Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

Nachdruck sämtlicher Artikel nur mit Zustimmung der Redaktion
und mit Quellenangabe gestattet.

Aktivenüberschuss in der Generalexekution – wenn der Glücksfall zum Problemfall wird

Prof. Dr. iur. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, LL.M.

Der gesetzlichen Regelung über die Generalexekution (Konkurs sowie Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) liegt ausdrücklich (Art. 725 OR; Art. 192 SchKG) oder stillschweigend die Annahme zugrunde, dass der Schuldner überschuldet ist. Wenn sich im Laufe des Verfahrens zeigt, dass dies nicht der Fall ist, dann weist das Verfahren verschiedene Besonderheiten auf. Diese sollen nachfolgend dargestellt werden.

A. Akivenüberschuss

Bei der Frage eines Aktivenüberschusses geht es um den Vergleich der Aktiven und der Passiven (im Sinne der Verbindlichkeiten; das Eigenkapital spielt in der Insolvenz keine Rolle mehr). Solange die Aktiven nicht verwertet sind, kann deren (Liquidations-)Wert nur geschätzt werden (Art. 227 SchKG). Ob nach der Verwertung ein Aktivenüberschuss vorliegt, bleibt ungewiss. Ein verbindlicher Vergleich zwischen Aktiven und Verbindlichkeiten kann deshalb erst bzw. nur im Umfang erfolgen, wenn bzw. als die Aktiven schon verwertet worden sind.

Vom Bruttoerlös bei der Verwertung sind vorab die Masseschulden und Masseverbindlichkeiten zu bezahlen (Art. 262 SchKG). Übersteigt der dabei resultierende Nettoerlös sämtliche rechtkräftig zugelassenen Insolvenzforderungen[1] (gemäss Kollokationsplan), so liegt ein *Aktivenüberschuss im weiteren Sinn* vor. Die Insolvenzforderungen der Gläubiger werden nach Auflage der Verteilungsliste (Art. 263, Art. 326 SchKG) durch das Konkursamt bzw. die Liquidatoren bezahlt.

[1] Herr lic.iur. Michael Schürch sei bestens gedankt für die vorzügliche Administration des Fussnotenapparates.
Unter Insolvenzforderungen werden im vorliegenden Zusammenhang die Konkursforderungen im Konkurs bzw. die Nachlassforderungen beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung verstanden.

Der überwiegende Teil der Konkurs- (soweit sie überhaupt durchgeführt und nicht sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt werden [Art. 230 SchKG][2]) und der Nachlassverfahren mit einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung endet mit einer Nulldividende für die Drittklassgläubiger[3]. Vor diesem Hintergrund ist ein Aktivenüberschuss in der Generalexekution an sich ein *sehr seltenes Phänomen*. In drei Konstellationen kann ein Aktivenüberschuss durchaus häufiger auftreten: Bei der konkursamtlichen Liquidation eines ausgeschlagenen Nachlasses (Art. 193 SchKG)[4], im Konkurs über eine Stiftung[5] sowie bei Konkursverfahren zufolge gesellschaftsrechtlicher Organisationsmängel (Art. 69c, Art. 83c ZGB; Art. 731b, Art. 819, Art. 908 OR; da diesfalls nicht die Insolvenz [oder Überschuldung] das auslösende Element für den Konkurs ist)[6]. Auch in einem «normalen» Konkursverfahren oder bei einem «normalen» Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann es zuweilen zu einem Aktivenüberschuss kommen[7].

B. Behandlung der Forderungen der Gläubiger[8]

Mit Konkurseröffnung (Art. 209 SchKG) bzw. mit Bewilligung einer Nachlassstundung hört der Zinsenlauf gegenüber dem Schuldner auf (Art. 297 Abs. 3 SchKG). Für pfandgesicherte Forderungen läuft der Zins auch danach bis zur Verwertung des Pfandes weiter, sofern und soweit der Pfanderlös ausreicht, um nach Deckung des Kapitals, der Betreibungskosten und des verfallenen Zinses auch den Zins zwischen dem Insolvenzereignis und der Verwertung zu decken (Art. 209 Abs. 2 SchKG)[9].

[2] Seit 2005 werden vom Bundesamt für Statistik die Einstellungen mangels Aktiven nicht mehr erfasst. Als Beispiel sollen hier die Zahlen aus dem Kanton Zürich für die Jahre 2011/2012 angeführt werden (Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Zürich über das Jahr 2012, http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/obergericht/Rechenschaftsberichte/Rechenschaftsbericht_2012.pdf [zuletzt geprüft am 29.07.2013], 19): neue Konkurseröffnungen (2012: 1971; 2011: 1121) Einstellungen mangels Aktiven (2012: 1128; 2011: 1039) hängig gebliebene Verfahren am Ende des Berichtsjahres (2012: 1136; 2011: 959).

[3] *Olivier Dunant/Christian Sauter/Sylvaia Iynedijian/Petra Beck/Curdin Derungs,* Ètude 2: Analyse explicative du taux de recouvrement, in: SECO (Hrsg.), Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, Bern 2010, 51.

[4] *Franco Lorandi*, Besonderheiten beim Aktivenüberschuss in der Generalexekution – Der Glücksfall als Problemfall, AJP 11 (2006) (zit. Besonderheiten), 1263; BGE 91 III 14 f.

[5] *Thomas Sprecher*, Stiftung und Konkurs, in: Hans M. Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam Gehri (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstrekkungsrecht, Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2005, 367-396, 391; *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1263.

[6] *Franco Lorandi*, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel (Art. 731b OR) – Gibt es nach dem richterlichen Auflösungsbeschluss noch einen Weg zurück ins (Wirtschafts-)Leben?, BlSchK 2012, 41-50 (zit. Konkursverfahren), 49.

[7] Vgl. BGE 88 III 30, 71, 102 III 43 ff., 129 III 559 ff.; Urteil 2C_798/2011 vom 24. August 2012, Sachverhalt A.; BlSchK 1963, 151.

[8] Vgl. dazu im Einzelnen *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1263 ff.

[9] Beim Liquidationsvergleich kann der Nachlassvertrag den Zinsenlauf abweichend regeln (Art. 297 Abs. 3 zweiter Halbsatz SchKG).

1. Nachträgliche Berücksichtigung von Zinsforderungen

Soweit jedoch ein Aktivenüberschuss im weiteren Sinn[10] vorliegt, kommen die Regeln über den Zinsstopp in der Generalexekution nicht (mehr) zur Anwendung. Der Aktivenübeschuss ist vielmehr in erster Linie zur Deckung der Zinsen für die *Zeit zwischen dem Insolvenzereignis und der vollständigen Bezahlung der Insolvenzforderungen* zu verwenden[11]. Diese Grundsatzfrage, ob bzw. dass der Aktivenüberschuss zur Deckung von Zinsforderungen zu verwenden ist, ist eine vollstreckungsrechtliche Frage, weshalb die SchKG-Aufsichtsbehörden (Art. 13 SchKG) im Beschwerdeverfahren (Art. 17 ff. SchKG) darüber entscheiden können[12].

Für welche Forderungen überhaupt und in welcher Höhe (allenfalls) Zinsen auszurichten sind, richtet sich dagegen nach dem *materiellen Recht*. Bei internationalen Sachverhalten ist allenfalls vorab nach den Regeln des IPRG zu bestimmen, welchem Recht die Zinsforderungen unterstehen[13]. Bei Forderungen aus öffentlichem Recht bestimmt sich nach diesem, ob bzw. ab wann welcher Zins geschuldet ist[14].

2. Verfahren

Darüber, wie in Bezug auf die Zinsforderungen seit dem Insolvenzereignis vorzugehen ist, sind die (wenigen) Meinungen geteilt: Gemäss dem Bundesgericht sind solche Zinsforderungen auch ohne Anmeldung der Gläubiger von Amtes wegen zu berücksichtigen[15]. Dies ist m.E. nur

[10] Vgl. I.A.

[11] *Guido Papa,* Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Bern 1941, 103; *Bruno Portmann*, Die Verzinsung von Kurrentforderungen im aktiv saldierten Konkurs- und Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, BlSchK 1961, 37 ff; *Peter Ludwig*, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, 118 f.; *Hans Fritzsche/ Hans U. Walder,* Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. A., Zürich 1984/1993, Bde. I-II, § 42 Rz 10, § 52 Rz 9, § 77 Rz 39; *Daniel Hunkeler,* Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. 1996 *(*zit. Nachlassverfahren)*, Rz.* 765 f.; *Kurt Amonn/Fridolin Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 42 Rz. 30; *Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz*, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, Zürich 1997, Art. 36/37 BankG N 116; *Emrah Erken*, Verbesserte Rechtsstellung des Nachlassschuldners während der Nachlassstundung – Kollektive Schuldenbereinigung und Sanierung als Zielsetzung, ST 2002, 893-900, 897 f.; *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-*Vollmar*, Art. 297 N 12; *Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.),* Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel/Genf/München 2005 (zit. CR LP-*Bearbeiter*), CR LP-*Jeanneret*, Art. 209 N 10; CR LP-*Gani*, Art. 297 N 19; *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1265; BGE 129 III 566 f., 102 III 45 (= Pra 1976, 406 f.); Bundesgerichtsurteil 7B.6/2006 vom 27. April 2006, Erw. 1

[12] BGE 129 III 564.

[13] Vgl. *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1265 f.

[14] *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1266.

[15] BGE 129 III 559; so auch *Portmann (*Fn. 12), 41; *Ludwig (*Fn. 12*)*, 119.

dann richtig, wenn und soweit ein Gläubiger überhaupt Zinsforderungen angemeldet hat. Wenn dies nicht der Fall ist, *müssen die Gläubiger ihre Zinsforderungen anmelden*[16].

M.E. hat das verfahrensleitende Organ (Konkursamt bzw. Liquidator) im Falle eines Aktivenüberschusses (im weiteren Sinn) die Gläubiger durch Publikation oder Spezialanzeige (bzw. Gläubigerzirkular; Art. 255a SchKG) darauf (analog Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2, Art. 300 SchKG) hinzuweisen, dass ein Aktivenüberschuss besteht und «neue» Zinsforderungen angemeldet werden können[17].

In verfahrensrechtlicher Hinsicht geht das Bundesgericht (gestützt auf ältere Lehrmeinungen) davon aus, die Zulassung dieser Zinsforderungen könne durch Nachtrag zur Verteilungsliste erfolgen[18]. Da eine «klare Rechtslage» vorliege, könne die Berechnung und die Berücksichtigung des Zinses im Beschwerdeverfahren überprüft werden[19]. Dies ist m.E. nicht zutreffend. Bestand, Umfang und Höhe des Zinses richten sich nach dem materiellen Recht bzw. bei Forderungen aus öffentlichem Recht nach diesem[20]. Über solche Fragen kann im Beschwerdeverfahren nicht entschieden werden. Wie über «normale» Zinsforderungen[21], kann darüber einzig im Rahmen der Kollokation entschieden werden. Es muss deshalb ein *Nachtrag zum Kollokationsplan* erstellt werden[22]. Jedem Gläubiger kommt das Recht zu, sowohl in Bezug auf seine eigene Zinsforderung (bei zumindest teilweiser Abweisung) als auch in Bezug auf Zinsforderungen anderen Gläubiger (bei zumindest teilweiser Zulassung[23]) *Kollokationsklage* zu führen (Art. 250, Art. 321 SchKG)[24]. Da ein Aktivenüberschuss im engeren Sinn dem *Schuldner* zusteht[25], kann m.E. dieser ausnahmsweise auch Kollokationsklage führen[26].

Im Konkurs (nicht aber bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung[27]) ist wie bei «normalen» Konkursforderungen die *Erklärung des Schuldners einzuholen*, ob er die Forderung anerkennt oder bestreitet (Art. 244 Satz 2 SchKG). Dies spielt für den Fall, dass über ungedeckte Zinsforderungen ein Verlustschein ausgestellt werden muss, eine Rolle[28].

[16] *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1267.
[17] *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1267.
[18] BGE 129 III 572, 102 III 41 ff.; *Portmann* (Fn. 12), 40 f.; *Ludwig* (Fn. 12), 119.
[19] *Portmann* (Fn. 12), 41; so implizit auch BGE 129 III 559 ff.
[20] Vgl. I.B.1.
[21] D.h. Zins bis zum Insolvenzzeitpunkt oder Zinsen für pfandgesicherte Forderungen bis zur Verwertung.
[22] *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1268 f.
[23] Vorausgesetzt ist, dass der klagende Gläubiger für seine eigene Zinsforderung nicht vollständige Deckung erhält.
[24] *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1269 f.
[25] Vgl. sogleich unten I.B.3.
[26] *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1270.
[27] Bei einem solchen gibt es keine Verlustscheine (vgl. Art. 318 Ziff. 1 SchKG).
[28] Vgl. I.E.

3. Aktivenüberschuss i.e.S.

Verbleibt auch nach Ausrichtung von Zinsen seit dem Insolvenzereignis etwas übrig, so liegt ein *Aktivenüberschuss im engeren Sinn* vor. Dieser steht zivilrechtlich dem *Schuldner* zu. Der konkursrechtliche Zwangsbeschlag betrifft denn auch nur die Verfügungsbefugnis des Schuldners (Art. 204 Abs. 1 SchKG), nicht aber dessen Stellung als Eigentümer. Aufgrund dessen hat der Schuldner bei einem Aktivenüberschuss i.e.S. einen *Herausgabeanspruch* gegenüber der verfahrensleitenden Behörde[29].

Ist der *Schuldner eine juristische Person*, so ist der Aktivenüberschuss den vertretungsberechtigten Exekutivorganen herauszugeben. Das verfahrensleitende Organ (Konkursamt, Liquidator) ist weder befugt noch verpflichtet, eine Verteilung an die Anteilseigner (Aktionäre bei der AG) vorzunehmen. Dazu fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage[30]. Das SchKG befasst sich denn auch einzig mit der Realisierung von Aktiven und der Verteilung des Erlöses an die Gläubiger, nicht jedoch mit Zahlungen an Anteilseigner. Die Verteilung an diese hat allenfalls nachfolgend durch die Organe der Gesellschaft nach den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts zu erfolgen[31].

C. Erweiterte Beschwerdelegitimation des Schuldners

Der Schuldner kann in der Generalexekution betreibungsrechtliche Beschwerde führen (Art. 17 ff. SchKG). Er unterliegt jedoch gewissen Einschränkungen: Zum einen ist er nur in Teilbereichen beschwerdelegitimiert; es muss ein Eingriff in seine Interessensphäre vorliegen[32]. Zum anderen kann er nur Gesetzesverletzungen, nicht aber Unangemessenheit rügen[33].

Ab dem Zeitpunkt, da ein Aktivenüberschuss i.w.S. vorliegt oder absehbar wird, muss dem Schuldner m.E. eine umfassende Beschwerdebefugnis[34] zukommen. Dies gilt sowohl in Bezug auf die Legitimation als auch in Bezug auf die Rügen. Er hat diesfalls (was die Frage der Beschwerdeführung angeht) dieselbe Stellung wie der Schuldner in der Spezialexekution[35].

[29] BGE 129 III 563; *Lorandi*, Besonderheiten (Fn. 5), 1264.

[30] Vgl. auch ZR 1996 Nr. 41, E. III.4, in Bezug auf die altrechtliche aktienrechtliche Auflösung einer AG zufolge fehlender Revisionsstelle.

[31] Zu weiteren Details vgl. *Franco Lorandi*, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 731b OR, AJP 11 (2008), 1378 – 1395 (zit. Konkursverfahren), 1393.

[32] BGE 103 III 23, 101 III 44, 95 III 28 f., 94 III 88 f.; *Franco Lorandi*, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Art. 13-30 SchKG, Basel/Genf/München 2000 (zit. Beschwerde), Art. 17 SchKG N 177 ff.

[33] BGE 101 III 44, 95 III 28 f., 94 III 88 f., 85 III 180; *Lorandi*, Beschwerde (Fn. 33), Art. 17 SchKG N 133.

[34] Zur Aktivlegitimation in Bezug auf Kollokationsklagen vgl. I.B.2.

[35] Vgl. dazu *Lorandi*, Beschwerde (Fn. 33), Art. 17 SchKG N 176.

D. Besonderheiten bei der Verwertung

1. Spezialanzeige an den Gemeinschuldner

Wenn ein Aktivenüberschuss möglich erscheint, dann hat der *Gemeinschuldner* (wie der Schuldner in der Spezialexekution) ein unmittelbares[36] Interesse daran, dass es zu einer möglichst guten Verwertung kommt. Er ist daher in diesen Fällen mittels *Spezialanzeige* über die bevorstehende Verwertung zu unterrichten[37].

2. Einstellung der Verwertung

Liegt ein Aktivenüberschuss i.e.S. vor und sind noch nicht alle Aktiven verwertet, so ist die Verwertung einzustellen (Art. 97 Abs. 2, Art. 332 Abs. 2 zweiter Satz SchKG analog); der Zweck des Vollstreckungsverfahrens ist erreicht – sämtliche Forderungen der Gläubiger sind gedeckt. Die noch nicht verwerteten Aktiven sind dem Schuldner[38] in natura herauszugeben.

3. Besonderheiten beim Freihandverkauf

Ein Freihandverkauf bedarf im Konkurs der *Zustimmung der Gläubigergesamtheit* (Art. 256 Abs. 1 SchKG). Davon kann *abgesehen werden*, wenn ein Angebot vorliegt, bei dessen Annahme (unter Berücksichtigung des schon realisierten Verwertungserlöses) nach Deckung sämtlicher Masseverbindlichkeiten alle Gläubigerforderungen vollständig bezahlt werden können[39]. Mehr als volle Deckung können die Gläubiger nicht verlangen.

Im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung darf sodann ein Objekt nur freihändig verwertet werden, wenn die Pfandgläubiger dazu ihre Zustimmung gegeben haben (Art. 256 Abs. 2, Art. 323 SchKG). Auch ein Pfandgläubiger kann jedoch nicht mehr als volle Deckung verlangen. Liegt ein Angebot vor, bei welchem sämtliche Gläubigerforderung (und damit auch sämtliche pfandgesicherte Forderungen) vollständig gedeckt sind, so braucht es *keine Zustimmung der Pfandgläubiger*[40].

Wenn ein Angebot zu einem Freihandverkauf vorliegt, das zu einem Aktivenüberschuss i.w.S. führt, muss das verfahrensleitende Organ in der *Generalexekution über eine juristische Person* den *Anteilseignern* das *Recht* einräumen[41], *höhere Angebote* zu machen (vgl. Art. 256 Abs. 3

[36] Solange ein Passivenüberschuss besteht, ist das Interesse des Gemeinschuldners nur ein mittelbares, nämlich dass die Konkursverlustscheinforderungen so tief wie möglich bleiben.

[37] BGE 88 III 83; *Franco Lorandi*, Der Freihandverkauf in schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 1994 (zit. Freihandverkauf), 335.

[38] Vgl. I.B.3.

[39] BGE 88 II 39; *Lorandi*, Freihandverkauf (Fn. 38), 315.

[40] BGE 88 III 39, 87 III 115, 72 III 32; *Lorandi*, Freihandverkauf (Fn. 38), 327 f.

[41] Gemäss *Daniel Hunkeler*, Recht zum Höhergebot beim Freihandverkauf im Konkurs, Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid vom 20. November 2001 (7B.220/2001), Jusletter vom 11. Februar 2002, Rz. 6, soll *der konkurisiten Gesellschaft* ein Recht zustehen, dass deren Gesellschaftern (Aktionären) Gelegenheit zum höheren Angebot zu geben ist. Worin der Vorteil dieser Konstruktion bestehen soll (wonach die Gesellschaft mittelbar die Rechte der Anteilsinhaber wahren können soll), ist nicht ersichtlich.

SchKG analog)[42]. Dem Gemeinschuldner selbst kommt (unabhängig davon, ob es sich um eine natürliche oder juristische Person handelt) – nur schon mangels Geld – m.E. nie das Recht zum höheren Angebot zu[43].

E. Konkursverlustscheine

Bei Abschluss des Konkursverfahrens erhält jeder Gläubiger für den ungedeckt gebliebenen Betrag seiner Forderung einen Konkursverlustschein (Art. 265 Abs. 1 SchKG). Wenn sämtliche Zinsforderungen der Gläubiger vollständig bedient werden können (so dass ein *Aktivenüberschuss i.e.S.* vorliegt), so gibt es keinen ungedeckt gebliebenen Betrag. Es sind keine Konkursverlustscheine an die Gläubiger auszustellen.

Es stellt sich die Frage, wie es sich verhält, wenn ein Aktivenüberschuss i.w.S. vorliegt, welcher ausreicht, um die Gläubigerforderung nur teilweise zu decken. M.E. wird diesfalls das Konkursverfahren (von Gesetzes wegen) auf die Zinsforderungen seit Verfahrenseröffnung erweitert[44]. Diese werden zu normalen Konkursforderungen. Können diese Zinsforderungen nicht vollständig gedeckt werden, so sind m.E. von Amtes wegen Konkursverlustscheine auszustellen. Darin ist anzugeben, ob der Schuldner die Zinsforderungen anerkannt oder bestritten hat (Art. 265 Abs. 1 Satz 2 SchKG)[45].

F. Konkurswiderruf

Das Konkursgericht widerruft den Konkurs[46] namentlich[47], wenn der Schuldner nachweist, dass sämtliche Forderungen getilgt sind (Art. 195 Abs. 1 lit. a SchKG) oder er von jedem Gläubiger ein schriftliche Erklärung vorlegt, dass dieser seine Konkurseingabe zurückzieht (Art. 195 Abs. 1 lit. b SchKG); diese beiden Gründe können auch kombiniert werden[48]. Der Widerruf kann vom Ablauf der Eingabefrist an bis zum Schluss des Konkursverfahrens verfügt werden (Art. 195 Abs. 2 SchKG).

Um einen Konkurswiderruf zufolge Zahlung zu erwirken, müssen sämtliche Forderungen, welche nicht rechtskräftig abgewiesen worden sind (Art. 250 SchKG), bezahlt werden[49]. Wenn ein *Aktivenüberschuss i.e.S.* vorliegt, so dass nebst den Konkursforderungen auch die Zinsforderungen zwischen Konkurseröffnung und Bezahlung der Kapitalforde-

[42] BGE 88 III 39, 84, 87 III 117; BlSchK 1963, 151; *Lorandi*, Freihandverkauf (Fn. 38), 317. Im Urteil 7B.220/2001 vom 20. November 2011, E. 2, konnte das Bundesgericht diese Frage offen lassen.

[43] *Lorandi*, Freihandverkauf (Fn. 38), 317.

[44] Vgl. I.B.1.

[45] Vgl. I.B.2.

[46] Bei einem Aktivenüberschuss beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung sieht das Gesetz kein Pendant zum Konkurswiderruf vor. Dies scheint aber auch weitgehend entbehrlich, da bei einem Nachlassvertrag keine Verlustscheine ausgestellt werden.

[47] Daneben kann der Konkurs auch widerrufen werden, wenn ein Nachlassvertrag im Konkurs zustande gekommen ist (Art. 195 Abs. 1 lit. c und Art. 332 Abs. 3 SchKG).

[48] BSK SchKG II-*Brunner/Boller*, Art. 195 N 7.

[49] BSK SchKG II-*Brunner/Boller*, Art. 195 N 7.

rungen vollständig erfüllt worden sind[50], dann ist der Tatbestand erfüllt, dass sämtliche Forderungen getilgt sind (Art. 195 Abs. lit. a SchKG). Es kann daher ein Konkurswiderruf beantragt werden.

Das *Antragsrecht* steht in erster Linie dem *Schuldner* selbst zu (Art. 195 Abs. 1 Ingress SchKG)[51]. Wenn jedoch der Widerrufsgrund (Zahlung aller Konkursforderungen) durch das *Konkursamt* selbst (im Rahmen der Abwicklung des Konkursverfahrens), erfolgt ist[52], so ist m.E. das Konkursamt – wenn auch *subsidiär* zum Gemeinschuldner – berechtigt (aber nicht verpflichtet), einen Konkurswiderruf zu beantragen (Art. 332 Abs. 3 SchKG analog).

Sofern das Konkursverfahren durch einen gesellschaftsrechtlichen *Organisationsmangel* ausgelöst worden ist (Art. 69c, Art. 83c ZGB; Art. 731b, Art. 819, Art. 908 OR), kommen die Bestimmungen über den *Konkurswiderruf* nur *modifiziert und analog* zur Anwendung. Dies bedeutet, dass zusätzlich (zur Bezahlung aller Konkursforderungen) auch der Organisationsmangel (welcher Auslöser des Verfahrens war und zur Liquidation nach dem Bestimmungen über den Konkurs geführt hat; Art. 731b Abs. 1 Ziff. 3 OR) behoben worden sein muss[53].

Bundesgerichtliche Rechtsprechung

49). **Art. 72 Abs. 1 SchKG. – Der Versuch, einen Zahlungsbefehl mittels einer Abholungseinladung auf dem Betreibungsamt zuzustellen, entspricht einer verbreiteten Praxis und ist nicht zu beanstanden. Es besteht aber keine gesetzliche Grundlage, für eine solche Abholungseinladung irgendwelche Kosten zu erheben.**

Art. 72 al. 1 LP. – La tentative de communiquer un commandement de payer par une invitation à venir retirer à l'office des poursuites correspond à une pratique largement répandue et n'est pas critiquable. Mais il n'existe pas de base légale pour pouvoir facturer des frais pour une telle invitation à venir retirer.

Art. 72 cpv. 1 LEF. – Il tentativo di notificare un precetto esecutivo mediante invito a ritirarlo all'ufficio d'esecuzione corrisponde a una prassi diffusa e non criticabile. Non vi è però base legale per poter prelevare tasse o spese correlate a tale invito.

[50] Vgl. I.B.3.
[51] BGE 85 III 88 f. (offen gelassen in BGE 88 III 40); BSK SchKG II-*Brunner/Boller*, Art. 195 N 12.
[52] Vgl. I.B.
[53] *Lorandi*, Konkursverfahren (Fn. 7), 49 f.