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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 45 (1926)

Artikel: Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Autor: Doka, Carl

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896342

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Siehe Rechtliche Hinweise.

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. Voir Informations légales.

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. See Legal notice.

Download PDF: 19.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

Von Dr. CARL DOKA, Advokat, Zürich.

Inhaltsverzeichnis:

I. Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung im System des Nachlassvertrags- und Konkursrechtes . 127
II. Verfügungsbefugnis und Gläubigerbeschlagsrecht im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung 130
III. Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung in Doktrin, Gesetzgebung und Praxis (Übersicht und Entwicklung) 135
IV. Inhalt des Abandonakkordes.
1. Eigentumsübertragung und Abtretung zur Liquidation 144
2. Weitere Formen 148
3. Der Abandonakkord der Gesellschaften des Handelsrechtes 148
4. Umfang des abgetretenen Vermögens 149
5. Formerfordernisse 155
V. Das Liquidationsorgan 157
VI. Die Rechtsstellung der Masse 159
VII. Die Gläubigerrechte im Liquidationsverfahren.
1. Materiell 162
2. Formell (Verfahren) 171
VIII. Die Verwertung und Verteilung 178
IX. Das Ende des Abandonakkordes 180

Unter dem Titel „Analoge Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung“ hat Piccard in der Zeitschrift für Schweiz. Recht (Bd. 57, S. 1 ff.) das Problem aufgegriffen. Im Sinne des von Piccard aufgestellten Satzes, dass die von ihm untersuchte Frage z. T. eine Ermessensfrage sei, z. T. sich überhaupt nicht im voraus lösen lasse, sollen die

folgenden Ausführungen wiederum ein Beitrag zur Diskussion sein. Seit der Publikation haben sowohl die bundesgerichtliche wie die kantonalgerichtliche Judikatur mehrfach Stellung genommen und neue Gesichtspunkte hervorgehoben. Es erscheint heute gerechtfertigt, eine dogmatische Untersuchung über den „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" vorzunehmen, wobei die Beleuchtung einzelner Materien auf rechtsvergleichender Grundlage erfolgen soll. Dabei sei ausdrücklich bemerkt, dass es sich in dieser Darstellung um den sog. gerichtlichen (= behördlich bestätigten), nicht den aussergerichtlichen (= privaten) Nachlassvertrag handelt.[1])

I.

Der Konkurs als Generalexekution auf das Vermögen hat vielfach nach Schluss des Konkursverfahrens, wenn nicht eine rechtlich, so doch eine faktisch beschränkte Handlungsfähigkeit des Schuldners zur Folge. Der Konkurs ist das letzte Mittel, das dem Gläubiger die Möglichkeit gibt, den renitenten Willen des Schuldners zu brechen und durch Selbsthilfe zur Befriedigung seines Anspruches zu gelangen. So wenigstens äusserte sich in alten Rechtssatzungen die Natur des Konkurses. Eine verfeinerte Rechtskultur zeitigte die Mitwirkung des Staates (emptio bonorum, cessio bonorum), ja dieser setzte sich gar an Stelle des Gläubigers, der lediglich den Anstoss zum Konkursverfahren zu geben hatte. Die Basis des Verfahrens bleibt dabei das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners; gewechselt hat lediglich die Befugnis zur Exekution, indem das Selbsthilfeverfahren durch ein publizistisches System verdrängt wurde.[2]) Dieser Eintritt der Staatsgewalt in das vorher dem Gläubiger eingeräumte Regime hat dem Konkurs den odiosen Charakter nicht genommen, sondern ihn viel-

[1]) Darüber mein Aufsatz: „Der aussergerichtliche Nachlassvertrag" in S.J.Z., 21. Jahrg., Heft 4-5 S. 49 ff.

fach verschärft. Die Ansätze zur Beurteilung des Schuldners nach dem Grund seines Vermögenszusammenbruches sind in älterer Zeit vorwiegend strafrechtlicher Natur. Sie führten aber über zu der Auffassung, dass nicht auf jeden Zahlungsunfähigen die Rechtssätze in Anwendung gebracht werden konnten, welche für die Durchführung einer Generalexekution Geltung hatten. Die Beurteilung der Schuld an der Insolvenz musste naturgemäss eine Differenzierung im Konkursverfahren herbeiführen, indem zumindest für den schuldlosen Kridaren die rechtlichen und gesellschaftlichen Konsequenzen des strengen Konkursrechtes vermieden werden sollten. Es war daher naheliegend, dass man eine Anlehnung an Rechtsinstitute suchte, welche für ähnliche Fälle geschaffen waren, in denen ebenfalls eine Insolvenz vorlag, aber eine „Schuld" nicht existierte oder doch nicht erwiesen war; ja es kann im römischen Recht die Gewährung der „Rechtswohltat" festgestellt werden da, wo dem flüchtigen Schuldner ein Nachlass gewährt wurde, um ihn zur Rückkehr zu bewegen.[3]) Die wirtschaftlichen Bedürfnisse liessen dann für Gläubiger und Schuldner Stundungen und Forderungsreduktionen gleich ratsam erscheinen.[4]) Es ist charakteristisch, wie in Staaten mit impulsivem Wirtschaftsleben oder in Gemeinwesen, in welchen der katastrophale Zusammenbruch einer Firma für weite Kreise die ernstesten Folgen zeitigen kann, die Tendenz nach reicher Ausgestaltung einer Basis festzustellen ist, auf welcher sich Gläubiger und Schuldner durch das Mittel gegenseitiger Konzessionen finden. Die Gesetzgebung über den Nachlassvertrag (Zwangsvergleich und Präventivakkord, composition et arrangement, concordat etc.) war gerade in der Kriegs- und besonders in der Nachkriegszeit fruchtbar,

---

[2]) Weitere Ausführungen über den Gegenstand bei Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, S. 11 ff.

[3]) Kohler a. a. O. S. 273 betr. die Erbschaft „fonsae defuncti conservandae gratia".

[4]) Kohler a. a. O.

da die Bedürfnisse des Überganges stets neue Formen erheischten.[5]) Massgebend für die Nachlassvertragsgesetzgebung sind heute Erwägungen humaner und wirtschaftlicher Natur, wobei die Interessen von Gläubiger und Schuldner den mannigfaltigsten Schutz finden. Eine Tendenz wirkt dahin, den Gläubiger bei der Erfüllung des Nachlassvertrages durch den Schuldner in irgend einer Form mitwirken zu lassen. Begründen lässt sich dies mit der Absicht, den Gläubiger bei mangelndem Zutrauen zum Schuldner zur Zustimmung zum Vergleich zu bewegen, mehr noch, dem Gläubiger die notwendige Sicherheit zu geben dafür, dass der Vergleich auch wirklich erfüllt werde; mitunter soll auch ein besseres Verwertungsergebnis erzielt werden, als dies im Konkursverfahren möglich ist, oder es wird der Übergang der bisherigen Schuldnerposition auf die Gläubigerschaft bezweckt, sei es zur Sanierung des Geschäftsbetriebes, sei es zu dessen möglichst wenig Verlust bringender Liquidation. Diese Überlegungen führten auf ein Rechtsinstitut, welches technisch als „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" bezeichnet wird, obwohl sich nicht alle Erscheinungen, welche die Mitwirkung des Gläubigers bei der Erfüllung des Nachlassvertrages zeitigt, unter diesen Begriff subsumieren lassen. Sowohl das „Vermögen" wie die „Abtretung" zeigen sich in ganz verschiedenem Gewande und lassen auf jeden Fall nicht im vorneherein eine zivilrechtliche Kopie zu. Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann die oben gezeichneten Absichten von Gläubiger und Schuldner aufweisen und demnach dem „Vermögen" sowohl wie der „Abtretung" einen weiteren oder engeren Begriff unterstellen. Zum Nachlassvertrag, wie er gemeinhin geschlossen wird, und als ein wesentliches Merkmal die Erfüllung durch den Schuldner allein aufzeigt, unterscheidet sich der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung durch die Selbsthilfehandlung des Gläu-

[5]) Z. B. Haab in Z.B.J. Bd. 57 S. 345 ff., S. 393 ff.

bigers bei der Erfüllung. Es ist allerdings richtig, dass der gewöhnliche Nachlassvertrag eine bestimmte Dividende zur Voraussetzung hat, eine Dividende, die sich in der Vergleichsofferte in Zahlen ausgedrückt findet; allein es trifft nicht zu, dass der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung diese Bestimmtheit der Dividende nicht aufweist, auf jeden Fall ausschliesst und sich deshalb die Bezeichnung „Nachlassvertrag mit unbestimmter Dividende" rechtfertigt.[6]) Vergegenwärtigt man sich z. B. das Verfahren nach schweizerischem Recht, so ergibt sich eine genügende Bestimmtheit durch die Schätzung des Sachwalters gemäss Art. 299 SchKG nach Art. 227 SchKG (wenn laut Art. 317 ein Nachlassvertrag des Konkursiten in Frage steht).[7]) Zudem muss die Abtretung nicht notwendigerweise so erfolgen, dass der Gläubiger einem ungewissen Resultat ausgeliefert ist, sondern es besteht die Möglichkeit, dass der Schuldner ein bestimmtes Liquidationsergebnis persönlich oder durch Dritte garantiert.[8]) In dieser Garantieleistung liegt nichts anderes als das Versprechen einer bestimmten Dividende.

II.

Der Gläubiger tritt mit der Massnahme der Behörde, die dem Schuldner die freie Verfügung über sein Vermögen entzieht, zu den übrigen Gläubigern in ein Gemeinschaftsverhältnis, das den Ausdruck der Identität wesentlicher Interessen darstellt. Der Verlust der vollen oder teilweisen Dispositionsfähigkeit auf Seiten des Schuldners hat die Entstehung einer Interessengemeinschaft zur Folge, welche die Dispositionsfähigkeit des Schuldners aufnimmt, soweit sie diesem verloren gegangen ist. Die englische

---

[6]) A. A. Piccard a. a. O. S. 7; Praxis des BG Bd. III Nr. 143, Erw. 2 (AS 40 III Nr. 50, Erw. 2).

[7]) Paschoud, Le concordat préventif de la faillite, S. 240.

[8]) Besonders in Frankreich als Form des concordat par abandon d'actif anzutreffen.

Bankruptcy Act von 1914[9]) lässt diese Interessengemeinschaft nicht etwa erst mit der Konkurseröffnung (adjudication of bankruptcy) entstehen, sondern bereits mit der Bestellung eines Sachwalters (official receiver),[10]) sobald durch receiving order die Existenz eines Konkursgrundes festgestellt ist.[11]) Diese Gläubigergemeinschaft fasst Beschlüsse betreffend das Vermögen des Schuldners, ohne dass derselbe bereits Kridar zu sein braucht. Ebensowenig notwendig ist zum Begriff der Gläubigergemeinschaft Konkurseröffnung nach schweizerischem Recht. Mit der Bewilligung der Nachlasstundung gemäss Art. 295 SchKG treten die Gläubiger in eine Interessengemeinschaft mit rechtlich umschriebenen Eigenschaften; sie äussert sich dadurch, dass von ihr das Quorum des Art. 305 SchKG abhängt. Da der Sachwalter im Stundungsverfahren Vertreter des Schuldners wie der Gläubiger ist, so trifft auch obige Darstellung zu, dass die Gläubiger den vom Schuldner aufgegebenen Teil der Dispositionsfähigkeit aufnehmen. Tatsächlich wahrt die Aufsicht des Sachwalters über den Schuldner gemäss Art. 298 SchKG die Interessen, wie wenn sie dieselbe in eigener Person ausüben. Die Gläubigergemeinschaft, die kraft Betreibungs- und Konkursrechtes entsteht, ist nicht identisch mit jener Gemeinschaft, welche zivilrechtliche Institute darstellen (Art. 215, 339, 602, 652 ff. ZGB; 530 ff., 552 ff., 590 ff. OR); ihre Funktion wie ihre Eigenschaft ist eine betreibungs- und konkursrechtliche, die allerdings ihre Reflexwirkung auf das materielle Recht ausüben kann.[12]) Dieser

[9]) Chittys statutes of Practical Utility Vol. 18 Part. I.

[10]) Act of bankruptcy 1914, sect 7.

[11]) Nach englischem Recht geht der Konkurseröffnung ein Verfahren voraus, welches im wesentlichen die Sicherung des Aktivenbestandes, die Feststellung der Kreditoren und die Ermöglichung eines Nachlassvertrages (deed of arrangement, composition) bezweckt.

[12]) Auch die Spezialnachlassverträge und -Stundungen des schweizerischen Rechtes haben Gläubigergemeinschaften betreibungs- und konkursrechtlicher Natur geschaffen (der Pfandnach-

Konstruktion steht Kohler[13]) insoweit entgegen, als er die Annahme ablehnt, dass eine „relative Schwächung der Geschäftsfähigkeit" eintrete, so dass der Schuldner in den Gläubigern oder doch im Konkursverwalter eine Art von gesetzlichem Vertreter bekomme, um seine Verhältnisse zu ordnen; denn der Schuldner sei nicht geschäftsunfähig, seine Handlungen seien rechtsgültig, nur könnten sie die Rechte der Gläubiger nicht schädigen. Verzichte die Gläubigerschaft auf den Konkurs, so erwiesen sich die Handlungen als vollwirksam. Wie weit diese Darstellung für das deutsche Recht zutrifft, bleibe dahingestellt; nach schweizerischem Recht verliert der Kridar in nichts seine Handlungsfähigkeit, sondern lediglich seine Dispositionsbefugnis. Dieser Verlust gilt nicht nur für den Konkurs, sondern auch für den Nachlassvertrag; kraft positiver Vorschrift des Art. 307 SchKG ist ihm die volle Dispositionsfähigkeit genommen. Es ist allerdings richtig, dass im Falle des Konkurses dieser Verlust gegen den Willen des Schuldners eintritt; allein auch vertraglich oder durch einseitiges Rechtsgeschäft (Antrag der Nachlasstundung) ist ein derartiger Verlust möglich, indem auf die Dispositionsfähigkeit verzichtet werden kann, weil sie nicht mit dem Recht der Persönlichkeit unlösbar verbunden ist. (Art. 27 ZGB.)[14])

Gemeinsam sind die Interessen der Gläubiger insofern, als der drohende Verlust der ganzen Forderung oder eines Teiles derselben sie zusammenführt, um nicht durch einseitiges Vorgehen eines einzelnen oder einer Gruppe den ganzen Anspruch zu gefährden. Der drohende Verlust schweisst sie zur Verlustgemeinschaft zusammen.[15]) Diese

---

lassvertrag, die Stundung nach der Verordnung über die Folgen der Währungsentwertung, die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen, das Gläubigergemeinschaftsverfahren für Eisenbahnen); Haab a. a. O., insbesondere S. 403 ff.

[13]) A. a. O. S. 72.

[14]) Egger, Kommentar zum ZGB, Art. 12 S. 38.

[15]) Kohler a. a. O. S. 11.

Basis der Gläubigergemeinschaft wurde im modernen Konkursrecht allerdings zumeist verwischt, da durch die Ausschaltung des reinen Selbsthilferechtes der alten Satzungen die publizistische Orientierung im Konkursrecht in den Vordergrund getreten ist. An Stelle der Gläubiger weist der Staat den Schuldner aus dem Vermögen und besorgt die Abwicklung; der Staat hat sich der zuvor dem Gläubiger zustehenden Befugnisse im Interesse der Rechtsordnung bemächtigt. Allein es ist nicht zu verkennen, dass auch das moderne Recht die Gläubigergemeinschaftsrechte nicht völlig unterdrückt. Einmal wird doch gerade für die Gläubiger als Gesamtheit das ganze Konkursverfahren inszeniert; ferner weisen sämtliche Konkursordnungen ohne Ausnahme Bestimmungen auf, die ein gemeinschaftliches Handeln der Gläubiger vorsehen (Art. 235 ff. SchKG). Wird der Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger angesehen, so handeln auch sie durch ihn. Der Zweck der gemeinsamen Wahrung der Interessen liegt ebenso beim Nachlassvertrag in der Verlustgemeinschaft.

Wenn die Gläubigergemeinschaft eine Dispositionsbefugnis hat, so müssen Objekte vorhanden sein, über die sie verfügen kann. Worüber der Schuldner nach der ihn treffenden Massnahme der zuständigen Behörde nicht mehr disponiert, das ist sein Vermögen. Der Konkurs trifft sämtliches Vermögen des Schuldners, gleichviel, wo sich dasselbe befindet (Art. 197 SchKG). Im Nachlassvertragsverfahren ist in dieser Hinsicht kein Unterschied zu finden; wie mit der Konkurseröffnung die Dispositionsbefugnis über das Vermögen aufhört, so verfügt der Schuldner nicht mehr mit der Bewilligung der Nachlasstundung. Dieses Prinzip besteht trotz den Unterschieden, die das Nachlassvertragsverfahren zum Konkursverfahren erleidet; und da dasselbe Verhältnis von Gläubigergemeinschaft zum Vermögen des Schuldners festgestellt ist, darf auch dieses Nachlassvertragsvermögen als Masse bezeichnet werden; das Vermögen steht den Gläubigern zur Verfügung.

Dass das Ende der Masse im Konkurs und Nachlassvertrag verschieden sein kann, spricht nicht gegen diese Auffassung.[16])

Die Feststellungen über Gläubigergemeinschaft, Dispositionsbefugnis und Masse in Konkurs- und Nachlassvertragsrecht werden erhärtet durch einen Blick in die Entwicklung des Nachlassvertragsrechts. Der Präventivakkord ist eine neuere Erscheinung und wurde dem Konkursakkord entnommen. Dieser Konkursakkord, wie wir ihn im folgenden der Deutlichkeit halber nennen, hat den Konkurs oder doch die Eröffnung eines „Konkursverfahrens" zur Voraussetzung.[17])

Wenn der Schuldner sich der Verfügungsgewalt über sein Vermögen begibt oder derselben entäussert wird, so erleidet sein Recht am Vermögen eine Einbusse. Kohler konstruiert diese Entäusserung zivilistisch,[18]) indem er für das deutsche Recht ein relativ wirkendes Veräusserungsverbot nach § 135 BGB annimmt; ein solches könne überhaupt nicht bestehen, ohne ein positives Recht desjenigen, zu dessen Gunsten das Veräusserungsverbot laute; da dasselbe im Konkurs gemäss §§ 6 und 7 der deutschen KO zugunsten der Konkursgläubiger geschaffen sei, so müssten sie ein positives Recht am Konkursvermögen erlangen. Dieses Recht nennt Kohler ein dem Pfandrecht verwandtes Wertrecht, das Beschlagsrecht, kraft dessen die Gläubiger das Vermögen verwerten und zu Geld machen. Wenn auch mit Piccard[19]) zugestanden werden muss, dass diese Bezeichnung den Vorgang trefflich wieder-

---

[16]) Wie mit der Genehmigung des (gewöhnlichen) Nachlassvertrages der Schuldner über sein Vermögen wieder verfügen kann, so wird er bei Widerruf des Konkurses „in sein Vermögen wieder eingesetzt". (Art. 195 SchKG.) Die im Text vertretene Auffassung steht im Widerspruch zu einem bundesgerichtlichen Urteil, das allerdings vor der Praxis, welche sich über den Abandonakkord eingehend aussprach, erlassen wurde.

[17]) Z. B. in England (siehe weiter unten!).

[18]) A. a. O. S. 73.

[19]) A. a. O. S. 18 Note 16.

gibt, so stösst doch eine Schwierigkeit bei der rein zivilistischen Erfassung dieses Beschlagsrechtes. Eigentümlich ist ihm, dass es nur ins Leben gerufen werden kann durch behördlichen Akt; dass es gar nicht die Gläubiger sind, welche den Beschlag inaugurieren, weder im Konkurs noch im Nachlassvertrag.[20]) Die publizistische Auffassung vom Konkurs und den Konkurssurrogaten kommt zum Durchbruch, indem sie die Vollstreckung nicht in die Hände desjenigen legt, dem die Früchte der Beschlagnahme zufallen, sondern den Staat mit der Aufgabe betraut. Dieses Ergebnis hat durchaus nichts Befremdendes in sich, sondern deckt sich mit anderen Erscheinungen des Rechtslebens, in welchen das Selbsthilferecht, das an sich aus dem materiellen Rechtsanspruch des einzelnen resultiert, ausgeschaltet wird. Kohler hütet sich denn auch, dem Staat materiell ein Beschlagsrecht zuzuerkennen, sondern stellt ausdrücklich fest, dass ihm die Ausübung desselben zukomme,[21]) und dass das Recht der Gesamtheit der Gläubiger eigen sei.[22])

III.

Das französische Gesetz vom 28. Mai 1838 über faillites et banqueroutes, als Teil des Code de commerce, enthält in den Artikeln 504—526 Bestimmungen über das Concordat. Gedacht war dasselbe als mildere Form des Konkurses, die nicht zur Verwertung führen sollte, sondern dem Schuldner die Wiederaufrichtung seiner Existenz und den Gläubigern die Vermeidung des kostspieligen Verwertungs- und Verteilungsverfahrens der union (529 ff.) ersparen musste. Vor Genehmigung des Konkordates durch das Gericht bleibt der Schuldner Kridar mit allen Folgen, die diese Rechtsstellung nach sich zieht; die Masse und die Gläubigergemeinschaft existieren weiter (das fran-

[20]) Dass im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung dasselbe gilt, wird sich weiter unten erweisen.

[21]) Kohler a. a. O. S. 11.

[22]) A. a. O. S. 73.

zösische Recht kennt den Präventivakkord nur als concordat amiable im Sinne des aussergerichtlichen Nachlassvertrages nach der Terminologie der schweizerischen Praxis). Erst mit der Genehmigung (homologation) hört die Beschlagnahme auf, die syndics stellen ihre Funktionen ein und übergeben dem Schuldner sein Vermögen (Art. 519); immerhin behalten die Gläubiger als Residuum ihres Beschlagsrechtes die gemäss Art. 490 namens der Masse auf den Immobilien des Schuldners eingetragene Hypothek, was allerdings durch gegenseitige Vereinbarung ausgeschlossen werden kann (Art. 519). Dieses Aufhören des Beschlages war nun aber nicht erwünscht, wenn die Gläubiger einem unzuverlässigen Schuldner gegenüberstanden, den Abschluss des Konkurses jedoch nicht durch die union herbeiführen wollten, um den Nachteilen derselben zu entgehen. Eine Sicherung hätte die vom Code civil in Art. 1265—1270 aus dem römischen Recht als privatrechtliches Institut übernommene cession de biens geboten; allein diese cessio bonorum, wenn in das freie Ermessen des Schuldners gestellt als cession de biens volontaire, kam gerade dann nicht zustande, wenn die Gläubiger ohne eine Sicherung keinen Akkord eingingen. Als cession de biens judiciaire verlor sie jede Bedeutung mit der Abschaffung der Schuldhaft (Art. 1270).[23]) So gelangte man dazu, die Beschlagnahme im Konkordat kraft spezieller Vereinbarung fortdauern zu lassen und für das Regime der Konkordatserfüllung die Bestimmungen der union als anwendbar zu erklären unter Ausschaltung derjenigen, welche dem Konkursverfahren inhärent sind und das günstige Verwertungsergebnis erschwerten oder durch hohe Spesen illusorisch machten (Gesetz vom 17. Juli 1856: Art. 541 des Code de comm.).[24]) Dieses

---

[23]) Zachariae, Handbuch des französ. Zivilrechts, Teil II S. 296; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, Bd. II S. 62 Nr. 91.

[24]) Thaller, Traité de droit commercial, S. 2155 No. 1063; art. 541 Code de comm.: Aucun débiteur commerçant n'est rece-

concordat par abandon d'actif, in welchem der Schuldner auf die Aufhebung des Beschlages verzichtete, ist ein Kompromiss zwischen concordat simple und union, indem es die Vorteile beider übernimmt und die Nachteile ausschaltet. Das Gericht ernennt einen syndic (ou liquidateur), der juge commissaire des Konkursverfahrens wird beibehalten, die Verteilung erfolgt nach den Grundsätzen der union. Da das concordat par abandon d'actif immerhin als Konkursart den Härten des Konkurses unterworfen ist, wurden Anstrengungen unternommen, um für den gutgläubigen Kaufmann diese Härten zu mildern.[25]) Das Ziel ist erreicht worden durch das Gesetz betreffend die liquidation judiciaire vom 4. März 1889, das ein wesentlich anderes Verfahren schuf, aber das Prinzip aufnahm, dass der Schuldner keine neue Schuld eingehen und sein Aktivvermögen (mit gewissen Ausnahmen) weder ganz noch zum Teil veräussern darf (Art. 5 der Fassung vom 4. April 1890), d. h. das Beschlagsrecht blieb bestehen, und da dasselbe nur der Gesamtheit der Gläubiger zustehen kann, auch die Gläubigergemeinschaft mit ihrer Dispositionsbefugnis.

Aus dem französischen Code de commerce wurde das concordat par abandon d'actif übernommen durch die griechische Gesetzgebung.[26]) In Art. 525—536 des HGB

---

vable à demander son admission ou bénéfice de cession de biens. — Néanmoins un concordat par abandon total ou partiel de l'actif du failli peut être formé, suivant les règles prescrites par la section 2 du présent chapitre. — Ce concordat produit les mêmes effets que les autres concordats; il est annulé ou résolu de la même manière. — La liquidation de l'actif abandonné est faite conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 529, aux articles 532, 533, 534, 535 et 536, et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 537. — Ce concordat est assimilé à l'union pour la perception des droits d'enregistrement.

[25]) Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, Teil VIII S. 262, 266.

[26]) Siehe hierüber Leske-Löwenfeld, Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Bd. II S. 96-97, vor allem aber Petimesas, Der Zwangsvergleich unter besonderer Berücksichti-

ist das Verfahren dadurch charakterisiert, dass es eine Stufe des durch das Fallimentserkenntnis eröffneten Konkursverfahrens bildet und dass die Beschlagnahme, welche mit der Konkurseröffnung erfolgte, nicht aufhört.[27]) Rumänien hat den französischen Code de commerce übernommen, aber ohne die Bestimmung des Art. 541 über das concordat par abandon d'actif.[28])

In Anlehnung an das französische Recht übernahmen die meisten südamerikanischen Staaten den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, teils in ausdehnender, teils in einschränkender Form.[29]) Belgien hat für den

---

gung des griechischen Konkursrechtes, in Berliner Juristische Beiträge, herausgegeben von J. Kohler, Jahrgang 1906, S. 39 ff.

[27]) Nach Petimesas a. a. O. S. 43 streitig.

[28]) Freundl. Mitteilung der Schweizer. Gesandtschaft in Bukarest, nach welcher in Rumänien folgende Bestimmungen gelten: 1. cessio bonorum (Art. 1124—1127 des rum. Code civil) gemäss Art. 1267—1270 Code Napoléon, und zwar als: freiwillige Vermögensabtretung (cession de biens volontaire). 2. Gerichtliche Güterabtretung (cession de biens judiciaire). „Letztere ist jedoch mit Rücksicht auf die Schuldhaft sowohl in Frankreich als in Rumänien für den unglücklichen Schuldner eingeführt worden, und da hier die Schuldhaft nicht besteht, werden die Bestimmungen der genannten Artikel als aufgehoben betrachtet." Polen kennt für das ehemalige Kongress-Polen ebenfalls das franz. Handelsrecht, sowie den Code civil mit den russischen event. polnischen Novellen der letzten sieben Jahre (freundl. Mitteilung der Schweiz. Gesandtschaft in Warschau). Da Art. 541 Code de comm. vom Jahre 1856 datiert, hat derselbe keine Rezeption gefunden.

[29]) Argentinien (Gesetz vom 30. Dez. 1902: Präventivakkord und Konkursvergleich als Prozentakkord, mit Abtretung der Aktiven oder Übernahme von Aktiven und Passiven gemäss Art. 1399, 1412—1420 Code de comm.). Paraguay (Rezeption der argent. Gesetze). Brasilien (Fallimentsdekret vom 24. Oktober 1890 — deutsche Übersetzung von Borchardt —, Art. 111 § 1 der Novelle enthält die eingehenden Bestimmungen nicht mehr, lässt aber die Möglichkeit für ihre Anwendung offen). Chile (Überwachung des Schuldners bei der Erfüllung. Bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaft bleibt das Aktivvermögen der Verfügung der Gläubiger unterworfen). Columbia (Art. 134 Code de comm.: Güterabtretung). Venezuela (freiwillige oder

kaufmännischen Schuldner eine Liquidation durch die Gläubiger vorgesehen; die cession de biens ist zulässig für Nichtkaufleute, aber nicht als Akkord (Art. 24 Code de comm.). Die Niederlande haben die gerichtliche Güterabtretung, welche allen Gläubigern gegenüber rechtliche Wirkung hatte, abgeschafft, aber die freiwillige Güterabtretung beibehalten.[30]) In Luxemburg erfolgte eine Aufnahme der belgischen Bestimmungen (Art. 521—565 HGB entsprechen Art. 521—565 des belgischen Code de comm.).

In Deutschland ist die Zulässigkeit des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung bestritten, obwohl § 192 der KO statuiert, dass, soweit der Zwangsvergleich nichts anderes bestimme, der Gemeinschuldner das Recht zurückerhält, über sein Vermögen frei zu verfügen. Gegner sind: Jäger,[31]) Fitting,[32]) Wilmowski,[33]) Hellmann,[34]) Wolff.[35]) Befürworter: Kohler,[36]) Seuffert,[37]) Sarwey,[38]) Petersen und Kleinfeller,[39]) Fuchs.[40])

---

gerichtliche Vermögensabtretung des Nichtkaufmanns nach Art. 1919 ff. Code civil. — Für den Kaufmann ganze oder teilweise Vermögensabtretung nach Art. 981 HGB). Ecuador (Art. 1030 Code de comm.: Vermögensabtretung). Peru (Art. 939 Code de comm.: Übertragung des Unternehmens einer A.-G.). Bolivia (Art. 537 Codigo Mercantil: Möglichkeit der Vermögensabtretung).

[30]) In der Einleitung S. 41 zu „Niederlande" bei Handelsgesetze des Erdballs (Borchardt), Mitteleuropa I.

[31]) Kommentar zur Konkursordnung S. 352.

[32]) Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren § 45 Note 2.

[33]) Wilmowski, Kurlbaum, Kühne: Deutsche Reichskonkursordnung S. 472.

[34]) Lehrbuch des deutschen Konkursrechts S. 527/528 Anmerkung 1.

[35]) Die Konkursordnung mit Einführungsgesetz, Nebengesetzen und Ergänzungen S. 92.

[36]) A. a. O. S. 285/286/287.

[37]) Deutsches Konkursprozessrecht S. 413/414.

[38]) Die Konkursordnung für das Deutsche Reich S. 647/652.

[39]) Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, den konkursrechtlichen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes und der Anfechtungsgesetze S. 560.

[40]) Der deutsche Konkursprozess (Leipzig 1877) S. 144.

Unter der österreichischen Konkursordnung von 1868 war beim Zwangsvergleich (= Zwangsausgleich, Konkursnachlassvertrag) eine datio in solutum nicht ausgeschlossen, indem Vermögen des Gemeinschuldners nach Genehmigung des Ausgleiches zur Erfüllung desselben in den Händen der Gläubiger „zurückbleiben" durfte (§ 236 leg. cit.).[41]) Nach Rintelen konnte diese Vermögensabtretung materiell ganz Verschiedenes vorsehen. Am 10. Dezember 1914 wurde eine kaiserliche Verordnung erlassen, die das Konkurs- und Ausgleichsverfahren neu regelte. Gemäss dem neuen österreichischen Recht sind zu unterscheiden: der Zwangsausgleich (= Konkursakkord) in der Konkursordnung, und der Ausgleich (= Präventivakkord) in der Ausgleichsordnung.[42]) Nach Bartsch und Pollak,[43]) sowie Lehmann[44]) ist die Zulässigkeit der Vermögensabtretung nicht bestritten.[45])

In England sind die Bankruptcy Act und die Deeds of Arrangement Act die Quellen[46]) des Nachlassvertragsrechtes. Die Bankruptcy Act enthält Bestimmungen, die

---

[41]) Rintelen, Das österreichische Konkursrecht (1910) S.328.

[42]) Der kaiserliche Erlass vom 10. Dez. 1914 enthält die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung und die Anfechtungsordnung.

[43]) Konkursordnung, Ausgleichsordnung, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnung II. Bd. S. 12.

[44]) Kommentar zur österr. Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung Bd. I S. 711.

[45]) Laut Bericht des Schweizer. Generalkonsulats in Prag ist in der Tschechoslowakei noch die österreichische Verordnung vom 10. Dez. 1914 in Kraft mit einem Zusatzgesetz vom 26. April 1924, das aber die hier interessierenden Bestimmungen nicht geändert hat. — Das Schweizer. Generalkonsulat in Belgrad teilt mit, dass das in Kroatien-Slavonien am 1. Sept. 1916 promulgierte Gesetz über den Zwangsausgleich (österr.) auf ganz Jougoslawien ausgedehnt wurde. In Polen gilt die österr. Verordnung in den ehemals österr. Wojewodschaften (Mitteilung der Schweizer. Gesandtschaft in Warschau).

[46]) Geltende Gesetze: Bankruptcy Act von 1914, Deeds of Arrangement Act von 1914.

ihrem Zwecke nach dem schweizerischen Nachlassvertrag entsprechen (sei derselbe Konkurs- oder Präventivakkord). Der Zwangsvergleich (arrangement, composition) ist eine Folge des über den Schuldner verhängten Konkursverfahrens, eingeleitet durch receiving order. Mittels dieser Order wird festgestellt, dass ein Konkursgrund vorhanden ist; gemäss der Bankruptcy Act von 1914 ist der Konkursgrund u. a. gegeben, wenn der Schuldner eine cessio bonorum an die Gläubiger vollzieht (assignments of his property). Nach der öffentlichen Einvernahme des Schuldners lt. sect. 15 leg. cit. wird demselben die Möglichkeit geboten, ein composition or scheme of arrangement aufzustellen (sect. 16 leg. cit.). Vorsorge für die Beschlagnahme ist nicht erforderlich, da diese bereits durch receiving order erfolgte.[47]) Werden composition oder scheme of arrangement genehmigt und infolgedessen das Eigentum übertragen oder die Liquidation an Hand genommen, so bleibt die Beschlagnahme zugunsten der Gläubiger aufrecht. Das Vorverfahren im Konkurs, eingeleitet durch receiving order, dient vornehmlich der Sicherung der Gläubiger durch Beschlag, die Registrierung der Proposition nach der Deeds of Arrangement Act demselben Zweck. In beiden Fällen konstituiert sich ipso

[47]) Die Deeds of Arrangement Act regelt den „aussergerichtlichen" Nachlassvertrag; jedoch wirken die Registerbehörden mit. In sect. 1 Ziff. 2 leg. cit. sind als Möglichkeiten des Arrangements Eigentums- und Liquidationsübertragung offengelassen. Ein Deed of Arrangement kann einen Act of bankruptcy konstituieren (Note h zur Deeds of Arrangement Act in Chittys Annual statutes 4, 5 and 6 George V.). Nicht ein Vergleich, Zwangsvergleich ist der Discharge of bankrupt; die Wirkungen können allerdings dieselben sein; der Gemeinschuldner hat trotz seiner Entlastung dem bestellten trusty bei der Realisierung und Verteilung der Masse Hand zu bieten, andernfalls er der Ahndung wegen Missachtung des Gerichts unterliegt. Trotz discharge bleibt der Konkurs bestehen, nur treten dessen öffentlich-rechtliche Folgen nicht ein (sect. 26—29 der Bankruptcy Act von 1914). Gertscher, Das englische Konkursrecht (auf Grund der Bankruptcy Act von 1883) S. 23/27.

iure mit dem ersten behördlichen Akt eine Gläubigergemeinschaft, eine Gläubigermasse; die Dispositionsbefugnis des Schuldners wird eingeschränkt und geht im Masse dieser Einschränkung auf die Gläubiger über. Kommt dann ein Vergleich nach der receiving order nicht zustande, so wird auch in dem durch adjudication of bankruptcy eröffneten Konkurs die Beschlagnahme nicht vollzogen, sondern fortgesetzt.

In der Schweiz bestehen keine speziellen Bestimmungen über ein Institut, das man als „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung" bezeichnen könnte. Die Praxis beschäftigte sich eingehend damit, lehnte jedoch die Zulässigkeit ab[48]) bis zum Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 1914.[49]) Dieses konnte sich zwar mangels sachlicher Zuständigkeit nicht darüber aussprechen, ob das concordat par abandon mit dem geltenden Recht vereinbar sei; dagegen hat es bezüglich seiner Wirkungen Grundsätze aufgestellt und diese in ständiger Praxis präzisiert.[50]) Die kantonalen Gerichte nahmen seither allgemein die Zulässigkeit an.[51]) Bis heute ist der Zusammenhang zwischen Gläubigergemeinschaft, Gläubigermasse und Dispositionsrecht nicht scharf hervorgehoben. Die Auffassung geht dahin, dass mit dem Beschluss, der die Genehmigung des Nachlassvertrages ausspricht,

---

[48]) Archiv für Sch. u. K. (Brüstlein) Bd. V Nr. 6 S. 18, Bd. VIII Nr. 104 S. 228 ff., Bd. X Nr. 29 S. 90 ff. (sämtl. Entscheide aus dem Kanton Bern). Bundesgericht: AS 31 II Nr. 23 und Journal des tribunaux 1906, Droit fédéral S. 156 ff.

[49]) I. S. Leih- und Sparkasse Aadorf in Liq. c. Farner (AS Bd. 40 III Nr. 54 S. 300 ff.). Zuvor kantonale Praxis schwankend. Zürcher Obergericht in Bl. Zü. R. Bd. 11 Nr. 53 bejaht, in Bl. Zü. R. Bd. 14 Nr. 11 und Nr. 146 ebenso kategorisch abgelehnt.

[50]) Über Einzelheiten später.

[51]) Bern in Z.B.J. Bd. 59 Heft 7 (i. S. Uberdi c. BA Bern-Land); Zürich (i. S. Zürcher Depositenbank) i. S.J.Z. Bd. 18 S. 388 ff.; Neuchâtel in S.J.Z. Bd. 19 S. 153; Waadt in S.J.Z. Bd. 19 S. 119; Thurgau in S.J.Z. Bd. 16 S. 231 und Bd. 15 S. 9; Tessin in S.J.Z. Bd. 12.

die Masse kreiert wird.[52]) Nachdem einmal das Bedürfnis den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung aufkommen liess, musste, da der Sachwalter mit der Genehmigung des Konkordates seine Tätigkeit einzustellen hat, beim Mangel des Gesetzes ein Ausweg gefunden werden. Vorhanden waren die Gläubiger mit dem gemeinsamen Interesse, aus den ihnen zu Eigentum oder zur Liquidation überlassenen Aktiven befriedigt zu werden. Da die Situation ähnlich lag wie beim Konkurs, hat das Bundesgericht nicht gezögert, daraus „ein Beschlagsrecht der Gläubiger auf das zu liquidierende Vermögen" abzuleiten.[53]) Nach der Praxis liegt die Sache so, dass die Nachlassvertrags- einer Konkursmasse gleichgestellt ist; sie kann aber nicht alle Befugnisse der letzteren ausüben, denn der Sachwalter hat während der Stundung vorgearbeitet. Die analoge Anwendung konkursrechtlicher Bestimmungen hört sicher da auf, wo Massnahmen wiederholt werden müssten (z. B. Art. 299, 301 SchKG); je nach den Bestimmungen des Nachlassvertrages, ob eine bestimmte Dividende versprochen ist, oder ob die Befriedigung der Gläubiger vom Ergebnis der Liquidation abhängt, wird das Schlussverfahren ein anderes sein. Eine blosse Kopie des Konkursrechtes führt zu Widersprüchen.[54]) Da der schweizerische Nachlassvertrag aus dem Konkurs herausgehoben und in erster Linie dazu berufen ist, gerade den Konkurs zu vermeiden, wird die Erkenntnis nicht leicht, dass schon vor der Homologation eine Gläubigergemeinschaft und eine Gläubigermasse bestehen muss. Anderswo gilt er als Massnahme zum Abschluss des Konkurses, der seinerseits bereits eine Vinkulierung des schuldnerischen Vermögens zur Folge hat. Die Nachlassvertragsmasse ist dann einfach die Konkursmasse unter anderem Titel. Das Analogon mit dem fremdländischen Recht findet sich in Art. 195

[52]) Pr BG Bd. VI Nr. 34 S. 81.

[53]) Pr BG Bd. VI Nr. 34 S. 81; Piccard a. a. O. S. 3.

[54]) Über die analoge Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze siehe die folgenden Ausführungen.

und 317 SchKG: dem Gemeinschuldner ist es ermöglicht, im Konkurs einen Nachlassvertrag abzuschliessen. Der Beschlag, welcher mit der Konkurseröffnung erfolgte, nimmt sein Ende, bevor der Konkurs widerrufen ist (Art. 195 SchKG); dies wird aber erst möglich, wenn ein Nachlassvertrag zustandekommt. Das Verfahren unterscheidet sich im übrigen nicht zu demjenigen des Präventivakkordes. Der Sicherungszweck und die Entwicklung des Nachlassvertrages vom Konkurs- zum Präventivakkord geben den Anlass, auch für das schweizerische Recht mit Bewilligung der Stundung eine Masse anzunehmen.[55]) Die Massen vor und nach Genehmigung des Konkordates sind identisch, die letztere wird nicht erst geschaffen durch den Genehmigungsbeschluss.

IV.

Der Inhalt des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung kann verschieden sein.

1. Die Abtretung umfasst entweder eine wirkliche Eigentumsübertragung oder eine „Überlassung" zwecks Liquidation mit der Befugnis, den Erlös zur Deckung der Forderungen zu verwenden. In beiden Fällen kann der Schuldner ein bestimmtes Ergebnis der Liquidation garantieren und für den Ausfall die Haftung übernehmen, persönlich oder mit Hilfe Dritter. Auch beim Abandonakkord ist somit eine bestimmte Dividende nicht ausgeschlossen. Die Vermutung spricht aber dafür, dass die Gläubiger das Eigentum erhalten oder das „Vermögen" zur Liquidation übernehmen mit der Bestimmung, dass dem Schuldner unabhängig vom Ergebnis Saldoquittung erteilt

---

[55]) A. M. Piccard a. a. O. S. 23. (Gegensatz: Ersatz der Masse durch Garantien für die Auszahlung der Nachlassquote oder für spätere vollständige Befriedigung der Gläubiger.) — Das Bg hat in einem neueren Entscheid (AS 51 II S. 255), allerdings ohne Begründung, den Satz aufgestellt, dass die Konstitution der Masse, „wie überhaupt auch die Vermögensabtretung", erst durch die Bestätigung des Nachlassvertrages erfolge.

wird, resp. die Gläubiger sich für die ganze Forderung befriedigt erklären. Ist nicht fixiert, ob zu Eigentum oder zur Liquidation zediert wird, so haben die Gläubiger nur das Recht der Liquidation; der Verzicht auf die Verfügungsbefugnis stellt das Minus dar gegenüber dem Verzicht auf das Eigentum. Im einen wie im andern Fall geht, bei nichtbestimmter Dividende, die Absicht der Parteien auf Befriedigung bis zur Höhe der Forderungen; ein Plus wäre eine Liberalität des Schuldners, für die in den wenigsten Fällen eine causa entdeckt werden könnte. Tritt der Fall ein, dass das Ergebnis der Liquidation 100% der Forderungen übersteigt, so muss dem Schuldner eine condictio wegen ungerechtfertigter Bereicherung zugestanden werden. Ist eine bestimmte Dividende garantiert und zeitigt die Liquidation mehr als diese Dividende, so liegt der Fall nicht anders, es sei denn, dass eine Naturalobligation restiere.[56]) Die Unterscheidung zwischen Abtretung zu Eigentum und zu Liquidation ist nicht doktrinär, sondern kann praktisch ausserordentlich bedeutsam werden; z. B.: Bricht nach Genehmigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung über den Schuldner ein Konkurs aus, so wird die Konkursmasse auf die Nachlassvertragsmasse nur greifen können, wenn das Vermögen zur Liquidation abgetreten ist, also noch im Eigentum des Gemeinschuldners steht, dagegen nicht, sofern eine Abtretung zu Eigentum an die Gesamtheit der Gläubiger stattgefunden hat.[57])

Die cessio bonorum verschaffte kein Eigentum und demzufolge primär auch nicht die cession de biens des französischen Rechts, welche dem Satz folgt: alienatio

---

[56]) Bekanntlich lehnt das BG eine Naturalobligation ab, ebenso für das franz. Recht Lyon-Caen et Renault a. a. O. S. 658. Anders z. B. Art. 25 des luxemburgischen Gesetzes vom 14. IV. 1886 über den Präventivakkord.

[57]) In Frankreich wird das Zweckvermögen der Nachlassvertragsmasse aufrechterhalten auch im Falle der Abtretung zur blossen Liquidation.

non praesumitur.[58]) Dies gilt für die vertragliche wie für die gerichtliche cession de biens mit der Massgabe, dass für die vertragliche der Eigentumsübergang stipuliert werden kann.[59]) Die Gläubigermasse hat lediglich Besitz an der Sache mit dem Zwecke, sich aus deren Versilberung bezahlt zu machen.[60]) Auch das concordat par abandon d'actif überträgt nicht das Eigentum.[61]) Die im weiteren Sinne, allerdings nicht nach französischem Recht, cession abandon d'actif darstellende liquidation judiciaire kann nach dem Zwecke des Institutes nur eine Abtretung zur blossen Liquidation im Gefolge haben. Bestritten scheint, ob dem Schuldner eine condictio zusteht, wenn das Liquidationsergebnis 100% der Forderungen oder die garantierte Dividende überschreitet.[62]) Auch in Griechenland ist die Frage kontrovers.[63]) Columbia[64]) und Venezuela[65]) lassen übereinstimmend das Eigentum nicht übergehen.

In England besorgt der trustee (Treuhänder, sect. 76 der Bankruptcy Act) die Liquidation. Die Abtretung erfolgt nicht an die Gläubiger, sondern an den trustee mit dem Auftrag, die Übertragung des Liquidationserlöses an die Gläubiger vorzunehmen. Auch nach der Deeds of Arrangement Act hat der trustee dieselbe Funktion. Ma-

---

[58]) Zachariae a. a. O. S. 294/295.

[59]) Art. 1269 Code civil.

[60]) Zachariae a. a. O. S. 302 fasst den Gläubiger auf als Mandatar in rem suam.

[61]) Lyon-Caen et Renault a. a. O. S. 57. Die Frage scheint allerdings kontrovers zu sein, wie das dort angeführte Urteil zeigt (Fussnote 1 S. 58); ferner Pandectes françaises a. a. O. Nr. 7786; demgegenüber Nr. 7812. Bestritten ist ebenfalls, ob das concordat par abandon d'actif eine bestimmte Dividende vorsehen kann (Thaller a. a. O. Nr. 2155 Note 2).

[62]) Pandectes françaises a. a. O. Nr. 7876; demgegenüber Nr. 7868—7871.

[63]) Petimesas a. a. O. S. 43.

[64]) Art. 134 Code de comm. verweisend auf Art. 1678 Code civil.

[65]) Art. 1928 Code vicil. (In beiden Fällen Reception von Art. 1265 ff. des Code civil français.)

teriell erhalten die Gläubiger kein Eigentum, sondern einen Anspruch auf Befriedigung aus den dem trustee übergebenen Objekten. Ihm gegenüber erfolgt conveyance or assignment of property for the benefit of the creditors generally. Die Beschlagnahme, ausgeübt durch den trustee, hat den Effekt eines reinen Liquidationsauftrages ohne Eigentumsübertragung nach den bisher erörterten Systemen.[66])

Das Bundesgericht hält es für unerheblich, ob die Aktiven zur Befriedigung der Gläubiger dienen sollen infolge „Abtretung" als solcher oder infolge „Überlassung des Liquidationsergebnisses".[67]) Die Frage ist aber nicht so sekundärer Natur, wie die französischen Entscheide[68]) und das obige Beispiel zeigen. Sie kann insbesondere steuerrechtlich von Bedeutung werden. Auch nach schweizerischem Recht ist nicht ausgeschlossen, dass nur ein Teil des Vermögens abgetreten wird. Die analoge Anwendung konkursrechtlicher Bestimmungen, die das BG bisher vorgenommen hat, könnte allerdings zur Auffassung veranlassen, dass der Abandonakkord wie der Konkurs zu einer Generalliquidation führt und deshalb zur Beschlagnahme des Gesamtvermögens. Aber so wenig sich das SchKG für oder gegen den Abandonakkord ausspricht, so wenig lässt es etwas verlauten über die Zulässigkeit einer Beschränkung des Abandons auf einen dem prozentualen Teil der Forderungen entsprechenden Wert. Es wäre auch nicht einzusehen, warum beim einfachen Akkord nur ein genau fixierter Satz der Schulden bezahlt werden kann, beim Abandonnachlassvertrag dagegen nicht. Im Zweifel ist mit der französischen Praxis allerdings Totalabandon anzunehmen.[69]) Mit der Genehmigung des Nach-

---

[66]) „Treuhänderisches Eigentum", Bl. Zü. R. Bd. 11 Nr. 153

[67]) Pr BG Bd. IV S. 217 ff.

[68]) Anmerkung 61, sowie Bl. Zü. R. Nr. 39 S. 63/64.

[69]) Pandectes françaises Nr. 7816. Partieller Abandon zugelassen in Art. 541, Abs. 2 Code comm. im Gegensatz zu Art. 1265 Code civil. Das englische Recht nach dem System der

lassvertrages dauert die Beschlagnahme nur für das aufgegebene Vermögen weiter; über das somit freie Aktivum verfügt der Schuldner wieder.[70])

2. Der Gläubiger kann im weiteren die Befugnis erhalten, die vom Schuldner vorzunehmende Liquidation nicht nur zu überwachen,[71]) sondern bei Bedürfnis in dieselbe aktiv einzugreifen. Nicht ausgeschlossen ist ferner Abtretung zwecks Weiterbetriebes oder späterer Liquidierung des schuldnerischen Geschäftes durch die Gläubiger in Form einer Gesellschaft oder durch einen Dritten, der auf eigene Rechnung oder Rechnung der Gläubiger das Geschäft übernimmt.[72]) Die Art der Abtretung kann nur die Abtretung der Aktiven vorsehen unter Löschung der Passiven als Forderungsnachlass oder auch die Übernahme von Aktiven und Passiven stipulieren.

3. Eine spezielle Behandlung erfordern die Gesellschaften. Die Interessen, welche beim Nachlassvertrag im Spiele stehen, führten zur Aufstellung von Spezialnormen. Diese haben nicht immer einen Nachlassvertrag im Auge, der das Fortbestehen der Gesellschaft garantieren

---

Bankruptcy Act: Totalabandon. Partieller Abandon zugelassen: Venezuela (Art. 981 Code de comm.) und Griechenland (Art. 526 HGB). Gegenteiliger Auffassung offenbar das BG in Pr Bd. II Nr. 143 S. 359 ff. und Pr Bd. III S. 404 ff.

[70]) Interessante Bestimmungen enthält das argentinische HGB in Titel V (adjudicación de bienes) in allen möglichen Variationen.

[71]) Englisches Recht (sect. 1 Ziff. 2 der Deeds of Arrangement Act von 1914), Uruguay (Art. 1683 Code de comm.), Chile (Art. 1461 Code de comm.), Venezuela (Art. 861 Code de comm.), Deutsche K.O. § 192, Argentinien (Art. 1400 Code de comm.). — Auch nach schweizerischem Recht ist diese Überwachung nicht ausgeschlossen.

[72]) Z. B. sect. 1 Ziff. 2e der Deeds of Arrangement Act von 1914. Die Bildung einer Gesellschaft ist vorgesehen u. a. in Art. 190 des brasilianischen Gesetzes vom 4. Juli 1891 betr. die Zwangsliquidation von Aktiengesellschaften; Art. 1418 des argentinischen HGH. — Das Bezirksgericht Zürich lehnt die im Text wiedergegebene Auffassung, in unveröffentlichten Entscheiden, ab.

könnte, sondern tendieren oft auf eine Zwangsliquidation zugunsten der Gläubiger.[73]) Möglich ist aber auch ein Nachlassvertrag ausserhalb der Schablone des gemeinen Akkordrechtes; bezweckt wird dabei günstige Liquidation oder die Schaffung einer breiteren Basis für Stundung, Sanierung.[74])

Soweit eine Spezialgesetzgebung existiert, beschränkt sie sich im wesentlichen auf die A.-G.[75]) Tritt diese dem Nachlassvertrag gemäss ihr Vermögen ab, so ist eine Liquidation gegeben, es sei denn, es handle sich um einen Partialabandon. Es ist aber charakteristisch, dass bei Nachlassverträgen der Aktiengesellschaften nicht selten die Liquidation die notwendige Begleiterscheinung darstellt. Die Gläubiger verstehen sich vielfach nicht zu einer Zustimmung, ohne dass alle Mittel der Gesellschaft herangezogen werden; an einer Aufrechterhaltung des Betriebes haben sie zumeist kein Interesse.[76])

4. Wir sprachen gemeinhin von „Vermögensabtretung", meinen damit aber nicht die Summe der Aktiven

---

[73]) Z. B. Bundesgesetz betr. Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen und Schiffahrtsunternehmungen vom 25. September 1917; Haab a. a. O.

[74]) Die Möglichkeiten liegen u. a. in Art. 657 und 704 OR.

[75]) Für Kollektiv- und Kommanditgesellschaften ist auch im Nachlassvertragsrecht mitunter die subsidiäre Haftung der Gesellschafter normiert. Z. B. Venezuela 1471 ff. Code de comm.

[76]) Die vom BG beurteilten Abandonakkorde betrafen zumeist Aktiengesellschaften. Reichel, Kommentar zum SchKG, stellte noch 1901 fest, dass bei A.-G. Nachlassverträge oft aussergerichtlich in Form einer Vermögensabtretung stipuliert werden. Der Zweck des Nachlassvertrages bestehe im Fortbestand der ökonomischen Persönlichkeit des Schuldners, während diese Art von Nachlassverträgen nur zum Zwecke der leichteren Liquidation, aber auch nur zur Durchführung der Liquidation, den Fortbestand der A.-G. garantieren will. Uruguay (Gesetz vom 2. Juni 1893 über die Liquidation von Aktiengesellschaften), Venezuela (Art. 983 Code de comm.), Ecuador (Art. 1031 Code de comm.), Peru (Art. 939 Code de comm.), Brasilien (Art. 190 des Gesetzes über die Zwangsliquidation der A.-G.), Spanien (Art. 928 Code de comm.), Rumänien (Art. 873 HGB).

und Passiven, sondern lediglich die ersteren. Richtiger wird die Bezeichnung in Art. 541 des französischen Code de commerce sein: abandon d'actif, es sei denn, man bezwecke wirklich einen Übergang von Aktiven und Passiven.

Welches Vermögen, resp. welche Aktiven werden abgetreten? Die Gläubiger geben ihre Zustimmung auf Grund eines Vermögensnachweises, wie er sich zu Beginn der Nachlassvertragsverhandlungen präsentiert. Der Status kann sich verschieben, bis der Beschlag effektiv wird; massgebend ist der Zeitpunkt, in welchem der Schuldner seine Verfügungsgewalt zugunsten der Gläubiger verliert und diese das Beschlagsrecht erlangen, also die Masse entsteht. Das SchKG lässt beim Konkursakkord die Vinkulierung des Schuldnervermögens mit der Konkurseröffnung eintreten (Art. 197), beim Präventivakkord mit der Nachlasstundung. Was also z. Zt. des Beschlagseintrittes in des Schuldners Eigentum steht, entfällt seiner Disposition, nicht dagegen, was er im Laufe des Erfüllungsverfahrens erwirbt, gegenteilige Vereinbarung vorbehalten. Im Gegensatz zum Konkurs (Art. 197 SchKG) wird die Verfügungsgewalt des Schuldners nur soweit dauernd eingeschränkt, als sein Vermögen z. Zt. des Beschlages in Frage steht.[77]) Möglich sind Stipulationen, z. B. dass der Schuldner jeden Monat einen gewissen Prozentsatz seines Einkommens abzuliefern hat.[78]) Beim Abandonakkord

---

[77]) Pandectes françaises a. a. O. Nr. 7882; was unter „Vermögen z. Zt. des Beschlages" in England zu verstehen ist, zeigen die Entscheide in Butterworths Digest I 1898—1907 S. 223 Nr. 259; 1919 S. 49 Nr. 17; 1920 S. 65/66 Nr. 32, die sämtlich Musterbeispiele sind.

[78]) Butterworths Digest 1920 S. 65/66 Nr. 32. Zulässig ganz allgemein für den Nachlassvertrag auch im schweizerischen Recht (Jäger a. a. O. II S. 453). Ob diese Art der Zahlung, an die Lohnpfändung erinnernd, für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung sich eignet, auch wenn sie mit einem Beschlagsrecht verbunden ist, bleibt bei dem oft langen Zeiterfordernis zweifelhaft.

mit bestimmter Dividende beschränkt sich der Beschlag auf die der Höhe der Dividende entsprechenden Werte.

Hat der Schuldner Anspruch auf Kompetenzstücke? Piccard setzt dies voraus und bemerkt, dass dem Nachlasschuldner auch noch andere zu seinem und seiner Angehörigen persönlichem Gebrauch bestimmte oder zur Berufsausübung dienliche Gegenstände überlassen werden können.[79]) Haben Gläubiger und Schuldner keine Vereinbarung getroffen, so spricht das Bedürfnis des Schutzes des Schuldners und seiner Familie für die Zuweisung der Kompetenzstücke; der Schuldner kann aber darauf verzichten, da es sich nicht um Rechte handelt, die er nicht aufgeben dürfte.

Inwieweit werden Rechte Dritter durch den Beschlag tangiert?[80]) Der Konkursakkord lässt die Wirkungen der Konkurseröffnung fortbestehen (z. B. französisches Recht, auch SchKG), der Präventivakkord sistiert im Stundungsverfahren die Exekution der Rechte (z. B. Art. 298 SchKG), ohne dieselben materiell zu berühren. Wie verhält es sich nach Genehmigung des Nachlassvertrages im Erfüllungsverfahren? Man muss sich vergegenwärtigen, dass auch der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ein Nachlassvertrag ist, ein Gebilde, das Vertragselemente aufweist, und dass es deshalb nicht angeht, einfach konkursrechtliche Vorschriften zu kopieren. Trotz Urteilstheorie lässt sich nicht darüber hinwegkommen, dass es vom freien Willen des Schuldners abhängt, ob er zu einem Nachlassvertrag Zuflucht nehmen will; das Korrelat dieses freien Willens ist aber, dass es nicht in seiner Macht liegt, Rechte Dritter zu kaduzieren oder völlig zu vernichten, ohne dass ihm hiezu das Gesetz eine Handhabe leiht. Da der Nachlassvertrag nicht eine Rechtswohltat für den Schuldner ist, die ihn seinen Gläubigern völlig ausliefert, vielmehr nur eine Schmälerung seiner Rechte vornimmt, so muss der Verlust des Gläu-

[79]) A. a. O. S. 24.

[80]) Piccard a. a. O.

bigers an seinem Recht einschränkend interpretiert werden zu Lasten des Schuldners und ausdehnend zugunsten des Gläubigers. Weil das Concordat par abandon d'actif ein Konkordat bleibt, muss auch bei ihm dieser Grundsatz zur Anwendung kommen. Die Bestimmungen konkursrechtlicher Art können lediglich das Verfahren betreffen, die Position des Dritten darf nur insoweit berührt werden, als das Nachlassvertragsrecht dies gestattet.[81]) Aus diesem Grunde verbietet sich die analoge Anwendung von Art. 198 SchKG.[82]) Die Pfandrealisierung, welche nach Art. 311 SchKG dem Gläubiger ermöglicht ist, kann zwar auch einen Ausfall zeitigen; ist das Pfandobjekt aber in die Masse eingeworfen, so entsteht die Gefahr, dass der Pfanderlös durch die unter Umständen sehr hohen Kosten des Konkursverfahrens Einbussen erleidet.[83]) Mit Piccard übereinstimmend ist dagegen die Anwendung des Art. 199 SchKG zu bejahen, da er mit den Vorschriften des Nachlassvertragsrechtes nicht kollidiert.[84]) Aus Art. 312 SchKG folgt, dass nur Pfändungen aufgehoben werden, nicht dagegen Betreibungen wie im Fall des Art. 206 SchKG. Anhängige Betreibungen haben allerdings einen illusorischen Wert für diejenigen Gläubiger, welche gemäss Art. 311 SchKG an den Nachlassvertrag gebunden sind. Die Pfandgläubiger können jedoch für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag die Betreibung fortsetzen. Für sie trifft daher im Abandonakkord Art. 206 SchKG nicht zu. Ebensowenig ist es ausgeschlossen, dass neue Gläubiger, welche nicht unter den Nachlassvertrag fallen, Betreibungen anheben. Das Argument Piccards, es könne überhaupt beim Nachlasschuldner nicht gepfändet werden, nachdem alle Exekutionsobjekte in die Verfügungsgewalt einer die Gesamtgläubigerschaft vertretenden Liquidationskommission übergegangen seien, weswegen sich

---

[81]) Art. 541 Abs. 3 Code de commerce.

[82]) A. M. Piccard a. a. O. S. 24.

[83]) A. M. BG in Pr Bd. VI Nr. 34 S. 80 ff.

[84]) A. a. O. S. 25.

neue Betreibungen verbieten,[85]) ist nur insoweit stichhaltig, als die Objekte in das Eigentum der Gläubiger übergegangen sind; wenn ihnen aber gemäss dem Nachlassvertrag n u r eine Verfügungsbefugnis gegeben ist, so steht das daraus resultierende Beschlagsrecht einer neuen Betreibung nicht entgegen.

Ob der Gläubigermasse die actio Pauliana zukomme, gemäss Art. 200 und 285 Ziff. 2 SchKG, ist sehr zweifelhaft. Der Grund, warum die Anfechtungsklage ausgeschlossen erscheint, liegt darin, dass der Nachlassvertrag nach schweizerischem Recht grundsätzlich ein Konkursabwendungsvergleich, nicht ein Konkursaufhebungsvergleich ist. Die actio Pauliana stellt aber eine spezifisch konkursrechtliche Klage dar, wenn sie von einer Gläubigermasse angehoben wird. Ausschlaggebend aber ist, dass das Vertragselement des Nachlassvertrages sich auch hier nicht ausschalten lässt. Schuldner hat den Willen, seine Aktiven ganz oder teilweise abzutreten; möglich ist dies nur insoweit, als ihm an diesen Aktiven ein Recht zukommt. Die Anfechtungsklage, resp. der Anspruch aus dem Ergebnis des Anfechtungsprozesses entsteht aber unabhängig vom Willen des Schuldners; sie ist an die Konkurseröffnung gebunden, die Eröffnung der Generalliquidation, was beim Abandonakkord durchaus nicht immer zutrifft, da auch ein partieller Abandon möglich ist. Ebensowenig vermag natürlich der Wille der Gläubiger Rechte zu kreieren, über die der Schuldner nicht verfügte. Endlich steht der Zulassung der Anfechtungsklage das materielle Erfordernis des Nachlassvertrages entgegen, das in Art. 294 und 306 Ziff. 1 SchKG liegt. Die Ursachen der Nichterfüllung des Konkordates, sowie unredliche oder leichtfertige Manipulationen zum Nachteil der Gläubiger finden sich allerdings nicht in allen Anfechtungshandlungen, erfüllen aber meistens deren Tatbestand. Die Vorschriften des Gesetzes dürfen mit der Genehmigung des Nachlassvertrages nicht

---

[85]) A. a. O. S. 26/27.

deswegen umgangen werden, weil die Gläubiger wieder hereinbringen können, was der Schuldner zu ihren Ungunsten veräussert hat.[86])

Die Art. 201—203 SchKG gehören zu den die Konkursmasse einschränkenden Bestimmungen. Was im Konkursrecht massgebend ist, den Dritten nach Möglichkeit nicht zur Teilnahme an der Konkursmasse zu zwingen, weil das Rechtsverhältnis seinen Zweck nicht erfüllt hat, gilt auch für den Abandonakkord. Der Dritte müsste im anderen Fall als Gläubiger auftreten und würde dadurch die $^2/_3$ des Art. 305 SchKG unter Umständen nachträglich illusorisch machen; das praktische Bedürfnis der Aufrechterhaltung des Konkordates lässt Piccard beistimmen, wenn er die analoge Anwendung der Art. 201—203 SchKG befürwortet.[87])

Da von uns Art. 206 für den Abandonakkord abgelehnt wird, muss dasselbe der Fall sein bezüglich der Inzidenzprozesse des Art. 207, mit Ausnahme jener Rechtsstreite, die Forderungen zum Gegenstand haben, welche unter den Nachlassvertrag fallen gemäss Art. 311. Demnach nehmen ihren Fortgang Prozesse aus Forderungen, die durch Pfand gedeckt sind und solche laufende Forderungen, welche vom Nachlassvertrag nicht betroffen werden. Auf diese Prozesse kann deswegen auch die Sistierungsvorschrift des Art. 207 Abs. 1 keine Anwendung

---

[86]) Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass ein praktisches Bedürfnis für die Gläubiger besteht, die Anfechtungsklage anzuheben (Piccard a. a. O. S. 49/50). Das kann aber nicht dazu verhelfen, den Charakter des Nachlassvertrages umzustossen. Das Urteil des BG in Pr Bd. IV S. 217 ff., wonach Art. 213 und 214 analog anwendbar sind, geht von der von uns abgelehnten Voraussetzung aus, dass eine im voraus festgesetzte Nachlassquote nicht bestehen könne und dass es sich um eine Gesamtliquidation handle. — Das Bg scheint die Anwendung von Art. 285 ff. zu bejahen (AS 51 II S. 252).

[87]) A. a. O. S. 25 mit der Begründung, dass, da das Beschlagsrecht der Nachlassgläubiger nur eine Nachbildung desjenigen der Konkursgläubiger sei, jenes nicht weiter reichen könne als dieses

finden, da sich Art. 297 nur auf Betreibungen bezieht; aus dem gleichen Grunde erfahren auch die Verjährungs- oder Verwirkungsfristen keine Unterbrechung.

5. Welches sind die Formerfordernisse der „Abtretung"? Haab hat den Standpunkt eingenommen, dass für die Konstruktion des schweizerischen Nachlassvertrages weder die Urteilstheorie noch die Theorie ex lege in Frage komme, sondern dass man es mit einem „Konkurssurrogat, d. h. mit einem besonderen Verfahren (gemildertes Vollstreckungsverfahren) zu tun hat (sog. Verfahrenstheorie)".[88]) Dass diese Verfahrenstheorie sich ohne Zwang auf alle die mannigfaltigen Nachlassvertragsformen anwenden lasse,[89]) welche das schweizerische Recht in den letzten Jahren kreiert hat, ist bezüglich des Abandonakkordes nicht ohne weiteres gegeben. Wenn sich die Verfügung über die Mobilien seitens der Gläubiger resp. der von ihnen bestellten Organe durch Besitzeinräumung begründen lässt, auf welcher Basis ruht dann die Verfügung über die Immobilien? Art. 665 ZGB gibt dem Erwerber in Abs. 1 gegenüber dem Eigentümer einen persönlichen Anspruch auf Eintragung, und bei dessen Weigerung das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums. In Abs. 2 kann der Erwerber bei Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder Urteil des Richters die Eintragung von sich aus erwirken. Bei blosser Überweisung zur Liquidation hat eine Eigentumsübertragung nicht zu erfolgen, sondern es muss nur für die Sicherung eines die Dispositionsbefugnis des Schuldners ausschliessenden Veräusserungsrechtes der Gläubiger gesorgt werden. Dieses Veräusserungsrecht als Ausfluss des vom Schuldner abgetretenen Dispositionsrechtes wird im Konkurs geschaffen durch die Konkurseröffnung. Beim einfachen Nachlassvertrag findet es sich nicht; Art. 298 SchKG entzieht dem Schuldner nur temporär das Veräusserungsrecht, ohne es den Gläubigern zu dedizieren; der Nachlass-

[88]) A. a. O. S. 410.
[89]) A. a. O. S. 410.

stundungsentscheid ist also hier nicht das Analogon zur Konkurseröffnung. Wenn demnach beim Abandonakkord die Gläubiger über die Immobilien verfügen sollen, so muss ein der Konkurseröffnung gleichwertiges Institut vorhanden sein. In welcher Form der Entscheid der Nachlassvertragsbehörde erfolgt, wird dem kantonalen Recht überlassen; immerhin ist dem Bundesrecht so viel zu entnehmen, dass das Gericht den Nachlassvertrag bestätigt (Art. 306, 310 SchKG), nicht aber materiell entscheidet. Die Massnahme des Gerichtes bezüglich des concordat par abandon ist also kein Urteil, das über Ansprüche verfügt; das wird auch bei der blossen Abtretung zur Liquidation nicht bezweckt. Beabsichtigt ist lediglich die Einräumung des Dispositionsrechtes mit Veräusserungsbefugnis; dies braucht nicht in einem Urteil zu geschehen, sondern kann sehr wohl mittels einer blossen Bestätigung durch die Nachlassbehörde erfolgen, die ja schliesslich keinen andern Zweck hat, als die Minderheit unter die Zustimmung der Mehrheit zu beugen. Die „Abtretung" hat dann die Funktion eines Auftrages auf Grund gerichtlichen Vergleiches, durch den die Gläubiger zur Veräusserung legitimiert sind. Die Konstruktion der gemilderten Zwangsvollstreckung ist in diesem Fall nicht notwendig. Soweit das Veräusserungsrecht der Gläubiger in Betracht fällt, entspricht also dem Konkurseröffnungsentscheid die gerichtliche Bestätigung des Nachlassvertrages.

Bei der Abtretung zu Eigentum muss ein Eigentumsübertragungstitel vorhanden sein, damit die Gläubiger kraft eigenen Rechtes eine Verfügung treffen können. Ein Mangel wird geheilt durch Vornahme der Eigentumsübertragungshandlung seitens des Schuldners; wie aber, wenn dieser sich weigert? Ist dann der Bestätigungsentscheid ein genügender „Erwerbsgrund", der das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums an die Gläubiger involviert, oder stellt er einen Zwangsvollstreckungsentscheid resp. ein Urteil des Richters dar (Art. 665 ZGB)? Der Erwerbsgrund des Art. 665 Abs. 1 ZGB kann mannig-

facher Art sein; er schliesst den schriftlichen Bestätigungsentscheid als legitimem Dokument für den schuldnerischen Willen zur Entäusserung nicht aus; die „Abtretung" ist weder ein Kaufvertrag, eine Schenkung noch ein anderes Rechtsgeschäft, das bezüglich der Grundstücke der öffentlichen Beurkundung bedürfte. Die durch das Gericht bestätigte Abtretung wird zum Erwerbsgrund, der den Anspruch auf Übertragung des Eigentums in sich schliesst. Es ist deshalb nicht notwendig, zum „Zwangsvollstrekkungsentscheid oder Urteil des Richters" Zuflucht zu nehmen; die „gemilderte" Zwangsvollstreckung (Jäger) oder das „gemässigte Vollstreckungsverfahren" (Haab) führen zur Analogie, die vermieden werden sollte, wenn sich andere Lösungsmöglichkeiten bieten.

V.

Das Fehlen gesetzlicher Bestimmungen in der Schweiz über den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung und infolgedessen der Mangel einer Behördenorganisation liessen freie Hand in der Frage der Liquidation und Verteilung.[90])

[90]) Art. 541 Code de commerce verweist bezüglich der Organe, die nach der Genehmigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung massgebend sein sollen, auf die Vorschriften der Union, der Konkursliquidation. Das war auch gegeben, nachdem die hauptsächlichsten Bestimmungen dieser Materie analog angewendet werden und der Abandonakkord ein ausgesprochener Konkurs mit milderen Formen sein sollte. Die syndics des Konkursverfahrens bleiben im Amt (Art. 529 § 2; Pandectes françaises a. a. O. Nr. 7841) und sie allein nehmen die Liquidation der Aktiven und die Verteilung des Erlöses vor (Pandectes françaises a. a. O. Nr. 7842, Art. 532, 534, 535 Code de commerce). Der juge-commissaire funktioniert wie in der Union (Art. 529, 532, 537 Code de commerce). — Eine eigene Behördenorganisation für den Abandonakkord besteht in Griechenland (Petimesas a. a. O.). In Brasilien wurde eine Überwachungskommission geschaffen (Art. 133 des Fallimentsdekretes). Beim Konkursakkord des englischen Rechtes hat der official receiver nach erfolgter gerichtlicher Genehmigung den zur Durchführung der composition oder des arrangements bestimmten trustee in den

Die Praxis griff zur Person des Liquidators, an dessen Stelle sie, namentlich bei grösseren Vermögensauseinandersetzungen, eine Liquidationskommission ernannte.[91]) Das Liquidationsorgan kann wohl im Nachlassvertrag bereits bezeichnet sein; beim Mangel jeder Vorkehr jedoch erfolgt die Ernennung durch die Nachlassvertragsbehörde.[92]) Da es sich hier nicht um einen Eingriff in materielle Rechte der Gläubiger handelt, sondern lediglich um Verfahrensmodalitäten, so kann gegen eine solche Massnahme ein schwerwiegender Einwand kaum erhoben werden; er kontrastiert allerdings mit dem Grundsatz, dass der Inhalt des Nachlassvertrages durch die Parteien und nicht durch die Bestätigungsbehörde bestimmt wird. Man könnte deshalb versucht sein, letztere zu bestimmen, beim Fehlen jeder Liquidationsorgane den Nachlassvertragsentwurf zurückzuweisen oder doch den Petenten anzuhalten, im Verein mit den Gläubigern dieselben zu benennen. Eine derartige Auslegung des Grundsatzes verbietet sich aber, da er kaum auf etwas anderes Bezug haben kann als auf den materiellen Inhalt. Das BG hat denn auch erklärt, dass nicht die Gläubiger den Liquidator ernennen, sondern die Behörde, und dass er als offizielles Organ seine Befugnisse von ihr erhalte,[93]) und sie demzufolge über ihn ein Aufsichtsrecht ausüben könne. Die

---

Besitz des Massavermögens zu setzen, der die Person des Erfüllungsverfahrens ist, in welchem Gläubigerversammlungen eine sekundäre Rolle spielen. Nach der Deeds of arrangement Act ist ebenfalls der trustee der Funktionär.

[91]) Die Gerichte haben diese Lösung akzeptiert, davon ausgehend, dass es genüge, wenn ein Liquidationsorgan geschaffen sei, das die Möglichkeit biete, eine Auseinandersetzung wie im Konkursverfahren vorzunehmen (z. B. BG Pr. VI Nr. 34 S. 80 ff.).

[92]) BG Pr. VI Nr. 34 Erw. 1.

[93]) Pr. Bd. VI Nr. 34 S. 80 ff., ferner Pr. Bd. XII S. 282 ff. verweisend auf vorhergehendes Zitat. A. A. Jäger, Bd. II S. 442 ff. ad Art. 302, ferner im Entscheid im Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs Bd. V Nr. 6 S. 18, Bd. IV Nr. 42 115. In Bd. VIII Nr. 104 S. 278 ff. ein Fall von Schiedsgerichtsvereinbarung zur

weitere Folge ist dann, dass in Analogie zu Art. 17—19 SchKG die Verfügungen der Liquidationsorgane angefochten werden können.

Hat der Schuldner ein Einspracherecht? Bei der Abtretung zu Liquidation oder Eigentum mit unbestimmter Dividende wird sein Interesse sehr reduziert sein; er erhält Entlastung unabhängig vom Ergebnis. Ist dagegen eine bestimmte Dividende garantiert, so besteht die Gefahr, dass der Schuldner einen diese Dividende nicht erreichenden Betrag, den Ausfall, zu übernehmen hat; schleuderhafte Liquidation, Spesen in übermässiger Höhe, unsachgemässe Behandlung der abgetretenen Vermögensobjekte können das Resultat ungünstig beeinflussen.[94]) Das BG schränkt bekanntlich die Beschwerdelegitimation des Schuldners gegen Verfügungen der Konkursverwaltung und der Gläubigerversammlung nicht ein, sofern sie gesetzwidrig sind; dagegen wird abgelehnt eine Beschwerde in Ermessenssachen.[95]) Worüber sich aber im Abandonakkord der Schuldner zu beklagen hat, das sind nun meistens Massnahmen, die ein, von ihm nicht erwartetes, schlechtes Verwertungsergebnis zeitigen; in der grössten Zahl der Fälle Handlungen des Ermessens. Was Blumenstein für den Fall des Konkurses ausführt, gilt auch im Abandonakkord: das vermögensrechtliche Interesse des Schuldners ist ausschlaggebend.[96])

VI.

Wenn es sich um die Realisierung der Vermögensobjekte handelt, müssen sowohl der Dritte wie die Gläu-

---

Vermeidung von Streitigkeiten mit den Liquidationsorganen. Bezügl. des griechischen Rechts Petimesas a. a. O. S. 39 ad Art. 535 HGB.

[94]) Die französische Praxis hat dem Schuldner aus diesem Grunde ein Einspracherecht zugestanden (Pandectes françaises a. a. O. Nr. 7868—7871).

[95]) Vide Jäger a. a. O. S. 29 im Gegensatz zu Blumenstein, Handbuch des Schuldbetreibungsrechtes S. 82.

[96]) A. a. O. S. 82/83.

bigergemeinschaft selbst die Möglichkeit haben, bestrittene Ansprüche auf dem Rechtsweg zur Geltung zu bringen.

1. Die Gläubigergemeinschaft als solche hat keine Rechtsfähigkeit. Es ist anerkannt, dass sie im Konkurs keine juristische Person bildet und dass ihr resp. der Masse die Parteifähigkeit nur verliehen ist, um ad hoc ein Prozessubjekt zu errichten; ermöglicht wird dies wiederum durch die Verleihung der Prozessfähigkeit. Das Analogon zum Konkurs ist gewiss gegeben, wenn im Abandonakkord Aktiven zur blossen Liquidation abgetreten werden; die Gläubigermasse übernimmt dann hinsichtlich der auf diese abgetretenen Aktiven resp. deren Erlös gemachten Ansprüche die Partei- und Prozessfähigkeit des Schuldners als Ausfluss des Verlustes seiner Dispositionsbefugnis. Das BG geht in der Feststellung der aktiven und passiven Parteirolle der Nachlassvertragsmasse im Abandonakkord davon aus, dass ein funktioneller Unterschied zur Konkursmasse nicht bestehe.[97]) Es setzte dabei voraus, dass auch die Liquidationsmasse im Abandonakkord nur Besitz, Verfügungsbefugnis über das Aktivum habe, nicht Eigentum; in diesem Fall war die Konstruktion einer juristischen Person nicht erforderlich. Wie aber, wenn durch den Nachlassvertrag den Gläubigern Eigentum verschafft werden soll? Besteht dann eine Masse im Sinne des Konkursrechtes? Bezweckt ist auch in diesem Fall geradezu immer die Liquidation auf irgend eine Art, aber aus eigenem Recht, dem Recht des Eigentümers. Die Besonderheit dieses Abandonakkords besteht darin, dass die Schaffung eines dinglichen Rechtes an den Aktiven gewollt ist. Der Erwerb einer Sache zu Eigentum zwecks Liquidation derselben kann erfolgen auch durch eine Personenmehrheit, ohne dass dann bei

---

[97]) Pr. Bd. VI Nr. 34 S. 80 ff., Pr. Bd. IV S. 239 ff.: die „Nachlass-" oder „Liquidationsmasse" ist kraft eidgenössischen Rechts eben prozessfähig wie die „Konkursmasse". Das BG hatte in AS 31. II. Nr. 23 noch einen gegenteiligen Standpunkt eingenommen.

der Realisierung Grundsätze des Konkursrechtes zur Anwendung kommen. Der ganze Vorgang beurteilt sich nach Zivilrecht. Die Gläubiger konstituieren, wenn sie keine andere Massnahme treffen, eine einfache Gesellschaft mit Gesamthandsverhältnis. Prozessparteien sind dann die einzelnen Rechtssubjekte der Gesellschafter; ihnen kommt Partei- und Prozessfähigkeit zu. Es besteht gar kein Anlass, zu einem Verlegenheitsmittel zu greifen und eine Masse nach Konkursrecht zu schaffen. Allerdings ist zuzugeben, dass dieses Resultat die Situation für den Dritten ausserordentlich komplizieren kann, wenn er sich vor die Notwendigkeit gestellt sieht, Ansprüche auf Vermögensobjekte oder deren Erlös geltend zu machen. Aber auf Grund des geltenden Rechtes lässt sich kaum zu einem anderen Schluss gelangen; das Konkursrecht schafft eine eigene „Masse" mit Dispositionsbefugnis nur, weil kein Rechtssubjekt vorhanden ist, das belangt werden könnte, nachdem der Schuldner seiner Dispositionsbefugnis enteignet wurde. Beim Nachlassvertrag mit Abtretung des Vermögens zu Eigentum aber haben die einzelnen Gesellschafter das volle Recht an der Sache, und es ist deshalb nicht einzusehen, warum sie durch das farblose Gebilde der Masse gedeckt werden sollen. Wie sie das Verhältnis gestalten, ist ihre Sache. Zweckmässigerweise werden sie sich allerdings, namentlich bei grossen und schwierigen Liquidationen, zu einer Gemeinschaft in Form einer Kollektivgesellschaft, Aktiengesellschaft oder Genossenschaft zusammenschliessen.[98]) Der Dritte kann sich dann seinerseits an diese Zweckgesellschaft halten unter Ausschaltung konkursrechtlicher Satzungen, da ausschliesslich ziviles Recht in Anwendung kommt sowie die Grundsätze des ordentlichen Zivilprozesses.[99]) Streitig-

[98]) U. a. Paschoud a. a. O. S. 246, der ganz allgemein eine Nachlassvertragsmasse in Analogie zur Konkursmasse ablehnt. Portugal, Art. 352 ff. der Handelsprozessordnung vom 14. Dez. 1905 (Borchardt a. a. O. Süd-Europa I.).

[99]) Die Anwendung von Konkursrecht wird mitunter im Nachlassvertrag stipuliert.

keiten unter den Kreditoren resp. den Gesellschaftern qualifizieren sich als „Hauszwiste", welche einer internen Auseinandersetzung unterliegen. Zuzugeben ist, dass diese Folgerung Härten mit sich bringt, welche z. B. durch das Kollokationsprinzip vermieden werden. Unbenommen bleibt dem Pfandgläubiger selbstverständlich sein Pfandrecht; Verrechnungsmöglichkeiten beurteilen sich wiederum nicht nach Konkurs-, sondern nach Zivilrecht.[100])

2. Wenn aber der Nachlassvertrag nur die Liquidation, nicht die Eigentumsübertragung bezweckt, so steht der Anwendung des Konkursrechtes nichts entgegen, sofern seine Bestimmungen nicht dem Charakter der Liquidation oder dem Nachlassvertragsrecht widerstreiten. Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass von einer konkursähnlichen Liquidation nur die Rede sein kann, wo ein Abandonakkord ohne bestimmte Dividende vorliegt. Beim Abandonakkord mit bestimmter Dividende müssen die Liquidationsorgane in vermehrtem Masse auf die Erreichung eines möglichst hohen Erlöses bedacht sein und für einen event. Ausfall den Schuldner belangen.

VII.

1. „Die Konkurseröffnung bewirkt gegenüber der Konkursmasse die Fälligkeit sämtlicher Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners mit Ausnahme derjenigen, die durch seine Grundstücke pfandrechtlich sichergestellt sind. Der Gläubiger kann neben der Hauptforderung die Zinsen bis zum Eröffnungstage und die Betreibungskosten geltend machen." Dieser Satz des Art. 208 SchKG wirft verschiedene Probleme auf; stellen sich mit der Genehmigung des Abandonakkordes seine Wirkungen ein? Die Bestätigung des Nachlassvertrages hat nach Art. 311 SchKG zur Folge, dass er für sämtliche Gläubiger verbindlich ist; sie zeitigt aber nicht die Fälligkeit der Schuld-

[100]) Die „Abtretung" von Aktiven und Passiven stellt einen Anwendungsfall von Art. 181 OR dar.

verpflichtungen. Der Abandonakkord mit Liquidationsübertragung bleibt ein Nachlassvertrag, der im Gegensatz zum gewöhnlichen Konkordat die Gläubiger sich selbst bezahlen lässt. Dass die, im übrigen gedeckten, Pfandforderungen nicht fällig werden, ergibt sich schon aus Art. 311 SchKG, wonach der Nachlassvertrag die Pfandgläubiger für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag nicht bindet. Ebensowenig trifft den Gläubiger die Zinsvorschrift des Art. 209 SchKG. Besagt der Nachlassvertrag nichts Gegenteiliges, so laufen die Zinsen bis zur Befriedigung des Gläubigers. Das kann allerdings für die Liquidationsorgane eine komplizierte Arbeit zur Folge haben, die aber keine Veranlassung bieten darf, die Rechte der Gläubiger zu negieren. Möglich ist natürlich, dass der Wortlaut des Akkordes den Zinsenlauf nur bis zum Genehmigungsentscheid gestattet, was aber expressis verbis vermerkt sein muss. In diesem Fall frägt es sich sodann, ob der Zwischenzins zu fünf vom Hundert gemäss Art. 208 Abs. 2 SchKG in Abzug gebracht werden kann. Man wird dies nur dann bejahen dürfen, wenn man auch die Sistierung des Zinsendienstes mit Genehmigung des Akkordes zulässt; andernfalls liegt in der Anwendung dieser Vorschrift eine ungerechtfertigte Zurücksetzung der resp. Gläubiger.[101]) „Forderungen unter aufschiebender Bedingung oder mit ungewisser Verfallzeit" sind in Art. 305 SchKG erwähnt, jedoch nur bezüglich der Feststellung der Zweidrittelsmehrheit. Wenn Art. 210 SchKG angewendet wird, so ist das keine Folge der Analogie, sondern eine Konsequenz aus Art. 311 Abs. 1 SchKG, demgemäss der bestätigte Nachlassvertrag für sämtliche Gläubiger

[101]) Piccard a. a. O. S. 29 will Art. 208 (mit Art. 209, 210, 211) analog anwenden, weil sein Zweck darin besteht, die Durchführung des in Art. 220 aufgestellten Grundsatzes der Gleichberechtigung zu erleichtern. Er gibt allerdings zu, dass die Bestimmung des Art. 209 einen gewissen Eingriff in die Rechte einzelner Gläubigerkategorien mit sich bringt. — Das HG des Kantons Zürich hat für den gewöhnlichen Nachlassvertrag die Anwendung von Art. 211 verneint (Bl. Zü. R. Bd. 23, S. 204).

rechtsverbindlich ist; aber auch hier gilt, andere Vereinbarung vorbehalten, dass der Zinsendienst bis zur Erfüllung der Obligation (im event. durch den Nachlassvertrag reduzierten Betrag) fortläuft. Gegen die Aufnahme von Art. 211 SchKG in das Abandonverfahren lassen sich kaum triftige Gründe anführen. Die Kaduzierung einer Forderung im gewöhnlichen Nachlassvertragsverfahren hat deren geldwerte Einschätzung zur Folge, was allerdings nicht notwendig eine Leistung zeitigt, die eine Geldzahlung ist; aber die Nachlassvertragsbehörde muss als legitimiert bezeichnet werden, die Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zur Voraussetzung haben, in eine Geldforderung umzuwandeln, wenn sie damit nur die Gleichstellung der Gläubiger wahrt (Art. 314, 220 SchKG). Ist die Situation der übrigen Gläubiger nicht gefährdet, so wird man allerdings verlangen müssen, dass die Liquidationsverwaltung von Art. 211 Abs. 2 SchKG Gebrauch macht und die Verpflichtung des Gemeinschuldners erfüllt. Die von Piccard[102]) gestellte Frage, ob in analoger Anwendung von Art. 211 Abs. 3 der Art. 295 OR vorbehalten bleibt, und infolgedessen das Pachtverhältnis erlischt, ist u. E. in verneinendem Sinne zu beantworten. Durch den Bestätigungsbeschluss kann nur eine Minderung der Forderung, nicht eine Auflösung des Rechtsverhältnisses erfolgen; diese Kraft des Genehmigungsdekretes ist dem schweizerischen Nachlassvertragsrecht nicht bekannt und kann infolgedessen auch beim Abandonakkord nicht zutreffen. — Art. 212 SchKG lässt den Verkäufer, welcher dem Gemeinschuldner die verkaufte Sache vor der Konkurseröffnung übertragen hat, entgegen Art. 214 OR nicht mehr vom Vertrage zurücktreten, auch wenn er sich dies ausdrücklich vorbehalten hat. Es scheint diese Bestimmung auf den ersten Blick dem soeben aufgestellten Satz, dass bestehende Rechtsverhältnisse durch den Nachlassvertrag nicht aufgehoben werden, entgegenzustehen; die Erfüllung seitens der einen Vertragspartei ist noch

[102]) A. a. O. S. 30.

nicht erfolgt, weshalb die Kontrahenten aus dem Vertrage noch immer in rechtlicher Beziehung zueinander stehen. Allein, wie Piccard[103]) richtig bemerkt, handelt es sich nicht um einen dinglichen, sondern einen obligatorischen Rückforderungsanspruch; dieser letztere fällt sicherlich unter den Nachlassvertrag und unterliegt daher der Reduktion. Wiederum nicht Art. 212 SchKG hat diese Konsequenz, sondern das Nachlassvertragsrecht.[104])

Mit der Verrechnung beschäftigen sich einige Entscheide unter Zugrundelegung der Art. 213, 214 SchKG. Das BG hat bis jetzt ihre Anwendung bejaht, im wesentlichen mit der Begründung, dass im Abandonakkord wie im Konkurs „die Gefahr unlauterer Vermögensschiebung, der das Gesetz mit der Beschränkung der Kompensabilität vorbeugen will, naheliegend ist."[105]) Es scheint immerhin zweifelhaft, ob damit jeder Einwand behoben wird.[106]) Ganz gewiss erlangt der Schuldner durch die Genehmigung des Nachlassvertrages die Fähigkeit wieder, ohne jede Hemmung seinen Geschäften nachzugehen; von der Aufsicht des Sachwalters (Art. 298 SchKG) ist er befreit. Liegenschaften (sofern nicht ein Totalabandon vorliegt) vermag er zu belasten und zu veräussern, Pfänder kann er bestellen, Bürgschaften eingehen und unentgeltliche Verfügungen treffen; je nach den Bestimmungen des Nachlassvertrages vermag er Erbschaften anzutreten, ohne dass dieselben in die Nachlassvertragsmasse fallen. Auf der andern Seite verliert er bei der hier erörterten Abtretung zur blossen Liquidation nicht sein Eigentum. Wenn nun der Gläubiger (Art. 213 Ziff. 1 SchKG) verrechnet, so kann ihm dies nicht verwehrt werden, es sei

---

[103]) A. a. O. S. 31.

[104]) Der Schutz durch das Mittel des Eigentumsvorbehaltes ist natürlich Sache des Verkäufers (Piccard a. a. O. S. 31).

[105]) Pr. III S. 404 ff. mit weiteren Ausführungen. (AS 40 III S. 304 ff.; 41 III S. 149 ff.)

[106]) Piccard a. a. O. S. 31 findet die Begründung in „der möglichst gerechten Verteilung des Liquidationserlöses".

denn, man nehme den Standpunkt ein, die in der „Abtretung" inbegriffene Forderung des Nachlassvertragsschuldners sei wirklich abgetreten (im Sinne von Art. 164 ff. OR). Es ist zuzugeben, dass damit der Nachlassvertrag sabotiert werden kann; allein das Beschlagsrecht der Gläubiger darf nicht die Wirkung haben, den neuen Gläubiger seiner durch das materielle Recht gegebenen Ansprüche zu berauben. Wenn der Schuldner sich zugunsten seiner Nachlassvertragsgläubiger der Forderung gegen einen späteren Gläubiger begibt, so ist es seine Pflicht, sich gegen die Verrechnung zu schützen; trifft er keine Vorkehr, und nimmt der neue Gläubiger und bisherige Schuldner die Verrechnung vor, so können die Nachlassvertragsgläubiger ihrem Nachlassvertragsschuldner auf die Sabotierung mit der Anwendung des Art. 315 SchKG antworten. Wenn auch der Nachlassvertragsschuldner über seine Aktiven nicht mehr verfügt, so schliesst dies nicht aus, dass er verpflichtet ist, der Erfüllung des Konkordates nicht hindernd in den Weg zu treten. Art. 213 Ziff. 1 ist eine Spezialvorschrift, welche zuungunsten neuer Gläubiger nicht auf den Abandonakkord ausdehnend interpretiert werden darf.[106a]) — Zu Art. 213 Ziff. 2 SchKG ist zu bemerken, dass die neue Forderung, gegenteilige Abrede vorbehalten, nicht der Liquidationsmasse, sondern dem Nachlassvertragsschuldner gehört, der sie nicht in die Masse einzuwerfen braucht. Der neue Schuldner (des Nachlassvertragsschuldners) fällt dagegen bezüglich seiner eigenen Forderung unter den Nachlassvertrag; er kann daher mit der ihm zukommenden Dividende kompensieren und wird dadurch gegenüber seinem Gläubiger liberiert für den der Dividende gleichkommenden Betrag. Diese Kompensation hat für die Liquidationsmasse keinen Eintrag zur Folge; zur Auszahlung an den Gläubiger (und nunmehrigen Schuldner) des Nachlassvertragsschuldners ist sie ohnehin verpflichtet. Das

[106a]) Die Anwendung von Art. 213 Ziff. 1 wurde neuerdings bejaht in AS 51 II S. 250.

Beschlagsrecht kann auch hier nicht so ausgelegt werden, dass es das materielle Recht des Schuldners untergehen lässt und infolgedessen die Kompensation ausschliesst.

Das BG hat speziell Stellung genommen zur analogen Anwendung von Art. 213 Ziff. 3.[107]) Auf Grund der vorhergehenden Ausführungen ist diese Bestimmung mit derselben Begründung für den Abandonakkord abzulehnen. Vor der Konkordatsgenehmigung hat der Inhaber des Titels die Möglichkeit der Verrechnung so gut wie ein Gläubiger, dessen Forderung nicht auf einem Inhaberpapier beruht.[108]) Auch nach der Bestätigung muss ihm dieses Recht zustehen, solange ihm gegenüber der Akkord nicht erfüllt ist, weil diese im Nachlassvertragsrecht geltende Regel nicht durch Anwendung konkursrechtlicher Vorschriften „weginterpretiert" werden kann. Ist aber das Inhaberpapier nach der Nachlassvertragsgenehmigung erworben, so fällt der daraus resultierende Anspruch wiederum nicht unter das Konkordat; er kann also aus den oben angeführten Gründen kompensieren.[109])

Zu Art. 213 Abs. 3 SchKG hat sich das BG dahin ausgesprochen, dass in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung rückständige Aktienbeträge, sowie rückständige statutarische Genossenschaftsbeiträge nicht mit Forderungen gegen die A.-G. resp. die Genossenschaft verrechnet werden können.[110]) Sofern dieser Satz nicht ein Ausfluss des Konkurs-, sondern des Zivilrechts ist, muss ihm beigestimmt werden. Wenn die Verrechnung vor Genehmigung des Konkordates zulässig war, so muss sie es auch im Erfüllungsverfahren sein.

---

[107]) Pr. III S. 404 ff. (Erw. 4).

[108]) Jäger a. a. O. S. 462 lässt (für den einfachen Nachlassvertrag) die Kompensation zu, solange die Nachlassquote nicht bezahlt ist.

[109]) Piccard a. a. O. S. 34/35 schliesst sich dem BG bezüglich der Kompensation gemäss Art. 213 Ziff. 1 und 2 SchKG an.

[110]) AS 39 II S. 532 ff.; Piccard a. a. O. S. 34—37.

Art. 214 SchKG involviert wiederum einen Tatbestand, der beim Abandonakkord auf Art. 306 resp. 315/316 SchKG hinweist. Ist die Verrechnung vor Genehmigung des Nachlassvertrages zu Ungunsten eines Gläubigers erfolgt, so hat dieser es in der Hand, die Zustimmung zu verweigern; stellt die Verrechnung eine unredliche oder sehr leichtfertige Handlung dar, dann darf die Nachlassvertragsbehörde das Konkordat nicht genehmigen. Hat der Schuldner endlich die in Absicht der Gläubigerschädigung vorgenommene Handlung verheimlicht, dann kann auf Grund des Art. 316 SchKG die Aufhebung des Nachlassvertrages gefordert werden; allenfalls ist es möglich, Art. 315 SchKG zur Anwendung zu bringen, da mitunter das Konkordat nicht erfüllt wird.[111]) Dieses Resultat folgt wiederum aus der Überlegung, dass der Abandonakkord ein Nachlassvertrag bleibt und nicht zum Konkurs wird.

Art. 215—218 SchKG. Forderungen aus Bürgschaften werden im Nachlassvertragsverfahren angemeldet und fallen unter das Konkordat. Vor Fälligkeit braucht eine Zahlung natürlich auch in diesem Falle nicht zu erfolgen. In der Anwendung des Art. 215 Abs. 2 Satz 1 liegt wiederum eine Folge des Zivilrechts; der Schuldner hat die Forderung aus der von ihm geleisteten Bürgschaft an die Gläubiger abgetreten. Hinsichtlich des Art. 216 Abs. 1 SchKG ist darauf hinzuweisen, dass in Art. 303 SchKG

---

[111]) Man denke an Art. 293 SchKG; auf Grund einer Bilanz, aus welcher die Vermögenslage des Schuldners ersichtlich ist, wird die Zustimmung erteilt. Später stellt sich heraus, dass die Bilanz gefälscht ist, und dass die zugesagte Dividende auf Grund der richtigen Vermögenslage nicht entrichtet werden kann. — Anwendung bejaht in AS 41 III S. 150. — Das BG hat sich in dem bereits zitierten Entscheid AS 51 II S. 253 ff. wiederum für Art. 214 ausgesprochen, im wesentlichen gestützt auf die exceptio doli und Art. 1 ZGB. Art. 214 wird auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung analog angewandt, „gleichgültig ob die Verrechnung nach Bewilligung der Nachlasstundung oder unmittelbar vorher erklärt worden ist".

eine Spezialvorschrift für den Nachlassvertrag besteht, die auch durch einen Abandonakkord ihre Geltung nicht verliert. Hat der Gläubiger nicht zugestimmt, so geht er seiner Rechte aus Art. 303 SchKG (sowie Art. 144 OR) nicht verlustig; es ist selbstverständlich, dass er die ganze Forderung geltend machen kann in allen Konkursen resp. Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung. Hierin liegt nicht ein Satz des Konkurs-, sondern des Zivilrechts; allerdings hat er die Fälligkeit der Forderung zur Voraussetzung, und die wird durch den Abandonakkord für eine Solidarschuld so wenig herbeigeführt wie für eine andere Schuld. Die Vorschrift des Art. 303 Abs. 2 SchKG gilt selbstverständlich auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

Das BG hat die analoge Anwendung von Art. 216 Ziff. 3 SchKG zugelassen „nicht mit Rücksicht auf die konkursrechtliche Form der Liquidierung, sondern mit Rücksicht auf die materiellen Interessen des gemeinsamen Gläubigers . . .“[112]) Piccard folgt ihm bezüglich der Art. 215—218 SchKG mit der Begründung, dass „auch die Berücksichtigung dieser besondern Verhältnisse (wie sie Art. 215—218 wiedergeben), sowie die Anwendung jener Kautelen gegen unlautere Machenschaften im Zweifel als von den Nachlassgläubigern und der Nachlassbehörde gewollt zu betrachten sind und überhaupt im Interesse einer ordnungsgemässen Liquidation liegt“.[113]) U. E. gilt auch hier Art. 303 SchKG; er wahrt die materiellen Rechte der Gläubiger, auf die sie im Zweifel nicht verzichten; ebensowenig kann aber auch u. E. ein Verzicht der Nachlassvertragsmasse auf die Rechte angenommen werden, die sie an Stelle des Schuldners, allerdings in ihrem Interesse, wahrt. Das Rückgriffsrecht darf nicht in dem Masse eingeschränkt werden, wie es in Art. 216—218 SchKG der Fall ist: renunciatio non praesumitur. Auch diese

---

[112]) a. a. O.

[113]) a. a. O. S. 32.

Kaduzierung des Rückgriffsrechtes muss gewollt sein; das kann wohl geschehen bezüglich des eigenen Regresses der Masse, nicht aber hinsichtlich desjenigen einer anderen Nachlassvertrags(oder Konkurs-)masse. Darüber steht den Gläubigern keine Verfügung zu, da auch der Schuldner keine derartige Dispositionsbefugnis über Rechte Dritter hatte. Es ist allerdings zuzugeben, dass die Anwendung der Art. 216—218 SchKG für den Abandonakkord wünschbar wäre; allein, soweit eine Beeinträchtigung der materiellen Rechte der Nachlassvertragsmasse oder Dritter in Frage kommt, bedarf es hiezu ausdrücklicher Gesetzesbestimmung. Art. 303 SchKG steht zudem einer analogen Anwendung im Wege. — Wenn andererseits Art. 219 SchKG Nachachtung verschafft wird, so geschieht dies nicht, weil es sich um eine konkursähnliche Liquidation handelt, sondern weil Art. 293 Abs. 2, 305 Abs. 2, insbesondere aber Art. 306 Ziff. 3 das Privilegium des Art. 219 SchKG anerkennen. Dass die Gläubiger der nämlichen Klasse unter sich gleiches Recht haben (Art. 220 SchKG) folgt aus dem Prinzip des Nachlassvertrages wie aus Vorschriften des Gesetzes (z. B. Art. 314 SchKG).[114])

Hat der Abandonakkord für die güterrechtlichen Verhältnisse dieselben Konsequenzen wie der Konkurs? Das Privilegium der Ehefrau für die Hälfte ihrer Ersatzforderung findet sich auch in Art. 305, sowie Art. 306 Ziff. 3 SchKG. Vom Standpunkt der Sicherung des Kindesvermögens aus wird man beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, der keine bestimmte Dividende vorsieht, die analoge Anwendung des Art. 233 ZGB bei fortgesetzter Gütergemeinschaft verlangen müssen. Die Generalexekution im Nachlassvertrag hat dieselbe gefährdende Wirkung wie im Konkurs. Bei Kenntnis der Verhältnisse wird die Nachlassvertragsbehörde gut daran tun, wenn sie

[114]) Im übrigen ist es natürlich möglich, dass Gläubiger zugunsten eines anderen auf Gleichstellung verzichten, so dass in erster Linie wiederum der einzelne Nachlassvertrag richtungweisend ist.

vor Genehmigung des Akkordes eine Ausscheidung der Vermögen verlangt.

2. Das BG hat bezüglich des Verfahrens die Auffassung vertreten, dass die Analogie mit dem Konkurs gegeben sei.[115]) Das trifft in dieser Allgemeinheit gewiss nur insoweit zu, als es durch die Art der Liquidation bedingt ist und nicht dem geltenden Nachlassvertragsrecht entgegensteht. Soweit dieses Bestimmungen aufweist, die denselben Zweck verfolgen wie solche konkursrechtlicher Art, kommt Konkursrecht nicht zur Anwendung; dies gilt namentlich für die Feststellung der Nachlassvertragsmasse, den Schuldenruf und die Verwertung.[116]) Da im Stundungsverfahren die Sicherungsmassnahmen durch Art. 298/299 SchKG erschöpft sind und das Aktivvermögen zudem in diesem Stadium im Besitze des Nachlasspetenten bleibt, muss für den Fall des bestätigten Abandonakkordes, wo sich der Schuldner jederzeit seines abgetretenen Vermögens zu begeben hat, eine andere Regel Platz greifen. Anwendbar sind namentlich die Vorschriften mit Sicherungszweck (Art. 223, Abs. 2, 3, 4, Art. 225, 226, 227 SchKG).[117]) Ob für Art. 228 SchKG dasselbe zutrifft, erscheint recht zweifelhaft; Art. 299 und 301 SchKG sind offenbar erschöpfend. Nicht entgegensteht die Anwendung von Art. 229 Abs. 2 und 3 SchKG. Wegfallen muss dagegen Art. 230; er hat im Abandonakkord keinen Platz. Wird keinerlei in die Masse gehörendes Vermögen vorgefunden, so muss der Sachwalter irregeführt worden sein oder die vom Schuldner eingereichten

---

[115]) Pr. Bd. VI Nr. 34 Erw. 2.

[116]) Die Aufnahme des Inventars (Art. 221) erfolgt bereits durch den Sachwalter (Art. 299). Im Interesse der Gläubiger wäre zu wünschen, dass die Art. 222/229 Abs. 1, 232 Ziff. 3 und 4 angewandt werden.

[117]) Im übrigen wird man hier den Liquidationsorganen die ihnen gutscheinenden Massnahmen überlassen müssen, da ja gerade der Verschleuderung der Aktiven entgegengearbeitet werden soll; in dieser Hinsicht ist namentlich Art. 223 Abs. 1 mit Vorsicht zu handhaben.

Belege sind objektiv falsch, da sonst die Behörde den Nachlassvertrag nicht hätte genehmigen dürfen; es drängen sich wiederum die Art. 315 und 316 SchKG auf.

Der Schuldenruf ist bereits in Art. 300 SchKG geregelt, allerdings mit der Massgabe, dass der Gläubiger im Falle der Unterlassung der Forderungsanmeldung bei den Verhandlungen über den Nachlassvertrag nicht stimmberechtigt wäre, während Art. 232 SchKG eine ähnliche Androhung nicht aufweist. Eine solche spielt jedoch für die Liquidation selbst und für die Verteilung keine Rolle; der Anspruch des Gläubigers auf Befriedigung kann in keinem Falle negiert werden.

Art. 231 Abs. 1 SchKG ist insofern von Bedeutung, als für ihn das hinsichtlich der Aufhebung des Nachlassvertrages bei Art. 230 SchKG Gesagte zutrifft.

Die Bestimmungen über die erste Gläubigerversammlung sind infolge von Art. 302 SchKG überflüssig; dagegen verlangen Art. 240—243 SchKG eingehendere Behandlung. Dass die Liquidationsverwaltung alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen hat, ist selbstverständlich; und ebenso gegeben ist ihre Vertretung der Masse vor Gericht (Art. 240 SchKG), nachdem ihre Organqualität anerkannt wurde. Auch sind die Liquidationsfunktionäre zur Herausgabe an Dritte gemäss Art. 241 Abs. 1 SchKG legitimiert; wenn sie den Organen der Konkursverwaltung gleichgesetzt wurden, so wird man ihnen auch die Befugnis zuerkennen müssen, dem Dritten Frist zur Klage auf Herausgabe der Sache anzusetzen mit der Androhung, dass im Unterlassungsfalle der Anspruch als verwirkt gelte.[118]) Die Anwendung der Abs. 1 und 2 Art. 243 SchKG liegt im Sinne einer ordnungsgemässen Liquidation; Abs. 3 desselben Artikels sollte

[118]) A. M. Piccard a. a. O. S. 39/40. — Im Konkursakkord gemäss Art. 317 SchKG kommt diese Fristansetzung nicht mehr in Betracht, da sie bereits seitens der Konkursverwaltung vorgenommen wurde. Überhaupt treffen für diesen Fall nur die Art. 253 ff. SchKG zu.

wiederum in das Ermessen der Organe gestellt sein, da Massaobjekte u. U. günstig verkauft werden können, bevor eine weitere Gläubigerversammlung stattgefunden hat. Es handelt sich nicht nur um eine Verwertung, sondern um eine möglichst günstige Verwertung; es ist deshalb empfehlenswert, wenn als Liquidationsorgane auch Fachleute bestellt werden. Überhaupt wird man gerade beim Abandonakkord die Grundsätze einer kaufmännischen Geschäftsführung nicht negieren dürfen und deswegen den verantwortlichen Personen einigen Spielraum lassen müssen, ohne damit berechtigte Interessen zu gefährden. Gerade um dies zu vermeiden, sind gewisse Vorschriften des 1. Titels des SchKG über die Organisation zu beachten. Nachdem die Nachlassbehörde die Liquidationsverwaltung kreiert und die Gläubiger resp. der Schuldner ein blosses Präsentationsrecht haben, scheint die Anwendung der Art. 5—13 SchKG gegeben.[119]) Im Liquidationsverfahren des Abandonakkordes bleibt kaum Platz für eine von den Gläubigern eingesetzte „ausserordentliche" Liquidationsverwaltung, es sei denn, man räume ihnen die Befugnis ein, die von ihnen präsentierten und von der Nachlassbehörde für die Erfüllung des Nachlassvertrages eingesetzten Liquidatoren auf die Seite zu stellen. Eine derart weitgehende Befugnis rechtfertigt sich nicht; die ausserordentliche Konkursverwaltung des SchKG stellt eine Konzession dar an das Prinzip des Selbsthilfeverfahrens der Gläubiger, die im System des SchKG nur gegeben ist, weil die ständige Konkursverwaltung einmal nicht genehm sein kann. Die Möglichkeit der Einsetzung einer Liquidationsverwaltung von Fall zu Fall steuert dem Bedenken.[120])

---

[119]) Diese Folgerung muss gezogen werden, wenn das BG erklärt: „Ce n'est pas des créanciers, mais de l'autorité que le liquidateur tient ses pouvoirs," . . . „il représente la masse . . . en evrtu d'un mandat de droit public." Pr. Bd. VI Nr. 34 S. 80 ff.

[120]) Piccard a. a. O. S. 40 41 schränkt die Anwendung der Ordnungsvorschriften ein, indem er im wesentlichen nur Art. 241

Das BG erklärt den Kollokationsplan als das einzige Mittel, um eine richtige Liquidation zu garantieren.[121]) Der Kollokationsplan bezweckt, die Forderungen in ihrer Rangordnung festzustellen und die Möglichkeit zu bieten, Ansprüche auf dem Klageweg durchzusetzen oder zu bestreiten. Der Sachwalter hat wohl ein Verzeichnis der eingegebenen Forderungen der Nachlassbehörde einzureichen; er weist aber dieselben weder ab noch heisst er sie gut, noch können Dritte rechtswirksam eine Bestreitung anbringen. Die Nachlassbehörde entscheidet, ob Forderungen zuzulassen oder zu bestreiten sind (Art. 310 SchKG).[122]) Möglich wäre darnach nur, dass der Gläubiger, dessen Forderung bestritten ist, dieselbe gerichtlich durchsetzt; dagegen erscheint es ausgeschlossen, dass Forderungen durch einen dritten Gläubiger mittels Klage angefochten werden können (Art. 250 Abs. 2 Satz 2 SchKG). Piccard muss im allgemeinen zugestimmt werden, wenn er das Interesse an der Wegweisung von Konkurrenten für jeden Gläubiger als auch im Abandonakkord gegeben erklärt.[123]) Dagegen sei das Interesse des Schuldners an der Bestreitung unbegründeter Eingaben ein viel geringeres, da ihm ja sowieso von seinem Vermögen nichts übrig bleibe, die Restforderungen aber in der Regel untergehen oder doch nicht mehr exequierbar seien;[124]) diese Darstellung trifft auf jeden Fall im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, bei dem eine bestimmte Dividende garantiert ist, nicht zu. Andererseits ist gewiss richtig, dass Putativgläubiger und Strohmänner

---

SchKG anerkennt. — Über Art. 17—19 SchKG im Sinne einer analogen Anwendung kann u. E. kein Zweifel bestehen.

[121]) Pr. Bd. VI Nr. 34 S. 80 ff.

[122]) Jäger a. a. O. S. 441; Piccard a. a. O. S. 41 ist der Auffassung, dass denjenigen, deren Forderungen bestritten sind, d. h. vom Nachlasschuldner bestritten wurden, eine peremtorische Frist zur gerichtlichen Geltendmachung zu setzen ist.

[123]) A. a. O. S. 42.

[124]) A. a. O. S. 42.

am besten durch das Mittel der Kollokationsklage ausgeschaltet werden, obwohl auch eine Feststellungsklage im ordentlichen Verfahren genügen dürfte;[125]) der dem Streitwert und den Kosten entsprechende Betrag müsste deponiert bleiben bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreites. Die Befürchtung Piccards, dass bei übersetzten oder fiktiven Forderungen, die ein Schuldner anerkennen würde, die Zustimmung immer noch verweigert werden könnte, betrifft das Stundungsverfahren, nicht dagegen das Erfüllungsverfahren. Dem Gläubiger kann mit den Art. 314—316 SchKG geholfen werden; gerade diese Bestimmungen bezwecken die Reaktion gegen nachlassvertragswidrige Handlungen des Schuldners. Diese Massnahmen sind solche des Nachlassvertragsverfahrens und können nicht ignoriert werden, weil auf andere Art dem Vertrauensmissbrauch besser beizukommen ist. Dagegen lässt sich kaum bestreiten, dass der einzig gangbare Weg, den Gläubigern die Eliminierung von Forderungen zu ermöglichen, die ihre eigene gefährdet, ohne dass Aussicht besteht, Ersatz auf andere Weise zu erhalten, durch das Kollokationsprinzip erstellt wird. Art. 310 SchKG wirft allerdings ein Bedenken auf. Wenn die Nachlassvertragsbehörde in Bestätigung des Nachlassvertrages eine Forderung nicht bestreitet, kann dann der Gläubiger seinerseits nach Art. 250 Abs. 2 Satz 2 diese Forderung bestreiten? Liegt nicht vielmehr in der Nichtbestreitung durch die Behörde eine Anerkennung? Das BG hat darüber ausgeführt: „Da beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Rechtsstellung des Schuldners dadurch nicht beeinträchtigt wird, dass eine von ihm bestrittene Forderung im Verfahren berücksichtigt wird, vielmehr nur die Gläubigerschaft an der Anerkennung oder Bestreitung der einzelnen eingegebenen Forderungen interessiert ist, so hat die Nachlassbehörde anzuweisen, das Kollokationsverfahren durchzuführen,

---

[125]) A. M. Piccard a. a. O. S. 43.

damit er als Vertreter der Gläubigerschaft über Zulassung oder Wegweisung der eingegebenen Forderungen entscheiden kann."[126]) Die Beeinträchtigung durch Berücksichtigung einer vom Schuldner bestrittenen Forderung kann aber doch bedeutsam werden, wenn der Abandonakkord eine bestimmte Dividende aufweist. Das BG führt dann weiter aus, dass neben dem Kollokationsverfahren „natürlich für die Ansetzung von Fristen gemäss Art. 310 SchKG kein Raum mehr ist, so dass diese Vorschrift ausser Anwendung fallen muss. Wenn jedoch, wie es nach den vorgelegten Akten hier anzunehmen ist, die Nachlassbehörde von der Anordnung des Kollokationsverfahrens absieht und in Anwendung von Art. 310 SchKG bei der Bestätigung des Nachlassvertrages den Gläubigern der vom Schuldner bestrittenen Forderungen selbst peremtorische Fristen zu deren gerichtlichen Geltendmachung ansetzt, so dürfen die betreffenden Gläubiger diese Fristen nicht versäumen, ohne ihre Forderungen aufzugeben, und müssen Klage erheben, die natürlich nur gegen den Schuldner, nicht aber gegen die Gläubigerschaft bezw. den Sachwalter als deren Vertreter zu richten ist. Dann brauchen sie sich aber nicht gefallen zu lassen, dass der Sachwalter das Kollokationsverfahren durchführt und ihnen dabei eine neue Klagefrist ansetzt, und kann ihnen,

---

[126]) Pr. Bd. XII S. 61 ff. (AS Bd. 48 III S. 217). — Das Obergericht des Kantons Zürich führt zu der Frage aus: „Wenn auch der Kollokationsplan als Grundlage für die Verteilung des Liquidationsergebnisses unentbehrlich ist, so bildet er doch keine unerlässliche Voraussetzung für die Klage desjenigen Gläubigers, dessen Forderung abgewiesen ist. Diese Klage — — kann sehr wohl erhoben werden, auch wenn ein Kollokationsplan nicht besteht. Notwendig ist nur, dass der Gläubiger weiss, worauf sich die Bestreitung bezieht (auf den Bestand überhaupt, auf einen Teil, oder auf den Anspruch eines Vorzugsrechtes) und innert welcher Frist er die Klage einzureichen hat". — Nach dem gleichen Entscheid bildet das vom Sachwalter aufgestellte Verzeichnis der angemeldeten Forderungen einen vollwertigen Ersatz (Bl. Zü R. Bd. 23 S. 59 ff).

wenn sie eine solche Frist verstreichen lassen, nicht entgegengehalten werden, die Abweisung im Kollokationsplan sei in Rechtskraft erwachsen. Vielmehr schafft das vom Gläubiger auf die Fristansetzung durch die Nachlassbehörde hin erstrittene Urteil Recht und ist der Sachwalter verpflichtet, es der Verteilung zugrunde zu legen." Damit hat sich das BG hinsichtlich Art. 250 Abs. 2 Satz 1 ausgesprochen,[127]) nicht dagegen bezüglich Abs. 2 Satz 2 desselben Artikels. Die Wegweisung eines Gläubigers auf Grund des dort aufgezeigten Tatbestandes kann nicht auf dem Wege des Art. 310 SchKG erfolgen, sondern ist offenbar nur möglich mittels Klage gemäss Art. 250 Abs. 2 Satz 2 SchKG. Nach B G ist es also nicht ausgeschlossen, dass gleichzeitig Klage gemäss Art. 310 im ordentlichen Verfahren vom einen Gläubiger gegen den Schuldner, eine andere gemäss Art. 250 Abs. 2 Satz 1 oder Satz 2 von einem andern Gläubiger gegen die Masse resp. einen Gläubiger eingereicht wird. Diese Doppelspurigkeit verlangt, wie Piccard mit Recht ausführt,[128]) ein einheitliches Verfahren, entweder nach Art. 244—251 oder gemäss Art. 310 SchKG. Fraglich bleibt aber immer noch, wie die definitive „Kollozierung" erfolgt, nachdem der Drittgläubiger mit seiner Anfechtung der Forderung eines andern obgesiegt hat; dient in diesem Fall der Betrag, um welchen der Anteil des Beklagten an der Nachlassvertragsmasse herabgesetzt wird, zur Befriedigung des Klägers bis zur vollen Deckung seiner Forderung mit Einschluss der Prozesskosten, und wird ein allfälliger Überschuss nach Massgabe des berichtigten Kollokationsplanes verteilt (Art. 250 Abs. 3 SchKG)?

Beim einfachen Nachlassvertrag verliert der Gläubiger den Anspruch auf Dividende nicht, auch wenn er seine Forderung nicht angemeldet hat. Im Verfahren des Abandonakkordes dagegen erhält der Schuldner Entlastung, es bleibt kein der Verlustscheinforderung adaequater

---

[127]) Schon in Pr. VI Nr. 34 S. 85/81.

[128]) A. a. O. S. 44.

Anspruch. Schon aus diesem Grunde rechtfertigt es sich, die Frist des Art. 251 SchKG anzuwenden; für eine Neuauflage des Kollokationsplanes kommt Art. 251 Abs. 2 SchKG in Frage. Es ist empfehlenswert, dass die Liquidationsverwaltung, trotz der Frist des Art. 300 SchKG, eine weitere Frist ansetzt mit dem Bemerken, dass die Säumigen Gefahr laufen, die Nachteile aus der verspäteten Anmeldung gemäss Art. 251 SchKG zu tragen. Beim Abandonakkord mit bestimmter Dividende wird diese Fristansetzung ebenfalls angebracht sein; da der reale Hintergrund der Schuldnerhaftung für den Dividendenausfall oft recht problematisch ist, muss im Interesse eines jeden Gläubigers gefordert werden, dass er wenigstens am Erlös aus der Liquidation der abgetretenen Aktiven partizipiert; die Möglichkeit liegt in der Fristansetzung.

Eine weitere Frage stellt Art. 306 Ziff. 3 SchKG. Gilt diese Vorschrift auch für den Abandonakkord? Das BG hat es als selbstverständlich vorausgesetzt, dass eine „besondere Sicherstellung" gemäss Art. 306 Ziff. 3 nicht vorhanden sein müsse.[129]) In der Tat kann kaum eine bessere Sicherstellung gefunden werden als die Überlassung der Verfügungsgewalt; auch wenn eine bestimmte Dividende garantiert ist, wird man darin keinen Mangel erblicken können, nachdem doch das abgetretene Vermögen laut Schätzung auch der Nachlassbehörde zur nachlassvertragsgemässen Befriedigung der Gläubiger ausreichen soll.

VIII.

Dass eine von der Verwaltung einzuberufende Versammlung, der über den Stand der Aktiven und Passiven Bericht zu erstatten ist (Art. 253 Abs. 1 SchKG), als kompetent gilt, über die Bestätigung der Verwaltung zu beschliessen, scheint verneint werden zu müssen, nachdem diese Verwaltung durch die Behörde in jedem einzelnen

[129]) Pr. Bd. III Nr. 162 S. 104 ff.

Falle eingesetzt wird. Eher muss ein Beschwerderecht am Platze sein; die Aufsichtsbehörde hat dann die Befugnis, die von ihr bestellten Organe abzuberufen. Nach der Praxis ist es üblich, nicht nur einen Liquidator zu ernennen, sondern eine Liquidationskommission, die bereits dem Gläubigerausschuss entspricht mit dem Unterschied, dass diese Liquidationskommission ihre Vollmacht aus dem Ernennungsdekret der Nachlassvertragsbehörde herleitet.[130])

Der Gläubigermasse kommt die Ausübung der ihr vom Schuldner abgetretenen Rechte zu. Sie kann ihrerseits wieder eine Abtretung dieser Rechte vornehmen. Es erscheint als Ausfluss der Teilhaberschaft an der Gläubigergesamtheit, dass jeder Gläubiger die Abtretung verlangen kann, wenn die Gesamtheit darauf verzichtet; er trägt natürlich die Kosten des Forderungseintriebes. Und ebenso versteht es sich, dass der Gläubiger, welcher das Risiko übernimmt, das Ergebnis für sich buchen kann, soweit seine eigene Forderung in Betracht kommt. Sollte das Ergebnis dieselbe übersteigen, dann hat er den Überschuss an die Masse abzuliefern, da sein Anteil am Beschlag nur bis zur Höhe seiner eigenen Forderung reicht.[131])

Die Verteilung des Liquidationserlöses folgt aus Art. 261 ff. SchKG. Hinsichtlich des Art. 261 ist zu bemerken, dass Abschlagszahlungen offenbar als zulässig erklärt werden müssen, auch wenn Prozesse, im Kollokationsverfahren oder gemäss Art. 310 SchKG, pendent sind. Notwendig ist dann allerdings die Deposition eines dem Streitwert, sowie den mutmasslichen Kosten entsprechen-

[130]) Mit Piccard (a. a. O. S. 45) ist der Liquidationsverwaltung ein weiterer Spielraum zu lassen als der Konkursverwaltung, z. B. in der Frage der Anordnung einer freiwilligen oder einer Zwangsversteigerung. Dabei kann Art. 256 Abs. 2 SchKG nur zur Anwendung gelangen, wenn man, mit dem BG, die Pfandgläubiger zwingt, die Pfandsache in die Masse einzuwerfen; in diesem Falle steht auch der Anwendung des Art. 257 Abs. 3 nichts entgegen.

[131]) Piccard a. a. O. S. 45 mit gleichem Resultat.

den Betrages.[132]) Die Abschlagszahlungen rechtfertigen sich im Hinblick auf die oft lange Zeit erfordernde Liquidation, die nicht von den Fristen des Art. 270 SchKG beeinflusst ist. Allerdings wird die den Liquidationsorganen übergeordnete Instanz darauf sehen müssen, dass die Liquidation sich nicht ins Uferlose hinzieht.

Art. 262 SchKG ist analog anzuwenden und Piccard (a. a. O. S. 46) zuzustimmen, soweit Massaschulden des Abandonakkordes den Massaschulden des Konkurses gleichgestellt werden. Hinsichtlich der Gebühren muss aber bemerkt werden, dass Honorarforderungen der Liquidatoren nicht hinter den Auslagen und den Massaschulden zurücktreten können. Gilt dies für die Konkursverwaltung, so nicht für die Liquidatoren, die zumeist Private sind. Allenfalls hat die Bestätigungsbehörde ein Fixum auszusetzen, das aus der Masse zugunsten der Liquidatoren ausgeschieden wird; ergibt die Liquidation eine stärkere Belastung der Organe als vorausgesehen war, dann kann dieses Depot erhöht werden. Ohne Sicherheit dafür, dass sie für ihre Arbeit Bezahlung erhalten, wird man auf die Dauer kaum Privatpersonen zur Liquidation heranziehen können.

Im Interesse der Gläubiger und der Verwaltung ist die Auflegung einer Verteilungsliste gemäss Art. 263 SchKG ratsam. Die Verteilung des Ergebnisses erfolgt an diejenigen Gläubiger, welche am Verfahren teilgenommen haben oder der Verwaltung bekannt sind; in Analogie zu Art. 267 SchKG unterliegen beide Kategorien denselben Beschränkungen.

IX.

1. Die Aufhebung des Abandonakkordes ist denkbar, wenn es dem Schuldner gelingt, die Gläubiger für die Totalität ihrer Forderungen zu befriedigen, oder wenn der Nachlassvertrag infolge Anwendung der Art. 315/316

[132]) A. M. Piccard a. a. O. S. 46.

SchKG dahinfällt. Der Tatbestand des Art. 315 tritt namentlich dann in die Erscheinung, wenn eine bestimmte Dividende garantiert wird. Einstellung der Liquidation und Aufhebung des Nachlassvertrages kann ferner durch Eröffnung des Konkurses über den Nachlasschuldner verursacht werden.[133])

2. Die Durchführung der Liquidation hat Saldoquittung für den Schuldner zur Folge, wenn die Dividende unbestimmt ist; liegt aber eine genaue Fixierung derselben vor, so kann der Schuldner nur Entlastung bei vertragsgemässer Befriedigung der Gläubiger verlangen. Eine Verlustscheinsforderung[134]) ist dann ausgeschlossen. Dagegen lässt es sich vorstellen, dass der Schuldner sich verpflichtet hat, während einer gewissen Zeit den Gläubigern Zahlungen zukommen zu lassen oder sie zu befriedigen, sofern ihm neues Vermögen zufällt; diese Variation ermöglicht dann die Ausstellung von Verlustscheinen, die selbstverständlich nur exequierbar sind, wenn die Zahlungsfrist abgelaufen ist oder der Schuldner wirklich neue Aktiven erhalten hat.

---

[133]) Vergleiche Bl. Zü. R. N. F. 1916 Bd. XV Nr. 39, wo das Liquidationsvermögen an die Konkursmasse abgeliefert werden musste.

[134]) BG Pr. Bd. III Nr. 162 S. 104 ff.