

durch einen Gläubiger zur Eintreibung an denselben über. Vorliegend bezeichneten die Steigerungsbedingungen die vom Ersteigerer zu leistende Baranzahlung von Fr. 50'000.-- als Sicherheit. Dabei versteht sich von selbst, dass diese Sicherheit nur für einen allfälligen Ausfall aus der konkreten Verwertung in der Betreuung Nr. 9861511 haftet und nicht für einen solchen aus einer anderen. Das Betreibungsrecht bietet dem Betreibungsamt keine Grundlage, die an die Betreuung Nr. 9861511 geknüpfte Sicherheit auf eine andere Verwertung zu übertragen, an der zufälligerweise die gleiche Person als Ersteigerer beteiligt ist.

Die Berufung des Betreibungsamtes auf Art. 83 und Art. 97 ff. OR geht fehl, weil die Beschwerdeführer nicht Partei eines Vertragsverhältnisses sind, denn deren Haftung gründet nach dem Gesagten im Betreibungsrecht. Nicht nachvollziehbar ist ferner die Berufung auf Art. 85 OR, der die Wahlmöglichkeiten des Schuldners bezüglich Anrechnung von Teilzahlungen beschränkt. Zusammenfassend ergibt sich, dass das Betreibungsamt nicht berechtigt war, die restliche Anzahlung von Fr. 34'637.85 aus Betreuung Nr. 9861511 zurückzubehalten, bis Kosten und Ausfall in der Verwertung Betreuung Nr. 9861515 feststehen.

ABSchKG 23.5.2002

3416

Summarisches Konkursverfahren. Voraussetzungen; Abgrenzung zum ordentlichen Verfahren (Art. 231 SchKG).

Sachverhalt:

Am 7. Februar 2002 hat der Kantonsgerichtspräsident über das Vermögen des im Handelsregister eingetragenen K. den Konkurs eröffnet. Nach der persönlichen Einvernahme des Gemeinschuldners und der Inventaraufnahme hat das Konkursamt mit Schreiben vom 18. Februar 2002 bei der Vorinstanz die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens beantragt. Der Kantonsgerichtspräsident hat diesem Antrag entsprochen und mit Entscheid vom 26. Februar 2002 die Durchführung des summarischen Verfahrens angeordnet, sofern nicht ein Gläubiger innert 10 Tagen nach erfolgter Publikation

die Durchführung des ordentlichen Konkursverfahrens verlangen sollte. Dieser Entscheid wurde dem Konkursamt und dem Gemeinschuldner zugestellt. Der Gemeinschuldner hat in der Folge mit Eingabe vom 4. März 2002 gegen die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens appelliert und beantragt, es sei das Konkursamt anzuweisen, den Konkurs im ordentlichen Verfahren durchzuführen, weil genügend Aktiven für ein ordentliches Verfahren vorhanden seien.

Aus den Erwägungen:

1. Gegen die Anordnung oder Ablehnung des summarischen Verfahrens sieht das Bundesrecht kein Rechtsmittel vor. Den Kantonen steht es jedoch frei, eigene Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen (*Urs Lustenberger* in *Staehelin/Bauer/Staehelin* [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998, Art. 231, N. 12). Der Kanton Appenzell A.Rh. hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Nach Art. 8 Ziff. 8 lit. b der Zivilprozessordnung (ZPO; bGS 231.1) kann gegen die Anordnung des summarischen Konkursverfahrens durch den Einzelrichter des Kantonsgerichtes beim Einzelrichter des Obergerichtes appelliert werden. Die Appellationsfrist beträgt 10 Tage (Art. 273 Abs. 1 Ziff. 2 lit. a ZPO). Der angefochtene Entscheid wurde den Parteien am 27. Februar 2002 zugestellt. Der Appellant hat ihn frühestens am 28. Februar 2002 erhalten. Mit der am 5. März 2002 der Post übergebenen Appellationsschrift hat K. die Appellationsfrist eingehalten. Nachdem das Bundesrecht kein Rechtsmittel gegen die Anordnung oder Ablehnung des summarischen Verfahrens kennt, ist gegen diesen Entscheid kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.

2. Stellt das Konkursamt nach der Konkurseröffnung fest, dass aus dem Erlös der inventarisierten Vermögenswerte die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens voraussichtlich nicht gedeckt werden können, oder scheint es sich um ein einfaches Konkursverfahren zu handeln, so beantragt es nach Art. 231 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) dem Konkursgericht die Anordnung des summarischen Verfahrens. Teilt das Gericht die Ansicht des Konkursamtes, so wird der Konkurs im summarischen Verfahren durchgeführt, sofern nicht ein Gläubiger vor der Verteilung des Erlöses (nicht innert 10 Tagen nach erfolgter Publikation, wie es irrtümlich im angefochtenen Entscheid heisst) das ordentli-

che Verfahren verlangt und für die voraussichtlich ungedeckten Kosten hinreichende Sicherheit leistet (Art. 231 Abs. 2 SchKG). Das solchermassen angeordnete summarische Konkursverfahren wird vereinfacht im Sinne von Art. 231 Abs. 3 SchKG sowie den entsprechenden Bestimmungen der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV; SR 281.32) durchgeführt.

Es ist üblich, dass das Konkursamt seinen Antrag und der Konkursrichter seinen Entscheid nur sehr summarisch begründen. Das Konkursgericht kann aber, wenn es weitere Abklärungen für notwendig erachtet, von sich aus direkt oder durch Vermittlung des Konkursamtes Auskunft verlangen und sonst notwendig scheinende Erhebungen treffen (*Carl Jaeger*, Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Zürich 1911, Art. 231, N. 5). Im vorliegenden Falle hat das Konkursamt nach der konkursrechtlichen Einvernahme des Gemeinschuldners den Antrag auf Anordnung des summarischen Verfahrens gestellt, weil es zur Ansicht gelangt war, dass die Kosten für ein ordentliches Verfahren nicht gedeckt seien.

3. In seiner Appellation und der Replik hat der Appellant verschiedene Rügen gegen die Anordnung des summarischen Verfahrens vorgebracht. Nachfolgend werden diese einzeln geprüft.

a) Der Appellant macht geltend, für die Durchführung des ordentlichen Konkursverfahrens würden in der Regel freie Aktiven von Fr. 3'000.-- bis Fr. 5'000.-- benötigt. Vorliegend seien Aktiven in der Höhe von Fr. 90'000.-- vorhanden. Zudem habe der Konkursit eine Summe von Fr. 62'510.50 beim Betreibungsamt hinterlegt. Nach der gesetzlichen Regelung von Art. 231 SchKG sei beim Entscheid über die Verfahrensart nicht massgebend, wie viele Werte mit Pfandrechten belastet bzw. wie viele Werte der freien Masse zuzuordnen seien. Massgebend sei allein, ob der Erlös der inventierten Vermögenswerte die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens voraussichtlich decken oder nicht.

Zur Begründung seines Antrages auf Abweisung der Appellation machte das Konkursamt geltend, dass ein Betrag von Fr. 3'000.-- bis Fr. 5'000.-- für die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens nicht ausreiche. Es sei dem Konkursamt bekannt, dass K. einen Betrag von gut Fr. 60'000.-- beim Betreibungsamt deponiert habe. Wem dieser Betrag zustehe, sei indessen streitig. Der Gemeinschuldner habe vor der Konkurseröffnung sein Taxigeschäft für Fr. 90'000.-- an C. verkaufen wollen. Herr C. habe am 29. Januar 2002 eine Anzahlung von Fr.

60'000.-- direkt an das Betreibungsamt bezahlt. Der Geschäftsantritt hätte am 1. Februar 2002 erfolgen sollen. Mit Schreiben vom 5. Februar 2002 habe C. aber den Rücktritt vom Vertrag erklärt und die Anzahlung von Fr. 60'000.-- wieder zurückgefordert. Am 6. Februar 2002 habe das Kantonsgerichtspräsidium einen Arrest auf den genannten Betrag bewilligt und das Betreibungsamt H. habe gleichentags den Arrest vollzogen, d.h. den Betrag eingefroren. Die Aktiven aus dem Betrieb des Taxigeschäftes des Gemeinschuldners seien in das Inventar aufgenommen worden. An diesen Gegenständen mache der Vermieter der Geschäftsräumlichkeiten sein Retentionsrecht geltend. Ein Guthaben des Gemeinschuldners bei der Raiffeisenbank mit einem Saldo von derzeit Fr. 5'773.-- sei gesperrt.

Entgegen der Auffassung des Appellanten kann mit einem Betrag von Fr. 3'000.-- bis Fr. 5'000.-- kein ordentliches Konkursverfahren durchgeführt werden. Das ist gerichtsnotorisch. Weiter behauptet der Appellant zu Unrecht, dass für die Beurteilung der Frage, ob das summarische Verfahren anzuordnen sei, andere als frei verwertbare Aktiven massgebend sind. Im Zeitpunkt des Antrags auf Anordnung des summarischen Verfahrens zählen weder bestrittene Ansprüche noch mit Pfandrechten belastete Aktiven (Art. 39 KOV). Aufgrund der Akten sind folgende Positionen umstritten:

- Kaufpreis von Fr. 90'000.-- gemäss Vertrag vom 28. Januar 2002. Der Käufer C. ist von diesem Vertrag zurückgetreten und bezahlte den Kaufpreis nicht freiwillig in die Masse.
- Fr. 62'510.50 Depot beim Betreibungsamt. C. hat diesen Betrag als Anzahlung des Kaufpreises deponiert. Er will diese Zahlung zurück haben. Vor der Konkurseröffnung war sie verarrestiert. Die Prosequierungsbetreibung wurde durch die Konkurseröffnung zwar aufgehoben (Art. 206 SchKG). Die Position ist trotzdem umstritten.
- Die inventierten beweglichen Sachen in den Geschäftsräumen sind mit dem Retentionsrecht (gesetzliches Faustpfandrecht, Art. 268 Abs. 1 OR) des Vermieters belastet. Der Appellant ist der Ansicht, das Retentionsrecht sei erloschen. Zudem seien die Schätzungen zu tief. Über die Gültigkeit von Pfandrechten wird erst im Kollokationsverfahren entschieden (Art. 58 KOV). Das Pfandrecht ist zur Zeit umstritten. Die Forderung für verfallene Mietzinse der Vermie-

terschaft ist höher als die Schätzung der Pfandgegenstände. Die Beschwerdefrist für den Schuldner bezüglich der Schätzung beginnt erst mit der Unterzeichnung des Inventars (Art. 228 SchKG; *Urs Lustenberger*, a.a.O., Art. 227, N. 5). Die Gläubiger können die Schätzung nach der ersten Gläubigerversammlung resp. ab der Auflage von Kollokationsplan und Inventar anfechten (Art. 32 KOV). All diese fristauslösenden Ereignisse sind noch nicht eingetreten, weshalb auf die Schätzungen des Konkursamtes abzustellen ist. Die Kompetenzgegenstände scheiden mit der Rechtskraft des Inventars aus der Zwangsvollstreckung aus. Die nicht dem Retentionsrecht des Vermieters unterliegenden beweglichen Sachen in den Wohnräumen des Gemeinschuldners haben praktisch keinen Wert. Mit dem Konkursamt ist davon auszugehen, dass sich praktisch keine frei verwertbaren beweglichen Sachen in der Masse befinden.

- Einzige freie Position im Inventar scheint zur Zeit das gesperrte Konto bei der Raiffeisenbank zu sein. Sollte sich nachträglich herausstellen, dass die auf dieses Konto fliessenden oder geflossenen Debitorengelder vor der Konkurseröffnung zediert, d.h. aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden waren, wäre auch dieses Konto aus der Masse zu entlassen.

Unter diesen Umständen hat das Konkursamt zu Recht die Anordnung des summarischen Verfahrens beantragt, und dessen Anordnung durch die Vorinstanz ist in keiner Weise zu beanstanden.

b) Im Übrigen ist auch die zweite Voraussetzung des summarischen Verfahrens erfüllt. Aufgrund der Akten ist sofort ersichtlich, dass es sich beim Konkurs über das Vermögen von K. um ein einfaches Verfahren handelt (Art. 231 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Zwar scheint die Gültigkeit des von K. und C. noch vor der Konkurseröffnung abgeschlossenen Kaufvertrags strittig. Falls sich die Parteien nicht einigen sollten, wird ein Gericht diesen Streit zu entscheiden haben, wobei es die Masse vermeiden wird, selbst in die Kläger- oder Beklagtenrolle gedrängt zu werden und entsprechende Ansprüche den Gläubigern gemäss Art. 260 SchKG zur Abtretung offerieren wird. Selbst wenn die Kosten eines ordentlichen Konkursverfahrens gedeckt wären, hätte das Konkursamt berechtigterweise den Antrag auf Anordnung

des summarischen Verfahrens gestellt und die Vorinstanz dieses zu Recht angeordnet.

c) K. will seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag im Konkurs vorschlagen. Diese Möglichkeit ist in Art. 332 SchKG vorgesehen. Im ordentlichen Konkursverfahren wird an der 2. Gläubigerversammlung über einen solchen Nachlassvertrag verhandelt (Art. 332 Abs. 1 SchKG). Im summarischen Verfahren werden die Gläubiger frühestens nach Rechtskraft des Kollokationsplans auf dem Zirkularweg zur Stellungnahme eingeladen (*Winkelmann/Lévy/Jeanerret/Merkt/Birchler* in *Staehelin/Bauer/Staehelin* [Hrsg.], a.a.O., Art. 332, N. 10). Wenn der Gemeinschuldner die entsprechenden Kosten vorschiesst, kann auch im summarischen Verfahren eine Gläubigerversammlung durchgeführt werden (Art. 96 lit. a KOV). Entgegen der Ansicht des Appellanten besteht somit kein Anlass, wegen des von ihm in Aussicht genommenen Nachlassvorschlags, trotz fehlender Voraussetzungen, das ordentliche Verfahren durchzuführen.

d) Nach Art. 231 Abs. 2 SchKG kann jeder Gläubiger bis zur Verteilung der Erlöse das ordentliche Verfahren verlangen, sofern er die dazu benötigten Kosten deckt. In der Replik hat der Appellant mitgeteilt, dass seine Eltern voraussichtlich wichtige Gläubiger in seinem Konkurs sein würden. In einer Beilage zur Replik liessen die Eltern des Appellanten dem Gericht mitteilen, dass sie aus Gründen der Transparenz an den konkursrechtlichen Gläubigerversammlungen teilnehmen möchten und demzufolge die Durchführung eines ordentlichen Konkursverfahrens wünschen. Die Eltern des Gemeinschuldners können, wie erwähnt, als Gläubiger die Durchführung des ordentlichen Verfahrens verlangen und die dazu notwendigen Kosten vorschliessen. Ein entsprechendes Begehren wäre aber weder bei der oberen Gerichtsstanz noch beim Konkursrichter einzureichen, sondern beim Konkursamt.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Anordnung des summarischen Verfahrens im Konkurs über das Vermögen von K. durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden und die Appellation demzufolge abzuweisen ist.

OGP 26.3.2002