

**Musterlösung Prüfung Konkursrecht vom 28. August 2020, Prof. Dr. U. Haas**

<b>Frage 1.1</b>	<b>Punkte</b>	<b>Erreichte Punkte</b>
Der Vertrag zwischen der IRE AG und der U AG ist als Werkvertrag zu qualifizieren.	1	
Im Werkvertragsrecht findet sich keine Norm, die eine spezielle Folge (z.B. Auflösung des Vertrags, vgl. SchKG 211 III) im Konkurs einer Partei anordnet.	1	
Der Vertrag besteht im Konkurs einer Partei grundsätzlich fort	1	
Bei Ziff. 5.1 handelt es sich um eine Resolutivbedingung. Mit Eintritt der Bedingung, d.h. des Konkurses, wird der Vertrag aufgelöst.	1	
Infolgedessen hat die Konkursverwaltung kein Eintrittsrecht nach SchKG 211 II.	1	
Die h.L. erachtet eine Auflösungsklausel im Falle des Konkurses als zulässige Vereinbarung. Fraglich ist, ob diese Ansicht mit SchKG 211 II vereinbar ist.	1	
Argumente für diese Lösung: SchKG 211 II steht einer solchen Vereinbarung gemäss der h.L. nicht entgegen, weil es sich bei dieser Norm um eine "verfahrensrechtliche" und nicht um eine materiell-rechtliche Regelung handelt. Das Privatrecht enthält keine Norm, die eine solche Vereinbarung verbietet. Aufgrund der Vertragsfreiheit ist die Vereinbarung zulässig. Weiter kann argumentiert werden, dass die Konkursverwaltung einen Vertrag so übernehmen muss, wie sie ihn vorfindet. Ein Eintritt scheidet also dann aus, wenn der Vertrag bereits aufgelöst ist.	2	
Mögliche Gegenargumente: Bei SchKG 211 II kann es sich nicht um eine dispositive Norm handeln, weil Gläubigerinteressen in Frage stehen. Die Norm sieht zugunsten der Konkursmasse (und letztlich aller Gläubiger) ein "cherry-picking" vor, damit vorteilhafte Geschäfte noch abgewickelt werden können. Die Qualifikation von SchKG 211 II als "verfahrensrechtlich" erscheint nicht zwingend.	2	
Ziff. 5.2 sieht eine zusätzliche Vergütung im Falle des Konkurses vor. Eine solche Vereinbarung widerspricht dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung. Ausnahmen von diesem Grundsatz existieren nur dort, wo das Gesetz solche vorsieht. Das zur Konkursmasse gehörende Vermögen soll nur zur Deckung derjenigen Forderungen verwendet werden, die ohnehin (und nicht nur im Konkursfall) bestehen würden.	2	
Die Rangordnung der Gläubiger und die Gleichbehandlung innerhalb der Gläubigerklasse ist zwingend in SchKG 219 und 220 geregelt. Mit einer solchen Abrede würden die Parteien vertraglich ein Konkursprivileg zugunsten der Bestellerin schaffen. Es handelt sich um den Versuch einer Gesetzesumgehung. Ziff. 5.2 ist also ungültig und wird im Konkurs nicht beachtet.	2	
Nicht entscheidend ist, dass es sich vorliegend um eine Entschädigung für Umtriebe und entgangenen Gewinn handelt.	1	
	15	
<b>Frage 1.2</b>		
Fraglich ist, ob die Konkursverwaltung in den Vertrag eintreten kann. Nach SchKG 211 II ist dafür vorausgesetzt, dass es sich um einen zweiseitigen Vertrag handelt, der nicht oder nur teilweise erfüllt wurde und mit Konkurseröffnung nicht erloschen ist (SchKG 211 III).	2	
Beim Werkvertrag zwischen der IRE AG und der U AG handelt es sich um einen zweiseitigen Vertrag. Der Vertrag wird mit Konkurseröffnung nicht von Gesetzes wegen aufgelöst (Punkt bereits bei Frage 1.1).	1	

Zumindest die U AG hat den Vertrag erst teilweise erfüllt. Gemäss Sachverhalt ist nicht bekannt, ob die IRE AG bereits erfüllt hat. Nach h.L. ist für das Eintrittsrecht nicht erforderlich, dass der Vertrag beidseitig (bzw. durch den Vertragspartner) noch nicht vollständig erfüllt wurde, obwohl ein Vertragspartner für die Konkursmasse kaum jemals Sinn macht, wenn der Vertragspartner seine Leistung bereits vollständig erbracht hat. Vorliegend darf angenommen werden, dass die IRE AG zumindest noch nicht den vollen Werklohn bezahlt hat (vgl. OR 372). Ein Vertragseintritt ist möglich.	2	
Der Vertragspartner des Konkursiten kann zudem nach SchKG 211 beim Vertragseintritt Sicherheit verlangen. Kann die Konkursmasse diese nicht leisten, kann der Vertragspartner entscheiden, ob er einen Vertragseintritt ohne Sicherheit oder keinen Vertragseintritt bevorzugt.	2	
Die Konkursverwaltung wird bei ihrem Entscheid über den Konkurseintritt berücksichtigen, dass sie den Vertrag nur erfüllen kann, wenn sie die Geschäftstätigkeit fortsetzt. Für die Sicherstellung müssen genügend liquide Mittel in der Konkursmasse vorhanden sein. Ebenso muss die Konkursverwaltung anhand der Gewinnchancen abschätzen, ob sich die Erfüllung des Vertrags lohnt.	2	
Tritt die Konkursverwaltung ein, wird der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners zu einer Masseverbindlichkeit. Die Konkursmasse tritt vollumfänglich in den Vertrag ein, hat also sämtliche Rechte und Pflichten daraus.	1	
Tritt die Konkursverwaltung nicht ein, besteht der Vertrag grundsätzlich fort.	1	
Die Realforderung des Vertragspartners (vorliegend der IRE AG) wird in eine Geldforderung umgewandelt (SchKG 211). Diese Umrechnung wird von den Gläubigern selbst vorgenommen und als Konkursforderung eingegeben. Massgebend ist das positive Vertragsinteresse.	2	
Schuldet die Vertragspartnerin (die IRE AG) selbst noch den Werklohn, kann sie gemäss älterer bundesgerichtlicher Rechtsprechung Verrechnung erklären und nur die Differenz als Konkursforderung eingeben (sog. Differenztheorie). Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass dieses Vorgehen nicht zulässig ist. Der Vertragspartner müsse - wenn er nicht nach OR 83 vorgeht - seine Leistung erbringen und könne selbst nur die Konkursforderung eingeben (sog. Austauschtheorie).	2	
Alternativ kann die IRE AG nach OR 83 oder (strittig) OR 107 vorgehen und Rücktritt erklären sowie (wiederum strittig) das positive oder negative Erfüllungsinteresse verlangen.	2	
Die Konkursmasse hat im Falle des Rücktritts des Bestellers Anspruch auf Naturalrestitution des Werks bzw. wenn dies nicht möglich ist, Anspruch auf Wertersatz.	2	
	19	
<b>Frage 1.3</b>		
<b>Forderung aus den Loftarbeiten:</b>		
Es handelt sich um eine Forderung, für die ein Drittpfand besteht. Die Vergütungsforderung richtet sich gegen die Gemeinschuldnerin. Es handelt sich um eine Konkursforderung. Das Grundstück steht im Eigentum eines Dritten, der IRE AG.	2	
Die MF AG muss ihre Forderung „normal“ nach dem Schuldenruf eingeben.	1	

Die Konkursverwaltung wird die Forderung prüfen (SchKG 244). Sie ist nicht an die Angaben des Schuldners gebunden (vgl. SchKG 244 und 245). Kommt sie zum Schluss, dass die Forderung besteht, wird sie diese in den Kollokationsplan aufnehmen und als ungesicherte Forderung im dritten Rang kollozieren (vgl. KOV 61). Ansonsten hat die Gläubigerin (d.h. die MF AG) Kollokationsklage zu führen.	2	
Um das Pfandrecht durchzusetzen, sind nach SchKG 206 Beteiligungen (auf Pfandverwertung) auch im Konkurs des Schuldners immer noch möglich.	1	
Die Betreuung richtet sich gegen den Schuldner persönlich (und nicht gegen die Konkursmasse) sowie den Drittpfand Eigentümer (vgl. VZG 89).	2	
Wird die Gläubigerin (MF AG) aus dem Pfand (Grundstück) befriedigt, so subrogiert die Drittpfandbestellerin (IRE AG) im Konkursverfahren in die Stellung der Gläubigerin (KOV 61 II). Das Konkursamt hat den Kollokationsplan in diesem Sinne zu vervollständigen (KOV 57).	2	
<b>Forderung aus den Arbeiten nach der Konkursöffnung am ehemaligen Hauptsitz</b>		
Die Konkursverwaltung hat mit der MF AG einen neuen Vertrag geschlossen. Verbindlichkeiten aus solch neuen Verträgen, bei denen die Konkursverwaltung die Masse vertritt, sind sog. Masseschulden (Masseverbindlichkeiten). Für diese Forderungen gilt ein "Superprivileg", sie werden vor allen anderen erfüllt.	2	
Masseverbindlichkeiten müssen gegen die Konkursmasse durchgesetzt werden. Die MF AG muss gegen die Konkursmasse eine materiell-rechtliche Forderungsklage (sowie eine Klage auf Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts) führen und diese betreiben (auf Pfandverwertung).	2	
	14	
<b>Frage 2</b>		
<b>Vorgehen Konkursamt</b>		
In Frage steht ein sog. Nachkonkurs nach SchKG 269, wobei das Gesetz diesen Begriff nicht kennt. Vorausgesetzt ist, dass nach Schluss des Konkursverfahrens Vermögensstücke entdeckt werden, die der Konkursverwaltung und den Gläubigern nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein mussten. Unter Vermögensstücken sind sämtliche Aktiven zu verstehen.	2	
Vorliegend geht es um den Verkauf des Mercedes. Als nachträglich entdeckte Vermögenswerte kommen aufgrund des ungültigen Verkaufs der Mercedes selbst (respektive der Admassierungsanspruch), ein Anspruch aus paulianischer Anfechtung gegen die Tochter oder ein Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen den ehemaligen CEO in Frage. Dabei handelt es sich allesamt um "Vermögensstücke" i.S.v. SchKG 269. Der Verkauf des Autos war bei der Durchführung des Konkursverfahrens nicht bekannt. Wegen der geschickten Vorgehensweise von Y. hätten die Konkursverwaltung und die Gläubiger die Ansprüche auch nicht kennen müssen	2	
Tauchen nachträglich Vermögenswerte auf, hat das Konkursamt kein Ermessen, ob es einen Nachkonkurs durchführt. Es muss tätig werden.	1	
Das Konkursamt muss das Vermögensstück „in Besitz“ nehmen (SchKG 269 I). Allerdings ist wohl anzunehmen, dass die Tochter des CEOs sich weigert, das Auto herauszugeben und die Ansprüche bestreitet. Der Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit gegen Y. ist schon aufgrund seines unbekanntes Aufenthalts kaum durchsetzbar.	1	

Nach SchKG 269 III muss das Konkursamt zweifelhafte Rechtsansprüche den Gläubigern durch öffentliche Bekanntmachung oder schriftliche Mitteilung zur Kenntnis bringen. Bei allen drei in Frage stehenden Ansprüchen handelt es sich um "zweifelhafte" Rechtsansprüche, weil sie bestritten sind bzw. nicht ohne weiteres eingezogen werden können. Selbst wenn sie möchte, könnte die Konkursverwaltung die Ansprüche nicht mehr für die Konkursmasse durchsetzen, weil die Konkursmasse gar nicht mehr über die dafür notwendigen Mittel verfügt.	2	
<b>Vorgehen Herr A.</b>		
Die Gläubiger - insbesondere Herr A. - können sich die Ansprüche nach SchKG 260 abtreten lassen (SchKG 269 III letzter Satz). Voraussetzung ist, dass man schon als Gläubiger im Konkursverfahren zugelassen wurde. Bei Herrn A. ist diese Voraussetzung erfüllt. Er ist in diesem Fall zur Durchsetzung der Ansprüche aktivlegitimiert	1	
Herr A. könnte sich überlegen, gegen Y. vorzugehen. Insbesondere könnte er am letzten Wohnsitz des Y. (vgl. SchKG 54) die Konkurseröffnung nach SchKG 190 Ziff. 1 verlangen und im Konkursverfahren die Forderung aus aktienrechtlicher Verantwortung eingeben (namens der Konkursmasse der X. AG). Alternativ könnte Herr A. auch lediglich eine Verantwortlichkeitsklage erheben. Aufgrund der Angaben im Sachverhalt kann jedoch angenommen werden, dass keine nennenswerten Vermögenswerte vorhanden sind. Das Vorgehen erscheint nicht erfolgsversprechend.	2	
Herr A. wird deshalb gegen Z. vorgehen müssen. Grundsätzlich kommt eine Schenkungsanfechtung nach Art. 286 SchKG in Frage. Anfechtbar sind alle Schenkungen (und gleichgestellte Rechtsgeschäfte), die innerhalb des letzten Jahres vor Konkurseröffnung vorgenommen wurden. Der Verkauf des Mercedes zu einem Spottspreis stellt ein Rechtsgeschäft dar, das nach SchKG 286 II 1 einer Schenkung gleichgestellt wird, weil ein Missverhältnis vorliegt. Die einjährige Verdachtsfrist ist eingehalten, zumindest dann wenn auf die formelle Konkurseröffnung und nicht auf den Nachkonkurs abgestellt wird. Zudem profitiert Herr A. von der Beweislasterleichterung nach Abs. 3. Obwohl es sich bei Z nicht um eine nahestehende Person des "Schuldners", sondern des CEOs handelt, entspricht diese Beweislastverteilung dem Gesetzeszweck.	2	
Ebenfalls erfüllt wäre der Tatbestand der Absichtsanfechtung nach SchKG 288. Der Verkauf führte zu einer Gläubigerschädigung. Die Schädigungsabsicht kann bejaht werden. Zudem spricht wiederum die gesetzliche Vermutung dafür, dass die Tochter die Schädigungsabsicht kannte. Die fünfjährige Verdachtsfrist ist eingehalten.	1	
Als Empfängerin der Leistung ist Z. nach SchKG 290 passivlegitimiert.	1	
Zuständig ist das Gericht am Wohnsitz der Beklagten (SchKG 289), vorliegend von Z.	1	
Gemäss Sachverhalt war der Verkauf des Wagens zivilrechtlich ungültig, weil Y. keine Vertretungsmacht hatte. Die zivilrechtliche Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts steht einer paulianischer Anfechtung grundsätzlich nicht entgegen. Erst wenn die Nichtigkeit gerichtlich festgestellt ist, ist eine Anfechtung gemäss der Rechtsprechung ausgeschlossen.	2	

Bei der Anfechtungsklage gilt gemäss SchKG 292 eine Verjährungsfrist von 3 Jahren ab Konkursöffnung. Im vorliegenden Fall liegt die Konkursöffnung bereits 3 Jahre und 2 Monate zurück. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist somit die Verjährung eingetreten. Alternativ kann argumentiert werden, dass bei einem Nachkonkurs der relevante Zeitpunkt erst die Wiederaufnahme des Verfahrens ist.	2	
Zu prüfen ist demnach eine Admassierungsklage i.S.v. SchKG 242 III. Der Kaufvertrag und die Übereignung des Mercedes ist ungültig, weil Y. gar keine Vertretungsmacht hatte (nicht einzelzeichnungsberechtigt). Z. wurde nicht Eigentümerin des Mercedes (auch nicht durch Ersitzung, vgl. ZGB 728). Der Mercedes gehörte also zur Konkursmasse und kann somit admassiert werden. Dieses Vorgehen ist erfolgsversprechend.	2	
Aktivlegitimiert sind die Gläubiger (insbesondere Herr A.), die sich die Forderung haben abtreten lassen (Punkte bereits oben berücksichtigt). Passivlegitimiert ist die Besitzerin der Sache, Z.	1	
Die Zuständigkeit richtet sich nach der ZPO.	1	
Nachdem das Fahrzeug admassiert wurde (bzw. wenn man die Verjährung des Anfechtungsanspruchs verneint und sich die Anfechtungsgegnerin deshalb die Verwertung des Fahrzeugs gefallen lassen muss), „besorgt das Konkursamt ohne weitere Förmlichkeit die Verwertung und die Verteilung des Erlöses an die zu Verlust gekommenen Gläubiger nach deren Rangordnung“ (SchKG 269 I), wobei das Ergebnis vorab zur Deckung der Forderung der prozessführenden Gläubiger, hier also von Herrn A. dient.	2	
	26	
<b>Frage 3</b>		
Wenn sämtliche Forderungen getilgt sind, kann der Konkurs widerrufen werden (Art. 195 Abs. 1 SchKG). Allerdings ist der Widerruf nur bis zum Schluss des Verfahrens möglich (Art. 195 Abs. 2 SchKG).	2	
Vorliegend wurde das Verfahren vom Konkursgericht bereits geschlossen. Frau M. müsste also diesen Entscheid anfechten, damit sie anschliessend den Widerruf des Konkurses beantragen kann. Mit diesem Vorgehen könnte sie die Y. AG retten.	2	
<b>Anfechtung des Entscheids des Konkursgerichts</b>		
Zu prüfen ist die Beschwerde nach ZPO 319. Die Berufung ist ebenso ausgeschlossen (vgl. ZPO 309 b 7) wie die Beschwerde nach SchKG 17.	2	
Anfechtungsobjekt bildet das Schlusserkenntnis des Konkursgerichts.	1	
Die Beschwerdefrist beträgt 10 Tage, da der Entscheid im summarischen Verfahren ergangen ist (ZPO 321 II i.V.m. ZPO 251 a)	1	
Zur Beschwerde legitimiert ist, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Entscheids hat.	1	

<p>Vorliegend besteht das Interesse an der Aufhebung des Entscheids darin, dass Frau M. erreichen will, dass der Konkurs widerrufen wird. Es geht um das wirtschaftliche Interesse von Frau M., steuerliche Vorteile aus den Verlustvorträgen zu ziehen. Im Allgemeinen genügt ein tatsächliches Interesse, ein rechtlich geschütztes Interesse ist nicht erforderlich. Gemäss Bundesgericht genügen persönliche wirtschaftliche Nachteile, die jeden Aktionär oder Verwaltungsrat treffen könnten, in einem solchen Fall jedoch nicht. Gegen diese Schlussfolgerung sprechen valable Argumente: Einerseits kann argumentiert werden, dass Frau M. nicht nur für ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen eintritt, sondern auch für diejenigen der Y. AG. Solange die Y. AG nicht im Handelsregister gelöscht wurde, existiert sie fort und wird durch Frau M. (wieder) vertreten. Andererseits ist Frau M. als Aktionärin tatsächlich in ihren wirtschaftlichen Interessen betroffen. Das "da könnte ja jeder kommen"-Argument erscheint weder überzeugend noch realitätsnah.</p>	3	
<p>Als Beschwerdegründe kommen entweder die unrichtige Rechts- oder die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts in Frage (ZPO 320). Vorliegend gibt es aber keine Anhaltspunkte, dass der Sachverhalt falsch festgestellt wurde, weshalb nur die falsche Rechtsanwendung in Betracht fällt.</p>	1	
<p>Frau M. ist der Ansicht, der Konkurs hätte nicht geschlossen werden dürfen, weil aus der Verwertung ein Überschuss resultierte. Sinngemäss wird sie also eine Verletzung von SchKG 268 rügen.</p>	1	
<p>Das Konkursgericht schliesst den Konkurs, wenn es das Konkursverfahren für vollständig durchgeführt hält (SchKG 268 II). Vorliegend gibt es keine Anhaltspunkte, dass das Verfahren nicht vollständig durchgeführt wurde.</p>	1	
<p>Das SchKG sieht nicht explizit vor, dass bei einem Überschuss der Konkurs nicht geschlossen werden darf. Ein Verlust für die Gläubiger ist keine Voraussetzung für den Konkurschluss. Lediglich in KOV 95 ist ein Spezialfall vorgesehen, wenn mit dem Schluss des Verfahrens im Falle der Abtretung von Ansprüchen nach SchKG 260 an einen Gläubiger zugewartet werden soll.</p>	2	
<p>Als weiterer Rügegrund kommt eine Verletzung von SchKG 195 in Betracht, wenn man annimmt, dass das Konkursgericht den Konkurs von Amtes wegen hätte widerrufen müssen.</p>	1	
<p>Gemäss dem Wortlaut von SchKG 195 muss der Schuldner nachweisen, dass alle Forderungen getilgt sind. Es braucht für einen Widerruf einen Antragsteller. In der Lehre wird befürwortet, dass beim Aktivenüberschuss auch das Konkursamt ein subsidiäres Antragsrecht hat. Allerdings trifft das Konkursamt - gemäss Bundesgericht - keine Pflicht, dieses auch auszuüben. Eine solche Pflicht liesse sich allenfalls aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip herleiten, wonach eine Behörde bei zwei möglichen Massnahmen die mildere auszuwählen hat. Allerdings würde es sich auch dann um einen Fehler des Konkursamts (und nicht des Konkursgerichts) handeln, welcher mit SchK-Beschwerde geltend gemacht werden müssen.</p>	2	
<p>Frau M stört sich daran, dass die Verteilungsliste nicht aufgelegt wurde. Diese muss im ordentlichen Verfahren während 10 Tagen aufgelegt werden (SchKG 263). Allerdings gilt das nicht im summarischen Verfahren (SchKG 231 III 4). Zudem wäre das wiederum eine Handlung des Konkursamts, welche mit SchK-Beschwerde hätte angefochten werden müssen.</p>	2	

Weiter wird Frau M. eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs rügen. Sie bringt also sinngemäss vor, dass das Konkursgericht sie über die Möglichkeit eines Konkurswiderrufes hätte aufklären müssen. Eine solche Aufklärungspflicht ergibt sich gemäss Bundesgericht nicht aus dem Gesetz. Alternativ könnte man argumentieren, dass sich eine Aufklärungspflicht des Konkursgerichts aus dem Verhältnismässigkeitsprinzips ergibt.	2	
Im Ergebnis ist das Vorgehen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wenig erfolgsversprechend.	1	
	25	
Punktetotal	99	