

Dusan Knezevic

# Entdeckung neuer Vermögenswerte nach Einstellung des Konkursverfahrens – Stolperfalle



## INHALTSÜBERSICHT

### I. Einleitung

### II. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

- A. Prozessuales
- B. Voraussetzungen
- C. Folgen der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

### III. Entdeckung neuer Vermögenswerte

- A. Wiedereintragung ins Handelsregister
- B. Wiedereröffnung des Konkurses

### IV. Fazit

## I. Einleitung

Konkursverfahren werden entweder im ordentlichen oder im summarischen Verfahren durchgeführt. Nach erfolgreicher Konkurseröffnung ist ein drittes Szenario möglich, und zwar die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven. Dies erfolgt, wenn die Konkursmasse voraussichtlich nicht ausreicht, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken (Art. 230 Abs. 1 SchKG<sup>1</sup>). Was die Ausnahme, d.h. die Nichtdurchführung des Konkursverfahrens, darstellen sollte, ist heutzutage der Regelfall. Rund 58 %<sup>2</sup> der eröffneten Konkursverfahren werden nicht durchgeführt, sondern sogleich mangels Aktiven eingestellt.

Die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven beendet das eröffnete, aber nicht durchgeführte Konkursverfahren.<sup>3</sup> Werden *nach* Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven *neue* Vermögenswerte entdeckt, besteht keine Möglichkeit eines Nachkonkurses i.S.v. Art. 269 SchKG, da dieser ein durchgeführtes und abgeschlossenes Konkursverfahren voraussetzt.<sup>4</sup> In einem solchen Fall ist nur die im Gesetz nicht vorgesehene,<sup>5</sup> jedoch von ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre als zulässig erachtete<sup>6</sup> Wiedereröffnung eines mangels Aktiven

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

<sup>2</sup> 2019 waren es 58,5 % (14'707 abgeschlossene Verfahren, wovon 6110 im ordentlichen oder summarischen Verfahren und 2020 waren es 56,25 % (13'761 abgeschlossene Verfahren, wovon 6022 im ordentlichen oder summarischen Verfahren), Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.html> (Abruf 10.1.2022).

<sup>3</sup> BGE 87 III 72 E. 3; FRANCO LORANDI, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018, 56 ff., 57.

<sup>4</sup> BGE 110 II 396 E. 2; 87 III 72 E. 3; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 65; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER, Art. 230 N 12, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II (Art. 159–352 SchKG), Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER/IN).

<sup>5</sup> LORANDI (FN 3), AJP 2018, 56.

<sup>6</sup> BGE 90 II 247 E. 2; BGer, 5A\_857/2020, E. 2.1.1; BGer, 4A\_384/2016, E. 2.1.3; BGer, 5A\_306/2014, E. 3.1; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 56; CARL

eingestellten Konkursverfahrens unter gewissen Voraussetzungen möglich. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den (Verfahrens-)Schritten und den damit verbundenen Stolpersteinen bis und mit<sup>7</sup> Wiedereröffnung des Konkurses.

## II. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

### A. Prozessuales

Das Konkursgericht verfügt auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Zuständig ist das Konkursgericht,<sup>8</sup> welches den Konkurs eröffnet hat.<sup>9</sup> Es entscheidet im *summarischen Verfahren* (Art. 251 Abs. 1 lit. a ZPO<sup>10</sup>) und stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (*Untersuchungsgrundsatz*; Art. 255 lit. a ZPO). Es handelt sich um eine *Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit* i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO.<sup>11</sup>

Der Antrag des Konkursamtes auf Einstellung des Konkursverfahrens stellt keine Verfügung dar und kann weder mit ZPO- noch mit SchKG-Beschwerde angefochten werden.<sup>12</sup> Die Verfügung des Konkursgerichts, d.h. der Einstellungsentscheid, ist hingegen mit Beschwerde (Art. 319 i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO) innert zehn Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) anfechtbar.<sup>13</sup> Sowohl der *Gemeinschuldner* (Kon-

kursist) bzw. bei einer juristischen Person deren Organe, als auch das *Konkursamt* sind zur Anfechtung der Einstellungsverfügung legitimiert.<sup>14</sup> Was die Legitimation von *Gläubigern* anbelangt, muss differenziert werden. Ein Gläubiger ist legitimiert, die Einstellungsverfügung mit Beschwerde anzufechten, um z.B. geltend zu machen, dass das Konkursgericht über die Einstellung des Konkursverfahrens ohne gehörigen Antrag des Konkursamtes entschieden habe.<sup>15</sup> Geht es hingegen z.B. darum, dass ein Gläubiger sich einen vom Konkursamt als im Inventar aufgenommenen bestrittenen Anspruch nach Art. 260 SchKG abtreten lassen möchte, Eigentumsansprüche Dritter anders beurteilt oder von einem Pfandgegenstand einen namhaften Übererlös erwartet werden, so stehen ihm *nur* das Durchführungsbegehren und die Leistung der festgelegten Sicherheit i.S.v. Art. 230 Abs. 2 SchKG offen.<sup>16</sup>

**Rund 58 % der eröffneten Konkursverfahren werden nicht durchgeführt, sondern sogleich mangels Aktiven eingestellt.**

*gern* anbelangt, muss differenziert werden. Ein Gläubiger ist legitimiert, die Einstellungsverfügung mit Beschwerde anzufechten, um z.B. geltend zu machen, dass das Konkursgericht über die Einstellung des Konkursverfahrens ohne gehörigen Antrag des Konkursamtes entschieden habe.<sup>15</sup> Geht es hingegen z.B. darum, dass ein Gläubiger sich einen vom Konkursamt als im Inventar aufgenommenen bestrittenen Anspruch nach Art. 260 SchKG abtreten lassen möchte, Eigentumsansprüche Dritter anders beurteilt oder von einem Pfandgegenstand einen namhaften Übererlös erwartet werden, so stehen ihm *nur* das Durchführungsbegehren und die Leistung der festgelegten Sicherheit i.S.v. Art. 230 Abs. 2 SchKG offen.<sup>16</sup>

### B. Voraussetzungen

Voraussetzung für die Einstellung des Konkursverfahrens ist, dass die Inventarisierung und Schätzung sämtlicher bekannter Vermögenswerte des Gemeinschuldners ergeben, dass diese *nicht ausreichen, um zumindest die Kosten des summarischen Konkursverfahrens zu decken* oder, selbst wenn sie ausreichen würden, dem Schuldner als Kompetenzstücke (Art. 224 i.V.m. Art. 92 SchKG) überlassen werden müssen oder von Dritten beansprucht werden (Art. 242 und Art. 242a SchKG).<sup>17</sup>

Das Konkursamt hat bei den inventarisierten Vermögenswerten lediglich die sog. *freien Aktiven* zu berücksichtigen, mithin solche, die mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit

JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 3. A., Zürich 1911, Art. 230 N 1; ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, 744; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997, Articles 159–270, Lausanne 2001, Art. 269 N 12; GUIDO NÄF, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar, zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-BEARBEITER/IN), Art. 269 N 2; CR LP-VOUILLOZ, Art. 230 N 7, in: Louis Dallèves (†)/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Poursuite et faillite, Commentaire Romand, Basel 2005 (zit. CR LP-BEARBEITER/IN); ROGER SCHOBER/MONIKA AVDYLI-LUGINBÜHL, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK-BEARBEITER/IN), Art. 230 SchKG N 4.

7 Für Aspekte, welche die *Durchführung* des wiedereröffneten Konkursverfahrens betreffen, vgl. LORANDI (FN 3), AJP 2018, 63–65.

8 M.a.W. Konkursrichter am Ort der Konkursöffnung.

9 BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 7.

10 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO; SR 272).

11 BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 7.

12 BGE 141 III 590 E. 3.2; VerGer BE, 100.2017.164, 24.10.2017, E. 4.3.1; AB TI, 14.2017.25, 13.3.2017, E. 1; AB GE DCSO 70/12, 23.2.2012, E. 2.2; AB GE DCSO 211/11, 7.7.2011, E. 2.2; AB GE DCSO 151/10, 18.3.2010, E. 1; KGer GR, SKG 04 5, 16.3.2004, 2; OGer LU, SK 97 33/76, 8.4.1997 (BlSchK 1999, 13 f.); BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 8a; GILLIÉRON (FN 6), Art. 230 SchKG N 12; KUKO SchKG-SCHOBER (FN 6), Art. 230 N 10.

13 BGE 141 III 590 E. 3.2; BGer, 5A\_306/2014, E. 3.3.1; KGer GR, KSK 19 28, 3.5.2019, 4 f.; AB SG, AB.2012.12, 28.8.2012, E. 8c (SG GVP 2013, 297 ff.);

BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 8.

14 BGE 141 III 590 E. 3.2.1; BGer, 5A\_306/2014, E. 3.3.1; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 8b; JAEGER (FN 6), Art. 230 SchKG N 4.

15 BGE 141 III 590 E. 3.4; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 8c.

16 BGE 141 III 590 E. 3.4.1; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 8c; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Konkursrecht, Arrest, Miete und Pacht, Paulianische Anfechtung, Nachlassvertrag und Notstundung, Besondere Ordnungen, 3. A., Zürich 1993, § 45 N 2.

17 BGE 141 III 590 E. 3.1; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 3; CR LP-VOUILLOZ (FN 6), Art. 230 N 1.

eingezogen und verwertet werden können.<sup>18</sup> Dies beinhaltet u.a. die Pflicht des Konkursamtes, für jede bewegliche Sache festzustellen, ob es sich um ein freies Aktivum handelt. Bei Grundstücken hat das Konkursamt zu berücksichtigen, dass die Verwertungskosten von den Erträgen

**Das Konkursverfahren ist insbesondere dann einzustellen, wenn die Konkursmasse nur aus streitigen Rechtsansprüchen, die zunächst gerichtlich geltend gemacht werden müssen, besteht.**

gedeckt werden (Art. 130 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VZG<sup>19</sup>) und dass die Kosten der Eigentumsübertragung dem Ersteigerer überbunden werden (Art. 130 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 49 Abs. 1 lit. a VZG).<sup>20</sup> Das Konkursverfahren ist insbesondere dann einzustellen, wenn die Konkursmasse nur aus streitigen Rechtsansprüchen, die zunächst gerichtlich geltend gemacht werden müssen, besteht.<sup>21</sup> Diese dürfen *nicht* für die Begleichung der Konkursverfahrenskosten eingerechnet werden.<sup>22</sup> Das Konkursverfahren wird auch eingestellt, wenn zwar genügend Vermögen aufgefunden wird, dieses jedoch im Ausland gelegen ist und daher nicht verwertet werden könnte.<sup>23</sup>

### C. Folgen der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

Wird das Konkursverfahren i.S.v. Art. 230 Abs. 1 SchKG eingestellt, so werden den Gläubigern *keine Verlustscheine* ausgestellt, da kein Kollokationsverfahren stattgefunden hat.<sup>24</sup> Neue Abtretungsverfügungen nach Art. 260 SchKG sind unzulässig und sämtliche früher ausgestellten Abtretungen werden von Gesetzes wegen aufgehoben.<sup>25</sup> Paulianische Anfechtungsansprüche bestehen nicht (mehr).<sup>26</sup> Dem Ge-

meinschuldner steht infolge des Dahinfallens des Konkursbeschlages sein Vermögen grundsätzlich *wieder zur freien Verfügung*.<sup>27</sup> Er haftet seinen Gläubigern neu in der Weise, dass die vor der Konkursöffnung *eingeleiteten Betreibungen wieder aufleben* (Art. 230 Abs. 4 SchKG) und dass während zwei Jahren *neue Betreibungen auch auf Pfändung* eingeleitet werden können (Art. 230 Abs. 3 SchKG).<sup>28</sup>

Ist der Gemeinschuldner eine *juristische* Person, wird sie nach Ablauf einer zweijährigen Frist<sup>29</sup> von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht,<sup>30</sup> es sei denn, es werde innerhalb dieser Frist ein begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben (Art. 159a Abs. 1 lit. a HRegV<sup>31</sup>). In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Wirkung der Löschung im Handelsregister zukommt.

Es herrscht Uneinigkeit in der Lehre darüber, ob die Löschung einer Aktiengesellschaft<sup>32</sup> im Handelsregister konstitutiv<sup>33</sup> oder deklaratorisch<sup>34</sup> wirkt. Bei *Annahme einer konstitutiven Wirkung* der Löschung für den Untergang einer Aktiengesellschaft ist der Registereintrag (Löschung) massgeblich.<sup>35</sup> Bei *Annahme einer deklaratorischen Wirkung* endet die Rechtspersönlichkeit einer Aktiengesellschaft mit Abschluss der effektiven Liquidationstätigkeit, was vor oder nach der Löschung im Handelsregister der Fall

18 BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 3; DOMINIK MILANI/PETER J. SCHMID, in: Dominik Milani/Marc Wohlgemuth (Hrsg.), Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. KOV-Komm.-BEARBEITER/IN), Art. 39 N 15.

19 Verordnung des Bundesgerichts vom 23. April 1920 über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG; SR 281.42).

20 BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 3a.

21 BGE 60 III 11, 12; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 3; KOV-Komm.-MILANI/SCHMID (FN 18), Art. 39 N 15.

22 KOV-Komm.-MILANI/SCHMID (FN 18), Art. 39 N 15.

23 BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 5.

24 BGer, 5A\_684/2018, E. 8.2; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 16; CR LP-VOUILLOZ (FN 6), Art. 230 N 14; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 58.

25 BVGer, A-5172/2014, E. 9.3.4; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 11a; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 57.

26 BGE 53 III 187, 193; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 57 f.

27 BGE 127 III 371 E. 4b; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 11a; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 57.

28 BGE 127 III 371 E. 4b.

29 Bis 1.1.2021 betrug die Einsprachefrist drei Monate (aArt. 159 Abs. 5 lit. a HRegV).

30 Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass Einzelunternehmen nur dann gelöscht werden, wenn deren Geschäftsbetrieb aufgehört hat (Art. 159a Abs. 1 lit. a *in fine* HRegV).

31 Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV; SR 221.411).

32 Aus Gründen der Lesbarkeit wird in den Abschnitten II.C. und III.A. nur auf Aktiengesellschaften Bezug genommen. Sämtliche Ausführungen zu Aktiengesellschaften gelten *mutatis mutandis* auch für andere Kapitalgesellschaften.

33 Statt vielen: CHK OR-BENEDICK, Art. 746 N 5, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016; DAVID RÜETSCHI, in: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013 (zit. SHK-BEARBEITER/IN), Art. 164 HRegV N 4; KUKO SchKG-NÄF (FN 6), Art. 268 N 7; FRANCO LORANDI, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, AJP 2018, 724 ff., 728; DUSAN KNEZEVIC, Conséquences de la radiation d'une personne morale faillie du registre du commerce, ZZZ 2021, 582 ff., 584.

34 Statt vielen: BSK OR II-STÄUBLI, Art. 746 N 1, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016; FRANCESCO TREZZINI, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar zum Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 746 N 1; CR CO II-RAYROUX, Art. 746 N 6, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire Romand, 2. A., Basel 2017.

35 LORANDI (FN 3), AJP 2018, 728.

sein kann.<sup>36</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung,<sup>37</sup> auch wenn diese in der Vergangenheit uneinheitlich<sup>38</sup> war, hört die rechtliche Existenz einer Aktiengesellschaft auf, wenn – nach Beendigung der Liquidation – ihre Firma im Handelsregister gelöscht wird. Mithin endet die Rechtspersönlichkeit einer Aktiengesellschaft erst dann, wenn beide Voraussetzungen, d.h. die Beendigung der Liquidation (deklaratorische Wirkung) und die Löschung im Handelsregister (konstitutive Wirkung), *kumulativ* vorliegen.

Dieser Kompromiss unseres höchsten Gerichts ist bestimmt vertretbar, zumal es dem Regelfall<sup>39</sup> entspricht, dass die Liquidation abgeschlossen ist, bevor die Löschung im Handelsregister erfolgt. Nichtsdestoweniger wäre für die Rechtssicherheit und den Verkehrsschutz eine klare Aussage des Bundesgerichts i.S. einer Bejahung der m.E. einzig richtigen, *konstitutiven* Wirkung der Löschung einer

**Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hört die rechtliche Existenz einer Aktiengesellschaft auf, wenn – nach Beendigung der Liquidation – ihre Firma im Handelsregister gelöscht wird.**

Aktiengesellschaft im Handelsregister zu begrüssen. Es erscheint naheliegend, dass nicht nur der Eintrag im Handelsregister für das Entstehen einer Aktiengesellschaft konstitutiv ist, sondern auch die Löschung für deren Untergang,<sup>40</sup> dies unabhängig vom Abschluss der Liquidation.

### III. Entdeckung neuer Vermögenswerte

Werden nach Ablauf der zehntägigen Rechtsmittelfrist, um den Entscheid auf Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven anzufechten,<sup>41</sup> neue verwertbare Vermögenswerte entdeckt, welche die Kosten eines Konkursverfahrens

decken, so ist der Konkurs wiederzueröffnen und im summarischen oder ordentlichen Verfahren abzuwickeln.

#### A. Wiedereintragung ins Handelsregister

Werden neue verwertbare Vermögenswerte erst nach Löschung einer Aktiengesellschaft im Handelsregister entdeckt, mithin frühestens zwei Jahre nach Publikation der Konkurseinstellung mangels Aktiven im Handelsregister (Art. 159a Abs. 1 lit. a HRegV), muss die betroffene Aktiengesellschaft zuerst wiederum im Handelsregister eingetragen werden, damit nachträglich der Konkurs wiedereröffnet und im summarischen oder ordentlichen Verfahren abgewickelt werden kann.<sup>42</sup>

##### 1. Prozessuales

Bei der Wiedereintragung nach Art. 935 OR<sup>43</sup> handelt es sich um ein *unstrittiges Einparteienverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit* i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO, bei welchem eine Teilnahme der einzutragenden Aktiengesellschaft nicht vorgesehen ist.<sup>44</sup> Nur der Gesuchsteller ist am Wiedereintragungsverfahren als Partei beteiligt.<sup>45</sup> Eine Gegenpartei gibt es nicht, auch das Handelsregisteramt stellt keine solche dar.<sup>46</sup> Da es sich bei der Wiedereintragung um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, ist das *summarische Verfahren* anwendbar (Art. 248 lit. e ZPO). Für die Wiedereintragung einer gelöschten Aktiengesellschaft ins Handelsregister ist das Gericht am letzten eingetragenen Sitz der gelöschten Aktiengesellschaft *zwingend* zuständig (Art. 40 Abs. 2 ZPO).

Der Gesuchsteller hat ein *schutzwürdiges Interesse* glaubhaft zu machen, welches insbesondere dann besteht, wenn im Fall eines Konkurses die Wiedereintragung der gelöschten Aktiengesellschaft für den Schluss des Konkursverfahrens erforderlich ist (Art. 935 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Dies ist namentlich der Fall, wenn nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven und Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister verwertbare Vermögenswerte

<sup>36</sup> LORANDI (FN 33), AJP 2018, 728; WOLFHART F. BÜRGI/URSULA NORDMANN-ZIMMERMANN, Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft und Kommanditaktiengesellschaft, Zürich 1979, Art. 746 OR N 7.

<sup>37</sup> BGE 132 III 731 E. 3.1; 117 III 39 E. 3b; BGer, 4A\_527/2020, E. 5.2.

<sup>38</sup> Namentlich zwei nicht publizierte Entscheide des Bundesgerichts gehen von der deklaratorischen Wirkung der Löschung einer Aktiengesellschaft im Handelsregister aus: BGer, 4A\_231/2011, E. 2 und BGer, 4A\_5/2008, E. 1.4.

<sup>39</sup> PETER JUNG, Entstehung und Untergang von Kapitalgesellschaften, recht 2013, 79 ff., 88, 90 f.

<sup>40</sup> Gl.M. LORANDI (FN 33), AJP 2018, 728.

<sup>41</sup> Werden während der Rechtsmittelfrist gegen die Einstellungsverfügung neue Vermögenswerte entdeckt, welche es erlauben, das Konkursverfahren durchzuführen, kann das Konkursamt in der Praxis beim Konkursgericht einen *Wiedererwägungsantrag* stellen (LORANDI [FN 3], AJP 2018, 58; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER [FN 4], Art. 230 N 11).

<sup>42</sup> BGer, 5A\_857/2020, E. 2.1.1; BGer, 4A\_527/2020, E. 5.4.2; BGer, 4A\_467/2018, E. 5.2; SHK-RÜETSCHI (FN 33), Art. 164 HRegV N 20 f.; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 56, 59 und 61.

<sup>43</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

<sup>44</sup> BGE 140 III 550 E. 2.1; BGer, 4A\_527/2020, E. 5.3.4; BGer, 4A\_412/2013, E. 1; SHK-RÜETSCHI (FN 33), Art. 164 HRegV N 3 und 32.

<sup>45</sup> BGE 140 III 550 E. 2.1; BGer, 4A\_527/2020, E. 5.3.4; SHK-RÜETSCHI (FN 33), Art. 164 HRegV N 3 und 32.

<sup>46</sup> BGE 140 III 550 E. 2.1; BGer, 4A\_527/2020, E. 5.3.4; BGer, 4A\_412/2013, E. 1; SHK-RÜETSCHI (FN 33), Art. 164 HRegV N 3 und 32.

te auftauchen, welche die Kosten eines Konkursverfahrens decken.<sup>47</sup>

Als Gesuchsteller kommt in der Konstellation von Art. 935 Abs. 2 Ziff. 4 OR m.E. einzig ein *Gläubiger* in Frage. Das schutzwürdige Interesse ergibt sich für einen Gläubiger automatisch aus seinem Interesse an der Bezahlung der offenen Forderung, da seine Forderung im Rahmen des ursprünglichen Konkursverfahrens infolge Einstellung des Konkurses mangels Aktiven überhaupt nicht berücksichtigt werden konnte.<sup>48</sup> Der Gläubiger, der eine Aktiengesellschaft ins Handelsregister wieder eintragen lassen möchte, muss somit im Verfahren um Wiedereintragung seine *Forderung* sowie *neue verwertbare Vermögenswerte, welche die Kosten eines Konkursverfahrens decken*, glaubhaft machen.

Hingegen verfügen m.E. die ehemaligen Aktionäre oder die ehemaligen Organe der gelöschten Aktiengesellschaft grundsätzlich über *kein* schutzwürdiges Interesse zur Wiedereintragung zwecks Wiedereröffnung und Durchführung des Konkursverfahrens. Denkbar ist jedoch die Situation, in welcher eine *mittelbare bzw. indirekte Schädigung* – infolge des Konkurses der Aktiengesellschaft – im Vermögen des Aktionärs eintritt (sog. Reflexschaden)<sup>49</sup> und dieser, nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven<sup>50</sup> und Löschung der Aktiengesellschaft im Handelsregister, eine Verantwortlichkeitsklage auf Leistung von Schadenersatz an die Aktiengesellschaft (Art. 757 Abs. 1 Satz 1 OR) gegen das bzw. die haftpflichtigen Organ(e) der Aktiengesellschaft einleiten möchte.

Aufgrund der für die Aktionäre unattraktiven Verteilung des Prozesslöhnes, gemäss welcher die klagenden Gläubiger vor den Aktionären berücksichtigt werden (Art. 757 Abs. 2 Satz 2 und 3 OR), ist diese Konstellation in der Praxis kaum je anzutreffen und kann somit unbeachtet bleiben. Dies, zumal ein Aktionär allein und unabhängig davon, ob die Aktiengesellschaft gelöscht ist oder nicht, betreffend seine *unmittelbare bzw. direkte* Schädigung legitimiert ist, eine Verantwortlichkeitsklage gegen

das bzw. die haftpflichtigen Organ(e) der Aktiengesellschaft einzuleiten.<sup>51</sup>

Beim Gesuch um Wiedereintragung handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit.<sup>52</sup> Somit ist gegen erstinstanzliche Entscheide um Wiedereintragung die Berufung zulässig, wenn der Streitwert mindestens CHF 10'000 beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Sonst

**Der Gläubiger, der eine Aktiengesellschaft ins Handelsregister wieder eintragen lassen möchte, muss somit im Verfahren um Wiedereintragung seine Forderung sowie neue verwertbare Vermögenswerte, welche die Kosten eines Konkursverfahrens decken, glaubhaft machen.**

ist dagegen die Beschwerde einzulegen (Art. 319 lit. a ZPO). Für die Berechnung des Streitwerts ist darauf abzustellen, welche wirtschaftliche Bedeutung der Wiedereintragung der Gesellschaft beizumessen ist, mithin welche Vermögensvorteile sich der Gesuchsteller infolge Wiedereintragung der Aktiengesellschaft voraussichtlich verschaffen könnte.<sup>53</sup> Dem Aktienkapital der liquidierten Aktiengesellschaft kommt hingegen keine massgebliche Bedeutung zu.<sup>54</sup>

Da das Wiedereintragungsverfahren ein Einparteienverfahren ist, kann im Falle der *Abweisung* einzig der Gesuchsteller eine Berufung bzw. eine Beschwerde einlegen. Die Ergreifung eines Rechtsmittels im Falle der *Gutheissung* seitens des Gesuchstellers wäre nicht zulässig, da das Gesuch just von diesem gestellt wurde. Es würde somit an einem schutzwürdigen Interesse des Berufungs- bzw. Beschwerdeklägers (ehemaliger Gesuchsteller) fehlen. Da ein schutzwürdiges Interesse eine Prozessvoraussetzung darstellt (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), dessen Vorhandensein von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 60 ZPO), wäre auf die Berufung *nicht einzutreten* (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Da es keine Gegenpartei gibt, kann folglich auch *niemand* gegen die *gutgeheissene* Wiedereintragung ein Rechtsmittel ergreifen.<sup>55</sup>

47 BGer, 4A\_527/2020, E. 5.4.2; BGer, 4A\_467/2018, E. 5.2; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 20g; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 61.

48 SHK-RÜETSCHI (FN 33), Art. 164 HRegV N 24.

49 BGer, 4A\_36/2021, E. 3.2.

50 Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass der Einstellungsbeschluss materiell ein Verzicht der Konkursmasse auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche darstellt, sodass hinfort jeder Aktionär nach Art. 757 Abs. 2 OR vorgehen kann (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Basel 2009, § 18 N 282a; a.M. BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER [FN 4], Art. 230 N 20f; CR LP-VOUILLOZ [FN 6], Art. 230 N 5).

51 BGE 141 III 112 E. 5.2.1 und 5.2.3; 132 III 564 E. 3.1.1, 3.2.1 und 3.2.3; 110 II 391 E. 1; BGer, 4A\_36/2021, E. 3.2.

52 BGer, 4A\_412/2013, E. 1; SHK-RÜETSCHI (FN 33), Art. 164 HRegV N 40.

53 BGer, 4A\_412/2013, E. 1; BGer, 4A\_465/2008, E. 1.5.

54 BGer, 4A\_412/2013, E. 1.

55 BGer, 4A\_527/2020, E. 5.3.4.

## 2. Wiedererlangung der Rechtspersönlichkeit durch die Wiedereintragung ins Handelsregister

Eine Aktiengesellschaft wird nach Ablauf einer zweijährigen Frist von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht, es sei denn, es werde innerhalb dieser Frist ein begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben (Art. 159a Abs. 1 lit. a HRegV). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. II.C.) führt die Löschung im Handelsregister nach Beendigung der Liquidation<sup>56</sup> zum Verlust der Rechtspersönlichkeit.

Die Parteifähigkeit ist das prozessuale Gegenstück zur Rechtspersönlichkeit (Art. 11 Abs. 1 ZGB und Art. 66 ZPO) und zählt zu den Prozessvoraussetzungen (Art. 59 Abs. 2 lit. c ZPO), welche das Gericht von Amtes wegen prüft (Art. 60 ZPO). Deswegen muss die gelöschte Aktiengesellschaft zuerst im Handelsregister eingetragen werden, um wiederum die nötige Parteifähigkeit zu erlangen, damit nachträglich der Konkurs wiedereröffnet und im summarischen oder ordentlichen Verfahren abgewickelt werden kann.<sup>57</sup>

## B. Wiedereröffnung des Konkurses

Bei der Wiedereröffnung des Konkurses handelt es sich weder um die Fortsetzung des eingestellten Konkursverfahrens noch um das nachträgliche Rückgängigmachen der Konkurseinstellung, sondern um ein *neues Konkursverfahren*.<sup>58</sup> Die Wiedereröffnung wirkt *ex nunc* und nicht etwa zurückbezogen auf das Konkurseröffnungsdatum des eingestellten Konkursverfahrens.<sup>59</sup>

### 1. Prozessuales

Das Konkursamt<sup>60</sup> sowie Gläubiger<sup>61</sup>, welche ihre Gläubigerstellung glaubhaft zu machen haben, können beim Konkursgericht das Wiedereröffnungsgesuch stellen. Zuständig ist das Konkursgericht, welches den Konkurs eingestellt

hat.<sup>62</sup> Es entscheidet im *summarischen Verfahren* (Art. 251 Abs. 1 lit. a ZPO) und stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (*Untersuchungsgrundsatz*; Art. 255 lit. a ZPO). Es handelt sich um eine *Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit* i.S.v. Art. 1 lit. b ZPO.

Der gesuchstellende Gläubiger haftet für die Kosten bis zur (erneuten) Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bzw. bis zum Schuldenruf<sup>63</sup> und ein Kostenvorschuss kann von ihm verlangt werden (Art. 169 SchKG analog). Der Kostenvorschuss ist vom Konkursgericht so hoch anzusetzen, dass die voraussichtlich durchschnittlichen Kosten bis zur Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bzw. bis zum Schuldenruf gedeckt sind.<sup>64</sup> Im Kanton Zürich ist ein Kostenvorschuss von CHF 1800 üblich.<sup>65</sup>

Der Gläubiger kann m.E. die Kostenhaftung und eine allfällige Vorschusspflicht vermeiden, indem er, anstatt selbst das Wiedereröffnungsgesuch beim Konkursgericht zu stellen, einen Hinweis an das Konkursamt macht und dieses infolgedessen ein Wiedereröffnungsgesuch an das Konkursgericht stellt.<sup>66</sup> Diese Variante ist für den Gläubiger jedoch mit zwei Nachteilen verbunden. *Erstens* ist unsicher, ob und wann das Konkursamt tätig wird. Mit anderen Worten wird der Gläubiger u.U. das Wiedereröffnungsgesuch im Nachhinein selbst stellen müssen und folglich für die Kosten bis zur (erneuten) Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bzw. bis zum Schuldenruf haften und allenfalls vorschusspflichtig werden. *Zweitens* wird der Gläubiger, selbst wenn das Konkursamt tätig wird, bei Abweisung des Wiedereröffnungsgesuches zur Ergreifung des Rechtsmittels nicht legitimiert sein, da er am erstinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt war. Der Gläubiger wird vielmehr ein neues, separates Wiedereröffnungsgesuch stellen müssen.

Die Verfügung des Konkursgerichts, d.h. der Wiedereröffnungsentscheid, ist mit Beschwerde (Art. 319 i.V.m. Art. 309 lit. b Ziff. 7 ZPO) innert zehn Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO) anfechtbar.<sup>67</sup> Das *Konkursamt* ist nicht zur Beschwerde legitimiert.<sup>68</sup> Hingegen kann der *Gemeinschuldner* bzw. bei einer juristischen Person deren Organe den Wiederer-

<sup>56</sup> Zur kritischen Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu diesem Thema: vgl. II.C.

<sup>57</sup> BGer, 5A\_857/2020, E. 2.1.1; BGer, 4A\_527/2020, E. 5.4.2; BGer, 4A\_467/2018, E. 5.2; SHK-RÜETSCHI (FN 33), Art. 164 N 20 f.; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 56, 59 und 61.

<sup>58</sup> LORANDI (FN 3), AJP 2018, 58 f.; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 13a.

<sup>59</sup> LORANDI (FN 3), AJP 2018, 59.

<sup>60</sup> BGer, 4A\_467/2018, E. 5.2; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 12a; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 59, 62; JAEGER (FN 6), Art. 230 SchKG N 1; CR LP-VOUILLOZ (FN 6), Art. 230 N 2; SK-SCHOBER/AVDYLI-LUGINBÜHL (FN 6), Art. 230 SchKG N 4.

<sup>61</sup> BGer, 4A\_467/2018, E. 5.2; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 12a; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 59, 62.

<sup>62</sup> BGer, 4A\_384/2016, E. 2.1.3; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 12a; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 59.

<sup>63</sup> BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 12a; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 59; CR LP-VOUILLOZ (FN 6), Art. 230 N 7.

<sup>64</sup> Vgl. auch BSK SchKG II-NORDMANN (FN 4), Art. 169 N 23, in Bezug auf die analoge Frage im Rahmen der Konkurseröffnung.

<sup>65</sup> Internet: [https://www.stadt-zuerich.ch/portal/de/index/politik\\_u\\_recht/stadtamann-\\_undbetriebsaemter/betriebsamt/betriebsverfahren/pfaendung\\_konkurs.html](https://www.stadt-zuerich.ch/portal/de/index/politik_u_recht/stadtamann-_undbetriebsaemter/betriebsamt/betriebsverfahren/pfaendung_konkurs.html) (Abruf 10.1.2022).

<sup>66</sup> Gl.M. LORANDI (FN 3), AJP 2018, 59.

<sup>67</sup> BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 13a.

<sup>68</sup> BGer, 5A\_306/2014, E. 3.3.3; BGer, 5A\_647/2013, E. 4.2.2; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 13a.

öffnungsentscheid mittels Beschwerde anfechten.<sup>69</sup> Was die Legitimation von *Gläubigern* anbelangt, muss differenziert werden. Falls das Konkursamt das Wiedereröffnungsgesuch gestellt hat, ist ein Gläubiger, unabhängig vom Verfahrensausgang, nicht beschwerdelegitimiert, da dieser am erstinstanzlichen Verfahren nicht beteiligt war.<sup>70</sup> Falls ein Gläubiger das Wiedereröffnungsgesuch gestellt hat und somit am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt war, ist er einzig im Falle der *Abweisung* des Gesuches zur Beschwerde legitimiert, da im Falle der *Gutheissung* das Gesuch just von diesem gestellt wurde und er sich somit widersprüchlich verhalten würde.

## 2. Voraussetzungen

*Erste* Voraussetzung für die Wiedereröffnung des Konkurses ist, dass ein Vermögenswert *nach* Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven entdeckt wird.<sup>71</sup>

*Zweite* Voraussetzung ist, dass der neu entdeckte Vermögenswert *zur Masse gehörte*, aber nicht zu derselben gezogen wurde.<sup>72</sup> Es handelt sich um Vermögenswerte, welche dem Gemeinschuldner im Zeitpunkt der ursprünglichen Konkurseröffnung zustanden (Art. 197 Abs. 1 SchKG) und um solche Vermögenswerte, die dem Gemeinschuldner bis zur Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven angefallen sind (Art. 197 Abs. 2 SchKG).<sup>73</sup> Obwohl für später angefallene Vermögenswerte keine Wiedereröffnung des Konkurses erfolgen kann, gehören selbst diese Vermögenswerte zur Konkursmasse im Falle einer Wiedereröffnung des Konkurses.<sup>74</sup>

*Dritte* Voraussetzung ist, dass der betreffende Vermögenswert *neu entdeckt* wurde.<sup>75</sup> An den Beweis der Neuheit dürfen *keine zu hohen Anforderungen* gestellt werden.<sup>76</sup> M.E. gilt das Beweismass des Glaubhaftmachens.<sup>77</sup> Die Neu-

heit dürfte *nur selten ausgeschlossen* werden können, zumal bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven das Konkursamt keine sichere Kenntnis der Aktiven hat und die Gläubiger in aller Regel bis zum Einstellungsentscheid nicht miteinbezogen werden.<sup>78</sup> Neu entdeckte Vermögenswerte sind auch solche, die während des Konkurses zwar bekannt waren, zu jenem Zeitpunkt jedoch als *wertlos* eingeschätzt wurden und deren (höherer) Wert erst später erkannt wurde.<sup>79</sup> Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass *Rechtsansprüche* erst als bekannt gelten, *wenn alle wesentlichen Tatsachen bekannt sind*.<sup>80</sup>

*Vierte* Voraussetzung ist, dass der neu entdeckte Vermögenswert mindestens zur *Deckung der Kosten des summarischen Konkursverfahrens ausreicht*.<sup>81</sup> Diese Voraussetzung beruht auf der Tatsache, dass das ursprüngliche Konkursverfahren eingestellt wurde, weil nicht genügend *liquide* Vermögenswerte vorhanden waren,<sup>82</sup> um die Verfahrenskosten zu decken.<sup>83</sup> M.E. können für die Wiedereröffnung des Konkurses einzig *liquide* Vermögenswerte berücksichtigt werden, da nur diese die Deckung der Kosten des Konkursverfahrens erlauben.<sup>84</sup>

Es handelt sich dabei um neu entdeckte Bankguthaben, Bargeld oder unbestrittene fällige Forderungen i.S.v. Art. 243 Abs. 1 SchKG. Denkbar ist im (eingestellten) Konkurs über eine juristische Person beispielsweise ein Überschuss aus Verwertung von verpfändeten Vermögenswerten gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG. *Streitige Rechtsansprüche*, wie z.B. Verantwortlichkeitsansprüche oder paulianische Ansprüche, müssen erst durch die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger<sup>85</sup> gerichtlich geltend gemacht werden (vgl. II.B.) und erlauben somit nicht die Deckung von Konkursverfahrenskosten.

Die Problemstellung ist ähnlich bei *beweglichen und unbeweglichen Sachen*, da diese erst nach Wiedereröffnung und Durchführung des Konkursverfahrens *verwertet* werden können, so dass diese nicht als liquide gelten. Um im

69 BGer, 5A\_306/2014, E. 3.3.3; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 13a.

70 Vgl. auch BSK SchKG II-GIROUD/THEUS SIMONI (FN 4), Art. 174 N 14, in Bezug auf die analoge Frage im Rahmen der Konkurseröffnung.

71 BGer, 5A\_857/2020, E. 2.1.1; BGer, 5A\_306/2014, E. 3.1; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 59 f.; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 12a.

72 BGer, 5A\_306/2014, E. 3.1; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 61; vgl. auch BSK SchKG II-M. STAEHELIN/STOJILJKOVIC (FN 4), Art. 269 N 5, in Bezug auf die analoge Frage im Rahmen des Nachkonkurses.

73 LORANDI (FN 3), AJP 2018, 61.

74 LORANDI (FN 3), AJP 2018, 61.

75 BGer, 5A\_857/2020, E. 2.1.1; BGer, 4A\_527/2020, E. 5.4.2; BGer, 4A\_467/2018, E. 5.2; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 12a; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 61.

76 LORANDI (FN 3), AJP 2018, 60; vgl. auch BSK SchKG II-M. STAEHELIN/STOJILJKOVIC (FN 4), Art. 269 N 9, in Bezug auf die analoge Frage im Rahmen des Nachkonkurses.

77 Gl.M. JAEGER (FN 6), Art. 230 SchKG N 1 und LORANDI (FN 3), AJP 2018, 60.

78 LORANDI (FN 3), AJP 2018, 60.

79 LORANDI (FN 3), AJP 2018, 60; vgl. auch BSK SchKG II-M. STAEHELIN/STOJILJKOVIC (FN 4), Art. 269 N 10, in Bezug auf die analoge Frage im Rahmen des Nachkonkurses.

80 BGE 74 III 72, 74; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 60.

81 BGer, 5A\_857/2020, E. 2.1.1; BGer, 4A\_527/2020, E. 5.4.2; BGer, 4A\_467/2018, E. 5.2; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 12a; LORANDI (FN 3), AJP 2018, 61; SK-SCHOBER/AVDYLI-LUGINBÜHL (FN 6), Art. 230 SchKG N 4.

82 Und kein Gläubiger diese Kosten innert zehntägiger Frist vorgeschossen hat (Art. 230 Abs. 2 SchKG).

83 LORANDI (FN 3), AJP 2018, 61.

84 Gl.M. LORANDI (FN 3), AJP 2018, 61.

85 In diesem Fall dient das Ergebnis an erster Stelle der Deckung der Forderungen der Abtretungsgläubiger. Erst ein allfälliger, in der Praxis äusserst seltener Überschuss ist an die Konkursmasse abzuliefern.

Fälle illiquider Vermögenswerte ein Verfahrensleerlauf,<sup>86</sup> infolge Wiedereröffnung und sehr wahrscheinlicher (Wieder-)Einstellung des Konkursverfahrens, welcher keinesfalls die *Raison d'être* der Konkurswiedereröffnung sein kann,<sup>87</sup> zu vermeiden, wird für die Praxis folgende Lösung vorgeschlagen.

Falls das Wiedereröffnungsgesuch von einem *Gläubiger* eingeleitet wird, sollte das Konkursgericht bei sämtlichen nach Einstellung des Konkursverfahrens neu ent-

**In Bezug auf die Wiedereröffnung des Konkurses ist die Gretchenfrage, ob die neu entdeckten Vermögenswerte die Deckung der Kosten des wiedereröffneten Konkursverfahrens erlauben oder nicht.**

deckten *illiquiden* Vermögenswerten ein *Kostenvorschuss* verlangen, welcher alle zukünftigen, auch nicht genauer abschätzbare Kosten, für das gesamte Konkursverfahren decken kann (Art. 230 Abs. 2 SchKG analog).<sup>88</sup> Bei einfacheren bis durchschnittlichen Verhältnissen ist m.E. vertretbar, ein Kostenvorschuss von CHF 5000<sup>89</sup> bis CHF 10'000 zu verlangen, wobei in komplexeren Verfahren ein Kostenvorschuss von CHF 50'000<sup>90</sup> nicht ausgeschlossen ist. Mit anderen Worten ist bei *illiquiden* Vermögenswerten ein umfangreicherer Kostenvorschuss zu verlangen als bei jenen gemäss Art. 169 Abs. 2 SchKG (vgl. III.B.1.), welcher selbst bei *liquiden* Vermögenswerten gefordert werden kann und welcher voraussichtlich nur durchschnittliche Kosten bis zur Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bzw. bis zum Schuldenruf deckt (CHF 1800 im Kanton Zürich).

<sup>86</sup> LORANDI (FN 3), AJP 2018, 61.

<sup>87</sup> Vgl. auch BGer, 5A\_915/2014, E. 5.1 und BGer, 5A\_676/2008, E. 2.1, in welchen das Bundesgericht die Beantragung der Konkursöffnung des Gemeinschuldners gegen sich selbst i.S.v. Art. 191 SchKG als *rechtsmissbräulich* qualifiziert hat, wenn der Gemeinschuldner sie im Wissen darum anstrebt, dass die Konkursmasse *keine Aktiven* aufweisen wird (und in der Folge mangels Aktiven eingestellt wird).

<sup>88</sup> BGE 117 III 67 E. 2b; OGer ZH, PS 190212, 9.1.2020, E. 3.3; OGer ZH, PS 180018, 9.8.2018, E. III.2.3; BSK SchKG II-LUSTENBERGER/SCHENKER (FN 4), Art. 230 N 10.

<sup>89</sup> Eine Auswertung von 200 SHAB-Publikationen der Jahre 2019 und 2020 ergeben, dass in 85 % aller Fälle die Sicherheit zwischen CHF 3000 und CHF 5000 angesetzt wurde, wobei der Durchschnittswert knapp CHF 4800 beträgt, Internet: <https://www.konkurseinstellung-praxis.ch/art-230-schkg/> (Abruf 10.1.2022). Im Kanton Zürich kostet ein Konkurs bei einfachen Verhältnissen CHF 3500 bis CHF 5000, Internet: <https://www.notariate.zh.ch/deu/konkurs/verfahrensarten/konkursarten/einstellung-mangels-aktiven/> (Abruf 10.1.2022).

<sup>90</sup> BGE 130 III 90 E. 2.

Da das Konkursgericht vom *Konkursamt* überhaupt *keinen* Kostenvorschuss verlangen darf, ist Zurückhaltung seitens des Konkursamtes bei der Einleitung des Wiedereröffnungsgesuches zu empfehlen, da die Kosten eines auf Gesuch des Konkursamtes wiedereröffneten Konkursverfahrens nicht der Allgemeinheit bzw. den Steuerzahlern auferlegt werden sollten. Mithin sollte das Konkursamt das Wiedereröffnungsgesuch nur stellen, wenn genügend *liquide* Vermögenswerte vorhanden sind.

#### IV. Fazit

Wie einleitend erwähnt, stellt die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, d.h. die Nichtdurchführung des Konkursverfahrens, heutzutage den Regelfall dar. Dementsprechend dürften ebenfalls die Konkurswiedereröffnungen infolge Entdeckung neuer Vermögenswerte nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven an Häufigkeit zunehmen. Um zumindest teilweise befriedigt zu werden, haben Gläubiger bei Entdeckung neuer Vermögenswerte den Konkurs wiederzueröffnen und im summarischen oder ordentlichen Verfahren abwickeln zu lassen. Falls es sich beim Gemeinschuldner um eine juristische Person handelt, welche nach zwei Jahren seit der Konkurseinstellung im Handelsregister gelöscht wurde, ist als Vorstufe zur Konkurswiedereröffnung die Wiedereintragung des Gemeinschuldners im Handelsregister vorzunehmen.

In Bezug auf die Wiedereröffnung des Konkurses ist die Gretchenfrage, ob die neu entdeckten Vermögenswerte die Deckung der Kosten des wiedereröffneten Konkursverfahrens erlauben oder nicht. Im Falle von *liquiden* Vermögenswerten dürfte die Beantwortung dieser Frage grundsätzlich keine grossen Schwierigkeiten bereiten. Hingegen herrscht für Gläubiger und das Konkursamt als potentielle Gesuchsteller bei *illiquiden* Vermögenswerten, wie streitige Rechtsansprüche oder bewegliche und unbewegliche Sachen, welche zuerst geltend gemacht bzw. verwendet werden müssen, bezüglich der Deckung der Kosten des wiedereröffneten Konkursverfahrens grundsätzlich eine grosse Unsicherheit. Aus diesem Grund und angesichts der in diesem Beitrag aufgezeigten Verfahrensschritte und Stolpersteine ist für Gläubiger eine reifliche Überlegung sowie Vorsicht nachdrücklich zu empfehlen.