

# GR\_GERICHTE KSK 2023 117 vom 8. Mai 2024

GR Gerichte, 2024-05-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_KSK\\_2023\\_117](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_KSK_2023_117)

FR: GR\_GERICHTE KSK 2023 117 du 8 mai 2024

IT: GR\_GERICHTE KSK 2023 117 del 8 maggio 2024

## Regeste

Durchführung des summarischen Konkursverfahrens | Aufsicht übrige Fälle  
(Zusammenlegung Ämter, Statistik, Weiterbildungen etc.)

## Erwägungen

### E. 1

Mit Schreiben vom 3. November 2023 gelangte das im Konkurs gegen die B. \_\_\_\_\_ (Proz. Nr. C. \_\_\_\_\_) zuständige Konkursgericht gestützt auf Art. 268 Abs.

### E. 3

SchKG an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer als Aufsichtsbehörde über Schuldbetreibung und Konkurs (fortan: Aufsichtsbehörde). Es wies auf die fehlerhafte Durchführung des Konkursverfahrens durch die Konkursverwaltung hin, weil diese ohne gerichtliche Anordnung den Konkurs nach den Regeln des summarischen Konkursverfahrens abgewickelt habe. Dem Konkursgericht sei der Schlussbericht erstattet und es sei beantragt worden, das Verfahren als vollständig durchgeführt und geschlossen zu erklären. Es stelle sich die Frage, ob das Konkursverfahren nichtig sei. Das Konkursgericht könne diese Frage nur vorfrageweise prüfen, die tatsächliche Aufhebung der betroffenen Verfügung sei den Aufsichtsbehörden vorbehalten. Es falle dementsprechend nicht in den Zuständigkeitsbereich des Konkursgerichts, die Folgen des ohne entsprechende Anordnung durchgeführten summarischen Konkursverfahrens zu beurteilen. Es ersuche die Aufsichtsbehörde, allfällige Folgen des Mangels zu überprüfen (vgl. act. A.1). 2. Die Konkursverwaltung bestätigte in ihrer Stellungnahme vom 8. Januar 2024, den Konkurs über die B. \_\_\_\_\_ ohne Anordnung des Konkursgerichts im summarischen Verfahren durchgeführt zu haben. Der Antrag sei versehentlich nicht gestellt und das Versäumnis erst festgestellt worden, nachdem der Schuldenruf durchgeführt, der Kollokationsplan und das Inventar in Rechtskraft erwachsen und alle Aktiven verwertet worden seien. Ihre Handlungen während der Durchführung des Konkurses seien jedoch nicht nichtig. Die fehlende Anordnung des summarischen Verfahrens ändere an der Stellung der Gläubiger und allfälliger Dritter im Konkursverfahren nichts. Die Gläubiger seien mittels Publikation über die Durchführung des summarischen Verfahrens orientiert worden, die Durchführung des ordentlichen Verfahrens sei nicht verlangt worden. Der Mangel sei nicht als besonders schwer einzustufen. Es sei nicht angebracht, das komplette Verfahren erneut durchzuführen (act. A.2). Mit Nachtrag zu ihrer Stellungnahme wies die Konkursverwaltung darauf hin, dass die zwei von ihr verwerteten Motor-

### E. 4

Die Meldung gemäss Art. 268 Abs. 3 SchKG räumt dem Konkursgericht lediglich die Möglichkeit ein, Mängel im Konkursverfahren der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis zu

bringen. Insofern kommt der Meldung nicht mehr Bedeutung zu als einer Aufsichtsanzeige. Eine Parteistellung wird dem Konkursgericht dadurch nicht eingeräumt, es sei denn, ihm würden anderweitig alle Beschwerdevoraussetzungen zukommen, was vorliegend zu verneinen ist. Damit steht dem Konkursgericht grundsätzlich kein Anspruch auf eine Entscheidung zu (jedenfalls hinsichtlich allfälliger disziplinarrechtlicher Folgen der Anzeige). Vorliegend kann dies jedoch nicht gelten. Aufgrund der Meldung des Konkursgerichts ist die mögliche

## **E. 5**

Es ist zu prüfen, ob der ohne richterliche Anordnung i.S.v. Art. 231 SchKG im summarischen Verfahren durchgeführte Konkurs nichtig ist.

### **E. 5.1**

Verstossene Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig. Unabhängig davon, ob Beschwerde geführt worden ist, stellen die Aufsichtsbehörden von Amtes wegen die Nichtigkeit einer Verfügung fest (Art. 22 Abs. 1 SchKG). Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen, so dass sie auch nicht aufgehoben werden muss. Die Nichtigkeit kann (bzw. muss) lediglich festgestellt werden (Dieth/Wohl, a.a.O., N 1 zu Art. 22 SchKG). Zwar kann die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung nicht geheilt werden. Indes kann die Nichtigkeit nicht unter allen Umständen berücksichtigt werden. Die Nichtigkeit, d.h. die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, ist bei-

### **E. 5.2**

Das Konkursamt beantragt dem Konkursgericht das summarische Verfahren, wenn es feststellt, dass aus dem Erlös der inventarisierten Vermögenswerte die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens voraussichtlich nicht gedeckt werden können (Art. 231 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) oder die Verhältnisse einfach sind (Ziff. 2). Es handelt sich dabei um ein einseitiges Verfahren. Eine Anhörung des Gemeinschuldners und der Gläubiger ist gesetzlich nicht vorgesehen. Das Gericht hat die Sache von Amtes wegen und ohne Einleitung eines Parteiverfahrens zu untersuchen und seine Verfügung zu treffen, indem es hier (wie bei Art. 230 Abs. 1, Art. 268 SchKG, Einstellung mangels Aktiven) eine eigentliche Kontrolle über das Konkursamt ausübt. Der Entscheid des Konkursgerichts wird als solcher denn auch weder dem Gemeinschuldner noch den Gläubigern mitgeteilt (vgl. zum Ganzen BGer 5A\_472/2017 v. 30.10.2017 E. 3.2.1). Teilt das Gericht die Ansicht des Konkursamtes, so wird der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt, sofern nicht ein Gläubiger vor der Verteilung des Erlöses das ordentliche Verfahren verlangt und für die voraussichtlich ungedeckten Kosten hinreichende Sicherheit leistet (Abs. 2).

## **E. 6**

/ 11 spielsweise aus Gründen der Rechtssicherheit nur ausnahmsweise anzunehmen. Nach der sogenannten Evidenztheorie wird eine Verfügung nur als nichtig erklärt, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist (Flavio Cometta/Urs Möckli, in: Staehelin/Bauer/Lorandi [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. I, 3. Aufl., Basel 2021, N 8 zu Art. 22 SchKG), was in Art. 22 Abs. 1 SchKG dahingehend konkretisiert wird, dass die Verletzung von im öffentlichen Interesse und von am Verfahren nicht beteiligten Personen verletzt sein müssen (BGer 5A\_367/2019 v. 23.6.2020 E. 5.1; 5A\_714/2020 v. 1.3.2021 E. 2.2.1 und 5A\_444/2023 v. 31.8.2023 E. 2.3.2). Als dritte Voraussetzung darf die Annahme

der Nichtigkeitsklärung des fraglichen Aktes die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden (so schon in BGE 98 Ia 568 E. 4).

### **E. 6.1**

Wenn nun wie im vorliegenden Fall die Konkursverwaltung ohne Anordnung des Konkursgerichts den Konkurs im summarischen Verfahren durchführt, trifft sie – zumindest faktisch – eine nicht in ihrer sachlichen Zuständigkeit liegende Verfügung. In der Lehre und Rechtsprechung wird als Beispiel für Nichtigkeitsgründe "die sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde" genannt (vgl. BGE 145 III 436 E. 4; 144 IV 362 E. 1.4.3 139 II 243 E. 11.2; Cometta/Möckli, a.a.O., N 12 zu Art. 22 SchKG m.w.H.; Max Imboden, Nichtige Betreibungshandlungen, in: BlschK 1944, S. 135; Lorandi, a.a.O., N 23 zu Art. 22 SchKG). Denn ganz allgemein ist es für die Öffentlichkeit ein gefährlicher Übergriff, wenn sich das

### **E. 6.2**

Die Evidenztheorie verlangt als dritte kumulative Voraussetzung für die Annahme der Nichtigkeit, dass die Nichtigkeitsklärung des fraglichen Aktes die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt (vgl. E. 5.1). Die Rechtssicherheit wird als ungeschriebener Grundsatz mit Verfassungsrang betrachtet (vgl. Yannick Weber, Die Nichtigkeit im öffentlichen Recht, Diss., Zürich 2024, S. 82). Aus dem Rechtssicherheitsgebot lassen sich Forderungen nach Bestimmtheit, Vorsehbarkeit, Stabilität und Kontinuität des Rechts ableiten (Yannick Weber, a.a.O., S. 82). An dieses dritte Kriterium der Evidenztheorie ist das Gebot geknüpft, das Interesse an der Rechtssicherheit und dasjenige an der richtigen Rechtsanwendung gegeneinander abzuwägen (BGE 138 II 501 E. 3.1; 129 I 361 E. 2.1; BGer 2C\_149/2020 v. 23.7.2020 E. 4.2.1).

#### **E. 6.2.1**

Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung, mithin der Einhaltung der gesetzlich vorgesehenen Zuständigkeitsordnung, ist in der vorliegenden Konstellation zu relativieren. Zwar amtet das Konkursgericht als Kontrollinstanz und prüft, ob die Voraussetzungen von Art. 231 SchKG erfüllt sind. Das Konkursamt

#### **E. 6.2.2**

Würde in jedem Fall auf Nichtigkeit des ohne gerichtliche Anordnung im summarischen Verfahren durchgeführten Konkursverfahrens geschlossen, läge eine nicht zu unterschätzende Gefährdung der Rechtssicherheit vor. Die Mehrheit der in der Schweiz durchgeführten Konkursverfahren werden im summarischen Verfahren durchgeführt (vgl. auch Schober, a.a.O., N 8 zu Art. 231 SchKG). Gemäss Kenntnisstand der hiesigen Aufsichtsbehörde gilt dies auch für den Kanton Graubünden. Aufgrund der Datenerhebungen für die Statistiken 2019-2023 ist intern bekannt, dass kein einziger Konkurs im ordentlichen Konkursverfahren erledigt wurde. Dem stehen jeweils über 100 im summarischen Verfahren erledigte Konkurse gegenüber (die erwähnten Zahlen werden in den Statistiken nicht publiziert). Zwar ist unbekannt, in wie vielen dieser im summarischen Verfahren durchgeführten Konkurse es aus Versehen versäumt wurde, eine entsprechende Anordnung beim Konkursgericht einzuholen. Angesichts der Tatsache, dass bei entsprechenden Massengeschäften dies ab und an geschehen könnte, es in der Praxis aber – zumindest soweit ersichtlich – keinen entsprechenden Präzedenzfall gibt, lässt sich zumindest darauf schliessen, dass Konkursgerichte solche fehlerhaften Konkurse trotzdem als geschlossen erklären, sei es, weil sie es selbst nicht bemerken oder aber

vorfrageweise die Nichtigkeit verneinen. All diese Konkursverordnungen würden zur Disposition gestellt, schliesse man im vorliegenden Fall ohne Weiteres auf Nichtigkeit. Dies führte letztlich zu einem nicht unerheblichen Vertrauensverlust in die Rechtsbeständigkeit von im summarischen Verfahren er-

### **E. 6.2.3**

Weitere Rechtssicherheitsinteressen sprechen im konkreten Fall für den Bestand des Konkursverfahrens. Konkurspublikation und Schuldenruf gemäss Art. 232 SchKG erfolgten am 17. Januar 2023 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und im Kantonsamtsblatt Graubünden. Das Konkursverfahren wurde darin als "summarisch" bezeichnet (act. E.2, KA Ordnerregister 1). Innert Frist wurden 15 Forderungen angemeldet, die allesamt anerkannt wurden (act. E.1., RG I/2 und act. E.2, Ordnerregister 6). Der in der Folge erstellte Kollokationsplan sowie das Inventar, beide am 16. Mai 2023 amtlich publiziert (act. E.2, KA Ordnerregister 1), blieben unangefochten. Kein Gläubiger beantragte gestützt auf Art. 231 Abs. 2 SchKG die Durchführung des ordentlichen Verfahrens. Die Vermögensgegenstände der Konkursmasse (zwei Motorfahrzeuge) wurden verwertet und an die E.\_\_\_\_\_ GmbH verkauft (Kaufpreis je CHF 500.00; act. E.2, KA Ordnerregister 5). Die Konkursdividenden (Dividententotal: CHF 13'104.70) wurden den Gläubigern ausbezahlt, bzw. es wurden Verlustausweise (Verlustbescheinigungen) ausgehändigt (Verlusttotal: CHF 205'263.56).

### **E. 6.2.4**

Damit kann festgehalten werden, dass während des gesamten Verfahrens, soweit möglich, gegen keine einzige Verfügung der Konkursverwaltung opponiert worden war. Die Gläubiger scheinen sich mit ihrer Dividende bzw. ihrem Konkursverlust abzufinden und kein Interesse an der Durchführung eines kostenintensiveren ordentlichen Verfahrens zu haben. Sodann ist die Möglichkeit zur vollständigen Rückabwicklung des Konkursverfahrens beinahe ausgeschlossen. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die aus der Konkursmasse verwerteten Personenwagen (BMW und Subaru), welche mit Kaufverträgen vom 6. Februar 2023 (act. E. 2, KA Ordnerregister 5) an die E.\_\_\_\_\_ GmbH veräussert worden waren, zwischenzeitlich weiterveräussert wurden (vgl. act. A.3). Die Dritterwerber dürften in ihrem Erwerb geschützt sein (Art. 933 ZGB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 ZGB). Mit erheblichen Weiterungen dürfte auch die Rückforderung der bereits ausbezahlten Konkursdividenden verbunden sein. Jedenfalls führte eine vollständige Wiederholung des Konkursverfahrens, soweit dies überhaupt möglich ist, zu einem erheblichen zeitlichen und monetären Mehraufwand und stünde in keinem Verhältnis zum damit verbundenen Nutzen. Es kann auf die aus dem durchgeführten Konkursverfahren gewonnenen Erkenntnisse abgestellt werden. So liegt es auf der Hand, dass das Konkursamt Plessur dem Konkursrichter – nunmehr korrekt – den Antrag auf Durchführung des summarischen Verfahrens beantragen wird, welchem aufgrund der (sich zumindest aus Sicht der Aufsichtsbehörde als äusserst einfach darstel-

### **E. 6.3**

Vor diesem Hintergrund fällt die Abwägung zwischen dem Interesse an der Rechtssicherheit und dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung im vorliegenden Fall zugunsten des ersten aus. Hinsichtlich des ohne gerichtliche Anordnung im Sinne von Art. 231 Abs. 2 SchKG summarisch durchgeführte Konkursverfahren liegt keine Nichtigkeit vor. 7. Für die vorliegende Verrichtung sieht die GebV SchKG (SR 281.35)

keine besondere Tarifierung vor, weshalb hierfür eine Gebühr von bis zu CHF 150.00 erhoben werden kann (Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG). Diese Bestimmung gilt aufgrund des Zusammenhangs mit Art. 1 Abs. 1 GebV SchKG auch für das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde, soweit es sich nicht um ein Beschwerdeverfahren i.S.v. Art. 61 Abs. 2 lit. a GebV SchKG handelt (KGer GR KSK 09 45 v. 23.2.2011 E. 9.a). Aufgrund der konkreten Umstände wird auf eine Kostenerhebung verzichtet.

#### **E. 7**

/ 11 Konkursamt Befugnisse zulegt, die gemäss Gesetz nur dem Gericht zukommen (vgl. Imboden, a.a.O., S. 135). Auch in der vorliegenden Konstellation erscheint es zumindest in formeller Hinsicht als problematisch, wenn – auch versehentlich – die gesetzlich vorgesehene gerichtliche Kontrollfunktion (vgl. BGer 5A\_472/2017 v. 30.10.2017 E. 3.2.1) ausgehebelt würde, selbst wenn deren Bedeutung zumindest in gewisser Weise zu relativieren ist (vgl. dazu E. 6.2.1). Gleichwohl ist – in Nachachtung der Evidenztheorie – nicht in jedem Falle auf Nichtigkeit einer in sachlicher Inkompetenz ergangenen Verfügung zu schliessen. Nach der Rechtsprechung ist denn auch "ein von einer unzuständigen Behörde erlassener Beschluss nicht im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes per se nichtig", sondern nur dann, wenn der Mangel besonders schwer wiegt, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (vgl. oben E. 5.1; BGer 6B\_563/2021 v. 22.12.2022 E. 1.3.3; 1C\_497/2020 v. 27.6.2022 E. 6.4.1.). Zudem gilt es die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu berücksichtigen, wonach selbst bei sachlicher Unzuständigkeit keine Nichtigkeit die Folge ist, wenn der verfügenden Behörde "auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt" zukomme (BGE 137 II 217 E. 2.4.3; BGer 1C\_13/2021 v. 10.1.2022 E. 4.2). Ob gerade letzteres vorliegend einschlägig ist, braucht nicht beantwortet zu werden. Denn wie noch zu zeigen sein wird, steht die Rechtssicherheit der Annahme einer Nichtigkeit des summarisch durchgeführten Konkursverfahrens im konkreten Fall entgegen.

#### **E. 8**

/ 11 verfügt jedoch über ein erhebliches Fachwissen und hat vertiefte Kenntnisse der finanziellen Situation der Konkursiten. Entsprechend fundiert kann es einschätzen, ob die Voraussetzungen von Art. 231 Abs. 1 SchKG erfüllt sind und die Durchführung des summarischen Verfahrens angezeigt ist. Damit dürften materiell falsche Ergebnisse die Ausnahme bilden. Dies ist letztlich auch im konkreten Fall festzustellen. Auch wenn das durchgeführte summarische Konkursverfahren formell betrachtet mangelbehaftet ist, so dürfte es letztlich in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden sein (vgl. E. 6.2.4). Nachteile für die Gläubiger bzw. den Konkursiten ergeben sich aus dem in der "falschen Verfahrensart" durchgeführten Konkursverfahren nicht. Vielmehr dürfte es sogar in deren Interesse liegen, können sie doch so an einem raschen und kostengünstigeren Verfahren partizipieren (vgl. Roger Schober, in: Daniel Hunkeler, Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014, N 9 zu Art. 231 SchKG). Es steht den Gläubigern zudem frei, jederzeit das ordentliche Verfahren zu beantragen (Art. 231 Abs. 2 SchKG) oder sich gegen die (vorliegend vermeintliche) Anordnung des summarischen Verfahrens mit den geeigneten Rechtsmitteln zur Wehr setzen.

#### **E. 9**

/ 11 ledigten Konkursen, zumal die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens den Gläubigern bzw. dem Schuldner nicht eröffnet wird (vgl. E. 5.2).

#### **E. 10**

/ 11 lenden) Verhältnisse stattgegeben werden dürfte (vgl. Art. 231 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG; vgl. etwa auch die Ausführungen in act. E.1, RG I/1 und I/2). Es ist nicht damit zu rechnen, dass sich auf erneuten Schuldenruf hin weitere Gläubiger melden würden. Interventionen von Seiten der Gläubiger erscheinen aufgrund deren bisherigen Verhaltens unwahrscheinlich. Letztlich würde ein deckungsgleiches Verfahren wie das bereits durchgeführte, mit den gleichen Gläubigern, Forderungen und Dividenden sowie Verlustausweisen (Verlustbescheinigungen), einfach wiederholt. Abgesehen von der faktischen Unmöglichkeit der vollständigen Rückabwicklung des Konkursverfahrens führte dessen Wiederholung damit zu einem prozessualen Leerlauf ohne praktischen Nutzen.

#### **E. 11**

/ 11

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