

Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren

Begleitbericht zum Vorentwurf

Bern, im Dezember 2008

Inhaltsübersicht

Allgemeiner Teil

- A. Einleitung
 - I. Expertengruppe Phase 1
 - II. Expertengruppe Phase 2
- B. Die Ergebnisse der Phase 2 im Überblick
 - I. Grundsatz: Festhalten an den Beschlüssen der Phase 1
 - II. Abweichungen von der Phase 1
 - III. Gläubigerschutz und Gläubigergleichbehandlung
- C. Weiteres Vorgehen

Besonderer Teil

Hinweis

- A. Nachlassverfahren (Sanierungsverfahren)
 - I. Überschuldungsanzeige und Konkursaufschub
 - II. Einleitungsphase
 - III. Stundungsphase
 - IV. Bestätigungsphase

Exkurs: Nachlassvertrag im Konkurs
- B. Einzelfragen
 - I. Die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen
 - II. Die Behandlung der Arbeitnehmenden im Insolvenzfall
 - III. Vorrechte bestimmter Gläubiger
 - IV. Zuführung neuer Mittel
 - V. Konzernkonkurs
 - VI. Behebung weiterer Mängel des Anfechtungsrechts

Allgemeiner Teil

A. Einleitung

I. Expertengruppe Phase 1

Nach dem Zusammenbruch der Swissair¹ verlangten zahlreiche parlamentarische Vorstösse die Abklärung des Revisionsbedarfs des schweizerischen Insolvenzrechts. Im Brennpunkt des Interesses stand das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG²). Dieses habe sich – vor allem in Bezug auf Grossinsolvenzen – als unzulänglich erwiesen.

Im Sommer 2003 setzte das Bundesamt für Justiz eine Expertengruppe ein mit dem Auftrag, als *Groupe de réflexion* den Reformbedarf des Insolvenzrechts abzuklären. Dabei standen drei Fragenkomplexe im Vordergrund:

1. Prüfung, ob und inwieweit das Nachlassverfahren des SchKG weiter in Richtung Sanierungsverfahren entwickelt werden kann und soll;
2. Prüfung von Schnittstellen mit dem materiellen Recht (Sicherungsrechte, Privilegien, Behandlung der Dauerschuldverhältnisse wie Arbeits-, Miet- und Leasingverträge);
3. Prüfung von Wünschbarkeit und Möglichkeiten eines so genannten Konzernkonkursrechts.

Bei der Evaluation des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs sollte dem Sanierungsgedanken Priorität zukommen. Lösungen ausländischer Verfahren (z.B. des Chapter 11 des amerikanischen Bankruptcy Codes) sowie der einschlägigen Empfehlungen der UNCITRAL³ sollten in die Abklärungen mit einbezogen werden.

Im März 2005 lieferte die Expertengruppe ihren Bericht zum Handlungsbedarf dem Bundesamt für Justiz ab⁴.

II. Expertengruppe Phase 2

Angesichts der kurzen Zeit, die für die komplexen Fragen zur Verfügung stand, hat sich die Expertengruppe in der Phase 1 notgedrungen auf die Formulierung von Thesen beschränken müssen. Das Bundesamt für Justiz setzte die Experten im August 2006 daher erneut ein, die Arbeiten fortzusetzen und gestützt auf die Ergebnisse der Phase 1 einen Vorentwurf samt Kurzbericht für eine entsprechende Gesetzesrevision zu erstellen.

Für diese zweite Phase blieb die Zusammensetzung der Expertengruppe grundsätzlich unverändert. Neu hinzu trat ein Vertreter der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz.

Im Einzelnen setzte sich die Gruppe wie folgt zusammen:

- Stephan Bölli, Notariat Wetzikon (neu);
- Dr. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, Schumacher Baur Hürlimann, Zürich;
- Prof. Dr. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, Beglinger Holenstein, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen;
- Prof. Dr. Isaak Meier, Rechtsanwalt, Zürich, Ordinarius an der Universität Zürich;
- Prof. Dr. Henry Peter, Rechtsanwalt, Lugano, Professor an der Universität Genf;

¹ Vgl. zur Chronologie der Ereignisse den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) vom 19.9.2002, Die Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise (BBI 2003 5403 ff., insb. 5475 ff.).

² Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

³ Die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) hat Empfehlungen zur Legiferierung im Insolvenzrecht verabschiedet (vgl. Legislative Guide on Insolvency Law, New York 2005).

⁴ Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung. Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, April 2005 (nachfolgend zitiert als Bericht Phase 1). Dieser Bericht kann im Internet heruntergeladen werden (www.bj.admin.ch).

- Prof. Dr. Daniel Staehelin, Advokat und Notar, Christen Rickli Partner, Basel, Lehrbeauftragter an der Universität Basel;
- Rechtsanwalt Karl Wüthrich, Wenger Plattner, Zürich;
- Fürsprecher Dominik Gasser, Bundesamt für Justiz Bern, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, Bratschi Wiederkehr Buob (Vorsitz);
- Das Sekretariat sowie die Redaktion des Berichts und Vorentwurfs besorgten Rechtsanwältin Brigitte Rickli und lic.iur. Toylan Senel (beide Bundesamt für Justiz).

Die Expertengruppe hielt insgesamt 7 Sitzungen ab, zuletzt am 18. Februar 2008. Im August 2007 fand eine zweitägige Klausur in Luzern statt. Im Juni 2008 wurde dem Bundesamt für Justiz ein Vorentwurf samt Begleitbericht abgeliefert⁵.

B. Die Ergebnisse der Phase 2 im Überblick

I. Grundsatz: Festhalten an den Beschlüssen der Phase 1

Die Expertengruppe hat grundsätzlich an ihren Erkenntnissen der Phase 1 festgehalten. Insbesondere hat sie ihre Grundhaltung bestätigt, wonach das schweizerische Insolvenzrecht auch unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung durchaus tauglich und praktikabel ist: Das schweizerische Insolvenzrecht bedarf nach Ansicht der Expertengruppe keiner Generalüberholung.

Diese Erkenntnis schliesst – wie in der Phase 1 festgestellt – punktuellen Reformbedarf nicht aus⁶. Rein quantitativ hält sich der damit verbundene legislatorische Aufwand in Grenzen; qualitativ hingegen ist das Unterfangen wegen seiner wirtschafts- und sozialpolitischen Bedeutung nicht zu unterschätzen. Jede Verschiebung bei der Interessenabwägung zwischen den Schuldner (d.h. den zu sanierenden Unternehmen) und ihrer Gläubigern hat in der Praxis sofort spürbare Folgen (z.B. hinsichtlich Zahlungsfristen, Verlustrisiko und Verlustquote, Art und Weise der Vertragserfüllung usw.).

Die Schaffung eines eigentlichen Sonderrechts für Grossinsolvenzen (Stichwort "Konzernkonkurs") hält die Expertengruppe nach wie vor als nicht spruchreif⁷. Das Insolvenzrecht darf grundsätzlich nicht durchbrechen, was das materielle Recht vorgibt und schützt. Vielmehr ist am heutigen System festzuhalten, wonach auch beim Zusammenbruch von Konzernen das allgemeine Verfahrensrecht anzuwenden ist (*atomistic approach* statt Konsolidation). Dem Konzernverhältnis kann jedoch punktuell Rechnung getragen werden (so etwa bei den Beweisregeln im Anfechtungsrecht und der Verfahrenskoordination, unten Besonderer Teil, B./V.).

In der Phase 1 formulierte die Expertengruppe sodann die These, dass die Revision des Sanierungsverfahrens nicht auf den Aspekt der Unternehmenssanierung beschränkt werden dürfe. Vielmehr müsse auch das System des Konkursverlustscheins und des neuen Vermögens (Art. 265 ff. SchKG) einbezogen und die Einführung einer so genannten Restschuldbefreiung diskutiert werden (sog. Privatsanierung)⁸. Die Expertengruppe ist nach wie vor dieser Auffassung. Zwar gehört die genannte Thematik im Wesentlichen zum "sozialen Insolvenzrecht" (Überschuldung von Konsumenten und Privathaushalten), doch hat sie auch einen unmittelbaren Bezug zur Unternehmenssanierung (Sanierung von Einzelfirmen). Aus Kapazitäts- und Zeitgründen musste die Expertengruppe ihre Arbeiten jedoch auf die Unternehmenssanierung beschränken.

⁵ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Juni 2008. Bericht und Vorentwurf können im Internet heruntergeladen werden (www.bj.admin.ch).

⁶ Bericht Phase 1, S. 2–5.

⁷ Bericht Phase 1, S. 4, 46 ff.

⁸ Bericht Phase 1, S. 12, m.w.H.

II. Abweichungen von der Phase 1

In einigen Punkten ist die Expertengruppe in der Phase 2 auf ihre Vorschläge der Phase 1 zurückgekommen. Auf solche Abweichungen wird im Besonderen Teil des Berichts eingegangen. Auf ein paar wesentliche Aspekte sei jedoch schon hier hingewiesen:

- Abgesehen wurde von einer allgemeinen Insolvenz-Antragspflicht überschuldeter Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform. Die Expertengruppe gelangte zum Ergebnis, dass eine Ausdehnung der sog. „Überschuldungsanzeige“ (Art. 725 OR) auf Einzelfirmen und Personengesellschaften praktisch kaum umsetzbar wäre. Auch das revidierte Rechnungslegungsrecht hat diese Idee am Ende nicht mehr weiterverfolgt.
- Aufgegeben wurde sodann die Möglichkeit, einen Sachwalter bereits vor der Bewilligung einer Nachlassstundung einzusetzen. Da die Gewährung der Nachlassstundung erleichtert wird, gibt es dafür kein entsprechendes Bedürfnis.
- Nicht mehr festgehalten wurde an einem ausserordentlichen Kündigungsrecht von Dauerschuldverhältnissen im Konkurs durch die Konkursverwaltung bei gleichzeitig nur beschränkter Entschädigung der Gegenpartei (Art. 211a VE-SchKG; unten Besonderer Teil, B./I.).
- Nicht weiterverfolgt wurde sodann die These einer praktisch automatischen Bewilligung einer zunächst provisorischen Nachlassstundung bei der sog. Überschuldungsanzeige (*automatic stay*; unten Besonderer Teil, A./I.).

III. Gläubigerschutz und Gläubigergleichbehandlung

Auftragsgemäss stand bei den Diskussionen der Expertengruppe das Sanierungsinteresse im Vordergrund. Trotzdem waren Gläubigerschutz und Gläubigergleichbehandlung auch im Sanierungsverfahren absolute Kernanliegen der Expertengruppe. Insbesondere sollen die Mitwirkungsrechte der Gläubiger während der oft sehr langen Nachlassstundung verstärkt werden (unten Besonderer Teil, A./III./2.3). Der vermehrten Gläubigergleichbehandlung sollen sodann die vorgeschlagenen Beschränkungen gewisser Vorrechte dienen (unten Besonderer Teil, B./III.). Gleichzeitig ist eine solche Beschränkung natürlich auch dem Sanierungsgedanken förderlich, da die Vorrechte Aktiven binden und so eine Sanierung erschweren. Der Expertengruppe war sich jedoch bewusst, dass die damit verbundenen Fragen nicht nur rechtlicher, sondern vor allem wirtschafts- und sozialpolitischer Natur sind. Es geht dabei nicht um das juristische Richtig oder Falsch, sondern um Wertungen und Entscheidungen, die politisch noch auszutarieren sind.

C. Weiteres Vorgehen

Nach Auffassung der Expertengruppe könnte die vorgeschlagene Teilrevision rasch umgesetzt werden, namentlich was die rein verfahrensrechtlichen Aspekte betrifft (i.e. die Vorschläge betreffend das Nachlassverfahren). Dabei ist jedoch zu beachten, dass koordiniert vorgegangen wird, da gewisse Themen (Stichwort Überschuldungsanzeige und Konkursaufschub) bereits Gegenstand laufender Revisionen des Gesellschaftsrechts sind⁹.

Der von der Expertengruppe ausgearbeitete Vorentwurf und der dazugehörige Begleitbericht sind grösstenteils unverändert im Vornehmlassungsvorentwurf und im vorliegenden Bericht aufgegangen. Dort, wo sich Abweichungen ergeben haben, ist dies ausdrücklich vermerkt.

⁹ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff.

Besonderer Teil

Hinweis

Der Besondere Teil ist wie folgt gegliedert:

- Zunächst werden die Vorschläge für ein revidiertes Nachlassverfahren erläutert (unten A.);
- anschliessend folgt die Diskussion von Spezialfragen (unten B.).

A. Nachlassverfahren (Sanierungsverfahren)

I. Überschuldungsanzeige und Konkursaufschub

1. Einbau des Konkursaufschubs in das Nachlassverfahren

Nach dem Konzept des Vorentwurfs wird das Nachlassverfahren zum exklusiven Sanierungsverfahren. Die Expertengruppe hat in der Phase 1 festgestellt, dass die Parallelität von Konkursaufschub (Art. 725 f. OR) und Nachlassstundung zu Doppelspurigkeiten und Rechtsunsicherheit führt¹⁰. Der Vorentwurf baut das Moratorium deshalb in das Nachlassverfahren ein. Artikel 725a OR kann aufgehoben werden.

Das Moratorium wird somit nicht etwa ersatzlos gestrichen, sondern aus dem gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang gelöst und – künftig im SchKG untergebracht – allen Unternehmensformen zugänglich gemacht¹¹. Inhaltlich bedeutet es, dass eine Nachlassstundung effektiv auch bloss zu Stundungszwecken gewährt werden kann – ohne Ziel eines gerichtlichen Nachlassvertrages. Auf diese sinnvolle Möglichkeit spielt Artikel 296a Absatz 1 des Vorentwurfes an: Die Stundung kann aufgehoben werden, wenn eine Sanierung vor Stundungsablauf gelingt: Das kann durchaus auch ohne Abschluss und Bestätigung eines gerichtlichen Nachlassvertrages geschehen: Eben z.B. – wie heute im Rahmen eines Konkursaufschubes – durch aussergerichtliche Abkommen mit den wichtigsten Gläubigern oder durch rein unternehmensinterne Massnahmen. Diese Möglichkeit soll im Nachlassverfahren künftig allgemein offenstehen.

Der Einbau des Konkursaufschubes hat auch redaktionelle Konsequenzen: Artikel 219 Absatz 5 Ziffer 2, 288a Ziffer 2, 331 Absatz 2 und 350 SchKG werden angepasst bzw. gestrichen. Aber auch das materielle Recht ist insofern noch zu bereinigen, soweit es auf den Konkursaufschub verweist¹².

2. Belassen der Überschuldungsanzeige im Gesellschaftsrecht

Nach geltendem Recht ist der Konkursaufschub (Art. 725a OR) mit der sog. Überschuldungsanzeige verknüpft. Das materielle Gesellschaftsrecht regelt also die Voraussetzungen, wann eine Gesellschaft wegen Insolvenz den Richter benachrichtigen muss und dieser dann den Konkurs allenfalls aufschieben kann. Diese „Insolvenz-Antragspflicht“ soll nach Auffassung der Expertengruppe weiterhin im Gesellschaftsrecht geregelt bleiben (Art. 725 OR). Sie trifft somit wie bisher nicht alle Unternehmensformen, sondern im Wesentlichen die Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. Der Vorentwurf sieht also davon ab, eine allgemeine „Überschuldungsanzeige“ für alle Unternehmen zu statuieren. Sie wäre kaum praktikabel.

Die Expertengruppe hat im Weiteren vorgeschlagen, die Auslöser der Überschuldungsanzeige zu erweitern, um den rechtzeitigen Gang zum Gericht sicherzustellen. Insbesondere sollte der Richter auch dann benachrichtigt werden müssen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig ist. Eine entsprechende und teilweise differenziertere Lösung hat der Bundesrat bereits in der Botschaft zur Änderung des Aktienrechts vorgeschlagen¹³; es besteht im vorliegenden

¹⁰ Vgl. Bericht Phase 1, S. 12–14.

¹¹ Vgl. Bericht Phase 1, S. 18.

¹² So z.B. Art. 903 Abs. 5 OR und Art. 25 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0).

¹³ Botschaft Aktienrecht (Fn. 9), BBl 2008 1589 ff., 1691 f.

Zusammenhang kein Anlass, auf die darin enthaltenen Vorschläge zurückzukommen. Aus diesem Grund wird vorliegend vollumfänglich auf die Aktienrechtsrevision verwiesen. Durch den Verweis in Artikel 820 OR wird auch die GmbH in den Geltungsbereich der geltenden und einer allfälligen Neuregelung einbezogen. Neu soll zudem auch im Recht der Genossenschaft ein entsprechender Verweis aufgenommen werden. Vorausgesetzt, das Aktienrecht wird entsprechend den Vorschlägen des Bundesrates revidiert, werden die Anliegen der Expertengruppe auf diese Weise vollumfänglich umgesetzt.

Die Aufhebung des Konkursaufschubs als eigenständiges Verfahren (oben I./1.) hat vor allem zur Folge, dass der Insolvenzantrag nur noch zum Konkurs oder zum Nachlassverfahren führen kann. In der Phase 1 hatte die Expertengruppe noch beschlossen, dass die Überschuldungsanzeige automatisch eine Nachlassstundung zur Folge haben soll (ähnlich dem *automatic stay* nach dem Chapter 11 des US-Bankruptcy Code). Primär sollte damit das Bewusstsein des Publikums verändert werden. Statt bei Benachrichtigung des Richters auf den Untergang des Unternehmens zu schliessen, sollte die Hoffnung auf die Sanierung gestärkt werden¹⁴. Dieses Konzept steht jedoch im Widerspruch mit den praktischen Erfahrungen, denn in der Praxis führen die meisten Überschuldungsanzeigen am Ende doch zur Konkursöffnung. Daher rückt der Vorentwurf vom Konzept der Phase 1 wieder ab und bleibt näher beim geltenden Recht. Die Überschuldungsanzeige soll nicht automatisch zu einer Nachlassstundung führen, sondern nur unter folgenden (alternativen) Voraussetzungen:

- Wie bisher kann sie mit einem Nachlassgesuch kombiniert werden; dann wird das Verfahren ganz normal durch Stundungsgesuch eröffnet (dazu unten II./1.). Das Nachlassgesuch tritt an die Stelle des bisherigen Antrages auf Konkursaufschub.
- Wird anlässlich der Überschuldungsanzeige kein Antrag auf Nachlassstundung gestellt, so verfährt der Konkursrichter nach Artikel 173a SchKG: Er überweist den Fall an den Nachlassrichter, wenn Anhaltspunkte für einen Nachlassvertrag bestehen. Der Nachlassrichter bewilligt dann eine provisorische Nachlassstundung. Kommt er allerdings zum Schluss, dass doch keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrages besteht, dann wird der Konkurs von Amtes wegen eröffnet (Art. 293a Abs. 2 VE-SchKG). Eine Rücküberweisung der Akten an den Konkursrichter soll – weil eine unnötige Komplikation – nicht mehr stattfinden. Artikel 173a Absatz 3 SchKG kann daher aufgehoben werden.
- In allen übrigen Fällen eröffnet der benachrichtigte Richter wie bisher den Konkurs.

II. Einleitungsphase

Nach dem Vorentwurf kann das Nachlassverfahren wie im geltendem Recht auf drei Arten beginnen: durch Gesuch des Schuldners, durch Gesuch des Gläubigers oder von Amtes wegen. Daran hält der Vorentwurf grundsätzlich fest.

1. Gesuch des Schuldners (Art. 293 Bst. a VE-SchKG)

Jede natürliche oder juristische Person, die als Schuldner auf Konkurs oder Pfändung betrieben werden kann, ist zum Nachlassverfahren zugelassen (Art. 293 Bst. a VE-SchKG). Ein besonderer Insolvenzgrund ist nicht vorausgesetzt. Damit übernimmt der Vorentwurf geltendes Recht. Im Unterschied zum heutigen Nachlassverfahren muss der Schuldner dem Gesuch jedoch keinen Entwurf des Nachlassvertrages mehr beilegen. Dies erspart ihm eine vorgängige Absprache mit seinen Gläubigern und somit ein Offenlegen seiner finanziellen Situation. Der Vorentwurf schlägt hier eine Angleichung an die Praxis zum Konkursaufschub vor (Art. 725 OR): Danach setzt die Gewährung des Moratoriums bekanntlich nicht voraus, dass der Schuldner bereits zu Beginn einen Sanierungsplan vorlegt.

Dennoch trifft den Schuldner eine Substantiierungslast: Er muss das Nachlassgesuch auch künftig begründen. Da für das Nachlassverfahren neu die Bestimmungen des Summarverfahrens nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung zur Anwendung gelangen (vgl.

¹⁴ Vgl. Bericht Phase 1, S. 17 f.

Art. 247 Bst. a ZPO), ist die Begründungspflicht nicht mehr ausdrücklich im SchKG anzuführen, sondern ergibt sich aus Artikel 248 ZPO.

Ferner muss der Schuldner wie bisher die Unterlagen beilegen, welche über seine Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage Auskunft geben. Dabei stellt der Vorentwurf klar, dass nicht nur die derzeitige, sondern insbesondere auch die künftige Situation massgebend ist. Einzureichen ist zudem eine Liquiditätsplanung. Darin werden die monatlichen Einnahmen den monatlichen Ausgaben gegenübergestellt. Aus der Differenz ergibt sich die Liquidität, um finanzielle Verpflichtungen zu erfüllen. Die Liquiditätsplanung ist ein wichtiges Instrument, das der Erhaltung der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens dient. Nicht mehr beizulegen ist dagegen ein Verzeichnis der Geschäftsbücher, da diese Bestimmung in der Praxis zu einer Alibi-Übung geworden ist.

Das Nachlassgesuch des Schuldners kann insbesondere auch anlässlich der sog. Überschuldungsanzeige gestellt werden (oben I.).

2. Gesuch des Gläubigers (Art. 293 Bst. b VE-SchKG)

Auch ein Gläubiger kann die Einleitung des Nachlassverfahrens verlangen (Art. 293 Bst. b VE-SchKG). Wie nach geltendem Recht wird dabei vorausgesetzt, dass er seine Beitreibung gegen den Schuldner schon soweit vorangebracht hat, dass er das Konkursbegehren stellen könnte. Ebenfalls legitimiert bleibt ein Gläubiger, der die Konkursöffnung ohne vorgängige Beitreibung verlangen dürfte (Art. 190 SchKG)¹⁵. Da ein Gläubiger in der Regel keine detaillierte Kenntnis der Verhältnisse des Schuldners hat, sind an sein Gesuch weniger hohe Anforderungen zu stellen als an das Gesuch des Schuldners. Auch dies entspricht dem geltenden Recht.

Solche Gläubigergesuche werden in der Praxis selten sein. Ein Gläubiger wird in der Regel das Konkursbegehren stellen. Dann kann der Konkursrichter nach Artikel 173a SchKG verfahren.

3. Einleitung von Amtes wegen (173a SchKG, 293 Bst. c VE-SchKG)

Die Einleitung des Nachlassverfahrens von Amtes wegen kann in folgenden Konstellationen erfolgen:

- Im Rahmen der Überschuldungsanzeige, wenn der Schuldner selber kein Nachlassgesuch stellt (dazu oben I./2.);
- In Folge des Konkursbegehrens eines Gläubigers (nach Konkursbetreibung oder zufolge eines materiellen Konkursgrundes) ebenfalls durch Überweisung der Akten an den Nachlassrichter (Art. 173a SchKG).

Der Vorentwurf ändert daran nichts. Durch diese Durchbrechung der Dispositionsmaxime sollen Konkurse von sanierbaren Unternehmen vermieden werden. Die Anhaltspunkte auf einen Nachlassvertrag müssen jedoch evident sein. Auf keinen Fall ist der Richter verpflichtet, bei der Prüfung jedes Konkursbegehrens nach solchen Anhaltspunkten zu forschen. Für die Aussetzung des Konkurskenntnisses genügt es, wenn Anhaltspunkte vorhanden sind, die auf die Möglichkeit des Abschlusses eines Nachlassvertrages hindeuten¹⁶.

¹⁵ Vgl. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Basel/Genf/München 1998, Art. 293 N 16; JAEGER CARL/WALDER HANS ULRICH/KULL THOMAS M./KOTTMANN MARTIN, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich 1997/2001, Art. 293 N 39 f.

¹⁶ Vgl. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 293 N 18 f.

III. Stundungsphase

1. Provisorische Stundung

1.1 Bewilligung (Art. 293a VE-SchKG)

Das Nachlassgericht entscheidet unverzüglich nach Eingang des Gesuchs oder nach Überweisung der Akten durch den Konkursrichter über die provisorische Stundung (Art. 293a Abs. 1 VE-SchKG). An die Bewilligung der provisorischen Stundung sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Sie kann von der Leistung eines Kostenvorschusses für das Honorar des Sachwalters abhängig gemacht werden. Nur wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht, eröffnet das Nachlassgericht den Konkurs (Art. 293a Abs. 2 VE-SchKG). Der definitiven Stundung geht folglich (anders als nach geltendem Recht) grundsätzlich eine provisorische Stundung voraus. Damit wird der Zugang zur Stundung erheblich erleichtert. Ferner wird der unterschiedlichen Praxis der Kantone betreffend die Dauer zwischen Gesuch und Bewilligung entgegengewirkt. Die provisorische Stundung ist auch gemäss dem Vorentwurf mit vermögenserhaltenden Massnahmen zu verbinden¹⁷.

Der Nachlassrichter trifft seinen Entscheid im Summarverfahren (Art. 247 Bst. a ZPO). Er prüft die Voraussetzungen der Nachlassstundung von Amtes wegen. Die Gläubiger sind nicht anzuhören. Stellt hingegen ein Gläubiger das Nachlassgesuch, ist der Schuldner aus praktischen Gründen in der Regel anzuhören.

Die provisorische Stundung wird für maximal vier Monate bewilligt (Art. 293a Abs. 1 VE-SchKG). Die nach geltendem Recht vorgesehene Maximalfrist von zwei Monaten (Art. 293 Abs. 3 SchKG) ist für eine angemessene Prüfung in komplexen Fällen zu knapp bemessen. Da die Pflicht des Schuldners, mit dem Begehren um Stundung einen Entwurf des Nachlassvertrages beizulegen, entfällt, muss für die Abklärung der Verhältnisse zudem entsprechend mehr Zeit gewährt werden.

1.2 Provisorischer Sachwalter (Art. 293b VE-SchKG)

Während der provisorischen Stundung sollen sowohl die finanzielle Situation des Schuldners als auch die Möglichkeiten, wie darauf zu reagieren ist, geprüft werden. Das Nachlassgericht kann dazu einen oder mehrere provisorische Sachwalter einsetzen (Art. 293b VE-SchKG). Der Sachwalter hat grundsätzlich die gleichen Aufgaben wie in der definitiven Stundung (vgl. Art. 295 VE-SchKG). Anders als nach geltendem Recht hat die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung jedoch nicht immer die Einsetzung eines provisorischen Sachwalters zur Folge. Wird kein Sachwalter ernannt, kommt der Stundung eine reine Moratoriumsfunktion zu (diese Konsequenz folgt aus dem Einbau des aktienrechtlichen Moratoriums, vgl. oben I./1.).

1.3 Wirkungen der provisorischen Stundung (Art. 293c VE-SchKG)

Dem Schuldner soll während der provisorischen Stundung Ruhe vor den Gläubigern gewährt werden. Aus diesem Grund ist die provisorische Stundung nicht zwingend öffentlich bekannt zu machen (Art. 293c Abs. 2 VE-SchKG). Damit weicht der Vorentwurf wesentlich vom geltenden Recht ab. Eine Publikation ist vorgesehen, wenn Dritte, insbesondere Arbeitnehmer des Schuldners, in ihren Rechten geschützt werden müssen¹⁸. Wird anfänglich von einer Publikation abgesehen, stellt sich aber im Verlauf der provisorischen Stundung heraus, dass eine solche geboten ist, hat das Gericht die Publikation nachträglich anzuordnen.

Ein Verzicht auf Publikation bringt den Vorteil mit sich, dass das Vertrauen des Publikums in das betroffene Unternehmen nicht beeinträchtigt wird. Dies kann für die weitere wirtschaftliche Tätigkeit und somit die angestrebte Sanierung von ausschlaggebender Bedeutung sein. Dass bereits die Ankündigung eines beabsichtigten Nachlassverfahrens katastrophale Fol-

¹⁷ Vgl. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 293 N 30 f.

¹⁸ Damit übernimmt der Vorentwurf die Regelung von Art. 725a Abs. 3 OR.

gen haben kann, wurde mit dem "Swissair-Grounding" offensichtlich. Trotz Verzicht auf Publikation der provisorischen Nachlassstundung sind jedoch allfällige Interessen Dritter zu wahren. So haben insbesondere börsenkotierte Gesellschaften an die Öffentlichkeit zu gelangen und diese über die Stundung zu informieren (ad-hoc-Publizität)¹⁹.

Wird die provisorische Stundung öffentlich bekannt gemacht, entfaltet sie die gleichen Wirkungen wie die definitive Stundung (Art. 293c Abs. 1 VE-SchKG)²⁰. Sofern die provisorische Stundung jedoch still erfolgt, weichen die Wirkungen in gewissen Bereichen davon ab (Art. 293c Abs. 2 VE-SchKG): So unterbleibt in diesem Fall auch die Mitteilung an die Ämter. Da weder die Gläubiger noch das Betreibungsamt in diesem Fall Kenntnis der provisorischen Stundung haben, kann gegen den Schuldner eine Betreuung eingeleitet werden. Der Schuldner hat aber die Möglichkeit, die Bewilligung der provisorischen Stundung mittels SchKG-Beschwerde (Art. 17 SchKG) geltend zu machen, wodurch die Betreuung nicht fortgesetzt werden kann. Befindet sich die Betreuung bereits im Stadium der Fortsetzung, kann der Schuldner dem Betreibungsamt von der provisorischen Stundung Kenntnis geben. Sodann tritt die Rechtsfolge von Art. 297 Abs. 2^{bis} nur und erst dann ein, wenn die provisorische Stundung dem Zessionar mitgeteilt wird (dazu unten Besonderer Teil, B./III./4.).

1.4 Rechtsmittel (Art. 293d VE-SchKG)

Im Rahmen der provisorischen Stundung stehen den Gläubigern keine Rechtsmittel zur Verfügung, weder gegen die Bewilligung der Stundung als solche, noch gegen die Person des ernannten Sachwalters (Art. 293d VE-SchKG). Dies ergibt sich aus dem einseitigen Bewilligungsverfahren der provisorischen Stundung; die Gläubiger werden nicht angehört. Ein Rechtsmittel kann erst gegen den Bewilligungsentscheid der definitiven Nachlassstundung ergriffen werden (vgl. Art. 295b VE-SchKG). Eine analoge Regelung gilt bei der Anordnung superprovisorischer Massnahmen (Art. 261 ZPO) und dem Arrest (Art. 272 SchKG).

2. Definitive Stundung

2.1 Bewilligung der definitiven Stundung

a) Verhandlung und Entscheid (Art. 294 VE-SchKG)

Das Nachlassgericht hat vor Ablauf der provisorischen Stundung über das weitere Schicksal des Schuldners zu befinden. Dazu hat es von Amtes wegen eine Verhandlung durchzuführen (Art. 294 Abs. 1 VE-SchKG). Ein neues Gesuch des Schuldners oder des antragstellenden Gläubigers ist nicht vorausgesetzt. Das Verfahren richtet sich nach Artikel 244 ff. ZPO: Wie nach geltendem Recht sind der Schuldner und gegebenenfalls der antragstellende Gläubiger anzuhören. Das Gericht kann auch weitere Gläubiger vorladen. Der provisorische Sachwalter erstattet mündlich oder schriftlich Bericht. Der Entscheid beruht auf einer summarischen Beurteilung. Artikel 294 Absatz 2 VE-SchKG hat insofern nur klarstellende Bedeutung.

Bei Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages ist die definitive Nachlassstundung zu bewilligen (Art. 294 Abs. 1 VE-SchKG). Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist nach objektiven Kriterien zu messen. Falls ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorgesehen wird, müssen mit einem Nachlassverfahren die Interessen der Gläubiger besser gewahrt werden als durch einen Konkurs²¹. Die definitive Stundung wird für vier bis sechs Monate bewilligt. Auf Antrag des Sachwalters kann sie auf zwölf, in besonders komplexen Fällen auf 24 Monate verlängert werden (Art. 294a VE-SchKG).

Bei fehlender Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages ist der Konkurs von Amtes wegen zu eröffnen (Art. 294 Abs. 3 VE-SchKG). Ein Begehren des Gläubigers ist nicht erforderlich²².

¹⁹ Art. 72 Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX.

²⁰ Vgl. unten Besonderer Teil, A./III./2.2.

²¹ So auch das geltende Recht: VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 295 N 1.

²² Vgl. auch Art. 296b VE-SchKG, unten Besonderer Teil, A./III./2.5.

b) Sachwalter (Art. 295 VE-SchKG)

Wird die definitive Stundung bewilligt, setzt das Nachlassgericht einen oder mehrere Sachwalter ein (Art. 295 Abs. 1 VE-SchKG). Übt bereits ein provisorischer Sachwalter das Mandat aus, kann dieser bestätigt werden. Die Aufgaben des Sachwalters entsprechen jenen des geltenden Rechts. Insbesondere nimmt er die ihm übertragenen Funktionen wahr (Art. 295 Abs. 2 Bst. c VE-SchKG). Ferner agiert er als Aufsichts- (Art. 295 Abs. 2 Bst. b VE-SchKG) und Berichterstattungsorgan (Art. 295 Abs. 2 Bst. d VE-SchKG). Der Vorentwurf stellt schliesslich ausdrücklich klar, dass der Sachwalter auch den Nachlassvertrag zu entwerfen hat (Art. 295 Abs. 2 Bst. a VE-SchKG).

c) Rechtsmittel (Art. 259b VE-SchKG)

Gegen den Entscheid des Nachlassgerichts ist die Beschwerde nach Artikel 316 ff. ZPO zulässig. Anders als nach geltendem Recht können die Gläubiger sowohl gegen die Bewilligung der definitiven Stundung als auch gegen die Person des Sachwalters das Rechtsmittel ergreifen (Art. 295b Abs. 1 VE-SchKG). Damit stärkt der Vorentwurf die Stellung der Gläubiger ganz erheblich. Der Beschwerde kann die aufschiebende Wirkung nicht erteilt werden (Art. 295a Abs. 2 VE-SchKG)²³.

Eröffnet das Nachlassgericht den Konkurs, weil keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht, richtet sich die Beschwerde nach Artikel 174 VE-SchKG²⁴.

d) Öffentliche Bekanntmachung (Art. 296 VE-SchKG)

Die Bewilligung der definitiven Stundung ist zwingend öffentlich bekannt zu machen (Art. 296 VE-SchKG). Damit übernimmt der Vorentwurf geltendes Recht. Neu wird klargestellt, dass die Bewilligung nicht nur dem Betreibungs- und dem Grundbuchamt unverzüglich mitzuteilen ist, sondern auch dem Konkurs- und dem Handelsregisteramt (Art. 296 VE-SchKG). Letzteres erscheint deshalb angezeigt, weil die Dispositionsfähigkeit des Schuldners während der Nachlassstundung im Sinne von Artikel 298 VE-SchKG beschränkt ist.

2.2 Wirkungen der definitiven Stundung

a) Zeitliche Wirkung

Nach geltendem Recht beginnen die Wirkungen der Nachlassstundung auf die Gläubigerrechte grundsätzlich mit dem Bewilligungsentscheid, die Wirkungen auf die Verfügungsbeschränkung des Schuldners hingegen erst mit deren öffentlichen Bekanntmachung²⁵. Der Vorentwurf sieht diesbezüglich eine Vereinfachung vor: Danach ist für sämtliche Wirkungen der Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung massgebend²⁶. Damit gilt analog zum Konkurs eine Sofortwirkung des Bewilligungsentscheids. Vorbehalten bleibt – im Unterschied zum Konkurs – der Gutgläubensschutz Dritter (Art. 298 Abs. 2^{bis} VE-SchKG). Der gute Glaube entfällt mit der öffentlichen Bekanntmachung der Nachlassstundung. Da der Beschwerde gegen die Bewilligung keine aufschiebende Wirkung zukommen kann (vgl. Art. 295b Abs. 2 VE-SchKG), entstehen die Wirkungen der Nachlassstundung auch dann, wenn der Bewilligungsentscheid angefochten wird.

Die Wirkungen der Stundung gelten, bis die Stundung aufgrund gelungener Sanierung aufgehoben wird (Art. 296a VE-SchKG), die Rechtsmittelfrist gegen den Bestätigungsentscheid unbenutzt abgelaufen bzw. das Rechtsmittelverfahren abgeschlossen ist (Art. 308 Bst. c VE-SchKG) oder aber der Konkurs von Amtes wegen eröffnet wird (Art. 296b VE-SchKG).

²³ Vgl. demgegenüber Art. 323 Abs. 2 ZPO.

²⁴ Vgl. dazu auch unten Besonderer Teil, A./III./2.5.

²⁵ Vgl. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 297 N 3 und Art. 298 N 13.

²⁶ So auch für die Verrechnungsverbote (Art. 297 Abs. 7 VE-SchKG).

b) Wirkungen auf die Rechte der Gläubiger (Art. 297 VE-SchKG)

Der Vorentwurf schlägt vor, die Wirkungen der Nachlassstundung auf die Gläubigerrechte zu Gunsten der Sanierungschancen denjenigen des Konkurses anzunähern²⁷:

- Während der Stundung kann eine Betreuung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden (Art. 297 Abs. 1 VE-SchKG). Dies gilt anders als nach geltendem Recht auch für die privilegierten Forderungen. Die Befriedigung der privilegierten Forderungen wird über die Sicherstellungspflicht geschützt (vgl. Art. 306 Abs. 2 VE-SchKG). Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb den entsprechenden Gläubigern zusätzlich noch das Recht zur Betreuung zu gewähren ist. Demgegenüber wird an der Betreuung auf Grundpfandverwertung festgehalten. Für bereits gepfändete Vermögensstücke gilt Artikel 199 Absatz 2 SchKG sinngemäss (Art. 297 Abs. 1^{bis} VE-SchKG).
- Soweit Betreuungshandlungen ausgeschlossen sind, hat dies nach Vorentwurf auch für Prozesse zu gelten (Art. 297 Abs. 2^{ter} VE-SchKG). Entsprechend der Rechtslage im Konkurs sind Prozesse während der Nachlassstundung zu sistieren.
- Ebenso sollen die Verarrestierung und andere Sicherungsmassnahmen für Nachlassforderungen neu ausgeschlossen sein (Art. 297 Abs. 2 VE-SchKG). Unter anderen Sicherungsmassnahmen sind z.B. die Aufnahme eines Güterverzeichnisses, der Erlass von Zahlungsverboten oder die Beschlagnahme von Gegenständen gemeint (auch die Retentionsbetreuung wird neu entfallen; unten B./III./3.).
- Wie nach geltendem Recht stehen während der Nachlassstundung die Verjährungs- und Verwirkungsfristen still (Art. 297 Abs. 2^{quater} VE-SchKG) und hört der Zinsenlauf auf (Art. 297 Abs. 3 VE-SchKG). Für die Verrechnung gelten weiterhin die konkursrechtlichen Verrechnungsverbote (Art. 297 Abs. 4 i.V.m. 213-214 VE-SchKG).
- Der Vorentwurf enthält sodann eine Regelung für die Abtretung künftiger Forderungen (Art. 297 Abs. 2^{bis} VE-SchKG; vgl. dazu unten B./III./4.).
- Schliesslich sieht das revidierte Nachlassverfahren vor, dass auch in der Nachlassstundung eine Umwandlung der Realforderungen in Geldforderungen verlangt werden kann (Art. 297 Abs. 5 VE-SchKG). Die Umwandlung findet jedoch nur und erst dann statt, wenn der Sachwalter dies der Vertragspartei mitteilt. Der Sachwalter entscheidet somit, ob der Schuldner real erfüllen muss oder ob der Gläubiger seine Forderungen lediglich als Nachlassforderung eingeben kann. Dadurch wird einerseits eine gewisse Gleichbehandlung der Gläubiger von Realforderungen und der Gläubiger von Geldforderungen erzielt, andererseits aber auch die Sanierungschance erhöht: Dem Unternehmen wird ermöglicht, ungünstige Realschulden nur dividendenmässig zu befriedigen.

c) Wirkungen auf die Rechte des Schuldners (Art. 297a und 298 VE-SchKG)

Wie nach geltendem Recht hat die definitive Stundung sodann Auswirkungen auf die Verfügungsbefugnisse des Schuldners (Art. 298 VE-SchKG). Da das Nachlassgericht nach dem Vorentwurf bereits während der Nachlassstundung einen Gläubigerausschuss einsetzen kann und diesem anstelle des Nachlassgerichts die Kompetenz zur Ermächtigungserteilung zukommt, Anlagevermögen zu veräussern oder zu belasten (vgl. Art. 295a Abs. 3 VE-SchKG)²⁸, wird Artikel 298 Absatz 2 VE-SchKG entsprechend ergänzt. Diesbezüglich ist zu beachten, dass Rechtshandlungen, die entweder vom Nachlassgericht oder vom Gläubigerausschuss genehmigt worden sind, gemäss Vorentwurf nicht mehr angefochten werden können (Art. 285 Abs. 3 VE-SchKG; vgl. dazu auch unten B./VI./1.). Wie nach geltendem Recht kann das Nachlassgericht dem Schuldner unter Umständen die Verfügungsbefugnis ganz entziehen. Nimmt die Eigenmacht des Schuldners ein Ausmass an, das die Erhaltung des Vermögens nachhaltig beeinträchtigt, ist der Konkurs von Amtes wegen zu eröffnen (Art. 298 Abs. 3 VE-SchKG). Ein eigentliches Widerrufsrecht der Stundung kennt der Vorentwurf nicht mehr²⁹.

²⁷ Vgl. Bericht Phase 1, S. 25 und 26 f.

²⁸ Vgl. dazu unten Besonderer Teil, A./III./2.3 a).

²⁹ Vgl. unten Besonderer Teil, A./III./2.5.

Dem Schuldner kommt im Nachlassverfahren sodann ein ausserordentliches Kündigungsrecht für Dauerschuldverhältnisse zu (Art. 297a VE-SchKG; vgl. dazu unten B./I.).

2.3 Stärkung der Mitwirkung der Gläubiger

Das Mitspracherecht der Gläubiger in der Stundungsphase ist nach geltendem Recht ungenügend. Es sind die Gläubiger, welche die Folgen der Insolvenz effektiv zu spüren bekommen. Die Mitwirkungsrechte der Gläubiger werden daher verstärkt, namentlich zum Schutz vor vorschnellen Liquidationshandlungen³⁰:

a) Gläubigerausschuss (Art. 295a VE-SchKG)

Wo es die Umstände erfordern, setzt das Nachlassgericht schon während der Nachlassstundung einen repräsentativen Gläubigerausschuss ein (Art. 295a Abs. 1 VE-SchKG). Ob ein Ausschuss effektiv zu ernennen ist oder nicht, liegt im Ermessen des Gerichts, wobei vor allem die Komplexität der Verhältnisse massgebend ist. Den entsprechenden Entscheid hat das Gericht mit Bestätigung der definitiven Stundung zu fällen. Ein späteres Einsetzen ist jedoch nicht ausgeschlossen. Der Gläubigerausschuss kann hingegen nicht bereits für die provisorische Stundung einberufen werden. Einerseits soll diese wenn möglich still stattfinden, andererseits hat das Gericht bei der Bewilligung der provisorischen Stundung noch keinen Überblick über die Gläubiger.

Im Gläubigerausschuss müssen die verschiedenen Gläubigerkategorien vertreten sein. Zu denken ist insbesondere an eine Vertretung der Arbeitnehmer, der Sozialversicherungen, der Pensionskassen, der Banken, der Lieferanten bzw. der Dienstleistungserbringer, des Staates und der Anleihergläubiger. Damit eine entsprechende Zusammensetzung des Ausschusses gewährleistet ist, hat das Nachlassgericht die einzelnen Mitglieder zu ernennen. Dabei ist darauf zu achten, dass die Anzahl der Mitglieder den Verhältnissen angepasst und nicht zu gross ist. Dem Sachwalter soll es möglich sein, mit dem gesamten Ausschuss regelmässig Kontakt zu haben.

Der Gläubigerausschuss beaufsichtigt den Sachwalter. Dieser orientiert ihn regelmässig über den Stand und den angestrebten Ausgang des Verfahrens. Der Gläubigerausschuss kann dem Sachwalter sodann Weisungen erteilen (Art. 295a Abs. 2 VE-SchKG). Schliesslich kommt dem Ausschuss anstelle des Nachlassgerichts die Kompetenz zur Ermächtigung für die mitwirkungsbedürftigen Geschäfte nach Artikel 298 Absatz 2 SchKG zu (Art. 295a Abs. 3 VE-SchKG). Diese Kompetenz gewährleistet insbesondere das Mitspracherecht der Gläubiger bei Verfügungen über das schuldnerische Anlagevermögen. Der Gläubigerausschuss hat jedoch kein Vetorecht. Insofern gehen seine Kompetenzen weniger weit als im Konkurs (vgl. Art. 237 Abs. 3 SchKG).

b) Ausserordentliche Gläubigerversammlung (Art. 294a VE-SchKG)

Die definitive Nachlassstundung kann vier bis sechs Monate dauern, wobei eine Verlängerung auf 12 oder 24 Monate möglich ist (Art. 294a Abs. 1 VE-SchKG). Für die einzelnen Gläubiger hat eine Verlängerung zur Folge, dass sie während einer relativ langen Zeit hingehalten werden, ohne zu wissen, wie die finanziellen Verhältnisse des Schuldners konkret aussehen und welcher Verfahrensausgang angestrebt wird. Diese Ungewissheit soll ihnen nicht über derart lange Zeit zugemutet werden. Sofern es zu einer Verlängerung über zwölf Monate hinauskommt, hat der Sachwalter daher eine ausserordentliche Gläubigerversammlung einzuberufen. Diese hat vor Ablauf von neun Monaten seit Bewilligung der definitiven Stundung stattzufinden (Art. 294a Abs. 2 VE-SchKG).

In der ausserordentlichen Gläubigerversammlung informiert der Sachwalter die Gläubiger über den Stand des Verfahrens, die Gründe der Verlängerung und das weitere Vorgehen. Die Gläubiger können einzelne oder alle Mitglieder des vom Nachlassgericht eingesetzten Gläubigerausschusses ersetzen oder einen solchen neu ernennen. Ferner können sie einen

³⁰ Vgl. Bericht Phase 1, S. 25 und 27 ff.

neuen Sachwalter bestimmen (Art. 294a Abs. 3 VE-SchKG). Diesbezüglich übt die Bestimmung einen gewissen Druck auf den Sachwalter aus, das Verfahren zügig durchzuführen, ansonsten er Gefahr läuft, dass ein Gläubigerausschuss bestellt wird. Liegt bereits ein Entwurf des Nachlassvertrages vor, kann zugleich zum Zustimmungsverfahren geschritten werden. In diesem Fall tritt an die Stelle der ausserordentlichen die ordentliche Gläubigerversammlung nach Artikel 302 SchKG. Der Schuldner hat der Versammlung beizuwohnen und auf Verlangen Auskunft zu geben (Art. 294a Abs. 3 i.V.m. 302 Abs. 2 VE-SchKG).

2.4 Aufhebung (Art. 296a VE-SchKG)

Sofern während der Nachlassstundung eine Sanierung gelingt, ist die Stundung aufzuheben (Art. 296a Abs. 1 VE-SchKG). Obwohl der Zinsenlauf während der Nachlassstundung sistiert ist (vgl. Art. 297 Abs. 3 VE-SchKG), können die Gläubiger auf ihre Zinsforderungen bestehen. Eine Sanierung wird somit in der Regel nur dann gelingen, wenn auch die Zinsen bezahlt werden. Die Aufhebung der Nachlassstundung ist gleich wie die Bewilligung öffentlich bekannt zu machen.

Das Nachlassgericht entscheidet in einem Summarverfahren nach Artikel 244 ff. ZPO. Dementsprechend ist eine Verhandlung durchzuführen, in der die beteiligten Personen anzuhören sind. Ferner gilt die beschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 296a Abs. 2 VE-SchKG). Wie in Artikel 294 Absatz 2 VE-SchKG hat diese Bestimmung nur deklaratorische Bedeutung.

Gegen den Entscheid des Nachlassgerichts ist wiederum die Beschwerde zulässig (Art. 296a Abs. 3 VE-SchKG). Die Beschwerde hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Die Rechtsmittelinstanz kann diese jedoch gewähren, was in den meisten Fällen sinnvoll erscheinen wird (vgl. Art. 323 ZPO).

2.5 Konkurseröffnung von Amtes wegen (Art. 296b VE-SchKG)

Nach dem Vorentwurf ist der Konkurs von Amtes wegen zu eröffnen, wenn dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist (Art. 296b Bst. a VE-SchKG) oder wenn offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrages besteht (Art. 296b Bst. b VE-SchKG). Sodann ist der Konkurs von Amtes wegen zu eröffnen, wenn der Schuldner seine Verfügungsbefugnis überschreitet oder den Weisungen des Sachwalters zuwiderhandelt (Art. 296b Bst. c VE-SchKG). Das geltende Recht sieht in diesen Fällen den Widerruf der Stundung vor, verbunden mit dem Recht der Gläubiger, die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung zu verlangen (Art. 295 Abs. 5 und 298 Abs. 3 i.V.m. 309 SchKG sowie 190 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Der Vorentwurf bringt für die Gläubiger den Vorteil mit sich, dass sie kein Konkursbegehren mehr stellen müssen. Insofern entfällt auch die Vorschusspflicht der Verfahrenskosten und die Haftung für die Konkurskosten (vgl. Art. 194 i.V.m. 169 SchKG). Damit wird der Schutz der Gläubigerinteressen erheblich gestärkt.

Der Vorentwurf sieht sodann auch an anderer Stelle die Konkurseröffnung von Amtes wegen vor (Art. 293a Abs. 2 und 294 Abs. 3 VE-SchKG, aber auch Art. 725 Abs. 3 und 903 Abs. 2 VE-OR). Da die Konkurseröffnung nicht nur die Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Stiftungen, sondern grundsätzlich jeden Schuldner trifft, ist Artikel 192 VE-SchKG zu verallgemeinern. Im Gegenzug ist Artikel 190 Absatz 1 Ziffer 3 SchKG zu streichen.

Die Konkurseröffnung kann nach Artikel 174 VE-SchKG angefochten werden. Diese Bestimmung erfährt insofern eine Anpassung, als neu nicht mehr vom Konkursgericht gesprochen wird.

2.6 Weiteres Stundungsverfahren (Art. 299–304 VE-SchKG)

Das weitere Stundungsverfahren (Art. 299-304 VE-SchKG) entspricht dem geltenden Recht. Lediglich beim Schuldenruf sieht der Vorentwurf eine längere Frist als bisher vor. Neu soll den Gläubigern ein Monat und nicht nur 20 Tage zur Verfügung stehen, um ihre Forderungen einzugeben (Art. 300 Abs. 1 VE-SchKG). Ferner wird der Verweis in Artikel 301 Absatz 2 VE-SchKG ausformuliert.

IV. Bestätigungsphase

1. Bestätigung des Nachlassvertrages

1.1 Voraussetzungen

a) *Best interest test* (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} SchKG)

Der Vorentwurf verzichtet auf eine explizite Bestimmung, wonach das Verwertungsergebnis oder die vom Dritten angebotene Summe bei Abschluss eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung höher erscheinen muss als der Erlös, der im Konkurs voraussichtlich erzielt würde (sog. *best interest test*). Diese Voraussetzung ist lediglich ein Anwendungsfall der Angemessenheit des Nachlassvertrages und braucht daher nicht doppelt erwähnt zu werden (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 VE-SchKG).

b) Keine Sicherstellung für Drittklassforderungen (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 VE-SchKG)

Die Bestätigung des Nachlassvertrages setzt nach geltendem Recht unter anderem voraus, dass der Vollzug des Nachlassvertrages, die Forderungen der privilegierten Gläubiger sowie die Masseverbindlichkeiten hinlänglich sichergestellt sind (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Die Sicherstellungspflicht führt oft zur Blockade massgebender finanzieller Mittel, welche für die Sanierung benötigt würden und erschwert daher das Zustandekommen eines Nachlassvertrages ganz erheblich³¹. Aus diesem Grund schränkt sie der Vorentwurf zu Gunsten der Sanierungschancen ein: Der Vollzug des Nachlassvertrages und somit die Befriedigung der Drittklassforderungen müssen nicht mehr sichergestellt werden (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 VE-SchKG). An der Sicherstellung der übrigen Masseverbindlichkeiten wird hingegen nichts geändert, weil es sonst schwierig werden dürfte, die für die Sanierung oft benötigten Investoren zu finden sowie während der Nachlassstundung die Geschäftstätigkeit aufrecht zu erhalten. Auch an der Sicherstellung der privilegierten Forderungen wird festgehalten.

In Bezug auf bestrittene privilegierte Forderungen schlagen die Experten die sinngemässe Anwendung von Artikel 305 Absatz 3 VE-SchKG vor: Die Sicherstellung erfolgt nur insoweit, als die Begründetheit der Forderung als wahrscheinlich erscheint. Das Nachlassgericht prüft die Forderung nur summarisch, nimmt dabei aber den materiellen Entscheid nicht vorweg.

c) Beitrag der Anteilsinhaber (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 VE-SchKG)

Jeder Nachlassvertrag führt in der Regel dazu, dass die Rechte der Gläubiger beschnitten werden. Sie verzichten auf einen Teil ihrer Forderung bzw. gewähren Stundung zu Gunsten einer Sanierung oder verlieren im Rahmen des Liquidationsvergleichs einen Teil ihres Anspruchs. Dagegen sieht das Gesetz keinen Beitrag der Anteilsinhaber vor. Das kann beim Dividendenvergleich stossend sein³². Daher sieht der Vorentwurf vor, dass die Anteilsinhaber bei einem ordentlichen Nachlassvertrag einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten müssen (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 VE-SchKG). Ein solcher Beitrag wäre z.B. darin zu sehen, dass die Aktionäre einer Kapitalerhöhung mit vorheriger Kapitalherabsetzung zustimmen. Allenfalls kann von einem Beitrag abgesehen werden, sofern die Interessen der Gläubiger gemäss Dividendenvergleich auch ohne Beitrag der Anteilsinhaber besser gewahrt würden als dies im Konkurs der Fall wäre. Der Begriff des Anteilsinhabers stammt aus dem Fusionsgesetz³³.

1.2. Rechtsmittel (Art. 307 VE-SchKG)

Gegen den Entscheid über den Nachlassvertrag kann Beschwerde erhoben werden (Art. 307 Abs. 1 VE-SchKG). Dieser soll hier – abweichend vom Grundsatz (vgl. Art. 323 ZPO) – aufschiebende Wirkung zukommen (Art. 307 Abs. 2 VE-SchKG). Daher befindet sich der Schuldner auch während des Rechtsmittelverfahrens gegen den Bestätigungsentscheid im-

³¹ Vgl. Bericht Phase 1, S. 26 und 29.

³² Vgl. Bericht Phase 1, S. 26 und 30.

³³ Art. 2 Bst. g des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG; SR 221.301).

mer noch in der Nachlassstundung. Erst nach Ablauf der unbenutzten Rechtsmittelfrist bzw. Abschluss des Rechtsmittelverfahrens kann der Nachlassvertrag vollzogen werden bzw. gilt – bei Ablehnung des Vertrages – der Konkurs als von Gesetzes wegen eröffnet (vgl. unten Art. 309 VE-SchKG).

1.3 Mitteilung und öffentliche Bekanntmachung (Art. 308 VE-SchKG)

Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nach Artikel 307 VE-SchKG hemmt zwar die Vollstreckung des Nachlassvertrages, nicht jedoch dessen Rechtskraft (vgl. Art. 323 ZPO). Daher muss Artikel 308 SchKG angepasst werden: Der Bestätigungsentscheid ist nach Ablauf der unbenutzten Rechtsmittelfrist bzw. nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens öffentlich bekannt zu machen und den entsprechenden Ämtern mitzuteilen, neu auch dem Konkursamt (Art. 308 Bst. a und b VE-SchKG). Die Wirkungen der Stundung fallen ebenfalls nach Ablauf der unbenutzten Rechtsmittelfrist bzw. nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens dahin (Art. 308 Bst. c VE-SchKG). Damit weicht der Vorentwurf vom geltenden Recht ab, wonach die Stundung erst mit der Publikation des Bestätigungsentscheids keine Wirkung mehr zeitigt.

2. Wirkungen des Bestätigungsentscheids

2.1 Bei Ablehnung (Art. 309 VE-SchKG)

Mit der Ablehnung des Nachlassvertrages gilt der Konkurs neu als von Gesetzes wegen eröffnet (Art. 309 VE-SchKG). Im Sinne der Stärkung der Gläubigerrechte muss kein Gläubiger mehr die Konkurseröffnung verlangen. Diese Konkurseröffnung kann sodann nicht angefochten werden, da bereits gegen den Ablehnungsentscheid betreffend den Nachlassvertrag ein Rechtsmittel zur Verfügung steht. Der Konkurs wird jedoch nicht *uno actu* mit der Ablehnung des Nachlassvertrages eröffnet, sondern tritt erst nach Ablauf der unbenutzten Rechtsmittelfrist bzw. Abschluss des Rechtsmittelverfahrens hinsichtlich der Ablehnung des Nachlassvertrages ein³⁴. Damit sieht der Vorentwurf bewusst eine andere Regelung vor als sonst bei der Konkurseröffnung (vgl. Art. 174 Abs. 3 SchKG).

2.2 Bei Bestätigung (Art. 310 VE-SchKG)

Diesbezüglich erfährt das geltende Recht lediglich zwei Änderungen.

- Einerseits ist der massgebende Zeitpunkt für die Definition der Nachlassforderungen und somit für die Verbindlichkeit des Nachlassvertrages nicht die Bekanntmachung, sondern die Bewilligung der Stundung (Art. 310 Abs. 1 VE-SchKG). Damit folgt der Vorentwurf konsequent der Regelung, wonach die Stundung ihre Wirkungen ebenfalls bereits mit dem Bewilligungsentscheid entfaltet³⁵.
- Ferner wird festgehalten, dass Gegenforderungen aus einem Dauerschuldverhältnis in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder in einem nachfolgenden Konkurs die Masse verpflichten, soweit der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters daraus Leistungen in Anspruch genommen hat (Art. 310 Abs. 2 VE-SchKG, dazu unten Besonderer Teil, B./IV./2.). Demnach werden diese Forderungen vorab, vor den Forderungen aller übrigen nicht pfandversicherten Gläubiger, aus der nicht pfandverhafteten Liquidationsmasse befriedigt³⁶.

³⁴ Vgl. auch oben Besonderer Teil, A./IV./1.2.

³⁵ Vgl. oben Besonderer Teil, A./III./2.2 a).

³⁶ Vgl. zur selben Regelung für mit Zustimmung des Sachwalters eingegangene Verbindlichkeiten: HANS ULRICH HARDMEIER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 310 N 19.

3. Befriedigung durch Aktien einer Auffanggesellschaft (Art. 314 und 318 VE-SchKG)

Die "Rettung" des schuldnerischen Unternehmens erfolgt in der Praxis oft über einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kombiniert mit der Gründung einer Auffanggesellschaft: Die zu sanierende Gesellschaft gründet eine Tochtergesellschaft, deren Aktienkapital durch Sacheinlagen der frei verfügbaren Aktiven der Muttergesellschaft liberiert wird. Anschliessend wird über die Muttergesellschaft das Nachlassverfahren eröffnet, welches in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung endet. Dieser sieht vor, dass die Gläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen Aktien der Tochtergesellschaft erhalten³⁷.

Zu Gunsten der Rechtssicherheit sieht der Vorentwurf nun ausdrücklich vor, dass der Nachlassvertrag die Befriedigung der Gläubiger mittels Anteils- und Mitgliedschaftsrechten³⁸ an der Schuldnerin selbst oder an einer Auffanggesellschaft vorsehen kann (Art. 314 Abs. 1^{bis} und 318 Abs. 1 Ziff. 1 VE-SchKG). Diese Vorgehensweise stellt eine praktikable und vernünftige Möglichkeit dar, das schuldnerische Unternehmen in eine neue Gesellschaft überzuführen und somit de facto zu retten. Es ist jedoch zu beachten, dass dabei diejenigen Gläubiger, welche dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt haben, zwangsweise Anteilshaber der Auffanggesellschaft werden. Bei börsenkotierten Gesellschaften ist diese Konsequenz weniger heikel, da die Aktien in der Regel weiterveräussert werden können. Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften kann die Veräusserung der Aktien unter Umständen aber sehr schwierig sein. Um den Interessen dieser Gläubiger gerecht zu werden, darf das Gericht einen entsprechenden Nachlassvertrag nur dann bestätigen, wenn es sich davon überzeugt hat, dass ein solches Vorgehen für die nicht zustimmenden Gläubiger eine angemessene Lösung ist (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 VE-SchKG).

4. Weitere Bestimmungen

Für die Phase der Bestätigung des Nachlassvertrages sieht der Vorentwurf keine weiteren materiellen Änderungen vor. Die Anpassungen der Artikel 305 Absatz 1, 318 Absatz 1 Ziffer 2 und 331 Absatz 2 VE-SchKG sind rein redaktioneller Natur und dienen der Klarstellung der geltenden Rechtslage.

Exkurs: Nachlassvertrag im Konkurs (Art. 332 VE-SchKG)

Der Vorentwurf sieht sodann auch im Konkurs ein Vorschlagsrecht der Gläubiger für einen Nachlassvertrag vor (Art. 332 Abs. 1 VE-SchKG). Damit kommt der Entwurf einem Anliegen aus der Praxis nach³⁹.

B. Einzelfragen

I. Die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen (Art. 211a und 297a VE-SchKG)

1. Ausgangslage

Von einem Dauerschuldverhältnis spricht man, wenn ein Vertrag nicht durch einen einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung erfüllt wird, sondern durch einen fortlaufenden Leistungsaustausch charakterisiert ist (z.B. Arbeits-, Miet-, Leasing- und Darlehensverträge). Nach dem materiellen Recht hat der Eintritt eines Insolvenzereignisses grundsätzlich nicht zur Folge, dass ein solches Dauerschuldverhältnis aufgelöst wird – bestimmte Aus-

³⁷ Vgl. Bericht Phase 1, S. 26 und 29.

³⁸ Anlehnung an das Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG; SR 221.301). Damit werden auch andere Unternehmensformen als die Aktiengesellschaft erfasst.

³⁹ Vgl. A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 332 N 6.

nahmen vorbehalten⁴⁰. Besondere vollstreckungsrechtliche Regeln, die eine Vertragsauflösung von Gesetzes wegen vorsehen, bestehen hingegen keine⁴¹.

Dauerschuldverhältnisse gelten somit im Insolvenzfall (Konkurs, Nachlassverfahren) grundsätzlich unverändert weiter. Das kann eine Sanierung erheblich erschweren (z.B. ein langfristiges, teures Leasing von Maschinen, die bei einer Redimensionierung des Betriebes nicht mehr gebraucht werden). Zu beantworten ist ferner die Frage, was mit den Arbeitsverträgen im Falle von Betriebsveränderungen geschehen soll (unten II.).

2. Vorschläge der Expertengruppe

Die Expertengruppe untersuchte in der Phase 1, ob an der geltenden Rechtslage – keine generelle Beeinträchtigung von Verträgen im Insolvenzfall – festgehalten werden soll. Sie kam zum Schluss, dass dem zuständigen Vollstreckungsorgan die Kompetenz einzuräumen sei, ungünstige Dauerverträge aufzulösen. Zu diesem Zweck zog die Expertengruppe ein ausserordentliches Kündigungsrecht in Betracht, das für sämtliche Insolvenzverfahren (Konkurs, Nachlassstundung, ordentlicher Nachlassvertrag, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) und für alle Dauerschuldverhältnisse gleichermaßen gelten sollte. Sie sprachen sich dabei für eine maximal flexible Lösung aus, wonach das zuständige Vollstreckungsorgan den Vertrag ohne Rücksicht auf allfällige vertragliche oder gesetzliche Kündigungsfristen sogar per sofort und unter lediglich «angemessener» Entschädigung der Gegenpartei kündigen dürfte. Diese angemessene Entschädigung hätte auch weniger als das positive Vertragsinteresse sein können.

In der Phase 2 wurde dieses ausserordentliche Kündigungsrecht noch einmal überdacht. Die Experten kamen zum Schluss, dass es – namentlich wegen der nur beschränkten Entschädigung der Gegenpartei – einen übermässigen Eingriff in das materielle Recht darstelle und als allgemeines insolvenzrechtliches Institut nicht zu rechtfertigen sei. Zumindest am Grundsatz einer vollen Entschädigung der Gegenpartei müsse festgehalten werden. Andererseits wäre im Konkurs und bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung mit einem ausserordentlichen Kündigungsrecht nichts gewonnen, wenn gleichzeitig volle Entschädigung geleistet werden müsste.

3. Vorschläge des Vorentwurfs

Diese Überlegungen führten zu einem neuen Konzept. Dieses unterscheidet für das Schicksal der Dauerschuldverhältnisse im Wesentlichen danach, ob das Unternehmen liquidiert (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) oder weitergeführt wird (Nachlassstundung und ordentlicher Nachlassvertrag).

3.1 Dauerschuldverhältnisse im Liquidationsfall (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung)

Hier wird auf die Einführung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts der Konkurs- bzw. Liquidationsmasse verzichtet. Im Liquidationsfall bleibt es daher grundsätzlich beim geltenden Recht. Doch sieht der Vorentwurf neu ausdrücklich Regeln vor, wie ein bestehendes Dauerschuldverhältnis materiell- und vollstreckungsrechtlich korrekt behandelt und allenfalls liquidiert werden kann. Zu unterscheiden sind drei Hauptfälle: 1. Das Vollstreckungsorgan tritt in den Vertrag ein; 2. das Vollstreckungsorgan kündigt den Vertrag (nach den anwendbaren materiellen Bestimmungen); 3. das Vollstreckungsorgan tut weder das eine noch das andere („Nichtstun“):

⁴⁰ Dies gilt z.B. für den Pachtvertrag (Art. 297a OR), den Auftrag (Art. 405 Abs. 1 OR), den Agenturvertrag (Art. 418s Abs. 1 OR), die Leibrente (Art. 518 Abs. 3 OR), die einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

⁴¹ LORANDI FRANCO, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, AJP 2004, S. 1211.

- Die Konkursverwaltung bzw. die Liquidatoren haben zunächst die Möglichkeit, in ein bestehendes Dauerschuldverhältnis einzutreten. Diese Möglichkeit besteht in allgemeiner Form bereits nach geltendem Recht (Art. 211 Abs. 2 SchKG), doch wird sie hier für die Dauerschuldverhältnisse präzisiert (Art. 211a Abs. 2 VE-SchKG). Wird von diesem Eintrittsrecht Gebrauch gemacht, gelten die ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung entstehenden Forderungen als Masseverbindlichkeiten. Die alten – d.h. die vor Konkurseröffnung entstandenen Forderungen – können hingegen nur als Konkursforderungen eingegeben werden. Diese Präzisierung ist zwar nicht grundlegend neu; doch stellt sie klar, dass Verbindlichkeiten nur dann zu Masseverbindlichkeiten werden können, wenn sie *nach* dem Insolvenzereignis (insb. Konkurseröffnung) entstehen. Die Bundesgerichtspraxis ist diesbezüglich nicht einheitlich.
- In der Praxis findet jedoch häufig kein solcher Vertragseintritt statt. Die Konkursverwaltung bzw. die Liquidatoren treffen keine speziellen Vorkehren: Weder treten sie in den Vertrag ein noch lösen sie ihn (nach den anwendbaren materiellrechtlichen Regeln) auf. Bei solchem „Nichtstun“ laufen die Verträge nach Zivilrecht grundsätzlich einfach weiter. Trotzdem herrscht in der Praxis grosse Unsicherheit darüber, wie das betroffene Dauerschuldverhältnis und die einzelnen Leistungen im Insolvenzverfahren konkret zu behandeln sind. Daher wird mit Artikel 211a Absatz 1 VE-SchKG eine neue Liquidationsnorm geschaffen. Ungekündigte Dauerschuldverhältnisse, die vom Konkurschuldner nicht mehr genutzt werden, können so sauber liquidiert werden. Der Vertragspartner kann seine Ansprüche als normale Konkursforderung geltend machen, allerdings bis höchstens zum nächsten Kündigungstermin oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer. Liquidationsrechtlich sind die Konsequenzen bei „Nichtstun“ des Vollstreckungsorgans somit dieselben, wie wenn das Dauerschuldverhältnis (ordentlich) gekündigt worden wäre. Besondere gesetzliche Regelungen des Schicksals von Verträgen im Insolvenzfall bleiben natürlich vorbehalten.

Artikel 211a Absatz 1 VE-SchKG hält sodann ausdrücklich fest, dass der betroffene Gläubiger sich bei der Entschädigung einen allfälligen Vorteil anrechnen lassen muss. Die Vorteilsanrechnung gilt zwar als allgemeiner Grundsatz für das gesamte Privatrecht. Doch können sich Schwierigkeiten ergeben, wenn ausländisches materielles Recht auf den Vertrag anwendbar ist, welches keine solche Vorteilsanrechnung kennt. Die Regelung der Vorteilsanrechnung würde formal eigentlich ins IPRG gehören; im Sachzusammenhang des SchKG ist sie jedoch leichter auffindbar und besser verständlich. Ob in Bezug auf die Erbringung der Gegenleistung die Austausch- oder Differenztheorie gelten soll, bleibt – als materiellrechtliche Frage – der Praxis zur Entscheidung überlassen.

3.2 Schicksal der Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung

Eine grundlegende Neuerung wird jedoch für die Behandlung der Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung vorgeschlagen. Die Expertengruppe hielt hier grundsätzlich am Konzept der Phase 1 fest. Somit soll es dem Schuldner ermöglicht werden, ein Dauerschuldverhältnis jederzeit ausserordentlich zu kündigen (Art. 297a VE-SchKG). Dauerverträge, die eine Sanierung behindern, können somit auch per sofort aufgelöst werden. Die Gegenpartei ist in diesem Fall jedoch voll zu entschädigen, wobei diesbezüglich die in Art. 211a Abs. 1 VE-SchKG festgehaltenen Grundsätze sinngemäss zur Anwendung gelangen. Festzuhalten ist ausserdem, dass die Entschädigung dabei als blosse Nachlassforderung gilt, so dass sie nur dividendenmässig zu befriedigen ist.

Ein derartiges ausserordentliches Kündigungsrecht greift erheblich in das materielle Recht ein, da es dadurch dem Schuldner möglich wird, sich bestehender ungünstiger oder sonst unerwünschter Verpflichtungen zu entledigen. Da die Entschädigungsforderung der Gegenseite lediglich als Nachlassforderung gilt und deshalb nur dividendenmässig zu befriedigen ist, wird die Gegenseite durch die Vertragsauflösung im Regelfall einen Verlust in Kauf nehmen müssen. Ein derartiger Eingriff in das Prinzip der Vertragstreue darf nicht leichtfertig ins Gesetz aufgenommen werden. Insbesondere gilt es, Missbräuche zu verhindern. Es ist deshalb erforderlich, dass die Ausübung des Kündigungsrechts nicht durch den Schuldner allein erfolgen kann, sondern zusätzlich der Zustimmung des Sachwalters bedarf. Dagegen ginge

es zu weit, die Zustimmung des Nachlassrichters zu verlangen, da die Kündigung dadurch zu sehr erschwert und bürokratisiert würde. Ferner wurde bewusst darauf verzichtet, die ausserordentliche Kündigung von materiellen Voraussetzungen abhängig zu machen (z.B. Erfüllen des Sanierungszwecks), weil auf diese Weise nur die Gefahr langwieriger gerichtlicher Auseinandersetzungen geschaffen würde.

Trotz der genannten Bedenken ist somit am Vorschlag der Expertengruppe festzuhalten. Bestehende Verpflichtungen aus Dauerschuldverhältnissen können eine effektive Sanierung in der Praxis faktisch verhindern. Will man mit dem Ziel der Sanierung ernst machen, muss die Möglichkeit der sofortigen Auflösung solcher Verbindlichkeiten zur Verfügung stehen. Auch die Expertengruppe hat wiederholt darauf hingewiesen, dass es sich bei diesem Punkt um ein *unverzichtbares* Kernstück der Revision handelt, mit dem in vielen Fällen eine Sanierung überhaupt erst möglich wird. Als Alternative zur Sanierung steht einem Unternehmen häufig nur der Konkurs zur Verfügung, welcher für die Gegenseite eines Dauerschuldverhältnisses mit gleichen oder noch schwereren Nachteilen verbunden wäre. Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die vorgeschlagene Lösung im Ergebnis auch zu einer Gleichbehandlung mit den Geldgläubigern führt, die in jedem Fall nur mit einer Nachlassforderung vorlieb nehmen müssen.

3.3 Weiterführung von Verträgen, die vom Schuldner persönlich genutzt werden

Im Insolvenzverfahren gegen Einzelfirmen sind jeweils nicht nur die Geschäftsschulden des Geschäftsinhabers betroffen, sondern auch sein Privatbereich. Daher muss das Gesetz hier eine besondere Regel treffen (Art. 211a Absatz 3 VE-SchKG): Dauerschuldverhältnisse, deren Leistungen dem Schuldner zum privaten Gebrauch dienen (z.B. Zeitungsabonnement, Krankenkasse, Wohnungsmiete), kann der Schuldner auf eigene Rechnung weiterführen.

3.4 Versicherungsvertrag (Art. 55 VVG)

Die Expertengruppe hat vorgeschlagen, Art. 55 VVG ersatzlos zu streichen. Da das VVG gegenwärtig revidiert wird, erscheint es indessen sachgerecht, die betreffende Frage im Rahmen der vorliegenden Revision nicht weiter zu verfolgen und die Diskussion in Zusammenhang mit der Revision des VVG zu vertiefen.

II. Die Behandlung der Arbeitnehmenden im Insolvenzfall

1. Problemstellung

Arbeitsverträge sind typische Dauerschuldverhältnisse. Für sie gilt die oben I. erörterte allgemeine Regelung (Art. 211a, 297a VE-SchKG) somit ebenfalls. Zudem ist jedoch zu prüfen, wie weit dem besonderen Arbeitnehmerschutz des OR im Insolvenzverfahren Rechnung zu tragen ist:

- Zum einen geht es um die Frage der gesetzlichen Überbindung der Arbeitsverhältnisse bei einer Betriebsveräusserung sowie um die Solidarhaftung des Erwerbers (Art. 333 OR);
- und zum anderen um die besonderen Mitwirkungsrechte, die den Arbeitnehmenden im Fall von Massenentlassung und Betriebsveräusserungen zustehen (Art. 333a, 335d ff. OR).

2. Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübernahme

2.1 Ausgangslage

Nach geltendem Recht tritt der Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsveräusserungen von Gesetzes wegen ein. Ein Ablehnungsrecht des neuen Arbeitgebers (d.h. des Erwerbers des Betriebes) besteht nicht⁴². Auch ist eine vertragliche Beschränkung auf die Übernahme einzelner Arbeitsverhältnisse nicht zulässig.

⁴² Der Arbeitnehmer hat nach Art. 333 Abs. 1 OR jedoch das Recht, den Übergang abzulehnen.

Diese Regelung hat in der Sanierungspraxis immer wieder zu grossen Problemen geführt. Die gesetzliche und integrale Überbindung sämtlicher Arbeitsverträge kann durchaus zur Folge haben, dass der Betrieb keinen Käufer findet, was eine Sanierung verunmöglicht und zur vollständigen Vernichtung der betroffenen Arbeitsplätze führt. Der Arbeitnehmerschutz des OR verkehrt sich dann in sein Gegenteil.

Entsprechend ist umstritten, inwieweit Artikel 333 OR im Insolvenzverfahren überhaupt anwendbar sei oder nicht⁴³. Das Bundesgericht hat bisher bloss beschränkt für Klarheit sorgen können: Es hat entschieden, dass (immerhin) die Solidarhaftung nach Artikel 333 Absatz 3 OR bei Erwerb eines Betriebes aus der Konkursmasse nicht zum Tragen kommt⁴⁴. Im Übrigen aber blieb die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 333 OR offen⁴⁵.

Die grosse Rechtsunsicherheit ruft nach einer Klarstellung im Gesetz. Dabei ist sicherzustellen, dass – bei einem allfälligen Ausschluss von Artikel 333 OR – der Arbeitnehmerschutz durch mutwillige Insolvenzverfahren nicht unterlaufen werden kann⁴⁶.

2.2 Vorschlag (Art. 333b Abs. 1 VE-OR)

Der Vorentwurf schlägt vor, den automatischen Übergang von Arbeitsverträgen bei Betriebsübernahme während der Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung auszuschliessen (Art. 333b VE-SchKG). Ob und wie weit mit dem Betrieb auch die Arbeitsverträge übernommen werden, soll neu Gegenstand von Verhandlungen und Vereinbarungen zwischen den Beteiligten sein. Das entspricht dem allgemeinen Vertragsrecht. Den betroffenen Arbeitnehmern steht dabei – wie nach geltendem Recht – ein Ablehnungsrecht zu (opting out).

Soweit der Erwerber die Arbeitnehmenden übernimmt, tritt er vollumfänglich in die Arbeitsverträge inklusive allfällige Gesamtarbeitsverträge ein. Das ist nur konsequent. Für ungedeckte Forderungen aus den übernommenen Verträgen soll ihn überdies zusammen mit dem Veräusserer eine Solidarhaftung treffen. Diesbezüglich weicht der Vorschlag der Experten von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab – zu Gunsten der übernommenen Arbeitnehmer. Für die ausstehenden Lohnforderungen der nicht übernommenen Arbeitnehmer trifft den Erwerber allerdings keine Haftung. Diese bleiben darauf beschränkt, sie im laufenden Insolvenzverfahren geltend zu machen.

Eine rein dogmatisch-theoretische Betrachtungsweise mag den Eindruck erwecken, dass die Stellung der Arbeitnehmenden mit diesem Vorschlag geschwächt wird. Die praktischen Erfahrungen haben jedoch mit aller Deutlichkeit gezeigt, dass das geltende Recht (Art. 333 OR) die realen Möglichkeiten verkennt. Es spiegelt den Arbeitnehmenden eine Arbeitsplatzsicherheit vor, die es im Sanierungsfall eben gerade nicht geben kann. Andererseits bringt der Vorentwurf den Arbeitnehmenden eine erhebliche Stärkung in ihrer verfahrensrechtlichen

⁴³ Gegen die Anwendung sind: CAMPONOVO RICO, A, Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, *Der Schweizer Treuhänder* 1998, S. 1417; SPÜHLER KARL/INFANGER DOMINIK, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung – Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag? in: *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000*, S. 227; VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 298 N 18.

Für die Anwendung sind: LORANDI FRANCO, Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen und Zwangsvollstreckungsverfahren, in: *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Basel/Genf/München 2000*, S. 95 ff.; HOFSTETTER HANS, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen oder "Von der Kunst, über die eigenen Beine zu stolpern", *AJP* 1998, S. 926 ff.

⁴⁴ BGE 129 III 335, E.5.8.

⁴⁵ Vgl. aber den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. September 2003, der festhält, dass die Bestimmung des Art. 333 OR mit Ausnahme der in Abs. 3 geregelten Solidarhaftung des Übernehmers auch im Falle der Betriebsübernahme aus dem Konkurs zur Anwendung zu bringen ist. *ZR* 103 (2004) Nr. 71.

⁴⁶ Vgl. Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992 (BBI 1992 V 402).

Position: Die Verfahrensrechte der Gläubiger werden ganz wesentlich ausgebaut (repräsentativer Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung als Kontrollorgane schon während der Nachlassstundung, Art. 294a, 295a VE-SchKG). Damit kann missbräuchlichen Machenschaften wirksam begegnet werden.

3. Die besonderen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer bei Betriebsveräußerung und Massenentlassung (Art. 333b Abs. 2; 335e VE-OR)

3.1 Ausgangslage

Der Arbeitnehmerschutz erfordert, dass die Arbeitnehmer in wichtige Entscheidungen des Arbeitgebers miteinbezogen werden (Art. 333 ff. OR). So hat der Arbeitgeber, der den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Vollzug darüber zu informieren (Art. 333a Abs. 1 OR).

Eine besondere Konsultationspflicht trifft den Arbeitgeber sodann im Falle von Massenentlassungen (Art. 335f OR). Gemäss Artikel 335e Absatz 2 OR gilt diese Bestimmung jedoch nicht bei Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen. Denn in diesem Fall ist die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer dem Einflussbereich des Arbeitgebers entzogen⁴⁷. Gemäss herrschender Lehre und der Rechtsprechung fällt unter den Begriff der „gerichtlichen Entscheidung“ auch die Konkursöffnung⁴⁸.

3.2 Vorschlag für eine Neuregelung

Der Vorentwurf schlägt gestützt auf die Erkenntnisse der Expertengruppe vor, am geltenden Rechtszustand grundsätzlich festzuhalten, unter folgenden Präzisierungen.

- Führt das Verfahren in die Liquidation des Betriebes (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung), dann besteht kein Bedürfnis für zusätzliche (arbeitsrechtliche) Informations- und Konsultationsrechte. Denn diesfalls verfügen die Arbeitnehmer bereits als Gläubiger über weitreichende Einflussmöglichkeiten, die ohnehin über jene des Arbeitsrechts hinausgehen⁴⁹. Dies wird hier klargelegt (Art. 333b Abs. 2, 335e Abs. 2 VE-OR).
- Anders ist es in der Nachlassstundung: Dort machen die besonderen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden durchaus Sinn. Dementsprechend hat das Bundesgericht entschieden, dass die Mitwirkungsrechte gemäss Artikel 335d ff. OR während der provisorischen Nachlassstundung umfassend anwendbar sind⁵⁰. Das muss auch für die definitive Stundung gelten.
- Auch im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrages sollen die besonderen arbeitsrechtlichen Mitspracherechte wie bisher spielen.

III. Vorrechte bestimmter Gläubiger

1. Problemstellung

Ein Insolvenzverfahren sollte grundsätzlich alle Gläubiger gleich behandeln (*pars conditio creditorum*). Dieser Grundsatz kann jedoch nicht ausnahmslos gelten: Es ist durchaus legitim, dass sich einzelne Gläubiger vertraglich absichern oder dass der Gesetzgeber aus sozialpolitischen Gründen einzelne Gläubiger privilegiert. Doch dürfen die damit entstehenden Vorrechte nicht dazu führen, dass eine geordnete Liquidation behindert und eine Sanierung verunmöglicht wird. Die Expertengruppe hat geprüft, ob und wie weit sich eine Beschränkung von Vorrechten aufdrängt. Gegenstand der Betrachtung waren dabei die Konkursprivilegien, das mietrechtliche Retentionsrecht sowie die Globalzession.

⁴⁷ Vgl. PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zürich/St.Gallen 2007, S. 206 f.

⁴⁸ MEIER ISAAK/EXNER CHRISTIAN, Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, ARV 2004, S. 214 m.w.H; PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ (Fn. 47), S. 206 f.

⁴⁹ BGE 130 III 102, E.3.1.; 123 III 176, E.3.a.

⁵⁰ BGE 130 III 102, E.3.1.

2. Konkursprivilegien

2.1 Das Arbeitnehmerprivileg (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. a und a^{bis} VESchKG)⁵¹

Die Expertengruppe hat vorgeschlagen, das Arbeitnehmerprivileg gemäss Artikel 219 Absatz 4 Buchstabe a betragsmässig zu begrenzen. Vorgeschlagen wurde ein Höchstbetrag von 100'000 Franken brutto pro Arbeitnehmer. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die parlamentarische Initiative Zanetti, eingereicht am 21. Juni 2002 (02.440): "Begrenzung des Konkursprivilegs für Arbeitnehmerforderungen". Gemäss dem von der Rechtskommission des Nationalrates am 29. September 2008 in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf samt Begleitbericht sollen die in der ersten Klasse privilegierten Forderungen auf den doppelten Höchstbetrag des versicherten Verdienstes gemäss UVG begrenzt werden⁵². Die Stossrichtung der beiden Vorschläge entsprechen sich damit im Wesentlichen, und es erscheint deshalb sachgerecht, die Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs aus dem vorliegenden Vorentwurf herauszunehmen und die Ergebnisse der Vernehmlassung zur parlamentarischen Initiative Zanetti abzuwarten.

2.2 Verzicht auf die Abschaffung weiterer Konkursprivilegien

Die Expertengruppe hat in ihrem Bericht zur Phase 2 vorgeschlagen, weitere Konkursprivilegien zu streichen bzw. zu beschränken. Wie die Kommission selbst festgehalten hat, handelt es sich dabei um Vorschläge von grosser politischer Brisanz. Die betreffenden Privilegien wurden in den letzten Jahren mehrmals gestrichen und wieder eingeführt. Obwohl der allgemeine Grundsatz einer möglichst weitgehenden Beschränkung der Konkursprivilegien anerkannt ist, wird im vorliegenden Zusammenhang darauf verzichtet, die betreffende Diskussion wieder von Neuem aufzunehmen. Damit soll indessen nicht ausgeschlossen werden, dass die Diskussion der Bereinigung der Konkursprivilegien zu einem späteren Zeitpunkt wieder lanciert wird.

3. Das Retentionsrecht (Art. 268 OR)

3.1 Ausgangslage

Nach Artikel 268 OR steht dem Vermieter von Geschäftsräumen an bestimmten beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden, ein Retentionsrecht zu⁵³. Dieses Pfandrecht kann zur Blockade von Anlage- und Umlaufvermögen und somit zur Lahmlegung des (einmietenden) Unternehmens führen. Zudem bringt bereits das latente (d.h. das noch nicht ausgeübte) Retentionsrecht Risiken – etwa mit Blick auf eine allfällige Sanierung über eine Auffanggesellschaft: Das Retentionsrecht kann eine Sacheinlagegründung verunmöglichen, denn es muss mit einem Rückschaffungsbegehren des Vermieters gerechnet werden (Art. 268b OR). Andererseits ist das Retentionsrecht auch für den Vermieter nicht unbedingt verlässlich. Er weiss nie, welche konkreten Objekte der Retention am Ende unterliegen werden und ob sie tatsächlich Deckung verschaffen. Schon heute sichern sich die Vermieter daher anderweitig ab (etwa durch eine Kautions, Art. 257e OR). Dazu tritt die Möglichkeit, Vorauszahlung der Miete zu verlangen.

Gesamthaft betrachtet hat der Vermieter somit ein überschüssendes Sicherungsdispositiv. Schon im Entwurf für die Revision des Miet- und Pachtrechts bestand daher die Intention, das Retentionsrecht gänzlich zu streichen⁵⁴, nicht zuletzt mit dem Argument, dass diese aty-

⁵¹ Vgl. auch MÜLLER ROLAND, Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, SJZ 2004, S. 553 ff., 561 f.

⁵² Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 22. August 2008 (im Internet abrufbar unter <http://www.admin.ch/dokumentation/gesetz/pc/>).

⁵³ Mögliche Retentionsgegenstände: Maschinen, Warenvorräte, Heizöl im Tank, Gemälde einer Galerie sowie (Geschäfts-)Autos in der Garage oder auf dem Parkplatz.

⁵⁴ Vgl. Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985 (BBl 1985 1457).

pische⁵⁵ Regelung zu einer stossenden Privilegierung des Vermieters gegenüber den anderen Gläubigern führt.

3.2 Vorschlag für eine Neuregelung

Der Vorentwurf schlägt gestützt auf die Erkenntnisse der Expertengruppe vor, das Retentionsrecht des Vermieters bei der Geschäftsmiete sowie das Retentionsrecht des Verpächters abzuschaffen. Dies hat die formale Anpassung mehrerer Gesetzesbestimmungen zur Folge (Art. 283 und 284 VE-SchKG: „Vermieter und Verpächter von Geschäftsräumen“ wird ersetzt durch „die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer“). Anzupassen ist auch Artikel 712k ZGB.

Der Expertenvorschlag hat noch einen weiteren materiellen Aspekt: Im geltenden Recht können auch Gegenstände Dritter⁵⁶ vom Retentionsrecht betroffen sein, wenn der Vermieter das Recht des Dritten weder kannte noch kennen musste. Diese fragwürdige Bestimmung wird aufgehoben. Denn sie bewirkt eine unbegründete Bevorzugung des Retentionsgläubigers gegenüber dem Dritteigentümer (Art. 712k Abs. 2 VE-ZGB)⁵⁷.

4. Die Globalzession

4.1 Ausgangslage

Unter Globalzession versteht die herrschende Lehre die (Voraus-) Zession einer unbestimmten Vielzahl gegenwärtiger und zukünftiger Forderungen des Sicherungszedenten aus seinem Geschäftsbetrieb an einen Sicherungszessionar zur Sicherstellung einer oder mehrerer Hauptforderungen⁵⁸. Die Minderheitsmeinung geht noch weiter und subsumiert darunter die Abtretung sämtlicher Forderungen gegenüber Drittschuldnern – d.h. nicht nur solcher aus dem Geschäftsbetrieb⁵⁹. Die Globalzession wird von Lehre und Rechtsprechung als gültig erachtet, sofern die abzutretenden Forderungen hinreichend bestimmt sind und der Rahmen des Artikels 27 ZGB eingehalten wird. Das ist der Fall, wenn die Globalzession in zeitlicher und sachlicher Hinsicht eine Beschränkung erfährt. Insbesondere muss hierbei der Kreis der abgetretenen Sicherungsforderungen und derjenige der gesicherten Hauptforderungen definiert werden⁶⁰.

Die Frage, welchen Bestimmtheitsgrad zedierte künftige Sicherungsforderungen aufweisen müssen, damit sie auf den Sicherungszessionar übergehen können, wird kontrovers beantwortet. Gemäss Rechtsprechung⁶¹ und herrschender Lehre⁶² ist es für die Gültigkeit einer Zession ausreichend, wenn die abgetretenen Forderungen erst im Zeitpunkt ihrer Entstehung bestimmbar sind. Der Sicherungszessionar erwirbt bereits im Zeitpunkt der Globalzession das Sicherungsrecht an sämtlichen Forderungen. Die Wirkungen des Verfügungsgeschäftes treten allerdings erst im Zeitpunkt der Entstehung der zukünftigen Forderung ein.

Die Vertreter der Minderheitsmeinung⁶³ vertreten die Auffassung, dass ein Forderungsübergang auf den Sicherungszessionar nur dann möglich sei, wenn die abzutretende Sicherungsforderung bereits im Zeitpunkt der Globalzession bestimmt oder bestimmbar sei. Sie begründen ihren Standpunkt mit dem sachenrechtlichen Spezialitätsprinzip.

⁵⁵ Atypisch insofern, dass es den Besitz des Gläubigers an den Retentionsgegenständen nicht voraussetzt: vgl. SCHNYDER ANTON K./WIEDE M. ANDREAS, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 283 N 8 m.w.H.

⁵⁶ Z.B. Einrichtungsgegenstände unter Eigentumsvorbehalt.

⁵⁷ GASSER DOMINIK, *Betreibung für Miet- und Pachtzinsforderungen*, BISchK 1999, S. 87 m.w.H.

⁵⁸ REETZ PETER, *Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme*, Zürich 2006, S. 244 m.w.H.

⁵⁹ REETZ PETER (Fn. 58), S. 245.

⁶⁰ Vgl. für eine detaillierte Abhandlung der Problematik: REETZ PETER (Fn. 58), S. 247 ff.

⁶¹ BGE 113 II 163 ff.

⁶² REETZ PETER (Fn. 58), S. 254 m.w.H.

⁶³ Vgl. BUCHER EUGEN, *Zur Gültigkeit von Globalzessionen*, recht 1989, S. 12 ff.; WIEGAND WOLFGANG, *Fiduziarische Sicherungsgeschäfte*, ZBJV 1980, S. 561 ff.

4.2 Globalzession im Konkurs

Abgetretene künftige Forderungen fallen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Konkurs des Sicherungszedenten in die Konkursmasse, sofern sie erst nach der Konkurseröffnung entstehen⁶⁴. Gegenwärtige und künftige Forderungen stehen jedoch dem Sicherungszessionar zu, sofern sie vor der Konkurseröffnung entstehen.

Im Konkurs des Sicherungszessionars fällt die Sicherungsforderung oder das Surrogat (Geld oder Sachen) in die Konkursmasse des Sicherungszessionars ungeachtet dessen, wann die Sicherungsforderung entstanden ist oder ob sie im Zeitpunkt der Konkurseröffnung eingezo- gen wurde oder nicht. Dies ist Folge der Vollrechtstheorie⁶⁵ und von Artikel 197 SchKG.

Die geltende Rechtslage ist nach Auffassung der Expertengruppe klar und befriedigend, so dass sich keine Korrekturen aufdrängen.

4.3 Globalzession in der Nachlassstundung

Die Situation eines Schuldners in Nachlassstundung lässt sich im Grunde kaum mit derjeni- gen eines Konkursiten vergleichen. So kann der Nachlassschuldner seine Geschäfte weiter- führen (Grundsatz der Eigenverwaltung); er steht nur unter Aufsicht und nicht unter umfas- sender Zwangsverwaltung wie im Konkurs. Regelmässig entstehen während der Nachlass- stundung somit neue Forderungen als Aktiven des Schuldners.

Andererseits bestimmt Artikel 298 Absatz 2 SchKG, dass während der Stundung ohne Er- mächtigung des Nachlassrichters nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermö- gens veräussert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltli- che Verfügungen getroffen werden können. Von dieser Bestimmung werden *per analogiam* auch die Globalzessionen als Sicherungsgeschäfte erfasst⁶⁶. Somit befindet sich der Schuldner im Ergebnis in einer ähnlichen Situation der Dispositionsunfähigkeit wie ein Kon- kursit gemäss Artikel 204 SchKG⁶⁷, auch hier gilt es den Grundsatz der Gläubigergleichbe- handlung zu beachten. Abgetretene zukünftige Forderungen, die während der Nachlass- stundung entstehen, verbleiben demnach beim Sicherungszedenten, sofern der Nachlass- richter die Zession nicht genehmigt⁶⁸.

Der Vorentwurf schlägt nun gestützt auf die Erkenntnisse der Expertengruppe vor, das SchKG im Sinne dieser Überlegungen zu präzisieren. Daher wird Artikel 297 SchKG, der die Wirkungen der Stundung regelt, um einen neuen Absatz 2^{bis} ergänzt: Wurde vor der Eröff- nung der Nachlassstundung die Abtretung einer künftigen Forderung vereinbart, entfaltet diese Abtretung keine Wirkung, wenn die Forderung erst nach der Bewilligung der Nachlass- stundung entsteht. Diese Wirkung kann bereits mit der Bewilligung der provisorischen Stun- dung eintreten, sofern das Provisorium entweder öffentlich bekannt gemacht wird (Art. 293c Abs. 1 VE-SchKG) oder dem Zessionar mitgeteilt wird (Art. 293c Abs. 2 Bst. c VE-SchKG).

Die Expertengruppe setzte sich auch mit der Frage auseinander, ob diese Konsequenz eine missbräuchliche „Flucht in die Nachlassstundung“ auslösen könnte. Sie erachtet ein solches Risiko als gering, denn scheitert die Sanierungsübung, soll das Nachlassverfahren neu von Gesetzes wegen in den Konkurs münden (Art. 296b und 309 VE-SchKG).

⁶⁴ BGE 111 III 73, 115 III 67; 130 III 248, 255; STAEHELIN DANIEL, *Bedingte Verfügungen*, Zürich 1993, S. 99 ff.

⁶⁵ Danach erhält der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung vom Sicherungszedenten zu vollem Recht übertragen und ist diesem gegenüber in dessen Ausübung lediglich obligatorisch beschränkt.

⁶⁶ LORANDI FRANCO, *Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers*, AJP 2005, S. 1309 m.w.H.

⁶⁷ LORANDI FRANCO (Fn. 66), S. 1310.

⁶⁸ LORANDI FRANCO (Fn. 66), S. 1310.

IV. Zuführung neuer Mittel

1. Eigenkapitalersetzende Darlehen

Bei den eigenkapitalersetzenden Gesellschaftsdarlehen handelt es sich um Darlehen, die Gesellschafter oder ihnen nahe stehende Personen der Gesellschaft in einem Zeitpunkt gewähren, in welchem dem Unternehmen eigentlich Eigenkapital zugeführt werden müsste. Die herrschende Praxis setzt solche Darlehen daher dem Risikokapital gleich (kolloziert sie also erst hinter sämtlichen Konkursklassen), wenn die Analyse ergibt, dass das betreffende Darlehen von einem unabhängigen Dritten nicht gewährt worden wäre (Drittmannstest) bzw. dem Unternehmen in Tat und Wahrheit Eigenkapital hätte zugeführt werden müssen (Sanierungstest).

In der Phase 1 schlug die Expertengruppe vor, die Voraussetzungen dieses konstruierten Rangrücktritts gesetzlich zu umschreiben. Mit Blick auf die abgeschlossene Revision des GmbH-Rechts, in deren Rahmen eine solche Regelung zwar ebenfalls diskutiert, schliesslich aber verworfen wurde⁶⁹, wird hier auf einen Vorschlag verzichtet.

2. Sanierungsdarlehen

In der Phase 1 setzte sich die Expertengruppe mit der Frage auseinander, ob Darlehen, die vor Einleitung eines Insolvenzverfahrens zum Zwecke der Sanierung gewährt werden, im Falle der Insolvenz privilegiert behandelt werden sollen. Die Voraussetzungen einer solchen Privilegierung müssten gesetzlich präzise umschrieben werden. So wäre der gesetzliche Nachweis zu fordern, dass das fragliche Darlehen zeitlich und umfangmässig effektiv geeignet war, massgeblich zur Sanierung beizutragen.

Die Expertengruppe verzichtete auf einen entsprechenden Vorschlag. Zum einen kann bezweifelt werden, ob eine solche Bestimmung überhaupt justiziabel wäre. Sodann wird der Zugang zur Nachlassstundung erleichtert, so dass New Money gemäss Artikel 310 Absatz 2 SchKG privilegiert werden kann, wenn die Geldaufnahme während der Nachlassstundung und mit Zustimmung des Sachwalters erfolgt. Eine weitere Privilegierung darüber hinaus drängt sich nicht auf.

V. Konzernkonkurs

1. Ausgangslage

Obwohl kein eigentliches Konzerninsolvenzrecht vorgeschlagen wird⁷⁰, gibt es Punkte, die de lege ferenda mit kleinem Aufwand korrigiert werden können, um den speziellen Verhältnissen eines Konzerns besser Rechnung zu tragen. Solchen Korrekturbedarf sieht die Expertengruppe bei der Koordination zusammenhängender Verfahren und bei der paulianischen Anfechtung. Sodann wird die Gelegenheit benutzt, im Anfechtungsrecht weitere Unsicherheiten auszuräumen, die jedoch nicht nur das Konzernverhältnis betreffen (unten VI.).

2. Koordination der Verfahren

Bei gleichzeitigen Insolvenzverfahren über mehrere Konzerngesellschaften können Doppelspurigkeiten entstehen. Das geltende Recht statuiert keine explizite Verfahrenskoordinationspflicht. Der Artikel 4 SchKG regelt die inner- sowie interkantonale Rechtshilfe zwischen den Betreibungs- und Konkursämtern in allgemeiner Weise.

Die Experten schlagen daher einen neuen Artikel 4a VE-SchKG vor, der die Kooperation in zusammenhängenden Verfahren regelt. Die beteiligten Vollstreckungsorgane, Aufsichtsbehörden und Gerichte sollen ihre Handlungen möglichst aufeinander abstimmen. Als sachlicher Zusammenhang gelten insbesondere Konzernverhältnisse.

Koordinationsmöglichkeiten gibt es viele: So kann etwa ein und derselbe Sachwalter für mehrere Verfahren eingesetzt werden. Ferner wird in Artikel 4a Absatz 2 VE-SchKG veran-

⁶⁹ Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001 (BBl 2002 3158).

⁷⁰ Oben Allgemeiner Teil, B./I.

kert, dass die beteiligten Gerichte und Aufsichtsbehörden nach einem Meinungs austausch eine einheitliche Zuständigkeit für alle Verfahren bezeichnen können. Koordination heisst jedoch nicht Konsolidation: Die einzelnen Verfahren bleiben durchaus selbständig. Auch die Aktiv- und Passivmassen werden nicht etwa zusammengelegt; es kommt also nicht zu einer sog. *substantial consolidation* (dazu sogleich).

3. Materielle Konsolidation?

In der Phase 1 hat die Expertengruppe Fallgruppen diskutiert, die ausnahmsweise eine materielle Konsolidation erlauben sollten⁷¹. Diese Frage wurde in der Phase 2 erneut diskutiert. Doch wird auf einen Vorschlag verzichtet. Zum einen blieb die Frage bis zum Schluss kontrovers. Zum andern konnte auch keine befriedigende Lösung gefunden werden, wer – ob ein Gericht oder die betroffenen Gläubiger – verbindlich über eine materielle Konsolidierung zu entscheiden hätte.

4. Subordination konzerninterner Forderungen?

Auch hier verzichtet der Vorentwurf auf einen Vorschlag. Vielmehr soll die betreffende Frage wie bis anhin von der Praxis entschieden werden. Die Subordination muss jedoch die absolute Ausnahme sein, denn sonst kann dies zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung der Anleiensgläubiger (Obligationäre) führen, was volkswirtschaftlich nicht erwünscht sein kann.

5. Paulianische Anfechtung im Konzernverhältnis

Sowohl für die Schenkungspauliana nach Artikel 286 SchKG wie auch für die Deliktspauliana (oder Absichtsanfechtung) nach Artikel 288 SchKG legt das Gesetz fest, dass der Anfechtungskläger den objektiven Tatbestand zu beweisen hat. Bei einer gemischten Schenkung heisst das, dass der Beweis des behaupteten Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung dem Anfechtungskläger obliegt. Bei der Deliktspauliana gehört – neben dem objektiven – auch der subjektive Tatbestand zum Beweisthema des Klägers: Er muss die Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht des Schuldners und die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Vertragspartner beweisen. Das Gesetz stellt keinerlei Vermutung zum Nachteil des Anfechtungsgegners auf⁷².

Immerhin wird in der Praxis die Erkennbarkeit der schädigenden Handlung bei nahen verwandtschaftlichen oder sonstigen engen Verbindungen der Beteiligten faktisch vermutet⁷³. Trotzdem führt die beweisrechtliche Lage nicht selten dazu, dass die Anfechtungsansprüche nicht durchgesetzt werden können, wenn eine Verhandlungslösung scheitert. Dies trifft vor allem für die Deliktspauliana (Art. 288 SchKG) zu.

Der Vorentwurf schlägt deshalb vor, die Beweislast des Anfechtungsklägers in zweifacher Hinsicht zu erleichtern:

- Schenkungspauliana (Art. 286 VE-SchKG): Wenn die begünstigte Person dem Schuldner nahe steht⁷⁴, dann soll sie die Beweislast dafür tragen, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Dabei stellt der Vorschlag klar, dass als nahe stehende Personen insbesondere auch Gesellschaften eines Konzerns gelten (Art. 286 Abs. 3 VE-SchKG);

⁷¹ Vgl. zur Frage der Konsolidation den Bericht Phase 1, S. 48 ff.

⁷² AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 52 N 25.

⁷³ STAEHELIN ADRIAN, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 288 N 20.

⁷⁴ Schon in der SchKG-Revision von 1994 wurde das Kriterium der "nahe stehenden Person" diskutiert. Von einer Einführung des Begriffes sah man schliesslich doch ab, da man der Auffassung war, dass der Begriff Abgrenzungsprobleme schaffen könnte. Den Begriff der nahe stehenden Person kennt aber z.B. auch das OR (Art. 628 Abs. 2, 663b^{bis} Abs. 5, 663c Abs. 3 und 678 Abs. 1 OR), Art. 4^{ter} des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0) oder Art. 58 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11).

- Deliktspauliana (Art. 288 VE-SchKG): Steht die begünstigte Person dem Schuldner nahe – wobei auch hier das Konzernverhältnis das erforderliche Näheverhältnis begründet – dann soll der subjektive Tatbestand dieser Anfechtungsklage (Begünstigungsabsicht sowie Erkennbarkeit dieser Absicht) gegen den Beklagten vermutet werden. Diese Vermutung kann nur mit dem Beweis des Gegenteils umgestossen werden.

Vom Begriff der „nahe stehenden Person“ werden sowohl natürliche wie auch juristische Personen erfasst. Als nahe stehende Personen kommen neben Verwandten und Konzerngesellschaften auch Gross- und Mehrheitsaktionäre in Frage.

Mit diesen Ergänzungen wird somit keine besondere „Konzernpauliana“ geschaffen, sondern es werden die klassischen Anfechtungstypen auf das Konzernverhältnis zugeschnitten. Dabei handelt es sich jedoch nur um eine Beweiserleichterung und nicht um einen materiell-rechtlichen Eingriff.

VI. Behebung weiterer Mängel des Anfechtungsrechts

1. Paulianische Anfechtbarkeit von Handlungen, die während der Nachlassstundung vorgenommen wurden

Im geltenden Recht bewirkt die richterliche Genehmigung eines Rechtsgeschäftes, dass dieses zivil- und vollstreckungsrechtlich gültig ist (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Die paulianische Anfechtung nach Artikel 285 ff. SchKG bleibt dennoch möglich⁷⁵. Dies schafft für die Gegenpartei eine höchst unsichere Situation⁷⁶. Der Vorentwurf schlägt daher vor, diese für die Sanierungspraxis höchst hinderliche Rechtsunsicherheit zu beheben: Handlungen, die das zuständige Vollstreckungsorgan genehmigt hat, sollen künftig unanfechtbar sein (Art. 285 Abs. 3 VE-SchKG).

2. Verjährung oder Verwirkung der Anfechtung

Nach dem geltenden Artikel 292 SchKG «verwirkt» das Anfechtungsrecht nach Ablauf von zwei Jahren seit Eintritt des zutreffenden Insolvenztatbestandes (insb. Konkurseröffnung). Das ist nicht sachgerecht und beruht wohl auf einem gesetzgeberischen Versehen. Es muss richtigerweise eine (unterbrechbare) Verjährungsfrist sein. Artikel 292 SchKG wird entsprechend korrigiert.

3. Artikel 331 Absatz 2 SchKG

Der geltende Artikel 331 Absatz 2 SchKG gab in der Praxis Anlass zu Diskussionen⁷⁷. Es stellte sich die Frage, ob der Verweis auf «die Fristen» sich nur auf die Verdachtsfristen gemäss Artikel 286-288 SchKG bezieht oder damit auch die Verwirkungsfrist von Artikel 292 SchKG gemeint ist. Mit Artikel 331 Absatz 2 VE-SchKG wird dies klargestellt: Es können sachgerechterweise nur die Verdachtsfristen nach Artikel 286, 287 und 288 SchKG angesprochen sein.

⁷⁵ VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Fn. 15), Art. 298 N 27.

⁷⁶ LORANDI FRANCO, (Fn. 66), S. 1309.

⁷⁷ Vgl. für eine umfassende Darstellung der Rechtsprechung und Literatur: STAEHELIN DANIEL, Der Beginn der Verwirkungsfrist gemäss Artikel 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, AJP 2006, S. 1254 ff.