

à fin de garantie. Elle ne peut être suivie, car le pactum de non petendo qu'implique le transfert des deux cédulas hypothécaires au porteur aux fins de garantie ne lui permet précisément pas de réclamer un montant supérieur au capital et aux intérêts contractuellement convenus. Or, ces derniers ne s'élevaient pas à 10 %. Cela ressort expressément de son courrier du 28 janvier 2011, où elle mentionne divers taux d'intérêt variant de 3,39 % à 6,14 %.

FRIBOURG, Cour d'appel, 4 octobre 2012

21.) Art. 173a SchKG. – Aufschub des Konkurses. – Muss der Konkurs in der Folge doch eröffnet werden, ist das Honorar des Sachwalters keine Masseschuld.

Art. 173a LP. – Ajournement de faillite. – Lorsque la faillite est par la suite quand même prononcée, les honoraires du commissaire ne constituent pas une dette de la masse.

Art. 173a LEF. – Differimento della dichiarazione di fallimento. – Se in seguito il fallimento viene comunque dichiarato, l'onorario del commissario non costituisce un debito della massa.

Der Konkursrichter schob einen Konkurs wegen Aussicht auf eine Sanierung auf. In der Folge zerschlugen sich diese Hoffnungen. Im nun doch durchgeführten Konkurs ist die Qualifikation des Sachwalterhonorars streitig. Die Konkursverwaltung betrachtete es nicht als privilegiert, das Einzelgericht entschied dem gegenüber, es sei eine Masseschuld. Dagegen richtete sich die Berufung der Konkursmasse.

Aus den Erwägungen:

II. Die Beschwerdegegnerin (= die als AG organisierte Anwalts-Sozietät, welche als Sachwalterin eingesetzt war) hat sich, betreffend die Frage ob es sich beim Sachwalterhonorar um eine Masseschuld handelt, entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 125 III 293) zutreffend an den Zivilrichter gewandt.

III/5. Weder das OR noch das SchKG (auch nicht in Art. 262 Abs. 1 oder Art. 310 Abs. 2 SchKG) statuieren ausdrücklich, dass das Sachwalterhonorar im Konkursaufschub in einem nachfolgenden Konkurs eine Masseschuld wäre. Damit fehlt es für diese Interpretation an einer klaren gesetzlichen Grundlage. Kosten des Konkursaufschubs unter die Konkurseröffnungskosten nach Art. 262 Abs. 1 SchKG subsumieren zu wollen, erscheint schon rein begrifflich fast etwas zynisch. Bei den Konkurseröffnungskosten handelt es sich grundsätzlich um die Verfahrenskosten, welche für die bzw. mit der eigentlichen Konkursöffnung (im engen technischen Sinne) anfallen so z.B. die Gerichtskosten für den Konkurs-

eröffnungsentscheid und die Aufwendungen für die damit verbundenen Mitteilungen und Publikationen (vgl. BSK SchKG-*Staelin*, 2. Aufl. 2010, Art. 262 N. 6; KUKO SchKG-*Stöckli/Possa*, Art. 262 N. 1 und 4; *Kren Kostkiewicz/Walder*, SchKG Kommentar, 18. Aufl. 2012, Art. 262 N. 1). Auch wenn Art. 262 Abs. 1 SchKG nach BGE 113 III 148 E. 2 sinngemäss auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung Anwendung findet, ändert dies für die vorliegende Fragestellung im Konkursaufschub – insbesondere auch wegen dem Fehlen einer zu Art. 310 Abs. 2 SchKG analogen gesetzlichen Regelung – nichts daran, dass sich die Honorarforderung des Sachwalters aus dem Konkursaufschub (zumindest bis zu einem klaren anderslautenden Entscheid des Bundesgerichts) nicht direkt unter die Konkursöffnungs-kosten gemäss Art. 262 Abs. 1 SchKG subsumieren lässt.

Im genannten Entscheid (BGE 113 III 148 E. 2) konstatiert das Bundesgericht folgendes: «Ebenso sind im Speziellen die für die Kosten der Konkursverwaltung geltenden Regeln auf die Honorarforderung des Sachwalters anzuwenden. Der Sachwalter wird von der Nachlassbehörde bestellt (Art. 295 Abs. 1 SchKG) und erfüllt eine ihm vom öffentlichen Recht auferlegte Pflicht. Er ist weder Vertreter der Gläubiger noch des Schuldners und steht zu keiner der Parteien in einem privatrechtlichen Verhältnis (*Fritzsche*, Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Bd. II S. 314). Im Weiteren wird sein Entgelt von der Nachlassbehörde pauschal festgesetzt (Art. 66 Abs. 2 GebTSchKG). Seine Stellung ist demnach vergleichbar mit derjenigen der Konkursverwaltung (*Jaeger*, Schuldbetreibung und Konkurs, N 4 zu Art. 295 SchKG). Dass er unter Umständen das Unternehmen des Schuldners im Interesse der Gläubiger in gewissem Umfang weiterführen muss (vgl. BGE 85 III 208), vermag daran nichts zu ändern.»

Es fragt sich, ob diese Erwägungen des Bundesgerichts auch für den Sachwalter im Konkursaufschub Geltung haben können. Denn auch wenn in jenem Zeitpunkt noch keine Konkursmasse besteht und es sich beim Konkursaufschub um eine rein zivilrechtliche Sanierungsmöglichkeit des OR handelt (BSK OR II-*Wüstiner*, 4. Aufl. 2012, Art. 725a N. 4), könnte man sich – mit der Vorinstanz – überlegen, den Sachwalter im Konkursaufschub, wenn es nicht gelingt den Konkurs abzuwenden, nicht schlechter stellen zu wollen als den Sachwalter im Nachlassverfahren. Immerhin hat der Sachwalter im Konkursaufschub nach Art. 725a Abs. 2 OR teilweise eine vergleichbare Stellung wie der Sachwalter in der Nachlassstundung gemäss Art. 298 SchKG. Andererseits gilt es zu beachten, dass für das zivilrechtliche Institut des Konkursaufschubes keine analoge Regelung zu Art. 310 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 35 BIV-FINMA existiert. Zwar fehlt eine ausdrückliche Regelung auch für das Konkursverfahren, doch ist dort die Entstehung von Masseschulden gestützt auf Art. 262 SchKG ohne Weiteres akzeptiert (vgl. statt vieler BSK SchKG-*Staelin*, 2. Aufl. 2010, Art. 262 N. 10 ff.), was für den Konkursaufschub nicht gilt (vgl. BSK OR II-*Wüstiner*, 4. Aufl. 2012, Art. 725a N. 10; *Lorandi* in: *Gehri/Kuhn/RiemerNock* (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangs-

vollstreckungsrecht- Festschrift für Karl Spühler, 2005, S. 217; *Amonn/Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl. 2008, §57 N. 16; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009, § 13 N. 844). Bei allen Ähnlichkeiten unterscheidet sich zudem das zivilrechtliche Konkursaufschubverfahren nach Art. 725a OR – ganz abgesehen von der allfälligen Gebührenhöhe – von der Nachlassstundung nach SchKG (vgl. u.a. *Lorandi*, a.a.O., S. 209 ff.). So liegt z.B. im Konkursaufschub die Sanierungslast (noch ohne Betreibungsdruck) bei der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern, da Gläubiger nicht zu Sanierungsbeiträgen gezwungen werden können (BSK OR II-*Wüstiner*, 4. Aufl. 2012, Art. 725a N. 4), das Konkursamt ist noch nicht involviert und auch der Sachwalter steht nicht unter dessen Aufsicht (BGE 98 III 41).

Nach dem Gesagten bestehen gewichtige Gründe, die dagegen sprechen, im Konkursaufschub einzig das Sachwalterhonorar zu privilegieren, zumal man mit dem Antrag und der Bewilligung des Konkursaufschubs – zu Gunsten der Chance auf Sanierung – bewusst auf die verschiedenen Vor- und Nachteile verzichtet, welche die Konkursöffnung bzw. allenfalls ein Nachlassverfahren für die Beteiligten hätte.

Die Lösung ergibt sich unter anderem aus dem genannten Bundesgerichtsentscheid selbst (BGE 113 III 148 E. 2): «Gemäss Art. 262 Abs. 1 SchKG werden sämtliche aus der Eröffnung und Durchführung des Konkurses erwachsenen Kosten vorab gedeckt. [...] Das Nachlassvertragsrecht enthält in Art. 316c Abs. 2 SchKG (heute: Art. 310 Abs. 2 SchKG) zudem die Vorschrift, dass die während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten Masseverbindlichkeiten sind. [...] Es ist daher offenkundig, dass Art. 262 Abs. 1 SchKG auf den Nachlassvertrag [...] sinngemäss anzuwenden ist. Ebenso sind im Speziellen die für die Kosten der Konkursverwaltung geltenden Regeln auf die Honorarforderung des Sachwalters anzuwenden.» Daraus folgt im Umkehrschluss für den Konkursaufschub, welcher (wie bereits aufgezeigt als privatrechtliche Sanierungshilfe für gewisse Gesellschaftsformen) nicht einfach mit dem Nachlassverfahren gleichzusetzen ist, und der keine explizite Regelung entsprechend Art. 310 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 35 BIV-FINMA kennt, dass sich die Qualifizierung des Sachwalterhonorars als Masseschulden (im späteren Konkurs) nicht aufdrängt. Im Konkursaufschub ist (wie bereits angetönt, vgl. Ziff. III.5. vorstehend) für das Sachwalterhonorar aus Art. 262 SchKG – auch gerade weil eine Regelung analog Art. 310 Abs. 2 SchKG bzw. Art. 35 BIV-FINMA fehlt – nichts Relevantes abzuleiten. Art. 262 SchKG greift gerade erst dann, wenn der Aufschub beendet ist und Verfahrenskosten entstehen, weil der Konkurs eröffnet werden muss. Zudem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass für das Honorar des Sachwalters im Konkursaufschub grundsätzlich die noch aktive Gesellschaft haftet (BSK OR II-*Wüstiner*, 4. Aufl. 2012, Art. 725a N. 13; *Plüss/Facincani-Kunz/Künzli* in: *Roberto/Trüeb* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, Art. 725a Ziff. 10), welche deshalb auch allfällige

Vorschüsse an den Sachwalter zu leisten hat (vgl. Ziff. III.4. vorstehend). Damit ist die Honorarforderung des Sachwalters im Konkursaufschub – zumal noch keine Konkursmasse besteht – eine Schuld der Gesellschaft (und auch nicht etwa des Staates, vgl. auch BGE 43 III 252 E. 1 S. 255). Wenn nun die betreffende Gesellschaft in Konkurs fällt, ist nicht ersichtlich, weshalb sich eine einzelne Schuld, welche die Gesellschaft aus der Zeit vor der Konkursöffnung hat, plötzlich und ohne klare gesetzliche Grundlage in eine Masseschuld umwandeln sollte. Auch wenn Masseschulden schon vor dem formellen Bestehen einer Konkursmasse entstehen können, ist dies grundsätzlich nicht der ordentliche Mechanismus. Denn dafür, dass dies im Nachlassverfahren überhaupt möglich ist, bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage, welche sich im genannten Art. 310 Abs. 2 SchKG findet. Art. 310 Abs. 2 SchKG wiederum erfasst alle Forderung im fraglichen Zeitraum und nicht bloss das Sachwalterhonorar. Allein aufgrund der Parallelen der Sachwaltermandate in den verschiedenen Verfahren sowie gestützt auf die öffentlich rechtliche Natur der Sachwaltertätigkeit als gerichtlich bestelltes Aufsichtsorgan (vgl. BGE 113 III 148 E. 2 und *Marazzi*, SJZ 93/1997 S. 374), das Sachwalterhonorar aus dem Konkursaufschub nachträglich als Masseschuld zu klassifizieren, erscheint daher aus genannten Gründen nicht sachgemäss. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

ZÜRICH, Obergericht, 29. Juli 2013

Anmerkung

Der Entscheid des Obergerichts (II. Zivilkammer) scheint uns richtig. Für eine bevorzugte Behandlung des Sachwalterhonorars im nachfolgenden Konkurs bietet das Gesetz keine Handhabe – weder im SchKG, noch viel weniger im OR. Entscheidend ist u.E. insbes., dass für den Konkursaufschub keine Regelung analog des Art. 310 Abs. 2 SchKG besteht. Gemäss dieser Bestimmung sind die während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten sog. «Masseverbindlichkeiten», die in einem nachfolgenden Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung oder Konkurs die Masse verpflichten, bereits während der Nachlassstundung voll bezahlt werden dürfen und vom Gläubiger abweichend vom allgemeinen Grundsatz des Betreibungsverbots (gem. Art. 297 Abs. 1 SchKG) während der Nachlassstundung auch schon in Betreibung (auf Pfandung) gesetzt werden können (vgl. dazu *Hunkeler*, in: KUKO SchKG (Hrsg.: *Hunkeler*), 2. Aufl., Basel 2014 [soeben erschienen], Art. 310 N 20, m.w.H.; BGE 126 III 294). Würden sie bis zur richterlichen Bestätigung eines Nachlassvertrags noch nicht bezahlt, sind sie zumindest vollständig sicherzustellen, ansonsten das Nachlassgericht den Nachlassvertrag nicht bestätigen darf (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

Sobald ein Sachwalter während der Nachlassstundung dem Eingehen neuer Verbindlichkeiten des Schuldners zustimmt, z.B. neue Dienstleistungen oder Warenlieferungen von Gläubigern bewilligt, entsteht mithin für

die jeweiligen Gläubiger dieses «Superprivileg» im genannten Sinne, das insbes. auch stärker ist als das gesetzliche Privileg der Gläubiger der ersten und zweiten Klasse gem. Art. 219 Abs. 4 SchKG. Auf diese Weise kann die Kreditwürdigkeit eines in finanzielle Not geratenen Schuldners verbessert werden, was insbes. bei einer Unternehmensfortführung während der Nachlassstundung zur Schonung der Liquidität beitragen kann. Eine analoge Regelung kennt das Gesetz für das Bankensanierungsverfahren (Art. 35 Abs. 1 lit. a BIV-FINMA i.V.m. Art. 43 BIV-FINMA und i.V.m. Art. 37 BankG), jedoch gerade nicht für den Konkursaufschub, für welchen das Gesetz mit lediglich einer (einzigen) gesetzlichen Bestimmung (Art. 725a OR) eine nur sehr rudimentäre Regelung aufstellt. Für das Nachlassverfahren geht die Praxis davon aus, dass das Sachwalterhonorar in einem nachfolgenden Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung oder in einem nachfolgenden Konkurs ebenfalls eine Masseverbindlichkeit ist, freilich innerhalb der Masseverbindlichkeiten erst an letzter Stelle befriedigt wird (*Hunkeler*, a.a.O., Art. 295 N 19 und Art. 310 N 21, m.w.H.; *Rothenbühler/Wüthrich*, in: KUKO SCHKG, a.a.O., Art. 319 N 13).

Wenn nun in analoger Anwendung von Art. 310 SchKG (und von Art. 262 Abs. 1 SchKG und der bankenrechtlichen Bestimmungen) das während des Konkursaufschubs aufgelaufene Honorar des Sachwalters im nachfolgenden Konkurs Massestatus hätte, wäre die Forderung des Sachwalters gerade die *einzig*e, die auf diese Weise privilegiert bzw. «superprivilegiert» würde. Solches wäre sachlich nicht zu rechtfertigen und würde gegenüber den anderen Gläubigern, deren Forderungen ebenfalls während des Konkursaufschubs entstanden sind, nicht richtig erscheinen. Dies umso mehr, als es der Sachwalter in der Hand hat, sich für seine Tätigkeit vom Schuldner bevorschussen zu lassen, im Gegensatz zu Gläubigern, die vielleicht nicht einmal Kenntnis haben von einem bewilligten Konkursaufschub (vgl. Art. 725a Abs. 3 OR: «Der Konkursaufschub muss nur veröffentlicht werden, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist»).

Der Konkursaufschub ist und bleibt ein reines *Moratorium*, das dem Schuldner (bzw. einer überschuldeten Gesellschaft) erlaubt, ohne Zwangseinwirkungsmöglichkeiten auf die Rechte der Gläubiger während der Aufschubphase die Sanierung (aus eigener Kraft bzw. auf dem Verhandlungsweg mit Gläubigern) zu bewerkstelligen. Insbes. kennt der Konkursaufschub keinen Zwangsvergleich zum Nachteil der Gläubiger analog einem Nachlassvertrag (vgl. Art. 305 SchKG), ebenso wenig wie eine Vielzahl anderer Einflussmöglichkeiten auf die Gläubigerrechte, wie sie aufgrund expliziter gesetzlicher Regelung während einer Nachlassstundung möglich sind, so etwa eine Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (Art. 297 a SchKG), ein Dahinfallen von Globalzessionen mit Bewilligung der Stundung (Art. 297 Abs. 4 SchKG), ein Recht des Schuldners, analog der konkursrechtlichen Regelung Realverpflichtungen in Geldschulden umzuwandeln (Art. 297 Abs. 9 i.V.m. Art. 211 Abs. 1 SchKG), eine Sistierung von hängigen Prozessen (Art. 297 Abs. 5

SchKG) oder ein Stillstand von Verjährungs- und Verwirkungsfristen während der Nachlassstundung (Art. 297 Abs. 6 SchKG); vgl. ausführlicher zum Ganzen *Hunkeler*, a.a.O., vor Art. 293–336 N 22 ff. und Komm. zu den jeweiligen Bestimmungen; *Lorandi*, Sanierung mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung – Alte und neue Handlungsoptionen, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V (Hrsg.: *Sprecher/Umbach-Spahn/Vock*), Zürich 2014, 32 ff., je m.w.H.

Mit der Revision des SchKG vom 21. Juni 2013, i.K. seit 1. Januar 2014 («neues Sanierungsrecht»; AS 2013 4111), wurde der Konkursaufschub als eigenständiges Institut unverändert im OR belassen (Art. 725a OR), obwohl er nach dem Willen des Bundesrats und der Expertengruppe Nachlassverfahren gänzlich hätte abgeschafft werden sollen. Demgegenüber wurde das Nachlassverfahren in seinen inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten gegenüber dem bisherigen Recht noch erweitert, so dass es den Konkursaufschub in vielen Fällen heute gar nicht mehr braucht (vgl. etwa auch Art. 296a SchKG zur Aufhebung einer Nachlassstundung ohne Abschluss eines Nachlassvertrags infolge gelungener Sanierung). Die im obergerichtlichen Entscheid analysierten Bestimmungen von Art. 310 SchKG (und von Art. 306 SchKG) und Art. 262 SchKG blieben mit der Revision in den hier massgebenden Punkten unverändert. Umso mehr muss der – in Rechtskraft erwachsene – obergerichtliche Entscheid, der noch unter altem SchKG erging, auch unter neuem Sanierungsrecht Gültigkeit haben, jedenfalls solange das Bundesgericht (wider Erwarten) nichts anderes entscheidet.

Dr. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, LL.M., Zürich und Baden

22.) Art. 230 al. 4, 230a al. 2 LP. – L’art. 230a al. 2 LP apparaît comme une disposition subsidiaire à l’art. 230 al. 4 LP lorsqu’une poursuite en réalisation de gage immobilier était pendant au moment du prononcé de la faillite du propriétaire du bien mis en gage. En cas de requête en continuation d’une poursuite reviviscente, l’art. 230a al. 2, 3 et 4 LP ne s’appliquent pas.

Art. 230 Abs. 4, 230a Abs. 2 SchKG. – Ist ein Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden und lebt eine Grundpfandbetreibung deshalb wieder auf, so ist das betreibungsamtliche Verfahren fortzusetzen. Die Verwertung von verpfändeten Werten durch das Konkursamt ist subsidiär.

Art. 230 cpv. 4 e 230a cpv. 2 LEF. – In caso di sospensione della procedura di fallimento per mancanza di attivi riprende il suo corso l’esecuzione in via di realizzazione del pegno immobiliare a cura dell’ufficio d’esecuzione, che era stata promossa prima della dichiarazione di fallimento. La realizzazione ad opera dell’ufficio dei fallimenti dei beni dati in pegno è di natura sussidiaria.