

# **GR\_GERICHTE SKG 2002 43 vom 12. Mai 2003**

GR Gerichte, 2003-05-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SKG\\_2002\\_43](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SKG_2002_43)

FR: GR\_GERICHTE SKG 2002 43 du 12 mai 2003

IT: GR\_GERICHTE SKG 2002 43 del 12 maggio 2003

## **Regeste**

Einstellung des Konkurses | Leitentscheid, publiziert als PKG 2003 15\3Cbr\3E | Konkurs

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Zwischen P. S. und seiner Ehefrau J. S. geb. L. war zu diesem Zeitpunkt in Frankreich das Ehescheidungsverfahren hängig. Grundlage der Konkursöffnung bildete eine frühere Betreuung der Ehefrau für Unterhaltsforderungen über Fr. 125'125.60 gestützt auf ein Urteil des Cour d'appel de Paris vom 7. Mai 1996, welche am 10. November 1998 mit der Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins geendet hatte. Im Konkurs gab J. S. Forderungen von rund 12,7 Mio. Franken ein (unter den Titeln Verfahrensentzündigungen, Alimente Februar 1996 bis Februar 1997 (Pfändungsverlustschein), Alimente und Zinsen für März 1997 bis April 1999, kapitalisierte Alimente ab Konkursöffnung, prestation compensatoire, liquidation du régime matrimonial), wovon das Konkursamt Fr. 277'827.35 (unter den Titeln Verfahrensentzündigungen und Alimente bis zur Konkursöffnung) anerkannte. Im Umfang dieser Anerkennung erklärte die Konkursmasse indessen gleichzeitig die Verrechnung mit Forderungen des Konkursiten gegen seine Ehefrau von 4,8 Mio. Franken. Eine von J. S. auf Zulassung sämtlicher abgewiesener Gegenforderungen und Aufhebung der Verrechnung erhobene Kollokationsklage wies das Bezirksgericht Maloja mit Urteil vom 11. Dezember 2001 ab. Gegen dieses Urteil sind bei der Zivilkammer des Kantonsgerichts zwei Berufungen hängig.

### **E. 3**

Das Gesuch der J. S. betreffend konkursamtliche Liquidation der Erbschaft des P. S. sel. wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

### **E. 4**

Die Gesuchstellerin hat die Kosten des Verfahrens von CHF 600.00 zu tragen.

### **E. 5**

Die Gesuchstellerin hat den Nachlass P. S. sel. ausseramtlich mit CHF 1'000.00 zu entschädigen

### **E. 6**

Stelle des Konkursiten getreten ist, und der Nachlass als solcher aufgeführt wird, gibt dies zu keinen Bedenken Anlass. c. Entgegen der Beschwerdeführerin ist sodann der Nachlass, das heisst die erbrechtliche Hinterlassenschaft im Sinne eines Sondervermögens, trotz

fehlen- der juristischer Persönlichkeit beschränkt partei- und prozessfähig (Ernst F. Schmid, Basler Kommentar, N 1 zu Art 49 SchKG, BGE 116 III 4 E. 2a). Dies geht zwanglos aus Art. 59 Abs. 2 SchKG und Art. 49 SchKG hervor. Die Erbschaft kann betrieben beziehungsweise eine zuvor angehobene Betreibung gegen sie fortgesetzt werden. Die Passivlegitimation der Erbschaft ist auch für das Rechtsöffnungsverfahren und sogar für den materiellrechtlichen Aberkennungsprozess bejaht worden (BGE 113 III 80 E. 3, 102 II 385 E. 2). Sie ist die Betreibungsschuldnerin (BGE 87 III 72 E. 1), das betriebene Quasi-Subjekt, welches zumindest betreibungsrechtlich, handelnd durch ihren gesetzlichen oder vertraglich bestellten Rechtsvertreter, die Rechte eines physischen Schuldners oder einer juristischen Person wahrnehmen kann. 3. Gemäss Art. 193 Abs. 1 SchKG ordnet das Konkursgericht auf Benachrichtigung der zuständigen Behörde hin die konkursamtliche Liquidation einer Erbschaft in zwei Fällen an, nämlich wenn alle Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben oder die Ausschlagung zu vermuten ist (Art. 566 ff. und 573 ZGB), oder wenn eine Erbschaft, für welche die amtliche Liquidation verlangt oder angeordnet worden ist, sich als überschuldet erweist (Art. 597 ZGB). a. Der Fall von Art. 193 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ist hier schon deshalb nicht weiter zu prüfen, weil weder behauptet wurde noch sonst ersichtlich ist, dass eine erbrechtliche amtliche Liquidation nach schweizerischem Recht (Art. 593 ff. ZGB) oder eine zweckentsprechende Vorkehrung nach französischem Recht beantragt oder durch die zuständigen Behörden angeordnet worden wäre. Die Anordnung der amtlichen Liquidation im Sinne des Erbrechts (Art. 593 ff. ZGB) ist formelle Voraussetzung für einen Konkurs nach Art. 193 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG/Art 553 ff. ZGB. Letzterer wäre jedenfalls nach dem schweizerischen Eröffnungsstatut durchzuführen. Eine Erörterung der Frage, ob die erbrechtliche Anordnung der amtlichen Liquidation nach dem schweizerischen Eröffnungsstatut (Art. 593 ff. ZGB) oder vergleichbare Massnahmen nach dem französischen Erbschaftsstatut (vgl. Schmid, a.a.O., N 18 zu Art. 49) zu erfolgen hätten, erübrigt sich, nachdem keinerseits behauptet wurde, es seien entsprechende Massnahmen angeordnet worden.

## **E. 7**

Schliesslich ist die Beschwerdeführerin darauf hinzuweisen, dass selbst für den Fall, dass eine erbrechtliche Anordnung der amtlichen Liquidation gemäss Art. 593 ff. ZGB erfolgt wäre, welche nicht mit der konkursamtlichen Liquidation gemäss Art. 193 SchKG zu verwechseln ist (vgl. Brunner, a.a.O., N 5 zu Art. 193; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 7 zu Art. 49), die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung gemäss Art. 193 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG fehlten. Denn wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, ist die Erbschaft von P. S. sel. nicht überschuldet. Die dortige Feststellung, es läge kein Verlustschein vor, ist zwar tatsachenwidrig, weil die Beschwerdeführerin im Besitz eines Pfändungsverlustscheins ist. Doch ist die aus einem Pfändungsverlustschein hervorgehende Vermutung der Zahlungsunfähigkeit vorliegend zuverlässig beseitigt, nachdem die Gegenüberstellung von Konkursaktiven und -passiven einen erklecklichen Überschuss ausweist (zur Nichtberücksichtigung von durch die Erben nicht anerkannten Schulden vgl. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 17 zu Art. 193). Die in diesem Zusammenhang erhobene Behauptung der Beschwerdeführerin, wenn ihr anwaltlich vertretener Ehemann tatsächlich nicht überschuldet gewesen wäre, hätte er ohne Zweifel den Widerruf gemäss Art. 395 [recte: 195] SchKG beantragt, geht an der Sache vorbei. Die Widerrufsgründe sind unabhängig von den Fragen der Überschuldung und Zahlungsfähigkeit. P. S. war finanziell in der Lage, die ehelichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, aber er wollte sie nicht (freiwillig) erfüllen. Von einer amtlich festgestellten

oder offensichtlichen Überschuldung des Nachlasses S. kann auch derzeit nicht die Rede sein. b. Der Fall von Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG liegt nicht vor, weil der Sohn A. S. ausdrücklich die Annahme der Erbschaft seines Vaters erklärt hat (act. 03.3). Die Beschwerdegegner haben behauptet und die Vorinstanz ist davon ausgegangen, es sei Annahme der Erbschaft erfolgt; die Beschwerdeführerin hat es nicht bestritten. Damit haben nicht alle Erben im Sinne von Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 1. Halbsatz SchKG ausgeschlagen, womit gleichzeitig die Vermutung einer Ausschlagung im Sinne von Art. 193 Abs. 1 Ziff. 1 2. Halbsatz SchKG logischerweise beseitigt ist. Die in Art. 193 Abs. 1 SchKG eingeflossene Vermutung von Art. 566 ZGB bezieht sich auf die Tatsache der Ausschlagung als Erklärung, nicht auf den ihr allenfalls zugrunde liegende materiellen Beweggrund der Überschuldung. Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, die Annahmeerklärung von A. S. sei nach schweizerischem Erbrecht oder dem allenfalls nach Erbschaftsstatut anwendbaren französischen Recht unwirksam. Im übrigen ist - wie bereits dargelegt - weder amtlich festgestellt noch offenkundig, dass die Erbschaft S. überschuldet ist. Nach dem derzeitigen Stand der Kollokation ist vielmehr das Gegenteil der Fall.

## **E. 8**

Insoweit sich die Beschwerde gegen die Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung richtet, ist sie daher bereits aus diesen Gründen abzuweisen. c. Im weiteren stellt sich die Frage, ob der Antrag auf Anordnung der konkursamtlichen Liquidation gemäss Art. 193 SchKG nicht auch als nutzlose Rechtsvorkehr abzuweisen wäre. Was die Beschwerdeführerin verlangt, ist im Grunde überflüssig. Der Konkurs nach Art. 193 SchKG geht in seinen Wirkungen nicht über die Konkurse hinaus, welche aus einem anderen Grund, wie hier gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, eröffnet wurden (vgl. dazu Brunner, a.a.O., N 4 und

## **E. 9**

a. Der automatische Schluss, weil einerseits die konkursamtliche Liquidation (zutreffenderweise) abzuweisen sei, und andererseits die Fortführung des Konkurses gegen einen Erblasser unmöglich sei, müsse zwangsläufig der Konkurs eingestellt werden, ist ein Trugschluss. Das Argument, im Falle der Weiterführung des Konkurses würden die Gläubiger beim Tod eines Schuldners im Konkursverfahren besser gestellt als im Betreibungsverfahren, ist nicht stichhaltig. Zum einen findet kein Wechsel vom Betreibungsverfahren ins Konkursverfahren statt, und zum anderen vergrössert sich auch das Haftungssubstrat nicht. Der am Tag vor dem Tod bestehende Umfang der Konkursaktiven ist identisch mit den am Tag nach dem Tod vorhandenen Nachlassaktiven. Das SchKG sieht nirgends ausdrücklich vor, dass der Tod des Gemeinschuldners ein Grund für die Konkurs-einstellung ist. Entgegen dem Vorderrichter kann es auch nicht systematisch aus ihm abgeleitet werden. Gemäss Pra 84 Nr. 128 E. 1a soll eine Betreuung ausschliesslich gegen eine existierende natürliche oder juristische Person eingeleitet oder fortgesetzt werden können. Das ist zu eng. Richtig ist, dass einer Betreuung gegen eine nicht existierende natürliche oder juristische Person keine Folge zu geben ist, jedoch eine neue Betreuung und Fortsetzung einer eingeleiteten Betreuung gegen das hinterlassene Vermögen einer verstorbenen Person zulässig ist. Dieses Son-dervermögen (Erbschaft, Nachlass, Hinterlassenschaft, Verlassenschaft) ist zwar bloss ein Rechtsobjekt, das ausnahmsweise aber wie ein Rechtssubjekt zu behandeln ist. In diesem eingeschränkten Sinne sind also nicht nur Betreibungen gegen real existierende Personen möglich. Die Ausführungen der Vorinstanz zu Art. 59 Abs. 3 SchKG (Konkursfortsetzung gegen die

Erben persönlich) sind zwar zutreffend, vorliegend aber nicht aktuell, weil weder die Beschwerdeführerin noch andere Gläubiger die Fortführung des Konkurses gegen J., A., G. und X. S. oder einzelne von ihnen persönlich verlangt haben. Dass die Fortsetzung der Konkursbetreibung gegen den verstorbenen Erblasser persönlich nicht mehr möglich ist, ist klar und wird nicht beantragt; dass die Fortführung des Konkurses gegen die Erben nicht möglich ist, ist ebenso klar, wie nicht beantragt. Übersehen wurde hingegen, dass gemäss der Spezialvorschrift von Art. 59 Abs. 2 SchKG eine zu Lebzeiten des Erblassers angehobene Betreibung gegen die Erbschaft fortgesetzt werden kann (vgl. Helmut F. Spinner, Die Rechtsstellung des Nachlasses in den Fällen seiner gesetzlichen Vertretung (ZGB 517, 554, 595, 602 III), Diss. Zürich 1966, S. 70 ff.; Jaeger, Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A. Zürich 1911, N 6 zu Art. 49, N 1-8 zu Art. 59; Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach Schweizerischem Recht, Band I Zürich 1984, § 9 Rz 3 ff., und § 11 Rz 10f., Thomas Bauer, Basler Kommentar, N 3/7 zu Art. 59 SchKG; BGE 113 III 81 E. 3; 51 III 98). Für die Fortsetzung einer bereits gegen den Erblasser angehobenen Betreibung

#### **E. 10**

gegen die Erbschaft gelten dieselben Voraussetzungen, die Art. 49 SchKG für die Anhebung der Betreibung gegen die Erbschaft festlegt (Bauer, a.a.O., N 7 zu Art. 59). Daran ändert nichts, dass es sich vorliegend um eine Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung gemäss Art. 190 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG handelt. Das Vollstreckungssubstrat wird ausschliesslich aus den Vermögenswerten der Erbschaft, das heisst unter Ausschluss jener der Erben, gebildet. Die - erstmalige Einleitung nach dem Tod (Art. 49 SchKG) und die Fortsetzung einer bereits vor dem Tod eingeleiteten (Art. 59 Abs. 2 SchKG) - Betreibung ist so lange möglich, als die Erbschaft (das Sondervermögen) als solches betreibbar ist. Dies gilt auch für eine Betreibung auf Konkurs und ist so lange der Fall, als die Teilung nicht erfolgt, eine vertragliche Gemeinderschaft nicht gebildet und eine amtliche Liquidation (vgl. BGE 99 III 51, 72 III 33) nicht angeordnet worden ist (Art. 49 SchKG). Keiner dieser Hinderungsgründe trifft vorliegend zu. Allseits unbestritten und durch rechtskräftiges Urteil ersetzt sind sodann die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 49 SchKG, dass gegen P. S. zur Zeit seines Todes der Konkurs ohne vorgängige Betreibung gemäss Art. 190 SchKG an seinem Wohnsitz im Bezirk Maloja zulässig war. Eine eingeleitete Betreibung erlischt nicht automatisch durch den Tod des Betriebenen (BGE 116 III 4 E. 2a, 102 II 385 E. 2 S. 388; Schmid., a.a.O., N 10 zu Art. 49). b. Die Anwendung der rein vollstreckungsrechtlichen Vorschriften der Art. 49/59 Abs. 2 SchKG wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass P. S. seinen Nachlass seinem französischen Heimatrecht unterstellt hat. Sie sind anzuwenden auf all diejenigen Erbschaften, für welche die Eröffnung des Erbanges in der Schweiz stattfindet (Art. 538 ZGB, Art. 23 IPRG; Schmid, a.a.O., N 18 zu Art. 49; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 10 zu Art. 49). c. Ist Betreibung/Konkurs gegen das Erbschaftsvermögen erst nach dem Tod des Erblasser-Schuldners erhoben worden (Art. 49 SchKG), müssen sie vom Gläubiger ausdrücklich gegen die Erbschaft, die Erbmasse oder Hinterlassenschaft beziehungsweise in einer sonst deutlichen Bezeichnung verlangt werden, die keinen Zweifel darüber offen lässt, dass nicht einzelne Erben betrieben werden wollen (Jaeger, a.a.O., N 1 und 6 zu Art. 49). Bleibt das Begehren diesbezüglich unklar, muss das Betreibungsamt in jedem Fall abklären, was gewollt ist (Fritzsche/Walder, a.a.O., § 11 Rz 11). Erfolgt, wie vorliegend, die Betreibung beziehungsweise der Konkurs vor dem Tod des Schuldners, stellt sich die Situation insofern anders dar, als der Konkurs bereits läuft. Der Gläubiger - sofern er denn

anders als über die Konkursverwaltung vom Tod des Schuldners erfährt - ist nicht gehalten, aus eigenem Antrieb Erklärungen dazu abzugeben. Über das Vorhandensein der Voraus-

#### **E. 11**

setzungen einer Fortsetzung der Betreuung nach Art. 59 SchKG hat sich das Betreibungsamt von Amtes wegen zu überzeugen (Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 8 zu Art. 59). Das Konkursamt kann beziehungsweise muss dannzumal verlangen, dass die Gläubiger eine Erklärung dazu abgeben, ob sie den zu Lebzeiten eingeleiteten Konkurs nach dem Tod gegen die Erbschaft fortsetzen oder ihn fallen lassen wollen. Ein solcher Fortsetzungswille ist zunächst zu vermuten (Pra 84 Nr. 128 E. 1b; s.a.

Jaeger/Walder/Kull/Kottmann N 14 zu Art. 59, wonach dem Gläubiger Frist zur Erklärung anzusetzen ist, mit der Androhung, dass bei Stillschweigen angenommen werde, er wolle die Betreuung (bloss) gegen die Erbschaft fortsetzen). Auf jeden Fall darf nicht ohne Interpellation der Gläubiger - weder vom Konkursamt noch vom Konkursrichter - ein Verzicht auf den Konkurs angenommen und seine Einstellung verfügt werden. In concreto kommt spätestens in der Beschwerdeschrift der hinreichend klare Wille der Gläubigerin und Beschwerdeführerin J. S. zum Ausdruck, das Recht gemäss Art. 59 Abs. 2 SchKG für sich in Anspruch nehmen zu wollen, wenn dort ausgeführt wird "die Einstellung des [laufenden] Konkurses wäre nur denkbar, wenn gleichzeitig die [konkurs]amtliche Liquidation der Erbschaft angeordnet wird". Daraus ist e contrario der Wille abzuleiten, dass der laufende Konkurs fortzusetzen ist, falls nicht die konkursamtliche Liquidation der Erbschaft - was nunmehr feststeht - angeordnet wird. d. In Bezug auf die angefochtene Dispositivziffer 1 ist weiter festzustellen, dass der Konkursrichter dabei entgegen dem Wortlaut von Art. 230 Abs. 1 SchKG ohne jeden Antrag tätig geworden ist. Weder die Konkursverwaltung, noch die Beschwerdeführerin oder andere Gläubiger, noch ein Erbe, noch die nach Erbrecht für die Anordnung der amtlichen Liquidation nach Art. 593 ff. ZGB zuständige Behörde haben ihm die Einstellung des Konkurses beantragt (vgl. Werner Bauermann, a.a.O., S. 86 f.). Ob die Voraussetzungen für die Einleitung einer Betreuung oder die Fortsetzung einer Betreuung gegen eine Erbschaft im Sinne von Art. 49/Art. 59 Abs. 2 SchKG gegeben sind, haben die Betreibungsbehörden von Amtes wegen respektive deren Aufsichtsbehörden und nicht die Gerichte zu entscheiden

(Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, a.a.O., N 4 zu Art. 49, N 8 zu Art. 59). Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen und die Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung ersatzlos aufzuheben. Eine Rückweisung an die Vorinstanz, wie die Beschwerdeführerin dies verlangt, erübrigt sich. Die Sache ist spruchreif. Der gegen P. S. eröffnete und teilweise durchgeführte Konkurs ist gegen die Erbschaft P. S. sel. fortzusetzen. Allenfalls ist die Gläubigerin noch konkursamtlich aufzufordern, den Vertreter der Erbschaft, oder falls ein solcher nicht bekannt

#### **E. 12**

ist, denjenigen Erben zu bezeichnen, welchem die Betreuungsurkunden zuzustellen sind (vgl. Art. 65 Abs. 3 SchKG; Schmid, a.a.O., N 12 zu Art. 49). 5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die in Anwendung von Art. 52 f./61 GebV SchKG auf Fr. 1'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten hälftig zu teilen, wobei eine Überwälzung auf die Erben, den Nachlass oder die Konkursmasse von P. S. sel. im Speziellen kaum in Frage kommt. Sie haben zum einen nicht zu vertreten, dass der Vorderrichter den Konkurs ohne Antrag und ohne zureichenden Grund eingestellt hat, namentlich haben sie weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Rechtsmittelverfahren Rechtsbegehren gestellt,

welche auf eine solche Einstellung des laufenden Konkurses abzielen (act. 03.3, 0.6). Die Prozessentschädigungen sind wettzuschlagen.

**E. 13**

Demnach erkennt der Kantonsgerichtsausschuss :

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