

# Nachlassvertrag im Konkurs (Art. 332 SchKG)



**FRANCO LORANDI**  
Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, Zürich



**MICHAEL ERISMANN**  
MLaw, Muri bei Bern

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zustandekommen des Nachlassvertrages im Konkurs
  - A. Antragsrecht
  - B. Gläubigerversammlung
    - 1. Einberufung
    - 2. Aufgaben der Konkursverwaltung
    - 3. Teilnahmeberechtigung
    - 4. Wahlen und Wahlberechtigung
    - 5. Zustimmung zum Nachlassvertrag
    - 6. Antrag der Konkursverwaltung an den Nachlassrichter
  - C. Einstellung der Verwertung
  - D. Bestätigungsverhandlung und Entscheid des Nachlassrichters (Homologation)
    - 1. Zustimmung der Gläubiger
      - a. Quoren
      - b. Berechnung der Quoren
    - 2. Hinlängliche Sicherstellung
      - a. Beim ordentlichen Nachlassvertrag
      - b. Beim Liquidationsvergleich
- III. Folgen bei Bestätigung des Nachlassvertrages
  - A. Widerruf des Konkurses
  - B. Folgen beim ordentlichen Nachlassvertrag
    - 1. Folgen für das Konkursverfahren
    - 2. Dividendenberechtigung
    - 3. Bedeutung des Kollokationsplans
    - 4. Auswirkungen auf Abtretungen gemäss Art. 260 SchKG und gestützt darauf eingeleitete Prozesse
    - 5. Auswirkungen auf sonstige Prozesse
  - C. Folgen beim Liquidationsvergleich
    - 1. Folgen für das Konkursverfahren/Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens
    - 2. Bedeutung des Kollokationsplans/Dividendenberechtigung
    - 3. Schicksal hängiger Kollokationsprozesse
    - 4. Auswirkungen auf Abtretungen gemäss Art. 260 SchKG und gestützt darauf eingeleitete Prozesse
    - 5. Auswirkungen auf sonstige Prozesse

## I. Einleitung

Das Gesetz regelt den Nachlassvertrag im Konkurs nur partiell<sup>1</sup>. Viele Fragen bei der praktischen Handhabung bleiben daher offen. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, welche Normen gelten und wo besondere Regeln Platz greifen müssen. Dabei ist zuweilen zu unterscheiden, ob ein ordentlicher Nachlassvertrag<sup>2</sup> oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung<sup>3</sup> in Frage steht.

## II. Zustandekommen des Nachlassvertrages im Konkurs

### A. Antragsrecht

Legitimiert, während eines Konkursverfahrens einen Nachlassvertrag vorzuschlagen, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes einzig der *Schuldner*<sup>4</sup>. Dies ist auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen<sup>5</sup>. Das Antragsrecht ist deshalb – analog dem Nachlassverfahren ausser Konkurs<sup>6</sup> – auch jedem *Gläubiger* zugestehen, der ein Konkursbegehren stellen kann<sup>7</sup>.

Der Schuldner bzw. der antragsberechtigte Gläubiger hat einen Nachlassvertrag auszuarbeiten<sup>8</sup>. Dabei genügt der

<sup>1</sup> Art. 238 Abs. 2, Art. 252 Abs. 2, Art. 332 SchKG.

<sup>2</sup> Art. 314 ff. SchKG.

<sup>3</sup> Art. 317 ff. SchKG. Soweit eine Kombination von Dividendenvergleich und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen wird, gelten in aller Regel die Bestimmungen über den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

<sup>4</sup> Art. 332 Abs. 1 Satz 1 SchKG.

<sup>5</sup> DANIEL HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996, Rz. 182.

<sup>6</sup> Art. 293 Abs. 2 SchKG.

<sup>7</sup> HUNKELER (FN 5), Rz. 184; ALAIN WINKELMANN/LAURENT LÉVY/YVAN JEANNERET/OLIVIER MERKT/FRANCESCA BIRCHLER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 332 SchKG N 6; KARL WÜTHRICH/FRITZ ROTHENBÜHLER, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Basel 2008, Art. 332 SchKG N 9; BISchK 2008, 153.

Die *Expertengruppe Nachlassverfahren* schlägt deshalb vor, den Gesetzestext entsprechend zu ändern, vgl. Art. 332 Abs. 1 VE-SchKG; Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008, 18, 31.

<sup>8</sup> Art. 332 Abs. 1 Satz 1 SchKG.

blosse *Entwurf*. Dieser muss *ernsthaft* erscheinen<sup>9</sup>, d.h. er darf nicht von vornherein aussichtslos sein.

Zusätzliche Unterlagen (wie etwa Bilanz, Erfolgsrechnung oder ähnliche Unterlagen<sup>10</sup>) oder die Unterschrift der Gläubigermehrheit sind nicht erforderlich<sup>11</sup>. Es steht dem Antragsteller aber frei, in einer kurzen *Stellungnahme* aus seiner Sicht darzulegen, weshalb der Nachlassvertrag für die Gläubiger Sinn macht. Der Entwurf des Nachlassvertrages wird der Konkursverwaltung eingereicht<sup>12</sup>, welche die Funktion des Sachwalters übernimmt<sup>13</sup>. Diese begutachtet den Entwurf<sup>14</sup> und verfasst eine *Beurteilung*.

Das Antragsrecht besteht *während der ganzen Dauer des Konkursverfahrens* bis zu dessen Schluss<sup>15</sup>, solange die Schlussverteilung noch nicht statt gefunden hat<sup>16</sup>. Ein Antrag kann insbesondere auch dann noch gestellt werden, wenn schon alle Aktiven verwertet sind<sup>17</sup>. Wie alle sonstigen Handlungen im Rahmen eines SchKG-Verfahrens steht auch das Recht, einen Nachlassvertrag im Konkurs vorzuschlagen, unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Ein solcher kann vorliegen, wenn es dem Schuldner einzig darum geht, das laufende Konkursverfahren in die Länge zu ziehen<sup>18</sup>.

## B. Gläubigerversammlung

### 1. Einberufung

Die Verhandlung über den Nachlassvertrag findet frühestens in der zweiten Gläubigerversammlung statt<sup>19</sup>. In diesem Zeitpunkt ist der Kollokationsplan zwar noch nicht zwingend rechtskräftig. Er ist aber zumindest aufgelegt, womit eine gewisse Klarheit über die Passiven des Konkursiten besteht. Dies ist von Bedeutung, weil der Kollokationsplan die Grundlage für Teile des Bestätigungs- und Nachlassverfahrens bildet<sup>20</sup>. Da auch das Inventar in diesem Zeitpunkt erstellt ist, besteht ebenso Klarheit über einen Grossteil der Aktiven<sup>21</sup>.

Hat im *ordentlichen Konkursverfahren* die zweite Gläubigerversammlung schon stattgefunden, ist eine dritte einzuberufen<sup>22</sup>. Diesfalls hat der Schuldner für die *Kosten* der Gläubigerversammlung einen *Vorschuss* zu leisten<sup>23</sup>. Beantragt ein Gläubiger einen Nachlassvertrag im Konkurs, so hat dieser auch den Kostenvorschuss zu leisten<sup>24</sup>.

Im *summarischen Konkursverfahren* finden in der Regel keine Gläubigerversammlungen statt<sup>25</sup>. Wenn jedoch ein Nachlassvertrag vorgeschlagen wird, liegen die vom Gesetz geforderten besonderen Umstände<sup>26</sup> vor. Die Konkursverwaltung hat deshalb ausnahmsweise eine Gläubigerversammlung einzuberufen<sup>27</sup>. Der Gemeinschuldner bzw. der

<sup>9</sup> PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 2001, Art. 332 SchKG N 10; BGE 48 III 136.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 293 Abs. 1 SchKG.

<sup>11</sup> CARL JAEGER, *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, 3. A., Zürich 1911, Art. 317 SchKG N 2; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 9 und N 14; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 4. A., Zürich 1997, Art. 332 SchKG N 9 und N 11; BGE 78 III 18; BLSchK 2008, 153; a.M. BGE 38 I 323, welcher zum alten Wortlaut von Art. 293 SchKG erging.

<sup>12</sup> Art. 332 Abs. 1 Satz 1 SchKG.

<sup>13</sup> Art. 332 Abs. 2 Satz 2 SchKG.

<sup>14</sup> Art. 332 Abs. 1 Satz 1 SchKG.

<sup>15</sup> Art. 332 Abs. 3 i.V.m. Art. 195 Abs. 2 SchKG; HANS GLARNER, *Das Nachlassvertragsrecht nach schweizerischem SchKG*, Diss. Zürich 1967, 37.

<sup>16</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 5; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 10; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 4; a.M. Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 28. November 2005, RBOG 2005, 192 (= BLSchK 2008, 152 ff.), welches – ungeachtet der bereits abgeschlossenen Verteilung – einen Nachlassvertrag auch nach Schluss des Konkursverfahrens noch zulassen will, solange der Entscheid des Konkursgerichts noch nicht rechtskräftig ist.

<sup>17</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 2; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 5; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 10.

<sup>18</sup> GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 10.

<sup>19</sup> Art. 332 Abs. 1 Satz 2 SchKG.

<sup>20</sup> Vgl. II.D.1.b. (Zustimmungsquoren), II.D.2.b.aa. (Sicherstellung), III.C.2. (Dividendenberechtigung).

<sup>21</sup> Vgl. PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 4. A., Basel 2005, N 3173.

<sup>22</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 3; ERNST BLUMENSTEIN, *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*, Bern 1911, 724, 895; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 11; DOMINIQUE JUNOD MOSER/LOUIS GAILLARD, in: Louis Dallèves/Benedict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), *Poursuite et faillite: commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé* (Commentaire Romand), Basel 2005, Art. 332 SchKG N 15; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 13; BLSchK 2008, 154; BGE 48 III 136.

<sup>23</sup> GLARNER (FN 15), 37; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 11; URS BÜRGI, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Basel/Genf/München 1998, Art. 252 SchKG N 14; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 10, N 17; BGE 78 III 18, 48 III 135 f.

<sup>24</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 11.

<sup>25</sup> Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG.

<sup>26</sup> Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG.

<sup>27</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 10; URS LUSTENBERGER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Basel/Genf/München 1998, Art. 231 SchKG N 32.

antragstellende Gläubiger hat die entsprechenden Kosten vorzuschüssen<sup>28</sup>. Die Gläubigerversammlung kann auch im summarischen Konkursverfahren erst dann stattfinden, wenn der Kollokationsplan aufliegt<sup>29</sup>.

Die Versammlung ist auch dann durchzuführen, wenn schon eine genügende Anzahl von Gläubigern dem Nachlassvertrag zugestimmt hat<sup>30</sup>. Für einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist dies evident, da die Liquidatoren und ein Gläubigerausschuss gewählt werden müssen<sup>31</sup>. Auch bei einem Dividendenvergleich macht die Gläubigerversammlung aber in jedem Fall Sinn, da der Vorschlag anlässlich der Beratung in der Versammlung noch abgeändert werden kann und diesfalls die Gläubiger erneut zustimmen müssen<sup>32</sup>.

In Bezug auf die *Publikation* finden die Vorschriften von Art. 301 und Art. 300 Abs. 1 Satz 2 SchKG<sup>33</sup> analog Anwendung<sup>34</sup>, obschon Art. 332 Abs. 2 SchKG keinen Verweis auf diese Normen enthält: Die Einladung zur Gläubigerversammlung ist mindestens einen Monat vor der Versammlung in den Amtsblättern zu publizieren<sup>35</sup>. Die Publikation macht deshalb Sinn, weil für das Zustimmungsquorum auch Forderungen zu berücksichtigen sind, welche zu diesem Zeitpunkt noch nicht angemeldet sind<sup>36</sup>.

Zudem sind die bekannten Gläubiger durch *Spezialanzeige* einzuladen<sup>37</sup>. Die Einladung hat mindestens 20 Tage vor

der Versammlung zu erfolgen<sup>38</sup>. In der Einladung ist darauf hinzuweisen, dass über einen Nachlassvertrag verhandelt werden soll<sup>39</sup>.

Die *Akten* können während 20 Tagen vor der Versammlung bei der Konkursverwaltung *eingesehen* werden<sup>40</sup>. Zu den Akten gehören der Nachlassvertrag, eine allfällige Stellungnahme des Antragstellers<sup>41</sup> und die Beurteilung durch die Konkursverwaltung<sup>42</sup>.

## 2. Aufgaben der Konkursverwaltung

Die Konkursverwaltung leitet die Versammlung. Sie erstattet *Bericht* über die Vermögens- und die Ertrags- bzw. Einkommenslage des Schuldners<sup>43</sup>. Sie gibt Auskunft über den Stand und den voraussichtlichen Ausgang des Konkursverfahrens. Dies umfasst auch eine Einschätzung für den Ausgang hängiger Prozesse<sup>44</sup>. Sie begutachtet zudem zuhanden der Gläubigerversammlung den Vorschlag zum Nachlassvertrag<sup>45</sup>. Die Konkursverwaltung kann den Nachlassvertrag auch einem allfälligen Gläubigerausschuss<sup>46</sup> unterbreiten; dazu verpflichtet ist sie nicht<sup>47</sup>.

## 3. Teilnahmeberechtigung

Teilnahmeberechtigt sind alle gemäss Kollokationsplan noch nicht rechtskräftig abgewiesenen Gläubiger<sup>48</sup>. Ebenfalls teilnahmeberechtigt sind Gläubiger, welche ihre Forderung erst nach Auflage des Kollokationsplans eingegeben haben<sup>49</sup>. Teilnahmeberechtigt sind demnach auch Gläubiger, welche nicht über die Annahme des Nachlassvertrages mitentschei-

<sup>28</sup> Art. 96 lit. a KOV; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 17; LUSTENBERGER (FN 27), Art. 231 SchKG N 32; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 11, N 18; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 13; BISchK 2008, 154.

<sup>29</sup> Art. 332 Abs. 1 Satz 2 SchKG; Art. 252 Abs. 2 SchKG analog; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 10; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 17; GILLIÉRON (FN 21), N 3173.

<sup>30</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 4; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 18; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 12.

<sup>31</sup> Art. 317 Abs. 2 SchKG; HUNKELER (FN 5), Rz. 938; vgl. II.B.4.

<sup>32</sup> JAEGER (FN 11), Art. 302 SchKG N 2; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. A., Bern 2008, § 54 N 63. Der Gemeinschuldner ist jedoch nicht verpflichtet, derartige Änderungen am Nachlassvertragsentwurf vorzunehmen resp. Änderungen, welche die Gläubiger vornehmen, gegen sich gelten zu lassen, vgl. ALEXANDER VOLLMAR, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 302 SchKG N 17.

<sup>33</sup> A.M. GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 28, in Bezug auf Art. 300 SchKG.

<sup>34</sup> Vgl. auch WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 12; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 14.

<sup>35</sup> Art. 301 Abs. 1 SchKG analog.

<sup>36</sup> Vgl. II.D.1.b.

<sup>37</sup> Art. 301 Abs. 2 i.V.m. Art. 300 Abs. 1 Satz 2 SchKG analog.

<sup>38</sup> Es drängt sich hier die Anwendung der konkursrechtlichen Regelung analog Art. 252 Abs. 1 SchKG auf; vgl. JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 3; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 16.

<sup>39</sup> Art. 252 Abs. 2 SchKG; JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 3; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 15; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 19; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 14; BGE 35 I 268.

<sup>40</sup> Art. 301 Abs. 1 Satz 1 SchKG analog; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 11), Art. 332 SchKG N 12; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 19; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 14.

<sup>41</sup> Vgl. II.A.

<sup>42</sup> JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 19.

<sup>43</sup> Art. 302 Abs. 1 i.V.m. Art. 332 Abs. 2 Satz 2 SchKG.

<sup>44</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 3.

<sup>45</sup> Art. 332 Abs. 1 Satz 1 SchKG.

<sup>46</sup> Art. 237 Abs. 3, Art. 253 Abs. 2 SchKG.

<sup>47</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 3; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 14; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 12.

<sup>48</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 3; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 20.

<sup>49</sup> A.M. JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 3.

den können<sup>50</sup>, wohl aber an der Diskussion teilnehmen dürfen sollen. Dies gilt für privilegierte Gläubiger, Pfandgläubiger (im Umfang der Pfandsicherheit) und Ehegatten. Unmassgeblich ist auch, wann die Forderung angemeldet wurde<sup>51</sup>, oder ob sie vom Gemeinschuldner bestritten worden ist<sup>52</sup>. Beim Teilnahmerecht verhält es sich somit gleich wie beim Nachlassvertrag ausser Konkurs. Ob ein ordentlicher Nachlassvertrag oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorgeschlagen ist, spielt für die Teilnahmeberechtigung keine Rolle.

#### 4. Wahlen und Wahlberechtigung

Handelt es sich beim Vorschlag um einen *ordentlichen Nachlassvertrag*, so wird weder ein Liquidator noch ein Gläubigerausschuss gewählt; die Gläubigerversammlung ist diesfalls bloss beratend tätig<sup>53</sup>.

Anders verhält es sich beim *Liquidationsvergleich*: Bei diesem sind von der Gläubigerversammlung die Liquidatoren und der Gläubigerausschuss zu wählen<sup>54</sup>. Wahlberechtigt sind dieselben Gläubiger, welchen auch das Stimmrecht<sup>55</sup> für die Annahme des Nachlassvertrages zukommt<sup>56</sup>. Für die Wahl gilt das *einfache Mehr* der abstimmenden Gläubiger nach Köpfen<sup>57</sup>.

Die Versammlung untersteht weder bei einem Dividendenvergleich noch bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung dem Anwesenheitsquorum gemäss Art. 235 Abs. 3 SchKG<sup>58</sup>; es gilt *kein Präsenzquorum*<sup>59</sup>. Es verhält sich somit

gleich wie bei Wahlen im Rahmen eines Nachlassvertrages (mit Vermögensabtretung) ausser Konkurs<sup>60</sup>.

#### 5. Zustimmung zum Nachlassvertrag

Die Zustimmungen der Gläubiger zum Nachlassvertrag müssen in jedem Fall *schriftlich* und *individuell* erfolgen<sup>61</sup>. Es finden keine Beschlüsse in der Versammlung statt. Die schriftlichen Zustimmungen können vor oder nach der Gläubigerversammlung erteilt werden. Sie müssen spätestens bis zur Bestätigungsverhandlung vor dem Nachlassrichter vorliegen<sup>62</sup>.

#### 6. Antrag der Konkursverwaltung an den Nachlassrichter

Nach der Gläubigerversammlung leitet die Konkursverwaltung den Nachlassvertrag mitsamt ihrer Beurteilung, den bereits vorhandenen Zustimmungserklärungen<sup>63</sup> und einer Abrechnung über die bislang durch das Konkursverfahren verursachten Kosten<sup>64</sup> von Amtes wegen an den Nachlassrichter weiter<sup>65</sup>. Die Konkursverwaltung muss auch dann an den Nachlassrichter gelangen, wenn bis dahin die erforderlichen Zustimmungen der Gläubiger nicht vorliegen<sup>66</sup>. Zum einen kann die Konkursverwaltung nicht über das Zustandekommen des Nachlassvertrages entscheiden<sup>67</sup>; sie hat vielmehr für einen Entscheid des Nachlassrichters zu sorgen<sup>68</sup>. Zum anderen können (weitere) Zustimmungserklärungen noch bis zum Bestätigungsentscheid beigebracht werden<sup>69</sup>.

<sup>50</sup> JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 20; vgl. auch AMONN/WALTHER (FN 32), § 54 N 62, für den Nachlassvertrag *ausser* Konkurs.

<sup>51</sup> Solange die Forderung «suffisamment tôt pour participer» eingegeben wurde, vgl. JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 20; a.M. JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 3, welcher Gläubiger, die ihre Forderung i.S.v. Art. 251 SchKG verspätet eingegeben haben und deren Berechtigung daher von der Konkursverwaltung noch nicht geprüft wurde, nicht zulassen will.

<sup>52</sup> Für den Nachlassvertrag *ausser* Konkurs: WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 317 SchKG N 17.

<sup>53</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 13; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 15.

<sup>54</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 317 Abs. 2 Satz 2 SchKG.

<sup>55</sup> Zur Vermeidung von Missverständnissen wird hier die Berechtigung zur Teilnahme an der Wahl der Liquidatoren und gegebenenfalls des Gläubigerausschusses als «Wahlrecht», die Berechtigung zur Zustimmung oder Ablehnung des Nachlassvertrages dagegen als «Stimmrecht» bezeichnet.

<sup>56</sup> Vgl. II.D.1.

<sup>57</sup> PETER LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, 47.

<sup>58</sup> Mindestens ein Viertel der bekannten Gläubiger bzw. mindestens die Hälfte der Gläubiger, wenn es vier oder weniger Gläubiger sind.

<sup>59</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 302 Abs. 3 SchKG; LUDWIG (FN 57), 47; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCH-

LER (FN 7), Art. 332 SchKG N 13; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 22; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 16; BGE 82 III 87 ff. (allerdings für den Nachlassvertrag *ausser* Konkurs); a.M. JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 4; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 18; GILLIÉRON (FN 21), N 3178, jedoch mit Ausnahme hinsichtlich der Beratung über den Nachlassvertrag.

<sup>60</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 317 SchKG N 15; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 16; BGE 82 III 27.

<sup>61</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 302 Abs. 3 SchKG.

<sup>62</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 305 Abs. 1 Satz 1 SchKG; HUNKELER (FN 5), Rz. 945; LUDWIG (FN 57), 46; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 13; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 15.

<sup>63</sup> BGE 35 I 268.

<sup>64</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 5; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 16; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 20.

<sup>65</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 304 Abs. 1 SchKG.

<sup>66</sup> GILLIÉRON (FN 21), N 3178; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 18; BGE 35 I 268.

<sup>67</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 14; BGE 78 III 18.

<sup>68</sup> BGE 35 I 267.

<sup>69</sup> Vgl. II.B.5.; BGE 35 I 368.

## C. Einstellung der Verwertung

Grundsätzlich wird der Lauf des Konkursverfahrens durch die Einreichung eines Nachlassvertragsvorschlages nicht unmittelbar beeinträchtigt<sup>70</sup>. Nach Art. 332 Abs. 2 SchKG wird jedoch die Verwertung eingestellt, bis der Nachlassrichter über die Bestätigung des Nachlassvertrages entschieden hat. Die Einstellung der Verwertung erfolgt *ex lege*<sup>71</sup>; es bedarf somit keines Einstellungsentscheides.

Der Gesetzeswortlaut gibt jedoch keinen Aufschluss darüber, ab wann die Verwertungshandlungen von Gesetzes wegen als eingestellt gelten. Die Einreichung des Vorschlages für einen Nachlassvertrag genügt für sich alleine nicht, damit die Verwertung sistiert wird<sup>72</sup>. Eine Sistierung findet aber in jedem Fall statt, sobald sich die (zweite bzw. speziell einberufene) *Gläubigerversammlung* zum Nachlassvertragsentwurf äussern konnte<sup>73</sup>. Dies gilt u.E. unbeschadet davon, dass dannzumal in aller Regel noch nicht genügend Zustimmungen der Gläubiger vorliegen werden. Die Verwertung wird somit nicht erst dann eingestellt, wenn die Quoren gemäss Art. 305 SchKG erfüllt sind<sup>74</sup>, zumal dieser Zeitpunkt objektiv schwer feststellbar ist und überdies die Zustimmungen noch bis zur Bestätigungsverhandlung beigebracht werden können<sup>75</sup>.

Vor Durchführung der Gläubigerversammlung kann die *Konkursverwaltung* nach eigenem Ermessen entscheiden, ob die Verwertungshandlungen einzustellen sind<sup>76</sup>. Zudem kann auch schon die *erste Gläubigerversammlung*<sup>77</sup> die Einstellung der Verwertung beschliessen, wenn der Schuldner dannzumal einen Nachlassvertrag vorschlägt<sup>78</sup>.

<sup>70</sup> AMONN/WALTHER (FN 32), § 54 N 19; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 12.

<sup>71</sup> GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 17; BGE 120 III 96, 35 I 269.

<sup>72</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 15; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 12; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 18, N 21; BGE 120 III 96, 78 III 17, 35 I 269.

<sup>73</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 15; BGE 78 III 18 (zu Art. 81 aKOV), 35 I 269 (von dem Zeitpunkt an, «wo das ordentliche Verwertungsverfahren der Art. 256 ff. beginnen darf»).

<sup>74</sup> So aber GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 17 f.; ERWIN BRÜGGER, SchKG-Gerichtspraxis 1946–2005, Zürich 2006, Art. 332 SchKG N 4; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 25; BGE 120 III 96.

<sup>75</sup> Vgl. II.B.5.

<sup>76</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 15; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 26; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 6 f.

<sup>77</sup> Für diese gilt das Präsenzquorum gemäss Art. 235 SchKG, vgl. GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 10, N 17.

<sup>78</sup> Art. 238 Abs. 2 SchKG; JAEGER (FN 11), Art. 238 SchKG N 8, Art. 317 SchKG N 2; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 12; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 10, N 17; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332

## D. Bestätigungsverhandlung und Entscheid des Nachlassrichters (Homologation)

Nachdem die Konkursverwaltung im Anschluss an die Gläubigerversammlung an den Nachlassrichter gelangt ist<sup>79</sup>, setzt dieser eine *Bestätigungsverhandlung* an und trifft seinen Entscheid beförderlich<sup>80</sup>. Der Nachlassrichter lädt die Konkursverwaltung, welche die Interessen der Masse vertritt und die Funktion des Sachwalters einnimmt<sup>81</sup>, zum Bestätigungstermin ein<sup>82</sup>.

Die *Voraussetzungen für die Bestätigung* des Nachlassvertrages richten sich auch beim Nachlassvertrag im Konkurs nach Art. 305 (Annahme durch die Gläubiger) und Art. 306 SchKG (Voraussetzungen für den Bestätigungsentscheid)<sup>83</sup>. Dieser Verweis auf die beim Nachlassvertrag ausser Konkurs geltenden Regeln wirkt, so einfach er gesetzgebungstechnisch erscheinen mag, bei genauerer Betrachtung einige Fragen auf. Der Grund dieser Unklarheiten bei der sinn gemässen Anwendung der Bestätigungserfordernisse auf den Nachlassvertrag im Konkurs liegt in folgendem Umstand: Das Konkurs- und das Nachlassverfahren folgen unterschiedlichen Regeln. Beim Nachlassvertrag im Konkurs findet ein *Wechsel vom Konkursverfahren zum Nachlassverfahren* statt. Fraglich ist, wann dieser *Paradigmenwechsel* statt finden soll<sup>84</sup>. Der beschriebene Verfahrenswechsel ist in seinen Konsequenzen beim ordentlichen Nachlassvertrag wesentlich stärker ausgeprägt als beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, da letzterer ähnlichen Regeln folgt wie der Konkurs. Es drängt sich daher nachfolgend eine Unterscheidung zwischen diesen beiden Nachlassvertragsarten auf.

### 1. Zustimmung der Gläubiger

#### a. Quoren

Es gelten die Quoren gemäss Art. 305 SchKG: Bis zum Bestätigungszeitpunkt muss die Mehrheit der Gläubiger, welche ihrerseits mindestens zwei Drittel des Gesamtbetrages

SchKG N 27; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 12; BGE 120 III 96, 35 I 269. Die Verhandlung über den Nachlassvertrag hat aber auch in diesem Fall erst nach Auflage des Kollokationsplans zu erfolgen, vgl. II.B.1.

<sup>79</sup> Vgl. II.B.6.

<sup>80</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 304 Abs. 2 und 3 SchKG.

<sup>81</sup> Art. 332 Abs. 2 Satz 2 SchKG.

<sup>82</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 5; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 16; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 24; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 19.

<sup>83</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 305 f. SchKG; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 7 f.; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 22.

<sup>84</sup> Es stellt sich namentlich die Frage, ob der Wechsel schon bei der Zustimmung zum Nachlassvertrag (II.D.1.b), bei der Sicherstellung des Vollzugs (II.D.2), oder aber erst bei der Dividendenberechtigung erfolgen soll (III.B.2/III.C.2.).

der Forderungen vertreten, oder ein Viertel der Gläubiger, welche mindestens drei Viertel des Gesamtbetrages der Forderungen vertreten, zugestimmt haben<sup>85</sup>.

*Privilegierte Gläubiger* und deren Forderungen werden nicht mitgezählt<sup>86</sup>. *Pfandgesicherte Forderungen* sind nur im Umfang des geschätzten Ausfallbetrages stimmberechtigt<sup>87</sup>. Die Konkursverwaltung hat zu diesem Zweck eine Pfandschätzung vorzunehmen<sup>88</sup>; massgeblich ist der voraussichtliche Liquidationswert des Pfandobjektes<sup>89</sup>. Unabhängig von einer allfälligen Privilegierung ist der *Ehegatte*<sup>90</sup> des Schuldners in jedem Fall nicht stimmberechtigt<sup>91</sup>.

## b. Berechnung der Quoren

Für die Berechnung verweist Art. 332 Abs. 2 Satz 1 SchKG auf Art. 305 SchKG. Dessen Abs. 3 sieht für den Nachlassvertrag ausser Konkurs vor, dass der Richter u.a. entscheidet, ob und zu welchem Betrag bestrittene Forderungen mitzuzählen sind. Damit sind die vom Schuldner bestrittenen Forderungen gemeint<sup>92</sup>.

Aus «*Nachlassvertrags-Optik*» würde diese Regelung für den *ordentlichen Nachlassvertrag*, mit Blick auf die letztendliche Dividendenberechtigung im Falle des Zustandekommens des Nachlassvertrags, auch beim Nachlassvertrag *im Konkurs* Sinn machen: Massgebend ist diesbezüglich – unter Vorbehalt der rechtskräftigen Feststellung durch den Richter – einzig die Anerkennung der Forderung durch den Schuldner; der Kollokationsplan hingegen ist für die Dividendenberechtigung beim ordentlichen Nachlassvertrag grundsätzlich bedeutungslos<sup>93</sup>.

Aus «*Konkurs-Optik*» jedoch will eine solche Regelung für einen ordentlichen Nachlassvertrag *im Konkurs* nicht recht passen: Im Konkurs wird über die Zulassung der Forderungen grundsätzlich im Kollokationsverfahren entschieden; auf die Anerkennung oder Bestreitung durch den Schuldner kommt es diesfalls nicht an. U.E. ist dieser *konkursrechtlichen Sichtweise* der Vorzug zu geben. Sie trägt zum Schutz des rechtskräftig kollozierten Gläubigers<sup>94</sup> vor der Bestäti-

gung eines sich für ihn allenfalls nachteilig auswirkenden Nachlassvertrages bei.

Für die Berechnung der Quoren ist somit in erster Linie *auf den Kollokationsplan abzustellen*<sup>95</sup>. Ob der Gemeinschuldner die betreffende Forderung bestritten hat, ist daher unmassgeblich. Massgeblich sind die rechtskräftig kollozierten Gläubiger und deren Forderungen<sup>96</sup>. Im Rahmen der Kollokation definitiv abgewiesene Forderungen werden bei der Berechnung nicht mit einbezogen<sup>97</sup>.

Dies muss a fortiori für den *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* gelten, da sich bei diesem (im Unterschied zum ordentlichen Nachlassvertrag) selbst die Dividendenberechtigung nach der Kollokation richtet<sup>98</sup>.

Beim Nachlassvertrag ausser Konkurs sind nur diejenigen Gläubiger stimmberechtigt, welche ihre *Forderungen rechtzeitig angemeldet* haben<sup>99</sup>. Mangels vorgängiger Bekanntmachung<sup>100</sup> eines Zeitpunkts, bis wann eine Forderungsanmeldung zu erfolgen hat, um das Stimmrecht zu wahren, gibt es beim Nachlassvertrag *im Konkurs* keinen datummässig bestimmten Zeitpunkt, bis wann die Forderungen angemeldet werden müssen. Da Zustimmungserklärungen zum Nachlassvertrag noch bis zur Bestätigungsverhandlung geleistet werden können<sup>101</sup>, sind u.E. auch alle Forderungen zu berücksichtigten, welche bis dahin angemeldet werden.

*Der Nachlassrichter entscheidet*, ob bzw. inwiefern Forderungen, welche im Konkursverfahren *verspätet eingegeben* wurden<sup>102</sup>, so dass sie im Kollokationsplan nicht aufgeführt sind, berücksichtigt werden<sup>103</sup>. Dasselbe gilt für Forderungen, deren *Kollokation ausgesetzt* worden ist<sup>104</sup>. Ebenso entscheidet er, inwieweit Forderungen, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits Gegenstand eines Pro-

erscheint unbillig, die Stimmberechtigung trotz durchgeführter Kollokation von der Anerkennung der Forderung durch den Gemeinschuldner abhängig zu machen und damit in dessen Belieben zu stellen oder gar für Manipulationen anfällig zu machen.

<sup>85</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 305 Abs. 1 SchKG.

<sup>86</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 305 Abs. 2 SchKG; für den Nachlassvertrag *ausser* Konkurs: HUNKELER (FN 5), Rz. 950.

<sup>87</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 305 Abs. 2 SchKG; für den Nachlassvertrag *ausser* Konkurs: HUNKELER (FN 5), Rz. 954.

<sup>88</sup> Art. 299 Abs. 1 SchKG analog; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 15; BGE 107 III 41.

<sup>89</sup> BGE 107 III 41 f.

<sup>90</sup> Gleichgestellt ist der Partner einer eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnerschaft (Art. 305 Abs. 2 Satz 1 SchKG).

<sup>91</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 305 Abs. 2 SchKG; für den Nachlassvertrag *ausser* Konkurs: HUNKELER (FN 5), Rz. 951.

<sup>92</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 305 SchKG N 32; GILLIÉRON (FN 9), Art. 305 SchKG N 16; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 305 SchKG N 45.

<sup>93</sup> Vgl. III.B.2.

<sup>94</sup> Der Bestand seiner Forderung wurde durch die Konkursverwaltung immerhin summarisch geprüft (Art. 244 f. SchKG). Es

<sup>95</sup> Ein neuer Schuldenruf findet nicht statt (Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 300 SchKG e contrario; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 10).

<sup>96</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 5; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 19; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 6.

<sup>97</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 305 Abs. 3 SchKG; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 7; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 19 f.; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 20 f.

<sup>98</sup> Vgl. III.C.2.

<sup>99</sup> Art. 300 Abs. 1 Satz 1 SchKG.

<sup>100</sup> Zum Nachlass *ausser* Konkurs vgl. Art. 300 Abs. 1 SchKG.

<sup>101</sup> Vgl. II.B.5.

<sup>102</sup> Art. 251 SchKG.

<sup>103</sup> Vgl. WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 6. Gemäss diesen Autoren soll dies nur gelten, soweit die Forderung vom Schuldner bestritten wird.

<sup>104</sup> Art. 59 Abs. 3 KOV; gemäss WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 6 soll dies nur gelten, soweit die Forderung vom Schuldner bestritten wird.

zesses bildeten und daher im Kollokationsplan nur *pro memoria* aufgeführt wurden<sup>105</sup>, bei der Berechnung der Quoren zu berücksichtigen sind<sup>106</sup>.

Der Richter hat auch darüber zu entscheiden, inwieweit *Forderungen, welche Gegenstand einer Anfechtung des Kollokationsplans sind*, bei der Berechnung der Quoren gemäss Art. 305 SchKG mit einbezogen werden<sup>107</sup>. Dies gilt sowohl für Forderungen, welche Gegenstand einer positiven Kollokationsklage (eines Gläubigers gegen die Masse auf Zulassung seiner Forderung<sup>108</sup>) bilden, als auch für solche, welche Gegenstand einer negativen Kollokationsklage (eines Gläubigers auf Wegweisung der Forderung eines anderen Gläubigers<sup>109</sup>) sind.

Bei seiner Entscheidung über die Stimmberechtigung stellt der Nachlassrichter auf die *Wahrscheinlichkeit der Berechtigung* der Forderung ab<sup>110</sup>. Dabei kann er eine Forderung auch nur teilweise als stimmberechtigt einstufen<sup>111</sup>. Beim Nachlassvertrag *ausser* Konkurs stützt er sich bei seiner Beurteilung auf den Bericht des Sachwalters und allenfalls auf die Stellungnahmen der betroffenen Gläubiger und des Schuldners<sup>112</sup>. Der Antrag des Sachwalters über die Stimmberechtigung ist dabei für den Richter nicht bindend, hat aber praxisgemäss eine wichtige Bedeutung<sup>113</sup>.

Beim Nachlassvertrag *im* Konkurs tritt die Konkursverwaltung an die Stelle des Sachwalters<sup>114</sup>. Sie muss sich in ihrem Bericht zuhanden des Nachlassrichters<sup>115</sup> zur Berechnung der Quoren und damit auch zur Wahrscheinlichkeit solcher Forderungen äussern. Der Nachlassrichter stützt sich bei seinem Entscheid zudem auch auf die Konkursakten<sup>116</sup>. Soweit es um Forderungen geht, die Gegenstand eines Prozesses bilden (gleichgültig, ob der Prozess bei Konkurseröffnung

schon hängig war oder ob es sich um einen Kollokationsprozess handelt), wird der Nachlassrichter auch auf die Prozessakten abstellen und sich ein Urteil bilden. Die Anerkennung oder Bestreitung der Forderung durch den Schuldner ist für den Richter nur ein (eher ungewichtiges) Indiz.

## 2. Hinlängliche Sicherstellung

Eine Voraussetzung für die Bestätigung des Nachlassvertrages ist, dass der Vollzug des Nachlassvertrages, die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger sowie die Erfüllung der während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten hinlänglich sichergestellt sind, soweit nicht einzelne Gläubiger ausdrücklich auf die Sicherstellung ihrer Forderung verzichten<sup>117</sup>. Diese Regelung ist auf den ordentlichen Nachlassvertrag (Dividendenvergleich) ausser Konkurs zugeschnitten<sup>118</sup>. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) und bei Nachlassverträgen *im* Konkurs ergeben sich Besonderheiten.

### a. Beim ordentlichen Nachlassvertrag

#### aa. Vollzug des Nachlassvertrages

Sicherzustellen ist zunächst der «Vollzug des Nachlassvertrages»<sup>119</sup>. Darunter fällt beim Dividendenvergleich neben den *Verfahrenskosten* auch die fristgerechte Auszahlung der (gesamten<sup>120</sup>) *Nachlassdividende*<sup>121</sup>. Beim Nachlassvertrag *ausser* Konkurs ist darunter die Dividende für sämtliche angemeldeten Forderungen, die dem Nachlassvertrag unterliegen, zu verstehen<sup>122</sup>. Sicherzustellen sind auch verspätet angemeldete Forderungen<sup>123</sup> sowie (grundsätzlich) vom Schuldner bestrittene Forderungen<sup>124</sup>, nicht jedoch die aufgrund der Pfandschätzung gedeckten pfandgesicherten Forderungen<sup>125</sup>. Ob diese für den Nachlassvertrag ausser

<sup>105</sup> Art. 63 Abs. 1 KOV.

<sup>106</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 5; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 15.

<sup>107</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 5; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 7; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 15; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 20; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 20; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 6.

<sup>108</sup> Art. 250 Abs. 1 SchKG.

<sup>109</sup> Art. 250 Abs. 2 SchKG.

<sup>110</sup> GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 15; betreffend vom Schuldner bestrittener Forderungen beim Nachlassvertrag *ausser* Konkurs: HANS ULRICH HARDMEIER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 305 SchKG N 32.

<sup>111</sup> Für den Nachlassvertrag *ausser* Konkurs: HARDMEIER (FN 110), Art. 305 SchKG N 32.

<sup>112</sup> HARDMEIER (FN 110), Art. 305 SchKG N 32; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 305 SchKG N 38.

<sup>113</sup> BRÜGGER (FN 74), Art. 305 SchKG N 5.

<sup>114</sup> Art. 332 Abs. 2 Satz 2 SchKG.

<sup>115</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 304 SchKG.

<sup>116</sup> «Le dossier de la faillite», vgl. GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 15.

<sup>117</sup> Art. 332 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

<sup>118</sup> HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 19; AMONN/WALTHER (FN 32), § 54 N 77; HUNKELER (FN 5), Rz. 1004; SYLVAIN MARCHAND, in: Louis Dallèves/Benedict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Poursuite et faillite: commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé (Commentaire Romand), Basel 2005, Art. 306 SchKG N 37.

<sup>119</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

<sup>120</sup> JAEGER (FN 11), Art. 306 SchKG N 10; MARCHAND (FN 118), Art. 306 SchKG N 39; BGE 64 I 82.

<sup>121</sup> HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 20.

<sup>122</sup> HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 20; MARCHAND (FN 118), Art. 306 SchKG N 40.

<sup>123</sup> HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 20; a.M. HUNKELER (FN 5), Rz. 891 f.

<sup>124</sup> HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 20; MARCHAND (FN 118), Art. 306 SchKG N 40; GILLIÉRON (FN 9), Art. 306 SchKG N 28.

<sup>125</sup> GILLIÉRON (FN 9), Art. 306 SchKG N 27; HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 20.

Konkurs geltenden Grundsätze auch beim (ordentlichen) Nachlassvertrag *im* Konkurs Geltung haben, ist unklar.

U.E. ist zur Beantwortung dieser Frage vom Grundsatz auszugehen, dass die Sicherstellung in aller Regel alle dividendenberechtigten Forderung umfassen soll<sup>126</sup>. Die Dividendenberechtigung ist von der Kollokation unabhängig<sup>127</sup>. Beim Dividendenvergleich *im* Konkurs kann u.E. somit hinsichtlich des Umfangs der Sicherstellung – wie ausser Konkurs – grundsätzlich auf die *angemeldeten* Forderungen abgestellt werden; der Kollokationsplan ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos.

Umstritten ist die Sicherstellungspflicht hinsichtlich vom Schuldner *bestrittener Forderungen*. Ein Teil der Lehre (zum Nachlassvertrag ausser Konkurs) spricht sich für die vollumfängliche Sicherstellung auch bestrittener Forderungen aus<sup>128</sup>, ein anderer Teil will die Sicherstellung von der Begründetheit der Forderung abhängig machen, welche vom Nachlassrichter analog Art. 305 Abs. 3 SchKG summarisch zu prüfen ist<sup>129</sup>. U.E. ist letztere Meinung vorzuziehen, wonach der Nachlassrichter entscheidet, ob und in welchem Umfang bestrittene Forderungen ebenfalls sicherzustellen sind. Die Sicherstellung entfällt nachträglich, sofern der Gläubiger der bestrittenen Forderung nicht innert der gesetzlich festgelegten Frist zur Feststellung seiner Forderung Klage einleitet<sup>130</sup>.

Weiter ist beim Dividendenvergleich im Konkurs unklar, ob die *Rechtzeitigkeit der Forderungsanmeldung* relevant ist und was Rechtzeitigkeit in diesem Kontext überhaupt be-

deutet. Da keine öffentliche Bekanntmachung unter Androhung des Verlustes des Stimmrechts<sup>131</sup> (und damit allenfalls auch des Anspruchs auf Sicherstellung<sup>132</sup>) erfolgt, scheint es nicht angebracht, Gläubiger ihres Sicherstellungsanspruchs zu berauben. U.E. ist daher grundsätzlich auch die Dividende solcher Gläubiger sicherzustellen, deren Forderung nicht aus dem Kollokationsplan hervorgeht, sondern die ihre Forderung bis spätestens zur Bestätigungsverhandlung anmelden<sup>133</sup>. Der Schuldner hat sich über die Anerkennung oder Bestreitung dieser Forderung zu erklären. Über die Sicherstellung bestrittener Forderungen entscheidet der Nachlassrichter aufgrund der Wahrscheinlichkeit ihrer Berechtigung<sup>134</sup>.

Wie das Zustimmungsquorum<sup>135</sup> wird auch das Quantitativ der Sicherstellung somit erst im *Zeitpunkt* der Homologation vom Nachlassrichter festgelegt. Aus praktischen Gründen wird man dem Schuldner eine kurze Nachfrist zur allfällig erforderlichen Erhöhung der Sicherstellung gewähren können<sup>136</sup>.

Hingegen kommt bei der Sicherstellung – anders als beim Zustimmungsquorum<sup>137</sup> – eine auf die Dividendenberechtigung gerichtete *«Nachlassvertrags-Optik»*<sup>138</sup> zur Anwendung. Der beschriebene Paradigmenwechsel vom Konkurs- zum Nachlassverfahren<sup>139</sup> findet (zumindest beim Dividendenvergleich) bei der Sicherstellung statt.

#### bb. *Privilegierte Forderungen*

Sicherzustellen ist weiter die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger<sup>140</sup>. Beim Dividendenvergleich im Konkurs wirkt diese Voraussetzung keine besonderen Fragen auf. Es verhält sich gleich wie beim Nachlassvertrag ausser Konkurs.

#### cc. *Masseverbindlichkeiten*

Schliesslich müssen beim Nachlass ausser Konkurs «die während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten» sichergestellt werden<sup>141</sup>. Dieser Wortlaut nimmt auf Art. 310 Abs. 2 SchKG Bezug, welcher die Masseverbindlichkeiten während der Nachlassstundung regelt. Bei sinngemässer Anwendung dieser Be-

<sup>126</sup> A.M. HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 20, welcher dafür hält, dass die Sicherstellungspflicht in der Regel mit der Beurteilung der Stimmberechtigung übereinstimmen wird.

<sup>127</sup> Vgl. III.B.2.

<sup>128</sup> MARCHAND (FN 118), Art. 306 SchKG N 40; so wohl auch BGE 36 II 461, wo eine indifferent formulierte Bürgschaft auch bestrittene Forderungen sicherstellte.

<sup>129</sup> HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 20; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 315 SchKG N 10; GILLIÉRON (FN 9), Art. 306 SchKG N 28, mit Verweis auf BGE 47 III 186, wonach jedoch von der Sicherstellung nur bestrittene Forderungen auszunehmen sind, die offensichtlich jeglicher Grundlage entbehren; Entscheid der Rekurskommission des Kt. Thurgau vom 18. November 1970, RBOG 1970 Nr. 6 = SJZ 1971 Nr. 145, 328; so auch der Vorentwurf der Expertengruppe SchKG, allerdings nur in Bezug auf bestrittene *privilegierte* Forderungen (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 Satz 2 VE-SchKG); ebenfalls für eine analoge Anwendung von Art. 305 Abs. 3 SchKG auf privilegierte Forderungen AMONN/WALTHER (FN 32), § 54 N 77; BGE 44 III 235 in Bezug auf Art. 310 aSchKG (heute Art. 315 Abs. 1 SchKG).

<sup>130</sup> Art. 315 Abs. 1 SchKG; MARCHAND (FN 118), Art. 306 SchKG N 40; GILLIÉRON (FN 21), N 3257; DERS. (FN 9), Art. 315 SchKG N 9; zur Frage, ob die Sicherstellung durch Hinterlegung bei der Depositenanstalt (Art. 315 Abs. 2 SchKG) kumulativ oder alternativ zu erfolgen hat vgl. BGE 36 II 460 f. und Kritik dazu bei JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 315 SchKG N 16 m.w.H.; vgl. III.B.2.

<sup>131</sup> Art. 300 Abs. 1 SchKG.

<sup>132</sup> HUNKELER (FN 5), Rz. 891.

<sup>133</sup> Vgl. II.D.1.b.

<sup>134</sup> Vgl. II.D.1.b.

<sup>135</sup> Vgl. II.D.1.b.

<sup>136</sup> A.M. HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 25, wonach beim Nachlassvertrag *ausser* Konkurs kein Anspruch auf eine derartige Nachfrist besteht.

<sup>137</sup> Vgl. II.D.1.b.

<sup>138</sup> Vgl. II.D.1.b.

<sup>139</sup> Vgl. II.D.

<sup>140</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 21.

<sup>141</sup> Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.



stimmung<sup>142</sup> auf den Nachlass *im* Konkurs sind darunter die seit Konkurseröffnung entstandenen Masseverbindlichkeiten zu verstehen<sup>143</sup>. Sie müssen bei einem Dividendenvergleich ebenfalls sichergestellt werden.

*dd. Hinlänglichkeit der Sicherstellung und Anrechnung von liquidem Massevermögen*

Beim Nachlassvertrag ausser Konkurs ist im gesetzlich vorgesehenen Umfang hinlänglich Sicherstellung zu leisten<sup>144</sup>. Dies bedeutet in *quantitativer* Hinsicht grundsätzlich *vollumfängliche Sicherstellung*<sup>145</sup>, es sei denn, einzelne Gläubiger verzichten auf Sicherstellung<sup>146</sup>. Beim ordentlichen Nachlass *im* Konkurs verhält es sich u.E. anders: Die Nachlassdividende wird (zumindest teilweise) aus den Konkursaktiven bestritten werden. Soweit diese in geldwerter Form vorliegen, kann nur die Konkursverwaltung darüber verfügen<sup>147</sup>. Diese Gelder sind somit bereits aufgrund der gesetzlichen Ordnung während des Konkursverfahrens genügend sichergestellt. Aufgrund dessen kann sich der Schuldner die Konkursaktiven, soweit sie in geldwerter Form vorliegen, auf die Sicherstellung anrechnen lassen, indem nur im darüber hinausgehenden Betrag separat Sicherstellung zu leisten ist.

In *qualitativer* Hinsicht bedeutet Hinlänglichkeit, dass im Zeitpunkt der Bestätigung des Nachlassvertrages gewährleistet ist, dass der sicherzustellende Betrag den Gläubigern im Zeitpunkt, in welchem sie die Leistung vom Schuldner verlangen können, auch wirklich zur Verfügung steht<sup>148</sup>. Im Übrigen bestimmt der Nachlassrichter, welche *Art der Sicherstellung* er als hinlänglich erachtet<sup>149,150</sup>. Die Sicherstellung kann durch den Schuldner oder durch Dritte erfolgen<sup>151</sup>.

<sup>142</sup> Art. 332 Abs. 2 SchKG.

<sup>143</sup> Art. 262 Abs. 1 SchKG.

<sup>144</sup> Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

<sup>145</sup> Vgl. II.D.2.a.aa.

<sup>146</sup> Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 in fine SchKG. Der Verzicht hat von jedem Gläubiger einzeln, ausdrücklich und schriftlich zu erfolgen; ein genereller Verzicht im Nachlassvertrag ist ungenügend, vgl. HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 24; MARCHAND (FN 118), Art. 306 SchKG N 47; BRÜGGER (FN 74), Art. 306 SchKG N 6.

<sup>147</sup> Art. 9, Art. 24, Art. 223 Abs. 2, Art. 241 SchKG.

<sup>148</sup> URSULA FUCHS, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten, Diss. Basel 1999, 152; MARCHAND (FN 118), Art. 306 SchKG N 43; HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 20.

<sup>149</sup> ZR 95 Nr. 81; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, Zürich 1993, § 74 N 12.

<sup>150</sup> In Betracht kommen Barhinterlage auf einem Sperrkonto, Realicherheiten (Pfandbestellung, Sicherungsübereignung), Bürgschaften, Bankgarantien und andere Personalsicherheiten oder auch der Schuldbeitritt, allenfalls auch die Übertragung besonderer Vollzugs- und Überwachungsaufgaben (Art. 314 Abs. 2 SchKG) auf einen Dritten.

<sup>151</sup> FUCHS (FN 148), 152; GILLIÉRON (FN 9), Art. 306 SchKG N 28.

## b. Beim Liquidationsvergleich

### aa. Vollzug des Nachlassvertrages

Bei einem Liquidationsvergleich sind unter diesem Titel einzig die *Verfahrenskosten* sicherzustellen, da die Nachlassgläubiger beim Liquidationsvergleich durch die Einräumung des Verfügungsrechts an den schuldnerischen Aktiven ausreichend sichergestellt sind<sup>152</sup>.

Anders verhält es sich nur, wenn der Nachlassvertrag eine spezielle Sicherstellungsverpflichtung oder eine zusätzliche Verpflichtung des Schuldners enthält, welche über die Abtretung (von Teilen) seines Vermögens hinausgeht<sup>153</sup>. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung *im* Konkurs ist ein im vorangegangenen Konkursverfahren aufgestellter (rechtskräftiger) Kollokationsplan massgebend für die Teilnahme am Liquidationsergebnis<sup>154</sup>. Ist demnach (infolge zusätzlicher Verpflichtungen des Schuldners neben der Vermögensabtretung) überhaupt eine Sicherstellung notwendig, so hat diese u.E. nur die rechtskräftig kollozierten und die noch nicht rechtskräftig abgewiesenen Gläubiger zu umfassen. Im Gegensatz zum Dividendenvergleich kommt es hier somit auf die Anerkennung oder Bestreitung der Forderung durch den Schuldner nicht an. Verspätet angemeldete Forderungen sowie pro memoria vorgemerkte oder im Kollokationsstreit liegende Forderungen sind diesfalls grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich eines abweichenden Entscheides des Nachlassrichters aufgrund der voraussichtlichen Unbegründetheit der Forderung, ebenso sicherzustellen.

Bei einem Liquidationsvergleich mit Vermögensabtretung an einen Einzelnen<sup>155</sup> umfasst die Sicherstellung zusätzlich zu den Verfahrenskosten auch die *Abtretungssumme*, d.h. die Gegenleistung des Abtretungsempfängers<sup>156</sup>. Für die Sicherstellung wird in diesen Fällen regelmässig der Abtretungsempfänger besorgt sein.

### bb. Privilegierte Forderungen

Beim Liquidationsvergleich ist die Pflicht zur Sicherstellung der privilegierten Gläubiger grundsätzlich durch die im Nachlassvertrag enthaltene Vermögensabtretung erfüllt, sofern die Aktiven voraussichtlich<sup>157</sup> zu deren vollständigen Befriedigung ausreichen<sup>158</sup>. Eine separate Sicherstellung ist diesbezüglich nicht erforderlich.

<sup>152</sup> HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 26; BRÜGGER (FN 74), Art. 306 SchKG N 4 und N 9; HUNKELER (FN 5), Rz. 1006.

<sup>153</sup> Dies ist selten bis (fast) nie der Fall. Als zusätzliche Verpflichtung kommt etwa eine garantierte Mindestdividende bei einem kombinierten Dividenden-/Liquidationsvergleich in Betracht.

<sup>154</sup> Vgl. III.C.2.

<sup>155</sup> Art. 317 Abs. 1, Art. 318 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

<sup>156</sup> LUDWIG (FN 57), 8; HUNKELER (FN 5), Rz. 1006; FUCHS (FN 148), 152; HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 26.

<sup>157</sup> GILLIÉRON (FN 9), Art. 306 SchKG N 34 spricht dagegen von «certitude».

<sup>158</sup> HUNKELER (FN 5), Rz. 1007 f.; BRÜGGER (FN 74), Art. 306 SchKG N 9; HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 26.

### cc. Masseverbindlichkeiten

Bei einem Liquidationsvergleich gelten auch die Masseverbindlichkeiten<sup>159</sup> durch die Vermögensabtretung als hinlänglich gesichert<sup>160</sup>, sofern das abgetretene Vermögen voraussichtlich zur vollständigen Erfüllung derselben genügt.

## III. Folgen bei Bestätigung des Nachlassvertrages

Der Entscheid des Nachlassrichters über den Nachlassvertrag wird der Konkursverwaltung mitgeteilt<sup>161</sup>. Wird der Nachlassvertrag nicht genehmigt, so nimmt das Konkursverfahren seinen Fortgang<sup>162</sup>. Kommt der Nachlassvertrag hingegen zustande, hat dies verschiedene Auswirkungen.

### A. Widerruf des Konkurses

Lautet der Entscheid des Nachlassrichters auf Bestätigung des Nachlassvertrages, so *beantragt* die Konkursverwaltung von Amtes wegen<sup>163</sup> beim Konkursgericht den Widerruf des Konkurses<sup>164</sup>. Erst mit Widerruf des Konkurses wird der Nachlassvertrag wirksam<sup>165</sup>. Da der Konkurs widerrufen und nicht abgeschlossen wird, werden keine Verlustscheine ausgestellt.

Obschon Art. 332 Abs. 2 SchKG keinen Verweis auf Art. 308 enthält, ist u.E. nicht nur der Widerruf des Konkurses<sup>166</sup>, sondern auch die Bestätigung des Nachlassvertrages *öffentlich bekannt zu machen*<sup>167</sup>. Die Gläubiger und

sonstige Interessierte sollen damit nicht nur vom Ende des Konkursverfahrens (zufolge Widerruf), sondern auch vom Grund hierfür, nämlich dem Zustandekommen eines Nachlassvertrages, Kenntnis erlangen. Ein zusätzlicher Aufwand oder zusätzliche Kosten sind damit nicht verbunden; die beiden Publikationen können miteinander verbunden werden. Die Publikation obliegt dem Gericht, welches den Entscheid getroffen hat<sup>168</sup>; vorliegend dem Konkursgericht.

Die Folgen des Widerrufs des Konkurses sind unterschiedlich, je nachdem, ob ein ordentlicher Nachlassvertrag oder ein solcher mit Vermögensabtretung zustande kommt.

## B. Folgen beim ordentlichen Nachlassvertrag

### 1. Folgen für das Konkursverfahren

Durch den Widerruf des Konkurses wird das *Konkursverfahren in seiner Gesamtheit rückgängig gemacht*. Die vor dem Konkurs bestandenen Rechtsverhältnisse leben grundsätzlich wieder auf, soweit dies faktisch noch möglich ist<sup>169</sup>. Bereits vorgenommene Verwertungshandlungen bleiben jedoch gültig<sup>170</sup>.

Die *Konkursmasse* als Sondervermögen und Rechtssubjekt *wird aufgehoben*<sup>171</sup>. Der Schuldner erlangt die *Verfügungsgewalt über sein Vermögen* wieder, soweit dieses noch nicht verwertet worden ist<sup>172</sup>. Bei bereits durchgeführter Verwertung besteht dieses Recht des Schuldners am Verwertungsergebnis. Ist der Schuldner eine juristische Person, so wird die Vertretungsmacht der Organe wiederhergestellt.

<sup>159</sup> Wie beim ordentlichen Nachlassvertrag (vgl. II.D.2.a.cc.) gelten die während des Konkursverfahrens entstandenen Kosten als Masseverbindlichkeiten (Art. 261 Abs. 1 SchKG).

<sup>160</sup> HUNKELER (FN 5), Rz. 1012; HARDMEIER (FN 110), Art. 306 SchKG N 26.

<sup>161</sup> Art. 332 Abs. 3 Satz 1 SchKG.

<sup>162</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 7; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 27; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 33.

<sup>163</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 7; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 26; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 17; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 34.

<sup>164</sup> Art. 332 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 17; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 34; MARCHAND (FN 118), Art. 332 SchKG N 29; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 21; BGE 85 III 88.

<sup>165</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 7; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 17 in fine; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 26; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 22.

<sup>166</sup> Gemäss Art. 195 Abs. 3 SchKG.

<sup>167</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 17; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7),

Art. 332 SchKG N 23; a.M. JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 6; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 11), Art. 332 SchKG N 25; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 23, N 35.

<sup>168</sup> Art. 308 SchKG und Art. 332 Abs. 3 i.V.m. Art. 195 Abs. 3 und Art. 176 SchKG analog; HARDMEIER (FN 110), Art. 308 SchKG N 16; ALEXANDER BRUNNER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 195 SchKG N 13.

<sup>169</sup> JAEGER (FN 11), Art. 195 SchKG N 2.

<sup>170</sup> FLAVIO COMETTA, in: Louis Dallèves/Benedict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Poursuite et faillite: commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé (Commentaire Romand), Basel 2005, Art. 195 SchKG N 8.

<sup>171</sup> WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 25; BGE 49 III 197.

<sup>172</sup> WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 25; GLARNER (FN 15), 37 f.; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 18; AMONN/WALTHER (FN 32), § 39 N 6; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 30; WALTER A. STOFFEL, Voies d'exécution, Bern 2002, § 9 N 125; COMETTA (FN 170), Art. 195 SchKG N 8; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 32), Art. 332 SchKG N 32; BGE 117 III 42, 49 III 198.

Das Handelsregisteramt hat die anlässlich der Konkurseröffnung vorgenommenen Löschungen von Amtes wegen rückgängig zu machen<sup>173</sup>. Die *Befugnisse der Konkursverwaltung* und eines allfälligen Gläubigerausschusses *erlöschen* vollumfänglich<sup>174</sup>. Allenfalls kann der Nachlassrichter eine Person einsetzen, die zur Durchführung oder zur Sicherstellung der Erfüllung des Nachlassvertrages mit Überwachungs-, Geschäftsführungs- oder Liquidationsbefugnissen betraut wird<sup>175</sup>.

Die Pfandgläubiger erhalten die *Befugnis zur Verwertung ihrer Pfänder* wieder, sofern der Nachlassrichter deren Verwertung nicht sistiert<sup>176</sup>. Betreibungen, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hängig waren, leben grundsätzlich nicht wieder auf<sup>177</sup>. Eine Ausnahme gilt für Betreibungen auf Pfandverwertung; diese werden fortgeführt<sup>178</sup>.

## 2. Dividendenberechtigung

Dividendenberechtigt sind zum einen alle Gläubiger, deren Forderungen (vor Konkurseröffnung bzw. bis zum Widerruf desselben mit voller materieller Rechtskraftwirkung<sup>179</sup>) *gerichtlich festgestellt* wurden. Anspruch auf Dividende haben auch Gläubiger, deren Forderungen der Gemeinschuldner im Konkursverfahren bei der Prüfung der eingegebenen Forderungen *anerkannt* hat<sup>180</sup>. Es ist damit der Schuldner, der – gleich wie beim (ordentlichen) Nachlassvertrag ausser Konkurs<sup>181</sup> – über die Zulassung von Forderungen und damit über die Dividendenberechtigung entscheidet<sup>182</sup>. Auf die

Beurteilung der Forderung durch die Konkursverwaltung im Rahmen der Kollokation kommt es (anders als beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung<sup>183</sup>) nicht an<sup>184</sup>.

Wenn der Schuldner eine Forderung im Konkursverfahren *bestritten* hat, setzt der Nachlassrichter bei Bestätigung des Dividendenvergleichs dem Gläubiger eine Frist von 20 Tagen ab Widerruf des Konkurses<sup>185</sup> an, um seine Forderung gerichtlich gegen den Schuldner geltend zu machen<sup>186</sup>. *Nach Massgabe des Prozessausgangs* ist auch dieser Gläubiger dividendenberechtigt<sup>187</sup>. Selbst wenn der betreffende Gläubiger die Frist verstreichen lässt, bedeutet dies nicht die Verwirkung seiner Forderung. Er kann seinen Anspruch auf Nachlassdividende unter Vorbehalt der Verjährung seiner Forderung jederzeit geltend machen. Mit Ablauf der 20-tägigen Frist verliert er einzig das Privileg der Sicherstellung seiner Dividende<sup>188</sup>.

## 3. Bedeutung des Kollokationsplans

Beim ordentlichen Nachlassvertrag<sup>189</sup> im Konkurs *verliert der Kollokationsplan* mit Bestätigung des Dividendenvergleichs *jede Bedeutung*<sup>190</sup>. Dies ergibt sich aus dem Wesen des Kollokationsverfahrens, welches auf das Vollstreckungsverfahren beschränkt ist. Dies zeigt sich auch darin, dass es sich bei der Kollokationsklage um eine betreibungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht handelt. Das Urteil im Kollokationsprozess hat keine über das betreffende Konkursverfahren hinausgehende materiellrechtliche Bedeutung. Dies gilt für unangefochtene Kollokationsverfügungen a fortiori. Weder Kollokationsverfügungen noch Kollokationsurteile begründen daher ausserhalb des betreffenden Konkursverfahrens die Einrede der *res iudicata*<sup>191</sup>.

Somit werden *hängige Kollokationsklagen* mit Widerruf des Konkurses (zufolge Zustandekommens eines ordent-

<sup>173</sup> GLARNER (FN 15), 38; Art. 158 f. HRegV.

<sup>174</sup> JAEGER (FN 11), Art. 317 SchKG N 7; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 20; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 32), Art. 332 SchKG N 36; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 25.

<sup>175</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 2 SchKG.

<sup>176</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 306a Abs. 1 SchKG; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 19; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 36; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 26; a.M. BGE 107 III 42 f., welcher allerdings zum alten Gesetzeswortlaut erging, so dass dieser Entscheid nicht mehr massgeblich ist, vgl. GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 22.

<sup>177</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 311 SchKG; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 26; BRUNNER (FN 168), Art. 195 SchKG N 11; AMONN/WALTHER (FN 32), § 39 N 7; STOFFEL (FN 173), § 9 N 125; COMETTA (FN 170), Art. 195 SchKG N 8; BGE 93 III 59, 75 III 67.

<sup>178</sup> Art. 332 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 311 SchKG.

<sup>179</sup> Kollokationsurteile entfalten keine materielle Rechtskraft über das Konkursverfahren hinaus (vgl. III.B.3.).

<sup>180</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 315 sowie Art. 244 SchKG; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 18; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 29; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 33; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 25; BGE 49 III 198 f.

<sup>181</sup> Vgl. Art. 315 SchKG.

<sup>182</sup> BGE 49 III 199.

<sup>183</sup> Vgl. III.C.2.

<sup>184</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 18; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 25; zur Relevanz der Kollokation und des Kollokationsplans vgl. III.B.3.

<sup>185</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 18; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 33 f.; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 25.

<sup>186</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 315 Abs. 1 SchKG; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 18; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 29; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 33 f.

<sup>187</sup> Aus diesem Grund sind grundsätzlich auch bestrittene Forderungen sicherzustellen (vgl. II.D.2.a.aa.).

<sup>188</sup> Art. 315 Abs. 1 SchKG; vgl. II.D.2.a.aa.

<sup>189</sup> Anders beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, vgl. III.C.2.

<sup>190</sup> BGE 49 III 198.

<sup>191</sup> Statt vieler: AMONN/WALTHER (FN 32), § 46 N 62; a.M. DANIEL SPICHTY, Gegenstand, Rechtsnatur und Rechtskraftwirkung des Kollokationsplanes im Konkurs, Diss. Basel 1979, 146 ff.

lichen Nachlassvertrages) *gegenstandslos*<sup>192</sup>. Dies gilt sowohl für Zulassungs-<sup>193</sup> als auch für Wegweisungsklagen<sup>194</sup>. Mit der Aufhebung der Konkursmasse fällt denn auch die Prozessführungsbefugnis des Wegweisungsklägers dahin<sup>195</sup>. Ganz generell gilt: «Die Gläubiger konkurrieren nicht mehr miteinander mit Bezug auf das Recht, aus einem bestimmten Aktivum [nämlich der Masse] bezahlt zu werden. Jeder einzelne von ihnen kann nur verlangen, dass er gemäss dem Nachlassvertrag befriedigt [wird].»<sup>196</sup>

#### 4. Auswirkungen auf Abtretungen gemäss Art. 260 SchKG und gestützt darauf eingeleitete Prozesse

Abtretungsgläubiger agieren als Prozessstandschafter in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, aber aus dem Recht der Masse<sup>197</sup>. Die Abtretung gemäss Art. 260 SchKG ist ein insolvenzrechtliches Institut (der Generalexekution) zum Zwecke der Verwertung bestrittener Aktivforderungen der Masse. Mit dem Widerruf des Konkurses wird die Masse aufgehoben<sup>198</sup>. Mit Zustandekommen eines ordentlichen Nachlassvertrages findet keine Generalexekution mehr statt. Damit entfällt die konkursrechtliche Grundlage der Abtretung. Die Abtretungen *fallen* daher mit Widerruf des Konkurses von Gesetzes wegen *dahin*<sup>199,200</sup>.

Gleichsam fehlt es dem Abtretungsgläubiger nunmehr an der notwendigen konkursrechtlichen Legitimation zur Verfolgung des abgetretenen Anspruchs<sup>201</sup>. Somit werden *Klagen*, welche vom Abtretungsgläubiger angehoben worden sind, grundsätzlich *gegenstandslos*<sup>202</sup>. Diese Regel gilt ausnahmslos, soweit es sich um rein vollstreckungsrechtliche Klagen oder um betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht handelt. Dazu gehören etwa paulia-

nische Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG)<sup>203</sup> oder Aussonderungsklagen (Art. 242 SchKG)<sup>204</sup>.

Anders kann es sich u.E. dagegen für Prozesse verhalten, welche eine rein materiellrechtliche Streitigkeit zum Gegenstand haben. In diesen Fällen ist es *nach Massgabe des Prozessrechts* möglich, dass der Schuldner anstelle des Abtretungsgläubigers in den Prozess eintritt und diesen (anstelle des Abtretungsgläubigers) fortführt (sog. *Parteiwechsel*). Denn mit Widerruf des Konkurses erlangt der Schuldner wieder die volle Verfügungsbefugnis über sein Vermögen<sup>205</sup> und damit über den Streitgegenstand. Sofern die massgebliche Prozessordnung schon bei materiellrechtlicher Übertragung des Prozessgegenstandes<sup>206</sup> einen Parteiwechsel zulässt<sup>207</sup>, so muss dies bei Wiedererlangung der Prozessführungsbefugnis (zufolge Wegfalls der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG) a fortiori gelten.

#### 5. Auswirkungen auf sonstige Prozesse

Prozesse, welche *vor Konkurseröffnung eingeleitet* und zufolge Konkurs sistiert wurden (Art. 207 SchKG), werden zwischen dem Schuldner und der Gegenpartei fortgeführt<sup>208</sup>. Dies gilt sowohl für Aktivprozesse als auch für Forderungsprozesse gegen den Schuldner. Soweit der Schuldner in einem Passivprozess die Forderung im Rahmen der Erörterung (weiterhin) bestritten hat, macht es keinen Sinn, solche Prozesse als gegenstandslos zu betrachten und dem Gläubiger sogleich gemäss Art. 315 SchKG Frist anzusetzen<sup>209</sup>, um eine neue Klage gegen den Schuldner zu führen. Hat der Schuldner die Forderung im Konkurs hingegen anerkannt, ist der Gläubiger zwar grundsätzlich dividendenberechtigt<sup>210</sup>, jedoch nur vorbehaltlich der gerichtlichen Feststellung von Bestand und Umfang seiner Forderung. Der Prozess wird daher nicht gegenstandslos, sondern ist fortzuführen. Da der

<sup>192</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 18; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 29.

<sup>193</sup> Art. 250 Abs. 1 SchKG.

<sup>194</sup> Art. 250 Abs. 2 SchKG.

<sup>195</sup> BGE 49 III 197.

<sup>196</sup> BGE 49 III 198.

<sup>197</sup> BGE 122 III 490, 113 III 137.

<sup>198</sup> Vgl. III.B.1.

<sup>199</sup> JAEGER (FN 11), Art. 260 SchKG N 3; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 20; AMONN/WALTHER (FN 32), § 47 N 71; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 332 SchKG N 36; BGE 109 III 29, 49 III 197, 43 III 75; noch offengelassen wurde die Frage in BGE 33 I 242.

<sup>200</sup> Es handelt sich insofern nicht um eine bereits abgeschlossene Verwertungshandlung, vgl. III.B.1.

<sup>201</sup> BGE 109 III 29, 33 I 242.

<sup>202</sup> BGE 49 III 197; vgl. auch WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 20; BRUNNER (FN 168), Art. 195 SchKG N 11; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 27.

<sup>203</sup> Statt vieler: AMONN/WALTHER (FN 32), § 52 N 39 ff.

<sup>204</sup> AMONN/WALTHER (FN 32), § 45 N 46; MARC RUSSENBERGER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel/Genf/München 1998, Art. 242 SchKG N 6; NICOLAS JEANDIN/PHILIPP FISCHER, in: Louis Dallèves/Benedict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Poursuite et faillite: commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé (Commentaire Romand), Basel 2005, Art. 242 SchKG N 27; GILLIÉRON (FN 9), Art. 242 SchKG N 71.

<sup>205</sup> Vgl. III.B.1.

<sup>206</sup> Wie etwa bei Abtretung des einklagten Anspruchs, vgl. RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 49 ZPO N 2; auch bei Veräusserung des Streitgegenstandes auf Beklagtenseite: HANS ULRICH WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 15 N 4.

<sup>207</sup> Vgl. § 49 ZPO ZH; Art. 83 E-ZPO.

<sup>208</sup> A.M. GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 29.

<sup>209</sup> Art. 244 Satz 2 SchKG.

<sup>210</sup> Vgl. III.B.2.

Schuldner die Forderung anerkennt, wird er sich der Klage kaum mehr widersetzen. Wenn der Schuldner nicht nur die Forderung, sondern auch die Klage anerkennt, wird der Prozess als zufolge Klageanerkennung erledigt abgeschlossen.

Für Prozesse, welche die Konkursmasse gegen Dritte angehoben hat, verhält es sich u.E. gleich wie für Prozesse von Abtretungsgläubigern<sup>211</sup>: Die Prozesse der Masse werden mit Widerruf des Konkurses gegenstandslos, soweit es sich um rein vollstreckungsrechtliche Klagen oder um betreibungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht handelt. Prozesse, für welche der Konkurs eine Voraussetzung darstellt (wie etwa Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaftsgläubiger; Art. 757 OR), sind abzuweisen, da es mit Widerruf des Konkurses an der Aktivlegitimation der Kläger fehlt<sup>212</sup>. Bei rein materiellrechtlichen Streitigkeiten (für welche der Konkurs keine Voraussetzung ist) ist nach Massgabe des Prozessrechts ein Parteiwechsel möglich, in welchem Fall der Schuldner den Prozess gegen den Dritten fortsetzen kann.

## C. Folgen beim Liquidationsvergleich

### 1. Folgen für das Konkursverfahren/ Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens

Bei Annahme eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung tritt das eine Verfahren der Generalexekution (Liquidationsvergleich) an die Stelle des anderen (Konkursverfahren). Die Auswirkungen sind daher bedeutend geringer als bei Annahme eines ordentlichen Nachlassvertrages.

An die Stelle der Konkursmasse tritt die Nachlassmasse<sup>213</sup>. Der Schuldner erlangt diesfalls die Verfügungsmacht über sein Vermögen (zumindest im Umfang, da er seinen Gläubigern das Verfügungsrecht eingeräumt hat<sup>214</sup>) gerade nicht wieder<sup>215</sup>. An die Stelle der Konkursverwaltung treten die Liquidatoren<sup>216</sup>. Sie vertreten die Nachlassmasse vor Gericht<sup>217</sup>. Das nachfolgende Verfahren richtet sich nach den Art. 317 ff.

SchKG, soweit diese Ordnung nicht durch das vorangegangene Verfahren (Art. 332 SchKG) derogiert worden ist<sup>218</sup>.

Betreibungen können nicht fortgesetzt werden<sup>219</sup>. Vorbehalten bleibt das Absonderungsrecht der Faustpfandgläubiger<sup>220</sup> und das Recht der Grundpfandgläubiger, ihr Pfand zu verwerten<sup>221</sup>.

### 2. Bedeutung des Kollokationsplans/ Dividendenberechtigung

Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung konkurrieren die Gläubiger (unbesehen des Widerrufs des Konkurses) ebenso miteinander, wie dies im Konkurs der Fall war; sie wollen aus denselben Aktiven befriedigt werden. Im Gegensatz zum Dividendenvergleich<sup>222</sup> kommt es beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (ausser Konkurs) für die Frage, ob ein Gläubiger am Liquidationsergebnis teilhaben kann, nicht auf die Anerkennung seiner Forderung durch den Nachlassschuldner an<sup>223</sup>. Massgebend ist einzig der Kollokationsplan. Dieser wird im Regelfall (des Nachlassvertrages ausser Konkurs) durch die im Liquidationsvergleich bezeichneten Liquidatoren aufgestellt<sup>224</sup>.

Beim Liquidationsvergleich *im* Konkurs besteht insofern eine Besonderheit, als im Konkursverfahren, welches dem Nachlassverfahren vorangegangen ist, bereits eine Kollokation durchgeführt werden musste<sup>225</sup>. Auf die Kollokation beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (ausser Konkurs) sind grundsätzlich die konkursrechtlichen Bestimmungen sinngemäss anwendbar<sup>226</sup>. Es ergäbe deshalb keinen Sinn, die bereits durchgeführte Kollokation zu ignorieren und ein neues Kollokationsverfahren durch die Liquidatoren durchzuführen. Deshalb ist die Nachlassmasse an den im Rahmen des Konkursverfahrens aufgestellten Kollokationsplan gebunden<sup>227</sup>. Es wird kein neuer Kollokationsplan aufgestellt<sup>228</sup>.

Dabei gilt es folgendes zu beachten: Im Konkurs müssen bei der Kollokation grundsätzlich nur angemeldete Forde-

<sup>211</sup> Vgl. III.B.4.

<sup>212</sup> Vgl. WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 20; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 27 sprechen von «Beendigung» solcher Verfahren.

<sup>213</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 21; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 29.

<sup>214</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 317 Abs. 1 SchKG.

<sup>215</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 Abs. 1 SchKG; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 21; AMONN/WALTHER (FN 32), § 55 N 22; GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 30 f.; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 28.

<sup>216</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 21.

<sup>217</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 Abs. 4 Satz 1 SchKG.

<sup>218</sup> GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 31.

<sup>219</sup> Art. 332 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 311 SchKG.

<sup>220</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 324 SchKG.

<sup>221</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 323 SchKG.

<sup>222</sup> Vgl. III.B.2.

<sup>223</sup> FRITZSCHE/WALDER (FN 149), § 77 N 24.

<sup>224</sup> Art. 321 SchKG.

<sup>225</sup> Art. 332 Abs. 1 Satz 2 SchKG.

<sup>226</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 21.

<sup>227</sup> LUDWIG (FN 57), 86; WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 21; JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 321 SchKG N 7; BGE 49 III 198; missverständlich AMONN/WALTHER (FN 32), § 55 N 33; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 28; BGE 49 III 198.

<sup>228</sup> GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 29.

rungen berücksichtigt werden<sup>229</sup>; einzig die aus dem Grundbuch ersichtlichen Forderungen sind von Amtes wegen zu berücksichtigen<sup>230</sup>. Demgegenüber besteht beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (ausser Konkurs) die Pflicht, bei der Kollokation auch sämtliche Forderungen von Amtes wegen zu berücksichtigen, welche sich aus den Geschäftsbüchern des Nachlassschuldners ergeben<sup>231</sup>. Trotz des Verweises in Art. 332 Abs. 3 Satz 1 SchKG auf die Bestimmung beim Liquidationsvergleich ausser Konkurs müssen u.E. *Geschäftsbuchforderungen* nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden<sup>232</sup>. Da die Kollokation unter dem Regime des Konkursrechts erfolgte und aus Gründen der Verfahrensökonomie für den Liquidationsvergleich übernommen wird, ist es nicht gerechtfertigt, die Geschäftsbuchgläubiger besser zu stellen als andere Gläubiger, welche ihre Forderungen nicht anmelden.

### 3. Schicksal hängiger Kollokationsprozesse

Ist beim Liquidationsvergleich der im vorangehenden Konkursverfahren erstellte Kollokationsplan massgebend<sup>233</sup>, so sind folgerichtig auch *hängige Kollokationsprozesse weiterzuführen*. Sowohl die Liquidatoren (als Vertreter der beklagten Masse beim positiven Kollokationsprozess) als auch die Wegweisungskläger (beim negativen Kollokationsprozess) agieren aus dem Recht der Masse. Diese mutiert infolge der Bestätigung des Nachlassvertrages von der Konkurs- zur Nachlassmasse. Dies stellt jedoch keinen Rechtsübergang dar. Die Mutation ändert auch nichts am Rechtsschutzinteresse der Parteien des Kollokationsprozesses.

Die Liquidatoren bzw. die Nachlassmasse treten an Stelle der Konkursverwaltung bzw. der Konkursmasse in den positiven Kollokationsprozess ein<sup>234</sup>. Es findet u.E. von Bundesrechts wegen ein *Parteiwechsel* i.w.S. statt, welcher unbeschrieben der Bestimmungen der anwendbaren Prozessordnung zum Parteiwechsel zulässig ist<sup>235</sup>. Auch der Wegweisungsprozess bleibt u.E. von der Bestätigung des Liquidationsvergleichs bzw. vom Konkurswiderruf unberührt.

### 4. Auswirkungen auf Abtretungen gemäss Art. 260 SchKG und gestützt darauf eingeleitete Prozesse

Im Fall des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung muss hinsichtlich des Schicksals von im Konkurs vorgenommenen Forderungsabtretungen (Art. 260 SchKG) und gestützt darauf eingeleiteten Klagen unterschieden werden:

Bei der Abtretung gemäss Art. 260 SchKG (im Konkurs) handelt es sich um eine Verwertungshandlung, wie sie ebenso beim Liquidationsvergleich möglich ist<sup>236</sup>. Sofern durch den Nachlassvertrag das gesamte schuldnerische Vermögen abgetreten wird und die Abtretung dieses Vermögens nicht an einen Einzelnen erfolgt<sup>237</sup>, besteht kein Grund, die Forderungsabtretung dahinfallen zu lassen. Die konkursrechtliche Grundlage wird durch die nachlassrechtliche substituiert. Weder muss die Abtretung im Konkursverfahren widerrufen, noch muss durch die Liquidatoren eine neue Abtretungsverfügung erlassen werden.

Dementsprechend fallen auch gestützt auf die Abtretung angehobene Klagen nicht dahin. Die Abtretung und die gestützt darauf eingeleiteten Prozesse überdauern den Übergang vom Konkurs zum Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung unberührt.

Handelt es sich bei der nach Art. 260 SchKG abgetretenen Forderung hingegen um einen strittigen Anspruch, in Bezug auf welchen der Gläubiger gesamtheit im Liquidationsvergleich das Verfügungsrecht nicht eingeräumt worden ist<sup>238</sup>, so fällt der Anspruch an den Nachlassschuldner zurück<sup>239</sup>. Es gilt damit dasselbe wie beim Dividendenvergleich: Die bestrittene Forderung ist diesfalls nicht Teil der Nachlassmasse; der Abtretungsgläubiger kann nicht mehr aus deren Recht agieren. Dasselbe gilt, wenn der strittige Anspruch, in Bezug auf welchen eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG erfolgt ist, im Nachlassvertrag an einen Dritten (und nicht an die Gläubiger gesamtheit) übertragen wird<sup>240</sup>. In beiden Fällen *fällt die Abtretung nach Art. 260 SchKG dahin*.

Hingegen ist u.E. auch in diesen Fällen ein *Parteiwechsel* nach Massgabe des anwendbaren Prozessrechts durchaus möglich und sinnvoll: Voraussetzung ist jedoch, dass es sich um eine rein materiellrechtliche Streitigkeiten handelt<sup>241</sup>. Je nach Konstellation kann somit der Nachlassschuldner oder der einzelne Abtretungsgläubiger in den Prozess eintreten. Bei rein betriebsrechtlichen Klagen und bei betriebsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht besteht eine solche Möglichkeit dagegen nicht<sup>242</sup>.

<sup>229</sup> Art. 244 Abs. 1 SchKG.

<sup>230</sup> Art. 246 SchKG.

<sup>231</sup> Art. 321 SchKG.

<sup>232</sup> So auch GILLIÉRON (FN 9), Art. 332 SchKG N 31.

<sup>233</sup> Vgl. III.C.2.

<sup>234</sup> LUDWIG (FN 57), 86; vgl. auch WINKELMANN/LÉVY/JEANNE-RET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 21; WÜTHRICH/ROTHENBÜHLER (FN 7), Art. 332 SchKG N 28.

<sup>235</sup> Es verhält sich insofern ähnlich, wie wenn in einem hängigen Prozess anstelle der (vormals aufrechtstehenden) Partei die Masse in den Prozess eintritt, vgl. ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, *Zivilprozessrecht*, Zürich 2008, § 13 N 78.

<sup>236</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 325 SchKG.

<sup>237</sup> Art. 317 Abs. 1, Art. 318 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

<sup>238</sup> Art. 332 Abs. 2 i.V.m. Art. 317 Abs. 1 SchKG.

<sup>239</sup> JUNOD MOSER/GAILLARD (FN 22), Art. 319 SchKG N 4.

<sup>240</sup> Art. 317 Abs. 1, Art. 318 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

<sup>241</sup> Vgl. III.B.4., III.B.5.

<sup>242</sup> Vgl. III.B.4.

## 5. Auswirkungen auf sonstige Prozesse

Prozesse, welche vor Konkurseröffnung eingeleitet und deshalb zufolge Konkurs sistiert wurden<sup>243</sup>, werden von der Nachlassmasse weitergeführt, wenn die Liquidatoren (und je nach dessen Kompetenzen auch der Gläubigerausschuss<sup>244</sup>) dies so beschliessen<sup>245</sup>. Gleiches gilt für während des Konkursverfahrens angehobene Prozesse zwischen der Konkursmasse und Dritten.

Wenn der im Prozess liegende *Aktivanspruch der Masse im Nachlassvertrag einem Dritten übertragen* worden ist<sup>246</sup>, findet eine materiellrechtliche Übertragung des Anspruchs statt. Soweit das massgebliche Prozessrecht in diesen Fällen einen *Parteiwechsel* zulässt<sup>247</sup>, kann der Dritte in den Prozess eintreten. Entsprechendes muss für den Nachlassschuldner gelten, wenn der streitgegenständliche Anspruch vom Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ausgenommen wird, so dass er an den Nachlassschuldner zurückfällt.

Prozesse, für welche der Konkurs eine Voraussetzung darstellt (wie etwa Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaftsgläubiger<sup>248</sup>), können trotz Widerruf des Konkurses weitergeführt werden<sup>249</sup>; die Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung wird einem Konkurs gleichgesetzt<sup>250</sup>. Voraussetzung ist auch diesbezüglich, dass der Anspruch der Gläubigergesamtheit im Nachlassvertrag abgetreten worden ist.

<sup>243</sup> Art. 207 SchKG.

<sup>244</sup> Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 320 Abs. 1 SchKG.

<sup>245</sup> WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER (FN 7), Art. 319 SchKG N 37.

<sup>246</sup> Art. 317 Abs. 1, Art. 318 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

<sup>247</sup> Vgl. III.B.4 in fine.

<sup>248</sup> Art. 757 OR.

<sup>249</sup> HUNKELER (FN 5), Rz. 1099.

<sup>250</sup> PETER WIDMER/DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: Heinrich Honsell/Peter Nedim Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (OR 530–1186), 3. A., Basel 2008, Art. 757 OR N 3; BGE 65 II 4 f.

Le concordat dans la procédure de faillite donne lieu à un passage de la procédure de faillite à la procédure concordataire. Les règles relatives au concordat hors de la faillite ne peuvent dès lors pas s'appliquer sans autre au concordat dans la procédure de faillite qui n'est que partiellement réglé dans la loi. Par ailleurs, il convient de distinguer le concordat-dividende et le concordat par abandon d'actif.

Il existe notamment des particularités concernant l'assemblée des créanciers, le calcul des seuils d'approbation, la garantie du dividende concordataire et le droit au dividende. Dans ce cadre, l'importance de la collocation dans la faillite est plus ou moins prononcée. Finalement, l'homologation d'un concordat dans la procédure de faillite entraîne des conséquences sur les cessions selon l'art. 260 LP ainsi que sur les procès engagés sur cette base et d'autres procès. Le présent article offre un aperçu de la procédure de concordat dans la faillite et traite de manière approfondie certaines particularités qui en découlent.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)