

Denise Kreutz/Pablo Duc

Abschlagszahlungen

Konkurs- wie Nachlassliquidationsverfahren ziehen sich oft über mehrere Jahre dahin, bevor sie abgeschlossen werden können. Damit die Gläubiger nicht während der ganzen Dauer des Verfahrens auf die Auszahlung des ihnen zustehenden Anteils am Verwertungserlös warten müssen, hat der Gesetzgeber das Instrument der Abschlagszahlung eingeführt (Art. 266 bzw. 326 SchKG), d. h. es besteht die Möglichkeit, den Gläubigern vor Ende des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens eine Teildividende auszubezahlen.

1. Zeitpunkt

Abschlagszahlungen können vorgenommen werden, auch wenn noch nicht sämtliche Aktiven verwertet sind, frühestens jedoch nach Ablauf der Frist zur Anfechtung des Kollokationsplanes¹ (Art. 266 SchKG).

Namentlich nach Verwertung verpfändeter Vermögensstücke sind solche Abschlagszahlungen üblich.²

2. Voraussetzungen

Um eine Teildividendenauszahlung vornehmen zu können, müssen die vier folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- 1) es darf sich nicht um ein summarisches Konkursverfahren handeln (Art. 96 lit. c KOV³)
- 2) Die Forderungen, welche an einer Abschlagszahlung teilnehmen können, müssen rechtskräftig im Kollokationsplan aufgenommen und zugelassen sein¹ (Art. 266 SchKG)
- 3) Das Endergebnis des Konkurses darf nicht durch die Abschlagszahlung beeinträchtigt werden, d. h. die anfallenden Massverbindlichkeiten müssen auch nach erfolgter Auszahlung einer Teildividende voll gedeckt bleiben und es müssen in jedem Fall genügend Mittel zur Befriedigung der pfandgesicherten Forderungen zur Verfügung stehen.⁴ Alle Gläubiger der gleichen Klasse haben einen Anspruch auf Aus-

zahlung des gleichen Dividendenprozentsatzes.⁶

- 4) Es müssen genügend Geldmittel vorhanden sein, um die mit der Abschlagszahlung verbundenen zusätzlichen Kosten zu rechtfertigen.⁵ Ferner dürfen nur tatsächlich erfolgte Einnahmen für die Auszahlung der Teildividende verwendet werden.⁴

3. Wer ist im Konkursverfahren zuständig zur Anordnung von Abschlagszahlungen?

Sind die vorstehend ausgeführten Voraussetzungen zur Vornahme einer Abschlagszahlung einmal erfüllt, stellt sich die Frage, wer zur Anordnung der Abschlagszahlung zuständig ist.

FRITSCHE/WALDER⁵ halten hierzu lapidar fest, dass Abschlagszahlungen vom Gläubigerausschuss, der Gläubigerversammlung oder der Konkursverwaltung beschlossen werden können.

Wenn aber sämtliche Organe im Konkursverfahren die Kompetenz zur Anordnung von Abschlagszahlungen haben, stellt sich zwangsläufig die Frage, in welchem Verhältnis die verschiedenen Anordnungsbefugnisse zueinander stehen, insbesondere wenn die einzelnen Organe

¹ Für die Nachlassliquidation vgl. SchKG-A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, N 3 zu Art. 326

² FRITSCHE/WALDER, Bd. II, § 52 N 14

³ Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter (SR 281.32)

⁴ SchKG-STAEHELIN MATTHIAS, N 1 zu Art. 266

⁵ FRITSCHE/WALDER, Bd. II, § 52 N 13

⁶ BGE 105 III 88 ff.



Denise Kreutz,
Geschäftsführung Transliq AG



Pablo Duc,
Fürsprecher,
Projektleiter Transliq AG

sich über die Vornahme einer Abschlagszahlung nicht verständigen können. Beantworten lässt sich dies nur bei genauerer Betrachtung der Herkunft der verschiedenen Kompetenzen.

Konkursverwaltung:

Die Konkursverwaltung stellt die eigentliche «Exekutive» in Konkursverfahren dar, indem sie gemäss Art. 240 SchKG alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen hat. Ihr obliegt der eigentliche Vollzug des Konkursverfahrens, insbesondere auch der Verwertung der Konkursaktiven und – am Schluss des Konkursverfahrens – der Verteilung des Verwertungserlöses unter die Gläubiger. Wenn es Sache der Konkursverwaltung ist, die Schlussverteilung vorzunehmen, liegt der Schluss nahe, dass ihr auch die Kompetenz zusteht, eine Zwischenverteilung vorzunehmen, wenn sich die Schlussverteilung – aus welchen Gründen auch immer – über Gebühr in die Länge zieht. Dies entspricht der gängigen Praxis und ergibt sich ohne weiteres aus der allgemeinen Zuständigkeit der Konkursverwaltung für die Abwicklung des Konkursverfahrens.

Gläubigerausschuss:

Als einzigem Organ des Konkursverfahrens wird dem Gläubigerausschuss in Art. 237 Abs. 3 Ziff. 5 SchKG explizit die gesetzliche Befugnis, Abschlagsverteilungen anzuordnen, zuerkannt. Somit ist unbestritten, dass dem Gläubigerausschuss – sofern dieses im Konkursverfahren fakultative Organ von der Gläubigerversammlung eingesetzt wurde – die Anordnung von Abschlagszahlungen zukommt. Die Konkursverwaltung hat sich selbstverständlich an eine derartige Anordnung zu halten, sofern die weiteren – vorstehend ausgeführten – Voraussetzungen für eine Abschlagszahlung vorliegen. Sofern ein Gläubigerausschuss eingesetzt wurde, darf die Konkursverwaltung auch nicht mehr von sich aus eine Abschlagszahlung vornehmen, ohne vorgängig den Gläubigerausschuss zu konsultieren.

Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei der Kompetenz des Gläubigerausschusses zur Anordnung von

Abschlagszahlungen aber um eine von der Gläubigerversammlung abgeleitete und nicht um eine selbständige Kompetenz, weshalb die Gläubigerversammlung einen entsprechenden Beschluss des Gläubigerausschusses abändern oder ihm die diesbezügliche Kompetenz bereits im Rahmen seiner Einsetzung ausdrücklich entziehen darf.^{7 8}

Gläubigerversammlung:

Die Gläubigerversammlung stellt ebenfalls ein Organ des Konkursverfahrens dar, es ist das oberste willensbildende Organ der Gläubigergemeinschaft, die «Legislative», welche den Gang des Verfahrens bestimmt. Hinsichtlich Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich muss jedoch zwischen der ersten und der zweiten (sowie allfälligen weiteren) Gläubigerversammlung unterschieden werden.

Die erste Gläubigerversammlung, welche bereits kurz nach Konkurseröffnung abzuhalten ist (innert 20 Tagen seit öffentlicher Bekanntmachung der Konkurseröffnung; vgl. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG) hat gemäss Art. 237 Abs. 2 SchKG zu beschliessen, ob das Konkursverfahren vom Konkursamt oder einer ausseramtlichen Konkursverwaltung durchzuführen ist und ob ein Gläubigerausschuss eingesetzt werden soll oder nicht (Art. 237 Abs. 3 SchKG). Darüber hinaus hat sie lediglich über bestimmte, in Art. 238 SchKG aufgezählte Einzelfragen zu befinden, welche keinen Aufschub dulden.

Demgegenüber hat die zweite Gläubigerversammlung, welche gemäss Art. 252 SchKG erst nach der Auflage des Kollokationsplanes stattfinden darf, einen viel weiteren, in Art. 253 Abs. 2 SchKG umschriebenen Zuständigkeitsbereich: Nebst der Bestätigung oder Auswechslung von Konkursverwaltung und Gläubigerausschuss ordnet sie unbeschränkt alles weitere für die Durchführung des Konkurses an. Die zweite Gläubigerversammlung kann demnach Beschlüsse über das ganze Verwertungsverfahren fassen, an welche die Konkursverwaltung gebunden ist. In der Praxis wird allerdings mit Blick auf die anfallenden Kosten oftmals auf die Abhaltung einer zweiten Gläubigerversammlung verzichtet und die entspre-

chenden Beschlüsse auf dem Zirkularweg gefasst. Unter diese Beschlüsse fällt auch die Vornahme von Abschlagszahlungen an die Konkursgläubiger.⁹ Diese Kompetenz steht der Gläubigerversammlung u. E. auch dann zu, wenn ein Gläubigerausschuss eingesetzt wurde, da diesem in Art. 237 Abs. 3 Ziff. 5 SchKG eine lediglich von der Gläubigerversammlung abgeleitete Kompetenz bei der Frage der Vornahme von Abschlagszahlungen zusteht.

4. Fazit:

Der zweiten (oder einer allfälligen weiteren) Gläubigerversammlung steht die Kompetenz zur Anordnung von Abschlagszahlungen in jedem Fall zu. Dem Gläubigerausschuss steht diese Kompetenz gemäss Art. 237 Abs. 3 Ziff. 5 SchKG immer dann zu, wenn sie ihm im Rahmen seiner Einsetzung nicht ausdrücklich entzogen wurde. Zudem hat er sich einem anderslautenden Entscheid der Gläubigerversammlung zu unterziehen. Die Konkursverwaltung kann eine Abschlagszahlung dann selbständig anordnen, wenn kein Gläubigerausschuss eingesetzt wurde und kein entsprechender Beschluss der zweiten Gläubigerversammlung vorliegt. Selbstverständlich ist es der Konkursverwaltung in dieser Situation auch unbenommen, einen Beschluss der Gläubigerversammlung auf dem Zirkularweg nach Art. 255a SchKG herbeizuführen.

5. Wer ist beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zuständig zur Anordnung von Abschlagszahlungen?

Die gesetzliche Konzeption sieht im Nachlassrecht lediglich während der Nachlassstundung, nicht jedoch im Stadium der Liquidation (beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) Gläubigerversammlungen vor. Da dieses Organ wegfällt, ist

⁷ BIRGIT HANZI, die Konkursverwaltung nach Schweizerischem Recht, Dissertation Zürich 1979, S. 64ff

⁸ a.M. SchKG-RUSSENBERGER N37ff zu Art. 237

⁹ SchKG-BÜRGI, N8 zu Art. 253

die Einsetzung eines Gläubigerausschusses zwingendes Erfordernis, damit ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung überhaupt gerichtlich bestätigt werden kann (vgl. Art. 317 Abs. 2 SchKG).

Somit stellt sich die Frage, ob beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung der Gläubigerausschuss oder der Liquidator zuständig für die Anordnung von Abschlagsverteilungen ist. Das Gesetz gibt hierzu keine direkte Auskunft, sondern begnügt sich einerseits in Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG mit dem Hinweis, die Abgrenzung der Befugnisse zwischen Gläubigerausschuss und Liquidatoren seien im Nachlassvertrag zu regeln und unterstellt andererseits die Liquidatoren in Art. 320 SchKG der allgemeinen Aufsicht des Gläubigerausschusses.

Sofern die Anordnung von Abschlagsverteilungen im Nachlassvertrag selber einem der beiden Organe zugewiesen ist, ergeben sich keine Probleme. Wie verhält es sich aber bei fehlender Regelung? Ein Verweis auf Art. 237 Abs. 3 SchKG, welcher die Kompetenzen im Konkursverfahren regelt, lässt sich in den einschlägigen Bestimmungen des Nachlassrechts nicht finden und die Aufsichtsbehörde des Kantons Bern in SchKG-Sachen hat die analoge Anwendung der Kompetenzvorschriften des Konkursrechts verneint.¹⁰ WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER¹¹ schliessen deshalb mit Verweis auf die umfassende Kompetenzbeschreibung der Liquidatoren in Art. 319 Abs. 3 SchKG wohl zurecht darauf, dass die Anordnung von Abschlagszahlungen bei fehlender Regelung im Nachlassvertrag in die alleinige Kompetenz der Liquidatoren fällt.

Somit muss den Gläubigern – wenn sie dem Gläubigerausschuss ein diesbezügliches Anordnungsrecht sichern wollen – geraten werden, bereits während der Nachlassstundung auf eine entsprechende Regelung im Nachlassvertrag zu pochen.

6. Hat der Konkursgläubiger einen beschwerdefähigen Anspruch auf Vornahme einer Abschlagszahlung?

Jeder Gläubiger kann gegen eine nicht die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllende

Abschlagszahlung im Rahmen der Auflage des Verteilungsplanes Beschwerde führen, worauf an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden soll.

Demgegenüber stellt sich die Frage, ob dem einzelnen Gläubiger ein rechtlicher Anspruch auf Vornahme einer Abschlagszahlung zusteht, respektive ob ihm gegen die Nichtvornahme der Abschlagszahlung der Beschwerdeweg offen steht.

Vorstehend wurde dargelegt, dass der Entscheid über die Vornahme einer Abschlagszahlung primär der Gläubigerversammlung oder – von dieser abgeleitet – dem Gläubigerausschuss zusteht. Das Gesetz legt den Entscheid über die Vornahme einer Abschlagsverteilung also in das Ermessen der Selbstverwaltungsorgane des Konkursverfahrens und legt lediglich die weiteren Voraussetzungen fest, unter welchen eine Abschlagszahlung überhaupt zulässig ist. Aus dieser Konzeption folgt, dass dem einzelnen Gläubiger kein direkter Anspruch auf Vornahme einer Abschlagszahlung zusteht, da ein derartiger Anspruch die gesetzliche Kompetenzordnung unterlaufen würde.

Demgegenüber steht es dem einzelnen Gläubiger natürlich frei, im Rahmen der zweiten Gläubigerversammlung, beim Gläubigerausschuss, oder – bei Fehlen eines solchen – bei der Konkursverwaltung den Antrag zu stellen, es sei über die Vornahme einer Abschlagszahlung zu befinden.

Die Konkursverwaltung wird den Entscheid über den Antrag entweder dem Gläubigerausschuss oder, bei Fehlen eines solchen, der zweiten Gläubigerversammlung (allenfalls der Gläubigergesamtheit mittels Zirkularbeschluss, sofern die zweite Gläubigerversammlung bereits stattgefunden hat) unterbreiten, sofern die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen (rechtskräftiger Kollokationsplan, keine Beeinträchtigung der Endverteilung, richtiges Verhältnis zwischen zu verteilendem Erlös und Kosten der Abschlagsverteilung) gegeben sind. Spricht sich die zweite Gläubigerversammlung gegen die Vornahme einer Abschlagszahlung aus, ist dieser Entscheid für den einzelnen Gläubiger wohl bindend, da die Anordnung der Abschlagszahlung im Ermessen der

Gläubigerversammlung liegt und gegen Ermessensentscheide der zweiten und weiteren Gläubigerversammlungen nach einhelliger Lehrmeinung der Beschwerdeweg mit Blick auf das den Gläubigern eingeräumte Selbstbestimmungsrecht nicht offen steht.^{12 13} Nichts anderes ergibt sich für den Fall, dass sich der Gläubigerausschuss gegen die Anordnung einer Abschlagszahlung ausspricht: Die Praxis geht zurecht davon aus, dass Beschlüsse des Gläubigerausschusses lediglich wegen Rechtsverletzung (worunter aber auch Ermessensmissbrauch und –überschreitung fallen; vgl. BGE 110 III 31), nicht aber wegen Unangemessenheit der Beschwerde an die Aufsichtsbehörde unterliegen.¹⁴

7. Fazit:

Der einzelne Konkursgläubiger hat keinen rechtlichen Anspruch auf Vornahme einer Abschlagszahlung und gegen einen anderslautenden Entscheid des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung steht ihm (vorbehaltlich der Geltendmachung von Ermessensmissbrauch oder –überschreitung) der Beschwerdeweg an die Aufsichtsbehörde nicht offen.

8. Vorgehen

Es ist in jedem Fall eine provisorische Verteilungsliste zu erstellen, welche unter Mitteilung an die Gläubiger während 10 Tagen beim Konkursamt bzw. bei der Liquidatorin aufzulegen ist (Art. 82 Abs. 1 KOV bzw. Art. 326 SchKG).

Teilbeiträge, die auf streitige Forderungen, auf Forderungen unter aufschiebender Bedingung oder mit ungewisser Ver-

¹⁰ AB BE, BISchKG 1986, 118f

¹¹ SchKG-A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, N 5 zu Art. 320

¹² SchKG-RUSSENBERGER, N14 zu Art. 237

¹³ CARL JAEGER, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Auflage, Zürich 1911, N1 zu Art. 266

¹⁴ BGE 7B.166/2000, S. 9f; JAEGER, WALDER, KÜLL, KOTTMANN, SchKG, 4. Aufl. 1997/99, Art. 237, N7 u. 12

fallzeit (Art. 264 Abs. 3 SchKG), auf Sicherheitsansprüche sowie auf solche Forderungen entfallen, welche verspätet, jedoch noch vor der Abschlagsverteilung angemeldet wurden (Art. 251 Abs. 3 SchKG), sind zurückzubehalten (Art. 82 Abs. 2 KOV) und zinstragend anzulegen.⁶ Der Zinsertrag kommt anteilmässig denjenigen Gläubigern zu Gute, deren Forderung zu Unrecht bestritten wurde und die deshalb an der Abschlagsverteilung nicht teilnehmen durften.⁶

Ebenso darf die Konkursverwaltung die Auszahlung einer Teildividende auf einer an und für sich im Kollokationsplan rechtskräftig zugelassenen Forderung auf die Schlussverteilung verschieben, wenn und soweit Gegenforderungen bestehen, die verrechnet werden können.² Hierbei ist jedoch zu beachten, dass Gegenforderungen der Konkursmasse, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind und wenn der Kollokationsplan in Rechtskraft erwachsen ist, nicht mehr mit den Dividendenansprüchen verrechnet werden können. Die Verrechnungen hätten bereits bei der Auflage des Kollokationsplanes erfolgen müssen.¹⁵

Für die Berechnung der Höhe der Abschlagszahlung werden die eingegangenen Erlöse aus der Verwertung der Aktiven und die Überschüsse aus der Verwertung der Pfänder abzüglich die jetzigen und zukünftigen Massschulden berücksichtigt.¹⁶

Insbesondere im Zusammenhang mit noch nicht verwerteten Pfändern und somit noch nicht bekannten Pfänderlösen zu Gunsten der Masse bzw. Pfandausfällen ist bei der Berechnung der Höhe der Abschlagszahlung mit grösster Vorsicht vorzugehen, damit die Endverteilung nicht beeinträchtigt wird und am Schluss des Verfahrens noch genügend Mittel zur Verfügung stehen, um die volle Dividende auf den tatsächlichen Pfandausfällen auszubehalten.

9. Pfandgesicherte Forderungen

Ist ein Pfand im Zeitpunkt der Abschlagsverteilung bereits verwertet worden, ist

Beispiel:

Erzielter Erlös aus Verwertung Mobiliar und Warenlager	CHF	300'000.00
Massschulden	CHF	20'000.00
Geschätzter Erlös aus Verwertung Fahrzeugpark	CHF	10'000.00

Zugelassene Forderungen III. Klasse	CHF	1'000'000.00
Bestrittene Forderungen III. Klasse	CHF	50'000.00
Voraussichtlicher Pfandausfall aus Verwertung Liegenschaft	CHF	100'000.00

Berechnung Abschlagszahlung:

Erzielter Erlös aus Verwertung Mobiliar und Warenlager	CHF	300'000.00
. /. Massschulden	CHF	20'000.00
. /. Risikofaktor bei Bewertung / Schätzung der Pfandliegenschaft bzw. des Pfandausfalles	CHF	50'000.00

Total für Abschlagszahlung	CHF	230'000.00
----------------------------	-----	------------

Zu berücksichtigende Forderungen

Zugelassene Forderungen III. Klasse	CHF	1'000'000.00
Voraussichtlicher Pfandausfall aus Verwertung Liegenschaft	CHF	100'000.00
Bestrittene Forderung	CHF	50'000.00

Total Forderungen	CHF	1'150'000.00
-------------------	-----	--------------

Höhe der Teildividendenauszahlung	20 %
-----------------------------------	------

Ausbezahlter Betrag (20 % auf CHF 1'100'000.00)	CHF	220'000.00
---	-----	------------

Zurückbehaltene Teildividende	CHF	10'000.00
-------------------------------	-----	-----------

die Teildividende auf der tatsächlichen Pfandausfallforderung zu berechnen und auszubezahlen (Art. 327 Abs. 1 SchKG).

Ist jedoch in diesem Zeitpunkt die Pfandverwertung noch ausstehend, wird im Nachlassliquidationsverfahren der Pfandgläubiger mit der durch die Schätzung des Sachwalters (Art. 299 SchKG) festgestellten mutmasslichen Ausfallforderung bei der Abschlagsverteilung berücksichtigt (Art. 327 Abs. 2 SchKG).

Dies ist ein Umstand, welchem bei der Berechnung der Höhe der Abschlagszahlung grösste Aufmerksamkeit zu schenken ist, vergeht doch zwischen der Erstellung der Pfandschätzungsverfügung und der Abschlagszahlung eine geraume Zeit, so dass nicht mehr zwingend von einer aktuellen, marktgerechten Schätzung ausgegangen werden kann. Die Liquidatorin kann, wenn sie mit einer solchen Situation

konfrontiert ist, lediglich die Pfandverwertung durchsetzen (Art. 324 Abs. 2 SchKG), nicht aber eine neue Schätzung des Pfandes vornehmen, welche die in der Nachlassstundung vorgenommene Schätzung ersetzt (Art. 299 Abs. 3 SchKG).¹⁷

Handelt es sich beim Pfand um ein Grundpfand, ist der Pfandausfall von Amtes wegen bei der Abschlagsverteilung durch die Liquidatorin zu berücksichtigen, wo hingegen beim Faustpfand, dessen Verwertung im Nachlassverfahren im Gegensatz zum Konkurs nicht zwingend durch die Liquidatorin zu erfolgen hat,

¹⁵ FRITZSCHE/WALDER, Bd. II, § 52 N 15

¹⁶ SchKG-A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, N 7 zu Art. 326

¹⁷ SchKG-A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, N 12 zu Art. 327

seitens des Pfandgläubigers die Höhe des Pfandausfalles zu melden ist.¹⁹

Wurde dem Pfandgläubiger durch den tatsächlich erzielten Pfanderlös und die vorgängig erfolgte Abschlagszahlung ein zu hoher Anteil seiner Forderung ausbezahlt, ist er zur Rückzahlung des zuviel erhaltenen Betrages verpflichtet (Art. 327 Abs. 3 SchKG). Verweigert er diese Rückzahlung, kann die Liquidatorin im Namen der Masse eine Betreuung oder ein Zivilverfahren einleiten. Die Ansprüche daraus können entweder abgetreten, verwertet oder aber darauf verzichtet werden.¹⁸

Über die Berechnung bzw. die Berücksichtigung von Pfandausfallforderungen bei Abschlagszahlungen im Konkursverfahren schweigt sich der Gesetzgeber aus. Analog zum Nachlassliquidationsverfahren kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Pfandgläubiger auch im Konkursverfahren grundsätzlich einen Anspruch auf die Teilnahme seiner mutmasslichen Pfandausfallforderung an einer Abschlagszahlung hat.

Die Konkursverwaltung muss somit basierend auf der konkursamtlichen Pfandschätzung sowie unter Berücksichtigung von Verwertungs- und allfälligen Verwaltungskosten den mutmasslichen Pfandausfall berechnen und diesen bei der Abschlagsverteilung berücksichtigen.

Auch hier gilt wieder, dass bei dieser Berechnung mit grösster Vorsicht vorzugehen ist, um nicht die Endverteilung und die Gleichbehandlung sämtlicher gleichrangiger Gläubiger zu beeinträchtigen.

Handelt es sich bei dem Pfand um ein Drittpfand, welches im Zeitpunkt der Ab-

Beispiel

4½ Zimmerwohnung im Tessin

konkursamtliche Schätzung	CHF 400'000.00
./.. mutmassliche Verwertungs- und Verwaltungskosten	CHF 10'000.00
./.. voraussichtliche Grundstückgewinnsteuer	CHF 10'000.00
./.. vorgehende gesetzliche Pfandforderungen	CHF 1'500.00
Mutmasslicher Erlös	CHF 378'500.00
vertragliche Pfandforderungen	CHF 500'000.00
./.. mutmasslicher Erlös	CHF 378'500.00
mutmasslicher Pfandausfall	CHF 121'500.00

schlagsverteilung bereits verwertet wurde, tritt der Pfandeigentümer an Stelle des Gläubigers und ist zum Bezug der Dividende berechtigt, sofern und insoweit nach geltendem materiellen Recht der Pfandeigentümer durch die Einlösung des Pfandes in die Rechte des Gläubigers eintritt (Art. 61 KOV Abs. 2). Ist das Pfand noch nicht verwertet worden, ist der begünstigte Pfandgläubiger anstelle des Pfandeigentümers bei der Abschlagszahlung zu berücksichtigen.²⁰

10. Wie ist vorzugehen, wenn eine zu hohe Abschlagszahlung erfolgt ist?

Das SchKG schweigt sich zu dieser Frage aus, es findet sich keine Spezialnorm, auf welche sich die Konkursmasse gegenüber von zu hohen Abschlagszahlungen profi-

tierenden Gläubigern (zu Lasten von andern Gläubigern, Gläubigern von Massschulden oder der für ihre Kosten nicht gedeckten Konkursverwaltung) berufen könnte. Es ist demnach auf die allgemeinen Regeln des Bereicherungsrechts (Art. 62 ff. OR) zu verweisen, wobei es der Konkursverwaltung – respektive im Nachlassverfahren der Liquidatorin – welche für die zu hohe Abschlagszahlung verantwortlich zeichnet, obliegt, die zu hohen Betreffnisse zurückzufordern.²¹

¹⁸ SchKG-A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, N 14 zu Art. 327

¹⁹ SchKG-A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, N 10 zu Art. 327

²⁰ SchKG-A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, N 13 zu Art. 327

²¹ JAEGER, N2 zu Art. 266