

# **BGer 5A\_760/2010 vom 21. März 2011**

Bundesgericht, 2011-03-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_760\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_760_2010)

FR: TF 5A\_760/2010 du 21 mars 2011

IT: TF 5A\_760/2010 del 21 marzo 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde in Zivilsachen ist gegen den Entscheid der oberen Aufsichtsbehörde ( Art. 75 Abs. 1 BGG ) in Schuldbetreibungs- und Konkursachen unabhängig vom Streitwert zulässig ( Art. 72 Abs. 2 lit. a und Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG ). Sie ist binnen Frist erfolgt ( Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG ). Soweit sich die Beschwerde nicht nur gegen den Entscheid der oberen Aufsichtsbehörde, sondern auch gegen die Entscheide unterer Instanzen richtet, kann darauf nicht eingetreten werden ( Art. 75 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2**

Die Vorinstanz hat zusammengefasst Folgendes erwogen: Werde eine Erbschaft von allen nächsten gesetzlichen Erben ausgeschlagen, so gelange sie gemäss Art. 573 Abs. 1 ZGB zur Liquidation durch das Konkursamt. Die nach kantonalem Recht zuständige Behörde habe den Konkursrichter von der Ausschlagung zu benachrichtigen ( Art. 193 Abs. 1 SchKG ). Da nach Art. 194 Abs. 1 SchKG die besonderen Bestimmungen über die Kosten auch für Art. 193 SchKG gelten würden, habe das Konkursgericht gestützt auf Art. 169 Abs. 2 SchKG für die Konkurskosten einen Vorschuss verlangen dürfen. Die Missachtung der angesetzten Zahlungsfrist bewirke, dass der Konkurs nicht eröffnet werden dürfe. Vorliegend sei der Aufforderung zur Leistung eines Kostenvorschusses binnen Frist keine Folge geleistet worden, weshalb die konkursamtliche Liquidation der ausgeschlagenen Erbschaft zu Recht nicht angeordnet worden sei. Dem Konkursamt B. \_\_\_\_\_ fehle es somit an der Kompetenz zum Erlass einer Verfügung über die Abtretung des Mietverhältnisses. Ergänzend hat das Obergericht ausgeführt, Vertragsbeziehungen als Ganzes unterlägen nicht der Liquidation, weshalb der Beschwerdeführer die Übertragung des Mietvertrags gar nicht verlangen könne.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer rügt primär die Verletzung von Art. 573 Abs. 1 ZGB und Art. 193 SchKG . Er ist der Ansicht, aus Art. 573 Abs. 1 ZGB ergebe sich eine direkte, bundesrechtliche Kompetenz des Konkursamts zur Liquidation der ausgeschlagenen Erbschaft. Aus Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Abs. 2 SchKG ergebe sich zudem die Pflicht des Konkursgerichts, bei Ausschlagung einer Erbschaft die konkursamtliche Liquidation anzuordnen. Zwar werde nicht bestritten, dass das Gericht einen Kostenvorschuss verlangen könne. Allerdings bestehe keine gesetzliche Grundlage dafür, dass das Gericht bei Nichtleistung des Kostenvorschusses auf die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation der Verlassenschaft verzichten dürfe. Dass die konkursamtliche Liquidation durch das Gericht nicht angeordnet worden sei, erweise sich deshalb als bundesrechtswidrig. Verweigere das Konkursgericht die Anordnung der konkursamtlichen Liquidation, so müsse das Konkursamt direkt gestützt auf Art. 573 Abs. 1 ZGB handeln und die

Bestimmung von Art. 230a SchKG anwenden. Es gehe nicht an, mangels Leistung eines Kostenvorschusses auf die konkursamtliche Liquidation zu verzichten, da ansonsten fraglich bleibe, wie mit allfälligen Aktiven umzugehen sei. Das Entstehen von solchen unregelmässigen Verhältnissen müsse verhindert werden. Schliesslich geht der Beschwerdeführer davon aus, ein Mietverhältnis könne gemäss Art. 230a SchKG abgetreten werden. In diesem Zusammenhang beantragt er den Beizug der Akten im bundesgerichtlichen Verfahren 4A\_99/2010.

#### **E. 4.1**

Gemäss Art. 573 Abs. 1 ZGB gelangt eine Erbschaft zur Liquidation durch das Konkursamt, wenn sie von allen nächsten gesetzlichen Erben ausgeschlagen wird. Diese Norm regelt, welche Behörde im Ausschlagungsfall die Liquidation der Verlassenschaft vorzunehmen hat. Sie normiert also die Zuständigkeit zur Durchführung der Liquidation und ist insbesondere in Abgrenzung zur anders gearteten Zuständigkeitsregelung bei der amtlichen Liquidation gemäss Art. 593 ff. ZGB zu verstehen. Aus Art. 573 Abs. 1 ZGB kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass das Konkursamt die Liquidation ohne weiteres durchführen muss. Vielmehr ist für das weitere Verfahren das SchKG zu beachten, welches diesen Fall denn auch ausdrücklich geregelt hat, und zwar namentlich in Art. 193 SchKG.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG hat die zuständige Behörde insbesondere dann das Konkursgericht zu benachrichtigen, wenn alle Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung ordnet das Gericht die konkursamtliche Liquidation an. Das Konkursgericht ist mithin zuständig, die konkursamtliche Liquidation anzuordnen und ohne diese Anordnung kann das Konkursamt nicht tätig werden. Wird die konkursamtliche Liquidation nicht angeordnet, darf das Konkursamt die Liquidation nicht von sich aus vornehmen, wie dies der Beschwerdeführer anstrebt.

Vorliegend hat der Konkursrichter die konkursamtliche Liquidation nicht angeordnet, weil niemand den von ihm verlangten Kostenvorschuss bezahlt hat. Ob der Konkursrichter dabei korrekt vorgegangen ist oder ob er Art. 193 SchKG verletzt hat, kann nicht geprüft werden. Sein Handeln und Unterlassen ist nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nach Art. 17 ff. SchKG. Der Beschwerdeführer anerkennt in diesem Zusammenhang, dass das Konkursgericht einen Kostenvorschuss verlangen durfte. Ob dies tatsächlich so ist, bildet - wie gesagt - nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Ebenso wenig kann die Ansicht des Beschwerdeführers überprüft werden, wonach der Konkursrichter die Liquidation trotz Nichtleistung des Kostenvorschusses hätte anordnen müssen und die Vorschusszahlung somit keine Prozessvoraussetzung, sondern bloss die Erfüllung einer Ordnungsvorschrift darstellen würde.

Selbst wenn der Konkursrichter die Liquidation hätte anordnen müssen, durfte sich das Konkursamt nicht über die fehlende Konkurseröffnung hinwegsetzen. Die gesetzlich vorgegebene Kompetenzverteilung im Ablauf der Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft ist klar und es liegt nicht am Konkursamt, anstelle des Konkursrichters bzw. ohne seine Anordnung tätig zu werden. Wurde aber die konkursamtliche Liquidation nie angeordnet, ist das Konkursamt zu Recht auf das Gesuch zur Abtretung gemäss Art. 230a Abs. 1 SchKG nicht eingetreten. Diese Abtretung kann nur stattfinden, wenn die konkursamtliche Liquidation vom Konkursgericht überhaupt je angeordnet bzw. der Konkurs eröffnet und die konkursamtliche Liquidation mangels Aktiven hernach wieder

eingestellt worden ist ( Art. 230a Abs. 1 SchKG ).

An diesem Ergebnis vermag nichts zu ändern, dass das weitere Schicksal von Verlassenschaftsobjekten unsicher sein mag, wenn keine konkursamtliche Liquidation stattfindet. Dies ist kein Grund für das Konkursamt, sich entgegen der gesetzlichen Ordnung mit der Erbschaft zu befassen.

#### **E. 4.3**

Ist das Konkursamt demnach zu Recht nicht auf das Abtretungsbegehren des Beschwerdeführers eingetreten, kann offen bleiben, ob die Stellung als Mieter eines Wohnungsmietvertrages überhaupt eine abtretungsfähige Position im Sinne von Art. 230a Abs. 1 SchKG darstellt. Der verlangte Beizug der Akten des Verfahrens 4A\_99/2010 erweist sich bereits aus diesem Grunde als unnötig.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

#### **E. 5**

Auf die Erhebung einer Gerichtsgebühr ist zu verzichten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Dem Beschwerdegegner ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da er nicht in seiner Eigenschaft als Anwalt, sondern in eigener Angelegenheit tätig geworden ist ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

Der Beschwerdeführer ist bedürftig und die Beschwerde war nicht von vornherein aussichtslos ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Der Beizug eines Anwalts war gerechtfertigt ( Art. 64 Abs. 2 BGG ). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist demnach gutzuheissen, soweit es durch den Verzicht auf Erhebung von Gerichtsgebühren nicht gegenstandslos geworden ist. Rechtsanwalt Beat Rohrer wird demgemäss zum unentgeltlichen Rechtsbeistand des Beschwerdeführers bestellt und aus der Gerichtskasse wird ihm ein reduziertes Honorar entrichtet.

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