

in: SZW 2000, 46 f. Nr. 27; Ueli Huber, Basler Kommentar zum SchKG, Basel/Genf/München 1998, Art. 265a N. 20 f; Fritzsche/Walder und Jeandin (s. BGE 124 III 381). Nicht vertretbar ist die pragmatische Lösung, die in der Praxis von verschiedenen Kantonen zur Anwendung gekommen ist (z. B.: Kreisschreiben vom 11. Dezember 1996 der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich an die Betreibungsämter und an die Bezirksgerichte [VU960139]; Kreisschreiben Nr. A 5 vom 27. März 1997 der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen für den Kanton Bern an die Betreibungsämter, in: IWIR 1998, 38 f.; Instruction de l'Autorité de surveillance aux préposés des offices des poursuites genevois du 2 février 1998 concernant le problème des exceptions de non-retour à meilleure fortune manifestement irrecevables pour cause d'absence de prononcé d'une faillite ou en raison de la clôture de la faillite faute d'actif [art. 230 LP], in: SJ 1998, 440).

Flavio Cometta

18). Art. 269 SchKG. – Nachkonkurs.

Nachträgliche Entdeckung eines Vermögenswertes des Konkursiten. Nur bei eindeutiger Sach- und Rechtslage darf sich das Konkursamt allenfalls weigern, für behauptete Rechtsansprüche einen Nachkonkurs zu eröffnen. Es ist in erster Linie Sache des für die Beurteilung des betreffenden Anspruchs zuständigen Richters, darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen zur Durchführung eines Nachkonkurses gegeben sind oder nicht.

Art. 269 LP. – *Biens découverts ultérieurement.*

Biens appartenant au failli découverts ultérieurement. Ce n'est qu'en présence d'une situation de fait et de droit claire que l'office des faillites peut refuser de procéder à une faillite subséquente sur les prétentions juridiques découvertes après la clôture de la faillite précédente. Il appartient en premier lieu au juge saisi de la prétention litigieuse de décider si les conditions d'une faillite subséquente sont réunies ou non.

Art. 269 LEF. – *Beni scoperti dopo la chiusura del fallimento.*

Scoperta successiva di valori patrimoniali del fallito. Solo in caso di chiara situazione fattuale e in diritto l'ufficio dei fallimenti può rifiutare di aprire una procedura di liquidazione fallimentare completa riferita a pretese giuridiche prospettate. Compete in linea di principio al giudice valutare se si realizzano i presupposti per una liquidazione fallimentare completa.

Am 31. März 2000 wurde das über die B. AG geführte Konkursverfahren als geschlossen erklärt. Mit Rundschreiben vom 28. Februar 2001 wandte sich das Konkursamt an alle Gläubiger und orientierte über die Eröffnung eines Nachkonkursverfahrens im Sinne von Art. 269 SchKG,

indem eine von der S. AG ausgestellte Patronatserklärung über 1,9 Mio. Franken als nachträglich entdeckter Vermögenswert der Konkursitin in das Konkursinventar aufgenommen werde. Die S. AG führte Beschwerde mit dem Antrag, das Konkursamt sei anzuweisen, das Nachkonkursverfahren sofort einzustellen, da es sich bei der Patronatserklärung nicht um einen neu entdeckten Vermögenswert handle. Auf diese Beschwerde trat die untere Aufsichtsbehörde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen nicht ein. Den dagegen eingereichten Rekurs weist das Obergericht als obere Aufsichtsbehörde ab aus folgenden Erwägungen:

«3. Werden Vermögensstücke, welche zur Masse gehörten, aber nicht zu derselben gezogen wurden, nach Abschluss des Konkurses entdeckt, so nimmt das Konkursamt von ihnen Besitz und verwertet sie ohne weitere Förmlichkeit (Art. 269 Abs. 1 SchKG). Voraussetzung für die Durchführung eines solchen Nachkonkurses ist, dass der Gegenstand »neu entdeckt« wurde. Das Bundesgericht führte dazu aus, da die Konkursverwaltung regelmässig über die beste Übersicht über die Verhältnisse verfüge, stelle sich im Einzelfall die Frage, ob das Handeln der Konkursverwaltung mit Rücksicht auf den Schutz des Dritten Wirksamkeit gegenüber der Masse erlangen könne. Ein Verlust des Anspruches auf einen Nachkonkurs dürfe jedoch nicht leichthin angenommen werden (BGE 116 III 96 E. 4c und 5). Daraus schliesst Staehelin (Basler Kommentar zum SchKG, N. 7 zu Art. 269 SchKG) sogar, dass ein Anspruch dann nicht mehr »neu entdeckt« ist, wenn die Konkursverwaltung eine Handlung begeht, welche für einen Dritten als Verzicht auf die Geltendmachung verstanden werden muss. In diesem Fall kann nämlich der Dritte annehmen, die Konkursverwaltung handle in Übereinstimmung oder im Auftrag der Gläubigerversammlung. Ohne so weit gehen zu wollen, kann aber ein Anspruch in jedem Fall erst dann als bereits während des Konkursverfahrens bekannt gelten, wenn alle ihn begründenden Tatsachen bekannt sind. Die Konkursverwaltung kann sich nur ausnahmsweise, bei eindeutiger Rechts- und Sachlage, weigern, einen Nachkonkurs zu eröffnen (BGE 117 III 170), oder, wie die Vorinstanz richtig vermerkt hat, wenn die fehlende Neuentdeckung offensichtlich ist.

4. Vorliegend wurde lediglich geltend gemacht, dass die Revisionsstelle der Konkursitin dem Konkursrichter gegenüber in einem Schreiben vom 15. Juni 1998 erwähnte, die Aktionärin habe eine Patronatserklärung über Fr. 1 900 000.– abgegeben. Weitere Anhaltspunkte lassen sich auch den Akten nicht entnehmen. Daraus allein kann nicht geschlossen werden, alle die Forderung begründenden Tatsachen seien der Konkursverwaltung bekannt gewesen oder hätten ihr bekannt sein müssen. Insbesondere wäre vor einer endgültigen Entscheidung auch zu klären, aus welchen Gründen die Forderung nicht bereits während des Konkurses zur Masse gezogen wurde. So ist entscheidend, ob der Vermögenswert beispielsweise übersehen wurde oder ob er im relevanten Zeitpunkt allenfalls als wertlos angesehen wurde (vgl. Staehelin, a.a.O., N. 10 zu Art. 269 SchKG). Weiter ist gemäss gefestigter Rechtsprechung nicht nur das

Wissen der Konkursverwaltung entscheidend. Vielmehr kommt es auch auf die Kenntnisse der Gläubigermehrheit an. Es kann dazu auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (§ 161 GVG).

(Die Vorinstanz hatte festgehalten, dass die Beschwerdeführerin nicht behauptete, die erforderliche Gläubigermehrheit habe schon während des summarischen Konkursverfahrens Kenntnis von der strittigen Patronats-erklärung gehabt oder sie hätte zumindest davon Kenntnis haben müssen, und dass sich solches auch nicht aus den Akten ergebe.)

Aus dem Gesagten erhellt, dass keine derart klare Rechts- und Sachlage vorliegt, welche der Konkursverwaltung den Verzicht auf die Eröffnung des Nachkonkurses erlaubt hätte, weshalb die Frage der fehlenden Neuentdeckung auch nicht im Beschwerdeverfahren durch die Aufsichtsbehörde, sondern durch den Richter zu entscheiden ist. Der Rekurs ist daher abzuweisen und der Beschluss der Vorinstanz zu bestätigen.»

ZÜRICH, Obergericht, II. Zivilkammer, als obere SchK-Aufsichtsbehörde, 11. Juli 2001. (Das Bundesgericht wies eine gegen den Entscheid erhobene Beschwerde am 10. August 2001 ab.)

19). **CC art. 712a al. 1, 812 al. 2 et 972 al. 1; LP art. 142; ORFI art. 73 ss et 104 al. 2. – Immeuble constitué en propriété par étages. Relation de priorité dans le temps entre les droits réels restreints grevant l'immeuble de base et les parts de propriété par étages? Conséquence, pour le droit réel restreint grevant l'immeuble de base, de la double mise à prix d'une part de propriété par étages.**

ZGB Art. 712a Abs. 1, 812 Abs. 2 und 972 Abs. 1; SchKG Art. 142; VZG Art. 73 ff. und 104 Abs. 2. – Stockwerkeigentum an einem Grundstück. Zeitlicher Vorrang zwischen den beschränkten dinglichen Rechten am Grundstück und den Stockwerkeigentumsanteilen? Folge des Doppelaufrufs eines Stockwerkeigentumsanteils auf das beschränkte dingliche Recht am Grundstück.

Art. 712a cpv. 1, 812 cpv. 2 e 972 cpv. 1 CC; art. 142 LEF; art. 73 ss. e 104 cpv. 2 RFF. – Fondo costituito in proprietà per piani. Priorità per ragioni temporali tra i diritti reali limitati gravanti il fondo base e le quote di proprietà per piani? Effetti del doppio turno d'asta di una quota di proprietà per piani sul diritto reale limitato gravante il fondo base.

A. Par acte authentique du 30 avril 1981, X a vendu à Y l'art. 2702 du RF de la commune de C. Cet immeuble est au bénéfice d'une servitude foncière ayant pour objet une interdiction de tous commerces, inscrite le