



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII

Kreditsicherheiten



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII

Kreditsicherheiten

Schulthess § 2016

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2016
ISBN 978-3-7255-7418-6

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Pfandrechte in der Insolvenz	7
<i>lic. iur. HSG Marco Häusermann, Rechtsanwalt, LL.M., C.B.A., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und Dr. iur. Urs Hofer, Rechtsanwalt, Senior Associate bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Retentionsrecht	49
<i>Prof. Dr. iur. Roger Giroud, Rechtsanwalt, LL.M., FCIArb, Giroud & Anderes, Küsnacht</i>	
Kreditsicherheiten in der Insolvenz – Zession und Globalzession in der Insolvenz	69
<i>Dr. iur. Adrian Dörig, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei VISCHER AG, Zürich</i>	
Bürgschaft und Garantieverprechen	87
<i>lic. iur. Felix Rutschmann, Rechtsanwalt, Rutschmann Schwaibold Partner, Zürich</i>	
Bankgarantie in der Insolvenz	111
<i>Dr. iur. Marc Russenberger, Rechtsanwalt, Partner bei RKR Rechtsanwälte, Zürich</i>	
Schuldbeitritt und Schuldübernahme in der Insolvenz	131
<i>lic. iur. Rolf Schuler, Rechtsanwalt, Partner bei Altenburger Ltd legal + tax, Küsnacht</i>	
Der Eigentumsvorbehalt und seine Besonderheiten in der Zwangsvollstreckung	149
<i>Dr. iur. Dominik Vock, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei MME Legal AG, Zürich, und MLaw Luca Hitz, MME Legal AG, Zürich</i>	

Pfandrechte in der Insolvenz

Marco Häusermann/Urs Hofer

Inhalt

I.	Einleitung	9
II.	Rechtsgrundlagen	10
III.	Pfandrechte in der Insolvenz	11
1.	Pfandrechte im Konkurs	11
a)	Allgemeine Auswirkungen der Konkurseröffnung auf die Pfandrechte.....	11
aa)	Relevanter Zeitpunkt.....	11
bb)	Admassierung und Verbot der Spezialexécution und Privatverwertung.....	12
aaa)	Grundsätze.....	12
bbb)	Ausnahmen und Spezialkonstellationen.....	13
cc)	Dispositionsunfähigkeit	15
dd)	Fälligkeit von Pfandforderungen	16
ee)	Zinsenlauf von Pfandforderungen und Früchte aus Pfandgegenständen.....	17
b)	Pflichten, Rechte und Privilegien der Pfandgläubiger im Konkurs.....	18
aa)	Pflicht zur Anmeldung der Pfandforderung.....	18
bb)	Herausgabepflicht betreffend Pfandgegenstand.....	19
cc)	Recht auf vorrangige Befriedigung und Pfandausfall	20
dd)	Zeitpunkt der Verwertung und Vetorecht in Bezug auf die Verwertungsart	22
ee)	Recht zur konkursamtlichen Verwertung bei Einstellung mangels Aktiven	23
ff)	Rechtsbehelfe und -mittel der Pfandgläubiger im Konkurs.....	24
2.	Pfandrechte im Nachlassverfahren.....	25
a)	Allgemeine Auswirkungen eines Nachlassverfahrens auf die Pfandrechte.....	25
aa)	Nachlassvertragsfestigkeit von Pfandrechten/Absonderung.....	25
aaa)	Einschränkung #1: Nachlassstundung	26
bbb)	Einschränkung #2: Stundung der Verwertung nach Bestätigung eines Nachlassvertrages.....	28

ccc) Einschränkung #3: Fristansetzung und Verwertung durch Liquidationsorgane beim Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung	30
bb) (Teilweise) Dispositionsunfähigkeit	32
aaa) Phase Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung	32
bbb) Phase ab Bestätigung des Nachlassvertrages	33
ccc) Explizite Regeln betreffend zukünftige Forderungen	34
cc) Zinsenlauf von pfandgesicherten Forderungen im Nachlassverfahren	35
dd) Fälligkeit	35
b) Pflichten, Rechte und Privilegien der Pfandgläubiger im Nachlassverfahren	36
aa) Anmeldepflicht	36
bb) Pfandschätzung	36
cc) Teilnahme in Höhe des mutmasslichen Pfandausfalles	37
dd) Sorgfalts- und Abrechnungspflichten der Pfandgläubiger	38
ee) Rechtsbehelfe und -mittel der Pfandgläubiger im Nachlassverfahren	39
3. Spezialkonstellationen	40
a) Überblick über die Spezialkonstellationen	40
b) Drittpfandrechte	42
aa) Im Konkurs des Schuldners	42
bb) Im Konkurs des Drittpfandgebers (Gemeinschuldner bloss Verpfänder, persönlicher Schuldner ist ein Dritter)	43
cc) Im Nachlassverfahren	43
c) Bucheffekten	43
4. Pfandrechte in der Insolvenz bei internationalen Verhältnissen	44
a) Internationale Verhältnisse im schweizerischen Konkurs	44
b) Internationale Verhältnisse im schweizerischen Nachlassverfahren	46
IV. Zusammenfassung	46

I. Einleitung

„Eine Sicherheit ist jedoch nur so viel wert wie das Verfahren zu ihrer Verwertung. Dabei ist von grösster Bedeutung, dass Sicherheiten rasch verwertet werden können. Die Verwertung durch Zwangsvollstreckungsbehörden genügt diesen Anforderungen nicht.“¹

Diese zentrale und richtige Überlegung war ausschlaggebend für die heutige Regelung der Verwertung von Sicherheiten an Bucheffekten in Art. 31 BEG, die trotz Insolvenz die private Verwertung und den Selbsteintritt grundsätzlich erlaubt.² Diese Überlegung ist aber nicht nur zentral und richtig im Zusammenhang mit Bucheffekten, sondern generell im Zusammenhang mit dem Schicksal von Sicherheiten in einer Insolvenz. Vor diesem Hintergrund widmet sich der vorliegende Beitrag speziell dem Schicksal von Pfandrechten in der Insolvenz. Es sei vorweggenommen, dass die heutige Regelung den Ansprüchen der internationalen Kreditsicherheitspraxis nicht (mehr) genügt und dies mit ein Grund sein kann, warum Vollrechtssicherheiten wie die Sicherungsübereignung und Sicherungszession im Vergleich zu Pfandrechten allenfalls bevorzugt werden.

Die nachfolgenden Ausführungen fokussieren auf das Schicksal von Fahrnispfandrechten gemäss ZGB im ordentlichen Insolvenzverfahren, gemäss SchKG, und adressieren insbesondere weder das Verfahren der Spezialexecution (Betreibung auf Pfändung oder (Grund-)Pfandverwertung), die Verwertung von Grundpfandrechten, ausserordentliche Insolvenzverfahren gemäss Spezialgesetzen³, noch paulianische Anfechtungsklagen.

¹ Botschaft des Bundesrates vom 15. November 2006 zum Bucheffektengesetz sowie zum Haager Wertpapierübereinkommen, BBl 2006, 9315 ff., 9380.

² Vgl. nachfolgend Abschnitt III.3.c).

³ Z.B. bei Banken, Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmen, etc.; vgl. hierzu auch BK-ZOBL (FN 8), N 751b ff. sowie 765 ff. m.w.H.

II. Rechtsgrundlagen

Eine erste Schwierigkeit besteht darin, dass eine Vielzahl von Rechtsquellen beachtet werden müssen. Dies gilt sowohl für die Bestellung von Pfandrechten und für die Bestimmung des Umfangs und Inhalts des Pfandrechts unter dem materiellen Recht⁴ als auch für die vorliegend zentrale Frage der Behandlung von Pfandrechten im Insolvenzfall. Natürlich bleibt das SchKG der zentrale Erlass für letzteres; wobei jedoch auch die folgenden (teilweise allseits bekannten, z.T. aber eher unbekannt) Nebenerlasse zum SchKG zu berücksichtigen sind:

- Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter (KOV);
- Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG);
- Verordnung betreffend die Pfändung, Arrestierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen nach dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VPAV);
- Verordnung des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Anteilen an Gemeinschaftsvermögen (VVAG).

Weiter bestehen vor allem in Bereichen, die aufsichtsrechtlich geregelt sind, zusätzliche insolvenzrechtliche Sonderregeln.⁵ Für internationale Insolvenzverhältnisse sind die Art. 166 ff. IPRG massgeblich.

⁴ ZGB: Art. 793-883 (Grundpfand), Art. 884-918 (Fahrnispfand), sowie diverse andere Bestimmungen; OR: u.a. Art. 110 (Subrogation), 114 (Erlöschen des Pfandrechts), Art. 140 (Verjährung), Art. 178 (Schuldnerwechsel), Art. 492 ff. (Bürgschaft), Art. 689b (Inhaberaktien), Art. 789b (Stammanteile), Art. 973c (Wertrechte), Art. 1157 ff. (Anlehensobligationen); BEG: Art. 12, 14, 25, 26, 31, 32; Immaterialgütergesetz (Markengesetz, Patentgesetz, Designgesetz, Urheberrechtsgesetz); Versicherungsvertragsgesetz (VVG); Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG); sowie diverse Bundeserlasse betreffend Schiffe, Eisenbahnen, Luftfahrzeugen und Trolleybussen sowie teilweise internationale Abkommen in diesen Bereichen.

⁵ Art. 31 Abs. 2 BEG; Art. 25 ff. BankG, insb. Art. 27 Abs. 3 BankG sowie die Bankeninsolvenzverordnung-FINMA; Art. 51 ff. VAG sowie die Versicherungskon-

III. Pfandrechte in der Insolvenz

1. Pfandrechte im Konkurs

a) *Allgemeine Auswirkungen der Konkurseröffnung auf die Pfandrechte*

Die Konkurseröffnung ist ein in vielerlei Hinsicht *zentrales Ereignis* für die Rechtsstellung eines Pfandgläubigers. Insbesondere hat die Konkurseröffnung Auswirkungen auf die folgenden Aspekte, die auch oder gerade für einen Pfandgläubiger relevant sein können:

- Admassierung des Pfandgegenstandes (Verbot der Spezialexécution und Privatverwertung);
- Dispositionsunfähigkeit (Bestellung des Pfandrechts);
- Fälligkeit der Pfandforderung;
- Zinsenlauf der Pfandforderungen und Früchte aus Pfandgegenständen.

aa) *Relevanter Zeitpunkt*

Der Konkurs gilt von dem Zeitpunkt an als eröffnet, in welchem er erkannt wird (Art. 175 Abs. 1 SchKG). Vor dem Hintergrund der Bedeutung dieses Zeitpunktes wird dieser in der Konkurserkennnis des Konkursrichters *minutengenau* festgehalten. Weder die *Mitteilung* noch die *Publikation* des Entscheides sind für den Eintritt der Konkurswirkungen von Bedeutung.⁶ Dies ist insofern von besonderer Relevanz, als dass im Konkurs – im Unterschied zum Nachlassverfahren – der *Gläubigerschutz grundsätzlich Vorrang vor dem Gutgläuberschutz Dritter* genießt.

kursverordnung-FINMA; Art. 137 ff. KAG sowie die Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA.

⁶ Vgl. zum Ganzen BaK-GIROUD, Art. 175 SchKG, N 3; JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMAN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Band II, Zürich 1997/1999, Art. 175, N 2; KuKo-DIGGELMANN, Art. 175 SchKG, N 1 ff.; Bundesgerichtsentscheid vom 2. April 2004, C 287/02 E. 4.2.1.

Eine Ausnahme greift dann, wenn ein Rechtsmittel eingelegt wurde und diesem (ausnahmsweise) *aufschiebende Wirkung* zuerkannt wird (Art. 36 SchKG). Diesfalls muss im negativen Entscheid der Rechtsmittelinstanz Tag und Zeit neu festgelegt werden.⁷

bb) Admassierung und Verbot der Spezialexécution und Privatverwertung

aaa) Grundsätze

Eine der wichtigsten Auswirkungen des Konkurses auf die Rechtsstellung eines Pfandgläubigers – und ein grundlegender Unterschied zum Nachlassverfahren – ist, dass die vom Gemeinschuldner verpfändeten Gegenstände, sofern sie in seinem (Allein-)Eigentum stehen, in die Konkursmasse fallen (Art. 197 SchKG; *Admassierungsprinzip*). Dies jedoch unter Vorbehalt des den Pfandgläubigern zugesicherten Vorzugsrechtes (Art. 198 SchKG).⁸ Das Verwertungsrecht des Pfandgläubigers verwandelt sich somit in ein reines *Wertvorrecht*⁹, was ein Nachteil gegenüber Vollrechtssicherheiten¹⁰ bedeutet und im Gegensatz zu gewissen ausländischen Rechtsordnungen¹¹ steht.

Konsequenzen aus diesem Grundsatz sind die *Herausgabepflicht* betreffend den Pfandgegenstand (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG) sowie das *Verbot der*

⁷ BGE 118 III 37 E. 2b.

⁸ BK-ZOBL, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil, N 712 f.; FRITZSCHE HANS/WALDER HANS-ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, Zürich 1993, § 41, N 13 ff.

⁹ KUHN HANS, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011, § 10, N 36.

¹⁰ KUHN (FN 9), § 10, N 37 und 39, welcher der rein rechtstechnisch begründeten Ungleichbehandlung von Vollrechtssicherheiten und Teilrechtssicherheiten jedoch eine sachliche Begründung entgegenhält, nach welcher – je nach Grundsatzentscheidung, ob durch die Generalexécution ein insgesamt besseres Ergebnis erzielt werden kann (das somit einen Eingriff in das Verwertungsrecht rechtfertigt) oder nicht – entweder beide zur Konkursmasse gezogen werden müssten oder beide von der Konkursmasse abgesondert werden sollten.

¹¹ KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, N 1200; AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 40 N 19.

Spezialexécution (Art. 206 Abs. 1 SchKG).¹² Letzteres erstreckt sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch auf ein allfälliges, vertraglich vereinbartes *Recht zur Privatverwertung* oder zum *Selbsteintritt*.¹³ Begründet wird dies damit, dass das Interesse der Generalexécution überwiege.

bbb) Ausnahmen und Spezialkonstellationen

Zu diesen Grundsätzen gibt es jedoch verschiedene Ausnahmen:

- Erstens gilt dies nicht für Pfänder, welche ganz oder zum Teil im Eigentum eines Dritten stehen, d.h. bei sogenannt *drittpfandgesicherten Forderungen*. Diesfalls kommt es zu keiner Admassierung und somit auch zu keiner Herausgabeverpflichtung und keinem Verbot der Spezialexécution (Art. 206 Abs. 1 SchKG) und es greift stattdessen die in Art. 61 KOV vorgesehene Regelung.¹⁴
- Eine weitere wichtige Ausnahme betrifft – aus den im Einleitungszitat ersichtlichen Überlegungen – die *Bucheffekten*, wo das Recht zur Privatverwertung (inklusive Selbsteintritt) von Gesetzes wegen konkursfest ist (Art. 31 Abs. 2 und 32 BEG).¹⁵
- Ähnliches gilt – aus Systemschutzgründen – im *Bankenkongkurs* (Art. 27 Abs. 3 BankG).
- Weiter bestehen fiskalisch motivierte Ausnahmen beim *Zollpfand*, welches direkt von der Zollverwaltung verwertet wird.¹⁶

¹² BGE 94 III 1 E. 3.

¹³ BGE 116 III 23 E. 2; BGE 81 III 58; BK-ZOBL (FN 8), N 712 m.w.H.; DÖRIG ADRIAN/WEBER DAVID, Die private Verwertung von Faustpfändern sowie von Sicherheiten an Bucheffekten unter besonderer Berücksichtigung des Selbsteintritts, AJP 2012, 1 ff., 2; AMONN/WALTHER (FN 11), § 40 N 18 f.; KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WALDER HANS ULRICH, Orell Füssli Kommentar SchKG, 18. Aufl., Art. 198 SchKG, N 4; *kritisch*: FRITZSCHE/WALDER (FN 8), § 41 N 15.

¹⁴ Für Einzelheiten, vgl. nachfolgend Abschnitt III.3.b).

¹⁵ Für Einzelheiten, vgl. nachfolgend Abschnitt III.3.c).

¹⁶ Vgl. Art. 87 ZG sowie Art. 221 ff. ZV.

Es sind auch Konstellationen denkbar, wo erst *nach der Konkurseröffnung* Pfandforderungen über *nicht in die Konkursmasse gehörende Pfandgegenstände* begründet werden (z.B. Verpfändung des nach der Konkurseröffnung erzielten Erwerbseinkommens).¹⁷ Solche Forderungen sind nicht von dem Betreibungsverbot in Art. 206 Abs. 1 SchKG erfasst. Jedoch ist in einer solchen Konstellation nur die Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung möglich, selbst wenn der Schuldner noch im Handelsregister eingetragen ist, da ein zweiter Konkurs ohnehin nur eine begrenzte Konkursmasse hätte und Verwechslungsgefahr birgt¹⁸.

In diesem Zusammenhang stellt auch das *Retentionsrecht bei Miete von Geschäftsräumen* nach Art. 268 OR eine Spezialkonstellation dar, bei der jedoch noch weiter differenziert werden muss: Gemäss Bundesgericht können nämlich auch nach der Konkurseröffnung entstandene Forderungen aus der Miete von Geschäftsräumen als Konkursforderungen eingegeben werden¹⁹, soweit sie vom gesetzlichen Retentionsrecht gedeckt sind (d.h. für sechs Monate).²⁰ Das heisst mit anderen Worten, dass für die Mietzinsforderungen bis zur Konkurseröffnung sowie für die Mietzinsforderungen in den ersten sechs Monaten nach Konkurseröffnung die oben dargestellten Grundsätze Anwendung finden (Verwertung der Retentionsgegenstände im Rahmen der Generalexekution unter Vorbehalt des Vorzugsrechts des Mietzinsgläubigers). Soweit solche Forderungen jedoch einen Zeitraum von sechs Monaten übersteigen, stellen sie keine Konkursforderungen mehr dar und müssen – im Einklang mit den im voranstehenden Abschnitt dargestellten Überlegungen – gegen den Schuldner persönlich auf dem Wege der Betreibung auf Pfandverwertung geltend gemacht werden, soweit und sofern es sich um eine natürliche Person handelt. Bei juristischen Personen, die nach Konkurseröff-

¹⁷ BGE 121 III 382 E. 2; BGE 93 III 55 E. 1; BGE 79 III 129; BaK-WOHLFART/MEYER, Art. 206 SchKG, N 22 ff. m.w.H.; AMONN/WALTHER (FN 11), § 41 N 25; FRITZSCHE/WALDER (FN 8), § 40 N 16.

¹⁸ Vgl. BGE 79 III 130 ff. – eine Bundesgerichtspraxis die nunmehr in Art. 206 Abs. 2 und 3 SchKG kodifiziert wurde.

¹⁹ Das solche Forderungen entstehen können, ist nicht unwahrscheinlich, zumal ja Geschäftsräume kaum je unmittelbar geräumt werden können.

²⁰ BGE 124 III 41 E. 2b; KuKo-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 198 SchKG, N 2; BaK-WOHLFART/MEYER, Art. 206 SchKG, N 17 m.w.H.

nung keine Erträge mehr erwirtschaften, geht eine solche Forderung ins Lee-
re, da keine Konkursmasse mehr vorhanden ist.²¹

cc) *Dispositionsunfähigkeit*

Rechtshandlungen des Gemeinschuldners betreffend das Massevermögen, insbesondere die Bestellung eines Pfandrechts, nach Konkurseröffnung sind gegenüber den Konkursgläubigern allenfalls ungültig (sog. *relative Nichtigkeit*, Art. 204 SchKG).²² Pfandrechte gelten daher im Konkurs des Sicherungsgebers nur dann – vorbehaltlich einer Zustimmung der Konkursverwaltung – als gegenüber den Konkursgläubigern wirksam begründet, wenn die Bestellung nach zivilrechtlichen Grundsätzen vor Eröffnung des Konkursverfahrens abgeschlossen wurde (*Konkursfestigkeit*). Dies bedingt beispielsweise, dass:

- sich das Sicherungsobjekt im Pfandbesitz befindet;
- die Besitzanweisung dem Pfandhalter zugestellt wurde;
- die Abtretungsurkunde oder der Pfandvertrag bei Forderungssicherheiten schriftlich ausgestellt wurden;
- die Gutschrift bei Bucheffekten im Konto des Gläubigers erfolgt ist (Art. 24 Abs. 2 BEG) oder mit der Verwahrstelle ein Kontrollvertrag rechtsgültig abgeschlossen wurde (Art. 25 Abs. 1 BEG);
- die Anmeldung durch das Grundbuchamt bei Grundpfandrechten empfangen wurde; etc.

Die Verpfändung von *zukünftigen Forderungen*, die erst nach Konkurseröffnung entstehen, ist gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung unwirksam.²³

²¹ KuKo-STÖCKLI/POSSA, Art. 206 SchKG, N 6 m.w.H.

²² BGE 134 III 273 E. 4.3.1; BGE 132 III 432 E. 2.4; BK-ZOBL (FN 8), N 714 m.w.H.; AMONN/WALTHER (FN 11), § 41 N 6 ff.; FRITZSCHE/WALDER (FN 8), § 40, N 9.

²³ BGE 130 III 248 E. 4.1; BGE 115 III 65 E. 3; BGE 111 III 73 E. 3.

Im Gegensatz zur Betreibung auf Pfändung (Art. 96 Abs. 2 SchKG) und zum Nachlassverfahren gibt es keinen Vorbehalt zu Gunsten gutgläubiger Dritterwerber; selbst dann, wenn die Handlungen vor Konkurspublikation aber nach Eröffnung vorgenommen werden.²⁴

Gewisse Ausnahmen von diesem Grundsatz ergeben sich aus Gründen des Systemschutzes (Finalität) unter gewissen, engen Voraussetzungen für Anweisungen im Zahlungs- und Effektingiroverkehr (Art. 27 Abs. 2 BankG; Art. 20 BEG).

Jedoch kann der Gemeinschuldner weiterhin verfügen, wenn gegen den Entscheid des Konkursgerichts ein Rechtsmittel ergriffen und diesem aufschiebende Wirkung zuerkannt wird (Art. 174 i.V.m. 36 SchKG).²⁵

dd) Fälligkeit von Pfandforderungen

Die Konkursöffnung bewirkt zudem die Fälligkeit von faustpfandgesicherten Forderungen, nicht jedoch von grundpfandgesicherten Forderungen, da solche an den Ersteigerer überbunden werden (Art. 208 Abs. 1 sowie Art. 259 i.V.m. Art. 135 Abs. 1 SchKG).²⁶ Soweit solche grundpfandgesicherten Forderungen jedoch gemäss amtlicher Schätzung nicht gedeckt sind, werden sie als (fällige) ungesicherte Forderungen im Konkursverfahren berücksichtigt.²⁷ Zudem wird eine noch nicht fällige Schuld nur der Konkursmasse gegenüber fällig, d.h. insbesondere nicht gegenüber allfälligen Bürgen (Art. 501 Abs. 1 OR) oder Drittpfandbestellern.²⁸ Davon unbeeinträchtigt sind in der Regel vorhandene anderslautende vertragliche Vereinbarungen, die zum Beispiel vorsehen, dass die verbürgte oder drittpfandgesicherte For-

²⁴ Früher v.a. in Bezug auf den Gutgläubensschutz im Immobiliarsachenrecht umstritten, vgl. BGE 115 III 111 E. 3 und BGE 79 III 43 E. 3; seit der Revision von Art. 176 Abs. 2 SchKG per 1. Januar 2005 jedoch gem. h.L. auch dort Vorrang der Gläubigerinteressen; vgl. KuKo-STÖCKLI/POSSA, Art. 204 SchKG, N 2; BaK-WOHLFART/MEYER, Art. 204 SchKG, N 8 und 25 f. m.w.H.; BK-ZOBL (FN 8), N 715 m.w.H.; AMONN/WALTHER (FN 11), § 41 N 10 f.

²⁵ BGE 129 III 100 E. 3; BGE 100 III 64 E. 2; BK-ZOBL (FN 8), N 716 m.w.H.

²⁶ BK-ZOBL (FN 8), N 722 m.w.H.

²⁷ BaK-SCHWOB, Art. 208 SchKG, N 5.

²⁸ KuKo-PIRKL, Art. 208 SchKG, N 4; BaK-SCHWOB, Art. 208 SchKG, N 4 f.

derung vertraglich fällig wird, wenn der Schuldner für konkursit erklärt wird. Bei Eigentümerschuldbriefen, die als Faustpfand haften, wird die Eigentümergrundpfandforderung hingegen mit dem Konkurs fällig, da der Pfandgläubiger von Gesetzes wegen wie ein Grundpfandgläubiger behandelt wird, sich das Faustpfand also in ein Grundpfand wandelt.²⁹

ee) Zinsenlauf von Pfandforderungen und Früchte aus Pfandgegenständen

Neben dem Recht auf vorrangige Befriedigung besteht ein weiteres Privileg von Pfandgläubigern im Vergleich zu anderen Konkursgläubigern darin, dass die Beendigung des Zinsenlaufes erst bei Verwertung und nicht schon bei Eröffnung des Konkurses eintritt; dies jedoch nur soweit der Pfanderlös resultierend aus der Verwertung des relevanten Pfandvermögens nach Abzug der Verwertungskosten erlaubt, *alle* an diesem Pfandvermögen berechtigten erst- und nachrangigen Pfandgläubiger hinsichtlich ihrer Kapitalforderungen und der bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen zu befriedigen (Art. 209 Abs. 2 SchKG).³⁰ Falls dies nicht zutrifft, besteht kein Anspruch auf weitere Zinsen ab Konkurseröffnung.³¹

²⁹ BK-ZOBL (FN 8), N 722 m.w.H.; BaK-SCHWOB, Art. 208 SchKG, N 5.

³⁰ BGE 137 III 133; BK-ZOBL (FN 8), N 723 m.w.H.

³¹ Dies selbst dann nicht, wenn das Pfand als Sicherheit für mehrere Pfandforderungen unterschiedlichen Ranges dient und der Pfanderlös reichen würde, sowohl die Forderungen als auch die bis zur Verwertung aufgelaufenen Zinsen des Gläubigers im ersten Range zu bedienen (nicht jedoch der weiteren Gläubiger). Mit anderen Worten dient der Erlös diesfalls – in bewusster Abweichung von Art. 85 Abs. 1 OR – in erster Linie dazu, die Kapitalforderungen und die bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen *aller* Pfandgläubiger zu befriedigen und allfällige Zinsansprüche des Pfandgläubigers im ersten Range für die Zeit nach der Konkurseröffnung sollen nicht die Befriedigungsquote von nachrangigen Pfandgläubigern in Mitleidenschaft ziehen; vgl. zum Ganzen BGE 137 III 133 E. 2; KuKo-PIRKL, Art. 209 SchKG, N 9; KREN KOSTKIEWICZ/WALDER (FN 13), Art. 210 SchKG, N 2; *a.A.* BaK-SCHWOB, Art. 209 SchKG, N 6 (jedoch noch ohne Berücksichtigung der neueren in 137 III 133 diesbezüglich erfolgten Rechtsprechung).

Ähnlich wie bei der Fälligkeit, wirkt sich eine allfällige Beendigung des Zinsenlaufes ausschliesslich gegenüber dem konkursiten Hauptschuldner, nicht aber gegenüber dem Bürgen oder Drittpfandbestellern aus.³²

Die zwischen Banken und Kreditnehmern neben dem Zins vereinbarte Kommission bzw. Provision gilt dann als Zins, wenn sie in Prozenten des Kapitals periodisch geschuldet wird.³³

Die während des Konkursverfahrens zu gewinnenden Früchte fallen nur unter Vorbehalt des den Pfandgläubigern gesicherten Vorzugsrechtes in die Konkursmasse.³⁴ Wird der Pfanderlös bis zur Verteilung zinstragend angelegt, so stehen die entsprechenden Erträge dem Pfandgläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung zu.³⁵ Sowohl im Konkurs als auch im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung dienen die Miet- und Pachtzinse vom Moment der Konkursöffnung bzw. der Bestätigung des Nachlassvertrages an bis zur Verwertung dazu, alle grundpfandgesicherten Forderungen zu decken.³⁶

b) Pflichten, Rechte und Privilegien der Pfandgläubiger im Konkurs

aa) Pflicht zur Anmeldung der Pfandforderung

Ausfluss aus dem Admassierungsprinzip ist, dass der Pfandgläubiger seine Forderung unter Geltendmachung des Pfandrechts bei der Konkursverwaltung anmelden muss (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Bei einer verspäteten Anmeldung greift grundsätzlich Art. 251 Abs. 1 SchKG. Eine Änderung an einer kollozierten Forderung ist jedoch innert der Frist für die Kollokationsklage geltend zu machen (Art. 250 SchKG). Deshalb ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die nachträgliche Geltendmachung des Pfand-

³² Bundesgerichtsentscheid vom 29. Juli 2010, 4A_276/2010 E. 7.

³³ BK-ZOBL (FN 8), N 724.

³⁴ BGE 61 III 164, 166 f. D.h. Früchte, die bereits vor der Konkursöffnung, ohne gepfändet worden zu sein, zu selbständigen Sachen wurden, dienen umgekehrt dem Pfandgläubiger nicht als Deckung.

³⁵ BGE 35 I 850, E. 2; BK-ZOBL (FN 8), N 727 m.w.H.

³⁶ BGE 108 III 83, E. 3.

rechts unzulässig, wenn die Forderung (ohne Anmerkung eines Pfandrechts) selber bereits rechtskräftig kolloziert wurde; es sei denn dies sei auf entschuldbare Umstände zurückzuführen.³⁷

bb) Herausgabepflicht betreffend Pfandgegenstand

Die wichtigste Konsequenz aus dem Admassierungsprinzip – und einer der wesentlichsten Unterschiede zur Situation im Nachlassverfahren – ist so- dann, dass der Pfandgläubiger verpflichtet ist, das Pfand dem Konkursamt herauszugeben (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG).³⁸ Diese Herausgabe kann auch mit polizeilicher Hilfe erzwungen oder zivilprozessual durchgesetzt werden.³⁹ Ausgenommen hiervon sind Bucheffekten, sofern sie unter den Voraussetzungen von Art. 31 BEG privat verwertet werden dürfen.⁴⁰ Weiter ist bei im Ausland gelegenen Pfandgegenständen die Durchsetzbarkeit dieser Herausgabepflicht beschränkt.⁴¹

Falls der Herausgabeaufforderung nicht innert Frist Folge geleistet wird, kann dies die folgenden Konsequenzen nach sich ziehen:

- Ungehorsamsstrafe (Busse) nach Art. 324 Ziff. 3 StGB;
- Verlust des Vorzugsrechts (Kollokation als ungesicherte Forderung); dies jedoch nur, wenn die Herausgabe „ungerechtfertigt“ unterbleibt,

³⁷ BGE 106 III 40 E. 4, wobei diesem Entscheid eben gerade ein Sachverhalt zugrunde lag, wo eine Geltendmachung des Pfandrechts während der Frist für die Kollokationsklage nicht möglich war, und die Pfandgläubigerin daher vom Bundesgericht geschützt wurde (obwohl sie nach der Bestätigung des Nachlassvertrags noch nahezu vier Jahre mit der Erhebung ihrer Pfandansprüche zugewartet hat), so dass eine neue Kollokationsverfügung erlassen werden musste.

³⁸ BGE 71 III 80 E. 2.

³⁹ BGE 90 III 18 E. 1, BGE 86 III 26 E. 2, BGE 51 III 135, 137 f.; BaK-LUSTENBERGER, Art. 232 SchKG, N 18.

⁴⁰ Vgl. nachfolgend Abschnitt III.3.c).

⁴¹ Vgl. nachfolgend Abschnitt III.4.

was gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein erhebliches Verschulden erfordert.⁴²

Im Umstand, dass der Pfandgegenstand an die Konkursmasse herausgegeben werden muss, kann keine Besitzesaufgabe erblickt werden, die das Erlöschen eines allfälligen Pfandrechts/Retentionsrechts bewirken könnte.⁴³

Schliesslich ist anzufügen, dass die obgenannte Herausgabepflicht (wie auch die Meldepflicht nach Art. 232 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG) uneingeschränkt auch auf Banken Anwendung findet; namentlich können sie dieser Aufforderung nicht das Bankgeheimnis entgegenhalten.⁴⁴ Natürlich fallen jedoch nur Depotwerte unter Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG und nicht ein allfälliges Kontoguthaben (wo lediglich Art. 232 Abs. 2 Ziff. 3 SchKG anwendbar ist).⁴⁵

cc) Recht auf vorrangige Befriedigung und Pfandausfall

Das Korrelat zur Herausgabepflicht ist das *Recht auf vorrangige Befriedigung* der Pfandgläubiger aus dem Ergebnisse der Verwertung der Pfänder im Konkursverfahren (Art. 219 Abs. 1 SchKG).⁴⁶ Es müssen jedoch vorweg die

⁴² Vgl. BGE 71 III 80 E. 2, wo ein Pfandgläubiger zunächst (offenbar nicht ganz zu Unrecht) Eigentum am Pfandgegenstand geltend gemacht hat, diesen Standpunkt jedoch später zu Gunsten eines Pfandrechts fallen liess. Das Bundesgericht verneinte den Verlust des Vorzugsrechts mit der folgenden Begründung: „Der Eigentumsansprecher verneint schlechtweg die Zugehörigkeit der betreffenden Sachen zum Konkursvermögen. Er steht daher nicht unter der Androhung der erwähnten Vorschrift. Dafür setzt er sich einer Admassierungsklage aus. Dass er der Konkursmasse schuldhaft im Sinne jener Vorschrift ihre gehörenden Pfandgegenstände vorenthalten habe, könnte ihm höchstens dann vorgeworfen werden, wenn er arglistig, ohne ernstliche Grundlage, als Eigentümer statt als Pfandgläubiger aufgetreten wäre. Das kann dem Beklagten nach dem Gesagten nicht vorgeworfen werden“.

⁴³ BGE 105 II 188 E. 3b.

⁴⁴ BGE 94 III 83 E. 8; BaK-LUSTENBERGER, Art. 232 SchKG, N 16.

⁴⁵ BGE 120 III 28 E. 1; BaK-LUSTENBERGER, Art. 232 SchKG, N 17.

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen BGE 138 III 628 E. 5.3.1; KuKo-STÖCKLI/POSSA, Art. 219 SchKG, N 10; AMONN/WALTHER (FN 11), § 42 N 58 ff.

Kosten für Inventur, Verwaltung und Verwertung der Pfandgegenstände gedeckt werden.⁴⁷

Falls *mehrere Pfänder für die gleiche Forderung* haften, so werden die daraus erlösten Beträge im Verhältnisse ihrer Höhe zur Deckung der Forderung verwendet (Art. 219 Abs. 2 SchKG). Dies gilt jedoch nicht, wenn neben den Pfändern des Gemeinschuldners auch *Drittpfänder* für die gleiche Forderung haften; diesfalls sind primär die Erlöse aus den vom Gemeinschuldner bestellten Pfänder zur Deckung der Forderung beizuziehen, zumal die Drittpfänder ja gar nicht zur Konkursmasse gezogen werden und primär der Forderungsschuldner (und nicht der Dritte) für die Befriedigung der Forderung verantwortlich sein soll.⁴⁸ Das Recht des Pfandgläubigers zur Verwertung des Drittpfandrechts, soweit vertraglich zulässig, bleibt davon jedoch unberührt.

Der Umfang der pfandrechtlich sichergestellten Zinsen und anderer Nebenrechte sowie die Rangordnung, wenn eine Pfandsache zur Sicherstellung mehrerer Forderungen dient, ergibt sich aus dem materiellen Recht (Art. 219 Abs. 3 SchKG).

Ein allfälliger *Pfandausfall* wird als ungesicherte Forderung kolloziert (Art. 219 Abs. 4 SchKG). Wie oben dargelegt jedoch diesfalls ohne Anspruch auf weitere Zinsen ab Konkurseröffnung. Der Pfandausfall kann nur im Konkurs des Forderungsschuldners geltend gemacht werden, nicht im Konkurs des Verpfänders, falls es sich nicht um die gleiche Person handelt.⁴⁹

⁴⁷ BGE 130 III 229 E. 2.4 belegt eindrücklich, dass diese Kosten bei Pfandgegenständen von hohem Wert nicht unerheblich sein können. In diesem Fall hat das Bundesgericht jedoch festgehalten: „Eine Gebühr von Fr. 204'587.80 hat im vorliegenden Fall, in dem sich die Verwertungshandlung auf eine Anweisung an eine Bank erschöpfte, offensichtlich nichts mehr mit der erbrachten staatlichen Leistung gemein und verstösst deshalb gegen das Äquivalenzprinzip“.

⁴⁸ BGE 29 I 349, 351; KuKo-STÖCKLI/POSSA, Art. 219 SchKG, N 11; BaK-LORANDI, Art. 219 SchKG, N 25.

⁴⁹ Diese Aussage klingt zwar banal, kann jedoch bei der Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen zur Sicherung einer Drittschuld kontrovers und weniger selbstverständlich sein (da der Faustpfandgläubiger – zumindest vor der Konkurseröffnung – den Titel u.U. auch durch Selbsteintritt verwerten und dadurch die im Titel verbriefte Forderung gegen den Drittpfandbesteller erwerben kann); vgl. BGE 107

dd) Zeitpunkt der Verwertung und Vetorecht in Bezug auf die Verwertungsart

Fahrnispfandrechte, nicht jedoch Grundpfandrechte, werden nach der *zweiten Gläubigerversammlung* verwertet (Art. 243 Abs. 3 SchKG), selbst wenn noch ein Kollokationsprozess betreffend das Pfandrecht hängig ist.⁵⁰ Eine frühere Verwertung ist im Rahmen eines Notverkaufs (Art. 243 Abs. 2 SchKG), eines summarischen Verfahrens (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG) oder mit Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger anlässlich der ersten Gläubigerversammlung (Art. 238 Abs. 1 SchKG)⁵¹ jedoch möglich.

Ein weiteres Privileg von Pfandgläubigern besteht darin, dass verpfändete Vermögensstücke nur mit *Zustimmung der Pfandgläubiger* anders als durch Verkauf an öffentlicher Steigerung verwertet werden dürfen (Art. 256 Abs. 2 SchKG).⁵² Diese Zustimmung kann verweigert werden, ohne ein Risiko einzugehen, hierfür schadenersatzpflichtig zu werden, wenn der Verwertungserlös aus der Steigerung tiefer ist als der allfällige bei einer anderen Verwertungsart mutmasslich erzielte Erlös.⁵³ Auf die Befragung der und Beschlussfassung durch die Pfandgläubiger kann jedoch verzichtet werden, wenn ihre

III 128 E. 2 bis E. 6, wo das Bundesgericht jedoch entschieden hat, dass falls das Faustpfand vor der Konkurseröffnung noch nicht (durch Selbsteintritt) verwertet wurde, der Faustpfandgläubiger gegenüber dem Drittpfandbesteller (und Grundeigentümer) lediglich ein Pfandrecht am Wertanteil des Grundstückes hat und somit den Pfandausfall nicht in dessen Konkurs als ungesicherte Forderung eingeben kann. Ebenso BaK-LORANDI, Art. 219 SchKG, N 18; *a.A.* ZOBL, Die Rechtstellung des Fahrnispfandgläubigers an einem Eigentümer-Wertpapier, insbesondere im Konkurs des Verpfänders – eine Erwiderung, ZBGR 1980, 129 ff. und insb. 143 f., wo er unterscheidet zwischen der Faustpfandausfallforderung (die der Gläubiger mangels persönlicher Schuld nicht im Konkurs des Drittpfandbestellers als ungesicherte in der 5. Klasse eingeben kann) und der Grundpfandausfallforderung (die der Gläubiger gem. ZOBL soweit und solange als ungesicherte in der 5. Klasse eingeben kann bis seine Faustpfandforderung vollständig gedeckt wurde).

⁵⁰ Vgl. BGE 107 III 88 E. 1 sowie für Grundpfandrechte Art. 128 VZG; AMONN/WALTHER (FN 11), § 47 N 3 ff.

⁵¹ BGE 105 III 72 E. 3.

⁵² BGE 47 III 35 E. 4.

⁵³ BGE 53 III 12 E. 2; BK-ZOBL (FN 8), N 734.

Forderungen aus dem Erlös der anderweitigen Verwertungsart voll und ganz in bar befriedigt werden können.⁵⁴

ee) Recht zur konkursamtlichen Verwertung bei Einstellung mangels Aktiven

Bei einer allfälligen *Einstellung des Konkurses mangels Aktiven* kann grundsätzlich eine vor der Konkurseröffnung eingeleitete Betreuung auf Pfandverwertung weitergeführt (Art. 230 Abs. 4 SchKG) bzw. eine neue Betreuung auf Pfandverwertung eingeleitet werden (Art. 206 Abs. 1 SchKG *e contrario*).⁵⁵

Ein Pfandgläubiger könnte bei juristischen Personen (nota: entgegen Wortlaut auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften⁵⁶) diesfalls jedoch auch beim Konkursamt innert der von diesem angesetzten Frist die Verwertung seines Pfandes verlangen (Art. 230a Abs. 2 SchKG). Die Pfandgläubiger von juristischen Personen sind somit weder auf das Wiederaufleben noch auf die Neueinleitung einer Betreuung angewiesen.⁵⁷ In der Regel dürfte aus Sicht der Pfandgläubiger ein Vorgehen nach Art. 230a Abs. 2 SchKG vorteilhafter sein, ausser vielleicht, wenn ihnen das Recht zustünde, den Pfandgegenstand privat zu verwerten bzw. Selbsteintritt zu erklären (was bei Andauern des Konkursverfahrens weiterhin vom Verbot der Spezialexécution erfasst wäre).

Eine solche Verwertung auf Antrag von Pfandgläubigern ist nach den Vorschriften des summarischen Konkursverfahrens durchzuführen⁵⁸, wobei die nicht pfandgesicherten Gläubiger von diesem Verfahren ausgeschlossen sind. Somit fällt der Überschuss ebenfalls nicht ihnen zu, sondern ist den vertre-

⁵⁴ BGE 88 III 28 E. 5; BGE 72 III 27, E. 2; BaK-BÜRGI, Art. 256 SchKG, N 24.

⁵⁵ Vgl. Bundesgerichtsentscheid vom 22. September 2010, 5A_370/2010 E.3 und BGE 88 III 20 E.2, wo jedoch auch festgehalten wird an der (umstrittenen) bundesgerichtlichen Praxis, dass diejenige Betreuung, die zum Konkurs geführt hat, nicht wieder auflebt. Zur umstrittenen Frage, ob und wie diese Norm auch im Konkurs von juristischen Personen Anwendung findet, vgl. KuKo-SCHOBER, Art. 230 SchKG, N 21 ff.

⁵⁶ BK-ZOBL (FN 8), N 743 m.w.H.

⁵⁷ BaK-LUSTENBERGER, Art. 230a SchKG, N 9.

⁵⁸ KuKo-SCHOBER, Art. 230 SchKG, N 11 f.

tungsberechtigten Organen der juristischen Person herauszugeben.⁵⁹ Die Generalexecution zugunsten sämtlicher Gläubiger wird somit zu einer Spezialliquidation zugunsten der gesuchstellenden Pfandgläubiger.⁶⁰

Da der Konkurs diesfalls nicht geschlossen wird, können vor der Konkursöffnung eingeleitete Beteiligungen während der Dauer dieses summarischen Konkursverfahrens immer noch nicht weitergeführt werden; Art. 230a Abs. 2 SchKG hat somit Vorrang vor Art. 230 Abs. 4 SchKG.⁶¹

Dieses soeben dargestellte Recht auf Spezialliquidation stellt neben dem Recht auf vorrangige Befriedigung, dem allfälligen Recht auf Zinsen bis zum Zeitpunkt der Verwertung und dem Vetorecht in Bezug auf die Verwertungsart ein viertes und letztes Privileg von Pfandgläubigern im Konkursverfahren dar.

ff) Rechtsbehelfe und -mittel der Pfandgläubiger im Konkurs

Dem Pfandgläubiger stehen im Konkursverfahren die *üblichen Rechtsbehelfe und Rechtsmittel* zu. Wird der Pfandgläubiger beispielsweise nicht im vollen Rahmen zugelassen, oder will er den Rang und/oder die Pfandforderung eines Vorgangsgläubigers bestreiten, so steht ihm die Kollokationsklage zur Verfügung (Art. 250 SchKG).⁶² Weiter steht ihm bei Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften auch die Beschwerde an die Aufsichtsbehörde offen (Art. 17 SchKG), insbesondere dann, wenn es einer klaren Entscheidung darüber fehlt, ob die Pfandforderung oder das Pfandrecht zugelassen wird oder nicht, oder wenn die Verteilungsliste nicht dem rechtskräftigen Kollokationsplan entspricht.⁶³

⁵⁹ Vgl. zum Ganzen den Bundesgerichtsentscheid vom 11. März 2011, 5A_896/2010 E. 4.2.3 m.w.H.

⁶⁰ KREN KOSTKIEWICZ/WALDER (FN 13), Art. 230a SchKG, N 1.

⁶¹ BGE 130 III 481 E. 3; KuKo-SCHOBER, Art. 230 SchKG, N 24.

⁶² BK-ZOBL (FN 8), N 730 m.w.H.

⁶³ BGE 103 III 13 E. 2 und 3; BK-ZOBL (FN 8), N 732 und 735 m.w.H.; AMONN KURT, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1977, ZBJV 1979, 7 f.; AMONN/WALTHER (FN 11), § 46 N 42.

2. Pfandrechte im Nachlassverfahren

a) *Allgemeine Auswirkungen eines Nachlassverfahrens auf die Pfandrechte*

Ähnlich wie bei der Konkursöffnung ist auch die Einleitung eines Nachlassverfahrens ein in vielerlei Hinsicht *zentrales Ereignis* in Bezug auf die Rechtsstellung eines Pfandgläubigers. Beim Nachlassverfahren ist jedoch zudem entscheidend in welcher *Phase* sich das Nachlassverfahren befindet und welche *Art eines Nachlassvertrages* abgeschlossen wird. Betreffend der Phase ist zu unterscheiden zwischen a) der (*provisorischen oder definitiven*) *Nachlassstundung* durch welche jede Art eines Nachlassverfahrens eingeleitet wird (Art. 293 ff. SchKG) und b) der Phase ab der *richterlichen Bestätigung des Nachlassvertrages* (Art. 310 SchKG). Betreffend der Art des Nachlassvertrages ist primär zu unterscheiden zwischen a) einem *ordentlichen Nachlassvertrag* (Art. 314 ff. SchKG) und b) einem *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* (Art. 317 ff. SchKG).

Nachstehend sollen – einer ähnlichen Gliederung folgend wie beim Konkursverfahren – die wichtigsten allgemeinen Auswirkungen eines Nachlassverfahrens auf die Rechtsstellung eines Pfandgläubigers dargestellt werden; wobei der Fokus auf allfällige Unterschiede zur Rechtsstellung eines Pfandgläubigers im Konkurs gelegt wird.

aa) *Nachlassvertragsfestigkeit von Pfandrechten/Absonderung*

Einer der wichtigsten Unterschiede zur Rechtsstellung eines Pfandgläubigers im Konkurs besteht darin, dass die Sicherheiten von Pfandgläubigern von Gesetzes wegen *nachlassvertragsfest* sind. Das heisst, soweit die Forderungen der Pfandgläubiger durch das Pfand gedeckt sind, bleibt ihr Schicksal von den Wirkungen eines Nachlassvertrages weitgehend unberührt (Art. 310 Abs. 1 SchKG).⁶⁴

⁶⁴ Zum Ganzen ausführlich, LUDWIG PETER, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich), Dissertation, Bern 1970, 40 ff., 68 f. und 108 ff.

Daraus resultiert, dass im Nachlassverfahren *keine Pflicht* besteht, die *Pfandgegenstände* dem Sachwalter *auszuhändigen* (vgl. Art. 324 SchKG), sondern es wird das Recht eingeräumt, diese vom Nachlassverfahren unabhängig zu verwerten (auch mittels privater Verwertung, sofern dies im Pfandvertrag vorgesehen ist) und sich aus dem Pfanderlös bezahlt zu machen. Im Gegensatz zum Admassierungsprinzip im Konkurs spricht man hier häufig vom *Absonderungsrecht*⁶⁵ der Pfandgläubiger, wobei dieser Begriff insofern etwas irreführend ist, als dass die Pfandgegenstände von Gesetzes wegen ja i.d.R. bereits abgesondert (d.h. im Drittbesitz) sein müssen und „Absonderung“ in diesem Kontext wohl einfach andeuten soll, dass sie nicht admassiert werden, sondern abgesondert bleiben.

Eine weitere Konsequenz daraus ist, dass auch allfällige Betreibungen auf Pfandverwertung vom Nachlassverfahren nicht betroffen sind (Art. 311 SchKG), sondern ab dem Zeitpunkt der richterlichen Bestätigung des Nachlassvertrages (d.h. nach Wegfall der Nachlassstundung) fortgesetzt werden können.

Der Grundsatz der Nachlassvertragsfestigkeit und des Rechts auf Spezialekution/Privatverwertung kann aufgrund des während der Stundung geltenden Gläubigerschutzes jedoch in dreierlei Hinsicht *stark eingeschränkt sein*:

aaa) Einschränkung #1: Nachlassstundung

Die erste und für die Nachlassstundung allgemein geltende Einschränkung ist, dass *während der Nachlassstundung* gegen den Gemeinschuldner *keine Betreuung* eingeleitet oder fortgesetzt werden und gemäss Lehre während dieser Zeit *auch nicht privat verwertet* werden kann (Art. 297 Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 SchKG *e contrario*).⁶⁶ Hintergrund dafür ist, dass einerseits der Schuldner während der Sanierungsphase vor „Angriffen“ geschützt werden soll und ihm damit die Möglichkeit einer Sanierung erleichtert und eben

⁶⁵ Vgl. BK-ZOBL (FN 8), N 753 m.w.H.

⁶⁶ BGE 129 III 395 E. 2.2; BGE 81 III 57, 59; BK-ZOBL (FN 8), N 752 m.w.H.; BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 4. Dies gilt jedoch nicht in Bezug auf Bucheffekten (vgl. nachfolgend Abschnitt III.3.c); a.M. DÖRIG/WEBER (FN 13), 248.

nicht durch eine Pfandverwertung vereitelt werden soll.⁶⁷ Da auf Antrag des Sachwalters die Nachlassstundung auf bis zu 24 Monate verlängert werden kann, kann dies zu einer erheblichen Einschränkung der Rechte des Pfandgläubigers führen.

Ausgenommen hiervon sind die Betreuung auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen – die Verwertung bleibt aber auch hier ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 1 SchKG) – und Betreibungen im Zusammenhang mit Masseverbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 SchKG)⁶⁸.

Da während der Nachlassstundung die Betreibungsfristen nicht stillstehen, muss ein Pfandgläubiger unter Umständen während der Nachlassstundung allfällige erforderliche *Begehren* (z.B. das Fortsetzungsbegehren) rechtzeitig stellen, um seine Rechte zu wahren.⁶⁹ Art. 297 Abs. 1 SchKG schliesst nämlich nur die Vornahme von Betreibungshandlungen aus⁷⁰; Begehren können und müssen daher auch während der Stundung gestellt und vom Betreibungsamt entgegengenommen und protokolliert, jedoch erst nach Wegfall der Stundung vollzogen werden.

Mit der Bestätigung des Nachlassvertrags fallen grundsätzlich alle Betreibungen mit Ausnahme derjenigen auf Pfandverwertung dahin (Art. 311 SchKG), das heisst letztere können – unter Vorbehalt der nachfolgenden weiteren Einschränkungen – erst, aber immerhin, dann fortgesetzt werden bzw. ab diesem Zeitpunkt steht es dem Pfandgläubiger frei, das Pfand zu einem ihm „gut scheinenden Zeitpunkt“ allenfalls auch privat zu verwerten (Art. 324 Abs. 1 SchKG).

Falls eine Stundung der Pfandverwertung für den Sanierungszweck nicht notwendig oder eine Pfandverwertung sogar im Interesse des Schuldners oder der Nachlassgläubiger ist, z.B. wenn dem Pfandvermögen eine Wertverminderung droht, ist u.E. der Nachlassrichter gehalten, einer Pfandver-

⁶⁷ KUKO-HUNKELER, Art. 297 SchKG, N 1.

⁶⁸ BGE 126 III 294 E. 1b.

⁶⁹ BGE 122 III 204 E. 4.

⁷⁰ BaK-VOLLMAR, Art. 297 SchKG, N 7.

wertung während der Nachlassstundung zuzustimmen, wobei er dazu allenfalls auch den Sachwalter anhören wird.⁷¹

bbb) Einschränkung #2: Stundung der Verwertung nach Bestätigung eines Nachlassvertrages

Unter den in Art. 306a SchKG festgelegten Voraussetzungen kann dem Grundpfandgläubiger bei allen Arten des Nachlassvertrages⁷² eine sog. *Pfandstundung* für maximal ein weiteres Jahr auferlegt werden. Der Wortlaut von Art. 324 Abs. 1 SchKG suggeriert (jedoch unter dem Titel „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung“) sodann, dass dasselbe auch in Bezug auf Faustpfandgläubiger möglich ist. Da jedoch Art. 324 Abs. 1 SchKG bloss einen entsprechenden Vorbehalt anbringt, jedoch weder die Voraussetzungen noch den Anwendungsbereich einer solchen Faustpfandstundung regelt, sind sowohl deren Zulässigkeit an sich als auch deren Einzelheiten umstritten.⁷³

⁷¹ Vgl. BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 323 SchKG, N 12a betreffend Immobilien, was u.E. gleichermassen auch für Fahrnis- und Forderungspfandrechte gelten muss, umso mehr als solche Pfandvermögen in der Regel noch weit grösseren Wertschwankungen ausgesetzt sein können. Siehe auch DÖRIG/WEBER (FN 13), 248, die unter gewissen Voraussetzungen die Zulässigkeit der Privatverwertung während der Nachlassstundung auch ohne solches Zustimmungserfordernis befürworten.

⁷² Vgl. jedoch FN 73.

⁷³ Für eine Übersicht über die divergierenden Lehrmeinungen, vgl. BK-ZOBL (FN 8), N 753 m.w.H. *Befürwortend*: KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 6; BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 9 ff.; JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMAN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Band III, Zürich 1997/2001, Art. 324, N 9 (jedoch ohne weitere Ausführungen); FRITZSCHE/WALDER (FN 8), § 77 N 31. *Ablehnend*: AMONN/WALTHER (FN 11), § 54 N 13 (jedoch ohne weitere Begründung); LUDWIG (FN 64), 106 (der von einem Versehen des Gesetzgebers ausgeht). In BGE 104 III 79 E. 4 wird sodann in genereller Weise festgehalten, dass „pfandgesicherte Forderungen [...] durch den Nachlassvertrag nicht erfasst“ werden, und die „Faustpfänder [...] nach Art. 316k SchKG ausserhalb des Nachlassverfahrens liquidiert werden“ können. Daraus wird z.T. gefolgert, dass dies auch eine Stundung ausschliesst. In BGE 81 III 57, 59 f. wird jedoch die Stundungsmöglichkeit *obiter dictum* bejaht. Bei der Grundpfandstundung ist aufgrund des Wortlautes von Art. 306a SchKG indessen umstritten, ob diese bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung überhaupt Anwendung finden kann (vgl. BaK-HARD-

Aufgrund des Wortlautes von Art. 324 Abs. 1 SchKG besteht unseres Erachtens zwar ein starkes Indiz für die *grundsätzliche Zulässigkeit* einer Faustpfandstundung – jeweils unter dem Vorbehalt der Annahme durch die Mehrheit der Nachlassgläubiger und der Bestätigung durch den Nachlassrichter. In Anbetracht der u.E. berechtigten Kritik an der Möglichkeit einer weiteren Stundung sollte, falls eine solche Stundungsmöglichkeit bejaht wird, der Massstab an die dafür notwendigen Voraussetzungen sehr hoch angesetzt werden und eine Faustpfandstundung nur in *besonders gelagerten Ausnahmefällen* bejaht werden. Bezüglich der Voraussetzungen und der maximal zulässigen Dauer wäre u.E. – mangels einer anderweitigen gesetzlichen Regelung und aufgrund der ähnlich gelagerten Interessen – *mutatis mutandis* auf die nachfolgend genauer darzulegenden Voraussetzungen der Grundpfandstundung in Art. 306a SchKG abzustellen⁷⁴.

Art. 306a verlangt eine *Interessenabwägung* zwischen dem Interesse des Pfandgläubigers an der Geltendmachung seiner Rechte und dem Interesse des Nachlassschuldners an einer solchen Stundung. Im Vergleich zum Grundpfand befindet sich aber ein Mobiliar-Faustpfand nicht mehr im Besitz des Nachlassschuldners, weshalb es bspw. auch schwer fallen dürfte zu argumentieren, dass der Nachlassschuldner den Faustpfandgegenstand zum Betriebe seines Gewerbes nötig hat und dessen Verwertung seine wirtschaftliche Existenz gefährden würde (vgl. Art. 306a Abs. 1 SchKG). Ein Eingriff in die Rechte eines Pfandgläubigers lässt sich u.E. daher bloss rechtfertigen bei Vorliegen von besonders schützenswerten, höheren Interessen auf Seiten des Nachlassschuldners⁷⁵.

MEIER, Art. 306a SchKG, N 3a m.w.H.). So oder so, liegt der Hauptanwendungsbereich da klarerweise beim ordentlichen Nachlassvertrag (vgl. AMONN/WALTHER (FN 11), § 55 N 13), wo eine nachhaltige Sanierung des Nachlassschuldners (und daher auch der Gebrauch des Grundstückes zum Betrieb des Gewerbes) und nicht die Liquidation seiner Vermögenswerte im Vordergrund steht. Entsprechend unklar ist, wieso für das Faustpfand die Möglichkeit nur für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorgesehen ist und nicht für den ordentlichen Nachlassvertrag, wofür eine gesetzliche Grundlage fehlt.

⁷⁴ Ebenso KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 6.

⁷⁵ Ähnlich KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 6; BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 9.

Analog zu Art. 306a sollte die maximale Dauer einer solchen Faustpfandstundung *maximal ein Jahr* betragen⁷⁶ – im Vergleich zur Grundpfandstundung sollte die Dauer unseres Erachtens sogar eher tiefer angesetzt werden, zumal Faustpfänder viel mehr als Grundpfänder Wertschwankungen unterliegen können.

Die Aufnahme einer solchen Klausel im Nachlassvertrag bedarf zudem eines *Entscheides der Gläubigerversammlung* mit den Mehrheiten gemäss Art. 305 SchKG sowie einer Bestätigung durch den Nachlassrichter. Da der Pfandgläubiger in Bezug auf seine mutmasslich gesicherte Forderung kein Stimmrecht hat, muss der Nachlassrichter die Interessen der Pfandgläubiger an einer Pfandverwertung konsequent berücksichtigen⁷⁷, zumal der Nachlassschuldner bereits in den Genuss einer Nachlassstundung kam bzw. der Pfandgläubiger bereits eine solche erdulden musste.

Eine private Verwertung trotz Bestehen einer Stundung wäre gegenüber den Nachlassgläubigern unwirksam, dies jedoch unter Vorbehalt des Gutgläubenserwerbes Dritter, denen der Inhalt des Nachlassvertrages ja in der Regel nicht bekannt ist. Gegen eine Pfandverwertung des Pfandgläubigers auf dem Wege der Betreibung auf Pfandverwertung, können sich die Liquidatoren direkt im entsprechenden Betreibungsverfahren zur Wehr setzen.⁷⁸

ccc) Einschränkung #3: Fristansetzung und Verwertung durch Liquidationsorgane beim Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung

Die Dritte und letzte Relativierung der Nachlassvertragsfestigkeit von Pfandrechten findet sich in Art. 324 Abs. 2 SchKG. Beim Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung besteht die Möglichkeit, dem Faustpfandgläubiger eine *Frist von mindestens sechs Monaten anzusetzen*, innert welcher er das Pfand verwerten muss, sofern dies das Interesse der Masse erfordert.

⁷⁶ Ebenso KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 6; *a.A.* BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 10, die eine Dauer zwischen einem und drei (!) Jahren noch als zulässig erachten.

⁷⁷ BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 9.

⁷⁸ Vgl. zum Ganzen KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 6; BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 11.

Der Hintergrund dieser Möglichkeit liegt darin, dass die Feststellung des definitiven Pfandausfalls (oder auch allfälliger über die Pfandforderung hinausgehenden an die Nachlassmasse herauszugebenden Mehrerlöse) für die Erstellung des endgültigen Kollokationsplanes benötigt wird. Ein untätiger Pfandgläubiger soll das Liquidationsverfahren *nicht grundlos verzögern* können.⁷⁹ Vor diesem Hintergrund sollte das vom Gesetz geforderte „Interesse der Masse“ erst dann bejaht werden, sobald entweder a) der Abschluss des Verfahrens in naher Zukunft wahrscheinlich ist, oder b) immer dann, wenn ein konkretes Risiko besteht, dass der Pfandgegenstand kurzfristig an Wert verlieren könnte.⁸⁰

Nach Ablauf der Frist kann eine Verwertung des Faustpfandes durch die Liquidationsorgane erfolgen. Ähnlich wie im Konkurs (vgl. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 4 SchKG) resultieren daraus eine Ablieferungs- bzw. eine Herausgabepflicht betreffend den Pfandgegenstand. Jedoch steht sowohl die allfällige Straffolge als auch der Verlust des Vorzugsrechts bei Ungehorsam unter dem Vorbehalt, dass diese Rechtsfolgen in der Aufforderung angedroht wurden. Der Verlust des Vorzugsrechts ist ohnehin als *ultima ratio* zu verstehen. Deshalb sollte auch eine Wiederherstellung der Frist nach Art. 33 Abs. 4 SchKG möglich sein, wenn der Pfandgläubiger darlegen kann, dass er alles zumutbare unternommen hat, um das Pfand rechtzeitig zu verwerten dies jedoch aufgrund äusserer Umstände nicht möglich war.⁸¹

Die Frist beginnt mit der Zustellung der Aufforderung und ist gewahrt, sobald privat verwertet oder die Betreuung auf Pfandverwertung eingeleitet wurde. Letztere Erleichterung ist dadurch gerechtfertigt, dass der Pfandgläubiger keine Kontrolle über allfällige Verzögerungen durch das Betreibungsamt im Laufe dieses Verfahrens hat.⁸² Umgekehrt muss jedoch beispielsweise

⁷⁹ BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 15 m.w.H.; LUDWIG (FN 64), 109.

⁸⁰ KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 9. Teilweise wird zusätzlich stipuliert, dass der Pfandgläubiger mindestens ein Jahr Zeit haben soll ab dem Zeitpunkt, wo seine Eigenschaft als Pfandgläubiger definitiv anerkannt wurde, vgl. BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 17.

⁸¹ Vgl. auch die Ausführungen und Beispiele in BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 23.

⁸² BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 20.

se das Verwertungsbegehren sofort gestellt werden.⁸³ Eine Fristerstreckung ist möglich, sofern der Pfandgläubiger eine solche vor Ablauf der Frist verlangt und begründen kann.

bb) (Teilweise) Dispositionsunfähigkeit

aaa) Phase Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung

Mit *Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung* tritt eine *teilweise Dispositionsunfähigkeit* ein (Art. 293c Abs. 1 i.V.m. Art. 298 SchKG), insbesondere braucht es für die Bestellung von Pfänder eine Ermächtigung des Nachlassgerichts oder des Gläubigerausschusses.⁸⁴

Obwohl analog zum Konkurs neuerdings betreffend aller Wirkungen der Nachlassstundung von einer Sofortwirkung des Bewilligungsentscheides ausgegangen wird, sind jedoch in Bezug auf die (teilweise) Dispositionsunfähigkeit die Rechte gutgläubiger Dritter explizit vorbehalten (Art. 298 Abs. 3 SchKG).⁸⁵ Der gute Glaube entfällt spätestens mit der öffentlichen Bekanntmachung der Nachlassstundung.⁸⁶ Dieser Vorbehalt ist insofern von besonderer Bedeutung, als dass nach dem neuen Sanierungsrecht die Bewilligung einer provisorischen Nachlassstundung nicht mehr in jedem Fall zwingend öffentlich bekannt zu machen ist (Art. 293c Abs. 2 SchKG).⁸⁷

⁸³ KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 10.

⁸⁴ AMONN/WALTHER (FN 11), § 54 N 40 ff.

⁸⁵ Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, 6455 ff., 6487. Vor dem Hintergrund der klaren Äusserungen in der Botschaft zum Sanierungsrecht erübrigen sich auch Hinweise auf ältere Literaturmeinungen, wo die Frage des Gutgläubensschutzes zwischen Entscheid und Publikation noch umstritten war. Nach wie vor unklar (obwohl das neue Sanierungsrecht mitberücksichtigend) AMONN/WALTHER (FN 11), § 54 N 42, wo davon gesprochen wird, dass in Missachtung der Verfügungsbeschränkung veräusserte Objekte „bedingungslos“ wieder beigebracht werden können.

⁸⁶ KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 319 SchKG, N 2.

⁸⁷ AMONN/WALTHER (FN 11), § 54 N 12.

In der Lehre ist umstritten, ob eine Nichtbeachtung der teilweisen Dispositionsunfähigkeit nach Art. 298 SchKG analog zum Konkurs (vgl. Art. 204 SchKG) bloss zu einer *relativen Nichtigkeit* führen soll, oder aber zu einer *absoluten* (worauf sich insbesondere auch der Nachlassschuldner selber berufen könnte).⁸⁸

bbb) Phase ab Bestätigung des Nachlassvertrages

Beim *ordentlichen Nachlassvertrag* lebt die Verfügungsmacht des Nachlassschuldners mit der Bestätigung des Nachlassvertrages wieder *voll auf*.

Hingegen erlischt nach der rechtskräftigen Bestätigung des *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* das Verfügungsrecht des Schuldners *gänzlich* (Art. 319 Abs. 1 SchKG). In Bezug auf diese gesetzliche Regelung gibt es einige Unklarheiten: Erstens stellt Art. 319 Abs. 1 SchKG, der den Beginn der speziellen Wirkungen beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung regelt, auf einen anderen Zeitpunkt ab („rechtskräftige Bestätigung“) als die neue Fassung von Art. 308 Abs. 1 SchKG („Vollstreckbarkeit“), der sowohl den Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung des Bestätigungsentscheides als auch des Dahinfallens der Wirkungen der Nachlassstundung regelt. Da der Zeitpunkt des Dahinfallens der Wirkungen der Nachlassstundung mit dem Beginn der Wirkungen der Bestätigung des Nachlassvertrages zusammenfallen sollte, sollte unseres Erachtens bei beiden Bestimmungen auf die „Vollstreckbarkeit“ des Bestätigungsentscheides abgestellt werden (da dies vermutlich der neueren Intention des Gesetzgebers entspricht).⁸⁹ Zweitens fehlt eine gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen der in Art. 319 SchKG stipulierten (gänzlichen) Dispositionsunfähigkeit. Das führt einerseits zu Unklarheiten betreffend die Frage, ob Art. 204 OR analog angewendet werden soll (*relative Nichtigkeit*), und andererseits betreffend die Frage des Gut-

⁸⁸ Vgl. die Übersicht über die Lehrmeinungen in BK-ZOBL (FN 8), N 760 m.w.H., der sich den neueren Lehrmeinungen anschliesst, dass im Widerspruch stehende Rechtshandlungen bloss gegenüber den Nachlassgläubigern wirkungslos seien.

⁸⁹ Ebenso KuKo-HUNKELER, Art. 308 SchKG, N 3.

glaubensschutzes.⁹⁰ Letztere Frage ist für die Bestellung von Pfandrechten jedoch von geringerer Relevanz, da diese bereits von der (teilweisen) Dispositionsunfähigkeit anlässlich der Nachlassstundung betroffen sind. Mit der Publikation der (definitiven oder provisorischen) Nachlassstundung ist eine Berufung auf den Gutglaubensschutz in diesem Zusammenhang daher ohnehin ausgeschlossen. Wenn, wie vorangehend dargelegt, der Zeitpunkt des Dahinfallens der Wirkungen der Nachlassstundung mit dem Zeitpunkt des Beginns der Wirkungen der Bestätigung des Nachlassvertrages harmonisiert sein sollte, stellt sich diese Frage daher in diesem Zusammenhang gar nicht erst.

ccc) Explizite Regeln betreffend zukünftige Forderungen

Im Gegensatz zum Konkurs ist das Schicksal von *abgetretenen*, zukünftigen Forderungen in der *Nachlassstundung* (neuerdings) explizit geregelt (Art. 297 Abs. 4 SchKG, vgl. auch Art. 293c Abs. 2 lit. c SchKG).⁹¹ Materiell entspricht die Regelung jedoch der Rechtslage beim Konkurs mit dem folgenden Unterschied: Da mit der richterlichen Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages die Wirkungen der Stundung dahinfallen (Art. 308 Abs. 2 SchKG) und diesfalls die Verfügungsfähigkeit des Nachlassschuldners wieder voll auflebt, entfaltet die Abtretung vorbehaltlich einer Regelung im Nachlassvertrag ab diesem Zeitpunkt wieder Wirkung. Dasselbe gilt, wenn – vielleicht dank der Stundung – eine Sanierung gelingt, ohne dass es eines Nachlassvertrages bedarf. Wenn es jedoch zu einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kommt oder wenn auf die Nachlassstundung eine Konkurseröffnung folgt, bleibt die Abtretung hingegen weiterhin unwirksam.⁹² Analoge Überlegungen müssen vermutlich auch für die *Verpfändung zukünftiger Forderungen* gelten, da Forderungen grundsätzlich nur verpfänd-

⁹⁰ Vgl. die Übersicht über die Lehrmeinungen in BK-ZOBL (FN 8), N 763 m.w.H., der sich der Meinung anschliesst, dass Art. 204 Abs. 1 SchKG analog anzuwenden sei und einen Gutglaubensschutz wohl eher verneint.

⁹¹ Zur Beurteilung unter dem früheren Recht, vgl. WÜTHRICH KARL, *Globalzession und Insolvenz*, in: EMMENEGGER (Hrsg.), *Kreditsicherheiten*, Basel 2008, S. 218 f.

⁹² Zum Ganzen und noch weiter differenzierend, KuKo-HUNKELER, Art. 297 SchKG, N 27 ff.

bar sind, wenn sie auch übertragbar/abtretbar sind. Dies obwohl eine solche Schlussfolgerung eigentlich nicht vom Wortlaut von Art. 297 Abs. 4 SchKG miterfasst ist, aber sich allenfalls aus Art. 298 Abs. 2 SchKG ergibt.

cc) Zinsenlauf von pfandgesicherten Forderungen im Nachlassverfahren

Der Zinsenlauf von pfandgesicherten Forderungen ist ähnlich geregelt wie im Konkurs (vgl. auch Art. 297 Abs. 7 SchKG). Mit anderen Worten endet der Zinsenlauf von pfandgesicherten Forderungen erst bei der Verwertung, jedoch nur sofern und soweit der Pfanderlös resultierend aus der Verwertung des relevanten Pfandvermögens nach Abzug der Verwertungskosten erlaubt, *alle* an diesem Pfandvermögen berechtigten erst- und nachrangigen Pfandgläubiger hinsichtlich ihrer Kapitalforderungen und der bis zum Beginn der Nachlassstundung aufgelaufenen Zinsen zu befriedigen (analog Art. 209 Abs. 2 SchKG).⁹³

dd) Fälligkeit

Die Bewilligung der Nachlassstundung hat keine Auswirkungen auf die Fälligkeit der Forderungen.⁹⁴ Lediglich die Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung bewirkt analog zu Art. 208 SchKG die Fälligkeit der Forderungen der Nachlassmasse.⁹⁵

⁹³ KuKo-HUNKELER, Art. 297 SchKG, N 51; KuKo-HUNKELER, Art. 310 SchKG, N 16; sowie KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 327 SchKG, N 6; BaK-VOLLMAR, Art. 297 SchKG, N 12.

⁹⁴ AMONN/WALTHER (FN 11), § 54 N 35.

⁹⁵ AMONN/WALTHER (FN 11), § 54 N 35; KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 319 SchKG, N 8 m.w.H.

b) *Pflichten, Rechte und Privilegien der Pfandgläubiger im Nachlassverfahren*

aa) *Anmeldepflicht*

Ungeachtet des Absonderungsrechts werden bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung Pfandforderungen zur Feststellung von Bestand und Rang ins Kollokationsverfahren einbezogen (Art. 321 SchKG) und müssen daher durch die Pfandgläubiger angemeldet werden. Das Pfandrecht kann daher im Kollokationsverfahren bestritten werden, womit auch das Absonderungsrecht dahinfiel.⁹⁶ Dies schliesst jedoch nicht aus, dass der Pfandgläubiger bereits vor dem Abschluss des Kollokationsprozesses zur Realisierung seines Pfandrechts schreitet – diesfalls müssten sich die Liquidatoren im entsprechenden Betreibungsverfahren zur Wehr setzen. Falls dies nicht gemacht wird bzw. falls ihre Einwände im entsprechenden Verfahren endgültig abgewiesen wurden (z.B. endgültige Abweisung des Rechtsvorschlages), so können die Liquidatoren anlässlich der späteren Auflegung des Kollokationsplanes nicht mehr auf diesen Entscheid zurückkommen.⁹⁷

Ein Unterlassen der Anmeldung hat für einen Pfandgläubiger jedoch weniger Auswirkungen als beim Konkurs, da er ja ohnehin i.d.R. über keine oder bloss geringe Stimmrechte verfügen wird, die ihm entzogen werden könnten (vgl. Art. 300 Abs. 1 SchKG), und er auch nicht zwingend auf seine Berücksichtigung im Rahmen der Verteilung angewiesen ist (ausser natürlich, sein Pfandrecht und somit sein Absonderungsrecht sei bestritten worden). Für verspätete Eingaben kann er jedoch nach Art. 251 Abs. 2 SchKG vorschuss- und schadenersatzpflichtig werden.

bb) *Pfandschätzung*

Der Sachwalter nimmt sofort nach seiner Ernennung eine Pfandschätzung vor und stellt diese mittels schriftlicher Mitteilung, d.h. eingeschriebenem

⁹⁶ BGE 77 III 132 E. 2.

⁹⁷ BGE 84 III 105 E. 1d bis 1f; BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 321 SchKG, N 5; kritisch zu dieser Rechtsfolge, wenn es versäumt wurde, Rechtsvorschlag zu erheben, LUDWIG (FN 64), 87 f.

Brief, den Grund- und Fahrnisgläubigern und dem Schuldner zu (Art. 299 Abs. 1 und 2 SchKG); die anderen Gläubiger erhalten spätestens vor der ersten Gläubigerversammlung ein Einsichtsrecht im Rahmen der Aktenauf-
lage (Art. 301 Abs. 1 SchKG). Innert 10 Tagen kann jeder Beteiligte (d.h. auch die anderen Gläubiger) unter Leistung eines Kostenvorschusses eine neue Pfandschätzung verlangen. Ein Anspruch auf Ersatz der diesbezüglichen Kosten besteht jedoch nur, wenn die frühere Schätzung wesentlich abgeändert wurde (Art. 299 Abs. 3 SchKG).

Bei der Pfandschätzung findet das Vorsichtsprinzip Anwendung, was i.d.R. bedeutet, dass die Schätzung zum Liquidationswert erfolgen dürfte.⁹⁸ In der Lehre ist umstritten, ob hierbei vom Brutto- oder Nettoerlös auszugehen ist.⁹⁹

Die Pfandschätzung hat jedoch ohnehin eine rein verfahrensrechtliche Bedeutung und keine materiellrechtlichen Auswirkungen. Daher besteht in Bezug auf die Pfandschätzung auch keine Weiterzugsmöglichkeit.¹⁰⁰

cc) Teilnahme in Höhe des mutmasslichen Pfandausfalles

Von Bedeutung ist die Pfandschätzung jedoch für die Teilnahmerechte des Pfandgläubigers. Gemäss Art. 305 Abs. 2 SchKG nimmt ein Pfandgläubiger im Nachlassverfahren nämlich nur in der Höhe des mutmasslichen Pfandausfalles teil. Ein Pfandgläubiger, dessen Forderung mutmasslich vollständig durch den Pfanderlös gedeckt ist, ist somit vom Nachlassvertragsverfahren ausgeschlossen und hat diesbezüglich keine Stimmrechte, da seine Forderung in diesem Umfange ja ebenfalls nicht dem Nachlassvertrag unterworfen sein wird (Art. 310 Abs. 1 SchKG). Dessen ungeachtet kann er natürlich stets die volle Pfandforderung in einem separaten Pfandverwertungsverfahren eingeben.

⁹⁸ So BaK-VOLLMAR, Art. 299 SchKG, N 10; weiter differenzierend FRITZSCHE/WALDER (FN 8), § 73 N 4; BaK-VOLLMAR, Art. 305 SchKG, N 29.

⁹⁹ Für Bruttoerlös: BaK-VOLLMAR, Art. 299 SchKG, N 10; für Nettoerlös (d.h. abzüglich mutmassliche Verwertungskosten und anfallende Steuern): KuKo-HUNKELER, Art. 305 SchKG, N 18.

¹⁰⁰ BaK-VOLLMAR, Art. 299 SchKG, N 15; JAEGER/WALDER/KULL/KOTTMAN (FN 73), Art. 299, N 17.

Bei drittpfandgesicherten Forderungen ist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Art. 61 KOV sowohl auf die Kollokation als auch auf die Verteilung anwendbar.¹⁰¹ Entsprechend nehmen diesfalls Pfandgläubiger am Nachlassverfahren mit ihren Forderungen ohne Rücksicht auf das Drittpfandrecht im vollen Betrag als ungesicherter Gläubiger teil.¹⁰²

Bezüglich des mutmasslichen Pfandausfalls wird der Pfandgläubiger wie die übrigen Nachlassgläubiger behandelt.¹⁰³ Die Beträge werden aber alsdann aufgrund des effektiven Pfandausfalls entsprechend korrigiert.¹⁰⁴

dd) Sorgfalts- und Abrechnungspflichten der Pfandgläubiger

Obwohl das Schicksal von den durch die Pfandsicherheit gedeckten Forderungen von den Wirkungen eines Nachlassvertrages weitgehend unberührt bleibt, hat der Pfandgläubiger gegenüber der Nachlassmasse im Falle eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung gewisse Sorgfalts- und Abrechnungspflichten zu beachten.

So unterliegt er, sofern ihm das Recht zur privaten Verwertung eingeräumt wurde, einer Sorgfaltspflicht, die Verwertung bestmöglich unter Berücksichtigung des Marktwertes vorzunehmen.¹⁰⁵

¹⁰¹ BGE 87 III 117 E. 1.

¹⁰² BK-ZOBL (FN 8), N 755 m.w.H.; differenzierend jedoch FRITZSCHE/WALDER (FN 8), § 73 FN 36 m.w.H.

¹⁰³ BK-ZOBL (FN 8), N 752.

¹⁰⁴ Vgl. BK-ZOBL (FN 8), N 756 f. m.w.H. sowie LUDWIG (FN 64), 115 ff. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung stellt Art. 327 SchKG hierzu detaillierte Regeln auf: Verwertet ein Pfandgläubiger bis zur Auflage der vorläufigen Verteilungsliste und ergibt sich ein Pfandausfall nimmt er am Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nur mit dem Pfandausfall teil. Falls noch nicht verwertet in diesem Zeitpunkt: Teilnahme mit der mutmasslichen Ausfallforderung aufgrund der Schätzung. An der Schlussverteilung kann man jedoch stets nur mit der effektiven Pfandausfallforderung teilnehmen. Deshalb erlaubt Art. 324 Abs. 2 SchKG dem Faustpfandgläubiger eine Frist zur Verwertung anzusetzen.

¹⁰⁵ KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 8 sowie BGE 119 II 344 E. 2b; BGE 118 II 112 (= Pra 81 [1992], Nr. 201). Der in diesem Bundesgerichtsentscheid zu beurteilende Sachverhalt war jedoch aussergewöhnlich: Ein Kunstgegenstand wurde durch eine Galerie im Auftrag einer Bank (Pfandgläubigerin) zu

Den Pfandgläubiger trifft sodann auch eine Abrechnungspflicht gegenüber der Nachlassmasse. Dies deshalb, weil ein allfälliger Mehrbetrag, nach Abzug der pfandgesicherten Forderung, der bis zur Verwertung aufgelaufenen Zinsen und der Verwertungskosten, den Liquidatoren übergeben werden muss (Art. 327 Abs. 3 SchKG). Dasselbe gilt, falls ein Pfandgläubiger für seinen mutmasslichen Pfandausfall bereits eine Abschlagszahlung erhielt und sich rückwirkend herausstellt, dass die definitive Pfandausfallforderung wesentlich kleiner war als die mutmassliche und somit in der Kombination von Abschlagszahlung und Pfanderlös eine Überdeckung resultiert.¹⁰⁶ Eine entsprechende Abrechnung und/oder Herausgabe muss durch die Liquidatoren im Falle einer Verweigerung mittels Betreibung oder über ein Zivilverfahren durchgesetzt werden.¹⁰⁷

ee) Rechtsbehelfe und -mittel der Pfandgläubiger im Nachlassverfahren

Dem Pfandgläubiger stehen im Nachlassverfahren die üblichen Rechtsbehelfe und Rechtsmittel zu. So können beispielsweise die entsprechenden Feststellungen betreffend mutmasslichem und definitivem Pfandausfall in der definitiven oder provisorischen Verteilungsliste (Art. 326 SchKG) bei der Aufsichtsbehörde mittels Beschwerde angefochten werden (Art. 17 SchKG). Eine Fristansetzung zur Verwertung nach Art. 324 Abs. 2 SchKG stellt sodann eine Anordnung der Liquidatoren i.S.v. Art. 320 Abs. 2 SchKG dar, gegen die zunächst beim Gläubigerausschuss Einsprache erhoben werden muss. Gegen die diesbezügliche Verfügung des Gläubigerausschusses stünde sodann wiederum die Aufsichtsbeschwerde offen.

Aufgrund des Umstandes, dass die Sicherheiten von Pfandgläubigern grundsätzlich nachlassvertragsfest sind und abgesondert bleiben, ist es jedoch insbesondere beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung häufig nicht der Pfandgläubiger, der ein Rechtsmittel ergreifen muss, sondern der Sachwalter

CHF 8'000.- verkauft, obwohl das Bild mit CHF 90'000.- versichert war, da es einem bestimmten Künstler zugeordnet wurde (was die Galerie nicht erkannte, da sie darüber von der Bank nie orientiert wurde).

¹⁰⁶ BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 327 SchKG, N 15; KuKo-ROTHEN-BÜHLER/WÜTHRICH, Art. 327 SchKG, N 6 f.

¹⁰⁷ BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 327 SchKG, N 16.

bzw. die Liquidatoren. Die von den letzteren zu verwendenden Rechtsmittel sind sowohl von der Art der Spezialexécution als auch dem Zeitpunkt, in welchem diese erfolgt, abhängig – dies ergibt sich aus der Parallelität von der Durchführung eines allfälligen Liquidationsverfahrens und dem Recht des Pfandgläubigers, das Pfand grundsätzlich jederzeit und unabhängig davon zu verwerten:

- So wird über den Bestand des Pfandrechts zwar *grundsätzlich im Kollokationsverfahren* entschieden;
- verwertet der Pfandgläubiger den Pfandgegenstand jedoch bereits vor Auflage des Kollokationsplanes durch *Betreibung auf Pfandverwertung*, so ist der Bestand des Pfandrechts – sofern von den Liquidatoren mittels Rechtsvorschlag bestritten – in einem *Anerkennungs- resp. Aberkennungsverfahren* festzustellen;
- erhebt der Liquidator gegen *Betreibung auf Pfandverwertung* hingegen *keinen Rechtsvorschlag*, so kann die abgesonderte und vorzeitige Verwertung des Pfandes auch durch die Nachlassgläubiger nicht verhindert werden;
- hat ein Pfandgläubiger den Pfandgegenstand bereits vorzeitig *privat verwertet* und wird das Pfandrecht von den Liquidatoren anschliessend im Kollokationsverfahren rechtskräftig abgewiesen, so ist der Pfandgläubiger verpflichtet, den erzielten Erlös an die Nachlassmasse herauszugeben, was mittels *Betreibung* oder *Zivilklage* durchzusetzen wäre.¹⁰⁸

3. Spezialkonstellationen

a) Überblick über die Spezialkonstellationen

Eine Besonderheit betreffend die Behandlung von Pfandrechten im Konkurs oder Nachlassverfahren ist gerade, dass es relativ viele Spezialkonstellationen und Besonderheiten geben kann. Nachstehend folgt eine Aufzählung

¹⁰⁸ Vgl. zum Ganzen BGE 84 III 105 E. 1f; BaK-BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 5; KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 5; BK-ZOBL (FN 8), N 758 m.w.H.

solcher Spezialkonstellationen, wobei lediglich auf die ersten zwei nachfolgend etwas eingegangen wird:

- *Drittpfandrechte*: s. nachfolgend;
- *verpfändete Bucheffekten*: s. nachfolgend;
- *Grundpfandrechte*: sowohl das SchKG wie auch die VZG enthalten zahlreiche Spezialregeln betreffend die Grundpfandverwertung in der Insolvenz,¹⁰⁹
- *verpfändete Eigentümerschuldbriefe*: der Faustpfandgläubiger ist für seine Forderung als faustpfandgesichert zu kollozieren, wird jedoch grundsätzlich behandelt, wie wenn er schon Inhaber des Grundpfandrechts wäre, da der Schuldbrief nicht mehr separat versteigert werden kann; wobei er aber stets nicht mehr als seine Forderung erhalten darf;¹¹⁰
- *verpfändete Lebensversicherungsansprüche*: das VVG und die VPAV enthalten diverse Spezialregeln bei Drittbegünstigung und zum Schutze von Ehegatten, eingetragenen Partnern und Nachkommen;
- *Bankenkonzurs*: das Recht zur Privatverwertung wie auch die Dispositionsfähigkeit des Schuldners ist hier aus Systemschutzgründen unter gewissen Voraussetzungen konkursfest;
- *verpfändete Pflichtlager, Zollpfandrechte und Steuerpfandrechte*: hier werden fiskalisch motivierte Sonderverwertungsrechte des Bundes bzw. der Zollverwaltung vorgesehen, die anderen dinglichen Rechten vorgehen;

¹⁰⁹ Vgl. hierzu, unter vielen, BRAND EDUARD, Die Betreibungsrechtliche Zwangsverwertung von Grundstücken im Pfandverwertungsverfahren – Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 2008.

¹¹⁰ Vgl. hierzu Art. 76 KOV, Art. 126 VZG sowie BK-ZOBL, Art. 901 ZGB, N 155 ff. m.w.H.; BGE 132 III 437 E. 4 und 5 (zur Stellung im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung); sowie BGE 107 III 128 E. 2 bis E. 6 (zur schwierigen Frage, wie mit einem Eigentümerschuldbrief, der zur Sicherung einer Forderung eines Dritten bestellt wurde, im Konkurse des Eigentümers umgegangen werden muss).

- *verpfändete Lohnforderungen*: diese fallen als konkursfreie Aktiven gar nicht erst in die Konkursmasse.

b) *Drittpfandrechte*

aa) *Im Konkurs des Schuldners*

Ein Drittpfand wird im Konkurs des Forderungsschuldners *nicht von der Admassierung* erfasst, da es nicht in seinem Eigentum steht. Somit ist gemäss Art. 61 Abs. 1 KOV eine entsprechende Forderung ohne Rücksicht auf das Pfand, aber unter Erwähnung desselben, in ihrem vollen (anerkannten) Betrag im Kollokationsplan unter die ungesicherten Forderungen aufzunehmen.¹¹¹

Eine weitere Konsequenz daraus ist, dass Drittpfandrechte *nicht vom Verbot der Spezialexécution erfasst* sind: gegen den Dritten und den Schuldner persönlich (nicht gegen die Konkursmasse) kann ungeachtet des Konkurses des Schuldners Betreibung auf Pfandverwertung angehoben oder fortgesetzt werden (Art. 206 Abs. 1 SchKG).¹¹²

Die drittpfandgesicherte Forderung wird zudem gegenüber dem Dritten *nicht fällig*, der für eine Schuld des (konkursiten) Schuldners ein Pfand bestellt hat.¹¹³

Findet die Pfandverwertung vor erfolgter Ausrichtung der Konkursdividende an den Pfandgläubiger statt, so ist der Pfandeigentümer an dessen Stelle zum Bezug berechtigt, sofern eine Subrogation nach dem materiellen Recht erfolgte.¹¹⁴

¹¹¹ KuKo-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 197 SchKG, N 16; BK-ZOBL (FN 8), N 737 m.w.H.

¹¹² BGE 124 III 215. E. 1a; BGE 121 III 28 E. 2; BK-ZOBL (FN 8), N 737 m.w.H.

¹¹³ KuKo-PIRKL, Art. 208 SchKG, N 4.

¹¹⁴ BaK-HANDSCHIN/HUNKELER, Art. 198 SchKG, N 10.

Die obstehenden Regelungen greifen auch dann, wenn dem Schuldner am Pfandgegenstand bloss Miteigentum oder Gesamteigentum zusteht.¹¹⁵

bb) Im Konkurs des Drittpfandgebers (Gemeinschuldner bloss Verpfänder, persönlicher Schuldner ist ein Dritter)

Im Konkurs des Drittpfandgebers, der eben nicht Schuldner der Forderung ist, kann aufgrund des materiellen Rechts die gesamte Pfandforderung angemeldet werden, jedoch mit dem Vermerk, dass ein Dritter persönlicher Schuldner ist (Art. 60 Abs. 3 KOV). Ein allfälliger Pfandausfall wird nicht als ungesicherte Forderung kolloziert und es wird auch kein Verlustschein ausgestellt, da keine persönliche Haftung des Konkursiten besteht.¹¹⁶ Ein allfälliger Regressanspruch gegenüber dem Forderungsschuldner steht der Konkursmasse zu.

cc) Im Nachlassverfahren

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung findet die soeben für den Konkurs geschilderte Regelung, und insbesondere Art. 61 KOV, auch im Nachlassverfahren Anwendung.¹¹⁷ Ein Pfandgläubiger, der über eine drittpfandgesicherte Forderung verfügt, ist somit im Nachlassverfahren des Forderungsschuldners vollumfänglich stimmberechtigt.

c) Bucheffekten

Im Bucheffektengesetz findet sich eine *gewichtige Ausnahme zum Verbot der Spezialexécution*. Gemäss Art. 31 Abs. 2 und 32 BEG ist das Recht zur Privatverwertung (inklusive Selbsteintritt) von vertraglich vereinbarten Sicherheiten an Bucheffekten grundsätzlich von Gesetzes wegen wegen arrest-, pfän-

¹¹⁵ Vgl. BGE 93 III 55 E. 1; AMONN/WALTHER (FN 11), § 41 N 30; BK-ZOBL (FN 8), N 741; sowie Art. 89 Abs. 3 VZG für Liegenschaften.

¹¹⁶ BGE 113 III 128 E. 3a; BK-ZOBL (FN 8), N 742; BaK-HANDSCHIN/HUNKELER, Art. 198 SchKG, N 11; FRITZSCHE/WALDER (FN 8), § 41 N 14.

¹¹⁷ BGE 87 III 117 E. 1.

dungs-, konkurs- und sanierungsfest und bleibt auch bei Anordnung von Sanierungs- oder Schutzmassnahmen jeglicher Art bestehen.¹¹⁸

Der Grund erhellt sich aus dem einleitend zu diesem Beitrag zitierten Zitat aus der Botschaft zum Bucheffektengesetz: Der Wert von Bucheffekten kann einerseits relativ rasch schwanken und andererseits ist der Wert der Bucheffekten in der Regel einfach bestimmbar. Hinzu kommen Überlegungen zum Systemschutz, die eine einfache und schnelle Verwertung erforderlich machen. Daher wäre ein langwieriges Zwangsvollstreckungsverfahren gemäss SchKG, welches gemäss der Botschaft keine genügend rasche Verwertbarkeit gewährleistet, ein erhebliches Risiko.¹¹⁹ Zudem wollte man das Schweizer Recht in Einklang mit der EU-Finanzsicherheitenrichtlinie bringen.¹²⁰

4. Pfandrechte in der Insolvenz bei internationalen Verhältnissen

a) Internationale Verhältnisse im schweizerischen Konkurs

Dem Schweizerischen Insolvenzrecht liegt das Prinzip der *aktiven Universalität* zu Grunde: so fällt sämtliches pfändbare Vermögen in die Konkursmasse, unabhängig davon, wo es sich befindet (Art. 197 Abs. 1 SchKG). Dieses Prinzip wird jedoch häufig faktisch relativiert durch die beschränkte Durchsetzungskraft, da viele ausländische Rechtsordnungen – gleich wie das Schweizer Recht – dem Universalitätsanspruch eines ausländischen Konkursverfahrens das Prinzip der *passiven Territorialität* entgegenhalten.¹²¹ Ob die extraterritoriale Absicht des Schweizer Gesetzgebers somit verwirklicht werden kann, hängt davon ab, ob ausländische Staaten, in denen Teile der Konkursmasse liegen, den schweizerischen Konkurs honorieren und anerkennen.¹²² Illustrativ hierzu ist die folgende Formulierung in Art. 27 Abs. 1 KOV: „Die im Ausland liegenden Vermögenstücke sind ohne Rücksicht auf

¹¹⁸ BGE 136 III 437 E. 3.6.

¹¹⁹ Vgl. Botschaft zum Bucheffektengesetz (FN 1).

¹²⁰ Vgl. Botschaft zum Bucheffektengesetz (FN 1), BBl 2006, 9337, 9380 und 9382.

¹²¹ Für die Schweiz, vgl. Art. 166 ff. IPRG; KuKo-KREN KOSTKIEWICZ, Art. 197 SchKG, N 23; SIEHR KURT, Grundfragen des internationalen Konkursrechts, SJZ 95 (1999), S. 85 ff., S. 94.

¹²² Vgl. zum Ganzen BaK-HANDSCHIN/HUNKELER, Art. 197 SchKG, N 98 ff.

die Möglichkeit ihrer Einbeziehung in die inländische Konkursmasse ins Inventar einzustellen.“

Konkret in Bezug auf den Umgang mit im Ausland gelegenen Pfandgegenständen in einem schweizerischen Konkurs ist fraglich, wie die Herausgabeverpflichtung (Admassierungsprinzip) durchgesetzt werden kann. Die Verwirklichungsfolge bei nicht rechtzeitiger Ablieferung möchte zwar nach der Schweizer Gesetzgebung auch auf ausländische Pfandgläubiger Anwendung finden, doch entscheidet das einschlägige ausländische Recht, ob es eine solche Wirkung anerkennt. Noch problematischer, bzw. eigentlich im Regelfall nicht durchsetzbar, ist die ebenfalls damit verbundene Strafandrohung.¹²³

Vor diesem Hintergrund stellt Art. 62 KOV folgendes, *alternatives Druckmittel* zur Verfügung: „Wenn die Pfandobjekte zwar dem Gemeinschuldner gehören, aber im Ausland liegen und nach dem massgebenden Rechte nicht zur inländischen Konkursmasse gezogen werden können, so wird die auf die Forderung entfallende Dividende so lange zurückbehalten, als das Pfand nicht im Ausland liquidiert worden ist, und nur soweit ausgerichtet, als der Pfandausfall reicht. Die auszurichtende Dividende berechnet sich nach dem Pfandausfall.“¹²⁴

Das Bundesgericht hatte diesbezüglich in einem älteren Entscheid klargestellt, dass die Konkursverwaltung auf Grundlage dieser Norm nicht einfach generell Dividenden und Abschlagszahlungen zurückbehalten soll, sondern nur soweit ein Risiko besteht, dass ein ausländischer Pfandgläubiger besser gestellt werden könnte. Hat er sein Pfand im Ausland zwar noch nicht verwertet, doch kann mit Sicherheit bereits geschlossen werden, dass er einen Pfandausfall erleiden wird, kann er auf dem (minimal) ungesicherten Teil seiner Forderung, bereits Dividenden erhalten.¹²⁵ Somit ist die Situation eigentlich ähnlich wie bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

¹²³ Vgl. zum Ganzen, STAEHELIN DANIEL, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, 259 ff., 281; KuKo-ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 16 f.; BaK-BAUER/HARI/JEAN-NERET/WÜTHRICH, Art. 324 SchKG, N 27 (zwar zum Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, die entsprechenden Überlegungen gelten jedoch allgemein bei internationalen Verhältnissen in Insolvenzverfahren).

¹²⁴ Vgl. hierzu auch STAEHELIN (FN 123), 278 f.

¹²⁵ Vgl. BGE 42 III 467, 472 ff.

(vgl. die entsprechende Regelung in Art. 327 SchKG), wobei im Gegensatz dazu noch verstärkter vermieden werden sollte, dass eine Überdeckung entsteht, zumal die Herausgabe- bzw. Rückgabeforderung gegen den ausländischen Pfandgläubiger wohl nur mit Schwierigkeiten und grossem Aufwand durchgesetzt werden könnte.

b) *Internationale Verhältnisse im schweizerischen Nachlassverfahren*

Gläubiger geben dem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung häufig den Vorzug, weil er es ermöglicht, im Ausland gelegene Aktiven zu behändigen. Die vertragliche Natur des Nachlassvertrages setzt die Mitwirkung des Schuldners bei der Wiedererlangung des Vermögens voraus. Ist dieses nicht blockiert oder unter Arrest gelegt, kann es unter Umständen vertraglich verwertet oder sogar, falls es sich um Fahrnis oder Wertpapiere handelt, zur Verwertung tatsächlich in die Schweiz gebracht werden.

Ähnliche Probleme wie im Konkurs stellen sich jedoch, wenn es wie bei Pfandgegenständen nicht der Mitwirkung des (schweizerischen) Nachlassschuldners, sondern eines *Pfandgläubigers im Ausland* bedarf. Im Unterschied zum Konkurs stellt sich die Frage der Durchsetzbarkeit von Herausgabeansprüchen erst im Falle einer Anwendung von Art. 324 Abs. 2 SchKG, d.h. dann, wenn der ausländische Pfandgläubiger im Rahmen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung aufgefordert werden müsste, das Pfand innert Frist zu verwerten und nach Ablauf der Frist der Nachlassmasse auszuliefern (unter Androhung von Straffolgen und des Verlustes des Vorzugsrechts). Grundsätzlich findet hier die gleiche Regelung wie im Konkurs, namentlich Art. 62 KOV, Anwendung.

IV. Zusammenfassung

Die nachstehende Übersicht fasst die wichtigsten Auswirkungen eines Konkurses oder Nachlassverfahrens auf die Rechte und Pflichten von Pfandgläubigern zusammen:

Konkurs	Nachlassverfahren
<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/> Pfandgegenstand wird admassiert und durch Konkursamt verwertet (Generalexekution)	<input type="checkbox"/> Pfandgegenstand bleibt abgesondert , Spezialexekution möglich (jedoch nicht während Stundung)
<input type="checkbox"/> Private Freihandverwertung / Selbsteintritt verboten (Ausnahme: Bucheffekten)	<input type="checkbox"/> Private Freihandverwertung / Selbsteintritt grundsätzlich erlaubt (jedoch nicht während Stundung)
<input type="checkbox"/> Vorzugsrechte: vorrangige Befriedigung , Vetorecht bei Bestimmung Verwertungsart, Verwertungsrecht bei Einstellung, längerer Zinsenlauf	<input type="checkbox"/> Vorzugsrechte: Spezialexekution / Nachlassvertragsfestigkeit des Pfandrechts / längerer Zinsenlauf
<input type="checkbox"/> Pflichten: Anmeldung Forderung, Herausgabepflicht	<input type="checkbox"/> Pflichten: Anmeldung Forderung, keine Verwertung während Stundung, Abrechnungspflicht, ev. Fristansetzung zur Verwertung, ev. Verlängerung der Stundung
<input type="checkbox"/> Div. Spezialkonstellationen. Grundpfandrecht, Drittpfandrecht, Eigentümerschuldbrief, Bucheffekten, Lebensversicherungsansprüche	<input type="checkbox"/> Div. Spezialkonstellationen: wie links
<input type="checkbox"/> Fazit: Pfandrecht im Konkurs = Wertvorrecht mit weiteren Vorzügen und Besonderheiten	<input type="checkbox"/> Fazit: Pfandrecht im Nachlassverfahren = Verwertungsrecht jedoch mit massiven Eingriffsrechten der Nachlassgläubiger

De lege lata muss man für den Konkurs das Fazit ziehen, dass sich das Pfandrecht von einem Verwertungsrecht in ein Wertvorrecht mit weiteren Privilegien umwandelt, welches zudem von zahlreichen Besonderheiten geprägt ist. In Bezug auf das Nachlassverfahren, und insbesondere in Bezug auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ist das Fazit, dass das Pfandrecht zwar ein Verwertungsrecht bleibt, jedoch massiven Eingriffsrechten der Nachlassgläubiger ausgesetzt ist und ebenso wie der Konkurs von zahlreichen Besonderheiten geprägt ist.

Vor dem Hintergrund, dass eine der wichtigsten Auswirkungen, nämlich das Admassierungsprinzip, bereits *de lege lata* bei Bucheffekten, bei im Ausland gelegenen Pfandgegenständen sowie ganz allgemein im Nachlassverfahren durchbrochen ist, stellt sich die Frage, ob nicht *de lege ferenda* – analog zu gewissen ausländischen Rechtsordnungen – auch im Schweizer Konkursrecht grundsätzlich vom Prinzip der Absonderung von Pfandgegenständen ausgegangen werden sollte (allenfalls verbunden mit gewissen Schutz- und Eingriffsrechten). Andernfalls werden gewisse Arten von Pfandgläubigern

gegenüber anderen privilegiert, ohne dass es die Interessenlage rechtfertigen würde. Zudem ist eine Sicherheit tatsächlich nur so viel wert wie das Verfahren zu ihrer Verwertung und die Verwertung von Pfandgegenständen durch Zwangsvollstreckungsbehörden genügt den heutigen Ansprüchen an die rasche Verwertbarkeit unseres Erachtens nicht mehr.