



Entgeltliche Verwertung von strittigen Rechtsansprüchen in der Generalexekution

Teleologische Reduktion von Art. 260 Abs. 3 SchKG

FRANCO LORANDI

Das Gesetz sieht vor, dass in der Generalexekution bestrittene Aktivansprüche primär den Gläubigern gemäss Art. 260 SchKG zur Abtretung zu offerieren sind. Nur wenn kein Gläubiger die Abtretung verlangt, können die Ansprüche versteigert oder freihändig verwertet werden (Art. 260 Abs. 3 SchKG). Diese Regel gilt jedoch nicht ausnahmslos: Sie kann nicht gelten, wenn der bestrittene Anspruch verpfändet ist. Diesfalls genießt die Verwertung den Vorrang. Sie gilt entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch dann nicht, wenn ein Angebot vorliegt, das anzunehmen sich im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger aufdrängt; den Gläubigern kommt dann jedoch – als Ausgleich – das Recht zum höheren Angebot zu (BGE 93 III 23 ff.). Die Verwertung muss diesfalls jedoch (nach Meinung des Bundesgerichts) durch freihändige Verwertung (und nicht durch Versteigerung) erfolgen. Letztlich bedeutet dies, dass dem Konkursamt ein vernünftiges Angebot vorliegen muss. Wann ein solches vorliegt, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Nach den Sondergesetzen des Finanzmarktrechts (insbesondere nach der BIV-FINMA) gilt bei strittigen Ansprüchen kein Vorrang der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG; die Verwertung durch Steigerung oder Freihandverkauf können nach Entscheidung des Konkursliquidators anstelle der Abtretung treten.

La loi prévoit que les créances contestées dans l'exécution générale doivent être prioritairement offertes en cession aux créanciers, en vertu de l'art. 260 LP. Ce n'est que si aucun créancier n'en demande la cession que les prétentions peuvent être vendues aux enchères ou réalisées de gré à gré (art. 260 al. 3 LP). Cette règle ne vaut toutefois pas sans exception : elle ne s'applique pas aux prétentions contestées sur lesquelles il existe un droit de gage. Dans ce cas, la réalisation a priorité. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette règle ne s'applique pas non plus en présence d'une offre dont l'acceptation s'impose dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers ; en compensation, les créanciers ont alors droit à l'offre supérieure (ATF 93 III 23 ss). Dans ce cas, le Tribunal fédéral estime que la réalisation doit cependant se faire de gré à gré (et non par voie d'enchères). En fin de compte, cela signifie que l'office des faillites doit disposer d'une offre raisonnable. L'existence d'une telle offre se détermine au cas par cas, en fonction des circonstances. En vertu des lois spéciales du droit des marchés financiers (en particulier l'OIB-FINMA), la règle de priorité de la cession selon l'art. 260 LP ne vaut pas, lorsque les prétentions sont contestées ; le liquidateur de la faillite peut décider de procéder à la réalisation par la voie de la vente aux enchères ou de gré à gré, en lieu et place de la cession.

Inhaltsübersicht

- A. Im Geltungsbereich des SchKG
 1. Grundsatz: Gesetzliche Stufenfolge
 2. Ausnahmen
 - a. Bei Verpfändung strittiger Ansprüche
 - b. Bei einem Freihandverkauf zu einem «vernünftigen» Preis
 - c. Bei einer Versteigerung mit «vernünftigem» Mindestgebot
- B. Im Geltungsbereich der Sondergesetzgebung für Banken, Versicherungsunternehmungen und kollektive Kapitalanlagen
 1. Konkurs über Banken
 2. Konkurs über Versicherungsunternehmungen
 3. Konkurs über kollektive Kapitalanlagen

Wie strittige Rechtsansprüche zu verwerten sind, ist im SchKG anders geregelt als im Insolvenzrecht für Banken, Versicherungsunternehmungen und kollektive Kapitalanlagen. Es sollen deshalb nachfolgend beide Regelungen dargestellt werden.

A. Im Geltungsbereich des SchKG

Das SchKG sieht drei Verwertungsarten vor: die Zwangsversteigerung, den Freihandverkauf und die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG. Bewegliche Sachen und Grundstücke sind in der Regel durch Versteigerung oder sonst durch Freihandverkauf zu verwerten. Für strittige Ansprüche gilt eine andere Ordnung: Diese Ordnung gilt sowohl im (ordentlichen oder summarischen) Konkursverfahren als auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung¹

FRANCO LORANDI, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Zürich.
Herrn lic. iur. MICHAEL SCHÜRCH sei bestens gedankt für die vorzügliche Administration des Fussnotenapparates.

¹ PETER LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, 103; FELIX STUTZ, Der Freihandverkauf im SchKG, Diss. Zürich 1978, 55; FRANCO LORANDI, Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 1994 (zit. Freihandverkauf), 389; Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-BEARBEITER), BSK SchKG II-THOMAS BAUER/OLIVIER HARI/VINCENT JEANNERET/KARL WÜTHRICH, Art. 325 N 14; BSK SchKG II-STEPHEN BERTI, Art. 260 N 7; Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, Basel 2009 (zit. KUKO-BEARBEITER), KUKO-KARL WÜTHRICH/FRITZ ROTHENBÜHLER, Art. 325 SchKG N 6.

und im Anschlusskonkursverfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG².

1. Grundsatz: Gesetzliche Stufenfolge

Grundsätzlich hat die Durchsetzung strittiger Ansprüche durch die Masse Vorrang. Im Konkurs entscheidet die zweite Gläubigerversammlung (Art. 253 Abs. 2, Art. 260 Abs. 1 SchKG) und beim Liquidationsvergleich entscheiden (nach Massgabe der Regelung im Nachlassvertrag) die Liquidatoren und der Gläubigerausschuss (Art. 319 Abs. 4, Art. 320 Abs. 1 SchKG), ob strittige Ansprüche namens der Masse durchzusetzen sind.

Sollen strittige Ansprüche nicht namens der Masse durchgesetzt werden, so sind sie zu verwerten. Dabei gilt eine *gesetzliche Stufenfolge bei der Verwertung* (Art. 260 Abs. 3 SchKG): Liegt ein Beschluss der massgeblichen Vollstreckungsorgane³ vor, den stritten Anspruch nicht namens der Masse geltend zu machen, sondern auf dessen Geltendmachung zu verzichten, so können die Gläubiger *primär* eine *Abtretung gemäss Art. 260 SchKG* verlangen. Bei der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG handelt es sich um eine Verwertung. Diese unterscheidet sich von den anderen Verwertungsarten (Zwangsversteigerung und Freihandverkauf) namentlich dadurch, dass sie *unentgeltlich* erfolgt⁴. Der Abtretungsgläubiger muss (abgesehen von einer Administrativgebühr⁵) nichts bezahlen. Der Masse fliesst damit unmittelbar keine Gegenleistung für die Abtretung zu. Ein allfälliger Überschuss, der nach vollständiger Deckung der Forderung der Abtretungsgläubiger resultiert, steht zwar der Masse zu (Art. 260 Abs. 2 Satz 2 SchKG). In der Realität findet dies jedoch praktisch nie statt, so dass der Masse auch mittelbar keine Mittel zufließen.

Nur wenn kein Gläubiger die Abtretung verlangt hat (so dass diese Verwertungsart nicht Platz greifen kann), können strittige Forderungen *in zweiter Linie* bzw. subsidiär durch Steigerung oder Freihandverkauf⁶ verwertet

werden (Art. 260 Abs. 3 SchKG; vgl. auch Art. 322 Abs. 1 SchKG)⁷. Kann auch eine solche Verwertung nicht erfolgen (weil kein Gebot vorliegt bzw. erfolgt), dann fällt der strittige Anspruch (in letzter Linie) an den Gemeinschuldner zurück⁸ (welchem der Anspruch materiellrechtlich unbeschaden der Insolvenz zusteht)⁹.

Die *ratio legis* dieser Stufenordnung ist, dass i.d.R. eine Verwertung durch Veräusserung meist unzweckmässig ist, weil kaum ein vernünftiger Verwertungserlös für die Gesamtheit der Gläubiger realisiert werden kann¹⁰. Dies zeigt die Historie der geltenden Stufenordnung: Die Weiterverfolgung bestrittener Rechtsansprüche durch einen Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG hat sich historisch vor dem Hintergrund der zu billig versteigerten bestrittenen Ansprüche der Konkursmasse entwickelt. Der Gesetzgeber wollte mit dem Instrument des Art. 260 SchKG eine für die Konkursmasse kosten- und risikolose Feststellung der von ihr geltend gemachten Ansprüche und dadurch eine möglichst ergiebige Realisierung der Konkursaktiven ermöglichen¹¹. In der Realität ist jedoch die entgeltliche Verwertung für die Gesamtheit der Gläubiger die vorteilhaftere Vorgehensweise¹². Die neuere Gesetzgebung (im bankenrechtlichen Bereich) sieht denn auch keine Stufenordnung vor (Art. 19 Abs. 6 BIV-FINMA)¹³.

Wird die gesetzliche Stufenfolge verletzt (ohne dass davon abgewichen werden kann¹⁴), indem die Verwertung (durch Steigerung oder Freihandverkauf) von streitigen Rechtsansprüchen stattfindet, ohne dass vorher alle Gläubiger Abtretungsbegehren stellen konnten, so ist die Verwertung *nichtig* (Art. 22 SchKG)¹⁵. Wurde den Gläu-

² Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Commentaire Romand, Poursuite et faillite*, Basel/Genf/München 2005 (zit. CR LP-BEARBEITER), CR LP-VINCENT JEANNERET/VINCENT CARRON, Art. 260 N 54. Zum Sonderfall, dass (bei Fehlen jeglicher inländischer Gläubiger) auch die ausländische Insolvenzmasse (in analoger Anwendung von Art. 260 SchKG) die Abtretung strittiger Aktivansprüche im Partikularkonkurs gemäss Art. 166 ff. IPRG verlangen kann, vgl. BGE 137 III 374 ff.

³ Vgl. vome im Text.

⁴ CR LP-JEANNERET/CARRON (FN 2), Art. 260 N 19.

⁵ Art. 46 Abs. 1 lit. d GebV SchKG (SR 281.35).

⁶ BGE 115 III 77 f., BGE 93 III 27, BGE 79 III 12, 78 III 169, BGE 58 III 112.

⁷ BGE 58 III 112; BGE 93 III 28; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. A., Bern 2013, § 47 Rz 31 und Rz. 72.

⁸ BBI 1991 III 156; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1405; BGE 68 III 104.

⁹ Richtigerweise ist deshalb davon zu sprechen, dass das vollstreckungsrechtliche Beschlagnahme Recht entfällt (so dass der Schuldner wieder frei über den Anspruch verfügen kann).

¹⁰ AMONN/WALTHER (FN 7), § 47 Rz. 31.

¹¹ JEAN FLACHSMANN, Die Abtretung der Rechtsansprüche der Konkursmasse nach Art. 260 des schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, *Affoltern a.A.* 1927, 25 f.

¹² Eidgenössische Bankenkommission, *Bankeninsolvenz – Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene* (zit. EBK-Bankeninsolvenzbericht), Januar 2008 (unter http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/aktuell/20080128/20080128_d.pdf, zuletzt geprüft am 7. August 2013), 21.

¹³ Vgl. B.1.

¹⁴ Vgl. sogleich hinten A.2.

¹⁵ FRANCO LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Kommentar zu den Art. 13–30 SchKG, Basel/Genf/Mün-

bigern die Abtretung offeriert, liegt aber ein mangelhafter Verzichtbeschluss der Masse vor (z.B. weil die Konkursverwaltung anstelle der zweiten Gläubigerversammlung entschieden hat), so liegt nur *Anfechtbarkeit* vor (Art. 17 SchKG)¹⁶.

2. Ausnahmen

a. Bei Verpfändung strittiger Ansprüche

Forderungen und Ansprüche können auch Dritten verpfändet¹⁷ worden sein (Art. 899 ZGB). Der Verwertungserlös verpfändeter Forderungen steht dem Pfandgläubiger (bis zur vollen Deckung seiner Forderung) zu (Art. 899 Abs. 2 i.V.m. Art. 891 f. ZGB). Würde eine strittige Forderung bzw. ein strittiger Anspruch durch Abtretung gemäss Art. 260 SchKG verwertet, so resultierte gar kein Verwertungserlös für die Masse; die Abtretung erfolgt bekanntlich unentgeltlich¹⁸. Damit könnte für den Pfandgläubiger gar kein Verwertungserlös realisiert werden. Das Pfandrecht des Gläubigers würde ad absurdum geführt.

Bei Pfandbelastung strittiger Forderungen oder Ansprüchen gilt m.E. die Stufenfolge per se nicht, sondern es gilt – aufgrund der privatrechtlichen Regelung, dass dem Pfandgläubiger der Pfanderlös zukommen muss – der *Vorrang der Verwertung* durch Versteigerung oder Freihandverkauf (Art. 256 Abs. 2 SchKG). Nur und erst wenn auf diese Weise (mangels Geboten) keine Verwertung möglich ist¹⁹ (oder wenn der Pfandgläubiger auf sein Pfandrecht verzichtet bzw. mit der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG einverstanden ist), kann ausnahmsweise eine Abtretung erfolgen.

b. Bei einem Freihandverkauf zu einem «vernünftigen» Preis

aa. Ratio legis

Die ratio legis von Art. 260 Abs. 3 SchKG (welche Bestimmung der früheren Regelung in Art. 79 Abs. 2 aKOV entspricht²⁰) ist, dass bei einer Verwertung von bestrittenen Ansprüchen erfahrungsgemäss in aller Regel kein

vernünftiger Preis gelöst werden kann²¹. Wenn es sich im Einzelfall jedoch gerade anders verhält, nämlich wenn ein vernünftiger Erlös erzielt werden kann, dann kommt die gesetzliche Stufenordnung – im Sinne einer *teleologischen Reduktion* – nicht zur Anwendung. Mit den Worten des Bundesgerichts²² bedeutet dies folgendes²³:

«Es ist möglich, dass die Konkursverwaltung Kaufangebote erhält, die anzunehmen sich im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger jedenfalls dann aufdrängt, wenn kein Gläubiger seinerseits ein noch besseres Angebot macht. Gegenüber dem Interesse der Gläubigergesamtheit an der Wahrnehmung einer solchen Verwertungsgelegenheit muss das Interesse der einzelnen Gläubiger an einer Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG zurücktreten, m.a.W. den Gläubigern ist in einem solchen Falle nicht oder jedenfalls nicht bedingungslos zu erlauben, Abtretungsbegehren zu stellen. Durfte die Konkursverwaltung annehmen, die Annahme des ihr zugrunde liegenden Angebotes liege im Interesse der Masse, so war sie folglich nicht gehalten, den Konkursgläubigern freie Gelegenheit zur Stellung von Abtretungsbegehren zu bieten.»

bb. Geltungsbereich

Der bundesgerichtliche Leitentscheid BGE 93 III 23 ff. erging im Jahre 1967 und damit zeitlich vor der «grossen» Revision des SchKG im Jahre 1997. Der Entscheid betraf sodann einen Bankenkonzurs. Im Bankenkonzurs waren dannzumal²⁴ die allgemeinen Regeln des gemeinrechtlichen Konkursverfahrens anwendbar (Art. 34 Abs. 2 BankG)²⁵. Der Entscheid nimmt ausdrücklich auf Art. 260 SchKG und Art. 79 Abs. 2 aKOV Bezug. Er ist denn auch allgemein gültig abgefasst²⁶. Er hat deshalb ebenfalls für die Generalexekution nach SchKG präjudizielle Bedeutung.

Der Entscheid erging zur damaligen Regelung von Art. 79 Abs. 2 aKOV. Diese Bestimmung wurde im Rahmen der SchKG-Revision von 1997 unverändert ins Gesetz (Art. 260 Abs. 3 SchKG) überführt²⁷. Der Entscheid hat somit auch unter der heute geltenden Regelung des SchKG präjudizielle Bedeutung.

chen 2000 (zit. Beschwerde), Art. 22 SchKG N 49; BGE 136 III 637, 537, BGE 134 III 78, 93 III 27, BGE 79 III 12, BGE 58 III 112.

¹⁶ LORANDI, Beschwerde (FN 15), Art. 22 SchKG N 93; BGE 86 III 25 f.

¹⁷ Bei Debitorforderungen ist die sog. generelle Debitorenzession (meist an die Kredit gebende Bank) bedeutend häufiger als die Verpfändung.

¹⁸ Vgl. A.1.

¹⁹ Womit das Pfandrecht zivilrechtlich untergeht.

²⁰ BBI 1991 III 155.

²¹ Vgl. A.1.

²² Zur Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. RALF C. SCHLAEPFER, Abtretung streitiger Rechtsansprüche im Konkurs, Zürich 1990, 71 f.; FRANCO LORANDI/RICO A. CAMPONOVO, Ein Vorschlag zur Revision des SchKG, Kautionspflicht, Vorschusspflicht, Armenrecht und Art. 169 SchKG bei Konkurs- und Nachlassmassen im Visier, ST 66 (1992), 427–435; 429; LORANDI, Freihandverkauf (FN 1), 331 ff.

²³ BGE 93 III 28.

²⁴ Zur heutigen Regelung im Bankenkonzurs vgl. B.1.

²⁵ BGE 93 III 25f.

²⁶ SCHLAEPFER (FN 22), 25.

²⁷ Vgl. BBI 1991 III 155.

cc. Voraussetzungen

Die *Zuständigkeit zum Entscheid*, einen Freihandverkauf vorzunehmen, richtet sich nach der Art des Insolvenzverfahrens: Im ordentlichen Konkursverfahren entscheidet die zweite Gläubigerversammlung (Art. 253 Abs. 2, Art. 256 Abs. 1 SchKG)²⁸. Dies kann auch durch Zirkularbeschluss erfolgen (Art. 255a SchKG)²⁹. Im summarischen Konkursverfahren liegt der Entscheid beim Konkursamt (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG)³⁰, beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung liegt der Entscheid beim Liquidator zusammen mit dem Gläubigerausschuss (Art. 322 Abs. 2 SchKG)³¹. Sind die freihändig zu verwertenden Forderungen verpfändet (was nur selten der Fall sein dürfte), muss auch der Pfandgläubiger seine Zustimmung geben (Art. 256 Abs. 2 SchKG).

Mit dem *überwiegenden Interesse der Gesamtheit der Gläubiger* hat das Bundesgericht deren Interesse an einer möglichst hohen Konkursdividende bzw. einem möglichst geringeren Verlust gemeint³². Wenn als Alternative zu einer unentgeltlichen Abtretung ein vernünftiger Verwertungserlös für die Masse realisiert werden kann, dann liegt Letzteres im Interesse der Gläubigergesamtheit.

Wann entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis ein *Angebot* vorliegt, *das sich im Interesse der Gläubigergesamtheit anzunehmen aufdrängt*, ist im *Einzelfall* zu entscheiden³³. Dabei kommt der Konkursverwaltung (bzw. den Liquidatoren zusammen mit dem Gläubigerausschuss beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) ein *grosses Ermessen* zu (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2

SchKG)³⁴. Massgebend ist das mutmassliche Interesse der Gläubigergesamtheit. Bloss symbolische oder läppi-sche Erlöse, welche faktisch keinen realen Verwertungserlös darstellen, sind ungenügend. Die Höhe der Passiven (Konkursforderungen) ist m.E. irrelevant für die Frage, wann ein vernünftiger Verwertungserlös vorliegt. Auch dem relativen Verhältnis des Preises zum Nominalwert der zu veräussernden Forderung kommt keine vorrangige Bedeutung zu. Da für die Masse der Vermögenszufluss massgeblich ist, ist in erste Linie auf den absoluten Betrag (Preis) abzustellen. Diesbezüglich dürfte ab einem mittleren, fünfstelligen Betrag (in CHF) ein Interesse der Gläubigergesamtheit zu bejahen sein³⁵. Diese deckt sich mit der *Kasuistik* der Aufsichtsbehörden:

Im Leitentscheid *BGE 93 III 28* lag es im Interesse der Konkursmasse, dass eine Forderung über DM 450'000 gegen einen Drittschuldner in Deutschland, der bei Geltendmachung des ganzen Betrages Konkurs gegangen wäre, zu DM 85'000 (entsprechend 18.8%; damaliger Gegenwert rund CHF 92'200³⁶) veräussert werden konnte³⁷.

Gemäss Sachverhalt, welcher dem *Entscheid 7B.11/2004 vom 13. Februar 2004* zugrunde lag, wurde eine vertragliche Forderung über CHF 3.7 Mio. gegen eine schweizerische Gegenpartei zum Preis von CHF 120'000 (entsprechend 3.2%) freihändig verwertet³⁸.

²⁸ LORANDI, Freihandverkauf (FN 1), 301, 305 ff.

²⁹ LORANDI, Freihandverkauf (FN 1), 306.

³⁰ LORANDI, Freihandverkauf (FN 1), 301, 315 f.

³¹ LORANDI, Freihandverkauf (FN 1), 382, 383 ff.

³² BGE 43 III 59 ff., 62 f.; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, *Vorzeitige Verwertung und Freihandverkauf im Konkurs*, BISchK 2000, S. 81–87, Ziff. 6 und Ziff. 8.

³³ Diese Frage hat eine gewisse Verwandtschaft zur Frage, wann ein unechter Vergleich (mit dem Drittschuldner) zu so schlechten Bedingungen vorliegt, dass ein reiner Teilverzicht und kein «echter» Vergleich mehr vorliegt: Diesbezüglich verneint das Bundesgericht einen echten Vergleich, wenn ein Anspruch «kampflös und auch ohne nur die gegnerischen Akten einzusehen und zu prüfen» preisgegeben wird (BGE 86 III 130; Urteil 7B.166/2000 vom 4. Dezember 2000, E. 7.a). Dieser Grundsatz macht Sinn. Die Anwendung dieses Grundsatzes im Einzelfall, wo für einen bestrittenen Anspruch von CHF 1'200 vergleichsweise CHF 500 (entsprechend rund 41.6%) realisiert werden konnte (BGE 86 III 126), überzeugt dagegen m.E. nicht (FRANCO LORANDI, *Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG*, Grundlegendes und ausgewählte Fragen, Sammelband 2012, 63–89, 80) und zwar nur schon angesichts der tiefen absoluten Beträge, welche zur Debatte standen. Der Entscheid drehte sich aber letztlich um die Frage, wer für den Abschluss eines Vergleichs zuständig ist.

³⁴ BGE 93 III 31; SCHLAEPFER (FN 22), 25 f.; LORANDI, Beschwerde (FN 15), Art. 17 SchKG N 119; Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Oktober 2010 (CB100008), E. 3.4 und E. 3.5.

³⁵ In dieser «Preisklasse» liegt auch die Praxis zur Frage, wann (i.S.v. Art. 256 Abs. 3 SchKG) ein «Vermögenswert von bedeutendem Wert» vorliegt (LORANDI, Freihandverkauf [FN 1], 320 ff.; DERS., *Die Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privatpersonen*, AJP/PJA 2000, 846–856, 854; BSK SchKG II-BÜRGI, Art. 256 N 26b; St. Gallen, Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs, *Entscheid vom 26. Juni 1998*, Art. 256 Abs. 2 SchKG – Begriff und Bezifferung des «Gegenstandes von bedeutendem Wert» im Sinne dieser Bestimmung, welche nach dem neuen Recht auch im summarischen Verfahren zum Tragen kommt, BISchK 1999, 112).

³⁶ Umrechnungskurs vom Juni 1967, DEM/CHF 1.0848 unter www.fxthop.com (zuletzt geprüft am 26. Juli 2013).

³⁷ BGE 93 III 25 und 31.

³⁸ Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war zwar einzig die Frage der Fristerstreckung für die Beibringung eines Finanzierungsnachweises durch eine Partei, welche ein höheres Angebot unterbreitet hatte (Sachverhalt A.). Eine Verletzung von Art. 260 SchKG, indem kein Beschluss der Gläubigergesamtheit über den Verzicht auf die Geltendmachung des Anspruchs vorlag, würde jedoch zur Nichtigkeit der Verwertung führen (Art. 22 SchKG; vgl. II.A.1.), was von den kantonalen Aufsichtsbehörden von Amtes wegen zu beachten gewesen wäre (Art. 22 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Insofern haben zumindest die kantonalen Aufsichtsbehörden implizit ein Abweichen von der Stufenordnung gemäss Art. 260 Abs. 3 SchKG sanktioniert.

In einem *Entscheid des Bezirksgerichts Meilen* (als untere kantonale Aufsichtsbehörde in SchKG-Sachen) vom 4. Oktober 2010 lag es im Interesse der Konkursmasse, dass 92 verschiedene (bestrittene) Forderungen gegen unterschiedliche Drittschuldner im (geschätzten) Gesamtbetrag von rund CHF 1.7 Mio. zum Preis von CHF 45'000 (entsprechend 2.6%) veräussert werden konnten³⁹.

Neben dem absoluten Betrag, der für die Masse realisiert werden kann, spielen (wenn auch als sekundäre Kriterien) auch die *sonstigen Umstände* eine Rolle. Dies sind im Wesentlichen sämtliche Umstände, welche auch bei einer klageweisen Durchsetzung des Anspruches namens der Masse von Bedeutung wären⁴⁰, nämlich:

- i) ob ein Vollstreckungstitel vorliegt;
- ii) ob die Vollstreckung bzw. die gerichtliche Durchsetzung in der Schweiz erfolgen kann oder sie im Ausland erfolgen muss⁴¹;
- iii) ob es sich um eine Forderung gegen einen Drittschuldner oder um eine Vielzahl von Forderung gegen mehrere Drittschuldner handelt⁴²;
- iv) die Bonität des Drittschuldners⁴³;
- v) der Umstand, dass kein Gläubiger ein höheres Angebot unterbreitet⁴⁴, ist ein (wenn auch nur schwaches) Indiz dafür, dass unter den gesamten Umständen ein vernünftiges Verwertungsergebnis realisiert werden konnte⁴⁵.

dd. Recht zum höheren Angebot

Das Individualinteresse jedes Gläubigers, unentgeltlich die Abtretung des strittigen Anspruchs gemäss Art. 260 SchKG zu verlangen, muss hinter das Interesse der Gläubigersamtheit, für die Masse ein «vernünftiges» Verwertungsergebnis zu erzielen, zurücktreten. Die Individualinteressen der Gläubiger werden jedoch gleichsam, wenn auch in modifizierter Form, gewahrt⁴⁶: Ihnen ist das

Recht zum höheren Angebot (Art. 256 Abs. 3 SchKG) einzuräumen⁴⁷. Während diese Vorgehensweise bei freihändiger Verwertung sonst nur erforderlich ist, wenn es um Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert⁴⁸ geht (Art. 256 Abs. 3 SchKG), so ist bei Abweichung von der gesetzlichen Stufenfolge (Art. 260 Abs. 3 SchKG) das Recht zum höheren Angebot in *jedem Fall* zwingend zu *gewähren*. Damit wird «ausgeglichen», dass ein einzelner Gläubiger keine Abtretung verlangen kann.

c. Bei einer Versteigerung mit «vernünftigem» Mindestgebot

Bei der Frage, ob ausnahmsweise von der gesetzlichen Stufenordnung (Art. 260 Abs. 3 SchKG) durch Verwertung eines strittigen Anspruchs abgewichen werden kann, ist den *konzeptionellen Unterschieden* zwischen einer Versteigerung und einem Freihandverkauf Rechnung zu tragen: Das Ergebnis einer Versteigerung ist bis nach deren Durchführung stets ungewiss. Es können gar keine oder nur sehr geringe Gebote ergehen. Solche würden ein Abweichen von der gesetzlichen Stufenfolge nicht rechtfertigen (weil kein «vernünftiger» Preis erzielt werden kann)⁴⁹. Aufgrund dessen kann ein strittiger Anspruch nach Ansicht des Bundesgerichts grundsätzlich nicht anstelle einer Vorgehensweise gemäss Art. 260 SchKG versteigert werden⁵⁰.

M.E. spricht jedoch nichts dagegen, einen strittigen Anspruch dann zur Versteigerung zu bringen, wenn für diesen (in den Steigerungsbedingungen) ein *Mindestgebot* festgelegt wird (vgl. Art. 258 Abs. 2 Satz 2 SchKG), welches für die Masse ein vernünftiges Verwertungsergebnis sicherstellt. Diesfalls drängt es sich m.E. – unbezogen von der Verwertungsart (Steigerung oder freihändige Verwertung) – im Interesse der Masse auf, zu diesem Preis zu verwerten⁵¹.

B. Im Geltungsbereich der Sondergesetzgebung für Banken, Versicherungsunternehmen und kollektive Kapitalanlagen

In Bezug auf verschiedene Unternehmungen (Banken, Versicherungsunternehmen und kollektive Kapital-

³⁹ Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Oktober 2010 (CB100008), E. 3.5 und E. 3.6. Der Entscheid wurde nicht weitergezogen.

⁴⁰ Dagegen ist der Umstand, dass die Masse selbst nicht über genügend finanzielle Mittel verfügt, um den Anspruch selbst geltend zu machen, m.E. nicht von Bedeutung. Die Alternative wäre ja die Abtretung des Anspruchs an die Gläubiger (nach Art. 260 SchKG) und nicht dessen klageweise Geltendmachung durch die Masse.

⁴¹ BGE 93 III 26 f.

⁴² Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Oktober 2010 (CB100008), E. 1.2.

⁴³ BGE 93 III 25, 31.

⁴⁴ Vgl. dazu sogleich A.2.b.dd.

⁴⁵ Vgl. Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Oktober 2010 (CB100008), E. 3.5.

⁴⁶ Kritisch dazu LORANDI, Freihandverkauf (FN 1), 333.

⁴⁷ BGE 93 III 28; Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 4. Oktober 2010 (CB100008), E. 3.5.

⁴⁸ Oder Grundstücke.

⁴⁹ Vgl. A.1.

⁵⁰ BGE 93 III 28.

⁵¹ Vgl. A.2.b.cc.

anlagen) bestehen Sonderregeln für die Insolvenz. Diese Regeln weichen namentlich in Bezug auf die Verwertung von strittigen Ansprüchen von der Regelung gemäss SchKG ab:

1. Konkurs über Banken

Die Konkursliquidation über eine Bank (oder über juristische Personen, welche ohne Bewilligung als Bank agieren; Art. 2 Abs. 2 BIV-FINMA) ist unter Vorbehalt von abweichenden Bestimmungen der Bankengesetzgebung nach den Art. 221 bis Art. 270 SchKG durchzuführen (Art. 34 Abs. 2 BankG). Das Bankengesetz sieht in Bezug auf das Verhältnis zwischen einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG und einer Versteigerung oder einem Freihandverkauf keine vom SchKG abweichende Regelung vor.

Der FINMA steht jedoch das Recht zu, von der SchKG-Regelung abweichende Verfügungen (im Einzelfall) und Anordnungen (im Sinne von generell-abstrakten Normen⁵²) zu treffen (Art. 34 Abs. 3 BankG). Davon hat sie mit der *Bankeninsolvenzverordnung* (BIV-FINMA⁵³) Gebrauch gemacht. Will der Konkursliquidator⁵⁴ einen bestrittenen Anspruch nicht klageweise geltend machen⁵⁵, so kann er den Gläubigern die Möglichkeit geben, die Abtretung gemäss Art. 260 Abs. 1 und 2 SchKG zu verlangen⁵⁶ oder die betreffende Forderung verwerten (Art. 21

Abs. 5 BIV-FINMA). Der Konkursliquidator entscheidet über Art und Zeitpunkt der Verwertung (Art. 31 Abs. 1 BIV-FINMA). Verpfändete Vermögenswerte dürfen nur mit Zustimmung der Pfandgläubiger anders als durch öffentliche Steigerung verwertet werden (Art. 31 Abs. 2 BIV-FINMA).

Damit kann der Konkursliquidator grundsätzlich *nach eigenem Ermessen* entscheiden, ob eine unentgeltliche Abtretung gemäss Art. 260 SchKG oder eine Verwertung (durch Steigerung oder Freihandverkauf) vorzuziehen ist⁵⁷. Es besteht damit – anders als gemäss Art. 260 Abs. 3 SchKG – gerade *keine gesetzliche Stufenfolge*; dies ergibt sich klar aus Art. 21 Abs. 5 BIV-FINMA. Die Bankengesetzgebung erlaubt die prioritäre Verwertung von bestrittenen Ansprüchen mittels Versteigerung oder Freihandverkauf⁵⁸. Der Konkursliquidator muss sein Ermessen über die Vorgehensweise jedoch pflichtgemäss ausüben. Ziel ist eine bestmögliche Versilberung der Aktiven⁵⁹. Dabei wird er sich weitgehend (wenn auch nicht strikt) nach den Grundsätzen richten, welche in Bezug auf Art. 260 Abs. 3 SchKG gelten⁶⁰. Wenn als Alternative zu einer unentgeltlichen Abtretung ein vernünftiger Verwertungserlös für die Masse realisiert werden kann, dann liegt Letzteres im Interesse der Gläubigergesamtheit. In der Praxis ist die Verwertung in der Regel für die Gläubigergesamtheit vorteilhafter⁶¹.

Im Geltungsbereich des SchKG muss bei der freihändigen Verwertung von Vermögenswerten von bedeutendem Wert und von Grundstücken den Gläubigern das *Recht* gewährt werden, *höhere Gebote* zu unterbreiten (Art. 256 Abs. 3 SchKG). Dies hat seinen Grund darin, dass der Freihandverkauf (im SchKG) nicht die ordentliche Verwertungsart ist. Abweichend zur Regelung im SchKG kommt der Freihandverkauf im Bankeninsolvenzrecht im Verhältnis zur Steigerung nicht nur subsidiär zur

⁵² Bankensanierung, Bankenliquidation und Einlegerschutz, Bericht der vom Eidgenössischen Finanzdepartement eingesetzten Expertenkommission, 2000, weiterführender Link unter <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00862/index.html> (zuletzt geprüft am 14. August 2013), 68; BBl 2002 8092; DANIEL BODMER/BEAT KLEINER/BENNO LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2010 (herausgegeben von Dieter Zobl/Renate Schwob/Hans Geiger et al.), Art. 34 BankG N 1; Rolf Watter/Thomas Bauer/et. al., Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005 (zit. BSK BankG-BEARBEITER), BSK BankG-BAUER/HAAS, Art. 34 N 27.

⁵³ SR 952.05; in Kraft seit 1. November 2012 (AS 2012 5573).

⁵⁴ Im vorliegenden Text wird (in Abweichung von der BIV-FINMA) aus Gründen der besseren Lesbarkeit nur die männliche Form verwendet; die weibliche Form gilt jeweils als miteingeschlossen.

⁵⁵ Zur klageweisen Geltendmachung ist die Zustimmung der FINMA notwendig (Art. 21 Abs. 4 BIV-FINMA).

⁵⁶ In der Bankeninsolvenz gilt ein *Sonderregime*: Die Entscheidungen der Konkursliquidatoren können nicht angefochten werden (Art. 24 Abs. 2 BankG); deren Entscheidungen stellen keine Verfügungen i.S.v. Art. 5 VwVG dar (Art. 6 Abs. 2 BIV-FINMA), was im Wesentlichen bedeutet, dass sie keine tauglichen Anfechtungsobjekte darstellen. Die FINMA beurteilt ihr angezeigte Sachverhalte jedoch und erlässt, falls notwendig, Verfügungen (Art. 6 Abs. 3 BIV-FINMA), welche dann einer Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht unterzogen werden können. Entsprechend gilt eine Abtretung des Konkursliquidators gemäss Art. 260 SchKG nicht

als anfechtbare Verfügung (Art. 34 Abs. 3 BIV-FINMA). Grund für dieses Sonderregime ist, dass die FINMA, welche nicht Rechtsmittelinstanz in Bezug auf den Konkursliquidator ist, die «Hoheit» über die von ihr initiierten Insolvenzverfahren behalten will (vgl. Anhörungsbericht der FINMA zur Bankeninsolvenzverordnung-FINMA vom 22. Oktober 2012, 6 f.).

⁵⁷ Vorbehalten ist der Fall, da der strittige Anspruch pfandbelastet ist, in welchem Fall nur eine Versteigerung (oder bei Zustimmung des Pfandgläubigers) ein Freihandverkauf erfolgen kann (Art. 31 Abs. 2 BIV-FINMA).

⁵⁸ EBK-Bankeninsolvenzbericht (FN 12), 18, 21.

⁵⁹ BODMER/KLEINER/LUTZ (FN 52), Art. 34 BankG N 13.

⁶⁰ Vgl. A.1.

⁶¹ EBK-Bankeninsolvenzbericht (FN 12), 21, mit einem Beispiel aus der Praxis.

Anwendung⁶². Beide Verwertungsarten sind vielmehr gleichwertig. Dies könnte so verstanden werden, dass das Recht zum höheren Angebot bei Vermögensstücken von beutendem Wert und Grundstücken (Art. 256 Abs. 3 SchKG) im Bankeninsolvenzrecht nicht gilt. Die Zustimmung der Pfandgläubiger zu einer freihändigen Verwertung wird in der BIV-FINMA ausdrücklich vorgeschrieben (Art. 31 Abs. 2). Das Recht zum höheren Angebot wird in der BIV-FINMA nicht geregelt. Angesichts der Regelung in Art. 34 Abs. 2 BankG ist aus der (bloss) impliziten Gleichstellung des Freihandverkaufs mit der Steigerung m.E. nicht zu schliessen, dass damit das Recht zum höheren Angebot gemäss SchKG derogiert werden sollte. Damit gilt dieses Recht im Bankeninsolvenzrecht gleichermaßen, wenn ein Vermögenswert von bedeutendem Wert oder ein Grundstück freihändig verwertet werden soll.

Anders als gemäss SchKG kann der Konkursliquidator im Bankenkonzurs strittige Vermögenswerte grundsätzlich auch durch *Versteigerung* verwerten (Art. 31 Abs. 1 BIV-FINMA). Erfahrungsgemäss bringt dies jedoch in aller Regel keine guten Verwertungsergebnisse⁶³. Versteigerungen dürften daher nur mit Zurückhaltung und in Ausnahmefällen (etwa wenn vorgängig eine Vorauswahl von Interessenten stattgefunden hat) oder nur dann angezeigt sein, wenn für die Steigerung ein Mindestpreis⁶⁴ festgesetzt wird (vgl. Art. 32 Abs. 2 BIV-FINMA), welcher als vernünftiger Verwertungserlös gelten kann.

Mit Ausnahme von Verwertungen, welche ohne Aufschub erfolgen können (Art. 31 Abs. 3 BIV-FINMA), muss der Konkursliquidator einen *Verwertungsplan* aufstellen (Art. 34 Abs. 1 und 2 BIV-FINMA). Dieser muss den Gläubigern mitgeteilt werden. Gleichzeitig setzt der Konkursliquidator den Gläubigern eine Frist an, innert welcher sie über die im Verwertungsplan aufgeführten Verwertungshandlungen *von der FINMA eine anfechtbare Verfügung verlangen* können (Art. 34 Abs. 4 BIV-FINMA). Dabei kann die FINMA den Ermessensentscheid des Konkursliquidators über die Art und die Konditionen der Verwertung einer Überprüfung unterzie-

hen; sie wird sich dabei im Rahmen der Überprüfung des Ermessens jedoch eine gewisse Zurückhaltung auferlegen.

2. Konkurs über Versicherungsunternehmen

Für den Konkurs über Versicherungsunternehmen gilt eine analoge (identische) Regelung wie im Konkurs über Banken (Art. 54 VAG; Art. 21 Abs. 5 und Art. 30 VKV-FINMA⁶⁵). Das zu den Banken Gesagte gilt deshalb analog.

3. Konkurs über kollektive Kapitalanlagen

Ebenso gilt für den Konkurs über kollektive Kapitalanlagen⁶⁶ eine analoge (identische) Regelung wie im Konkurs über Banken (Art. 138 KAG; Art. 24 Abs. 5 und Art. 33 KAKV-FINMA⁶⁷). Das zu den Banken Gesagte gilt deshalb analog auch im Konkurs über kollektive Kapitalanlagen.

⁶² Bericht der durch die Eidgenössische Bankenkommission eingesetzten Arbeitsgruppe zum Entwurf einer Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zum Konkurs von Banken und Effektenhändlern, 2005 (unter http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/archiv/2005/20050418/050418_03_d.pdf, zuletzt geprüft am 4. Oktober 2013), 22; EBK-Bankeninsolvenzbericht (FN 12), 18; RAPHAEL JAEGER/THOMAS HAUTLE, Bankenkonzurs und Einlagensicherung in der Schweiz, AJP/PJA 2009, 397.

⁶³ Vgl. A.1.

⁶⁴ Vgl. auch A.2.c.

⁶⁵ SR 961.015.2; in Kraft seit 1. Januar 2013 (AS 2012 6015).

⁶⁶ Darunter fallen Fondsleitungen (Art. 13 Abs. 2 lit. a KAG), SICAV (Art. 13 Abs. 2 lit. b KAG), Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen (Art. 13 Abs. 2 lit. c KAG), SICAF (Art. 13 Abs. 2 lit. d KAG) sowie alle natürlichen und juristischen Personen, welche i.S.v. Art. 13 Abs. 2 lit. a bis d KAG ohne erforderliche Bewilligung tätig werden.

⁶⁷ SR 951.315.2; in Kraft seit 1. März 2013 (AS 2013 641).