



## Die überschuldete Insolvenzmasse

FRANCO LORANDI

*Bei Abschluss eines Insolvenzverfahrens, das zu einer Generalabrechnung führt, werden vorab die Masseverbindlichkeiten beglichen (Art. 262 SchKG). Zuweilen kann es vorkommen, dass die Masse nicht ausreicht, um alle Masseverbindlichkeiten zu bezahlen. Das Gesetz sieht keine Regeln vor, wie diesfalls vorzugehen ist. Der Beitrag zeigt auf, welche Regeln in diesen Fällen zu beachten sind und macht einen Vorschlag, wie das Verfahren gestaltet werden sollte.*

*À la clôture d'une procédure d'insolvabilité qui conduit à une exécution générale, ce sont d'abord les dettes de la masse qui sont réglées (art. 262 LP). Il se peut parfois que la masse des actifs ne suffise pas pour régler toutes les dettes de la masse. La loi ne prévoit aucune règle sur la manière de procéder dans ces cas. La contribution présente les règles qui doivent être observées dans ces cas et suggère une manière d'organiser la procédure.*

### Inhaltsübersicht

- I. Das Problem
- II. Grundlagen
  - A. Massekosten und Masseschulden
  - B. Beachtung von Amtes wegen
  - C. Entscheidungsbefugnis
  - D. Rangfolge
  - E. Haftung
- III. Vorgehensweise bei einer überschuldeten Insolvenzmasse
  - A. Einstellung des Konkurses mangels Aktiven
    1. Gesetzliche Regelung
    2. Anwendung bei einer überschuldeten Konkursmasse
  - B. Vorgehen bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung
    1. Einstellung des Nachlassverfahrens mangels Aktiven
    2. Betreibung des Schuldners
    3. Miniverfahren gemäss Art. 230a SchKG
  - C. Behandlung der Masseverbindlichkeiten in Fall der Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven
    1. Grundsatz
    2. Ausnahmen
    3. Vorgeschlagene Vorgehensweise

### I. Das Problem

Wird ein Konkursverfahren durchgeführt oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgewickelt, so werden nach erfolgter Verwertung aus dem Erlös sämtliche Kosten für die Eröffnung und Durchführung des Konkurses sowie für die Aufnahme eines Güterverzeichnisses vorab gedeckt (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Man unterscheidet diesbezüglich die sog. Massekosten und die sog. Masseschulden (zusammen die sog. Masseverbindlichkeiten). Aus dem Nettoerlös werden die Konkurs- bzw. Nachlassforderungen entsprechend der Privilegienordnung gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG bezahlt.

Wenn sich nach Eröffnung des Konkurses herausstellt, dass die Konkursmasse voraussichtlich nicht ausreicht, um die Kosten eines summarischen Konkursverfahrens zu decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung fehlt im Gesetz eine analoge Regelung<sup>1</sup>.

Dass die Aktiven nicht ausreichen, um die Masseverbindlichkeiten zu decken, ist eine *Ausnahmesituation*<sup>2</sup>, welche an sich nach der gesetzlichen Konzeption gar nicht eintreten sollte<sup>3</sup>. Sie kann sich aber trotzdem ereignen, etwa wenn die Vermögensverhältnisse des Schuldners unübersichtlich sind, die Masse durch kostspielige Prozesse belastet wird<sup>4</sup>, welche zuungunsten der Masse entschieden werden<sup>5</sup>, während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters (Art. 310 Abs. 2 SchKG) hohe Verbindlichkeiten begründet worden sind<sup>6</sup> oder von einem Dritten in Aussicht gestellte Zuschüsse (im Falle des Zustandekommen eines Nachlassvertrages) ausbleiben<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Vgl. dazu näher III.B.

<sup>2</sup> WALTER BÖNI, Die Masseverbindlichkeit im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, Diss. Freiburg 1959, 70; PETER LUDWIG, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Diss. Bern 1970, 95; BGE 56 III 181 ff.

<sup>3</sup> So darf ein Nachlassvertrag nur genehmigt werden, wenn die (dannzumal bekannten) Masseverbindlichkeiten gedeckt (und allenfalls sichergestellt) sind (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

<sup>4</sup> BGE 50 III 73 in Bezug auf eine Parteientschädigung.

<sup>5</sup> BÖNI (FN 2), 71.

<sup>6</sup> Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. A., Basel 2014 (nachfolgend zit. KUKO, SchKG-Bearbeiter), KUKO, SchKG-ROGER SCHOBER, Art. 230 N 3.

<sup>7</sup> MANUEL ARROYO, Zu Sinn und Tragweite von Art. 310 Abs. 2 SchKG im Nachlassverfahren – Verbindlichkeiten der Masse, BJM 2003, 271.

Nachfolgend soll untersucht werden, wie vorzugehen ist, wenn die vorhandene Aktivmasse nicht ausreicht, um sämtliche Masseverbindlichkeiten zu bezahlen. Behandelt werden die Verfahren der Generalexekution (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung).

## II. Grundlagen

### A. Massekosten und Masseschulden

Masseverbindlichkeiten unterteilen sich in Massekosten und Masseschulden (vgl. Art. 262 Abs. 1 SchKG). *Massekosten* sind die aus der Eröffnung und Durchführung eines Insolvenzverfahrens entstehenden Verfahrenskosten, wie Auslagen und Gebühren des Amtes<sup>8,9</sup>.

*Masseschulden* sind die während eines Insolvenzverfahrens zulasten der Masse eingegangenen Verbindlichkeiten<sup>10,11</sup>. Für das Nachlassverfahren zählen dazu namentlich auch Verbindlichkeiten, welche während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters ent-

standen sind<sup>12</sup>, oder wenn der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters Leistungen aus einem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

Handelt nur der Insolvenzschuldner, ohne dass die Masse involviert ist, dann liegt keine Masseschuld vor<sup>13</sup>.

### B. Beachtung von Amtes wegen

Das Konkursamt bzw. der Liquidator müssen Masseverbindlichkeiten, welche ihnen zur Kenntnis gelangen, von Amtes wegen berücksichtigen<sup>14</sup>. Bei vollständiger Abwicklung eines Verfahrens der Generalexekution (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) sind die Masseverbindlichkeiten in die Schlussrechnung (nicht aber in den Kollokationsplan oder die Verteilungsliste<sup>15</sup>) aufzunehmen<sup>16</sup>. Besteht für das Konkursamt bzw. den Liquidator Unsicherheit über Bestand und Umfang einer (allfälligen) Masseverbindlichkeit, so haben sie sich beim betreffenden Gläubiger zu erkundigen bzw. bei diesem zurückzufragen<sup>17</sup>.

### C. Entscheidungsbefugnis

Darüber, ob eine Masseverbindlichkeit vorliegt oder über den Bestand und Umfang der Forderung Unsicherheit besteht, hat *im Streitfall* grundsätzlich der *Richter* bzw. in Bezug auf öffentlich-rechtliche Forderungen die *zuständige Verwaltungsbehörde zu entscheiden* und nicht die Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen (Art. 13 f. SchKG)<sup>18</sup>.

<sup>8</sup> BÖNI (FN 2), 15 f.; KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 48 Rz. 3; FRANCO LORANDI, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, AJP/PJA 2004, 1216 (nachfolgend zit. LORANDI, Dauerschuldverhältnisse).

<sup>9</sup> Dazu, welche Kosten im Einzelnen als *Massekosten* qualifizieren, vgl. Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, 2. A., Basel 2010 (nachfolgend zitiert BSK SchKG II-Bearbeiter), BSK SchKG II-MATTHIAS STAEHELIN, Art. 262 N 5 ff.; KUKO (FN 6), SchKG-KURT STÖCKLI/PHILIPP POSSA, Art. 262 N 4 ff.; Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Basel 2005 (nachfolgend zit. CR LP-Bearbeiter), CR LP-NICOLAS JEANDIN/NIKI CASONATO, Art. 262 N 13 ff.; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997. Articles 159–270, Lausanne 2001, Art. 262 SchKG N 16 f.

<sup>10</sup> BÖNI (FN 2), 15 f.; WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution, Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 2. A., Bern 2010, § 10 Rz. 71 f.; LORANDI (FN 8), Dauerschuldverhältnisse, 1216.

<sup>11</sup> Dazu, was im Einzelnen als *Masseschuld* qualifiziert, vgl. BÖNI (FN 2), 25 ff.; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER-BOHNER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 3. A., Zürich 1993, § 52 Rz. 19; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 9), Art. 262 N 10 ff.; BSK SchKG II-HANS ULRICH HARDMEIER, Art. 310 N 19 ff.; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 9), Art. 262 N 11 ff.; KUKO (FN 6), SchKG-FRITZ ROTHENBÜHLER/KARL WÜTHRICH, Art. 319 N 12; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 18 ff.; GILLIÉRON (FN 9), Art. 262 SchKG N 18 ff.; JÜRIG ROTH, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Gleichrang – Vorrang, Diss. Basel 2009, 430 ff.

<sup>12</sup> LUDWIG (FN 2), 95; BSK SchKG II-HARDMEIER (FN 11), Art. 310 N 19.

<sup>13</sup> BGER 4D\_28/2011 vom 4. März 2013; BGER 4A\_746/2012 vom 14. Februar 2014.

<sup>14</sup> ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911, 673; BÖNI (FN 2), 80; ARROYO (FN 7), 272.

<sup>15</sup> In den Kollokationsplan und die Verteilungsliste gehören (bei vollständiger Abwicklung eines Insolvenzverfahrens) nur die Insolvenzforderungen (d.h. Konkurs- oder Nachlassforderungen). *A.M.* in Bezug auf die Verteilungsliste: LUDWIG (FN 2), 99.

<sup>16</sup> BÖNI (FN 2), 82, 84; CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, 3. A., Zürich 1911, Art. 262 SchKG N 2; LUDWIG (FN 2), 93, 99; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 9), Art. 261 N 5, Art. 262 SchKG N 29; vgl. BSK SchKG II (FN 9), THOMAS BAUER/OLIVIER HARI/VINCENT JEANNERET/KARL WÜTHRICH, Art. 319 N 19; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 9), Art. 262 N 17; BGE 120 III 157 (=Pra 85 [1996] Nr. 84, S. 246), BGE 106 III 118, BGE 75 III 59; vgl. auch Sachverhalt in BGER 5A\_659/2009 vom 12. Oktober 2009.

<sup>17</sup> BÖNI (FN 2), 80.

<sup>18</sup> BÖNI (FN 2), 86; LUDWIG (FN 2), 100; FRITZSCHE/WALDER-BOHNER (FN 11), § 52 Rz. 20; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 9), Art. 261 N 12; GILLIÉRON (FN 9), Art. 262 SchKG N 22; AMONN/

Zögert ein Gläubiger, der eine Masseverbindlichkeit behauptet, mit deren Geltendmachung, so kann die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator ihm anzeigen, dass sie bzw. er (ohne Berücksichtigung bzw. Sicherstellung der Forderung) zur Verteilung schreiten werde, falls der Gläubiger nicht innert Frist klagt<sup>19</sup>. Die Masse kann auch eine negative Feststellungsklage einleiten<sup>20</sup>.

Sind dagegen Bestand, Umfang und die Qualifikation der Forderung als Masseverbindlichkeit *unstrittig*, so können die *Konkursverwaltung* bzw. der *Liquidator* und auf Beschwerde die Aufsichtsbehörden über die verfahrensmässige Berücksichtigung der Masseverbindlichkeit entscheiden<sup>21</sup>. Als Ausnahme von dieser Regel gilt folgendes: Sofern noch kein Entscheid des zuständigen Richters bzw. in Bezug auf öffentlich-rechtliche Forderung der zuständigen Verwaltungsbehörde vorliegt, welcher die Eigenschaft als Masseverbindlichkeit verneint, ist das Konkursamt bzw. der Liquidator befugt, bei Auflage der Schlussrechnung über die Berücksichtigung der Masseverbindlichkeit zu befinden<sup>22</sup>. Die Aufsichtsbehörden können diesen Entscheid hinsichtlich der Berücksichtigung der Forderung als Masseverbindlichkeit konsequenterweise im Beschwerdeverfahren überprüfen<sup>23</sup>.

## D. Rangfolge

Die Rangfolge der Masseverbindlichkeiten ist eine *vollstreckungsrechtliche Frage*. Sie richtet sich nach SchKG. Darüber hat das *Konkursamt* bzw. der *Liquidator* bei Aufstellen der Kostenrechnung<sup>24</sup> zu entscheiden. Dieser Ent-

scheid kann mit Beschwerde an die SchKG-Aufsichtsbehörden (Art. 17 SchKG) weitergezogen werden<sup>25</sup>.

Art. 262 Abs. 1 SchKG sieht keine Privilegierung einzelner Ansprüche vor. Das Gesetz geht vielmehr von einer *Gleichbehandlung aller Gläubiger von Masseverbindlichkeiten* aus<sup>26</sup>. Diese bundesrechtliche Regelung ist abschliessend und lässt keinen Raum für kantonales Recht. Es ist den Kantonen deshalb verwehrt, für ihre Forderungen eine Vorzugsstellung zu begründen<sup>27</sup>.

Unbesehen der undifferenzierten Regel von Art. 262 SchKG hat die Rechtsprechung aus Opportunitätsgründen<sup>28</sup> folgende *Rangordnung* festgelegt, wenn das vorhandene Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Masseverbindlichkeiten zu decken: Zunächst werden die Auslagen des Amtes beglichen, hernach die übrigen Masseverbindlichkeiten (d.h. die Masseschulden) und schliesslich die Gebühren des Amtes<sup>29</sup>. Innerhalb jeder Kategorie gilt ein Anspruch auf gleichmässige (d.h. anteilige) Befriedigung<sup>30</sup>.

## E. Haftung<sup>31</sup>

Für die Masseverbindlichkeiten haftet auf jeden Fall (und in erster Linie<sup>32</sup>) die Insolvenzmasse mit dem *Massevermögen*<sup>33</sup>. Die Masse kann für Masseverbindlichkeiten betrieben werden (Art. 319 Abs. 2 Satz 2 SchKG)<sup>34</sup> und zwar

WALTHER (FN 8), § 42 Rz. 8, § 48 Rz. 8; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 9), Art. 261 N 6, Art. 262 N 18; BGE 129 III 202 f., BGE 125 III 293, BGE 120 III 157 (=Pra 85 [1996] Nr. 84, S. 245), BGE 113 III 149, BGE 111 Ia 89, BGE 107 Ib 304 f., BGE 106 III 121 f., BGE 78 III 174, BGE 75 III 59; BGer 5A\_105/2013 vom 12. Juni 2013, E. 3.5; BGer 5A\_329/2012 vom 5. September 2012, E 4.4.; BGer 7B.209/2004 vom 30. November 2004, E. 1.

<sup>19</sup> ANTOINE FAVRE, *Schuldbeitreibungs- und Konkursrecht*, Freiburg 1956, 317; LUDWIG (FN 2), 100; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 9), Art. 261 N 5; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 9), Art. 261 N 6; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 11), Art. 328 N 6; BGE 125 III 293, BGE 78 III 175, BGE 75 III 61; BGer 7B.73/2005 vom 12. August 2005, E. 2.

<sup>20</sup> KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 11), Art. 328 N 6.

<sup>21</sup> BÖNI (FN 2), 88; BGE 56 III 186.

<sup>22</sup> BGE 120 III 153 Regeste (=Pra 85 [1996] Nr. 84, S. 245). In casu ging es um die Qualifikation der Grundstückgewinnsteuer (bei Verwertung eines Grundstücks im Konkurs) als Masseverbindlichkeit, wobei bereits in den Steigerungsbedingungen auf diese Qualifikation hingewiesen worden war.

<sup>23</sup> BGE 120 III 153 (=Pra 85 [1996] Nr. 84, S. 245).

<sup>24</sup> Vgl. II.B.

<sup>25</sup> BGE 113 III 149, BGE 59 III 171, BGE 58 III 42 f., BGE 56 III 181, BGE 50 III 73, BGE 50 III 167 f.

<sup>26</sup> BGE 113 III 150 f., BGE 111 Ia 90; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 16), Art. 319 N 20; ARROYO (FN 7), 271.

<sup>27</sup> BGE 113 III 151.

<sup>28</sup> CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 9.

<sup>29</sup> BÖNI (FN 2), 72, 74; LUDWIG (FN 2), 95; ARROYO (FN 7), 271 f.; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 8; BGE 113 III 151, BGE 59 III 171, BGE 58 III 42 f., BGE 56 III 185 f., BGE 50 III 74 f.

<sup>30</sup> In Bezug auf Masseschulden: BÖNI (FN 2), 72, 74; BGE 58 III 45, BGE 50 III 75.

<sup>31</sup> Je nach dem, aus welchem Grund die hohen Masseverbindlichkeiten entstanden sind, kann sich auch die Frage der *Staatshaftung* (Art. 5 SchKG) stellen, vgl. BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 9), Art. 262 N 31; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 8; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, *Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs*, Band II, Art. 159–292, 4. A., Zürich 1997/1999, Art. 262 SchKG N 8. Auf diesen Aspekt soll nachfolgend nicht eingegangen werden.

<sup>32</sup> BISChK 1981, 49.

<sup>33</sup> BÖNI (FN 2), 17, 53; LUDWIG (FN 2), 101; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Schuldbeitreibungs- und Konkursrecht*, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 1230; BGE 134 III 37, BGE 78 III 174.

<sup>34</sup> JAEGER (FN 16), Art. 262 SchKG N 3; BÖNI (FN 2), 38.

auf Pfändung,<sup>35</sup> nicht aber auf Konkurs<sup>36</sup>. Dabei kann in das gesamte Massevermögen vollstreckt werden<sup>37</sup>. Aufgrund dieser Haftung des Massevermögens «stehen und fallen die Masseschulden mit dem Konkurs selbst», um mit den Worten von BLUMENSTEIN zu sprechen<sup>38</sup>. Deshalb werden für ungedeckte Masseverpflichtungen auch keine Verlustscheine ausgestellt<sup>39</sup>.

Ob der Gemein- bzw. Nachlassschuldner für die Masseverbindlichkeiten subsidiär haftet<sup>40</sup>, hängt davon ab, um was für Ansprüche es sich handelt: *Massekosten*<sup>41</sup> stellen m.E. in aller Regel Betreuungskosten dar, welche vom Schuldner zu tragen sind (Art. 68 Abs. 1 SchKG). Bei *Masseschulden*<sup>42</sup> kommt es darauf an, ob der Schuldner bei deren Entstehung mitgewirkt hat<sup>43</sup>. Dies ist in aller Regel zu verneinen, da Masseschulden grundsätzlich in der Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, in welchem Zeitpunkt der Schuldner gar nicht mehr Verfügungsberechtigt ist, aus welchem Grund er bei der Begründung der Masseschuld in aller Regel auch nicht mitwirkt<sup>44</sup>. Wenn der Schuldner jedoch mitgewirkt hat, dann haftet er, soweit die liquiden Mittel zur Deckung nicht ausreichen, in einem gewissen Sinn subsidiär zum Massevermögen selbst<sup>45</sup> dafür<sup>46</sup>. Die trifft etwa zu für

Masseschulden aus Rechtsgeschäften, welche der Nachlassschuldner selbst (wenn auch mit Zustimmung des Sachwalters) während der Nachlassstundung abgeschlossen hat bzw. wenn er (mit Zustimmung des Sachwalters) Leistungen aus Dauerschuldverhältnissen in Anspruch genommen hat (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

Soweit ein *Gläubiger das Konkursbegehren gestellt hat*, haftet er für die Massekosten (nicht aber für die Masseschulden), welche bis und mit Einstellung des Konkurses mangels Aktiven bzw. bis zum Schuldenruf entstehen (Art. 169 Abs. 1 SchKG). Diese Haftung ist subsidiär zur Haftung der Konkursmasse<sup>47</sup>, indem die Kosten vorab aus den leicht liquidierbaren Aktiven zu decken sind<sup>48</sup>. Soweit aus der Masse sämtliche Massekosten gedeckt werden können, ist dem Gläubiger deshalb der von ihm geleistete Vorschuss (Art. 169 Abs. 2 SchKG) zurückzuerstatten<sup>49</sup>. Soweit der Gläubiger für Massekosten in Anspruch genommen wird, kann er versuchen, sich beim Schuldner (im Rahmen einer Betreuung; Art. 230 Abs. 3 SchKG) schadlos zu halten (Art. 68 Abs. 1 SchKG)<sup>50</sup>.

### III. Vorgehensweise bei einer überschuldeten Insolvenzmasse

Das Gesetz enthält keine Bestimmungen, welche regeln, wie in der Ausnahmesituation vorzugehen ist, wenn die Aktivmasse nicht einmal ausreicht, um sämtliche Masseverbindlichkeiten zu decken<sup>51</sup>.

#### A. Einstellung des Konkurses<sup>52</sup> mangels Aktiven

##### 1. Gesetzliche Regelung

Reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten des summarischen Verfahrens zu decken, so verfügt das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes die Einstellung des Konkursverfahrens (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Das Konkursamt macht die Einstellung öffentlich bekannt. In der Publikation weist es darauf hin, dass

<sup>35</sup> BÖNI (FN 2), 92; LUDWIG (FN 2), 100; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 16), Art. 319 N 21; AMONN/WALTHER (FN 8), § 41 Rz. 26; GILLIÉRON (FN 9), Art. 262 SchKG N 19; LORANDI, Dauerschuldverhältnisse (FN 8), 1217 m.w.H.; STOFFEL/CHABLOZ (FN 10), § 10 Rz. 78; BGE 126 III 296.

<sup>36</sup> BÖNI (FN 2), 92; PIERRE-ROBERT GILLIÉRON (FN 9), Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1997. Articles 271–352, Lausanne 2003, Art. 310 SchKG N 32; LORANDI, Dauerschuldverhältnisse (FN 8), 1217; CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 10.

<sup>37</sup> LORANDI Dauerschuldverhältnisse (FN 8), 1217.

<sup>38</sup> BLUMENSTEIN (FN 14), 675.

<sup>39</sup> BLUMENSTEIN (FN 14), 675; JAEGER (FN 16), Art. 262 SchKG N 3; BÖNI (FN 2), 74; LUDWIG (FN 2), 95; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 9), Art. 262 N 31.

<sup>40</sup> Aus praktischen Gründen ist die Frage in aller Regel nur relevant, wenn es sich beim Schuldner um eine *natürliche Person* handelt; *juristische Personen* werden mit Abschluss des Insolvenzverfahrens im Handelsregister gelöscht (Art. 159 Abs. 6 lit. b, Art. 161 Abs. 4 HRegV) und gehen damit unter (Art. 52 ZGB), womit sich die Haftungsfrage nicht (mehr) stellt.

<sup>41</sup> Vgl. vor FN 9.

<sup>42</sup> Vgl. vor FN 11.

<sup>43</sup> Handelt *nur* der Gemeinschuldner und nicht die Insolvenzmasse, dann haftet nur er; es liegt keine Masseschuld vor (vgl. II.A.).

<sup>44</sup> BLUMENSTEIN (FN 14), 675; JAEGER (FN 16), Art. 262 SchKG N 31; BÖNI (FN 2), 93; LUDWIG (FN 2), 95; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 9), Art. 262 N 31; KREN KOSTKIEWICZ (FN 33), Rz. 1230.

<sup>45</sup> BÖNI (FN 2), 75 f.

<sup>46</sup> A.M. LUDWIG (FN 2), 95, 101, für den Nachlassschuldner.

<sup>47</sup> JAEGER (FN 16), Art. 169 SchKG N 2; BSK SchKG II (FN 9), PHILIPPE NORDMANN, Art. 169 N 6; BGE 102 III 85, BGE 68 III 119; BISchK 2000, 103 f.

<sup>48</sup> BISchK 1955, 24.

<sup>49</sup> BISchK 2000, 104.

<sup>50</sup> BISchK 1981, 50.

<sup>51</sup> BÖNI (FN 2), 70, in Bezug auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

<sup>52</sup> Zum Vorgehen bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vgl. III.B.

das Verfahren geschlossen wird, wenn nicht innert zehn Tagen ein Gläubiger die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt und die festgelegte Sicherheit für den durch die Konkursmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet (Art. 230 Abs. 2 SchKG).

Nach Einstellung des Konkursverfahrens kann der Schuldner während zwei Jahren auch auf Pfändung betrieben werden (Art. 230 Abs. 3 SchKG). Die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen leben nach Einstellung des Konkurses wieder auf (Art. 230 Abs. 4 SchKG).

Befinden sich in der Konkursmasse einer juristischen Person verpfändete Werte und ist der Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden, so kann jeder Pfandgläubiger trotzdem beim Konkursamt die Verwertung seines Pfandes verlangen. Das Amt setzt dafür eine Frist (Art. 230a Abs. 2 SchKG). Verlangt kein Gläubiger fristgemäss die Verwertung seines Pfandes, so werden die Pfandobjekte nach Abzug der Kosten mit den darauf haftenden Lasten, jedoch ohne die persönliche Schuldpflicht, auf den Staat übertragen, wenn dieser die Übertragung nicht ablehnt (Art. 230a Abs. 3 SchKG). Lehnt der Staat die Übertragung ab, so verwertet das Amt die Aktiven (Art. 230a Abs. 4 SchKG). Diese Vorgehensweise ist auf Pfandobjekte beschränkt<sup>53</sup> und findet keine Anwendung auf pfandrechtsfreie Aktiven<sup>54</sup>.

## 2. Anwendung bei einer überschuldeten Konkursmasse

Die Bestimmung, dass der Konkurs mangels Aktiven einzustellen ist, wenn die Konkursmasse voraussichtlich nicht ausreicht, um die Kosten für ein summarisches Konkursverfahren zu decken, geht vom Regelfall aus, dass zu Beginn eines Konkursverfahrens ausser den Konkurskosten noch (annähernd) keine (sonstigen) Masseverbindlichkeiten bestehen. Der Norm liegen zwei Überlegungen

zu Grunde: Zum einen muss jedes Konkursverfahren, das durchgeführt wird, selbsttragend sein<sup>55</sup>, d.h. der Staat finanziert die Kosten eines durchgeführten Konkursverfahrens nicht<sup>56</sup>. Deshalb trifft den Gläubiger, der das Konkursbegehren stellt, eine (beschränkte) Haftung für die Kosten, die bis und mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven oder bis zum Schuldenruf entstehen (Art. 169 SchKG). Zum anderen macht ein Konkursverfahren, welches auf Verteilung von Geld an Konkursgläubiger ausgerichtet ist, keinen Sinn, wenn es (mangels Nettomasse) gar nicht zu solchen Verteilungen kommen kann<sup>57</sup>.

Die Einstellung des Konkurses ist immer dann angebracht, wenn die (sicheren) Aktiven voraussichtlich nicht ausreichen, um damit die Kosten des summarischen Konkursverfahrens zu decken<sup>58</sup>. Es findet insofern eine (antizipierte) approximative Kostenrechnung statt<sup>59</sup>.

Bei unzureichender Masse werden die Masseverbindlichkeiten in der Reihenfolge bedient, dass zunächst die Auslagen des Amtes, dann die Masseschulden und erst in dritter Linie die Verfahrensgebühren zu bedienen sind<sup>60</sup>. Beim Entscheid, ob die Konkursaktiven ausreichen, um die Kosten eines summarischen Konkursverfahrens zu decken, sind deshalb auch die bekannten Masseschulden zu berücksichtigen<sup>61</sup>. Wenn die unstrittigen Masseschulden die gesamte Konkursmasse beanspruchen, können die Kosten eines summarischen Verfahrens, welche zum Teil erst nachrangig (zu den Auslagen und den Masseschulden) zu bedienen sind<sup>62</sup>, nicht aus den Aktiven gedeckt werden. Der Konkurs ist deshalb auch in diesen Fällen (und zwar a fortiori verglichen mit dem gesetzlich geregelten Fall) mangels Aktiven einzustellen. Bei ausgeschlagenen Erbschaften und bei juristischen Personen finden diesfalls das Verfahren von Art. 230a SchKG Anwendung.

<sup>53</sup> STOFFEL/CHABLOZ (FN 10), § 11 Rz. 53.

<sup>54</sup> FRANCO LORANDI, Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven (Art. 230a SchKG), AJP/PJA 1999, 41 ff. (nachfolgend zit. LORANDI, Konkurseinstellung); AMONN/WALTHER (FN 8), § 44 Rz. 24, Rz. 27; BSK SchKG II (FN 9), URS LUSTENBERGER, Art. 230a N 9 f.; CR LP (FN 9), FRANÇOIS VOUILLOZ, Art. 230a N 25, N 27, N 29, N 31, N 36; KREN KOSTKIEWICZ (FN 33), Rz. 1360; a.M. KUKO SchKG-SCHOBER (FN 6), Art. 230 N 29 mit Verweis auf Dominik Gasser (in unpublizierten Tagungsunterlagen); ebenso a.M. DOMINIK GASSER, Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in: Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, 61 f., in Bezug auf die Übertragung von Aktiven auf den Staat gemäss Art. 230a Abs. 3 SchKG.

<sup>55</sup> CHRISTOPH RUDOLF STOCKER, Entscheidungsgrundlagen für die Wahl des Verfahrens im Konkurs, Diss. Zürich 1985, 169.

<sup>56</sup> Aus diesem Grund ändert auch die unentgeltliche Rechtspflege (für den Schuldner oder den betreibenden Gläubiger) nichts daran, dass ein Konkursverfahren nur bei genügender Masse für Deckung der Kosten durchgeführt werden kann (BGE 119 III 30 f., BGE 119 III 117).

<sup>57</sup> STOFFEL/CHABLOZ (FN 10), § 11 Rz. 43.

<sup>58</sup> JAEGER (FN 16), Art. 230 SchKG N 1, Art. 231 SchKG N 5; ZR 1966 Nr. 25, S. 44.

<sup>59</sup> STOCKER (FN 55), 174.

<sup>60</sup> Vgl. II.D.

<sup>61</sup> STOCKER (FN 55), 173; KUKO SchKG-SCHOBER (FN 6), Art. 230 N 3; vgl. auch BGE 119 III 117, welcher Entscheid für die Verfahrenskosten (i.S.v. Art. 230 SchKG) auf Art. 262 Abs. 1 SchKG verweist.

<sup>62</sup> Vgl. II.D.

## B. Vorgehen bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

### 1. Einstellung des Nachlassverfahrens mangels Aktiven

Für einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung fehlt es im Gesetz an einer analogen Regel zu Art. 230 SchKG. Bei einem Liquidationsvergleich ist eine überschuldete Insolvenzmasse noch systemwidriger als es schon beim Konkurs der Fall ist<sup>63</sup>. Zum einen müssen (nebst den privilegierten Forderungen<sup>64</sup>) auch diejenigen Masseverbindlichkeiten, welche im Zeitpunkt der Genehmigung des Nachlassvertrages bekannt sind, gedeckt bzw. sichergestellt sein, damit ein Nachlassvertrag überhaupt genehmigt werden kann (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Zum anderen wird der Nachlassrichter im Rahmen der Angemessenheit der schuldnerischen Leistung (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG) prüfen, ob ein Liquidationsvergleich voraussichtlich das bessere Ergebnis für die Gläubiger bietet als ein Konkurs<sup>65</sup>.

Ein Nachlassverfahren mit einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung durchzuführen, wenn nicht alle Masseverbindlichkeiten gedeckt werden können, ist ein Unding<sup>66</sup>. Das Nachlassverfahren wird durchgeführt, um den Nachlassgläubigern für ihre Nachlassforderungen Geld (in Form einer Dividende) ausrichten zu können (Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup>, Art. 321, Art. 326 SchKG)<sup>67</sup>. Wenn dies nicht (mehr) mit hinreichender Sicherheit (im Sinne eine antizipierten, approximativen Kostenrechnung<sup>68</sup>) realistisch erscheint, dann kann und darf die Nachlassliquidation nicht (mehr) weitergeführt werden. Meines Erachtens liegt eine *echte Gesetzeslücke* vor. Der Liquidator wird eine Einschätzung vornehmen müssen, welche freien Mittel wann und mit welcher Wahrscheinlichkeit bei Fortführung des Nachlassverfahrens realisieren werden können. Besteht keine realistische Aussicht, durch zukünftige Verwertungshandlungen oder durch sonstige Vermögenszuflüsse (wie etwa durch Inkasso von Forderungen) genügend Mittel zu generieren, um alle Masseverbindlichkeiten zu decken, so muss das Nachlassverfahren m.E. eingestellt werden.

Diese Regelung ergibt sich m.E. in Analogie zu Art. 230 SchKG (Einstellung des Konkurses mangels Ak-

tiven) und Art. 296b Ziff. 1 SchKG (Konkursöffnung von Amtes wegen während der Nachlassstundung, wenn dies zum Schutz des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist). Zum Entscheid *zuständig* ist das *Nachlassgericht* (nicht das Konkursgericht), da dieses schon die Nachlassstundung bewilligt (Art. 293a, Art. 294 SchKG) und den Nachlassvertrag genehmigt hat (Art. 306 SchKG) und damit mit der Sache am besten vertraut ist. Zum Antrag berechtigt und verpflichtet ist der *Liquidator*.

Analog Art. 230 SchKG lautet der Entscheid auf Einstellung des Nachlassverfahrens mangels Aktiven. Der Liquidator macht die Einstellung öffentlich bekannt. Er weist in der Publikation darauf hin, dass das Nachlassverfahren geschlossen wird, wenn nicht innert zehn Tagen ein Gläubiger die Weiterführung des Nachlassverfahrens verlangt und die vom Liquidator festgelegte Sicherheit für den durch die Nachlassmasse nicht gedeckten Teil der Kosten leistet (Art. 230 Abs. 2 SchKG analog).

Anders als beim Konkurs (Art. 169 SchKG) gibt es m.E. keine gesetzliche Grundlage, einen Gläubiger, der die Nachlassstundung beantragt hat (Art. 293 lit. b SchKG), für ungedeckte Massekosten haftbar zu machen. Eine analoge Anwendung von Art. 169 SchKG ist m.E. weder geboten noch gerechtfertigt<sup>69</sup>. Wenn der Gesetzgeber eine solche Haftung hätte einführen wollen, dann hätte er dies ausdrücklich vorsehen müssen, was nicht geschehen ist<sup>70</sup>.

### 2. Betreuung des Schuldners

M.E. spricht nichts dagegen, in diesen Fällen auch zuzulassen, dass der Gläubiger innert zwei Jahren nach Einstellung des Nachlassverfahrens den Schuldner auch auf Pfändung betreiben kann (Art. 230 Abs. 3 SchKG analog). Die vor der Nachlassstundung eingeleiteten Betreibungen leben mit Einstellung des Nachlassverfahrens wieder auf (Art. 230 Abs. 4 SchKG analog).

### 3. Miniverfahren gemäss Art. 230a SchKG

Im Fall der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven über eine ausgeschlagene Erbschaft oder eine juristische Person sieht Art. 230a SchKG eine «Miniverwertung»

<sup>63</sup> LUDWIG (FN 2), 95.

<sup>64</sup> Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

<sup>65</sup> BBI 2010 6490; KUKO SchKG (FN 6), DANIEL HUNKELER, Art. 306 N 6, N 9, N 11 ff. m.w.H.

<sup>66</sup> Vgl. JAEGER (FN 16), Art. 230 SchKG N 1 in Bezug auf den Konkurs.

<sup>67</sup> BÖNI (FN 2), 70.

<sup>68</sup> Vgl. vor FN 59.

<sup>69</sup> A.M. KUKO SchKG-HUNKELER (FN 65), Art. 293a N 21.

<sup>70</sup> Zudem wurde in der Revision in verschiedener Hinsicht die Konkursöffnung von Amtes wegen (anstatt auf Antrag eines Gläubigers) vorgesehen (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b, Art. 309 SchKG), gerade um die Haftung des antragstellenden Gläubigers (wenn auch in Bezug auf das Konkursbegehren) zu vermeiden (BBI 2010 6486).

vor<sup>71</sup>. Wird ein Nachlassverfahren (bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) über eine juristische Person (oder über eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft<sup>72</sup>) mangels Aktiven eingestellt, kommt diese Bestimmung m.E. ebenfalls analog zur Anwendung. Es handelt sich um eine Spezialexécution im Kleid der Generalexécution<sup>73</sup>.

Bei der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven hat der Gesetzgeber aus Ökonomiegründen das Konkursamt (und nicht das Betreibungsamt) für zuständig erklärt, da sich dieses mit dem Konkursverfahren bis zu dessen Einstellung mangels Aktiven befasst hat<sup>74</sup>. Dieser Umstand trifft bei der Einstellung eines Nachlassverfahrens mangels Aktiven zwar nicht zu. Eine Verwertung gemäss Art. 230a SchKG durch den Liquidator nach Einstellung des Nachlassverfahrens fällt jedoch nur schon deshalb ausser Betracht, weil dem Liquidator (als ausserordentliches Organ) mit dem Einstellungsbeschluss keine Kompetenzen mehr zukommen. Damit bleibt m.E. nur das *Konkursamt*, um das Verfahren gemäss Art. 230a SchKG durchzuführen, auch wenn es mit dem vorangegangenen Nachlassverfahren nichts zu tun hatte.

### C. Behandlung der Masseverbindlichkeiten in Fall der Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven

Die Masseverbindlichkeiten werden im Konkurs vorab (d.h. vor den Konkursforderungen) gedeckt (Art. 262 Abs. 1 SchKG). Diese Bestimmung beschlägt die Verteilung und ist auf den Regelfall zugeschnitten, dass das Konkursverfahren durchgeführt wird. Sie ist aber auch anwendbar, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird<sup>75</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen gelten mutatis mutandis auch bei Einstellung eines Nachlassverfahrens mangels Aktiven.

#### 1. Grundsatz

Mit der Schliessung des mangels Aktiven eingestellten Konkurses wird der Konkursbeschlagnahme zugunsten der

Gläubiger aufgehoben<sup>76</sup>. Der Schuldner hat grundsätzlich ein Anrecht darauf, dass ihm die vorhandenen Aktiven ausgehändigt werden<sup>77</sup>. Es existiert keine Konkursmasse mehr, aus welcher die Verfahrenskosten gedeckt werden könnten<sup>78</sup>.

Mit Einstellung des Konkurses verliert der Konkursverwalter die Befugnis, auf die Verfahrensförderung gerichtete Amtshandlungen vorzunehmen<sup>79</sup>. Es dürfen namentlich keine Liquidationshandlungen mehr durchgeführt werden – und zwar auch nicht solche, um die Verfahrenskosten decken zu können<sup>80</sup>. Auch der Konkursrichter kann dies nicht anordnen, da die gesetzliche Ordnung zwingend ist<sup>81</sup>. Jede Amtshandlung der Konkursverwaltung, welche nach Einstellung des Konkurses mangels Aktiven auf die Weiterführung des Konkursverfahrens gerichtet ist, fällt ins Leere<sup>82</sup>; sie sind nichtig (Art. 22 SchKG)<sup>83</sup>. Zulässig sind nur die Publikation der Einstellung des Konkurses sowie «Abschlussarbeiten»<sup>84</sup>.

#### 2. Ausnahmen

Zu diesen Grundsätzen gibt es verschiedene Ausnahmen. Sie lassen sich in einer gewissen *Analogie aus Art. 199 Abs. 2 SchKG* ableiten<sup>85</sup>: Bargeld und andere liquide Mittel (nicht aber andere Aktiven) sollen auch bei vorzeitiger Beendigung eines SchKG-Verfahrens noch nach den Regeln des (vorzeitig beendeten) Verfahrens verteilt werden. Diese Ausnahmen beschränken sich deshalb auf *Barbeträge bzw. Bank- oder Postcheckguthaben*. Auf andere Aktiven finden sie keine Anwendung.

<sup>71</sup> Vgl. III.A.2.

<sup>72</sup> Vgl. LORANDI, Konkurseinstellung (FN 54), 42 m.w.H. Ein Nachlassverfahren über eine ausgeschlagene Erbschaft (betreffend welcher ein Verfahren gemäss Art. 230a SchKG ebenfalls zur Anwendung gelangt) dürfte kaum denkbar sein.

<sup>73</sup> LORANDI, Konkurseinstellung (FN 54), 42.

<sup>74</sup> LORANDI, Konkurseinstellung (FN 54), 42 m.w.H.

<sup>75</sup> CR LP-JEANDIN/CASONATO (FN 9), Art. 262 N 11; KUKO (FN 6), SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 9), Art. 262 N 2; BISCHK 2004, 31; vgl. auch BISCHK 2000, 103.

<sup>76</sup> STOCKER (FN 55), 188; BGE 127 III 373, BGE 102 II 87, BGE 90 II 253; BISCHK 1955, 25; BISCHK 2000, 103.

<sup>77</sup> BGE 127 III 373.

<sup>78</sup> BGE 102 III 87; BISCHK 2004, 31; BISCHK 2000, 103; vgl. auch BGE 127 III 373.

<sup>79</sup> BGE 127 III 373, BGE 102 III 81, BGE 90 II 253.

<sup>80</sup> BISCHK 1955, 25; BISCHK 1981, 49.

<sup>81</sup> BISCHK 1981, 49.

<sup>82</sup> BGE 102 III 82.

<sup>83</sup> Zum einen fehlt es an der Kompetenz des Liquidators. Zum anderen ist der Vollstreckungsbeschlagnahme dahingefallen. Beides führt dazu, dass später erfolgte Amtshandlungen nichtig sind, vgl. FRANCO LORANDI, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit, Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel 2000, Art. 22 SchKG N 23, N 28. Vgl. auch BGE 102 III 82, wonach der Entscheid des Konkursrichters, welcher eine Kostenhaftung des Antrag stellenden Gläubigers, welche durch den Konkursrichter verfügt wurde, für nichtig befand.

<sup>84</sup> STOCKER (FN 55), 189.

<sup>85</sup> Art. 199 Abs. 2 SchKG sieht vor, dass trotz «überholendem» Konkurs in einer vorangegangenen Pfändung gepfändete Barbeträge, abgelieferte Beträge aus Forderungs- oder Einkommenspfändungen sowie der Erlös aus bereits erfolgten Verwertungen nach den Regeln der Pfändung verteilt werden (und damit nicht in die Konkursmasse fallen).

### a. Formlose Verteilung an die Konkursgläubiger, sofern ein Kollokationsplan besteht

Gibt es bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven Barbeträge, welche dem Konkursamt vorliegen, so können diese an die Gläubiger verteilt werden. Dabei können die Grundsätze sinngemäss herangezogen werden, welche bei Entdeckung von neuem Vermögen nach Einstellung des Konkurses gelten<sup>86</sup>. Voraussetzung für eine Verteilung an die Gläubiger ist in jedem Fall, dass die Gläubigerrechte im Rahmen der Kollokation festgestellt worden sind<sup>87</sup>. Ist dies der Fall, so kann eine «formlose Verteilung» erfolgen<sup>88</sup>. Die Verteilung der vorhandenen Barbeträge an die Gläubiger stellt keine Amtshandlung dar, welche über die Massnahmen hinausgeht, die sich aus Art. 230 Abs. 2 SchKG ergeben<sup>89</sup>.

### b. Zahlung von Konkurskosten (Massekosten)

Sofern und soweit bei Einstellung des Konkursverfahrens *Bargeld oder andere rasch realisierbare Aktiven* (wie Postcheck- oder Bankguthaben oder analoge Werte<sup>90</sup>) vorhanden sind, dürfen diese zur Deckung der Konkurskosten (welche grundsätzlich zu Lasten des Schuldners bzw. der Konkursmassen gehen<sup>91</sup>) verwendet werden<sup>92</sup>. Darüber hat das Konkursamt (und nicht etwa der Konkursrichter) zu befinden<sup>93</sup>. Auch wenn der Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden ist, hat das Konkursamt über diese Kosten abzurechnen<sup>94</sup>. In Bezug auf Konkurskosten darf daher das Konkursamt dem Herausgabeanspruch des Gemeinschuldners<sup>95</sup> bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven die eigene Forderung auf Deckung der Kosten entgegenhalten und diese zur Verrechnung bringen<sup>96</sup>.

Diese Möglichkeit, Kosten aus dem Massevermögen zu tilgen, gilt nur solange, als das mangels Aktiven ein-

gestellte Konkursverfahren noch nicht als geschlossen gilt<sup>97</sup>.

### c. Behandlung von Masseschulden

Soweit ersichtlich haben sich Lehre und Praxis bisher nur sehr partiell mit der Frage beschäftigt, wie Masseschulden zu behandeln sind, wenn der Konkurs mangels Aktiven einzustellen ist. M.E. muss folgendes gelten:

Die Gläubiger haben generell einen öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf, dass Gelder, welche von einem Betreibungs- und Konkursamt im Rahmen eines SchKG-Verfahrens einkassiert werden, auch wirklich denjenigen Personen zukommen, welche Anspruch darauf haben<sup>98</sup>. Soweit es um Gelder geht, die in einem Konkursverfahren vereinnahmt worden sind, richtet sich dieser Anspruch gegen das Massevermögen<sup>99</sup>. Die Aufsichtsbehörden haben nicht nur die Kompetenz, über solche Fragen im Beschwerdeverfahren zu entscheiden<sup>100</sup>, sie müssen auch dafür sorgen, dass das verfahrensleitende SchKG-Organ dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung nachkommt<sup>101</sup>. Kommt der Vollstreckungsbeamte (Betreibungs- oder Konkursamt) dieser Verpflichtung nicht nach (indem Beträge an Dritte geleistet werden), so liegt ein Fall der Staatshaftung vor (Art. 5 SchKG) und der Kanton muss den Betrag selber einwerfen<sup>102</sup>.

Diese Grundsätze gelten vorab zugunsten von Betreibungs- und Konkursgläubiger bei Abwicklung eines Betreibungs- oder Konkursverfahrens. Sie gelten m.E. jedoch gleichermassen einerseits bei Abwicklung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung und andererseits, wenn es um Gläubiger von Masseschulden geht. Auch diese haben einen öffentlich-rechtlichen Anspruch darauf, dass ihnen der auf sie entfallende Anteil an den Konkursaktiven zukommt<sup>103</sup>. Dies gilt auch dann, wenn die Aktiven nicht ausreichen, um sämtliche Masseverbindlichkeiten zu bezahlen<sup>104</sup>. M.E. ist diese Vorgehensweise jedoch auf *Barbeträge bzw. auf Bank- oder Postcheckguthaben* beschränkt und kann nicht auf andere (nicht liquide) Aktiven ausgedehnt werden.

<sup>86</sup> BGE 102 III 85; BGer 7B.256/2002 vom 27. Januar 2003, E. 1.2. Im Anschluss an ein gemäss Art. 230 SchKG mangels Aktiven eingestelltes Konkursverfahren kann nur dann ein Nachkonkurs gemäss Art. 269 SchKG erfolgen, wenn die Gläubigerrechte im Rahmen der Kollokation festgestellt worden sind (BGE 87 III 78, BGE 90 II 254).

<sup>87</sup> BGer 7B.256/2002 vom 27. Januar 2003, E. 1.2.

<sup>88</sup> BGer 7B.256/2002 vom 27. Januar 2003, E. 1.2.; vgl. auch BSK SchKG II-LUSTENBERGER (FN 54), Art. 230 N 6.

<sup>89</sup> BGer 7B.256/2002 vom 27. Januar 2003, E. 1.2.

<sup>90</sup> BISchK 2000, 103; BISchK 1981, 49.

<sup>91</sup> Art. 68 Abs. 1 Satz 1 SchKG; BISchK 1955, 24 f.; BISchK 2000, 103.

<sup>92</sup> BISchK 2004, 31; BISchK 2000, 103 f.; BSK SchKG II-LUSTENBERGER (FN 54), Art. 230 N 14a.

<sup>93</sup> BISchK 1981, 49.

<sup>94</sup> KUKO SchKG-SCHOBER (FN 6), Art. 230 N 17; BISchK 1955, 24.

<sup>95</sup> Vgl. III.C.1.

<sup>96</sup> BISchK 2004, 33.

<sup>97</sup> BISchK 2000, 103; BISchK 1981, 49; unklar: BISchK 1955, 24, wo die Kostenrechnung des Konkursamtes nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven datierte, im Entscheid aber gesagt wird, die Sperre des Postcheckkontos, aus welchem die Konkurskosten bestritten werden sollten, dürfe den Schluss des Konkursverfahrens nicht über Gebühr hinausschieben.

<sup>98</sup> BGE 50 III 74, BGE 36 I 791, BGE 35 I 482, BGE 35 I 787.

<sup>99</sup> BGE 36 I 791.

<sup>100</sup> BGE 35 I 482, BGE 35 I 787.

<sup>101</sup> BGE 36 I 792, BGE 35 I 787, BGE 35 I 792.

<sup>102</sup> BGE 36 I 792.

<sup>103</sup> BGE 50 III 74.

<sup>104</sup> BGE 50 III 74.

### 3. Vorgeschlagene Vorgehensweise

#### a. Absprache mit dem Konkurs- bzw. Nachlassgericht und den Aufsichtsbehörden

Wie gesehen ist die Rechtslage unsicher bzw. teilweise unklar. Aussergewöhnliche Situation verlangen aussergewöhnliche Massnahmen. Es ist den Konkursämtern deshalb zu empfehlen, die angestrebte Vorgehensweise vorgängig sowohl mit dem Konkursgericht (da dieses über die Einstellung und damit über den Schluss des Konkurses mangels Aktiven entscheiden muss<sup>105</sup>) als auch mit der SchKG-Aufsichtsbehörde (da diese im Beschwerdefall bezüglich der Verteilungsliste und Kostenrechnung zuständig ist und dafür sorgen muss, dass die Konkursämter ihren öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nachkommen<sup>106</sup>) abspricht.

Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist dem Liquidator zu empfehlen, die Vorgehensweise mit dem Nachlassgericht und den SchKG-Aufsichtsbehörden abzusprechen. Nachfolgend wird nur die Vorgehensweise im Konkurs dargelegt. Das Gesagte gilt für einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gleichermaßen.

#### b. Zweistufiges Verfahren

Wenn das Konkursgericht einmal verfügt hat, den Konkurs mangels Aktiven einzustellen, dann ist das Vorgehen des Konkursamtes von Gesetzes wegen auf «Abschlussarbeiten», nämlich auf die Behandlung von Masseverbindlichkeiten beschränkt<sup>107</sup>. Konkursforderungen bleiben dabei ausser Acht.

Nach der gesetzlichen Konzeption erlässt das Gericht bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven eine suspensiv bedingte Verfügung; der Konkurs wird eingestellt, sofern kein Gläubiger innert zehn Tagen einen Vorschuss für die Durchführung des Konkurses leistet (Art. 230 Abs. 2 SchKG)<sup>108</sup>. Nach Ablauf der Frist bedarf es daher keiner neuen Verfügung des Konkursgerichts mehr, um das Konkursverfahren zu schliessen<sup>109</sup>. Ob diese gesetzliche Konzeption durch Verfügung des Konkursrichters abgeändert werden kann, indem der Schluss des Konkurses bis zur Abwicklung der Masseverbindlichkeiten aufgeschoben werden kann, ist unklar bzw. unsicher.

Aufgrund dieser Vorgaben scheint im Sonderfall der überschuldeten Insolvenzmasse eine *zweistufige Vorgehensweise* angezeigt: Zunächst müssen die Massever-

bindlichkeiten etabliert und behandelt werden. Erst anschliessend kann der Antrag an den Konkursrichter auf Einstellung des Konkurses mangels Aktiven gestellt und der Konkurs eingestellt werden. Bei einer anderen Reihenfolge ist m.E. nicht gewährleistet, dass vor Schluss des (mangels Aktiven eingestellten) Konkursverfahrens die Bereinigung der Masseverbindlichkeiten abgeschlossen ist.

Die hier vorgeschlagene Vorgehensweise ist sachlich geboten. Es wird auch nicht in gesetzeswidriger Weise das Haftungssubstrat der Gläubiger geschmälert, welche den Schuldner (nach Einstellung des Verfahrens) wieder betreiben wollen<sup>110</sup>. Es ist systemkonform, (in beschränktem Umfang) die Gläubiger von Masseverbindlichen aus einer («verhungerten») Generalexekution vorab zu befriedigen.

#### aa. Administration der Masseverbindlichkeiten

Das Konkursamt kann sich nicht sicher sein, dass ihm alle Masseverbindlichkeiten bekannt sind. Aufgrund dessen scheint es – im Sinne der Gleichbehandlung der Gläubiger – angezeigt, zunächst (analog Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) einen *Schuldenruf beschränkt für die Gläubiger von (weiteren) Masseverbindlichkeiten durchzuführen*<sup>111</sup>. Es ist die Androhung aufzunehmen, dass bei Nichtanmeldung innert Frist die Verteilung ohne Berücksichtigung solcher Masseverbindlichkeiten erfolgt<sup>112</sup>. Die Konkursgläubiger sollten in der Publikation sinnvollerweise darauf hingewiesen werden, dass die vorhandene (allenfalls substantielle) Masse nicht ausreichen wird, um nach Deckung der (allenfalls sehr) hohen Masseverbindlichkeiten ein Konkursverfahren durchführen zu können, so dass zu einem späteren Zeitpunkt nach Deckung der Masseverbindlichkeiten die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven beantragt werden wird und sie vorerst keine Forderungen anmelden müssen<sup>113</sup>. Damit erhalten die Kon-

<sup>105</sup> III.A.1. und III.B.1.

<sup>106</sup> Vgl. III.C.2.c.

<sup>107</sup> III.C.1.

<sup>108</sup> STOCKER (FN 55), 178.

<sup>109</sup> FRITZSCHE/WALDER-BOHNER (FN 11), § 45 Rz. 3; BSK SchKG IILUSTENBERGER (FN 54), Art. 230 N 11.

<sup>110</sup> In BGE 127 III 373 wollte das Konkursamt trotz Einstellung des Konkurses mangels Aktiven WIR-Geld an die WIR Bank zurücküberweisen, *ohne* dass eine Masseverbindlichkeit vorlag, was vom Bundesgericht zurecht als unzulässig beurteilt worden ist. Damit wäre ein «normaler» (vormaliger Konkurs-)Gläubiger zulasten anderer «normaler» (vormaliger Konkurs-)Gläubiger begünstigt worden.

<sup>111</sup> Gemäss BÖNI (FN 2), 81, kann vom Gläubiger einer Masseverbindlichkeit erwartet werden, dass er seine Forderung rechtzeitig vor der Aufstellung der Verteilungsliste geltend macht. Dies mag für den Normalfall zutreffen, dass ein Konkursverfahren vollständig durchgeführt wird. In der vorliegenden Konstellation kann dies von einem Gläubiger einer Masseverbindlichkeit m.E. nicht erwartet werden (vgl. auch FN 76).

<sup>112</sup> Vgl. II.C.

<sup>113</sup> Vgl. die Publikation im Konkursverfahren über die *Rolf Moor Haustechnik AG* im SHAB vom 6. Juni 2014.

kursgläubiger die Möglichkeit, Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu führen (Art. 17 SchKG), wenn sie mit dieser Vorgehensweise nicht einverstanden sind.

Nach erfolgter Anmeldung der Masseverbindlichkeiten erstellt das Konkursamt beschränkt auf die Masseverbindlichkeiten eine *Kostenrechnung*<sup>114,115</sup> und ausnahmsweise (da die Rangordnung der Befriedigung der verschiedenen Kategorien von Masseverbindlichkeiten<sup>116</sup> zu beachten ist) eine *Verteilungsliste*<sup>117</sup>. Da Masseverbindlichkeiten von Amtes wegen zu berücksichtigen sind<sup>118</sup>, sind nicht nur die angemeldeten, sondern auch diejenigen Masseverbindlichkeiten mit einzubeziehen, welche dem Konkursamt aus den Akten bereits bekannt sind. Die Masseverbindlichkeiten sind in der *Rangfolge* (1) Auslagen des Amtes, (2) Masseschulden (d.h. übrige Masseverbindlichkeiten) und (3) Gebühren des Amtes zu behandeln. Mehrere Forderungen derselben Kategorie sind anteilmässig zu berücksichtigen.

Die Verteilungsliste und die Rechnung sind während zehn Tagen *beim Konkursamt aufzulegen* (Art. 263 Abs. 1 SchKG). Die Auflage ist jedem Gläubiger einer Masseverbindlichkeit durch *Spezialanzeige* unter Beifügung eines Auszugs, welcher seinen Anteil betrifft, anzuzeigen (Art. 263 Abs. 2 SchKG analog)<sup>119</sup>. Eine Spezialanzeige durch eingeschriebenen Brief ist auch dem *Gemeinschuldner* zuzustellen (Art. 87 Abs. 1 KOV). Damit erhält dieser die Möglichkeit, seinen Herausgabeanspruch<sup>120</sup> geltend zu machen. Eine Publikation der Auflage ist an sich nicht notwendig, kann aufgrund der Besonderheiten der Fallkonstellation jedoch sinnvoll sein<sup>121</sup>.

<sup>114</sup> LUDWIG (FN 2), 99.

<sup>115</sup> Da die Rechnung am Anfang und nicht am Schluss des Verfahrens erstellt wird, kann man kaum von einer «Schlussrechnung» im herkömmlichen Sinn sprechen.

<sup>116</sup> Vgl. II.D.

<sup>117</sup> KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 9), Art. 263 N 9; BGE 50 III 73 ff., BGE 50 III 167 f.; vgl. auch BGE 36 I 791 f.

<sup>118</sup> Vgl. II.B.

<sup>119</sup> BÖNI (FN 2), 90; BSK SchKG II-STAEHELIN (FN 9), Art. 263 N 11; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 9), Art. 263 N 9; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 31), Art. 263 SchKG N 4; BGE 50 III 167 f.; TI Rep. 1980, 301; *zweifelnd*: CR LP-JEANDIN CASONATO (FN 9), Art. 263 N 13. Grund für diese Regelung ist, dass die stillschweigende Annahme des Gesetzes, nämlich dass die Masse zur vollständigen Deckung aller Masseverbindlichkeiten ausreicht, gerade nicht zutrifft (vgl. BGE 50 III 167 f.).

<sup>120</sup> Vgl. III.C.1.

<sup>121</sup> Vgl. die Publikation im Konkursverfahren über die *Rolf Moor Haustechnik AG* im SHAB vom 22. August 2014.

#### bb. Antrag an das Konkursgericht um Einstellung des Konkurses mangels Aktiven

Da die vorhandenen Aktiven nicht ausreichen, um die Verfahrenskosten zu decken, muss das *Konkursamt* beim Konkursgericht den Antrag stellen, den Konkurs mangels Aktiven einzustellen (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Dies sollte nach der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise erst erfolgen, nachdem die Masseverbindlichkeiten (wie vorne dargestellt) administriert worden sind. Wenn das Konkursamt den Antrag an das Konkursgericht stellt, sollte es letzteres auf die Problematik der hohen Masseverbindlichkeiten (unter Hinweis auf die Kostenrechnung und die Verteilungsliste) aufmerksam machen.

Das *Konkursgericht* hat die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zu verfügen. Der Konkurs wird geschlossen, sofern kein Gläubiger innert zehn Tagen den (vom Konkursamt festzusetzenden) Vorschuss für die Durchführung des Konkursverfahrens leistet (Art. 230 Abs. 1 SchKG). Das Konkursamt bestimmt die Höhe des von den Gläubigern zu leistenden Vorschusses und veranlasst die Publikation (Art. 230 Abs. 2 SchKG). Sofern der hier vorgeschlagenen Vorgehensweise gefolgt wird, so dass die Gläubiger schon mit der vorangegangenen Publikation<sup>122</sup> darauf hingewiesen worden sind, dass die vorhandenen (allenfalls substantiellen) Aktiven vollständig zur Befriedigung der Masseverbindlichkeiten verwendet werden müssen bzw. zur Durchführung des Verfahrens nicht ausreichen, kann die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven im üblichen Sinn erfolgen. Andernfalls scheint es angebracht, diese Besonderheit in dieser Publikation zum Ausdruck zu bringen.

Nach Ablauf der Auflagefrist und Rechtskraft der Kostenrechnung und der Verteilungsliste (Art. 264 Abs. 1 SchKG analog), aber vor Ablauf der Frist zur Leistung des Vorschusses durch die Gläubiger (da damit der Konkurs als geschlossen gilt, keine Konkursmasse mehr besteht und das Konkursamt keine Kompetenzen mehr hat<sup>123</sup>), nimmt das Konkursamt die *Verteilung* an die Gläubiger von Masseverbindlichkeiten gemäss der Verteilungsliste vor.

Der Schluss des Konkursverfahrens muss nicht mehr publiziert werden (Art. 93 Satz 2 KOV)<sup>124</sup>. Nach Schluss des Verfahrens sind die vorhandenen (sonstigen) Aktiven dem Schuldner auszuhändigen<sup>125</sup>.

<sup>122</sup> III.C.3.b.aa.

<sup>123</sup> Vgl. III.C.1.

<sup>124</sup> JAEGER (FN 16), Art. 230 SchKG N 9; BSK SchKG II-LUSTENBERGER (FN 54), Art. 230 N 24; KUKO SchKG-SCHÖBER (FN 6), Art. 230 N 9.

<sup>125</sup> Vgl. III.C.1.