AJP/PJA 10/2006

Besonderheiten beim Aktivenüberschuss in der Generalexekution

Der Glücksfall als Problemfall

Dr. iur. Franco Lorandi, PD, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, Zürich

Inhaltsübersicht:

I. Einleitung
II. Interessengegensatz zwischen Schuldner und Gläubiger beim Aktivenüberschuss
III. Anspruch der Gläubiger auf Zinsen
A. Zinsstopp zufolge Insolvenz als Normalfall
B. Wegfall des Zinsstopps beim Aktivenüberschuss
IV. Bestand und Umfang der zu berücksichtigenden Zinsforderungen
A. Materiellrechtliche Fragen
B. Vollstreckungsrechtliche Schranken
V. Verfahrensrechtliche Vorgehensweise im Insolvenzverfahren
A. Gesetzeslücke
B. Berücksichtigung der Zinsforderungen von Amtes wegen oder nur auf Anmeldung des Gläubigers?
1. Berücksichtigung von Zinsforderungen von Amtes wegen
2. Anmeldung durch den Gläubiger
C. Nachtrag zur Verteilungsliste oder Ergänzung des Kollokationsplans?
1. Lehre und Rechtsprechung: Nachtrag in der Verteilungsliste
2. Eigene Stellungnahme: Ergänzung des Kollokationsplans
3. Weitere Verfahrensvorschriften
D. Rechtsmittel der Verfahrensbeteiligten
1. Rechtsmittel der Gläubiger
a. Kollokationsklage
b. Beschwerde
2. Rechtsmittel des Schuldners
a. Kollokationsklage
b. Beschwerde

I. Einleitung

Ein Blick auf die Statistik zeigt gerade für die Generalexekution ein ernüchterndes Bild: Ein Grossteil der Konkursverfahren kann schon gar nicht durchgeführt werden; das Verfahren wird sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt (Art. 230 SchKG). Von den verbleibenden Verfahren wird der überwiegende Teil im summarischen (Art. 231 SchKG) und nur ein kleiner Teil im ordentlichen Verfahren abgewickelt, wie es dem gesetzlichen Regelfall entsprechen würde[1].

Über die durchschnittliche Dividende (bzw. den durchschnittlichen Ausfall) in einem Verfahren der Generalexekution (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) bestehen offenbar keine statistischen Daten[2]. Nach subjektiver Wahrnehmung des Verfassers ist häufig ein Ausfall von 90% und mehr der Forderung bittere Realität für die Drittklassgläubiger – und dies, sofern überhaupt ein Verfahren durchgeführt wird. Wird der Konkurs sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt (was fast der Hälfte der Verfahren entspricht[3]), beträgt der Ausfall für alle (auch die privilegierten) Gläubiger 100%.

Das SchKG geht in seinen Bestimmungen über die Generalexekution zu Recht vom Regelfall aus, dass die Gläubiger zu Verlust kommen. Trifft einmal die löbliche Ausnahme ein[4], dass in einem Generalexekutionsverfahren ein Aktivenüberschuss resultiert, so stellt sich die Frage, wem der Überschuss zusteht und wie verfahrensmässig vorzugehen ist. Diese Fragen sollen nachfolgend näher untersucht werden.

---

1 Für das Jahr 2004 sieht die Statistik wie folgt aus: Bei 10 524 Konkurseröffnungen wurden 4896 Verfahren (entsprechend 46.52%) sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt, 5011 Konkurse (entsprechend 47.61%) wurden im summarischen Verfahren geführt, womit noch 617 (entsprechend 5.87%) im ordentlichen Verfahren geführt wurden. Im Kanton Zürich wurden im Jahr 2004 sogar 54.81% aller Konkursverfahren mangels Aktiven wieder eingestellt (Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2006, T 6.2.5.3).

2 Publiziert wird einzig die Gesamtsumme der Gläubigerverluste in erledigten Konkursverfahren. Diese betrug im Jahr 2004 rund CHF 4.7 Mrd. und im Jahr 2005 rund CHF 4.4 Mrd. (Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik vom 11. April 2006).

3 Vgl. FN 1.

4 Vgl. etwa BGE 129 III 559 ff. und BGE 102 III 43 ff.; dazu Daniel Hunkeler, Die Verwendung eines Aktivenüberschusses beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Jusletter vom 16. Februar 2004. Der erstgenannte Fall betraf das Nachlassverfahren des *Friedrich Jahn*. Es ging um einen Aktivenüberschuss von rund CHF 7 Mio. Vgl. auch Bundesgerichtsurteil 7B.6/2006 vom 27. April 2006.
Nicht ganz so selten dürfte ein Aktivenüberschuss bei konkursamtlicher Liquidation eines ausgeschlagenen Nachlasses (Art. 193 SchKG) oder im Konkurs über eine Stiftung sein; Thomas Sprecher, Stiftung und Konkurs, in: Hans Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, 391.

Vorliegend wollen wir dann von einem *Aktivenüberschuss* sprechen, wenn (nach Deckung sämtlicher Verfahrenskosten und Masseverbindlichkeiten; Art. 261 SchKG) sämtliche Forderungen der Insolvenzgläubiger (Konkurs- bzw. Nachlassgläubiger) gemäss dem rechtskräftigen Kollokationsplan und der rechtskräftigen Verteilungsliste gedeckt sind und ein Überschuss verbleibt.

II. Interessengegensatz zwischen Schuldner und Gläubiger beim Aktivenüberschuss

Materiellrechtlich stehen sich der Schuldner und der Gläubiger als Parteien des jeweiligen Forderungsverhältnisses gegenüber. Dieser Interessengegensatz aufgrund des materiellen Rechts wird in der Generalexekution im Normalfall des Passivenüberschusses bedeutungslos: Wenn nicht alle Forderungen der Gläubiger gedeckt werden können, geht ohnehin der gesamte Verwertungserlös an die Gläubiger. Dem Schuldner bleibt (natürlich) nichts[5]. Es findet ein reiner Verteilungskampf unter den Gläubigern statt.

Dies wiederspiegelt sich verfahrensrechtlich darin, dass die Gläubiger nicht nur gegen die Masse (Art. 250 Abs. 1, Art. 321 Abs. 2 SchKG), sondern auch gegeneinander Kollokationsklage führen können (Art. 250 Abs. 2, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Der Schuldner ist dagegen nicht befugt (legitimiert), Kollokationsklage zu führen[6]. Er ist denn auch nicht davon betroffen, wer von seinen Gläubigern wie viel erhält. Zudem gilt im Konkurs der Verlustschein nur dann als provisorischer Rechtsöffnungstitel, wenn der Gemeinschuldner die Forderung anerkannt hat (Art. 265 Abs. 1 SchKG). Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gibt es gar keine Verlustscheine[7].

Liegt dagegen ein Aktivenüberschuss vor, so verlagert sich der Interessengegensatz entsprechend dem materiellrechtlichen Forderungsverhältnis wieder (vorrangig) auf das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger[8]. Das Vermögen, das verwertet wird, gehört trotz Generalexekution dem *Schuldner*[9]. Er hat deshalb einen *"Anspruch* (…) *auf Herausgabe des Aktivenüberschusses* – gleich jenem der Konkursgläubiger auf Dividende"[10]. Sofern und soweit alle Gläubiger volle Deckung für ihre Forderungen erhalten, besteht zwischen ihnen kein Verteilungskampf. Dieser veränderten Interessenlage bei Vorliegen eines Aktivenüberschusses ist durch entsprechende Ausgestaltung des Verfahrens gebührend Rechnung zu tragen[11].

III. Anspruch der Gläubiger auf Zinsen

A. Zinsstopp zufolge Insolvenz als Normalfall

Mit Konkurseröffnung (Art. 209 SchKG) bzw. mit Bewilligung einer Nachlassstundung hört der Zinsenlauf gegenüber dem Schuldner auf (Art. 297 Abs. 3 SchKG[12]). 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

5 Vorbehalten bleiben die unpfändbaren Objekte (Art. 197, Art. 224 i.V.m. Art. 92 SchKG).
6 Vgl. vor FN 92.
7 Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 55 Rz. 5 und 42; Daniel Hunkeler, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Diss. Freiburg 1996, Rz. 62, 78, 80 und 106; BasK-Winkelmann/Lévy/Jeanneret/Merkt/Birchler, Art. 328 SchKG N 4.
8 Zum Verhältnis zwischen "neuen" Zinsen auf Drittklassforderungen und Befriedigung von rangrücktrittsbelasteten Forderungen vgl. Bundesgerichtsurteil 7B.6/2006 vom 27. April 2006, Erw. 1 und 2.
9 Anstatt vieler: Amonn/Walther (FN 7), § 41 Rz. 5.
10 BGE 129 III 563; Hervorhebung hinzugefügt.
11 Vgl. V.C und V.D.
12 Der Zinsstopp im Nachlassverfahren galt gemäss Lehre und Rechtsprechung auch schon unter dem *alten SchKG*. Art. 209 SchKG, wonach im Konkurs der Zinsenlauf für nicht pfandgesicherte Forderungen mit Eröffnung des Konkurses aufhört, ist analog auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angewendet worden (Bruno Portmann, Die Verzinsung der Kurrentforderungen im aktiv saldierten Konkurs- und Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, BlSchK 1961, 37 ff.; A. Schoder, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ZBJV 1952, 422; Gildo Papa, Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Bern 1941, 102 f.; Peter Ludwig, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung [Liquidationsvergleich], Diss. Bern 1970, 118 f.; BGE 102 III 44 f.). Strittig ist unter altem Recht nur gewesen, ob – ohne Regelung im Nachlassvertrag – der Zinsenlauf schon mit der Bewilligung der Nachlassstundung oder erst mit der Bestätigung des Nachlassvertrages aufhört (Schoder [FN 12], 422; Portmann [FN 12], 38; Arthur Tschan, Der gerichtliche Nachlassvertrag, insbesondere der Liquidationsvergleich nach der Notverordnung vom 17. Oktober 1939 bzw. 24. Januar 1941, BlSchK 1941, 40). Die herrschende Lehre und Rechtsprechung unter dem alten SchKG ist davon ausgegangen, dass der Zinsenlauf für ungesicherte Forderungen erst mit der Bestätigung des Nachlassvertrages aufhört (Ludwig [FN 12], 92; Papa [FN 12], 103; Kurt Amonn/Dominik Gasser, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., Bern 1997, § 55 Rz. 11; Paul Piccard, Analoge Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze auf den "Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung", ZSR 1916, 37; Carl Doka, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ZSR 1926, 162 ff.; Charles Edouard Rathgeb, Le concordat par abandon d'actif, Diss. Lausanne 1932, 130; Erwin Gersbach, Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen und seinen Ausführungserlassen, Diss. Zürich 1937, 115; Louis Dallèves, Des effets du concordat sur les contrats du débiteur, SAG 1982, 119; BGE 110 III 107).

zu decken (Art. 209 Abs. 2 SchKG). Beim Liquidationsvergleich kann im Nachlassvertrag der Zinsenlauf abweichend geregelt werden (Art. 297 Abs. 3 Halbsatz 2 SchKG)[13].

Ratio legis dieser Regelung ist, dass es aus administrativen Gründen einen Zeitpunkt geben muss, in welchem die teilnahmeberechtigten Forderungen feststehen. Damit soll das Insolvenzverfahren vereinfacht werden[14]. Es soll verhindert werden, dass die Zinsen bei den jeweils folgenden Verfahrensschritten (namentlich für Abschlagszahlungen oder die Schlussverteilung) neu berechnet werden müssen. Es kommt hinzu, dass eine neue Berechnung der Zinsen bei einer Unterdeckung auch weitgehend sinnlos wäre und nur unnötige Kosten verursachen würde[15].

Als *Zinsen* i.S.v. Art. 209 und Art. 297 Abs. 3 SchKG gelten sowohl vertragliche (z.B. Art. 73, Art. 313 OR) als auch gesetzliche Zinsen, namentlich Verzugszins (Art. 104 Abs. 1 OR)[16]. Erfasst werden nur die ihrem Wesen nach *akzessorischen* Zinsen[17], nicht etwa die periodischen Hauptforderungen[18], welche mitunter auch als "Zinsen" bezeichnet werden (Miet-, Pacht-, Leasing-, Baurechtszinse etc.)[19]. Dies ergibt sich auch aus Abs. 2 von Art. 209 SchKG. Ob eine Zinsforderung akzessorisch ist, bemisst sich nach dem anwendbaren Recht[20].

B. Wegfall des Zinsstopps beim Aktivenüberschuss

Die ratio legis des Zinsstopps (gemäss Art. 209 und Art. 297 Abs. 3 SchKG) ist nun gerade nicht gegeben, wenn ein Aktivenüberschuss vorliegt. Deshalb findet in diesem Fall kein Zinsstopp statt. Der nach Verteilung (aufgrund des rechtskräftigen Kollokationsplans) resultierende *Aktivenüberschuss* ist vielmehr zur *Deckung der Zinsen* zu verwenden, welche die Gläubiger ohne die Insolvenz (Konkurs bzw. Nachlassstundung) für die Zeit nach dem Insolvenzstichtag (Konkurseröffnung bzw. Bewilligung der Nachlassstundung) verlangen könnten[21]. Dies gilt auch beim Nachlassvertrag mit nur teilweiser Vermögensabtretung[22].

Dass beim Aktivenüberschuss in der Generalexekution Zins für die Zeit nach dem Insolvenzstichtag berücksichtigt werden muss bzw. dass der Zinsstopp gemäss Art. 209 und Art. 297 Abs. 3 SchKG nicht gilt, ist eine *vollstreckungsrechtliche Frage*. Darüber haben die Aufsichtsbehörden im Beschwerdeverfahren (Art. 17 ff. SchKG) zu entscheiden[23].

IV. Bestand und Umfang der zu berücksichtigenden Zinsforderungen

Sämtliche im Rahmen der Generalexekution kollozierten Hauptforderungen kommen grundsätzlich für eine Zinsberechtigung in Frage. Zugelassen werden können akzessorische Zinsforderungen, die sich aus Vertrag oder Gesetz ergeben[24]. Massgebend ist grundsätzlich der rechtskräftige Kollokationsplan[25].

Ein Gläubiger kann jedoch auch neu eine Forderung geltend machen (Art. 251, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Diesfalls ist über Bestand und Umfang der Hauptforderung sowie den Zinsanspruch vor und nach dem Insolvenzstichtag zu befinden.

A. Materiellrechtliche Fragen

Welche Forderungen überhaupt zinsberechtigt sind, wie hoch der Zinssatz und wie der Zinsenlauf ist, sind grundsätzlich alles Fragen des materiellen Rechts. Darüber können die Aufsichtsbehörden nicht – auch nicht vorfrageweise – entscheiden[26].

Das Vollstreckungsrecht sieht (ähnlich wie für die "normalen" Insolvenzforderungen) gewisse Schranken vor[27]. Es kann dagegen weder aus dem Insolvenzrecht im Allgemeinen noch aus dem vollstreckungsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger in der Generalexekution im Besonderen (vgl. Art. 219 SchKG) abgeleitet werden, dass alle Forderungen betreffend Zins (Höhe, Zinsenlauf,

13 Schoder (FN 12), 409 ff.; Portmann (FN 12), 37; Ludwig (FN 12), 92 und 118 Fn. 15; BBl 1991 III 184; BGE 129 III 566.
14 BasK-Bauer/Winzeler, Art. 21 VNB N 3; Emrah Erken, Verbesserte Rechtsstellung des Nachlassschuldners während der Nachlassstundung, ST 2002, 897; BGE 129 III 565.
15 Papa (FN 12), 102; Portmann (FN 12), 34 ff.; Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2. A., Bde. I–II, Zürich 1968, 63; Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. A., Bde. I–II, Zürich 1984/1993, § 42 Rz. 10; BGE 102 III 45; vgl. auch BBl 1991 III 184.
16 Carl Jaeger, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. A., Zürich 1911, Art. 209 SchKG N 3; BasK-Schwob, Art. 209 SchKG N 3.
17 Vgl. Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003, Rz. 10.07.
18 Vgl. auch Schwenzer (FN 17), Rz. 10.06.
19 In Bezug auf die genannten Hauptforderungen (Mietzins etc.) stellt der Verzugszins das Akzessorium dar.
20 IV.A.
21 Papa (FN 12), 103; Portmann (FN 12), 37 ff.; Fritzsche (FN 15), 360; Ludwig (FN 12), 118 f.; Fritzsche/Walder (FN 15), § 42 Rz. 10, § 52 Rz. 9, § 77 Rz. 39; Hunkeler (FN 7), Rz. 765 f.; BasK-Bauer/Winzeler, Art. 21 VNB N 4; Amonn/Walther (FN 7), § 42 Rz. 30; Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 1976, Art. 36/37 BankG N 116; Erken (FN 14), 897 f.; ComR-Jeanneret, Art. 209 SchKG N 10; ComR-Gani, Art. 298 SchKG N 19; BasK-Bauer, Ergänzungsband, Art. 298 SchKG N 12; BGE 129 III 566 f., 102 III 45 (= Pra 1976, 406 f.); Bundesgerichtsurteil 7B.6/2006 vom 27. April 2006, Erw. 1.
22 BGE 129 III 568.
23 BGE 129 III 564; zum Recht, Beschwerde zu führen vgl. V.D.1.b (Gläubiger) und V.D.2.b (Schuldner).
24 III.A.
25 Portmann (FN 12), 40.
26 BGE 129 III 563 und 572.
27 Vgl. dazu IV.B.

Dauer) gleich zu behandeln sind[28]. In Bezug auf Bestand und Umfang von Zinsforderungen vor dem relevanten Insolvenzstichtag (Konkurseröffnung, Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung) galt keine Gleichbehandlung. Nichts anderes kann für die Zinsforderungen nach dem Stichtag gelten.

Bei Privatrechtsverhältnissen zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern im Binnenverhältnis kommt das schweizerische materielle Recht zur Anwendung. Liegt ein internationaler Sachverhalt vor, ist vorerst nach den Regeln des schweizerischen *internationalen Privatrechts* das anwendbare materielle Recht zu ermitteln. Kommt gemäss den Prinzipien des IPRG ausländisches Recht zur Anwendung, regelt dieses auch die materiellrechtlichen Aspekte von Bestand und Umfang der Zinsforderung.

Soweit sich Bestand und Umfang der Forderung nach *öffentlichem Recht* richten, gilt dies auch für die (akzessorische) Zinsforderung.

Zu berücksichtigen sind nur akzessorische Zinsforderungen auf rechtskräftig kollozierten Hauptforderungen oder auf neu eingegebenen Forderungen[29]. Als bloss akzessorisches Recht besteht der Anspruch auf Zins so weit und *so lange, bis die Hauptforderung (vor allem) durch Zahlung untergeht*. Damit endet die Zinspflicht aus materiellrechtlichen Gründen im Zeitpunkt und im Umfang der jeweiligen (Abschlags- bzw. Schluss-)Zahlungen an die Gläubiger (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 5, Art. 266, Art. 326 SchKG).

B. Vollstreckungsrechtliche Schranken

Trotz des Umstandes, dass sich Bestand und Umfang einer Zinsforderung grundsätzlich nach dem anwendbaren materiellen Recht richten[30], gelten m.E. verschiedene vollstreckungsrechtliche Schranken für den Zinsenlauf.

Beim Aktivenüberschuss kann nur noch der *Zins ab dem Insolvenzstichtag* berücksichtigt werden, an welchem dieser normalerweise gestoppt wird, d.h. nach Konkurseröffnung bzw. nach Bewilligung der Nachlassstundung (Art. 209 und Art. 297 Abs. 3 SchKG)[31]. Über allfällige Zinsforderungen vor diesem Zeitpunkt war schon im Rahmen der Kollokation zu entscheiden. Diesbezüglich ist der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen. Ein Aktivenüberschuss kann daher m.E. nicht zum Anlass genommen werden, eine rechtskräftige Kollokation für Insolvenzforderungen bis zum Stichtag abzuändern[32]. Vorbehalten bleibt eine ganz neue (verspätete) Forderungseingabe eines Gläubigers (Art. 251, Art. 321 Abs. 2 SchKG), welche uneingeschränkt zulässig ist[33]. Einer solchen steht denn auch kein rechtskräftiger Kollokationsplan entgegen[34].

Wenn beim Aktivenüberschuss Art. 209 (bzw. Art. 297 Abs. 3) SchKG unbeachtlich ist, muss dies m.E. auch für Art. 208 SchKG gelten. Gemäss dieser Bestimmung werden Forderungen gegen den Schuldner mit Konkurseröffnung fällig. Eine Verzinsung ist daher m.E. nur und *erst ab der zivilrechtlichen Fälligkeit* gegeben[35]. Anders verhält es sich (zumindest nach schweizerischem Recht) für Verzugszinse: Verzugszins setzt (zumindest nach schweizerischem Recht) Verzug und damit in aller Regel eine Mahnung voraus (Art. 102 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 OR). Davon kann in der Insolvenz des Schuldners abgesehen werden. Es kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, in der Insolvenz einzig für den absoluten Ausnahmefall eines Aktivenüberschusses zu mahnen[36]. Im Nachlassverfahren gilt das Gesagte mutatis mutandis[37], wobei zu beachten ist, dass vollstreckungsrechtlich nicht schon mit der Nachlassstundung[38], sondern erst mit der Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung die Fälligkeit bewirkt wird[39].

Von *unverzinslichen Forderungen,* welche am Insolvenzstichtag *nicht fällig* sind, wird im Rahmen der Kollokation ein Diskont von 5% in Abzug gebracht (Art. 208 Abs. 2 SchKG). Ein Verzugszins ist deshalb für solche Forderungen erst ab der zivilrechtlichen Fälligkeit geschuldet[40].

Forderungen mit aufschiebender Bedingung werden in der Generalexekution zwar im vollen Umfang kolloziert; der Gläubiger ist jedoch zum Bezug der Dividende erst berechtigt, wenn die Bedingung erfüllt ist (Art. 210 SchKG). Da eine Forderung frühestens ab Entstehung verzinslich ist, ist erst ab Eintritt der aufschiebenden Bedingung Zins geschuldet[41].

---

28 So aber Portmann (FN 12), 40; BGE 102 III 47 (= Pra 1976, 407).
29 IV.
30 IV.A.
31 Bundesgerichtsurteil 7B.6/2006 vom 27. April 2006, Erw. 1; vgl. auch Portmann (FN 12), 39.
32 Zur Frage der Rechtskraft des ursprünglichen Kollokationsplans für Zinsforderungen nach dem Insolvenzstichtag vgl. V.C.2.
33 Vgl. IV am Anfang.
34 V.C.1.
35 Portmann (FN 12), 40; Ludwig (FN 12), 119.
36 Portmann (FN 12), 39; Botschaft vom 6. April 1886 (BBl 1886 II 70).
37 Vgl. Portmann (FN 12), 40; Ludwig (FN 12), 119.
38 Amonn/Walther (FN 7), § 54 Rz. 35; BasK-Vollmar, Art. 297 SchKG N 14; BasK-Hardmeier, Art. 310 SchKG N 7; Walter A. Stoffel, Voies d'exécution, Bern 2002, § 12 Rz. 83; Franco Lorandi, Die Wirkungen des Konkursaufschubs (Art. 725a OR), in: Hans Michael Riemer/Moritz Kuhn/Dominik Vock/Myriam A. Gehri (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, 227.
39 Papa (FN 12), 101; Schoder (FN 12), 433; Amonn/Walther (FN 7), § 54 Rz. 35; Ludwig (FN 12), 91; BasK-Winkelmann/Lévy/Jeanneret/Merkt/Birchler, Art. 319 SchKG N 10; Lorandi (FN 38), 227; BGE 110 III 105 ff.
40 Portmann (FN 12), 40.
41 Portmann (FN 12), 40.

V. Verfahrensrechtliche Vorgehensweise im Insolvenzverfahren

A. Gesetzeslücke

Das Gesetz regelt den Fall des Aktivenüberschusses überhaupt nicht. Es fehlen Vorschriften über die anwendbaren Verfahrensvorschriften für diesen Fall. Es liegt eine (echte) Lücke im Gesetz vor. In Lehre und Rechtsprechung haben sich einige Grundsätze herausgebildet, wie die Lücke geschlossen werden soll. Diese Grundsätze sollen nachfolgend kritisch untersucht werden.

B. Berücksichtigung der Zinsforderungen von Amtes wegen oder nur auf Anmeldung des Gläubigers?

1. Berücksichtigung von Zinsforderungen von Amtes wegen

Sofern ein Gläubiger im Rahmen der ursprünglichen Kollokation (bis zum relevanten Insolvenzstichtag) schon Zinsforderungen angemeldet hat und die Kapitalforderung kolloziert worden ist, können m.E. *Zinsen* auch für die Zeit danach (berechnet auf der kollozierten Kapitalforderung) von Amtes wegen berücksichtigt werden; sie *gelten als mitangemeldet*[42]. Aufgrund der gesetzlichen Regelung und häufig auch aufgrund der Publikation, mit welcher die Gläubiger aufgefordert werden, ihre Forderungen per Insolvenzstichtag einzugeben, darf davon ausgegangen werden, dass ein Gläubiger, der Zins anmeldet, diesen bis zur Zahlung der Hauptforderung geltend machen will. Dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz der Akzesssorietät der Zinszur Hauptforderung[43].

Über die Zulassung einer Zinsforderung ab dem Insolvenzstichtag ist m.E. auch dann zu befinden (was auch eine Abweisung bedeuten kann), wenn im ursprünglichen Kollokationsplan tatsächlich kein Zins zugelassen worden ist. Massgeblich ist einzig, ob der Gläubiger bei der ursprünglichen Forderungsanmeldung Zins geltend gemacht hat, und ob er mit dem Kapitalbetrag (zumindest teilweise) kolloziert worden ist.

Sowohl im Konkurs als auch beim Liquidationsvergleich sind die *Zinsforderungen* in Bezug auf *grundpfandgesicherte Forderungen* von Amtes wegen zu kollozieren (Art. 246, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Dies gilt auch für Zinsforderungen nach den Insolvenzstichtag.

Beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* sind *Forderungen, welche aus den Geschäftsbüchern des Schuldners ersichtlich sind,* von Amtes wegen zu kollozieren (Art. 321 Abs. 1 SchKG). Soweit die Zinsforderung selbst oder die Verzinslichkeit einer Hauptforderung aus den Geschäftsbüchern ersichtlich ist, ist sie von Amtes wegen zu kollozieren. Dies dürfte in jedem Fall für Verzugszinse gelten (Art. 104 Abs. 1 OR), sofern diese schweizerischem Recht unterstehen, und die Fälligkeit aus den Geschäftsbüchern ersichtlich ist[44].

2. Anmeldung durch den Gläubiger

In den *übrigen Fällen* ist m.E. eine Kollokation von Amtes wegen unzulässig[45]. Dies gilt namentlich für den Fall, dass ein Gläubiger nur eine Kapitalforderung angemeldet hat. Es bedarf in diesen Fällen (vorbehältlich der oben genannten Ausnahmen[46]) vielmehr einer Anmeldung der Zinsforderung durch den Gläubiger.

Dazu wird er von sich aus jedoch kaum eine Veranlassung haben. M.E. ist das verfahrensleitende Organ (Konkursamt, Konkursverwaltung, Liquidatoren) deshalb in diesen Fällen verpflichtet, die Gläubiger entweder durch *Spezialanzeige* (z.B. mittels Gläubigerzirkular; Art. 255a SchKG) oder durch *Publikation* (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2, Art. 300 SchKG analog)[47] darauf hinzuweisen, dass ein Aktivenüberschuss besteht, und deshalb Zinsforderungen für die Zeit nach dem relevanten Insolvenzstichtag angemeldet werden können. Den Gläubigern ist eine Frist zur Anmeldung anzusetzen. Sinnvoll ist eine Frist von 20 (Art. 300 SchKG analog) bis 30 Tagen (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG analog). Diese Frist ist nicht peremptorisch (Art. 251, Art. 321 Abs. 2 SchKG analog).

C. Nachtrag zur Verteilungsliste oder Ergänzung des Kollokationsplans?

1. Lehre und Rechtsprechung: Nachtrag in der Verteilungsliste

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die Zinsen ab dem relevanten Insolvenzstichtag müssten nicht in einem förmlichen Nachtrag zum Kollokationsplan aufgeführt werden. Es genüge, sie mit separater Kolonne *in der Verteilungsliste* aufzuführen[48]. Das Bundesgericht übernahm diese Auffassung[49].

Diese Vorgehensweise wird mit folgenden Begründungen als zulässig bzw. angezeigt erachtet: Diese Vorge-

42 Vgl. Portmann (FN 12), 41; Ludwig (FN 12), 119; BGE 129 III 559; welche jedoch alle auf die erfolgte *Kollokation der Hauptforderung* abstellen.
43 III.A.
44 Vgl. IV.B, wonach eine Mahnung entbehrlich ist.
45 Generell *a.M.* Portmann (FN 12), 40, wonach die Zinsforderungen stets von Amtes wegen zu berücksichtigen sind.
46 V.B.1.
47 Generell *a.M.* Portmann (FN 12), 40, wonach es keines nochmaligen Schuldenrufs bedarf.
48 Portmann (FN 12), 40 f.; Ludwig (FN 12), 119.
49 BGE 129 III 572; vgl. auch schon BGE 102 III 41 ff., wo das Bundesgericht eine solche Vorgehensweise des verfahrensleitenden Organs zumindest nicht beanstandet hat.

hensweise sei aus Kosten- und Zeitgründen angezeigt[50]. Die zu berücksichtigenden Zinsforderungen ständen aufgrund der Kollokation der Hauptforderung und der einschlägigen materiellrechtlichen Bestimmungen prinzipiell eindeutig fest[51]. Die Rechte des Schuldners seien gewahrt, indem er auf dem Beschwerdeweg einwenden könne, die Voraussetzungen für eine nachträgliche Änderung des Kollokationsplans im Rahmen der Verteilung seien nicht erfüllt[52]. Die Berücksichtigung und Berechnung des Zinses könne – weil eine klare Rechtslage vorliege – im Beschwerdeverfahren überprüft und wenn nötig richtiggestellt werden[53].

2. Eigene Stellungnahme: Ergänzung des Kollokationsplans

Diese Auffassung überzeugt m.E. aus mehreren Gründen nicht: Kosten- und Zeitgründe sind vorab keine tauglichen Gründe, um ein Verfahren nicht lege artis abzuwickeln. Gerade ein vom Bundesgericht entschiedener Fall zeigt, dass weder Kosten- (es ging um einen Aktivenüberschuss von mehr als CHF 7 Mio.[54]) noch Zeitgründe (das Verfahren dauerte allein bis zur beabsichtigten Abschlagszahlung auf "neue" Zinsen mehr als 17 Jahre[55]) von Bedeutung sein können. Auch wenn dieser Fall nicht exemplarisch sein dürfte, kann für andere Fälle nichts anderes gelten.

Die Zinsforderungen stehen keineswegs eindeutig fest: Dies gilt unbesehen des Umstandes, dass die Hauptforderung (in aller Regel[56]) rechtskräftig kolloziert ist. Es ist vielmehr aufgrund der materiellen Rechtsordnung, welche bei Privatrechtsverhältnissen im internationalen Kontext zunächst nach den Bestimmungen des internationalen Privatrechts festzustellen ist[57], darüber zu entscheiden. Bei öffentlichrechtlichen Forderungen richten sich die materiellrechtlichen Aspekte des Zinses nach diesem[58]. Schliesslich bestehen verschiedene vollstreckungsrechtliche Schranken, welche zu beachten sind[59]. Es liegt damit in vielen Fällen kein "klares Recht" vor[60]. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre eine Beurteilung der Zinsforderungen in einem Nachtrag zur Verteilungsliste nicht zulässig[61].

Im Grundsatz verfehlt ist die Auffassung, dass die materiellrechtliche Beurteilung der Zinsforderungen – weil eine klare Rechtslage vorliege – im Beschwerdeverfahren überprüft werde könne[62]. Dies anerkennt denn auch das Bundesgericht, obwohl es einen Nachtrag in der Verteilungsliste genügen lässt[63]. Mit betreibungsrechtlicher Beschwerde kann nur die Verletzung von *betreibungsrechtlichen Normen* gerügt werden[64]. In beschränktem Umfang können auch materielle Vorfragen beurteilt werden[65]. Um beides geht es bei der Zulassung von Zinsforderungen nicht[66]. Das materielle Recht kann auch dann nicht im Beschwerdeverfahren überprüft werden, wenn eine "klare Rechtslage" vorliegt.

Auch jene Autoren, welche einen Nachtrag zur Verteilungsliste für zulässig erachten, gehen davon aus, dass es in der Sache um die nachträgliche Änderung des Kollokationsplans geht[67]. Dies gesteht auch das Bundesgericht ein, wenn es davon spricht, es liege "eine nachträgliche Änderung des Kollokationsplans im Rahmen der Verteilung" vor[68].

Richtigerweise handelt es sich in aller Regel nicht um eine Änderung, sondern um eine *Ergänzung des ursprünglichen Kollokationsplans:* Im ursprünglichen Kollokationsplan konnten (pfandgesicherte Forderungen ausgenommen; Art. 209 Abs. 2 SchKG) nur Zinsforderungen bis zum Insolvenzstichtag berücksichtigt werden (Art. 209 Abs. 1, Art. 297 Abs. 3 SchKG). Beim Aktivenüberschuss geht es demgegenüber nur um Zinsforderungen für die Zeit danach[69]. In zeitlicher Hinsicht liegt somit keine Überschneidung vor. Insofern liegt auch keine Abänderung des ursprünglichen Kollokationsplans vor. Die Rechtskraft des (ersten) Kollokationsplans steht damit einer Ergänzung nicht entgegen.

Im Ergebnis gleich, aber mit anderer Begründung verhält es sich, wenn ein Gläubiger – im Widerspruch zur gesetzlichen Regelung (Art. 209, Art. 297 Abs. 3 SchKG) – bei der ursprünglichen Forderungsanmeldung Zins auch für die Zeit nach dem Insolvenzstichtag geltend gemacht hat. Dieser Teil des Zinses war bei der (ursprünglichen) Kollokation abzuweisen. Diese Abweisung erwuchs in Rechtskraft. Praxisgemäss kann eine rechtskräftige Kollokation jedoch ausnahmsweise abgeändert werden, wenn neue Tatsachen vorliegen[70]. Ein Aktivenüberschuss stellt zweifellos eine

50 Portmann (FN 12), 40; Ludwig (FN 12), 119.
51 Portmann (FN 12), 40 f.
52 BGE 129 III 572.
53 Portmann (FN 12), 41.
54 BGE 129 III 560; vgl. auch FN 4.
55 Nachlassstundung im September 1982 und Auflage Verteilungsliste Oktober 1999 (BGE 129 III 560 f.).
56 Zulässig ist auch die erstmalige Anmeldung von "neuen" Zinsforderungen (Art. 251, Art. 321 Abs. 2 SchKG).
57 IV.A.
58 IV.A.
59 IV.B.
60 Dies hat namentlich in dem BGE 129 III 559 ff. zugrunde liegenden Fall gegolten, ohne dass dies im Sachverhalt des publizierten Entscheides hinreichend deutlich wird.
61 Vgl. sogleich unten im Text.
62 So aber Portmann (FN 12), 41.
63 BGE 129 III 563 und 573.
64 Hans Sorg, Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen im Kanton Zürich, Winterthur 1954, 29 f.; Peter Nötzli, Die analoge Anwendung zivilprozessualer Normen auf das Beschwerdeverfahren nach SchKG, Diss. Zürich 1980, 43; Amonn/Walther (FN 7), § 6 Rz. 12; Franco Lorandi, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000, Art. 17 SchKG N 101.
65 BGE 129 III 564, 120 III 164, 101 III 164.
66 BGE 129 III 573.
67 Portmann (FN 12), 40 f.; Ludwig (FN 12), 119.
68 BGE 129 III 572.
69 III.B.
70 Amonn/Walther (FN 7), § 46 Rz. 37; BasK-Hierholzer, Art. 247 SchKG N 121; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bde. I–IV, Lausanne 1999–2001/2003, Art. 250 SchKG N 38 ff.; BGE 129 III 572, 111 III 84.

neue Tatsache dar, welche es rechtfertigt, in Bezug auf den Zins seit dem Insolvenzstichtag[71] neu zu entscheiden. Mit Eintritt eines Aktivenüberschusses kommt Art. 209 Abs. 1 SchKG nicht mehr zur Anwendung[72]. Damit steht selbst die Rechtskraft des ursprünglichen Kollokationsplans (d.h. die Abweisung der Zinsforderung für die Zeit nach dem Insolvenzstichtag) der neuen Zulassung solcher Zinsforderungen nach Auftreten eines Aktivenüberschusses nicht entgegen.

Das Gesagte gilt mutatis mutandis auch für pfandgesicherte Forderungen. Bei diesen ist einzig der Stichtag – in Abhängigkeit des Umfangs der Pfanddeckung (Art. 209 Abs. 2 SchKG) – zeitlich verschoben; er liegt zwischen dem Insolvenzstichtag und dem Tag der Verwertung des Pfandobjektes. Ab diesem Datum besteht bei einem Aktivenüberschuss ein Anrecht auf Verzinsung.

Schliesslich zeigt sich auch aus anderer Optik, dass einzig durch Ergänzung des Kollokationsplans über die Zinsforderungen entschieden werden kann: Es dürfte unbestritten sein, dass auch ein Gläubiger, welcher erstmals eine Forderung eingibt (Art. 251, Art. 321 Abs. 2 SchKG), nachdem ein Aktivenüberschuss vorliegt, Anrecht auf Zulassung von Zins nach dem Insolvenzstichtag hat[73]. Voraussetzung ist, dass der Aktivenüberschuss ausreicht, vorab die "gewöhnliche" Forderung (Kapitalforderung und Zins bis zum Insolvenzstichtag) aus dem Überschuss zu decken[74]. Über die neu eingegebene Forderung ist umfassend, d.h. auch in Bezug auf den Zins *nach* dem Insolvenzstichtag, durch Nachtrag zum Kollokationsplan zu entscheiden (Art. 251 Abs. 4, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Es wäre nun wahrlich nicht einsichtig, weshalb für eine neu eingegebene Forderung verfahrensmässig etwas anderes gelten würde (Nachtrag zum Kollokationsplan) als für die "neue" Zinsforderung auf einer "alten" (d.h. schon kollozierten) Forderung (Nachtrag zur Verteilungsliste).

Wie zu zeigen sein wird, kann schliesslich auch nur mit einem Nachtrag zum Kollokationsplan gewährleistet werden, dass sowohl die Gläubiger als auch der Schuldner ihre Rechte gehörig wahrnehmen können. Die gehörige Wahrung der Rechte erfordert, dass Bestand und Umfang der Zinsforderung überprüft werden können[75].

3. Weitere Verfahrensvorschriften

Es gelten die üblichen Vorschriften für die Erstellung bzw. Ergänzung des Kollokationsplans: Das verfahrensleitende Organ holt die Erklärung des Schuldners zu den neuen, von Amtes wegen zu berücksichtigenden oder angemeldeten Zinsforderungen ein (Art. 244 Satz 2, Art. 321 Abs. 2 SchKG); das Organ ist an die Erklärung des Schuldners nicht gebunden (Art. 245 Satz 2, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Besteht ein Gläubigerausschuss, ist ihm der ergänzte Kollokationsplan zur Genehmigung zu unterbreiten (Art. 247 Abs. 3, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Der ergänzte Kollokationsplan ist zur Einsicht aufzulegen. Die Auflage ist öffentlich bekannt zu machen. Jeder Gläubiger, dessen Forderung ganz oder teilweise abgewiesen worden ist, erhält eine Spezialanzeige (Art. 249, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Forderungseingaben sind bis zum Schluss des Verfahrens zu beachten (Art. 251, Art. 321 Abs. 2 SchKG).

Gestützt auf die rechtskräftige Ergänzung des Kollokationsplans ist eine *Verteilungsliste* zu erstellen und aufzulegen. Die Auflage ist zu publizieren (Art. 261, Art. 263, Art. 326 SchKG). Erst nach Rechtskraft der Verteilungsliste darf eine Verteilung vorgenommen werden (Art. 264, Art. 326 SchKG).

Besteht auch nach Berücksichtigung aller "neuen" Zinsforderungen (gemäss Kollokationsplan und Verteilungsliste) noch ein *Aktivenüberschuss,* so ist dieser dem Schuldner herauszugeben[76]. Weigert sich das verfahrenleitende Organ, dem Schuldner nach Abschluss des Insolvenzverfahrens den Überschuss auszuzahlen, kann er auf dem *Beschwerdeweg* eine Anweisung der Aufsichtsbehörden an das Organ um Auszahlung verlangen[77].

D. Rechtsmittel der Verfahrensbeteiligten

Die hier vertretene Vorgehensweise hat m.E. vor allem den Vorteil, dass ein den (aussergewöhnlichen) Verhältnissen angepasster Rechtsmittelweg gegeben ist:

1. Rechtsmittel der Gläubiger

a. Kollokationsklage

In Bezug auf den ergänzten Kollokationsplan können die Gläubiger wie üblich sowohl gegen die Kollokation der eigenen (Zins-)Forderung als auch in Bezug auf die Kollokation der (Zins-)Forderung eines anderen Gläubigers *Kollokationsklage* erheben (Art. 250 Abs. 1 und 2, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Nur dem Kollokationsrichter (nicht aber den Aufsichtsbehörden[78]) steht die Befugnis zu, alle materiellrechtlichen Aspekte der Zinsforderung (Zinsberechtigung einer Hauptforderung, Höhe des Zinses, Zinsenlauf) zu beurteilen. Damit ist der volle Rechtsschutz der Gläubiger gewährleistet, wie er auch für den ursprünglichen Kol-

71 Auf die Kollokation der Insolvenzforderung (Hauptforderung und Zins) per Insolvenzstichtag kann dagegen auch nicht wegen eines Aktivenüberschusses zurückgekommen werden; vgl. vor und nach FN 69.
72 III.B.
73 Vgl. IV am Anfang.
74 Es scheint aufgrund von Art. 209 Abs. 2 und Art. 251 SchKG systemgerecht, aus einem noch nicht verteilten Überschuss zunächst vollständig die (neu eingegebene) "alte" Insolvenzforderung (d.h. bis zum Insolvenzstichtag) zu decken und nur den danach verbleibenden Überschuss auf sämtliche "neuen" Zinsforderungen (d.h. nach dem Insolvenzstichtag) zu applizieren.
75 V.D.
76 II.
77 BGE 129 III 564.
78 IV.A.

lokationsplan bestanden hat[79]. Es gibt keinen Grund, für die "neuen" Zinsforderungen davon abzuweichen.

Dies gilt dann, wenn aufgrund des ergänzten Kollokationsplans die Gläubiger für ihre *Zinsforderungen* ab dem Insolvenzstichtag aus dem vorhandenen Aktivenüberschuss *nicht vollumfänglich befriedigt werden können*. Diesfalls liegt – bezogen auf die "neuen" Zinsforderungen – der übliche Verteilungskampf unter den Gläubigern vor, wie er dem SchKG (für den Normalfall des Passivenüberschusses) zugrunde liegt[80]. In dieser Konstellation liegt denn – unter Berücksichtigung der "neuen" Zinsforderungen – gar kein Aktivenüberschuss (mehr) vor.

Können dagegen *alle Forderungen* gemäss dem ergänzten Kollokationsplan (bzw. gemäss den Forderungsanmeldungen der Gläubiger) *vollumfänglich befriedigt* werden, so besteht zwischen ihnen kein Verteilungskampf[81]; vielmehr erhält jeder Gläubiger – selbst unter Berücksichtigung der "neuen" Zinsforderungen – volle Befriedigung. Damit *entfällt* automatisch die *Möglichkeit, gegen einen anderen Gläubiger Kollokationsklage zu erheben*. Es fehlt diesbezüglich das Rechtsschutzinteresse. Ein klagender und obsiegender Gläubiger könnte auch keinen Vorteil erlangen, denn mehr als volle Deckung seiner eigenen Forderung kann er mittels Kollokationsklage nie erlangen (Art. 250 Abs. 2 Satz 2 SchKG)[82].

b. Beschwerde

Daneben können die Gläubiger Verfahrensfehler im Zusammenhang mit dem ergänzten Kollokationsplan oder der Verteilungsliste[83] mit betreibungsrechtlicher Beschwerde (Art. 17 ff. SchKG) rügen.

2. Rechtsmittel des Schuldners

a. Kollokationsklage

Ein Teil der Lehre und das Bundesgericht halten es für ausreichend, die Zinsforderungen ab dem Insolvenzstichtag mit einer Ergänzung zur Verteilungsliste zu behandeln[84]. Die Verteilungsliste kann nur mit *Beschwerde* angefochten werden[85]. In der Generalexekution sind (im Regelfall des Passivenüberschusses) einzig die Gläubiger legitimiert, Beschwerde zu führen[86]. Bei Vorliegen eines Passivenüberschusses gilt ausnahmsweise auch der Schuldner als beschwerdelegitimiert. Grund dafür ist, dass durch die Berücksichtigung von Zinsforderungen nach dem Insolvenzstichtag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Aktivenüberschusses[87] gefährdet wäre[88]. Der Schuldner soll jedoch einzig befugt sein, auf eine rechtmässige Art der Liquidation hinzuwirken. Er soll dagegen nicht befugt sein, Bestand und Umfang der in die ergänzte Verteilungsliste aufgenommenen Zinsforderungen anzufechten[89].

Nach der hier vertretenen Auffassung ist für die "neuen" Zinsforderungen ein Nachtrag zum Kollokationsplan zu erstellen[90]. Dieser kann bekanntlich sowohl mit betreibungsrechtlicher Beschwerde wegen Verfahrensfehlern als auch mittels Kollokationsklage in Bezug auf Bestand und Umfang der zugelassenen Forderungen angefochten werden (Art. 250, Art. 321 Abs. 2 SchKG)[91]. In der Generalexekution sind im Regelfall des Passivenüberschusses einzig die Gläubiger befugt, Kollokationsklage zu führen (Art. 250, Art. 321 Abs. 2 SchKG). Der Schuldner ist zur Kollokationsklage nicht legitimiert[92].

Bei Vorliegen eines Aktivenüberschusses wird diese Regelung der veränderten Interessenlage[93] nicht gerecht. Es rechtfertigt sich (analog der Sichtweise, dem Schuldner ausnahmsweise die Anfechtung der ergänzten Verteilungsliste mit Beschwerde zu gestatten[94]), den Schuldner ausnahmsweise zur *Kollokationsklage* zuzulassen. Nur mittels Kollokationsklage kann Bestand und Umfang der im Nachtrag zum Kollokationsplan aufgeführten Zinsforderungen in Frage gestellt werden[95]. Wenn ein Aktivenüberschuss

---

79 So zu Recht auch das Bundesgericht im Urteil 7B.6/2006 vom 27. April 2006, Erw. 1 und 2, gemäss welchem im *Verhältnis zwischen Drittklassgläubigern und Rangrücktrittsgläubigern* durch Kollokation zu entscheiden ist, ob (nach vollständiger Befriedigung der kollozierten Drittklassforderungen) zunächst die "neuen" Zinsforderungen der Drittklassgläubiger oder die Forderungen mit Rangrücktritt zu befriedigen sind.

80 II.

81 II.

82 Es verhält sich zudem analog zur Regelung in der *Pfändung,* wonach für den Fall des Aktivenüberschusses verallgemeinerungsfähig ist: Wenn in einer Pfändungsgruppe alle Gläubiger volle Deckung erhalten, muss in der Spezialexekution (mangels Verteilungskampf unter den Gläubigern) kein Kollokationsplan erstellt werden (Art. 146 Abs. 1 SchKG e contrario). Mangels Kollokationsplans entfällt natürlich auch die Möglichkeit, Kollokationsklage gegen die Forderung eines anderen Gläubigers zu führen (Art. 148 SchKG).

83 V.C.2 und V.C.3.

84 V.C.1.

85 Anstatt aller: Amonn/Walther (FN 7), § 48 Rz. 10.

86 Gilliéron (FN 70), Art. 266 SchKG N 20; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Bde. I–III, Zürich 1997/1999/2001, Art. 266 SchKG N 2; Lorandi (FN 64), Art. 17 SchKG N 177 ff.; BGE 129 III 562, 28 I 67.

87 II.

88 BGE 129 III 563, 102 III 34.

89 BGE 129 III 563, 102 III 258 ff.

90 V.C.2.

91 Anstatt aller: Amonn/Walther (FN 7), § 46 Rz. 38 ff.

92 Jaeger (FN 16), Art. 250 SchKG N 1; Ernst Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, 782; Amonn/Walther (FN 7), § 46 Rz. 53; Daniel Spichty, Gegenstand, Rechtsnatur und Rechtskraftwirkung des Kollokationplanes im Konkurs, Diss. Basel 1979, 154; Hans Ulrich Walder/Ingrid Jent-Sørensen, Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 5. A., Zürich 1997, Tafel 59; Pierre-Robert Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4. A., Lausanne 2005, Rz. 450.

93 II.

94 Vgl. vor FN 89.

95 V.D.1.

besteht, muss dieser Rechtsweg ausnahmsweise auch[96] dem Schuldner zustehen. Nur damit kann er seinen "Anspruch (…) auf Herausgabe des Aktivenüberschusses"[97] gegen die Gläubiger systemkonform durchsetzen. Ansonsten bliebe ihm ein wirksamer Rechtsschutz versagt. Diese Sichtweise ist auch Ausdruck dessen, dass dem Verfahrensrecht in Bezug auf das materielle Recht dienende Funktion zukommt[98]. Wenn das materielle Recht Rechtsschutz erfordert, muss das Verfahrensrecht solchen bieten.

Die Rechte des Schuldners sind namentlich nicht gehörig gewahrt, indem man ihm (einzig) erlaubt, auf dem Beschwerdeweg einzuwenden, die Voraussetzungen für eine nachträgliche Änderung des Kollokationsplans seien nicht erfüllt[99]. Dies stellt in Tat und Wahrheit gar keinen, geschweige denn einen angemessenen Rechtsschutz des Schuldners dar: Zum einen geht es in aller Regel nicht um eine Abänderung, sondern nur um eine Ergänzung des Kollokationsplans, was ohnehin immer zulässig ist[100]. Eine Beschwerde wäre deshalb zwecklos. Zum anderen ist bei einem Aktivenüberschuss auch eine formelle Änderung des rechtskräftigen Kollokationsplans zulässig[101]. Auch diesfalls nützt dem Schuldner die Beschwerde nichts.

Im Sinne einer *Ausnahme zur Ausnahme* ist dem Schuldner *mangels Rechtsschutzinteresse* die Berechtigung zur Kollokationsklage abzusprechen, wenn und soweit er im Rahmen der Stellungnahme (Art. 244 Satz 2, Art. 321 Abs. 2 SchKG) die "neuen" Zinsforderungen anerkannt hat. An diese Anerkennung ist er gebunden. Er kann diese namentlich nicht durch Kollokationsklage beseitigen.

b. Beschwerde

Daneben steht dem Schuldner auch die betreibungsrechtliche Beschwerde wegen Verfahrensfehlern offen. Dies gilt nicht nur in Bezug auf die Erstellung des ergänzten Kollokationsplans, sondern auch im Zusammenhang mit der Verteilungsliste. Er kann insbesondere rügen, die Verteilungsliste weiche (zu seinen Ungunsten) von der rechtskräftigen Ergänzung des Kollokationsplans ab.

96 Wenn auch nach dem ergänzten Kollokationsplan alle "neuen" Zinsforderungen gedeckt werden können, kann sogar *einzig* der Schuldner Kollokationsklage führen; die Gläubiger sind in diesem Fall – mangels Rechtsschutzinteresse – davon ausgeschlossen (V.D.1.a).
97 BGE 129 III 563.
98 BGE 116 II 218; Oscar Vogel, Die Stufenklage und die dienende Funktion des Zivilprozessrechts, recht 1992, 60 ff.; Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, Kap. 1 Rz. 14.
99 So aber BGE 129 III 572.
100 V.C.2.
101 V.C.2.

Si une exécution générale aboutit à un excédent d'actifs, il sied de se poser différentes questions qui ne sont pas réglées dans la loi. En principe, les créanciers ont droit à des intérêts dès le jour de l'insolvabilité qui arrête les intérêts (ouverture de la faillite ou sursis concordataire). Les conditions, le montant et la durée des intérêts se déterminent selon le droit matériel applicable. Un état de collocation complémentaire fixe l'existence et l'étendue de la créance d'intérêts. Des litiges sont résolus au moyen de l'action en contestation de l'état de collocation. Exceptionnellement, le débiteur est aussi autorisé à introduire une telle action.

(trad. LT LAWTANK, Fribourg)