

Natürlich hat das Verfahren Mängel – der schwerwiegendste ist das fehlende gerichtliche Bestätigungsverfahren, mit welchem die Gläubiger zur Teilnahme am Nachlassvertrag verpflichtet werden können. Entsprechende Anpassungen wären bei einer künftigen SchKG-Revision sehr zu empfehlen. Dieser Artikel soll deshalb auch ein Beitrag dazu sein, das Verfahren besser bekannt zu machen und Politiker und Experten auf notwendige Korrekturen hinzuweisen.

Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht*

Franco Lorandi, Prof. Dr. iur., LL.M., Holenstein Rechtsanwälte AG, Zürich

I. Einleitung¹

Die Motivation, sich über Verbesserungsvorschläge des Sanierungsrechts Gedanken zu machen, ist eine direkte *Folge der Swissair-Insolvenz*. Die Historie zu den aktuellen Änderungsvorschlägen lässt sich im Überblick wie folgt zusammenfassen: In den Jahren 2002 und 2003 er-

* Vortrag gehalten an der Jahresversammlung 2011 der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz am 27. Mai 2011 in St. Gallen. Vorliegend handelt es sich um eine mit Fussnoten versehene, leicht erweiterte Fassung des Vortragsmanuskripts. Der Vortragsstil wurde grundsätzlich beibehalten.

¹ *Literatur* zur vorgeschlagenen Gesetzesänderung: *Jos Vandebroek*, Gläubiger stehen bei Sanierungen oft im Regen, Zweifelhafte Verbesserungen des schweizerischen Nachlassrechts, NZZ Nr. 189 vom 18. August 2009; *Franz Studer*, Das Retentionsrecht im neuen Sanierungsverfahren: Abschaffung von Gläubigerprivilegien zur Verbesserung der Sanierungsaussichten von Unternehmungen?, AJP 2009, 1453 ff.; *Daniel Hunkeler*, Neues zur Revision des Unternehmenssanierungsrechts, Jusletter 25. Januar 2010; ders., Umfassende Revision des Sanierungsrechts lanciert, Jusletter 13. September 2010; *Thomas Bauer*, Möglichkeiten zur Sanierung verbessern, Finanz und Wirtschaft vom 23. April 2011, S. 20; *David Rüetschi*, Zur Revision des Sanierungsrechts, Die Volkswirtschaft 2010, 4 ff.; ders., Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2010, njus.ch, Bern 2011, 39 ff., 181 ff.; *Peter Fatzler*, Erleichterungen für Auffanggesellschaften, Genügt die Revision des Sanierungsrechts?, Die Volkswirtschaft 2010, 28 f.; *Urs Furrer*, Sanierungen erleichtern, flexibleres Arbeitsrecht bewahren, Die Volkswirtschaft, 30; *Doris Bianchi*, Der Arbeitnehmerschutz ist keine Hürde bei Sanierungen, Die Volkswirtschaft 2010, 31; *Pablo Duc*, Die laufende Revision des Unternehmenssanierungsrechts aus praktischer Sicht, Die Volkswirtschaft 2010, 32; *Markus Roth*, Revision des Sanierungsverfahrens: Schuldnerfreundlich, gläubigerfeindlich, Die Volkswirtschaft 2010, 33; *Ramon Mabillard*, Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren – Prozessuale Kompensation des materiell-rechtlichen Eingriffs gemäss Art. 297a VE-SchKG, BJSchK 2010, 189 ff.; ders., Konkursaufschub: Provisorische Nachlassstundung ohne Sachwalter? – Konzeptionelle Überlegungen zum Vorentwurf eines neuen Sanierungsverfahrens, ZZZ 2009, 363 ff.; *Denise Kreuzt*, Sozialpläne – Zweck, Inhalt und Auswirkungen in einem Nachlassstundungs- bzw. Konkursverfahren, Jusletter 21. Februar 2011.

gingen *verschiedenste parlamentarische Vorstösse*, welche Einzelaspekte zu einem verbesserten Sanierungsrecht thematisierten² 3.

Im Sommer setzte das Bundesamt für Justiz eine *Expertengruppe* ein mit dem Auftrag, den Reformbedarf des Insolvenzrechts abzuklären⁴. Im März 2005 erstattete die Expertengruppe ihren ersten Bericht und machte verschiedene generelle Vorschläge⁵. Für die zweite Phase wurde die Expertengruppe mit einem Vertreter ihrer Konferenz, nämlich Stephan Bölli, ergänzt⁶. Im Juni 2008 erstattete die Expertengruppe ihren Bericht samt einem konkreten Vorentwurf für gesetzliche Änderungen⁷.

Im Januar 2009 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zu seinem Vorentwurf. Dieser entsprach fast vollständig dem Vorentwurf der Expertengruppe. Zudem gab das Justizdepartement zusammen mit dem SECO eine rechtsvergleichende Studie zu verschiedenen insolvenzrechtlichen Fragen in Auftrag. Auf diese Studie⁸ nahm der Bundesrat in seiner Botschaft vom September 2010 mehrfach Bezug⁹. Der Entwurf des Bundesrates entsprach mit wenigen Ausnahmen dem Vorentwurf.

Im März sowie Mai 2011 fanden die vorberatenden Diskussionen in der Rechtskommission des Nationalrates (als Erstrat) statt. Die Beratung im Nationalrat (Plenum) ist für die Sommersession 2011 vorgesehen. Der Ständerat (als Zweitrat) dürfte wohl erst im Jahre 2012 (und damit nach den Wahlen vom Herbst 2011) über die Vorlage befinden.

Insofern ist auf Grunde des pendenten Gesetzgebungsprozesses nur eine *Momentaufnahme* möglich.^{9a} Da politisch heikle Fragen, namentlich solche zum Arbeits- und Mietrecht zu behandeln sein werden, ist mit einer intensiven Diskussion zu diesen Themen im Parlament zu rechnen. Die rein verfahrensrechtlichen Aspekte dürften erfahrungsgemäss zu wenig Diskussionen unter den Parlamentariern Anlass geben.

II. Probleme des geltenden Rechts

Das geltende Recht kennt *kein spezielles, eigenständig geregeltes Sanierungsrecht* – weder für Unternehmen noch für Privatpersonen. Ge-

² Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung, Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, April 2005, S. 1 (nachfolgend «Bericht I»).

³ Ein Grossteil dieser parlamentarischen Vorstösse kann mit der Annahme des Sanierungsrechts abgeschrieben werden (BBI 2010 6455, 6469).

⁴ Der Expertengruppe gehörten (in der Phase I) an Dominik Gasser (Vorsitz), Daniel Hunkeler, Franco Lorandi, Isaak Meier, Henry Peter, Daniel Staehelin, Karl Wüthrich sowie Monique Albrecht (Bericht I, S. 2).

⁵ Bericht I.

⁶ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Juni 2008 (nachfolgend «Bericht II»), S. 3.

⁷ Bericht II.

⁸ *Olivier Dunant et. al*, Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 19, Seco 2010, S. 13 ff.; vgl. auch *Oliver Dunant/Sylvia Iynedjian*, Das Konkursrecht in fünf Ländern mit einer qualitativ hochstehenden Rechtsanwendung, Die Volkswirtschaft 2010, 8 ff.

⁹ BBI 2010 6467 ff., 6474 f., 6488 f.

^{9a} Zu den neusten Entwicklungen im Gesetzgebungsprozess vgl. unten IX.

wisse Teilaspekte (wie etwa die einvernehmliche private Schuldenbereinigung¹⁰ oder das Nachlassverfahren¹¹) sind im SchKG geregelt. Andere Aspekte, wie etwa der Konkursaufschub für Kapitalgesellschaften sind im Obligationenrecht geregelt¹².

In der Praxis hat sich in Bezug auf verschiedene Fragekomplexe gezeigt, dass eine wesentliche *Rechtsunsicherheit* besteht. Während sich die Praxis in aller Regel auf jede, irgendwie geartete (klare) Rechtslage einstellen kann, ist allein der Umstand, dass die Rechtslage unklar oder unsicher ist, Grund dafür, dass Sanierungen scheitern oder schon gar nicht in Angriff genommen werden.

A. Quellen von Rechtsunsicherheit

Quellen der Rechtsunsicherheit sind namentlich folgende: (i) Gelten die gesetzlichen Regelungen bei *Betriebsübernahmen*¹³ und bei *Massentlassungen*¹⁴ auch dann, wenn die Betriebsübernahme oder die Massentlassung, im Zusammenhang mit einem SchKG-Verfahren erfolgen?¹⁵

(ii) *Veräusserungen von Aktiven* (namentlich Anlagevermögen oder von ganzen Betriebsteilen) während der *Nachlassstundung* unterliegen der *paulianischen Anfechtung*¹⁶ und zwar unbesehen des Umstandes, dass solche Veräusserungsgeschäft mit Zustimmung des Sachwalters und allenfalls (bei der Veräusserung von Anlagevermögen) sogar mit Genehmigung des Nachlassrichters¹⁷ erfolgten. Dies führt in der Praxis dazu, dass der Erwerber einen Preisabschlag für das Anfechtungsrisiko macht. Dies geht zulasten des Nachlassschuldners und damit dessen Gläubiger.

(iii) Sogenannte *Sanierungsdarlehen* sind in der Schweiz gesetzlich nicht geregelt. Zum einen besteht die Gefahr, dass solche Darlehen (namentlich von Aktionären oder nahestehenden Personen) zwangsweise als subordiniert betrachtet werden (sog. eigenkapitalähnliche Darlehen)¹⁸. Zum anderen hat das Bundesgericht mit seiner Rechtsprechung zur paulianischen Anfechtung angedeutet, dass Sanierungsdarlehen allenfalls sogar insofern privilegiert behandelt werden könnten, als dass deren Rückzahlung nicht der paulianischen Anfechtung unterliegt¹⁹. Das Sanierungsdarlehen wird mit der Gesetzesrevision nicht geregelt²⁰. Die Expertengruppe konnte nicht zu einer gemeinsamen Sichtweise kommen.

¹⁰ Art. 333 ff. SchKG.

¹¹ Art. 293 ff. SchKG.

¹² Art. 725a OR.

¹³ Art. 333 OR.

¹⁴ Art. 335d ff. OR.

¹⁵ BBl 2010 6495. Für einen Kurzüberblick über den Meinungsstand vgl. Bericht II, S. 21.

¹⁶ Art. 285 ff. SchKG.

¹⁷ Art 298 Abs. 2 SchKG.

¹⁸ Vgl. Urteil 5C.226/2005 vom 2. März 2005, E. 3 f.

¹⁹ BGE 134 III 458.

²⁰ BBl 2010 6466 f.

B. Gründe, weshalb Sanierungen scheitern

Zudem hat sich in der Praxis gezeigt, dass es rein faktisch verschiedene Gründe bzw. Umstände gibt, weshalb Sanierungen nicht möglich oder nicht erfolgreich sind: (i) Ein Hauptgrund in Bezug auf Kapitalgesellschaften ist sicherlich, dass deren *Organe* – trotz den gesetzlichen Handlungspflichten gemäss Art. 725 OR – *zu spät handeln*. Der Faktor Zeit ist bei einer Sanierung aber bekanntlich sehr wesentlich. Dies gilt vor allem auch deshalb, da bei späterem Handeln oftmals der finanzielle Handlungsspielraum immer enger wird. Damit schwinden die Sanierungschancen signifikant. Da die Handlungspflichten der Organe im materiellen Recht (namentlich im Gesellschaftsrecht) geregelt sind, ist das SchKG für diese Fragen nicht «zuständig». Diese Fragen werden im Rahmen der (epischen) Revision zum Aktien- bzw. Revisionsrecht behandelt. Mit der Gesetzesrevision soll jedoch der Zugang zur Nachlassstundung erleichtert werden²¹.

(ii) Häufig zeigt sich, dass ein Schuldner in unvorteilhaften und auf lange Dauer befristeten *Dauerschuldverhältnissen* geradezu «gefangen» ist. Dieser «Ballast» verringert den Handlungsspielraum des Schuldners und reduziert häufig seine Sanierungsmöglichkeiten.

(iii) Das *Retentionsrecht des Vermieters* (von Geschäftsräumen²²) erweist sich in der Regel in zweierlei Hinsicht als hinderlich: Zum einen können keine regulären Verkäufe ab Lager mehr erfolgen, wenn der Vermieter nicht voll bezahlt wird. Zum anderen ist ein Betriebsverkauf (inkl. Lagerbestände) ohne Einbindung des Vermieters nicht möglich.

(iv) Mit Einführung des *Privilegs* (in der zweiten Klasse) für *Mehrwertsteuerforderungen* per 1. Januar 2010²³ hat sich die Situation noch einmal zu Lasten der Schuldner verschlechtert. Vor allem wenn ein Schuldner einen Nachlassvertrag anbieten will, ist das neue Privileg sehr hinderlich, da bekanntlich alle privilegierten Forderungen vollständig gedeckt sein müssen²⁴.

(v) Wie bereits gesagt²⁵ sind die *diversen Quellen von Rechtsunsicherheit* ein Grund für sich, weshalb Sanierungen scheitern können.

III. Vorbemerkungen

Sanierungen beschlagen verschiedene Fragen und damit auch verschiedene Fach- und Rechtsgebiete: Jede Sanierung muss bei den betriebswirtschaftlichen Faktoren (Gewinn, Rentabilität, Eigenkapital, Kapitalkosten etc.) der Unternehmung beginnen. Sanierungsmassnahmen haben fast immer eine Auswirkung auf das materielle Recht, da verschiedene Rechtsverhältnisse davon betroffen sind oder betroffen sein

²¹ Bericht II, S. 9.

²² Art. 268 OR. Gleiches gilt bei der Pacht (Art. 299c OR).

²³ Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e SchKG.

²⁴ Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

²⁵ Vgl. II.A. oben.

können. Schliesslich muss für Sanierungsmassnahmen häufig auch das Verfahrensrecht (sei es der Konkursaufschub oder sei es das SchKG) mit einbezogen werden. Insofern spielt sich jede Sanierung im «*Bermuda-Dreieck*» zwischen *betriebswirtschaftlichen Massnahmen, materiellem Recht und Verfahrensrecht* ab.

Da der Bundesrat (auch vor dem Hintergrund der damals hängigen parlamentarischen Vorstösse) die Probleme wohl primär im Verfahrensrecht geortet hat, hat er zum überwiegenden Teil «Verfahrensrechtler» in die Expertengruppe berufen. Man kann diese gut und gerne als «*SchKG-Truppe*» bezeichnen²⁶.

Wenn man sich den Änderungsvorschlag des Bundesrates ansieht, welcher von wenigen Aspekten abgesehen vollumfänglich dem Vorschlag der Expertengruppe entspricht, dann fällt zweierlei auf: Zum einen betreffen die meisten Änderungen rein *anzahlmässig Bestimmungen des SchKG*. Diese Änderungen sind meist nur punktueller Natur. Im Wesentlichen wurde am bisherigen Konzept des Nachlassverfahrens festgehalten. Zum anderen sind (wenn auch in geringer Anzahl) *sehr wichtige Änderungen im materiellen Recht* vorgesehen. Diese sind Ausfluss der Überzeugung und Erkenntnis der Expertengruppe, dass eine (substantielle) Verbesserung des Sanierungsrechtes nur möglich ist, wenn (gezielt) in das materielle Recht eingegriffen wird bzw. dieses geändert wird.

IV. Ein- und Ausgang der Sanierung

Wie bereits erwähnt ist das geltende Recht davon geprägt, dass es kein eigentliches (schon gar kein einheitliches) Sanierungsrecht gibt²⁷. Das geltende Recht ist von einer eigentlichen Dualität geprägt: Gewisse Aspekte sind im Obligationenrecht geregelt (Konkursaufschub). Andere Aspekte sind im SchKG zu finden (einvernehmliche privaten Schuldenbereinigung, Nachlassverfahren).

Dies Dualität soll beseitigt werden. Die Bestimmungen über den Konkursaufschub werden aufgehoben. Materiell wird die wichtige Möglichkeiten der sog. «stillen» Sanierung (gemäss geltendem Konkursaufschubrecht) ins neue Nachlassvertragsrecht integriert. Insofern soll eine *breitere, dafür eine einzige Eingangstüre* zu Sanierungsmassnahmen geschaffen werden. Diese Eingangstüre heisst immer Nachlassstundung. Neu soll auch eine «stille» provisorische Nachlassstundung möglich sein, das heisst, dass die Nachlassstundung nicht publiziert wird²⁸. Ziel dieser Massnahmen ist es, das früher als bisher ein formelles Verfahren eingeleitet wird.

²⁶ Ohne damit selbstverständlich den Mitgliedern zu nahe treten oder deren ausgewiesenes Fachwissen zum materiellen Recht negieren zu wollen.

²⁷ Vgl. II.

²⁸ Art. 293c Abs. 2 E-SchKG. Voraussetzung ist, dass der Schutz Dritter (namentlich der Gläubiger) gewährleistet ist. Insofern muss die «stille» Nachlassstundung die Ausnahme darstellen.

In formeller Hinsicht soll die Eingangshürde für die Einleitung eines Nachlassverfahrens tiefer gesetzt werden. Generell soll der Zugang zum Nachlassverfahren erleichtert werden²⁹. So muss etwa mit dem Gesuch um Nachlassstundung kein Entwurf für ein Nachlassvertrags mehr unterbreitet werden³⁰. Dafür ist neu vorgesehen, dass mit dem Gesuch um Nachlassstundung ein *Liquiditätsplan* und ein *provisorischer Sanierungsplan* vorgelegt werden müssen³¹.

Neu geregelt wird, dass ein Nachlassverfahren – je nach Entwicklung der Sanierung – in *drei mögliche Ausgänge* münden kann:

- Wenn die Sanierung während der Nachlassstundung gelingt, dann kann die *Nachlassstundung aufgehoben werden*³².
- Wenn die Gläubiger zustimmen und der Nachlassrichter die Genehmigung erteilt, kommt (wie bisher) ein *Nachlassvertrag* (sei es ein ordentlicher oder ein solcher mit Vermögensabtretung) zustande³³.
- Wenn sich erweist, dass eine *Sanierung nicht möglich ist*, ein Nachlassvertrag nicht zustande kommt oder der Schuldner den Weisungen des Sachwalters zuwider handelt, kann bzw. (in gewissen Fällen) wird der *Konkurs* von Amtes wegen (und nicht mehr wie bisher nur auf Antrag eines Gläubigers³⁴) *eröffnet* werden³⁵.

V. Grösserer Handlungsspielraum des Schuldners

A. Beschränkte Wirkung von generellen Debitorenzessionen bei Bewilligung einer Nachlassstundung

Häufig lassen sich kreditgebende Gläubiger (namentlich Banken) sogenannte generelle Debitorenzessionen einräumen. Dies bedeutet, dass der Schuldner (je nachdem, wie sich der kreditgebende Gläubiger verhält) allenfalls gerade dann, wenn er es am nötigsten hat, nicht mehr über seine Debitoreingänge verfügen kann. Dies vergrössert sein (in Sanierungssituationen notorisches) Liquiditätsmanko noch zusätzlich.

Schon nach heutigem Recht verlieren generelle Debitorenzessionen mit Gewährung einer Nachlassstundung ihre Wirkung in Bezug auf solche Debitorforderungen, welche nach der Nachlassstundung entstanden sind. Die Sicherungswirkung kann nur (wieder) bewirkt werden, wenn der Nachlassrichter seine Zustimmung erteilt³⁶. Diese Rechtslage ist aber noch nicht überall so erkannt worden.

²⁹ BBl 2010 6467.

³⁰ Art. 293 lit. a E-SchKG.

³¹ Art. 293 lit. a E-SchKG.

³² Art. 296a E-SchKG.

³³ Art. 305 f. E-SchKG.

³⁴ Art. 309 SchKG.

³⁵ Art. 293a Abs. 3, Art. 294 Abs. 3, Art. 296b E-SchKG.

³⁶ Art. 298 Abs. 2 SchKG.

Diese (in der Substanz klare, jedoch in der Praxis nicht überall anerkannte) Rechtslage soll mit der Gesetzesänderung klargestellt werden³⁷. Damit gewinnt der Schuldner mit Bewilligung der Nachlassstundung sofort laufende Liquidität zurück. Die Nachlassstundung wird damit für den Schuldner attraktiver gemacht, womit die Chancen erhöht werden sollen, dass der Schuldner frühzeitig bzw. rechtzeitig um Nachlassstundung nachsucht.

B. Abschaffung des mietrechtlichen Retentionsrechts

Wie gesehen behindert das Pfandrecht des Vermieters (von Geschäftsräumen) eine Sanierung³⁸. Auf Grund dieser Erkenntnis sieht der Gesetzesvorschlag vor, dass das mietrechtliche Retentionsrecht³⁹ abgeschafft wird⁴⁰. Selbstverständlich kann der Vermieter (wie jeder andere Gläubiger auch) sich vertraglich sonstige Sicherheiten einräumen lassen. Durch die vorgeschlagene Gesetzesänderung kann der Schuldner im Rahmen der Sanierung (sei es mit oder ohne Nachlassverfahren) frei über die Lagerbestände verfügen und die Erlöse vereinnahmen. Damit werden auch Betriebsveräusserungen (unter Einschluss der Lagerbestände) vereinfacht oder zumindest nicht mehr zusätzlich erschwert.

C. Abschaffung des Zweitklassprivilegs für MWST-Forderungen

Mit Inkrafttreten des neuen MWSTG wurde auch das SchKG geändert, indem die MWST-Forderungen neu privilegiert sind und zwar in der zweiten Klasse⁴¹. Dieses sachlich völlig ungerechtfertigte Privileg ist ein Übel für sich. Die Privilegierung von staatlichen Forderungen, namentlich von Steuerforderungen, ist per se ungerechtfertigt. Qualifiziert ungerechtfertigt ist es, wenn das Gemeinwesen Bund bevorzugt behandelt wird verglichen mit den Kantonen bzw. den Gemeinden.

Diese Erkenntnis scheint sich langsam durchzusetzen. Die Experten-Gruppe hatte im Dezember 2009 dem Bundesrat ihre grossen Bedenken zur Kenntnis gebracht⁴². Der Gesetzesvorschlag trägt diesen Bedenken Rechnung. Die Mehrwertsteuerforderungen werden wieder in die *dritte Klasse* eingeordnet. Die wird *wesentliche* ökonomische Auswirkungen haben. Das jährliche Steueraufkommen für Mehrwertsteuerforderungen beträgt rund *CHF 200 Mio.*⁴³. In Bezug auf diese Forderungen hat der Bundesrat mit mehr Eingängen zufolge Privilegierung in der zweiten

³⁷ Art. 297 Abs. 4 E-SchKG.

³⁸ Vgl. II.

³⁹ Art. 268 OR. Gleiches gilt für das Retentionsrecht des Verpächters (Art. 299c OR), des Gast- und Stallwirtes (Art. 491 Abs. 2 OR) und der Stockwerkeigentümergeinschaft (Art. 712k ZGB; vgl. BBl 2010 6519, 6521).

⁴⁰ BBl 2010 6476.

⁴¹ Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e SchKG.

⁴² BBl 2010 6474, 6476.

⁴³ BBl 2008 7026.

Klasse im Umfang (nur⁴⁴) von CHF 50 Mio. gerechnet⁴⁵. Diese fliessen zurzeit naturgegeben zu Lasten der übrigen Gläubiger an den Bund.

Mit Abschaffung des Privilegs werden sich die Dividenden-Erwartungen der Drittklassgläubiger (im Vergleich zur heutigen Rechtslage mit Privilegierung der Mehrwertsteuerforderung) entsprechend (etwas) erhöhen. Vor allem erhöhen sich aber auch die Chancen des Schuldners, überhaupt einen Nachlassvertrag zu erlangen. Dies setzt bekanntlich voraus, dass sämtliche privilegierten Forderungen vollständig gedeckt sein müssen⁴⁶. Bei zusätzlichen privilegierten Forderungen (MWST) von rund CHF 200 Mio. wird es in vielen Fällen gar nicht mehr möglich sein, einen Nachlassvertrag zu erlangen. Dies war einer tragenden Gründen, weshalb der Bundesrat bereit ist, das Privileg wieder abzuschaffen⁴⁷.

D. Behandlung von Dauerschuldverhältnissen

Die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen in den verschiedenen SchKG-Verfahren stellt in der Praxis eine eigentliche «*Knacknuss*» dar. Im Wesentlichen stellen sich folgende Fragen: (i) Kann der Schuldner oder die Masse unliebsame Dauerschuldverhältnisse vorzeitig kündigen? (ii) Wie sind Forderungen zu behandeln, welche erst nach der Insolvenz entstanden sind? (iii) Welche Folgen zeitigt ein «Vertragsintritt» gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in ein Dauerschuldverhältnis?

Die vorgesehenen Änderungen können wie folgt zusammengefasst werden, wobei nach den einzelnen Verfahren zu unterscheiden ist:

a) Im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Im Konkurs⁴⁸ wurde darauf verzichtet, der Konkursmasse ein ausserordentliches Kündigungsrecht (zufolge Insolvenz) zuzugestehen. Notorische Unsicherheit herrscht darüber, ob bzw. in welchem Umfang Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, welche nach *nach* Konkurs entstanden sind, im Konkurs zuzulassen sind. Der Entwurf sieht vor, dass solche Forderungen bis zum nächsten Kündigungstermin oder bis zu Ende der festen Vertragsdauer als Konkursforderungen zuzulassen sind⁴⁹.

Nach geltendem Recht wirkt ein «*Eintritt*» in *Verträge* gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG umfassend, sodass sämtliche Verpflichtungen des Schuldners zu Masseverbindlichkeiten werden. Diese Regelung ist ungerecht und trägt den beidseitigen Interessen zu wenig Rechnung. Auf Grund dessen ist neu ein «*partieller*» *Eintritt* in Dauerschuldverhältnisse

⁴⁴ Verglichen mit dem jähren Gesamtsteueraufkommen von CHF 200 Mio.

⁴⁵ Dies zeigt, dass der Bund auf den MWST-Forderungen auch mit dem Privileg zweiter Klasse noch einen substantiellen Ausfall (von rund CHF 150 Mio. p.a.) erleiden wird. Es zeigt aber auch (und vor allem), dass der Bund nach geltendem Recht durch das Privileg in vielen Fällen die ganze (nach Deckung der Erstklassforderungen verbleibende) Aktivmasse «abschöpft».

⁴⁶ Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

⁴⁷ BBl 2010 6466, 6475 f.

⁴⁸ Gleiches gilt beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

⁴⁹ Art. 211a Abs. 1 E-SchKG.

möglich: Ein Eintritt findet nur insofern statt, als dass die Konkursmasse auch tatsächlich Leistungen der Gegenpartei in Anspruch nimmt. Nur in diesem Umfang entstehen Masseverbindlichkeiten. Für die Zeit davor und danach bestehen einzig Konkursforderungen⁵⁰.

b) Während der Nachlassstundung

Während der Nachlassstundung gibt es neu ein *insolvenzrechtliches, ausserordentliches Kündigungsrecht*⁵¹. Ausgenommen sind Arbeitsverträge⁵². Das ausserordentliche Kündigungsrecht kann als *lois d'application immédiate* des Vollstreckungsrechts betrachtet werden. Das heisst, die Regelung kommt unabhängig davon zur Anwendung, welche nationale Rechtsordnung auf den Vertrag materiellrechtlich ansonsten zur Anwendung gelangt⁵³.

Das Kündigungsrecht kann durch den Nachlassschuldner mit Zustimmung des Sachwalters ausgeübt werden. Die Ausübung ist *jederzeit auf einem beliebigen Zeitpunkt* möglich⁵⁴. Formal betrachtet stellt dies einen erheblichen Eingriff in das materielle Recht dar. Dieser Eingriff ist zum einen aber sachlich gerechtfertigt. Zum anderen wäre die Erfüllung während der Nachlassstundung ohnehin rein faktisch stark gefährdet. Dem Umstand, ob ein Vertragsverhältnis «nur» nicht mehr (vom Nachlassschuldner) erfüllt wird oder ob der Vertrag rechtliche beendetigt wird, kommt somit (aus ökonomischer Sicht des Vertragspartners) keine massgebliche Bedeutung zu.

Den berechtigten Erwartungen des Vertragspartners wird dadurch Rechnung getragen, dass eine *volle Entschädigung* geschuldet ist⁵⁵. Allerdings muss sich die Gegenpartei die Vorteile anrechnen lassen, welche sie aufgrund der vorzeitigen Beendigung erlangt hat⁵⁶. Die Entschädigungsforderung ist nur eine *Nachlassforderung* und stellt somit keine Massverbindlichkeit dar⁵⁷. Die neue gesetzliche Regelung erlaubt es, während der Nachlassstundung solche Dauerschuldverhältnisse, welche für den Nachlassschuldner einen «Ballast» darstellen, aufzulösen (d.h. den Ballast abzuwerfen). Damit können die Sanierungschancen in aller Regel gesteigert werden.

Auch während der Nachlassstundung ist ein «*partieller*» *Vertragseintritt* möglich: Es entstehen nur insofern Massverbindlichkeiten, als dass der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters Leistungen der Gegenpartei in Anspruch genommen hat⁵⁸.

⁵⁰ Art. 211a Abs. 2 E-SchKG.

⁵¹ Art. 297a E-SchKG.

⁵² Art. 297a Satz 2 E-SchKG.

⁵³ Vgl. auch BBl 2010 6474 zu Art. 211a E-SchKG (im Konkurs).

⁵⁴ Art. 297a E-SchKG.

⁵⁵ BBl 2010 6488.

⁵⁶ BBl 2010 6488.

⁵⁷ Art. 297a Satz 1 E-SchKG.

⁵⁸ Art. 310 Abs. 2 Satz 2 E-SchKG.

c) Beim ordentlichen Nachlassvertrag

Nach Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages ist die Rechtslage wieder wie vor der Nachlassstundung: Es besteht kein ausserordentliches insolvenzrechtliches Kündigungsrecht. Und es gibt keinen (und damit auch keinen partiellen) Vertragseintritt.

E. Umwandlung von Realforderungen während der Nachlassstundung

Das geltende Recht sieht nur für den Konkurs (und bei Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung) vor, dass Realforderungen in Geldforderungen umgewandelt werden⁵⁹. Die Nachlassstundung bewirkt keine solche Umwandlung. Dies bedeutet, dass Gläubiger von Realforderungen nach geltendem Recht dem Nachlassvertrag nicht unterliegen.

Neu wird vorgesehen, dass auch während der Nachlassstundung eine Umwandlung von Realleistungspflichten in Geldforderungen möglich ist. Diese Möglichkeit ist als *Wahlrecht des Sachwalters* ausgestaltet⁶⁰. Die umgewandelten Geldforderungen qualifizieren als blosse Nachlassforderungen (und nicht etwas als Masseverbindlichkeiten)⁶¹. Damit wird der Ungleichbehandlung von Gläubigern von Real- und Geldforderungen während der Nachlassstundung ein Ende gesetzt.

F. Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz *a) Betriebsübernahmen (Art. 333 f. OR)*

Das geltende Recht sieht in Art. 333 OR vor, dass bei der Übertragung von Betrieben oder Betriebsteilen zwingend auch die entsprechenden Arbeitsverhältnisse auf den Übernehmer übergehen. Damit haftet der Übernehmer grundsätzlich auch für sämtliche alten Forderungen der übernommenen Arbeitnehmer. Dies kann ein (zu hoher) Ballast darstellen, so dass ein Interessent von einer Betriebsübernahme absieht. Der vermeintliche Arbeitnehmerschutz verkehrt sich ins Gegenteil⁶².

Der Gesetzesvorschlag sieht vor, dass die Rechtslage, wie sie vor Verabschiedung des Swisslex-Paketes galt, wieder etabliert wird. Damit sollen im Rahmen einer Betriebsübertragung nur solche Arbeitsverträge auf den Erwerber übergehen, welche dieser auch übernehmen will⁶³. Diese Regelung gilt nicht nur im *Konkurs* und *beim Nachlassvertrag*, sondern namentlich auch während der *Nachlassstundung*. Damit soll ein Anreiz geschaffen werden, dass Unternehmen rechtzeitig in ein geordnetes Nachlassverfahren eintreten. Die neue Regelung bringt grössere Flexibilität bei einer Betriebsveräusserung und erhöht damit die Chancen, dass

⁵⁹ Art. 211 Abs. 1 SchKG.

⁶⁰ Art. 297 Abs. 9 E-SchKG.

⁶¹ BBI 2010 6487.

⁶² BBI 2010 6495.

⁶³ Art. 333b Satz 1 E-OR.

Betriebe bzw. Betriebsteile (durch einen Veräusserer) überhaupt weiter geführt und die Arbeitsplätze erhalten werden können.

Die Bestimmungen über die *Konsultation der Arbeitnehmer* bei Betriebsübertragungen sollen dagegen (entgegen dem Vorschlag der Expertengruppe⁶⁴) auch in der Insolvenz gelten⁶⁵.

b) Massentlassungen (Art. 335d ff. OR)

Nach geltendem Recht ist strittig, inwiefern die gesetzlichen Vorschriften (namentlich die *Konsultationspflichten*⁶⁶) über die Massentlassung auch dann gelten, wenn die Massentlassung während eines Insolvenzverfahrens ausgesprochen wird.

Diesbezüglich wird mit dem Gesetzesentwurf Klarheit geschaffen: Die Vorschriften über die Massentlassen gelten unverändert während einer (provisorischen⁶⁷ oder definitiven) Nachlassstundung oder nach Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages. Keine Anwendungen finden diese Bestimmungen jedoch ab Konkurseröffnung bzw. ab Genehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung⁶⁸.

c) Sozialplanpflicht

Aufgrund der vehementen Opposition, welche den vorgeschlagenen Änderungen zum Arbeitsvertragsrecht im Rahmen der Vernehmlassung von Seiten der Arbeitnehmerverbände zuteil wurde⁶⁹, sieht der Bundesrat in seinem Gesetzesvorschlag neu eine Sozialplanpflicht auf Gesetzesstufe⁷⁰ vor⁷¹. Insofern ist die Sozialplanpflicht als politisches «*Faustpfand*»⁷² bzw. als «*Appeasement*» dafür zu verstehen, damit die angestrebten Änderungen im Arbeitsvertragsrecht realisiert werden können.

Den Arbeitgeber trifft eine Pflicht, mit den Arbeitnehmern Verhandlungen mit dem Ziel zu führen, einen Sozialplan aufzustellen. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt und wenn er beabsichtigt, innert 30 Tagen mindestens 30 Arbeitnehmern zu kündigen. Die Bestimmungen über den Sozialplan gelten nicht bei Massentlassungen, die während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgen⁷³. Auch damit soll ein Anreiz geschaffen werden, dass Unternehmungen rechtzeitig in ein geordnetes Nachlassverfahren eintreten. Sofern jedoch vor der Insolvenz ein Sozialplan erichtet worden ist, sind die daraus resultierenden Rechte und Ansprüche

⁶⁴ BBl 2010 6496.

⁶⁵ Art. 333b Satz 2 E-SchKG.

⁶⁶ Art. 335f f. OR.

⁶⁷ Vgl. BGE 130 III 108 zum geltenden Recht.

⁶⁸ Art. 335e E-OR.

⁶⁹ BBl 2010 6495.

⁷⁰ Bisher gilt dies nur im Rahmen von einzelnen Gesamtarbeitsverträgen.

⁷¹ Art. 335h bis Art. 335k E-OR.

⁷² BBl 2010 6465.

⁷³ Art. 335k E-OR.

der Arbeitnehmer im Rahmen eines Insolvenzverfahrens grundsätzlich zu berücksichtigen⁷⁴.

VI. Verfahrensmässige Verbesserungen für den Schuldner

Wie bereits erwähnt soll die Eingangshürde, um eine Nachlassstundung zu beantragen, reduziert werden⁷⁵. Zudem soll es keine Voraussetzung zur Bestätigung eines Nachlassvertrages durch den Nachlassrichter mehr sein, dass die Dividende für die Drittklassforderungen sichergestellt worden sind (sofern die Gläubiger im Rahmen des Nachlassvertrages nicht ohnehin auf die Sicherstellung verzichtet haben)⁷⁶. Damit wird verhindert, dass finanzielle Mittel, welche für die Sanierung bzw. für die Fortführung der Geschäftstätigkeit dringend benötigt werden, zu Sicherstellungszwecken blockiert werden⁷⁷.

VII. Versäumnisse

Es gibt einige wenige Versäumnisse, welche leider den Weg in den bundesrätlichen Vorschlag nicht gefunden haben:

Eine Sanierung stösst überall dort an Grenzen, wo gewisse Gläubiger von Gesetzes wegen Vorrechte geniessen. Dies gilt ganz besonders für die *Konkursprivilegien*. Das geltende Recht ist immer noch vom Wildwuchs der Privilegien geprägt. Die Expertengruppe hatte die Einschränkung oder gar Abschaffung verschiedener Privilegien vorgeschlagen⁷⁸. Mit Ausnahme der Abschaffung des Zweitklassprivilegs für MWST-Forderungen wollte der Bundesrat diese politisch «heisse Kartoffel» offenbar nicht mehr anrühren.

Die *faktische Kausalhaftung* der leitenden Organe für die nicht abgeführten AHV-Beiträge⁷⁹ ist unsinnig und bevorzugt die AHV-Ausgleichskassen. Auch diesbezüglich ist der Bundesrat dem Vorschlag der Expertengruppe auf Aufhebung dieser Bestimmung⁸⁰ leider nicht gefolgt.

Nachdem die Dauerschuldverhältnisse einer (weitgehend) einheitlichen Regelung unterstellt werden sollen, macht die Regelung von Art. 55 VVG, wonach Schadenversicherungsverträge mit dem Konkurs des Versicherungsnehmers beendet sind, keinen Sinn mehr⁸¹. Weshalb der Bundesrat dem Vorschlag der Expertengruppe⁸² diesbezüglich nicht gefolgt ist, bleibt unklar und ist schade.

⁷⁴ Vgl. auch Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a^{ter} SchKG.

⁷⁵ Vgl. IV.

⁷⁶ Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 E-SchKG

⁷⁷ Bericht II, S. 16.

⁷⁸ Bericht II, S. 23 ff.

⁷⁹ Art. 52 AHVG.

⁸⁰ Bericht II, S. 28.

⁸¹ Bzw. noch weniger Sinn als schon unter dem geltenden Recht.

⁸² Bericht II, S. 20 f.

VIII. Fazit zum neuen Sanierungsrecht

Die Erhöhung der Sanierungschancen ist im Interesse des schuldnerischen Unternehmens und dessen Gläubiger. Insofern sind auch die notwendigen Eingriffe ins materielle Recht, um das Sanierungsrecht zu verbessern, unerlässlich und gerechtfertigt. Nur so können die Sanierungschancen verbessert werden. Bei der Umsetzung dieser Bestrebungen orientiert sich der Gesetzesvorschlag an vergleichbaren ausländischen Rechtsordnungen⁸³, womit belegt ist, dass diese Eingriffe notwendig und sinnvoll sind und sich bewährt haben.

Unbesehen aller gesetzlichen Verbesserungen, welche vorbehaltlos zu begrüßen sind, bleibt es auch dann, wenn die neue Regelung einmal Gesetz geworden sein wird, bei der *Binsenwahrheit*, dass jedes Sanierungsrecht nur so gut ist, wie es von den betroffenen Parteien und den Gerichten in der praktischen Umsetzung auch gehandhabt wird.

IX. Ausblick zum Stand des Gesetzgebungsprozesses

Am 23. Juni 2011 (und damit *nach* Fertigstellung dieses Manuskripts) hat die *Rechtskommission des Nationalrates* die Detailberatung über das Sanierungsrecht begonnen und gleich wieder abgebrochen. Ein Rückkommensantrag auf das früher bereits beschlossene Eintreten wurde mit 15 zu 9 Stimmen gutgeheissen und beschlossen, ihrem Rat *Nichteintreten auf die Vorlage des Bundesrates* zu beantragen. Einige Mitglieder der Kommission waren der Auffassung, dass die festgestellten Hauptprobleme, namentlich der Umstand, dass die Sanierung oftmals zu spät komme, Sache der Unternehmensführung seien und deshalb nicht mit einer Revision des Sanierungsrechts gelöst werden können. Andere Mitglieder sind der Meinung, dass diese Revision die Rechte der Angestellten allzu stark einschränke. Die Kommissionsminderheit dagegen findet, dass die von erfahrenen Spezialisten ausgearbeitete Vorlage des Bundesrates eine gute Diskussionsgrundlage bilde und allfällige Mängel in der parlamentarischen Beratung zu beheben wären. Die Vorlage wird nun voraussichtlich im Herbst in den Nationalrat kommen, und zwar beschränkt auf die Frage des Eintretens.

Diese (überraschende) Entwicklung ist sehr zu bedauern. Die beiden hauptsächlichen Gegenargumente verfangen nicht: Dass das Sanierungsrecht (das heutige und das allenfalls zukünftige) häufig zu spät kommt, stimmt zwar. Das liegt aber nicht am Sanierungsrecht. Und dies macht dessen Verbesserung auch nicht obsolet. Es käme denn auch niemandem in den Sinn, die Notfallstation deshalb zu schliessen, weil einige Patienten schon tot sind, wenn sie eingeliefert werden. Und wer der Ansicht ist, dass die Rechte der Angestellten zu sehr eingeschränkt werden, dem sei Folgendes zu bedenken gegeben: Wenn es darum geht, ob alle Arbeitsplätze verloren gehen oder ob einige durch Betriebsveräusserungen gerettet werden können, der wird sich mit dem geringeren Übel abfinden

⁸³ BBl 2010 6467 ff.

müssen. Zu meinen, mit weitgefassten Mitwirkungsrechten der Arbeitnehmer den Arbeitgeber retten zu können, ist etwas blauäugig. Es wird sich auch kein Arbeitgeber «freiwillig» in ein Insolvenzverfahren begeben, nur um gewisse Mitwirkungsrechte aushebeln zu können. Mitwirkungsrechte verfolgen schliesslich auch keinen Selbstzweck. Wer lieber umfassende Mitwirkungsrechte und dafür einen konkursiten Arbeitgeber hat, der setzt sich dem Vorwurf aus, Prinzipienreiterei zu betreiben und nicht praktische Verbesserungen für die Arbeitnehmer realisieren zu wollen.

Und letztendlich dies: Die Schweiz ist nicht daran, das Rad neu zu erfinden. Der Vorschlag des Bundesrates fusst einerseits auf Vorschlägen einer Expertengruppe mit grosser Erfahrung. Andererseits zeigt gerade der Vergleich mit jenen Rechtsordnungen, welche im internationalen Vergleich viel besser abschneiden als die schweizerische, dass der vom Bundesrat vorgeschlagene Weg – gerade was die Arbeitnehmerrechte angeht – der richtige ist. Es bleibt zu hoffen, dass das Parlament der Sanierungsoptik (welche notabene auch zugunsten der Gläubiger ist) mehr Gewicht einräumt als Partikularinteressen (welche bei der Wählerschaft in aller Regel besser ankommt).

Bundesgerichtliche Rechtsprechung

20). **Art. 22 SchKG.** – **Das Bundesgericht hält sich nicht für befugt, die Nichtigkeit einer Verfügung auch dann festzustellen, wenn es mit einer unzulässigen Beschwerde angerufen worden ist.**

Art. 22 LP. – *Saisi d'un recours irrecevable, le Tribunal fédéral ne s'estime pas habilité à constater la nullité d'une décision.*

Art. 22 LEF. – *Il Tribunale federale, adito su ricorso irricevibile, non si ritiene legittimato ad accertare la nullità di una decisione.*

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin rügt, der Arrestbefehl sei wegen örtlicher Unzuständigkeit und des Vorliegens eines Sucharrestes nichtig und hätte deshalb nicht vollstreckt werden dürfen.

Unter Geltung des OG konnte das Bundesgericht selbst bei einer unzulässigen Beschwerde eingreifen, wenn es auf eine nichtige Verfügung aufmerksam wurde (BGE 130 III 400 E. 2 S. 404). Die Überprüfung einer Verfügung von Amtes wegen rechtfertigte sich durch die Aufsicht, welche das Bundesgericht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen ausübte. Seit dem 1. Januar 2007 obliegt die Oberaufsicht auf diesem Gebiet aber dem Bundesrat (Art. 15 SchKG). Daraus folgt, dass das mit einer unzulässigen Beschwerde angerufene Bundesgericht – im Gegen-