

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 153

**Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V**

Herausgeber: Thomas Sprecher, Brigitte Umbach-Spahn, Dominik Vock

---

Sanierung mittels Konkurs-  
aufschub oder Nachlass-  
stundung – Alte und neue  
Handlungsoptionen

---

Franco Lorandi

Schulthess §





# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

---

Herausgeber:

Thomas Sprecher, Brigitte Umbach-Spahn, Dominik Vock

## Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V

Das neue Schweizer Sanierungsrecht

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

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

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014  
ISBN 978-3-7255-7060-7

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsübersicht

<b>Das neue Sanierungsrecht – Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte</b>	7
<i>Dr. iur. David Rüetschi, MJur (Oxon), Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz, Bern</i>	
<b>Sanierung mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung – Alte und neue Handlungsoptionen</b>	29
<i>Prof. Dr. iur. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich</i>	
<b>Anfechtungsklage nach revidiertem Recht – Unter besonderer Berücksichtigung von Konzernverhältnissen</b>	53
<i>Prof. Dr. iur. Isaak Meier, Rechtsanwalt, Rechtskonsulent bei Peyer Partner Rechtsanwälte, Ordinarius für Zivilprozessrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Privatrecht sowie Mediation an der Universität Zürich, und lic. iur. David Siegwart, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich</i>	
<b>Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz</b>	105
<i>Prof. Dr. iur. Daniel Staehelin, Advokat und Notar, Partner bei Kellerhals Rechtsanwälte, Basel</i>	
<b>Sozialplanpflicht und Arbeitnehmerrechte</b>	121
<i>Daniel Vischer, Rechtsanwalt, Nationalrat, Zürich</i>	



# Sanierung mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung – Alte und neue Handlungsoptionen

Franco Lorandi

## Inhalt

I.	Einleitung.....	30
II.	Verfahrensrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten des Schuldners.....	32
	1. Vorbemerkung: Flexibilität und Rechtssicherheit.....	32
	2. Einstiegshürde für das Verfahren.....	33
	3. Publikation.....	35
	4. Kontrolle des Schuldners über die Geschäftsführung.....	36
	5. Schutz des Schuldners vor Vollstreckungshandlungen der Gläubiger.....	37
	6. Stopp von generellen Debitorenzessionen.....	38
	7. Rechtssicherheit bei Rechtsgeschäften während des Verfahrens.....	40
	8. Umwandlung von Realforderungen.....	42
	9. Eingriff in Dauerschuldverhältnisse.....	43
	10. Flexibilität bei arbeitsrechtlichen Fragestellungen.....	45
	a) Bestimmungen über Massenentlassungen (ausserhalb von Sozialplänen).....	45
	b) Sozialplanpflicht.....	46
	c) Betriebsübertragungen (Art. 333 OR).....	48
III.	Fazit.....	50

## I. Einleitung

Die Sanierung eines wirtschaftlich angeschlagenen Schuldners (meist einer Unternehmung) ist ein schwieriges Unterfangen. Es spielen betriebswirtschaftliche, marktwirtschaftliche, rechtliche und psychologische Aspekte mit hinein<sup>1</sup>.

Das schweizerische Recht kannte bisher zwei förmliche Insolvenzverfahren: den Konkursaufschub und die Nachlassstundung. Sie dienen beide demselben Zweck: Es soll eine Sanierung ermöglicht werden<sup>2</sup>.

Der Bundesrat folgte mit seinem Entwurf zur Revision des Sanierungsrechts dem Vorschlag der Expertenkommission, wonach der Konkursaufschub aufgehoben und dessen Vorteile in das Nachlassvertragsrecht integriert werden sollten<sup>3</sup>. Die Eidgenössischen Räte entschieden jedoch, den Konkursaufschub beizubehalten, so dass Art. 725a OR nicht aufgehoben wurde<sup>4</sup>. Der

---

<sup>1</sup> LORANDI FRANCO, *Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht*, BISchK 2011, 95 ff. (zit. Sanierungsrecht), 98; MABILLARD RAMON, *Konkursaufschub: Provisorische Nachlassstundung ohne Sachwalter?*, ZZZ 2008/09, 363 ff., 364; MALACRIDA RALPH, *Neuer Wind im Restrukturierungsrecht, Kurswechsel im Gläubigerschutz?*, GesKR 2007, 236 ff., 238.

<sup>2</sup> Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?, Thesen und Vorschläge aus Sicht der Unternehmenssanierung, Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern 2005 (zit. Expertenbericht I), 14; LORANDI FRANCO, *Die Wirkungen des Konkursaufschubs (Art. 725a OR): Ausgewählte Fragen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht*, in: RIEMER/KUHN/VOCK/GEHRI (Hrsg.), *Festschrift für Karl Spühler*, Zürich 2007, 207 ff. (zit. Konkursaufschub), 209 m.w.H.

<sup>3</sup> Expertenbericht I (FN 2), 6; Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern 2008 (zit. Expertenbericht II), 6 f.; Botschaft des Bundesrates vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010, 6455 ff., 6461, 6521. Dieser Vorschlag stammt wiederum aus der Literatur: LORANDI, *Konkursaufschub (FN 2)*, 241.

<sup>4</sup> Änderungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 21. Juni 2013, BBl 2013, 4747 ff., 4761. Im Übrigen hat es der Gesetzgeber aber unterlassen, die vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen, welche mit der Abschaffung des Konkursaufschubs einhergingen, wieder rückgängig zu machen, nachdem das Parlament entschied, den Konkursaufschub beizubehalten (vgl. Art. 219 Abs. 5 Ziff. 2, Art. 288a Ziff. 2, Art. 331 Abs. 1 revSchKG; Art. 679 Abs. 2 revOR). Der vom Parlament verabschiedete Gesetzestext ist damit – zufolge eines Versehens –



Konkursaufschub sollte als „Brückenkopf im Obligationenrecht“ beibehalten werden, um „ohne den Ruch des Nachlasses, der Liquidation oder des Konkurses“ eine Sanierung zu ermöglichen<sup>5</sup>. Ein eigentliches Konzept verfolgte das Parlament nicht. Es liess sich vielmehr vom Motto leiten „Nützt’s nüt, so schadt’s nüt!“<sup>6</sup>.

Dies führt unter dem revidierten Recht dazu, dass neben dem unverändert belassenen Konkursaufschub auch eine dem Konkursaufschub angenäherte Nachlassstundung zur Verfügung steht. Die schon lange bestehende *unkoordinierte Doppelspurigkeit*<sup>7</sup> dieser beiden Institute wurde damit weiter perpetuiert bzw. die Doppelspurigkeit ist noch unkoordinierter geworden.

Das geänderte Nachlassvertragsrecht eröffnet neue Handlungsoptionen für den sanierungsbedürftigen Schuldner. Nachfolgend wollen wir der Frage nachgehen, unter welchen Aspekten welchem Verfahren der Vorzug zu geben ist: Konkursaufschub oder Nachlassstundung.

Im *Konkurs* ist in aller Regel eine Sanierung nicht mehr möglich bzw. sie findet nicht mehr statt. Aufgrund dessen bleibt der Konkurs nachfolgend ausgeklammert. Letztlich ist der Konkurs das „Auffangbecken“, indem bei Scheitern einer Sanierung der Konkurs zu eröffnen ist (soweit es nicht zu einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kommt, welchem aber weitgehend konkursähnliche Wirkungen zukommen). Sodann unterstellen wir im Folgenden, dass eine Unternehmung (d.h. eine juristische Person) und keine natürliche Person saniert werden soll<sup>8</sup>.

---

offenkundig mangelhaft (vgl. auch HUNKELER DANIEL, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, Jusletter 8. Juli 2013, R. 4 FN 10; STAEHELIN DANIEL, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, AJP 2013, 1735 ff., 1737).

<sup>5</sup> AB SR 2012 (10.077), 362 (Pirmin Bischof).

<sup>6</sup> AB SR 2012 (10.077), 362 (Pirmin Bischof).

<sup>7</sup> Expertenbericht I (FN 2), 14; Expertenbericht II (FN 3), 6; Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Begleitbericht zum Vorentwurf, Bern 2008 (zit. Begleitbericht), 6.

<sup>8</sup> Zu den Sanierungsmöglichkeiten einer natürlichen Person vgl. LORANDI FRANCO, Nachlassvertrag im Privatkonkurs, Restschuldbefreiung nach Schweizer Art, AJP 2009, 565 ff.

## II. Verfahrensrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten des Schuldners

### 1. Vorbemerkung: Flexibilität und Rechtssicherheit

Im Recht gilt generell und bei Sanierungen gilt im Speziellen, dass die gesetzlichen Bestimmungen zum einen flexibel sein sollen, um den Umständen des Einzelfalles möglichst Rechnung tragen zu können. Zum anderen kommt der Rechtssicherheit bzw. der Vorhersehbarkeit eine grosse Bedeutung zu. Flexibilität und Rechtssicherheit stehen (zumindest teilweise) in einem Spannungsverhältnis.

In Bezug auf den *Konkursaufschub* ist die gesetzliche Regelung sehr „schlank“, ja geradezu rudimentär<sup>9</sup>, und auch sehr offen (Art. 725a OR)<sup>10</sup>. Namentlich was die Aufgaben des Sachwalters und die Pflichten der schuldenrischen Gesellschaft angeht, kann der Richter im Einzelfall Regeln aufstellen. Diese Flexibilität schafft jedoch ein erhebliches Potential an Rechtsunsicherheit<sup>11</sup>.

Anders verhält es sich beim *Nachlassverfahren*: Dieses ist zwar detailliert und umfassend geregelt (Art. 293 ff. SchKG). Dennoch kommt ihm eine recht grosse inhärente Flexibilität zu<sup>12</sup>. Aufgrund des klaren (und für alle Verfahren gleichen) Regelwerks ist die Rechtssicherheit in Bezug auf das Nachlassverfahren substantiell grösser als beim Konkursaufschub. Dies hat auch damit zu tun, dass es bedeutend mehr Nachlass- als Konkursaufschub-

---

<sup>9</sup> Expertenbericht I (FN 2), 14; AB SR 2012 (10.077), 362 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga); HARI OLIVER/GMÜNDER HUBERT, Das neue Sanierungsrecht, Hat der Berg eine Maus geboren?, GesKR 20013, 570, 576.

<sup>10</sup> DUBACH ALEXANDER, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ 1998, 150.

<sup>11</sup> Expertenbericht I (FN 2), 14; Expertenbericht II (FN 3), 6; AB SR 2012 (10.077), 362 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga); SCHMID MARKUS L., Überschuldung und Sanierung, Konkursaufschub und Nachlassvertrag, rechtliche Sanierungshilfen in der Schweiz und Bundesrepublik Deutschland, Diss. Freiburg 1984, 64; DUBACH (FN 10), 152; LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 238.

<sup>12</sup> Vgl. Expertenbericht I (FN 2), 3.

verfahren<sup>13</sup> gibt, womit auch die Rechtsprechung zum Nachlassvertragsrecht viel reichhaltiger ist.

## 2. Einstiegshürde für das Verfahren

Der Konkursrichter kann (nach erfolgter Überschuldungsanzeige; Art. 725 Abs. 2 OR) auf Antrag hin den Konkurs aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht (Art. 725a Abs. 1 OR). Für einen *Konkursaufschub* müssen somit eine Überschuldung und eine Überschuldungsanzeige durch die Verwaltung vorliegen. Die Überschuldung muss grundsätzlich mittels testierter Zwischenbilanz belegt sein. Weiter muss eine *berechtigte Aussicht auf dauerhafte Sanierung* bestehen<sup>14</sup>. Eine rein bilanztechnische Sanierung (d.h. die Beseitigung der Überschuldung genügt nicht); es muss die wirtschaftliche Rentabilität wieder hergestellt werden<sup>15</sup>. Es muss damit grundsätzlich die *vollständige Befriedigung aller Gläubiger* in Aussicht stehen. Zudem muss die Sanierung während der Dauer des Konkursaufschubs bewirkt werden können<sup>16</sup>. Der Schuldner muss dies in seinem Gesuch um Gewährung des Konkursaufschubs dartun<sup>17</sup>, d.h. die Aussicht auf Sanierung muss schon im Zeitpunkt des Gesuchs um Konkursaufschub bestehen<sup>18</sup>. Dies stellt eine

---

<sup>13</sup> Vor allem in der Deutschschweiz ist der Konkursaufschub äusserst selten: DUBACH (FN 10), 150; KRAMPF MICHAEL/SCHULER ROLF, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters am Bezirksgericht Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002, 1060 ff., 1069; Konkursaufschubverfahren werden nicht statistisch erfasst.

<sup>14</sup> BRUNNER ALEXANDER, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, AJP 1992, 806 ff., 819; GIROUD ROGER, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1981, 120 ff.; ZK-HARDMEIER, Art. 725a OR N 1317; DUBACH (FN 10), 153 f.; KRAMPF/SCHULER (FN 13), 1068 f.

<sup>15</sup> BRUNNER, 819 (FN 14); DUBACH (FN 13), 154.

<sup>16</sup> BGE 99 II 289; BaK-WÜSTINER, Art. 725a OR N 7; KRAMPF/SCHULER (FN 13), 1068 f.

<sup>17</sup> Vgl. DUBACH (FN 10), 154 ff.; *a.M.* Begleitbericht (FN 7), 7, wonach nicht erforderlich sei, dass der Schuldner bereits zu Beginn einen Sanierungsplan vorlege.

<sup>18</sup> KRAMPF/SCHULER (FN 13), 1068 mit Verweis auf eine Verfügung des Konkursrichters am Bezirksgericht Zürich vom 2. Juli 1996.

nicht zu unterschätzende Hürde dar, um überhaupt einen Konkursaufschub zu erlangen.

Eine *provisorische Nachlassstundung*<sup>19</sup> kann auch dann beantragt werden, wenn keine Überschuldung vorliegt. Zudem sind im Wesentlichen nur formelle Aspekte zu erfüllen bzw. gewisse Unterlagen einzureichen: Der Schuldner muss ein Gesuch stellen; diesbezüglich trifft ihn eine Begründungs- und Substantiierungslast<sup>20</sup>. Zudem muss er eine aktuelle Bilanz und Erfolgsrechnung, eine Liquiditätsplanung oder entsprechende Unterlagen, aus denen die derzeitige und zukünftige Vermögens-, Ertrags und Einkommenslage des Schuldners ersichtlich sind. Weiter ist ein provisorischer Sanierungsplan einzureichen (Art. 293 lit. a revSchKG)<sup>21</sup>. Dieser soll namentlich (wenn auch für den weiteren Verlauf unpräjudiziell) aufzeigen, ob eine Sanierung oder der Abschluss eines Nachlassvertrages beabsichtigt wird<sup>22</sup>. Wenn eine Sanierung angestrebt wird, soll aufgezeigt werden, was die Sanierungsmassnahmen sind und zu welchem Ergebnis sie führen sollen<sup>23</sup>.

Da der Sanierungsplan lediglich ein provisorischer sein muss (Art. 293 lit. a revSchKG), sind an die Bewilligung einer provisorischen Nachlassstundung keine hohen Anforderungen zu stellen<sup>24</sup>. Es bestehen an sich überhaupt keine materiellen Voraussetzungen; solange nicht offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht (Art. 293a Abs. 3 revSchKG), ist die Nachlassstundung zu gewähren. Damit sind die

---

<sup>19</sup> Nach revidiertem Recht geht jeder definitiven Stundung eine provisorische voraus (Art. 293 revSchKG; BBl 2010, 6480).

<sup>20</sup> Begleitbericht (FN 7), 7; BBl 2010, 6479.

<sup>21</sup> Es ist nicht mehr notwendig, den Entwurf eines Nachlassvertrages und ein Verzeichnis der Geschäftsbücher einzureichen (Art. 293 Abs. 1 SchKG; BBl 2010, 6479).

<sup>22</sup> BBl 2010, 6479.

<sup>23</sup> BBl 2010, 6479.

<sup>24</sup> Expertenbericht I (FN 2), 18 („Die provisorische Stundung ist voraussetzungslos zu bewilligen.“); Expertenbericht II (FN 3), 9 („Damit wird der Zugang zur Stundung erheblich erleichtert.“); Begleitbericht (FN 7), 9 („An die Bewilligung der provisorischen Stundung sind keine hohen Anforderungen zu stellen.“); HARI/GMÜNDER (FN 9), 571.

Anforderungen substantiell tiefer als bei einem Konkursaufschub<sup>25</sup>; dies gilt m.E. auch dann, wenn der Schuldner bestrebt ist, während der Nachlassstundung eine Sanierung zu bewirken. Es war ja gerade das Ziel der Revision, den Zugang zu einer Nachlassstundung zu erleichtern<sup>26</sup>, damit zu einem frühen Zeitpunkt die Verfahrenseröffnung beantragt wird, um die Sanierungschancen zu verbessern<sup>27</sup>.

### 3. Publikation

Publizität ist erfahrungsgemäss (sehr) negativ für den Schuldner, der sich sanieren will. Geschäftspartner wollen nicht mehr kontrahieren. Lieferanten verlangen Vorauskasse oder stellen die Lieferung ein. Mitarbeiter und Kunden werden (noch mehr) verunsichert. Die Publikation der Eröffnung eines förmlichen Insolvenzverfahrens (sei es ein Konkursaufschub oder sei es eine Nachlassstundung) verschärft deshalb in aller Regel die Situation für den Schuldner<sup>28</sup> erheblich<sup>29</sup>.

Der *Konkursaufschub* wird nur veröffentlicht, wenn dies zum Schutz Dritter erforderlich ist (Art. 725a Abs. 3 OR). Darüber entscheidet der Konkursrichter nach pflichtgemäßem Ermessen<sup>30</sup>. Dabei ist eine Abwägung der Interes-

---

<sup>25</sup> A.M. Begleitbericht (FN 7), 7; BBI 2010, 6479, wonach eine Angleichung der Voraussetzungen für eine Nachlassstundung und einen Konkursaufschub bewirkt worden sein soll.

<sup>26</sup> Expertenbericht I (FN 2) I, 6; Begleitbericht (FN 7), 9; BBI 2010, 6460; ROTH MARKUS, Revision der Sanierungsverfahren: Schuldnerfreundlich, gläubigerfeindlich, Die Volkswirtschaft 2010, 33; LORANDI, Sanierungsrecht (FN 1), 100.

<sup>27</sup> BBI 2010, 6479.

<sup>28</sup> Anders sieht es aus Sicht der *Gläubiger* aus: Sie haben an sich ein Anrecht darauf, dass sie von der Eröffnung eines formellen Insolvenzverfahrens Kenntnis erlangen. Dies gilt umso mehr, als ihre Rechte durch die Verfahrenseröffnung tangiert werden.

<sup>29</sup> Expertenbericht II (FN 3), 10; Begleitbericht (FN 7), 9; AB NR 2012 (10.077), 1974 (Gabi Huber); VANDEBROEK JOS, Firmensanierungen als politischer Zankapfel, NZZ vom 8. Mai 2012, 31.

<sup>30</sup> ZK-HARDMEIER, 725a OR N 1342; LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 226.

sen des Schuldners und der Gläubiger vorzunehmen<sup>31</sup>. In der Praxis wird ein Konkursaufschub tendenziell eher publiziert<sup>32</sup>.

Die *provisorische Nachlassstundung* nach revidiertem Recht war dazu gedacht, die Vorteile des Konkursaufschubs- ins Nachlassrecht zu überführen. So kann in begründeten Fällen auf Antrag auf die öffentliche Bekanntmachung verzichtet werden, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist (Art. 293c Abs. 2 revSchKG). Die Publikation stellt die Regel und dessen Verzicht die Ausnahme dar<sup>33</sup>. Findet keine Publikation statt, ist zwingend ein provisorischer Sachwalter einzusetzen (Art. 293c Abs. 2 lit. d revSchKG). Ein „geheimes“ Nachlassstundungsverfahren ohne Beaufsichtigung durch einen Sachwalter kann es nicht geben. Die Publikation kann aber nur für vier Monaten unterbleiben. Danach muss die provisorische von einer definitiven Nachlassstundung abgelöst werden (Art. 293a Abs. 2 revSchKG), welche zwingend publiziert werden muss (Art. 296 revSchKG)<sup>34</sup>.

#### **4. Kontrolle des Schuldners über die Geschäftsführung**

Die Gewährung eines *Konkursaufschubs* bewirkt keine Beschränkung der Verfügungsfähigkeit des Schuldners von Gesetzes wegen<sup>35</sup>. Der Konkursrichter kann jedoch einen Sachwalter bestellen und den Exekutivorganen die Verfügungsfähigkeit entziehen oder gewisse Rechtsgeschäfte von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen (Art. 725a Abs. 2 OR). Damit bleibt der Schuldner grundsätzlich in der Geschäftsführung belassen.

Auch bei der *Nachlassstundung* obliegt dem Schuldner grundsätzlich weiterhin die Geschäftsführung (Art. 298 Abs. 1 Satz 1 SchKG); es gilt ebenfalls das *debtor in possession*-Prinzip<sup>36</sup>. Das Nachlassgericht kann jedoch anordnen, dass gewisse Handlungen nur unter Mitwirkung des Sachwalters

---

<sup>31</sup> ZK-HARDMEIER, 725a OR N 1342.

<sup>32</sup> DUBACH (FN 10), 160; KRAMPF/SCHULER (FN 13), 1069, mit Verweisungen auf die Zürcher Praxis; SJZ 1997, 376.

<sup>33</sup> BBl 2010, 6482; HARI/GMÜNDER (FN 9), 572.

<sup>34</sup> Expertenbericht II (FN 3), 12.

<sup>35</sup> LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 213.

<sup>36</sup> BBl 2010, 6468.

vorgenommen werden können oder den Sachwalter ermächtigen, die Geschäftsführung anstelle des Schuldners zu übernehmen (Art. 298 Abs. 1 SchKG). Gewisse Rechtsgeschäfte bedürfen zudem die Ermächtigung des Nachlassgerichts (Art. 298 Abs. 2 SchKG) bzw. des Gläubigerausschusses, wenn (während der definitiven) Nachlassstundung ein solcher (vom Nachlassgericht) eingesetzt worden ist (Art. 295a revSchKG).

## 5. Schutz des Schuldners vor Vollstreckungshandlungen der Gläubiger

Sanierungen sollen möglichst ungestört von Vollstreckungshandlungen von Gläubigern durchgeführt werden können. Ein wirksamer *Vollstreckungsschutz* ist deshalb von wesentlicher Bedeutung. Dies gilt nota bene nicht nur innerhalb der Schweiz. Soweit der Schuldner Vermögenswerte hat, welche ausserhalb der Schweiz belegen sind, drohen auch Vollstreckungshandlungen der Gläubiger im Ausland (vor allem Arreste).

Ein *Konkursaufschub* bewirkt keinen Betreibungsstopp. Gläubiger können alle Begehren im Betreibungsverfahren stellen. Die Behörden müssen diesen Begehren auch Folge leisten. Ausgeschlossen ist einzig die Konkursöffnung. Diese Wirkung gilt von Gesetzes wegen mit Ausfällen des Konkursaufschubs; sie gilt unabhängig davon, ob eine Publikation erfolgt ist oder nicht<sup>37</sup>. Der Konkursrichter kann jedoch ein weitergehendes Betreibungsverbot anordnen<sup>38</sup>.

Die *Nachlassstundung* bewirkt einen weitgehenden Vollstreckungsstopp zugunsten des Schuldners: Es gilt ein weitgehender<sup>39</sup> Betreibungsstopp (Art. 297 Abs. 1 und 2 revSchKG) – und zwar neu auch für Erstklassforderungen (vgl. Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG)<sup>40</sup>. Weiter sind auch Arreste und

---

<sup>37</sup> Vgl. LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 220 f. m.w.H.

<sup>38</sup> Zum Stand der diesbezüglich umstrittenen Rechtslage vgl. LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 221 m.w.H.

<sup>39</sup> Wenn eine provisorische Nachlassstundung ausnahmsweise nicht publiziert wird, können die Gläubiger Betreibungen einleiten; diese können aber nicht fortgesetzt werden (Art. 293c Abs. 2 litc. b SchKG).

<sup>40</sup> Expertenbericht II (FN 3), 12.

Sicherungsmaßnahmen ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 3 revSchKG). Zudem kann der Sachwalter Gegenparteien von Forderungen, welche nicht auf Geldleistung gehen, mitteilen, dass eine Umwandlung in Geld erfolgt (Art. 297 Abs. 9 revSchKG)<sup>41</sup>. Damit unterliegen auch solche (nunmehr in Geldforderungen) umgewandelte Forderungen dem Nachlassregime und damit einem Vollstreckungsstopp. Neu werden zudem (mit Ausnahme von dringlichen Fällen) auch Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren sistiert (Art. 297 Abs. 5 revSchKG).

## 6. Stopp von generellen Debitorenzessionen

Jeder Schuldner kämpft in der Sanierung mit zu hohen Ausgaben und zu geringen Einnahmen. Dieses Problem wird häufig noch dadurch verschärft, dass der Schuldner früher zur Beschaffung von Krediten seine gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen zu Sicherungszwecken an einen Kreditgeber (meist eine Bank) abtreten musste (sog. generelle Debitorenzession). Damit ist er während der Sanierung auf den Goodwill des Kreditgebers angewiesen, inwiefern er (der Schuldner) die laufenden Debitorzahlungen (trotz Zession) für den Geschäftsbetrieb verwenden kann<sup>42</sup>.

Der *Konkursaufschub* bewirkt von Gesetzes wegen keine Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Schuldners<sup>43</sup>. Mit Konkurseröffnung verlieren generelle Debitorenzessionen in Bezug auf Debitorforderungen, welche nach Konkurseröffnung entstehen, ihre Wirkung<sup>44</sup>. Mit dem Konkursaufschub wird der Konkurs jedoch gerade aufgeschoben, weshalb eine Debitorenzession davon unberührt und damit wirksam bleibt. M.E. kann auch der Konkursrichter (mangels gesetzlicher Grundlage) nicht anordnen, dass generelle Debitorenzessionen in ihren Wirkungen beschränkt werden.

Schon unter bisherigem Recht bewirkte eine *Nachlassstundung*, dass Debitorforderungen, welche nachher entstanden waren, nicht (mehr) von der ge-

---

<sup>41</sup> Vgl. dazu II.8.

<sup>42</sup> Vgl. Expertenbericht I (FN 2), 38.

<sup>43</sup> Vgl. II.4.

<sup>44</sup> BGE 130 III 255, 115 III 67, 111 III 73.



nerellen Zession erfasst waren (Art. 298 Abs. 2 SchKG)<sup>45</sup>. Neu wird dies (im Sinne einer Präzisierung<sup>46</sup> bzw. Klarstellung<sup>47</sup>) ausdrücklich im Gesetz geregelt: Eine (vor der Nachlassstundung erfolgte) Abtretung entfaltet keine Wirkung für Forderungen, welche nach der Bewilligung der Nachlassstundung entstehen (Art. 297 Abs. 4 revSchKG)<sup>48</sup>. Die Rechtslage entspricht damit jener im Konkurs. Damit kann der Schuldner sofort wieder frei über diese Debitorforderungen bzw. –zahlungen verfügen (soweit die Debitorforderung nach Bewilligung der Nachlassstundung entstanden ist). Der Schuldner erhält damit einen *wesentlichen Anreiz*, frühzeitig eine Nachlassstundung zu beantragen<sup>49</sup>. Die Gefahr, dass Schuldner sich einzig oder vorrangig in eine Nachlassstundung begeben, um sich einer generellen Debitorenzession rechtsmissbräuchlich zu entziehen, scheint gering. Letztlich führt ein Scheitern eines Nachlassvertrags (neu) direkt in den Konkurs (Art. 309 SchKG)<sup>50</sup>. Kommt es zu einem ordentlichen Nachlassvertrags, so leben die Wirkungen der Debitorenzession wieder auf und zwar *ex nunc*<sup>51</sup>. Kommt es zum Konkurs oder einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, so geht das Verfügungsverbot zufolge Nachlassstundung nahtlos in jenes zufolge General-*exekution* über.

---

<sup>45</sup> Expertenbericht II (FN 3), 28; Begleitbericht (FN 7), 25; LORANDI FRANCO, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, AJP 2005, 1299 ff. (zit. Sicherungsgeschäfte), 1310; DERS., Sanierungsrecht (FN 1), 100; DIETSCHKE PETER, (Globale) Debitorenzessionen im Nachlassverfahren, SJZ 1997, 337 ff., 343 f.; STAEHELIN (FN 4), 1740.

<sup>46</sup> Expertenbericht I (FN 2), 38; Expertenbericht II (FN 3), 25; Begleitbericht (FN 7), 25.

<sup>47</sup> LORANDI, Sanierungsrecht (FN 1), 100.

<sup>48</sup> Es müsste eine Genehmigung des Nachlassrichters eingeholt werden, um die Wirkungen während der Nachlassstundung neu zu begründen (Art. 298 Abs. 2 SchKG).

<sup>49</sup> LORANDI, Sanierungsrecht (FN 1), 100; vgl. auch Expertenbericht I (FN 7), 22, zur generellen Anreizschaffung durch das Nachlassrecht.

<sup>50</sup> Expertenbericht II (FN 3), 28; Begleitbericht (FN 7), 25.

<sup>51</sup> Expertenbericht I (FN 2), 8, 38; Expertenbericht II (FN 3), 25.

## 7. Rechtssicherheit bei Rechtsgeschäften während des Verfahrens

Während einer Sanierungsphase sind die Handlungsoptionen eines Schuldners erfahrungsgemäss eingeschränkt. Häufig wird er gezwungen sein, (nicht betriebsnotwendige) Aktiven zu veräussern; zum einen, um die Liquidität zu verbessern und zum andern, um nicht zukunftssträchtige Unternehmsteile abzustossen. Auch die Aktivenübertragung auf eine Auffanggesellschaft<sup>52</sup> kann angezeigt sein. Zudem kann es auch andere Geschäfte geben (welche nicht auf Veräusserung ausgerichtet sind; z.B. Abschluss von Vergleichen), welche aus schuldnerischer Sicht notwendig oder angezeigt sind. Soweit solche Geschäfte in einer späteren Generalexekution (Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) der *paulianischen Anfechtung unterliegen* (Art. 285 ff. SchKG), werden die Gegenparteien entweder davon absehen, das Geschäft abzuschliessen oder sie werden Sicherheitsmechanismen einbauen wollen. Durch das Anfechtungsrisiko besteht eine *Rechtsunsicherheit* für beide Parteien, namentlich für die Gegenpartei<sup>53</sup>, da sie sich dem Anfechtungsrisiko aussetzt (Art. 290 SchKG). Häufig wirkt sich dies auch negativ auf den Preis bzw. die Leistung der Gegenpartei aus<sup>54</sup>.

Für den *Konkursaufschub* gilt, dass Handlungen während dessen Dauer in einer nachfolgenden Generalexekution ganz normal der Anfechtung unterliegen<sup>55</sup>. Es kommen alle drei Anfechtungstatbestände zur Anwendung (Schenkungs-, Überschuldungs- und Absichtsanfechtung; Art. 286 bis

---

<sup>52</sup> Zum Anfechtungsrisiko bei Vermögensübertragungen auf Auffanggesellschaften vgl. KNOBLOCH STEFAN, Die zivilrechtlichen Risiken der Banken in der sanierungsbedürftigen Unternehmung, Diss. Zürich 2006, 151 ff.; FATZER PETER, Erleichterungen für Auffanggesellschaften: Genügt die Revision des Sanierungsrechts?, Die Volkswirtschaft 2010, 28 ff., 28.

<sup>53</sup> Expertenbericht I (FN 2), 56; Expertenbericht II (FN 3), 31; Begleitbericht (FN 7), 28; BBl 2010, 6476; LORANDI FRANCO, Sicherungsgeschäfte (FN 45), 1309; DERS., Sanierungsrecht (FN 1), 97; FATZER (FN 52), 28.

<sup>54</sup> Dies ist insofern ein Paradoxon, als dass ein *höherer* Preis das Anfechtungsrisiko reduzieren bzw. ausschliessen würde.

<sup>55</sup> GIROUD (FN 14), 140 f.; CHAUDET FLORIAN, Ajournement de la faillite de la société anonyme, condition, effet, compétences et responsabilité (art. 725a CO), Diss. Genf 2001, 290 f., 307; ZK-HARDMEIER, Art. 725a OR N 1322; LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 224 f.; FATZER (FN 52), 29.

Art. 288 SchKG)<sup>56</sup>. Auch die Zustimmung des Sachwalters ändert nichts daran, dass ein während des Konkursaufschubs abgeschlossenes Rechtsgeschäft der Anfechtung unterliegt<sup>57</sup>.

Unter *bisherigem Nachlassvertragsrecht* verhielt es sich gleich wie beim Konkursaufschub: Die während der Nachlassstundung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte unterlagen der Anfechtung (Art. 331 Abs. 1 SchKG). Daran änderte weder die Zustimmung des Sachwalters (Art. 298 Abs. 1 SchKG) noch die Genehmigung durch den Nachlassrichter (bei genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften; Art. 298 Abs. 2 SchKG) etwas<sup>58</sup>.

Unter dem *revidierten Nachlassvertragsrecht* wird die *Rechtssicherheit erhöht*<sup>59</sup>: In zwei Fällen, ist eine Anfechtung nicht möglich (Art. 285 Abs. 3 revSchKG). Zum einen ist dies der Fall, wenn Rechtsgeschäfte vom Nachlassgericht genehmigt worden sind. Diese Möglichkeit gilt während der provisorischen und definitiven Nachlassstundung. Zum andern entfällt eine Anfechtung, wenn ein Gläubigerausschuss vom Nachlassgericht eingesetzt (Art. 295a revSchKG) oder von der Gläubigerversammlung gewählt wird (Art. 295b Abs. 3 revSchKG) und der Ausschuss das Rechtsgeschäft genehmigt hat (Art. 285 Abs. 3 revSchKG). Da ein Gläubigerausschuss erst während der definitiven Nachlassstundung eingesetzt werden kann, steht diese Möglichkeit während der provisorischen Stundung nicht zur Verfügung.

Beide Möglichkeiten (welche sich ergänzen, aber sich nicht überschneiden) sind m.E. nicht auf Geschäfte beschränkt, welche von Gesetzes wegen (Art. 298 Abs. 2 SchKG) der richterlichen Zustimmung bedürfen<sup>60</sup>. Auch

---

<sup>56</sup> LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 224 f.; *a.M.* GIROUD (FN 14), 140 f.; ZK-HARDMEIER, Art. 725a OR N 1322, wonach während des Konkursaufschubs nur die Absichtsanfechtung zur Anwendung kommen soll.

<sup>57</sup> LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 225.

<sup>58</sup> BBI 2010, 6476; BaK-VOLLMAR, Art. 298 SchKG N 27; LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 223; KUKO-HARDMEIER, Art. 298 SchKG N 16; BGE 134 III 382 f.

<sup>59</sup> Begleitbericht (FN 7), 28.

<sup>60</sup> Die Expertengruppe hat denn in ihrem ersten Bericht auch davon gesprochen, dass dies „insbesondere“ die gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG genehmigungsbedürftigen Geschäfte betreffe (Expertenbericht I [FN 7], 57).

andere Geschäfte (wie z.B. die Veräußerung von Warenbeständen<sup>61</sup>) können durch Zustimmung des Nachlassrichters bzw. des Gläubigerausschusses anfechtungsresistent ausgestaltet werden. Der Nachlassrichter bzw. der Gläubigerausschuss ist aber nicht vorbehaltlos verpflichtet, auf solche Geschäfte (die ausserhalb des Geltungsbereichs von Art. 298 Abs. 2 SchKG liegen) einzutreten. Die schuldnerische Gesellschaft muss m.E. in solchen Fällen im Antrag ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse dartun. Dieses kann jedoch gerade durch den Ausschluss der Anfechtbarkeit begründet werden<sup>62</sup>.

## 8. Umwandlung von Realforderungen

Im „realen Wirtschaftsleben“ gibt es Geld- und Realforderungen. In einem Insolvenzverfahren, welches auf Liquidation gerichtet ist, können nur Geldforderungen berücksichtigt werden. Deshalb findet im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung<sup>63</sup> zwingend eine Umwandlung von Real- in Geldforderungen statt (Art. 211 Abs. 1 SchKG).

Auch beim *Konkursaufschub* findet keine Umwandlung von Real- in Geldforderungen statt. Art. 211 Abs. 1 SchKG (welcher eine solche Umwandlung per Konkurseröffnung stipuliert) findet beim Konkursaufschub keine analoge Anwendung<sup>64</sup>. Der Konkursrichter kann im Rahmen eines Konkursaufschubverfahrens auch nichts anderes anordnen. Der privatrechtliche Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt unverändert.

---

<sup>61</sup> Waren gelten als Umlaufvermögen, weshalb deren Veräußerung nicht (als Veräußerung von Anlagevermögen) unter Art. 298 Abs. 2 SchKG fällt (LORANDI FRANCO, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung [Art. 298 Abs. 2 SchKG], ZZZ 2004, 73 ff., 84 FN 81 m.w.H.).

<sup>62</sup> Das Rechtsschutzinteresse scheint mir namentlich gegeben, wenn die Gegenpartei die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts (meist im Sinne einer aufschiebenden Bedingung) von der Zustimmung des Nachlassrichters bzw. des Gläubigerausschusses abhängig macht.

<sup>63</sup> Art. 211 Abs. 1 SchKG gilt beim Liquidationsvergleich analog (AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 55 Rz 33; BaK-WINKELMANN/LÉVY/JEANNERET/MERKT/BIRCHLER, Art. 319 SchKG N 10; LORANDI, Konkursaufschub [FN 2], 229; BGE 107 III 109).

<sup>64</sup> LORANDI, Konkursaufschub (FN 2), 230.

Auch die *Nachlassstundung* bewirkt nicht, dass Realforderungen von Gesetzes wegen in Geldforderungen umgewandelt werden. Da ein Nachlassvertrag nur Geldforderungen erfasst, führt dies dazu, dass Realforderungen von den Wirkungen eines Nachlassvertrages nicht erfasst werden. Für den Schuldner nachteilige Realverbindlichkeiten bleiben damit unverändert bestehen. Damit können die Sanierungschancen gefährdet sein. Das *revidierte Nachlassvertragsrechts* sieht deshalb neu vor, dass der Sachwalter die Umwandlung von Real- in Geldverbindlichkeiten durch Mitteilung an die Gegenpartei im Einzelfall bewirken kann (Art. 297 Abs. 9 revSchKG). Damit wird dem Schuldner neu die Möglichkeit eröffnet, mit Mitwirkung des Sachwalters unvorteilhafte Realschulden durch Umwandlung in Geldschulden nur dividendenmässig befriedigen zu müssen<sup>65</sup>. Eine solche im Einzelfall (während der Nachlassstundung) erklärte Umwandlung ist m.E. ein Gestaltungsrecht, weshalb die umgestaltete Rechtslage sowohl nach Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrages als auch in einer nachfolgenden Generalexekution weiter gilt.

## 9. Eingriff in Dauerschuldverhältnisse

Ein *Dauerschuldverhältnis* ist ein Vertrag, der durch einen dauerhaften (und nicht einen einmaligen) Leistungsaustausch charakterisiert wird; die Leistung bestimmt sich nach dem Zeitablauf<sup>66</sup>. Als Dauerschuldverhältnis gelten etwa Arbeits-, Miet-, Leasing-, Darlehensverträge. Das Zivilrecht sieht keine generellen Regeln vor, wie Dauerschuldverhältnisse vorzeitig gekündigt werden können. Das bisherige Insolvenzrecht kannte ebenfalls keine Kündigungsmöglichkeiten<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Expertenbericht II (FN 3), 13; Begleitbericht (FN 7), 12.

<sup>66</sup> BBI 2010, 6472; GAUCH PETER, System der Beendigung von Dauerverträgen, Diss. Freiburg 1968, 6 ff.; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, Rz 94 f.; KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Bern 1996, Rz 113; BGE 138 III 318; Entscheid 4A\_141/2007 vom 20. August 2007, E. 4.1.

<sup>67</sup> Begleitbericht (FN 7), 17; BBI 2010, 6472; RÜETSCHI DAVID, Zur Revision des Sanierungsrechts, Die Volkswirtschaft 2010, 4 ff., 5.

Aufgrund ihrer allenfalls langen Dauer und/oder der unvorteilhaften Bedingungen für den Schuldner können Dauerschuldverhältnisse eine Sanierung erheblich erschweren<sup>68</sup> oder gar verhindern<sup>69</sup>. Sie verpflichten den Schuldner über lange Zeit hinaus und binden somit Ressourcen, die er effizienter anders einsetzen könnte<sup>70</sup>.

Die Bewilligung eines *Konkursaufschubs* hat keine Auswirkungen auf Dauerschuldverhältnisse. M.E. kann (mangels gesetzlicher Grundlage) auch der Konkursrichter weder in Dauerschuldverhältnisse eingreifen noch einem Sachwalter solche Kompetenzen einräumen. Ein Schuldner ist damit während einem Konkursaufschub unverändert an die von ihm abgeschlossenen Dauerverträge gebunden. Möglich ist nur eine ordentliche Kündigung<sup>71</sup>; eine ausserordentliche Kündigung aus wichtigem Grund ist in aller Regel nicht möglich, da die fehlende eigene finanzielle Leistungsfähigkeit kein wichtiger Grund ist, um ein Dauerschuldverhältnis vorzeitig zu beenden.

Das revidierte *Nachlassrecht* sieht vor<sup>72</sup>, dass der *Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters* ein Dauerschuldverhältnis<sup>73</sup> *jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt ausserordentlich kündigen* kann (Art. 297a revSchKG)<sup>74</sup>. Die

---

<sup>68</sup> Expertenbericht I (FN 2), 32; Expertenbericht II (FN 3), 18; Begleitbericht (FN 7), 18 f.; BBl 2010, 6488; AB SR 2012 (10.077), 354 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga); AB NR 2013 (10.077), 614 (Susanne Leutenegger Oberholzer); FURRER URS, Sanierungen erleichtern, flexibles Arbeitsrecht bewahren, *Die Volkswirtschaft* 2012, 30; LORANDI, Sanierungsrecht (FN 1), 98; MALACRIDA (FN 1), 241.

<sup>69</sup> Begleitbericht (FN 7), 20; AB SR 2013 (10.077), 614 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

<sup>70</sup> BBl 2010, 6488; DUC PABLO, Die laufende Revision des Unternehmenssanierungsrechts aus praktischer Sicht, *Die Volkswirtschaft* 2010, 32.

<sup>71</sup> Expertenbericht II (FN 3), 19; Begleitbericht (FN 7), 18; BBl 2010, 6474; AB NR 2013 (10.077), 603 (Karl Vogler); alle zum Nachlassverfahren; dasselbe gilt aber auch während dem Konkursaufschub.

<sup>72</sup> Es handelt sich um eine insolvenzrechtliche *loi d'application immédiate* (LORANDI, Sanierungsrecht [FN 1], 103). Dies bedeutet, dass das Kündigungsrecht unabhängig vom anwendbaren (allenfalls ausländischen) materiellen Recht gilt.

<sup>73</sup> Ausgenommen sind Arbeitsverhältnisse (Art. 297a Satz 2 revSchKG).

<sup>74</sup> Vgl. im Einzelnen MABILLARD RAMON, Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren, Prozessuale Kompensation des materiell-rechtlichen Eingriffs gemäss Art. 297a VE-SchKG, *BISchK* 2010, 189 ff.

Kündigung setzt jedoch voraus, dass andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde (Art. 297a revSchKG)<sup>75</sup>. Mit der Möglichkeit, Dauerschuldverhältnisse vorzeitig zu beenden (und rein dividendenmässig zu befriedigen) können die Sanierungschancen gesteigert werden<sup>76</sup>. Der Gegenpartei steht zufolge der vorzeitigen Kündigung eine Entschädigung zu und zwar eine volle<sup>77</sup> Entschädigung<sup>78</sup>. Der Vertragspartner muss sich jedoch allfällige Vorteile anrechnen lassen (Art. 211a Abs. 1 revSchKG analog)<sup>79</sup>. Die Entschädigung gilt nur als Nachlassforderung (Art. 297a revSchKG) und unterliegt als solche dem Nachlassvertrag; es liegt somit keine Masseverbindlichkeit vor<sup>80</sup>, obschon der Sachwalter seine Zustimmung zur vorzeitigen Kündigung erteilen musste.

## 10. Flexibilität bei arbeitsrechtlichen Fragestellungen

### a) Bestimmungen über Massenentlassungen (ausserhalb von Sozialplänen)

Das Arbeitsrecht sieht Regeln vor, welche im Falle von Massenentlassungen einzuhalten sind (Art. 335d ff. OR). Diese Regeln gelten jedoch nicht für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheide (Art. 335e Abs. 2

---

<sup>75</sup> Diese Qualifizierung wurde erst in den parlamentarischen Beratungen vom Ständerat eingeführt (AB SR 2012 [10.077], 354). Die Expertengruppe hatte ganz bewusst darauf verzichtet, sachliche Voraussetzungen für die Kündigung festzulegen (Expertenbericht II (FN 3), 20; im Expertenbericht I (FN 2), 36 f., wurde die Frage noch offen gelassen). Der Bundesrat übernahm diese Sichtweise (BBI 2010, 6489). Die Qualifizierung ist sachlich fragwürdig und wirft verschiedene Fragen auf.

<sup>76</sup> LORANDI, Sanierungsrecht (FN 1), 103; HARI/GMÜNDER (FN 9), 573; vgl. auch VANDEBROEK (FN 29), 31.

<sup>77</sup> In ihrem ersten Bericht hatte die Expertengruppe nur eine *angemessene* Entschädigung vorgeschlagen (Expertenbericht I (FN 2), 34).

<sup>78</sup> Expertenbericht II (FN 3), 19 f.; Begleitbericht (FN 7), 19; BBI 2010, 6488; AB NR 2013 (10.077), 615 (Suanne Leutenegger Oberholzer); RÜETSCHI (FN 67), 5; LORANDI, Sanierungsrecht (FN 1), 103.

<sup>79</sup> Vgl. Begleitbericht (FN 7), 19; BBI 2010, 6488; LORANDI, Sanierungsrecht (FN 1), 103. Es handelt sich auch diesbezüglich um eine *loi d'application immédiate* des schweizerischen Vollstreckungsrechts.

<sup>80</sup> LORANDI, Sanierungsrecht (FN 1), 103.

OR). Darunter wird gemäss Lehre und Rechtsprechung (wenn auch in extensiver Auslegung) zwar auch der Konkurs subsumiert<sup>81</sup>, nicht aber sonstige Insolvenzereignisse. Zur Klarstellung wurde diese Bestimmung im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts erweitert, so dass auch im *Konkurs* oder bei einem *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* die Bestimmungen über die Massentlassung keine Anwendung finden (Art. 335e Abs. 2 revOR).

Während der *Nachlassstundung* gelten die Bestimmungen über die Massentlassung, namentlich die Konsultationspflicht (Art. 335f OR), dagegen unverändert<sup>82</sup>.

Gleiches muss (und im Vergleich mit der Nachlassstundung a fortiori) für den *Konkursaufschub* gelten.

#### b) Sozialplanpflicht

In einem Sozialplan werden Massnahmen festgelegt, mit welchen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden (Art. 335h Abs. 1 revOR). Im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts wird im Arbeitsrecht neu eine *Sozialplanpflicht* für Arbeitgeber eingeführt<sup>83</sup>, sofern diese mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt<sup>84</sup> und soweit Massentlassungen betroffen sind (Art. 335h ff. revOR). Materielle Vorgaben, was der Sozialplan enthalten muss, macht das Gesetz nicht<sup>85</sup>.

Die Bestimmungen über den Sozialplan gelten erst, wenn Massentlassungen (i.S.v. Art. 335 revOR) anstehen. Sie gelten jedoch nicht bei Massent-

---

<sup>81</sup> BBl 2010 6496; POSSA PHILIPP/KREUTZ DENISE, Massentlassungen im Nachlassstundungsverfahren, Jusletter 4. Januar 2010, Rz 14; BGE 130 III 108.

<sup>82</sup> BBl 2010, 6497.

<sup>83</sup> Zur generellen (und m.E. völlig berechtigten) Kritik an der Sozialplanpflicht vgl. FURRER (FN 68), 30.

<sup>84</sup> Damit werden lediglich 0.37% aller Unternehmungen erfasst (BBl 2010, 6499; AB SR 2012 [10.077], 352, 357 [Primin Bischof]; AB NR 2013 (10.077), 600 [Susanne Leutenegger Oberholzer]), bei welchen aber rund ein Drittel aller Arbeitnehmer beschäftigt sind (AB SR 2012 [10.077], 358 [Bundesrätin Simonetta Sommaruga]).

<sup>85</sup> AB NR 2013, 600 (Susanne Leutenegger Oberholzer); AB NR 2013 (10.077), 623 (Daniel Vischer); AB NR 2013 (10.077), 626 (Karl Vogler)



lassungen<sup>86</sup>, die während eines Konkurs- oder *Nachlassverfahrens* erfolgen (Art. 335k revOR). Dies bedeutet, dass im Konkurs und im Nachlassverfahren kein neuer Sozialplan geschlossen werden kann; es besteht keine Verhandlungspflicht (Art. 335i OR) und das Schiedsgericht kann keinen Sozialplan aufstellen (Art. 335j OR)<sup>87</sup>. Der Stellenabbau innerhalb einer Insolvenz sollte klar nicht erfasst werden. Es sollte einzig der Stellenabbau von Unternehmen erfasst werden, welche sich Sozialplanleistungen leisten können. Ein Sozialplan darf deshalb auch nicht den Fortbestand des Unternehmens gefährden (Art. 335h Abs. 2 revOR)<sup>88,89</sup>.

Das Parlament<sup>90</sup> hat zum Nachlassverfahren die *Qualifikation* hinzugefügt „das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird“ (Art. 335k revOR). Soweit ersichtlich wurden in den parlamentarischen Beratungen dazu keine Ausführungen gemacht, welche den dahinterstehenden Regelungszweck erläutern würden oder die Motivation darlegen könnten<sup>91</sup>. Bekanntlich kann ein Nachlassverfahren neu auch ohne Abschluss eines Nachlassvertrags enden, nämlich wenn eine Sanierung erreicht wurde oder bei deren Scheitern, wenn es zum Konkurs kommt (Art. 309 revSchKG). Der Wortlaut scheint (wohl um Missbräuche zu verhindern) bewusst nur einen Fall erfassen zu

---

<sup>86</sup> Soweit der Sozialplan den Arbeitnehmern *andere Rechte oder Forderungen* einräumt, *welche nicht Massenentlassungen betreffen*, so sind diese auch in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren zu beachten (vgl. Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse, lit. a<sup>ter</sup> SchKG; LORANDI, Sanierungsrecht [FN 1], 105 f.).

<sup>87</sup> Dagegen lebt eine solche Sozialplanpflicht nach Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrages wieder auf, sofern *dannzumal* eine Massenentlassung ausgesprochen wird und die gesetzlichen Aufgreifkriterien (Art. 335i Abs. 1 revOR) erfüllt sind.

<sup>88</sup> AB SR 2012 (10.077), 361; AB SR 2013 (10.077), 625 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

<sup>89</sup> Wenn jedoch schon früher ein Sozialplan abgeschlossen (oder vom Schiedsgericht verfügt) wurde, dann gelten dessen Bestimmungen m.E. auch dann, wenn die Massenentlassung während eines Nachlassverfahrens oder in einem Konkurs erfolgt. Immerhin wäre diesfalls m.E. Art. 335h Abs. 2 revOR insofern analog anzuwenden, dass bei einer Massenentlassung während der Nachlassstundung der Fortbestand des Unternehmens nicht gefährdet sein darf.

<sup>90</sup> AB SR 2012 (10.077), 358.

<sup>91</sup> AB SR 2012 (10.077), 358 ff.

wollen, nämlich dass ein Nachlassverfahren mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird. Diese *Gesetzgebung ist wenig durchdacht*:

Erstens würden damit Sanierungen während der Nachlassstundung unterschiedlich behandelt: Wenn die Sanierung durch Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags (Dividendenvergleich) oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung gelingt, gelten die Bestimmungen über die Massenentlassung nicht. Gelingt die Sanierung während der Stundung, ohne dass es einen Nachlassvertrag braucht, oder kommt es zum Konkurs, würden die Bestimmungen über die Massenentlassung gelten. Nur schon die unterschiedliche Behandlung der beiden Ausprägungen der Generalexekution ist unsinnig. Zweitens kann eine Nachlassstundung (bei Scheitern der Sanierung) auch durch Konkurseröffnung enden (Art. 309 revSchKG). Folglich müssten die Bestimmungen über die Massenentlassung gelten, obschon die Massenentlassungen während der Nachlassstundung erfolgten. Drittens ist es nur schon aus Gründen der Rechtssicherheit höchst unbefriedigend, wenn alle Beteiligten im Zeitpunkt einer Massenentlassung gar noch nicht wissen (können), welches Regime zur Anwendung gelangt, weil dieses von einem zukünftigen (und damit für alle noch unbekanntem) Ereignis abhängt, nämlich ob ein Nachlassvertrag zur Anwendung gelangt. Im Sinne eines wertenden Entscheids sollten die Bestimmungen über den Sozialplan auch dann nicht gelten, wenn auf die Nachlassstundung der Konkurs folgt; diesfalls ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Missbrauchsgefahr bestehen sollte.

Für den *Konkursaufschub* gilt keine Ausnahme. Die Bestimmungen über den Sozialplan (Art. 335h bis Art. 335j revOR) finden somit beim Konkursaufschub unverändert Anwendung.

c) *Betriebsübertragungen (Art. 333 OR)*

Bei der Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils gehen die „dazu gehörigen“ Arbeitsverhältnisse von Gesetz wegen auf den Erwerber über (Art. 333 OR). Der Erwerber haftet namentlich solidarisch für Forderungen der Arbeitnehmer, welche vor dem Übergang fällig geworden sind (Art. 333 Abs. 3 OR).

Wenn der alte Arbeitgeber in finanzieller Schieflage ist, kann dies dazu führen, dass ein Betrieb oder Betriebsteil nicht mehr veräussert werden kann,

weil die „Altlasten“ (d.h. die vor dem Übergang fällig gewordenen Arbeitnehmerforderungen), für welche der Erwerber nach erfolgter Betriebsübernahme haften würde, im Vergleich zum Wert des Betriebs zu hoch bzw. im Zeitpunkt der Betriebsübertragung nicht hinreichend abgeschätzt werden können<sup>92</sup>. Ob bzw. inwiefern Art. 333 OR bei Betriebsübertragungen bei „Insolvenznähe“ des Veräusserers zur Anwendung gelangt, war nach dem früheren Recht<sup>93</sup> weitgehend ungeklärt<sup>94</sup>. Diese Rechtsunsicherheit hat zur Verunsicherung in der Praxis geführt<sup>95</sup>.

Um Betriebsübertragungen zu ermöglichen, wurde im Zusammenhang mit dem *revidierten Sanierungsrechts* auch ein *Konzeptwechsel* im Arbeitsvertragsrecht vorgenommen: In gewissen Insolvenzsituationen findet bei einer Betriebsübertragung nur dann ein Übergang des Arbeitsverhältnisses statt, wenn dies zwischen dem Erwerber und dem Veräusserer so vereinbart worden ist (Art. 333b revOR). Diese neue Regelung gilt bei Betriebsübertragungen in der Insolvenz (Randtitel zu Art. 333b revOR). Damit werden Betriebsübertragung in „einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung“ erfasst (Art. 333b Satz 1 revOR). Die Konsultationspflicht gilt jedoch auch in diesen Fällen uneingeschränkt (Art. 333b Satz 2 revOR)<sup>96</sup>.

Damit gilt der gesetzliche Übergang von Arbeitsverhältnissen nach revidiertem Recht nicht (mehr), wenn die Betriebsübertragung während der *Nachlassstundung* erfolgt. Dies gibt somit dem Veräusserer und dem Erwerber

---

<sup>92</sup> FATZER (FN 52), 29; RÜETSCHI (FN 67), 5; FURRER (FN 86), 30; DUC (FN 70), 32; AB NR 2011 (10.077), 1817; AB SR 2012 (10.077), 356; AB NR 2013 (10.077), 621 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga); AB SR 2012 (10.077), 351, 353 (Pirmin Bischof); AB NR 2013 (10.077), 620, 910 (Gabi Huber); AB SR 2013 (10.077), 446, 571 (Martin Schmid); AB NR 2013 (10.077), 912 (Karl Vogler); *a.M.* BIANCHI DORIS, Der Arbeitnehmerschutz ist keine Hürde bei Sanierungen, Die Volkswirtschaft 2010, 31; AB NR 2011 (10.077), 1701 (Corrado Pardini).

<sup>93</sup> D.h. vor dem 1. Januar 2014.

<sup>94</sup> Begleitbericht (FN 7), 21; vgl. STREIFF ULLIN/ VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 333 OR N 7 m.w.H.; MALACRIDA (FN 1), 241; VANDEBROEK (FN 29), 31.

<sup>95</sup> Pressemitteilung des EJPD vom 28. Januar 2009; AB ST 2012 (10.077), 355 (Pirmin Bischof); AB NR 2013 (10.077), 621 (Bundesrätin Simonetta Sommaruga).

<sup>96</sup> BBl 2010, 6496; LORANDI, Sanierungsrecht (FN 1), 105.

einen zusätzlichen Handlungsspielraum. Da aufgrund dieser neuen Rechtslage keine ungewollte Übernahme von Arbeitsverträgen bzw. von „Altlasten“ mehr erfolgen, kann der Erwerber auch keine entsprechende Abzüge vom Kaufpreis mehr machen. Damit werden zum einen die Chancen einer Betriebsveräußerung (und damit einem Überleben der Betriebsteile und entsprechend der Fortsetzung gewisser Arbeitsverhältnisse) steigen. Zum anderen wird der Veräußerer einen höheren Preis lösen, was den Gläubigern zugute kommt.

Der *Konkursaufschub* wird im revidierten Gesetzestext nicht erwähnt. Dabei handelt es sich m.E. nicht um ein Versehen. Die Beibehaltung des Konkursaufschubs als Sanierungsverfahren (im OR) bedeutet keineswegs, dass es sich geradezu aufgedrängt hätte, diesen ebenfalls dem Sonderregime „Betriebsübertragungen in der Insolvenz“ (Randtitel zu Art. 333b revOR) zu unterstellen. So galt denn schon vor Inkrafttreten des revidierten Sanierungsrechts gerade keine generelle Gleichstellung des Konkursaufschubs mit dem Nachlassverfahren. Für den Konkursaufschub bleibt es damit abschliessend und umfassend beim Regime der bisherigen Fassung von Art. 333 OR<sup>97</sup>. Dies wird dazu führen, dass der Konkursaufschub noch weiter an praktischer Bedeutung einbüßen wird.

### III. Fazit

Die Gegenüberstellung des Konkursaufschubs und der Nachlassstundung fällt insgesamt *klar und deutlich zu Gunsten der Nachlassstundung* aus. Dies war gewollt (auch wenn der Konkursaufschub ohnehin hätte abgeschafft werden sollen); die Nachlassstundung sollte ganz gezielt attraktiver gestaltet werden, damit sich Schuldner in Bedrängnis möglichst frühzeitig in ein geordnetes Insolvenzverfahren begeben<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> A.M. offenbar STREIFF/VON KAENEL/ROGER (FN 93), Art. 333 OR N 7 (unter: Konsequenzen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung).

<sup>98</sup> BBl 2010, 6479.

Es bleiben im Wesentlichen drei Konstellationen, da ein Konkursaufschub Sinn macht, weil eine (provisorische) Nachlassstundung in diesen Fällen nicht hilft:

- wenn eine stille Sanierung ohne einen Sachwalter realisiert werden soll<sup>99</sup>;
- wenn eine stille Sanierung mehr als vier Monate dauert<sup>100</sup>;
- wenn aus sonstigen Gründen eine Nachlassstundung zu einer Betriebs-einstellung<sup>101</sup> führen oder ein schwerwiegendes Hindernis darstellen sollte.

---

<sup>99</sup> Bei der provisorischen Nachlassstundung ist dies ausgeschlossen (Art. 293c Abs. 2 lit. d revSchKG).

<sup>100</sup> Eine stille Sanierung ist nur während einer provisorischen Nachlassstundung möglich (Art. 293c revSchKG; die definitive Nachlassstundung muss immer publiziert werden [Art. 296 revSchKG]) und diese kann höchstens vier Monate dauern (Art. 293a Abs. 2 revSchKG).

<sup>101</sup> Dies kann etwa für Sportvereine gelten, wenn diese (aufgrund der Satzungen oder Reglemente) bei einer Nachlassstundung vom Spielbetrieb ausgeschlossen würden (der Verfasser dankt Daniel Hunkeler für diesen Hinweis). Denkbar ist auch, dass Bewilligungen für bestimmte bewilligungspflichtige Tätigkeiten im Falle einer Nachlassstundung entfallen bzw. entzogen werden können.





