

Nachkonkurs – Art. 269 SchKG; Art. 2 Abs. 2 ZGB.

Die Löschung einer konkursiten Gesellschaft aus dem Handelsregister nach Abschluss des Konkursverfahrens ist kein Hindernis zur Durchführung eines Nachkonkurses (E. 3.3.1).

Es ist in erster Linie Sache des Zivilgerichts und nicht des Konkursamts beziehungsweise der Aufsichtsbehörde, darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für einen Nachkonkurs gegeben sind oder nicht. Dies betrifft nicht nur die privatrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen, sondern auch die Frage, ob ein Vermögenswert im Sinne von Art. 269 Abs. 1 SchKG neu entdeckt wurde (E. 3.3.2).

Ablehnung der Durchführung eines Nachkonkurses bei rechtsmissbräuchlicher Geltendmachung nachträglich entdeckter Vermögenswerte (E. 3.3.3.–3.3.5).

OGE 93/2014/23 vom 9. August 2016

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Über die X. AG wurde der Konkurs eröffnet. Es wurde im summarischen Verfahren durchgeführt. Nach Erstattung des Schlussberichts durch das Konkursamt am 4. September 2013 erklärte die Einzelrichterin des Kantonsgerichts mit Verfügung vom 11. September 2013 das Konkursverfahren als geschlossen. Gegen diese Verfügung erhoben die Gemeinschuldnerin und eine Gläubigerin Beschwerde beim Obergericht. Dieses trat auf die Beschwerde nicht ein. Eine dagegen erhobene zivilrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht ab. In der Zwischenzeit stellte die Y. AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin 2) am 18. September 2014 das Begehren, es seien Ansprüche der Gemeinschuldnerin auf Schadenersatz, Genugtuung beziehungsweise Gewinnherausgabe gegenüber der Z. GmbH als Forderung mit Schätzwert pro memoria in das Inventar im Konkursverfahren aufzunehmen und zu verwerten beziehungsweise den Gläubigern zur Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu offerieren; eventuell sei ein Nachkonkurs im Sinne von Art. 269 SchKG durchzuführen und die erwähnten Ansprüche zu verwerten beziehungsweise den Gläubigern zur Abtretung gemäss Art. 260 SchKG zu offerieren. Das Konkursamt nahm die Ansprüche mit Nachtrag vom 14. Oktober 2014 ins Konkursinventar auf und bot mit Zirkularschreiben deren Abtretung an. Gegen die Inventaraufnahme der erwähnten Ansprüche erhoben zwei Gläubiger der Gemeinschuldnerin betreibungsrechtliche Beschwerde ans Obergericht. Dieses hiess die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen

3.3. Werden nach Schluss des Konkursverfahrens Vermögensstücke entdeckt, welche zur Masse gehörten, aber nicht zu derselben gezogen wurden, so nimmt das Konkursamt dieselben in Besitz und besorgt ohne weitere Förmlichkeit die Verwertung und die Verteilung des Erlöses an die zu Verlust gekommenen Gläubiger nach deren Rangordnung (Art. 269 Abs. 1 SchKG). Handelt es sich um einen zweifelhaften Rechtsanspruch, so bringt das Konkursamt den Fall durch öffentliche Bekanntmachung oder briefliche Mitteilung zur Kenntnis der Konkursgläubiger, und es finden die Bestimmungen des Art. 260 SchKG entsprechende Anwendung (Art. 269 Abs. 3 SchKG).

3.3.1. Das Handelsregisteramt Schaffhausen hat die Gemeinschuldnerin am 4. Dezember 2014 aus dem Handelsregister gelöscht. Nach einem Teil der Lehre kann bei Gesellschaften, welche aus dem Handelsregister gelöscht wurden, kein Nachkonkurs durchgeführt werden (Matthias Staehelin, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 269 N. 12, S. 2325, mit Hinweis; Guido Näf, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kommentar SchKG, 2. A., Basel 2014, Art. 269 N. 4, S. 1200 f.; kritisch zu dieser Ansicht ZR 2004 Nr. 43, S. 178). Die Löschung aus dem Handelsregister hindert jedoch nicht die nachträgliche Entdeckung von Vermögenswerten, die unter Konkursbeschlagnahme gestanden wären. Es erscheint mithin nicht ersichtlich, weshalb die Löschung einer Gesellschaft aus dem Handelsregister einem Nachkonkurs entgegensteht (vgl. BGer 5A_50/2015 vom 28. September 2015, E. 3.4.3). Der überwiegende Teil der Lehre thematisiert diese Problematik denn auch nicht (Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, S. 465 f.; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159–292, 4. A., 1997/99, Art. 269 N. 1 ff., S. 544 ff.; Jolanta Kren Kostkiewicz, Kommentar SchKG, 19. A., Art. 269 N. 1 ff., S. 585 ff.; Nicolas Jeandin, in: Dallèves/Foëx/Jeandin [Hrsg.], Commentaire romand, poursuite et faillite, Basel 2005, Art. 269 N. 1 ff., S. 1245 ff.). Ob als Folge des Nachkonkurses die gelöschte Gesellschaft überhaupt wiedereingetragen werden müsste (vgl. dazu Art. 164 Abs. 1 lit. a der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HregV, SR 221.411]), kann vorliegend offen bleiben. Nach dem Gesagten ist die Löschung jedenfalls kein Hindernis zur Durchführung eines Nachkonkurses.

Der Nachkonkurs wird ohne weitere Förmlichkeit durchgeführt und kann von Amtes wegen oder auf Begehren eines Gläubigers eröffnet werden. Es handelt sich nicht um ein neues, selbständiges Konkursverfahren (Amonn/Walther, § 50 N. 8, S. 466; Jeandin, Art. 269 N. 2, S. 1245). Die Inventaraufnahme der strittigen Ansprüche nach Abschluss des Konkursverfahrens führt deshalb entgegen den Beschwerdeführern nicht zur Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung. Vielmehr ist sie unter

den Voraussetzungen des Nachkonkurses zu prüfen. Hätte nämlich das Konkursamt in der Annahme, dass das Konkursverfahren bereits abgeschlossen war, die von der Gesuchsgegnerin 2 geltend gemachten Ansprüche ins Konkursinventar aufnehmen wollen, so wäre es grundsätzlich nicht anders vorgegangen.

3.3.2. Im Hinblick auf die Folgen einer Ablehnung kann sich das Konkursamt nur ausnahmsweise – bei eindeutiger Sach- und Rechtslage – weigern, für behauptete Rechtsansprüche einen Nachkonkurs zu eröffnen. Es ist in erster Linie Sache des Gerichts und nicht des Konkursamts beziehungsweise der Aufsichtsbehörde, darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für einen Nachkonkurs gegeben sind oder nicht. Dies betrifft nicht nur die privatrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen, sondern auch die Frage, ob ein Vermögenswert im Sinne von Art. 269 Abs. 1 SchKG neu entdeckt wurde (BGE 117 III 70 E. 2.b S. 73, 104 III 23 E. 2, S. 24 f., 73 III 155 E. 4 S. 157 f.; ZR 2002 Nr. 50, S. 189 f.; 2004 Nr. 43 E. 2.b S. 177; Näf, Art. 269 N. 4, S. 1200; Staehelin, Art. 269 N. 9, S. 2324).

Die Beschwerdegegnerin 2 hat in ihrem Begehren an das Konkursamt vom 18. September 2014 ausgeführt, aus welchen Rechtsgründen die strittigen Ansprüche ihrer Ansicht nach beständen. Sie hat unter anderem geltend gemacht, die Beschwerdeführer hätten als ehemalige Organe der Gemeinschuldnerin im Jahr 2006 in E-Mails diverse neue Projekte für die Gemeinschuldnerin in den Raum gestellt. Wie aus den Büchern der Gemeinschuldnerin im Nachhinein hervorgegangen sei, habe diese sämtliche Kosten, Spesen, Löhne etc. für die Akquisition und Vorarbeiten dieser neuen Projekte bezahlt. Die Erträge seien jedoch an der Gemeinschuldnerin vorbeigeschleust worden und direkt in die von den Beschwerdeführern nach ihrer Kündigung im Jahr 2007 neu gegründete Z. GmbH geflossen. Die Z. GmbH habe damit die Arbeitsergebnisse der Gemeinschuldnerin unbefugt und ohne jegliche Entschädigung für sich selbst verwertet. Ihre Ausführungen erscheinen nicht von vornherein als haltlos. Auch der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin 2 für die strittigen Ansprüche weder einen konkreten Forderungsbetrag noch einen Schätzungsbetrag genannt hat, führt nicht zum Schluss, dass die Forderungen eindeutig nicht bestehen würden. Die Ausführungen der Beschwerdeführer zum Hintergrund des Streits mit der Beschwerdegegnerin 2 vermögen an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Vielmehr legen sie nahe, dass das Konkursamt ein eigentliches Erkenntnisverfahren hätte durchführen müssen, um eindeutig festzustellen, ob die angemeldeten Ansprüche bestehen oder nicht. Ein solches Vorgehen wäre dem Konkursamt weder zumutbar gewesen, noch wäre es hierzu aufgrund der oben genannten Aufgabenteilung zwischen Konkursbehörden und Gerichten befugt gewesen. Der Hinweis auf die Einstellung der gegen die Beschwerdeführer angestregten Strafverfahren kann sodann schon deshalb nicht

helfen, weil die Einstellungsverfügung weder für das Konkursamt noch für den Zivilrichter verbindliche Feststellungen über den Zivilanspruch enthält (vgl. Art. 53 Abs. 1 OR). Das Konkursamt hat daher seine Prüfungspflicht nicht verletzt.

3.3.3. Voraussetzung des Nachkonkurses ist, dass die betreffenden Vermögensstücke beziehungsweise Ansprüche neu entdeckt werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vermag das Wissen eines einzelnen Gläubigers um das Vermögensstück den Nachkonkurs grundsätzlich nicht zu verhindern. Nötig ist vielmehr, dass eine massgebende Mehrheit der Gläubiger um die Existenz und Massezugehörigkeit der nachträglich entdeckten Vermögenswerte wusste. Hält jedoch der Abtretungsgläubiger Wissen zurück, um sich den streitigen Anspruch abtreten zu lassen, so mag gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nach erfolgter Abtretung ein Widerruf in Erwägung gezogen werden (BGE 116 III 96 E. 6.b–d S. 104 f., mit Hinweisen; BGer 7B.81/2005 vom 28. Juli 2005, E. 2.3.2). In der Lehre wird dazu angeführt, dass die Abtretung an den Gläubiger rechtsmissbräuchlich sein kann, namentlich wenn er Informationen bewusst verschwiegen hat. Rechtsmissbrauch kann in jedem Stadium des Zwangsvollstreckungsverfahrens geltend gemacht werden und ist von Amtes wegen zu ahnden (Karl Spühler, Wiedereröffnung des Konkurses und Nachkonkurs, insbesondere bei Aktiengesellschaften, in: Schweizer/Burkert/Gasser [Hrsg.], Festschrift für Nicolas Druey, Zürich 2002, S. 269 f.; Staehelin, Art. 269 N. 6, S. 2323; vgl. auch Jeandin, Art. 269 N. 12, S. 1248 f.).

Die Gesuchsgegnerin 2 hat in ihrem Begehren an das Konkursamt nicht substantiiert dargetan, weshalb sie mit der Anmeldung der strittigen Ansprüche bis 18. September 2014 zuwarten musste. Dazu ist ihrem Gesuch lediglich zu entnehmen, dass Nachtragsaufträge aus dem P.-Projekt bis in jüngster Zeit (das heisst wohl bis zur Anmeldung der Ansprüche) erteilt worden seien. Eine Inventarisierung der Forderungen sei vorher nicht möglich gewesen. In ihrer Vernehmlassung vom 15. Oktober 2015 finden sich dazu keine weiteren Angaben. Die Ansprüche hat sie dennoch nicht beziffert und auch nicht in einer Schätzung konkretisiert, obwohl sie sich auf Geschehnisse abstützt, welche in die Jahre 2006 und 2007 zurückreichen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass im Konkursinventar per 12. April 2010 bereits bezifferte sowie unbezifferte Ansprüche gegen die Beschwerdeführer vermerkt sind. Diese Ansprüche wurden unter anderem an die Beschwerdegegnerin 2 und an A., den Verwaltungsratspräsidenten der Gesuchsgegnerin 2, im Verfahren nach Art. 260 SchKG abgetreten. Die Gesuchsgegnerin 2 führte in ihrem Gesuch um Inventarisierung vom 18. September 2014 denn auch an, entsprechende Klagen seien beim Kantonsgericht Schaffhausen hängig. Hintergrund dieser Klagen soll unter anderem der Umstand bilden, dass die Beschwerdeführer die Z. GmbH gegründet hätten, mit der sie den umfangreichen Vertrag

zum P.-Projekt abgewickelt haben sollen. Demnach bezieht sich die Gesuchsgegnerin 2 in ihrem Begehren um Aufnahme der vorliegenden strittigen Ansprüche ins Konkursinventar auf Vorkommnisse, welche bereits Grundlage der Ansprüche waren, die im Konkursinventar per 12. April 2010 aufgenommen wurden und vor Kantonsgericht verhandelt werden. Sodann erhellt aus den elektronischen Auszügen des Handelsregisters, dass A. seit 12. November 2001 auch Verwaltungsrat beziehungsweise Verwaltungsratspräsident der Gemeinschuldnerin war. In dieser Funktion hatte er namentlich die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen und war für die Erstellung des Geschäftsberichts der Gemeinschuldnerin verantwortlich (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 und 6 OR).

Nach dem Gesagten erscheint es nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesuchsgegnerin 2 erst mit Eingabe vom 18. September 2014 die strittigen Ansprüche geltend gemacht hat, wo sie und ihr Verwaltungsratspräsident sich doch die anderen erwähnten Ansprüche, welche die Beschwerdeführer betreffen, bereits früher im Konkursverfahren abtreten liessen. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin 2 noch vor Konkursabschluss um die Ansprüche wusste oder zumindest hätte wissen müssen. Dass im Zeitpunkt der Anmeldung rechtlich unklar gewesen sein könnte, ob das Konkursverfahren geschlossen war, vermag vor diesem Hintergrund die verspätete Eingabe nicht zu rechtfertigen. Vielmehr erscheint die Anmeldung der Ansprüche ein Jahr nach Konkursabschluss widersprüchlich und verdient keinen Rechtsschutz.

3.3.4. Die Anmeldung der strittigen Ansprüche ist folglich als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu werten. Die Voraussetzungen für die Durchführung eines Nachkonkurses gemäss Art. 269 SchKG sind nicht erfüllt, was zur Aufhebung der Inventaraufnahme sowie der Abtretungen nach Art. 260 Abs. 1 SchKG führt.

3.3.5. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob die strittigen Ansprüche bereits vor Abschluss des Konkursverfahrens einer *Mehrheit* der Gläubiger bekannt gewesen seien und wie diese Mehrheit im summarischen Konkursverfahren, namentlich als Mehrheit der kollozierenden Gläubiger oder als Mehrheit der Gläubiger gemäss Verteilungsliste, zu bestimmen wäre (vgl. dazu BGE 116 III 96 E. 6.b S. 104 f.; Staehelin, Art. 269 N. 6, S. 2323; Jeandin, Art. 269 N. 11, S. 1248).

3.4. Zusammengefasst erweist sich die Beschwerde als begründet; sie ist gutzuheissen. Die Verfügung des Konkursamts vom 13. Oktober 2014 im Konkurs über die Gemeinschuldnerin sowie die darauf mit Zirkularbeschluss erfolgten Abtretungen der Ansprüche gegen die Z. GmbH auf Schadenersatz, Genugtuung und Gewinnherausgabe aus unlauterem Wettbewerb beziehungsweise aus unerlaubter Handlung mit Schätzwert pro memoria sind aufzuheben.