

**Beschluss** vom 23. August 1982

Es wirken mit:

Oberrichter Bähler (Präsident), Kellerhals, Studer, Gerichtsschreiber Lüthy

## **KREISSCHREIBEN**

### **betreffend Beginn der Vollstreckungshandlungen nach Konkurseröffnung**

I.

Die Aufsichtsbehörde hat am 27. Februar 1980 in einem Kreisschreiben an die Konkursämter ausgeführt, dass die Konkursämter nach der Eröffnung des Konkurses Vollstreckungshandlungen erst vorzunehmen haben, wenn die einem Rekurs gegen das Konkurserkenntnis erteilte aufschiebende Wirkung dahingefallen ist. Dabei bestand die Meinung, dass auch während der Rechtsmittelfrist und bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung keine Vollstreckungsmassnahmen vorzunehmen sind. Vorbehalten wurden die zur Wahrung der Gläubigerrechte durch den Richter zu treffenden vorsorglichen Anordnungen (Art. 170 und 174 SchKG). Aus diesen Gründen hat die Aufsichtsbehörde im gleichen Kreisschreiben die Konkursgerichte gebeten, das Konkursdekret erst nach unbenütztem Ablauf der Rekursfrist dem Konkursamt, dem Grundbuchführer und dem Handelsregisterführer mitzuteilen.

Das Kreisschreiben hat in der Praxis zu Schwierigkeiten geführt. Mehrere Betreibungs- und Konkursämter und Richterämter haben deshalb darum ersucht, es zu überprüfen und zu ändern.

Nach eingehender Prüfung sind wir zum Ergebnis gekommen, dass am Kreisschreiben nicht festgehalten werden kann. Rechtliche und praktische Gründe sprechen dagegen.

II.

1. In rechtlicher Hinsicht wurde das Kreisschreiben damit begründet, dass nach der neueren kantonalen Praxis im Rekursverfahren neue Tatsachen (Noven) zu berücksichtigen seien und dass der Rekurs nach der Erteilung der aufschiebenden Wirkung - ex tunc - sowohl Rechtskraft als auch Vollstreckbarkeit hemme, womit das Konkurserkenntnis unverbindlich sei. An dieser Auffassung ist festzuhalten. Es fragt sich jedoch, ob daraus die erwähnte Folgerung zu ziehen ist. Wird die Frage nach kantonalem Recht beurteilt, ergibt sich folgendes:

Gegen das Konkurserkennntnis kann nach Art. 174 SchKG Berufung eingelegt werden. Nach der Zivilprozessordnung ist das Konkurserkennntnis eine Verfügung im summarischen Verfahren (§ 244 lit. e). Das dagegen vorgesehene Rechtsmittel ist der Rekurs (§ 300 Abs. 1 lit. a). Dieser hat hier also die Funktion der Berufung.

Der Rekurs gegen das Konkurserkennntnis hat von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung (RB 1968 Nr. 21 S. 83 Ziff. 2). Er erhält diese erst, wenn sie ihm durch den Obergerichtspräsidenten oder den von ihm bezeichneten Richter (in der Praxis durch den Präsidenten der Zivilkammer) erteilt wird. Urteile, gegen die kein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung gegeben ist, treten bei Anwesenheit der Parteien mit der mündlichen Eröffnung, bei Abwesenheit einer Partei mit der schriftlichen Eröffnung in Rechtskraft (§ 209 Abs. 1 ZPO). Das in Rechtskraft erwachsene Urteil ist vollstreckbar, sofern darin kein Aufschub vorgesehen ist (§ 320 Abs. 1 ZPO).

Nach Art. 176 SchKG wird das Konkurserkennntnis, sobald es vollstreckbar geworden ist, dem Konkursamte, dem Grundbuchführer und dem Handelsregisterführer mitgeteilt. Wird diese Bestimmung auf die kantonalen Bestimmungen über die Vollstreckbarkeit angewendet, ergibt sich, dass die Mitteilung an die Aemter nach der formrichtigen, d.h. schriftlichen (§ 242 Abs. 2 ZPO, RB 1970 Nr. 17) Eröffnung des Konkurserkennntnisses zu geschehen hat, da dieses mit der Eröffnung rechtskräftig und vollstreckbar geworden ist.<sup>1</sup>

2. Nun stellt sich indessen die Frage, ob sich die Vollstreckbarkeit des Konkurserkennntnisses überhaupt aus dem kantonalen Recht ergibt oder ob nicht vielmehr das SchKG eine bundesrechtliche Regelung geschaffen hat.

Das Konkurserkennntnis dient der Feststellung des Bestandes der materiellen und formellen Konkursvoraussetzungen für einen bestimmten Augenblick<sup>2</sup>. Art. 175 SchKG bestimmt denn auch, dass der Konkurs von dem Zeitpunkt an als eröffnet gilt, in welchem er erkannt wird, und dass der Richter diesen Zeitpunkt im Konkurserkennntnis festzustellen hat. Damit treten die Rechtswirkungen auf das Vermögen des Schuldners (Art. 197 ff. SchKG) und die Rechte der Gläubiger (Art. 208 ff. SchKG) mit der Ausfällung des Konkurserkennntnisses ein.

Mit der Eröffnung des Konkurses ist also die Vollstreckung schon eingeleitet, und deren weitere Abwicklung, d.h. die Durchführung des Konkursverfahrens, hat ohne Aufschub zu erfolgen<sup>3</sup>. Die Konkursöffnung ist deshalb den Amtsstellen unverzüglich und gleichzeitig mit der Eröffnung an die Parteien mitzuteilen<sup>4</sup>. Dies gilt nach Art. 176 in Verbindung mit Art. 174 Abs. 2 SchKG nur dann nicht, wenn die Wirkungen des Konkurserkennntnisses dadurch dahinfallen, dass einer dagegen eingereichten Berufung (bzw. einem dagegen eingereichten Rekurs) aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. Diese Ausnahme hat allerdings wohl nur theoretisch

<sup>1</sup> In diesem Sinne A. Reichel, Kommentar zum SchKG, Zürich 1901, Art. 176 N 1.

Ob auch K. Amonn, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Bern 1980, das gleiche meint, wenn er auf S. 274 ausführt, das "rechtskräftige" Konkurserkennntnis sei den Aemtern mitzuteilen, erscheint fraglich.

<sup>2</sup> W. Baumann, Die Konkursöffnung nach dem SchKG, Zürich 1979, S. 131.

<sup>3</sup> Baumann a.a.O. 133.

<sup>4</sup> Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1967 / 68, II 17, Jaeger und Jaeger / Daeniker Art. 176 N 3, Baumann a.a.O. S. 133; vgl. auch das Kreisschreiben des Bundesgerichtes vom 7. Januar 1955 in BGE 81 III 129.

A. Favre, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956, S. 246, ist hingegen der Auffassung, dass mit den Mitteilungen bis zur Erledigung des Rechtsmittelsverfahrens zuzuwarten ist.

sche Bedeutung, da die Erteilung der aufschiebenden Wirkung in einem Zeitpunkt, wo das Konkurserkennnis gar noch nicht eröffnet ist, kaum denkbar ist. Nach diesen rechtlichen Ueberlegungen richten sich die Vollstreckbarkeit des Konkurserkennnisses und damit auch der Zeitpunkt seiner Meinung an die Aemter nicht nach kantonalem Recht, sondern nach dem SchKG. Aus diesem ergibt sich, dass die Konkursöffnung den Amtsstellen unverzüglich mitzuteilen ist.

### III.

Zu den dargestellten rechtlichen treten gewichtige praktische Gründe.

1. Wird das Konkurserkennnis nicht sofort dem Konkursamt mitgeteilt, entsteht ein Schwebezustand. Er dauert mindestens, bis das Erkenntnis dem Schuldner schriftlich eröffnet worden und die von da an laufende Rekursfrist von 10 Tagen abgelaufen ist. Er kann aber wesentlich länger dauern, wenn der Schuldner Rekurs einreicht und das Obergericht über die Frage der aufschiebenden Wirkung zu urteilen hat. In dieser Zeit vollziehen die Betreibungsämter weiterhin Betreibungshandlungen (Zustellung von Zahlungsbefehlen, Pfändungen, Verwertungen, Retentionen, Arreste etc.). Wird dann etliche Zeit später mitgeteilt, vor ein paar Wochen sei der Konkurs eröffnet worden, stellt sich die Frage, wer für die Kosten dieser unnützen und grundsätzlich nichtige Betreibungshandlungen aufzukommen hat.

2. Während des erwähnten Schwebezustandes hat der Schuldner die Möglichkeit, seine Vermögenswerte beiseitezuschaffen. Das ist besonders bedenklich bei einer Konkursöffnung ohne vorgängige Betreuung (Art. 190 ff. SchKG). Der Konkursrichter macht erfahrungsgemäss von der Möglichkeit, die zur Wahrung der Rechte der Gläubiger notwendigen vorsorglichen Anordnungen zu treffen (Art. 170 SchKG), wenig Gebrauch. Dem Richter sind vielfach die Verhältnisse zu wenig bekannt und die Gläubiger stellen selten Antrag auf Sicherungsmassnahmen. Demgegenüber kennt das Betreibungs- und Konkursamt die meisten Schuldner und ist so eher in der Lage, Sicherungsmassnahmen rasch und wirksam zu treffen.

### IV.

Die unter II und III erwähnten rechtlichen und praktischen Gründe führen dazu, dass das Kreisschreiben vom 27. Februar 1980 aufzuheben ist. Das darin enthaltene Ersuchen an die Konkursgerichte, das Konkursdekret erst nach unbenutztem Ablauf der Rekursfrist dem Konkursamt, dem Grundbuchführer und dem Handelsregisterführer mitzuteilen, ist ebenfalls als hinfällig zu erklären. Das Konkursdekret ist vielmehr unverzüglich den Aemtern mitzuteilen.

Das Konkursamt hat nach Art. 221 SchKG sofort nach Empfang des Konkurserkennnisses das Inventar über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen aufzunehmen und die zu dessen Sicherung erforderlichen Massnahmen (Art. 223, 240 und 243 Abs. 2 SchKG) zu treffen. Zum Schutz des Schuldners ist jedoch eine gewisse Zurückhaltung am Platz, solange die Rechtsmittelfrist noch läuft oder nach

Einreichung eines Rekurses noch nicht über die aufschiebende Wirkung entschieden ist. Mit der Publikation der Konkursöffnung (Art. 232 SchKG) ist deshalb zuzuwarten, bis die Rekursfrist unbenützt abgelaufen oder einem Rekurs keine aufschiebende Wirkung erteilt worden ist<sup>1</sup>. Bis zum gleichen Zeitpunkt kann das Konkursamt auch mit der Aufnahme des Inventars zuwarten, wenn es die Vermögensverhältnisse des Schuldners bereits kennt und eine Wegschaffung von Vermögenswerten nicht zu befürchten ist.

Erteilt die Rekursinstanz einem Rekurs gegen das Konkurserkennntnis aufschiebende Wirkung, fallen die Wirkungen der Konkursöffnung und die gestützt darauf getroffenen Vollstreckungshandlungen dahin. Es besteht jedoch die Möglichkeit, dass der Richter mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung vorsorgliche Anordnungen trifft und dabei sichernde Vorkehrungen des Konkursamtes als vorsorgliche richterliche Sicherungsmassnahmen aufrechterhält (gestützt auf Art. 174 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 170 SchKG). So könnte beispielsweise das Konkursinventar gemäss Art. 221 als Güterverzeichnis nach Art. 162 beibehalten werden.

Demnach wird im Einvernehmen mit der Zivilkammer des Obergerichtes

1. das Kreisschreiben der Aufsichtsbehörde vom 27. Februar 1980 aufgehoben. Damit fällt auch das darin enthaltene Ersuchen an die Konkursgerichte, das Konkursdekret erst nach unbenütztem Ablauf der Rekursfrist dem Konkursamt, dem Grundbuchführer und dem Handelsregisterführer mitzuteilen, dahin. Das Konkursdekret ist vielmehr unverzüglich und gleichzeitig mit der Eröffnung an die Parteien den Aemtern mitzuteilen.
2. Das Konkursamt hat sofort nach Empfang des Konkursdekretes zur Aufnahme des Inventars zu schreiten und die erforderlichen Sicherungsmassnahmen zu treffen (Art. 221 SchKG). Die Konkursöffnung ist jedoch erst zu publizieren, wenn die Rekursfrist unbenützt abgelaufen oder einem Rekurs keine aufschiebende Wirkung erteilt worden ist. Bis zum gleichen Zeitpunkt kann das Konkursamt auch mit der Aufnahme des Inventars zuwarten, wenn es die Vermögensverhältnisse des Schuldners bereits kennt und eine Wegschaffung von Vermögenswerten nicht zu befürchten ist.
3. Erteilt das Obergericht einem Rekurs gegen das Konkursdekret aufschiebende Wirkung, fallen die Vollstreckungshandlungen des Konkursamtes dahin. Vorbehalten bleibt die Anordnung von Sicherungsmassnahmen durch das Obergericht (Art. 174 Abs. 2 SchKG).

Dieser Beschluss ist schriftlich zu eröffnen an:

- alle Konkursämter des Kantons Solothurn
- alle Zivilrichterämter des Kantons Solothurn

<sup>1</sup> vgl. Favre a.a.O. 245 f., Jaeger Art. 232 N2

**Im Namen der Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs**

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Bähler

Lüthy