

## Neuerungen im schweizerischen Sanierungs- und Insolvenzrecht

Von Prof. Dr. Franco Lorandi, LL.M.,  
Rechtsanwalt bei Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich

### I. Einleitung

Das schweizerische Insolvenzrecht ist im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) geregelt, welches aus dem Jahr 1889 stammt. Trotz seines beachtlichen Alters wurde das Gesetz bisher keiner umfassenden Revision unterzogen, sondern es fanden jeweils nur Teilrevisionen statt (zur letzten Revision vgl. unten II.). Im Bankeninsolvenzrecht ist die Kadenz in der Gesetzgebung – häufig durch die internationale Entwicklung getrieben – zumindest seit der „Bankenkrise“ von 2008 eine ganz andere (zu ausgewählten Fragen dazu vgl. unten III.). Nachfolgend sollen einige ausgewählte Neuerungen dargestellt werden.

### II. Neuerungen im Sanierungsrecht

Das schweizerische Recht umfasst keinen eigentlichen Sanierungserlass. Einzelne Sanierungsmaßnahmen sind im Gesellschaftsrecht geregelt, etwa die Herabsetzung und anschließende Heraufsetzung des Kapitals (Art. 732a des Obligationenrechts; OR) oder, dass die Insolvenz nicht beantragt werden muss, wenn Gläubiger in genügendem Umfang einen sog. Rangrücktritt erklärt haben (Art. 725 Abs. 2 OR).<sup>1</sup> Zudem kann eine Gesellschaft, welche der Insolvenzantragspflicht nachgekommen ist, beim Konkursrichter auch einen sog. Konkursaufschub beantragen (Art. 725a OR). Zumindest in der deutschsprachigen Schweiz ist dieses Verfahren nicht sehr verbreitet.

Größere Verbreitung findet das sog. Nachlassverfahren.<sup>2</sup> Praktisch alle größeren Insolvenzen in der Schweiz (wie etwa die der *Swissair*-Gesellschaften oder die von *Petroplus*) werden über das Nachlassverfahren abgewickelt.<sup>3</sup> Per 1. Januar 2014 ist eine Teilrevision in Kraft getreten. Die wesentlichen Neuerungen sind folgende:

Neu kann eine sog. provisorische Nachlassstundung von bis zu vier Monaten (Art. 293a Abs. 2 SchKG) praktisch voraussetzungslos beantragt werden. Es genügt, die notwendigen Dokumente<sup>4</sup> einzureichen (Art. 293 lit. a SchKG) und darzutun, dass es nicht aussichtslos ist, dass der Schuldner entweder eine Sanierung oder einen sog. Nachlassvertrag erreichen kann (Art. 293a Abs. 3 SchKG). Das Nachlassgericht erteilt die Nachlassstundung „unverzüglich“ und bestellt in aller Regel einen pro-

<sup>1</sup> Gläubiger mit einem Rangrücktritt erhalten in der Insolvenz der schuldnerischen Gesellschaft erst eine Zahlung (Insolvenzdividende), wenn alle anderen Gläubiger vollständig bezahlt sind.

<sup>2</sup> Auch wenn seit einigen Jahren keine statistischen Zahlen mehr erhoben werden, so ist davon auszugehen, dass es in der Schweiz pro Jahr ca. 100 bis 200 Nachlassverfahren gibt (Lorandi, Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) in a Nutshell, 2. Aufl., St. Gallen 2014, § 54 Nr. 3 a. E.).

<sup>3</sup> Das Nachlassverfahren steht zwar auch natürlichen Personen offen. Für diese erweist sich das Verfahren aber in aller Regel als zu teuer.

<sup>4</sup> Dies sind eine aktuelle Bilanz, eine Erfolgsrechnung und ein Liquiditätsplan sowie allenfalls ein Sanierungsplan.

visorischen Sachwalter (Art. 293a Abs. 1 SchKG). Die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung ist nicht anfechtbar (Art. 293d SchKG).

Im Anschluss an die provisorische kann eine definitive Nachlassstundung bewilligt werden, welche weitere vier bis sechs Monate dauert (Art. 294 Abs. 1 SchKG) und auf zwölf oder sogar 24 Monate verlängert werden kann (Art. 295b Abs. 1 SchKG).

In fast allen Fällen ist das Nachlassverfahren die Alternative zum (sofortigen) Konkurs. Dies zeigt sich auch darin, dass dieser – und zwar von Amtes wegen – Platz greift, wenn das Nachlassverfahren nicht zum Ziel führt, weil sich das Verfahren als aussichtslos erweist (Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3 SchKG), dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist (Art. 296b SchKG) oder weil ein Nachlassvertrag nicht zustande gekommen ist (Art. 309 SchKG). Insofern ist der Schuldner gut beraten, sich von Anfang an gut zu überlegen, ob er eine Nachlassstundung beantragen will.

Im Regelfall muss die Bewilligung einer provisorischen Nachlassstundung in den Amtsblättern publiziert werden (Art. 293c Abs. 1 SchKG). Diese Publizität verschärft häufig die Probleme des Schuldners, indem etwa neue Kunden nicht kontrahieren wollen, bestehende Kunden Aufträge stornieren, Lieferanten Vorauszahlung verlangen oder Mitarbeiter und Vertragspartner abspringen. Aufgrund dessen kann neu in „begründeten Fällen“ eine Publikation für die Dauer der provisorischen<sup>5</sup> Stundung (von höchstens vier Monaten) unterbleiben, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist (Art. 293c Abs. 2 SchKG).

Da die Nachlassgerichte (aus Gläubigeroptik) sehr zurückhaltend sind, „stille“ Nachlassstundungen zu bewilligen, muss der Schuldner in seinem Gesuch sehr gut begründen, weshalb er zwingend auf eine solche angewiesen ist und dass der Schutz der Dritten (namentlich der Gläubiger) sichergestellt ist.

Die Nachlassstundung dient in erster Linie dem Schutz des Schuldners, indem gegen ihn geführte Beteiligungen (Einzelvollstreckungen) nicht fortgeführt und neue nicht eingeleitet werden können (Art. 297 Abs. 1 SchKG). Auch eine Arrestlegung ist ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 3 SchKG). Prozesse vor schweizerischen Behörden werden sistiert (297 Abs. 5 SchKG). Wenn der Schuldner einzelnen Gläubigern (meist Banken) im Rahmen einer sog. generellen Debitorenzession sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen abgetreten hat, dann verliert diese Zession mit Gewährung der Nachlassstundung ihre Wirkung, soweit die Sicherungsforderungen nach der Nachlassstundung entstehen (Art. 297 Abs. 4 SchKG). Der Schuldner kann damit während der Nachlassstundung wieder über die Liquidität aus der Fortführung der Geschäftstätigkeit verfügen. Der Sicherungsgläubiger müsste eine Bewilligung des Nachlassgerichts erlangen, wenn er das Sicherungsrecht auch bezüglich solcher Forderungen ausüben wollte, die nach der Nachlassstundung entstanden sind (Art. 298 Abs. 2 SchKG).

*Damoklesschwert  
der sofortigen  
Konkursöffnung*

*„Stilles“ Verfahren*

*Wirkungen der  
Stundung  
zugunsten des  
Schuldners*

<sup>5</sup> Eine definitive Nachlassstundung muss immer veröffentlicht werden (Art. 296 SchKG).

*Auflösung von  
Dauerschuld-  
verhältnissen*

Dauerschuldverhältnisse (wie etwa Miete, Pacht, Leasing, Factoring) binden die Parteien allenfalls über längere Zeit, weil sie auf eine feste, lange Dauer abgeschlossen oder lange Kündigungsfristen zu beachten sind. Wenn der Schuldner im Rahmen einer Sanierung wesentliche betriebliche Anpassungen vornehmen muss, können solche Dauerschuldverhältnisse hinderlich sein. Der Schuldner kann deshalb neu während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters solche Dauerschuldverhältnisse<sup>6</sup> kündigen.<sup>7</sup> Die Kündigung kann jederzeit und auf einen beliebigen Zeitpunkt hin erfolgen (Art. 297a SchKG). Die Gegenpartei muss aber (voll) entschädigt werden. Dabei handelt es sich aber nur um eine Insolvenzforderung, welche im Umfang der Aktivmasse und nach Maßgabe der Gläubigerklassen<sup>8</sup> dividendenberechtigt ist.<sup>9</sup>

Dieses Kündigungsrecht des Schuldners unterliegt jedoch einer maßgeblichen Restriktion, da vorausgesetzt ist, dass „andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde“ (Art. 297a S. 1 SchKG). Die Praxis wird erst noch zeigen müssen, ob man diese Restriktion zum vollen Nennwert nehmen muss (womit vorzeitige Kündigungen praktisch ausgeschlossen wären) oder ob es genügt, dass die vorzeitige Kündigung des Vertrages dem Sanierungszweck zumindest förderlich ist.

*Anfechtungs-  
resistenz von  
Rechtshandlungen*

Rechtsgeschäfte, welche vor der Insolvenz vollzogen werden, unterliegen in „einem Blick zurück“ der insolvenzrechtlichen Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG).<sup>10</sup> Auch Rechtsgeschäfte, welche während der Nachlassstundung vorgenommen werden, unterliegen der Anfechtung. Dies gilt dann, wenn es nachfolgend zum Konkurs kommt oder wenn ein sog. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zustande kommt (welcher einem Konkurs sehr nahe kommt).

Diese Anfechtungsmöglichkeit schafft für Gegenparteien, welche mit dem Schuldner während der Nachlassstundung kontrahieren, Rechtsunsicherheit. Dies gilt namentlich, wenn während der Stundung der Geschäftsbetrieb oder Betriebsteile veräußert werden sollen. Diese Rechtsunsicherheit kann dazu führen, dass entweder Veräußerungsgeschäfte gar nicht oder nur zu tieferen Preisen<sup>11</sup> möglich sind. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen, können neu Rechtsgeschäfte während der Nachlassstundung der Genehmigung des Nachlassgerichts unterbreitet werden, womit sie per se nicht mehr der Anfechtung unterliegen (Art. 285 Abs. 3 SchKG). Offen ist zurzeit die Frage, ob ein Gericht nur auf Gesuche eintreten muss, welche Rechtsgeschäfte beschlagen, die von Gesetzes wegen der Genehmigung bedürfen (Art. 298 Abs. 2 SchKG),<sup>12</sup> oder ob jegliche Geschäfte dem Richter zur Genehmigung unterbreitet werden können.

6 Ausgenommen sind Arbeitsverträge (Art. 297a S. 2 SchKG).

7 Dies gilt unbesehen dessen, welches nationale Recht auf den Vertrag Anwendung findet. Das außerordentliche Beendigungsrecht kommt als Regel des schweizerischen Vollstreckungsrechts zwingend zur Anwendung, wenn das Insolvenzverfahren in der Schweiz durchgeführt wird. Dies gilt auch, wenn der Vertrag ausländischem Recht untersteht.

8 Das schweizerische Recht kennt drei Gläubigerklassen für ungesicherte Forderungen (Art. 219 Abs. 4 SchKG).

9 Es handelt sich nicht um eine sog. Masseverbindlichkeit, welche vollständig befriedigt werden muss (Art. 262 SchKG).

10 In der Schweiz spricht man (in Abgrenzung zu zivilrechtlichen Anfechtungstatbeständen) von der sog. paulianischen Anfechtung (da das Institut auf die römisch-rechtliche *actio pauliana* zurückgeht).

11 Dies ist insofern ein Paradoxon, als höhere Preise die Anfechtung ausschließen bzw. das Anfechtungsrisiko reduzieren würden.

12 Dazu gehören (abschließend) die Veräußerung oder Belastung von Anlagevermögen, das Bestellen von Pfändern, das Eingehen von Bürgschaften oder das Eingehen von unentgeltlichen Verfügungen (Art. 298 Abs. 2 SchKG).

Der Gläubiger will von seinem Schuldner in der Regel eine Zahlung in Geld – und zwar eine möglichst hohe. Der Schuldner wird jedoch häufig nicht über genügend Liquidität verfügen, um die Gläubiger im Rahmen eines Nachlassvertrages kurzfristig und substanziell bezahlen zu können. Aus diesem Grund ist es einem Schuldner neu möglich, seine Gläubiger ganz oder teilweise mit Anteilsrechten an der schuldnerischen Gesellschaft oder einer Auffanggesellschaft zu „bezahlen“. Dies ist bei allen Arten von Nachlassverträgen<sup>13</sup> möglich (Art. 314 Abs. 2, Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup> SchKG).

Aus Sicht des Schuldners ist dies zu begrüßen, da ihm damit ein flexibleres Instrument zur Verfügung steht. Gläubiger werden damit beschränkt glücklich sein, da sie damit für einen Teil ihrer Forderung kein Geld, sondern Anteilsrechte erhalten, welche kaum handelbar sind.<sup>14</sup> Eine Abgeltung durch Anteilsrechte muss im Nachlassvertrag vorgesehen sein; sie bedarf der Zustimmung der Gläubiger. Das Angebot muss damit so attraktiv sein, dass es von den Gläubigern in großer Zahl angenommen wird.<sup>15</sup> Zudem muss auch das *Nachlassgericht* den Nachlassvertrag zu dessen Verbindlichkeit genehmigen (Art. 306 SchKG), womit dieser auch den nicht zustimmenden Gläubigern gegenüber Verbindlichkeit erlangt (Art. 310 Abs. 1 SchKG).

Der europäischen Rechtslage folgend, sieht das schweizerische Privatrecht seit einigen Jahren vor, dass bei einer Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils die „dazu gehörigen“ Arbeitsverhältnisse automatisch (von Gesetzes wegen) auf den Übernehmer übergehen (Art. 333 OR). Inwiefern diese Rechtsfolge auch gilt, wenn die Betriebsübertragung aus der Insolvenz der übertragenden Partei erfolgt, war unklar. Diese unsichere Rechtslage führte dazu, dass Betriebsübertragungen aus der Insolvenz nur zurückhaltend oder gar nicht erfolgten. Damit verkehrte sich der angestrebte Arbeitnehmerschutz ins Gegenteil.

Neu gilt folgende Rechtslage: Erfolgt die Betriebsübertragung während der Nachlassstundung<sup>16</sup> (über den Schuldner/Arbeitgeber), so geht das Arbeitsverhältnis nicht mehr von Gesetzes wegen auf den Erwerber über. Dieser kann vielmehr mit dem bisherigen Arbeitgeber vereinbaren,<sup>17</sup> welche Arbeitsverhältnisse übernommen werden sollen und welche nicht (Art. 333a OR). Für die nicht übernommenen Arbeitsverhältnisse haftet der Übernehmer nicht. Damit werden Betriebsübertragungen während der Insolvenz erleichtert und es können mehr Arbeitsplätze erhalten werden.

*Abgeltung der  
Gläubiger mit  
Anteilsrechten*

*Arbeitsverhältnisse  
bei Betriebsüber-  
gang*

<sup>13</sup> Im Konkurs geht dies nicht.

<sup>14</sup> Anders wäre es, wenn die Anteilsrechte börsennotiert wären.

<sup>15</sup> Die ungesicherten, nicht privilegierten Gläubiger müssen mit *qualifiziertem Quorum* zustimmen: Dies ist entweder die Mehrheit der Gläubiger, welche zwei Drittel der gesamten Forderungssumme vertreten, oder ein Viertel der Gläubiger, welche drei Viertel der gesamten Forderungssumme vertreten (Art. 305 Abs. 1 SchKG).

<sup>16</sup> Gleiches gilt bei der Übertragung im Konkurs; solche Fälle sind aber äußerst selten.

<sup>17</sup> Insofern ist ein *Cherry Picking* möglich.

Ausblick

Die dargestellten Neuerungen sind nicht revolutionär.<sup>18</sup> Sie liefern aber wertvolle, gezielt einsetzbare Instrumente für den Schuldner oder den Sachwalter, um entweder die Sanierungschancen zu verbessern oder zumindest die Dividende (Quote) für die Gläubiger zu erhöhen. Die Praxis wird zeigen, welche dieser Neuerungen gut aufgenommen werden und welche schwieriger umgesetzt werden können. Die bisher (seit Anfang 2014) gemachten Erfahrungen sind überwiegend positiv.

### III. Neuerungen im grenzüberschreitenden Insolvenzrecht

Grenzüberschreitende Insolvenz von Banken

Für Banken und Effektenhändler gilt in der Schweiz in verschiedener Hinsicht ein Sonderregime. Dieses gilt seit September 2011 auch für die Anerkennung von ausländischen Insolvenzdekreten: Anstelle des Gerichts ist die schweizerische Finanzmarktbehörde (FINMA) für die Anerkennung von ausländischen Insolvenzdekreten zuständig (Art. 37g Abs. 1 des Bankengesetzes [BankG]). Sie verfügt über ein flexibleres Instrumentarium: Zum einen kann die FINMA die Anerkennung auch erteilen, wenn kein Gegenrecht vorliegt, sofern dies im Interesse der Gläubiger liegt (Art. 10 Abs. 2 BIV-FINMA). Dies ist ein fundamentaler Unterschied zum Regime für Nicht-Banken.

Zum anderen kann die FINMA auf die Eröffnung eines schweizerischen Hilfskonkursverfahrens verzichten und das in der Schweiz belegene Vermögen unmittelbar dem ausländischen Insolvenzverwalter zur Verfügung stellen. Dies setzt voraus, dass die pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Schweizer Gläubigern im ausländischen Verfahren gleichwertig behandelt werden. Zudem müssen auch die übrigen Forderungen von Schweizer Gläubigern angemessen berücksichtigt werden (Art. 37g Abs. 2 BankG). Dieses Regime wurde erstmals im Nachgang zur *Lehman-Brothers*-Insolvenz angewendet; es hat sich dabei und seither gut bewährt.

Damit die FINMA die notwendige Prüfung vornehmen kann, muss der ausländische Insolvenzverwalter darlegen, wie die Forderungen von schweizerischen Gläubigern im ausländischen (Haupt-)Verfahren behandelt werden. Sofern im ausländischen Verfahren keine Forderungen von schweizerischen Gläubigern geltend gemacht werden bzw. geltend gemacht worden sind, stellen sich keine Probleme.

Grenzüberschreitende Insolvenz von Nicht-Banken

Das schweizerische Insolvenzrecht basiert zurzeit auf dem Territorialitätsprinzip. Dies bedeutet namentlich, dass sich die Schweiz „Eingriffe“ von außen auf die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte verbittet. Im grenzüberschreitenden Verhältnis hat dies zur Folge, dass eine im Ausland eröffnete (Haupt-)Insolvenz keine unmittelbaren Wirkungen in der Schweiz entfaltet. Einem ausländischen Insolvenzverwalter kommen keine Befugnisse in der Schweiz zu. Er muss vielmehr das ausländische Insolvenzerkenntnis in der Schweiz anerkennen lassen.

Dies setzt unter anderem voraus, dass der ausländische Staat ein Gegenrecht hält (Art. 166 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht; IPRG). Da die Insolvenzordnungen weltweit sehr unterschiedlich ausgestaltet sind, ist nur

<sup>18</sup> Das ist die (schweizerische) Gesetzgebung ohnehin fast nie.

schon unklar, was genau gefordert ist, damit ein „Gegenrecht“ gegeben ist. In Bezug auf rund 20 Staaten scheint etabliert,<sup>19</sup> dass ein Gegenrecht besteht; dazu gehören (was Europa betrifft) etwa Deutschland,<sup>20</sup> Österreich, England, Frankreich, Spanien, Italien oder Griechenland. Für den „Rest der Welt“ ist die Rechtslage schlicht unklar. Immerhin zeigt sich die Tendenz, dass das Bundesgericht bereit ist, (namentlich vor dem Hintergrund der viel moderneren Regelung im Bankenrecht [dazu oben III.] und der europaweiten Tendenz zur Lockerung des Gegenrechtserfordernisses) im Rahmen der Auslegung in formeller Hinsicht keine allzu strengen Anforderungen an das Gegenrecht zu stellen.<sup>21</sup>

Auch wenn (aufgrund des Gegenrechts) das ausländische Insolvenzdekret anerkannt wird, kommen dem ausländischen Insolvenzverwalter in der Schweiz keine Befugnisse zu. Es findet vielmehr ein Hilfskonkursverfahren in der Schweiz statt, welches vom schweizerischen Konkursamt am Lageort der Vermögensobjekte geführt wird (Art. 167 ff. IPRG). Der Erlös aus der Verwertung der in der Schweiz belegenen Aktiven, wird zunächst im schweizerischen Verfahren an die Pfandgläubiger und die schweizerischen Gläubiger mit privilegierten Forderungen ausgerichtet (Art. 172 IPRG). Ein Überschuss wird dem ausländischen Insolvenzverwalter ausgerichtet, sofern dessen (ausländischer) Verteilplan (Tabelle) in der Schweiz anerkannt werden kann (Art. 173 IPRG).

Im Oktober 2015 hat der Bundesrat eine Gesetzesvorlage vorgelegt, welche das internationale Insolvenzrecht für Nicht-Banken maßgeblich modernisieren will. Mit wesentlichen Änderungen im Gesetzgebungsverfahren dürfte wohl nicht zu rechnen sein. Wann das neue Regime in Kraft tritt, kann noch nicht gesagt werden.

Die Vorlage lehnt sich stark an das Regime für Banken an (vgl. dazu oben): Auf das Erfordernis des Gegenrechts wird vollständig verzichtet. Auf die Durchführung eines Hilfskonkursverfahrens in der Schweiz kann sodann verzichtet werden, wenn sich keine pfandgesicherten Gläubiger (mit einem Pfandobjekt in der Schweiz) und keine schweizerischen privilegierten Gläubiger melden. Diesfalls wird das in der Schweiz belegene Vermögen dem ausländischen Insolvenzverwalter zur Verfügung gestellt. Dieser kann an diesen Vermögenswerten alle Befugnisse ausüben, die dem Schuldner vor der Insolvenzeröffnung zustanden. Hoheitliche Verfügungen kann der Insolvenzverwalter in der Schweiz jedoch nicht vornehmen.



**Prof. Dr. Franco Lorandi** ist Titularprofessor an der Universität St. Gallen (HSG) für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht sowie als Rechtsanwalt in der Kanzlei Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich, tätig.  
E-Mail: [lorandi@hol-law.ch](mailto:lorandi@hol-law.ch)

<sup>19</sup> Dies ist eine „Momentaufnahme“, da die ausländischen Rechtsordnungen (unter Einschluss der Gerichtspraxis) einem steten Wandel unterworfen sind. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem in der Schweiz um Anerkennung nachgesucht wird.

<sup>20</sup> In Bezug auf Deutschland gibt es auch noch alte Staatsverträge, welche regional von Bedeutung sein können.

<sup>21</sup> Bundesgerichtsurteil 5A\_248/2014 vom 27. März 2015, E. 4.