegenschaft oder des pfandbelasteten Gegenstandes erfolgt ist, nicht davon auszugehen, dass irgendwelche Pfandrechte untergegangen sein sollten. Falls es zu keiner Übertragung des Pfandgegenstandes

an den Staat kommt und schliesslich ein Überschuss aus der Verwertung realisiert wird, geht der Reinerlös aus unbelasteten Aktiven an den Staat. An die gewöhnlichen Gläubiger, die sich bisher desinteressiert gezeigt haben, kann nicht verteilt werden, weil ein Kollokations- und damit auch ein Verteilungsplan fehlt. Obschon DOMINIK GASSER und auch FRANCO LORANDI davon ausgehen, dass bei der Verwertung von Aktiven einer juristischen Person bei der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven schliesslich das Konkursamt von Amtes wegen tätig werden muss, bin ich der Meinung, hier zumindest ein Fragezeichen setzen zu können. Aus der Gesetzesystematik geht hervor, dass nach Abs. 3 von Art. 230a SchKG lediglich auf den Abs. 1 verwiesen wird und nicht auf Abs. 2. Eine Liquidation von Amtes wegen verbunden mit der kaskadenhaften Möglichkeit der Übertragung der Aktiven auf das Gemeinwesen bezieht sich lediglich auf die Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft und nicht auf die in Abs. 2 geregelte Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bei der juristischen Person.

### Schlussbemerkungen

Meines Erachtens ist es systematisch falsch, das Konkursamt von Amtes wegen

und vor allem ohne dass jemand einen Vorschuss leisten würde, tätig werden zu lassen, namentlich bei der Verwertung von retinierten Gegenständen, deren Verwertung der retentionsberechtigte Gläubiger nicht einmal verlangt hat oder von Altlasten geschädigten Liegenschaften, deren Verwertung durch den Grundpfandgläubiger nicht verlangt worden ist. In diesem Zusammenhang ist auf die Mitteilung Nr. 49 des Notariatsinspektorates des Kantons Zürich hinzuweisen<sup>13</sup>, wo eine pragmatische Lösung vorgeschlagen wird. Auch hier ist vorgesehen, dass das Konkursamt restriktiv von Amtes wegen tätig werden soll. Mit DOMINIK GASSER ist aber schliesslich darin einig zu gehen, dass den Gläubigern vielmehr gedient ist, entweder die Einzelverfolgungsrechte im Rahmen der Betreuung auf Pfändung und Pfandverwertung zu suchen oder spätestens die Verwertung im Rahmen der Spezialliquidation zu verlangen.

<sup>11</sup> LORANDI FRANCO, Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven, AJP 1999, Seite 43 bzw. 44

<sup>12</sup> anderer Meinung, DOMINIK GASSER, am angegebenen Ort, Seite 58

<sup>13</sup> Mitteilung Nr. 49, Zürich, 7. Juli 1997, Stellungnahme zu einigen Verfahrensfragen zum revidierten SchKG, Notariatsinspektorat des Kantons Zürich