

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_592/2015

Urteil vom vom 10. Dezember 2015

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichterin Escher,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Bovey,
Gerichtsschreiber Levante.

Verfahrensbeteiligte

1. A. _____ Ltd.,
2. B. _____ Ltd.,
3. C. _____ Ltd.,
4. D. _____ Ltd.,
5. E. _____ Ltd.,
6. F. _____ Ltd.,
7. G. _____ Ltd.,
8. H. _____ Ltd.,
9. I. _____ Ltd.,
10. J. _____ Ltd.,
11. K. _____ LP,
12. L. _____ LP,
13. M. _____ LP,
alle vertreten durch Rechtsanwalt Sven Lüscher,
Beschwerdeführer,

gegen

N. _____ AG in Liquidation,
vertreten durch das Konkursamt Küsnacht,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (Beschwerderecht des Gläubigers),

Beschwerde gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 17. Juli 2015 (PS150125-O/U).

Sachverhalt:

A.

A.a. Am 25. Februar 2015 eröffnete das Bezirksgericht Meilen als Konkursgericht über die N. _____ AG in Liquidation zufolge Überschuldungsanzeige den Konkurs. Das zur Durchführung des Verfahrens zuständige Konkursamt Küsnacht teilte dem Konkursgericht mit Bericht vom 23. Juni 2015 mit, aufgrund seiner Abklärungen würden die Aktiven zur Durchführung des Verfahrens nicht ausreichen, und beantragte die Einstellung des Konkurses im Sinne von Art. 230 Abs. 1 SchKG.

A.b. Mit Urteil vom 24. Juni 2015 stellte das Bezirksgericht das Konkursverfahren ein und wies das Konkursamt an, nach Art. 230 Abs. 2 SchKG vorzugehen; der Konkurs gelte als geschlossen, falls nicht ein Gläubiger binnen zehn Tagen von der öffentlichen Bekanntmachung an die Durchführung des Konkursverfahrens begehrt und für die Kosten hinreichende Sicherheit leistet.

B.

Am 1. Juli 2015 gelangten die A. _____ Ltd. sowie 8 weitere Fondsgesellschaften mit Beschwerde an das Obergericht des Kantons Zürich. Sie verlangten die Aufhebung des Entscheides über die Konkurseinstellung sowie die Abweisung des Antrags des Konkursamtes auf Konkurseinstellung und die Durchführung des Konkurses im summarischen, eventuell ordentlichen Verfahren. Das Obergericht trat mit Beschluss vom 17. Juli 2015 auf die Beschwerde nicht ein.

C.

Mit Eingabe vom 31. Juli 2015 sind die A. _____ Ltd. sowie 12 weitere Fondsgesellschaften mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gelangt. Die Beschwerdeführerinnen beantragen, der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Juli 2015 sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Weiter ersuchen sie um aufschiebende Wirkung.

Mit Präsidialverfügung vom 11. August 2015 ist der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuerkannt worden.

Es sind keine Vernehmlassungen in der Sache eingeholt worden.

Erwägungen:

1.

1.1. Angefochten ist das Urteil des Obergerichts über die Einstellung des Konkursverfahrens nach Art. 230 SchKG. Der Entscheid des Konkursgerichts bzw. der Rechtsmittelinstanz betrifft eine Schuldbetreibungs- und Konkursache, welche der Beschwerde in Zivilsachen unterliegt (Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG). Die Beschwerde gegen Entscheide des Konkursrichters ist an keinen Streitwert gebunden (Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG). Den Beschwerdeführerinnen Nr. 1-9 ist das Beschwerderecht vom Obergericht abgesprochen worden; ein schutzwürdiges Interesse zur Erhebung der Beschwerde in Zivilsachen ist gegeben (Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG). Unzulässig ist die Beschwerde der weiteren Beschwerdeführerinnen Nr. 10-13, welche am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen haben: Es wird weder dargelegt noch ist ersichtlich, inwiefern sie erst mit Erlass des Entscheides des Obergerichts ein schutzwürdiges Interesse hätten, um die Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen Entscheides zu verlangen.

1.2. Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven nach Art. 230 SchKG ist eine eigene Verfahrensart (vgl. STOCKER, Entscheidungsgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, 1985, S. 169). Das Konkurserkennntnis bleibt bestehen und hat rechtliche Folgen, das Konkursverfahren kann jedoch mangels eines Substrates nicht durchgeführt werden (BGE 40 III 344 E. 1 S. 346). Falls nach der Einstellungsverfügung (Art. 230 Abs. 1 SchKG) kein Durchführungsbegehren gestellt oder die Sicherheit nicht geleistet wird (Art. 230 Abs. 2 SchKG), so bleibt es bei der Einstellung, ohne dass vom Konkursrichter eine besondere Schlussverfügung erlassen werden müsste (vgl. FRITZSCHE/WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 1993, § 45 Rz. 3); das Konkursverfahren wird eo ipso geschlossen und eine Schlussverfügung wäre nur deklaratorischer Natur (vgl. VOUILLOZ, in: Commentaire romand, 2005, N. 6 zu Art. 230 SchKG). Damit erscheint die Einstellungsverfügung verfahrensabschliessend im Sinne von Art. 90 BGG. Die Beschwerde in Zivilsachen ist grundsätzlich zulässig (Art. 100 Abs. 1 BGG).

1.3. Mit der vorliegenden Beschwerde kann die Verletzung von u.a. Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). In der Beschwerdebegründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten ist in der Beschwerdeschrift vorzubringen und zu begründen (Art. 106 Abs. 2 BGG), wobei das Rügeprinzip gilt (BGE 133 III 589 E. 2 S. 591).

2.

Das Obergericht hat im Wesentlichen festgehalten, zur Anfechtung des Entscheides der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG seien lediglich der Schuldner sowie das Konkursamt als Vertreter der Konkursmasse legitimiert. In diesem Verfahrensstadium genüge die Gläubigereigenschaft nicht. Dem Gläubiger stehe die Möglichkeit offen, die Durchführung des Konkursverfahrens anzubegehren und für die Kosten hinreichende Sicherheit zu leisten. Wolle ein Dritter unter Hinweis auf seine Gläubigereigenschaft die Durchführung des Konkursverfahrens erreichen, damit er im Konkurs als Gläubiger zugelassen werde (und am Erlös des gesamten Vermögens teilnehmen könne), habe er für das Kostenrisiko Sicherheit zu leisten,

wenn die Vermögenswerte des Schuldners zur Deckung der Verfahrenskosten nicht ausreichen. Die Beschwerdeführerinnen seien zur Anfechtung der Einstellungsverfügung nicht legitimiert.

3.

Angefochten ist die Verfügung des Konkursgerichts über die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG. Streitpunkt ist im Wesentlichen das Recht der Beschwerdeführerinnen als Gläubigerinnen, die Voraussetzung zur Einstellung des Konkursverfahrens durch das Konkursgericht überprüfen zu lassen, welche gegebenenfalls Anlass zum weiteren Vorgehen des Konkursamtes gibt (Art. 230 Abs. 2 SchKG: Ansetzung einer Frist zum Begehren um Durchführung und zur Sicherheitsleistung).

3.1. Gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens, wenn die Konkursmasse voraussichtlich nicht ausreicht, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken (vgl. Art. 39 KOV). Voraussetzung für die Einstellung ist das Ergebnis der Inventarisierung (Art. 221 SchKG) der bekannten Vermögenswerte des Schuldners, welche ergibt, dass sie nicht zur Deckung ausreichen, oder, selbst wenn sie ausreichen würden, dem Schuldner als Kompetenzstücke überlassen oder von Dritten beansprucht werden (GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillites*, Bd. III, 2001, N. 9 zu Art. 230 SchKG; LUSTENBERGER, in: *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Aufl. 2010, N. 3 ff. zu Art. 230 SchKG).

3.2. Der Antrag des Konkursamtes selber ist keine Verfügung, die nach Art. 17 SchKG anfechtbar ist (u.a. GILLIÉRON, a.a.O., N. 12 zu Art. 230 SchKG). Die Verfügung des Konkursrichters ist hingegen mit Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO anfechtbar (vgl. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO; u.a. LUSTENBERGER, a.a.O., N. 8 zu Art. 230 SchKG); die Regeln über die Weiterziehung der Konkurseröffnung (Art. 174 SchKG) gelten nicht. Zur Beschwerde ist befugt, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist und daher ein schützenswertes Interesse an dessen Korrektur besitzt (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. 2013, § 25 Rz. 28, § 26 Rz. 30).

3.2.1. Der Schuldner, über welchen der Konkurs eröffnet worden ist, kann sich gegen die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG wehren (JAEGER, *Schuldbetreibung und Konkurs*, Bd. II, 1911, N. 4 zu Art. 230 SchKG). Er kann wegen der Thematik des fehlenden neuen Vermögens - d.h. an der Erlangung des Verlustscheines und des damit verbundenen Vorteils (Art. 265 Abs. 2 SchKG) - an der Durchführung des Konkurses interessiert sein (vgl. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Bd. II, 4. Aufl. 1997, N. 8 zu Art. 230 SchKG; VOUILLOZ, in: *Commentaire romand*, 2005, N. 2 zu Art. 230 SchKG; LUSTENBERGER, a.a.O., N. 8 zu Art. 230 SchKG). Das Konkursamt kann mit der Anfechtung des Einstellungsentscheides die Interessen der Gläubigergesamtheit wahren (JAEGER, a.a.O., N. 4 zu Art. 230 SchKG; VOUILLOZ, a.a.O., N. 2 zu Art. 230 SchKG; LUSTENBERGER, a.a.O., N. 8 zu Art. 230 SchKG), da bei Erlass der Einstellungsverfügung ungewiss ist, ob ein (oder mehrere) Gläubiger das Durchführungsbegehren stellt (bzw. stellen). Zu prüfen ist im Folgenden, ob ein Gläubiger die Einstellungsverfügung des Konkursrichters anfechten kann.

3.2.2. Das Obergericht hat im Wesentlichen die basellandschaftliche Praxis übernommen, nach welcher auf das (kantonale) Rechtsmittel des Gläubigers nicht eingetreten wird. Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, dass die Gläubigereigenschaft zur Beschwerdelegitimation nicht genüge und der Gläubiger sein Interesse an der Durchführung der Generalexekution gerade durch entsprechendes Begehren und Leistung des Kostenvorschusses wahrnehmen könne (BISchK 2003 Nr. 28 S. 130). Diese Praxis wird in der Lehre für die Beschwerde gemäss ZPO als weiterhin massgebend erachtet (LUSTENBERGER, a.a.O., N. 8 zu Art. 230 SchKG). Andere Autoren, welche sich zur Beschwerdelegitimation bzw. -möglichkeit äussern, lassen den Gläubiger unerwähnt (VOUILLOZ, a.a.O., N. 2 zu Art. 230 SchKG) oder behalten das Recht des Gläubigers, die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen, vor (GILLIÉRON, a.a.O., N. 13 zu Art. 230 SchKG: "Sous réserve du droit du créancier [...] de réquerir la liquidation [...]"). Schliesslich wird auch die Auffassung (ohne weitere Begründung) vertreten, dass der Gläubiger die Einstellungsverfügung des Konkursgerichts anfechten könne (STOCKER, a.a.O., S. 177; FRITSCHI, *Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung*, 2010, S. 102).

3.3. Das Bundesgericht hat die Frage, ob ein Gläubiger ein hinreichendes schutzwürdiges Interesse hat, um die Einstellungsverfügung des Konkursrichters anzufechten - soweit ersichtlich - bisher nicht abschliessend erörtert. Das mag auch daran liegen, dass erst mit Inkrafttreten der ZPO ein

bundesrechtliches Rechtsmittel gegen die Einstellungsverfügung gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG geschaffen wurde. Unverändert geblieben ist jedoch die Aufgabe des Konkursgerichts: Es hat aufmerksam zu kontrollieren, ob der Antrag des Konkursamtes auf Abklärungen beruht, welche genügend ernsthaft, tief und vollständig sind, um die Einstellung mangels Aktiven zu begründen (MARTIN, *La surveillance en matière de poursuites et faillites* [...], in: SJ 2008 II S. 214/215; vgl. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N. 6 zu Art. 230 SchKG). In einem Urteil aus dem Jahre 1914 hat das Bundesgericht bereits festgehalten, dass die Prüfung (des Antrages des Konkursamtes) vom Konkursgericht ausgeht, in dessen Hände das Gesetz die Verfügung über die Einstellung des Verfahrens gelegt hat, und der Einstellungsbeschluss, je nach kantonalem Recht, nicht nur vom Gemeinschuldner, sondern auch von den Gläubigern an das obere kantonale Konkursgericht weitergezogen werden

kann. Nach dem Urteil bestehen damit gewisse Garantien dafür, dass das Verfahren erst geschlossen wird, nachdem wirklich feststeht, dass das scheinbar vorhandene Massavermögen kein für die Befriedigung der Konkursgläubiger dienliches Objekt darstellt (BGE 40 III 344 E. 3 S. 349). Nach dem zitierten Urteil und mit Blick auf die Aufgabe des Konkursrichters kann - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - das Nichteintreten auf die nunmehr bundesrechtlich geregelte Beschwerde nicht mit dem "Fehlen der Eigenschaft als im Konkurs zugelassener Gläubiger" gerechtfertigt werden.

3.4. Nach dem Dargelegten ist ein Gläubiger legitimiert, die Einstellungsverfügung mit Beschwerde anzufechten, um z.B. geltend zu machen, dass der Konkursrichter über die Einstellung des Konkursverfahrens ohne gehörigen Antrag des Konkursamtes entschieden habe. Bleibt zu prüfen, ob die grundsätzliche Legitimation des Gläubigers zur Kritik an der Ausübung der Kontrolle über den vom Konkursamt vorgelegten Antrag eingeschränkt wird, weil er die Möglichkeit hat, das Begehren auf Durchführung des Konkursverfahrens zu stellen.

3.4.1. Die richterliche Einstellungsverfügung ist gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG suspensiv bedingt (vgl. STOCKER, a.a.O., S. 178). Die Bedingung besteht im Einverständnis sämtlicher Gläubiger; es liegt darin, dass keiner innerhalb der zehntägigen Frist seit der Publikation beim Konkursamt das Durchführungsbegehren unter gleichzeitiger Leistung der publizierten Kautionssumme stellt (BGE 40 III 344 E. 1 a.E. S. 347). Ein solches Begehren findet seine Begründung z.B. darin, dass der betreffende Gläubiger sich einen vom Konkursamt als im Inventar aufgenommenen bestrittenen Anspruch nach Art. 260 SchKG abtreten lassen möchte, oder Eigentumsansprüche Dritter anders beurteilt, d.h. für unbegründet hält und sie bestreiten will, oder von einem Pfandgegenstand einen namhaften Übererlös erwartet (vgl. JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, a.a.O., N. 10 zu Art. 230 SchKG; LUSTENBERGER, a.a.O., N. 13 zu Art. 230 SchKG; STOFFEL/CHABLOZ, *Voies d'exécution*, 2. Aufl. 2010, § 11 Rz. 45; FRITZSCHE/WALDER, a.a.O., § 45 Rz. 2; bereits WEBER/BRÜSTLEIN, *Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Aufl. 1901, N. 7 zu Art. 230 SchKG).

3.4.2. In diesem Sinn haben die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde gegen die Einstellungsverfügung argumentiert, worauf sie sich im vorliegenden Verfahren berufen. Vor dem Obergericht haben sie im Wesentlichen ausgeführt, dass die beim Konkursamt eingegangenen Aussonderungsansprüche an den inventarisierten Vermögenswerten ihrer Ansicht nach "offensichtlich haltlos" seien. Aus diesem Grund seien die Fr. 1,3 Mio. nicht von Dritten beansprucht; der Betrag stehe (daher) zur Verfahrenskostendeckung zur Verfügung.

3.4.3. Die blosser Neubeurteilung der Begründetheit von Ansprüchen Dritter soll indes gerade nicht von der Beschwerdeinstanz vorgenommen werden, sondern ist der eigenen Beurteilung des Gläubigers vorbehalten, weshalb ihm das Gesetz das Recht gibt, mit dem Durchführungsbegehren ohne weiteres die Einstellungsverfügung dahinfallen zu lassen und die Verfahrenseröffnung zu bewirken. Die Beschwerdeführerinnen halten dem Konkursgericht (und dem Obergericht) lediglich die eigene Einschätzung, insbesondere der Begründetheit von Drittansprüchen entgegen. Insoweit ist - mit Blick auf die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen gegen die Einstellungsverfügung - nicht ersichtlich, inwieweit das Obergericht schützenswerte Interessen bzw. das Beschwerderecht verkannt habe, wenn es die Beschwerdeführerinnen auf ihr Recht zur Stellung des Durchführungsbegehrens verwiesen hat. Der Nichteintretensentscheid ist im Ergebnis mit Bundesrecht vereinbar.

3.5. Was die Beschwerdeführerinnen im Weiteren vorbringen, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

3.5.1. Soweit die Beschwerdeführerinnen von "Fr. 1,3 Mio. in flüssiger Form" und damit allenfalls sinngemäss geltend machen, das Konkursamt habe zu Unrecht Drittansprüche in das Inventar aufgenommen (so dass die Aktiven zur Deckung der Verfahrenskosten nicht zur Verfügung stehen;

vgl. E. 3.1), geht ihre Kritik fehl. Der Konkursrichter (bzw. die Beschwerdeinstanz) ist nicht Aufsichtsbehörde (Art. 13 SchKG) über das Konkursamt: Die unrichtige oder unvollständige Erstellung des Inventars kann - auch vom Gläubiger - mit Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG gerügt werden (BGE 114 III 21 E. 5b S. 22; LUSTENBERGER, a.a.O., N. 33 zu Art. 221 SchKG).

3.5.2. Die Beschwerdeführerinnen kritisieren weiter die Verfügung des Konkursamtes, mit welcher den Konkursgläubigern eine Frist von 10 Tagen angesetzt wird, um die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen und einen Kostenvorschuss von Fr. 350'000.-- zu leisten (SHAB vom 3. Juli 2015). Der Kostenvorschuss sei "prohibitiv hoch" angesetzt und "für einen einzelnen Gläubiger utopisch". Diese Vorbringen gehen an der Sache vorbei, denn der vom Konkursamt nach Art. 230 Abs. 2 SchKG angesetzte Kostenvorschuss ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sondern eine Verfügung gemäss Art. 17 SchKG, welche mit betreibungsrechtlicher Beschwerde angefochten und anhand der konkreten Umstände überprüft werden kann (BGE 130 III 90 E. 1 S. 92).

4.

Der Beschwerde ist nach dem Dargelegten kein Erfolg beschieden. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die gemeinsam vorgehenden Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG). Eine Parteientschädigung ist nicht zu leisten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden den Beschwerdeführerinnen zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.

Eine Parteientschädigung ist nicht zu leisten.

4.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 10. Dezember 2015

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Levante