Analoge Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze auf den "Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung"

Autor(en): **Piccard, P.**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **35 (1916)**

PDF erstellt am: **28.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896551

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Analoge Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung".

Von Dr. P. Piccard, Bundesgerichtsschreiber.

I.

Das SchKG regelt genau die Voraussetzungen des Nachlassvertrages, sowie das bei seinem Abschluss und seiner behördlichen Bestätigung zu beobachtende Verfahren. Über seinen Inhalt und seine Wirkungen enthält es dagegen nur vereinzelte Bestimmungen. Insbesondere sagt es nicht, ob die Nachlassquote schon im Nachlassvertrag bestimmt sein müsse, oder ob ihre Höhe von dem Ergebnis der Liquidation abhängig gemacht werden könne. Aus der Vorschrift des Art. 306 Ziff. 2, dass „die angebotene Summe" in richtigem Verhältnis zu den Hilfsmitteln des Schuldners stehen müsse, scheint allerdings hervorzugehen, dass der Gesetzgeber in erster Linie an Nachlassverträge mit im voraus bestimmter Dividende gedacht hat.[1]) Allein es lässt sich gewiss auch die Ansicht vertreten, dass die „angebotene Summe" in dem noch nicht ziffermässig berechenbaren Ergebnis der Liquidation bestimmter Aktiven oder eines bestimmten Vermögenskomplexes mit allen zugehörigen Aktiven und Passiven, oder endlich des ganzen schuldnerischen Vermögens bestehen könne. Auch in diesen Fällen ist die Nachlassbehörde in der Lage,

[1]) Dasselbe geht übrigens, wie sich im Verlaufe der nachfolgenden Untersuchung zeigen wird, noch aus andern Bestimmungen des XI. Titels („Nachlassvertrag") hervor. — Auch bei der Beantwortung der Frage nach den Wirkungen des Nachlassvertrags pflegt meist nur an die Nachlassverträge mit zum voraus bestimmter Nachlassquote gedacht zu werden. Daher oft Resultate, die auf den Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende nicht recht passen.

wenigstens abzuschätzen, ob das Angebot des Schuldners „in richtigem Verhältnis zu seinen Hülfsmitteln" stehe. Speziell wenn der Schuldner seinen Gläubigern das Liquidationsergebnis seines gesamten Vermögens überlassen zu wollen erklärt,[2]) wird die Frage, ob die Nachlassofferte genügend sei, in der Regel — falls nämlich der Schuldner nicht über sehr grosse Anwartschaften verfügt, denen er vielleicht gerade seinen Kredit verdankte — bejaht werden müssen.

Nicht nur ist aber, wie aus dem Gesagten hervorgeht, diese Art des Nachlassvertrags mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar, sondern ihre Zulassung entspricht auch den Bedürfnissen der Praxis. Für die Gläubiger ist es ja allerdings angenehm, im voraus genau zu wissen, wieviel sie an ihre Forderungen erhalten werden; und den Schuldner mag es zum Wiederaufbau seiner pekuniären Existenz und zur Wiedergewinnung seiner gesellschaftlichen Stellung ermutigen, wenn er hoffen kann, dass ihm nach Erfüllung des Nachlassvertrages noch etwas übrig bleiben wird. Allein einerseits besteht dabei doch für die Gläubiger die Gefahr, nachträglich konstatieren zu müssen, dass sie sich infolge irrtümlich oder tendenziös pessimistischer Schilderung der Lage durch den Schuldner mit einem allzu niedrigen Prozentsatz ihrer Forderungen haben abfinden lassen; andrerseits riskiert der Schuldner, — namentlich der ehrliche Schuldner, der die Verluste seiner Gläubiger auf ein Minimum reduzieren möchte —, eine zu hohe Dividende zu versprechen und nachher, infolge der Unmöglichkeit, den Nachlassvertrag zu erfüllen, für die ganzen ursprünglichen Forderungen betrieben zu werden. Diese Gefahren werden durch den

---

[2]) Alle folgenden Ausführungen beziehen sich in erster Linie auf diese Art von Nachlassvertrag. In beschränktem Masse gelten sie aber auch für den Fall, dass die Gläubiger mit dem Liquidationsergebnis einzelner Aktiven oder Vermögenskomplexe vorlieb nehmen. Eine besondere Behandlung des letztern, verhältnismässig seltenen Falls würde hier zu weit führen.

Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende beseitigt.[3]) Er schützt den Schuldner vor der in Art. 315 vorgesehenen „Aufhebung" des Nachlassvertrags und gestattet den Gläubigern, sich eine möglichst vorteilhafte Liquidation, die sonst nur jenem profitieren würde, zunutze zu machen. Der Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende kommt denn auch bei uns tatsächlich häufig vor. Er entspricht einem Bedürfnis und ist vom Bundesgericht, wie von den meisten kantonalen Gerichten,[4]) stillschweigend als zulässig anerkannt worden. Eine weitere Erörterung der Frage, ob er vom Gesetz gewollt war, hätte unter diesen Umständen bloss theoretischen Wert und soll deshalb hier unterbleiben.

Es erhellt ohne weiteres, dass der Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende in viel stärkerm Masse, als derjenige mit im voraus bestimmter Nachlassquote, zu einer konkursähnlichen Liquidation führen muss. Nicht nur sind die einzelnen Gläubiger hier wie dort, soweit sie nicht auf ihre Vorrechte verzichten, in der Reihenfolge ihrer konkursrechtlichen Rangordnung und innerhalb einer jeden Klasse gleichmässig zu befriedigen — was aus Art. 306 geschlossen werden kann und sich übrigens von selbst versteht[5]) —, sondern es muss beim Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende, gerade wie beim Konkurs, auch ein Beschlagsrecht der Gläubiger in Bezug auf das zu liquidierende Vermögen bestehen. Nur unter dieser Voraussetzung besitzen die Gläubiger eine Garantie dafür, dass die Liquidation, an deren Resultat wegen der Unbestimmtheit der Dividende

---

[3]) Umgekehrt besteht bei ihm allerdings die Gefahr einer zu optimistischen Schilderung der Lage durch den Gemeinschuldner.

[4]) Ausnahme: Bern in Archiv f. SchK **8** Nr. 104, **10** Nr. 29.

[5]) Ausdrücklich bestimmt ist es in § 181 der deutschen KO: „Der Vergleich muss allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewähren. Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. . . ."

in erster Linie sie interessiert sind, auch wirklich unter Wahrung ihrer Interessen durchgeführt werde; und nur, wenn sie eine solche Garantie besitzen, werden sie sich dazu entschliessen, sowohl auf die Durchführung eines eigentlichen Konkurses, als auch auf eine durch Pfänder oder Bürgschaften sicherzustellende, im voraus bestimmte Nachlassdividende zu verzichten.

Seine praktische Gestalt kann beim Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende das konkursähnliche Beschlagsrecht der Gläubiger entweder durch eine förmliche Abtretung der zur Liquidationsmasse gehörenden Aktiven, oder aber einfach dadurch erhalten, dass den Gläubigern die Verfügungsgewalt über die in Betracht kommenden Vermögensobjekte oder doch eine weitgehende Kontrolle über die allenfalls dem Schuldner anvertraute Liquidation eingeräumt wird.

Da es nahe liegt, dass ein bedrängter Schuldner zur Abwendung des Konkurses oder der Auspfändung seinen Gläubigern die „Überlassung seines gesamten Vermögens gegen Saldoquittung" anbietet, und da diese Art des Nachlassvertrages in Frankreich, wo sie gesetzlich vorgesehen ist,[6]) den Namen „concordat par abandon d'actif"

[6]) In dem durch ein Gesetz vom 17. Juli 1856 ergänzten Art. 541 des Code de commerce. Das Institut selber ist viel älter und geht bis auf die cessio bonorum des römischen Rechts zurück. Den bei Thaller, Faillites et banqueroutes, I S. 1 ff. leicht nachzuschlagenden Beschreibungen verschiedener Übergangsformen und Varianten seien hier bloss einige charakteristische Stellen aus der seltenen Ausgabe der Coutumes générales et locales du Pays et Duché du Bourbonnais von Auroux des Pommiers, von welcher die Basler Universitätsbibliothek ein Exemplar besitzt, hinzugefügt:

Art. 72 der Coutume selber: „Ceux qui veulent faire cession de biens, doivent comparaître et la faire en personne . . et sont tenus faire serment solemnel devant le . . Juge, de ne faire ladite Cession pour frauder leurs créanciers, . . . et qu'ils déclareront leurs biens, si aucuns en ont; et sont tenus eux desceindre et jetter leurs ceintures à terre, pour démontrer qu'ils délaissent leursdits Biens: Aussi feront serment, que s'ils viennent à plus grande fortune de Biens, ils satisferont à leurs créanciers."

erhalten hat, so pflegt der Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende auch in andern Ländern, speziell in der Schweiz und in Deutschland, als „Nachlassvertrag mit

---

Aus der préface von Auroux des Pommiers zum Titel X „Des cessions de biens": „Parmi nous, on accorde les lois de l'humanité et de la charité, avec celles de la politique; et comme on ne veut pas que les malheureux débiteurs soient exposés à la rigueur de leurs créanciers impitoyables, ... Il y a deux sortes de cessions et abandonnements de biens . . .; l'une volontaire, et l'autre forcée, qui est la judiciaire. La volontaire, c est lorsque les créanciers . . . l'obligent (sc. leur débiteur) par ce procédé, pour éviter la contrainte par corps, à leur faire l'abandonnement de ses biens, qui est consenti et accepté par la pluralité des voix de la plus grande partie des créanciers, eu égard aux sommes qui leur sont dues. La judiciaire, est celle qui se fait par l'ordonnance du juge, nonobstant l'opposition des créanciers, lorsqu'un débiteur est détenu prisonnier, et que se trouvant dans l'impossibilité de les satisfaire, il demande, pour n'être pas réduit à finir misérablement sa vie en prison, d'être reçu à leur faire cession et abandonnement de ses biens."

Aus den Bemerkungen von Auroux des Pommiers zu Art. 72 cit.: „Dans la cession judiciaire et forcée, le débiteur n'est pas d'abord dépouillé de la propriété de ses biens qu'il abandonne à ses créanciers, et il en reste propriétaire jusqu'à ce qu'ils ayent été actuellement vendus . . . . . Après la cession de biens, on fait créer un curateur aux biens vacans . . . . . on les fait vendre et décréter, ... pour les créanciers privilégiés et hypothécaires être payés selon la préférence de leurs priviléges et l'ordre de leurs hypothéques . . . et les créanciers qui n'ont ni priviléges, ni hypothéques, être payés par contribution au sol la livre, à raison de leur dû. . . . . Dans la cession volontaire, après qu'un débiteur a fait assembler ses créanciers, et qu'il leur a fait un abandonnement général de tous ses biens sous des conditions dont ils sont convenus ensemble, les créanciers nomment alors des directeurs qui vendent les biens à l'amiable, et qui font un ordre et une distribution aussi à l'amiable. . . . Dans le cas d'une cession volontaire, comme pour lors la cession est consentie par le débiteur et acceptée par les créanciers, et que dans ce cas il se fait ordinairement une transaction entre le débiteur et les créanciers, par laquelle les créanciers conviennent de quitter et décharger entiérement le débiteur, . . . cette transaction éteint le droit des créanciers pour le surplus de leurs créances. . ."

Vermögensabtretung"[7]) bezeichnet zu werden, und zwar auch in denjenigen Fällen, in denen keine Abtretung im Rechtssinne stattfindet, sondern den Gläubigern bloss die Verfügungsgewalt über die Liquidationsmasse[8]) oder sogar nur die Kontrolle über die vom Schuldner selbst durchzu-

---

Über das Verhältnis des in Art. 541 Code de comm. vorgesehenen concordat par abandon zu den beiden Formen der cession de biens vergl. z. B. Fuzier-Hermann Rép. gén. **22** Nr. 2818 ff., speziell 2819, 2825, 2828; über sein Verhältnis zum gewöhnlichen Nachlassvertrag: Nr. 2817; über sein Verhältnis zum Konkurs: Nr. 2856 ff., 2864 ff., 2871 ff. — Speziell aus den zuletzt angeführten Stellen ergibt sich übrigens, dass die in den nachfolgenden Ausführungen postulierte analoge Anwendung konkursrechtlicher Sätze auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" in Frankreich bereits in vielen Beziehungen anerkannt ist.

[7]) In Deutschland auch etwa als „Zwangsvergleich mit datio in solutum", im Gegensatz zum „Prozentvergleich" und zum „Stundungsvergleich".

[8]) Beispiel aus neuester Zeit: „Die Leih- und Sparkasse Aadorf tritt nach Genehmigung dieses Nachlassvertrags in Liquidation. . . . Zum Zwecke der Liquidation wird durch das absolute Mehr der nach Art. 300 SchKG stimmberechtigten Kreditoren . . . ein Gläubigerausschuss von neun Mitgliedern ernannt, welcher bis zur vollständigen Befriedigung sämtlicher Kreditoren ausschliesslich ermächtigt ist, über die Aktiven zu verfügen und dieselben zu liquidieren, . . . die Schulden der Leih- und Sparkasse festzustellen und das Liquidationsergebnis gleichmässig unter die Kreditoren . . zu verteilen. Zu diesem Zwecke sind dem Gläubigerausschuss durch die Leih- und Sparkasse . . . volle und unbeschränkte Vollmachten, insbesondere auch zur Führung von Prozessen . . . erteilt." — Dass aber auch schon mit der cession de biens des droit coutumier (wie übrigens bereits mit der cessio bonorum des römischen Rechts) in Wirklichkeit keine Eigentumsübertragung verbunden war, geht u. a. aus den in Note 6 hievor wiedergegebenen Stellen der Coutume du Bourbonnais hervor: „sont tenus eux desceindre et jetter leurs ceintures à terre, pour démontrer qu'ils délaissent leursdits Biens." . . . „Dans la cession judiciaire et forcée, le débiteur n'est pas d'abord dépouillé de ses biens qu'il abandonne . . . il en reste propriétaire jusqu'à ce qu'ils ayent été actuellement vendus." Es handelte sich also nur um eine, symbolisch dargestellte Aufgabe der Verfügungsgewalt über

führende Liquidation eingeräumt wird.[9]) Auch im folgenden soll für den Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende jener, juristisch nicht immer ganz genaue, aber anschauliche und in seiner französischen Form auch bei uns mehr oder weniger eingebürgerte Ausdruck „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" gebraucht werden.

Wie bereits konstatiert wurde, muss der „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung", d. h. der Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende, in viel stärkerm Masse als derjenige mit zum voraus bestimmter Dividende, zu einer konkursähnlichen Liquidation führen. Er ist eine mildere Form des Konkurses, ein Konkurssurrogat, durch welches dem Schuldner — wie beim Nachlassvertrag mit bestimmter Dividende — die öffentlichrechtlichen und gesellschaftlichen Folgen des Konkurses, meist auch die ökonomisch und moralisch drückenden Verlustscheinfolgen, erspart werden sollen, ohne dass doch — wie bei jenem — die Gläubiger darauf verzichten, sich eine möglichst vorteilhafte Liquidation des schuldnerischen Vermögens zunutze zu machen, ja sogar mit der Wirkung, dass unter Umständen eine günstigere Verwertung als beim Konkurse erreicht werden kann. Der „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" verhält sich zum Konkurs, wie eine freiwillige Steigerung zur Zwangsversteigerung, oder wie eine Privatversteigerung (etwa unter Miterben) zur öffentlichen Versteigerung, oder wie ein schiedsrichterliches Verfahren zu einem vor den staatlichen Gerichten durchgeführten Prozesse. Wie nun auf die Privatversteigerung gewisse, für die öffentliche Steigerung erlassene Vorschriften des Gesetzes, oder auf das schiedsgerichtliche Verfahren gewisse Grundsätze des Zivilprozessrechts analog anwendbar sind, so müssen auch auf den „Privat-

---

das gesamte Vermögen. Der Gürtel war, weil das Geld im Gürtel getragen wurde, das Symbol der Verfügungsgewalt (vergl. Ragueau-de Laurière, Glossaire du Droit français, s. v. ceinture).

[9]) Beispiel unten Note 14.

konkurs", als welchen man den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" ebenfalls bezeichnen könnte, gewisse konkursrechtliche Grundsätze analog anwendbar sein. Die analoge Gesetzesanwendung empfiehlt sich hier namentlich mit Rücksicht auf die Gefahr einer willkürlichen Liquidation und der Übervorteilung einzelner Gläubiger oder Gläubigerkategorien durch andere oder durch skrupellose Übernehmer der ganzen Masse. Völlig zu beseitigen ist diese Gefahr natürlich nicht; aber durch die analoge Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze wird sie immerhin erheblich verringert.[10])

Bei der Frage, welche konkursrechtlichen Grundsätze analog angewendet werden sollen, wird jeweilen zu untersuchen sein, ob es sich um einen solchen Rechtssatz handelt, der auf dem Beschlagsrecht der Konkursgläubiger beruht oder aus der konkursrechtlichen Rangordnung oder dem Prinzip der Gleichberechtigung der Gläubiger innerhalb der einzelnen Klassen folgt, oder ob die betreffende Gesetzesbestimmung lediglich das bei der amtlichen Liquidation, insbesondere der Verwertung im engern Sinne, zu beobachtende Verfahren oder die Rechtsfolgen des nach gesetzlicher Vorschrift durchgeführten Konkurses betrifft. Je nachdem, ob das eine oder das andere der Fall ist, wird die analoge Anwendbarkeit zu bejahen oder zu verneinen sein.

II.

Eine der ersten und wichtigsten Konsequenzen des durch den Konkurs geschaffenen oder im Konkurse wirksam werdenden Beschlagsrechtes der Gläubiger ist die (in Art. 240 SchKG anerkannte) Fähigkeit der Konkursverwaltung, namens der „Konkursmasse" handelnd aufzutreten, insbesondere auch Prozesse zu führen. Die Schöpfung dieses Quasi-Rechtssubjektes, das fälschlicher-

[10]) Ebenso auch durch die im Nachlassvertrag selber vorzusehende Beaufsichtigung der Liquidatoren; vergl. darüber unten sub V 3, ad Art. 241, sowie Note 11 hienach.

weise vielfach als die „Rechtsnachfolgerin" des Gemeinschuldners betrachtet wird, ist im Grunde nichts anderes als das von der Rechtsordnung gewählte Mittel, um den Gläubigern, die sich sonst als „Gesellschaft" konstituieren oder Einzelvollmachten erteilen müssten, die Ausübung ihres Beschlagsrechts ohne weitere Förmlichkeiten zu ermöglichen. Es liegt deshalb nahe, im Falle des Zustandekommens eines „Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung" den Nachlassgläubigern die entsprechende Erleichterung zu gewähren und also der durch die „Liquidationskommission" oder einen „Gläubigerausschuss" vertretenen „Liquidationsmasse" die Fähigkeit, ohne weiteres handelnd aufzutreten, insbesondere Prozesse zu führen, zuzuerkennen. Immerhin liesse sich auch die Ansicht vertreten, dass den Gläubigern, wenn sie denn von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit des Konkurses keinen Gebrauch machen wollen, wohl zugemutet werden könne, sich in Form irgend einer Art von Gesellschaft zu konstituieren oder doch, unter Beobachtung der Grundsätze des Auftrags, einen Mandatar zu ernennen und zum Auftreten in ihrem Namen — im Prozessfalle unter Beibringung von Vollmachten seitens sämtlicher Gläubiger — zu ermächtigen. Im Interesse einer praktischen Durchführung des Nachlassverfahrens ist jedoch entschieden die Lösung vorzuziehen, wonach beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung", wenigstens wenn er behördlich bestätigt worden ist, die „Liquidationsmasse" ohne weiteres als handlungsfähig, insbesondere auch als prozessfähig betrachtet wird. Die Konstituierung einer Gesellschaft oder die Beibringung von Vollmachten seitens sämtlicher Gläubiger, die oft gar nicht einmal alle bekannt sind, würde meist auf grosse tatsächliche Schwierigkeiten stossen; es ist aber nicht einzusehen, in wessen Interesse den Gläubigern, die nun einmal eine „Liquidationskommission" zum Zwecke der Durchführung der gesamten Liquidation gewählt, ihr die nötigen Direktiven gegeben und für ihre Beaufsichtigung, eventuell auch für eine Art

Referendum gesorgt haben,[11]) das Recht abgesprochen werden sollte, das Auftreten für die „Liquidationsmasse", speziell auch die Führung von Prozessen, eben jener „Liquidationskommission" zu überlassen.

Das Bundesgericht hat die Handlungs- und Prozessfähigkeit der „Liquidationsmasse" zuerst (in zwei Entscheiden aus dem Jahre 1905) kategorisch verneint, in einem Urteile aus neuester Zeit dagegen ebenso kategorisch bejaht. Aus den Begründungen beider Standpunkte ist zugleich der Gegensatz der Anschauungen über das Wesen des „Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung" überhaupt und über dessen Verhältnis zum Konkurs ersichtlich. Es seien daher hier die hauptsächlichsten Stellen der in Betracht kommenden Urteile wiedergegeben:

Urteil vom 11. Februar 1905 i. S. Lecoultre gegen Delécraz (AS **31** II Nr. 23, Sep.-Ausg. VIII Nr. 23):

„Le recourant allègue, il est vrai, qu'il tient ses pou-
„voirs d'un prononcé d'homologation du Tribunal le char-
„geant de réaliser l'actif abandonné par le débiteur com-
„mun et de le répartir entre les créanciers; mais ce qu'il
„aurait dû établir, pour étayer sa thèse, c'est que le juge
„pouvait, en droit, accorder la personnalité juridique et
„qu'il avait, en fait, créé une personne morale constituée
„par l'ensemble des créanciers de Barras; or, cela n'a été
„ni allégué, ni prouvé. Cela étant, le recourant ne peut se
„présenter en justice en prétendant représenter une per-
„sonne non existante en droit."

---

[11]) Nur ein solcher „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung", der in dieser Hinsicht das Nötige vorsieht, sollte die gerichtliche Bestätigung erhalten. Wie bei den andern Arten von Nachlassverträgen die Auszahlung der Nachlassquote und die vollständige Befriedigung der privilegierten Gläubiger „hinlänglich sichergestellt" sein muss (Art. 306 Ziff. 3), so wird beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" verlangt werden können, dass darin für die erforderliche Beaufsichtigung der Liquidatoren gesorgt sei. Welche Anforderungen in dieser Beziehung zu stellen seien, wird von den Verhältnissen des konkreten Falls, insbesondere von der Vertrauenswürdigkeit der Liquidatoren abhängen.

Urteil vom 12. Mai 1905 i. S. Vielle und Girardet gegen Bergier, Chavannes und Deprez (Journal des tribunaux, 1906, Droit féd. S. 156 ff., in der A. S. nicht publiziert):

„Le but et les effets de la faillite et du concordat ne „sont pas les mêmes; ces deux institutions ne sont pas „analogues ou semblables, elles sont bien plutôt opposées „l'une à l'autre. Le fait qu'il s'agit, en l'espèce, d'un „concordat par abandon d'actif, peut accentuer la ressem- „blance entre la faillite et le concordat, au point de vue „extérieur et économique; mais il ne touche en rien aux „causes et effets juridiques des deux institutions, qui „restent essentiellement différentes: contrainte et dépos- „session forcée d'une part; acte de pleine volonté et libre „disposition d'autre part. — La distinction juridique „fondamentale subsistant intacte, il s'ensuit que, si même „l'on admet qu'un concordat par abandon d'actif rentre „dans le cadre de la loi fédérale, il n'y a pas à appliquer par „analogie, au concordat, les dispositions concernant la „faillite, et à admettre l'existence d'une masse à laquelle „on devrait reconnaître la capacité d'ester en justice et la „personnalité civile."

Urteil vom 18. März 1915 i. S. Leih- und Sparkasse Aadorf in Liquidation gegen Oswald (AS **41** III Nr. 34):

„Gleichwie die „Konkursverwaltung" richtigerweise „in erster Linie als die Vertreterin der ihr Beschlagsrecht „ausübenden Gläubiger zu betrachten ist, so muss hier „(sc. beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung") „die Liquidationskommission ebenfalls als die Ver- „treterin der Gläubiger betrachtet werden. Der „Nachlass- „vertrag mit Vermögensabtretung" (gleichviel ob eine „wirkliche Abtretung der Aktiven, oder aber einfach die „Übertragung der Liquidation an einen Gläubigerausschuss „stattgefunden hat, was praktisch keinen Unterschied „macht) muss, ebenso wie dies bereits in anderer Hinsicht „geschehen ist (BGE **40** III S. 302 ff. und Urteil vom „25. Februar 1915 i. S. Iselin gegen Leih- und Sparkasse „Steckborn in Liquidation, Erw. 5), so auch in dieser

„Beziehung dem Konkurse gleichgestellt werden, d. h. es „muss der mit der Liquidation betraute Gläubigerausschuss „als ermächtigt betrachtet werden, sämtliches nach den „Bestimmungen des „Nachlassvertrages" zur „Nachlass-„masse" gehörende Vermögen einzuziehen, ohne dass im „Prozessfalle auf die Frage zurückgekommen werden kann, „welches Rechtssubjekt vor der Genehmigung des „Nach-„lassvertrages" als Inhaber des nunmehr zu liquidierenden „Vermögens zu gelten hatte und in wessen Namen daher „damals allfällige Prozesse zu führen waren.[12]) Es genügt, „dass der „Nachlassvertrag" gerichtlich bestätigt und „dadurch die Liquidationskommission ermächtigt worden „ist, materiell für Rechnung der Gläubiger, formell „namens der „Nachlass"- oder „Liquidationsmasse", das-„jenige Vermögen zu liquidieren, welches nach den Be-„stimmungen des Nachlassvertrages dem Beschlagsrecht „der Gläubiger unterliegt. Die „Nachlass"- oder „Liqui-„dationsmasse" ist kraft eidgenössischen Rechts ebenso „prozessfähig, wie die „Konkursmasse", und es kann daher „jener (entgegen BGE **31** II Nr. 23) das Auftreten als „Prozesspartei aus Gründen des kantonalen Prozessrechts „ebensowenig verwehrt werden, wie dieser."

Mit diesem dritten Urteil ist die Stellung des Bundesgerichts, wie man wohl annehmen darf, auch für die Zukunft deutlich markiert. Von der frühern Praxis ist bewusst abgewichen worden — es ergibt sich das aus der Bemerkung im letzten Satz: „entgegen BGE **31** II Nr. 23" —, und diese Abweichung steht im Zusammenhang mit zwei im Text zitierten, ebenfalls aus der neuern Zeit stammenden Entscheiden: Urteil vom 2. Juli 1914 i. S. Leih- und Sparkasse Aadorf in Liquidation gegen Saurer (AS **40** III Nr. 54) und Urteil vom 25. Februar 1915 i. S. Iselin gegen Leih- und Sparkasse Steckborn in Liquidation (AS **41** III

[12]) Im konkreten Falle war streitig, ob dies die „Leih- und Sparkasse Aadorf" als solche, d. h. als selbständiges Rechtssubjekt, oder aber die „Bürgergemeinde Aadorf", als Inhaberin der Kasse, gewesen war.

Nr. 31). Auch in diesen beiden Urteilen, durch welche die Art. 213 und 214 SchKG analog anwendbar erklärt wurden, hat das Bundesgericht den Parallelismus zwischen dem „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" und dem Konkurs betont, und in dem einen von beiden (demjenigen i. S. Iselin gegen Steckborn) ist geradezu gesagt, dass es sich beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" um eine „Gesamtliquidation" handle, die „sich vom Konkurse im wesentlichen nur durch den Namen und das Verfahren, sowie die Nachwirkungen, dagegen nicht durch die materiellen Verteilungsgrundsätze unterscheidet". Aus dem andern Urteil (demjenigen vom 2. Juli 1914 i. S. Aadorf gegen Saurer) sei hier noch die folgende, auf das Beschlagsrecht bezügliche Stelle wiedergegeben:

„. . . Wenn der Richter in jenem Urteile (gemeint ist „ein solches über die Anwendbarkeit des Art. 213 auf den Nachlassvertrag mit im voraus bestimmter Dividende) „von der ausschlaggebenden Erwägung ausgehen konnte, „dass, im Gegensatz zum Konkurse, ein Beschlagsrecht der „Gläubiger auf das Vermögen des Schuldners nicht vorhan„den war, so trifft dieser Grund im heutigen Falle des„wegen nicht zu, weil, zwar nicht von Gesetzes wegen, aber „infolge der besondern Gestaltung des vorliegenden Nach„lassvertrages, das sämtliche Liquidationsvermögen der „Dispositionsbefugnis der Schuldnerin entzogen und, ähn„lich wie im Konkurse, den Gläubigern verhaftet ist."

Dass mit dieser Stellungnahme des Bundesgerichts wirklich auch für die Zukunft zu rechnen ist, bestätigt endlich ein noch jüngerer Entscheid: Urteil vom 24. März 1915 i. S. Schönenberger gegen Konkursmasse der Leih- und Sparkasse Eschlikon.[13]) Auch dieses, wiederum in Sachen einer thurgauischen „Leih- und Sparkasse" ergangene Urteil betrifft einen „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung"; nur ist diesmal der Nachlassvertrag nicht der betreffenden „Leih- und Sparkasse", sondern

---

[13]) Wird voraussichtlich in Bd. **41** III Heft 3 erscheinen.

einem ihrer Akzeptkreditkunden bewilligt worden. Auf diesen Nachlassvertrag, der im Gegensatz zu jenen, den „Leihkassen" von Aadorf und Steckborn gewährten, nicht gerichtlich bestätigt worden war,[14]) hat das Bundesgericht eine weitere Bestimmung des Konkursrechts, nämlich den Art. 216 Abs. 3 SchKG, analog anwendbar erklärt, mit der Begründung, dass durch die Zulassung des Regressanspruchs eines Solidarschuldners in der „Nachlassmasse" des andern vor völliger Befriedigung des gemeinsamen Gläubigers das Liquidationsergebnis, und damit die diesem Gläubiger zufallende Dividende, ebenso ungünstig beeinflusst würde, wie durch die Zulassung des betreffenden Regressanspruches im Konkurse eines Mitverpflichteten.

III.

Durch die vorstehenden bundesgerichtlichen Urteile ist die analoge Anwendbarkeit konkursrechtlicher Grundsätze auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" bereits in Bezug auf drei Sätze des Konkursrechts direkt und offiziell bejaht worden. Es ist aber gewiss nicht anzunehmen, der Zufall werde es so gefügt haben, dass damit die Zahl der analog anwendbaren Grundsätze erschöpft

---

[14]) Überhaupt handelte es sich dabei um eine etwas primitive Form des Nachlassvertrags, wie namentlich aus dem letzten Satz der folgenden Stelle des Tatbestands hervorgeht:

„Über den Beklagten, der nach Ausbruch des Konkurses „über die „Leihkasse" ebenfalls insolvent geworden war, ist ein „privates „Nachlassverfahren", d. h. ein solches ohne behörd-„liche Bestätigung des Nachlassvertrags eröffnet worden, wonach „er „seinen Gläubigern seine sämtlichen Aktiven, nämlich: Liegen-„schaften samt allem Inventar, Mobilien, Waren, Guthaben, „Wertschriften und Rechte aller Art zu Eigentum zediert, die „Liquidation aller Aktiven durch eine Liquidationskommission „von 5 Mitgliedern erfolgt" und „die eingehenden Gelder den „Gläubigern pro rata der anerkannten Forderungen auszu-„bezahlen" sind. Die hiebei erforderlichen Prozesse werden vom „Beklagten in seinem eigenen Namen und ohne besondere Voll-„macht seitens der Liquidationskommission geführt."

sei; vielmehr darf vermutet werden, dass weitere konkursrechtliche Bestimmungen auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" nur deshalb bis jetzt nicht analog anwendbar erklärt worden sind, weil das Bundesgericht noch keine Gelegenheit erhalten hat, zu der Frage ihrer analogen Anwendbarkeit Stellung zu nehmen. Diese Vermutung wird durch die oben sub I ausgesprochene Erwägung bestärkt, dass alle diejenigen konkursrechtlichen Sätze analog anwendbar sein müssen, die sich aus dem Beschlagsrecht der Konkursgläubiger, oder aus der konkursrechtlichen Rangordnung und dem Prinzip der Gleichberechtigung der Gläubiger innerhalb der einzelnen Klassen ergeben. In der Tat ist — mit Rücksicht auf den bereits umschriebenen Zweck des „Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung" — im Zweifel anzunehmen, dass einerseits die zustimmenden Gläubiger beabsichtigten, an jenen Grundsätzen festzuhalten, und dass andrerseits auch die den Nachlassvertrag bestätigende Behörde davon nicht abweichen wollte. Ein Abgehen speziell von der konkursrechtlichen Rangordnung und dem Prinzip der Gleichberechtigung aller Gläubiger einer und derselben Klasse wäre zudem, wie ebenfalls bereits konstatiert wurde, nur auf Grund der (nicht zu präsumierenden) Zustimmung aller dadurch Betroffenen möglich.

Anders verhält es sich mit denjenigen konkursrechtlichen Bestimmungen, die sich entweder bloss auf das bei der amtlichen Liquidation, insbesondere bei der Verwertung zu beobachtende Verfahren, oder aber auf die Nachwirkungen des nach gesetzlicher Vorschrift durchgeführten Konkurses beziehen. Diese Gesetzesbestimmungen sind es gerade, die von den Interessenten — von den Gläubigern in der Hoffnung auf ein günstigeres Liquidationsergebnis, meist zugleich auch aus Humanität, vom Schuldner behufs rascherer Rehabilitation — vermieden werden wollten. Die Rechtmässigkeit dieser und ähnlicher Beweggründe ist aber vom Gesetze bereits dadurch anerkannt worden, dass es überhaupt die Möglich-

keit eines Nachlassvertrags und die Mitwirkung der Behörden bei dessen Zustandekommen vorsieht.

Auf Grund jener Unterscheidung zwischen essentiellen, gewissermassen integrierenden Prinzipien des materiellen Konkursrechts einerseits und mehr akzidentellen, formalen Vorschriften des Konkursprozessrechts, sowie blossen Nachwirkungen des amtlichen Verfahrens andrerseits soll im folgenden versucht werden, für die einzelnen Abschnitte der Titel VI, VII und X des SchKG[15]) und womöglich auch für die einzelnen Artikel dieser Abschnitte die Frage nach der Zulässigkeit und Notwendigkeit ihrer analogen Anwendung auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" zu beantworten.

Vorher sind indessen noch einige grundsätzliche Fragen zu erörtern.

IV.

1. Es ist bereits bemerkt worden, dass auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" offenbar alle diejenigen konkursrechtlichen Bestimmungen analog anwendbar sein müssen, die sich entweder aus dem Beschlagsrecht der Konkursgläubiger, oder aber aus der konkursrechtlichen Rangordnung und dem Prinzip der Gleichberechtigung der Gläubiger innerhalb der einzelnen Klassen ergeben. In Bezug auf die konkursrechtliche Rangordnung und das Gleichberechtigungsprinzip bedarf dieser Satz weder einer Erläuterung, noch einer andern Begründung

---

[15]) Eine entsprechende Untersuchung wäre noch anzustellen in Bezug auf alle diejenigen Bestimmungen anderer Gesetze (namentlich des OR und des ZGB), die an die Tatsache des Konkurses Rechtswirkungen knüpfen; ferner auch in Bezug auf die Konkursverordnung des Bundesgerichts. Dies würde aber hier zu weit führen. — Bemerkt sei nur noch, dass die Analogie zwischen Konkurs und „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" auch schon im Strafrecht eine Rolle gespielt hat, nämlich bei der Frage, ob trotz der Bewilligung eines solchen Nachlassvertrags u. U. der Tatbestand des betrügerischen Bankerotts bejaht werden könne. Auf diese Frage einzutreten, ist natürlich hier nicht der Ort.

als der bereits gegebenen, dass nämlich die Zustimmung der Gläubiger, bezw. der gesetzlich geforderten qualifizierten Mehrheit, sowie die Bestätigung des Nachlassvertrags durch die kompetente Behörde, im Sinne der Festhaltung an jenen Grundsätzen zu interpretieren seien. Soweit es sich dagegen um die aus dem Gläubigerbeschlagsrecht zu ziehenden Konsequenzen handelt, ist immerhin fraglich, ob anzunehmen sei, dass bei einem „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" den Gläubigern auch die Geltendmachung solcher Ansprüche zustehe, die in der Person des Schuldners selber noch nicht existierten, und die er ihnen folglich auch nicht „abtreten" konnte, die aber im Konkursfalle den Gläubigern aus eigenem Rechte zustehen, wie z. B. die paulianischen Anfechtungsansprüche, oder ob zur „Nachlassmasse" im Gegenteil nur dasjenige zu rechnen sei, worüber der Nachlass-Schuldner selber verfügte.

2. Das Bundesgericht hat sich in den oben, sub II angeführten Urteilen nicht darüber ausgesprochen, wie weit der Begriff des Gläubigerbeschlagsrechts, dessen Existenz es auch beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" annimmt, zu verstehen sei. Greift man auf die klassischen Ausführungen Kohlers über das „Beschlagsrecht" der Konkursgläubiger zurück, die wohl auch jenen Urteilen des Bundesgerichts zugrunde liegen,[16]) so findet man, dass zwar das „Beschlagsrecht" als ein (pfandähnliches) Recht an dem Vermögen des Gemeinschuldners konstruiert wird, zu welchem das „Paulianische Recht" deshalb nicht gehört, weil es (Lehrbuch

---

[16]) Der heute geläufige Begriff des Konkurs-Beschlagsrechts ist in der Tat eine Originalschöpfung Kohlers. Die in seinem Lehrbuch des Konkursrechts, §§ 22 ff., enthaltenen Ausführungen (vergl. auch Leitfaden, §§ 11 ff. und Archiv f. ziv. Pr. **81** S. 329 ff.) hatte er schon 11 Jahre vor dem Erscheinen des Lehrbuchs, anlässlich der Besprechung von Weismanns „Feststellungsklage" in der Krit. Vierteljahrsschrift **22** S. 383, angekündigt, verbis: „Ein treffliches Beispiel der Festsetzung eines Rechtsverhält-

§ 38 i. d. M.) „dem Gläubiger von sich aus zusteht", die Gläubiger es also nicht etwa „in der Konkursmasse vorfinden und kraft ihres Beschlagsrechts geltend machen". Andrerseits erklärt aber Kohler die in §§ 26 und 45 (alt 21 und 37) der deutschen KO enthaltenen Rechtssätze mit einer „Ausdehnung des Beschlagsrechts auf Gegenstände, die nicht im Eigentum des Gantschuldners stehen", bezw. er nimmt an, dass hier „das Beschlagsrecht fremdes Eigentum in den Konkurs zieht" (Lehrbuch § 36; ähnlich Arch. f. ziv. Pr. **81** S. 339 f.). Bereits Kohler kennt also beim Konkurs einen engern und einen weitern Begriff des Gläubigerbeschlagsrechts. Ist nun beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" den Nachlassgläubigern bloss das Beschlagsrecht im engern Sinne zuzuerkennen, d. h. das Recht zur Verwertung desjenigen Vermögens, über das der Nachlass-Schuldner selber verfügte und das er ihnen „abtreten" konnte, oder aber das Beschlagsrecht im weitern Sinne, also einschliesslich der paulianischen und anderer ähnlichen Ansprüche?

Für die Annahme der weitergehenden Wirkung spricht die Erwägung, dass dadurch das Liquidationsergebnis verbessert wird, woran sowohl der Schuldner als die Gläubiger ein Interesse haben, während die Interessen der davon betroffenen Dritten (insbesondere der Anfechtungsbeklagten) nicht als besonders schutzwürdig erscheinen. Zugunsten der weniger weit gehenden Wirkung lässt sich dagegen anführen, dass durch Vereinbarung zwischen einem Schuldner und seinen Gläubigern die Rechte Dritter grundsätzlich nicht sollten berührt werden können. Hier-

---

nisses bietet der § 134 der Konkursordnung. Der Gläubiger verlangt Teilnahme an dem pfandrechtartigen Beschlagsrecht der Konkursgläubiger. . . . Die Darstellung dieses Gläubigerrechts im Konkurs bleibt einem anderen Orte vorbehalten: die Konkursgläubiger haben ein zivilistisches, pfandrechtartiges Recht an den Vermögensstücken des Schuldners, das ich Beschlagsrecht nenne, salvo meliore." — Ein besserer Ausdruck ist auch seither nicht gefunden worden.

auf liesse sich replizieren, dass bei einem behördlich bestätigten „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" doch immerhin ein staatlicher Akt vorhanden sei, dem man, ebenso wie dem Konkurserkenntnis, auch Rechtswirkungen gegenüber Dritten beilegen dürfe. Und demgegenüber könnte wiederum geltend gemacht werden, dass das Konkurserkenntnis jene Rechtswirkungen gegenüber Dritten eben nur kraft positiver Gesetzesbestimmungen habe, deren Mangel beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" — und zwar selbst bei dem behördlich bestätigten — nicht durch die, allerdings vorhandene, weitgehende Analogie dieses Rechtsinstituts mit dem Konkurs ersetzt werden könne.

Wie nun aber auch die hievor aufgeworfene Frage beantwortet werden mag, jedenfalls sind auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" alle diejenigen konkursrechtlichen Bestimmungen analog anzuwenden, die schon ein Ausfluss des Beschlagsrechts im engern Sinne sind, also alle diejenigen, die sich beim Konkurs daraus ergeben, dass das gesamte exekutionsfähige Vermögen des Gemeinschuldners, soweit bis zur Konkurseröffnung er darüber verfügte, nunmehr, als „Konkursmasse", in erster Linie zur Befriedigung der Gläubiger zu dienen hat.

3. Eine logische Folge aus dem Gläubigerbeschlagsrecht, gewissermassen dessen negative Seite, ist sodann die Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners in Bezug auf die Masse. Grundsätzlich müssen daher auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" auch diejenigen konkursrechtlichen Bestimmungen analog anwendbar sein, die sich auf diese Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners beziehen, also die Art. 204 und 205. Auch hier besteht aber die Möglichkeit einer weiter oder weniger weit gehenden analogen Gesetzesanwendung. Namentlich lässt sich die Auffassung vertreten, dass beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" — im Gegensatz zum Konkurs: vergl. Jaeger Note 7 Abs. 1 zu Art. 204 — die Berufung auf die Dispositionsunfähigkeit des

Schuldners gegenüber gutgläubigen Dritten unwirksam sei.

4. Ähnlich wie mit den Fällen einer Ausdehnung des Gläubigerbeschlagsrechts auf Vermögensobjekte, über welche dem Gemeinschuldner selbst keine Gewalt zustand, verhält es sich mit denjenigen konkursrechtlichen Bestimmungen, durch welche (wie z. B. durch Art. 199 Abs. 1) die Rechte einzelner Gläubiger oder (wie durch Art. 242 Abs. 2 i. f.) die Rechte von Drittpersonen im Interesse der Gesamtgläubigerschaft eingeschränkt oder aufgehoben werden. Auch in Bezug auf diese Wirkungen des Konkurses lässt sich die Ansicht vertreten, sie seien auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" nicht anwendbar; denn es könne nicht in der Macht des Schuldners liegen, durch Vereinbarung mit der Mehrheit seiner Gläubiger fremde Rechte einzuschränken oder zu vernichten. Andrerseits liegt auch hier die analoge Anwendung der konkursrechtlichen Grundsätze im Interesse einer möglichst gleichmässigen Befriedigung aller Chirographargläubiger, sowie im Interesse einer raschen Auseinandersetzung; und ihre formelle Rechtfertigung mag sie auch hier wieder in dem Bestätigungsbeschluss der Nachlassbehörde finden.

Auf diese Frage wird unten, sub V, bei der Behandlung der Art. 198, 199, 206 erste Hälfte, 209, 211 Abs. 3, 212, 213 Ziff. 3, 216 Abs. 3 und 242 Abs. 2 zurückzukommen sein.

5. Zur Vermeidung von Wiederholungen ist dagegen schon an dieser Stelle und ein für allemal ein Vorbehalt in Bezug auf den rein privaten, d.h. nicht behördlich bestätigten „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" zu machen. Einmal nämlich könnte mit gewiss guten Gründen der Standpunkt eingenommen werden, dass er überhaupt nicht als Konkurssurrogat anzuerkennen sei; dies namentlich mit Rücksicht auf diejenigen Gläubiger, die von der „Vermögensabtretung" keine Kenntnis erhalten haben, und die auch mangels der in Art. 308 vorgeschriebenen amtlichen Bekanntmachung des Nachlass-

vertrags nicht zensiert sind, ihn zu kennen. Grundsätzlich noch richtiger dürfte es vielleicht sein, die Anerkennung eines rein privaten „Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung" davon abhängig zu machen, dass ihm alle Gläubiger zugestimmt haben (so Jaeger, II S. 150 Fussnote 2); nur besteht dann die tatsächliche Schwierigkeit der Ausmittlung „aller" Gläubiger. Daher die weitere Möglichkeit, nur die Zustimmung aller bekannten Gläubiger zu verlangen. Endlich kann es wohl auch als genügend erachtet werden, die Rechtswirkungen des rein privaten „Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung" auf diejenigen Wirkungen zu beschränken, die gegenüber den zustimmenden Gläubigern, sowie gegenüber dem Nachlass-Schuldner Platz greifen. Anscheinend von diesem Standpunkte aus hat das Bundesgericht (in dem bereits zitierten Urteil vom 24. März 1915 i. S. Schönenberger gegen Konkursmasse der Leihkasse Eschlikon, oben bei Note 13) den Art. 216 Abs. 3 auf einen nicht behördlich bestätigten „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" anwendbar erklärt.[17]) Wenigstens geht aus dem Tatbestand des Urteils hervor, dass derjenige Gläubiger, gegenüber welchem jene Gesetzesbestimmung analog angewendet wurde, dem Nachlassvertrag zugestimmt hatte, — während

---

[17]) Verbis: „Diese ratio legis (sc. diejenige des Art. 216 Abs. 3) trifft. . . zweifellos auch dann zu, wenn über die beiden Mitverpflichteten oder über den einen von ihnen nicht der Konkurs, sondern ein „Nachlassverfahren mit Vermögensabtretuna" eröffnet worden ist, und zwar gleichviel ob es sich dabei um einen privaten oder einen gerichtlichen Nachlassvertrag handelt." — Dass hier nicht etwa nur eine, zur Begründung des Dispositivs nicht erforderliche, gelegentliche Bemerkung vorlieat, ergibt sich daraus, dass in dem betreffenden Falle in der Tat ein rein privater Nachlassvertrag abgeschlossen worden war, bei welchem sogar, wie es im Tatbestand heisst, die mit der Liqnidation verbundenen Prozesse einfach „vom Beklagten" (d. h. dem Nachlass-Schuldner) „in eigenem Namen und ohne besondere Prozessvollmacht seitens der Liquidationskommission geführt" wurden.

das Urteil ausdrücklich feststellt, dass „aus den Akten nicht ersichtlich" gewesen sei, ob auch alle übrigen, bezw. alle bekannten Gläubiger ihre Zustimmung erklärt hatten.

Welches übrigens auch die Voraussetzungen der Anerkennung rein privater „Nachlassverträge mit Vermögensabtretung" sein mögen, auf alle Fälle sind die Rechtswirkungen solcher Verträge — denn beim Fehlen einer behördlichen Bestätigung handelt es sich in der Tat nur um Verträge — auf diejenigen Wirkungen zu beschränken, die gegenüber den zustimmenden Gläubigern und dem Nachlass-Schuldner, d. h. gegenüber den Kontrahenten Platz greifen.

6. Was endlich die Unterscheidung zwischen „Nachlassvertrag im Konkurs" und „Nachlassvertrag ausser Konkurs" betrifft, so spielt sie bei der Frage nach der analogen Anwendbarkeit konkursrechtlicher Bestimmungen auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" keine wesentliche Rolle; denn sie bezieht sich nicht auf die hier allein zu behandelnden Wirkungen des Nachlassvertrags, sondern bloss auf die Voraussetzungen seines Zustandekommens. In letzterer Beziehung besteht zwar ebenfalls eine gewisse Analogie mit dem Konkurs, d. h. es besteht eine solche zwischen dem „Nachlassvertrag ausser Konkurs" einerseits und dem Konkurse selber andrerseits. Allein diese Analogie ist für uns hier deshalb nicht von grossem Interesse, weil die Voraussetzungen des „Nachlassvertrags ausser Konkurs" im Gegensatz zu dessen Wirkungen bereits durch eine Reihe positiver Gesetzesbestimmungen (Art. 213 bis 216) geregelt sind. Näheres darüber unten sub V 3, ad Art. 221—243.

In Bezug auf die Wirkungen des Nachlassvertrags ergibt sich ein Unterschied zwischen demjenigen „im Konkurs" und demjenigen „ausser Konkurs" immerhin u. a. insofern, als bei jenem gewisse Feststellungen, die in der Zeit zwischen Konkurseröffnung und Bestätigung des Nachlassvertrags gemacht wurden, z. B. die Feststellung

der Existenz oder Nichtexistenz oder des Rangs einer angemeldeten Forderung durch Urteil oder Anerkennung im Kollokationsverfahren, auch für die Ausführung des Nachlassvertrags[18]) verbindlich sein müssen und daher nicht wiederholt zu werden brauchen. Auch fällt beim „Nachlassvertrag im Konkurs" die (unten, S. 28, 37 f. und 51, ad Art. 197, 199, 201, 203—205, 208, 209, 212, 213, 219, 286 und 287 untersuchte) Frage nach dem der „Konkurseröffnung" entsprechenden Zeitpunkt weg; denn als solcher gilt dann einfach derjenige der tatsächlichen Konkurseröffnung.

V.

1. ad Art. 197—207 („Wirkungen des Konkurses auf das Vermögen des Schuldners").

Die in diesem Abschnitt enthaltenen Bestimmungen sind grundsätzlich insoweit, als sie die Abgrenzung der Konkursmasse betreffen (Art. 197—203), auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" analog anwendbar, dagegen nicht auf die Nachlassverträge mit im voraus bestimmter Dividende. Beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" besteht eben, wie bereits konstatiert, eine dem Beschlagsrecht der Gläubiger unterworfene „Nachlassmasse", die als solche der genauen Umschreibung ebensosehr bedarf, wie im Falle des Konkurses die „Konkursmasse"; bei den beiden andern Arten von Nachlassverträgen („Prozentvergleich" und „Stundungsvergleich") wird dagegen das Beschlagsrecht der Gläubiger durch die im Nachlassvertrag vorgesehenen Garantien für die Auszahlung der Nachlassquote oder für die spätere vollständige Befriedigung der Gläubiger ersetzt, und es kommt dann alles auf die konkrete Ausgestaltung dieser Garantien an.

Speziell in Bezug auf Art. 197 Abs. 1 Satz 1 ist zu bemerken, dass das danach für das Gebiet der Schweiz

[18]) Wenigstens desjenigen „mit Vermögensabtretung"; vergl. im übrigen Jaeger Note 2 i. f. zu Art. 310.

und in beschränktem Masse auch gegenüber dem Ausland geltende Prinzip der Einheit und Attraktivkraft des Konkurses in demselben Masse auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" analog anwendbar sein muss.

Der in Art. 197 Abs. 1 Satz 2 zugunsten der Kompetenzstücke gemachte Vorbehalt wird durch besondere Vereinbarung oft dahin erweitert, dass dem Nachlass-Schuldner auch noch andere zu seinem und seiner Angehörigen persönlichen Gebrauch bestimmte oder zur Berufsausübung dienliche Gegenstände überlassen werden. Solche, die weitere Milderung der Exekutionsfolgen bezweckende Vereinbarungen sind natürlich zulässig. — Die, in Art. 197 nicht ausdrücklich vorbehaltenen, sogenannten höchstpersönlichen Rechte gehören selbstverständlich, gleichwie sie nicht zur „Konkursmasse" gehören, so auch nicht zur „Nachlassmasse".

Einer analogen Anwendung des Art. 198 steht jedenfalls Art. 311, zweite Hälfte, nicht entgegen. Denn einerseits ist der Pfandgläubiger für den durch das Pfand nicht gedeckten Teil seiner Forderung auf das übrige Vermögen des Schuldners angewiesen, andrerseits haben auf einen allfälligen Mehrwert des Pfandes sämtliche Gläubiger ein Anrecht; damit aber dieser Mehrwert oder jener Pfandausfall festgestellt werden könne, bedarf es beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung", ebensosehr wie im Konkurse, einer Pfandverwertung, und zwar einer durch die Liquidationsorgane vorzunehmenden. Dagegen ist nicht zu verkennen, dass Art. 198 u. U. einen empfindlichen Eingriff in die Rechte des Pfandgläubigers bewirkt, nämlich dann, wenn diesem nach dem Pfandvertrag das Recht zustand, das Pfand selbst zu verwerten. In einem solchen Fall besteht gegenüber der analogen Anwendung der zitierten Gesetzesbestimmung auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" ein Bedenken im Sinne des oben, sub IV 4 gemachten Vorbehalts.

Art. 199 hat seine analoge Anwendung, wenigstens was die Einwirkung des behördlich bestätigten Nachlassvertrags auf die vor der Bestätigung vollzogenen Pfändungen betrifft, bereits durch eine positive Gesetzesbestimmung erhalten, nämlich durch Art. 312. Hinsichtlich der nicht bis zur Pfändung prosequierten Arreste muss er aber auf den behördlich bestätigten „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" offenbar ebenfalls analog angewendet werden. Vom Momente der Konstituierung der „Nachlassmasse" an sollten, wie vom Momente der Konstituierung der „Konkursmasse" an, keine separaten Exekutionen mehr möglich sein. Immerhin greift auch hier das oben sub IV 4 geäusserte Bedenken Platz, da Art. 199 Abs. 1 zweifellos einen Eingriff in erworbene Rechte bedeutet. — Auf den nicht behördlich bestätigten „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" dürfte Art. 199 Abs. 1 nur in dem Sinne analog anwendbar sein, dass diejenigen Gläubiger, die dem Nachlassvertrag zugestimmt haben, ohne ihre durch die Pfändung oder den Arrest bereits erworbenen Rechte zu wahren, gegenüber den andern Nachlassgläubigern und gegenüber dem Schuldner die rein obligatorische Verpflichtung haben, auf jene Rechte zu verzichten.

Was den Art. 200 betrifft, so genügt es hier, auf die Bemerkungen zu Art. 214 und 285—292 (unten sub 7) zu verweisen.

Die Art. 201—203 müssen, weil sie den Umfang der „Konkursmasse" einschränken, d. h. die Aussonderung gewisser Sachen, die sonst zu dieser gehören würden, vorsehen, a fortiori auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" anwendbar sein. Denn, da das Beschlagsrecht der Nachlassgläubiger nur eine Nachbildung desjenigen der Konkursgläubiger ist, kann jenes auf alle Fälle nicht weiter reichen, als dieses.

Über die Art. 204 und 205, die sich auf die Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners beziehen, ist bereits oben sub IV 3 das Nötige gesagt worden.

Was den Art. 206 anbelangt, so scheint zwar der Wortlaut des Gesetzes gegen dessen analoge Anwendung zu sprechen; denn dieses hat in Art. 312 nur die vor der Bestätigung des Nachlassvertrags vollzogenen Pfändungen, nicht auch die hängigen Betreibungen als aufgehoben erklärt, und ebensowenig hat es für die Dauer der Nachlassliquidation die Anhebung neuer Betreibungen als unzulässig bezeichnet. Auch ist nicht zu bestreiten, dass Art. 206, erste Hälfte, einen Eingriff in erworbene Rechte (im Sinne der Ausführungen sub IV 4) bedeutet. Für die analoge Anwendung[19]) spricht jedoch[20]) entscheidend die Erwägung, dass der Fortsetzung der begonnenen und der Anhebung neuer Betreibungen das Beschlagsrecht der Nachlassgläubiger entgegensteht. Wie soll überhaupt beim Nachlass-Schuldner etwas gepfändet werden können, nachdem alle Exekutionsobjekte in die Verfügungsgewalt einer die Gesamtgläubigerschaft vertretenden Liquidationskommission übergegangen sind?

Auch auf Pfandbetreibungen dürfte Art. 206 beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung", im Gegensatz zu den Nachlassverträgen mit zum voraus bestimmter

---

[19]) Bei dem nicht behördlich bestätigten „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" aber nur in dem Sinne, dass diejenigen Gläubiger, die ihm zugestimmt haben, zur Nichtfortsetzung begonnener und zur Unterlassung der Anhebung neuer Betreibungen obligatorisch verpflichtet sind, — ähnlich wie bei Art. 199 Abs. 1.

[20]) abgesehen von der immerhin möglichen extensiven Interpretation schon des Art. 312 in dem Sinne, dass nach der Bekanntmachung des bestätigten Nachlassvertrags auch die Fortsetzung einer frühern Betreibung nicht mehr zulässig sei; vergl. in diesem Sinne Jaeger, Note 4 zu Art. 312; a. A. Blumenstein, Handbuch S. 926. — Beim „Nachlassvertrag im Konkurs" ist übrigens anerkannt, dass die gewöhnlichen Betreibungen (im Gegensatz zu den Pfandbetreibungen), nachdem sie einmal durch den Konkurs aufgehoben wurden, aufgehoben bleiben. So Jaeger, Note 5 zu Art. 195 und Note 3 Abs. 2 zu Art. 206; Blumenstein, S. 701 und 925.

Dividende und trotz Art. 311, zweite Hälfte, analog anwendbar sein. Sobald einmal eine konkursähnliche Liquidation stattfindet, werden infolge analoger Anwendung der Art. 198 und 219 Abs. 1 die Pfandgläubiger auch ohne Pfandbetreibung bis zur Höhe des Pfanderlöses voll befriedigt.

Art. 207 fällt für die analoge Gesetzesanwendung ausser Betracht. Denn er bezieht sich auf ein Stadium des Konkursverfahrens, welchem die Zeit vor der Bestätigung des Nachlassvertrags entsprechen würde. Wie man es in diesem Stadium des Nachlassverfahrens mit den pendenten Prozessen zu halten habe, ist hier nicht zu untersuchen. Denn es handelt sich dabei nicht um eine Frage der analogen Anwendung konkursrechtlicher Sätze auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung", sondern einfach um eine solche der Auslegung oder Ergänzung des direkt für den Nachlassvertrag erlassenen Art. 298. Nach der Bestätigung des Nachlassvertrags aber besteht zur Sistierung pendenter Prozesse ebensowenig ein Grund, wie im Konkurse nach der II. Gläubigerversammlung. Die Prozesse sind dann von der „Liquidationskommission" namens der „Liquidationsmasse" zu führen.[21])

Dagegen müssen in dem Masse, wie angenommen wird, dass durch die Bestätigung eines „Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung" die bereits vollzogenen Pfändungen und die pendenten Betreibungen aufgehoben werden, auch die betreffenden Inzidentprozesse dahinfallen. Wird also Art. 206 als analog anwendbar erklärt, so gelten auch für den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" die von Jaeger, Note 2 Abs. 3 zu Art. 207, aus der akzessorischen Natur jener Prozesse abgeleiteten Konsequenzen, d. h. sie müssen infolge des Nachlassvertrags dahinfallen. Wird dagegen die analoge Anwendbarkeit des Art. 206 verneint, so fallen nur diejenigen Inzidentprozesse dahin, welche sich auf die nach Art. 312 aufgehobenen Pfändungen beziehen.

---

[21]) Vergl. immerhin oben, Note 14.

Als der „Konkurseröffnung", bezw. der „Bekanntmachung des Konkurses" entsprechender Zeitpunkt erscheint bei der analogen Anwendung der Art. 197, 199, 201, 203—205, wie überhaupt bei allen Fragen, welche den Umfang der Nachlassmasse und die Dispositionsunfähigkeit des Nachlass-Schuldners betreffen, der Moment der behördlichen Bestätigung des Nachlassvertrags, bezw. der Bekanntmachung des Bestätigungsbeschlusses. Denn vor der behördlichen Bestätigung existiert überhaupt noch keine der Konkursmasse entsprechende „Nachlassmasse", und die Dispositionsfähigkeit des Schuldners ist (durch Art. 298) bloss in bestimmten Richtungen eingeschränkt. — Bei einem rein privaten „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" kann als der „Konkurseröffnung" entsprechender Zeitpunkt derjenige der Annahme des Nachlassvertrags durch die Gläubiger betrachtet werden.

2. ad Art. 208—220 („Wirkungen des Konkurses auf die Rechte der Gläubiger").

Hier handelt es sich um solche Vorschriften, welche entweder die Rangordnung der Gläubiger bestimmen oder die gleichmässige Verteilung des Liquidationsergebnisses innerhalb der einzelnen Klassen, sowie eine gerechte Ausscheidung zwischen den Interessen der Gesamtgläubigerschaft und denjenigen einzelner Kategorien von Gläubigern zu garantieren suchen. Sie müssen daher grundsätzlich auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" — wie übrigens zum grössten Teil auch auf denjenigen mit im voraus bestimmter Dividende — analog anwendbar sein, soweit nicht etwa im konkreten Falle der Nachlassvertrag selber einen bezüglichen Verzicht einzelner Gläubiger oder ganzer Kategorien von solchen aufweist. Im Zweifel ist nämlich anzunehmen, dass die Zustimmungserklärungen der Gläubiger, wie auch die Bestätigung des Nachlassvertrags durch die kompetente Behörde, eben im Sinne der konkursrechtlichen Vor-

schriften über die zwischen den verschiedenen Gläubigerinteressen zu treffende Ausscheidung erfolgt sei. Der Zweck des „Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung" ist ja, unter Vermeidung des Konkurses den Gläubigern dennoch zum mindesten diejenige Befriedigung zu verschaffen, die sie voraussichtlich im Konkurs erreichen würden. Weder ist aber vom einzelnen Gläubiger zu präsumieren, noch kann ihm zugemutet werden, dass er zugunsten Anderer auf die hieraus sich ergebenden Konsequenzen verzichte. Wohl ist es möglich, dass sämtliche Gläubiger infolge des Nachlassvertrages bedeutend mehr oder bedeutend weniger erhalten, als sie im Konkurs gerettet haben würden; das durch die konkursrechtlichen Vorschriften geschaffene Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Gläubigern und Gläubigerklassen soll dagegen durch den Nachlassvertrag nicht gestört werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres die analoge Anwendung der Art. 219 und 220. Diejenige des Art. 219 Abs. 1 ist übrigens eine notwendige Folge derjenigen des Art. 198. Was sodann die Art. 208—211 betrifft, so müssen sie deshalb analog anwendbar sein, weil ihr Zweck darin besteht, die Durchführung des in Art. 220 aufgestellten Grundsatzes der Gleichberechtigung zu erleichtern, indem sie die im Konkurse zuzulassenden Forderungen gewissermassen alle auf den gleichen Nenner bringen, d. h. aus sämtlichen Konkursforderungen sofort fällige, alle bis zum gleichen Termin verzinsliche Geldforderungen machen und dafür zu sorgen suchen, dass durch diese Umwandlung niemand in seinen Rechten verkürzt werde. — Einen gewissen Eingriff in die Rechte einzelner Gläubigerkategorien bringt allerdings die Bestimmung des Art. 209 mit sich; denn durch sie werden die Inhaber verzinslicher oder hochverzinslicher Forderungen gegenüber Gläubigern mit unverzinslichen oder niedriger zu verzinsenden Guthaben, sowie ausserdem die privilegierten gegenüber den nichtprivilegierten Gläu-

bigern relativ schlechter gestellt.[22]) Von diesem Gesichtspunkte aus könnte auch hier wieder das oben sub IV 4 geäusserte Bedenken Platz greifen. Tatsächlich werden aber beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" die privilegierten Gläubiger und die Inhaber hochverzinslicher Forderungen die analoge Anwendung des Art. 209 wohl ebensowenig als eine Ungerechtigkeit empfinden, wie dessen direkte Anwendung im Konkursfalle. — Einen Eingriff in die Rechte eines einzelnen Gläubigers enthält sodann der in Art. 211 Abs. 3 vorbehaltene Art. 295 OR. Denn der Verpächter verliert für die Zeit nach der Konkurseröffnung seine Pachtzinsforderung und erhält dafür auch keine Entschädigungsforderung, die er im Konkurs liquidieren könnte. Soll nun auch der „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" eine solche Schädigung des Verpächters bewirken können? — Theoretisch greift des fernern auch Art. 212 in die Rechte einzelner Gläubiger ein, da er den obligatorischen Rückforderungsanspruch, der dem Verkäufer gemäss Art. 214 OR im Falle eines bezüglichen ausdrücklichen Vorbehaltes zusteht, nicht etwa nur in eine Geldforderung von entsprechendem Werte umwandelt, sondern geradezu aufhebt. Insofern würden also auch hier wieder Bedenken gegen die analoge Gesetzesanwendung bestehen, nämlich Bedenken im Sinne der Ausführungen sub IV 4. Indessen ist jener, durch Art. 212 bewirkte Eingriff in die Rechte des Verkäufers praktisch nicht von grosser Bedeutung. Einerseits nämlich verbleibt dem Verkäufer die Kaufpreisforderung, die in der Regel nach Ausbruch des Konkurses mindestens ebensoviel wert ist, als der Rückforderungsanspruch, da dieser ja im Konkurse so wie so nur zur Dividende auf dem Schätzungswert des Kaufobjekts

---

[22]) Für die Inhaber gleich hoch verzinslicher Forderungen einer und derselben Klasse macht es dagegen praktisch keinen Unterschied, ob der Zinsenlauf aufhört und dadurch die Dividende erhöht, oder ob auch die Zinsen berücksichtigt werden und dafür die Dividende entsprechend niedriger angesetzt wird.

berechtigen würde, während die Kaufpreisforderung zur Dividende auf dem Kaufpreis berechtigt, welch letzterer meist höher ist, als die konkursamtliche Schatzung des Kaufobjekts; andrerseits aber kann sich der Verkäufer, viel wirksamer als durch den Vorbehalt eines obligatorischen Rückforderungsanspruchs, durch einen auch im Konkurse durchdringenden Eigentumsvorbehalt schützen. Tut er letzteres nicht, so ist diese seine Unterlassung, also nicht Art. 212, die Ursache seiner Schädigung.[23])

Die Art. 213 Abs. 2[24]) und 214—218 können als solche bezeichnet werden, die eine möglichst gerechte Verteilung des Liquidationsergebnisses unter die Konkursgläubiger bezwecken, und zwar die Art. 213 Abs. 2 und 214 dadurch, dass sie unlautern Kompensationsmachenschaften vorzubeugen suchen,[25]) die Art. 215—218

---

[23]) Die praktische Bedeutung des Art. 212 liegt eigentlich bloss darin, dass er es ablehnt, dem Verkäufer auf Grund seines, vor dem Konkurs bestandenen obligatorischen Rückforderungsanspruchs einen konkursrechtlichen Aussonderungsanspruch zu geben. Das ist aber kein Eingriff in bestehende Rechte, sondern nur die Negation der Erweiterung von solchen. Von diesem Gesichtspunkte aus besteht dann natürlich kein Bedenken gegen die analoge Anwendung des Art. 212 auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung".

[24]) Art. 213 Abs. **1** ist kein konkursrechtlicher Satz, sondern nur die Wiederholung eines zivilrechtlichen, als Einleitung zu den in Abs. 2 enthaltenen konkursrechtlichen Bestimmungen. Von Art. 213 Abs. **3** wird auf S. 34 ff. hienach die Rede sein.

[25]) Sie wollen insbesondere verhindern, dass ein Schuldner des Kridars sich seiner Verpflichtung zur Zahlung seiner ganzen Schuld entziehe, also auf Kosten der Masse bereichere, oder umgekehrt ein einzelner Gläubiger sich auf einem Umweg Integralbefriedigung verschaffe, während alle andern Gläubiger mit der Konkursdividende vorlieb nehmen müssen. — Der Ausschluss der Kompensationsmöglichkeit in den Fällen des Art. 213 ist übrigens auch schon (so in BGE **39** II S. 798 f.) direkt aus dem Beschlagsrecht der Konkursgläubiger und der Dispositionsunfähigkeit des Gemeinschuldners abgeleitet worden. Von diesem Gesichtspunkte aus wären die Art. 213 Abs. 2 und 214 auf den

dadurch, dass sie die besondern Verhältnisse berücksichtigen, die sich dann ergeben, wenn von zwei oder mehreren Mitschuldnern der eine insolvent geworden ist, oder wenn dies gar bei mehreren oder allen zutrifft. Auch die Berücksichtigung dieser besondern Verhältnisse, sowie die Anwendung jener Kautelen gegen unlautere Machenschaften ist im Zweifel als von den Nachlassgläubigern und der Nachlassbehörde gewollt zu betrachten und liegt überhaupt im Interesse einer ordnungsmässigen Liquidation. Immerhin treffen bei den Art. 213 Ziff. 3, 214 und 216 Abs. 3 jene oben sub IV 2 und 4 geäusserten Bedenken zu. Denn Art. 213 Ziff. 3 ist, obwohl sein Zweck in erster Linie nur dahin geht, die Kompensation mit einem seit der Konkurseröffnung erworbenen Inhaberpapier auszuschliessen, doch auch dann anwendbar, wenn es sich um ein vorher erworbenes Papier handelt. Er nimmt also in diesem Falle einem einzelnen Gläubiger ein Recht (nämlich das Kompensationsrecht), das er vor dem Konkurse besass und gegenüber dem Gemeinschuldner jederzeit geltend machen konnte. Art. 214 aber gibt den Konkursgläubigern einen Anfechtungsanspruch, der dem Gemeinschuldner nicht zustand; er beruht, ebenso wie die Bestimmungen über paulianische Anfechtbarkeit, auf der Idee eines über das momentane Vermögen des Kridars hinausgreifenden, unter gewissen Voraussetzungen auch früheres Vermögen erfassenden, erweiterten Beschlagsrechts der Gläubiger.[26]) Art. 216 Abs. 3 endlich beschränkt den Regressnehmer in der

---

„Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" schon deshalb analog anwendbar, weil bei ihm, wie bereits festgestellt wurde, der Schuldner in der Tat ebenso dispositionsunfähig und sein Vermögen ebenso dem Beschlagsrecht seiner Gläubiger unterworfen ist, wie im Konkurse.

[26]) Fast könnte es sogar scheinen, als ob Art. 214 überhaupt nur ein Anwendungsfall der Deliktspauliana wäre. Indessen bedarf es bei Art. 214 nicht, wie bei Art. 288, einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners.

Ausübung eines Rechtes, das er nach den Grundsätzen des Zivilrechts ohne weiteres geltend machen könnte.

Das Bundesgericht hat in den bereits oben sub II angeführten Urteilen aus neuerer Zeit die analoge Anwendbarkeit aller drei hievor erwähnten Gesetzesbestimmungen auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" bejaht.[27]) Insbesondere Art. 216 Abs. 3 hat es sogar auf einen nicht behördlich genehmigten Nachlassvertrag anwendbar erklärt (zit. Urteil vom 24. März 1915 i. S. Schönenberger gegen Konkursmasse der Leihkasse Eschlikon, oben bei Note 13).[28]) A fortiori darf unter diesen Umständen angenommen werden, dass es gegebenenfalls auch die Art. 213 Ziff. 1 und 2, 215, 216 Abs. 1 und 2, 217 und 218 auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" analog anwenden würde; denn bei diesen Gesetzesbestimmungen treffen — abgesehen von dem Hinweis auf Art. 216 Abs. 3 in Art. 218 — jene oben sub IV 2 und 4 geäusserten Bedenken nicht zu. Auch bilden die Art. 213 und 214 einerseits, 215—218 andrerseits ein zusammenhängendes, nicht wohl zu trennendes Ganzes. In dem mehrerwähnten Urteil vom 25. Februar

---

[27]) Vergl. oben S. 13 f., sowie unten, Note 37. — Das in Revue **6** Nr. 47 wiedergegebene kantonale Urteil entspricht also jedenfalls der heutigen Auffassung des Bundesgerichts nicht.

[28]) Und zwar mit folgender Begründung: „Was die Frage der analogen Gesetzesanwendung betrifft, so muss sie hier deshalb bejaht werden, weil der in Art. 216 Abs. 3 enthaltene Grundsatz nicht mit Rücksicht auf die konkursrechtliche Form der Liquidierung der beiden insolventen Massen, sondern mit Rücksicht auf die materiellen Interessen des gemeinsamen Gläubigers aufgestellt worden ist. Es wollte vermieden werden, dass die Masse des regressberechtigten Mitverpflichteten die Bestrebungen des Gläubigers, auch gegenüber der Masse des andern Mitverpflichteten einen Teil seiner Forderung zu liquidieren, durch sofortige Ausübung ihres Regressrechts durchkreuze. . . . Diese ratio legis trifft aber zweifellos auch dann zu, wenn über die beiden Mitverpflichteten oder über einen von ihnen nicht der Konkurs, sondern ein „Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung" eröffnet worden ist. . . ."

1915 i. S. Iselin gegen Steckborn kann übrigens, ausser der Anwendung der Art. 213 Ziff. 3 und 214, zugleich eine solche des Art. 213 Ziff. 1 gefunden werden. In einem frühern Urteil (A. S. **25** II S. 953 = Sep.-Ausg. **2** S. 362)[29]) hat das Bundesgericht ferner auch den Art. 217 analog anwendbar erklärt, und zwar sogar auf einen Nachlassvertrag mit im voraus bestimmter Dividende.[30])

Eine besondere Bewandtnis hat es mit Art. 213 Abs. 3. Der Grundsatz, dass im Konkurse einer Aktien- oder Kommanditgesellschaft dem Anspruch auf Liberierung von Aktien oder auf Einzahlung (bezw. Wiedereinzahlung) der Kommandite irgendwelche mit der Aktiengesellschaft, bezw. mit den Komplementären getroffene

---

[29]) Über das Urteil der Vorinstanz vergl. ausserdem Schweizer Blätter für handelsr. Entsch. **18** S. 202 f.

[30]) Merkwürdigerweise war bis dahin bei Art. 217 nicht die Frage aufgeworfen worden, ob er auf den Nachlassvertrag analog anwendbar sei, wohl aber die Frage nach seiner Anwendbarkeit auf das Pfändungsverfahren. Die Argumentation, auf Grund deren diese Frage von Götzinger in Ztschr. f. schw. R. **38** S. 53 (entgegen Weber-Brüstlein I. Aufl. Note 9 zu Art. 216 und Note 7 zu Art. 217) verneint wurde (nämlich, dass das Pfändungsverfahren nicht, wie der Konkurs, eine Generalexekution bewirke), würde umgekehrt gewiss für die analoge Anwendung beider Artikel auf den Nachlassvertrag, wenigstens denjenigen „mit Vermögensabtretung", gesprochen haben; denn dieser bewirkt in der Tat eine Generalexekution. Der berner App. & Kass.hof (Ztschr. d. bern. Jur.vereins **43** Nr. 54) hat im Jahre 1906 die Art. 216 und 217 auf einen Nachlassvertrag mit zum voraus bestimmter Dividende analog anwendbar erklärt. — Was jene, von Weber-Brüstlein bejahte, von Götzinger verneinte Frage nach der analogen Anwendbarkeit des Art. 217, bezw. der Art. 216 und 217 auf das Pfändungsverfahren betrifft, so braucht dazu hier nicht Stellung genommen zu werden. Bemerkt sei nur noch, dass Reichel, in Weber-Brüstlein II. Aufl., Note 9 zu Art. 216 und Note 8 zu Art. 217, beide Artikel sowohl auf das Pfändungsverfahren, als auch auf den Nachlassvertrag analog anwendbar erklärt, und zwar auf den Nachlassvertrag ohne Einschränkung. Jaeger, Note 2 zu Art. 216 und Note 5 zu Art. 217, bejaht die Anwendbarkeit beim Nachlassvertrag, verneint sie dagegen beim Pfändungsverfahren.

Abmachungen oder ein von der Aktiengesellschaft bei der Emission verübter Betrug (z. B. durch wissentlich unwahre Angaben im Prospekt)[31]) nicht entgegengehalten werden können,[32]) beruht auf dem Gedanken, dass schon die Aktienzeichnung, bezw. die Eintragung der Kommandite im Handelsregister, eine Erklärung gegenüber den Gläubigern — eine Art pollicitatio — enthält, nämlich die Erklärung, mit der gezeichneten, bezw. eingetragenen Summe unbedingt und ohne jede Kompensationsmöglichkeit haften zu wollen. Wenn also im Konkurse der Gesellschaft die Verrechnung, wie auch die Berufung auf Emissions- oder Kommanditbetrug („Kommanditbetrug" im Sinne eines von den Komplementären gegenüber den Kommanditären verübten Kreditbetruges) oder auf besondere Abmachungen mit den Organen der Gesellschaft, bezw. mit den Komplementären, ausgeschlossen ist, so handelt es sich dabei, genau genommen, nicht um einen Satz des Konkursrechts, sondern um einen solchen des Gesellschaftsrechts, der daher — schon aus diesem Grunde und ohne dass es erst noch einer analogen Gesetzesanwendung bedürfte — im Falle eines „Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung" ebensowohl anwendbar ist, wie im Falle eines Konkurses. Immerhin muss feststehen, dass der gezeichnete Aktienbetrag, bezw. die eingetragene Kommandite, auch wirklich für Rechnung der Gläubiger eingefordert wird. Insoweit dies nicht der Fall wäre — weil die vollständige Befriedigung der Gläubiger bereits sonst gesichert wäre —, müsste zum mindesten die Berufung auf einen von der Gesellschaft,

---

[31]) Es ist dabei an Erhöhungen des Grundkapitals zu denken; bei diesen kann in der Tat (im Gegensatz zu den Gründungsemissionen) eine von der Aktiengesellschaft als solcher begangene Täuschung in Betracht kommen.

[32]) Der entsprechende Satz gilt auch für die Genossenschaften mit beschränkter Haftung im Sinne des Art. 688 OR. Der Einfachheit halber kann aber von seiner Formulierung hier abgesehen werden. Vergl. übrigens auch in dieser Beziehung Art. 213 Abs. 3 SchKG.

bezw. den Komplementären begangenen Emissions- oder Kommanditbetrug, sowie auf besondere Abmachungen mit sämtlichen Komplementären, als zulässig betrachtet werden. — Das Bundesgericht hat den Satz, dass der Schuldner gezeichneter Aktienbeträge sich gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht auf einen von den Organen der Gesellschaft begangenen Betrug berufen könne, bereits zweimal[33]) auf einen Fall angewendet, in welchem kein Konkurs, sondern nur ein „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" vorlag, und zwar ohne in dieser Beziehung von einer analogen Anwendung des Art. 213 Abs. 3 zu sprechen. Aus der Motivierung des zweiten dieser Urteile[34]) darf vielleicht geschlossen werden, dass

[33]) Urteil vom 5. Juli 1913 i. S. Bach g. Leih- und Sparkasse Steckborn in Liqu. (AS **39** II S. 532 ff.) und Erw. 3 des in anderm Zusammenhang zitierten Urteils vom 25. Februar 1915 i. S. Iselin g. dieselbe Leih- und Sparkasse in Liqu. (AS **41** III Nr. 31).

[34]) „Was die . . . Einrede des Betrugs betrifft, so bedarf es hier keiner Stellungnahme zu der bekannten Streitfrage, ob und inwieweit die Einrede des Betrugs dann zulässig sei, wenn die gezeichneten Beträge ganz oder teilweise behufs Rückzahlung des Aktienkapitals, also im Interesse der Aktionäre, eingefordert werden. Es genügt, dass im vorliegenden Falle feststehendermassen das gesamte Aktienkapital verloren ist und die Einforderung der gezeichneten Beträge ausschliesslich im Interesse der Gesellschaftsgläubiger stattfindet. Dass aber der durch Betrug zur Zeichnung verleitete Aktionär die Liberierung seiner Aktien jedenfalls dann nicht verweigern, bezw. die bereits geleisteten Einzahlungen jedenfalls solange nicht zurückfordern kann, als noch unbefriedigte Gesellschaftsgläubiger vorhanden sind, wird sogar von denjenigen anerkannt, die (wie Wieland in Goldschmidts Zeitschrift **64** S. 124 und in Schweiz. Juristenzeitung **10** S. 217 ff., Breit in Goldschm. Zschr. **76** S. 452) dem betrogenen Aktionär einen Schadenersatz-, bezw. Rückforderungsanspruch gegenüber der Aktiengesellschaft als solcher zuerkennen. Sollte es auch nicht richtig sein, dass die Zeichnung von Aktien eine Erklärung gegenüber den Mitaktionären enthalte (vergl. BGE **32** II S. 103 und **39** II S. 534), so enthält sie doch jedenfalls eine solche gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, nämlich die Erklärung, mit dem gezeichneten Betrag, der einen Teil des

zwischen der Auffassung des Bundesgerichts über die Zulässigkeit der Berufung auf Emissionsbetrug gegenüber der Aktiengesellschaft als solcher (d. h. wenn alle andern Gläubiger befriedigt sind oder ihre Befriedigung gesichert ist) und dem Standpunkte A. Wielands in Schweiz. Jur.-Ztg. **10** S. 217 ff. („Darf eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktionäre wirklich ungestraft betrügen?") kein wesentlicher Unterschied mehr besteht.

Die Frage, welcher Zeitpunkt bei der analogen Anwendung der Art. 208, 209, 212, 213 Ziff. 1 und 2, 219 I. Klasse a, b und c, II. Klasse Abs. 2 und III. Klasse als dem Zeitpunkt der „Konkurseröffnung" entsprechend zu betrachten sei, ist jedenfalls in Bezug auf die Art. 208, 209 und 212 in demselben Sinne zu entscheiden, wie bei der analogen Anwendung der Art. 197, 199, 201, 203-205; d. h. als dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung entsprechender Zeitpunkt hat derjenige der behördlichen Bestätigung, eventuell (wenn von der Einholung einer solchen Umgang genommen wird) derjenige der definitiven Annahme des Nachlassvertrags zu gelten. Bei den Art. 213 und 219 könnten dagegen immerhin praktische Erwägungen zu Gunsten der Wahl eines frühern Zeitpunktes — etwa desjenigen der Bewilligung oder Bekanntmachung der Nachlassstundung[35]) oder desjenigen der Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger zum Entwurf eines Nachlassvertrags — angeführt werden. Bei Art. 213

---

für jede Aktiengesellschaft unentbehrlichen Grundkapitals bildet, solange für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften zu wollen, als solche Verbindlichkeiten überhaupt vorhanden sein werden (vergl. Art. 629 Abs. 3, 667 Abs. 1, 669, Ziff. 1 und 670 Abs. 2 OR). Sobald aber in der Aktienzeichnung eine Erklärung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern erblickt wird, folgt daraus ohne weiteres die Unmöglichkeit einer Anfechtung der Zeichnung wegen eines durch die Organe der Gesellschaft verübten Betruges."

[35]) Auf den Zeitpunkt der Bekanntmachung der Nachlassstundung stellt in anderm Zusammenhang das Gesetz selber ab: Art. 298 Abs. 1.

wäre es die Erwägung, dass die Gefahr unlauterer Machenschaften, die das Gesetz in Art. 213 Ziff. 1 und 2 verhüten will, bereits vom Momente des Bekanntwerdens der Insolvenz des Nachlass-Schuldners an bestehe; was aber den Art. 219 anbelangt, so könnte es vorkommen, dass die betreffenden Konkursprivilegien infolge zu langer Dauer der Nachlassstundung illusorisch würden.[36]) — Das Bundesgericht hat die Frage, welcher Zeitpunkt demjenigen der „Konkurseröffnung" entspreche, anlässlich der von ihm vorgenommenen analogen Anwendung des Art. 213 ausdrücklich offen gelassen.[37])

3. ad Art. 221—243 („Feststellung der Konkursmasse", „Schuldenruf" und „Verwaltung").

Die in diesem Abschnitt enthaltenen Bestimmungen sind zumeist solche, die sich auf die erste Hälfte des Konkursverfahrens, nämlich auf das Verfahren bis zur II. Gläubigerversammlung beziehen. Dieser ersten Hälfte des Konkursverfahrens entspricht nun aber beim Nachlassvertrag das in Art. 295—307 geregelte Verfahren zwischen Bewilligung der Nachlassstundung und Bestätigung des Nachlassvertrags. Wie nach der Konkurseröffnung sofort ein Inventar aufzunehmen ist (Art. 221), so hat dies gemäss positiver Gesetzesvorschrift (Art. 299) auch sofort nach der Bewilligung der Nachlassstundung zu geschehen. Gleichwie sodann im Konkurs auf Grund des Inventars entweder die ordentliche Bekanntmachung mit den vorgeschriebenen Aufforderungen an alle Gläu-

[36]) Dieselbe Möglichkeit besteht allerdings auch dann, wenn nach längerer Nachlassstundung schliesslich doch der Konkurs eröffnet wird.

[37]) wiederum in dem zitierten Urteil vom 25. Februar 1915 i. S. Iselin g. Steckborn (AS **41** III Nr. 31), woselbst es heisst (nach den Ausführungen über die analoge Anwendbarkeit des Art. 213): „Eventuell wäre Art. **214** analog anwendbar. . . (wird näher ausgeführt). Es kann deshalb unerörtert bleiben, welcher Zeitpunkt im vorliegenden Falle demjenigen der „Konkurseröffnung" gleichzustellen wäre."

biger und Schuldner des Kridars, sowie an alle Drittbesitzer von Massabestandteilen, verbunden mit Einberufung zu einer ersten Gläubigerversammlung (Art. 232), oder aber (im summarischen Verfahren, gemäss Art. 231) wenigstens eine Bekanntmachung mit Aufforderung zur Anmeldung aller Forderungen ergeht, so findet im Nachlassverfahren, ebenfalls im Anschluss an die Errichtung des Inventars, eine entsprechende Bekanntmachung mit Aufforderung zur Anmeldung aller Forderungen und mit Einberufung zu einer ersten Gläubigerversammlung statt (Art. 300). Und gleichwie im Konkurs mit der Verwertung grundsätzlich erst nach der Aufstellung des Kollokationsplans und der Abhaltung der II. Gläubigerversammlung begonnen werden soll, so hat auch beim Nachlassvertrag die eigentliche Liquidation erst nach der behördlichen Bestätigung des Nachlassvertrags einzusetzen. Entspricht aber demnach jener ersten Hälfte des Konkursverfahrens, auf die sich die Art. 221—243 beziehen, beim Nachlassvertrag ein ebenfalls gesetzlich geregeltes Verfahren, so besteht offenbar kein gebieterisches Bedürfnis nach einer analogen Anwendung der Art. 221—243 auf das Nachlassverfahren. Eine Ausnahme ist immerhin bei denjenigen Artikeln zu machen, die nicht bloss für die Zeit bis zur II. Gläubigerversammlung, sondern für das ganze Konkursverfahren Geltung beanspruchen, also namentlich bei Art. 240[38]), dann auch bei Art. 224 erste Hälfte und 242 Abs. 1. Mutatis mutandis[39]) mag ferner Art. 229 angewendet werden; ebenso vielleicht noch gewisse Detailvorschriften, die, wie Art. 224 zweite Hälfte und 225—228, zur Erläuterung des Ausdrucks „Inventar" in Art. 299 herbeigezogen werden können.

Was den Art. 242 Abs. 2 betrifft, so würde es offenbar zu weit gehen, an die Nichtbeobachtung einer von der

[38]) Vergl. darüber oben, sub II.

[39]) d. h. ohne Straffolge, ohne Anwendung der Polizeigewalt und unter Beschränkung des Wohnungsentzugs auf Ausnahmefälle.

Liquidationskommission angesetzten Klagfrist die Verwirkung des betreffenden dinglichen Rechts zu knüpfen. Dagegen wird die Liquidationskommission im Falle der Nichtbenutzung einer von ihr dem Drittansprecher angesetzten Klagfrist, die in gewöhnlichen Fällen auch etwa 10 Tage betragen könnte, zur Verwertung der Sache schreiten dürfen, — sofern sie es nicht vorzieht, zunächst noch ihrerseits eine negative Feststellungsklage gegen den Dritten anzustrengen. Im Falle der Verwertung vor gerichtlicher Feststellung der Eigentumsverhältnisse kann an Stelle der Sache deren Erlös, solange er nicht verteilt ist, vom Dritten vindiziert werden.

Von den in Art. 241 angeführten Vorschriften des I. Titels dürften, gleichwie auf die private Konkursverwaltung, so auch auf die Liquidationskommission beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" analog anwendbar sein: Art. 5 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 und 2, Art. 9 und 11. Analog anzuwenden ist sodann offenbar auch Art. 7, dessen Nichtanführung in Art. 241 auf einem blossen Versehen beruht. Anders verhält es sich dagegen mit den Art. 13, 17, 18 und 19. Nachdem die Interessenten das staatliche Generalexekutionsverfahren durch ein privates ersetzt haben, können sie nicht nachträglich doch wieder die vom Staate behufs Abwicklung des staatlichen Verfahrens, insbesondere behufs Beaufsichtigung der untern Exekutionsbehörden geschaffenen Einrichtungen in Anspruch nehmen. Es ist vielmehr ihre Sache, mittelbar auch Sache der den Nachlassvertrag bestätigenden Behörde, dafür zu sorgen, dass der Nachlassvertrag einen genügenden Ersatz für das staatliche Beschwerdeverfahren vorsehe.[40]) — De lege ferenda liesse sich freilich in Erwägung ziehen, ob eine gewisse staatliche Beaufsichtigung gegenüber den ihres Amtes manchmal doch etwas willkürlich waltenden Liquidationskommissionen nicht ebenso wünschenswert sei, wie die in Art. 241 gegenüber den

---

[40]) Vergl. oben, Note 11.

privaten Konkursverwaltungen vorgesehene. Die Art der Geschäftsführung ist bei beiden ziemlich die gleiche, und die zu befolgenden Regeln weisen — nach dem Ergebnis der bisherigen Untersuchungen — zum mindesten eine weitgehende Analogie auf.

Entsprechendes gilt von Art. 98 der Konkursverordnung des Bundesgerichts. Auch hier fehlt es zur Zeit an einer positivrechtlichen Handhabe, um die an sich gewiss wünschenswerte Mitwirkung der staatlichen Organe zu erreichen. Dagegen dürfte sich schon de lege lata die analoge Anwendung einer grossen Anzahl der in Art. 97 der Verordnung auf die privaten Konkursverwaltungen anwendbar erklärten Detailvorschriften auch beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" empfehlen. Erzwungen werden kann sie freilich — eben weil eine positive Gesetzesbestimmung fehlt — zur Zeit nicht.

Art. 234 endlich fällt für den Nachlassvertrag ausser Betracht. Ausgeschlagene Erbschaften sind nach Art. 193 Abs. 1 vollkommen konkursrechtlich — bloss unter Vermeidung des Ausdrucks „Konkurs" — zu liquidieren; desgleichen die „überschuldete Erbschaft" gemäss Art. 597 ZGB. Eine Person, die mit den Gläubigern paktieren könnte, um eine Art Nachlassvertrag zustande zu bringen, ist da nicht vorhanden.

4. ad Art. 244—251 („Erwahrung der Konkursforderungen, Kollokation der Gläubiger").

Da nach Art. 310 im Momente der behördlichen Bestätigung des Nachlassvertrags kein eigentlicher Kollokationsplan vorzuliegen braucht, vielmehr einfach „denjenigen, deren Forderungen bestritten sind", d. h. vom Nachlass-Schuldner bestritten wurden, eine „peremtorische Frist zur gerichtlichen Geltendmachung" zu setzen ist, so scheinen Kollokationsklagen im Sinne des Art. 250 Abs. 2, zweite Hälfte, d. h. Klagen zum Zwecke der Wegweisung von Forderungen, die in den Kollokationsplan aufgenommen wurden, oder behufs Bestreitung des einem

Mitgläubiger zugewiesenen Ranges, von vorneherein ausgeschlossen zu sein. Dies ist denn auch offenbar der Sinn des Gesetzes, soweit es sich um den Nachlassvertrag mit zum voraus bestimmter Dividende handelt. In der Tat lässt sich die Ansicht vertreten, dass bei dieser Art von Nachlassvertrag (an den der Gesetzgeber hier offenbar allein gedacht habe), sobald einmal die Dividende bestimmt sei, kein Gläubiger ein Interesse an der Wegweisung oder Nichtprivilegierung eines andern mehr habe, und dass daher die Bestreitung angemeldeter Forderungen oder ihres Ranges füglich dem an der Bestreitung seinerseits stark interessierten Nachlass-Schuldner überlassen werden könne. Abgesehen davon jedoch, dass vom Standpunkte der Sicherung der vorgesehenen Dividende eigentlich auch beim Nachlassvertrag mit zum voraus bestimmter Nachlassquote jeder Chirographargläubiger ein Interesse an der Wegweisung nichtexistierender Forderungen, sowie an der Nichtprivilegierung anderer Chirographargläubiger haben kann, — besteht ein solches Interesse doch jedenfalls beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung". Bei diesem Nachlassvertrag wird durch die Zulassung einer jeden nichtexistierenden Forderung und durch die Privilegierung einer jeden Chirographarforderung die Höhe der Dividende ungünstig beeinflusst. Andrerseits ist das Interesse des Nachlass-Schuldners an der Bestreitung unbegründeter Eingaben ein viel geringeres, da ihm ja so wie so von seinem Vermögen nichts übrig bleibt, die ungedeckten Restforderungen aber in der Regel untergehen oder doch nicht mehr exequierbar sind. Dazu kommt, dass auch Kollusionen zwischen dem Nachlass-Schuldner und fiktiven Gläubigern möglich sind, denen auf dem Wege des Art. 316, weil die unredliche Absicht bewiesen werden müsste, nicht immer mit Erfolg begegnet werden könnte. Es liegt deshalb nahe, einem jeden wirklichen Gläubiger ein Bestreitungsrecht im Sinne des Art. 250 Abs. 2 zweite Hälfte zuzuerkennen, gerade wie schon nach Art. 310 ein jeder Ansprecher, dessen Forderung

vom Nachlass-Schuldner bestritten wurde, ein Klagerecht im Sinne des Art. 250 Abs. 2 erste Hälfte besitzt.

Mit Unrecht würde demgegenüber eingewendet, die Ausplünderung der Liquidationsmasse durch Putativgläubiger oder gar durch Strohmänner des Nachlass-Schuldners lasse sich ja auch durch gewöhnliche Feststellungsklagen verhindern. Abgesehen davon, dass solche Feststellungsklagen oft an der Klippe kantonaler Prozessgrundsätze scheitern könnten, ist namentlich nicht ersichtlich, auf welche Weise derjenige, der vielleicht nach Jahr und Tag die gerichtliche Feststellung der Nichtexistenz einer admittierten Forderung erreicht haben würde, daraus die nötigen praktischen Konsequenzen ziehen könnte. Die Liquidationsmasse wird ja in vielen Fällen — wenn nicht eben das Kollokationsprinzip analog angewendet wird — bereits verteilt sein, und es bliebe dann nur eine Bereicherungsklage gegen den unrichtigerweise Admittierten oder Privilegierten übrig, — ein gewiss prekäres, vom Gesetzgeber offenbar nicht gewolltes Resultat.

Dagegen lässt sich wider die analoge Anwendung des Kollokationsprinzips allerdings einwenden, die wirklichen Gläubiger seien gegenüber einem Schuldner, der fiktive oder übersetzte Forderungen anerkennen würde, insofern nicht machtlos, als sie dann immer noch die Zustimmung zum Nachlassvertrag verweigern könnten; sollte aber der Schuldner versuchen, die Annahme des Nachlassvertrags gerade mittels Majorisierung der wirklichen Gläubiger durch die fiktiven zu erreichen, so werde diese Machenschaft doch noch vor der behördlichen Bestätigung des Nachlassvertrags aufgedeckt werden können, worauf dann natürlich die Bestätigung unterbleiben werde.

Es mag hier genügen, in Bezug auf die analoge Anwendbarkeit des Kollokationsprinzips das Für und das Wider angeführt zu haben. Dagegen bedarf es noch einer Skizzierung des im Falle der analogen Anwendung einzuschlagenden Verfahrens.

Denkbar ist einmal ein Verfahren, bei dem man sich — unter völliger Ausschaltung des Art. 310, der nur auf den Nachlassvertrag mit zum voraus bestimmter Dividende passe, — möglichst genau an die Art. 244—251 halten würde. Dabei dürfte es immerhin zulässig sein, die in Betracht kommenden Fristen etwas länger anzusetzen, als es in Art. 247 Abs. 1 und Art. 250 Abs. 1 für den Konkursfall geschehen ist. Auch liesse sich die Ansicht vertreten, dass es bei der analogen Anwendung des Art. 250 Abs. 1 einer besondern Fristansetzung bedürfe. Kaum zu erzwingen wäre endlich, ohne eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, die analoge Anwendung der Art. 250 Abs. 4 und 251 Abs. 5, — so wünschenswert sie auch sein würde.

Möglich wäre aber auch ein Verfahren, das sich an die vorhandene positive Gesetzesbestimmung — Art. 310 — anlehnen würde. Die Nachlassbehörde hätte dann in ihrem Bestätigungsbeschluss allen vom Nachlass-Schuldner anerkannten Gläubigern, sowie denjenigen, die innerhalb der peremtorischen Frist des Art. 310 die daselbst vorgesehene Klage einreichen würden, eine ebenfalls peremtorische Generalfrist zur Anfechtung der vom Nachlass-Schuldner anerkannten Forderungen oder ihres Ranges anzusetzen und den Nachlassvertrag ausdrücklich nur in dem Sinne zu bestätigen, dass vor Erledigung der betreffenden Prozesse keine Verteilung stattfinden dürfe. Würde in diesem Fall eine auf Anerkennung einer eigenen Forderung gerichtete Klage abgewiesen, so müsste selbstverständlich ein von demselben Kläger angehobener Prozess auf Wegweisung eines Andern dahinfallen; denn der Kläger hätte dann an der Gutheissung der Klage kein Interesse mehr. Die Kosten wären dem Kläger aufzuerlegen.

5. ad Art. 252—260bis („Verwertung").

Was diesen Abschnitt betrifft, so ist davon auszugehen, dass einer der hauptsächlichsten Beweggründe zur Ersetzung des Konkurses durch einen Nachlassvertrag in dem Bestreben

nach Befreiung von den starren oder als starr empfundenen Verwertungsgrundsätzen des SchKG liegt. Es ist deshalb dem Ermessen der „Liquidationskommission" jedenfalls ein weiterer, unter Umständen sogar ein viel weiterer Spielraum zu lassen, als der vom Gesetz der Konkursverwaltung angewiesene. Immerhin wird in wichtigen Fragen noch mehr als beim Konkurse auf den Willen der Gläubigerversammlung abzustellen sein, zumal da (vergl. oben, ad Art. 241) die Möglichkeit der Beschwerde an eine staatliche Aufsichtsbehörde im Stadium des Vollzugs des Nachlassvertrages ausgeschlossen ist. Endlich wird meist auch auf die Erklärungen des Gemeinschuldners selbst etwas mehr Gewicht gelegt werden, als im Konkursfalle.

Unter diesen Umständen bleibt für eine analoge Anwendung jedenfalls der Art. 252—258, deren vier erste übrigens keine eigentlichen Verwertungsvorschriften enthalten, nicht viel Raum übrig. Immerhin werden die Art. 256 Abs. 2 und Art. 257 Abs. 3 analog anwendbar sein. Bei der Aufstellung der Steigerungsbedingungen dürfte sich ferner eine analoge Anwendung der in Art. 259 zitierten Art. 128, 134 und 135 empfehlen; erzwungen werden kann sie aber wohl nicht.[41])

Art. 260 ist grundsätzlich analog anzuwenden. Wie im Konkurs, so kann es auch beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" vorkommen, dass die Gläubigervertretung das Prozessrisiko nicht übernehmen will, trotzdem es sich um einen vielleicht wohlbegründeten Anspruch handelt. Dann muss das an sich der Gesamtheit der Gläubiger zustehende Beschlagsrecht von denjenigen Gläubigern ausgeübt werden können, die jenes Risiko zu übernehmen bereit sind. Ein allfälliger Überschuss des Prozessergebnisses über die Forderung des Abtretungsgläubigers ist aber auch in diesem Fall, wie beim Konkurs, an die Masse abzuliefern.

Art. 260bis („Heimstätten") analog anwendbar.

---

[41]) Direkt anwendbar sind die Art. 229 Abs. 2—236 OR.

6. ad Art. 261—270 („Verteilung" und „Schluss des Konkursverfahrens").

Art. 261 ist in dem Sinne analog anwendbar, dass mit der Verteilung, und zwar auch mit Abschlagszahlungen, erst begonnen werden darf, wenn sowohl die in Art. 310 direkt vorgesehenen, als auch — je nach der Entscheidung über die Anwendbarkeit des Kollokationsprinzips, vergl. oben ad Art. 244—251 — allfällige weitere Prozesse über die Zulassung bestrittener Forderungen erledigt sind.

Art. 262 ist analog anwendbar. Insbesondere sind, wie beim Konkurs, die „Massaschulden" den eigentlichen Liquidationskosten gleichzustellen. Dies ist von grosser praktischer Bedeutung. Gerade beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" kommt es häufig vor, dass Geschäftsfreunde, insbesondere Banken, die an der Aufrechterhaltung des Betriebs ein Interesse haben, geneigt wären, der Liquidationskommission einen grössern „Vorschuss" zu gewähren. Sind sie aber nicht sicher, dass die daraus entstehende Forderung als Massaschuld behandelt wird und daher den Nachlassforderungen vorgeht, so werden sie sich zur Gewährung des „Vorschusses" ohne eine Spezialsicherheit, die oft schwer zu beschaffen ist, nicht entschliessen. — Gleichwie im Konkurs die Auslagen (zu denen u. a. gerade die Tilgung der Massaschulden gehört) den Gebühren vorgehen (Jaeger, Note 3 zu Art. 262), so müssen beim „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" allfällige Honorarforderungen der Liquidatoren hinter den Auslagen und den Massaschulden zurücktreten. Die Liquidatoren haben es in der Hand, nicht mehr Kosten zu machen und nicht mehr Massaschulden einzugehen, als bestimmt gedeckt werden können.

Art. 263 dürfte in dem Sinne analog anwendbar sein, dass eine Verteilungsliste aufzulegen oder den Interessenten sonstwie zur Kenntnis zu bringen ist, damit allfällige Reklamationen angebracht werden können, bevor die Verteilung begonnen hat. Dagegen braucht die Ver-

teilungsliste nicht gerade zehn Tage aufzuliegen; denn diese Frist wurde im Gesetz mit Rücksicht auf die Anfechtung der Verteilungsliste durch Beschwerde an die staatlichen Aufsichtsbehörden festgesetzt; eine solche Beschwerde ist aber, wie bereits konstatiert wurde, beim Nachlassvertrag — auch demjenigen mit „Vermögensabtretung" —, nachdem er einmal behördlich bestätigt worden ist, nicht zulässig.

Art. 264 ist analog anwendbar. Jedoch wird der Nachlassvertrag in der Regel bestimmen, dass gegen Auszahlung der Nachlassdividende Saldoquittung zu erteilen sei; in diesem Fall zessiert die Anwendung des in Art. 264 Abs. 2 herbeigezogenen Art. 150 Abs. 2; desgleichen, wenn angenommen wird, die Restforderung gehe auch in denjenigen Fällen vollständig unter, in denen der Nachlassvertrag nicht ausdrücklich „Saldoquittung" vorsieht; vergl. die Ausführungen zu Art. 265 hienach.

Art. 265 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 sind nur insoweit analog anzuwenden, als nach dem konkreten Inhalt des Nachlassvertrags die Restforderung im Falle der Erwerbung neuen Vermögens exequierbar sein soll. Dies wird in den seltensten Fällen zutreffen; denn der Verzicht der Gläubiger auf die Exekution der Restforderungen — der „Nachlass" — ist in der Regel gerade das, was der Schuldner mit dem „Nachlassvertrag" hauptsächlich erreichen will.[42]) — Die bekannte Streitfrage, ob beim

---

[42]) Immerhin ist es z. B. denkbar, dass ein Schuldner, der über bedeutende Anwartschaften verfügt, für den Fall ihrer Realisierung ausdrücklich bis zum vollen Betrage der ursprünlichen Forderungen haften zu wollen erklärt. Bei der bonorum cessio des römischen Rechts und der cession de biens judiciaire des Coutumes-Rechtes bildete die Exequierbarkeit der Restforderungen bei Vorhandensein neuen Vermögens sogar die Regel. In Bezug auf die cession de biens ergibt sich dies u. a. aus den oben sub I, Note 6 wiedergegebenen Stellen der Coutume du Bourbonnais. — Die Möglichkeit der Ausstellung von „Verlustscheinen" bei privaten Liquidationen wird übrigens auch von Jaeger, II S. 150, Fussnote 2, bejaht.

Schweigen des Nachlassvertrags der Fortbestand von Naturalobligationen oder aber der vollständige Untergang der Restforderungen anzunehmen sei, braucht hier nicht entschieden zu werden; denn im einen wie im andern Fall ist die Ausstellung eines Verlustscheins mit den in Art. 149 bezeichneten Rechtswirkungen ausgeschlossen. Hinsichtlich der Privilegierung der staatlichen Bussenforderungen ist auf BGE **22** Nr. 36 und die Bemerkung Brüstleins in Archiv **5** S. 148 sub 3 zu verweisen.

Art. 265 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 werden beim behördlich bestätigten Nachlassvertrag insoweit analog anwendbar sein, als es ausnahmsweise Art. 265 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 sind.[43]) Auch nur in diesem Masse könnte wohl eine analoge Anwendung der Art. 182 und 186 Abs. 1 und 3 ZGB in Betracht kommen. Hierauf ist jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht näher einzutreten.

Art. 266 ist in demselben Sinne analog anwendbar, wie Art. 261.

Art. 267 in dem Sinne, dass beim behördlich bestätigten Nachlassvertrag die Forderungen derjenigen Gläubiger, die am Verfahren nicht teilgenommen haben, denselben Beschränkungen unterliegen, wie die Forderungen derjenigen, die daran teilgenommen haben.[44])

Art. 269 analog anzuwenden; Art. 268 und 270 dagegen nicht.

7. ad Art. 285—292 („Anfechtungsklage").

Ob die Bestimmungen dieses Titels auf den „Nach-

---

[43]) Immerhin wird die analoge Anwendung des Art. 265 Abs. **3** (betr. das beschleunigte Verfahren) kaum zu erzwingen sein. Vergl. oben die Bemerkung zu Art. 250 Abs. 4 und 251 Abs. 5.

[44]) Sieht also der Nachlassvertrag Saldoquittung vor, so gehen auch sie unter. Schliesst der Nachlassvertrag bloss die Vollstreckbarkeit der Restforderungen aus, so sind auch sie nicht mehr vollstreckbar. Gestattet der Nachlassvertrag die Exekution im Falle der Erwerbung neuen Vermögens, so gilt dies auch für sie.

lassvertrag mit Vermögensabtretung" analog anwendbar seien, ist sehr diskutierbar.

Zunächst sei festgestellt, dass die Gründe, welche dazu geführt haben, die von einzelnen Verlustscheingläubigern vor der Bestätigung des Nachlassvertrags angehobenen Anfechtungsprozesse dahinfallen zu lassen (vergl. Jaeger, Note 3 B i. f. zu Art. 311 und Note 4 i. f. zu Art. 312), nicht auch dazu führen, der Nachlassmasse als solcher die Anhebung oder Aufnahme von Anfechtungsprozessen zu verwehren. Auch die Konkurseröffnung hat ja nach Art. 200 zur Folge, dass — ausser im Falle des Art. 260 —paulianische Anfechtungsansprüche nicht mehr von einzelnen Gläubigern geltend gemacht werden können; dies war aber für den Gesetzgeber kein Grund, der Konkursmasse deren Geltendmachung zu versagen, sondern dieses ihr Recht ist im Gegenteil durch Art. 200 und 285 Ziff. 2 ausdrücklich anerkannt worden. Gerade deshalb, weil die paulianischen Ansprüche grundsätzlich zur Konkursmasse gehören und von der Konkursverwaltung geltend zu machen sind, zessiert im Konkursfalle das bis dahin gemäss Art. 285 Ziff. 1 den einzelnen Verlustscheingläubigern zugestandene Klagerecht. Wenn also der „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" ein möglichst vollkommenes Konkurssurrogat sein soll, so sollte auch der „Nachlassmasse" das Recht zur Geltendmachung jener Ansprüche zustehen.

Eine andere Frage ist es, ob mit Rücksicht auf die Konstruktion des „Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung" als einer Übereinkunft, durch welche der Schuldner seinen Gläubigern die Verfügungsgewalt über sein Vermögen einräumt, soweit gegangen werden könne, den Nachlassgläubigern die Geltendmachung von Ansprüchen zu gestatten, die dem Schuldner selber ja nicht zustanden. Vergl. hierüber die Ausführungen sub IV 2 (oben S. 17 ff.).[45])

[45]) Die dort geäusserten Bedenken liegen offenbar auch der Fussnote 2 bei Jaeger II S. 150 zugrunde, soweit sie sich auf

Vom praktischen Standpunkte aus wäre es entschieden zu begrüssen, wenn trotz jener grundsätzlichen Bedenken auch in dieser Beziehung die Analogie zwischen „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" und Konkurs anerkannt, also der „Nachlassmasse" das Recht zur Anhebung oder Aufnahme von Anfechtungsprozessen zugestanden würde. Zwar mag bei solchen Schuldnern, die durch anfechtbare Rechtshandlungen ihren Gläubigern Exekutionsobjekte entzogen oder einzelne Gläubiger vor andern begünstigt haben, der Konkurs eher am Platze scheinen, als ein Nachlassvertrag. Allein einmal erfolgt die Zustimmung zu einem Nachlassvertrag erfahrungsgemäss sehr oft nicht aus Rücksicht auf den Schuldner, sondern in der Hoffnung, dass dabei für die Gläubiger mehr zu retten sei. Sodann aber kann es immerhin vorkommen, dass die anfechtbaren Rechtshandlungen erst nach der Bestätigung des Nachlassvertrags entdeckt werden. Die Anfechtungsklagen sollten deshalb von der Liquidationskommission, bezw. nach Massgabe des Art. 260 von den einzelnen Nachlassgläubigern angestrengt werden können, — zumal da die Voraussetzungen des Art. 316 nicht immer vorliegen werden und den Gläubigern mit dem Widerruf des Nachlassvertrags in vielen Fällen gar nicht einmal gedient wäre.

Schliesslich mag hier noch bemerkt werden, dass die Möglichkeit der Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen durch die Nachlassmasse in Frankreich beim concordat par abandon d'actif, das allerdings eine vorangegangene Konkurserklärung voraussetzt, aber auch deren Widerruf in sich schliesst und im übrigen als „Vertrag" konstruiert wird,[46]) — tatsächlich anerkannt

---

die Möglichkeit der Erhebung von Anfechtungsklagen seitens der Liquidatoren bezieht.

[46]) Rivière-Weiss, Pandectes franç. s. v. Faillite, liquidation jud. etc. Nr. 7807; Fuzier-Herman, Rép. gén. 22 Nr. 2534.

ist,[47]) sowie dass auch das Bundesgericht immerhin bereits den Art. 214 SchKG, mit dem darin gegebenen quasi-paulianischen Anspruch, der sich auch nicht etwa aus der Person des Schuldners ableiten lässt, auf den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" analog angewendet hat.[48])

Die Wahl des der „Konkurseröffnung" entsprechenden Zeitpunkts dürfte bei Art. 286 und 287 auf Grund ähnlicher Erwägungen zu treffen sein, wie bei den Art. 213 und 219. Vergl. darüber oben, am Schluss der Ausführungen über die Art. 208—220, S. 37 f.

Die vorstehende Zusammenstellung erhebt weder auf Lückenlosigkeit noch auf definitiven Charakter Anspruch. Die Frage, wie weit mit der analogen Anwendung der einzelnen konkursrechtlichen Sätze gegangen werden soll oder kann, bedarf überall noch der Abklärung. Zum Teil ist sie eine Ermessensfrage; zum Teil lässt sie sich überhaupt nicht im voraus lösen, weil hier, wie bei jeder analogen Gesetzesanwendung, die meisten Schwierigkeiten erst anlässlich der Behandlung des konkreten Falls zu Tage treten. Dies hindert jedoch nicht, dass es im Interesse der Praxis liegen kann, jene Frage zum voraus und im Zusammenhang wenigstens zu diskutieren, — namentlich nachdem der oberste Gerichtshof nun schon in vier Fällen die analoge Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze tatsächlich vorgenommen hat.

[47]) Rivière-Weiss, a. a. O. Nr. 7835; Fuzier-Herman, Nr. 2864.

[48]) Vergl. oben sub II, S. 13, sowie Note 37.