



DANIEL HUNKELER / ZENO SCHÖNMANN

Die Rechtsöffnung im Konkurs und im gerichtlichen Nachlassverfahren

Unter Berücksichtigung von Aberkennungs- und Anerkennungsklagen

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rechtsöffnung im Konkurs
 - A. Ausgangslage
 - B. Gesetzliche Grundlagen
 - C. Passivprozesse
 - 1. Rechtsöffnungsverfahren mit dem Gemeinschuldner als Gesuchseegner
 - 2. Anerkennungsklage mit dem Gemeinschuldner als beklagte Partei und Aberkennungsklage mit dem Gemeinschuldner als klagende Partei
 - D. Aktivprozesse
 - 1. Rechtsöffnungsverfahren mit dem Gemeinschuldner als Gesuchsteller
 - 2. Anerkennungsklagen mit dem Gemeinschuldner als klagende Partei und Aberkennungsklage mit dem Gemeinschuldner als beklagte Partei
- III. Rechtsöffnung beim Konkursaufschub
- IV. Rechtsöffnung im gerichtlichen Nachlassverfahren
 - A. Abgrenzungen
 - B. Gesetzliche Grundlagen
 - C. Definitive Nachlassstundung
 - 1. Passivprozesse
 - 2. Aktivprozesse
 - D. Provisorische Nachlassstundung
 - E. Besonderheiten bei der nicht publizierten provisorischen Nachlassstundung
 - F. Nach Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrags
 - 1. Passivprozesse
 - 2. Aktivprozesse
 - G. In der Nachlassliquidation
 - 1. Allgemein
 - 2. Passivprozesse
 - 3. Aktivprozesse

I. Einleitung

Nachfolgend soll untersucht werden, wie sich das Rechtsöffnungsverfahren zum Konkurs und zum gerichtlichen Nachlassverfahren verhält. Dabei interessieren insbesondere die Auswirkungen eines Konkurses oder eines gerichtlichen Nachlassverfahrens auf hängige und auf neu einzuleitende Rechtsöffnungsverfahren, und zwar in Bezug auf Passiv- und auf Aktivprozesse des (Gemein)Schuldners. Miteinbezogen werden auch Auswirkungen auf Anerkennungs- und Aberkennungsverfahren mit dem (Gemein)Schuldner als Partei. Da das Thema weitläufig ist und sich zahlreiche Fragen stellen, erhebt der Beitrag keinesfalls Anspruch auf Vollständigkeit.

II. Rechtsöffnung im Konkurs

A. Ausgangslage

Je nachdem, ob es sich bei einem Rechtsöffnungsverfahren um einen Aktiv- oder um einen Passivprozess des Gemeinschuldners handelt, zeitigt eine Konkursöffnung über den Gemeinschuldner unterschiedliche Wirkungen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass eine erhobene Aberkennungsklage trotz der Klägerrolle des Schuldners ein Passivprozess ist.¹ Von einem Aktivprozess ist nur dann die Rede, wenn es materiell um eine Forderung des Gemeinschuldners geht. Umgekehrt handelt es sich um einen Passivprozess, wenn gegenüber dem Gemeinschuldner Forderungen geltend gemacht werden. Dabei ist stets zu unterscheiden zwischen einem zum Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits hängigen und einem erst nach Konkursöffnung rechtshängig gemachten Verfahren.

DANIEL HUNKELER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Baur Hürliemann AG, Zürich.

ZENO SCHÖNMANN, lic. iur., Rechtsanwalt, Baur Hürliemann AG, Zürich.

Dieser Aufsatz basiert auf einem Referat, das Daniel Hunkeler an der Tagung des IRP-HSG und dieser Zeitschrift zum Thema «Rechtsöffnung» am 30. Juni 2016 in Zürich gehalten hat.

¹ BGer, 5A_417/2008, 16.12.2008, E. 3.

B. Gesetzliche Grundlagen

Von den verschiedenen anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen sind vorab *Art. 206 Abs. 1 und 2 SchKG* beachtlich. Demgemäss bewirkt die Konkursöffnung, dass alle gegen den Schuldner hängigen Betreibungen aufgehoben werden, und dass neue Betreibungen für Forderungen, die vor der Konkursöffnung entstanden sind, während des Konkursverfahrens nicht eingeleitet werden können. Ausgenommen davon sind Betreibungen auf Verwertung von Pfändern, die von Dritten bestellt worden sind (Absatz 1). Betreibungen für Forderungen, die nach der Konkursöffnung entstanden sind, werden während des Konkursverfahrens durch Pfändung oder Pfandverwertung fortgesetzt (Absatz 2). Gemäss *Art. 207 SchKG* werden mit Ausnahme dringlicher Fälle Zivilprozesse, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt, und zwar sowohl in Bezug auf Aktiv- wie auch auf Passivprozesse. Solche Prozesse können im ordentlichen Konkursverfahren frühestens 10 Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung, im summarischen Konkursverfahren frühestens 20 Tage nach der Auflage des Kollokationsplanes wieder aufgenommen werden (Absatz 1). Ausgenommen davon sind Entschädigungsklagen wegen Ehr- und Körperverletzungen oder familienrechtliche Prozesse (Absatz 4). *Art. 243 Abs. 1 SchKG* schliesslich ermächtigt die Konkursverwaltung, unbestrittene fällige Guthaben der Masse nötigenfalls auf dem Betreibungswege einzuziehen.

C. Passivprozesse

1. Rechtsöffnungsverfahren mit dem Gemeinschuldner als Gesuchsgegner

a. *Zum Zeitpunkt der Konkursöffnung hängige Rechtsöffnungsverfahren*

Da nach dem soeben Gesagten gemäss *Art. 206 Abs. 1 SchKG* mit der Konkursöffnung alle hängigen Betreibungen gegen den Schuldner aufgehoben werden, fallen auch die auf solche Betreibungen gestützten Prozesse gegen den Gemeinschuldner dahin, soweit sie vollstreckungsrechtlicher Natur sind. Dies gilt insbesondere auch für Rechtsöffnungsverfahren.² Rechtsöffnungsverfahren gegen den Gemeinschuldner (betreffend provisorische oder definitive Rechtsöffnung) werden somit als gegenstandslos geworden abgeschrieben. Davon ausgenommen sind gemäss *Art. 206 Abs. 1 SchKG* Betreibungen auf Verwertung von Pfändern, die von Dritten

bestellt worden sind. Pfänder im Eigentum von Dritten fallen nicht in die Konkursmasse,³ und drittpfandgesicherte Forderungen werden im Kollokationsplan als ungesicherte Forderungen behandelt.⁴ Daher kann der Gemeinschuldner (vertreten durch die Konkursverwaltung) für drittpfandgesicherte Forderungen nebst dem Dritten betrieben werden⁵ und als Gesuchsgegner Partei in einem Rechtsöffnungsverfahren sein. Ist der Hauptschuldner in Konkurs, gehört ein gepfändetes Grundstück eines Dritteigentümers nicht zur Konkursmasse und kann entsprechend die Betreibung auf Pfandverwertung gemäss *Art. 89 Abs. 1 VZG* gegen den Gemeinschuldner und den Dritteigentümer auch während des Konkursverfahrens durchgeführt werden.

Bei einer Einstellung des Konkurses mangels Aktiven leben gemäss *Art. 230 Abs. 4 SchKG* die vor der Konkursöffnung eingeleiteten Betreibungen wieder auf. *Art. 230 Abs. 4 SchKG* wurde als Ausnahmebestimmung zu *Art. 206 Abs. 1 SchKG* konzipiert.⁶ Die Betreibungen leben in dem Stadium wieder auf, in dem sie durch die Konkursöffnung aufgehoben worden sind.⁷ In der Praxis wird die Auffassung vertreten, dass der Gläubiger, der vor Konkursöffnung ein Rechtsöffnungsgesuch gestellt hat, ein neues Rechtsöffnungsgesuch zu stellen hat, nachdem die Konkursöffnung in Anwendung von *Art. 206 SchKG* zur Aufhebung des Verfahrens geführt hat. Die Abschreibungsverfügung des für Rechtsöffnungen zuständigen Audienzgerichts am Bezirksgericht Zürich enthält beispielsweise einen entsprechenden Hinweis.

Normalerweise ist dies sowohl für den Schuldner als auch für den Gläubiger unproblematisch. Allerdings sind auch Konstellationen vorstellbar, in welchen eine Wiederholung des Verfahrens mit Blick auf die Eventualmaxime unbillig erscheint. So erhält einerseits der Gläubiger eine Chance, in derselben Betreibung ein verbessertes Gesuch zu stellen. Umgekehrt wird dem Schuldner ermöglicht, allenfalls im ersten Rechtsöffnungsverfahren versäumte Einreden vorzubringen. Zu bedenken ist zudem, dass es auch aufwändige Rechtsöffnungsverfahren mit mehreren Schriftenwechseln gibt. Auch aus prozessökonomischen Gründen erscheint es deshalb nicht sachgerecht, das gesamte Verfahren zu wiederholen. *Art. 206 Abs. 1 i.V.m. Art. 230 Abs. 4 SchKG* sollte deshalb zu einer Aufhebung des Rechtsöffnungsverfahrens führen mit der Resolutivbedingung einer Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven. Bei Bedingungseintritt würde bei dieser Lösung die Wiederaufnahme des Rechtsöffnungsverfahrens im Verfahrensstand zum Zeitpunkt der Konkursöffnung erfolgen.

² CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, erläutert für den praktischen Gebrauch, 4. Aufl., Zürich 1997/99, *Art. 206 SchKG* N 4; HEINER WOHLFART/CAROLINE B. MEYER, in: Adrian Staehelin/Thomas Baur/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bde. I und II, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK *SchKG* I-Verfasser; BSK *SchKG* II-Verfasser), *Art. 206* N 11.

³ Vgl. KURT STÖCKLI/PHILIPP POSSA, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *SchKG*, Kurzkommentar, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. KUKO *SchKG*-Verfasser), *Art. 206* N 13 ff.

⁴ Vgl. *Art. 61 KOV*.

⁵ Vgl. *Art. 153 SchKG*.

⁶ BSK *SchKG* II-LUSTENBERGER (FN 2), *Art. 230* N 18c.

⁷ KUKO *SchKG*-SCHÖBER (FN 3), *Art. 230* N 26.

b. *Rechtsöffnungsverfahren nach der Konkursöffnung*

Gemäss der ausdrücklichen Regelung von Art. 206 Abs. 1 SchKG sind erwähntermassen auch keine neuen Betreibungen möglich für Forderungen, die vor der Konkursöffnung entstanden sind. Dies hat zur Folge, dass für solche Forderungen gegen den Gemeinschuldner nach Konkursöffnung grundsätzlich auch keine Rechtsöffnungsverfahren mehr eingeleitet werden können. Davon ausgenommen sind gemäss Art. 206 Abs. 1 SchKG wiederum Betreibungen auf Verwertung von Pfändern, die von Dritten bestellt worden sind.⁸

Eine weitere Ausnahme ist für den ebenfalls bereits erwähnten Fall vorgesehen, dass das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird und gemäss Art. 230 Abs. 4 SchKG die vor der Konkursöffnung eingeleiteten Betreibungen wieder aufleben.⁹ Entsprechend können neue Rechtsöffnungsverfahren eingeleitet werden. Dabei machen allerdings regelmässig nur Betreibungen auf Pfändung oder Pfandverwertung Sinn. Solche Betreibungen können gegen den ehemaligen Gemeinschuldner neu eingeleitet und nach Durchführung eines allfälligen Rechtsöffnungsverfahrens auch dann auf Pfändung fortgesetzt werden, wenn dieser der Konkursbetreibung unterliegt (vgl. Art. 230 Abs. 3 SchKG). Eine Fortsetzung auf Konkurs würde infolge der festgestellten Nichtdurchführbarkeit des Konkurses (mangels Aktiven) regelmässig keinen Sinn mehr ergeben.

Mit Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich (als obere Aufsichtsbehörde) vom 19. August 2015¹⁰ wurde entschieden, dass bei der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven auch diejenigen Betreibungen wieder auflebten, welche sich im Stadium der Konkursandrohung befänden, wobei der Gläubiger in diesem Fall ebenfalls vom – für ihn neuen – Wahlrecht profitieren und seine Betreibung (erneut) fortsetzen könne. Das Bundesgericht folgte dieser Auffassung in einem späteren Fall mit Urteil vom 15. Januar 2016¹¹ indessen nicht. Es erklärte unter Hinweis auf BGE 124 III 123, dass für das Wiederaufleben gemäss Art. 230 Abs. 4 SchKG einer Betreibung nicht nur das Stadium massgebend sei, in welchem sie sich bei Konkursöffnung befand, sondern dass auch die Art der Betreibung definitiv bestimmt sei. Das Bundesgericht hielt somit – trotz teilweiser Kritik in der Lehre¹² – an seiner Rechtsprechung gemäss BGE 124 III 123¹³ fest, wonach bereits die Fortsetzung auf dem Weg des Konkurses ausreicht, damit nach Einstellung des Konkursverfahrens eine neue Betreibung auf Pfändung (gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG) einzuleiten ist. Dabei erwog das Bundesgericht abschliessend

das Folgende: «Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, die bereits auf Konkurs fortgesetzte Betreibung könne nach Einstellung des Konkursverfahrens dennoch auf Pfändung fortgesetzt werden, verlangt sie (unter Hinweis auf eine abweichende kantonale, der Kritik folgenden Praxis), dass die Rechtsprechung geändert werde. Entscheidende neue Argumente, welche eine Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigen würden, werden von der Beschwerdeführerin nicht vorgebracht.»

Neue Betreibungen und damit auch neue Rechtsöffnungsverfahren gegen den Gemeinschuldner sind auch im Zusammenhang mit nach der Konkursöffnung entstandenen Forderungen möglich,¹⁴ etwa für nach der Konkursöffnung entstandene Mietzinsverpflichtungen des Gemeinschuldners. Dabei kann der betreibende Gläubiger allerdings nicht auf das Massevermögen greifen, sondern nur auf vom Schuldner nach Konkursöffnung neu erworbenes Vermögen.¹⁵

Schliesslich werden durch Art. 206 SchKG auch Betreibungen bzw. Rechtsöffnungsverfahren gegen die Konkursmasse selbst nicht ausgeschlossen. Solche sind möglich für Forderungen, die zulasten der Konkursmasse begründet worden sind, d.h. für sogenannte Massschulden,¹⁶ beispielsweise aus einem von der Konkursmasse mit Zustimmung der Konkursverwaltung während des Konkurses weiterhin benutzten Mietobjektes.¹⁷

2. **Anerkennungsklage mit dem Gemeinschuldner als beklagte Partei und Aberkennungsklage mit dem Gemeinschuldner als klagende Partei**

a. *Zum Zeitpunkt der Konkursöffnung hängige Aberkennungs- und Anerkennungsklagen*

Sowohl die Aberkennungsklage mit dem Gemeinschuldner als klagende Partei als auch die Anerkennungsklage mit dem Gemeinschuldner als beklagte Partei werden gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG grundsätzlich¹⁸ sistiert. Die Sistierung erfolgt von Gesetzes wegen.¹⁹ Ist strittig, ob ein dringlicher Fall vorliegt, entscheidet der Richter des fraglichen Prozesses, ob dieser gemäss Art. 207 SchKG eingestellt wird.²⁰ Die Sistierung wird aufgehoben,²¹ wenn entschieden wird, den Prozess durch die Konkursmasse fortzuführen oder wenn ein Verfahrensbeteiligter zur Weiterführung des Prozesses bevollmächtigt wird. Eine formelle Aufhebung der Einstellung ist

⁸ Vgl. dazu Ziff. II.C.1.a. hiervor.

⁹ Vgl. dazu Ziff. II.C.1.a. hiervor.

¹⁰ BLSchK 2016, 117 ff.

¹¹ BGer, 5A_784/2015, 15.1.2016, E. 3.3. und 3.4.

¹² DAVID RÜETSCHI, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011, 132.

¹³ Bestätigt mit BGer, 5A_370/2010, 22.9.2010; BLSchK 2011, 50 f.

¹⁴ Art. 206 Abs. 2 SchKG.

¹⁵ Vgl. Art. 197 SchKG.

¹⁶ KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 3), Art. 206 N 20; BGE 106 III 124.

¹⁷ Vgl. Art. 211a SchKG.

¹⁸ Zu den Ausnahmen gemäss Art. 207 Abs. 1 und 4 SchKG vgl. Ziff. II.B. hiervor.

¹⁹ BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER (FN 2), Art. 207 N 14.

²⁰ KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 3), Art. 207 N 25.

²¹ Zum Zeitpunkt der Aufhebung gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG vgl. Ziff. II.B. hiervor.

somit nicht zwingend und erfolgt auch nicht von Gesetzes wegen.²²

Lautet der Mehrheitsbeschluss der Konkursgläubiger auf Fortführung des Prozesses durch die Konkursmasse, wird dieser fortgeführt, und der eingestellte Passivprozess mutiert im Ergebnis zum Kollokationsprozess. Auch eine Abtretung an Gläubiger im Sinne von Art. 260 SchKG ist möglich.²³ Falls weder die Konkursmasse noch Gläubiger im Rahmen einer Abtretung nach Art. 260 SchKG in den Prozess eintreten, gelten die Klagen als anerkannt (Anerkennungsklage) bzw. als zurückgezogen (Aberkennungsklage).²⁴

b. *Anerkennungs- und Aberkennungsklagen nach der Konkurseröffnung*

Da Betreibungen gemäss Art. 206 Abs. 1 SchKG durch eine Konkurseröffnung aufgehoben werden, ist eine neue Aberkennungs- oder Anerkennungsklage nicht möglich, soweit es nicht um einen der vorerwähnten Ausnahmefälle geht, bei welchem eine Betreibung nach Konkurseröffnung weiterhin möglich ist.²⁵ Über strittige Forderungen wird vielmehr im Kollokationsprozess entschieden. Wird eine Forderung durch die Konkursverwaltung zugelassen, kann ein anderer zugelassener Gläubiger negative Kollokationsklage gemäss Art. 250 Abs. 2 SchKG erheben. Wird sie nicht zugelassen, steht ihrem Gläubiger die positive Kollokationsklage gemäss Art. 250 Abs. 1 SchKG offen.

D. Aktivprozesse

1. Rechtsöffnungsverfahren mit dem Gemeinschaftschuldner als Gesuchsteller

a. *Zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung hängige Rechtsöffnungsverfahren*

Art. 206 Abs. 1 SchKG bezieht sich gemäss seinem Wortlaut nicht auf Aktivprozesse («[...] gegen den Schuldner hängigen Betreibungen [...]»). Vor dem Hintergrund, dass Rechtsöffnungsverfahren Vollstreckungsverfahren sind, stellt sich die Frage, ob es sich bei ihnen überhaupt um (Zivil-)Verfahren handelt, die nach Art. 207 SchKG zwingend sistiert werden. Die Praxis versteht den Begriff des den Bestand der Konkursmasse berührenden «Zivilprozesses» zu Recht in einem weiten Sinne. Massgebend ist, dass es sich um Prozesse handelt, welche zur Masse gehörende Rechte umfassen.²⁶ Unter den Begriff

«Zivilprozess» werden daher Prozesse subsumiert, welche materielles Privatrecht zum Gegenstand haben. Die Einstellung von Zivilprozessen nach Art. 207 SchKG ist eine Folge des Konkursbeschlags nach Art. 204 SchKG.²⁷ Ihr Zweck besteht darin, die nötige Zeit zu schaffen für die Klärung der oft schwierigen (und durch die Gläubigerversammlung bzw. die Gläubiger zu beantwortende) Frage, ob hängige Prozesse auf Risiko der Konkursmasse weitergeführt werden sollen.²⁸ Dieses Risiko ist bei Rechtsöffnungsverfahren regelmässig erheblich kleiner als bei Prozessen im ordentlichen oder vereinfachten Verfahren. Auch haben Rechtsöffnungsverfahren nicht materielles Privatrecht *per se* zum Gegenstand, sondern dessen Vollstreckung. Damit ist nicht nur fraglich, ob es sich bei Rechtsöffnungsverfahren um Zivilprozesse handelt, sondern auch, ob sie den Bestand der Konkursmasse berühren, was nach dem Wortlaut von Art. 207 Abs. 1 SchKG kumulativ erforderlich ist.

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass massgebend ist, ob in einem Prozess zur Masse gehörende Rechte berührt werden, welche auf dem Schuldbetreibungswege geltend gemacht werden können.²⁹ Gemäss WOHLFART/MEYER muss ein Urteil im betreffenden Verfahren in dem Sinne Auswirkungen auf die Masse haben, als die Passiven vergrössert oder die Aktiven vermindert werden können.³⁰ Abgesehen von den unpfändbaren Vermögenswerten gehört alles zur Konkursmasse, was dem Schuldner zu Eigentum oder aufgrund eines anderen absoluten oder obligatorischen Rechts zusteht.³¹ Erfasst werden somit sowohl Forderungen als auch (z.B. nach einer entsprechenden Eintreibung einer Forderung) Barbestände des Schuldners.

In einem eng verstandenen Sinn wird die Konkursmasse durch ein Rechtsöffnungsverfahren nicht berührt, weil die Durchsetzung einer Forderung auf dem Weg der Rechtsöffnung keinen Einfluss auf die Höhe der Aktiven hat. Andererseits liesse sich aber auch vertreten, die Konkursmasse werde im Sinn von Art. 207 Abs. 1 SchKG bereits dadurch berührt, dass ein Aktivum von einer Forderung in Bargeld umgewandelt wird bzw. die Vollstreckung der Geldforderung durch das Rechtsöffnungsverfahren vorangetrieben werden kann. Berücksichtigt man in diesem Sinne die erschwerte Einbringlichkeit (bzw. das Erfordernis der Durchsetzung) der Forderung gegenüber Barbeständen des Schuldners oder auch allfällige Kosten eines Rechtsöffnungsverfahrens, spricht einiges dafür, dieser zweiten Auffassung den Vorzug zu geben.

²² KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 3), Art. 207 N 15; BGer, 5C.54/2007, 29.1.2008, E. 2.3.5.

²³ DOMINIK MILANI/MARC WOHLGEMUTH, in: Dominik Milani/Marc Wohlgemuth (Hrsg.), Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2016, Art. 63 N 38 ff. mit Verweisen auf die Rechtsprechung.

²⁴ Vgl. Art. 63 KOV.

²⁵ Vgl. dazu Ziff. II.C.1.b. hiervor.

²⁶ Daher wurden auch öffentlich-rechtliche Forderungen schon unter den Begriff subsumiert, bevor mit dem Inkrafttreten des neuen Sanierungsrechts per 1. Januar 2014 (AS 2013

4111 ff., 4123) Verwaltungsverfahren explizit von der Bestimmung des Art. 207 Abs. 2 SchKG erfasst wurden.

²⁷ BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER (FN 2), Art. 207 N 1; KUKO SchKG-STÖCKLI/POSSA (FN 3), Art. 207 N 4.

²⁸ BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER (FN 2), Art. 207 N 15.

²⁹ BGE 116 V 286 E. 3.b.

³⁰ BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER (FN 2), Art. 207 N 9.

³¹ KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 40 Rz 16.

Dies würde dazu führen, dass Rechtsöffnungsverfahren mit dem Gemeinschuldner als Gesuchsteller mit der Konkursöffnung *ex lege* zu sistieren wären.³² Wie zu zeigen sein wird, ist die Konkursverwaltung in unbestrittenen oder zumindest klaren Fällen befugt, selbständig neue Rechtsöffnungsverfahren einzuleiten.³³ Zumindest in solchen Fällen erscheint eine Sistierung entbehrlich. Nach der hier vertretenen Ansicht soll einem pragmatischen Ansatz gefolgt werden, welcher eine Sistierung *ex lege* verneint und der Konkursverwaltung einen Ermessensspielraum einräumt. Kommt die Konkursverwaltung zum Schluss, dass es sich bei einem hängigen (provisorischen oder definitiven) Rechtsöffnungsverfahren nicht um einen klaren Fall handelt, bei welchem sie das Rechtsöffnungsverfahren selbständig einleiten (und damit auch weiterführen) könnte, ist sie gehalten, einen Antrag auf Verfahrenssistierung gemäss Art. 126 ZPO stellen. In den übrigen Fällen kann auf eine Verfahrenssistierung verzichtet werden.

b. Rechtsöffnungsverfahren nach der Konkursöffnung

Die Konkursverwaltung kann nicht nur unbestrittene fällige Guthaben nötigenfalls auf dem Betreibungsweg einziehen,³⁴ sondern auch solche, deren Bestreitung trölerischen Charakter aufweist. Mit BGE 108 III 21 E. 1 hat das Bundesgericht dazu das Folgende festgehalten: «Nach Lehre und Rechtsprechung hat die Konkursverwaltung gegen alle Drittschuldner, die auf eine vorausgegangene briefliche Aufforderung weder bezahlt noch eine ausdrückliche Bestreitung eingereicht haben, die Betreibung anzuheben. Ist eine Bestreitung offenbar trölerisch und der Rechtsvorschlag des Schuldners durch (provisorische oder definitive) Rechtsöffnung zu beseitigen, so ist für solche Forderungen trotz der Bestreitung die Betreibung fortzusetzen.» Bei Vorliegen einer ernsthaften Bestreitung ist es nach dieser Rechtsprechung hingegen Sache der zweiten Gläubigerversammlung (oder gegebenenfalls der Gläubiger auf dem Zirkularweg), darüber zu entscheiden, ob der Prozessweg beschritten oder das Guthaben im Sinne von Art. 260 SchKG den Gläubigern zur Abtretung angeboten werden soll.³⁵

2. Anerkennungsklagen mit dem Gemeinschuldner als klagende Partei und Aberkennungsklage mit dem Gemeinschuldner als beklagte Partei

a. Zum Zeitpunkt der Konkursöffnung hängige Anerkennungs- und Aberkennungsklagen

Sowohl die Aberkennungsklage mit dem Gemeinschuldner als beklagte Partei als auch die Anerkennungsklage

mit dem Gemeinschuldner als klagende Partei werden gemäss Art. 207 Abs. 1 SchKG grundsätzlich sistiert, wobei wiederum die erwähnten Ausnahmen gemäss Art. 207 Abs. 1 und 4 SchKG zu beachten sind. Falls der Prozess weder von der Konkursmasse noch durch einen Gläubiger im Rahmen einer Abtretung gemäss Art. 260 SchKG fortgesetzt wird, kann der Gemeinschuldner den Aktivprozess fortsetzen (im Gegensatz zur Situation beim Passivprozess gemäss Art. 63 Abs. 2 KOV).³⁶

b. Anerkennungs- und Aberkennungsklagen nach der Konkursöffnung

Die Konkursverwaltung kann nach dem Gesagten selbständig Betreibungen einleiten.³⁷ Mit Zustimmung der Gläubiger kann die Konkursverwaltung auch Anerkennungs- und Aberkennungsklagen für die Konkursmasse führen. Auch eine Abtretung von strittigen Aktivansprüchen der Konkursmasse gemäss Art. 260 SchKG ist möglich.

Bei noch vor der Konkursöffnung gutgeheissenen provisorischen Rechtsöffnungen des Gemeinschuldners als Gläubiger läuft die 20-tägige Frist für die Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG trotz Konkursöffnung weiter. Um zu verhindern, dass die provisorische Rechtsöffnung in Anwendung von Art. 83 Abs. 3 SchKG definitiv wird, ist der Drittschuldner gehalten, die Aberkennungsklage fristwährend einzureichen. Erfolgt dies, ist eine analoge Anwendung von Art. 207 Abs. 1 SchKG oder zumindest eine Sistierung auf Antrag der Konkursverwaltung im Sinn von Art. 126 ZPO in Betracht zu ziehen. Denn auch hier haben die zweite Gläubigerversammlung bzw. bei Fehlen einer solchen die Gläubiger per Zirkulationsbeschluss zu entscheiden, ob der Aktivprozess geführt werden soll.³⁸

Die Einreichung der Anerkennungsklage im Sinn von Art. 79 SchKG nach einer Betreibung und erhobenem Rechtsvorschlag ist nach Konkursöffnung über den Gemeinschuldner ebenfalls möglich, soweit die einjährige Fortsetzungsfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG noch nicht abgelaufen ist. Der Rechtsvorschlag bewirkt lediglich die Einstellung der Betreibung gemäss Art. 78 SchKG, nicht aber die Unterbrechung der Fortsetzungsfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG. Vielmehr steht diese Jahresfrist erst dann still, wenn das durch den Rechtsvorschlag notwendig gewordene Verfahren – vorliegend die Anerkennungsklage – eingeleitet wird.³⁹ Durch die Konkursöffnung über den betreibenden Gläubiger wird diese Frist nicht unterbrochen. Läuft sie ab, muss neu betrieben oder geklagt werden. Droht ein solcher Fristablauf, kann bereits die erste Gläubigerversammlung über die Prozessführung entscheiden. Art. 238 Abs. 1 SchKG, welcher die Beschlussfassung über Fragen ermöglicht, deren Erledigung keinen Aufschub dul-

³² Vorbehaltlich der Ausnahmefälle gemäss Art. 207 Abs. 1 und 4 SchKG.

³³ Vgl. Art. 243 Abs. 1 SchKG; BGE 108 III 21; vgl. dazu Ziff. II.D.1.b. hiernach.

³⁴ Art. 243 Abs. 1 SchKG.

³⁵ BGE 108 III 21 E. 1; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 2), Art. 243 SchKG N 2.

³⁶ Vgl. BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER (FN 2), Art. 207 N 20.

³⁷ Art. 243 Abs. 1 SchKG; vgl. dazu Ziff. II.D.1.b. hiervor.

³⁸ Vgl. BSK SchKG II-WOHLFART/MEYER (FN 2), Art. 207 N 20.

³⁹ BSK SchKG I-LEBRECHT (FN 2), Art. 88 N 22.

det, spricht zwar nur von der Fortsetzung schwebender und nicht auch von der Anhebung neuer Prozesse. Bei besonderer Dringlichkeit, z.B. zwecks Wahrung von Verwirkungsfristen, können aber auch durch die erste Gläubigerversammlung (oder im Extremfall sogar die Konkursverwaltung) neue Zivilprozesse angehoben werden,⁴⁰ wobei sich auch bei dieser Konstellation in analoger Anwendung von Art. 207 SchKG eine Sistierung unmittelbar nach Klageeinreichung aufdrängt.

III. Rechtsöffnung beim Konkursaufschub

Gemäss Art. 725a Abs. 1 OR kann der Richter den Konkurs auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht, wobei er in diesem Fall Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens trifft. Namentlich kann der Richter einen Sachwalter bestellen und entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen (Art. 725a Abs. 2 OR). Der Konkursaufschub bewirkt einen Rechtsstillstand in dem Sinne, dass eine an sich auszusprechende Konkursöffnung einstweilen unterbleibt und der Schuldner im Sinne eines blossen Moratoriums die Chance erhält, ohne Zwangseinwirkungsmöglichkeiten auf die Rechte der Gläubiger seine Sanierung zu bewerkstelligen. Hingegen bewirkt der Konkursaufschub keine Stundung. Betreibungen und mit ihnen Rechtsöffnungsverfahren mit dem Schuldner als Gesuchsteller oder Gesuchsgegner können grundsätzlich uneingeschränkt eingeleitet oder weitergeführt werden, es sei denn, der Konkursrichter erlasse ausnahmsweise ein Betreibungsverbot.⁴¹ Auch eine analoge Anwendung von Art. 207 Abs. 1 SchKG kommt nicht in Betracht. Möglich ist indessen ein Sistierungsantrag gemäss Art. 126 ZPO.

IV. Rechtsöffnung im gerichtlichen Nachlassverfahren

A. Abgrenzungen

Wie bereits bei den Ausführungen zum Konkurs wird auch für das Nachlassverfahren danach unterschieden, ob es sich beim Rechtsöffnungsverfahren um einen Aktiv- oder einen Passivprozess des Nachlassschuldners handelt. Zudem ist auch hier danach zu differenzieren, ob das im Zusammenhang mit der Rechtsöffnung stehende Verfahren (definitive oder provisorische Rechtsöffnung, Aberkennungsklage oder Anerkennungsklage)

zum Zeitpunkt der Gewährung der Nachlassstundung und zu jenem der Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrags bzw. eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung bereits hängig war oder nicht.⁴²

B. Gesetzliche Grundlagen

Von den verschiedenen anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen ist vorab Art. 297 Abs. 1 SchKG beachtlich. Demgemäss kann während der Stundung gegen den Schuldner eine Betreibung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden, mit Ausnahme einer Betreibung auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen. Art. 297 Abs. 5 SchKG sieht vor, dass mit Ausnahme dringlicher Fälle Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren über Nachlassforderungen sistiert werden. Im Hinblick auf die provisorische Stundung ist Art. 293c SchKG von Bedeutung. Demgemäss hat die provisorische Stundung die gleichen Wirkungen wie die definitive Stundung (Abs. 1) und kann im Fall einer nicht publizierten provisorischen Nachlassstundung eine Betreibung eingeleitet, nicht aber nicht fortgesetzt werden (Abs. 2 lit. b). Art. 311 SchKG sieht schliesslich vor, dass mit der Bestätigung des Nachlassvertrags alle vor der Stundung gegen den Schuldner eingeleiteten Betreibungen mit Ausnahme derjenigen auf Pfandverwertung dahinfallen, wobei Art. 199 Abs. 2 SchKG sinngemäss gilt.

Nachfolgend befassen wir uns zunächst mit der Situation bei der definitiven Stundung⁴³ und hernach mit derjenigen bei der provisorischen Stundung,⁴⁴ wengleich letztere im Verfahren ersterer immer vorgelagert ist.⁴⁵

C. Definitive Nachlassstundung

1. Passivprozesse

a. Rechtsöffnungsverfahren mit dem Nachlassschuldner als Gesuchsgegner

Rechtsöffnungsverfahren gegen den Nachlassschuldner, die im Zeitpunkt der Bewilligung der definitiven Nachlassstundung gemäss Art. 294 Abs. 1 SchKG hängig sind, werden aufgrund der Regelung des Art. 297 Abs. 1 SchKG sistiert. Diese Bestimmung steht grundsätzlich auch neuen Rechtsöffnungsverfahren gegen den Nachlassschuldner entgegen. Die Einleitung und Fortsetzung von Betreibungen gegen den Schuldner, die nach Bewilligung der Nachlassstundung vorgenommen werden, sind nichtig. Dazu gehören auch Entscheide im Rechtsöffnungsverfahren. Während der Nachlassstundung gestellte Rechtsöffnungsverfahren sind vom Rechtsöffnungsrichter zwar entgegenzunehmen, jedoch sofort

⁴⁰ Vgl. BSK SchKG II-RUSSENBERGER (FN 2), Art. 238 N 9 ff.; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMANN (FN 2), Art. 238 SchKG N 4.

⁴¹ HANSPETER WÜSTINER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 725a N 9 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und Lehre.

⁴² Vgl. dazu Ziff. II.A. hiervor die analoge Differenzierung für die Situation im Konkurs.

⁴³ Vgl. dazu Ziff. IV.C. hiernach.

⁴⁴ Vgl. dazu Ziff. IV.D. hiernach.

⁴⁵ Vgl. Art. 293 ff. SchKG gegenüber Art. 294 ff. SchKG.

zu sistieren, und zwar ungeachtet dessen, ob es um eine provisorische oder um eine definitive Rechtsöffnung geht.⁴⁶

Die Ausnahmen vom Grundsatz, dass nach Gewährung der definitiven Nachlassstundung keine neuen Rechtsöffnungsverfahren möglich sind, betreffen einerseits Beteiligungen auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen.⁴⁷ Andererseits sind weiterhin Rechtsöffnungsverfahren betreffend Beteiligungen für Forderungen möglich, die der Schuldner während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangen ist. Solche Forderungen fallen als sogenannte Massaverbindlichkeiten nicht unter den Nachlassvertrag.⁴⁸

b. *Anerkennungsklage mit dem Schuldner als beklagte Partei und Aberkennungsklage mit dem Schuldner als klagende Partei*

i. Zum Zeitpunkt der Gewährung der Nachlassstundung hängige Anerkennungs- und Aberkennungsklagen

Sowohl die Aberkennungsklage des Schuldners als auch Anerkennungsklage eines Gläubigers werden grundsätzlich gemäss Art. 297 Abs. 5 SchKG sistiert. Auch Verfahren betreffend privilegierte Forderungen sind nach der hier vertretenen Ansicht zu sistieren.⁴⁹ Nicht sistiert werden dringliche Fälle und Verfahren ohne Zusammenhang mit Nachlassforderungen. In Art. 297 SchKG fehlt eine Art. 207 Abs. 4 SchKG entsprechende Ausnahmebestimmung für Entschädigungsklagen wegen Ehr- und Körperverletzungen und für familienrechtliche Prozesse. Es erscheint aber sinnvoll, dass die Gerichte die konkursrechtliche Regelung analog auch auf das Nachlassverfahren anwenden.⁵⁰ Auch solche Verfahren würden diesfalls trotz Gewährung der Nachlassstundung weiterlaufen.

Es stellt sich die Frage, ob eine Sistierung *ex lege* mit Bewilligung der Nachlassstundung eintritt, oder ob hierzu eine separate richterliche bzw. behördliche Sistierungsverfügung erforderlich ist. Wir sind der Meinung, dass eine separate Sistierungsverfügung mit konstitutiver Wirkung ergehen soll, die vom Gericht bzw. der Behörde, bei welcher das Verfahren anhängig ist, von Amtes wegen oder auf Antrag einer beteiligten Partei zu erlassen ist. Im Unterschied zum Konkurs, wo eine Sistierung von Gesetzes wegen erfolgt, verliert der Schuldner mit der Bewilligung einer Nachlassstundung grundsätzlich gerade nicht die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen und damit auch nicht die Prozessführungsbefugnis (vgl. Art. 298 SchKG gegenüber Art. 204

SchKG), und ist auch nicht ein späterer Entscheid der zweiten Gläubigerversammlung über eine allfällige Weiterführung des Prozesses abzuwarten.⁵¹ Ein pendentes Zivil- oder Verwaltungsverfahren kann vom Nachlassschuldner daher trotz Nachlassstundung zunächst einmal weitergeführt werden, zumal dieser unter der Aufsicht des Sachwalters steht, welcher ihm erforderlichenfalls Weisungen erteilt.⁵² Die Sistierung dauert bis zum Erlass einer gegenteiligen Verfügung.⁵³

ii. Anerkennungs- und Aberkennungsklagen nach Gewährung der Nachlassstundung

Aufgrund des Betreibungsverbots gemäss Art. 297 Abs. 1 SchKG ist eine neue Aberkennungs- oder Anerkennungsklage im Zusammenhang mit vor der Gewährung der Stundung eingeleiteten (aber noch nicht gutgeheissenen) Rechtsöffnungsverfahren nach Gewährung der Nachlassstundung nicht mehr möglich, soweit es nicht um einen der Ausnahmefälle geht, bei welchem eine Betreibung bzw. deren Fortsetzung während der Nachlassstundung weiterhin zulässig ist. Möglich sind somit namentlich Aberkennungs- und Anerkennungsklagen, soweit es entweder um Beteiligungen über während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangene Verpflichtungen (Massaverbindlichkeiten) oder um Beteiligungen auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen geht (vgl. Art. 297 Abs. 1 SchKG).

Bei gutgeheissenen provisorischen Rechtsöffnungen läuft die 20-tägige Frist für die Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 2 SchKG trotz Gewährung der definitiven Nachlassstundung weiter.⁵⁴ Um zu verhindern, dass die provisorische Rechtsöffnung in Anwendung von Art. 83 Abs. 3 SchKG definitiv wird, ist die Aberkennungsklage fristwährend einzureichen, wobei der Prozess nach der Einreichung gemäss Art. 297 Abs. 5 SchKG zu sistieren ist.

Die Einreichung der Anerkennungsklage im Sinn von Art. 79 SchKG nach einer Betreibung und erhobenem Rechtsvorschlag ist nach Erteilung der definitiven Nachlassstundung ebenfalls möglich, soweit die einjährige Fortsetzungsfrist gemäss Art. 88 Abs. 2 SchKG noch nicht abgelaufen ist. Auch hier erfolgt indessen in Anwendung von Art. 297 Abs. 5 SchKG eine Sistierung.

⁴⁶ KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 297 N 13; BGer, 5A_86/2011, 17.10.2011, E. 4.2.

⁴⁷ Vgl. Art. 297 Abs. 1 SchKG.

⁴⁸ KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 297 N 14; Art. 310 Abs. 2 SchKG.

⁴⁹ KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 297 N 34 ff.

⁵⁰ Vgl. KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 297 N 45.

⁵¹ Art. 207 Abs. 1 SchKG; vgl. dazu Ziff. II.D.1.a. hiervor.

⁵² KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 297 N 39 f. Vorbehalten bleibt selbstredend der Fall, in welchem dem Schuldner vom Nachlassrichter die Verfügungsbefugnis entzogen wurde (vgl. Art. 298 SchKG). Diesfalls entscheidet allein der Sachwalter.

⁵³ KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 297 N 43.

⁵⁴ Gemäss Art. 297 Abs. 5 SchKG besteht zwar eine Stundungswirkung im Stillstand der Verjährungs- und Verwirkungsfrieten. Vom Stillstand betroffen sind neben den materiellrechtlichen Fristen auch Rechtsmittelfristen sowie gemäss ausdrücklicher Regelung die Fristen im paulianischen Anfechtungsrecht gemäss Art. 286 288 i.V.m. Art. 288a Abs. 1 Ziff. 1 SchKG. Die übrigen vollstreckungsrechtlichen Fristen stehen indessen nicht still (KUKO SchKG-HUNKELER [FN 3], Art. 297 N 47).

2. Aktivprozesse

Nach dem Wortlaut von Art. 297 Abs. 5 SchKG sind lediglich Verfahren über «Gläubigerforderungen» («Nachlassforderungen») betroffen. Nach der hier vertretenen Ansicht sind lediglich Passivprozesse zu sistieren, zumal der Schuldner grundsätzlich die Verfügungs- und damit auch die Prozessrechtsbefugnis behält (Art. 298 Abs. 1 SchKG).⁵⁵ Anerkennungsklagen mit dem Nachlassschuldner als klagende Partei bzw. Aberkennungsklagen mit ihm als beklagte Partei können unseres Erachtens demnach grundsätzlich auch nach Gewährung der Nachlassstundung durch den Schuldner eingeleitet bzw. fortgesetzt werden. Freilich ist es den Parteien unbenommen, die Verfahrenssistierung in Anwendung von Art. 126 ZPO zu beantragen. Der Sachwalter kann dem Schuldner diesbezüglich und auch anderweitig Weisungen im Sinne von Art. 298 Abs. 1 SchKG erteilen.⁵⁶

Art. 297 Abs. 1 SchKG betrifft gemäss seinem Wortlaut («[...] Gegen den Schuldner eine Betreibung [...]») ebenfalls lediglich Passivprozesse. Somit können nach Gewährung der Nachlassstundung auch Rechtsöffnungsverfahren mit dem Schuldner als Gesuchsteller eingeleitet bzw. fortgesetzt werden.

D. Provisorische Nachlassstundung

Die provisorische Stundung hat die gleichen Wirkungen wie eine definitive Stundung (Art. 293c Abs. 1 SchKG). Die bereits für die definitive Stundung gemachten Ausführungen in Bezug auf die untersuchten Rechtsöffnungs- und Anerkennungsklagen bzw. Aberkennungsklagen gelten daher auch hier.⁵⁷ Besonderheiten ergeben sich einzig hinsichtlich der nicht publizierten provisorischen Nachlassstundung, wie sogleich zu zeigen sein wird.

E. Besonderheiten bei der nicht publizierten provisorischen Nachlassstundung

Soweit in begründeten Fällen auf die öffentliche Bekanntmachung der provisorischen Stundung verzichtet wird (Art. 293c Abs. 2 SchKG), wird das Betreibungsverbot gemäss Art. 297 Abs. 1 SchKG insofern relativiert, als eine Betreibung eingeleitet, aber nicht fortgesetzt werden kann (Art. 293c Abs. 2 lit. b SchKG). Somit ist während einer nicht publizierten provisorischen Nachlassstundung die Einleitung bzw. Weiterführung einer Betreibung inkl. der Durchführung eines Rechtsöffnungsverfahrens durch Art. 293a Abs. 2 lit. b SchKG

möglich.⁵⁸ Lediglich der Fortsetzung der Betreibung steht Art. 293 Abs. 2 lit. b SchKG entgegen.

Bei der nicht publizierten provisorischen Nachlassstundung drängt sich die Auffassung, wonach eine allfällige Sistierung nicht von Gesetzes wegen erfolgt, sondern eine richterliche Sistierungsverfügung ergehen muss,⁵⁹ noch mehr auf. Müsste das mit dem Prozess befasste Gericht die Gegenpartei des Schuldners über eine *ex lege* eingetretene Verfahrenssistierung orientieren, wäre es mit der von Art. 293c SchKG gewollten Diskretion des Nachlassverfahrens vorbei. Nach der hier vertretenen Ansicht können Prozesse deshalb bis zum Zeitpunkt einer solchen Sistierungsverfügung weitergeführt werden. Der Schuldner bzw. der Sachwalter hat es in der Hand, durch eine Orientierung des zuständigen Richters auf eine Sistierung hinzuwirken und so den Schutz vor den Gläubigern auf Kosten der Diskretion zu vergrössern.⁶⁰

F. Nach Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrags

1. Passivprozesse

a. *Rechtsöffnungsverfahren mit dem Gemeinschuldner als Gesuchsgegner*

i. Zum Zeitpunkt der Bestätigung des Nachlassvertrags hängige Rechtsöffnungsverfahren

Abgesehen von Betreibungen betreffend Masseverbindlichkeiten und Betreibungen auf Pfandverwertung, fallen mit der Vollstreckbarkeit des richterlichen Bestätigungsentscheids über den Nachlassvertrag Betreibungen gegen den Schuldner inkl. hängiger Rechtsöffnungsverfahren betreffend provisorische oder definitive Rechtsöffnung dahin.⁶¹ Vor dem Hintergrund der seit der Revision des Sanierungsrechts entfallenen Sicherstellungspflicht für Nachlassdividenden⁶² erscheint dieses automatische Dahinfallen der Betreibungen inkl. hängiger Rechtsöffnungsverfahren indes nicht mehr gerechtfertigt.⁶³

Gemäss dem Gesetzeswortlaut von Art. 311 SchKG fallen mit der Bestätigung des Nachlassvertrags auch die Betreibungen für privilegierte Forderungen dahin. Das Bundesgericht hat zum bisherigen Recht (bei gleichbleibendem Wortlaut von Art. 311 SchKG) indessen entschieden, dass privilegierte Gläubiger Betreibungen für ihre Forderungen trotz des bestätigten Nachlassvertrags weiterführen können, soweit sie nicht aus der

⁵⁸ Art. 293a Abs. 2 lit. b SchKG als *lex specialis* zu Art. 297 Abs. 1 SchKG.

⁵⁹ Vgl. dazu IV.C.1.b.i. hiervor.

⁶⁰ Vgl. KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 293c N 27 sowie Art. 297 N 41.

⁶¹ Vgl. Art. 306 i.V.m. Art. 310 f. SchKG; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 311 N 3 ff.

⁶² Vgl. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 aSchKG.

⁶³ KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 297 N 16 und Art. 311 N 1 und 9 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu Ziff. IV.C.1.b.i. hiervor.

⁵⁶ KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 297 N 44. Vorbehalten bleibt selbstredend wiederum der Fall, in dem die Verfügungsbefugnis gem. Art. 298 SchKG allein auf den Sachwalter überging (vgl. FN 52 hiervor).

⁵⁷ Vgl. dazu Ziff. IV.C. hiervor.

nachlassvertraglichen Sicherstellung gedeckt werden.⁶⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht soll diesfalls den privilegierten Gläubigern kein Dahinfallen der Beteiligungen zugemutet werden, nachdem sie schon während der Stundung nicht betreiben konnten.⁶⁵ Daher sollen auch hängige Rechtsöffnungsverfahren über privilegierte Forderungen weitergeführt werden können, soweit solche Forderungen trotz der nachlassvertraglichen Sicherstellungspflicht gemäss Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG ausnahmsweise nicht getilgt wurden.

ii. Neue Rechtsöffnungsverfahren nach Bestätigung des Nachlassvertrags

Soweit die Nachlassdividenden entgegen der Regelung im ordentlichen Nachlassvertrag nicht bezahlt werden, sind neue Beteiligungen gegen den Schuldner und somit auch neue provisorische oder definitive Rechtsöffnungsverfahren für die Nachlassdividenden zulässig.⁶⁶

b. *Anerkennungsklage mit dem Schuldner als beklagte Partei und Aberkennungsklage mit dem Schuldner als klagende Partei*

Ein bereits rechtshängiger Passivprozess ist fortzuführen, wobei eine mit der Nachlassstundung aufgrund von Art. 297 Abs. 5 SchKG erfolgte Sistierung auf Antrag wieder aufgehoben wird. Aufgrund des grundsätzlichen Dahinfallens der Beteiligungen gemäss Art. 311 SchKG werden die Klagen in der Regel rein materiellrechtlich weitergeführt.

Aus den soeben erwähnten möglichen neuen Rechtsöffnungsverfahren⁶⁷ können auch neue Aberkennungs- bzw. Anerkennungsklagen resultieren. Die blosser Anerkennung einer Forderung durch den Nachlassschuldner in einem gerichtlich genehmigten Nachlassvertrag mit anschliessender gerichtlicher Bestätigung des Nachlassvertrags stellt in einem neuen Rechtsöffnungsverfahren für sich genommen noch keine gerichtliche Schuldanererkennung und somit keinen definitiven Rechtsöffnungstitel gegen den Schuldner dar. Immerhin kann der Gläubiger provisorische Rechtsöffnung verlangen, soweit der Schuldner den Nachlassvertrag unterzeichnet hat und dessen Schuldanererkennung vom Sachwalter oder vom Nachlassgericht protokolliert wurde.⁶⁸ Auch insoweit sind neue Aberkennungsklagen im Zusammenhang mit Nachlassforderungen vorstellbar.⁶⁹

2. Aktivprozesse

Auf provisorische oder definitive Rechtsöffnungsverfahren mit dem Schuldner als Gesuchsteller hat die Bestätigung des ordentlichen Nachlassvertrags keine

Auswirkungen. Auch auf Aberkennungsklagen mit dem Schuldner als beklagte Partei oder Anerkennungsklagen mit dem Schuldner als klagende Partei hat die Bestätigung des ordentlichen Nachlassvertrags grundsätzlich keine Auswirkungen.

G. In der Nachlassliquidation

1. Allgemein

Wiederholt hat das Bundesgericht im Einklang mit der herrschenden Lehre darauf hingewiesen, dass der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung eine besondere Form der Zwangsvollstreckung bzw. eine «*abgeschwächte*» Form des Konkurses darstellt.⁷⁰ Die konkursrechtlichen Bestimmungen können indessen nicht ohne Weiteres auf das Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung angewandt werden. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob und inwieweit sich eine solche analoge Anwendung rechtfertigt, soweit die Bestimmungen über die Nachlassliquidation gemäss Art. 317 ff. SchKG nicht eigene Regeln enthalten. Daneben sollen auch allgemeine Bestimmungen des Nachlassvertrags im Sinne der Art. 293 ff. SchKG auf das Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung Anwendung finden können.⁷¹

2. Passivprozesse

Gläubiger des Nachlassschuldners können für Nachlassforderungen keine Rechtsöffnung verlangen.⁷² Vielmehr findet wie im Konkurs das Kollokationsverfahren statt.⁷³

Die Situation bei Passivprozessen, welche bereits im Zeitpunkt der Bewilligung der (provisorischen) Nachlassstundung hängig waren und während der Nachlassstundung sistiert wurden (vgl. Art. 297 Abs. 5 SchKG), ist vergleichbar mit jener im Konkurs. Daher bleiben solche Prozesse in analoger Anwendung von Art. 207 SchKG auch nach der richterlichen Bestätigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung sistiert. An Stelle der zweiten Gläubigerversammlung bzw. der Gläubiger im Zirkularverfahren entscheiden die Liquidatoren mit Ermächtigung des Gläubigerausschusses,⁷⁴ ob die Nachlassmasse in den Prozess eintritt.⁷⁵

3. Aktivprozesse

Eine Sistierung von Aktivprozessen in der Nachlassliquidation ist normalerweise nicht erforderlich und er-

⁶⁴ BGE 129 V 387.

⁶⁵ Art. 297 Abs. 1 SchKG; vgl. KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 311 N 2.

⁶⁶ KUKO SchKG-HUNKELER (FN 3), Art. 311 N 10.

⁶⁷ Vgl. dazu Ziff. IV.F.1.a. hiervor.

⁶⁸ Vgl. Art. 300 Abs. 2 SchKG.

⁶⁹ Vgl. KUKO SchKG-VOCK (FN 3), Art. 80 N 21 und Art. 82 N 13.

⁷⁰ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 2), Art. 317 N 3; BGE 114 III 120; 108 III 87 f.; 107 III 109.

⁷¹ BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 2), Art. 317 N 4.

⁷² Vgl. Art. 319 Abs. 2 SchKG *e contrario*.

⁷³ Art. 321 SchKG i.V.m. Art. 244 ff. SchKG.

⁷⁴ Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG analog.

⁷⁵ Vgl. betreffend die Kollokation Art. 63 KOV; vgl. BSK SchKG I-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 2), Art. 319 N 40.

folgt daher grundsätzlich nicht.⁷⁶ Vielmehr können die Liquidatoren ein hängiges Aktivverfahren grundsätzlich übernehmen und fortführen.⁷⁷ Auch neue Aktivprozesse (bzw. damit im Zusammenhang stehende Betreibungen und Rechtsöffnungsverfahren) können die Liquidatoren, welche die Masse gemäss Art. 319 Abs. 4 SchKG vor Gericht vertreten, während der Nachlassliquidation grundsätzlich anstrengen,⁷⁸ freilich in analoger Anwendung von Art. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG regelmässig mit Zustimmung des Gläubigerausschusses.⁷⁹ Namentlich vor dem Hintergrund, dass die Frage der analogen Anwendung von Art. 237 Abs. 3 SchKG in der Lehre umstritten ist,⁸⁰ sollten die Kompetenzen des Gläubigerausschusses von Art. 237 Abs. 3 SchKG im Nachlassvertrag indessen ausdrücklich geregelt werden.⁸¹ So oder so holen die Liquidatoren in der Praxis regelmässig vorgängig die Meinung des Gläubigerausschusses ein, soweit es um Anordnungen geht, welche das Liquidationsergebnis massgeblich beeinflussen.⁸²

⁷⁶ Vgl. auch Art. 297 Abs. 5 SchKG, welcher nur auf Passivprozesse anwendbar ist; beachte aber die Möglichkeit nach Art. 126 ZPO.

⁷⁷ Vgl. BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 2), Art. 319 N 37 und Art. 325 N 8.

⁷⁸ Der Hinweis in Art. 319 Abs. 4 SchKG auf die sinnngemässe Anwendung von Art. 242 SchKG ist zu eng gefasst. Neben der Aussonderung und Admassierung können beispielsweise auch Anfechtungsklagen gemäss Art. 331 SchKG oder Verantwortlichkeitsklagen gegen frühere Organe des Schuldners gemäss Art. 757 OR angehoben werden; KUKO SchKG-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH (FN 3), Art. 320 N 22; BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 2), Art. 319 N 39.

⁷⁹ THOMAS SPRECHER, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, Diss., Zürich/Basel/Genf 2003, 304 f.

⁸⁰ Verneinend u.a. BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 2), Art. 320 N 10.

⁸¹ Vgl. Art. 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG; vgl. SPRECHER (FN 79), 305.

⁸² BSK SchKG II-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH (FN 2), Art. 320 N 10.