

# 1. Konkursverfahren II: Ablauf des ordentlichen Verfahrens

## 1.1. Vorbemerkungen: Nahtstelle Konkursöffnung und Konkursverfahren

### 1.1.1. Überblick über die Konkursgründe/Wege zum Konkurs

	Im Handelsregister eingetragene Personen		Nicht im Handelsregister eingetragene Personen
	Kapitalgesellschaften, Genossenschaften	Natürliche Personen, andere im HRG eingetragene Personen	
Nach erfolgreichem Einleitungsverfahren	X	X	
Konkursöffnung auf Antrag des Schuldners (SchKG 191)	X	X	X
Nach Benachrichtigung des Konkursgerichtes bei Überschuldung (SchKG 192)	X		
Ohne Einleitungsverfahren auf Antrag eines Gläubigers gemäss SchKG 190 Ziff. 1	X	X	X
Ohne Einleitungsverfahren auf Antrag eines Gläubigers gemäss SchKG 190 Ziff. 2	X	X	
Nach Scheitern des Nachlassverfahrens (revSchKG 192).	X	X	X

### 1.1.2. Nahtstelle Konkursöffnung und Durchführung des Konkursverfahrens

Der nachfolgende Text ist nicht Prüfungstoff

Über die Konkursöffnung wird im summarischen Verfahren entschieden (Art. 251 ZPO). Bei Vorliegen eines der genannten Konkursgründe spricht das Konkursgericht die Konkursöffnung aus (Art. 171 SchKG). Es handelt sich dabei um einen (verfahrensrechtlichen) Gestaltungsentscheid. Der Konkurs gilt in dem Zeitpunkt eröffnet, in welchem das Gericht seine Entscheidung fällt. Das Gericht stellt diesen Zeitpunkt denn im Entscheid auch ausdrücklich fest (Art. 175 SchKG).

Gegen die Entscheidung kann die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO ergriffen werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG, Art. 319 lit.a in Verb. mit 309 lit. b Ziff. 7 ZPO). Die Beschwerde hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des Entscheides betr. Konkursöffnung nicht. D.h. Die Konkursöffnung wird zunächst einmal mit der mündlichen Eröffnung oder schriftlichen Zustellung rechtskräftig und – in beiden Fällen mit der

schriftlichen Zustellung - vollstreckbar. Dies gilt auch dann, wenn die Konkursöffnung ohne schriftliche Begründung eröffnet wurde (Art. 239 Abs. 1 ZPO).

Die Rechtsmittelinstanz kann jedoch die aufschiebende Wirkung erteilen. In der Praxis wird in der Regel die aufschiebende Wirkung erteilt.

- Einerseits hat die Beschwerde oft gute Chancen auf Gutheissung. Namentlich gelingt es vielen Schuldnern, die dem die Konkursöffnung beantragenden Gläubiger geschuldete Forderung zu hinterlegen und glaubhaft zu machen, dass sie Zahlungsfähig sind (siehe etwa das Beispiel in ZR 102/2003 Nr. 28 S. 143 ff.).
- Andererseits berücksichtigt die Beschwerdeinstanz auch, dass die Konkursöffnung mit irreversiblen Folgen verbunden ist.

Diese Regelung führt in der Praxis zu folgendem Problem: Die Konkursöffnung tritt in jedem, unabhängig davon, ob sie später in einem Beschwerdeverfahren wieder aufgehoben wird, mindestens für kurze Zeit (ein bis zwei Wochen) ein, nämlich bis die Beschwerdeinstanz dem Antrag auf aufschiebende Wirkung gefällt hat.

Die zunächst fehlende aufschiebende Wirkung schafft in der Praxis erhebliche Probleme: Was kann/muss das Konkursamt unternehmen, solange noch nicht feststeht, ob die aufschiebende Wirkung erteilt wird oder nicht?

Konkret stellt sich etwa die Frage, ob das Konkursamt bereits Sicherungsmassnahmen zu treffen hat. Betreibt der Konkurschuldner ein Geschäft stellt sich die Frage, ob das Konkursamt bereits schliessen kann und muss bzw. welche Konsequenzen sich hieraus ergeben, wenn das Geschäft mit mindestens faktischer Duldung weiterbetrieben wird.

M.E. kommt das Konkursamt nicht umhin, die ersten Sicherungsmassnahmen zu treffen (Feststellung des Kassenbestandes, allenfalls vorläufiges Kontensperren, erste Sichtung der Aktiven). Handelt es sich um eine laufendes Geschäft muss das Konkursamt dafür sorgen, dass ab Konkursöffnung eine besondere Rechnung geführt wird; es muss gegenüber den Organen und den geschäftsführenden Personen klar gestellt werden, dass die Einnahme nur noch in Absprache mit dem Konkursamt verwendet werden können und dass weitere Anweisungen erfolgen, sobald die Konkursöffnung definitiv geworden ist

## 1.2. *Feststellung der Aktiven und Passiven; Sicherung und Verwaltung der Aktiven*

Skizze: Einordnung der Feststellung der Aktiven und Passiven und Sicherung und Verwaltung der Aktiven in den Ablauf des ordentlichen Konkursverfahrens.

### 1.2.1. **Sofortmassnahmen nach Konkurseröffnung**

Sofort nach Empfang des (definitiven) Konkurserkennnisses vom Konkursgericht hat das Konkursamt zwei Aufgaben zu erledigen (SchKG 221 I):

- Aufnahme eines Inventars über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen,
- Treffen der zur Sicherung des Vermögens notwendigen Massnahmen.

Ist das Konkurskenntnis noch nicht definitiv, hat es – wie gerade ausgeführt worden ist – nur, aber immerhin die ersten sichernden Massnahmen zu treffen (siehe ...).

#### 1.2.1.1. **Inventaraufnahme**

##### **Grundsatz der Vollständigkeit:**

Die Inventaraufnahme bedeutet eine vollständige, mit einer Wertschätzung verbundene Aufzeichnung aller Vermögenswerte des Schuldners. Im Einzelnen heisst dies:

- Aufnahme auch der dem Schuldner überlassenen Kompetenzstücke (SchKG 224),
- Aufzeichnung auch der Vermögenswerte, die angeblich einem Dritten gehören (SchKG 225),
- Aufnahme auch der Anfechtungsansprüche, d.h, der Vermögenswerte, die (allenfalls) mit der Anfechtungsklage zur Konkursmasse gezogen werden können (SchKG 221 in Verbindung mit SchKG 200).

Die Gläubiger sind berechtigt gegen die Nichtaufnahme bestimmter Gegenstände Beschwerde zu führen: BGE 114 III 22, 64 III 36.

##### **Vormerkung von Drittansprachen:**

Im Inventar sind auch allfällige bereits bekannte Drittansprachen vorzumerken (KOV 34).

##### **Mithilfe des Schuldners:**

Wie schon gesagt, ist der Schuldner bei Straffolge (siehe ...) verpflichtet, dem Konkursamt alle seine Vermögensstücke anzugeben und zur Verfügung zu stellen (SchKG 222). Das fertiggestellte Inventar wird ihm mit der Aufforderung vorgelegt, sich über dessen Vollständigkeit und Richtigkeit auszusprechen (SchKG 228).

Der Schuldner wird in der Praxis jeweils nach einer standardisierten Checkliste eingehend einvernommen.

##### **Umfang der Feststellung- Prüfungspflicht der Aktiven:**

Eine schwierige Frage ist, wie eingehend das Konkursamt nach Aktiven suchen und diese näher aktiv prüfen soll und muss.

Konkret stellt sich etwa die Frage, ob es etwa näher prüfen muss, welche Ansprüche sich aus einem bestehenden Rechtsstreit des Konkurschuldners mit einem Dritten ergeben, ob und inwiefern gegen die Organe Verantwortlichkeitsansprüche aus Aktienrecht bestehen bzw. gegen Dritte Anfechtungsklage erhoben werden können. In der Praxis ist eher üblich, alle diese Ansprüche nur pauschal in das Inventar aufzunehmen und mit einem Proformabetrag zu schätzen.<sup>1</sup>

### **Wirkung:**

Die Inventaraufnahme hat eine feststellende, aber auch eine sichernde Funktion. Sie bewirkt jedoch wie die Pfändungsurkunde kein Verfügungsverbot. Vielmehr tritt dieses schon mit der Konkurseröffnung ein (vgl. SchKG 204). Die Aufnahme hat jedoch strafrechtliche Konsequenzen. Der sog. Verstrickungsbruch ist im Konkursverfahren allein an amtlich aufgezeichneten, d.h. inventarisierten Vermögenswerten möglich (StGB 169).

Eine wichtige Bedeutung des Inventars liegt auch darin, dass es die Grundlage für die Entscheidung bildet, ob genügend Vermögen für das ordentliche Verfahren oder wenigstens für das summarische Verfahren vorhanden ist (hierzu ...).

### **1.2.1.2. Sicherungsmassnahmen**

Mit der Inventarisierung sind zugleich die sichernden Massnahmen zu treffen (SchKG 223). Diese erfolgen in drei Formen:

#### **Verwahren:**

Geld, Wertpapiere und alle Aufzeichnungen über Vermögenswerte, wie vor allem Geschäftsbücher, nimmt das Konkursamt in Verwahrung (SchKG 223 II).

#### **Versiegeln:**

Räumlichkeiten wie Magazine, Warenlager, Werkstätten werden geschlossen und versiegelt, falls sie nicht unter Aufsicht verwaltet werden können (SchKG 223 I). Alle nicht in solchen Räumlichkeiten befindlichen Vermögensstücke werden ebenfalls, wenigstens bis zur Inventur, in einen verschlossenen, versiegelten Raum gebracht (SchKG 223 III).

#### **Anzeigen:**

Anzeige an das Grundbuchamt und die Schuldner des Gemeinschuldners: Um zu verhindern, dass die Schuldner des Gemeinschuldners, insbesondere Mieter oder Pächter, nach Konkurseröffnung, aber vor Konkurspublikation gutgläubig an den Schuldner leisten können, zeigt das Konkursamt den Schuldnern (d.h. den Mietern und Pächtern) die Konkurseröffnung sofort an (VZG 124). Zur Verhinderung des gutgläubigen Grundstückerwerbs in derselben Zeitspanne meldet es auch bei den Grundbuchämtern Verfügungsbeschränkungen an, in deren Kreis der Gemeinschuldner Liegenschaften besitzt (vgl. KOV 40 II lit. e). An das oder die Grundbuchämter des Konkurskreises muss keine Anzeige mehr erfolgen, da eine solche schon das Konkursgericht vorgenommen hat (SchKG 176).

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu Daniel Staehelin/Lukas Bopp/Eva Bachofner, Muss das Konkursamt nach Anfechtungsansprüchen suchen? BLSchK 2011, S. 1 ff.

## **1.2.2. Konkurspublikation (sog. Schuldenruf)**

Sobald feststeht, dass das ordentliche Konkursverfahren und nicht das summarische Verfahren bzw. die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven (siehe dazu hinten ...) geboten ist, schreitet das Konkursamt zur Konkurspublikation (dem sog. Schuldenruf).

### **1.2.2.1. Inhalt der Konkurspublikation**

Gemäss ihrem Zweck hat die Konkurspublikation folgende drei wesentliche Inhalte (SchKG 232):

#### **Feststellung der Passivmasse:**

Alle Gläubiger werden aufgefordert sich innerhalb eines Monats unter Einlegung der Beweismittel für ihre Forderungen zu melden (SchKG 232 II Ziff. 2).

#### **Feststellung der Aktivmasse:**

Zur Feststellung der Aktivmasse haben sich zu melden:

- alle Schuldner des Konkursiten (SchKG 232 II Ziff. 3)
- alle Dritte, die eine Sache des Schuldners als Pfandgläubiger oder aus einem andern Grunde besitzen (SchKG 232 II Ziff. 4)
- alle Dritte, die an einer sich im Besitze des Schuldners befindlichen Sache Eigentum beanspruchen (SchKG 232 II Ziff. 2).

Die Auskunftspflicht der Banken nach SchKG 232 II Ziff. 3 und 4 geht dem Bankgeheimnis vor: BGE 94 III 98.

#### **Einberufung der ersten Gläubigerversammlung:**

Mit dem Schuldenruf wird auch die erste Gläubigerversammlung einberufen (SchKG 232 II Ziff. 5).

### **1.2.2.2. Wirkung**

Die Publikation der Konkurseröffnung bewirkt, dass Schuldner des Konkursiten nicht mehr befreiend an diesen zahlen können (SchKG 205).

### **1.2.2.3. Folgen der Versäumnis der Eingabefrist für Gläubiger, Schuldner und Dritte**

#### **Die Fristversäumnis bewirkt zunächst einmal nicht**

- den Ausschluss der später angemeldeten Gläubigerforderungen. Die Gläubiger können vielmehr ihre Forderungen bis zum Schluss des Konkursverfahrens eingeben (SchKG 251).
- die Nichtberücksichtigung Rechte Dritter an Vermögensstücken, die im Gewahrsam des Schuldners sind. Auch Dritte können ihre Rechte bis zur Verteilung anmelden.

Nebenbei sei gesagt, dass Rechte Dritter, die aus dem Grundbuch ersichtlich sind, auch ohne Anmeldung berücksichtigt werden (SchKG 246).

### **Die Fristversäumnis hat hingegen folgende Wirkungen:**

- Ein Schuldner des Konkursiten, der sich auf die Konkurspublikation hin nicht meldet, kann sich strafbar machen (SchKG 232 II Ziff. 3, StGB 324 Ziff. 2).
- Derjenige, der ein Vermögensstück des Schuldners in Besitz hat, kann sich nicht nur strafbar machen, sondern er kann auch das beanspruchte Vorzugsrecht (z.B. ein Pfandrecht) an der Sache verlieren, wenn seine Fristversäumnis ungerechtfertigt ist (SchKG 232 II Ziff. 4). Der Rechtsverlust tritt aber nur ein, wenn den Säumigen ein erhebliches Verschulden trifft: BGE 71 III 86.

### **1.2.3. Die Verwaltung der Aktiven**

Die Verwaltung der Konkursmasse obliegt bis zur ersten Gläubigerversammlung dem Konkursamt, nachher der Konkursverwaltung, welche allerdings häufig das Konkursamt ist (hierzu 4.2). Dabei hat sie die Direktiven der ersten und zweiten Gläubigerversammlung zu beachten.

Die Verwaltung erfolgt nicht anders als bei der Betreuung auf Pfändung. Eine mögliche Verwaltungsaufgabe im Konkursverfahren, die sich bei der Betreuung auf Pfändung nicht stellt, ist die Weiterführung eines Geschäftes. Oft wäre den Gläubigern schlecht gedient, wenn das Geschäft des Gemeinschuldners bis zur Verwertung versiegelt bliebe. Gerade der sogenannte Goodwill des Geschäftes, z.B. eines Restaurants, kann oft nur durch fortwährenden Betrieb erhalten bleiben. Nach SchKG 238 ist es Sache der ersten Gläubigerversammlung, sich über die Weiterführung des Geschäftes des Gemeinschuldners auszusprechen. Voraussetzungen für die Weiterführung: BGE 95 III 29 ff. Sie kann diesen Entscheid allerdings auch an einen allfälligen Gläubigerausschuss delegieren (SchKG 237 III Ziff. 2). In dringenden Fällen kann die Weiterführung jedoch auch schon das Konkursamt – im Hinblick auf den Werterhalt der Aktiven – beschliessen (vgl. SchKG 221 I).

## **1.3. *Erwahrung der Aktiven***

### **1.3.1. Allgemeines**

Die Erwahrung der Aktiven im Konkurs geschieht zum Teil nach ähnlichen Grundsätzen wie bei der Betreuung auf Pfändung. So entspricht das Aussonderungsverfahren (allerdings mit einigen Abweichungen) dem Widerspruchsverfahren nach SchKG 106. Daneben gibt es aber massgebliche Unterschiede.

Die Erwahrung der Aktiven im Konkurs lässt sich in drei Punkten zusammenfassen:

- Die Erwahrung erfolgt in folgenden Formen: Aussonderungsklage, Herausgabeklage gegen Dritte, Anfechtungsklage, Forderungsprozess gegen Dritte und – betreffend die dinglichen Rechte an Grundstücken – die Kollokationsklage.
- Der Entscheid, ob ein Anspruch geltend gemacht werden soll, obliegt grundsätzlich der zweiten Gläubigerversammlung.

- Verzichtet die zweite Gläubigerversammlung auf die Geltendmachung haben die Gläubiger die Möglichkeit sich den Anspruch nach SchKG 260 abtreten zu lassen.

Skizzen:

- Einordnung der Erhaltung der Aktiven in den Ablauf des ordentlichen Konkursverfahrens.
- Überblick über die Instrumente zur Erhaltung der Aktiven.

### 1.3.2. Aussonderung von Drittrechten

Die Aussonderung aus der Aktivmasse kommt für alle Vermögenswerte in Frage, die im "Gewahrsam" des Gemeinschuldners sind<sup>2</sup>. Dabei muss sich die Sache im ausschliesslichen Gewahrsam der Masse bzw. des Gemeinschuldners befinden (vgl. SchKG 242 III; BGE 93 III 102 und 99 III 14 ff.). Bei Vermögenswerten, die sich im Gewahrsam oder Mitgewahrsam eines Dritten befinden, kommt die sog. Admassierungsklage nach SchKG 242 III zur Anwendung.

#### Verfahren zur Aussonderung:

##### a) *Freiwillige Herausgabe:*

Die Aussonderung von Sachen Dritter aus der Konkursmasse folgt in den meisten Fällen nicht auf Klage des Dritten hin, sondern freiwillig.

Zuständig zum Entscheid über die Herausgabe ist grundsätzlich die Gläubigerversammlung. SchKG 242 I ist diesbezüglich etwas verwirrend. Nach seinem Wortlaut soll die Konkursverwaltung über die Herausgabe von Sachen, welche von einem Dritten als Eigentum angesprochen werden, verfügen können. Die Konkursverwaltung darf aber, wie KOV 47 II deutlich festhält, eine Herausgabe erst vornehmen, wenn feststeht, dass die Gläubigerversammlung damit einverstanden ist und *kein Gläubiger die Abtretung des Anspruchs gemäss SchKG 260* verlangt.

Eine Ausnahme besteht nach KOV 51 nur,

- wenn das Eigentum des Drittsprechers von vorneherein als bewiesen zu betrachten ist;
- wenn die sofortige Herausgabe des angesprochenen Gegenstandes im offenbaren Interesse der Masse liegt (z.B. Tiere, die aufwendiger Pflege bedürfen);
- wenn vom Drittsprecher angemessene Kautionsleistung geleistet wird.

Hat die Konkursverwaltung unrichtigerweise über die Herausgabe einer Sache verfügt, ist sie für die Konkursmasse nicht verloren. Vielmehr kann diese sie zurückfordern, bzw., wenn sie nicht mehr vorhanden ist, nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung vorgehen.

##### b) *Herausgabe auf Klage hin:*

Will die Konkursverwaltung oder die Gläubigerversammlung das Drittrecht nicht anerkennen, so setzt die Konkursverwaltung dem Dritten eine Frist von 20 Tagen zur Erhebung der Aussonderungsklage gegen die Konkursverwaltung an (SchKG 242 II). Die Fristversäumnis bewirkt die Verwirkung des Rechts.

---

<sup>2</sup> Zum Begriff des „Gewahrsams“ siehe AMONN/WALTHER, § 24 N 33 ff.

Falls die Klage gutgeheissen wird, kommen dieser Klage, in analoger Weise zur Widerspruchsklage, nach heute ganz herrschender Meinung nur Wirkungen bezüglich des konkreten Konkursverfahrens zu<sup>3</sup>. Es handelt sich dabei um eine vollstreckungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht. Es wird damit nur über die vollstreckungsrechtliche Frage entschieden, ob ein Vermögenswert zur Masse gehört oder nicht. Die materiell rechtliche Frage, wer Eigentümer ist, ist damit nicht entschieden. D.h. der Schuldner kann später als natürliche Person eine Sache vom Dritten zurückfordern, welcher mit Erfolg die Aussonderungsklage gegen die Konkursverwaltung bzw. einen Abtretungsgläubiger geführt hat. Diese gilt – entgegen Amonn/Walther – unabhängig davon, ob der Konkurs widerrufen wird oder nicht.<sup>4</sup>

### **Unterschied zum Widerspruchsverfahren:**

Das Aussonderungsverfahren entspricht zwar im Wesentlichen dem Widerspruchsverfahren nach SchKG 106. Es besteht jedoch ein grosser, bedeutender Unterschied. Das Aussonderungsverfahren findet *nur Anwendung auf Sachen*, nicht jedoch auf Forderungen, sofern sie nicht in einem Wertpapier verkörpert sind<sup>5</sup> (vgl. dagegen SchKG 107 I Ziff. 2). Der Streit über die Zugehörigkeit einer Forderung wird in einem gewöhnlichen Zivilprozess zwischen der Masse und dem Drittsprecher entschieden<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Vgl. SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 50.

<sup>4</sup> AMONN/WALTHER, § 46 Rz 47.

<sup>5</sup> Vgl. BGE 128 III 388.

<sup>6</sup> Zum zusätzlichen Unterschied betreffend realobligatorische und beschränkte dingliche Rechte vgl. SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 10.

## Aussonderungsbegehren im Konkurs

**Gemeinschuldner:** .....

**Drittansprecher:**

Name/Vorname/Firma .....

Strasse .....

PLZ / Ort .....

Tel.Nr. Privat: ..... Geschäft: .....

**Evt. Vertreter des Drittansprechers:**

Name/Vorname/Firma .....

Strasse .....

PLZ / Ort .....

Tel.Nr. Privat: ..... Geschäft: .....

**Ich mache im Konkurs Eigentum an folgenden Gegenständen geltend und verlange deren Herausgabe:**

.....  
.....  
.....  
.....

**Begründung / Beweismittel (beilegen):**

.....  
.....

Ort, Datum und Unterschrift des Drittansprechers oder dessen Vertreters:

.....

### 1.3.3. Herausgabeklage gegen Dritte (sog. Admassierungsklage)

Rechte des Gemeinschuldners im Gewahrsam oder Mitgewahrsam von Dritten müssen im Bestreitungsfall auf dem Wege einer Klage gegen den Drittansprecher zur Masse gezogen werden (sog. Admassierungsklage).

Im Gegensatz zur Betreuung auf Pfändung (vgl. SchKG 107 f.) ist hier kein besonderes Verfahren vorgesehen. Der Entscheid über die Klageerhebung wird von der zweiten Gläubigerversammlung gefällt. Verzichtet die Gläubigerversammlung auf die Geltendmachung des Rechts, steht es jedem Gläubiger offen, sich das fragliche Recht abtreten zu lassen und dieses auf eigenes Risiko wahrzunehmen (SchKG 260).

Rechtsnatur und Rechtskraft der Admassierungsklage sind umstritten.

- Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, es handle sich um eine materiell rechtliche Klage mit voller Rechtskraft auch für den Schuldner persönlich und den Drittsprecher.<sup>7</sup> Danach kann insbesondere der Schuldner (als natürliche Person) später nicht mehr geltend machen, eine Sache gehöre ihm, wenn die Admassierungsklage abgewiesen worden ist.
- Nach anderen Lehrmeinungen handelt es sich auch hier um einen vollstreckungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht. Entsprechend hat die Klage auch nur Bedeutung für das laufende Konkursverfahren. Über das Eigentum zwischen Schuldner persönlich und Dritten wird hingegen nicht entschieden.<sup>8</sup>

#### **1.3.4. Durchführung der Anfechtungsklage**

Wie oben dargelegt wurde, sind in das nach Konkurseröffnung zu erstellende Inventar über das Vermögen des Schuldners auch diejenigen Vermögenswerte aufzunehmen, die eventuell mit Hilfe der Anfechtungsklage in die Vollstreckung einbezogen werden können (KOV 27 II).

Die Erhaltung dieser Vermögenswerte, d.h. die Erhebung der Anfechtungsklage, obliegt in erster Linie der (im Auftrag der zweiten Gläubigerversammlung handelnden) Konkursverwaltung (SchKG 285 II Ziff. 2). Verzichtet jedoch die Gesamtheit der Gläubiger auf die Klage, kann jeder Gläubiger die Abtretung des Anfechtungsanspruchs verlangen und auf eigenes Risiko vorgehen (SchKG 285 II Ziff. 2 und 260 I). Wie bei der Aussonderungsklage kommt ein Gewinn in erster Linie den anfechtenden Gläubigern zu. Der Überschuss verbleibt jedoch nicht wie in der Betreuung auf Pfändung dem Dritten, sondern wird unter die übrigen Gläubiger verteilt (SchKG 260 II).

#### **1.3.5. Erhaltung von Forderungen**

Die Abklärung des Bestandes von Forderungen geschieht wie folgt:

- Die Konkursverwaltung versucht zunächst die Forderungen durch aussergerichtliche Bemühungen, insbesondere durch eine Zahlungsaufforderung erhältlich zu machen. Allenfalls kann sie auch ein Betreibungsverfahren einleiten (vgl. SchKG 243 I).
- Führen diese Bemühungen nicht zum Ziel und erscheint eine Beschreitung des Gerichtsweges als unumgänglich, entscheidet die 2. Gläubigerversammlung, ob die Konkursverwaltung die bestrittene Forderung einklagen soll. Lehnt sie dies ab, kann jeder Gläubiger die Abtretung der Forderung nach SchKG 260 geltend machen.

---

<sup>7</sup> Z.B. KUKO- Bürgi, Art. 242 Rz. 5.

<sup>8</sup> AMONN/WALTHER, § 46 Rz 47. Diese Autoren scheinen allerdings anzunehmen, dass die Entscheidung lediglich dann keine Wirkung auf Schuldner und Dritten haben, wenn der Konkurs widerrufen wird.

Nach ganz herrschender Meinung erwächst die Entscheidung über eine Forderung, welche durch die Konkursverwaltung oder ein Abtretungsgläubiger eingeklagt worden ist, in volle materielle Rechtskraft mit Wirkung auch für das Verhältnis von Schuldner und Dritten. D.h. insbesondere: der Schuldner kann eine Forderung, betreffend welche die Klage abgewiesen worden ist, nicht mehr selber geltend machen. Dasselbe dürfte selbst dann gelten, wenn der Konkurs später widerrufen wird.

Zu beachten ist im Übrigen, dass der Gesetzgeber Geltendmachung und Abtretung der Forderung bei der Verwertung (vgl. SchKG 251 ff. und 260) und nicht unter die Handlungen zur Abklärung der Masse (vgl. SchKG 235 ff.).

### **1.3.6. Wichtig: Anwendung des Kollokationsverfahrens zur Erhaltung der Aktiven**

Im Pfändungsverfahren findet das Kollokationsverfahren allein zur Abklärung der Passiven, d.h. von Bestand, Umfang und Rang der Forderungen der Gläubiger statt (SchKG 146 f.). Im Konkursverfahren steht das Kollokationsverfahren demgegenüber auch im Dienste der Erhaltung der Aktiven.

In den Kollokationsplan werden nicht nur die Forderungen, sondern auch die realobligatorischen und beschränkten dinglichen Rechte an (beweglichen und unbeweglichen) Sachen aufgenommen. Für die Rechte an Grundstücken wird zwar ein besonderer Plan, das Lastenverzeichnis, erstellt. SchKG 247 II hält jedoch ausdrücklich fest, dass das Lastenverzeichnis einen Bestandteil des Kollokationsplans bilde. Die Abklärung dieser Rechte erfolgt alsdann auch im Kollokationsprozess (SchKG 250). Dies führt dazu, dass sich die zweite Gläubigerversammlung zur Anerkennung oder Bestreitung dieser Rechte grundsätzlich nicht aussprechen kann. Vielmehr können die Gläubiger wie auch die Drittansprecher ihre Rechte allein mit den (individuellen) Rechtsbehelfen gegen den Kollokationsplan geltend machen (siehe zum Kollokationsverfahren die Ausführungen unter ...).

Die Grundpfändverischerten Forderungen und sonstigen beschränkten dinglichen Rechten an Grundstücken figurieren im Kollokationsplan an erster Stelle und die faustpfandgesicherten Forderungen an zweiter Stelle. An dritter Stelle sind dann die ungesicherten Forderungen.

## **1.4. Erhaltung der Passiven**

Skizzen:

- Einordnung der Erhaltung der Passiven in den Ablauf des Konkursverfahrens.
- Überblick über die Erhaltung der Passiven.

### **1.4.1. Die Erstellung des Kollokationsplans**

#### **1.4.1.1. Anmeldung und Prüfung der Forderungen**

Zur Berücksichtigung der Forderungen im Konkurs ist grundsätzlich eine Anmeldung notwendig. Mit der Konkurspublikation erfolgt der Aufruf an die Gläubiger, ihre Forderungen innerhalb eines Monats anzumelden (SchKG 232 II Ziff. 2). Den bekannten Gläubigern wird persönlich eine Konkurspublikation zugestellt (SchKG 233). Der Anmeldung hat der

Gläubiger Beweismittel wie Schuldscheine, Bücherauszüge usw. beizulegen (SchKG 232 II Ziff. 2). Wie schon erwähnt, kann die Anmeldung der Forderung auch noch später erfolgen (SchKG 251).

Von der Pflicht zur Anmeldung gibt es folgende Ausnahmen: Die aus dem Grundbuch ersichtlichen Forderungen werden samt den laufenden Zinsen in den Kollokationsplan aufgenommen, auch wenn sie nicht eingegeben worden sind (SchKG 246). Nach Ansicht des Bundesgerichts soll dies soweit möglich auch für Pfandrechte an Fahrnissen gelten (BGE 64 III 65).

**Die Konkursverwaltung prüft, in summarischer Weise, alle Forderungen bezüglich Bestand und Betrag, ebenso klärt sie ab, ob sie überhaupt zur Passivmasse gehören und welcher Rang ihnen zukommt. Hierzu würdigt sie die beigelegten Beweismittel und befragt den Gemeinschuldner über jede Forderung (SchKG 244).** Ist die Forderung nicht ausreichend begründet, kann die Konkursverwaltung – statt der Abweisung der Forderung – weitere Belege einfordern (Art. 59 Abs. 1 KOV).

An die Erklärungen des Schuldners ist die Konkursverwaltung allerdings nicht gebunden (Art. 245 SchKG). Eine allfällige Anerkennung der Forderung durch den Gemeinschuldner ist vielmehr erst für den Konkursverlustschein von Bedeutung (SchKG 265 I).

Das Ergebnis dieser Prüfung hält in einer *Kollokationsverfügung* fest und erstellt entsprechend den Kollokationsplan. In derselben Weise prüft die Konkursverwaltung die realobligatorischen und beschränkten dinglichen Rechte.

Zur Vorgehensweise, falls die Forderung bereits Gegenstand eines Prozesses oder Verwaltungsverfahrens ist siehe ...

# Forderungsanmeldung im Konkurs

**Gemeinschuldner:** .....

**Gläubiger:**

Name/Vorname/Firma .....  
Strasse .....  
PLZ / Ort .....  
Tel.Nr. Privat: ..... Geschäft: .....  
Bank oder Postcheckamt ..... Konto Nr. ....

**Evt. Gläubigervertreter:**

Name/Vorname/Firma .....  
Strasse .....  
PLZ / Ort .....  
Tel.Nr. Privat: ..... Geschäft: .....  
Bank oder Postcheckamt ..... Konto Nr. ....

**Ich melde im Konkurs folgende Forderung an:**

Forderungsbetrag	Fr. ....
.... % Zins vom ..... bis ..... (Datum Konkureröffnung), vom Gläubiger auszurechnen	Fr. ....
Betriebskosten	<u>Fr. ....</u>
<b>Angemeldete Forderung total</b>	<b>Fr. ....</b> =====

**Forderungsgrund:**

.....  
.....

**Evt. Vorrechte (privilegierte Klasse oder Pfandrechte):**

.....  
.....

**Als Beweismittel liegen bei:**

.....  
.....

Ort, Datum und Unterschrift des Gläubigers oder Gläubigervertreters:

.....  
.....

### 1.4.1.2. Der Entwurf des Kollokationsplans

Innerhalb von 60 Tagen nach Ablauf der Eingabefrist entwirft die Konkursverwaltung den Kollokationsplan (SchKG 247). Dieser hat folgenden Inhalt:

- Es werden in ihm zunächst alle eingegebenen Forderungen und der für sie beanspruchte Rang sowie die geltend gemachten realobligatorischen und beschränkten dinglichen Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen aufgelistet.
- **Sodann enthält er den Entscheid der Konkursverwaltung über Zulassung, Bestand und Rang der Forderung und Anerkennung der Pfandrechte.** Wird eine Forderung bzw. ein realobligatorisches oder ein beschränktes dingliches Recht überhaupt nicht oder nur teilweise anerkannt, so wird der Grund hierfür im Kollokationsplan kurz angegeben.
- Für die Rechte an Grundstücken wird zwar ein besonderer Plan, das sog. *Lastenverzeichnis*, erstellt. Das Lastenverzeichnis bleibt aber Bestandteil des Kollokationsplans (SchKG 247 II).

Zu den Anforderungen, denen ein Kollokationsplan genügen muss: BGE 103 III 14 ff.

### 1.4.1.3. Abänderung des Kollokationsplans durch einen allfälligen Gläubigerausschuss

Ist ein Gläubigerausschuss ernannt, so hat die Konkursverwaltung ihm den Kollokationsplan zu unterbreiten. Der Gläubigerausschuss kann ihn darauf innert zehn Tagen abändern (SchKG 247 III). D.h. er kann eine zugelassene Forderung abweisen oder umgekehrt, eine von der Konkursverwaltung abgewiesene Forderung in den Kollokationsplan aufnehmen.

## 1.4.2. Die Anfechtung des Kollokationsplans

### 1.4.2.1. Allgemeines

Bevor der Kollokationsplan zum endgültigen Verteilungsmodus werden kann, müssen die Gläubiger und Drittberechtigte Gelegenheit haben, ihn anzufechten.

Zur Anfechtung des Kollokationsplans betreffend den Entscheid über Rang und Anerkennung einer Forderung bzw. Zulassung oder Abweisung eines realobligatorischen oder beschränkten dinglichen Rechts an einer Sache sieht das Gesetz die sogenannte Kollokationsklage vor (SchKG 250).

Bezüglich formeller Mängel steht die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zur Verfügung (SchKG 17 ff.). Die Anfechtungsfrist beginnt für beide Rechtsbehelfe mit der Auflage des Kollokationsplans beim Konkursamt zu laufen.

In den folgenden Ausführungen wird zwar nur von der Anfechtung des Kollokationsplans betreffend die Behandlung der Forderungen die Rede sein. Sinngemäss gelten diese Aussagen jedoch auch für die Anfechtung des Plans bzw. des Lastenverzeichnisses betreffend Zulassung oder Abweisung von realobligatorischen und beschränkten dinglichen Rechten.

### 1.4.2.2. Die Auflage und Veröffentlichung des Kollokationsplans

Der fertiggestellte Kollokationsplan wird samt den Belegen im Büro des zuständigen Konkursamtes aufgelegt (SchKG 249 I). Die Auflage wird publiziert (SchKG 249 II). Die Gläubiger, deren Eingabe ganz oder teilweise abgewiesen worden ist oder die nicht den beanspruchten Rang erhalten haben, bekommen eine besondere Mitteilung (SchKG 249 III). Mit der Auflage beginnt die Anfechtungsfrist von 20 Tagen zur Klage bzw. von zehn Tagen zur Beschwerdeerhebung zu laufen.

Innerhalb dieser Fristen hat auch das Konkursamt jederzeit noch die Möglichkeit, selber eine Abänderung vorzunehmen (vgl. BGE 98 III 67 ff.).

### 1.4.2.3. Die Kollokationsklage

#### Allgemeines:

Wie in andern Fällen hat der Gesetzgeber gegen den für den praktischen Bestand eines materiellen Rechts bedeutsamen betriebsrechtlichen Entscheid die gerichtliche Klage vorgesehen.

#### Verfahren:

Das Verfahren gestaltet sich verschieden, je nachdem, ob der Gläubiger den Entscheid über seine eigene bzw. über eine fremde Forderung angreifen will. Bei Anfechtung des Entscheides über die eigene Forderung hat der Gläubiger gegen die Masse zu klagen (SchKG 250 I). Will er hingegen die Art der Behandlung einer Forderung eines andern Gläubigers anfechten, muss sich die Klage gegen den Gläubiger dieser Forderung richten (SchKG 250 II).

Ein gutheissender Entscheid bringt eine Abänderung des Kollokationsplans mit sich. **Die vermögensrechtlichen Vorteile kommen im Falle der Anfechtung einer fremden Forderung in erster Linie dem Gläubiger zugute, der die Kollokationsklage geführt hat.** D.h. die Konkursdividende, die der aus dem Kollokationsplan „hinausgeworfene“ Gläubiger erhalten hätte, wird dem anfechtenden Gläubiger bis zur vollen Deckung seiner Forderung einschliesslich der Prozesskosten ausbezahlt. Nur nach vollständiger Befriedigung seiner Forderungen kommen auch noch die übrigen Gläubiger zum Zuge (SchKG 250 II) (vgl. BGE 98 III 69).

#### Rechtsnatur und Rechtskraft:

Die Kollokationsklage ist nach ganz herrschender Meinung eine sog. vollstreckungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht. Danach hat die Klage eine rein vollstreckungsrechtliche Funktion, nämlich die Klärung der Frage, ob und in welchem Umfang eine bestrittene Forderung am laufenden Konkurs teilnimmt (BGE 65 III 31 = leading case und verschiedene andere Entscheide). Zwar ist als Vorfrage über den materiellen Bestand der Forderung zu entscheiden. Die Forderung ist jedoch selber nicht Streitgegenstand. Entsprechend wird auch nicht rechtskräftig entschieden, ob die Forderung ausserhalb des laufenden Konkurses zwischen Gläubiger oder Schuldner besteht.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> A.A. allein DANIEL SPICHTY, Gegenstand, Rechtsnatur und Rechtskraftwirkung des Kollokationsplans im Konkurs, Diss. Basel 1979, S. 146 ff.

Konkret bedeutet dies folgendes:

- Fallt der Konkurs aus irgendwelchem Grund wieder dahin, werden damit bereits ergangene Entscheide über Kollokationsklagen bedeutungslos (BGE 119 III 127).
- Wird die Forderung im Konkurs zugelassen, kann später der Schuldner bei Geltendmachung der Forderung gestützt auf den Konkursverlustschein immer noch einwenden, die Forderung bestehe nicht (BGE 65 III 31).
- Fraglich ist hingegen, ob nach diesem Konzept auch ein im Konkurs abgewiesener Gläubiger erneut gegen den Schuldner klagen kann oder ob insofern eine ausserkonkursrechtliche Rechtskraft oder andere Bindungswirkung für den Gläubiger besteht.

Das Bundesgericht hat insofern eine „kleine“ Aussenwirkung des Kollokationsplans bzw. der Kollokationsklage anerkannt, als ein Abtretungsgläubiger die vom Forderungsschuldner zur Verrechnung gestellte Forderung nicht mehr bestreiten kann, wenn diese vorher im Kollokationsplan zugelassen worden ist (BGE 103 III 46).

Die Entscheidungen über Kollokationsklagen und ebenso der rechtskräftige Kollokationsplan schaffen sodann insofern gegenüber allen Beteiligten, wie auch gegenüber dem Schuldner eine definitive Rechtslage, als auch der Schuldner nicht mehr geltend machen kann, ein Gläubiger sei zu Unrecht befriedigt worden und er habe deshalb die erhaltene Leistung zurückzuerstatten. Insofern lässt sich sagen, dass eine Kollokationsentscheidung eine „Reflexwirkung“ auf das materielle Recht hat.

#### 1.4.2.4. Beschwerde

Alle sich nicht auf die Beurteilung der Forderung beziehenden formellen Fragen können auf dem Wege der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde angefochten werden<sup>10</sup>. Zum Beispiel: Ungenauigkeit und Unvollständigkeit des Kollokationsplans; eine Forderung wurde irrtümlich vergessen; keine ordnungsgemässe Veröffentlichung, unzureichende Prüfung der Forderung usw. (vgl. BGE 105 III 127 und 93 III 59).

#### 1.4.3. Rechtskraft, Ergänzung und Selbstberichtigung des Kollokationsplans

Ist die Anfechtungsfrist von zwanzig Tagen unbenützt verstrichen, die Anfechtung erfolglos geblieben bzw. der Kollokationsplan gemäss gerichtlicher Entscheidung abgeändert worden, erwächst er in Rechtskraft, d.h. der Kollokationsplan kann grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden.

Eine Ausnahme hiervon gilt zunächst für die **Ergänzung des Kollokationsplans nach SchKG 251**. Ein Gläubiger kann bekanntlich seine Forderung bis zum Ende des Konkursverfahrens eingeben. Er hat nur die damit verbundenen Kosten, wie die Neuauflage des Kollokationsplans, zu zahlen. Der Kollokationsplan ist somit nur endgültig bezüglich der behandelten und eingegebenen Forderungen. Für später angemeldete Forderungen muss er hingegen jederzeit ergänzt und neu aufgelegt werden (SchKG 251).

Schliesslich kommen ausnahmsweise auch eine Selbstberichtigung und eine Revision des Kollokationsplans in Frage<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Hierzu BRUNNER/REUTTER, S. 36.

<sup>11</sup> AMONN/WALTHER, § 46 N 33 ff.

#### 1.4.4. Behandlung von bei Konkurseröffnung hängigen Zivilprozessen

Im Zusammenhang mit der Erhaltung der Aktiven und Passiven im Konkursverfahren stellt sich immer wieder die Frage nach der Behandlung von bei der Konkurseröffnung bereits eingeleiteten Zivilverfahren. Zu diesem Problemkreis sollen hier kurz folgende Punkte festgehalten werden:

- Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden Zivilprozesse, in welchen der Konkursit Kläger oder Beklagter ist, eingestellt und können erst zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung wieder aufgenommen werden (SchKG 207 I)<sup>12</sup>.
- Der Entscheid über die Weiterführung der Prozesse obliegt der zweiten Gläubigerversammlung (vgl. SchKG 253 II). Verzichtet die Gläubigerversammlung auf die Weiterführung des Zivilprozesses, ist jeder Gläubiger berechtigt, gestützt auf eine Abtretung nach SchKG 260, den Prozess auf eigenes Risiko und (primär) zu eigenem Nutzen weiterzuführen.
- Wird weder von der Gläubigerversammlung noch von einem Gläubiger ein Prozess, in welchem der Konkursit Kläger ist, – ein sog. *Aktivprozess* – weitergeführt, fällt der Anspruch aus der Konkursmasse. Der Gemeinschuldner erhält damit die Möglichkeit, den Prozess selber zu Ende zu führen<sup>13</sup>.
- Nach Lehre und Rechtsprechung wird demgegenüber der sog. *Passivprozess*, d.h. der Prozess, bei dem der Konkursit Beklagter ist, als durch Anerkennung erledigt abgeschrieben, falls weder die Gläubigerversammlung noch ein Gläubiger den Prozess weiterführen will (KOV 63 II). Der Konkursit kann also diesen Prozess nicht mehr weiterführen<sup>14</sup>.
- Hat ein Passivprozess eine Forderung zum Gegenstand, so stellt sich die Frage, ob der Prozess nach Konkurseröffnung abzuschreiben und die eingeklagte Forderung wie jede andere Forderung in das Kollokationsverfahren einzubeziehen sei. Die KOV beantwortet diese Frage wie folgt: Die bereits eingeklagten Forderungen sind im Kollokationsplan lediglich pro memoria vorzumerken (KOV 63 I)<sup>15</sup>. Im Übrigen werden diese Passivprozesse wie alle anderen Passivprozesse behandelt. Die anderen Gläubiger haben somit die Möglichkeit, die eingeklagte Forderung auf dem Wege einer Abtretung nach SchKG 260 (und nicht mit einer Kollokationsklage) zu bestreiten, falls die Gläubigerversammlung den Prozess nicht selber führen will (KOV 63 II).

### 1.5. Ungereimtes bei der Bereinigung von Aktiven und Passiven

#### 1.5.1. Rechtsnatur und Rechtskraft

Die Fragen von Rechtsnatur und Rechtskraft werden für die einzelnen Klagen betreffend die Bereinigung von Aktiven und Passiven unterschiedlich beantwortet.

<sup>12</sup> Art. 207 SchKG bezieht sich nur auf inländische Prozesse (BGE 130 III 769 E. 3.2.3. S. 774).

<sup>13</sup> SchKG-WOHLFART, Art. 207 N 20.

<sup>14</sup> SchKG-WOHLFART, Art. 207 N 22.

<sup>15</sup> Ist der Prozess im Ausland hängig, ist hingegen nach BGE 130 III 769 eine Kollokationsverfügung zu erlassen.

Die ganz herrschende Meinung unterscheidet zwischen vollstreckungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht mit Rechtskraft lediglich auf das hängige Konkursverfahren und gewöhnliche Zivilklagen mit umfassender Rechtskraft.

<b>Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht</b>	<b>Gewöhnliche Zivilklagen</b>
Aussonderungsklage nach ganz h.M.	Forderungsprozess der Masse bzw. von Abtretungsgläubigern gegen Drittschuldner nach völlig unbestrittener Ansicht
Admassierungsklage nach einem Teil der Lehre	Admassierungsklage nach einem Teil der Lehre
Kollokationsklage nach heute unbestrittener Meinung.	

Eine schwierige Frage ist, ob diese Unterscheidung gerechtfertigt ist, ist doch an all diesen Prozess der Schuldner nicht als Partei beteiligt.

Der Verfasser hat diese Frage letzthin zusammen mit MLaw Carlo Hamburger näher untersucht.<sup>16</sup> Dabei sind wir zu folgendem Schluss gekommen: Die Annahme, dass diejenigen Klagen, welche als Klagen mit Reflexwirkung für das materielle Recht eingestuft werden und entsprechend nur eine beschränkte Rechtskraft haben sollen, befriedigt nicht, verlangen diese Klagen doch, dass sich die involvierte Drittpartei in einem unter Umständen über mehrere Instanzen geführten Prozess verteidigen muss. Es erscheint als unhaltbar, dass der Dritte nach gewonnenem Prozess unter Umständen vom Schuldner nach Konkurschluss erneut eingeklagt werden kann. Unseres Erachtens handelt es sich all diesen Klagen (Aussonderungsklage, Admassierungsklage und gewöhnliche Forderungsklage) um Doppelklagen, welche sowohl den Einbezug des Vermögenswertes in den Konkurs und den materiellen Bestand des Rechtes zum Gegenstand haben. Sie erwachsen deshalb auch alle umfassend in materielle Rechtskraft. Unabdingbare Voraussetzung ist allerdings, dass sich der Schuldner an diesem Verfahren auch umfassend beteiligen kann. Unseres Erachtens steht dem Schuldner ein – schon nach geltendem Recht - eigenes Klagerecht zu, mit dem er sich an einem von der Konkursverwaltung oder Abtretungsgläubiger eingeleiteten Verfahren beteiligen kann. Allein bei der Kollokationsklage kommt eine solche Beteiligung nach geltender Regelung nicht in Frage. Entsprechend kommt dieser Klage auch ein nur beschränkte Rechtskraft zu.

### **1.5.2. Mitwirkungsrechte der Gläubigergesamtheit und Klagerecht einzelner Gläubiger**

Unterschiedlich wird bei den einzelnen Klagen auch beantwortet, ob die Gläubigergesamtheit über die Bestreitung und Geltendmachung der fraglichen Rechte entscheiden können und/oder ob die einzelnen Gläubiger die Rechte bestreiten oder geltend machen können.

Bei den Aktiven gilt der Grundsatz, dass stets zunächst die Gläubigergesamtheit entscheiden muss und kann, ob ein umstrittener Anspruch für die Gläubigergesamtheit geltend gemacht werden soll (vgl. SchKG 260, KOV 47). Verzichtet die Gläubigergesamtheit, kommt es zur Abtretung nach SchKG 260 an einen oder einzelne Gläubiger.

Bei den Passiven stehen demgegenüber die Individualrechte der Gläubiger im Vordergrund. Die Gläubigergesamtheit kann grundsätzlich auf das Kollokationsverfahren keinen Einfluss nehmen. So können die Gläubiger zum Beispiel nicht beschliessen, gemeinsam eine Kollokationsklage gegen einen zugelassenen Grossgläubiger zu erheben. Vielmehr kann die Kollokationsklage nur ein einzelner Gläubiger ergreifen. Ewas anders gilt immerhin, wenn eine Forderung gegen den Schuldner bereits vor Konkurseröffnung eingeklagt

<sup>16</sup> Meier/Hamburger, Vollstreckungsrechtliche Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht – ein exportwürdiges Institut der schweizerischen Verfahrensdogmatik, FS Stürner, ...

worden ist. Nach KOV 63 müssen und können zunächst die Gläubiger über die Fortführung des Prozesses durch die Masse entscheiden. Subsidiär kommt es dann zu einer Abtretung nach SchKG 260.

Auch über die Berechtigung dieser Differenzierungen kann man sich streiten.

## **1.6. Die Verwertung der Aktiven**

Skizze: Einordnung der Verwertung in den Ablauf des Konkursverfahrens.

### **1.6.1. Allgemeines**

Die Verwertung erfolgt mit Ausnahme des Notverkaufs erst nach der zweiten Gläubigerversammlung (SchKG 253 II). Diese entscheidet über die Art der Verwertung. Die Konkursverwaltung führt sie darauf praktisch durch.

Die Verwertung der Aktiven erfolgt im Wesentlichen nach denselben Grundsätzen wie bei der Spezialexécution. Es bestehen jedoch bezüglich der Verwertung streitiger Forderungen, des Freihandverkaufs und schliesslich bezüglich der Versteigerungen von Liegenschaften Besonderheiten.

### **1.6.2. Verwertung streitiger Forderungen (Abtretung nach Art. 260 SchKG)**

#### **1.6.2.1. Allgemeines**

In der Spezialexécution werden – wenigstens grundsätzlich – sowohl streitige wie auch unstreitige Forderungen durch Steigerung verwertet. Nur ausnahmsweise kommt eine Abtretung von Forderungen in Frage (SchKG 131).

Im Konkurs gilt demgegenüber Folgendes:

- Unstreitige Forderungen werden von der Konkursverwaltung ohne weiteres eingezogen (SchKG 243 I).
- Über die Geltendmachung streitiger Forderungen befindet die zweite Gläubigerversammlung auf Antrag der Konkursverwaltung (vgl. SchKG 207 I und 260 I). Findet die Gläubigerversammlung, die prozessrechtliche Geltendmachung wäre zu kostspielig oder die Erfolgsaussichten zu gering, so verzichtet sie auf den Prozess.
- Laut SchKG 260 I ist in diesem Falle jeder Gläubiger berechtigt die Abtretung der Forderung zu verlangen. Der oder die Abtretungsgläubiger können alsdann auf eigenes Prozessrisiko die Klage einreichen bzw. bei einem schon hängigen Prozess in den Prozess eintreten. Führt die Klage zum Ziel, können die klagenden Gläubiger den Ertrag zur Deckung ihrer Forderung nebst allfälligen Prozesskosten verwenden. Sie haben nur den Überschuss an die Masse herauszugeben (SchKG 260 II).
- Verzichtet die Gesamtheit der Gläubiger auf die Geltendmachung und verlangt auch kein Gläubiger die Abtretung, so verbleibt auch im Konkurs nur noch die Versteigerung der Forderung (SchKG 260 III). Die Versteigerung ist aber nur eine Kann-Vorschrift.

Neben bei sei gesagt, dass das Gesetz die Abtretung als eine Form der Verwertung einstuft (vgl. Art. 260 SchKG, welcher unter dem Titel „V. Verwertung“ eingeordnet ist). Theoretisch wär es auch vertretbar, hierunter ein Instrument der Feststellung und Erhaltung der Aktiven zusehen (siehe vorne ...).

### 1.6.2.2. Rechtsnatur und Wirkung der Abtretung von Forderungen

Die Abtretung von Forderungen stellt keine Zession gemäss OR 167 - 174 dar. Vielmehr liegt darin die betriebsrechtliche Übertragung der Prozessführungsbefugnis, welche grundsätzlich der Masse zusteht, an Konkursgläubiger. Die Wirkungen der Abtretung nach SchKG 260 lassen sich in folgenden Punkten zusammenfassen:

- Der Abtretungsgläubiger ist in der Prozessführung weitgehend frei. Er kann auf die Geltendmachung der abgetretenen Ansprüche verzichten oder mit der Gegenpartei darüber gerichtliche oder aussergerichtliche Vergleiche abschliessen. Die Gültigkeit derartiger Vergleiche hängt nicht von der Genehmigung durch die Konkursverwaltung ab (BGE 102 III 29). Immerhin kann ein unsorgfältig vorgehender Gläubiger allenfalls – wohl nach OR 41 ff. – schadenersatzpflichtig werden.
- Die Rechte des Abtretungsgläubigers sind nur insofern eingeschränkt, als die Konkursverwaltung die Abtretung widerrufen kann, wenn der Gläubiger die ihm angesetzte Frist zur Geltendmachung des Anspruchs nicht einhält (vgl. hierzu BGE 64 III 110).
- Mehrere Gläubiger müssen als uneigentliche notwendige Streitgenossen gemeinsam vorgehen (hierzu sogleich später.).
- Der Gläubiger kann das ihm übertragene Klagerecht nicht weiter abtreten. Indirekt kann er jedoch diese Wirkung erzielen, indem er seine Konkursforderung (zu der die nach SchKG 260 abgetretene Forderung als Nebenrecht gehört) einem Dritten zediert<sup>17</sup>.
- Der Gläubiger führt den Prozess auf eigenes Risiko. Verliert er, zahlt er die Kosten. Im Falle des Obsiegens kann er den Prozessgewinn bis zur Deckung seiner Forderung nebst allfälliger Prozesskosten für sich behalten. Nur ein Überschuss fällt in die Masse.

Diese Rechtsregeln sind in wesentlichen Punkten weder im SchKG enthalten, noch ergeben sie sich aus der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter. Ihre Grundlage ist vielmehr das Formular Nr. 7, Abtretung von Rechtsansprüchen der Masse gemäss Art. 260, ergänzt durch die Rechtsprechung.

### 1.6.2.3. Was kann Gegenstand der Abtretung sein?

#### Alle Arten von Forderungen und Ansprüche des Schuldners gegen Dritte:

„Klassische“ Gegenstände der Abtretung sind Forderungen und Ansprüche des Konkursschuldners gegen Dritte. Diese sind meist privatrechtlicher Natur. Sie können aber auch aus dem öffentlichen Recht stammen. Beispiele für Gegenstände der Abtretung: Anfechtungsansprüche nach Art. 285ff. SchKG, Verantwortlichkeitsansprüche, Ansprüche aus einem umstrittenen Vertrag, ausservertragliche Schädigung, Rückforderung von zu viel bezahlten Steuern etc.

#### Passivpositionen:

---

<sup>17</sup> FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 51 N 32.

Abtretbar sind aber auch Passivpositionen, wie etwa bei der Aussonderungsklage. Denkbar ist eine solche Abtretung auch bei einem bereits bei der Konkurseröffnung hängigen Forderungsprozess gegen den Schuldner.

### **Einzelabtretungen und Sammelabtretungen:**

Typischer Weise wird eine einzelne Forderung abgetreten (z.B. der Werklohn aus einem Werkvertrag). Häufig erfolgt aber auch eine Sammelabtretung für eine Mehrzahl von Ansprüchen, welche sich aus einem Ereignis ergeben. Denkbar wäre zum Beispiel die Abtretung sämtlicher Ansprüche, welche sich aus der mangelhaften Erfüllung von verschiedenen Lieferungen über eine bestimmte Zeitspanne ergeben. Regelmässige Sammelabtretungen sind Verantwortlichkeitsansprüche gegen Organe. In der Regel prüft die Konkursverwaltung nicht im Einzelnen, welche Ansprüche gegen welche Organe bestehen. Vielmehr werden lediglich pauschal „Verantwortlichkeitsansprüche“ gegen die Organe in unbestimmter Höhe in das Inventar aufgenommen. Aufgabe des Abtretungsgläubigers oder der Abtretungsgläubiger ist es dann, näher zu bestimmen, welche Ansprüche eingeklagt werden sollen. Dasselbe trifft meist zu für Anfechtungsansprüche.

M.E. sind solche Sammelabtretungen solange zulässig, als für die Gläubiger in etwa klar ist, welche Ansprüche umfasst werden. Unzulässig und m.E. sogar nichtig wäre lediglich eine Globalabtretung von Ansprüchen.

#### **1.6.2.4. Prozessuale Probleme bei mehreren Abtretungsgläubiger**

BGE 93 III 59; BGE 121 III 494 ff

Die Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG können selber entscheiden, ob sie gegen den Dritten prozessieren wollen oder nicht. Entschliessen sich mehrere Gläubiger zum Prozess, so handeln diese als Prozessstandschafter der Masse.

Da die Abtretungsgläubiger einen einheitlichen Anspruch der Masse geltend machen, dürfen diesbezüglich auch keine unterschiedlichen Entscheidungen ergehen.<sup>18</sup> Der Prozess muss am selben Ort und vor demselben Gericht geführt werden. Es handelt sich daher m.E. hier um einen Anwendungsfall der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft.

Unklar ist die Stellung der Streitgenossen im Prozess. Gemäss Bundesgericht darf von den Abtretungsgläubigern keine einheitliche Prozessführung verlangt werden. Es müsse ihnen daher *«vorbehalten bleiben, unabhängig von den andern Klägern Tatsachenbehauptungen aufzustellen, ihren Rechtsstandpunkt zu vertreten und auf eine Weiterführung des Prozesses zu verzichten, ohne dass dies den Rechtsverlust für die übrigen Gläubiger zur Folge hätte.»*<sup>19</sup>

Meines Erachtens ist dieser Ansicht nur zum Teil zuzustimmen. Es ist zwar anzunehmen, dass jeder Streitgenosse – mit allfälliger Kostenfolge – auch wieder auf die Prozessführung verzichten und den anderen Streitgenossen den Prozess überlassen kann. Solange die Streitgenossen gemeinsam im Prozess sind, braucht es jedoch notwendigerweise eine übereinstimmende Vorgehensweise aller Streitgenossen, wie dies für die notwendige Streitgenossenschaft typisch ist. Wie allgemein bei notwendigen Streitgenossenschaft

---

<sup>18</sup> HABSCHIED, ZPR, Rz. 284.

<sup>19</sup> BGE 121 III 488 (494); Entscheid des Bundesgerichts 4C.263/2004 vom 23. Mai 2005.

schliesst dies nicht aus, dass die einzelnen Streitgenossen getrennte Ausführungen machen.<sup>20</sup> Hinterher muss das Gericht jedoch um eine Koordination der Ausführungen besorgt sein. Besteht unter den Parteien Uneinigkeit über grundlegende Fragen, wie die Beendigung des Prozesses, Einlegung von Rechtsmitteln usw. muss eine Vertretung zur Lösung der Pattsituation bestellt werden. Meines Erachtens ist es naheliegend, diese Aufgabe hier dem Konkursamt zu übertragen.<sup>21</sup> In der Lehre sind alle diese Fragen um Art. 260 SchKG allerdings stark umstritten.<sup>22</sup>

### **1.6.2.5. Besondere Probleme ergeben sich bei den Verantwortlichkeitsklagen<sup>23</sup>:**

Verantwortlichkeitsansprüche gehören zu den Forderungen, welche häufig vorkommen und auch regelmässig abgetreten werden. Angesichts ihrer Bedeutung soll kurz auf sie näher eingegangen werden.

Art. 756/757 OR haben den Wortlaut:

#### **Art. 756 B. Schaden der Gesellschaft**

I. Ansprüche ausser Konkurs

<sup>1</sup> Neben der Gesellschaft sind auch die einzelnen Aktionäre berechtigt, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen. Der Anspruch des Aktionärs geht auf Leistung an die Gesellschaft.

#### **Art. 757<sup>1</sup>**

II. Ansprüche im Konkurs

<sup>1</sup> Im Konkurs der geschädigten Gesellschaft sind auch die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen.

<sup>2</sup> Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger berechtigt. Das Ergebnis wird vorab zur Deckung der Forderungen der klagenden Gläubiger gemäss den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889<sup>2</sup> verwendet. Am Überschuss nehmen die klagenden Aktionäre im Ausmass ihrer Beteiligung an der Gesellschaft teil; der Rest fällt in die Konkursmasse.

---

<sup>20</sup> Isaak Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 167 f.

<sup>21</sup> Vgl. zur Stellung des Konkursamtes BGE 121 III 488 (494) und hierzu LORANDI FRANCO, Urteilsbesprechung zu BGE 121 III 488 ff., AJP 5 (1996), S. 1306.

<sup>22</sup> STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, § 13 Rz. 43, und VON HOLZEN, S. 112, bezeichnen den Fall von Art. 260 SchKG als besondere Form der notwendigen Streitgenossenschaft bzw. als notwendige Streitgenossenschaft sui generis. Sie folgen dabei der hier kritisierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. LORANDI FRANCO, Urteilsbesprechung zu BGE 121 III 488 ff., AJP 5 (1996), S. 1304 f., geht von einer besonderen Form der Streitgenossenschaft bzw. einer uneigentlichen oder bedingt notwendigen Streitgenossenschaft aus. Er schliesst sich zwar der Meinung des Bundesgerichts an, räumt aber dennoch ein, dass in diesen Fällen bis heute nicht klar sei, wie der Richter zu verfahren habe, um bei unterschiedlichem Verhalten der Streitgenossen im Prozess dennoch zu einem einheitlichen Urteil zu gelangen. HABSCHIED, ZPR, Rz. 284, geht von einem besonderen Fall der uneigentlichen notwendigen Streitgenossenschaft aus. Er lässt dabei den Abschluss eines Vergleichs und die Einlegung eines Rechtsmittels nur durch einen Teil der Streitgenossen zu.

<sup>23</sup> Vgl. dazu BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 272 ff. sowie BGE 131 III 306 und BGE 132 III 564 = Pra 96 (2007) Nr. 57, in welchen die bisherige Rechtsprechung zur Klagebefugnis von Gläubigern und Aktionären präzisiert wird.

<sup>3</sup> Vorbehalten bleibt die Abtretung von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Artikel 260 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889.

	Ausserhalb des Konkurses	Innerhalb des Konkurses
<b>Ansprüche aus mittelbarer Schädigung der Gläubiger/Aktionäre durch Schädigung der Gesellschaft</b>	Klage der Gesellschaft gegen die Organe auf Leistung an die Gesellschaft (OR 756 I)	<b>Der Anspruch aus mittelbarer Schädigung wird im Konkurs zu einem eigenständigen Anspruch der Gläubigergesamtheit (BGE 117 II 432, 122 III 166, 122 III 176, 127 III 374). Klage der Konkursverwaltung oder der Abtretungsgläubiger gegen die Organe (OR 757 II).</b>
	Klage der Aktionäre gegen die Organe auf Leistung an die Gesellschaft (OR 756 I)	<b>Den Aktionären stehen im Konkurs keinerlei Ansprüche aus mittelbarer Schädigung zu (BGE 117 II 432)<sup>24</sup></b>
<b>Ansprüche aus unmittelbarer Schädigung</b>	Ansprüche der Aktionäre aus unmittelbarer Schädigung	Ansprüche der Aktionäre aus unmittelbarer Schädigung (separate Geltendmachung!)
	<b>Den Gläubigern stehen ausserhalb des Konkurses keine Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe zu.</b>	Ansprüche der Gläubiger aus unmittelbarer Schädigung (separate Geltendmachung!)

Wichtig ist die Unterscheidung der mittelbaren und unmittelbaren Schädigung der Gläubiger bzw. Aktionäre (hierzu statt viele BGE 132 III 564 ff.). Eine unmittelbare Schädigung liegt vor, wenn ein Gläubiger oder Aktionär direkt durch das unrechtmässige Verhalten der Organe geschädigt wird. Klassische Beispiele: Der Gläubiger wird durch unrichtige Angaben über die Vermögenslage der AG zu einem Darlehen an die Gesellschaft veranlasst. Der Aktionär wird durch Täuschung durch die Organe veranlasst, Aktien zu kaufen. Eine mittelbare Schädigung der Gläubiger oder Aktionäre liegt darin, dass die Gesellschaft geschädigt wird und damit keine ausreichende Aktiven mehr da sind, alle Gläubiger zu befriedigen bzw. wenn der Wert der Aktie abnimmt. Der wichtigste Fall der mittelbaren Schädigung ist diejenige, welche durch zu späte Benachrichtigung des Gerichtes eintritt (Art. 725 OR).

Für die Frage der Geltendmachung ist wichtig zwischen Geltendmachung im und ausserhalb des Konkurses zu unterscheiden. Aus der Sicht der hier vor allem interessierenden Gläubiger gilt dabei folgendes: Nach der nicht unumstrittenen Ansicht des Bundesgerichtes (BGE 122 III 166 ff. und andere) wird der ausserhalb des Konkurses bestehende Anspruch der Gesellschaft auf Schadenersatz gegenüber den Organen zu einem eigenen einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit auf den Gesamtschaden (sog. Ablösungstheorie). Diesen Gesamtschaden machen die Konkursverwaltung oder Abtretungsgläubiger für die

<sup>24</sup> Nicht unumstritten; vgl. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 18 N 274 u. 356; BSK OR II-WIDMER/BANZ, Art. 757 N 21 f.

Gläubigergesamtheit geltend. Mit dieser Theorie von einem eigenständigen Anspruch der Gläubiger wird klargestellt, dass sich die Gläubiger keinerlei Decharge-Erteilung anrechnen lassen müssen.<sup>25</sup>

### **1.6.3. Versteigerung von Liegenschaften im Konkurs**

Bei der Versteigerung von Liegenschaften sind im Vergleich zur Spezialexécution folgende Besonderheiten zu beachten:

- Bei der Versteigerung von Liegenschaften im Konkurs gibt es kein besonderes Lastenbereinungsverfahren, wie wir es bei der Spezialexécution kennen. Das Lastenverzeichnis einer Liegenschaft bildet vielmehr einen Bestandteil des Kollokationsplans und muss auch mit diesem angefochten werden (siehe oben ...).
- Ebenso hat im Konkurs das Deckungsprinzip keine Geltung. Der Zuschlag erfolgt, auch wenn nicht alle pfandgesicherten Forderungen gedeckt sind (SchKG 258 I).
- Schliesslich können die Gläubiger beschliessen, dass wenigstens für die erste Steigerung ein Mindestangebot festgesetzt wird (SchKG 258 II).

### **1.6.4. Freihandverkauf und Notverkauf**

#### **1.6.4.1. Problemstellung**

Die zentralen Fragen der Verwertung sind:

- Wann ist ein Freihandverkauf anstelle der Versteigerung zulässig?
- Unter welchen Voraussetzungen ist eine vorzeitige Verwertung möglich?

#### **1.6.4.2. Freihandverkauf**

Im Konkurs können Vermögenswerte aller Art, insbesondere auch Grundstücke, freihändig verkauft werden, falls die Gläubigerversammlung dies beschliesst (SchKG 256 I). Der Verkauf erfolgt im Form einer sog. Freihandverkaufsverfügung. Der Verkauf bedarf keiner öffentlichen Beurkundung. Der Eigentumserwerb erfolgt ausserhalb des Grundbuches durch, gestützt auf die zu protokollierende Freihandverkaufsverfügung (BGE 128 III 104).

Für verpfändete Vermögensstücke ist allerdings beim Freihandverkauf die Zustimmung der Pfandgläubiger notwendig (SchKG 256 II). Im Weiteren dürfen Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert und Grundstücke nur freihändig verkauft werden, wenn die Gläubiger vorher Gelegenheit erhalten haben, höhere Angebote zu machen (SchKG 256 III).

Für das Kriterium des bedeutenden Wertes ist dabei m.E. auf einen absoluten Massstab abzustellen. Es ist anzunehmen, dass es sich bei diesem Wert um einen mindestens fünfstelligen Frankenbetrag handeln muss<sup>26</sup>.

Wird das Recht auf ein höheres Angebot nicht eingeräumt, ist der Freihandverkauf nach SchKG 17 ff. anfechtbar, nicht jedoch nichtig<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Vgl. hierzu zuletzt Damian K. Graf, Zur Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsklage aus mittelbarem Schaden, GesKR 2012, S. 380 ff.

<sup>26</sup> In diesem Sinne auch LORANDI, Verwertung, SIVK, S. 32. In seiner Dissertation hat LORANDI noch von sechs- und siebenstelligen Frankenbeträgen gesprochen, vgl. Freihandverkauf, S. 321. Vgl. auch Aufsichtsbehörde SG in B1SchK 1999, S. 112 ff.

In der Praxis einiger Kantone ist es üblich, den Gläubigern das Angebotsrecht betreffend Mobilien pauschal bereits in der Konkurspublikation etwa mit folgendem Text einzuräumen: *"Die Konkursverwaltung betrachtet sich als ermächtigt, nach Ablauf der Eingabefrist die vorhandenen Mobilien nach bestem Ermessen gesamthaft oder einzeln zu verkaufen. Jeder Gläubiger sowie auch andere Interessenten können dem Konkursamt bis zum ... (Datum der Eingabefrist) Angebote für den Kauf dieser Vermögenswerte schriftlich einreichen."*<sup>28</sup> M. E. ist dieses Vorgehen mindestens für das neue Recht bei Vermögenswerten mit höherem Wert unzulässig. Ein gültiger Freihandverkauf erfordert vielmehr, dass den Gläubigern das Recht zum höheren Angebot für jeden Vermögenswert unter Nennung des Angebots des Dritten eingeräumt wird.

### 1.6.4.3. Zeitpunkt der Verwertung und hierfür zuständige Organe

Betreffend Zeitpunkt und Organ der Verwertung gilt Folgendes: Ordentliches Verwertungsorgan ist an sich die zweite Gläubigerversammlung (SchKG 252 ff.). Unter bestimmten Voraussetzungen können jedoch in einem früheren Verfahrensstadium auch die erste Gläubigerversammlung und ebenso die Konkursverwaltung bzw. das Konkursamt Verwertungen beschliessen bzw. vornehmen.

- Zunächst kann die erste Gläubigerversammlung die vorzeitige Verwertung in Form des Freihandverkaufs beschliessen, falls die Verwertung *"keinen Aufschub duldet"* (SchKG 238 I)<sup>29</sup>.
- Neben der ersten Gläubigerversammlung ist die Konkursverwaltung unter den in SchKG 243 II genannten Voraussetzungen befugt, eine vorzeitige Verwertung vorzunehmen. Es sind dies: Die betreffenden Vermögenswerte sind schneller Wertverminderung ausgesetzt, die Vermögenswerte haben einen Markt- oder Börsenpreis oder – wie zusätzlich im neuen Recht festgehalten wird – die Vermögenswerte erfordern einen kostspieligen Unterhalt oder verursachen unverhältnismässig hohe Aufbewahrungskosten.
- Bei Grundstücken gilt im Übrigen, dass eine vorzeitige Verwertung vor Bereinigung des Lastenverzeichnisses nur mit Bewilligung der Aufsichtsbehörde erfolgen kann (VZG 128 II; vgl. hierzu BGE 80 III 80).

Praktisch bedeutsame, von Lehre und Praxis jedoch nicht bzw. nicht klar beantwortete Fragen betreffend den Notverkauf sind: 1. Kann auch schon das Konkursamt vor Durchführung der ersten Gläubigerversammlung Notverwertungen vornehmen? 2. Berechtigt das Vorliegen eines günstigen, jedoch befristeten Angebotes zur Vornahme eines Notverkaufes? 3. Wie verhält es sich bei einem Notverkauf mit dem Recht der Beteiligten zur Stellung eines höheren Angebotes? 4. Kann ein Freihandverkauf ohne Vorliegen der Voraussetzungen des Notverkaufs zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung erfolgen, wenn die im Zeitpunkt des Verkaufs bekannten Gläubiger mehrheitlich zustimmen?

Die erstgenannte Frage ist, obwohl sich das Gesetz hierzu nicht ausspricht, eindeutig zu bejahen. Im Interesse aller am Konkurs beteiligten Personen muss bereits das Konkursamt die

---

<sup>27</sup> LORANDI, Freihandverkauf, S. 191.

<sup>28</sup> Hierzu VONDER MÜHLL, S. 1 ff.

<sup>29</sup> Hierzu MOOR, S. 65 f.

Möglichkeit haben, Notverwertungen vorzunehmen, die keinen Aufschub bis zur Durchführung der ersten Gläubigerversammlung ertragen (vgl. SchKG 221 I).

Nach dem Wortlaut von SchKG 243 müsste an sich ein Notverkauf, der "lediglich" der Wahrung eines guten jedoch befristeten Angebotes dient, abgelehnt werden. M.E. kann dies jedoch nicht richtig sein. Steht fest, dass es sich dabei um ein einmaliges Angebot für einen Preis handelt, der später höchstwahrscheinlich nicht mehr erzielt werden kann, muss auch dieser Notverkauf im Interesse aller Beteiligten rechtlich zulässig sein<sup>30</sup>. In einer sehr weiten Interpretation von SchKG 243 kann man sagen, dass ein Vermögenswert bei Ablehnung eines solchen Angebotes einer "schnellen Wertverminderung" im Sinne dieses Artikels ausgesetzt ist.

Eine schwierige Frage ist im Weiteren, wie den Beteiligten bei einem Notverkauf das Recht auf ein höheres Angebot eingeräumt werden kann. Festzuhalten ist zunächst, dass den Gläubigern in jedem Fall auch beim Notverkauf das Recht zum höheren Angebot nach SchKG 256 III zusteht<sup>31</sup>. Fraglich kann nur sein, wie in den verschiedenen Verfahrensstadien der Kreis der Gläubiger zu bestimmen ist. Ist der Kollokationsplan bereits erstellt, sind die angebotsberechtigten Gläubiger diesem zu entnehmen. Vor Erstellung des Kollokationsplans sind die Gläubiger zum Angebot einzuladen, die sich auf den Schuldenruf hin gemeldet haben oder der Konkursverwaltung sonst bekannt sind. Soll ein Vermögenswert von höherem Wert vom Konkursamt bereits vor der ersten Gläubigerversammlung verwertet werden, muss den bis zu diesem Zeitpunkt bekannten Gläubigern Gelegenheit zu einem höheren Angebot gegeben werden. Um jedem Haftungsrisiko zu entgehen, ist zudem eine öffentliche Publikation des Freihandverkaufs mit Einladung zu einem höheren Angebot angebracht (SchKG 255a II).

In BGE 105 III 74 hat das Bundesgericht festgestellt, ein Freihandverkauf von Mobilien sei auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen für den Notverkauf schon vor Durchführung der zweiten Gläubigerversammlung zulässig, wenn dem die Mehrheit der in diesem Zeitpunkt bekannten Gläubiger in einem Zirkulationsbeschluss zustimmen. Wie dies bereits LORANDI in zutreffender Weise festgestellt hat<sup>32</sup>, ist dieser Entscheid höchst problematisch. Letztlich wird damit die gesetzliche Kompetenzordnung für die Konkursorgane aus den Angeln gehoben. Nach SchKG 253 bzw. 256 ist ausserhalb des Notverkaufs allein die zweite Gläubigerversammlung zur Beschlussfassung über die Verwertung zuständig.

#### **1.6.4.4. Selbstverwertungsrecht des Pfandgläubigers**

Anders als im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (so ausdrücklich SchKG 324) können die Pfandgläubiger nach Konkurseröffnung vertraglich eingeräumte Selbstverwertungsrechte nicht mehr ausüben (BGE 116 III 26, 108 III 94, 81 III 59)<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> In diesem Sinne neuerdings auch BGE 131 III 280 E. 2.1. S. 285 mit Verweis auf VONDER MÜHLL, a.a.O.

<sup>31</sup> Das Bundesgericht hat die Frage bisher offen gelassen: BGE 131 III 280 E. 2.1 S. 285; 105 III 72 E. 3b S. 76, a.A. Vonder Mühl, a.a.O.

<sup>32</sup> LORANDI, Freihandverkauf, S. 312 f.

<sup>33</sup> A.A. FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 41 N 15.

## 1.7. Verteilung

### 1.7.1. Zeitpunkt

Im Allgemeinen wird die Verteilung durchgeführt, wenn der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen ist und alle Masse-Aktiven verwertet sind. Ausnahmsweise können aber schon vor Verwertung aller Aktiven sogenannte Abschlagszahlungen vorgenommen werden. Die Gläubigerversammlung, aber auch ein allfälliger Gläubigerausschuss können solche beschliessen (SchKG 237 III Ziff. 5, SchKG 253 II). Die Frist zur Anfechtung des Kollokationsplans muss aber abgelaufen sein (SchKG 266). Es ist eine provisorische Verteilungsliste zu erstellen (KOV 82 I).

### 1.7.2. Vorbereitung der Verteilung

Als Vorbereitungshandlung zur Verteilung erstellt die Konkursverwaltung einen Verteilungsplan, in dem die auf jede Forderung entfallende Dividende festgehalten wird. Ebenso arbeitet die Konkursverwaltung eine Schlussrechnung über die gesamten Aktiven und Passiven aus (SchKG 261). Verteilungsplan und Schlussrechnung bleiben während zehn Tagen beim Konkursamte aufgelegt (SchKG 263 I) und können in dieser Zeit mit der Aufsichtsbeschwerde angefochten werden. Jedem Gläubiger wird die Auflage speziell angezeigt (SchKG 263 II).

### 1.7.3. Die Verteilung

#### **Masseschulden und Konkurskosten:**

Vom Verwertungserlös werden vorab die Masseschulden (d.h. die Schulden, welche die Konkursverwaltung im Namen der Konkursmasse in Ausübung ihres Amtes eingegangen ist) und die übrigen Konkurskosten (Kosten des Konkursdekretes usw.) abgezogen (SchKG 262). Der Überschuss fällt den Gläubigern zu.

#### **Pfandgesicherte Forderungen:**

Die Gläubiger einer pfandgesicherten Forderung erhalten zunächst den gesamten Pfandwert. Für den nichtgesicherten Teil ihrer Forderungen sind sie den übrigen Gläubigern gleichgestellt.

#### **Nicht pfandgesicherte Forderungen:**

Die Gläubigerforderungen werden nach Massgabe des Verteilungsplanes unter Beachtung der Rangordnung nach SchKG 219 beglichen. Dividenden für bedingte Forderungen oder Forderungen mit unbestimmter Verfallzeit werden bei der Depositenanstalt hinterlegt (SchKG 264 III).

### 1.7.4. Konkursverlustschein

Jeder an der Pfändung teilnehmende Gläubiger erhält für den ungedeckt bleibenden Betrag seiner Forderung einen Verlustschein, den sogenannten Konkursverlustschein (SchKG 265). Näheres hierzu sogleich unter 5.7.2.

## 1.8. Schluss des Konkursverfahrens: Beendigung des Konkurses durch Richterspruch

Grundsätzlich soll das Konkursverfahren innert einem Jahr seit Konkurseröffnung zum Abschluss kommen. Die Konkursverwaltung darf diese Frist nur mit besonderer Bewilligung der Aufsichtsbehörde überschreiten (SchKG 270 II). Die Jahresfrist wird allerdings wohl selten eingehalten.

Gleich wie die Eröffnung des Konkurses wird auch die Beendigung vom Richter ausgesprochen. Die Konkursverwaltung unterbreitet dem Konkursgericht den Schlussbericht. Dieses spricht den Schluss des Konkursverfahrens aus, wenn es sich von der vollständigen Durchführung der Totalliquidation überzeugt hat, d.h. es erlässt das *sogenannte Schlussdekret*. Das Konkursamt veröffentlicht darauf den Schluss des Konkursverfahrens (SchKG 268).

## 1.9. Gläubigerbefriedigung nach Konkurschluss

### 1.9.1. Nachträgliches Auftauchen von Vermögenswerten

Tauchen nach Konkurschluss noch Vermögenswerte auf, so nimmt das Konkursamt diese in Besitz, verwertet sie und verteilt den Erlös formlos unter die noch nicht vollständig befriedigten Gläubiger. Handelt es sich um streitige Ansprüche, zeigt das Konkursamt den Gläubigern die Möglichkeit der Abtretung an (SchKG 269 III)<sup>34</sup>.

### 1.9.2. Der Konkursverlustschein

#### Zivilrechtliche Wirkungen:

Bezüglich der im SchKG umschriebenen zivilrechtlichen Wirkungen unterscheidet sich der Konkursverlustschein nicht vom Verlustschein in der Betreuung auf Pfändung (SchKG 265 II unter Hinweis auf SchKG 149 IV und 149a). Auch der Konkursverlustschein bewirkt die Unverzinslichkeit und den Lauf der Verjährung (20 Jahre) für den ungedeckt gebliebenen Teil der Forderung.

Hingegen gelten die übrigen zivilrechtlichen Wirkungen nicht für den Konkursverlustschein. Die meisten dieser Wirkungen treten vielmehr schon mit der Konkurseröffnung ein. So können etwa Verträge des Schuldners meist nach Konkurseröffnung aufgelöst werden (siehe ...). Während in der Betreuung auf Pfändung meist erst nach der Verwertung feststeht, dass nicht alle Forderungen gedeckt werden können, ist dies in der Konkursbetreuung schon mit der Konkurseröffnung als sicher zu betrachten. Es ist dies eine Folge der Teilnahme aller Gläubiger an der Zwangsvollstreckung.

#### Betreibungsrechtliche Wirkungen:

Mit dem Pfändungsverlustschein hat der Konkursverlustschein hier allein gemeinsam, dass auch er einen Arrestgrund bildet (SchKG 271 I Ziff. 5). Ein provisorischer Rechtsöffnungstitel ist er nur, wenn der Konkursit die Schuld anerkannt hat (SchKG 265 I). Im Weiteren ist ein Gläubiger mit einem Konkursverlustschein gegenüber einem Gläubiger mit einem Pfändungsverlustschein in doppelter Weise schlechter gestellt:

<sup>34</sup> Zum sogenannten Nachkonkurs: WALDER, Nachkonkurs, S. 1 ff.

- Es gibt keine Fortsetzung der Betreibung ohne Zahlungsbefehl.
- Der Schuldner kann nur dann von neuem betrieben werden, wenn er zu neuem Vermögen gekommen ist (SchKG 265 II).

Auf die (wichtige) Problematik der Einrede des mangelnden neuen Vermögens wird später näher einzugehen sein (siehe ...).

## *1.10. Ausserordentliche Beendigung des Konkursverfahrens durch Widerruf der Konkursöffnung*

### **1.10.1. Gründe**

Nach Ablauf der in der Konkurspublikation vorgesehenen Anmeldefrist für Forderungen kann das Konkursgericht den Konkurs jederzeit bis zum Schluss des Verfahrens widerrufen (SchKG 195):

- wenn der Schuldner nachweist, dass sämtliche Forderungen getilgt sind; oder
- wenn der Schuldner von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung vorlegen kann, dass dieser seine Konkurseingabe zurückzieht; oder
- bei Zustandekommen eines gerichtlichen Nachlassvertrages.

Der Widerruf des Konkurses ist im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu veröffentlichen (SchKG 195 III).

### **1.10.2. Wirkung**

Der Gemeinschuldner wird in das freie Verfügungsrecht über sein Vermögen wieder eingesetzt, insoweit dies noch vorhanden ist.

Entgegen dem Grundsatz der Wiederherstellung des vor der Konkursöffnung bestandenen Zustandes leben nach der Rechtsprechung die schon vor der Konkursöffnung eingeleiteten Betreibungen nicht mehr auf (vgl. BGE 93 III 59).

## *1.11. Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (SchKG 230)*

### **1.11.1. Einstellung des Konkurses durch das Konkursgericht**

Muss das Konkursamt nach Konkursöffnung feststellen, dass keine Aktiven für die Durchführung des ordentlichen und des summarischen Verfahrens vorhanden sind, macht es dem Konkursgericht hiervon Mitteilung (SchKG 230 I).

Gelangt der Richter ebenfalls zu dieser Überzeugung, stellt er das Konkursverfahren ein. Das Konkursamt veröffentlicht darauf die Einstellung des Konkurses (SchKG 230 II). Es werden keine Verlustscheine ausgestellt.

### **1.11.2. Die Durchführung des Konkursverfahrens auf Begehren eines Gläubigers**

Jeder Gläubiger hat die Möglichkeit, innert zehn Tagen nach Veröffentlichung der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, die Durchführung des Konkurses zu verlangen. Dafür hat er allerdings den Teil der Kosten sicherzustellen, der voraussichtlich durch die Konkursmasse nicht gedeckt ist (SchKG 230 II). Stellt kein Gläubiger das Begehren, gilt das Konkursverfahren endgültig als eingestellt.

Vgl. als Beispiele BGE 102 III 78 und 85.

### **1.11.3. Möglichkeit der Betreuung auf Pfändung**

Nach Einstellung des Konkursverfahrens kann der Schuldner während zweier Jahre auch auf Pfändung betrieben werden. Diese Bestimmung soll den Gläubigern wenigstens ermöglichen – neben einem allfälligen Erlös aus der Pfändung – einen Pfändungsverlustschein zu erhalten (SchKG 230 III).

Die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen leben nach der Einstellung des Konkurses wieder auf<sup>35</sup>. Dabei fällt die Zeit zwischen der Eröffnung und der Einstellung des Konkurses für den Fristenlauf nicht in Betracht (SchKG 230 IV).

### **1.11.4. Besondere Bestimmungen für ausgeschlagene Erbschaften und juristische Personen (SchKG 230a)**

Das Gesetz enthält in Art. 230a besondere Bestimmungen für den Fall, dass die konkursamtliche Liquidation einer ausgeschlagenen Erbschaft oder der Konkurs über eine juristische Person mangels Aktiven eingestellt wird.

Im Falle einer juristischen Person können demnach pfandgesicherte Gläubiger – ohne dass sie zunächst eine Betreuung einleiten bzw. weiterführen müssen – unverzüglich die Verwertung der Pfandobjekte durch das Konkursamt verlangen, welches ihnen dazu Frist anzusetzen hat (SchKG 230a II)<sup>36</sup>. Die Verwertung erfolgt dabei nach den Bestimmungen über das summarische Konkursverfahren<sup>37</sup>. Wird die Verwertung nicht verlangt, erfolgt entweder eine Übertragung der Aktiven auf den Kanton oder – falls dieser die Übertragung ablehnt – die Verwertung durch das Konkursamt (SchKG 230a III u. IV)

---

<sup>35</sup> Vgl. dazu BGE 124 III 123.

<sup>36</sup> Zum Verhältnis dieser Bestimmung zu SchKG 230 IV vgl. BGE 130 III 481.

<sup>37</sup> Vgl. dazu BGE 130 III 481 E. 2.3 S. 486 m.H.

