

# **BGer 5A\_645/2017 vom 14. März 2018**

Bundesgericht, 2018-03-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_645\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_645_2017)

FR: TF 5A\_645/2017 du 14 mars 2018

IT: TF 5A\_645/2017 del 14 marzo 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde, welche das Vorgehen des Vollziehers im ordentlichen Nachlassvertrag zum Gegenstand hat. Entscheide kantonalen Aufsichtsbehörden in Schuldbetreibungs- und Konkursachen unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen ( Art. 19 SchKG i.V.m. Art. 72 Abs. 2 lit. a BGG ). Sie ist unabhängig von einer gesetzlichen Streitwertgrenze gegeben ( Art. 74 Abs. 2 lit. c BGG ). Die Beschwerde gegen den letztinstanzlichen Entscheid ist fristgemäss erhoben worden ( Art. 75 Abs. 1, Art. 100 Abs. 2 lit. a BGG ).

### **E. 1.2**

Die Zwangsvollstreckungsorgane sind in begrenztem Umfang zur betriebsrechtlichen Beschwerde legitimiert. Die Praxis zu Art. 78 OG bzw. a Art. 19 SchKG gilt auch nach Einführung des BGG ( BGE 134 III 136 E. 1.3).

### **E. 2**

Ob der Beschwerdeführer als Vollzieher im ordentlichen Nachlassvertrag zur Beschwerde in Zivilsachen berechtigt ist ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ), wird von Amtes wegen und mit freier Kognition geprüft. Das Beschwerderecht ist Voraussetzung, damit auf die Beschwerde gegen den Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde eingetreten werden kann, wobei der Beschwerdeführer die Legitimationsvoraussetzungen darzulegen hat, soweit sie nicht ohne Weiteres ersichtlich sind ( BGE 135 III 46 E. 4).

### **E. 2.1**

Seit der Regelung gemäss Teilrevision des SchKG von 1994/1997 kann der Nachlassrichter gemäss Art. 314 Abs. 2 SchKG dem bisherigen Sachwalter oder einem Dritten zur Durchführung und Sicherstellung der Erfüllung des (ordentlichen) Nachlassvertrags Überwachungs-, Geschäftsführungs- und Liquidationsbefugnisse übertragen. Der Vollzieher des ordentlichen Nachlassvertrages übt insoweit öffentlichrechtliche Funktionen aus und ist damit nach allgemeiner Auffassung (atypisches) Organ der Zwangsvollstreckung; gegen die Verfügungen und Unterlassungen des Vollziehers kann daher Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG geführt werden (u.a. GASSER, Nachlassverfahren [...], ZBJV 1996 S. 11; GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Bd. IV, 2003, N. 17, 19 zu Art. 314 SchKG ; JUNOD MOSER/GAILLARD, in: Commentaire romand, 2005, N. 37 zu Art. 314 SchKG ; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 55 Rz. 19).

### **E. 2.2**

Den Zwangsvollstreckungsorganen wird das Recht zur Weiterziehung zugestanden, um fiskalische bzw. gebührenrechtliche Interessen wahrzunehmen ( BGE 134 III 136 E. 1.3), welche vorliegend indes nicht in Frage stehen. Nach der Rechtsprechung sind die Konkursverwaltung sowie die Liquidatoren im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung sodann zur Beschwerde an die kantonalen Aufsichtsbehörden bzw. das Bundesgericht grundsätzlich nur dann legitimiert, wenn sie Interessen der (Konkurs-) Masse und damit der Gesamtheit der Gläubiger geltend machen ( BGE 116 III 32 E. 1; LORANDI, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, 2000, N. 189 ff. zu Art. 17 SchKG ). In entsprechender Weise muss sich der Vollzieher im ordentlichen Nachlassvertrag auf die Interessen der Gesamtheit der Nachlassgläubiger berufen können.

### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, dass die Pflicht des Nachlassschuldners, neben der Nachlassdividende noch hohe Zusatzforderungen zu begleichen, den ganzen Nachlass (d.h. die Durchführung des Nachlassvertrages) ernstlich gefährden würde, m.a.W. die Nachlassdividende von 6 % nicht erfüllt werden könnte. Er wehrt sich gegen den angefochtenen Entscheid, weil er damit die umstrittene Frage, dass keine Nachlassforderung vorliege, zulasten aller Nachlassgläubiger als entschieden und erledigt sieht. Bleibt zu prüfen, ob der Beschwerdeführer sich damit auf einen hinreichenden Grund zur Beschwerdeführung stützen kann.

#### **E. 2.3.1**

Der Beschwerdegegner verlangt vom Schuldner die volle Bezahlung der Forderung für Verfahrenskosten im Wesentlichen mit der Begründung, dass dieser dazu nach Bestätigung des Nachlassvertrages durch rechtskräftiges Urteil verpflichtet worden sei. Nach Rechtsprechung und Lehre steht fest, dass der Schuldner, dem ein Dividendenvergleich bewilligt wird, seine Fähigkeit, sich zu verpflichten bzw. verpflichtet zu werden, nicht einbüsst; die Schulden, welche er nach Bestätigung des Nachlassvertrages eingeht, nehmen an dieser besonderen Form der Zwangsvollstreckung nicht teil: Die Gläubiger der späteren Schulden sind vollauf berechtigt, deren Zahlung zu verlangen, und sind keineswegs gehalten, den Schuldner zuerst die Nachlassschulden zahlen zu lassen, die schon viel früher hätten bezahlt werden sollen ( BGE 110 III 40 E. 2c S. 45/46; ROBERT-TISSOT, *Les effets du concordat sur les obligations*, 2010, Rz. 750, 752). Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers kann von einer "Bevorzugung" eines Gläubigers keine Rede sein. Ist der Bestand und der Zeitpunkt der Entstehung einer Forderung strittig, entscheidet gegenüber dem Gläubiger indes weder der Vollzieher des ordentlichen Nachlassvertrages durch Verfügung nach Art. 17 SchKG - welche den Verfahrensgang zum Gegenstand hat ( BGE 116 III 91 E. 1; AMONN/WALTHER, a.a.O., § 6 Rz. 7) - noch die Aufsichtsbehörde im Beschwerdeverfahren. Für die neuen Schulden kann der Schuldner auf Pfändung oder Konkurs betrieben werden (STOFFEL/CHABLOZ, *Voies d'exécution*, 3. Aufl. 2016, § 12 Rz. 146), wie in der von der Vorinstanz zitierten Praxis ohne weiteres bestätigt wird (LGVE 2003 I Nr. 51).

#### **E. 2.3.2**

Im Weiteren fehlt es an der Kompetenz der Aufsichtsbehörde, im Streitfall darüber zu entscheiden, ob eine Forderung gemäss Art. 310 Abs. 1 SchKG seit Bekanntmachung der Stundung "mit Zustimmung des Sachwalters" eingegangen worden sei (was die Vorinstanz hier verneint hat) oder eine Nachlassforderung darstelle. Im Streitfall entscheidet der

Zivilrichter bzw. die in der Sache zuständige Instanz (vgl. BGE 78 III 172 E. 2; HUNKELER/WOHL, in: Schulthess Kommentar SchKG, 2017, N. 10

a.E. zu Art. 310 SchKG ; ROBERT-TISSOT, a.a.O., Rz. 913; LORANDI, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017 S. 476, mit Hinweisen).

### **E. 2.3.3**

Unbehelflich ist sodann, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, die volle Bezahlung der vom Beschwerdegegner erhobenen Forderung gefährde die Befriedigung der Nachlassgläubiger. Wird gegenüber einem Nachlassgläubiger der Nachlassvertrag nicht erfüllt, d.h. die versprochene Dividende nicht geleistet, so kann dieser - der Nachlassgläubiger - beim Nachlassrichter gestützt auf Art. 316 Abs. 1 SchKG für seine Forderung die Aufhebung des Nachlassvertrages verlangen. Eine Kompetenz zum Erlass der umstrittenen Verfügung kann der Beschwerdeführer daraus nicht ableiten.

### **E. 2.3.4**

Nach dem Dargelegten ist der Beschwerdeführer als Vollzieher des ordentlichen Nachlassvertrages nicht befugt, über die umstrittene Qualifikation der Forderung gegenüber dem Beschwerdegegner durch Verfügung gemäss Art. 17 SchKG zu entscheiden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Interessen der Gesamtheit der Nachlassgläubiger beschwert sein sollen, wenn die Aufsichtsbehörde die "Verfügung" vom 10. Mai 2017 aufgehoben hat, da eine Verfügung im Sinne von Art. 17 SchKG nicht vorliegt. Soweit die Vorinstanz selber "festgestellt" hat, die Forderung des Beschwerdegegners "unterliege nicht dem Nachlassvertrag", sondern sei "zu 100 % geschuldet", werden die Nachlassgläubiger nicht beschwert, sondern kann darin höchstens ein Parteistandpunkt erblickt werden, den die Aufsichtsbehörde anstelle des den Schuldner überwachenden Vollziehers gegenüber dem Beschwerdegegner abgegeben hat. Inwiefern der Beschwerdeführer legitimiert sein soll, gegen eine derartige Mitteilung der Vorinstanz Beschwerde zu führen, wird nicht dargetan.

### **E. 2.4**

Mangels hinreichender Legitimation des beschwerdeführenden Vollziehers des ordentlichen Nachlassvertrages kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

### **E. 3**

Der Beschwerde ist kein Erfolg beschieden. Der Beschwerdeführer (als Zwangsvollstreckungsorgan) hat das Bundesgericht in Anspruch genommen, ohne dass es sich um Vermögensinteressen (wie fiskalische oder gebührenrechtliche Interessen) handelt, weshalb keine Verfahrenskosten auferlegt werden ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Über eine Parteientschädigung ist nicht zu befinden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.