

Die Behandlung von Prozessen im Nachlassverfahren

von Kurt Stöckli, Rechtsanwalt in Bern, Partner Transliq AG, Bern/Zürich

1. Ausgangslage¹

Es geht nachfolgend um das Verhältnis von Nachlassverfahren und gerichtlichen Prozessen im Inland und Ausland. Zur Diskussion steht insbesondere die Anwendung von Art. 63 KOV und Art. 207 SchKG bei sogenannten Passivprozessen. Folgende Fälle sollen näher untersucht werden:

- Der Prozess wird in der Schweiz eingeleitet und dem Beklagten wird in der Schweiz eine Nachlassstundung bewilligt.
- Der Prozess wird im Ausland eingeleitet und dem Beklagten wird in der Schweiz eine Nachlassstundung bewilligt.

Bei den eingeklagten Forderungen handelt es sich immer um Forderungen, die sich auf die Zeit vor Bewilligung der Nachlassstundung beziehen. Massaprozesse und Aktivprozesse für Guthaben, die dem Nachlassschuldner zustehen, werden ausdrücklich nicht in diese Betrachtung miteinbezogen. Weil es sich bei Art. 63 KOV und Art. 207 SchKG um konkursrechtliche Bestimmungen handelt, werden zuerst des besseren Verständnisses wegen die Wirkungen der beiden Bestimmungen im Rahmen eines Konkursverfahrens untersucht und erst anschliessend geprüft, ob und in welchem Umfang diese Bestimmungen auch im Nachlassverfahren angewendet werden können.

2. Gesetzesbestimmungen

Gemäss Art. 207 Abs.1 SchKG werden Zivilprozesse (mit Ausnahme dringlicher Fälle), in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt. Zivilprozesse werden von Gesetzes wegen eingestellt, währenddem Verwaltungsverfahren nach Art. 207 Abs. 2 SchKG eines förmlichen Entscheides des Richters bedürfen. Ein solcher wird aber von der Lehre auch für die Zivilprozesse gefordert², im Interesse der Klarstellung der Verhältnisse zu Recht, weil für eine Einstellung nach Art. 207 SchKG mehrere Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Die eingestellten Prozesse können im ordentlichen Verfahren frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung, im summarischen Konkursverfahren frühestens zwanzig Tage nach der Auflegung des Kollokationsplanes wieder aufgenommen werden.

Nach Art. 63 Abs. 1 KOV sind streitige Forderungen, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung Gegenstand eines Prozesses bilden, im Kollokationsplan ohne Verfügung der Konkursverwaltung lediglich pro memoria vorzumerken. Entscheiden die Gläubiger, den Prozess fortzuführen, so erfolgt gemäss

Art. 63 Abs. 3 KOV je nach Ausgang des Prozesses die Streichung der Forderung oder die definitive Kollokation, welche von den Gläubigern nicht mehr angefochten werden kann. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung³ besteht der Zweck von Art. 63 KOV insbesondere darin, um des Gewinnes an Zeit und Geld willen den Konkursgläubigern zu ersparen, im Anschluss an die Auflegung des Kollokationsplanes einen bereits teilweise instruierten Prozess von Neuem anzufangen. Das Bundesgericht hat diesen Grundsatz der Prozessökonomie derart weit ausgelegt, dass es ausdrücklich die Rechtshängigkeit als nicht ausschlaggebendes Kriterium zur Beurteilung der Frage, ob eine Sache Gegenstand eines Prozesses im Sinne von Art. 63 Abs. 1 KOV bilde, bezeichnet hat. Entscheidend ist also nicht bereits die Durchführung des Sühneverfahrens, das in einigen Kantonen die Rechtshängigkeit bewirkt, sondern die Instruktion des Prozesses, die mit dem Sammeln des Prozessstoffes und dem Vorlegen der Beweismittel, somit frühestens mit der Klagebegründung, beginnt. Erst unter diesen Voraussetzungen erachtet das Bundesgericht die Anwendung von Art. 63 Abs. 1 KOV, und damit eine pro memoria — Kollokation, als sinnvoll³.

3. Wirkungen des Konkurses auf einen Passivprozess

A. Prozess vor Konkurseröffnung in der Schweiz eingeleitet

Bei dieser Ausgangslage wird der Prozess nach Art. 207 SchKG sistiert und die Forderung nach Art. 63 Abs. 1 KOV pro memoria in den Kollokationsplan aufgenommen. Die zweite Gläubigerversammlung entscheidet dann im gegebenen Zeitpunkt über die Fortführung des Prozesses. Wird der Prozess weitergeführt, wird das Prozessurteil in den Kollokationsplan übernommen. Die Gläubiger können gemäss Art. 63 Abs. 3 KOV diese Kollokation nicht mehr anfechten.

B. Prozess vor Konkurseröffnung im Ausland eingeleitet

In diesem Fall wird der Prozess nicht automatisch gestützt auf Art. 207 SchKG sistiert. Das Bundesgericht hat die Frage der Anwendung von Art. 207 in seiner früheren Praxis⁴ noch offen gelassen. In der Lehre wird die Frage unterschiedlich beantwortet. Nach der einen Ansicht ist Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV auch auf Prozesse im Ausland anwendbar, andernfalls ergäbe sich eine unnötige Wiederholung von Prozessen⁵. Nach anderer Ansicht sind die beiden auf den Prozess zugeschnittenen Bestimmungen gemäss dem Territorialitätsprinzip auf das Gebiet der Schweiz beschränkt und es liegt allein im Ermessen des ausländischen Richters, ob er den Prozess sistieren will oder nicht⁶.

Hinsichtlich Art. 63 KOV hat das Bundesgericht im Falle eines in Deutschland hängigen Prozesses dessen Anwendung bejaht, ohne dies allerdings näher zu begründen⁷. In einem erst kürzlich gefällten Entscheid hat das Bundesgericht nun klar gemacht, dass sowohl Art. 207 SchKG als auch Art. 63 KOV nur gegenüber Richtern und Behörden in der Schweiz gelte⁸. Es hat dem Territorialitätsprinzip gegenüber dem Universalitätsprinzip klar den Vorrang gegeben. Art. 207 SchKG bilde die gesetzliche Grundlage für Art. 63 KOV und beide Bestimmungen würden sich nur auf Prozesse im Inland beziehen. Es bestehe deshalb keine gesetzliche Grundlage, die hoheitliche Kompetenz der Konkursverwaltung zu beschneiden. Daraus folgt, dass die Konkursverwaltung eine angemeldete Forderung ohne Rücksicht auf den im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hängigen Prozess zu erwahren hat. Dem Entscheid ist im Ergebnis zuzustimmen, weil so verhindert wird, dass Gläubiger, aus welchen Gründen und wie auch immer, ausländische Gerichtsstände anrufen und so die für alle Gläubiger gleiche Zuständigkeit des schweizerischen Kollokationsrichters und damit auch den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger unterlaufen. Trotzdem stellt sich die Frage, ob das Bundesgericht mit seiner Begründung (nicht mit dem Ergebnis) nicht über das Ziel hinaus geschossen hat. Das Bundesgericht hat sich nämlich nicht mit der Frage, zu welchem Zeitpunkt eine streitige Forderung Gegenstand eines Prozesses bilden muss, auseinandergesetzt. Dies führt unweigerlich dazu, dass die Konkursverwaltung selbst weit fortgeschrittene, im Ausland lange vor Konkurseröffnung anhängig gemachte Prozesse nicht beachten muss, weshalb unter Umständen über eine Kollokationsklage der ganze Prozess vor einem anderen Gericht nochmals wiederholt werden muss. Dies widerspricht regelmässig nicht nur der Prozessökonomie, sondern in vielen Fällen auch den Interessen der Gläubiger⁹.

4. Wirkungen des Nachlassverfahrens auf einen Passivprozess

A. Prozess vor Bewilligung der Nachlassstundung in der Schweiz eingeleitet

Soweit sich die Lehre überhaupt zu diesem Problem äussert, wird praktisch einhellig die Meinung vertreten, dass die Bewilligung der Nachlassstundung im Gegensatz zur Konkurseröffnung keine Einstellung solcher Prozesse nach Art. 207 SchKG bewirke¹⁰. Eine eigentliche Auseinandersetzung mit der Problematik fand aber weder in der Lehre noch durch das Bundesgericht statt. Im jüngsten Entscheid¹¹ hat sich das Bundesgericht nur mit der Anwendung von Art. 207 SchKG auf Prozesse im Ausland befasst.

Dafür hat das Bundesgericht bereits früher¹² das Nachlassverfahren mit dem Konkursverfahren wie folgt verglichen:

- Das Nachlassverfahren sei eine Art Vollstreckungersatz.

- Beide Verfahren seien gleichartig.
- Die Bewilligung der Nachlassstundung habe eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse analog einer Konkursöffnung auszuschliessen.
- Eine widerspruchsfreie Lösung sei nur bei Massgeblichkeit des Zeitpunktes der Nachlassstundung möglich.
- Das analoge Stichdatum sei die Genehmigung der Nachlassstundung und nicht die Bestätigung des Nachlassvertrages.

In einem späteren Entscheid¹³ hat das Bundesgericht diese Schlussfolgerung, dass die Bewilligung der Nachlassstundung der Konkursöffnung gleichstehe, ausdrücklich bestätigt. Auch wenn der Vergleich der beiden Verfahren nicht direkt im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 207 SchKG erfolgt ist, sind doch die beiden Verfahren ganz grundsätzlich miteinander verglichen worden. Gegen eine analoge Anwendung von Art. 207 SchKG bereits bei der Bewilligung der Nachlassstundung spricht allenfalls, dass in diesem Zeitpunkt regelmässig noch keine eigentliche Masse besteht und der Schuldner immer noch beschränkt handlungsfähig ist. Weit schwerer ins Gewicht fällt aber, dass der Nachlassschuldner ab Bewilligung der Nachlassstundung die Verhältnisse nicht mehr zulasten der Gläubiger verändern darf sowie das allgemeine Betreibungsverbot gemäss Art. 297 Abs. 1 SchKG. Wenn unbestritten ist, dass nach der Bewilligung der Nachlassstundung keine Betreibung mehr eingeleitet werden kann (von Ausnahmen gemäss Art. 297 Abs. 2 SchKG abgesehen), so muss ein solches Verbot erst recht auch für die Einleitung bzw. Weiterführung von Prozessen gelten. Für die analoge Anwendung von Art. 207 SchKG spricht auch die bisherige Praxis des Bundesgerichts zur analogen Anwendung von Art. 63 KOV im Nachlassverfahren¹⁴. Die Lehre stimmt mit dem Bundesgericht überein, dass einzelne Bestimmungen der KOV, u.a. auch Art. 63 KOV, analog im Nachlassverfahren zur Anwendung gelangen¹⁵. Nachdem nach der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁶ Art. 207 SchKG die gesetzliche Grundlage für Art. 63 KOV bildet, ist die analoge Anwendung von Art. 207 SchKG auch auf Nachlassverfahren und zwar angesichts der gleichartigen Wirkungen von Bewilligung der Nachlassstundung und Konkursöffnung ab dem Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung nur logisch. Daraus folgt, dass inländische Passivprozesse mit der Bewilligung der Nachlassstundung gemäss Art. 207 SchKG vorläufig einzustellen und die streitigen Forderungen beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung im nachfolgenden Liquidationsverfahren nur pro memoria in den Kollokationsplan aufzunehmen sind. Über eine allfällige Fortsetzung oder Anerkennung der Prozesse hätte diesfalls der Gläubigerausschuss anstelle der 2. Gläubigerversammlung im Konkursverfahren zu entscheiden. Beim ordentlichen Nachlassverfahren könnten mangels Kollokationsverfahren die Prozesse nach Aufhebung der Nachlassstundung wieder weitergeführt werden.

B. Prozess nach Bewilligung der Nachlassstundung, aber vor Bestätigung des Nachlassvertrages in der Schweiz eingeleitet

Dass eine Prozesseinleitung nach Bewilligung der Nachlassstundung möglich ist, blieb in der Lehre bisher unbestritten, weil von der fehlenden Anwendung von Art. 207 SchKG im Nachlassverfahren ausgegangen wird. Wenn laufende Prozesse nicht eingestellt werden müssen, soll es auch möglich sein, nach Bewilligung der Nachlassstundung noch einen Prozess gegen den Nachlassschuldner einzuleiten¹⁷. Immerhin weist aber bereits *Gilliéron*¹⁸ darauf hin, dass Art. 63 KOV nach Bewilligung der Nachlassstundung nicht mehr anwendbar sei, d.h. dass die Liquidatorin die Forderung zu erwahren und nicht bloss mit p. m. zu kollozieren hätte. Unter diesen Voraussetzungen dürfte eigentlich kein Prozess für „alte“ Forderungen mehr eingeleitet werden, andernfalls die Grundsätze der Prozessökonomie und der Gleichbehandlung der Gläubiger im Nachlassverfahren ihres Sinnes beraubt werden. Diese Ausgangslage wird m. E. gestützt durch die bundesgerichtliche Praxis zum Vergleich der beiden Verfahren¹⁹, aber auch durch die etwas älteren Entscheide des Bundesgerichts zur Frage der analogen Anwendung von Art. 204 SchKG (Verlust der Verfügungsbefugnis und damit auch der Prozessführungsbefugnis im Konkursverfahren)²⁰. Die Nichtanwendbarkeit von Art. 63 KOV und das Verbot einer Prozesseinleitung für „alte“ Forderungen nach Bewilligung der Nachlassstundung ist vor diesem Hintergrund die einzige logische Lösung.

C. Prozess nach Bestätigung des Nachlassvertrages in der Schweiz eingeleitet

Eine solche Prozesseinleitung für vor der Bewilligung der Nachlassstundung entstandene Forderungen ist nicht mehr möglich. Durch den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung wird dem Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen entzogen und stattdessen den Gläubigern eingeräumt²¹. Zum gleichen Schluss gelangt man übrigens auch durch die analoge Anwendung von Art. 204 SchKG. Dieser Artikel regelt den Verlust der Verfügungsbefugnis (und damit auch den Verlust der Prozessführungsbefugnis) des Schuldners nach Konkurseröffnung. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist unbestritten²².

D. Prozess vor Bewilligung der Nachlassstundung, nach Bewilligung, aber vor Bestätigung des Nachlassvertrages oder nach Bestätigung des Nachlassvertrages im Ausland eingeleitet

Nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung²³ kommen gestützt auf das Territorialitätsprinzip weder Art. 207 SchKG noch Art. 63 KOV zur Anwendung²⁴. Diese Bestimmungen würden sich nur an Richter und Be-

hörden im Inland richten, weshalb ausländische Richter (anderslautende staatsvertragliche Bestimmungen vorbehalten) nicht verpflichtet seien, den schweizerischen Konkurs zu beachten. Das Bundesgericht hat ausdrücklich festgehalten, dass diese Grundsätze auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zur Anwendung gelangen²⁵. Der Liquidator hat also, unabhängig von allfälligen Prozessen im Ausland, die Forderungserwahrung vorzunehmen und das Kollokationsplanverfahren nach Art. 247 SchKG einzuschlagen.

5. Zusammenfassung

Nachdem das Bundesgericht das Konkurs- und Nachlassverfahren miteinander verglichen und als gleichartig bezeichnet und insbesondere die Bewilligung der Nachlassstundung als das zur Konkursöffnung analoge Stichdatum bezeichnet hat²⁶ ist auch bei der analogen Anwendung von Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV in Nachlassverfahren auf den Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung abzustellen. Das heisst, dass mit der Bewilligung der Nachlassstundung die in der Schweiz eingeleiteten Prozesse einzustellen und die angemeldeten Forderungen beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung im nachfolgenden Liquidationsverfahren mit p.m. in den Kollokationsplan aufzunehmen sind. Das heisst aber auch, dass nach Bewilligung der Nachlassstundung keine Prozesse gegen den Schuldner für „alte“ Forderungen mehr eingeleitet werden können (analog zum Betreibungsverbot nach Art. 297 Abs. 1 SchKG). Für im Ausland eingeleitete Prozesse kommt wegen des Territorialitätsprinzips eine analoge Anwendung von Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV allerdings nicht in Frage²⁷. Unabhängig vom Prozessverlauf im Ausland hat die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator im Nachlassverfahren eine selbständige Forderungserwahrung vorzunehmen.

- 1 Überarbeitetes Referat, gehalten an der Tagung „Aktuelle Probleme des SchKG“ der Universität St. Gallen in Luzern vom 15. Oktober 2004.
- 2 *SchKG-Wohlfahrt*, Art. 207 N14.
- 3 BGE 54 III 164 und BGE113 III 132.
- 4 BGE 93 III 89 E. 3.
- 5 *Fritzsche/Walder*, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd.II, S.301, §49 Rz.15 Anm.28.
- 6 *SchKG-Hierholzer*, Art. 247 N. 76, *Pierre-Robert Gilliéron*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, N.16 zu Art. 207 SchKG.
- 7 BGE 112 III 36, E. 3a.
- 8 BGE 130 III 769.
- 9 Vgl. *Kurt Stöckli*, Die Behandlung eines ausländischen Prozesses im Konkurs- und Nachlassverfahren, in: Jusletter 13.12.2004.

- 10 *Ludwig*, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, 1970, S. 77; *Papa*, Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, 1941, S. 99.
- 11 BGE 130 III 769.
- 12 BGE 125 III 157.
- 13 BGE 5C.155/2000.
- 14 BGE 92 III 27; BGE 105 III 28; BGE 115 III 144.
- 15 Vgl. auch Art. 321 Abs. 2 SchKG sowie *Jaeger/Walder//Kull/Kottmann*, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Zürich 2001, N 28 zu Art. 321 SchKG; *Pierre-Robert Gilliéron*, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, III, Lausanne 2003, N 19 zu Art. 321 SchKG.
- 16 BGE 130 III 769.
- 17 *Ludwig*, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, 1970, S. 77; *Papa*, Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, 1941, S. 99.
- 18 Vgl. auch Art. 321 Abs. 2 SchKG sowie *Jaeger/Walder//Kull/Kottmann*, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, Zürich 2001, N 28 zu Art. 321 SchKG; *Pierre-Robert Gilliéron* Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, III, Lausanne 2003, N 19 zu Art. 321 SchKG.
- 19 BGE 125 III 157.
- 20 BGE 56 III 91, BGE 85 III 208.
- 21 Vgl. Art. 317 SchKG.
- 22 Vgl. statt vieler *Ludwig*, a.a.O., S. 33.
- 23 BGE 130 III 769.
- 24 Vgl. auch Ziff. 3 B hievor zum Konkursverfahren.
- 25 BGE 130 III 769.
- 26 BGE 125 III 157.
- 27 BGE 130 III 769, vgl. *Kurt Stöckli*, Die Behandlung eines ausländischen Prozesses im Konkurs- und Nachlassverfahren, in: Jusletter 13.12.2004.