

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210126-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw S. Ursprung

Urteil vom 29. September 2021

in Sachen

Konkursamt A._____,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

betreffend **Einstellung mangels Aktiven**

Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 29. Juni 2021 betreffend Konkurs über die B._____ GmbH in Liquidation (EK210118)

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1. Mit Urteil vom 23. September 2020 eröffnete das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) den Konkurs über die B._____ GmbH und beauftragte den Beschwerdeführer (nachfolgend: Konkursamt) mit dem Vollzug (act. 4/3 S. 1 = act. 6/1 S. 1).

1.2. In der Folge teilte das Konkursamt der Vorinstanz als Konkursgericht mit Eingabe vom 8. April 2021 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 (act. 4/3 = act. 6/1).

1.3. Im Anschluss teilte die Vorinstanz dem Konkursamt mit, dass die Anforderungen nach Art. 230 Abs. 1 SchKG nicht erfüllt seien und forderte es zur Ergänzung seines Gesuchs auf (act. 4/4 = act. 6/3). Nachdem diese Ergänzung fristgerecht eingegangen war (act. 4/5 = act. 6/4), wurde das Gesuch mit Urteil vom 29. Juni 2021 abgewiesen (act. 3 = act. 5 = act. 6/5).

1.4. Gegen diesen Entscheid erhob das Konkursamt mit Eingabe vom 9. Juli 2021 (Datum Poststempel, act. 2 und act. 4/1-5) Beschwerde und verlangte erneut die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gemäss Art. 230 SchKG.

1.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 6/1-5). Eine Vernehmlassung der Vorinstanz nach Art. 324 ZPO ist nicht einzuholen. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Für die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nach Art. 230 SchKG ist in erster Instanz das Einzelgericht als Konkursgericht zuständig, welches im summarischen Verfahren entscheidet (vgl. Art. 1 lit. c i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO; § 24 lit. c GOG ZH). Endentscheide des Konkursgerichts betreffend Einstellung des Konkurses nach Art. 230 SchKG sind mit Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO

anfechtbar, wozu auch das Konkursamt als Vertreter der Konkursmasse legitimiert ist (vgl. Art. 309 lit. b Ziff. 7 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO; BGE 141 III 590 E. 3.2 und 3.2.1; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 4. Aufl. 1997, Art. 230 N 4; BSK SchKG II-LUSTENBERGER, 2. Aufl. 2010, Art. 230 N 8). Es gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 255 lit. a ZPO).

2.2. Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (vgl. Art. 320 ZPO). Die beschwerdeführende Partei trifft eine Begründungslast. Es ist in der Beschwerdeschrift vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig sei und wie er geändert werden müsse. Die Beschwerdeschrift hat sich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und anzugeben, an welchen Mängeln dieser ihrer Ansicht nach leidet (sog. Begründungslast; vgl. statt vieler BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 321 N 5 ff. und 22; BSK ZPO-SPÜHLER, 3. Aufl. 2017, Art. 321 N 4 i.V.m. Art. 311 N 12). Wird eine unrichtige Rechtsanwendung geltend gemacht, so hat die Beschwerdeschrift eine minimale rechtliche Begründung zu enthalten (vgl. OGer ZH PS180131 vom 3. September 2018, E. III./1 mit Hinweis auf OGer ZH LB140047 vom 5. Februar 2015, E. III./1a; LB160044 vom 23. Dezember 2016, E. I./4). Die Beschwerdefrist beträgt im summarischen Verfahren 10 Tage (vgl. Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO).

2.3. Eine Empfangsbestätigung für das vorinstanzliche Urteil legt weder das Konkursamt seiner Beschwerde bei noch ist eine solche in den vorinstanzlichen Akten enthalten. Angesichts dessen, dass das angefochtene Urteil vom 29. Juni 2021 datiert und am 1. Juli 2021 versandt wurde (vgl. act. 6/5 letzte Seite) und die Beschwerde mit Poststempel vom 9. Juli 2021 eingereicht wurde (act. 2), ist die 10-tägige Beschwerdefrist gewahrt.

3. Rechtliches

3.1. Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Voraussetzung für die Einstellung ist, dass die Inventarisierung sämtlicher bekannter Vermögenswerte des Schuldners ergibt, dass diese nicht ausreichen, um zumindest die Kosten des summarischen Konkursverfahrens zu decken (BSK SchKG II-LUSTENBERGER, a.a.O., Art. 230 N 3).

3.2.1. Die Vorinstanz hat dem Gesuch des Konkursamts um Einstellung mangels Aktiven nach Art. 230 Abs. 1 SchKG aus mehreren Gründen nicht stattgegeben. Sie führt zunächst an, dass das Konkursamt paulianische Anfechtungsansprüche nach Art. 285 SchKG gegenüber der C._____ Investment GmbH, der D._____ AG und dem Geschäftsführer der Konkursitin, Herrn E._____ (nachfolgend: Geschäftsführer), falsch inventarisiert habe. Es habe diese Ansprüche trotz vermeintlicher Unsicherheit über deren Durchsetzbarkeit fälschlicherweise mit genauen Beträgen (Fr. 12'000.–, Fr. 21'500.20 und Fr. 10'500.–) und nicht nur pro memoria (p.m.) ins Inventar aufgenommen (act. 5 S. 3 E. 3.3). Das Konkursamt hält in seiner Beschwerde dagegen, dass es sich dabei lediglich um Schätzungen handle, die nichts darüber aussagten, ob die Ansprüche durchsetzbar und werthaltig seien (act. 2).

3.2.2. Die Inventarisierung durch das Konkursamt beginnt gestützt auf Art. 221 SchKG sofort nach der Konkurseröffnung. Das Inventar soll alle Aktiven des Konkursiten zusammenfassen und einen Überblick über dessen Vermögensverhältnisse verschaffen (BSK SchKG II-LUSTENBERGER, a.a.O., Art. 221 N 6). Von Gesetzes wegen sind insbesondere auch Anfechtungsansprüche der Masse nach Art. 285 ff. SchKG im Inventar vorzumerken, und zwar gemäss Art. 27 Abs. 2 KOV mit einem Schätzungsbetrag für den Fall eines günstigen Ausgangs des Anfechtungsverfahrens (BSK SchKG II-LUSTENBERGER, a.a.O., Art. 221 N 22). In der Praxis findet sich jedoch häufig nur ein betragsloser "pro memoria"-Vermerk (STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER, Muss das Konkursamt nach Anfechtungsansprüchen suchen?, BISchK 2011 S. 1 ff., 6).

3.2.3. Dass es sich bei den Forderungen gegenüber der C._____ Investment GmbH, der D._____ AG sowie gegenüber dem Geschäftsführer um mögliche Anfechtungsansprüche nach Art. 285 SchKG handelt, wurde zu Recht nicht in Frage gestellt. Das Konkursamt konnte die vorgenannten Ansprüche jedoch entgegen der Ansicht der Vorinstanz ungeachtet von deren Aussichten nicht nur pro memoria aufnehmen, sondern hatte diese gestützt auf Art. 27 Abs. 2 KOV mit einem Schätzungsbetrag für den Fall eines günstigen Ausgangs des Verfahrens zu versehen. Ein Schätzungsbetrag ist vorliegend einer Aufnahme pro memoria ohnehin vorzuziehen, zumal das Konkursamt offenbar Kenntnis über die genauere Höhe der an die vorgenannten Unternehmen überwiesenen Beträge und der Privatbezüge des Geschäftsführers hatte (vgl. act. 4/3). Dieses Vorgehen ermöglicht sodann den an einer Fortsetzung des Verfahrens nach Art. 230 Abs. 2 SchKG interessierten Gläubigern mehr Informationen über dessen Erfolgsaussichten. Somit hat das Konkursamt die Inventarisierung der Anfechtungsansprüche nach Art. 285 SchKG korrekt vorgenommen.

3.3.1. Weiter hält die Vorinstanz fest, dass die Inventarisierung sämtlicher bekannter Vermögenswerte nicht ergebe, dass diese nicht ausreichen, um zumindest die Kosten des summarischen Konkursverfahrens zu decken (act. 5 S. 3. f. E. 4). Das Konkursamt hält in seiner Beschwerde fest, es müsse lediglich sichere, wirklich greifbare Vermögenswerte beim Entscheid über die Verfahrensart in Betracht ziehen. Die Interessen der Gläubiger seien dadurch geschützt, dass sie die Durchführung des Konkursverfahrens auf ihre Kosten verlangen könnten (act. 2).

3.3.2. Das Konkursamt muss bei der Prüfung, ob genügend Aktiven für die Deckung der Verfahrenskosten vorhanden sind, in erster Linie die liquiden, d.h. die sofort verwertbaren Aktiven berücksichtigen. Dies entspricht der herrschenden Lehre sowie der ständigen Praxis der Konkursämter (vgl. statt vieler STOCKER, Entscheidungsgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, Zürich 1985, S. 170 f. m.w.H. sowie SCHMID/JENT-SØRENSEN, Zur Liquidation juristischer Personen nach Art. 230a SchKG, in: Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, 2015, S. 639 ff., 641). Zu den liquiden Aktiven zählen neben Barschaft und Vermögen auf Bankkonten auch Fahrzeuge und sonstige Ge-

genstände, welche an einer Gant voraussichtlich mit einem entsprechenden Erlös versteigert werden können (vgl. STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER, a.a.O., 4). Auch Forderungen erfüllen diese Anforderung, soweit sie unbestritten sind und der Drittschuldner zahlungsfähig ist. Unsichere Ansprüche der Konkursmasse wie mehr oder weniger aussichtsreiche paulianische Anfechtungsansprüche nach Art. 285 SchKG sind hingegen als illiquide Aktiven nicht zu berücksichtigen (vgl. STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER, a.a.O., 6; STOCKER, a.a.O., 171). Soweit ein Gläubiger seine Forderung aus illiquiden Aktiven wie etwa einem Anspruch nach Art. 285 SchKG decken möchte, kann er gestützt auf Art. 230 Abs. 2 SchKG nach Einstellung des Verfahrens die Konkurskosten bevorschussen und anschliessend die Abtretung dieser Ansprüche nach Art. 260 SchKG verlangen.

3.3.3. Das Konkursamt hat damit zu Recht die Forderungen gegenüber der C._____ Investment GmbH, der D._____ AG sowie dem Geschäftsführer nach Art. 285 SchKG als illiquide Aktiven nicht berücksichtigt, selbst wenn diese möglicherweise aussichtsreich sein können.

3.4.1. Schliesslich stellt die Vorinstanz in Frage, ob das Konkursamt genügend vertiefte Abklärungen zur Feststellung der Aussichten der vorerwähnten paulianischen Anfechtungsforderungen nach Art. 285 SchKG getroffen habe. Einem Einstellungsgesuch sei erst nach einer weiteren Verfolgung dieser Ansprüche stattzugeben (act. 5 S. 3 f. E. 3.3 f.). Das Konkursamt hält dem entgegen, dass Abklärungen, ob solche Ansprüche überhaupt durchsetzbar seien, erst bei der Durchführung des Konkursverfahrens im summarischen Verfahren vorzunehmen seien (act. 2).

3.4.2. Der Konkursverwaltung obliegt es, anlässlich der Inventarisierung grundsätzlich sämtliche Aktiven der Konkursmasse festzustellen, wozu auch allfällige Anfechtungsansprüche zählen. Dazu sollte nicht nur der Schuldner zu seiner finanziellen Situation befragt, sondern in vertretbarem Umfang auch die Geschäftsbücher durchgesehen werden. Beim Entscheid über die Dichte seiner Untersuchung hat das Konkursamt das Interesse der Gläubiger an der Durchführung des Konkurses abzuwägen gegen das Interesse an der Vermeidung von hohen Kosten; also gegen das Interesse desjenigen Gläubigers, der das Konkursbegeh-

ren gestellt hat und gemäss Art. 169 Abs. 1 SchKG für die Kosten haftet, und auch gegen das Interesse des subsidiär haftenden Gemeinwesens. Zumal die liquiden Vermögenswerte auch für den Entscheid über die Fortführung des Konkursverfahrens zentral sind, hat es sich anlässlich der Inventarisierung nach Art. 221 SchKG primär auf deren Feststellung zu konzentrieren (vgl. Ziff. 3.3.2 vorstehend). Unverhältnismässiger Aufwand zur Eruierung illiquider Vermögenswerte, insbesondere auch von Anfechtungsansprüchen, ist zu vermeiden (vgl. zum Ganzen STAEHELIN/BOPP/BACHOFNER, a.a.O., 7 f.; STOCKER, a.a.O., 175).

3.4.3. Vorliegend hat sich das Konkursamt an die Unternehmen C._____ Investment GmbH und D._____ AG, welchen die möglicherweise nach Art. 285 SchKG rückforderbaren Beträge von Fr. 12'000.– bzw. Fr. 21'500.20 überwiesen wurden, gewandt. Es hat F._____, Inhaber bzw. einziges Mitglied des Verwaltungsrates (und gleichzeitig Buchhalter der Konkursitin) zur Stellungnahme über die vorerwähnten Zahlungen aufgefordert. Diese Stellungnahme hat das Konkursamt, soweit sie erfolgt ist, im Gesuch um Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven wiedergegeben (act. 4/2, Anhang, und act. 4/3 S. 1 f.). Es hat weiter den Geschäftsführer der Konkursitin zu einem möglichen Verkauf ihrer Stammanteile und damit zu F._____'s Darstellungen hinsichtlich der Zahlungen an die vorgenannten Unternehmen befragt. Seine Stellungnahme hat das Konkursamt in einer vom Geschäftsführer unterzeichneten Erklärung festhalten lassen (vgl. act. 4/1, Anhang). Ausserdem hat es einen Betreibungsregisterauszug des Geschäftsführers eingeholt. Damit hat es seine finanzielle Bonität bzw. die Einbringlichkeit der gegen ihn gerichteten Anfechtungsforderung nach Art. 285 SchKG in der Höhe von Fr. 10'500.– abgeklärt und als gering eingeschätzt (act. 4/3 S. 2). Es hat sodann sowohl den Geschäftsführer als auch die beiden vom Buchhalter F._____ beherrschten Firmen zur Rückzahlung der vorgenannten Beträge angehalten und allen die Betreuung angedroht (act. 4/3 S. 2). Folglich hat es angesichts des frühen Stadiums des Konkursverfahrens bereits ausführliche Handlungen zur Abklärung und Einforderung der vorgenannten illiquiden Ansprüche nach Art. 285 SchKG vorgenommen. Angesichts dessen ist es dem Konkursamt nicht vorzuwerfen, dass es nicht (noch) vertieftere Abklärungen zu den ins Inventar aufgenommenen Anfechtungsansprüchen nach Art. 285 SchKG getroffen hat. Vorliegend

bestehen sodann keine Hinweise, dass die für die Konkurseröffnung verantwortliche Gläubigerin ein Interesse an der Abtretung der Ansprüche nach Art. 260 SchKG hat, sondern vielmehr, dass sie die Kosten des Verfahrens möglichst tief halten möchte (vgl. act. 4/3 S. 2). Dass das Konkursamt dieses Anliegen mitberücksichtigt, ist angesichts dessen, dass es diese Interessen wie erwähnt zu schützen hat, nicht zu beanstanden.

3.5. Damit hat das Konkursamt die gesetzlichen Vorschriften zur Stellung eines Gesuchs um Einstellung des Konkursverfahrens nach Art. 230 SchKG korrekt angewandt. Die Anforderungen für die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven nach Art. 230 Abs. 1 SchKG sind erfüllt. Dem Antrag auf die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gestützt auf Art. 230 SchKG ist damit stattzugeben und die entsprechende Beschwerde ist vollumfänglich gutzuheissen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Umstände halber sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben. Eine Parteientschädigung wurde nicht beantragt und ist auch nicht zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Dispositivziffer 1 des Urteils des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 29. Juni 2021 wird aufgehoben.
2. Das Konkursverfahren betreffend die B._____ GmbH in Liquidation, A._____, wird **eingestellt** und das Konkursamt A._____ angewiesen, nach Art. 230 Abs. 2 SchKG zu verfahren.
3. Das Verfahren gilt als geschlossen, falls nicht ein Gläubiger binnen 10 Tagen von der öffentlichen Bekanntmachung an die Durchführung des Konkursverfahrens begehrt und für die Kosten hinreichende Sicherheit leistet.
4. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an das beantragende Konkursamt (unter Rücksendung der Beilagen), an das Betreibungsamt A. _____ sowie an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich, sowie an die Vorinstanz unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.
7. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw S. Ursprung

versandt am:
1. Oktober 2021