

§ 1 Streitentscheidung I: Allgemeines und Streitigkeiten betreffend die Aktiven und Passiven

1.1 Allgemeines zur Streitentscheidung im Insolvenzverfahren

Die Streitentscheidung im Insolvenzverfahren erfolgt in drei Formen:

- Verfahren betreffend Streitigkeiten über die Aktiven und Passiven;
- Verfahren betreffend richterliche Entscheidungen über vollstreckungsrechtliche Fragen;
- Beschwerdeverfahren nach SchKG 17 ff.

1.2 Allgemeines zur Streitentscheidung betreffend Aktiven und Passiven

1.2.1 Rechtsnatur der Klagen

Die Klagen betreffend die Aktiven und Passiven sind mehrheitlich **Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht**.

Es sind dies: Kollokationsklage und Aussonderungsklage im Konkurs- und Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung und Klage betreffend Auszahlung der Sicherstellung im ordentlichen Nachlassvertrag (SchKG 315).

Die Charakteristik dieser Klagen besteht darin, dass sie ein vollstreckungsrechtliches Ziel verfolgen (etwa bei der Kollokationsklage: Zulassung einer Forderungen im Konkurs). Als Vorfrage ist jedoch eine materiellrechtliche Frage zu entscheiden.

Die praktische Bedeutung der Rechtsnatur dieser Klagen zeigt sich in der Rechtskraft. Diese bezieht sich jeweils nur auf das hängige Konkursverfahren.

Die **Anfechtungsklage** nach SchKG 285 ff. ist ein rein betriebsrechtliches Institut, jedoch mit Reflexwirkung auf das materielle Recht.

Typisch für die Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht ist sodann:

- In der Regel Anwendung des beschleunigten Verfahrens (Ausnahme: paulianische Anfechtungsklagen), vgl. GVG 22.
- Normale Rechtsmittel mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Trotz der vollstreckungsrechtlichen Zielsetzung setzt BGG 72 II a sie den Zivilsachen gleich.
- Regelung der örtlichen Zuständigkeit im SchKG

Die sog. Admassierungsklage nach SchKG 242 III und selbstverständlich alle Klagen betreffend Forderungsrechte gegen Dritte (Verantwortlichkeitsklagen etc.) sind gewöhnliche zivilrechtliche Klagen¹.

¹ Zur Admassierungsklage wird allerdings von einigen Autoren auch eine abweichende Auffassung vertreten (vgl. dazu nachfolgend 16.4)

1.2.2 Beschleunigtes Verfahren

Besonderheiten des beschleunigten Verfahrens:

- Entscheid des Einzelrichteramtes;
- Das Verfahren ist grundsätzlich mündlich (ZPO 119);
- Säumnisfolgen schon bei der ersten Vorladung (ZPO 129 II Ziff. 1);
- Klageerhebung ohne Sühnverfahren (ZPO 104 lit.a);
- Normales Beweisverfahren (vgl. ZPO 141).

Das beschleunigte Verfahren ist betreffend die Zulassung der Beweismittel ein ordentliches Verfahren.

Beschleunigtes Verfahren (GVG 22):

Der Einzelrichter entscheidet im beschleunigten Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert die nachstehenden Betreibungs- und Konkursstreitigkeiten:

- Klagen auf Rückschaffung von Retentionsgegenständen (*SchKG 284*) und Klagen Dritter, welche auf Grund von *OR 273* die Herausgabe von Retentionsgegenständen verlangen;
- Widerspruchsklagen (*SchKG 107, 108*) sowie Klagen über die Lasten auf einer zu versteigernden Liegenschaft (*SchKG 140 II*);
- Klagen über den Anschluss von Ehegatten, Kindern, Mündeln, Verbeiständeten und Pfründern an eine Pfändung (*SchKG 111*) sowie Einsprachen des Ehegatten und der Kinder des Schuldners gegen die Pfändung ihres Erwerbs und der Erträge ihres Vermögens;
- Klagen über die Anfechtung des vom Betreibungsamt entworfenen Kollokationsplans (*SchKG 148,157*);
- Klagen auf Bestreitung oder Feststellung neuen Vermögens (*SchKG 265 a IV*);
- Klagen über Eigentumsansprüche und Anfechtung des Kollokationsplans im Konkurs und im Verfahren betreffend Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (*SchKG 242, 250, 251, 321*);
- Negative Feststellungsklage gemäss *SchKG 85 a*

Die Entscheide im beschleunigten Verfahren sind endgültig, wenn der Streitwert Fr. 8000.- nicht übersteigt.

1.2.3 Zuständigkeit

1.2.3.1 National

Gerichtsstandsgesetz: Sämtliche Gerichtsstände des SchKG bleiben vorbehalten (GestG 1 II lit. b). Hieraus ergibt sich Folgendes: Soweit sich aus dem SchKG ein Gerichtsstand ergibt, kommt dieser zur Anwendung. Fehlt ein Gerichtsstand gelten die Gerichtsstände des GestG.

Beachte:

1. Das Gesetz sagt nicht, die Zuständigkeiten für die Klagen des SchKG seien vom GestG ausgenommen, sondern eben die Zuständigkeiten des SchKG seien ausgenommen. D.h.: Fehlt ein Gerichtsstand im SchKG muss nicht – wie offenbar zum Teil gelehrt wird – mit richterlicher Lückenfüllung ein Gerichtsstand im Bundesrecht geschaffen oder sogar auf das kantonale Recht zurückgegriffen werden.
2. Im SchKG gibt es entgegen a.A. keinen subsidiären Klagegerichtsstand am Betreibungsort, der stets dann zur Anwendung kommt, wenn das Gesetz keinen Gerichtsstand nennt. Richtig ist lediglich, dass dieser Gerichtsstand für sämtliche Vollstreckungshandlungen gilt, auch wenn dies nicht besonders gesagt wird. So ist etwa ein Gesuch um Nachlassstundung selbstverständlich am Betreibungs- bzw. Konkursort zu stellen.

1.2.3.2 International

a) LugÜ

Die Zuständigkeit für Klagen und Verfahren, die in Zusammenhang mit einem Zwangsvollstreckungsverfahren stehen, ist in der Schweiz eine der am meisten diskutierten Fragen des LugÜ².

Für die Frage der Anwendung des LugÜ in diesem Bereich sind zwei „Tests“ vorzunehmen:

Test 1: Liegt die Streitsache im sachlichen Anwendungsbereich des LugÜ?

Nach LugÜ 1 II Nr. 2 sind Streitigkeiten betreffend Konkurs- und Nachlassverfahren von diesem Übereinkommen nicht erfasst. Für diese Streitigkeiten ist im schweizerischen Recht zuerst das IPRG zu Rate zu ziehen. Soweit auch dieses keine Antwort gibt, kommt zunächst das GestG zur Anwendung. Dieses verweist schliesslich auf das SchKG, soweit dieses eine Zuständigkeit vorsieht.

NB: Nicht vertretbar ist m.E. die bei SPÜHLER/MEYER (S. 65) wiedergegebene Auffassung, der Ausschluss der Konkurs- und Nachlasssachen gelte nicht für die Streitigkeiten, die unter LugÜ 16 fallen.

Test 2: Handelt es sich um ein Verfahren der Zwangsvollstreckung im Sinne von LugÜ 16 Nr. 5?

Ob es sich um ein Zwangsvollstreckungsverfahren in Sinne dieser Bestimmung handelt, ist (selbstverständlich) vertragsautonom zu beantworten. Liegt eine solche Streitsache vor, bestimmt sich die internationale Zuständigkeit nach LugÜ 16 Nr. 5. Für die internationale örtliche Zuständigkeit sind alsdann primär das IPRG und, falls sich – wie in den meisten Fällen – hieraus keine Antwort ergibt, das SchKG anzuwenden. Fehlt eine Zuständigkeit im SchKG, ist das GestG massgebend.

Streitsachen, die nicht als Zwangsvollstreckungsverfahren im Sinne von LugÜ 16 Nr. 5 zu qualifizieren sind, gelten als gewöhnliche Zivilprozesse, für welche die allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen des LugÜ anwendbar sind.

² Siehe etwa MARKUS, LugÜ und SchKG-Zuständigkeiten.

b) IPRG

Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich, dass das IPRG nicht einfach alle Gerichtsstände des SchKG vorbehalten will. Vielmehr sollen alle zivilrechtlichen Erkenntnisverfahren abschließend durch das IPRG beurteilt werden. Ein allgemeiner Vorbehalt zugunsten der Gerichtsstände des SchKG, wie er noch von der Expertenkommission vorgeschlagen war, wurde später wieder gestrichen. Entsprechend gelten folgende Grundsätze:

1. Für Erkenntnisverfahren, die in Zusammenhang mit einer Zwangsvollstreckung stehen, gilt das IPRG. Was unter einem Erkenntnisverfahren zu verstehen ist, ist nach schweizerischer Vorstellung zu beurteilen. Dies bedeutet: Die Zuständigkeit für Anerkennungsklage, Rückforderungsklage und negative Feststellungsklage ist nach IPRG zu beurteilen. Bei der Aberkennungsklage kann man sich einen „Kunstgriff“ überlegen.
2. Das IPRG befasst sich hingegen (stillschweigend) nicht mit den „eigentlichen“ SchKG-Verfahren nach schweizerischer Vorstellung. Es sind dies: Zahlungsbefehl, Rechtsöffnung, Klagen mit Reflexwirkung auf das materielle Recht, Anfechtungsklage, Arrest. Entsprechend gelten auch in internationalen Sachverhalten die Zuständigkeit des SchKG!

1.2.4 Informationsbeschaffung

Bei allen Klagen betreffend Streitigkeiten über Aktiven und Passiven stellt sich das Problem der Informationsbeschaffung. Grundsätzlich verhält es sich wie folgt:

Der **Konkursverwaltung**, die am Prozess als klagende oder beklagte Partei teilnimmt, stehen selbstverständlich sämtliche Unterlagen zur Verfügung, über die der Schuldner verfügt. Falls notwendig, kann der Schuldner auch dazu einvernommen werden (SchKG 222).

Für die **Gläubiger** gestaltet sich die Informationsbeschaffung etwas schwieriger. Sie können zunächst – wohl gestützt auf SchKG 8 – in sämtliche Akten des Konkursamtes Einblick nehmen. Im Weiteren können sie (wohl) auch den Schuldner auf dem Umweg über die Konkursverwaltung über die Ansprüche befragen lassen.

Trotz dieser rechtlichen Möglichkeiten bleibt jedoch für Konkursverwaltung und Gläubiger stets ein grosses Prozessrisiko.

1.3 Aussonderungsklage (SchKG 242 I/II)

Gegenstand	Streit um Aussonderung von Sachen aus dem Konkurs, die sich im Gewahrsam des Schuldners befinden.
Parteien	Dritter gegen Konkursverwaltung ³ bzw. Abtretungsgläubiger.
Verfahrensablauf und Frist	Hält die Konkursverwaltung den Anspruch für unbegründet, setzt sie dem Dritten eine Verwirkungsfrist von 20 Tagen an.
Rechtsnatur und Rechtskraft	Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht; Beschränkung der Rechtskraft auf das hängige Konkursverfahren.
Verfahrensart	Ordentliches Verfahren, die Kantone können jedoch das beschleunigte Verfahren anordnen. (So der Kanton Zürich: GVG 22 Ziff. 7)
Rechtsmittel	Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.
Zuständigkeit (national)	Konkursort nach SchKG 242 II (vgl. GestG 1 II lit.b).
Zuständigkeit (international)	Keine Anwendung LugÜ (1 II Nr. 2); Keine Anwendung IPRG; keine Anwendung GestG (1 II lit. b), Konkursort nach SchKG 242 II.
Besondere Fragen	

1.4 Admassierungsklage (SchKG 242 III)

Gegenstand	Streit um Einbezug von Sachen in die Konkursmasse, die sich im Gewahrsam oder Mitgewahrsam eines Dritten befinden.
Parteien	Konkursverwaltung ⁴ bzw. Abtretungsgläubiger gegen Dritte.
Verfahrensablauf und Frist	
Rechtsnatur und Rechtskraft	Nach h.M. gewöhnliche Zivilklage ⁵ ; umfassende Rechtskraft.
Verfahrensart	Ordentliches Verfahren, die Kantone können jedoch das beschleunigte Verfahren anordnen. (So der Kanton Zürich: GVG 22 Ziff. 7)
Rechtsmittel	Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.
Zuständigkeit (national)	Anwendung des GestG.
Zuständigkeit (international)	Allgemeine Zuständigkeiten von IPRG und LugÜ.
Besondere Fragen	

Die Auffassung, die Admassierungsklage sei eine Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht⁶, ist wohl nicht vertretbar. Sonst müssten konsequenterweise auch alle Forderungsklagen gegen Dritte hier eingeordnet werden.

³ In Prozessstandschaft, vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, §§ 27/28 N 70a ff. A.A. VOGEL/SPÜHLER; 5 N 40a; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 48 N 3, wonach die Konkursverwaltung im Namen der Konkursmasse handelt.

⁴ In Prozessstandschaft, vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, §§ 27/28 N 70a ff. A.A. VOGEL/SPÜHLER; 5 N 40a; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 48 N 3, wonach die Konkursverwaltung im Namen der Konkursmasse handelt.

⁵ Vgl. SchKG-RUSSENBERGER, Art. 242 N 7. A.A. AMONN/WALTHER, § 45 N 46.

⁶ So aber AMONN/WALTHER, § 45 N 46 und SPÜHLER, SchKG II, S. 44.

1.5 Anfechtungsklage (SchKG 285 ff.)

Gegenstand	Rückführung von Vermögenswerten in den Konkurs, die der Schuldner vor Konkurseröffnung unter Setzung eines Anfechtungstatbestandes nach SchKG 285 ff. zivilrechtlich rechtsgültig veräussert hat.
Parteien	Grundsätzlich: Konkursverwaltung ⁷ bzw. Abtretungsgläubiger gegen Dritten, der den betreffenden Vermögenswert erhalten hat.
Verfahrensablauf und Frist	Fristen gemäss den einzelnen Anfechtungstatbeständen und Verwirkungsfrist nach SchKG 292.
Rechtsnatur und Rechtskraft	Vollstreckungsrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht; Beschränkung der Rechtskraft für das hängige Verfahren.
Verfahrensart	Ordentliches Verfahren.
Rechtsmittel	Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.
Zuständigkeit (national)	Wohnsitz der beklagten Partei (SchKG 289).
Zuständigkeit (international)	Keine Anwendung von LugÜ, da eine Ausnahme nach LugÜ 1 II Nr. 2 vorliegt ⁸ ; keine Anwendung des IPRG; Konkursort gestützt auf SchKG 289.
Besondere Fragen	

1.6 Kollokationsklage (SchKG 250)

Gegenstand	Überprüfung der Kollokationsverfügung betr. Zulassung einer Forderung im Kollokationsplan (Zulassung der Forderung des klagenden Gläubigers oder eines anderen Gläubigers).
Parteien	<ul style="list-style-type: none"> • Gläubiger gegen die Konkursverwaltung⁹, falls die Verfügung betr. die Behandlung der eigenen Forderung (Bestand, Höhe oder Rang) angefochten werden soll. • Gläubiger gegen Gläubiger, falls die Verfügung betr. die Zulassung (Bestand, Höhe oder Rang) eines anderen Gläubigers angefochten werden soll.
Verfahrensablauf und Frist	Klagefrist von 20 Tagen nach Auflage des Kollokationsplans.
Rechtsnatur und Rechtskraft	Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht; Beschränkung der Rechtskraft auf das hängige Konkursverfahren.
Verfahrensart	Beschleunigtes Verfahren.
Rechtsmittel	Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.
Zuständigkeit (national)	Konkursort (SchKG 250 I; vgl. GestG 1 II lit. b).
Zuständigkeit (international)	Konkursort, gestützt auf SchKG 250 I; keine Anwendung von LugÜ (vgl. LugÜ 1 II Nr. 2) und IPRG.

⁷ In Prozessstandschaft, vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, §§ 27/28 N 70a ff. A.A. VOGEL/SPÜHLER; 5 N 40a; AMONN/WALTHER, § 52 N 31, wonach die Konkursverwaltung namens der Masse zur Anfechtung befugt ist.

⁸ Vgl. dazu BGE 129 III 683.

⁹ In Prozessstandschaft, vgl. FRANK/STRÄULI/MESSMER, §§ 27/28 N 70a ff. A.A. VOGEL/SPÜHLER; 5 N 40a; FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 49 N 22, wonach die Konkursmasse durch die Konkursverwaltung vertreten wird.

Besondere Fragen	Problem der Informationsbeschaffung für den klagenden Gläubiger (vgl. die Offenlegungspflicht bei der Widerspruchsklage in SchKG 108 IV).
------------------	---

1.7 Verantwortlichkeitsklagen (OR 752 ff.)

Gegenstand	Geltendmachung des Schadens aus Pflichtverletzung der Organe von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.
Parteien	Konkursverwaltung bzw. Abtretungsgläubiger gegen Organ.
Verfahrensablauf und Frist	Keine Besonderheiten.
Rechtsnatur und Rechtskraft	Zivilrechtlicher Klageanspruch der den Gläubigern zusteht.
Verfahrensart	Ordentliches Verfahren.
Rechtsmittel	Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.
Zuständigkeit (national)	GestG 29.
Zuständigkeit (international)	Zuständigkeit nach LugÜ 2 und 5 Nr. 3 bzw. IPRG 151.
Besondere Fragen	Klageerleichterung durch die Möglichkeit, mehrere Organe gemeinsam für den Gesamtschaden einzuklagen (OR 759 II).

1.8 Nachlassverfahren

1.8.1 Allgemeines

Im Nachlassverfahren beurteilt sich die Streitentscheidung je nach Verfahrensabschnitt und Verfahrenstypus unterschiedlich:

In der **Nachlassstundung** erfolgt grundsätzlich keine (definitive) Bereinigung der Aktiven und Passiven. Der Sachwalter listet diese lediglich auf.

- Die **Aktiven** werden inventarisiert und geschätzt (SchKG 299).
- Ebenso werden die **Passiven** durch einen Schuldenruf festgestellt (SchKG 300). Der Sachwalter holt sodann über die eingegebenen Forderungen die Erklärung des Schuldners ein. Soweit die Forderungen vom Schuldner bestritten werden, unterzieht der Sachwalter die Forderungen lediglich einer summarischen Prüfung im Hinblick auf die Frage, ob die betreffenden Gläubiger zur Mitbestimmung betreffend den Nachlassvertrag zugelassen werden sollen. Je nach Ergebnis stellt der Sachwalter im Verfahren betreffend Bestätigung des Nachlassvertrages den Antrag, es sei die Forderung zur Mitbestimmung zuzulassen oder nicht zuzulassen (vgl. SchKG 305 III).

Eine Bereinigung von Aktiven und Passiven findet jedoch in beschränktem Umfang im **ordentlichen Nachlassvertrag** nach seiner Bestätigung und im umfassenden Umfang beim **Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung im Liquidationsverfahren** statt.

1.8.2 Ordentlicher Nachlassvertrag

Klage auf Herausgabe der Sicherheit nach SchKG 315:

Gegenstand	Die Klage richtet sich auf Herausgabe der Sicherheit, die der Schuldner für die Nachlassdividende gestellt hat.
Parteien	Gläubiger gegen Nachlassschuldner.
Verfahrensablauf und Frist	Falls die Klage nicht innert der Frist von 20 Tagen erhoben wird, verliert der Gläubiger die Sicherstellung. Er kann jedoch die Forderung später immer noch geltend machen.
Rechtsnatur und Rechtskraft	In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Forderungsklage eine normale Zivilklage mit umfassender Rechtskraft sei ¹⁰ .
Verfahrensart	Ordentliches Verfahren.
Rechtsmittel	Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.
Zuständigkeit (national)	Nachlass- bzw. Konkursort (SchKG 315; GestG 1 II lit. b).
Zuständigkeit (international)	Nachlass- bzw. Konkursort (SchKG 315); LugÜ (vgl. LugÜ 1 II Nr. 2) und IPRG finden keine Anwendung.
Besondere Fragen	

1.8.3 Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung finden sich grundsätzlich dieselben Klagen wie beim Konkurs. D.h. Aussonderungsklage, Admassierungsklage, Kollokationsklage, Anfechtungsklage und Verantwortlichkeitsklage (ob Verantwortlichkeitsansprüche zur Liquidationsmasse gehören, hängt vom konkreten Nachlassvertrag ab)¹¹. Es kann deshalb auf die Ausführungen unter 16.2 verwiesen werden.

Für die Zulässigkeit von Anfechtungsklagen siehe SchKG 331.

1.9 Deponierung der Bilanz und Konkursaufschub

Im Verfahren betreffend Konkursaufschub findet keine Abklärung der Rechte betreffend Aktiven und Passiven statt.

¹⁰ SchKG-GUGGISBERG, Art. 315 N 23.

¹¹ Vgl. BGE 122 III 166 und BGE 122 III 176.

§ 2 Streitentscheidung II: Richterliche Entscheidung über vollstreckungsrechtliche Fragen

2.1 Allgemeines

2.1.1 Verfahrensgrundsätze

Einzelne wichtige Fragen der Vollstreckung sind auch im Konkurs- und Nachlassverfahren einer richterlichen Behörde übertragen. Es sind dies etwa: Konkursöffnung, Bewilligung der Nachlassstundung, etc.

Für diese Verfahren gelten folgende Grundsätze:

- Das Bundesrecht schreibt vor, dass diese Entscheide im summarischen Verfahren zu fällen sind (SchKG 25 Ziff. 2). Ausnahme: Beschleunigtes Verfahren betreffend die Feststellung von neuem Vermögen nach SchKG 265a IV.
- Im Verfahren gilt (wohl) grundsätzlich die Untersuchungsmaxime.
- Die Rechtsmittel richten sich nach dem kantonalen Zivilprozessrecht, soweit das Bundesrecht nicht selber eine Regelung enthält. So ist etwa in einzelnen Fällen vorgeschrieben, dass den Parteien ein (ordentliches) Rechtsmittel zur Verfügung stehen muss (z.B. SchKG 294 betreffend die Bewilligung der Nachlassstundung).
- Das Beweismass richtet sich nach Bundesrecht. Grundsätzlich ist ein Vollbeweis notwendig.

2.1.2 Summarisches Verfahren

Für das summarische Verfahren gelten im Zürcher Recht folgende Besonderheiten:

- Zuständigkeit eines Einzelrichters.
- Kein Sühnverfahren (ZPO 205).
- Vereinfachter Verfahrensablauf (ZPO 206).
- Besondere Säumnisvorschriften (ZPO 207).
- Rechtsmittel: Rekurs nach ZPO 272. Gegen prozessleitende Entscheide kann lediglich die Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden.

Eine Beweismittelbeschränkung nach ZPO 209 findet grundsätzlich nicht statt.

2.2 Konkursverfahren

Siehe oben § 2.

2.3 Nachlassverfahren

2.3.1 Allgemeines

Die Aufgaben des Nachlassgerichtes sind:

- Entscheid betreffend Nachlassstundung und provisorische Nachlassstundung (SchKG 293/294);
- Entscheid betreffend Verlängerung der Nachlassstundung (SchKG 295 IV);
- Entscheid betreffend Widerruf der Nachlassstundung (SchKG 295 V);
- Entscheid betreffend Ermächtigung zur Veräusserung von Vermögenswerten gemäss SchKG 298 II;
- Entscheide betreffend Kostenvorschüsse für Sachwalter und Festsetzung des Honorars des Sachwalters;
- Entscheid betreffend Bestätigung des Nachlassvertrages (SchKG 306);
- Entscheid betreffend Einstellung der Verwertung von Grundpfändern (SchKG 306a);
- Entscheid betreffend Widerruf des Nachlassvertrages (SchKG 313);
- Entscheid betreffend Aufhebung des Nachlassvertrages gegenüber einem Gläubiger (SchKG 316).
- Kenntnisnahme des Rechenschaftsberichtes der Liquidatoren (SchKG 330).

Wie diese längere Liste von Geschäften zeigt, begleitet der Nachlassrichter das Nachlassverfahren über all seine Phasen (Stundung, Bewilligung und Vollzug).

2.3.2 Entscheid betreffend Nachlassstundung (SchKG 293 f.)

Gegenstand	Bewilligung der definitiven und provisorischen Nachlassstundung.
Parteien	<ul style="list-style-type: none"> • Gesuchsteller: Schuldner; Gläubiger, welche das Konkursbegehren stellen können; Einleitung von Amtes wegen durch das Konkursgericht. • Gesuchsgegner: Schuldner, falls ein Gläubiger das Gesuch stellt; sonst kein Gesuchsgegner. • Einbezug Dritter: Anhörung von Gläubigern nach Ermessen des Gerichtes.
Vorsorgliche Massnahmen; provisorische Nachlassstundung	Treffen von Anordnungen von Amtes wegen, die zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens notwendig sind. In begründeten Fällen kann eine provisorische Nachlassstundung bewilligt und ein provisorischer Sachwalter eingesetzt werden (SchKG 293 III).
Verfahrensmaxime	Untersuchungsmaxime.
Verfahrensart	Summarisches Verfahren.

Beweisrecht	Grundsätzlich umfassende Anspruchsprüfung mit umfassender Zulassung aller Beweismittel, soweit dies die Dringlichkeit zulässt.
Rechtsmittel	<ul style="list-style-type: none"> • Entscheid betreffend Nachlassstundung: Ordentliches Rechtsmittel nach Bundesrecht: Im Kanton Zürich: Rekurs ZPO 272 i. V. m. GVG 43 I. Rechtsmittellegitimation: Gläubiger nur betreffend die Einsetzung des Sachwalters (SchKG 294 IV). • Sicherungsanordnungen und Entscheid betreffend provisorische Nachlassstundung: Rechtsmittel nach kantonalem Recht: Nach Ansicht des Bezirksgerichts Zürich in Sachen Swissair Rekurs ohne nähere Begründung.
Zuständigkeit (national/international)	Betreibungsort (SchKG 46 ff.)

Ob die Gläubiger angehört werden sollen, liegt im Ermessen des Gerichtes (SchKG 294 I). Dogmatisch gesehen, geht es hier nicht um die Gewährung des rechtlichen Gehörs, sondern um die Beschaffung der Grundlagen für die Entscheidungsfindung. In der Lehre herrscht hierüber jedoch wenig Klarheit¹².

Die Auffassung des Bezirksgerichts Zürich, wonach auch gegen die provisorische Bewilligung der Nachlassstundung Rekurs erhoben werden kann, ist fragwürdig. Nach dem Wortlaut der ZPO dürfte wohl gegen Sicherungsanordnungen und Entscheide betreffend die provisorische Nachlassstundung lediglich die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig sein. M.E. handelt es sich um einen prozessleitend Entscheid im Verfahren betreffend (definitive) Nachlassstundung. Die Zulässigkeit des Rekurses rechtfertigt sich höchstens mit der Begründung, es handle sich um eine sehr bedeutsame Entscheidung.

2.3.3 Verkaufsermächtigung nach SchKG 298

Gegenstand	Ermächtigung des Nachlassrichters zur Veräußerung von Teilen des Anlagevermögens, Bestellung von Pfändern, Eingehung von Bürgschaften und unentgeltlichen Verfügungen.
Parteien	Schuldner; der Sachwalter wird angehört.
Vorsorgliche Massnahmen	Wohl theoretisch vorstellbar.
Verfahrensmaxime	Untersuchungsmaxime.
Verfahrensart	Summarisches Verfahren.
Beweisrecht	Umfassende Zulassung aller Beweismittel.
Rechtsmittel	Wohl Rekurs (ZPO 272) nach kantonalem Recht, da es sich um eine Erledigungsverfügung handelt. Die Gläubiger sind (wohl) nach h. L. nicht zur Einlegung eines Rechtsmittels legitimiert. Man kann sich höchstens fragen, ob das kantonale Recht ein solches Rechtsmittel zulassen könnte. Im Kanton Zürich käme ein Rekurs nach ZPO 273 in Frage.
Zuständigkeit	Nachlassort/Betreibungsort.

¹² Vgl. SchKG-VOLLMAR, Art. 294 N 9; er meint, dass die Gläubiger bei besonders wichtigen Entscheiden, etwa betreffend Zustimmung zum Verkauf des Unternehmens bereits in der Nachlassstundung angehört werden sollten.

(national/international)	
--------------------------	--

Zum Problem der Anhörung der Gläubiger:

- Falls die Ermächtigung zum Verkauf bereits mit der Bewilligung der Nachlassstundung erfolgen soll, liegt die Anhörung der Gläubiger im Ermessen des Gerichtes (SchKG 294 I).
- Wird erst später um Ermächtigung nachgesucht, kommt es nach einer Ansicht in der Praxis darauf an, ob ein ordentlicher Nachlassvertrag oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geplant ist. Im letzteren Falle erfolgt keinerlei Anhörung; im erstgenannten Fall wird nach SchKG 294 I vorgegangen. Begründung für die Nichtanhörung: Die Nachlassstundung bilde ein Vorstadium zur Liquidation, in welchem auch mit zeitlich dringlichen Liquidationshandlungen gerechnet werden muss¹³.

2.4 Konkursaufschub

Die Zuständigkeit des Einzelrichters im summarischen Verfahren ergibt sich aus ZPO 213 Ziff. 5 in Verbindung mit SchKG 25.

¹³ Vgl. SchKG-VOLLMAR, Art. 298 N 25.

§ 3 Streitentscheidung III: Beschwerde nach SchKG 17 ff.

3.1 Allgemeines

Gegen die Organe des Konkurs- und Nachlassverfahrens ist die SchK-Beschwerde zulässig. Im Einzelnen gilt Folgendes:

3.2 Konkursverfahren

3.2.1 Allgemeines

Für das Beschwerdeverfahren gelten im Konkurs folgende Besonderheiten:

- Verkürzung der Beschwerdefrist bei Anfechtung von Entscheiden der ersten Gläubigerversammlung.
- Einschränkung der Beschwerdegründe bei Beschwerdeerhebung des Schuldners und betreffend Beschwerden gegen die zweite Gläubigerversammlung.
- Erweiterung der Beschwerdelegitimation der Konkursverwaltung.

3.2.2 Beschwerde gegen Entscheide von Konkursamt und Konkursverwaltung

Gegen Entscheide des Konkursamtes und der Konkursverwaltung können Gläubiger und Schuldner Beschwerde führen (SchKG 17 bzw. SchKG 17 i.V.m. SchKG 241).

Grundsätzlich wird dabei von einem formalen Begriff des Gläubigers ausgegangen, d.h. im Konkurs sind alle Personen legitimiert, deren Forderungen im Kollokationsverfahren noch nicht definitiv abgewiesen worden sind (BGE 53 III 109). Eine Ausnahme wird allein für den Fall gemacht, dass die Kollokation zum vornherein als aussichtslos erscheint (BGE 53 III 111)¹⁴.

3.2.3 Anfechtung von Gläubigerversammlungsbeschlüssen und Beschlüssen des Gläubigerausschusses

Beschlüsse der Gläubigerversammlung können mit der SchK-Beschwerde angefochten werden. Dabei bestehen allerdings betreffend die erste und zweite Gläubigerversammlung folgende Unterschiede:

Für die Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung ist die Beschwerdefrist auf fünf Tage verkürzt (SchKG 239 I). Die Beschlüsse der zweiten Gläubigerversammlung können nach allgemeiner Ansicht auch von den kantonalen Aufsichtsbehörden nicht auf Angemessenheit überprüft werden (vgl. BGE 86 III 121).

Entscheide des Gläubigerausschusses unterliegen uneingeschränkt der SchK-Beschwerde.

¹⁴ SORG, S. 50.

3.2.4 Beschwerde des Schuldners

Da im Konkurs ohnehin alle pfändbaren Vermögenswerte des Schuldners verwertet werden, und die Gläubigerforderungen so hoch sind, dass sie der (natürliche) Schuldner kaum mehr abbezahlen kann, ist das Interesse des Schuldners an der Art und Weise der Durchführung des Konkurses in der Regel gering.

Die Rechtsprechung trägt dem dadurch Rechnung, dass dem Gemeinschuldner ein lediglich eingeschränktes Beschwerderecht zuerkannt wird. Der Schuldner kann zwar gegen Verfügungen des Konkursamtes und der Gläubigerversammlung insbesondere betreffend Feststellung, Sicherung, Verwaltung und Verwertung der Aktiven Beschwerde führen. Die Kognition der Beschwerde ist jedoch grundsätzlich auf Gesetzesverletzungen beschränkt (BGE 95 III 28 f.). Im Weiteren hat der Schuldner grundsätzlich in jedem Fall darzulegen, dass die Verfügung in seine „gesetzlich geschützten Rechte und Interessen“ eingreift (BGE 101 III 44; vgl. auch 108 III 2).

3.2.5 Beschwerdeerhebung durch die Konkursverwaltung

Anders als das Betreibungsamt haben die Konkurs- und Nachlassorgane einen weiteren Bereich der Beschwerdelegitimation.

So können zunächst das Konkursamt als amtliche Konkursverwaltung und ebenso eine ausseramtliche Konkursverwaltung nicht nur Beschwerde erheben, wenn sie ausnahmsweise direkt selber betroffen sind¹⁵. Vielmehr sind sie auch „zum Rekurs insoweit befugt, als sie die Interessen der Konkursmasse und damit der Gläubigergesamtheit“ wahren (BGE 116 III 34; 103 III 10; 100 III 65). Die Grenze dieser weiten Legitimation der Konkursverwaltung ist dort erreicht, wo sie sich in Widerspruch mit der eigenen Verfügung setzt (BGE 47 III 134). Ebenfalls geht ihr die Legitimation ab, wenn die Gläubigergesamtheit ihre Interessen mittels Gläubigerversammlung oder Zirkularbeschluss selber wahrnimmt¹⁶.

Verfahrenstechnisch gesprochen handelt es sich im Falle, in dem die Konkursverwaltung die Interessen der Gläubigergesamtheit wahrnimmt, in Analogie zur Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess um eine sog. Beschwerdeführungsbefugnis. D.h. die Konkursverwaltung ist befugt – ergänzend zur Beschwerdebefugnis der einzelnen Gläubiger – in eigenem Namen die Rechte der Gläubiger wahrzunehmen¹⁷.

M.E dürfte das Gesagte bezüglich der weiteren Beschwerdelegitimation der Konkursverwaltung auch für den Sachwalter und die Liquidatoren im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gelten.

¹⁵ I. MEIER, *Verwaltungsverfahren*, S. 88.

¹⁶ LORANDI, *Bereibungsrechtliche Beschwerde*, Art. 17 N 193.

¹⁷ Vgl. hierzu DIETH, S. 73, und SORG, S. 37, die untechnisch von einer „gesetzlichen Vertretung“ der Konkursverwaltung sprechen.

3.3 *Nachlassverfahren*

3.3.1 **Beschwerde gegen Entscheide des Sachwalters**

Gegen die Entscheide des Sachwalters kann nach den allgemeinen Grundsätzen SchK-Beschwerde geführt werden (SchKG 17). Siehe den Entscheid 7B. 152/2002 vom 2. Dezember 2002 betreffend das Swissair-Nachlassverfahren im Anhang 3.

3.3.2 **Beschwerde gegen Entscheide des Liquidators bzw. des Gläubigerausschusses im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung**

Entscheide des Liquidators können nicht direkt mit Beschwerde an die Aufsichtsbehörde angefochten werden. Vielmehr ist zuerst Einsprache an den Gläubigerausschuss zu erheben. Erst gegen die betreffende Entscheidung des Gläubigerausschusses steht dann die Beschwerde offen (SchKG 320).

Bei diesem aussergewöhnlichen vollstreckungsorgan-internen Verfahren ist allerdings Folgendes zu beachten:

- Es gilt nur für Verwertungshandlungen der Liquidatoren und nicht für Entscheide betreffend den Kollokationsplan¹⁸;
- Im Weiteren ist die Einsprache nicht möglich, wenn die Handlungen des Liquidators bereits auf Weisungen des Gläubigerausschusses beruhen; dann kann wohl direkt Beschwerde erhoben werden (vgl. BGE 85 III 175).
- Bei der Einsprache an den Gläubigerausschuss handelt es sich um eine Art Beschwerde. Entsprechend ist anzunehmen, dass auch die analogen Grundsätze etwa betreffend die aufschiebende Wirkung (SchKG 36) gelten.

3.4 *Konkursaufschub*

Gegen den vom Konkursrichter eingesetzten Sachwalter kann die SchK-Beschwerde nicht ergriffen werden. Vielmehr richtet sich das Rechtsmittel nach kantonalem Recht. Massgebend ist im Zürcher Recht ZPO 218. Danach beaufsichtigt der Einzelrichter die von ihm Beauftragten. Hieraus ergibt sich wohl auch die Zulässigkeit einer Aufsichtsbeschwerde. Für die Grundsätze dieses Verfahrens siehe ZR 91 (1992) Nr. 46.

¹⁸ Vgl. SchKG-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERK/BICHLER, Art. 320 N 16.

