

## **BGE 151 III 190**

Bundesgericht (BGE), 2025-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_151\\_III\\_190](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_151_III_190)

FR: ATF 151 III 190

IT: DTF 151 III 190

### **Regeste**

Regeste Art. 230 Abs. 2, Art. 262 Abs. 2 SchKG; Art. 39 und 85 KOV; Sicherheit für die Durchführung des Konkursverfahrens. Die Kosten für die Verwertung von Pfandgegenständen sind bei der Festlegung der Höhe der Sicherheitsleistung gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG nicht zu berücksichtigen (E. 5). Folgen der Gewährung der aufschiebenden Wirkung bei der Beschwerde gegen die Sicherheitsleistung. Wird die Sicherheit im Rechtsmittelverfahren neu festgesetzt, muss die Frist zu ihrer Leistung unabhängig von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung allen Gläubigern neu angesetzt werden (E. 6).

Regeste Art. 230 al. 2, art. 262 al. 2 LP; art. 39 et 85 OAOF; sûreté pour l'exécution de la procédure de faillite. Les frais de réalisation des biens remis en gage ne doivent pas être pris en compte lors de la détermination du montant de la sûreté selon l'art. 230 al. 2 LP (consid. 5). Conséquences de l'octroi de l'effet suspensif en cas de plainte contre la fourniture de la sûreté. Si le montant de la sûreté est revu dans la procédure de plainte, un nouveau délai de paiement doit être imparti à tous les créanciers, indépendamment de l'octroi de l'effet suspensif (consid. 6).

Regesto Art. 230 cpv. 2, art. 262 cpv. 2 LEF; art. 39 e 85 RUF; garanzia per la continuazione della procedura di fallimento. Le spese per la realizzazione di oggetti costituiti in pegno non devono essere prese in considerazione nella determinazione dell'ammontare della garanzia secondo l'art. 230 cpv. 2 LEF (consid. 5). Conseguenze della concessione dell'effetto sospensivo al ricorso contro la garanzia. Se nella procedura ricorsuale viene stabilita una nuova garanzia, occorre nuovamente fissare un termine a tutti i creditori per la sua prestazione, indipendentemente dalla concessione dell'effetto sospensivo (consid. 6).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Das Obergericht hat erwogen, für die Durchführung des summarischen Konkursverfahrens sei insgesamt mit Kosten von rund Fr. 232'500.- zu rechnen, nämlich Lagerkosten für die Konkursakten von Fr. 2'500.-, Verfahrenskosten von Fr. 50'000.-, Masseverbindlichkeiten von Fr. 45'000.- und Kosten von Fr. 135'000.- für den Beizug einer deutschen Anwaltskanzlei. Dem stünden freie Aktiven von Fr. 130'000.- gegenüber (Fr. 100'000.- Wertschriften, Guthaben und sonstige Ansprüche; Fr. 30'000.- Mietzinseinnahmen). Nicht als frei verfügbare Aktiven hat das Obergericht insbesondere BGE 151 III 190 S. 193 die Grundstücke in Deutschland erachtet, da gemäss den Sachwalterberichten und bisherigen Urteilen die Grundstücke überbewertet und überschuldet seien und auch völlig offen und nur schwer abschätzbar sei, ob aufgrund von Bürgschaftszahlungen dereinst

Verwertungserlöse erzielt werden könnten. Der nicht gedeckte Teil der Kosten betrage somit rund Fr. 100'000.-, weshalb der Kostenvorschuss einstweilen in dieser Höhe festzusetzen sei. Das Konkursamt könne sich die Nachforderung weiterer Kostenvorschüsse vorbehalten. Das Obergericht hat sodann erwogen, da nur die Beschwerdeführerinnen Beschwerde erhoben hätten und der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt worden sei, habe das Konkursamt nur den Beschwerdeführerinnen Frist zur Leistung eines Vorschusses in der Höhe von Fr. 100'000.- anzusetzen (unter Hinweis auf BGE 130 III 90 E. 4). (...)

### **E. 5.1**

Hinsichtlich der Festsetzung des Kostenvorschusses werfen die Beschwerdeführerinnen dem Obergericht eine fehlerhafte Ermessensausübung vor. Das Obergericht berücksichtige einerseits Auslagen von Fr. 135'000.- für die Mandatierung eines deutschen Rechtsanwalts, hingegen auf der Aktivseite die in Deutschland gelegenen Grundstücke nicht. Ob die Grundstücke überschuldet seien bzw. ob im Verwertungsfall ein Überschuss erzielt werden könne, sei für die Frage der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven nur soweit relevant, als es um die Deckung der allgemeinen Konkurskosten gehe. Die erwähnten Anwaltskosten betreffen jedoch Verwertungskosten, die aus dem Erlös vorab in Abzug zu bringen und damit von den Pfandgläubigern zu tragen seien. Es sei folglich nicht richtig, Verwertungskosten auf der Passivseite zu berücksichtigen. Schreite die Konkursverwaltung sodann mangels Überschusserwartung gar nicht zur Verwertung eines Grundstücks, würden auch keine Kosten in Deutschland anfallen für die rechtliche Begleitung eines Grundstücksgeschäfts. Entweder würden die Grundstücke verwertet, sodass die Verwertungskosten vorab durch den Pfanderlös gedeckt seien, oder die Grundstücke würden nicht verwertet, so dass auch keine entsprechenden Verwertungskosten anfallen werden. Es sei unklar, welchen Anteil der Anwaltskosten das Obergericht für die Abklärung der dringendsten rechtlichen Fragen (also allgemeine Konkurskosten) einerseits und für die rechtliche Begleitung der BGE 151 III 190 S. 194 Geschäfte (also Verwertungskosten) genau veranschlage. Jedenfalls sei der Vorschuss um Fr. 100'000.- zu reduzieren.

### **E. 5.2**

Die Sicherheit gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG ist so hoch anzusetzen, dass grundsätzlich alle zukünftigen Kosten, auch solche, die nicht genauer abschätzbar sind, gedeckt werden können ( BGE 117 III 67 E. 2b; 51 III 83 ; LUSTENBERGER/SCHENKER, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. Aufl. 2021, N. 10 zu Art. 230 SchKG ; CHRISTOPH RUDOLF STOCKER, Entscheidungsgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, 1985, S. 180 f.). Die Höhe der zu leistenden Sicherheit ist eine reine Ermessensfrage ( BGE 130 III 90 E. 1). Vor Bundesgericht kann nicht die blossе Unangemessenheit, sondern nur die gesetzwidrige Ermessensbetätigung, d.h. Über- oder Unterschreitung oder der Missbrauch des Ermessens geltend gemacht werden. Das Bundesgericht greift demnach nur ein, wenn die kantonale Instanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Das Bundesgericht hebt ausserdem Ermessensentscheide auf und korrigiert diese, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 145 III 49 E. 3.3; BGE 143 III 261 E. 4.2.5; BGE 142 III 336 E. 5.3.2; BGE 136 III 636 E. 3; BGE 134 III 323 E. 2; BGE 130 III 90 E. 1). Wenn Kosten berücksichtigt werden, welche nach Sinn und Geist des Gesetzes nicht in die Berechnung einbezogen werden dürfen, so liegt eine Gesetzwidrigkeit

vor ( BGE 55 III 92 E. 2). Nach dem Wortlaut von Art. 230 Abs. 2 SchKG umfasst die in dieser Norm vorgesehene Sicherheitsleistung "den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten" des Konkursverfahrens. Zu den in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Kosten zählen grundsätzlich auch die Kosten (Gebühren und Auslagen) für die Verwertung der Konkursaktiven (vgl. Art. 262 Abs. 1 SchKG ; STAEHELIN/STOJILJKOVIC, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 3. Aufl. 2021, N. 8 zu Art. 262 SchKG ). Besonderheiten gelten jedoch, wenn Pfandgegenstände in die Konkursmasse fallen. Vermögensstücke, an denen Pfandrechte haften, werden nur unter Vorbehalt des den Pfandgläubigern gesicherten Vorzugsrechts zur Konkursmasse gezogen ( Art. 198 SchKG ). Auch im Konkurs des Schuldners soll der Erlös aus der Pfandverwertung dem Pfandgläubiger im genau gleichen Umfang zukommen, wie BGE 151 III 190 S. 195 wenn das Pfand unabhängig von der Generalexécution verwertet worden wäre ( BGE 138 III 628 E. 5.3.1). Entsprechend gilt auch auf der Kostenseite eine Sonderregelung: Die Kosten für die Inventur, Verwaltung und Verwertung von Pfandgegenständen werden vorab aus ihrem Erlös gedeckt ( Art. 262 Abs. 2 SchKG ; Art. 85 der Verordnung vom 13. Juli 1911 über die Geschäftsführung der Konkursämter [KOV; SR 281.32] ; BGE 138 III 628 E. 5.3.1). Umgekehrt bedeutet dies, dass die entsprechenden Kosten nicht der Konkursmasse auferlegt werden dürfen bzw. mit anderen Worten, dass ausschliesslich die Pfandgläubiger diese Kosten tragen ( BGE 138 III 628 E. 5.3.1; MILANI/SCHMID, Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter [KOV], Kommentar, 2016, N. 13 zu Art. 39 KOV ; STAEHELIN/STOJILJKOVIC, a.a.O., N. 41 zu Art. 262 SchKG ). Erst ein allfälliger Überschuss des Erlöses über die pfandgesicherten Forderungen hinaus darf zur Deckung allgemeiner Konkurskosten herangezogen werden ( Art. 39 Abs. 1 KOV mit Verweis auf Art. 262 SchKG sowie Art. 85 KOV ; MILANI/SCHMID, a.a.O., N. 14 zu Art. 39 KOV ). Diese Regeln zur Kostentragung sind nicht erst am Ende des Konkursverfahrens bei der Verteilung und Abrechnung ( Art. 262 SchKG ) zu berücksichtigen, sondern bereits zuvor, insbesondere bei der Wahl des einzuschlagenden Verfahrens (ordentliches oder summarisches Konkursverfahren oder Einstellung des Konkurses mangels Aktiven). Gemäss Art. 39 Abs. 1 KOV hat das Konkursamt nämlich bei der Begutachtung der Frage, ob der Erlös der inventarisierten Aktiven voraussichtlich zur Deckung der Kosten des ordentlichen Verfahrens hinreichen werde, zu berücksichtigen, dass, soweit Pfandrechte an den Vermögensstücken haften, nur ein allfälliger Überschuss des Erlöses über die pfandgesicherten Forderungen hinaus zur Deckung der allgemeinen Konkurskosten verwendet werden kann, wobei Art. 39 Abs. 1 KOV auf Art. 262 SchKG verweist. Das Konkursamt kann die Einstellung des Konkurses beantragen, wenn der mutmassliche Überschuss des Erlöses über die pfandgesicherten Forderungen hinaus in Verbindung mit dem Erlös aus den unverpfändeten Aktiven die voraussichtlichen Kosten nicht deckt ( Art. 39 Abs. 2 KOV ). Damit sind die Kostentragungsregeln von Art. 262 SchKG bereits beim Entscheid darüber zu beachten, ob das Konkursamt Antrag auf Einstellung des Konkurses mangels Aktiven stellt ( Art. 230 Abs. 1 SchKG ). Entsprechendes gilt in der Folge bei der Festlegung der Höhe der Sicherheit gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG , denn bei den BGE 151 III 190 S. 196 durch die Konkursmasse nicht gedeckten Kosten, die die Einstellung des Konkurses veranlassen können, handelt es sich um denselben Betrag, der sicherzustellen ist, um doch noch die Durchführung des (summarischen) Konkursverfahrens zu erwirken. Nach dem Gesagten sind die Kosten der Verwertung von Pfandgegenständen gerade nicht durch die Konkursmasse zu decken. Die entsprechenden Kosten gehören demnach nicht zu den

durch die Konkursmasse nicht gedeckten Kosten im Sinne von Art. 230 Abs. 2 SchKG . Die in Art. 230 Abs. 2 SchKG angesprochenen ungedeckten Kosten sind vielmehr solche, die durch die Konkursmasse zu decken wären. Folglich sind die Kosten der Verwertung von Pfandgegenständen bei der Festlegung der Höhe der Sicherheitsleistung gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG nicht zu berücksichtigen. Falls das Konkursverfahren weitergeführt wird, kann das Konkursamt vom Pfandgläubiger einen Vorschuss für die Pfandverwaltung und -verwertung verlangen ( BGE 71 III 153 E. 6). Am Gesagten ändert nichts, dass sich die Kostenvorschussverfügung gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG an alle Gläubiger, also auch an die Pfandgläubiger richtet. Es steht ihnen frei, den Vorschuss zu leisten, wenn sie sich von der Durchführung eines Konkursverfahrens einen Vorteil erhoffen, etwa weil sie zwar einen Pfandausfall befürchten, aber eine Dividende auf den ungedeckten Teil ihrer Forderung erwarten. Nur in diesem Fall müssen sie sich an den allgemeinen Kosten des Konkursverfahrens beteiligen, die durch den Vorschuss gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG gedeckt werden sollen. Im Übrigen werden sie jedoch am Konkursverfahren häufig kein Interesse haben, da sie auch bei Einstellung desselben ihre Rechte geltend machen können ( Art. 230 Abs. 4 und Art. 230a Abs. 2 SchKG ). Umgekehrt kann es sein, dass die nicht pfandgesicherten Gläubiger ein Interesse an der Verwertung der Pfandobjekte haben, da sie sich daraus einen Überschuss erhoffen. Dies führt jedoch nicht zu einer Abweichung von der Kostenverteilung gemäss Art. 262 SchKG und Art. 85 KOV und damit auch nicht zu einer anderen Kostenvorschussberechnung im Rahmen von Art. 230 Abs. 2 SchKG .

### **E. 5.3**

Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich nicht, in welchem Umfang Pfandrechte an den Grundstücken in Deutschland bestehen. Das Obergericht hat erwogen, gemäss den Sachwalterberichten im Nachlassstundungsverfahren und den Urteilen über die Nichtbewilligung der definitiven Nachlassstundung seien die Grundstücke BGE 151 III 190 S. 197 in Deutschland überbewertet und überschuldet. Die Beschwerdeführerinnen hätten es in ihrer kantonalen Beschwerde als grundsätzlich zutreffend bezeichnet, dass die 44 Grundstücke in Deutschland mit Grundschulden (bzw. Grundpfandrechten) der finanzierenden Banken belastet seien bzw. gewesen seien. Das Obergericht hat ausserdem aus einem von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Schreiben von Rechtsanwalt D. zitiert, wonach finanzierende Banken Zahlungen von Bürgen erhalten hätten, mit denen grundbuchlich besicherte Darlehensforderungen befriedigt worden seien, womit ein Lösungsanspruch für die Sicherheit der Grundschuld in Höhe der erhaltenen Zahlungen bestehe.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.