

Die Verwertung von Stockwerkanteilen ab Plan im Insolvenzverfahren

Referat von Philipp Possa anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung vom 25. November 2015 zum Thema Kauf von Stockwerkeigentum ab Plan gehalten hat

I. Allgemeine Bemerkungen

Die nachstehenden Ausführungen zum Konkurs- und Nachlassverfahren stellen nicht eine umfassende und abschliessende Darstellung des Konkurs- und Nachlassverfahrens dar. Die gemachten Ausführungen dienen lediglich zum besseren Verständnis der Ausführungen zur Verwertung von Stockwerkanteilen im Konkurs- bzw. Nachlassfall, wobei insbesondere auch der (frühste) mögliche Zeitpunkt der Verwertung je nach Insolvenzverfahren kurz erläutert wird, da die Dringlichkeit häufig eine Rolle spielen wird, wenn das Bauprojekt nicht zu lange blockiert werden soll. Die Verwertung der Stockwerkanteile ab Plan selbst wird im Abschnitt III. dargestellt.

II. Konkurs- und Nachlassverfahren

1. Allgemeines

Im Gegensatz zur Einzelexécution (Betreibung (Art. 67 ff. SchKG) und der Betreibung auf Grundpfandverwertung (Art. 151 ff. SchKG) sind im Rahmen der Generalexekution – Konkursverfahren (Art. 197 ff. SchKG) und grundsätzlich auch bei im Nachlassliquidationsverfahren (Art. 317 ff. SchKG) – sämtliche Vermögenswerte des Schuldner zu verwerten.

2. Konkursverfahren

Mit der Konkurseröffnung bildet sämtliches pfandbares Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehört, eine einzige Konkursmasse und somit auch mögliches Eigentum an Stockwerkanteilen, auch wenn diese bei Konkurseröffnung nur auf dem Plan existieren (Art. 197 Abs. 1 SchKG). Sofern ein Betrieb vorhanden ist, wird dieser umgehend eingestellt. Die Konkursverwaltung kündigt den Arbeitnehmern und stellt diese unverzüglich frei. Die Konkursverwaltung muss prüfen, ob genügend Mittel vorhanden sind, um das Verfahren überhaupt durchzuführen oder ob der Antrag auf Einstellung des Konkursverfahrens gestellt werden muss (Art. 230 SchKG). Falls das Verfahren durchgeführt werden kann, gilt es abzuklären, ob ein summarisches (Art. 231 SchKG) oder ein ordentliches Konkursverfahren durchgeführt werden kann.

2.1 Summarisches Konkursverfahren

2.1.1 Allgemeines

Wenn der Erlös aus den inventarisierten Vermögenswerten voraussichtlich nicht genügt, um die Kosten des ordentlichen Konkursverfahrens zu decken oder die Verhältnisse einfach sind, wird das Verfahren im summarischen Verfahren durchgeführt. Das Konkursamt muss dem Gericht einen entsprechenden Antrag stellen (Art. 231 Abs. 1 SchKG). Es wird grundsätzlich nach den Regeln des ordentlichen Konkursverfahrens durchgeführt. Das summarische Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass es einfach, rasch und weitgehend formlos durchgeführt wird¹. Insbesondere werden in der Regel keine Gläubigerversammlungen durchgeführt. Falls aufgrund der besonderen Umstände eine Anhörung der Gläubiger als wünschenswert erscheint, so kann das Konkursamt diese zu einer Versammlung einladen oder einen Gläubigerbeschluss auf dem Zirkularweg herbeiführen (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG). In der Praxis wird eine Gläubigerversammlung im Rahmen eines Summarverfahrens praktisch nie abgehalten.

2.1.2 Die Verwertung im Speziellen

Im Summarverfahren führt das Konkursamt die Verwertung bereits nach Ablauf der Eingabefrist (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) durch bzw. kann bereits ab diesem Datum zur Verwertung schreiten. Es muss bei der Verwertung der Konkursaktiven gleichwohl Art. 256 Abs. 2 bis 4 SchKG berücksichtigen (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG) nämlich:

- Eine freihändige Verwertung ist möglich, falls die Gläubiger dies beschliessen;
- Begrüssung der Pfandgläubiger sofern der verpfändete Gegenstand anders als durch öffentliche Versteigerung verwerten werden soll;
- Vermögensgegenstände von bedeutendem Wert und Grundstücke dürfen nur freihändig verwertet werden, wenn die Gläubiger vorher Gelegenheit erhalten haben, höhere Angebote zu machen;
- Anfechtungsansprüche nach Art. 286–288 dürfen weder versteigert noch sonst wie veräussert werden.

¹ AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Auflage, Bern 2013, S. 462

Die Stockwerkeinheiten als Miteigentumsanteile an Grundstücken, stellen ebenfalls Grundstücke dar (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB) und zwar auch, wenn das Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes im Grundbuch eingetragen worden ist (Art. 69 Abs. 1 HRegV, siehe auch Art. 68 Abs. 1 HRegV). Im Übrigen gilt es bei der Verwertung von Stockwerkanteilen die Bestimmungen über die Verwertung von Grundstücken (Art. 130a ff. VZG) zu berücksichtigen, ebenso die verschiedenen Rundschriften und Verordnungen des Bundesgerichts (z.B. Kreisschreiben Nr. 17 vom 1. Februar 1926 vom 1. Februar 1926 betreffend die Behandlung von Miteigentum und Gesamteigentum im Konkurs, BBl 1926 I 515, Verordnung des Bundesgerichts vom 17. Januar 1923 über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen)².

Duldet eine Verwertung keinen Aufschub und kann der Ablauf der Eingabefrist nicht abgewartet werden, kann allenfalls ein sogenannter Notverkauf durchgeführt werden (Art. 243 Abs. 2 SchKG). Auf den Notverkauf wird nachstehend unter Ziff. II. 2.2.2 kurz eingegangen. Die Ausführungen dort gelten auch für das Summarverfahren.

2.2 Ordentliches Konkursverfahren

2.2.1 Allgemeines

Das ordentliche Konkursverfahren wird durchgeführt, wenn der Erlös aus den inventarisierten Vermögenswerten voraussichtlich genügend gross ist, um das ordentliche Konkursverfahren durchzuführen. Wird das ordentliche Konkursverfahren durchgeführt, findet zwingend eine 1. Gläubigerversammlung (Art. 235 SchKG) statt.

2.2.2 Die Verwertung im Speziellen

Die Verwertung der Aktiven, insbesondere auch die Verwertung von Stockwerkeinheiten, darf grundsätzlich erst nach der Durchführung der 2. Gläubigerversammlung stattfinden (Art. 243 Abs. 3 SchKG). Die 2. Gläubigerversammlung kann aber erst durchgeführt werden, wenn der Kollokationsplan erstellt und aufgelegt ist (Art. 252 Abs. 1 SchKG). Dieser wird, gerade bei grösseren Verfahren, meistens aber erst mehrere Monaten allenfalls sogar Jahren, nach Eröffnung des Konkurses erstellt. Eine solch relativ lange Zeitspanne zwischen Konkurseröffnung und Verwertung kann sich negativ auf das Verwertungsergebnis auswirken. Insbesondere bei der Verwertung von Stockwerkanteilen ab Plan kann ein längeres Zuwarten bei der Verwertung je nach Konstellation und Eigentumsverhältnisse ein ganzes Bauprojekt zum Erliegen bringen.

Allerdings kann eine Verwertung auch vor der Durchführung der zweiten Gläubigerversammlung bzw. sogar vor der 1. Gläubigerversammlung vor-

genommen werden. Die Konkursverwaltung verwertet ohne Aufschub Gegenstände, die schneller Wertverminderung ausgesetzt sind, einen kostspieligen Unterhalt erfordern oder unverhältnismässig hohe Aufbewahrungskosten verursachen (Art. 243 Abs. 2 SchKG). Es handelt sich um sogenannte Notverkäufe. Die Tragweite dieser Bestimmung darf durch den Wortlaut oder die Bezeichnung Notverkauf nicht unterschätzt werden. Möglich ist nämlich auch der Verkauf von Betriebsteilen ja sogar von ganzen Betrieben unter dem Titel Notverkauf³. Ein kaufmännisches Unternehmen kann gemäss Bundesgericht einen Vermögenswert darstellen, der schneller Wertverminderung ausgesetzt ist und deshalb ohne Aufschub verkauft werden kann⁴.

Es besteht auch die Möglichkeit und wird in der Praxis häufig gemacht, dass sich die Konkursverwaltung im Rahmen der 1. Gläubigerversammlung – und falls diese nicht beschlussfähig ist – im Rahmen des Einladungsschreibens auf dem Zirkularweg (Art. 255a i.V.m. Art. 238 SchKG) – ermächtigen lässt, Aktiven (generell) vorzeitig verwerten zu dürfen. Dadurch erhält die Konkursverwaltung die nötige Flexibilität, im Interesse der Gläubiger Vermögenswerte vor der Durchführung der 2. Gläubigerversammlung zu verwerten, auch wenn es sich zwar nicht um einen klassischen Notverkauf handelt aber dennoch nicht Monate oder Jahre mit dem Verkauf gewartet werden kann bzw. sollte.

Im ordentlichen Konkursverfahren kommen die unter Ziff. II. 2.1.2 hiervoor erwähnten Bestimmungen (insbesondere Art. 130a ff. VZG), Rundschriften und Verordnungen des Bundesgerichts ebenfalls zur Anwendung⁵.

Das SchKG sieht als Verwertungsmodus als erstes die öffentliche Versteigerung vor. Falls die Gläubiger dies beschliessen, ist eine freihändige Verwertung ebenfalls möglich (Art. 256 Abs. 1 SchKG). Wie beim Summarverfahren dürfen verpfändete Vermögensstücke nur mit Zustimmung der Pfandgläubiger anders als durch öffentliche Versteigerung verwertet werden (Art. 256 Abs. 2 SchKG). Ebenso muss den Gläubigern bei Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert die Möglichkeit gegeben werden, ein höheres Angebot zu machen (Art. 256 Abs. 3 SchKG).

3. Nachlassverfahren

3.1 Allgemeines

Oftmals kann mit Hilfe eines Nachlassstundungsverfahrens ein Konkurs und damit der definitive Untergang des Unternehmens vermieden werden. Wichtige Voraussetzung hierfür ist, dass sich die in finanziellen Schwierigkeiten befindliche Unterneh-

² AMÉDÉO WERMELINGER, Das Stockwerkeigentum, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 712c N 138 m.w.H.

³ Entscheidung des Bundesgerichts vom 22. März 2013, 5A_27/2013, insb. Erw. 4.

⁴ BGE 131 III 280 Erw. 2

⁵ Siehe auch FN ii

mung früh genug mit dem Gang zum Nachlassrichter befasst. Zuwarten erhöht meist den Druck auf die Gesellschaft. Gläubiger werden ungeduldig, wenn Rechnungen nicht mehr bezahlt werden und es kann auch ein Vertrauensbruch mit den Kunden stattfinden, wenn die Leistungserbringung nicht mehr erwartungsgemäss erfolgt. Folge daraus ist, dass sich die finanzielle Situation derart verschlechtert, dass ein Nachlassverfahren nicht mehr in Frage kommt und die Bilanz deponiert werden muss. Das Nachlassstundungsverfahren bietet dem Schuldner gerichtlichen Schutz vor den Gläubigern und die nötige Zeit, in Ruhe die Sanierungsmöglichkeiten zu prüfen und entsprechende Massnahmen umzusetzen und einzuleiten. Im Vergleich dazu kommt eine aussergerichtliche Sanierung nur in einfachen Verhältnissen in Frage, da bei dieser alle Gläubiger dem Sanierungsvorschlag zustimmen müssen, was meist ein schwieriges Unterfangen ist. Beim gerichtlichen Nachlassverfahren bedarf es der Zustimmung lediglich eines bestimmten Quorums der Gläubiger⁶.

Das Nachlassstundungsverfahren bietet unter Berücksichtigung der Interessen des Schuldners, der Gläubiger, Lieferanten und Kunden optimale Möglichkeiten, eine Unternehmungssanierung (auch von Einzelfirmen) vorzubereiten und umzusetzen.

Das Nachlassverfahren bietet verschiedene Sanierungsmöglichkeiten. So bestehen im geschützten Rahmen des Nachlassverfahrens folgende Möglichkeiten:

- Vollständige Sanierung in dem Sinne, dass sämtliche Forderungen befriedigt werden und die Nachlassstundung wieder aufgehoben wird;
- Sanierung mit Zustimmung sämtlicher Gläubiger während der Nachlassstundung. Bei der Sanierung verzichten die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen, sei es gleichmässig oder auch nicht. Vorausgesetzt wird einzig, dass sämtliche Gläubiger zustimmen. Anschliessend wird die Nachlassstundung aufgehoben;
- Ordentlicher Nachlassvertrag, ein sogenannter Dividendenvergleich, bei welchem die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderung verzichten und welchem die Gläubiger gemäss einem bestimmten Quorum – bestehend aus Anzahl Gläubigern und Forderungshöhe⁷ – zustimmen müssen, damit dieser für sämtliche Gläubiger gültig ist;
- Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ein sogenannter Liquidationsvergleich, welcher ebenfalls gemäss dem hiervor erwähnten Quorum angenommen werden muss. Dieser sieht

die Übertragung sämtlicher Vermögenswerte oder eines Teils davon an die Gläubiger zwecks Verwertung durch einen Liquidator im Rahmen des sich an die Nachlassstundung anschliessenden Nachlassliquidationsverfahrens vor. Gleichzeitig erfolgt ein Verzicht für den nicht befriedigten Teil der Forderung. Auch bei dieser Variante gibt es zahlreiche Möglichkeiten. So können beispielsweise der Betrieb oder Betriebsteile an eine neu gegründete Aufgangsgesellschaft oder ganz allgemein an eine bestehende Gesellschaft verkauft und übertragen werden.

Die Bestimmungen des Nachlassverfahrens sind genug flexibel, um den Umständen im Einzelfall möglichst gerecht zu werden.

Das Nachlassverfahren gliedert sich grundsätzlich in 5 Phasen:

1. Vorbereitung und Bewilligung der Nachlassstundung
2. Die provisorische Nachlassstundung
3. Die definitive Nachlassstundung
4. Die Bestätigung des Nachlassvertrages
5. Den Vollzug des Nachlassvertrages

Es gibt grundsätzlich zwei Arten von Nachlassverträgen, den ordentlichen Nachlassvertrag (auch Dividenden- oder Prozentvergleich genannt, Art. 314 ff. SchKG) und den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (auch Liquidationsvergleich genannt, Art. 317 ff. SchKG).

3.2 Die Nachlassstundung

3.2.1 Allgemeines

Ganz unabhängig davon, welcher Nachlassvertrag den Gläubigern unterbreitet werden soll, beginnt jedes Nachlassverfahren mit einer provisorischen Nachlassstundung, welche maximal 4 Monate dauern kann (Art. 293a Abs. 1 und 2 SchKG). Nur wenn «offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages» besteht, ist die Bewilligung nicht zu erteilen und unverzüglich der Konkurs zu eröffnen (Art. 293 Abs. 3 SchKG). Ergibt sich während der prov. Nachlassstundung, dass Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht, so bewilligt das Nachlassgericht die Stundung definitiv. Die definitive Nachlassstundung kann für vier bis sechs Monate bewilligt werden, wobei eine Verlängerung auf Antrag des Sachwalters auf 12 bis 24 Monate möglich ist (Art. 295b Abs. 1 SchKG).

Der Nachlassrichter setzt zur näheren Prüfung der Sanierungsaussichten oder der Aussichten auf Bestätigung des Nachlassvertrages einen oder mehrere Sachwalter ein (Art. 293b Abs. 1 SchKG). Die Aufgaben des provisorischen Sachwalters entsprechen den Aufgaben des definitiven Sachwalters gemäss Art. 295 SchKG (Art. 293b Abs. 1 SchKG).

⁶ Nachlassstundung als Sanierungsmittel, PHILIPP POSSA/DENISE KREUTZ in NZZ, 11. Oktober 2007, Nr. 236

⁷ Der Nachlassvertrag ist angenommen, wenn ihm entweder die Mehrheit der Gläubiger, welche zugleich zwei Drittel des Gesamtbetrages der Forderungen vertreten, oder ein Viertel der Gläubiger, welche zugleich drei Viertel des Gesamtbetrages der Forderungen vertreten, zustimmen (Art. 305 Abs. 1 SchKG).

3.2.2 Der Sachwalter

Der Sachwalter hat insbesondere folgende Aufgaben (Art. 295 Abs. 2 SchKG):

- er entwirft den Nachlassvertrag, sofern erforderlich;
- er überwacht die Handlungen des Schuldners (Art. 298 Abs. 1 SchKG);
- er erfüllt die in den Artikel 298–302 und 304 SchKG bezeichneten Aufgaben (insbesondere Inventaraufnahme, Schuldeneruf, Einberufung und Durchführung der Gläubigerversammlung, verfassen Sachwalterberichte usw.);
- er erstattet auf Anordnung des Nachlassrichters Zwischenberichte und orientiert die Gläubiger über den Verlauf der Stundung.

Das Nachlassgericht kann dem Sachwalter weitere Aufgaben zuweisen (Art. 295 Abs. 3 SchKG). Der Sachwalter ist hoheitlich tätig.

3.2.3 Die Wirkungen der Nachlassstundung

Die Nachlassstundung zeitigt u.a. folgenden Wirkungen: Während der Nachlassstundung können gegen den Schuldner keine neuen Beteiligungen mehr eingeleitet noch fortgesetzt werden (mit Ausnahme der Beteiligung auf Pfandverwertung für Grundpfandgesicherte Forderungen, wobei die Verwertung des Grundpfandes ausgeschlossen bleibt (Art. 297 Abs. 1 SchKG). Der Arrest und andere Sicherungsmassnahmen sind nicht mehr möglich (Art. 297 Abs. 3 SchKG). Die Abtretung zukünftiger Forderungen vor der Bewilligung der Nachlassstundung entfaltet keine Wirkung mehr (Art. 297 Abs. 4 SchKG). Die Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren über Nachlassforderungen werden, mit Ausnahme dringlicher Fälle, sistiert (Art. 297 Abs. 5 SchKG). Die Verjährungs- und Verwirkungsfristen stehen still (Art. 297 Abs. 6 SchKG). Der Zinsenlauf steht still mit Ausnahme für die pfandgesicherten Forderungen (Art. 297 Abs. 7 SchKG). Für die Verrechnungen gelten die Konkursbestimmungen von Art. 213 f. SchKG (Art. 297 Abs. 8 SchKG).

3.2.4 Verfügungsfähigkeit des Schuldners und die Verwertung im Speziellen

Der Schuldner kann seine Geschäftstätigkeit wie bisher unter der Aufsicht des Sachwalters fortsetzen. Zur Umsetzung der Aufsicht erlässt der Sachwalter Weisungen an den Schuldner (siehe auch Art. 298 Abs. 4 SchKG), welche die Handlungsfreiheit des Schuldners ebenfalls einschränken bzw. ihm zusätzliche Aufgaben auferlegen können (z.B. ein regelmässiges Reporting erstellen, Unterbreitung von Bestellungen, Zahlungen nur noch mit Unterschrift und Freigabe des Sachwalters usw.).

Ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts können während der Nachlassstundung nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfü-

gungen mehr getroffen werden (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Die Rechte gutgläubiger Dritter, insbesondere der Gegenpartei von Geschäften gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG, bleiben gewahrt. Der Gutgläubensschutz entfällt aber mit der Publikation der Nachlassstundung. Zum Anlagevermögen i.S. von Art. 298 Abs. 2 SchKG gehören alle Sachwerte und Vermögenswerte, welche nicht zum Umlaufvermögen gehören wie Liegenschaften, Produktionsanlagen, Finanzanlagen, Patente und andere immaterielle Anlagen sowie Beteiligungen am Kapital anderer Unternehmen usw.⁸ Stockwerkanteile gelten ebenfalls als Anlagevermögen. Man kann sich die Frage stellen, ob ein Stockwerkanteil ab Plan materiell wirklich schon zum Anlagevermögen des Schuldners zählt oder nicht. Da dies formell sich der Fall ist, wird ein Sachwalter kaum das Risiko eingehen, einen Verkauf ohne vorgängige Bewilligung durch den Nachlassrichter zu genehmigen.

Unabhängig vom angestrebten Nachlassvertrag können somit bereits während der Nachlassstundung Anlagevermögen und somit auch Stockwerkanteile ab Plan verwertet werden. Die Verwertung bzw. der Verkauf erfolgt im Rahmen eines notariell beurkundeten Kaufvertrages, der vom Schuldner und nicht etwa durch den Sachwalter unterzeichnet werden muss. Es handelt sich nicht etwa um eine Freihandverkaufsverfügung, sondern um einen zivilrechtlichen Kaufvertrag. Die Bestimmungen der VZG finden keine Anwendung. In diesem Stadium müssen auch keine Lastenverzeichnisse (Art. 247 Abs. 2 SchKG) erstellt werden.

3.3 Der Nachlassvertrag

Wie bereits unter Ziff. II. 3.1 hiavor ausgeführt, gibt es grundsätzlich zwei Arten von Nachlassverträgen, den ordentlichen Nachlassvertrag (Art. 314 ff. SchKG) und den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 317 ff. SchKG).

3.3.1 Der ordentliche Nachlassvertrag

Beim ordentlichen Nachlassvertrag oder Dividenden- bzw. Prozentvergleich (Art. 314 ff. SchKG) offeriert der Gläubiger im Nachlassvertrag eine Nachlassdividende. Im Falle der Zustimmung der Gläubiger zum Nachlassvertrag verzichten diese im Gegenzug definitiv auf die jeweilige Restforderung. Die Nachlassdividende besteht in einer prozentualen Zahlung der ausstehenden Forderung. Ziel beim ordentlichen Nachlassvertrag ist die Sanierung des Schuldners und bei der juristischen Person deren Fortbestand. Deshalb ist die Verwertung von Aktiven und insbesondere von Anlagevermögen grundsätzlich nicht vorgesehen. Allenfalls werden im Rahmen der finanziellen Sanierung zusätzlich noch betriebliche Massnahmen und Restrukturierungen umgesetzt und der Betrieb entsprechend in reduzierter bzw. abgeänder-

⁸ KUKO SchKG-Hunkeler Art. 298 N 14

ter Form fortgeführt. Diese sind aber keine Bedingung für die gerichtliche Sanierung i.S. des Nachlassverfahrens. Allerdings werden sich diese Massnahmen für den Schuldner aufdrängen, wenn er sich bzw. den Betrieb nachhaltig sanieren will. Zur Finanzierung der Sanierung und insbesondere der Bezahlung einer Nachlassdividende können bzw. müssen allenfalls gleichwohl Aktiven und Anlagevermögen veräussert werden, insbesondere wenn nicht betriebliche Aktiven vorhanden sind bzw. Aktiven, die für die weitere Fortführung des Betriebes nicht oder nicht mehr notwendig sind. Somit können theoretisch auch Stockwerkanteile, ob bestehende oder ab Plan, Bestandteil einer solchen Veräusserung sein. Wie bereits unter Ziff. II. 3.2.4 ausgeführt, ist für eine solche Verwertung die Zustimmung des Nachlassrichters gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG notwendig.

3.3.2 Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Der Liquidationsvergleich – auch Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung genannt – ist in den Art. 317 ff. SchKG geregelt und stellt grundsätzlich das nachlassrechtliche Pendant zum Konkursverfahren dar. Das Schuldnervermögen soll somit dazu dienen, die Gläubiger zu befriedigen. Zu diesem Zweck tritt der Schuldner i.d.R. sein gesamtes Vermögen (oder einen im Nachlassvertrag genau auszuscheidenden Teil) an die Gläubiger ab, damit diese sich aus dem Erlös befriedigen können. Insofern kommt dem Liquidationsvergleich auf den ersten Blick grundsätzlich kein Sanierungscharakter zu, sondern er stellt aus Sicht des Schuldners die sanftere Variante zum Konkursverfahren (keine Verlustscheine, da Gläubiger auf Restforderung verzichten; vgl. Art. 318 Abs. 1 Ziffer 1 SchKG) dar. Das Nachlassverfahren ist von seiner Konzeption her jedoch generell gut geeignet für Unternehmenssanierungen, da das Unternehmen – im Gegensatz zur Konkurseröffnung – während der Nachlassstundung regelmässig weitergeführt wird und die andernfalls resultierende Stilllegung der Unternehmenstätigkeit praktisch zwingend eine Sanierung verunmöglichen würde.⁹ Allenfalls kann der Betrieb als Ganzes oder Betriebsteile an eine Auffanggesellschaft oder Dritte verkauft werden und entsprechend eine Sanierung i.w.S. – sprich der Fortführung von gewissen Teilen des Unternehmens – bewerkstelligt werden.

Der Liquidationsvergleich kann in verschiedenen Erscheinungsformen bei Unternehmenssanierungen zur Anwendung gelangen, wobei zwei davon unmittelbar aus Art. 317 Abs. 1 SchKG hervorgehen:

«Durch den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann den Gläubigern das Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen eingeräumt

oder dieses Vermögen einem Dritten ganz oder teilweise abgetreten werden.»

Daraus geht hervor, dass der Schuldner nicht nur den Gläubigern das Verfügungsrecht über sein Vermögen einräumen kann (diesfalls bleibt er zivilrechtlich Eigentümer der Vermögenswerte bis zu deren Verwertung), damit es diese durch den Liquidator (und den Gläubigerausschuss) verwerten lassen und sich aus dem Erlös befriedigen können. Der Nachlassschuldner kann sein Vermögen gemäss gesetzlicher Konzeption nämlich auch an einen Dritten ganz oder teilweise abtreten, wobei die Abtretung hier als Übertragung im zivilrechtlichen Sinn zu verstehen ist. Das heisst, der Dritte wird hier Eigentümer/zivilrechtlich Berechtigter dieser Vermögenswerte.¹⁰

Somit ist denkbar, dass ein Stockwerkanteil ab Plan im Rahmen des Nachlassvertrages auch direkt an einen Dritten übertragen wird, wobei dies in der Praxis dann der Fall sein wird, wenn der Dritte den Betrieb oder einen Teil des Betriebes übernimmt und der/die Stockwerkanteil/e ab Plan für sein zukünftige Geschäft betrieblich oder finanziell von Nutzen sein kann.

Sofern ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorgesehen ist, in welchem das Vermögenssubstrat des Schuldners an die Gläubiger zwecks Veräusserung durch die Liquidatorin abgetreten wird, erfolgt die Abwicklung der Verwertung nach den gleichen bzw. ähnlichen Grundsätzen wie im Konkursverfahren, insbesondere müssen ebenfalls Lastenverzeichnisse erstellt werden (Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 247 Abs. 2 SchKG und Art. 125 VZG).

III. Die Verwertung von Stockwerkanteilen ab Plan im Insolvenzverfahren

1. Allgemeines

Als Prämisse für die weitere Abhandlung gilt, dass das Stockwerkeigentum vor Erstellung des Gebäudes eingetragen worden ist (Art. 69 Abs. 1 HRegV, siehe auch Art. 68 Abs. 1 HRegV). Weiter wurde mit dem Bau des Gebäudes noch nicht begonnen bzw. es wurde begonnen, aber das Gebäude mit den Stockwerkanteilen ist noch nicht fertiggestellt. Nicht nur der Stockwerkanteil als solcher kann belastet sein, sondern auch das Stammgrundstück und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Liegenschaft im Baurecht handelt oder nicht¹¹. Falls das Stammgrundstück belastet ist, was gerade bei Beginn eines Bauvorhabens häufig der Fall sein kann, findet vor einer möglichen Verwertung des Stockwerkanteils selbst ein Bereinigungsverfahren statt (siehe Ziff. III. 2.1 nachstehend). Sobald dieses durchlaufen ist, findet die Verwertung des Stockwerkanteils nach den gleichen Bedingungen statt, wie wenn

⁹ DANIEL HUNKELER, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Freiburg 1996, N 97

¹⁰ BSK SchKG-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, N 8 zu Art. 317.

¹¹ WERMELINGER, a.a.O., Art. 712 c N 139

das Stammgrundstück nicht belastet gewesen wäre. Weil sich sowohl der Bauherr als auch der Unternehmer in einem Insolvenzverfahren befinden können, werden diese unterschiedlichen Ausgangslagen bei der Verwertung im Konkurs- und Nachlassverfahren bzw. während der Nachlassstundung dargestellt. Hinsichtlich der rein formellen Abwicklung bei der Verwertung des Stockwerkeigentums spielt es keine Rolle, ob das Stockwerkeigentum bereits physisch oder nur auf dem Plan existiert. Wie unter Ziff. II. 2.1.2 ausgeführt, stellen Stockwerkeinheiten, auch wenn sie vor Erstellung des Gebäudes im Grundbuch eingetragen werden (Art. 69 Abs. 1 HRegV) als Miteigentumsanteile an Grundstücken ebenfalls ein Grundstück i.S. von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB dar. Eine Verwertung eines Stockwerkanteils ab Plan kann sich allenfalls aufgrund der grösseren Unsicherheit, da er noch nicht erstellt ist, insbesondere wenn der bauende Unternehmer insolvent wird, schwieriger gestalten, als die Verwertung eines bereits physisch bestehenden Stockwerkanteils.

2. Im Konkurs- und im Nachlassliquidationsverfahren

2.1 Allgemeine Ausführungen wenn die Stammparzelle belastet ist

Ob eine Stammparzelle belastet ist oder nicht ergibt sich primär aus dem Grundbuchauszug (Art. 130a Abs. 1 VZG mit Verweis auf Art. 73 VZG bzw. Art. 26 KOV) sowie aus dem entsprechenden Schuldenruf (Art. 73 i.V.m. Art. 102 VZG). Der Grundbuchauszug dient als Grundlage für die Erstellung des Lastenverzeichnisses (Art. 125 VZG). In diesem sind sowohl die Belastungen des Anteils als auch diejenigen des Grundstücks selbst aufzuführen und zwar getrennt (Art. 130c VZG).

Wenn die Stammparzelle selbst belastet ist, kann die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator nicht sofort die Verwertungshandlungen vorbereiten und anschliessend zur Verwertung schreiten. Sie müssen nach den Regeln für die Verwertung eines Miteigentums vorgehen (Art. 130e VZG). Entsprechend dem massgebenden Art. 73e Abs. 2 VZG versucht die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator vor Ansetzung der Versteigerung, durch Verhandlungen mit den am Grundstück als solchem pfandberechtigten Gläubigern und mit den anderen Miteigentümern eine Aufteilung der betreffenden Pfandlasten auf die einzelnen Anteile herbeizuführen und bei solidarischer Verpflichtung des Schuldners mit dem anderen Miteigentümer eine Aufteilung der Schuldpflicht vorzunehmen. Haben die Verhandlungen Erfolg, so ist, nachdem die erforderliche Änderung im Grundbuch vorgenommen worden ist, das Lastenverzeichnis dem Ergebnis anzupassen und der Anteil des Schuldners auf dieser Grundlage zu versteigern.¹² Obwohl Art. 73e Abs. 2 VZG von Versteigerung spricht,

kann der Miteigentumsanteil bzw. Stockwerkanteil auch freihändig verwertet werden, sofern die entsprechenden Voraussetzungen – insb. Zustimmung der Grundpfandgläubiger, Höherangebotsmöglichkeit der Gläubiger (Art. 256 SchKG) – erfüllt sind¹³. Eine freihändige Verwertung führt in den meisten Fällen zu einem höheren Erlös als die öffentliche Versteigerung. Der Teilnehmer einer öffentlichen Versteigerung erhofft sich in der Regel ein «Schnäppchen» zu machen, was meistens zu Lasten der betreffenden Grundpfandgläubiger bzw. sonstigen Gläubiger geht. Die Verwertungsmethoden der Zwangsversteigerung und des Freihandverkaufs unterscheiden sich vor allem in der Preisbildung, hingegen nicht betreffend ihre rechtliche Natur. Die eine wie die andere Art zeichnen sich als Institut der Zwangsverwertung aus, als ein Akt der Staatsgewalt, welche zum Zweck die zwangsweise Verwertung des Vermögens hat, mit der Folge, dass beide Verwertungsarten mit Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG angefochten werden können¹⁴. Ausserdem ermöglicht der freihändige Verkauf, flexiblere Lösungen als die Versteigerung.

Die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator können auch versuchen, durch Verhandlung mit den Beteiligten die Aufhebung des Miteigentums mittels einstimmigen Beschluss der Stockwerkeigentümer zu erreichen¹⁵. Ein einseitiges Recht eines Stockwerkeigentümers zur Aufhebung des Stockwerkeigentums ist bereits durch Art. 650 Abs. 1 ZGB ausgeschlossen. Die Aufhebung des Miteigentums kann grundsätzlich auf drei verschiedene Arten erfolgen: Durch körperliche Teilung, d.h. Zuweisung einer Liegenschaft an den Schuldner, durch private Veräusserung des gesamten Grundstücks oder durch dessen Übertragung an eine oder mehrere Miteigentümer unter Auskauf der übrigen (Art. 651 Abs. 1 ZGB).¹⁶ In den letzten beiden Fällen tritt i.d.R. Geld anstelle des Miteigentumsanteils, weshalb sich eine Verwertung erübrigt. Falls der Schuldner im Rahmen der körperlichen Teilung oder unter Auskauf der übrigen Miteigentümer dagegen die Liegenschaft, d.h. ein Grundstück zugewiesen, so tritt dieses anstelle des Miteigentumsanteils und ist zu verwerten, wobei auch hier eine freihändige Verwertung

¹³ So auch FRANCO LORANDI, Die Freihandverkaufsverföigung im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Diss. 1993, S. 287 ff.

¹⁴ «Les modes de réalisation des enchères publiques et de la vente de gré à gré se différencient surtout dans la manière dont se forme le prix mais leur nature juridique est la même: l'un est l'autre se caractérisent comme une institution de l'exécution forcée, un acte de la puissance publique ayant pour but de réaliser le patrimoine mis sous main de justice et susceptible par conséquent d'être attaqué par voie de plainte au sens de art. 17 ss LP», BGE 128 104 E. 3a

¹⁵ WERMELINGER, a.a.O., Art. 712c N 155; Lorandi a.a.O., S. 288

¹⁶ LORANDI, a.a.O., S. 288

¹² BGE 134 I 12, Erw. 2.1; BGE 52 III

tung möglich ist.¹⁷ Aus dem Ergebnis der Verwertung der dem Schuldner zugewiesenen Parzelle bzw. Stockwerkanteil oder aus dem Anteil des Schuldners am Ergebnis des Verkaufs des Grundstücks als solchem oder aus der dem Schuldner zukommenden Auskaufssumme (vgl. Art. 651 Abs. 1 ZGB), soll der Grundpfandgläubiger des Stockwerkanteils ganz oder teilweise befriedigt werden (Art. 73e Abs. 2 VZG).

Sofern die Verhandlungen erfolglos bleiben, können die Pfandbelastungen der Stammparzelle und gegebenenfalls der Solidarschuldverpflichtung nicht aufgeteilt werden (Art. 73f Abs. 1 VZG). Das Miteigentum wird nicht aufgehoben. Der Stockwerkanteil kann zwar verwertet werden, der Ersteigerer übernimmt aber in Bezug auf die Grundpfandrechte bzw. auf die Forderungen, welche auf dem Stammgrundstück lasten die Rechtsnachfolge des Schuldners¹⁸ (Art. 130c Abs. 2 i.V.m. Art. 130f i.V.m. Art. 73g Abs. 2 VZG). Auch hier steht einer freihändigen Verwertung nichts im Wege.¹⁹ In diesem Fall kann die belastete Stammparzelle nicht zwangsweise verwertet werden. Dies wäre nur im Sinne von Art. 106a VZG oder bei Zustimmung aller Beteiligten zulässig (Art. 73f Abs. 1 i.f. VZG).²⁰ In diesem Fall ist ebenfalls eine freihändige Verwertung möglich.²¹

2.2 Allgemeine Ausführungen zur Zwangsverwertung selbst

Sobald die Situation bereinigt ist oder die Stammparzelle nicht belastet war, kann der Stockwerkanteil verwertet werden. Die Verwertung erfolgt mittels öffentlicher Versteigerung oder Freihandverkaufsverfügung, obwohl die Bestimmungen in Art. 73 ff. VZG, insbesondere Art. 73e VZG auf welchen Art. 130e VZG verweist ausdrücklich nur von Versteigerung spricht.²² Im Rahmen eines freihändigen Verkaufs gilt die Bedingungen gemäss Art. 256 SchKG (siehe Ziff. 2.1.2 hiervor) zu berücksichtigen. Im Weiteren gelten bei der Zwangsverwertung und zwar unabhängig davon, ob diese mittels Versteigerung oder Freihandverkauf erfolgt, u.a. auch die nachstehend ausgeführten Verfahrensvoraussetzungen.

Bevor die Liegenschaften bzw. Stockwerkanteilen und zwar unabhängig davon, ob sie bereits erstellt oder nur auf dem Plan existieren, verwerten werden können, müssen die Lastenverzeichnisse erstellt werden (Art. 125 VZG, Art. 247 Abs. 2 SchKG). Wie bereits unter Ziff. III. 2.1 hiervor erwähnt, sind in diesen sowohl die Belastungen des Anteils auch diejenigen des Grundstücks selbst

aufzuführen und zwar getrennt (Art. 130c VZG).²³ Die Lastenverzeichnisse bilden Bestandteil des Kollokationsplanes (Art. 247 Abs. 2 SchKG).

Gemäss Art. 712c Abs. 1 ZGB haben die Stockwerkeigentümer kein Vorkaufsrecht. Selbst wenn ein solches im Begründungsakt oder durch nachherige Vereinbarung errichtet und bereits im Grundbuch vorgemerkt worden ist, kann dieses als vertragliches Vorkaufsrecht in der Zwangsverwertung nicht ausgeübt werden²⁴. In der Zwangsverwertung – dazu gehört auch die Verwertung mittels Freihandverkaufsverfügung²⁵ – können lediglich die gesetzlichen Vorkaufsrechte ausgeübt werden (Art. 681 Abs. 1 ZGB). Ebenso unbeachtlich sind allfällige Einspracherechte der Stockwerkeigentümer i.S. von Art. 712c Abs. 2 OR.²⁶

Im Rahmen der Versteigerung wird die Konkursverwaltung ebenfalls bestimmen müssen, ob die Stockwerkanteil einzeln oder gesamthaft ausgerufen werden sollen (Art. 259 i.V.m. Art. 135 SchKG i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. b VZG). Dies wird ebenfalls von der konkreten Situation abhängen. Falls sich im Verlaufe des Konkursverfahrens abgezeichnet hat, dass eine Gesamtübernahme der Stockwerkanteile durch einen Interessenten nicht möglich ist, wird sie in den Steigerungsbedingungen bestimmen, dass die Stockwerkanteile einzeln und gesamthaft ausgerufen werden. Im Rahmen der freihändigen Verwertung gibt die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator vor, ob die Stockwerkanteile gesamthaft oder einzeln verwertet werden sollen. Sie müssen dabei berücksichtigen, dass der bestmögliche Verwertungserlös erzielt wird. Falls Grundpfandgläubiger vorhanden sind, müssen diese ohnehin auch ihre Zustimmung zum freihändigen Verkauf geben und werden allenfalls auch in den Verkaufsprozess eingebunden und laufend informiert.

Im Rahmen der Verwertung im Konkurs- oder im Nachlassliquidationsverfahren werden weder Rechts- noch Sachgewährleistungen von Seiten der Konkurs- oder Nachlassmasse abgegeben (Art. 234 Abs. 1 und 2 OR, siehe auch Wegbedingung der Gewährleistung in den Steigerungsbedingungen, Art. 45 Abs. 1 lit. g i.V.m. Art. 130 Abs. 1 VZG, welche auch bei einer freihändigen Verwertung zu Anwendung gelangen²⁷). Der Käufer/Übernehmer übernimmt die Stockwerkanteile gemäss dem bestehenden Baufortschritt und Zustand.

¹⁷ LORANDI, a.a.O., S. 288

¹⁸ WERMELINGER, a.a.O., Art. 712c N 157

¹⁹ LORANDI, a.a.O., S. 288

²⁰ VZG-Kommentar-Annen, Art. 73f N 1

²¹ LORANDI, a.a.O., S. 289

²² LORANDI, a.a.O., S. 284 ff.

²³ MORITZ OTTIKER, Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, Diss. Bern 1972, S. 237

²⁴ LORANDI, a.a.O., S. 290 f.

²⁵ BGE 124 III 104 Erw. 3a; PHILIPP POSSA, Die Freihandverkaufsverfügung, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht, 3/2003, S. 69 ff.

²⁶ LORANDI, a.a.O., S. 291

²⁷ FRANCO LORANDI, Bemerkungen zum Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 24.1.2002 (7B.256/2001), Freihandverkauf eines Grundstückes im Konkurs, in AJP 5/2002, S. 595

2.3 Insolventer Bauherr ist Eigentümer des Stockwerkanteils

2.3.1 Rechtslage für den insolventen Bauherrn

Falls der Bauherr bereits als Eigentümer des Stockwerkanteils im Grundbuch eingetragen ist, kommt das unter Ziff. III. 3.1.1 hiervoor skizzierte Verfahren gemäss Art. 130a ff. VZG zur Anwendung.

Sobald die Situation bereinigt ist oder die Stamm-parzelle nicht belastet war, kann der Stockwerkanteil mittels öffentlicher Versteigerung oder Freihandverkaufsverfügung verwertet werden. Es kann auf die Ausführungen unter Ziff. III. 2.2 hier-vor verwiesen werden.

2.3.2 Rechtslage für den Unternehmer

Trotz der Insolvenz eines Bauherrn kann der Unter-nehmer das Projekt beginnen bzw. mit dem Bau fortfahren, zumal Verträge – insbesondere auch Werkverträge – nicht mit der Konkurs-eröffnung oder Gewährung der Nachlassstundung oder Bestätigung des Nachlassvertrages aufgelöst werden, sondern nur, wenn dies das materielle Recht vorsieht. Sofern der Unternehmer bereits nicht bezahlte Vorleistungen getätigt hat oder aus dem Verkauf des Stockwerkanteils selbst noch offene Forderungen gegenüber dem insolventen Bauherrn hat, kann er diese im Konkurs- bzw. Nachlassverfahren anmelden. Je nachdem ob der Unternehmer allenfalls noch Vorfinanzierungen bzw. Darlehensgewährungen an den Bauherrn ge-tätigt hat und sich hierfür entsprechende Grund-pfandsicherheiten hat geben lassen, werden seine Forderungen als grundpfandgesicherte Forderungen im Lastenverzeichnis, kolloziert werden, an-sonsten lediglich in der 3. Forderungsklasse.

Der Unternehmer könnte allenfalls dann das Bau-vorhaben stoppen, wenn gerade der Stockwerk-anteil des insolventen Bauherrn erstellt werden sollte oder damit vor Konkurs-eröffnung zwar be-gonnen, aber der Bau noch nicht beendet worden ist, bis er Klarheit hat, wie es weitergeht. Dies ist umso verständlicher, als er mit jeder weiteren Arbeit, den Wert des Stockwerkanteils erhöht aber im Gegenzug keine Leistung dafür erhält, es sei denn, er sei der vorrangige Grundpfandgläubiger mit einer entsprechend genügend hohen Grund-pfanddeckung. Falls der Bau der Stockwerkeinheit schon weit fortgeschritten ist, wird sich allenfalls die Fertigstellung für den Unternehmer trotzdem mehr lohnen als ein Baustopp, der möglicherweise grössere Kosten verursachen wird. Allenfalls wird der Bau mit Zustimmung der Konkursverwaltung durch Vertragseintritt gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG weitergeführt, sofern die Konkurs- bzw. Nachlassmasse über genügend Mittel verfügt. Diesfalls bilden die nach Konkurs mit Zustimmung der Konkursverwaltung oder des Liquidators ent-standenen Kosten sogenannte Massakosten,

welche vorab bezahlt werden müssen. Sofern genügend Mittel vorhanden sind, kann die Fertig-stellung oder zumindest der Weiterbau möglich-erweise zu einer Wertsteigerung führen, die gröss-er ist als der status quo. Die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator muss sich somit vorgängig ein genaues Bild über die finanzielle Situation des sich im Bau befindlichen Stockwerkeigentumsanteil verschaffen.

Um einen Baustopp zu verhindern bzw. den Bau-beginn nicht zu verzögern, wird in der Praxis der Unternehmer häufig selbst ein Interesse daran haben, den Stockwerkanteil aus der Konkurs-bzw. Nachlassmasse zu erwerben. Selbstver-ständlich müssen die entsprechenden Vorausset-zungen erfüllt und die Verwertung formell möglich sein. Immerhin aber sollte diese Konstellation in der Praxis zu raschen Lösungen führen, zumal der Unternehmer ein ureigenes finanzielles Interesse an der Fertigstellung der Stockwerkeinheit hat auch im Hinblick auf die Fertigstellung des gesam-ten Gebäudes an sich.

2.4 Insolventer Unternehmer ist (noch) Eigentümer sämtlicher Stockwerkanteile

2.4.1 Rechtslage für den insolventen Unter-nehmer

Wenn der Unternehmer im Zeitpunkt seiner Insol-venzeröffnung noch Eigentümer des Stockwerk-anteils ist, dann wird die Insolvenz des Unterneh-mers zu einem vorläufigen Stopp des Projektes bzw. Baustopp führen, falls mit dem Bau bereits begonnen wurde. Grundsätzlich finden betr. der belasteten Stamm-parzelle die Art. 130a ff. VZG Anwendung. Da der insolvente Unternehmer noch Eigentümer sämtlicher Stockwerkanteile ist, hat es die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator in der Hand wie sie vorgehen will. Sie können die Auftei-lung der betreffenden Pfandlasten auf die einzel-nen Anteile vornehmen oder das Stockwerkeigen-tum aufheben lassen, da sie für sämtliche Stock-werkanteile handeln können (Art. 130e i.V.m. Art. 73e Abs. 2 und 3 VZG). Art. 130e i.V.m. Art. 73f VZG sollte in dieser Konstellation nicht zum Tragen kommen.

Wenn mit dem Bau bereits begonnen wurde, wird eine Aufhebung des Stockwerkeigentums kaum eine wirtschaftlich sinnvolle Lösung sein. Falls mit dem Bau noch nicht begonnen worden ist, kann eine Aufhebung im Hinblick auf die Verwertung Sinn machen, um eine Parzelle befreit von Stock-werkeigentum zu verkaufen, falls sich abzeichnet, dass sich eine Verwertung der Stockwerkanteile ab Plan schwierig gestaltet. Auf der anderen Seite kann der Übernehmer ein bereits bestehendes und bewilligtes Bauprojekt übernehmen, weshalb die Aufhebung des Stockwerkeigentums wirt-schaftlich gesehen hier ebenfalls wenig Sinn macht. Da die Baubewilligungen sicherlich auf den Namen des Unternehmers ausgestellt waren, wird die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator allen-

falls vor der Verwertung die Situation auch mit den Bewilligungsbehörden klären müssen. Jedes Insolvenzverfahren ist anders und die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator müssen je nach Sachlage die für die Gläubiger beste Lösung treffen. Je nach Attraktivität des Projektes werden sich mehr oder weniger Interessenten melden. Sinnvollerweise wird es ein Konkurrent aus der Baubranche sein. Im Rahmen des Nachlassliquidationsverfahrens besteht, gerade wenn mit dem Bauprojekt noch nicht begonnen worden ist, mehr Zeit, eine geeignete Lösung zu finden. Wenn mit dem Bauprojekt bereits begonnen wurde, dann besteht ein erhöhter zeitlicher Druck eine Nachfolgelösung zu finden, ansonsten die bestehende Baute riskiert, zu einer Bauruine zu verfallen.

Nach erfolgter Bereinigung gemäss Art. 130e VZG oder falls die Stammparzelle nicht belastet war, kann die Verwertung entweder auf dem Weg der öffentlichen Versteigerung oder im Rahmen des Freihandverkaufes nach den Grundsätzen von Ziff. III. 2.2 hiervoor erfolgen.

Wie unter Ziff. III. 2.2 erwähnt, wird die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator bestimmen müssen, ob die Stockwerkanteile einzeln oder gesamthaft ausgerufen werden sollen (Art. 259 i.V.m. Art. 135 SchKG i.V.m. Art. 45 Abs. 1 lit. b VZG). Falls sich im Verlaufe des Konkursverfahrens abzeichnet, dass eine Gesamtübernahme der Stockwerkanteile durch einen Interessenten nicht möglich ist, wird die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator in den Steigerungsbedingungen bestimmen, dass die Stockwerkanteile einzeln und gesamthaft ausgerufen werden.

Im Rahmen der Verwertung im Konkurs- oder im Nachlassliquidationsverfahren werden weder Rechts- noch Sachgewährleistungen von Seiten der Konkurs- oder Nachlassmasse abgegeben (siehe Ziff. III. 2.2. hiervoor). Der Käufer/Übernehmer übernimmt die Stockwerkanteile gemäss dem bestehenden Baufortschritt und Zustand. Der Übernehmer seinerseits wird gegenüber den Bauherren, welche zwar nicht Eigentümer sind aber ihren Stockwerkanteil durch den Übernehmer bauen lassen möchten, gestützt auf die bisherigen Verträge keine Gewährleistung abgeben oder die Mängelhaftung übernehmen für die bereits realisierten Bauten. Der Übernehmer, kauft lediglich die Aktiven aus der Konkurs- oder Nachlassmasse. Er übernimmt nicht irgendwelche Verträge des Schuldners mit den (bisherigen) Bauherren. Der Übernehmer wird mit den betreffenden Bauherren neue Verträge abschliessen und nur in diesem Umfang und nur die Zeit ab Übernahme der Bautätigkeit die Gewährleistung und Mängelhaftung übernehmen. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass gewisse Bauherren allenfalls davon absehen, ihr Bauvorhaben mit dem neuen Unternehmer zu erstellen bzw. fertigstellen zu lassen. Der Übernehmer muss dann selbst nach einem neuen Bauherrn (und Käufer) für den entspre-

chenden Stockwerkanteil suchen. Allerdings wird der Übernehmer in der Praxis im Rahmen seiner persönlichen Due diligence und seinen Abklärungen mit den verschiedenen Bauherrn bereits vor der Übernahme Kontakt genommen haben, um beurteilen zu können, ob sich für ihn die Übernahme lohnt oder nicht.

Es kann auch vorkommen, dass ein Schuldner aufgrund von finanziellen Schwierigkeiten bereits in dieser Phase nach Sanierungsmöglichkeiten und Lösungen sucht. Er wird allenfalls schon mit möglichen Investoren oder sogar Konkurrenten Gespräche führen im Hinblick auf eine Zusammenarbeit oder Übernahme des Betriebs oder Teilen davon bzw. die Übernahme des Bauprojektes und der Stockwerkanteile. Wenn sich der Konkurs abzeichnet und für die Durchführung eines Nachlassverfahrens nicht mehr genügend liquide Mittel vorhanden sind, kann es in der Praxis vorkommen, dass kurz vor Konkurseröffnung die Aktiven oder ein Teil davon, beispielsweise auch Stockwerkanteile, an den Investor bzw. Interessenten übertragen werden. Damit soll vermieden werden, dass die Konkurseröffnung zu einem Baustopp führt. Im anschliessenden Konkurs muss die Konkursverwaltung prüfen, ob allfällige paulianische Anfechtungsansprüche vorliegen oder nicht. Ob solche Ansprüche von der Konkursmasse selbst weiter verfolgt werden oder ob das Prozessführungsrecht gemäss Art. 260 SchKG den Gläubigern zu Abtretung offeriert wird, hängt davon ab, wie die Transaktion konstruiert war und ob allenfalls noch Gelder in die Konkursmasse fliessen («fairer Verkaufspreis») und auch davon, ob die Konkursmasse über genügend Mittel verfügt, um die Ansprüche selbst weiterzuverfolgen.

Da ein solches Vorgehen aber heikel ist, ist den Unternehmen zu empfehlen, sich früh genug mit der Möglichkeit einer provisorischen Nachlassstundung zu befassen, da auch für die Abwicklung einer solchen Liquidität gebraucht wird, auch wenn «alte» Forderungen, welche vor Gewährung der prov. Nachlassstundung entstanden sind, nicht mehr bezahlt werden dürfen (auch keine Amortisationszahlungen), der Zinsenlauf gestoppt und Betreibungen nicht mehr möglich sind. Betr. der Verwertung der Stockwerkanteile während der Nachlassstundung kann im Übrigen auf Ziff. III. 3 nachstehend verwiesen werden.

2.4.2 Rechtslage für den Bauherrn

Da die Bauherren nicht Eigentümer sind, haben sie lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den insolventen Unternehmer, den sie im Konkurs- bzw. Nachlassverfahren anmelden können. Es handelt sich um Kurrentforderungen. Diese werden, sofern sie gerechtfertigt sind, im Kollokationsplan in der 3. Klasse kolloziert (Art. 219 Abs. 4 Dritte Klasse SchKG). Je nach Ausgestaltung der Verträge, Zahlungsmodalitäten und Bau-

fortschritt, können hier bereits substanzielle Vorauszahlungen geleistet worden sein, die in den meisten Fällen praktisch verloren sind. In der Praxis wird deshalb empfohlen, dass sich die Bauherrn gegen die Insolvenz des Unternehmers absichern, in dem beispielsweise Reservationszahlungen auf ein separates Sperrkonto bezahlt werden, auf welches nur in gegenseitigen Einverständnis zugegriffen werden kann. Die An- und Teilzahlungen sind, wenn möglich durch Bankgarantien abzusichern, insbesondere wenn Staffelpayments abgemacht wurden. Zu prüfen ist auch die Ausstellung einer Finanzierungsbestätigung durch die Bank des Unternehmers und einer GU-Erklärung. Mit der GU-Erklärung bestätigt die Bank des Generalunternehmers, dass alle ihre Zahlungen ausschliesslich für das Bauvorhaben des Bauherrn verwendet werden (Verminderung des Risikos der Doppelzahlungen bei Bauhandwerkerpfandrechten). Damit sinkt auch das Risiko, dass das Geld in andere Bauten fliesst. Die Zahlungen sollte jeweils nur im Ausmass des Baufortschritts geleistet werden.

Spiegelbildlich zum Übernehmer, der die Stockwerkanteile vom insolventen Unternehmer übernommen hat, müssen die Bauherrn, sofern sie weiterhin am Bau ihres Stockwerkanteils interessiert sind, mit dem Übernehmer handelseinig werden und entsprechende neue Verträge abschliessen.

2.5 Insolvente Unternehmer ist teilweise (noch) Eigentümer von Stockwerkanteilen

Am häufigsten wird in der Praxis wohl die Situation angetroffen, dass der Unternehmer im Zeitpunkt seiner Insolvenzeröffnung nur noch teilweise Eigentümer von Stockwerkanteilen ist. Ein Teil der Stockwerkanteile wurde bereits verkauft (Bauherren als Eigentümer). Für den anderen Teil bestehen allenfalls schon Verträge für die Erstellung der Stockwerkanteile mit den Bauherrn, ohne dass diese bereits Eigentümer und entsprechend noch nicht im Grundbuch eingetragen sind. Das bisher Ausgeführte kommt hier ebenfalls zur Anwendung.

Die Situation wird sich aber diesbezüglich schwieriger gestalten, da mehrere verschiedene Eigentümer involviert sind. Ob sich die Tatsache, dass nur noch ein Teil der Stockwerkanteile, welche übernommen werden können, vorhanden sind, negativ auf den Verwertungsprozess und die Zahl der möglichen Interessenten hat, wird sich je nach Situation ergeben. Es kann für den Übernehmer aber auch ein reduziertes Risiko darstellen. Er hat zwar nicht die alleinige Entscheidungsmacht im Rahmen der Stockwerkeigentümergeinschaft, da er «nur» einen Teil der noch nicht verkauften Stockwerkanteile übernehmen kann. Auf der anderen Seite kann der Übernehmer, wenn es sich ebenfalls um ein Unternehmen aus der Baubranche handelt, auch die Stockwerkanteile bauen

bzw. fertigstellen, welche bereits im Eigentum der Bauherren ist. Er hat für diese Stockwerkanteile das Verkaufsrisiko nicht mehr. Auf der anderen Seite generiert er die Erträge aus der Erstellung der Baute. Wie schon erwähnt, wird es aber auf die konkrete Situation und den Baufortschritt ankommen, falls überhaupt schon mit Bauen begonnen worden ist, ebenso wie auf die Lage und Grösse des Bauvorhabens, den möglichen Übernahmepreis, viele Stockwerkanteile sind noch im Eigentum des Schuldners usw.

2.5.1 Rechtslage für den insolventen Unternehmer

Falls die Stammparzelle belastet ist, finden die Bestimmungen gemäss Art. 130e VZG Anwendung.

Nach erfolgter Bereinigung gemäss Art. 130e VZG oder falls die Stammparzelle nicht belastet war, kann die Verwertung entweder auf dem Weg der öffentlichen Versteigerung oder im Rahmen des Freihandverkaufes erfolgen, sofern die weiteren Voraussetzungen (Art. 256 SchKG) erfüllt sind.

Je nach Situation werden die Stockwerkanteile an einen oder mehrere Übernehmer übertragen. Im Übrigen kann auf das unter Ziff. III. 2.4.1 verwiesen werden.

2.5.2 Rechtslage für den Bauherrn, falls er (noch) nicht Eigentümer ist

Es gelten die Ausführungen unter Ziff. III. 2.4.2. Der Bauherr hat allenfalls einen obligatorischen Anspruch, welchen er im Konkursverfahren des Unternehmens anmelden kann.

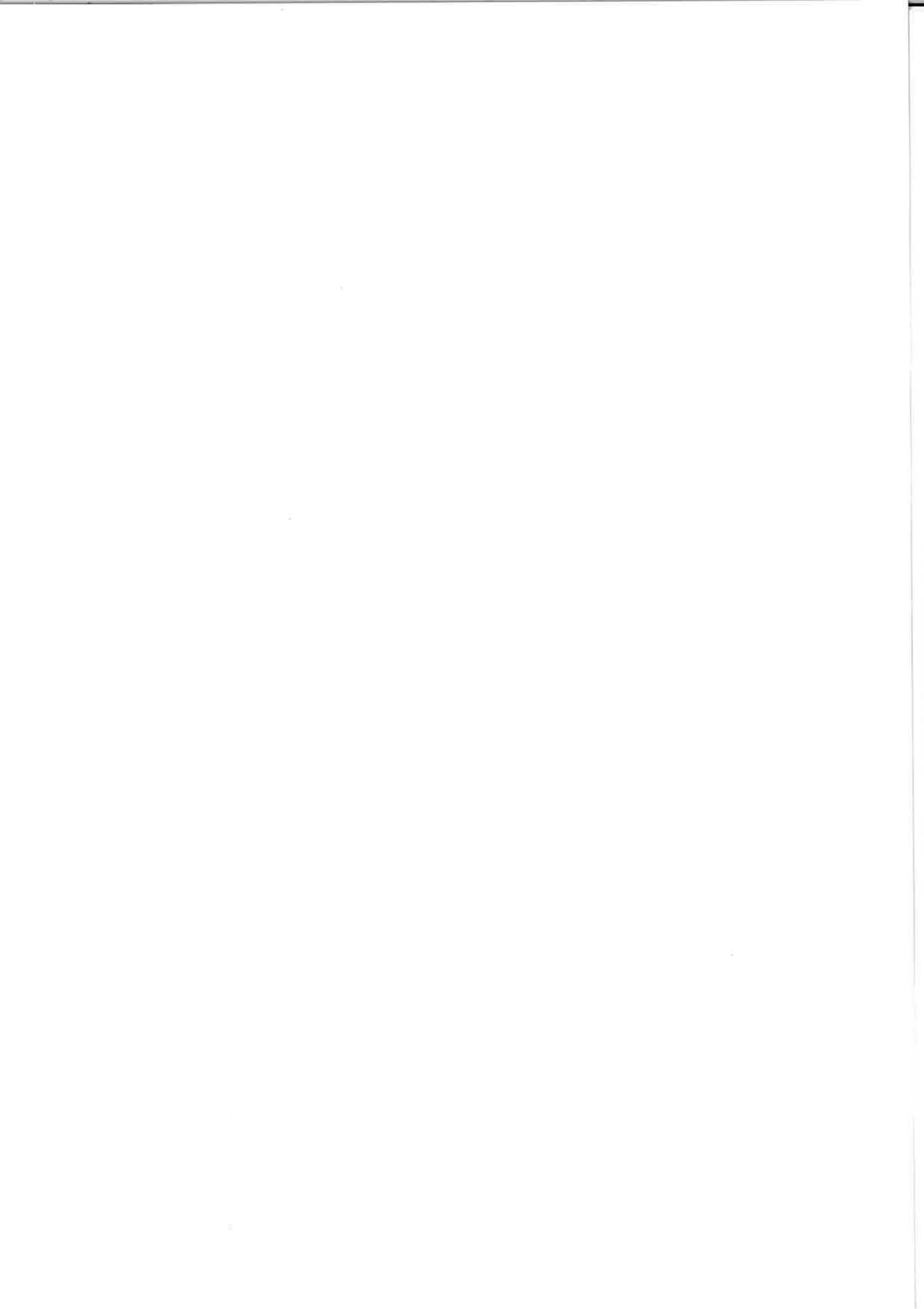
2.5.3 Rechtslage für den Bauherrn, falls er bereits Eigentümer ist

Der Bauherr (oder die Bauherren) nimmt an der Bereinigungsphase gemäss Art. 130e VZG teil, wobei er nicht verpflichtet werden kann, die Einigungsbemühungen gemäss Art. 73e Abs. 2 VZG oder die Aufhebung des Miteigentums gemäss Art. 73e Abs. 3 VZG zu unterstützen.

Nach erfolgter Bereinigung gemäss Art. 130e VZG oder falls die Stammparzelle nicht belastet war, kann die Verwertung der im Eigentum des Unternehmers stehende Stockwerkanteile vorgenommen werden (siehe Ziff. III. 2.2. hiervor).

3. In der Nachlassstundungsphase

Die Nachlassstundung dient dazu, die Sanierungsmöglichkeiten des Schuldners zu prüfen und umzusetzen. Insbesondere wenn ein ordentlicher Nachlassvertrag angestrebt wird, ist der Verkauf von Anlagevermögen, darunter fallen auch Stockwerkanteile, i.d.R. kein Thema. Es kann aber immer wieder Konstellationen geben, in welchen Anlagevermögen bereits während der Nachlassstundung veräussert werden soll so z.B. wenn ein



Betriebsteil an eine Auffanggesellschaft oder Dritten verkauft werden soll und zwar unabhängig davon, ob ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder ein ordentlicher Nachlassvertrag mit der Fortführung des Restbetriebes geplant ist. Möglich ist auch generell, dass bei einem geplanten Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Aktiven noch während des laufenden Betriebes während der Nachlassstundung veräussert werden sollen, um einen höheren Erlös zu erzielen. Möglich ist auch eine Veräusserung von Anlagevermögen zwecks Mittelbeschaffung für die Sanierung.

Entsprechend kann auch ein Stockwerkanteil ab Plan mit einer belasteten Stammparzelle veräussert werden. Dies könnte z.B. Sinn machen, wenn der Schuldner sich einer zukünftigen Schuldlast entledigen will, die mit dem geplanten Bau zusammenhängt, welche die Sanierung gefährden oder beeinträchtigen bzw. allenfalls sogar seinen

Konkurs zur Folge haben könnte. Wie bereits unter Ziff. 3.2.4 hiervoor gesehen, ist für den Verkauf von Anlagevermögen während der Nachlassstundung die Zustimmung des Nachlassgerichts gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG notwendig. Die Bestimmungen von Art. 130a ff. VZG finden keine Anwendung. Die Geschäftsführung, unter der Aufsicht des Sachwalters, ist immer noch beim Schuldner. Falls das Nachlassgericht die Geschäftsführung gemäss Art. 298 Abs. 1 SchKG einschränkt oder ganz auf den Sachwalter überträgt, wird der Sachwalter die entsprechenden Verträge unterzeichnen müssen.

Trotz des gerichtlichen Nachlassstundungsverfahrens findet ein «normaler» zivilrechtlicher Verkauf des Stockwerkanteils statt. Der Kaufvertrag wird, nach Vorliegen der Zustimmung des Nachlassgerichts, durch den Schuldner unterzeichnet.