

Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren

Bericht und Vorentwurf der
Expertengruppe Nachlassverfahren

Bern, im Juni 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. Beides liegt hiermit vor; es wurde dem Bundesamt für Justiz im Juni 2008 abgeliefert.

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;

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., bes. 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 hat Empfehlungen zur Legiferierung im Insolvenzrecht verabschiedet (vgl. Legislative Guide on Insolvency Law, Stand: Draft vom 30.9.2003).

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 vom Internet heruntergeladen werden (www.bj.admin.ch).

- Prof. Dr. Henry Peter, Rechtsanwalt, Peter, Bernasconi & Partners, Lugano, Ordinarius an der Universität Genf;
- 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, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, Bratschi Wiederkehr Buob, Zürich/Bern/St.Gallen/Zug (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.

B. Die Ergebnisse der Phase 2 im Überblick

I. Grundsatz: Festhalten an den Beschlüssen der Phase 1

Grundsätzlich hält die Expertengruppe an ihren Erkenntnissen der Phase 1 fest; daher werden die entsprechenden Thesen hier nicht wiederholt⁵. Insbesondere bestätigt sie ihre Grundhaltung, wonach das schweizerische Insolvenzrecht auch unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung durchaus tauglich und praktikabel ist: Das schweizerische Insolvenzrecht bedarf somit keiner Generalüberholung.

Diese Erkenntnis schliesst – wie in der Phase 1 festgestellt – punktuellem 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 Für einen raschen Überblick s. Bericht Phase 1, S. 5–11.

⁶ Bericht Phase 1, S. 2-5.

⁷ Bericht Phase 1, S. 4, 46 ff.

⁸ Bericht Phase 1, S. 12, mit weiteren Hinweisen.

II. Abweichungen von der Phase 1

In einigen Punkten ist die Expertengruppe 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:

- Nicht mehr vorgesehen ist eine allgemeinen Insolvenz-Antragspflicht überschuldeter Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform. Die Expertengruppe gelangte zum Ergebnis, dass eine Ausdehnung der sog. „Überschuldungsanzeige“ (Art. 725 OR) auf Einzelunternehmen und Personengesellschaften praktisch kaum umsetzbar wäre. Auch das revidierte Rechnungslegungsrecht hat diese Idee am Ende nicht mehr weiterverfolgt.
- Aufgegeben wird 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 wird an einem ausserordentlichen Kündigungsrecht von Dauer-schuldverhältnissen im Konkurs durch die Konkursverwaltung bei gleichzeitig nur beschränkter Entschädigung der Gegenpartei (Art. 211a VE-SchKG; unten Besonderer Teil, B./I.).
- Nicht weiterverfolgt wird 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 das Sanierungsinteresse im Vordergrund. Trotzdem sind Gläubigerschutz und Gläubigergleichbehandlung auch im Sanierungsverfahren absolute Kernanliegen der Expertengruppe. Insbesondere müssen 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 ist 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.

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), BBl 2008 1589 ff., bes. 1692.

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.).

Dieser Aufbau soll der Übersichtlichkeit und Verständlichkeit dienen: Denn so wird vermieden, dass die Darstellung des Verfahrensablaufs durch längere Exkurse konnexer materieller Fragen unterbrochen wird.

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. Diese redaktionelle Bereinigung wird jedoch besser die Bundesverwaltung vornehmen.

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.

Doch schlägt die Expertengruppe vor, die Auslöser der Überschuldungsanzeige zu erweitern. Dies im Bestreben, den rechtzeitigen Gang zum Gericht sicherzustellen.

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; vgl. Anhang).

- Nach Vorentwurf ist der Richter zu benachrichtigen, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, das heisst, wenn die Gesellschaft überschuldet ist (Art. 725 Abs. 3 Bst. a, 817 Abs. 1, 903 Abs. 2 Bst. a VE-OR). Das entspricht dem geltenden Recht. Neu kann der Richter aber auch benachrichtigt werden, wenn die Revisionsstelle die Zwischenbilanz noch nicht geprüft hat.
- Ob eine Überschuldung besteht, ergibt sich aus dem Bilanztest. Es kann jedoch durchaus vorkommen, dass die Forderungen gemäss Bilanz zwar gedeckt sind, das Unternehmen dennoch mit Liquiditätsproblemen konfrontiert ist und seinen Verpflichtungen daher nicht mehr nachkommen kann. Sofern die Befriedigung der Gläubiger auf längere Zeit nicht gewährleistet ist, sind deren Interessen zumindest genauso tangiert, wie wenn die Bilanz eine Überschuldung aufzeigt. Um den der Insolvenzantragspflicht inhärenten Gedanken des Gläubigerschutzes zu Ende zu denken und umzusetzen, sehen die Experten daher ein alternatives Kriterium vor. Danach ist der Richter ebenfalls zu benachrichtigen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig ist (Art. 725 Abs. 3 Bst. b, 817 Abs. 1 und 903 Abs. 2 Bst. b VE-OR)¹³. Das Moment der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Zahlungsfähigkeit ist im SchKG nicht unbekannt (z.B. Art. 174 Abs. 2 und 191 SchKG). Es fällt jedoch nicht jede Zahlungsschwierigkeit darunter. Vielmehr besteht die Benachrichtigungspflicht nur dann, wenn die Liquiditätsprobleme nicht in absehbarer und angemessener Zeit behoben werden können. Wann dies im Einzelfall vorliegt, hat die Geschäftsleitung unter Berücksichtigung der Umstände, insbesondere der bestehenden und voraussichtlich zukünftigen Gläubiger sowie der bevorstehenden Geschäfte, zu beurteilen.

Die Benachrichtigungspflicht wird somit um einen neuen Auslösungsgrund (Zahlungsunfähigkeit) ergänzt. Dennoch soll das betroffene Unternehmen auch in Zukunft nicht in ein Insolvenzverfahren gedrängt werden. Daher sieht der Vorentwurf gesetzliche Ausnahmen von der Benachrichtigungspflicht vor:

- Sie kann unterbleiben, sofern Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle andern Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (sog. Rangrücktritt; Art. 725 Abs. 4 Bst. a VE-OR). Dies entspricht dem geltenden Recht.
- Sodann kann von einer Benachrichtigung abgesehen werden, wenn konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung oder die Zahlungsunfähigkeit innert Frist behoben werden kann (Art. 725 Abs. 4 Bst. b und 903 Abs. 2^{bis} VE-OR). Damit übernimmt der Entwurf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welcher jedoch bisher eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt¹⁴.

Die Gläubiger dürfen durch den Sanierungsversuch nicht schlechter gestellt werden, als wenn das Gericht sofort benachrichtigt würde. Insbesondere dürfen die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine weitere Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet werden. Die Geschäftsleitung muss sich effektiv darum bemühen, die Situation zu verbessern. Sie muss konkrete Massnahmen ergreifen, die objektiv geeignet sind, das Unternehmen nachhaltig zu sanieren¹⁵.

Die zulässige Zeitspanne des Zuwartens wird zu Gunsten der Rechtssicherheit auf zwei Monate begrenzt. Wird mit der Bilanzdeponierung zugewartet, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind, begründet dies die Verantwortlichkeit der entsprechenden Organe.

Da der Konkursaufschub als eigenständiges Verfahren aufzuheben ist (oben I./1.), kann der Insolvenzantrag nur noch zum Konkurs oder zum Nachlassverfahren führen. 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

¹³ Vgl. auch Art. 729b Abs. 2 und 731a Abs. 2 VE-OR (im Anhang).

¹⁴ Vgl. Bericht Phase 1, S. 13, mit weiteren Hinweisen.

¹⁵ Vgl. BGE 116 II 541.

schliessen, sollte die Hoffnung auf die Sanierung gestärkt werden¹⁶. 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 an (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 spielen (vgl. Art. 247 Bst. a ZPO), ist die Begründungspflicht nicht mehr ausdrücklich im SchKG anzuführen. Sie 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.)

¹⁶ Vgl. Bericht Phase 1, S. 17 f.

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)¹⁷. 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 Konkurserkennnisses genügt es, wenn Anhaltspunkte vorhanden sind, die auf die Möglichkeit des Abschlusses eines Nachlassvertrages hindeuten¹⁸.

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

¹⁷ 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. Auflage 1997/2001, Art. 293 N 39 f.

¹⁸ Vgl. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (FN 17), Art. 293 N 18 f.

sche Stundung ist auch dem Vorentwurf mit vermögenserhaltenden Massnahmen zu verbinden¹⁹.

Der Nachlassrichter trifft seine Entscheidung 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 müssen²⁰. 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 Folgen 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)²¹.

Wird die provisorische Stundung öffentlich bekannt gemacht, entfaltet sie die gleichen Wirkungen wie die definitive Stundung (Art. 293c Abs. 1 VE-SchKG)²². 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 fort-

¹⁹ Vgl. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (FN 17), Art. 293 N 30 f.

²⁰ Damit übernimmt der Vorentwurf die Regelung von Art. 725a Abs. 3 OR.

²¹ Art. 72 Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX.

²² Vgl. unten Besonderer Teil, A./III./2.2.

gesetzt werden kann. Befindet sich die Betreuung bereits im Stadium der Fortsetzung, kann der Schuldner dem Betreibungsamt von der provisorischen Stundung Kenntnis geben. Sodann erlischt die Abtretung künftiger Forderungen nur und erst dann, 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 Konkurs²³. 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 erforderlich²⁴.

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).

²³ So auch das geltende Recht: VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (FN 17), Art. 295 N 1.

²⁴ Vgl. auch Art. 296b VE-SchKG, unten Besonderer Teil, A./III./2.5.

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)²⁵.

Eröffnet das Nachlassgericht den Konkurs, weil keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht, richtet sich die Beschwerde nach Artikel 174 VE-SchKG²⁶.

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 Bekanntmachung²⁷. Der Vorentwurf sieht diesbezüglich eine Vereinfachung vor: Danach ist für sämtliche Wirkungen der Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung massgebend²⁸. 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).

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

Die Expertengruppe hat in der Phase 1 beschlossen, dass die Wirkungen der Nachlassstundung auf die Gläubigerrechte zu Gunsten der Sanierungschancen denjenigen des Konkurses anzunähern sind²⁹:

- Während der Stundung kann eine Betreibung 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 Betrei-

²⁵ Vgl. demgegenüber Art. 323 Abs. 2 ZPO.

²⁶ Vgl. dazu auch unten Besonderer Teil, A./III./2.5.

²⁷ Vgl. VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (FN 17), Art. 297 N 3 und Art. 298 N 13.

²⁸ So auch für die Verrechnungsverbote (Art. 297 Abs. 7 VE-SchKG).

²⁹ Vgl. Bericht Phase 1, S. 25 und 26 f.

bung zu gewähren ist. Demgegenüber wird an der Betreibung auf Grundpfandverwertung festgehalten. Für bereits gepfändete Vermögensstücke gilt Artikel 199 Absatz 2 SchKG sinngemäss (Art. 297 Abs. 1^{bis} VE-SchKG).

- Soweit Betreibungshandlungen 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 Retentionsbetreibung 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)³⁰, 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 mehr³¹.

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 bekom-

³⁰ Vgl. dazu unten Besonderer Teil, A./III./2.3 a).

³¹ Vgl. unten Besonderer Teil, A./III./2.5.

men. Die Mitwirkungsrechte der Gläubiger werden daher verstärkt, namentlich zum Schutz vor vorschnellen Liquidationshandlungen³²:

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 Anleihensgläubiger. 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 zwölf 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 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).

³² Vgl. Bericht Phase 1, S. 25 und 27 ff.

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 deklarative 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 Konkursöffnung 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 Konkursöffnung 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 Konkursöffnung 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 Konkursöffnung 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 Konkursöffnung kann nach Artikel 174 VE-SchKG angefochten werden. Diese Bestimmung erfährt insofern eine Anpassung, als 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 Ver-

mögensabtretung 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 erheblich³³. 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; doch werden die Privilegien ganz wesentlich gestraft (dazu unten Besonderer Teil, B./III./2.).

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 sein³⁴. 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 Fusionsgesetz³⁵.

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 immer 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).

³³ Vgl. Bericht Phase 1, S. 26 und 29.

³⁴ Vgl. Bericht Phase 1, S. 26 und 30.

³⁵ Art. 2 Bst. g des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (FusG; SR 221.301).

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 ein³⁶. 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 entfaltet³⁷.
- 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 befriedigt³⁸.

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

³⁶ Vgl. auch oben Besonderer Teil, A./IV./1.2.

³⁷ Vgl. oben Besonderer Teil, A./III./2.2 a).

³⁸ Vgl. zur selben Regelung für mit Zustimmung des Sachwalters eingegangene Verbindlichkeiten: HANS ULRICH HARDMEIER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (FN 17), Art. 310 N 19.

Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung endet. Dieser sieht vor, dass die Gläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen Aktien der Tochtergesellschaft erhalten³⁹.

Zu Gunsten der Rechtssicherheit sieht der Vorentwurf nun ausdrücklich vor, dass der Nachlassvertrag die Befriedigung der Gläubiger mittels Anteils- und Mitgliedschaftsrechten⁴⁰ 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 schuldnerrische 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 Anteilhaber 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 Versilberung 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 dem Anliegen aus der Praxis nach⁴¹.

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 Ausnahmen vorbehalten⁴². Besondere vollstreckungsrechtliche Regeln, die eine Vertragsauflösung von Gesetzes wegen vorsehen, bestehen hingegen keine⁴³.

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.).

³⁹ Vgl. Bericht Phase 1, S. 26 und 29.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Vgl. A. WINKELMANN/L. LÉVY/V. JEANNERET/O. MERKT/F. BIRCHLER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/ STAEHELIN DANIEL (FN 17), Art. 332 N 6.

⁴² 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).

⁴³ LORANDI FRANCO, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, AJP 2004, S. 1211.

2. Vorschläge der Expertengruppe

2.1 Phase 1

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.

2.2 Phase 2

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. 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).

a) 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“):

- 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 Dauer-

schuldverhältnis 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 überlassen.

b) Schicksal der Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung

Eine grundlegende Neuerung wird jedoch für die Behandlung der Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung vorgeschlagen. Hier hält die Expertengruppe 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 jedoch voll zu entschädigen. Die Entschädigung gilt dabei als blosser Nachlassforderung, so dass sie dividendenmässig befriedigt werden kann. Diese neue Möglichkeit wird eine Sanierung daher ganz erheblich erleichtern.

Die Ausübung des Kündigungsrechts kann jedoch nicht durch den Schuldner allein erfolgen. Um Missbräuche zu verhindern, bedarf es der Zustimmung des Sachwalters. Doch ginge es zu weit, dafür die Zustimmung des Nachlassrichters zu verlangen. Das würde die Kündigung zu sehr erschweren und bürokratisieren. Ferner wurde auf materielle Voraussetzungen dieser ausserordentlichen Kündigung (z.B. Erfüllen des Sanierungszwecks) bewusst verzichtet. Denn auch damit würde nur die Gefahr langwieriger gerichtlicher Auseinandersetzungen geschaffen.

Die Expertengruppe ist sich bewusst, dass dieses ausserordentliche Kündigungsrecht in das materielle Recht eingreift. Mit Blick auf eine wünschbare Steigerung der Sanierungschancen erachtet sie es jedoch als unverzichtbar. Dass das materielle Recht im Insolvenzfall vom Vollstreckungsrecht überlagert wird, ist zudem nichts Ungewöhnliches.

c) 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.

d) Versicherungsvertrag (Art. 55 VVG)

In der Praxis hat sich gezeigt, dass die automatische Auflösung der Versicherungsverträge durch Konkurseröffnung (eingeführt durch eine Revision des Versicherungsvertragsgeset-

zes⁴⁴) nicht sachgerecht ist. Die Expertengruppe schlägt daher die Aufhebung von Artikel 55 VVG vor. Damit würde auch für Versicherungsverträge das ordentliche Regime der Dauerschuldverhältnisse gelten.

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 nicht⁴⁵. Auch ist eine vertragliche Beschränkung auf die Übernahme einzelner Arbeitsverhältnisse nicht zulässig.

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 nicht⁴⁶. 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 kommt⁴⁷. Im Übrigen aber blieb die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 333 OR offen⁴⁸.

⁴⁴ Änderung vom 17.12.2004, in Kraft seit 1.1.2006 (BBI 2003 3789).

⁴⁵ Der Arbeitnehmer hat nach Art. 333 Abs. 1 OR jedoch das Recht, den Übergang abzulehnen.

⁴⁶ Gegen die Anwendung sind: CAMPONOVÒ 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 17), 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", Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1998, 926 ff.

⁴⁷ BGE 129 III 335, E.5.8.

⁴⁸ 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) N 71.

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 kann⁴⁹.

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

Die Expertengruppe 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 wieweit 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 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 entzogen⁵⁰. Gemäss herrschender Lehre und der Rechtsprechung fällt unter den Begriff der „gerichtlichen Entscheidung“ auch die Konkurseröffnung⁵¹.

⁴⁹ 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).

⁵⁰ Vgl. PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, Zürich/St.Gallen 2007, S. 206 f.

⁵¹ MEIER ISAAK/EXNER CHRISTIAN, Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, ARV 2004, S. 214 m.w.H; PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ (FN 50), S. 206 f.

3.2 Vorschlag der Expertengruppe

Die Expertengruppe schlägt 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 hinausgehen⁵². Dies wird hier klargestellt (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 sind⁵³. 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:

- die Konkursprivilegien,
- das mietrechtliche Retentionsrecht,
- die Globalzession.

2. Konkursprivilegien

2.1 Ausgangslage

Konkursprivilegien widersprechen als Durchbrechung der Gleichbehandlung aller Gläubiger ganz grundsätzlich dem Wesen des Konkurses⁵⁴. Ein Privileg lässt sich – unter Gesamtbeachtung der gesellschaftlichen und ökonomischen Strukturen – nur aus sozialen Gründen rechtfertigen (soziales Insolvenzrecht). Ursprünglich sollten denn auch nur Gläubiger privilegiert werden, die zum Schuldner in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis stehen und auf volle Befriedigung existentiell angewiesen sind⁵⁵. Diesem Ausgangspunkt entsprechend wurde mit der auf den 1. Januar 1997 in Kraft getretenen grossen Teilrevision des SchKG die Privilegienordnung erheblich gestrafft. Aber bereits drei Jahre später wurde ein Teil der gestrichenen Privilegien (Sozialversicherungen) wieder eingeführt⁵⁶.

Privilegien diskriminieren jedoch nicht nur die sog. Kurrentgläubiger (Gläubiger der dritten Klasse). Sie haben auch zur Folge, dass Sanierungen erheblich erschwert werden können. Denn die Durchführung eines Nachlassverfahrens ist gemäss Artikel 306 Absatz 2 SchKG nur dann möglich, wenn eine vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger sichergestellt ist. Als Alternative bleibt einzig der Konkurs.

⁵² BGE 130 III 102, E.3.1.; 123 III 176, E.3.a.

⁵³ BGE 130 III 102, E.3.1.

⁵⁴ AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 42 N 57.

⁵⁵ Absicht der SchKG-Revision von 1994, vgl. Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 (BBl 1991 III 127 ff.).

⁵⁶ Änderung vom 24. März 2000, AS 2000 2531.

Die Expertengruppe möchte daher zum (sozialen) Ursprung der Konkursprivilegien zurückkehren. Dabei ist sie sich der politischen Brisanz dieses Postulats absolut bewusst⁵⁷. Sie befürwortet einen solchen Schritt aber dennoch. Erstens, weil die damit verbundenen Vorschläge keineswegs neu sind, sondern bereits in der genannten SchKG-Teilrevision ein absolutes Kernanliegen waren. Zweitens - und vor allem -, weil eine substantielle Straffung der Privilegien für ein wirksames Sanierungsrecht unabdingbar ist.

2.2 Das Arbeitnehmerprivileg (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. a und a^{bis} VE-SchKG)⁵⁸

Das Arbeitnehmerprivileg ist das klassische soziale Privileg schlechthin. Sein Grundgedanke ist der Schutz des wirtschaftlich abhängigen und erst noch vorleistungspflichtigen Arbeitnehmers. Vor diesem Hintergrund ist das Privileg ohne Zweifel gerechtfertigt, zumal eine Abschaffung auf den Sozialstaat (Insolvenzentschädigung nach AVIG) und schliesslich auf den Steuerzahler zurückfallen würde. Dies gilt es auch in Zukunft zu vermeiden. Das Privileg kann jedoch durchaus enger gefasst werden, ohne dass es in Gefahr gerät, seinen sozialen Charakter zu verlieren. Deshalb sieht der vorgeschlagene Artikel 219 Absatz 4 Buchstabe a VE-SchKG nebst der bisherigen zeitlichen Begrenzung neu auch eine betragsmässige Begrenzung vor.

Zwar gesteht das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung das Privileg nur jenen Arbeitnehmenden zu, die in einem tatsächlichen Subordinationsverhältnis stehen. Arbeitnehmer, die weitgehend unabhängig und selbstständig sind oder in einem deutlichen Überordnungsverhältnis stehen, wie Direktoren oder Geschäftsleitungsmitglieder, fallen somit nicht darunter⁵⁹. Es ist aber möglich, dass subordinierte Arbeitnehmende exorbitante Löhne beziehen (z.B. Fussballstars). Deren Lohn geht wesentlich über den nötigen Bedarf hinaus, wird aber im Konkurs trotzdem voll privilegiert. Hier ist ein ausgeglicheneres System zu schaffen.

Artikel 219 Absatz 4 Erste Klasse Buchstabe a VE-SchKG sieht deshalb eine betragsmässige Höchstgrenze des Arbeitnehmerprivilegs vor. Der Höchstbetrag wird auf 100'000 Franken brutto pro Arbeitnehmer festgesetzt. Dem Bundesrat wird die Kompetenz eingeräumt, den Betrag der Geldentwertung anzupassen - analog zum Bankengesetz⁶⁰. Das Subordinationsverhältnis wird selbstverständlich weiterhin vorausgesetzt. Höchstgrenzen sind bis zu einem gewissen Grade immer willkürlich. Doch ist zu betonen, dass die Arbeitnehmenden darüber hinausgehende Ansprüche nicht verlieren, sondern - wie die übrigen Gläubiger - in der dritten Klasse geltend machen können.

Vom Privileg erfasst sind wie bisher jene Arbeitnehmerforderungen, die nicht früher als 6 Monate vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind. Dazu treten die Forderungen aufgrund vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses; diese Forderungen (z.B. der Kündigungslohn) sind im neuen Höchstbetrag somit ebenfalls enthalten.

Gesondert aufgeführt werden die Kautionsrückforderungen von Arbeitnehmern (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. a^{bis} VE-SchKG). Kautionen, die der Arbeitnehmer geleistet hat, werden

⁵⁷ Vgl. dazu folgende Materialien: Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 (BBI 1991 III 1, 130 ff.); Bericht der Expertengruppe für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative "Konkursprivileg und Sozialversicherungen" (99.420; BBI 1999 VIII 9126 ff.) sowie die Stellungnahme des Bundesrates (BBI 1999 VIII 9547 ff.).

⁵⁸ Vgl. auch die parlamentarische Initiative Zanetti, eingereicht am 21. Juni 2002 (02.440): "Begrenzung des Konkursprivilegs für Arbeitnehmerforderungen"; die in der ersten Klasse privilegierten Forderungen sollen auf den doppelten Höchstbetrag des versicherten Verdienstes gemäss UVG begrenzt werden. Vgl. auch MÜLLER ROLAND, Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, in: SJZ 2004, S. 553 ff., 561 f.

⁵⁹ BGE 118 III 46, E. 2a.

⁶⁰ Vgl. Art. 37c des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG; SR 952.0).

somit nicht in den Höchstbetrag eingerechnet. Das wäre unbillig, denn es handelt sich dabei um Mittel, die dem Arbeitnehmer „gehören“.

2.3 Das Privileg der Versicherten aus nicht obligatorischer beruflicher Vorsorge (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. b Ziff. 2 VE-SchKG)

Im geltenden Recht behandelt das SchKG sämtliche Ansprüche der Versicherten aus der nicht obligatorischen beruflichen Vorsorge als Erstklassforderungen. Dabei wird nicht berücksichtigt, ob die jeweiligen Ansprüche zusätzlich durch den Sicherheitsfonds gemäss Artikel 56 BVG^{61 62} geschützt sind. Dies führt zu Doppelspurigkeiten. Denn nur dort, wo keine Garantie des Sicherheitsfonds besteht, besteht effektiv noch Bedarf nach einem Konkursprivileg. Dies stellt der Vorentwurf klar.

2.4 Das Privileg der Personalvorsorgeeinrichtungen (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse Bst. b^{bis} VE-SchKG)

Nach geltendem Recht sind die Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen gegenüber angeschlossenen Arbeitgebern in der ersten Klasse vollumfänglich privilegiert⁶³. Dieses „Pensionskassenprivileg“ ist eine Art Fortsetzung des Arbeitnehmerprivilegs: Indirekt sichert es die berufliche Vorsorge des Arbeitnehmers.

Der Vorentwurf beschränkt das Privileg ausdrücklich auf die Beitragsforderungen gemäss Artikel 66 Absatz 2 BVG. Dieser Vorschlag ist nicht neu: Er entspricht der Regelung, die der Bundesrat in seiner Botschaft zur grossen SchKG-Revision zur Diskussion gestellt hat⁶⁴. Andere Forderungen einer Pensionskasse – wie etwa wie Schadenersatzforderungen oder Forderungen aus Darlehen – sollen somit nicht mehr darunter fallen. Das Pensionskassenprivileg soll somit – wenn auch beschränkt – beibehalten werden, dies im Unterschied zu den Privilegien der übrigen Sozialversicherungen (s. sogleich). Eine Verschiebung in die zweite Klasse wäre nicht zweckmässig.

2.5 Die Privilegien der Alters- und Hinterlassenenversicherung, der Invalidenversicherung, der Unfallversicherung, der Erwerbssersatzordnung, Arbeitslosenversicherung, der sozialen Krankenversicherung und der Familienausgleichskassen (Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse Bst. b, c und d VE-SchKG)

In der zweiten Klasse privilegiert das geltende Recht neben dem Kindesvermögen auch die genannten Sozialversicherungen und Familienausgleichskassen. Das Privileg des Kindesvermögens ist unbestritten. Auch die Privilegien der Sozialversicherungen mögen sozialpolitisch begründbar sein. Im Grunde genommen jedoch sind sie – anders als das Pensionskassenprivileg - verdeckte Fiskalprivilegien.

Fiskalprivilegien – ob direkt oder indirekt – widersprechen einem modernen Insolvenzrecht. Zum einen schmälern sie die Sanierungschancen beträchtlich; zum andern „schädigen“ sie die Drittklassgläubiger (Zulieferfirmen, Kunden): Für diese bleibt dann oft gar nichts mehr übrig. Kettenkonkurse können die Folge sein. Die Expertengruppe tritt daher für die Abschaffung jeder Art Privilegierung der öffentlichen Hand ein – durchaus im Wissen, dass dieser Vorschlag politisch höchst umstritten sein wird. Der Vorwurf einer „Gefährdung der Sozialwerke“ wird nicht auf sich warten lassen. Dennoch: Wenn die Sanierungschance für Unternehmen effektiv gesteigert werden soll, so kann dieser Diskussion nicht ausgewichen werden.

⁶¹ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40).

⁶² BGE 2A.409/2000, E.3.c.

⁶³ BGE 129 III 468, E.3.5.

⁶⁴ Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 (BBl 1991 III 129 f.).

2.6 Die gesetzlichen Sonderpfandrechte des Staates

Der öffentlichen Hand kommen auch andere (direkte) Privilegien zu, die ausserhalb des SchKG normiert sind. Namentlich zu erwähnen sind das Biersteuerpfandrecht⁶⁵ und das Zollpfandrecht⁶⁶.

Das Biersteuerpfandrecht dient dazu, die Einbringlichkeit der Steuerforderungen zu sichern. Es entsteht zugleich mit der Steuerforderung, die es zu sichern hat, und geht allen übrigen dinglichen Rechten an der Sache vor⁶⁷.

Im gleichen Sinne wird das Zollpfandrecht gehandhabt. Es geht auch allen übrigen dinglichen Rechten an der Sache vor. Es wirkt demnach auch auf die privatrechtlichen Verhältnisse an der Zollsache⁶⁸. Inwiefern diese Sonderpfandrechte des Bundes nach wie vor gerechtfertigt sind, wird ebenfalls zu diskutieren sein.

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 zu⁶⁹. 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 streichen⁷⁰, nicht zuletzt mit dem Argument, dass diese atypische⁷¹ Regelung zu einer stossenden Privilegierung des Vermieters gegenüber den anderen Gläubigern führt.

3.2 Vorschlag der Expertengruppe

Die Expertengruppe Nachlassverfahren schlägt 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 VESchKG: „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 Dritter⁷² vom Retentionsrecht betroffen sein, wenn der Vermieter das Recht des Dritten weder kannte noch kennen musste. Diese fragwürdige Bestimmung

⁶⁵ Vgl. Art. 26 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2006 über die Biersteuer (Biersteuergesetz, BStG; SR 641.411).

⁶⁶ Vgl. Art. 82 des Zollgesetzes vom 18. März 2005 (ZG; SR 631).

⁶⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Biersteuer vom 7. September 2005 (BBI 2005 5682 f.).

⁶⁸ Vgl. Botschaft über ein neues Zollgesetz vom 15. Dezember 2003 (BBI 2004 650 f.).

⁶⁹ Mögliche Retentionsgegenstände: Maschinen, Warenvorräte, Heizöl im Tank, Gemälde einer Galerie sowie (Geschäfts-)Autos in der Garage oder auf dem Parkplatz.

⁷⁰ Vgl. Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985 (BBI 1985 1457).

⁷¹ 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 17), Art. 283 N 8 m.w.H.

⁷² Z.B. Einrichtungsgegenstände unter Eigentumsvorbehalt.

wird aufgehoben. Denn sie bewirkt eine unbegründete Bevorzugung des Retentionsgläubigers gegenüber dem Dritteigentümer (Art. 712k Abs. 2 VE-ZGB)⁷³.

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 Hauptforderungen⁷⁴. Die Minderheitsmeinung geht noch weiter und subsumiert darunter die Abtretung sämtlicher Forderungen gegenüber Drittschuldnern - d.h. nicht nur solcher aus dem Geschäftsbetrieb⁷⁵. 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 werden⁷⁶.

Die Frage, welchen Bestimmtheitsgrad zedierte künftige Sicherungsforderungen aufweisen müssen, damit sie auf den Sicherungszessionar übergehen können, wird kontrovers beantwortet. Gemäss Rechtsprechung⁷⁷ und herrschender Lehre⁷⁸ 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 Minderheitsmeinung⁷⁹ 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.

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 entstehen⁸⁰. 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 eingebracht wurde oder nicht. Dies ist Folge der Vollrechtstheorie⁸¹ und des Artikels 197 SchKG.

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

⁷³ GASSER DOMINIK, *Betreibung für Miet- und Pachtzinsforderungen*, BISchK 1999, S. 87 m.w.H.

⁷⁴ REETZ PETER, *Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme*, Zürich 2006, S. 244 m.w.H.

⁷⁵ REETZ PETER (FN 74), S. 245.

⁷⁶ Vgl. für eine detaillierte Abhandlung der Problematik: REETZ PETER (FN 74), S. 247 ff.

⁷⁷ BGE 113 II 163 ff.

⁷⁸ REETZ PETER (FN 74), S. 254 m.w.H.

⁷⁹ Vgl. BUCHER EUGEN, *Zur Gültigkeit von Globalzessionen*, in: *Recht* 1989, S. 12 ff.; WIEGAND WOLFGANG, *Fiduziarische Sicherungsgeschäfte*, in *ZBJV* 1980, 561 ff.

⁸⁰ BGE 111 III 73, 115 III 67; 130 III 248, 255; Daniel Staehelin, *bedingte Verfügungen*, Zürich 1993, S. 99 ff.

⁸¹ Danach erhält der Sicherungszessionar die Sicherungsforderung vom Sicherungszedenten zu vollem Recht übertragen und ist diesem gegenüber in dessen Ausübung lediglich obligatorisch beschränkt.

4.3 Globalzession in der Nachlassstundung

Die Situation eines Schuldners in Nachlassstundung lässt sich im Grunde kaum mit derjenigen eines Konkursiten vergleichen. So kann der Nachlassschuldner seine Geschäfte weiterführen (Grundsatz der Eigenverwaltung); er steht nur unter Aufsicht und nicht unter umfassender Zwangsverwaltung wie im Konkurs. Regelmässig entstehen während der Nachlassstundung somit neue Forderungen als Aktiven des Schuldners.

Andererseits bestimmt Artikel 298 Absatz 2 SchKG, dass während der Stundung ohne Ermächtigung des Nachlassrichters nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden können. Von dieser Bestimmung werden *per analogiam* auch die Globalzessionen als Sicherungsgeschäfte erfasst⁸². Somit befindet sich der Schuldner im Ergebnis in einer ähnlichen Situation der Dispositionsunfähigkeit wie ein Konkursit gemäss Artikel 204 SchKG⁸³, auch hier gilt es den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu beachten. Abgetretene zukünftige Forderungen, die während der Nachlassstundung entstehen, verbleiben demnach beim Sicherungszedenten, sofern der Nachlassrichter die Zession nicht genehmigt⁸⁴.

Die Expertengruppe schlägt 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: Die Abtretung künftiger Forderungen soll mit der Bewilligung der Nachlassstundung erlöschen. Dieses Erlöschen kann sogar schon mit der Bewilligung der provisorischen Stundung erfolgen, 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). Der Terminus „erlöschen“ hat somit materiellrechtliche Konsequenzen: Die Globalzession geht zivilrechtlich unter.

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).

5. Die Kausalhaftung gemäss Artikel 52 AHVG

Im Zusammenhang mit der Abschaffung des Privilegs der Alters- und Hinterlassenversicherung⁸⁵ ist auch Artikel 52 AHVG⁸⁶ aufzuheben. Diese Norm besagt, dass ein Arbeitgeber, welcher durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zufügt, diesen zu ersetzen hat. Die Rechtsprechung entwickelte diese Haftung zu einer Kausalhaftung der Organe des Arbeitgebers (d.h. einer Verschuldens unabhängigen Haftung, bei welcher die betroffene Person nachweisen musste, ohne Verschulden gehandelt zu haben). Dies ist singulär und sonst nirgends im Sozialversicherungsrecht vorgesehen. Es führt auch zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der Versicherung gegenüber den übrigen Gläubigern. Die vorgeschlagene Aufhebung dieser Norm führt zu einer Vereinheitlichung innerhalb des Sozialversicherungsrechts und zur Verstärkung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung.

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 ge-

⁸² LORANDI FRANCO, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, in AJP 2005, S. 1309 m.w.H.

⁸³ LORANDI FRANCO (FN 82), S. 1310.

⁸⁴ LORANDI FRANCO (FN 82), S. 1310.

⁸⁵ Vgl. oben Besonderer Teil, B./III./2.5.

⁸⁶ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenversicherung (AHVG; SR 831.10).

währen, 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 wurde⁸⁷, 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 verzichtet auf einen 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 wird⁸⁸, 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 verankert, 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).

⁸⁷ Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001 (BBI 2002 3158).

⁸⁸ Oben Allgemeiner Teil, B./I.

3. Materielle Konsolidation?

In der Phase 1 hat die Expertengruppe Fallgruppen diskutiert, die ausnahmsweise eine materielle Konsolidation erlauben sollten⁸⁹. 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 hätten.

4. Subordination konzerninterner Forderungen?

Auch hier verzichtet die Expertengruppe auf einen Vorschlag. Vielmehr soll wie bisher die Praxis darüber entscheiden. Die Subordination muss jedoch die absolute Ausnahme sein, denn sonst kann dies zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung der Anleihergläubiger (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 auf⁹⁰.

Immerhin wird in der Praxis die Erkennbarkeit der schädigenden Handlung bei nahen verwandtschaftlichen oder sonstigen engen Verbindungen der Beteiligten faktisch vermutet⁹¹. 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.

Die Expertengruppe schlägt deshalb vor, die Beweislast des Anfechtungsklägers in zweifacher Hinsicht zu erleichtern:

- Schenkungspauliana (Art. 286 VE-SchKG): Wenn die begünstigte Person dem Schuldner nahe steht⁹², 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);
- 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.

⁸⁹ Vgl. zur Frage der Konsolidation den Bericht Phase 1, S. 48 ff.

⁹⁰ AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN (FN 54), § 52 N 25.

⁹¹ STAEHELIN ADRIAN, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (FN 17), Art. 288 N 20.

⁹² 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 aus damaliger Sicht 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).

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 möglich⁹³. Dies schafft für die Gegenpartei eine höchst unsichere Situation⁹⁴. Die Expertengruppe 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 Diskussionen⁹⁵. 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.

⁹³ VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (FN 17), Art. 298 N 27.

⁹⁴ LORANDI FRANCO, (FN 82), S. 1309.

⁹⁵ 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.

Ort / Datum:

Unterschrift:

.....

.....

Bölli Stephan

.....

.....

Gasser Dominik

.....

.....

Hunkeler Daniel

.....

.....

Lorandi Franco

.....

.....

Meier Isaak

.....

.....

Peter Henry

.....

.....

Staehein Daniel

.....

.....

Wüthrich Karl