

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 47 (1928)

Heft: 2

Artikel: Probleme der Reform des Nachlassvertragsrechtes

Autor: Haab, R.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895885>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 29.03.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Probleme der Reform des Nachlassvertragsrechtes. *)

Von Prof. Dr. R. HAAB, Bern.

An die vierzig Jahre sind ins Land gegangen seit dem in der Geschichte unseres Bundesrechtes so denkwürdigen 11. April 1889, da die Bundesversammlung nach harten Kämpfen, die in einer überaus heftigen Abstimmungskampagne ihren Widerhall fanden, das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs verabschiedete, das an die Stelle einer für Handel und Wandel unheilvollen Rechtszersplitterung eine gemeineidgenössische Betreibungs- und Konkursordnung setzte. So segensreiche Wirkungen das neue Gesetz im schweizerischen Rechts- und Wirtschaftsleben entfaltete, so vermochte es doch nicht alle Wünsche zu erfüllen, und es bildete ja auch schon bald den Gegenstand heftiger, freilich nur zum Teil begründeter Kritik. Zu den Bestimmungen, die am wenigsten angefochten wurden, gehören wohl diejenigen über den Nachlassvertrag. Aus der Vorkriegszeit sind verschiedene Äusserungen zuständiger Stellen bekannt geworden, aus denen der Schluss gezogen werden darf, dass — damals wenigstens — das Nachlassvertragsrecht in der Praxis sich im grossen und ganzen bewährte.¹⁾ In der Tat ist ja auch

*) Nach einem im Zürcherischen Juristenverein gehaltenen Vortrag.

¹⁾ Gutachten der Zürcher Handelskammer zuhanden einer niederrheinischen Handelskammer über die Erfahrungen, die in der Schweiz mit der Institution des Nachlassvertrages ausser Konkurs gemacht worden sind; vom Jahre 1904, abgedruckt bei Richard, Kaufmännische Gesellschaft und Zürcher Handelskammer 1873—1923, Bd. I S. 166—169; Auskunft des Obergerichtes des Kantons Zürich an das k. u. k. Generalkonsulat in Zürich vom 18. Februar 1914, SJZ Bd. 11 S. 95.

unser Gesetz mit der Anerkennung des Präventivakkordes seinerzeit den meisten kontinentalen Gesetzgebungen weit vorausgeeilt, indem diese den Schuldner zum Zwangsvergleiche erst zuliessen, nachdem er sich unter das Joch der Konkurseröffnung gebeugt hatte.²⁾ Dies alles entbindet indes uns Juristen nicht der Pflicht, einmal die Bilanz zu ziehen und uns über die Vorzüge und die Mängel unseres Nachlassvertragsrechtes auszusprechen. Die lange Geltungsdauer des Gesetzes allein würde eine solche Rückschau schon zur Genüge rechtfertigen. Indes kommen noch zwei Gründe hinzu, die eine kritische Betrachtung nicht nur rechtfertigen, sondern geradezu als geboten erscheinen lassen. Die ausländische Gesetzgebung ist nämlich seit dem Jahre 1889 nicht untätig geblieben. Um nur die uns umgebenden Staaten zu nennen, so hat Italien schon vor dem Kriege mit Gesetz vom 24. Mai 1903 das *concordato preventivo* eingeführt,³⁾ das im Zusammenhange mit der bevorstehenden Revision des Handelsgesetzbuches eine neue Ordnung finden soll.⁴⁾ In Österreich ist durch Kaiserliche Verordnung vom 10. Dezember 1914 eine Ausgleichsordnung erlassen worden, die inzwischen durch ein Bges. vom 20. Februar 1925 eine erheb-

²⁾ Über den damaligen Stand der ausländischen Gesetzgebung vgl. Thaller, *Les faillites en droit comparé*, 1887, t. Ier p. 263 bis 279; Keller, *Der Nachlassvertrag ausser Konkurs*, 1891, S. 29 ff.; Paschoud, *Le concordat préventif de la faillite*, 1905, p. 61 ss.

³⁾ Gute deutsche Übersetzung von Keyssner, ZHR Bd. 55 S. 225 ff.; vgl. ferner Gertscher, *Das italienische Gesetz vom 24. Mai 1903*, ZZP Bd. 33 S. 176 ff.

⁴⁾ Als 1. Teil des IV. Buches des Codice di Commercio. Vgl. Progetto der Commissione Reale per la riforma dei codici, Sotto-commissione B, Codice di Commercio, Roma 1925, und dazu Dölle, *Der Konkurs im Vorentwurf eines neuen italienischen Handelsgesetzbuches*, Zeitschr. für ausländisches und internationales Privatrecht Bd. 1 S. 232 ff., insbesondere S. 234—240 mit reichen Literaturangaben.

liche Umgestaltung erfahren hat.⁵⁾ Auch im deutschen Reiche, wo die zuständigen Behörden noch im Jahre 1906 in der bekannten Denkschrift des Reichsjustizamtes⁶⁾ den Gedanken der Einführung eines Präventivakkordes energisch zurückgewiesen hatten, konnte man sich unter dem Einfluss der durch den Krieg geschaffenen Wirtschaftslage der von Juristen und Kaufleuten schon lange postulierten Anerkennung des Zwangsvergleiches ausser Konkurs nicht mehr widersetzen.⁷⁾ Man versuchte es freilich zuerst

⁵⁾ Zur Ausgleichsordnung vom 10. Dezember 1914 vgl. Bartsch und Pollak, Konkursordnung, Ausgleichsordnung, Anfechtungsordnung und deren Einführungsverordnungen, Bd. II 1917 S. 117 ff.; Bartsch, Die neue österreichische Konkursordnung und die Ausgleichsordnung, ZHR Bd. 77 S. 1 ff.; Pitreich, Die österreichische Ausgleichsordnung vom 10. Dezember 1914, ZHR Bd. 77 S. 49 ff.; zur neuen Regelung: Lehmann, Kommentar zur österreichischen Ausgleichsordnung in der Fassung des Bundesgesetzes vom 20. Februar 1925, 1925; Pollak, Geschäftsaufsicht und Ausgleichsordnung in Österreich, ZZP Bd. 50 S. 13 ff.; Pollak, Über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses in Österreich, Auslandsrecht, Bd. 7 S. 259 ff.

⁶⁾ Reichstagsdrucksachen: 11. Legislaturperiode, II. Session, 1905/07, Nr. 596, 1. Dezember 1906 und dazu die Kritik von E. Jäger, LeipzZ Bd. 1 S. 132 ff.

⁷⁾ Das deutsche Recht kannte vor dem Kriege nur einige Sonderformen des Präventivakkordes, nämlich das Gläubigergemeinschaftsverfahren (Rges. über die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen auf den Inhaber vom 4. Dezember 1899, §§ 11—13), ferner ein besonderes Verfahren zur Vermeidung des Konkurses von Versicherungsunternehmungen (Reichsges. über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901, § 65), sowie ein Spezialverfahren für Eisenbahnen (Preuss. Gesetz über die Bahneinheiten vom 8. Juli 1902). Schon mehr denn ein Jahrzehnt vor dem Kriege setzte jedoch in Deutschland eine Bewegung auf Anerkennung des Nachlassvertrages ausser Konkurs ein, in der der bekannte Leipziger Rechtslehrer E. Jäger eine führende Rolle spielte. Vgl. E. Jäger in LeipzZ Bd. 1 S. 132 ff., 584 ff., Bd. 10 S. 105 ff., 117 ff., DJZ Bd. 10 S. 753 ff., sowie die bei E. Jäger, Kommentar zur Konkursordnung 5. Aufl. 1914 Anm. 16 zu § 173 KO angeführte Literatur; ferner: Tischbein, Der gerichtliche Zwangsvergleich zur Abwendung des

mit der sog. Geschäftsaufsicht,⁸⁾ einer reinen Stundungsmassnahme, musste sich dann aber schon im Jahre 1916 zu einer Kombination derselben mit einem eigentlichen Nachlassvertrage entschliessen,⁹⁾ wobei die Aufsicht lediglich ein Vorbereitungsstadium für diesen bildete, um endlich in der Vergleichsordnung vom 5. Juli 1927 den Vergleich zur Abwendung des Konkurses von der Geschäftsaufsicht loszulösen und als selbständiges, dauerndes Institut des Reichsrechtes zu ordnen.¹⁰⁾ Frankreich hat am längsten gezögert. Während des Krieges behalf es sich mit Moratorien; erst im Jahre 1919 wurde durch die Loi sur le règlement transactionnel der Nachlassvertrag ausser Konkurs eingeführt, allerdings nur in der Form einer vorübergehenden, auf die Dauer von vier Jahren begrenzten

Konkurses, 1914; Schourp, Der Zwangsvergleich zur Verhütung des Konkurses, 1916. Am deutschen Juristentage 1914, der infolge des Kriegsausbruches nicht abgehalten werden konnte, sollte die Frage: „Ist die Schaffung eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens ausserhalb des Konkurses wünschenswert?“ diskutiert werden, worüber von Lieblich und Cahn einlässliche Gutachten erstattet wurden, welche die gestellte Frage bejahen (vgl. Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages Bd. I Gutachten S. 321 ff., 695 ff.). Zur neueren Entwicklung: E. Jäger, Keime künftiger Rechtsentwicklung im Kriegskonkursrechte, ZZP Bd. 48 S. 139 ff.

⁸⁾ Verordnung vom 8. August 1914.

⁹⁾ Verordnung vom 14. Dezember 1916, abgeändert durch Verordnungen vom 8. Februar 1924 und vom 14. Juni 1924.

¹⁰⁾ Zu den Entwürfen vgl. Lehmann, Gläubigerschutz, 1926, S. 117 ff.; E. Jäger, Wohin treiben wir? DJZ Bd. 31 S. 28 ff.; Köppel, Der Vergleich zur Abwendung des Konkurses, ZblHR Bd. 1 S. 37 ff.; Cahn, Die amtliche Begründung des Gesetzesentwurfes über die Konkursabwendung, ZblHR Bd. 1 S. 88 ff.; Bley, Der Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses, ZZP Bd. 52 S. 113 ff. Zum Gesetze: Wirth, Die neue deutsche Vergleichsordnung, SJZ Bd. 24 S. 98 ff. Über die bisher erschienene Kommentarliteratur (Jaffa, Weinberg-Manasse, Wehnersdoerffer-Selo, Samolewitz-Saenger, Salomon, Kiesow, Lucas) vgl. Pinner, Die ersten Kommentare zu der neuen Vergleichsordnung und ihre Stellung zu Zweifelsfragen, ZHR Bd. 91 S. 384 ff.

Notmassregel.¹¹⁾ Somit haben wir allen Grund, unsere Nachlassvertragsordnung im Lichte der Rechtsvergleichung zu prüfen und uns die Frage vorzulegen, ob sie, um die wir einst viel beneidet wurden, vor derjenigen des ausländischen Rechtes noch zu bestehen vermag. Aber auch unsere eigene Gesetzgebung hat seit dem Herbst 1914 auf dem Gebiete des Nachlassvertragsrechtes viel Neues geschaffen und sich in der Lösung von Problemen versucht, die man vor dem Kriege kaum zu diskutieren gewagt hätte. Sie hat freilich den Nachlassvertrag im Sinne der Art. 293 ff. SchKG intakt gelassen mit der einzigen Ausnahme, dass die Gläubigerzustimmung im Bewilligungsverfahren nicht mehr notwendig ist.¹²⁾ Dagegen sind daneben verschiedene Sonderformen des Nachlassvertrages ins Leben gerufen worden.¹³⁾ Auch sie müssen in Betracht gezogen werden,

¹¹⁾ Vgl. Coulet et Le Pelletier, *Le règlement transactionnel du passif de guerre des commerçants et des sociétés* (Kommentar) 1919; Trasbot, *Le règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919, Etude critique (économique et juridique)*, 1922.

¹²⁾ Die beiden letzten Absätze von Art. 293 wurden zuerst ausser Kraft gesetzt durch Art. 1 Abs. 1 VO vom 27. Oktober 1917. Diese Bestimmung ist alsdann übernommen worden in Art. 1 VO vom 18. Dezember 1920 (vgl. die Begründung des Bundesrates in BBl 1920 V S. 369). Anlässlich der Beratung der Notstundungs-Novelle beantragte die ständerätliche Kommission die Aufnahme einer Vorschrift, durch welche die beiden Absätze endgültig eliminiert werden, welchem Antrage die Räte folgten (vgl. Sten. Bull. Ständerat 1921 S. 365/6, Nationalrat 1923 S. 206). Diese Änderung des Gesetzes ist übrigens von Farbstein, *Zur Reform des Konkursrechtes*, Blätter für Wirtschafts- und Sozialpolitik Bd. 6 S. 364/5 schon vor Jahren vorgeschlagen worden.

¹³⁾ Vgl. Haab, *Die moderne Entwicklung des schweizerischen Nachlassvertragsrechtes*, ZBJV Bd. 57 S. 345 ff., 393 ff.; Kuhn, *Die Spuren des Krieges in der Bundesgesetzgebung*, ZBJV Bd. 58 S. 297 ff.; Moesch, *Die Notstundung und ihre Geschichte*, Diss. Zürich 1923 S. 29 ff. Es kommen in Betracht:

1. Allgemeine Betreibungsstundung: Verordnung vom 28. September 1914, BRB vom 30. März 1915, BRB vom 23. November 1915, BRB vom 30. Mai 1916, Verordnung vom 16. Dezember 1916, BRB vom 9. Juni 1917, BRB vom 23. November

wenn man zu der gesetzlichen Ordnung kritisch Stellung nehmen will, und zwar aus einem doppelten Gesichts-

1917, BRB vom 10. Juni 1918, Kommentar dazu von Jaeger, in zwei Auflagen 1914 und 1915 erschienen mit Nachtrag vom Jahre 1916 (Erläuterung der Verordnung vom 16. Dezember 1916), v. Morlot, ZBJV Bd. 51 S. 122 ff. Über die besonderen wechselrechtlichen Bestimmungen vgl. Hultegger in der Festgabe für Cohn, 1915, S. 100 ff. Die allgemeine Betreibungsstundung ist in der Folge in erheblich veränderter Form als Notstundung wieder eingeführt worden durch Verordnung vom 4. April 1921, ersetzt durch das Bges. vom 3. April 1924. Vgl. dazu die oben erwähnte Arbeit von Moesch, sowie Kellerhals, Die Novelle zum Betreibungsgesetz, SJZ Bd. 18 S. 57 ff.

2. Hotelleriestundung: Verordnung vom 2. November 1915, BRB vom 5. Januar 1917, Kommentar dazu von Jaeger, 1915.

3. Pfandstundung: Verordnung vom 27. Oktober 1917, Textausgabe mit Einleitung von Jaeger, vgl. ferner Flückiger in ZBJV Bd. 55 S. 49 ff.

4. Pfandnachlassverfahren für Hotelgrundstücke: Verordnung vom 18. Dezember 1920 (vgl. dazu BBl 1920 V S. 367 ff., 396 ff.), Textausgabe mit Einleitung von Jaeger. Vgl. ferner Münch-Eisenlohr, Das Hotel-Pfandnachlassverfahren 1922. Anwendung der Verordnung auf die Stickerei-Industrie: BB vom 13. Oktober 1922, BRB vom 22. November 1922/7. Dezember 1925.

5. Eisenbahn-Nachlassvertrag: Bges. vom 25. September 1917 Art. 51 ff. (vgl. dazu BBl 1916 III S. 441 ff.; Sten. Bull. Ständerat 1916 S. 123 ff., 1917 S. 1 ff., 171; Nationalrat 1916 S. 243 ff., 1917 S. 100 ff., 417). Vgl. ferner Haab, Die bundesrechtlichen Erlasse über Verpfändung, Zwangsliquidation und Sanierung von Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen, Textausgabe mit Einleitung, Verweisungen und Sachregister, 1919.

6. Ausserordentliche Stundung für Eisenbahn- und Schiffahrtsunternehmungen: Bges. vom 25. September 1917, Art. 78/82.

7. Gläubigergemeinschaftsverfahren: Verordnung vom 20. Februar 1918, BRB vom 25. April 1919, 20. September 1920, 28. Dezember 1920, dazu Beck, Die Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen nach der Verordnung des Bundesrates vom 20. Februar 1918. Systematische Darstellung und Kommentar, 1918.

8. Kapitalstundung wegen Währungsentwertung: BRB vom 26. Dezember 1919, Art. 7.

punkte. Einmal nämlich fragt es sich, ob diese besonderen Nachlassvertragstypen notwendig geworden sind, weil das ordentliche Nachlassvertragsrecht versagte, und sodann ist zu prüfen, ob nicht in der *lex ferenda* der eine oder der andere Gedanke berücksichtigt zu werden verdient, der in der eigentlichen Kriegsgesetzgebung enthalten war und mit deren Liquidation wieder in der Versenkung verschwand; denn obschon diese Noterlasse im Rahmen des geltenden Rechtes nur ein ephemeres Dasein führten, so bleiben sie doch für den Gesetzgeber aller Beachtung wert.

Die nachfolgenden Ausführungen beabsichtigen selbstverständlich keine abschliessende Erörterung des sehr komplexen Problems der Reform des Nachlassvertrages. Sie beschränken sich vielmehr auf den Nachlassvertrag ausser Konkurs und begnügen sich auch hier mit der Behandlung einiger besonders wichtiger Fragen.

I. Gerichtlicher und aussergerichtlicher Nachlassvertrag.

I. Jede kritische Betrachtung des Nachlassvertrages — und zwar der Institution als solcher sowohl, als der Einzelheiten ihrer positivrechtlichen Ordnung — hat sich von teleologischen Erwägungen leiten zu lassen, stellt sich doch der Nachlassvertrag, vielleicht mehr denn irgendein anderes Rechtsinstitut, als ein reines Zweckmässigkeitsgebilde dar.¹⁴⁾ Der Präventivakkord setzt sich zum Ziele die Vermeidung der Liquidation der gesamten vermögensrechtlichen Verhältnisse des Schuldners, die mit dem Konkurs als einer auf dem Versilberungsprinzip beruhenden Generalexekution notwendigerweise verbunden ist. Er will an die Stelle des Konkurses die Sanierung der Vermögenslage des Schuldners treten lassen und ihn derart

¹⁴⁾ Die Rechtssätze des Nachlassvertragsrechtes dürfen daher geradezu als ein Musterbeispiel „technischer“ Normen im Sinne Fehrs bezeichnet werden, vgl. Fehr, *Recht und Wirklichkeit*, 1927, S. 29.

vor der Zerstörung seiner ökonomischen Existenz bewahren. Es soll also wirtschaftlich lebenswertes Leben nicht ohne Not durch den Konkurs vernichtet, sondern gerettet werden, um der unmittelbar Beteiligten willen sowohl als im Interesse der Gesamtheit, der auch das wirtschaftliche Geschick ihrer Glieder nicht gleichgültig sein kann. In denjenigen Staaten, deren Rechtsordnung den sog. Zwangsvergleich ausser Konkurs anerkennt, wird dieser Zweck in der Weise verwirklicht, dass der Schuldner unter gewissen Voraussetzungen in einem besonderen Verfahren an seine Gläubiger gelangen und ihnen seine Sanierungsvorschläge unterbreiten kann, wobei dann diese Vorschläge, wenn die einfache oder eine qualifizierte Mehrheit von Gläubigern die Zustimmung erklärt und das zuständige Gericht die Genehmigung ausgesprochen hat, für alle Gläubiger verbindlich sind. Dieser Gedanke liegt dem ordentlichen Vergleichsverfahren aller Gesetze zugrunde, doch wird er natürlich in den Einzelheiten verschieden durchgeführt. Daneben bestehen freilich da und dort noch Sonderformen des Zwangsnachlassvertrages, bei denen diese Grundsätze Modifikationen erleiden, sei es, dass die zur Genehmigung berufene Behörde die Gläubiger bloss anzuhören hat, also ein Zustimmungsverfahren nicht stattfindet,¹⁵⁾ sei es, dass die Zustimmung der erforderlichen Gläubigermehrheit genügt und die Behörde nur dann interveniert, wenn sie von einem Gläubiger angerufen wird.¹⁶⁾

II. Dieser Zwangsvergleich in irgendwelcher Form bildet indessen nicht die einzige Sanierungsmöglichkeit.

¹⁵⁾ So z. B. im Notstundungsverfahren, Art. 317 c SchKG. Am weitesten geht diesfalls das Eisenbahnrecht; denn danach kann der Bundesrat Unternehmungen, welche gestützt auf eine Bundeskonzession eine Eisenbahn oder die Schifffahrt betreiben, eine ausserordentliche Stundung gewähren, ohne auch die Gläubiger nur anzuhören (Art. 78—82 VZEG).

¹⁶⁾ So z. B. das Gläubigergemeinschaftsverfahren des geltenden Rechtes (Art. 22 GGV). Vgl. S. 219 hiernach.

Vielmehr konnte der Schuldner von jeher, und zwar auch da, wo ein Zwangsnachlassverfahren besteht, ohne Inanspruchnahme dieses Verfahrens an seine Gläubiger herantreten und mit jedem oder mit einzelnen von ihnen einen Vertrag abschliessen, wonach die Gläubiger sich bereit erklären, das zur Sanierung seiner Vermögenslage erforderliche Opfer zu bringen. Auf diese privaten Nachlassverträge — hier hat man es mit wirklichen Verträgen zu tun¹⁷⁾ — finden die allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes Anwendung; sie können daher im Rahmen der Vertragsfreiheit einen beliebigen Inhalt aufweisen — aber nur im Rahmen der Vertragsfreiheit. Und da dieser durch das allgemein anerkannte Sittengebot eine Schranke gesetzt ist, müssen alle Gläubiger, deren Rechtsstellung dieselbe ist, nicht nur dann gleich behandelt werden, wenn die Gleichbehandlung ausdrücklich ausbedungen wurde, sondern auch in dem Falle, wo der Schuldner mit einem sichtlich gleichen Anerbieten sich an alle Kredi-

¹⁷⁾ Von vielen Autoren, namentlich des Auslandes, wird auch heute noch der Zwangsvergleich als ein Vertrag betrachtet, so z. B. E. Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, Anm. 8 zu § 173 RKO und dort zitierte Literatur; Percerou, *Faillites et banqueroutes*, t. II^e p. 397 ss.; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4^e éd. t. VII p. 677. In der Schweiz wird die Vertragstheorie vertreten von Paschoud, l. c. p. 189 ss. Die bei uns herrschende Meinung steht indes auf dem Boden der sog. Verfahrenstheorie, indem sie im Zwangsnachlassverfahren ein gemildertes Vollstreckungsverfahren (Konkurssurrogat) erblickt. Vgl. Blumenstein, Handbuch S. 896 f.; Jaeger, N. 2 zu Art. 293; Reichel, N. 2 zu Art. 293; Leemann, Zur Rechtsnatur des Nachlassvertrages, SJZ Bd. 3 S. 145 ff. und neuestens nun auch von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechtes, Bd. II S. 571. Diese Auffassung vertritt auch das Bundesgericht, vgl. BGE 45 III S. 139 und dort erwähnte Urteile. Die Urteilstheorie, begründet von Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1880, S. 118 ff., und die Rechtsgeschäftstheorie von Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, 1891, S. 223, scheinen in neuerer Zeit keine Anhänger mehr gefunden zu haben.

toren wendet.¹⁸⁾ Dies wird aber in der Regel zutreffen, und so kann es dann sehr leicht geschehen, dass durch einen einzigen widerstrebenden Gläubiger (Akkordstörer) das ganze Sanierungswerk zum Scheitern gebracht wird. Diese Gefahr ist natürlich um so grösser, je mehr Gläubiger vorhanden sind; daher hat der private Nachlassvertrag in der Regel nur in kleinen Verhältnissen Aussicht auf Erfolg.¹⁹⁾

III. Überblickt man die verschiedenen Gesetzgebungen, so erhellt, dass diese das Verhältnis zwischen dem gerichtlichen und dem privaten Nachlassvertrage ganz verschieden beurteilen. Die einen betrachten den Privatvergleich als das Normale und sehen den Zwangsvergleich gewissermassen nur als ultima ratio vor, um den Akkordstörern beizukommen. Diese Auffassung liegt der österreichischen Ausgleichsordnung vom 10. Dezember 1914 zugrunde.²⁰⁾ In einer besonders interessanten Weise wird indes diese Idee in der ungarischen Ausgleichsordnung vom 5. März 1926 verwirklicht.²¹⁾ Danach soll in allen Fällen der Schuldner zuerst einen aussergerichtlichen Ausgleich anstreben. Gelingt dieser nicht, weil nicht alle Gläubiger

¹⁸⁾ Vgl. zum vorstehenden BGE 33 II S. 148, 50 II S. 503 ff.; HE Bd. 16 S. 22; ZR Bd. 12 Nr. 94; ZBJV Bd. 56 S. 79.

¹⁹⁾ Zum Privatnachlassvertrage vgl. Doka, Der aussergerichtliche Nachlassvertrag, SJZ Bd. 21 S. 49 ff.; Paschoud, l. c. p. 21 ss.; Lyon-Caen et Renault, l. c. t. VII p. 697 ss.; Lieblich, a. a. O. S. 344 ff. Die aussergerichtlichen Vergleiche spielten mangels eines gerichtlichen Präventivakkordes vor dem Kriege in Deutschland eine sehr bedeutende Rolle, worüber einlässlich gehandelt wird bei Staub, Kommentar zum HGB, Exkurs zu § 350 HGB. Über die Besonderheiten des englischen Rechtes vgl. Freund, Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses im Ausland, ZHR Bd. 60 S. 67 ff., insbes. S. 71, sowie Cahn, a. a. O. S. 723.

²⁰⁾ Pollak in ZZP Bd. 50 S. 16; Bartsch in ZHR Bd. 77 S. 37 f.

²¹⁾ Zum folgenden vgl. György, Die ungarische Ausgleichsordnung und die Entwicklung des Insolvenzrechtes, ZblfHR Bd. 2 S. 319 ff.

dazu Hand bieten, so hat er dem Gerichte vorgängig den Landeskreditschutzverein anzurufen, der, nachdem ein Status aufgenommen und die Vermögenslage des Schuldners geprüft worden ist, in einem freien Verfahren mit den Gläubigern unterhandelt. Stimmen in diesem Verfahren 75% der Gläubiger (nach Summen gerechnet) zu, so ist der Nachlassvertrag zustandegekommen; er bedarf allerdings zu seiner Verbindlichkeit der gerichtlichen Bestätigung, doch kommt dieser mehr formelle Bedeutung zu. Erst dann, wenn das Verfahren vor dem Kreditschutzvereine nicht zum Ziele führte, wird das eigentliche gerichtliche Vergleichsverfahren eingeleitet. Dasselbe hat zu geschehen, wenn die Organe des Landeskreditschutzvereins zur Überzeugung gekommen sind, dass der Schuldner die Gläubiger absichtlich zu schädigen versucht oder seine Insolvenz zu spät angemeldet hat. Ähnlich spielte sich bei uns, freilich nicht kraft positivrechtlicher Anordnung, sondern nach den Gepflogenheiten der Praxis das Hotel-Pfandnachlassverfahren ab. In der grossen Mehrzahl aller Fälle konnte die Sanierung — in Anwendung der materiellen Grundsätze der Verordnung vom 18. Dezember 1920 — unter Vermittlung der Hotel-Treuhandgesellschaft und der Oberländischen Hilfskasse ohne Anrufung der Nachlassbehörde durchgeführt werden. Auch hier hatte das gerichtliche Verfahren (mit seinen Kosten und Umtrieben) mehr die Bedeutung eines Druckmittels gegenüber widerstrebenden Gläubigern, und es ist im Verhältnis zur Gesamtzahl aller Hotelsanierungen der Nachkriegszeit nur selten in Anspruch genommen worden.²²⁾ Ähnlich verhielt es sich bei den auf Grund der

²²⁾ Vgl. Geschäftsbericht der Hotel-Treuhand-Gesellschaft für das Jahr 1921/22, S. 9; Geschäftsbericht der Oberländischen Hilfskasse für das Jahr 1920, S. 18, für das Jahr 1921, S. 18, Über Geschichte, Organisation und Aufgaben der Hotel-Treuhandgesellschaft vgl. Scherz, Die schweizerische Hotel-Treuhandgesellschaft, Ztschr. für Volkswirtschaft und Sozialpolitik Bd. 29 I S. 65 ff., 106 ff.

Verordnung vom 18. Dezember 1920 unter Mitwirkung der Stickerei-Treuhandgenossenschaft durchgeführten Sanierungen in der Stickereiindustrie.²³⁾ — Das französische *Règlement transactionnel* andererseits schwebte seinen Schöpfern als die ordentliche Form für die Sanierung der infolge der Wirtschaftskrise der Kriegs- und der Nachkriegszeit notleidend gewordenen Unternehmungen vor. Dasselbe gilt für den schweizerischen Eisenbahnnachlassvertrag und für das Gläubigergemeinschaftsverfahren. Die Ordnung unseres gewöhnlichen Nachlassvertrages lässt eine klare Stellungnahme zu dieser Frage vermissen; immerhin spricht vieles dafür, ihn dieser zweiten Gruppe zuzuzählen.

IV. Wie dem übrigens auch sein mag, so muss sich der Gesetzgeber jedenfalls darüber klar werden, ob er mit dem Zwangsvergleich lediglich das Zustandekommen privater Vergleiche erleichtern oder diese ersetzen will. Für den Schuldner schliesst natürlich der private Nachlassvertrag mannigfache Vorteile in sich, vor allem deswegen, weil er sich mehr in der Stille abwickelt, obschon man sich keinen Täuschungen darüber hingeben darf, dass auch die aussergerichtlichen Sanierungsbestrebungen angesichts der fortschreitenden Entwicklung des kaufmännischen Informationswesens²⁴⁾ vor der Geschäftswelt — und auf diese kommt es ja gerade an — sich nicht geheimhalten lassen. Vom Standpunkte der Gläubigerinteressen aus ist dagegen der private Nachlassvertrag zu verwerfen, dies jedenfalls dann und so lange, als nicht Gewähr dafür besteht, dass neutrale Stellen nach Art der Hotel-Treu-

²³⁾ In der Stickereiindustrie scheinen die privaten Pfandnachlassverträge weniger häufig gewesen zu sein als in der Hotellerie, und zwar deswegen, weil eine in diesem Industriezweige engagierte Bank erklärte, dass sie zu den Opfern, die der Pfandnachlassvertrag von den Gläubigern verlangt, nur auf gerichtlichem Wege Hand bieten könne. Vgl. Geschäftsbericht der Stickerei-Treuhandgenossenschaft für das Jahr 1922/23, S. 12.

²⁴⁾ Vgl. Lehmann, Gläubigerschutz S. 5 ff.

handgesellschaft oder der Stickerei-Treuhandgenossenschaft dabei mitwirken. „On ne s’imagine pas toutes les fraudes et tous les abus,“ — sagt Thaller²⁵⁾ — „qui masquent ces concordats amiables.“ Mag auch vielleicht diese Äusserung des bekannten französischen Juristen einen allzu pessimistischen Anstrich tragen, so ist doch jedem, der in der Praxis gestanden hat, bekannt, dass es bei diesen privaten Nachlassverträgen für den rücksichtslosen Gläubiger nicht schwer hält, geheime Sondervorteile zu erpressen, indem er mit der Zwangsvollstreckung droht, gegen die beim aussergerichtlichen Vergleich kein Schutz besteht. Und so wird oft auch der Schuldner, der seine Gläubiger gleich behandeln möchte, zu solchen Machenschaften Hand bieten, um nicht das ganze Sanierungswerk und damit seine ökonomische Existenz auf das Spiel zu setzen.²⁶⁾ Vor allem aber krankt der private Vergleich daran, dass ihm die zuverlässige Basis fehlt, findet doch weder eine Inventaraufnahme noch eine auch nur ganz summarische Passivenermittlung statt. Die Gläubiger sind vielmehr stets auf die für sie in der Regel nicht nachprüfbaren Angaben des Schuldners angewiesen. Für diesen liegt natürlich die Versuchung sehr nahe, seine Vermögensverhältnisse ungünstiger darzustellen, als sie es wirklich sind, zumal da die Gläubiger erfahrungsgemäss in solchen Situationen sich nur von einem Gedanken, von der Furcht vor dem drohenden Konkurse leiten lassen, und, um diesen zu vermeiden, sich häufig zu den weitgehendsten Opfern bereit erklären. Verhindern lässt sich natürlich bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung der Privatausgleich nicht, und davon, ihn durch positivrechtliche Vorschrift als nichtig zu erklären, wie

²⁵⁾ Les faillites en droit comparé, t. I^{er} p. 217.

²⁶⁾ Vgl. die Schilderungen bei Cahn, a. a. O. S. 712 ff.; Gareis, Zwangsvergleich zur Konkursabwendung, LeipzZ Bd. 6 S. 644 ff.; Jörisen, Die neueste Bewegung zur Einführung des Konkursabwendungsvergleiches, LeipzZ Bd. 7 S. 49 ff.

schon vorgeschlagen worden ist,²⁷⁾ kann wohl vollends nicht die Rede sein. Doch sollte der Gesetzgeber, wenn er sich zur Anerkennung des Zwangsvergleiches entschliesst, diesen wenn immer möglich so zu gestalten suchen, dass er zum regelmässigen Sanierungsmittel wird, und die Privatvergleiche eine für kleine Verhältnisse bestimmte Ausnahme bilden.

II. Die Nachlassvertrags-Massnahmen.

I. Geht man von dem im Eingange des vorigen Abschnittes erörterten Zwecke des Nachlassvertrages aus, so ist die Frage nach der Beschaffenheit der Nachlassvertragsmassnahmen in allgemeiner Formulierung dahin zu beantworten, dass diese Sanierungsmassnahmen sein müssen, bestehend in einer Reduktion der den Schuldner belastenden Verpflichtungen auf ein Mass, das ihm auf absehbare Zeit die Fortexistenz gewährleistet. Ein Blick in die Praxis lehrt jedoch, dass bei uns der Nachlassvertrag nicht nur Sanierungszwecken dienstbar gemacht wird. Schon verhältnismässig kurze Zeit nach dem Inkrafttreten des Gesetzes hat sich da und dort in Anlehnung an das französische Recht der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung²⁸⁾ eingebürgert, der in der Folge trotz des Widerstandes verschiedener Nachlassbehörden sich in allen Kantonen durchzusetzen vermochte.²⁹⁾ Das Concordat

²⁷⁾ Vgl. die bei Pitreich, ZHR Bd. 77 S. 58 zitierte Arbeit von Bloch (Juristische Blätter Jahrg. 1914 S. 454).

²⁸⁾ Über den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung im schweizerischen Recht vgl. Paschoud, l. c. p. 240 ss.; Piccard, Die Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ZschwR n. F. Bd. 35 S. 1 ff.; Doka, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ZschwR n. F. Bd. 45 S. 129 ff.; Jaeger, N. 4 zu Art. 302 SchKG.

²⁹⁾ Bejahend: Archiv Bd. 4 Nr. 5 und 42, Bd. 5 Nr. 6; SJZ Bd. 12 S. 269, Bd. 13 S. 367; ZR Bd. 23 Nr. 25; ZBJV Bd. 59 S. 347. Am längsten haben sich die Nachlassbehörden von Bern und Zürich gesträubt, doch lassen auch sie nunmehr den Liquidationszwangsvergleich zu. Vgl. ZBJV Bd. 35 S. 325, Bd. 41

par abandon de l'actif verfolgt einen dem Präventivakkorde fremden Zweck, geht es doch darauf aus, die vermögensrechtliche Position des Schuldners nicht zu sanieren, sondern zu liquidieren. Es führt somit wirtschaftlich zu demselben Endresultate wie der Konkurs, mit dem einzigen Unterschiede, dass die Liquidation in freieren Formen vor sich geht, keine Ehrenfolgen eintreten können und keine Verlustscheine ausgestellt werden. Dieser Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist eine eigentliche Missgestalt, deren Existenz sich nur mit dem Ungenügen unserer formellen Konkursordnung rechtfertigen lässt. Das Verfahren nach Art. 293 ff. eignet sich denn auch dazu in keiner Weise, indem das dem Liquidationsbeginne vorangehende eigentliche Nachlassverfahren oft kostbare Zeit ungenutzt verstreichen lässt und zu einer Vermehrung der Passiven und zum Schwinden der Aktiven führt. Ganz abgesehen davon, ist der Liquidationsvergleich überhaupt ein unlösbares Problem. Gestaltet man die Liquidation möglichst frei, so ist er für die Gläubigersamtheit viel zu gefährlich, da es sich leicht ereignen kann, dass eine kleine Gläubigergruppe die Herrschaft an sich reisst und zum Schaden ihrer Mitgläubiger ihre egoistischen Ziele verfolgt. Verlangt man dagegen Kautelen zum Schutze der Gläubiger,³⁰⁾ so müssen dies notwendigerweise mehr oder weniger dieselben Kautelen sein, die im

S. 566, Bd. 43 S. 632 einerseits, ZBJV Bd. 59 S. 347 andererseits, sowie ZR Bd. 14 Nr. 11 einerseits, ZR Bd. 23 Nr. 25 andererseits. Das Bundesgericht hat natürlich zu der Frage nicht direkt Stellung nehmen können, da ein ordentliches Rechtsmittel an die Bundesinstanz gegen die Entscheidungen der kantonalen Nachlassbehörden nicht vorgesehen ist, doch hat es in BGE 41 III Nr. 34 unter Preisgabe seines früheren Standpunktes (BGE 31 II Nr. 23) die Zulässigkeit des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung insofern bejaht, als es der Liquidationsmasse kraft eidgenössischen Rechtes die Prozessfähigkeit gleich einer Konkursmasse zuerkannte.

³⁰⁾ Vgl. die grundsätzliche Entscheidung des Bundesgerichtes in BGE 42 III Nr. 81.

Konkurse als notwendig betrachtet werden. So kommt man dann im Grunde genommen zu zwei Konkursverfahren, die nur wenig voneinander abweichen. Dass dies ein Missgriff ist, dürften die in Frankreich mit der Liquidation judiciaire gemachten Erfahrungen zur Genüge dargetan haben.³¹⁾ Und was die wirtschaftlichen Vorteile anlangt, die dem Abandonakkord nachgerühmt werden, so werden diese wohl hin und wieder dadurch aufgewogen, dass die paulianische Anfechtung ausgeschlossen ist und, wie das Bundesgericht kürzlich entschieden hat,³²⁾ die Rechte der Pfandgläubiger nicht angetastet werden dürfen. So ist denn sehr zu wünschen, dass in Zukunft der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung verschwinden wird. Freilich lässt sich dieses Postulat nur in Verbindung mit einer gleichzeitigen Reform des Konkursverfahrens³³⁾ an Haupt und Gliedern in die Wirklichkeit umsetzen.³⁴⁾

II. Die Sanierungsmassnahmen weisen einen verschiedenen Inhalt auf je nach der ökonomischen Situation, in welcher der Schuldner sich befindet.

2. Liegt blosse Illiquidität vor, so wird in der Regel eine auf längere oder kürzere Zeit gewährte Stundung genügen. Verschiedene ausländische Gesetze, so das

³¹⁾ Statt vieler vgl. Lyon-Caen et Renault, l. c. t. VII^e p. 445 ss., sowie Lieblich, a. a. O. S. 389. Viviani erklärte als Justizminister im Jahre 1918 im Senate: „La liquidation judiciaire n'a pas réussi dans notre pays, les statistiques le prouvent . . .“ Cf. Coulet et le Pelletier, l. c. 57.

³²⁾ BGE 53 III Nr. 22.

³³⁾ Vgl. darüber Haab, Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, ZschwR n. F. Bd. 44 S. 284 ff.

³⁴⁾ In der an den vorliegenden Vortrag anschliessenden Diskussion gingen die Ansichten über die Zweckmässigkeit des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung stark auseinander. Während Herr Rechtsanwalt Dr. Kolb den Liquidationsvergleich warm verteidigte, schloss sich Herr Rechtsanwalt Dr. Eugen Curti den Ausführungen des Referenten an.

holländische Gesetz vom 30. September 1893/16. Mai 1925³⁵⁾ und das spanische Gesetz vom 26. Juli 1922³⁶⁾ beschränken den Präventivakkord überhaupt auf diese Massnahme. Auch bei uns ist ein blosser Stundungsvergleich möglich.³⁷⁾ Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass die vom SchKG getroffene Ordnung sich hiezu wenig eignet, und so hat ja auch der Bundesgesetzgeber im Herbst 1914, als solche Stundungsvergleiche in grosser Zahl zu erwarten standen, zunächst durch eine wiederholt revidierte Notverordnung eine besondere allgemeine Betreibungsstundung geschaffen und diese später in erheblich modifizierter Form als Notstundung in die ordentliche Gesetzgebung übergeführt.³⁸⁾ Diese Spezialerlasse sind seinerzeit damit motiviert worden, dass das gemeine Nachlassverfahren für blosser Stundungsvergleiche allzu umständlich sei.³⁹⁾ Diese Auffassung trifft jedoch den Kern der Frage nicht, zumal das Bewilligungsverfahren dadurch eine erhebliche Vereinfachung erfahren hat, dass der Schuldner in diesem Stadium der Prozedur keine Gläubigerzustimmungen mehr beibringen muss. Der Grund des Versagens der gesetzlichen Ordnung im Falle blosser Stundung liegt vielmehr anderswo. Eine der Ursachen muss darin erblickt werden, dass mit dem Momente der Bestätigung des Nachlassvertrages, wo die zur ungestörten Abwicklung des Zustimmungsverfahrens bestehende Nach-

³⁵⁾ Über die holländische „Surséance van betaling“ vgl. Güldenagel, Das holländische Vergleichsverfahren, ZblHR Bd. 1 S. 409 ff.; ferner Freund in ZHR Bd. 60 S. 339 ff. und dort zitierte Literatur.

³⁶⁾ Über die spanische „Suspension de pagos“ vgl. Reinhard, Spanische Geschäftsaufsicht, ZblHR Bd. 2 S. 148 ff.

³⁷⁾ Vgl. Blumenstein, Handbuch S. 919; Jaeger, N. 4 zu Art. 302; Paschoud, l. c. p. 146 s.; Keller, a. a. O. S. 51, insbesondere N. 11.

³⁸⁾ Vgl. die in Note 13 angeführten Erlasse mit Literaturangaben.

³⁹⁾ BBl 1921 I. S. 507 ff.

lassstundung durch die auf Gläubigerzustimmung und Genehmigungsbeschluss beruhende eigentliche Stundung abgelöst wird, die behördliche Aufsicht zu Ende geht und der Schuldner von jeder Dispositionsbeschränkung befreit wird. Diese Ordnung schliesst für die Gläubiger beträchtliche Gefahren in sich, die um so grösser sind, als, sofern kein Widerrufsgrund gegeben ist, die einmal bewilligte Stundung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, mögen die Verhältnisse des Schuldners während der Stundungsdauer noch so grosse Änderungen erfahren oder mag er gar die Stundung dazu missbrauchen, um Aktiven zu verschieben. Unter solchen Umständen können sich die Gläubiger nur durch die Anrufung des Konkurses gemäss Art. 190 Ziff. 1 SchKG schützen, was jedoch oft ihren Interessen auch nicht entsprechen wird. Vergewärtigt man sich diese Rechtslage, so erhellt, dass die geltende Ordnung in verschiedenen Richtungen der Ergänzung bedürftig ist. Zunächst sollte der Schuldner während der ganzen Stundungsdauer der Aufsicht der Nachlassbehörde unterworfen und in seinen Verfügungsbefugnissen in etwelchem Masse eingeschränkt werden; denn eine solche Dispositionsbeschränkung bildet das notwendige Gegenstück zu dem den Gläubigern auferlegten Exekutionsverbote. Sodann sollten die Vermögensverhältnisse des Schuldners einer periodischen Prüfung unterzogen werden. Führt diese zu dem Ergebnisse, dass die Stundung allein zu einer durchgreifenden Sanierung nicht ausreicht, so ist der Schuldner zu verhalten, mit dem Vorschlage eines Erlassvergleiches von neuem an seine Gläubiger zu gelangen. Ergibt sich dagegen, dass die Situation sich günstiger gestaltet hat, als ursprünglich angenommen werden konnte, so ist die Stundung abzukürzen oder der Schuldner zu Ratenzahlungen zu verpflichten. Endlich sollten bestimmte Widerrufsgründe aufgestellt werden, welche sich auf das Verhalten des Schuldners während der Stundungsdauer beziehen. Für alle Einzelheiten können dem erwähnten niederländischen Gesetze wert-

volle Ratschläge entnommen werden.⁴⁰⁾ Andererseits ist die gesetzliche Ordnung für blosse Stundungsvergleiche auch aus dem Grunde nicht geeignet, weil die Stundung alle Kurrentschulden ohne Unterschied erfasst, soweit

⁴⁰⁾ Nach dem erwähnten holländischen Gesetz ernennt das Gericht gleichzeitig mit der Bewilligung des Zahlungsaufschubes einen oder mehrere Verwalter, deren Aufgabe darin besteht, zusammen mit dem Schuldner die Verwaltung über dessen Vermögen zu führen und über die Handhabung der Bestimmungen zu wachen, die das Konkursgericht zur Wahrung der Gläubigerinteressen ausserdem als notwendig befunden hat (Art. 222 des holländischen Konkursgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 16. Mai 1925). Das Gericht kann jederzeit auf Antrag der Verwalter oder des Schuldners oder eines Gläubigers oder von Amtes wegen einen oder mehrere Sachverständige ernennen, die in einer durch das Gericht zu bestimmenden Frist eine Untersuchung über den Stand der Masse vorzunehmen haben (Art. 227). In ihrem Berichte haben die Sachverständigen sich auszusprechen über die Zuverlässigkeit des vom Schuldner vorgelegten Status, sowie über die Frage, ob Aussicht dafür besteht, dass der Schuldner seine Gläubiger wird befriedigen können. Dabei sollen die Sachverständigen wenn möglich auf die Massnahmen hinweisen, welche zur Befriedigung der Gläubiger führen können (Art. 228). Was die Stellung des Schuldners betrifft, so darf er während der Stundung ohne die Mitwirkung, Ermächtigung oder den Beistand der Verwalter über sein Vermögen nicht verfügen. Im Widerspruche zu dieser Bestimmung vorgenommene Handlungen sind für die Masse nicht verbindlich, soweit sie für die Masse nicht von Vorteil sind (Art. 230). Hinsichtlich des Widerrufs ist folgendes vorgesehen: Das Gericht kann auf Antrag der Verwalter oder eines Gläubigers die Stundung widerrufen: 1. wenn der Schuldner sich bei der Verwaltung der Masse eine Unredlichkeit hat zuschulden kommen lassen, 2. wenn er seine Gläubiger zu benachteiligen versucht, 3. wenn er ohne Ermächtigung der Verwalter über sein Vermögen verfügt, 4. wenn er es unterlässt, die Anordnungen zu befolgen, die das Gericht bei der Bewilligung der Stundung angeordnet hat, oder das zu tun, was nach Ansicht der Verwalter von ihm im Interesse der Masse getan werden muss, 5. wenn während des Zahlungsaufschubes der Stand der Masse sich derartig verändert hat, dass die Aufrechterhaltung des Aufschubes im Interesse der Gläubiger nicht länger wünschenswert erscheint. Gleichzeitig mit dem Widerruf der Stundung kann das Gericht die Konkurseröffnung aussprechen (Art. 236).

sie nicht privilegiert sind. Diese Regelung ist viel zu wenig elastisch und kann unter Umständen den Gläubigern des Schuldners ernstliche Verlegenheiten bereiten, so namentlich etwa den Gläubigern von Unterhaltsansprüchen. Mit Rücksicht darauf sollten von Gesetzes wegen gewisse Kategorien von Kurrentforderungen von der Stundung ausgenommen werden, wie z. B. Unterhaltsleistungen, Miet- und Pachtzinsen, Forderungen kleinen Betrages usw.^{40a)} Unsere Gesetzgebung hat die beiden soeben entwickelten Postulate verwirklicht, jedoch bedauerlicherweise nur in der bloss in Krisenzeiten anwendbaren Notstundung.⁴¹⁾ Statt einen neuen Nachlassvertragstyp zu schaffen, hätte man besser getan, das gemeine Nachlassvertragsrecht auszubauen und die jetzt nur für die Notstundung geltenden Bestimmungen über die Wirkung der Stundung auf alle Stundungsvergleiche auszudehnen. So muss man sich eben mit der Hoffnung bescheiden, dass diese Unterlassung in einem neuen Gesetze gutgemacht werde.

2. In der grossen Mehrzahl aller Fälle wird jedoch die ökonomische Situation des Schuldners so beschaffen sein, dass ein blosser Exekutionsschutz zur Sanierung nicht hinreicht, sondern die Gläubiger weitergehende Opfer bringen und auf einen Teil ihrer Forderungen Ver-

^{40a)} Nach dem holländischen Gesetze sind von der Stundung ausgenommen: 1. eine ganze Anzahl von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen, 2. die pfandversicherten Ansprüche, 3. die Ansprüche auf Unterhalts- und Erziehungskosten von Minderjährigen, sowie andere Ansprüche auf gesetzlich geschuldete Unterhaltskosten bis zu dem durch das Gericht zu bestimmenden Betrage, 4. Miet- und Pachtzinsforderungen, 5. die Lohnforderungen der Arbeiter, sowie die Schadenersatzansprüche der Arbeiter aus gesetzwidriger Beendigung des Dienstverhältnisses, 6. die Ansprüche aus Lieferungen an den Schuldner während der letzten sechs Monate vor dem Aufschube, soweit sie den notwendigen, gewöhnlichen Unterhalt des Schuldners und seiner Familie betrafen (Art. 233).

⁴¹⁾ Art. 317 a ff., insbesondere Art. 317 h—317 k und Art. 317 m SchKG.

nicht leisten müssen. Daher muss der Nachlassvertrag, will er sein Ziel erreichen, auch solche Eingriffe in die Gläubigerrechte gestatten. Diese Auffassung wird freilich nicht von allen Gesetzgebungen geteilt. Die erwähnten Gesetze Spaniens und der Niederlande, sowie die deutsche Geschäftsaufsicht erschöpfen sich in Stundungsmassnahmen. Dies ist wirtschaftlich nicht unbedenklich; denn eine solche Ordnung kann dazu führen, dass die Behörde, nur die Gegenwart ins Auge fassend, dem Schuldner eine Stundung gewährt, um ihn vor dem unmittelbar drohenden Konkurs zu bewahren, obschon eine Sanierung mittelst eines blossen Exekutionsschutzes nicht erzielt werden kann. So ist es dann leicht möglich, dass die Stundung den Konkurs nur hinausschiebt, wodurch die Verluste der Gläubiger vergrössert werden, ganz abgesehen davon, dass auch im Interesse des Schuldners das Ende mit Schrecken dem Schrecken ohne Ende vorzuziehen wäre. An dieser Klippe ist bei uns die allgemeine Betreibungsstundung gescheitert, und aus diesem Grunde wird auch die Notstundung versagen.⁴²⁾ Unser Gesetz hat daher mit Recht einen eigentlichen Nachlassvertrag geschaffen, wobei die nachgelassene Forderungsquote weder als

⁴²⁾ Um der allzu milden Handhabung der Vorschriften der Kriegsnovelle durch die kantonalen Nachlassbehörden Einhalt zu gebieten, sah die Verordnung vom 16. Dezember 1916 die Weiterziehung der kantonalen Entscheide in Betreibungsstundungssachen an das Bundesgericht vor. Die Notwendigkeit dieser Neuerung ist durch die praktischen Erfahrungen vollauf bestätigt worden. Im Jahre 1917 sind gegen die von den kantonalen Instanzen ausgesprochenen Stundungsbewilligungen und Stundungsverlängerungen durch die betroffenen Gläubiger beim Bundesgerichte 29 Rekurse eingelegt worden, von denen dieses 28 gutgeheissen hat (vgl. Geschäftsbericht des Bundesgerichtes für das Jahr 1917, BBl 1918 I S. 446). Das Sprichwort „Quinquenellen gehören in die Höllen“ ist auch heute noch wahr. Vgl. auch Thaller, *Les faillites en droit comparé*, t. I^{er} p. 257: „En effet quoique très séduisant à première vue, le système des sursis des paiements offre de nombreux défauts qui suscitent à son endroit une défiance méritée.“

Naturalobligation bestehen bleibt,⁴³⁾ noch gar nach dem Vorbilde der belgischen Gesetzgebung den Gläubigern für den Fall *du retour à meilleure fortune* ein Nachforderungsrecht vorbehalten bleibt;⁴⁴⁾ denn dieses Nachforderungsrecht hat sich nicht bewährt.⁴⁵⁾ Selbstverständlich braucht im konkreten Falle das Opfer der Gläubiger nicht bis zum völligen Verzicht zu gehen; dies gilt besonders für die Nachlassverträge von Aktiengesellschaften, wo mit der Abfindung der Gläubiger mit Prioritätsaktien gute Erfahrungen gemacht worden sind.

⁴³⁾ Die Frage, ob eine Naturalobligation zurückbleibe, ist freilich nicht unbestritten. Verneinend: Blumenstein, Handbuch S. 919; Jaeger, N. 3 zu Art. 311 SchKG (abweichend von der 1. und 2. Auflage); Becker, Kommentar zum Obligationenrecht, S. 5; BGE 28 II Nr. 68 (im Gegensatze zu BGE 26 II Nr. 99); anderer Ansicht: Keller, a. a. O. S. 103; Paschoud, l. c. p. 154; Meili, Lehrbuch des internationalen Konkursrechtes, 1909, S. 218, und wohl auch v. Tuhr, OR, Bd. II S. 32. In Deutschland, Frankreich und Österreich wird vorwiegend die Existenz einer Naturalobligation angenommen, vgl. E. Jäger, Anm. 5 zu § 193 RKO; Seuffert, Konkursprozessrecht, 1899, S. 443; Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechtes, 1903, S. 288 f.; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 7. Aufl. 1920 Bd. I 2 S. 11; Lucas, Die neue Vergleichsordnung, 1927, N. IV zu § 73 VglO; Lyon-Caen, l. c. t. VII^e p. 659; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 1921, t. II^e p. 121; Bartsch und Pollak, a. a. O. Anm. 9 zu § 53 AusgLO; Lehmann, a. a. O. S. 238; Ehrenzweig, System des allgemeinen österreichischen Privatrechtes, 1928, Bd. II 1 S. 7.

⁴⁴⁾ Loi relative au concordat préventif de la faillite vom 29. Juni 1887, Art. 25. Selbstverständlich kann auch bei uns, wie es in Frankreich häufig geschieht (vgl. Lyon-Caen, l. c. t. VII^e p. 659), ein solches Nachforderungsrecht im Nachlassvertrage vorgesehen werden. Insofern erscheint Art. 53 Abs. 1 VZEG als überflüssig, wonach der Nachlassvertrag bestimmen kann, dass ein zu bezeichnender Teil des Reinertrages der Unternehmung den Gläubigern zukommt, welche im Nachlassvertrag einen Verzicht geleistet haben, jedoch höchstens bis zum Ausgleich des durch den Nachlass erwachsenen Verlustes.

⁴⁵⁾ Zitiert bei Lieblich, a. a. O. S. 387/8; ferner Pitreich, ZHR Bd. 77 S. 76.

III. Mit der Gestaltung der Nachlassvertragsmassnahmen steht die Frage in engstem Zusammenhange, welche Gläubigerkategorien vom Verfahren betroffen werden. Sozusagen alle Gesetze beantworten diese Frage dahin, dass das Nachlassverfahren nur die Gläubiger V. Klasse, nicht dagegen die privilegierten Gläubiger, geschweige denn die Pfandgläubiger erfassen kann.⁴⁶⁾ Diese Beschränkung auf die laufenden Schulden bringt es mit sich, dass unter Umständen wirtschaftlich durchaus lebensfähige Unternehmungen nicht saniert werden können, nämlich alle diejenigen, deren Schuldenlast zur Hauptsache aus fälligen oder in absehbarer Zeit fällig werdenden Hypothekarschulden besteht. Auch diese Schulden sind natürlich der Nachlassstundung unterworfen, doch können sie, sobald die Bestätigung rechtskräftig geworden ist, wieder in Betreibung gesetzt werden.⁴⁷⁾ So kommt es denn auch nicht selten vor, dass, kaum ist der Nachlassvertrag genehmigt, die Liegenschaften, deren der Schuldner zum Betriebe seines Gewerbes bedarf, in der Pfandbetreibung verwertet werden, wodurch der Zweck des Nachlassvertrages vereitelt wird. Dieses Problem ist für uns von grosser Bedeutung, da zwei in unserem Wirtschaftsleben sehr wichtige Unternehmenskategorien, nämlich die privaten Eisenbahnen⁴⁸⁾ und die Hotellerie⁴⁹⁾ in ihrer

⁴⁶⁾ Deutschland KO § 173, Vergleichsordnung § 2; Österreich KO § 150, Ausgleichsordnung § 46; Italien CCom Art. 834, Ges. vom 24. Mai 1903 Art. 14, Progetto Art. 845, 679; Frankreich CCom Art. 508, Ges. vom 2. Juli 1919 Art. 11. Betreffend das schweizerische Recht vgl. Art. 311 SchKG, Jaeger, N. 4 zu diesem Artikel, sowie Blumenstein, Handbuch S. 922, insbesondere N. 11.

⁴⁷⁾ BGE 49 III Nr. 11.

⁴⁸⁾ Im Jahre 1913 erreichten die festen Anleihen der Privatbahnen einen Betrag von Fr. 328,840,121.—, während die Forderungen der übrigen Gläubiger sich auf Fr. 57,251,496.— beliefen. Die Eisenbahnstatistik scheidet allerdings bei den festen Anleihen die pfandversicherten und die unversicherten Anleihen nicht aus, doch dürfte nahezu der ganze Anleihensbetrag durch

ökonomischen Struktur die Besonderheit aufweisen, dass, im Gegensatz zu den Handels- und Fabrikbetrieben, die pfandversicherte Schuldenlast die Kurrentschulden in der Regel um ein Vielfaches übersteigt, weshalb der gemeine Nachlassvertrag zur Sanierung dieser Unternehmungen nicht brauchbar ist. Dies haben die zuständigen Behörden auch eingesehen. Als die durch den Krieg verursachten wirtschaftlichen Erschütterungen für die Eisenbahnen ein Sanierungsverfahren notwendig machten,

Eisenbahnhypotheken sichergestellt sein. Die Verhältnisse bei einzelnen Bahnen, die saniert wurden, ergeben folgendes Bild: Brunnen-Morschach-Bahn, Bilanz per 31. Dezember 1917: Pfandversicherte Schulden Fr. 774,712.50, laufende Schulden Fr. 48,571.12 (BGE 44 III Nr. 55). Sonnenbergbahn, Bilanz per 30. September 1919: Pfandversicherte Schulden Fr. 276,000.—, laufende Schulden Fr. 74,021.65 (BGE 45 III Nr. 35). Arth-Rigi-Bahn, Bilanz per 31. Dezember 1918: Pfandversicherte Schulden Fr. 3,303,450.—, laufende Schulden Fr. 352,954.— (BGE 45 III Nr. 40). Interlaken-Harder-Bahn, Bilanz per 31. Dezember 1919: Pfandversicherte Schulden Fr. 908,716.—, laufende Schulden Fr. 94,948.— (BGE 46 III Nr. 7). Vgl. auch Bulletin Financier Suisse 1915 Nr. 25.

⁴⁹⁾ Vgl. Gurtner, Zur Verschuldung des schweizerischen Hotelgewerbes, Diss. Bern 1918; Gurtner, Die Ertragsfähigkeit des schweizerischen Hotelgewerbes, ZStat 1919 S. 171 ff. Nach einer dem Verf. zur Verfügung gestellten Zusammenstellung der schweizerischen Hotel-Treuhandgesellschaft hat diese bis zum 31. Oktober 1923 102 Betriebe saniert. Aus der Gesamtbilanz aller dieser Betriebe ergibt sich, dass einer Hypothekarkapitalschuld von 35 Millionen (plus 5,2 Millionen rückständige Zinsen) gegenüberstanden: unversicherte Darlehen im Betrage von 8,3 Millionen und andere Kurrentschulden im Betrage von 3,3 Millionen. Ähnlich liegen die Verhältnisse in der Stickerei, weshalb der Bundesrat mit BRB vom 22. November 1922 (aufgehoben durch BRB vom 2. März 1928) die VO vom 18. Dezember 1920 auf die Stickereiindustrie anwendbar erklärt hat. Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine staatliche Hilfeleistung an die schweizerische Stickereiindustrie vom 9. Oktober 1922, BBl 1922 III S. 350 ff., insbesondere S. 358/9. Vgl. auch Bartholdi, Wesen und Bedeutung der Schiffli-Einzelstickerei in der Schweiz und ihre Lage während des Krieges und der Nachkriegszeit. Diss. Zürich 1922, S. 204.

war man sich von vorneherein darüber im klaren, dass ihnen mit der Anwendung des nur die Kurrentgläubiger erfassenden Nachlassvertrages gemäss SchKG nicht geholfen wäre. Es ist daher für sie durch das Bges. vom 25. September 1917 ein besonderes Nachlassverfahren geschaffen worden, das durch die Anerkennung eines Gruppensystems seine Wirkungen auf die Hypothekargläubiger ausdehnt.⁵⁰⁾ Ebenso mussten besondere Massnahmen getroffen werden für die notleidende Hotellerie. Hier führte der Weg von der Hotelstundung über die Pfandstundung zum Pfandnachlassvertrag.⁵¹⁾ Endlich ist der erwähnte Grundsatz, wonach die Pfandgläubiger zu einem Opfer nicht gezwungen werden können, unabhängig von der Eisenbahn- und der vorübergehenden Hotelschutzgesetzgebung in der Verordnung über die Gläubigergemeinschaft bei Anlehensobligationen vom 20. Februar 1918 durchbrochen worden, die im Zusammenhange mit der Revision des Obligationenrechtes als Teil des Wertpapierrechtes in die ordentliche Gesetzgebung übergeführt werden soll.⁵²⁾ Nach Gläubigergemeinschaftsrecht können auch die pfandversicherten Anlehensgläubiger gezwungen werden, zur Sanierung das Ihrige beizutragen. Freilich darf ihnen — wenigstens nach dem Entwurfe — auch ein teilweiser Verzicht auf das Kapital nicht zugemutet werden,⁵³⁾ dagegen besteht die Möglichkeit, dem Schuldner

⁵⁰⁾ Über die Anwendung dieses Gesetzes vgl. BGE 44 III Nr. 55, BGE 45 III Nr. 27 und Nr. 40, BGE 47 III Nr. 32 und 35, BGE 49 III Nr. 54 und 60.

⁵¹⁾ Vgl. die in Note 13 angeführten Erlasse und die dort zitierte Literatur.

⁵²⁾ Entwurf I, Art. 888—918, Bericht dazu, S. 200; Entwurf II, Art. 998—1024, Bericht dazu S. 152 ff.; Protokoll der Expertenkommission, S. 820 ff.; Entwurf, Art. 1103—1129, Botschaft S. 142 ff.

⁵³⁾ Nach der VO vom 20. Februar 1918, Art. 16 Ziff. 11, ist ein „Verzicht auf den Kapitalanspruch der Anlehensgläubiger bis zu dem Betrage, der den höchsten, in den letzten zehn Jahren erreichten Wert der Obligationen übersteigt“ möglich. Der Entwurf II hat Art. 16 Ziff. 11 fallenlassen, da „die praktische

in anderer Weise Erleichterungen zu gewähren durch Verzicht auf rückständige Zinsen, Umwandlung des festen in einen variablen Zinsfuss, Hinausschiebung der Rückzahlungstermine, Umwandlung der Obligationen in Prioritätsaktien und dergleichen mehr. Infolge der Anerkennung des Prinzipes der Gläubigergemeinschaft ist nun aber die sehr unbefriedigende, ja geradezu stossende Situation entstanden, dass der Schuldner, der ein pfandversichertes Anleihen ausgegeben hat, durch Anrufung der Gläubigergemeinschaftsverordnung von der Pfandverwertung verschont bleibt, während der gewöhnliche Pfandschuldner von der existenzvernichtenden Zwangsliquidation des Pfandes nicht bewahrt werden kann, weil nach dem Gesagten der gemeine Nachlassvertrag, der ihm allein zu Gebote steht, sich nicht auf die Hypothekarschulden erstreckt. Dieser Zustand verlangt dringend nach einer Lösung, und diese kann nur darin bestehen, dass die Möglichkeit der Einbeziehung der Pfandgläubiger in den gewöhnlichen Nachlassvertrag geschaffen wird. Dabei muss freilich um des Hypothekarkredites willen mit grosser Vorsicht zu Werke gegangen werden. Aus diesem Grunde fällt die Übernahme aller Massnahmen des Pfandnachlassverfahrens in die ordentliche Gesetzgebung als viel zu weitgehend von vorneherein ausser Betracht. Gleich wie nach Gläubigergemeinschaftsrecht, so soll auch im gewöhnlichen Nachlassverfahren den Gläubigern ein Forderungsverzicht nicht auferlegt werden können, vielmehr dürfte es bei der Möglichkeit einer Pfandstundung und gegebenenfalls bei der zeitweisen Unverzinslichkeit des nach der Schätzung nicht gedeckten Pfandkapitals⁵⁴⁾ sein Bewenden haben.

Bedeutung der Vorschrift nicht in einem richtigen Verhältnis ist mit ihrem moralischen Eindruck“. Bericht zu E. II S. 159, Protokoll S. 841.

⁵⁴⁾ Kapitalstundung und Unverzinslichkeit der ungedeckten Kapitalforderungen waren schon in der VO vom 25. Oktober 1917 vorgesehen (Art. 2 ff.). Diese Massnahmen sind sodann von der Verordnung vom 18. Dezember 1920 übernommen worden (Art. 8—15).

Jedenfalls muss aber in dieser Richtung etwas geschehen.⁵⁵⁾

III. Die Voraussetzungen des Nachlassvertrages.

Hinsichtlich der Voraussetzungen des Nachlassvertrages ist zu untersuchen: einerseits, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit auf das Verfahren überhaupt eingetreten werden kann, und andererseits, von welchen Erfordernissen die Genehmigung des Nachlassvertrages abhängig gemacht werden soll.⁵⁶⁾ Dem vorgängig bedarf jedoch die prinzipielle Frage der Beantwortung, ob dem Requisite der Würdigkeit des Schuldners in der einen oder in der andern Form eine Bedeutung beizumessen ist.

I. Die meisten ältern Nachlassvertragsgesetze setzen die Würdigkeit des Schuldners voraus. So betrachtet das SchKG den Nachlassvertrag als eine Rechtswohltat, die den ehrlichen Schuldner vor den Folgen der Auspfändung und des Konkurses schützen soll.⁵⁷⁾ In Italien muss der Schuldner — und zwar nach dem Gesetze sowohl als nach dem Entwurfe — *meritevole del beneficio del concordato* sein.⁵⁸⁾ Die belgische Gesetzgebung erblickt

⁵⁵⁾ In der an den Vortrag anschliessenden Diskussion wurden freilich gegen diesen Vorschlag Bedenken geäussert vom Vorsitzenden, Herrn Dr. Faas, sowie von Herrn Dr. Däniker, Direktor der Zürcher Kantonalbank. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass durch den Eisenbahnnachlassvertrag sowohl als durch das Gläubigergemeinschaftsverfahren der Grundsatz durchbrochen worden ist, wonach der Zwangsvergleich die Rechte der Pfandgläubiger nicht soll antasten dürfen. Wenn aber der Hypothekarkredit die Beeinträchtigung der Rechte der Gläubiger pfandversicherter Anleihen verträgt, so sollte es auch möglich sein, den gewöhnlichen Pfandgläubigern Opfer in dem oben genannten Umfange aufzuerlegen.

⁵⁶⁾ Über das Verfahren vgl. Abschnitt IV S. 202 ff. hiernach.

⁵⁷⁾ Keller, a. a. O. S. 127; Jaeger, N. 2 A zu Art. 293 SchKG.

⁵⁸⁾ Gesetz vom 24. Mai 1903, Art. 3 und 20, Progetto, Art. 664 und 685. — Nach italienischem Recht darf der Richter auf das Gesuch überhaupt nicht eintreten, wenn der Antragsteller wegen

im Nachlassvertrage ebenfalls eine Einrichtung zum Schutze des débiteur malheureux et de bonne foi.⁵⁹⁾ Die neue österreichische Ausgleichsordnung dagegen vermeidet derartige allgemeine Formulierungen;⁶⁰⁾ sie hebt „entsprechend der geänderten Ansicht über die Bedeutung des Würdigkeitsmomentes“ lediglich einige Tatbestände hervor, deren Verwirklichung einen Unzulässigkeitsgrund bildet.⁶¹⁾ Diese moderne Auffassung verdient entschieden

einer der in Art. 816 Abs. 2 CCom vorgesehenen strafbaren Handlung verurteilt worden ist (betrügerischer Bankrott, Fälschung, Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Veruntreuung bei der Verwaltung öffentlicher Gelder), oder wenn er die in einem früheren Vergleichsverfahren übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt hat, oder wenn er, nachdem über sein Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist, nicht Kapital, Zins und Kosten aller im Konkurs angemeldeten Forderungen bezahlt, oder wenn er die von ihm bei einem Nachlassvertrag im Konkurs übernommenen Verpflichtungen nicht vollständig erfüllt hat. Ebenso kann das Verfahren nicht eröffnet werden, wenn der Schuldner flüchtig ist, sein Warenlager geschlossen hat, Aktiven verheimlicht oder die Masse zum Schaden der Gläubiger vermindert. Die Frage der Würdigkeit wird sodann im Bestätigungsverfahren nochmals geprüft.

⁵⁹⁾ Vgl. Lieblich, a. a. O. S. 362; Freund, ZHR Bd. 60 S. 77.

⁶⁰⁾ Lehmann, Kommentar zur AusgLO S. 37.

⁶¹⁾ Nach der österreichischen Ausgleichsordnung ist das Verfahren unzulässig, 1. solange der Schuldner flüchtig ist oder wenn er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wegen betrügerischer Krida rechtskräftig verurteilt worden ist, 2. wenn innerhalb eines Jahres vor Stellung des Antrages ein Ausgleichsverfahren eingestellt oder beendet worden ist, 3. wenn innerhalb derselben Zeit im Konkurse des Schuldners ein Zwangsausgleichsantrag abgelehnt oder vom Schuldner nach der öffentlichen Bekanntmachung zurückgezogen oder wenn der Zwangsausgleich vom Gerichte nicht bestätigt oder endlich der Konkurs nach § 157 KO aufgehoben worden ist (§ 3 AusgLO). Vgl. demgegenüber die schweizerische Praxis, wonach das Gesuch beispielsweise abgelehnt wird, wenn „der Vermögensverfall auf gewagte Spekulationen, leichtsinnige Bürgschaften und luxuriöses Leben zurückzuführen ist,“ Jaeger, N. 4 zu Art. 294 SchKG. — Die deutsche Vergleichsordnung nimmt eine Mittelstellung ein; auch sie hebt einzelne Tatbestände hervor (§§ 22 und 23), bedient sich jedoch

den Vorzug. Der Nachlassvertrag ist eben, richtig aufgefasst, keine Rechtswohltat, sondern eine im allgemeinen Interesse geschaffene Einrichtung, mittelst deren die prekär gewordene Vermögenslage des Schuldners in bestmöglicher Weise saniert werden soll.⁶²⁾ Ist einmal die Insolvenz vorhanden, so bietet die Frage, auf welche Ursachen sie zurückzuführen ist, juristisch nur noch ein sehr geringes Interesse. Statt den Ursachen des Vermögensverfalles nachzugehen, ist es viel wichtiger, den Weg zu finden, der eine wirtschaftlich möglichst vorteilhafte Behebung der Insolvenz gestattet. Der Begriff der persönlichen Würdigkeit ist übrigens auch viel zu verschwommen, als dass er ein juristisch brauchbares Kriterium abgeben könnte, zumal da die Ursachen wirtschaftlicher Zusammenbrüche meist so komplex sind, dass in einem summarischen Verfahren schlechthin nicht festgestellt werden kann, in welchem Umfange vom Schuldner unabhängige Faktoren mitgewirkt haben, und in welchem Umfange sein eigenes Verhalten verantwortlich

sehr allgemeiner Formulierungen, so insbesondere in § 22 Ziff. 4, wonach die Eröffnung des Verfahrens abzulehnen ist, wenn sich . . . ergibt, dass der Schuldner seinen Vermögensverfall durch Unredlichkeit oder Leichtsinns herbeigeführt hat. Vgl. aber auch die begründeten Bedenken von Lucas, a. a. O. S. 12.

⁶²⁾ In diesem Sinne schon Schweppe, Das System des Konkurses der Gläubiger, 1829, S. 29: „Sowohl das Moratorium, als der Nachlassvertrag sind nach gemeinem Recht mehr zum Besten der Gläubiger, um diese mit den Nachteilen des Konkurses zu verschonen, als zum Besten des Schuldners eingeführt, obgleich Partikularrechte oft den umgekehrten Gesichtspunkt haben und alsdann viel auf den in Rücksicht der Anwendungsmittel des Konkurses gemeinrechtlich ziemlich gleichgültigen Umstand geben, ob der Schuldner ein mutwilliger, leichtsinniger oder unglücklicher Fallit ist und letzteres oft zur Bedingung der Entscheidung durch Stimmenmehrheit machen.“ — Aus der neueren Literatur vgl. Lehmann, Gläubigerschutz, S. 135; Oetker, Zur Reform der Konkursordnung, DJZ Bd. 16 S. 756, vor allem Lieblich, a. a. O. S. 363/4 und 398; a. M.: E. Jäger, Der Vergleich zur Abwendung des Konkurses, DJZ Bd. 10 S. 756; Heusler, Referat über konkursrechtliche Fragen für den Schweiz. Juristentag 1882, S. 15.

gemacht werden muss. Statt auf die persönliche Würdigkeit des Schuldners sollte viel mehr auf die Sanierungswürdigkeit des Unternehmens abgestellt werden, derart, dass Unternehmungen, die im Wirtschaftsleben keine Existenzberechtigung haben, vom Nachlassvertrage ausgeschlossen werden.⁶³⁾ Freilich kann man um der Geschäftsmoral willen von persönlichen Voraussetzungen nicht ganz abstrahieren, doch darf die Zulassung zum Nachlassvertrage nicht wegen allgemeiner Unwürdigkeit, sondern nur aus ganz bestimmten, auch wirtschaftlich zu rechtfertigenden Gründen versagt werden. So wird es also nicht zu vermeiden sein, dass bei einer Änderung des SchKG auch die Grundauffassung über das Wesen des Nachlassvertrages einer Revision unterzogen und dieser mehr von ökonomischen Gesichtspunkten aus gewürdigt werden muss.

II. Zur Anhandnahme des Verfahrens ist jedenfalls

1. ein Antrag des Schuldners erforderlich, indem die Eröffnung des Verfahrens ex officio ausser Betracht fällt. Dem Antrage hat der Schuldner einen konkreten Sanierungsvorschlag beizufügen, dem jedoch nur die Bedeutung eines Entwurfes zukommt; denn das Projekt, das den Gläubigern vorgelegt werden soll, kann endgültig erst auf Grund von Inventar und Schuldenruf unter Mitwirkung der Nachlassbehörde festgestellt werden. Fraglich kann dagegen sein, ob man auch die Gläubiger zur Anrufung des Nachlassverfahrens legitimiert erklären will, dies zumal dann, wenn man den Nachlassvertrag nicht als eine um des Schuldners willen, sondern als eine im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse geschaffene Einrichtung auf-

⁶³⁾ Wenn in letzter Zeit aus Kreisen der Geschäftswelt oft kritische Stimmen über die geltende Nachlassvertragspraxis laut geworden sind, so dürfte die Ursache nicht zuletzt darin zu suchen sein, dass die Nachlassbehörden das Moment der Sanierungswürdigkeit zu wenig beachten und dann und wann Nachlassverträge bestätigen, obschon auf die Dauer der Konkurs nicht zu vermeiden ist.

fasst. In der Tat hat die infolge einer schweren Wirtschaftskrise anfangs der sechziger Jahre in Österreich erlassene Notgesetzgebung ein solches Antragsrecht der Gläubiger anerkannt.⁶⁴⁾ Diese Ordnung ist indessen nirgends nachgeahmt worden und wohl mit Recht, ist es doch schliesslich in erster Linie Sache des Schuldners, das Verfahren in Gang zu bringen. Abgesehen davon wird er sich einem begründeten Begehren seiner Gläubiger, das Nachlassverfahren einzuleiten, nicht widersetzen, so dass auch praktisch für ein Antragsrecht der Gläubiger kein Bedürfnis besteht.

2. Erheblich wichtiger ist dagegen die weitere Frage, wie die Vermögensverhältnisse des Schuldners beschaffen sein müssen, damit er an die Nachlassbehörde gelangen kann. Die österreichische und die deutsche Gesetzgebung verlangen Konkursreife, d. h. bei natürlichen Personen Zahlungsunfähigkeit und bei juristischen Personen Überschuldung.⁶⁵⁾ Ähnlich verhält es sich beim französischen *règlement transactionnel*; dieses setzt zwar nicht die *cessation des paiements* voraus, die nach dem Code de commerce den Konkursgrund bildet, sondern es genügt, *que le débiteur ne peut faire face à ses paiements*,⁶⁶⁾ d. h. dass er zahlungsunfähig ist, wobei aber die Insolvenz sich nicht in der Form der Zahlungseinstellung zu äussern braucht. Auch unser Eisenbahnnachlassvertragsrecht steht auf diesem Boden, indem nach Art. 51 Bges. vom 25. September 1917 das Bundesgericht auf das Gesuch nur eintreten kann, wenn das Unternehmen zahlungsunfähig ist. Das SchKG dagegen enthält sich der positiven Ordnung dieser Frage. Dieses Schweigen des Gesetzes ist richtigerweise dahin auszulegen, dass die Nachlassbehörde das Begehren soll an die Hand nehmen dürfen, schon bevor

⁶⁴⁾ Lehmann, Kommentar zur österreich. AusglO, S. 5; Freund, ZHR Bd. 60 S. 83 f.

⁶⁵⁾ Österr. AusglO § 1 Abs. 1, Deutsche VerglO § 1 Abs. 1 und 2.

⁶⁶⁾ Loi du 2 juillet 1919, art. 1.

es zum status cridae gekommen ist, wenn also die ökonomischen Schwierigkeiten sich zwar noch nicht bis zur Insolvenz bzw. Insuffizienz⁶⁷⁾ entwickelt haben, deren Eintritt aber in absehbarer Zeit zu erwarten steht. An diesem Grundsatz, der positiv ausgesprochen zu werden verdient, ist de lege ferenda unbedingt festzuhalten; denn je früher der Schnitt in die Gläubigerrechte gemacht wird, desto weniger tief muss er gehen. Die deutsch-österreichische Ordnung ist zwar energisch verteidigt worden mit dem Hinweise darauf, dass die Konkursreife das einzig sichere Kriterium bilde.⁶⁸⁾ Diese Argumentation ist jedoch nicht durchschlagend; denn so viel Vertrauen wird man dem pflichtgemässen Ermessen der Nachlassbehörde schenken dürfen, dass sie das Verfahren nicht zulässt, wenn keine Sanierungsbedürftigkeit vorliegt. Zudem sorgt auch die Notwendigkeit der Gläubigerzustimmung dafür, dass der Nachlassvertrag nicht zu einer Schuldenabschüttelung missbraucht werden kann. Andererseits sollte die Vermögenslage des Schuldners im Eintretensverfahren auch insofern in Betracht gezogen werden, als dem Gesuche dann keine Folge zu geben ist, wenn sich schon in diesem Verfahrensstadium ergibt, dass das Unternehmen überhaupt nicht sanierbar ist, so namentlich etwa deswegen, weil die im Nachlassverfahren rechtlich möglichen Massnahmen zur Sanierung nicht ausreichen können. So wäre zum Beispiel unter der Voraussetzung, dass auch in Zukunft der Nachlassvertrag auf die Kurrentschulden beschränkt bleibt, das Eintreten abzulehnen, wenn fällige oder in absehbarer Zeit fällig werdende Pfandschulden in grösseren Beträgen vorhanden sind und die Pfandgläubiger nicht freiwillig zu einer Prolongierung ihr Einverständnis

⁶⁷⁾ Über diese Begriffe vgl. Haab, Probleme der Revision des SchKG, ZschwR n. F. Bd. 44 S. 263.

⁶⁸⁾ Vgl. Koepfel, ZblHR Bd. I S. 40; Cahn, ebenda S. 89; Bartsch, ZHR Bd. 77 S. 40; amtliche Begründung der deutschen VerglO zit. bei Lucas, a. a. O. S. 16; a. M.: vor allem E. Jäger, DJZ Bd. 31 S. 28; Lehmann, Gläubigerschutz S. 128/9.

erklärt haben; denn andernfalls hätte ja der Nachlassvertrag nur eine wirtschaftlich nicht zu rechtfertigende Hinausschiebung der Zwangsliquidation zur Folge. Von dieser Überlegung hat sich auch das Bundesgericht in seiner Sanierungspraxis leiten lassen. Es hat den notleidenden Eisenbahnunternehmungen bewusst das Gläubigergemeinschaftsverfahren verschlossen und sie auf den Nachlassvertrag verwiesen, wenn es auf Grund der Prüfung der Vermögensverhältnisse des Schuldners die Überzeugung gewonnen hatte, dass die nach Gläubigergemeinschaftsrecht möglichen Massnahmen eine durchgreifende Sanierung nicht herbeizuführen vermögen.⁶⁹⁾

3. Art. 293 SchKG verlangte in seiner ursprünglichen Fassung, dass der Schuldner mit dem Nachlassgesuche die schriftliche Zustimmung der Gläubigermehrheit nach Köpfen und nach Summen berechnet beibringe, wobei diese Zustimmungserklärungen zum Nachlassvertragsentwurfe nicht zur Annahme des Nachlassvertrages verpflichteten. Durch die Verordnungen vom 27. Oktober 1917 und 18. Dezember 1920 ist diese Vorschrift vorläufig und durch Gesetz vom 3. April 1924 endgültig aufgehoben worden.⁷⁰⁾ Interessanterweise hat die deutsche Vergleichsordnung eine Bestimmung gleichen Inhaltes wie die bei uns eliminierten Absätze 2 und 3 von Art. 293 aufgenommen.⁷¹⁾ Dieses sog. aussergerichtliche Vorstadium des Vergleiches wird im Kommentar von Lucas zur neuen Vergleichsordnung (S. 7) geradezu als „das Kernstück“ des deutschen Präventivakkordes gepriesen. Indes konnten selbstverständlich dem deutschen Gesetzgeber die damit verbundenen Nachteile nicht entgehen. Dieses Vorstadium schliesst zunächst die Gefahr in sich, dass die aussergerichtlichen Unterhandlungen durch Konkursbegehren gestört werden. Diese Gefahr ist nach dem deutschen Rechte um so grösser, als dieses eine Konkursbetreibung nicht kennt,

⁶⁹⁾ BGE 46 III Nr. 7.

⁷⁰⁾ Vgl. Note 12 hievor.

⁷¹⁾ VerglO § 16 Ziff. 4.

sondern, sobald ein Konkursgrund gegeben ist — und dies muss ja nach dem Gesagten bei der Anrufung des Vergleichsverfahrens der Fall sein — jeder Gläubiger das Konkursbegehren stellen kann. Sodann war auch eine Verletzung des Grundsatzes der *par conditio creditorum* zu befürchten, in der Weise, dass vigilante Kurrentgläubiger, sobald ihnen die aussergerichtlichen Nachlassverhandlungen zu Ohren kommen, pfänden lassen und damit ein Absonderungsrecht erwerben. Um diesen Konsequenzen aus dem Wege zu gehen, bestimmt die Vergleichsordnung folgendes: Einerseits soll der Schuldner das Vergleichsverfahren anrufen können — wodurch er den Vollstreckungsschutz erhält — auch ohne die Zustimmungserklärungen beizubringen, sobald er vom Konkurse bedroht ist; es wird ihm alsdann eine Nachfrist angesetzt, um die noch fehlenden Erklärungen zu beschaffen. Andererseits können Gläubiger, zu deren Gunsten später als am dreissigsten Tage vor der Stellung des Vergleichsantrages eine Pfändung vollzogen worden ist, dadurch kein Recht auf abgesonderte Befriedigung erlangen.⁷²⁾ Die Notwendigkeit solcher gekünstelter Aushilfen beweist indes wohl zur Genüge, dass das aussergerichtliche Vorstadium nicht glücklich ist. Obschon bei uns zufolge der abweichenden Struktur des Vollstreckungsverfahrens die soeben geschilderten Gefahren viel geringer sind als in Deutschland, hat der Bundesgesetzgeber mit der erwähnten Änderung von Art. 293 SchKG doch das Richtige getroffen. Das Zustandekommen des Vergleiches wird natürlich sehr erschwert, wenn der Schuldner zu zwei Malen an seine Gläubiger gelangen muss, zuerst im Bewilligungsverfahren und hernach noch einmal im Zustimmungsverfahren, und so ist gerade in der deutschen Reformliteratur unsere ursprüngliche Regelung als übermässige Härte kritisiert worden.⁷³⁾ Diese Härte lässt sich auch dadurch nicht

⁷²⁾ VerglO §§ 3, 19, 70 und 84.

⁷³⁾ Von Cahn in seinem Gutachten zum 32. Deutschen Juristentag S. 725/6.

mildern, dass die Zustimmung zum Nachlassvertragsentwurf als Zustimmung zum Nachlassvertrage selbst behandelt wird, und zwar deswegen nicht, weil im Verfahren der Entwurf nicht selten zu Ungunsten der Gläubiger abgeändert werden muss. Unter diesen Umständen geht die richtige Lösung dahin, dass der Schuldner erst nach dem Eintretensentscheide an die Gläubiger zu gelangen hat, wie es heute bei uns Rechtens ist. Es ist denn auch sehr bezeichnend, dass der Freistaat Danzig, dessen Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses vom 30. März 1926 sich enge an den deutschen Entwurf anlehnt, gerade in diesem Punkte seinem Vorbilde die Gefolgschaft versagt hat.⁷⁴⁾

4. Die Frage endlich, wie der Antrag begründet sein muss und welche Unterlagen ihm beizufügen sind, ist nicht prinzipieller Natur und kann daher offen gelassen werden.⁷⁵⁾

III. Die Bestätigung des Nachlassvertrages durch die Nachlassbehörde setzt jedenfalls voraus,

1. dass wesentliche Verfahrensvorschriften nicht verletzt worden sind und nicht nachträglich ein Unzulässigkeitsgrund eingetreten ist.⁷⁶⁾ Unser Gesetz spricht diesen Grundsatz nicht ausdrücklich aus, doch ist in der Praxis stets darnach verfahren worden.⁷⁷⁾

2. Sodann stimmen die meisten Gesetze darin überein, dass die Bestätigung versagt werden muss, sofern die Vorschläge des Schuldners die gesetzlich vorgeschriebene Gläubigermehrheit nicht auf sich vereinigt haben. Die

⁷⁴⁾ Vgl. Heilfron, Handelsrechtliche Tagesfragen, ZblHR Bd. 1 S. 256.

⁷⁵⁾ Vgl. hierüber: Italienisches Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 2, Progetto Art. 663; österr. AusgLO § 2; französisches Gesetz über das règlement transactionnel Art. 2; deutsche VergLO §§ 15—18.

⁷⁶⁾ So ausdrücklich österr. Ausgleichsordnung § 50.

⁷⁷⁾ Jaeger, N. 4 zu Art. 306 SchKG. Dieser Grundsatz wird übrigens ausdrücklich ausgesprochen hinsichtlich der im Gläubigergemeinschaftsverfahren gefassten Beschlüsse im Entwurf zum OR Art. 1124.

Verordnung über den Pfandnachlassvertrag vom 18. Dezember 1920 (Art. 41 Abs. 1) hat allerdings mit diesem Prinzipie gebrochen. Danach konnte nämlich der mit dem Pfandnachlassvertrage verbundene Nachlassvertrag der Kurrentgläubiger auch bestätigt werden, wenn die Zweidrittelmehrheit nicht vorhanden war, unter der Voraussetzung, „dass durch die Bestimmungen des Nachlassvertrages die Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners wahrscheinlich gemacht wird und die Interessen der Gläubiger besser gewahrt werden als durch eine sofortige Zwangsliquidation“. ⁷⁸⁾ Im Notstundungsverfahren findet eine Abstimmung überhaupt nicht statt, vielmehr wird den Gläubigern lediglich Gelegenheit geboten, ihre Einwendungen gegen die Stundung vorzutragen. ⁷⁹⁾ So geeignet eine solche Ordnung für eine speziell auf Krisenzeiten zugeschnittene Sonderform des Nachlassvertrages sein mag, so empfehlenswert scheint es doch, in einem allgemeinen Nachlassvertragsgesetze an der bisherigen Regelung festzuhalten. Die von Gesetz zu Gesetz verschiedenen gelöste Frage, wie die Gläubigermehrheit beschaffen sein muss, entbehrt eines grundsätzlichen theoretischen Interesses und braucht in ihren Einzelheiten nicht weiter verfolgt zu werden. ⁸⁰⁾ In der Regel wird eine Kombination

⁷⁸⁾ Nach dem Verf. zugekommenen Mitteilungen hat sich in der Stickerei-Sanierungspraxis diese Vorschrift als viel zu weitgehend erwiesen, indem einzelne Nachlassbehörden die Interessen der Kurrentgläubiger vernachlässigten. Es war denn auch nicht zuletzt diese Bestimmung, welche vor einiger Zeit die Beteiligten veranlasste, beim Bundesrate die Aufhebung des BRB vom 22. November 1922/7. Dezember 1925 zu verlangen.

⁷⁹⁾ SchKG Art. 317 c.

⁸⁰⁾ Italienisches Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 14: Einfache Mehrheit der in der Versammlung anwesenden stimmberechtigten Gläubiger, die zugleich drei Viertel der gesamten Forderungssumme umfasst. Progetto Art. 679: gleiche Regelung. Österr. AusglO § 42: gleiche Ordnung wie im italienischen Recht. Loi sur le règlement transactionnel vom 2. Juli 1919 Art. 11: Dieses Gesetz trifft eine besondere Regelung, um das Zustandekommen des Nachlassvertrages zu erleichtern. Danach findet nämlich eine

von Kopf- und Summenmehrheit vorgesehen, wobei dann einzelne Gesetze, wie zum Beispiel die deutsche Vergleichsordnung und unser Eisenbahnliquidationsgesetz, Abstufungen machen je nach Art und Grösse der von den Gläubigern geforderten Opfer.⁸¹⁾ Eine solche Differenzierung, die natürlich entgegen verschiedenen in der Literatur gemachten Vorschlägen⁸²⁾ nicht zu weit gehen darf, ist prinzipiell gerechtfertigt, etwa in der Weise, dass für eine blosser Stundung die einfache Mehrheit genügt, für weitergehende Eingriffe dagegen eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist. Wenn an der Kombination von Kopf- und Summenmehrheit festgehalten wird, entstehen allerdings einige Schwierigkeiten hinsichtlich der Behandlung nichtpfandversicherter Anleihen, deren Gläubiger eine Gläubigergemeinschaft bilden. Der italienische Entwurf (Art. 679 Abs. 2) gewährt der Gläubigergemeinschaft nur

Gläubigerversammlung nicht statt, vielmehr hat der Greffier lediglich den Gläubigern den Vergleichsvorschlag mit einem Auszuge aus dem Berichte des Administrateur zuzustellen unter Ansetzung einer vom Juge délégué festgesetzten Frist, um allfällige Einwendungen geltend zu machen, wobei die Gläubiger, die sich nicht äussern, als zustimmend gelten (Art. 11). Die erforderliche Mehrheit ist dieselbe wie bei der liquidation judiciaire (Art. 15 des Gesetzes vom 4. März 1889), nämlich einfache Kopfmehrheit und Zweidrittels-Summenmehrheit (Art. 12 Abs. 2). Deutsche VerglO § 63: Im Falle blosser Stundung auf höchstens ein Jahr, sei es allein, sei es in Verbindung mit einem Erlasse der Zinsen für die Dauer der Stundung, genügt die einfache Kopf- und Summenmehrheit; in den andern Fällen ist einfache Kopfmehrheit und Dreiviertels-Summenmehrheit erforderlich.

⁸¹⁾ Betreffend das deutsche Recht vgl. die vorstehende Note. Nach VZEG Art. 65 genügt die einfache Mehrheit der ihr Stimmrecht ausübenden Gläubiger, die zugleich mehr als die Hälfte des gesamten Forderungsbetrages vertreten. Sollen Forderungen in Aktien umgewandelt werden, so ist Zweidrittels-Kopf- und Summenmehrheit erforderlich.

⁸²⁾ Vgl. vor allem Bernicken, Der Präventivakkord, 1910, dessen Entwurf zu einem Nachlassvertragsgesetze eine fünffache Abstufung vorsieht.

eine Kopfstimme, wogegen der Entwurf zum neuen Obligationenrecht, sobald es zum Nachlassverfahren kommt, bei nichtpfandversicherten Anleihen die Gläubigergemeinschaft überhaupt ausschaltet und die Anleihensgläubiger als gewöhnliche Kurrentgläubiger behandelt, so dass jeder von ihnen eine Kopf- und eine Summenstimme hat.⁸³⁾ Die dem italienischen Entwurfe zugrunde liegende Auffassung, die auch in der schweizerischen Literatur vertreten wird,⁸⁴⁾ ist theoretisch wohl richtig, weil das Anleihen eine einheitliche Forderung bildet. Sie führt jedoch zu praktisch unhaltbaren Resultaten; denn derart werden die Anleihensgläubiger mit ihrer einzigen Kopfstimme unter Umständen den übrigen Kurrentgläubigern ausgeliefert, deren Forderungsbetrag zumeist nur einen geringen Bruchteil des Anleihenskapitals ausmacht, die aber möglicherweise über eine beträchtliche Zahl von Virilstimmen verfügen.^{84a)} Es ist daher sehr zu wünschen, dass an der vom Entwurfe vorgeschlagenen Ordnung nicht gerüttelt

⁸³⁾ Vgl. Entwurf des Bundesrates, Art. 1126. Hinsichtlich der Begründung dieser Vorschrift vgl. Protokoll der Expertenkommission S. 957/8, Botschaft S. 148. Über die unzureichende Regelung in Art. 28 GGV vgl. die zutreffende Kritik von Jaeger, Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1915—1920 S. 97 ff.

⁸⁴⁾ Schweizer, Die rechtliche Natur der Obligationenanleihe und ihrer Gläubigergemeinschaft, Diss. Zürich 1925, S. 99/100, ebenso auch Schweizer, Zur Frage des Verhältnisses zwischen Anleihensgläubigergemeinschaft und allgemeinem Nachlassverfahren, S. 32 Bd. 23 S. 5/6.

^{84a)} Die Behauptung von Schweizer, SJZ Bd. 23 S. 6, dass die Anleihensgläubiger, auch wenn ihnen nur eine Kopfstimme gewährt wird, jeden ihnen nicht genehmen Beschluss verhindern können, ist zweifellos richtig. Dagegen würdigt Schweizer die Tatsache nicht genügend, dass auch die übrigen Kurrentgläubiger mit ihrer Mehrzahl von Virilstimmen jeden „ihnen nicht genehmen Beschluss“ zu verhindern vermögen, mag dieser noch so sehr im Interesse der die Summenmehrheit vertretenden Obligationäre liegen. Darin besteht die grosse Gefahr für die Anleihensgläubiger, die nur dadurch ausgeschaltet werden kann, dass man jedem von ihnen auch eine Kopfstimme gibt.

werde. — Die Gläubigermehrheit berechnet sich regelmässig auf Grund der in das Gläubigerverzeichnis aufgenommenen, nicht bestrittenen, dem Nachlassvertrage unterworfenen Forderungen. Dagegen ist in den verschiedenen Gesetzgebungen die Frage sehr kontrovers, ob alle Gläubiger, die den Nachlassvertrag gegen sich gelten lassen müssen, auch stimmberechtigt sein sollen. Das SchKG (Art. 305 Abs. 2) schliesst die Ehefrau vom Stimmrechte aus, d. h. es zählt sie nicht mit. Die italienische Gesetzgebung geht erheblich weiter; sie berücksichtigt weder die Forderungen der Ehegatten noch diejenigen der mit dem Schuldner bis und mit dem vierten Grade verwandten Personen.⁸⁵⁾ Nach deutschem Recht andererseits fällt der Ehegatte nur dann in Betracht, wenn er gegen den Vergleich stimmt; dasselbe gilt auch für Zessionare des Ehegatten, sofern diese die Forderung im Laufe des der Vergleichseröffnung vorangehenden Jahres erworben haben.⁸⁶⁾ Eine ähnliche Regel stellt das österreichische Recht auf, jedoch mit Ausdehnung auf alle nahen Angehörigen und Reduktion der Sperrfrist auf sechs Monate.⁸⁷⁾ Keine dieser Bestimmungen vermag zu befriedigen. Am stossendsten ist die deutsch-österreichische Ordnung. Entweder lasse man den Ehegatten bzw. die Verwandten stimmen, oder dann verweigere man ihnen überhaupt das Stimmrecht. Die Berücksichtigung bloss im Falle der Ablehnung ist nicht nur gekünstelt, sondern auch unbillig. Das italienische und das österreichische Recht gehen andererseits hin-

⁸⁵⁾ Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 15; Progetto Art. 681.

⁸⁶⁾ VerglO § 64.

⁸⁷⁾ AusgLO § 43. Dabei gelten gemäss § 32 der Konkursordnung vom 10. Dezember 1914 als „nahe Angehörige“ der Ehegatte und Personen, die mit dem Gemeinschuldner oder dessen Ehegatten in gerader Linie oder bis zum vierten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind, ferner Wahl- und Pflegekinder sowie Personen, die mit dem Gemeinschuldner in ausser-ehelicher Gemeinschaft leben; aussereheliche Verwandtschaft ist der ehelichen gleichgestellt.

sichtlich der Ausdehnung der Stimmrechtsbeschränkung entschieden zu weit, während unser Gesetz insofern inkonsequent verfährt, als es den Ehemann im Nachlassverfahren der Ehefrau stimmen lässt, nicht dagegen umgekehrt. Wenn man überhaupt diese Stimmrechtsbeschränkung beibehalten will, wozu ein triftiger Grund nicht vorliegt, so sollte sie auf die Ehegatten limitiert werden, aber dann auch beide treffen.⁸⁸⁾ Dagegen verdient *de lege ferenda* die in den meisten ausländischen Gesetzen anerkannte Regel Beachtung, dass Zessionare, die ihre Forderung erst nach der Eröffnung des Verfahrens oder während eines bestimmten, diesem vorangehenden Zeitraumes erworben haben, vom Stimmrechte ausgeschlossen sind.⁸⁹⁾ Nicht nur verdecken solche Zessionen oft unzu-

⁸⁸⁾ Gegen diese Stimmrechtsbeschränkungen vgl. auch Vorschläge des Berliner Anwaltsverbandes zur Konkursnovelle, DJZ Bd. 3 S. 135; Jäger, DJZ Bd. 10 S. 761.

⁸⁹⁾ Italienisches Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 15; Progetto Art. 681. Nach dem Gesetze sind nicht nur diejenigen nicht stimmberechtigt, welche die Forderung nach der Einleitung des Verfahrens erworben haben, sondern auch diejenigen, welche auf Grund einer innerhalb des letzten Jahres vor der Einleitung des Verfahrens erfolgten Zession oder gerichtlichen Überweisung Gläubiger geworden sind. Der Entwurf hat die zuletzt genannte Bestimmung fallen lassen. Nach der französischen *loi sur le règlement transactionnel* (Art. 11 Abs. 3) sind Zessionare ausgeschlossen, sofern die Erwerbung der Forderung der Eröffnung des Verfahrens zeitlich nachgeht. Eine besondere Regelung trifft die österreichische VerglO § 41. Danach gebührt Gläubigern, die erst nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Forderung durch Abtretung erworben haben, kein Stimmrecht, sofern dagegen von einem stimmberechtigten Gläubiger Widerspruch erhoben wird, der seine Forderung innerhalb der Anmeldefrist angemeldet hat. Der Zessionar kann diesen Widerspruch durch den Nachweis entkräften, dass dem Widersprechenden die Einlösung seiner Forderung unter gleich günstigen Bedingungen, wie sie dem Abtretenden gewährt worden sind, vor der Ausgleichstagsatzung (Gläubigerversammlung) unter Setzung einer achttägigen Frist schriftlich angeboten worden ist und dass diese Bedingungen der wirtschaftlichen Lage des Schuldners unmittelbar vor der Eröff-

lässige Sonderbegünstigungen, sondern es kann dadurch auch in einer sehr unerwünschten Weise auf das Abstimmungsergebnis eingewirkt werden.

3. Seinem Inhalte nach muss der Nachlassvertrag die Gleichbehandlung aller Gläubiger gleichen Ranges gewährleisten.⁹⁰⁾ Freilich darf dieses Prinzip im Nachlassverfahren nicht mit derselben Strenge gehandhabt werden wie im Konkurse. Die Verhältnisse können so beschaffen sein, dass eine etwelche ungleiche Behandlung sich aufdrängt, etwa in der Weise, dass Forderungen geringen Betrages voll bezahlt und nur die grösseren gestundet oder reduziert werden.⁹¹⁾ Eine solche Differenzierung ist heute schon

nung des Verfahrens, oder, wenn die Forderung früher abgetreten worden ist, dessen wirtschaftlicher Lage zur Zeit der Abtretung entsprochen haben. Vgl. hiezu Bartsch und Pollak, a. a. O. Bd. II S. 252 f.; Bartsch, ZHR Bd. 77 S. 31 ff.; Lehmann, a. a. O. S. 201 ff.

⁹⁰⁾ Dieses Prinzip gilt nicht nur für den eigentlichen Nachlassvertrag, sondern auch für dessen Sonderformen, so namentlich auch für das Gläubigergemeinschaftsverfahren. Die bisherige Praxis ist freilich andere Wege gegangen. Sehr häufig ist es vorgekommen, dass nur den Anleihensgläubigern Opfer auferlegt wurden, die übrigen Gläubiger dagegen zur Sanierung nichts beizutragen hatten, obschon vielfach ihre Rechtsstellung eine ungünstigere war als diejenige der Obligationäre. Es wird daher unter der Herrschaft des neuen Obligationenrechtes eine der wichtigsten Aufgaben der Nachlassbehörden sein, darüber zu wachen, dass dem Grundsatz der *par conditio creditorum* nachgelebt wird, gleich wie es das Bundesgericht im Eisenbahn-Gläubigergemeinschaftsverfahren getan hat (BGE 46 III Nr. 9). — Der Grundsatz der Gleichbehandlung wird allerdings durchbrochen in Art. 78 VZEG, wonach der Bundesrat die ausserordentliche Stundung auch für „einzelne Schuldbeträge“ gewähren kann. Indes bildet diese Bestimmung ein typisches Beispiel der Gelegenheitsgesetzgebung.

⁹¹⁾ Vgl. in diesem Sinne die Art. 2 und 18 der Kriegsnovelle zum SchKG vom 28. September 1914, wonach z. B. Forderungen unter 50 Franken von der allgemeinen Betreibungsstundung ausgenommen waren. Dasselbe gilt heute für die Notstundung (Art. 317 k SchKG).

möglich, sofern alle zurückgesetzten Gläubiger zustimmen. Ein neues Gesetz sollte jedoch noch weiter gehen und die Mittel schaffen, um den Willen einer Minderheit der zurückgesetzten Gläubiger zu brechen. Dies kann nach dem Vorbilde der deutschen Vergleichsordnung in der Weise geschehen, dass diese Gläubiger zu einer besonderen Versammlung zusammenberufen werden und über die ungleiche Behandlung gesondert abstimmen.⁹²⁾ Selbstverständlich muss eine solche Differenzierung sachlich begründet sein, worüber die Nachlassbehörde im Bestätigungsentscheide zu befinden hat. Es ist allerdings richtig, dass man in dieser Weise zu einem eigentlichen Gruppennachlassvertrage gelangt, zumal wenn etwa noch die Pfandgläubiger in das Verfahren einbezogen werden. Indes scheint die künftige Entwicklung in dieser Richtung zu liegen. Zudem hat sich der Gruppennachlassvertrag bei den Eisenbahnen vollauf bewährt, und es ist nicht einzusehen, weshalb er auf diese Unternehmungen beschränkt werden soll.

4. Für die Beurteilung des konkreten Nachlassvertrages stellt das Gesetz (Art. 306 Ziff. 2) den auf die Erlassvergleiche beschränkten und daher formell nicht befriedigenden, materiell aber durchaus zutreffenden Grundsatz auf, dass die angebotene Summe in einem richtigen Verhältnis zu den Hilfsmitteln des Schuldners stehen muss. Das Bundesgericht hat dieses Erfordernis der „Angemessenheit“ des Nachlassvertrages in seiner Eisenbahnpraxis in negativer Umschreibung dahin definiert, dass diese nicht gegeben und daher die Bestätigung zu versagen ist, wenn der Nachlassvertrag seinen Zweck, die notleidende Unternehmung zu sanieren, nicht verwirklicht, sei es dass er den Gläubigern Opfer auferlegt, die über das zur Sanierung Notwendige hinausgehen, sei es, dass er nur eine Sanierung vortäuscht, also der Unternehmung wohl einige Erleichterungen gewährt, sie aber

⁹²⁾ VerglO § 5.

nicht vor dem Zusammenbruche zu bewahren vermag.⁹³⁾ Die Geschäftswelt hat freilich für die Erlassvergleiche schon wiederholt eine gesetzliche Mindestquote postuliert.⁹⁴⁾ In der Tat sehen verschiedene ausländische Gesetze eine solche Quote vor. Das deutsche Recht verlangt mindestens 30% und schreibt für Angebote von weniger als 50% statt der üblichen Dreiviertel die Vierfünftel-Summenmehrheit vor.⁹⁵⁾ Nach dem italienischen Gesetze muss der Schuldner mindestens 40% anbieten.⁹⁶⁾ Das österreichische Recht endlich bestimmt, dass der Nachlassvertrag unzulässig ist, wenn der Schuldner sich nicht verpflichtet, innerhalb eines Jahres mindestens 35% oder, bei einer längeren Zahlungsfrist, die jedoch zwei Jahre nicht überschreiten darf, mindestens 50% zu bezahlen.⁹⁷⁾ Diese Mindestquote hat auf den ersten Blick entschieden etwas für sich, besonders wenn man sich daran erinnert, dass in den letzten Jahren hin und wieder Nachlassverträge mit zehn und weniger Prozentsen genehmigt worden sind. Nichtsdestoweniger ist dieses Postulat abzulehnen. Das ausländische Recht zeigt, dass die Bemessung der Mindestquote rein willkürlich ist. Ausserdem ist dieses Quotensystem viel zu starr, ist es doch sehr wohl möglich, dass den Interessen der Beteiligten ein Nachlass von 75% immer noch besser entspricht, als der Konkurs. Weshalb soll ihnen in einem solchen Falle der Zwangsvergleich verwehrt werden? Und endlich darf auch die Gefahr nicht gering angeschlagen werden, dass in der Praxis die Mindestquote zur Höchstquote wird,

⁹³⁾ Vgl. BGE 45 III S. 103 f.

⁹⁴⁾ Vgl. z. B. Eingabe des Bernischen Vereins für Handel und Industrie (Sektion Bern) an den Regierungsrat vom 10. Februar 1904, S. 6/7. Auch in neuerer Zeit ist in der Presse wiederholt die Einführung einer Mindestquote postuliert worden.

⁹⁵⁾ VerglO §§ 6, 23 Ziff. 1, 65 Abs. 3.

⁹⁶⁾ Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 20; der Entwurf hat die Mindestquote fallen lassen.

⁹⁷⁾ AusglO § 3 Ziff. 4.

und der Schuldner mehr verspricht, als er leisten kann. So wird es denn auch *de lege ferenda* das Richtige sein, bei der Beurteilung des konkreten Nachlassvertrages dem Ermessen der Nachlassbehörde einen möglichst weiten Spielraum zu lassen, freilich in der Hoffnung und Erwartung, dass dieses Ermessen nicht zu einer ungerechtfertigten Milde missbraucht werde.⁹⁸⁾

4. Art. 306 SchKG knüpft die Bestätigung an die weitere, allerdings nur bei Prozentvergleichen praktisch werdende Voraussetzung, dass die Vollziehung des Nachlassvertrages und die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger hinlänglich sichergestellt sind. Freilich können die privilegierten Gläubiger sowohl als die dem Nachlassvertrage unterworfenen Gläubiger auf die Sicherstellung verzichten. Indes ist diesfalls eine Majorisierung nicht möglich,⁹⁹⁾ d. h. der Schuldner kann nicht den Gläubigern einen Nachlassvertrag vorschlagen, in dem von vorneherein von der Sicherstellung abgesehen wird und wobei dann dieser Verzicht auch für die überstimmte Minderheit verbindlich wäre; vielmehr muss jeder einzelne Gläubiger auf die Sicherstellung Verzicht leisten. Auf diesem Boden steht auch das italienische Recht; es verlangt, dass die Vorschläge des Schuldners „*sicurezza di esecuzione*“ bieten.¹⁰⁰⁾ Die deutsche und die österreichische Gesetzgebung andererseits abstrahieren von dieser Sicherstellungspflicht.¹⁰¹⁾

⁹⁸⁾ Die Literatur spricht sich vorwiegend gegen die Mindestquote aus. Vgl. Jäger, DJZ Bd. 10 S. 760, Bd. 31 S. 28 ff.; Oetker, DJZ Bd. 16 S. 446. In der Schweiz hat seinerzeit Bachmann, Die Grundzüge des Entwurfes eines Betreibungsgesetzes, 1887, S. 27, die Einführung einer Minimalquote vorgeschlagen.

⁹⁹⁾ Blumenstein, Handbuch S. 906.

¹⁰⁰⁾ Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 20 Abs. 1. Der Entwurf, Art. 685 Abs. 2, verlangt, dass „*la percentuale è ben garantita*“.

¹⁰¹⁾ Nach der deutschen VerglO, § 15, muss sich aus dem Antrage ergeben, „ob und wie die Erfüllung des Vergleiches sicher-

An sich ist die hier in Frage stehende Bestätigungsvoraussetzung vollauf begründet. Wenn den Gläubigern der Nachlass eines Teiles ihrer Forderung zugemutet wird, so soll dafür Vorsorge getroffen werden, dass sie die versprochene Dividende auch wirklich erhalten. Nichtsdestoweniger erscheint die Vorschrift von Art. 306 Ziff. 3 als zu starr, lassen sich doch Fälle sehr wohl denken, wo der Schuldner zur Sicherstellung nicht imstande ist, und so kommt es dann in der Praxis nicht selten vor, dass die Nachlassbehörde, um nicht die Bestätigung versagen zu müssen, sich mit „Sicherstellungen“ begnügt, die diesen Namen kaum verdienen. De lege ferenda wäre daher der Lösung der Vorzug zu geben, wonach die Sicherstellung zwar die Regel bildet, von ihr aber da, wo besondere Umstände es rechtfertigen, Umgang genommen werden darf; denn auch ein nicht sichergestellter Nachlassvertrag kann den Gläubigern immer noch grössere Vorteile bieten als der sofortige Konkurs. Selbstverständlich hätten die Gläubiger auch über die Sicherheitsleistung abzustimmen und es hätte die Nachlassbehörde im Bestätigungsentscheide darüber zu befinden, ob der Verzicht auf die Sicherstellung nach den gegebenen Verhältnissen begründet ist.

IV. Endlich mag in diesem Zusammenhange noch mit einigen Worten zu der Frage Stellung genommen werden, welche Rechtsfolgen einzutreten haben, wenn die Nachlassvertragsvoraussetzungen nicht gegeben sind, und infolgedessen die Behörde das Verfahren überhaupt nicht an die Hand nimmt oder die Genehmigung verweigert. Nach dem geltenden schweizerischen Rechte ist zu unterscheiden: die Ablehnung der Eröffnung des Verfahrens ist ohne unmittelbare Folgen; der Widerruf der Nachlassstundung und die Verwerfung des Nachlassvertrages dagegen haben

gestellt werden soll“. Die österreichische AusglO, § 50 Ziff. 4, verlangt nur die Sicherstellung der Kosten und Gebühren des Verfahrens.

die Wirkung, dass gegenüber einem der Konkursbetreibung unterworfenen Schuldner jeder Gläubiger binnen zehn Tagen die sofortige Konkurseröffnung verlangen kann (Art. 309). Das deutsche Recht geht erheblich weiter. Es behandelt nämlich das Nachlassvertragsgesuch als bedingten Konkursantrag und auferlegt demgemäss dem Richter die Pflicht, in dem Beschlusse, durch den die Eröffnung des Verfahrens abgelehnt, dieses eingestellt oder die Bestätigung versagt wird, über die Eröffnung des Konkurses zu entscheiden.¹⁰²⁾ Dieselbe Ordnung findet sich auch im italienischen Recht.¹⁰³⁾ Das österreichische Gesetz andererseits verbindet mit diesen Tatbeständen keine besonderen Rechtswirkungen; danach steht jedem Gläubiger frei, nach den gewöhnlichen Regeln¹⁰⁴⁾ die Konkurseröffnung zu beantragen. Die Lösung der deutschen Vergleichsordnung fällt natürlich für uns im Hinblick auf unser Vollstreckungssystem ohne weiteres ausser Betracht. Abgesehen davon lässt sie sich bloss dann rechtfertigen, wenn die Zulässigkeit des Verfahrens an die Konkursreife des Schuldners geknüpft wird, was, wie oben dargetan wurde (S. 186), nicht als zutreffend erkannt werden kann. Übrigens ist auch vom Standpunkte des deutschen Rechtes aus betrachtet die Behandlung des Nachlassgesuches als bedingter Konkursantrag nicht unbedenklich, weil unter diesen Umständen — zum Schaden der Gläubiger — mancher

¹⁰²⁾ VerglO §§ 24, 71, 80.

¹⁰³⁾ Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 20 (Verweigerung der Bestätigung), Progetto Art. 685.

¹⁰⁴⁾ KO vom 10. Dezember 1914, § 71 Abs. 1, allerdings mit der Modifikation, dass der antragstellende Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit — die nach österreichischem Recht den Konkursgrund bildet — nicht glaubhaft zu machen hat, wenn der Antrag vor Einstellung eines Ausgleichsverfahrens oder binnen vierzehn Tagen nach der Einstellung eingebracht wird. In diesem Falle hat vielmehr der Schuldner glaubhaft zu machen, dass er nicht insolvent ist; vgl. Bartsch und Pollak, Kommentar zur KO Bd. I S. 470. Bei juristischen Personen tritt an Stelle der Zahlungsunfähigkeit die Überschuldung, KO § 69.

Schuldner es nicht wagen wird, das Verfahren anzurufen.¹⁰⁵⁾ Die Regelung der österreichischen Ausgleichsordnung andererseits lässt sich mit unserem Vollstreckungssystem ebenfalls nicht in Einklang setzen; denn danach kann ohne vorgängige Betreuung das Konkursverfahren nur eröffnet werden, wenn einer der in Art. 190 SchKG genannten Konkursgründe vorliegt. Somit wären die Gläubiger in der Regel, nämlich überall da, wo Art. 190 nicht zutrifft, zur Durchführung der zeitraubenden Konkursbetreuung gezwungen. Das Gesetz hat daher mit vollem Recht in Art. 309 einen Sonderrechtssatz aufgestellt, um zu vermeiden, dass der Schuldner in der durch die Konkursbetreuung in Anspruch genommenen Zeitspanne Aktiven beiseite schaffen kann. Freilich musste diese Bestimmung auf den im Handelsregister Eingetragenen beschränkt werden, da nach unserer Exekutionsordnung der Nichteingetragene unter Vorbehalt von Art. 190 gegen seinen Willen überhaupt nicht in den Konkurs getrieben werden kann, eine Regelung, die, wie anderwärts dargelegt worden ist, in keiner Weise befriedigt.¹⁰⁶⁾ Indes ist Art. 309 insofern zu generell gefasst, als die Konkurseröffnung nur sollte ausgesprochen werden können, wenn der Schuldner sich materiell im *status cridae* befindet. Dies wird unter den in Art. 309 umschriebenen Voraussetzungen gewöhnlich zutreffen, braucht aber nicht der Fall zu sein. Sollte bei einer allfälligen Revision des SchKG das Vollstreckungssystem in der Weise modifiziert werden, dass die Konkursbetreuung abgeschafft wird, und über alle Schuldner, mögen sie eingetragen sein oder nicht, auf Begehren eines Gläubigers der Konkurs eröffnet werden kann, sobald der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit oder — bei juristischen Personen — der Überschuldung vor-

¹⁰⁵⁾ Vgl. die scharfe Kritik von E. Jäger, in DJZ Bd. 31 S. 28 ff.

¹⁰⁶⁾ Haab, Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, ZschwR n. F. Bd. 44 S. 254 ff.

liegt, so wäre die Lösung der österreichischen Ausgleichsordnung zu empfehlen.

IV. Einige Fragen des Nachlassvertragsverfahrens.

I. Eine viel diskutierte Frage des Verfahrens betrifft dessen Publizität. In der Reformliteratur werden die älteren Nachlassvertragsgesetze nicht selten kritisiert, weil sie die Publikation des Eintretensentscheides, der Einberufung der Gläubiger und des Bestätigungsbeschlusses in öffentlichen Blättern vorschreiben. Demgegenüber wird postuliert, dass das Verfahren „mit mehr Diskretion“, „in aller Stille“ sich abwickeln sollte, gleich dem Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen.¹⁰⁷⁾ Dieses Problem ist inzwischen durch praktische Experimente gelöst worden. Das französische Gesetz über das *règlement transactionnel* sieht nämlich von jeder Publikation ab. Es schreibt dem Greffier lediglich die Führung eines *Répertoire* über die *règlements* vor, in das nur denjenigen Personen Einsicht gewährt werden darf, die ein Interesse glaubhaft machen. Das Gesetz fügt ausdrücklich bei: „*les mentions du répertoire ne peuvent être l'objet d'aucune publicité à peine d'une amende de 100 francs contre les contrevenants et des dommages intérêts s'il y a lieu.*“¹⁰⁸⁾ Diese Bestimmung brachte natürlich die Greffiers oft in Verlegenheiten, und sie suchten den zu befürchtenden Konflikten dadurch zu entgehen, dass sie in der Gewährung der Registereinsicht grösste Zurückhaltung übten. Die wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Unterdrückung der Publizität waren die denkbar ungünstigsten. Nicht nur machte sich ein ungesundes Spionage- und Informationswesen breit, sondern es waren auch die unter der Hand verbreiteten Gerüchte für die Kaufleute viel gefährlicher

¹⁰⁷⁾ So insbesondere Bernicken, a. a. O. S. 35; Kisch, Die Vermeidung des Konkurses durch Vergleich, Das Recht, Jahrg. 1909 S. 681 ff.; Tischbein, a. a. O. S. 38 f.; Cahn, a. a. O. S. 759 ff.

¹⁰⁸⁾ Loi du 2 juillet 1919 Art. 2.

als die Veröffentlichung.¹⁰⁹⁾ Ähnliche Erfahrungen machte man in Deutschland mit der Geschäftsaufsicht. Auch hier wurde zunächst von allen öffentlichen Bekanntmachungen Umgang genommen, doch zwangen in der Folge die Verhältnisse zu einer Änderung der VO über die Geschäftsaufsicht in dem Sinne, dass Anordnung und Beendigung der Aufsicht zu veröffentlichen waren.¹¹⁰⁾ Somit wird das schweizerische Recht auch in Zukunft die mit dem Nachlassverfahren verbundenen Publikationen mit gutem Gewissen beibehalten können, dies um so mehr, als ja überhaupt eine vermehrte Publizität im Kreditwesen im Zuge der Zeit liegt. Freilich kann die Publizität auch übertrieben werden. Ein sprechendes Beispiel hiefür bietet die deutsche VerglO, die sogar verlangt, dass der Kaufmann, der einen Nachlassvertrag anstrebt, während des Verfahrens seiner Firma den Zusatz beifügt: „im Vergleichsverfahren“.¹¹¹⁾

II. Als Organe des Verfahrens sieht das SchKG vor: die Nachlassbehörde und den von ihr ernannten Sachwalter. Insofern stimmt es mit den ausländischen Gesetzen überein, allerdings mit einem Vorbehalte. Nach der deutschen Vergleichsordnung¹¹²⁾ wird in der Regel ein Sachwalter (Vertrauensperson) berufen; indes kann von der Bestellung einer Vertrauensperson abgesehen werden, wenn sie aus besonderen Gründen (Einfachheit und Klarheit der Verhältnisse, geringer Umfang des Geschäftsbetriebes des Schuldners) als entbehrlich erscheint, wie

¹⁰⁹⁾ Trasbot, *Le règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919, 1922*, p. 181 ss.

¹¹⁰⁾ Vgl. Verordnung über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 14. Juni 1924, §§ 22 und 70. Vgl. auch E. Jäger, *ZZP* Bd. 48 S. 149/50: „Die Heimlichkeit des Verfahrens ist die Wurzel des Übels bei der Geschäftsaufsicht.“

¹¹¹⁾ VerglO § 37, freilich eine *lex imperfecta*, vgl. Lucas, *Kommentar* S. 115, gegen die Bestimmung auch Lehmann, *Gläubigerschutz* S. 134.

¹¹²⁾ VerglO § 40.

andererseits auch die Bestellung mehrerer Vertrauenspersonen möglich ist. Weder das eine noch das andere dürfte sich zur Nachahmung empfehlen. Eine Mehrheit von Sachwaltern schliesst die Gefahr der Komplizierung des Verfahrens in sich — *quot capita, tot sensus* —, während andererseits nach der Organisation unseres Verfahrens vom Sachwalter nicht wohl Umgang genommen werden kann. In Italien, Frankreich und Österreich kommt noch ein weiteres obligatorisches Organ hinzu, nämlich der Instruktionsrichter (*giudice delegato*, *juge délégué*, Ausgleichskommissär), d. h. ein vom Gerichte aus seiner Mitte für jeden Fall bezeichnetes Mitglied, dem die Leitung und Überwachung des Verfahrens und die Berichterstattung an das Plenum obliegt.¹¹³⁾ Dieses Organ hat auch das Bundesgericht in seiner Eisenbahn-Sanierungspraxis geschaffen und ihm in der Instruktion für den Sachwalter in Eisenbahn-Nachlassvertragsangelegenheiten vom 9. Februar 1920 besondere Aufgaben zugewiesen.¹¹⁴⁾ In allen Fällen wurde ein Mitglied der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer als Instruktionsrichter bezeichnet, der in ständigem Kontakte mit dem Sachwalter, der Unternehmung und gegebenenfalls den Vertretern wichtiger Gläubigergruppen arbeitete, dem Sachwalter in prinzipiellen Fragen seine Weisungen erteilte und bei der Formulierung der den Gläubigern vorzulegenden Vorschläge mitwirkte, so dass die Unternehmung — unter Vorbehalt der Gläubigerzustimmung — mit der Genehmigung des vom Instruktionsrichter gebilligten Nachlassvertrages durch das Gericht rechnen konnte. Diese Ordnung hat sich in der Praxis überaus bewährt

¹¹³⁾ Italienisches Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 4 Abs. 1, 8 Abs. 2, 12, 16 Abs. 1, 18 Abs. 2; Progetto Art. 665, 667, 677, 682, 684; Loi sur le règlement transactionnel Art. 4 Abs. 2, 6, 9, 10, 12, 15—17. Österr. AusgLO § 29.

¹¹⁴⁾ Vgl. die Art. 18—21 und Art. 29 der Instruktion. Im Gläubigergemeinschaftsverfahren leitet der Instruktionsrichter die Gläubigerversammlung.

und verdient de lege ferenda auch im gewöhnlichen Nachlassverfahren eingeführt zu werden. Richtig aufgefasst darf die Nachlassbehörde sich nicht auf die Fällung des Eintretens- und des Bestätigungsentscheides beschränken, sondern es soll auch dafür Gewähr geboten werden, dass der Nachlassvertrag zustande kommt, wenn einmal das Verfahren an die Hand genommen worden ist. Dieses Ziel ist aber nur dann erreichbar, wenn die Behörde durch Vermittlung eines ihrer Mitglieder zum Nachlassvertragsentwurfe Stellung nimmt, bevor die Gläubiger darüber abstimmen, damit die nach ihrer Auffassung erforderlichen Änderungen und Ergänzungen der Gläubigerversammlung vorgängig noch vorgenommen werden können.¹¹⁵⁾ Eine derartige Intervention der Nachlassbehörde ist um so notwendiger, als man hinsichtlich der Angemessenheit der Vorschläge (Dauer der Stundung, Höhe der Dividende, Echelonierung der Abzahlungstermine) oft in guten Treuen geteilter Meinung sein kann, je nach der Einschätzung der Zukunftschancen des zu sanierenden Unternehmens. Danach ist es, falls die Behörde sich erst im Bestätigungsentscheide zum Inhalte des Nachlassvertrages ausspricht, sehr wohl möglich, dass sie einen vom Schuldner und vom Sachwalter als angemessen betrachteten Vergleich verwirft, weil sie selbst die Angemessenheit verneint, ein Resultat, das als sehr bedenklich erscheint, da infolgedessen unter Umständen ein durchaus sanierungswürdiges Unternehmen in den Konkurs getrieben wird. — Von der Einführung eines Gläubigerausschusses, wie er als fakultatatives Organ mit rein konsultativen Funktionen in der deutschen und österreichischen Gesetzgebung vorgesehen wird,¹¹⁶⁾ ist dagegen Umgang zu nehmen, da von der

¹¹⁵⁾ In den Kantonen, wo als Nachlassbehörde nicht ein Kollegium, sondern ein Einzelrichter eingesetzt worden ist, hätte dieser Einzelrichter gleichzeitig auch die Funktionen des Instruktionsrichters auszuüben.

¹¹⁶⁾ Deutsche VerglO §§ 48 und 49. Danach soll der Gläubigerausschuss die Vertrauensperson unterstützen und überwachen.

Tätigkeit eines solchen Ausschusses nicht nur wenig Nutzen erwartet werden kann, sondern im Gegenteil höchstens eine Verschleppung des Verfahrens befürchtet werden muss. Zudem besteht ja für den Sachwalter und für den Instruktionsrichter stets die Möglichkeit, da, wo wirklich ein Bedürfnis vorliegt, während des Verfahrens auch ausserhalb der Gläubigerversammlung mit den Gläubigern Fühlung zu nehmen.¹¹⁷⁾

III. Das Verfahren selbst wird sich auch in Zukunft in den bekannten Stadien abzuwickeln haben: Bewilligungsverfahren, Zustimmungsverfahren, Bestätigungsverfahren.

1. Das Bewilligungsverfahren schwebte dem Gesetzgeber wohl als ganz kurzes Vorstadium vor, was daraus erhellt, dass der Schuldner bis zum Eintretensbeschlusse

Die Mitglieder des Ausschusses sind berechtigt, die Bücher und Geschäftspapiere des Schuldners und der Vertrauensperson einzusehen und Auskünfte zu verlangen. Werden ihnen Tatsachen bekannt, die eine Entlassung der Vertrauensperson, ein Einschreiten des Gerichtes gegen den Schuldner (Erlass einer Verfügungsbeschränkung), die Einstellung des Verfahrens oder die Verwerfung des Vergleiches zu rechtfertigen vermögen, so haben sie dem Gerichte Anzeige zu erstatten. Ein solcher Ausschuss muss bestellt werden, wenn der Schuldner, die Mehrheit der am Verfahren beteiligten Gläubiger, die zugleich mehr als die Hälfte der diesem unterworfenen Forderungen vertreten, oder die Vertrauensperson es beantragen. — Was den österreichischen „Gläubigerbeirat“ anbelangt, so besteht dessen Aufgabe lediglich in der „Unterstützung“ des Sachwalters, wobei es in dessen „Ermessen gestellt ist, inwieweit er den Gläubigerbeirat zu Rate ziehen will“ (Lehmann, a. a. O. S. 183). Ein Anspruch auf Bestellung eines Beirates besteht nicht, vielmehr entscheidet darüber der Ausgleichskommissär nach Ermessen (AusglO § 36). Danach dürfte die praktische Bedeutung des Beirates sehr gering sein.

¹¹⁷⁾ In Italien, Frankreich und Deutschland werden ausserdem dem Gerichtsschreiber gewisse Hilfsfunktionen übertragen. Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 5; loi sur le règlement transactionnel Art. 2, 7, 11 und 13; VerglO §§ 42 und 62.

keinen Exekutionsschutz genießt.¹¹⁸⁾ Im Bewilligungsverfahren sind in der Hauptsache die Formalien zu prüfen, doch soll die Behörde schon in diesem Verfahrensabschnitte auch die materiellen Voraussetzungen des Nachlassvertrages einer summarischen Untersuchung unterziehen und das Eintreten ablehnen, wenn sich dabei in liquider Weise ergibt, dass die Bestätigung nicht in Frage kommen kann. Die Praxis verschiedener Kantone hat indes das Bewilligungsverfahren nicht unwesentlich umgestaltet. In Bern beispielsweise werden die Gläubiger durch öffentliche Bekanntmachung vom Eingange des Nachlassgesuches unterrichtet, und es wird ihnen Gelegenheit geboten, schon in diesem Verfahrensstadium ihre Einwendungen geltendzumachen.¹¹⁹⁾ In Zürich andererseits findet unter der Leitung des Gerichtsschreibers des Bezirksgerichtes ein ausgedehntes Vorprüfungsverfahren statt. Dem liegt die durchaus zutreffende Überlegung zugrunde, dass die Verwerfung des Nachlassvertrages nicht aus Tatsachen hergeleitet werden soll, die schon im Bewilligungsverfahren ermittelt werden konnten. Ist das Nachlassverfahren eröffnet worden, so soll es auch wenn immer möglich zum Ziele führen; denn das Scheitern der Sanierungsbestrebungen des Schuldners ist stets mit einer Schädigung der Gläubiger verbunden, weil infolgedessen die Aktiven schwinden und die Passiven wachsen (Zinsen!). Somit wird ein neues Gesetz das Bewilligungsverfahren in der

¹¹⁸⁾ Vgl. Jaeger, Praxis, Bd. III N. 2 zu Art. 295 SchKG.

¹¹⁹⁾ Vgl. Neue Zürcher Zeitung Nr. 1512, vom 9. September 1927, Nr. 1746, vom 17. Oktober 1927, Nr. 1821, vom 28. Oktober 1927. Nach Jaeger, N. 2 zu Art. 294 wäre dieses Verfahren unzulässig. Vgl. dagegen mit Recht Blumenstein, Handbuch, S. 900. — Die deutsche VerglO, § 90, gestattet dem Gerichte generell, auch ausserhalb des Vergleichstermins die Gläubiger zusammenzuberufen. Nach § 20 leg. cit. hat zudem das Gericht, falls der Schuldner Handels- oder Gewerbetreibender oder Landwirt ist, vor der Entscheidung über den Antrag die zuständige amtliche Berufsvertretung zu hören. Über den Inhalt des Gutachtens der Berufsvertretung vgl. Lucas, a. a. O. S. 67.

durch die bernische und die zürcherische Praxis angedeuteten Richtung ausbauen müssen. Geschieht dies, so kann freilich die geltende Ordnung nicht mehr beibehalten werden, wonach keine Möglichkeit besteht, dem Schuldner während des Bewilligungsverfahrens Exekutionsschutz zu gewähren. Selbstverständlich darf man nicht so weit gehen und etwa die Wirkungen der Nachlassstundung automatisch mit der Einreichung des Gesuches eintreten lassen. Wohl aber muss der Nachlassbehörde die Befugnis eingeräumt werden, pendente Betreibungen zu sistieren, sofern die Gefahr besteht, dass ein sanierungswürdiger Schuldner in den Konkurs getrieben und derart der Nachlassvertrag vereitelt wird.

2. Das Zustimmungsverfahren hat zum Gegenstande die Inventarisierung der Aktiven, die Ermittlung der Passiven, die endgültige Feststellung des Inhaltes des Nachlassvertrages und die Abgabe der Zustimmungserklärungen durch die Gläubiger. Dieses Verfahrensstadium stellt dem Gesetzgeber verschiedene, nicht leicht zu lösende Aufgaben.

a) Dies gilt in erster Linie für die Frage, wieweit die Passivenermittlung sich erstrecken soll. Eine vollkommene Lösung dieses Problems ist nicht denkbar, vielmehr muss zwischen zwei Möglichkeiten gewählt werden, von denen jede ihre Vorzüge und ihre Nachteile aufweist: rasch und ungenau, genau und langsam. Nach dem SchKG ist die Forderungsermittlung eine ganz summarische. Sie verfolgt zur Hauptsache¹²⁰⁾ nur den Zweck, die Stimmberechtigung klarzulegen. An dem Prüfungsverfahren, das sich nur auf die angemeldeten Forderungen bezieht, da nur sie als stimmberechtigt in Betracht kommen, ist vorab der Schuldner beteiligt, indem er sich über jede

¹²⁰⁾ Von der Feststellung des Stimmrechtes abgesehen ist die Forderungsermittlung insofern von Bedeutung, als Inventar und Schuldenverzeichnis als Basis für die Beurteilung der Angemessenheit dienen und für nicht angemeldete Forderungen keine Sicherheit geleistet werden muss.

Forderung auszusprechen hat. Gibt er eine Bestreitungserklärung ab, so muss dem Gläubiger eine Frist zur Klage gemäss Art. 310 angesetzt werden. Für das Stimmrecht ist die Bestreitung durch den Schuldner allein nicht entscheidend; denn darüber hat die Nachlassbehörde im Bestätigungsentscheide zu befinden. Auch der Gläubiger einer bestrittenen Forderung kann daher an der Abstimmung teilnehmen, doch ist die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Betrage die Stimme mitzuzählen ist, durch die Entscheidung der Nachlassbehörde bedingt. Der Sachwalter wirkt bei der Forderungsermittlung insofern mit, als er das Schuldenverzeichnis erstellt, die Erklärungen des Schuldners einholt, von seiner Schätzung der Umfang der Stimmberechtigung der Pfandgläubiger abhängt und er sich in seinem Berichte über die bestrittenen Forderungen zu äussern hat. Dagegen steht ihm ein selbständiges Bestreitungsrecht nicht zu. Er kann lediglich in seinem Gutachten die Nichtbestreitung einer Forderung durch den Schuldner als unredliche Handlung i. S. von Art. 306 relevieren. Ebenso wenig findet eine Mitwirkung der Gläubiger statt etwa in der Weise, dass ihnen ein Widerspruchsrecht eingeräumt würde. Nichtsdestoweniger haben aber auch die Gläubiger die Möglichkeit, sich im Bestätigungsverfahren zu den eingegebenen Forderungen zu äussern. Einmal kann der Gläubiger, dessen Forderung vom Schuldner bestritten worden ist, dartun, dass die Bestreitung der Begründung entbehrt, was jedoch nur für die Frage des Stimmrechtes von Bedeutung ist, die Behörde dagegen von der Pflicht zur Fristansetzung nicht entbindet. Sodann kann jeder Gläubiger die Verweigerung der Bestätigung beantragen mit der Motivierung, dass der Schuldner eine angemeldete fiktive Forderung nicht bestritten hat. — Auf einem ganz andern Boden steht die österreichische Verglö in der ihr durch das Bges. vom 20. Februar 1925 gegebenen Fassung. Danach findet nämlich auch im Nachlassverfahren eine sehr eingehende Forderungsfeststellung statt, an der neben dem Schuldner auch der Ausgleichsverwalter

und die Gläubiger mitwirken.¹²¹⁾ Das Resultat der Forderungsermittlung ist nicht nur relevant für die Stimm-berechtigung, vielmehr bildet die Eintragung in das Anmeldungsverzeichnis einen Vollstreckungstitel, soweit „die Forderung weder vom Schuldner noch vom Ausgleichsverwalter bestritten ist, noch ihr das Stimmrecht aus einem ihren Bestand, ihre Höhe oder die Höhe des Ausfalles beruhenden Grunde aberkannt worden ist“.¹²²⁾ Eine ähnliche Regelung findet sich in der deutschen

¹²¹⁾ Danach hat der Ausgleichsverwalter die angemeldeten Forderungen an Hand der Geschäftsbücher und Aufzeichnungen des Schuldners zu prüfen, in ein Verzeichnis einzutragen und dem Schuldner zur Kenntnis zu bringen. Der Schuldner hat sich zu jeder Forderung schriftlich zu erklären, ob er sie anerkennt oder bestreitet, wobei Schweigen als Anerkennung gilt. Der Verwalter seinerseits ist verpflichtet, den Bestand oder die Höhe einer Forderung zu bestreiten, wenn sich dagegen aus den Geschäftsbüchern oder Aufzeichnungen des Schuldners, aus Mitteilungen von Gläubigern oder sonst begründete Bedenken ergeben. Die Gläubiger andererseits haben das Recht, in der Gläubigerversammlung „etwaige Erinnerungen“ gegen angemeldete Forderungen vorzubringen, wobei alsdann der Ausgleichsverwalter diese Forderung nachträglich noch zu bestreiten verpflichtet ist, wenn er diese Erinnerung als begründet erachtet (AusglO §§ 31 a und 38). Hinsichtlich des Stimmrechtes bestrittener Forderungen gilt folgendes: Der Gläubiger, dessen Stimmrecht von einem anderen Gläubiger, vom Schuldner oder vom Verwalter bestritten wird, nimmt zunächst an der Abstimmung teil. Soweit Bestand oder Höhe der Forderung vom Schuldner oder vom Ausgleichsverwalter bestritten wird, gilt auch das Stimmrecht als bestritten. Eine Entscheidung über das Stimmrecht findet jedoch bloss dann statt, wenn das Ergebnis der Abstimmung eine solche notwendig macht. Zuständig ist der Ausgleichskommissär (§ 44). Über die Einzelheiten dieser Regelung, namentlich auch über die Gründe, welche zu diesem strengen Prüfungsverfahren geführt haben vgl. Lehmann, a. a. O. S. 171 ff., 193 f., 210 ff., ferner Pollak, Auslandsrecht, Bd. 7 S. 261.

¹²²⁾ AusglO § 53 a, dazu Lehmann, a. a. O. S. 247 ff., woselbst auch die Begründung der Regierungsvorlage wiedergegeben wird.

Vergleichsordnung.¹²³⁾ Die Entscheidung darüber, welcher dieser Lösungen der Vorzug gegeben werden soll, hält nicht leicht. Die vom österreichischen Recht getroffene Ordnung hat entschieden etwas Bestechendes. Indes darf andererseits nicht übersehen werden, dass eine derart ausgedehnte Forderungsprüfung viel Zeit in Anspruch nimmt und doch nicht die Garantien der konkursrechtlichen Kollokation bieten kann und auch nicht bieten will.¹²⁴⁾ Unter diesen Umständen wird es geraten sein, auch de lege ferenda mit der Forderungsprüfung nicht zu weit zu gehen, zumal da sich aus unserer geltenden Ordnung Missstände, die dringend einer Gesetzesänderung rufen, nicht ergeben haben.¹²⁵⁾ Wenn die Geschäftsmoral so tief gesun-

¹²³⁾ Nach § 62 VerglO werden am Vergleichstermine die Forderungen aller am Verfahren beteiligten Gläubiger erörtert, wobei der Schuldner sich über jede Forderung zu erklären hat. An diesem Termine können die Vertrauensperson und die Gläubiger Widerspruch erheben. Forderungen, die unwidersprochen geblieben sind, genießen das Stimmrecht. Im Falle des Widerspruches ist zu erörtern, ob und zu welchem Betrage das Stimmrecht gewährt werden soll. Einigen sich der Schuldner, die Vertrauensperson und die im Termin erschienenen, dem Verfahren unterworfenen Gläubiger nicht, so entscheidet das Gericht. Es hat sich also auch dann über die Stimmberechtigung auszusprechen, wenn das Abstimmungsergebnis eine Stimmrechtsentscheidung gar nicht nötig macht, was vom Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie aus betrachtet nicht eben glücklich erscheint. Gleich wie in Österreich wird die Vollstreckbarkeit der unbestrittenen Forderungen statuiert (§ 75). Vgl. Lucas, S. 138 ff., 167 ff. — In Italien hat der Sachwalter die Forderungen zu prüfen und auf Grund des Ergebnisses dieser Prüfung das Schuldenverzeichnis zu berichtigen. Den Gläubigern steht ebenfalls ein Widerspruchsrecht zu, das sie in der Gläubigerversammlung auszuüben haben. Die Stimmrechtsentscheidung liegt dem Gerichte ob; sie wird im Zusammenhange mit der Bestätigung des Nachlassvertrages getroffen (Gesetz vom 24. Mai 1903, Art. 11, 13, 19, 20).

¹²⁴⁾ Vgl. Lucas, a. a. O. S. 138 f.

¹²⁵⁾ Sollte in einem neuen Gesetze hinsichtlich der Würdigkeit des Schuldners die generelle Formulierung von Art. 306 Ziff. 1

ken ist, dass Kollusionen zwischen dem Schuldner und einzelnen Gläubigern die Regel bilden, mag man mit dem Nachlassvertrag überhaupt abfahren. Lieber kein Nachlassvertragsrecht als ein solches, das auf der Präsumption der mala fides aufgebaut ist.

b) Es ist überall Rechtens, dass der Schuldner vom Zeitpunkte des Eintretensbeschlusses an bis zur Bestätigung des Nachlassvertrages gegen Exekutionen geschützt wird, damit das Verfahren nicht durch unnachgiebige Gläubiger gestört werden kann.¹²⁶⁾ Das Interesse der Gläubiger verlangt jedoch eine Kombination dieses Exekutionsschutzes mit einer Beschränkung der Dispositionsbefugnisse des Schuldners. Diese Beschränkung kann selbstverständlich nicht so weit gehen wie im Konkurse. Der Nachlassvertrag setzt sich ja die Sanierung der Vermögenslage des Schuldners zum Ziel; er will ihm die wirtschaftliche Weiterexistenz gewährleisten; folgerichtig muss während des Verfahrens das Geschäft des Schuldners weiterbetrieben werden, und zwar durch ihn selbst. Darin stimmen alle Gesetze überein. Dagegen weichen sie voneinander ab hinsichtlich der Art und des Umfanges der Beschränkung. Diesfalls lässt eine vergleichende Betrachtung der verschiedenen Gesetzgebungen insofern eine Gruppierung erkennen, als nach den einen der Umfang der Beschränkung von vorneherein durch eine positive gesetzliche Ordnung generell festgelegt wird,¹²⁷⁾ während

fallengelassen werden, so wäre ausdrücklich zu bestimmen, dass die Bestätigung zu verweigern ist, sofern der Schuldner eine offenbar nicht zu Recht bestehende Forderung nicht bestritten hat.

¹²⁶⁾ SchKG Art. 297; italienisches Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 7; österr. AusgLO §§ 10 ff.; Loi sur le règlement transactionnel Art. 4; deutsche VergLO §§ 32—34.

¹²⁷⁾ So SchKG Art. 298. Ebenso das italienische Recht. Danach behält der Schuldner während des Verfahrens die Verwaltung seines Vermögens und besorgt alle gewöhnlichen Angelegenheiten seines Gewerbebetriebes unter Überwachung des

nach andern die Nachlassbehörde im einzelnen Falle das Mass der den Schuldner treffenden Beschränkung zu bestimmen hat.¹²⁸⁾ Diese individuelle Behandlung des

Sachwalters und unter Leitung des Instruktionsrichters. Unentgeltliche Verfügungen und Bürgschaften sind den Gläubigern gegenüber unwirksam. Dasselbe gilt für die Aufnahme von Darlehen, den Abschluss eines Vergleiches, die Unterwerfung unter einen Schiedsspruch, die Veräußerung oder Belastung unbeweglichen Eigentums, es wäre denn dass der Instruktionsrichter das Geschäft genehmigt. Diese Genehmigung soll aber nur in Fällen dringender Notwendigkeit oder eines offenbaren Nutzens stattfinden (Art. 8 und 9). Der Entwurf schreibt für alle Rechtshandlungen, welche über die gewöhnliche Verwaltung hinausgehen, die Genehmigung des Instruktionsrichters vor (Art. 667—669). Nach Art. 6 der loi sur le règlement transactionnel betreibt der Schuldner unter der Aufsicht des Sachwalters sein Geschäft weiter und behält die Verwaltung seines Vermögens. „Toute-fois“ — fährt das Gesetz fort — „il ne peut contracter de nouvelles dettes, ni aliéner tout ou partie de son actif, ni intenter ou suivre aucune action mobilière ou immobilière sans l'autorisation et l'assistance de l'administrateur.“

¹²⁸⁾ Nach der österreich. AusgLO, § 8, darf der Schuldner schon vom Tage der Stellung des Begehrens an nicht mehr Liegenschaften veräußern oder belasten, Absonderungsrechte bestellen, Bürgschaften eingehen und unentgeltliche Verfügungen treffen. Geschäfte, die diesem Verbote zuwiderlaufen, sind den Gläubigern gegenüber unwirksam. Von der Verfahrenseröffnung an ist zur Vornahme von Geschäften, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetriebe gehören, die Zustimmung des Verwalters erforderlich. Der Schuldner hat indes auch zum gewöhnlichen Geschäftsbetriebe gehörende Handlungen zu unterlassen, wenn der Verwalter dagegen Einspruch erhebt. Rechtshandlungen, die der Schuldner entgegen den vorstehenden Bestimmungen vorgenommen hat, sind den Gläubigern gegenüber unwirksam, wenn der Dritte wusste oder wissen musste, dass sie über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgeht und dass der Verwalter seine Zustimmung nicht erteilt oder dass er gegen die Vornahme Einspruch erhoben hat. Das Gericht hat jedoch die Möglichkeit, noch weiterzugehen. Es kann dem Schuldner die Vornahme bestimmter (anderer) Rechtshandlungen während der Dauer des Verfahrens überhaupt oder ohne Zustimmung des Verwalters verbieten (§ 3 Abs. 2). — Nach der deutschen VergLO hat das Gericht bei

konkreten Nachlassverfahrens, so einleuchtend sie auf den ersten Blick erscheinen mag, hat den grossen Nachteil, dass sie sehr leicht zum Schaden der Gläubiger ausschlagen kann; denn die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Behörde den Schuldner nicht richtig beurteilt und mit ihren die Beschränkung ausdehnenden Verfügungen zu spät kommt. Sonach hat wohl das SchKG damit, dass es die Wirkungen der Nachlassstundung generell umschreibt, das Richtige getroffen. Dagegen ist die geltende Ordnung in ihren Einzelheiten sehr kritikabel. Gleich den ausländischen Rechten gestattet auch das SchKG dem Schuldner den Fortbetrieb seines Geschäftes, allerdings unter der Aufsicht des Sachwalters. Dieser wirkt bei den einzelnen Rechtsgeschäften nicht mit; wohl aber kann er dem Schuldner Weisungen erteilen, sei es ein für allemal, sei es im einzelnen Falle. Die Nichtbefolgung dieser Weisungen ist zivilrechtlich irrelevant; sie führt jedoch unter Umständen zum Widerruf der Nachlassstundung. Der Schuldner ist in seinen Dispositionsbefugnissen insofern beschränkt, als er von der Bekanntmachung der Stundung an nicht mehr in rechtsgültiger Weise Liegenschaften veräussern oder belasten, Pfänder bestellen, Bürgschaften eingehen und unentgeltliche Verfügungen treffen kann, und zwar auch nicht mit Zu-

der Eröffnung des Verfahrens zu prüfen, welche Verfügungsbeschränkungen dem Schuldner aufzuerlegen sind. Es kann jederzeit während des Verfahrens *ex officio*, oder auf Antrag der Vertrauensperson oder eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses oder eines Gläubigers Verfügungsbeschränkungen anordnen (§ 50). Die Verfügungsbeschränkung kann darin bestehen, dass an den Schuldner ein allgemeines Veräusserungsverbot erlassen oder ihm die Verfügung über einzelne Vermögensgegenstände verboten wird (§ 51), wobei die Wirkungen dieser Massnahmen in den §§ 54—57 umschrieben werden. Die Regelung im einzelnen ist reichlich kompliziert, und es ist fraglich, ob diese Ordnung sich in der Praxis bewähren wird. — Zu dieser zweiten Gruppe gehört auch die schweizerische Notstundung, SchKG Art. 317 h und 317 i.

stimmung des Sachwalters; denn das verbotene Geschäft ist schlechthin nichtig.¹²⁹⁾ Diese Ordnung ist, wie die praktischen Erfahrungen lehren, viel zu starr, ist es doch sehr wohl möglich, dass ein solches Geschäft den Gläubigern nicht nur gleichgültig sein kann, sondern ihnen geradezu Vorteile bietet.¹³⁰⁾ In einem neuen Gesetze muss daher die Stellung des Schuldners während des Verfahrens viel beweglicher gestaltet werden. Dies könnte etwa in folgender Weise geschehen: Grundsätzlich untersteht der Schuldner gleich wie heute der Aufsicht des Sachwalters. Er soll alle mit dem ordentlichen Betriebe seines Geschäftes verbundenen Rechtshandlungen ohne weiteres gültig vornehmen können. Was diejenigen Rechtshandlungen betrifft, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, so kann natürlich von einer absoluten Nichtigkeit nicht die Rede sein; die Unwirksamkeit gegenüber den Gläubigern genügt vollauf. Abgesehen davon besteht ein Bedürfnis dafür, dass der Schuldner auch nicht zum ordentlichen Geschäftsbetriebe gehörende Handlungen gültig vornehmen kann; für solche Fälle wäre die Genehmigung des Sachwalters vorzubehalten. Diese könnte unter Umständen auch generell vorgesehen werden für die nach dem geltenden Rechte nichtigen Geschäfte. Eine solche Regelung wahrt dem Schuldner die notwendige Bewegungsfreiheit und bietet doch den Gläubigern einen hinreichenden Schutz

c) Bei der Ordnung des Zustimmungsverfahrens wird sich der Gesetzgeber ferner darüber schlüssig werden müssen, ob er auch in Zukunft die nachträgliche schriftliche

¹²⁹⁾ Vgl. BGE 26 I Nr. 48, 30 I Nr. 144.

¹³⁰⁾ Beispiel: BGE 51 III Nr. 20. Die Kriegsnovelle hat denn auch seinerzeit die Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, die Bestellung von Pfändern und die Eingehung von Bürgschaften während der Dauer der allgemeinen Betreibungsstundung als gültig erklärt, sofern der Sachwalter zustimmte (VO vom 28. September 1914 Art. 17).

Zustimmungserklärung zulassen will. Die Doktrin nimmt hinsichtlich dieser Frage zumeist eine ablehnende Stellung ein,¹³¹⁾ da die Möglichkeit der Abgabe der Zustimmungserklärung ausserhalb der Gläubigerversammlung die Gewährung von Sondervorteilen begünstigt, und es haben denn auch die meisten Gesetzgebungen diesem Bedenken Rechnung getragen.¹³²⁾ Es ist gewiss richtig, dass der Schuldner, um die noch fehlenden Zustimmungserklärungen beizubringen, dann und wann etwas „nachhelfen“ wird, und insofern verdient die Ordnung, wonach die Gläubiger sich in der Versammlung selbst zu erklären haben, den Vorzug. Doch darf auch diese Gefahr nicht überschätzt werden. Die nachträgliche Zustimmungserklärung hat sich bei uns dermassen eingebürgert,¹³³⁾ dass sie trotz der obwaltenden Bedenken nur fallengelassen werden sollte, wenn sich aus ihrer Zulassung wirkliche Missstände ergeben hätten. Dies scheint aber nach den bisherigen Erfahrungen nicht der Fall zu sein.¹³⁴⁾

¹³¹⁾ Vgl. vor allem E. Jäger, ZZP Bd. 48 S. 150.

¹³²⁾ So die österr. AusgLO § 42. Danach ist eine schriftliche Stimmabgabe überhaupt nicht zulässig, vielmehr muss jeder Gläubiger, sei es persönlich, sei es durch einen Bevollmächtigten, an der Vergleichstagsatzung selbst die Stimme abgeben. Wird in der ersten Versammlung nur die Kopf- oder nur die Summenmehrheit erreicht, so kann der Schuldner die Einberufung einer zweiten Versammlung verlangen. — Die deutsche VergLO andererseits lässt zwar die schriftliche Stimmabgabe zu, doch muss die Zustimmungserklärung dem Gerichte bis zum Schlusse der Abstimmung zugegangen sein (§ 65).

¹³³⁾ Die nachträgliche Zustimmungserklärung wird bei uns nicht nur im gewöhnlichen Nachlassverfahren zugelassen, sondern auch im Eisenbahnnachlassverfahren (VZEG Art. 65 Abs. 4) und im Gläubigergemeinschaftsverfahren (GGV Art. 19, vgl. auch Entwurf zum OR Art. 1123).

¹³⁴⁾ Auch das italienische Recht lässt die nachträgliche Zustimmungserklärung zu (Gesetz vom 24. Mai 1903 Art. 16); der Entwurf, Art. 682, hat hieran grundsätzlich nichts geändert

3. Das Bestätigungsverfahren hat sich im grossen und ganzen bewährt. Namentlich wird auch in der *lex ferenda* das Oficialprinzip beizubehalten sein.¹³⁵⁾ Dagegen liegt der Vollzug des Nachlassvertrages oft im Argen. Dass bei den Stundungsvergleichen — wozu natürlich auch die Nachlassverträge gehören, bei denen Stundung und Erlass kombiniert werden — das Verfahren mit der Bestätigung nicht zu Ende sein darf, sondern der Schuldner der Aufsicht der Nachlassbehörde unterworfen werden muss, ist oben schon dargetan worden (vgl. S. 172). Abgesehen davon ist es aber auch geboten, für den Vollzug des Prozentvergleiches gewisse Garantien zu schaffen, etwa in der Weise, dass die Auszahlung der Dividenden dem Sachwalter übertragen wird und dieser auch die vom Schuldner bestellten Sicherheiten zu überwachen und gegebenenfalls zu realisieren hat.

4. Ein altes Postulat zur Reform des Nachlassverfahrens hat zum Gegenstande die Weiterziehung der Entscheidungen der Nachlassbehörden an das Bundesgericht.¹³⁶⁾ Das geltende Recht sieht bekanntlich ein ordentliches Rechtsmittel nicht vor. Dies hatte zur Folge, dass während Jahrzehnten grundsätzliche Fragen des Nachlassvertragsrechtes von Kanton zu Kanton in abweichendem Sinne entschieden wurden und wir auch heute noch von einer einheitlichen Praxis weit entfernt sind, ein Zustand, der sich mit der bundesrechtlichen Ordnung eines für die Wirtschaft so wichtigen Rechtsinstitutes kaum vereinbaren lässt. So haben denn auch die Notverordnungen

¹³⁵⁾ Im Gegensatze zur deutschen VerglO (§ 68), wonach der Vergleich, der unlauter, insbesondere durch Begünstigung eines Gläubigers zustandegebracht worden ist oder der den gemeinsamen Interessen der beteiligten Gläubiger widerspricht, nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Antrag eines Gläubigers zu verwerfen ist.

¹³⁶⁾ Dieses Postulat wurde schon im Jahre 1893 aufgestellt von Salis, Die Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreibungs- und Konkursachen, Referat für den Schweiz. Juristentag, ZschwR n. F. Bd. 12 S. 608.

einen Rekurs an das Bundesgericht eingeführt, mit dem die Entscheidungen der kantonalen Behörden in Betreibungsstundungs-, Hotelstundungs- und Pfandnachlassvertragssachen angefochten werden konnten.¹³⁷⁾ Dieses Rechtsmittel hat sich vollauf bewährt und ist daher bei einer Revision des SchKG in die ordentliche Gesetzgebung überzuführen, damit endlich auch auf dem Gebiete des Nachlassvertrages für eine einheitliche Anwendung des Bundesrechtes Garantie geboten wird. Im Interesse der Verfahrensökonomie kann freilich gegenüber dem Entscheide im Bewilligungsverfahren nur dem Schuldner ein Rekursrecht eingeräumt werden, und zwar auch dann, wenn in diesem Verfahren den Gläubigern Parteirechte zugestanden werden sollten. Die Entscheidung im Bestätigungsverfahren dagegen muss vom Schuldner und von den Gläubigern weitergezogen werden können. Die Einführung eines solchen Rechtsmittels, dessen Ausgestaltung im einzelnen hier dahingestellt bleiben mag, müsste ferner — wiederum der Prozessökonomie wegen — mit einer Änderung der Organisation in dem Sinne verbunden werden, dass im kantonalen Verfahren nur eine Instanz zu entscheiden hat.¹³⁸⁾

IV. In diesem Zusammenhange mag endlich noch zu der Frage Stellung genommen werden, ob der Gesetzgeber gut daran getan hat, bei der Ordnung des Gläubigergemeinschaftsverfahrens, auch soweit dieses Zwangsbeschlüsse zum Gegenstande hat, von dem soeben entwickelten Verfahrensschema — Bewilligungsverfahren, Zustimmungsverfahren, Bestätigungsverfahren — abzu-

¹³⁷⁾ VO vom 16. Dezember 1916 Art. 4; VO vom 2. November 1915 Art. 26; VO vom 18. Dezember 1920 Art. 32, 38, 43. Über die Stellung des Bundesgerichtes im Pfandstundungsverfahren gemäss VO vom 27. Oktober 1917 vgl. Haab, ZBJV Bd. 57 S. 362.

¹³⁸⁾ In der an den Vortrag anschliessenden Diskussion wurde die Einführung eines ordentlichen Rechtsmittels an das Bundesgericht namentlich von Herrn Dr. Eugen Curti sehr befürwortet.

weichen. Das Gläubigergemeinschaftsrecht¹³⁹⁾ hat bei uns trotz seiner erst zehnjährigen Geltungsdauer¹⁴⁰⁾ schon mehrere Wandlungen durchgemacht. Nach der Verordnung des Bundesrates vom 20. Februar 1918 war das Verfahren insofern aussergerichtlich, als zur Wahrung der Rechte der nichtzustimmenden Gläubiger lediglich ein praktisch nicht brauchbares Anfechtungsrecht vorgesehen wurde; irgendein Schutz des Schuldners gegenüber Vollstreckungen während der Dauer des Verfahrens bestand nicht. Dieser Zustand erlitt erstmals eine einschneidende Änderung, als es sich darum handelte, den Eisenbahngesellschaften die Anrufung der GGV möglich zu machen. Dies geschah nicht in der Weise, dass die Verordnung einfach auf diese Gesellschaften anwendbar erklärt wurde; vielmehr bestimmt der BRB vom 25. April 1919, dass bei den Eisenbahnunternehmungen das Gläubigergemeinschaftsverfahren in den Formen des Nachlassverfahrens sich abzuwickeln hat mit Eintretensentscheid des Bundesgerichtes, daran anschliessender Stundung, Durchführung des Zustimmungsverfahrens unter gerichtlicher Leitung und gerichtlicher Bestätigung.¹⁴¹⁾ Hinsichtlich der übrigen Anleihenschuldner hatte es zunächst bei der ursprünglichen Ordnung sein Bewenden. Bald machte sich indes

¹³⁹⁾ Vgl. Beck, Die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen nach der VO des Bundesrates vom 20. Februar 1918, 1918; Huber, Die Gläubigergemeinschaft, ZBJV Bd. 53 S. 550 ff.; Schweizer, Die rechtliche Natur der Obligationenanleihe und ihrer Gläubigergemeinschaft, Diss. Zürich 1925.

¹⁴⁰⁾ Das Prinzip der Gläubigergemeinschaft war für Eisenbahnobligationen, freilich in unvollkommener Form, schon anerkannt im alten Eisenbahnliquidationsgesetze vom 24. Juni 1875 Art. 15. Vgl. zu diesem Gesetze Meili, Das Pfand- und Konkursrecht der Eisenbahnen, 1878; Secrétan, L'hypothèque sur les chemins de fer, 1889; Vollenweider, Die Zwangsliquidation von Eisenbahnen, 1907.

¹⁴¹⁾ Vgl. dazu den eingehenden Bericht des Bundesrates, BBl 1919 III S. 520 ff.

der mangelnde Vollstreckungsschutz während der Pendenz des Verfahrens sehr nachteilig bemerkbar. Daher wurde die VO am 28. Dezember 1920 dahin abgeändert, dass vom Zeitpunkte der Publikation der Einladung zur Gläubigerversammlung bis zur Beurkundung der Gläubigerbeschlüsse die fälligen Guthaben, und zwar alle, gestundet sein sollen.¹⁴²⁾ Der BRB vom 28. Dezember 1920 unterlässt es jedoch, diesen Vollstreckungsschutz mit einer Verfügungsbeschränkung zu kombinieren und die Voraussetzungen zu umschreiben, die erfüllt sein müssen, damit die Gläubiger zusammenberufen werden können. Der Schuldner hat es also in der Hand, sich durch die Publikation der Einladung zur Gläubigerversammlung die drängenden Gläubiger vom Halse zu halten. Zum Schutze der Gläubiger wird lediglich vorgesehen, dass dieses Spiel alljährlich nur einmal gespielt werden darf. Der Entwurf zum neuen Obligationenrechte¹⁴³⁾ endlich trifft wiederum eine andere Ordnung. Danach besteht, gleich wie heute, von der Einberufung der Gläubiger an — wozu es einer gerichtlichen Ermächtigung nicht bedarf — Vollstrek-

¹⁴²⁾ Vgl. zu diesem Beschlusse den Bericht des Bundesrates in BBl 1921 I S. 45 ff.

¹⁴³⁾ Der Entwurf I, Art. 888 ff., hat die VO vom 20. Februar 1918 unverändert übernommen. Der Entwurf II dagegen sieht die Stundung der fälligen Anleihen und die behördliche Bestätigung vor (Art. 1019 und 1020), vgl. auch Bericht zu Entwurf II S. 159 f. In der Expertenkommission hat allerdings Alfr. Wieland beantragt, es sei von der behördlichen Bestätigung Umgang zu nehmen und lediglich das Anfechtungsrecht i. S. von Art. 22 VO vom 20. Februar 1918 vorzusehen (Protokoll S. 845 f.); dieser Antrag wurde mit Stichentscheid des Vorsitzenden abgelehnt (Protokoll S. 849). Der Entwurf des Bundesrates (Art. 1124) hat daher in Übereinstimmung mit dem Entwurf II die Bestätigung der Beschlüsse durch die Nachlassbehörde beibehalten. Leider wird gegenüber den Bestätigungsbeschlüssen der kantonalen Nachlassbehörden kein ordentliches Rechtsmittel an das Bundesgericht vorgesehen, entgegen einem von Ostertag in der Kommission gestellten Antrage (vgl. Protokoll S. 853).

kungsschutz, jedoch mit Beschränkung auf die fälligen Anleihen. Eine Verfügungsbeschränkung ist ebenfalls nicht vorgesehen; dagegen müssen die Gläubigerbeschlüsse der Nachlassbehörde zur Bestätigung vorgelegt werden, wobei die Bestätigungsvoraussetzungen mit denen des gemeinen Nachlassvertrages sich nahezu decken. So grosse Fortschritte diese Vorschläge gegenüber der geltenden Ordnung aufweisen, so sind sie leider auf halbem Wege stehengeblieben. Dass das Gläubigergemeinschaftsverfahren einer amtlichen Kontrolle unterworfen werden muss, haben die praktischen Erfahrungen mit aller Deutlichkeit dargetan, und so ist denn auch die Tendenz des Entwurfes, den Gläubigern grössere Garantien zu gewähren, sehr zu begrüßen. Wenn aber eine behördliche Intervention als notwendig befunden wird, so darf sie sich nicht auf die Bestätigung der Beschlüsse beschränken, sondern sie muss in den Formen des Nachlassverfahrens vor sich gehen.¹⁴⁴⁾ Die Regelung des Entwurfes, welche die Behörde erst am Ende des Verfahrens eingreifen lässt, will dem Schuldner entgegenkommen. Es könnte indes in der Folge leicht geschehen, dass sie in ihren praktischen Auswirkungen gerade in das Gegenteil dessen umschlägt, was sie zu erreichen beabsichtigt. Wie in anderem Zusammenhange dargetan worden ist (vgl. S. 205), können in der Regel die Vorschläge des Schuldners, auch wenn sie die erforderliche Gläubigermehrheit auf sich vereinigt haben, nicht ohne weiteres genehmigt werden, weil Gläubiger und Schuldner als unmittelbar Beteiligte über dessen Vermögenslage und den Umfang der zu deren Sanierung erforderlichen Eingriffe sich häufig nicht genügend Rechenschaft ablegen. Deshalb ist für das gewöhnliche Nachlassverfahren vorgeschlagen worden, dass die Nachlassbehörde durch Vermittlung eines Instruktionsrichters schon bei der Formulierung der Vorschläge mitwirke. Eine solche

¹⁴⁴⁾ Vgl. in diesem Sinne den wohlbegründeten Antrag von Ostertag, Protokoll S. 841 ff.

Mitwirkung der Behörde ist aber im Gläubigergemeinschaftsverfahren noch viel mehr geboten, da in den Fällen, wo dieses Verfahren angerufen wird, die Verhältnisse zumeist viel komplizierter liegen als in einem gewöhnlichen Nachlassverfahren. Bei der vom Entwurfe vorgeschlagenen Ordnung laufen die Beteiligten die Gefahr, dass die Behörde die Gläubigerbeschlüsse nicht genehmigt, weil ihrer Ansicht nach die Massnahmen zu weit oder zu wenig weit gehen.¹⁴⁵⁾ Dies Ergebnis liesse sich ohne weiteres vermeiden, wenn die Behörde schon in einem früheren Verfahrensabschnitte eingreifen könnte. Die Intervention der Behörde bei der Verfahrenseröffnung drängt sich aber auch aus dem Grunde auf, dass oft das Gläubigergemeinschaftsverfahren allein, weil es sich auf einzelne Gläubigergruppen beschränkt und einen Forderungsverzicht nicht zulässt, eine Sanierung gar nicht herbeizuführen vermag, sondern nur eine wirtschaftlich nicht zu rechtfertigende Zeitverschwendung zum Resultate hat. Dem würde vorgebeugt, wenn die Behörde von vorneherein die Durchführung des Gläubigergemeinschaftsverfahrens ablehnen und den Schuldner auf den Weg des ordentlichen Nachlassverfahrens weisen könnte.¹⁴⁶⁾ Ebenso ruft auch der Vorschlag Bedenken, wonach der während des Verfahrens bestehende Exekutionsschutz auf die fälligen Anleihen limitiert und nicht mit einer Dispositionsbeschränkung kombiniert wird; denn wenn man den Gläubigern fälliger Ansprüche die Vollstreckung verbietet, muss man ihnen gleichzeitig gegen Minderungen des Vollstreckungssubstra-

¹⁴⁵⁾ Es ist denn auch sehr bezeichnend, dass das Bundesgericht in seiner Eisenbahnsanierungspraxis in nahezu allen Fällen das Sanierungsprojekt in der Form, in der es die Unternehmung eingebracht hatte, nicht akzeptieren konnte, sondern Änderungen verlangen musste.

¹⁴⁶⁾ Entsprechend der Praxis des Bundesgerichtes in Eisenbahnsanierungsangelegenheiten, BGE 46 III Nr. 7.

tes Schutz gewähren. Vor allem aber — dieser Einwand richtet sich gegen die vorgeschlagene Ordnung überhaupt — erscheint es als prinzipiell unrichtig, ein Sanierungsverfahren zu schaffen, das nur einzelne Gläubigerkategorien, die Anleihensgläubiger, herausgreift, die Rechte der übrigen Gläubiger mit gleicher oder sogar ungünstigerer Rechtsstellung dagegen nicht antastet. Von der darin liegenden Verletzung des Grundsatzes der *par conditio creditorum* ganz zu schweigen, kann ein Unternehmen nur dann wirklich saniert werden, wenn seine Vermögenslage in ihrer Totalität ins Auge gefasst wird. Aus diesen Gründen hätte das Gläubigergemeinschaftsverfahren, statt selbständig geordnet zu werden, mit dem ordentlichen Nachlassverfahren in einen organischen Zusammenhang gebracht werden sollen.¹⁴⁷⁾

Eine rückschauende Betrachtung führt zu dem Ergebnisse, dass das schweizerische Nachlassvertragsrecht in vielen Beziehungen die Vergleichung mit der ausländischen Gesetzgebung sehr wohl zu bestehen vermag, in andern dagegen als der Reform bedürftig erscheint. Diese Reform kann freilich angesichts der engen Beziehungen zwischen Konkurs und Nachlassvertrag nur dann fruchtbringend sein, wenn sie mit einer gleichzeitigen Revision des Konkursrechtes verbunden wird. Es liegt indessen auf der Hand, dass man auch in ein neues Nachlassvertragsrecht nicht allzuweit gespannte Erwartungen setzen darf. Die Einwirkungen des Rechtes auf die Wirtschaft sind — wenigstens im guten Sinne — sehr beschränkt. Wohl kann ein unbilliges Steuergesetz, eine mangelhafte Konkursordnung, eine ungenügende Hypothekengesetzgebung im Wirtschaftsleben grossen Schaden

¹⁴⁷⁾ In der Diskussion ist dieser Vorschlag von Herrn Dr. Däniker, Direktor der Zürcher Kantonalbank, sehr befürwortet worden.

anrichten. Dagegen vermag auch das vollkommenste Nachlassvertragsgesetz wirtschaftliche Krisen nicht zu hindern, sondern es ist höchstens imstande, sie zu mildern und in ihren Auswirkungen erträglich zu machen. Und doch ist, wenn auch nur dieses beschränkte Ziel erreicht werden kann, schon sehr viel gewonnen.
