

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X

Christoph B. Bühler
Dieter Gericke
Lukas Glanzmann
Florian S. Jörg
Peter Jung
Peter V. Kunz
Clemens Meisterhans
Urs Schenker
Thomas Sprecher



Stämpfli Verlag

Peter V. Kunz
Oliver Arter
Florian S. Jörg
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X

Herausgegeben von:

PETER V. KUNZ

OLIVER ARTER

FLORIAN S. JÖRG

Mit Beiträgen von:

CHRISTOPH B. BÜHLER

DIETER GERICKE

LUKAS GLANZMANN

FLORIAN S. JÖRG

PETER JUNG

PETER V. KUNZ

CLEMENS MEISTERHANS

URS SCHENKER

THOMAS SPRECHER



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

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 vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3164-3

ISBN Judocu 978-3-0354-1218-5

ISBN E-Book 978-3-7272-5896-1



© Stämpfli Verlag AG Bern

Das neue Sanierungsrecht

LUKAS GLANZMANN*

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung.....	226
2.	Neuerungen im Arbeitsrecht.....	227
2.1	Übertragung eines Betriebes (<i>Asset Deal</i>).....	227
2.1.1	Übergang der Arbeitsverhältnisse	227
2.1.2	Solidarhaftung.....	229
2.1.3	Informations- und Konsultationspflicht	230
2.1.4	Asset Deal nach Fusionsgesetz	231
2.2	Konsultationsverfahren bei Massenentlassung.....	233
2.3	Sozialplanpflicht	234
2.3.1	Geltungsbereich	234
2.3.2	Verhandlungspflicht und Schiedsgericht.....	236
3.	Neuerungen im Bereich der paulianischen Anfechtung.....	237
3.1	Keine Anfechtung von während der Nachlassstundung vorgenommenen Handlungen	237
3.2	Beweislastumkehr bei der Schenkungs- und Absichtsanfechtung....	238
4.	Neuerungen im Zusammenhang mit dem Nachlassverfahren	241
4.1	Nachlassstundung als Gläubigerschutz	241
4.2	Nachlassstundung	242
4.2.1	Gesuch um provisorische Nachlassstundung	242
4.2.2	Bewilligung der provisorischen Stundung	243
4.2.3	Öffentliche Bekanntmachung der provisorischen Stundung	245
4.2.4	Bewilligung der definitiven Stundung	246
4.2.5	Sachwalter, Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung	247
4.3	Die Wirkungen der Stundung.....	248
4.3.1	Provisorische und definitive Stundung.....	248
4.3.2	Fortführung der Geschäftstätigkeit.....	248
4.3.3	Nachlassforderungen und Masseverbindlichkeiten	249
4.3.4	Abtretung zukünftiger Forderungen, Dauerschuldverhältnisse und Realforderungen	250
4.4	Nachlassvertrag.....	252
5.	Fazit.....	254
	Literaturverzeichnis	255
	Materialienverzeichnis	256

* Der Autor dankt BLaw MIRKO STIEFEL für die wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen
(lukas.glanzmann@bakermckenzie.com).

1. Einleitung

Unter der allgemein gebräuchlichen Bezeichnung «neues Sanierungsrecht» sind am 1. Januar 2014 verschiedene Gesetzesänderungen in Kraft getreten. Diese betreffen einerseits das Arbeitsrecht und andererseits das SchKG.

Im SchKG wurden primär die paulianischen Anfechtungsklagen und das Nachlassverfahren revidiert. Daneben wurden unter anderem das Konkursprivileg für Mehrwertsteuerforderungen abgeschafft¹ und mit Art. 4a SchKG eine Koordinationspflicht eingeführt. Diese gilt bei Konkurs- und Nachlassverfahren, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen, und verpflichtet die Zwangsvollstreckungsorgane, Aufsichtsbehörden und Gerichte. Gerichte und Aufsichtsbehörden können im gegenseitigen Einvernehmen sogar eine einheitliche Zuständigkeit für alle Verfahren bezeichnen. M.E. können aber nur die Verfahren nach SchKG einer einheitlichen Zuständigkeit unterstellt werden und nicht etwa auch die Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 754 OR.

In der Botschaft zum neuen Sanierungsrecht vertritt der Bundesrat die Ansicht, «dass das schweizerische Insolvenzrecht unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung tauglich und praktikabel ist, dabei aber einzelne Schwächen aufweist, die es zu beseitigen gilt».² Diese Einschätzung wird vorliegend vollumfänglich geteilt. Leider hat sich die Vorlage aber nicht auf das Ausmerzen einzelner Schwächen beschränkt, sondern mit der Einführung einer allgemeinen Sozialplanpflicht weitergehende Änderungen vorgenommen, die auch Sanierungen vereiteln dürften.³ Auch die Beweislastumkehr bei der paulianischen Anfechtungsklage kann kaum als Beseitigung einer Schwäche bezeichnet werden; vielmehr wurde ein in seinen Folgen ohnehin schon unberechenbares Instrument noch zusätzlich verschärft.⁴ Vermehrte Rechtsunsicherheit erhöht aber die Sanierungschancen nicht.

Nicht geändert wurden die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Kapitalverlust, die Überschuldung, den Rangrücktritt und den Konkursaufschub. Somit sind die Rahmenbedingungen einer privaten

¹ Vgl. Art. 219 Abs. 4 2. Klasse lit. e aSchKG. Zum diesbezüglichen Übergangsrecht vgl. SCHMID, Mehrwertsteuer.

² BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6456.

³ Vgl. dazu unten 2.3.

⁴ Vgl. dazu unten 3.2.

Sanierung unverändert geblieben. Diese Bestimmungen sollen jedoch im Rahmen der anstehenden grossen Aktienrechtsrevision revidiert werden.⁵

Im Folgenden werden die wesentlichen, durch das neue Sanierungsrecht ergangenen Gesetzesänderungen kurz dargestellt. Die Ausführungen erfolgen unter dem Blickwinkel juristischer Personen.

2. Neuerungen im Arbeitsrecht

2.1 Übertragung eines Betriebes (*Asset Deal*)

2.1.1 Übergang der Arbeitsverhältnisse

Wird ein Betrieb oder Betriebsteil mittels eines sog. *Asset Deal* auf einen Dritten übertragen, so gehen nach Art. 333 Abs. 1 OR die damit verbundenen Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Die Formulierung dieser Bestimmung ist insofern missverständlich, als das Arbeitsverhältnis auch bei einer Ablehnung auf den Erwerber übergeht, jedoch als mit der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst gilt; bis dahin bleiben der Erwerber und der Arbeitnehmer zur Erfüllung des Vertrags verpflichtet (Art. 333 Abs. 2 OR). Ist auf das übertragene Arbeitsverhältnis ein Gesamt-arbeitsvertrag anwendbar, so muss dieser noch während eines Jahres eingehalten werden, sofern er nicht infolge Befristung oder Kündigung vorher endet (Art. 333 Abs. 1^{bis} OR).

Die Regel, dass sämtliche mit einem Betrieb verbundenen Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen, ist in Sanierungssituationen ein zweischneidiges Schwert. Einerseits ist eine sanierungsbedürftige Gesellschaft meistens daran interessiert, möglichst alle mit einem Betrieb verbundenen Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber zu übertragen. Dadurch kann sie sich nämlich vor Verbindlichkeiten gegenüber Arbeitnehmern schützen. Solche Ansprüche sind für die übrigen Gläubiger doppelt belastend: Erstens weil ein Anspruch als solcher entsteht und zweitens weil dieser in aller Regel noch privilegiert ist.⁶ Andererseits kann die Pflicht, sämtliche Arbeitnehmer zu übernehmen, einen möglichen Erwerber auch davon abhalten, einen Betrieb zu kaufen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Betrieb zu viele Arbeitskräfte hat oder deren Löhne zu hoch sind

⁵ Vgl. dazu den VORENTWURF AKTIENRECHT, Art. 725–725c OR.

⁶ Vgl. Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG.

und die mit einer Strukturanpassung verbundenen Kosten höher sind als der Kaufpreis für den Betrieb oder wenn der Erwerber aus Reputationsgründen keine Arbeitsplätze abbauen will. Somit kann diese Bestimmung auch Sanierungen verhindern.

Aufgrund dieser Überlegungen ging die herrschende Lehre schon bisher davon aus, dass bei der Übertragung eines Betriebs aus einem Konkurs kein Übergang der Arbeitsverhältnisse stattfindet.⁷ Leider hatte das Bundesgericht nie Gelegenheit, diese Frage zu klären.⁸ Hingegen hat es geurteilt, dass bei der Übertragung eines Betriebs während einer Nachlassstundung die Arbeitsverhältnisse gemäss Art. 333 Abs. 1 OR übertragen werden.⁹

Mit dem neuen Sanierungsrecht hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von Art. 333 Abs. 1 OR eingeschränkt. Nach Art. 333b OR gehen bei einer Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung die mit dem Betrieb verbundenen Arbeitsverhältnisse nur noch dann auf den Erwerber über, wenn dies mit dem Erwerber so vereinbart wurde. Diese Bestimmung ermöglicht also dem Erwerber, keine oder nur einen Teil der Arbeitnehmer zu übernehmen.¹⁰

Die Vereinbarung betreffend die Übernahme von Arbeitnehmern ist zwischen dem Veräusserer und dem Erwerber des Betriebs zu schliessen.¹¹ Enthält der Übernahmevertrag keine Regelung, dann ist vorbehaltlich einer gegenteiligen Auslegung des Vertrags davon auszugehen, dass die mit dem Betrieb verbundenen Arbeitsverhältnisse nicht auf den Erwerber übergehen.

Für diejenigen Arbeitsverhältnisse, die übernommen werden, gelten nach wie vor die einschlägigen Bestimmungen von Art. 333 OR. Dies bedeutet, dass die betreffenden Arbeitsverhältnisse ohne weiteres mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber übergehen (Art. 333 Abs. 1 OR).¹² Zudem haben die Arbeitnehmer das Recht, den Übergang abzulehnen (Art. 333b i.V.m. Art. 333 Abs. 2 OR). Sodann ist ein auf die

⁷ BSK-SchKG II VOLLMAR, N 18 zu Art. 298 SchKG; OFK-OR MILANI, Rz. 4 zu Art. 333 OR; BAUER, S. 50. SPÜHLER/INFANGER, S. 228 f. A.M. ZK-OR STAEHELIN, N 3 zu Art. 333 OR.

⁸ Offengelassen im BGE 129 III 335.

⁹ BGE 137 III 487 E. 2–5.

¹⁰ FISCHER/TROST, Rz. 4; VON KAENEL, Rz. 8; GASSER, S. 11.

¹¹ VON KAENEL, Rz. 9.

¹² VON KAENEL, Rz. 20.

übergehenden Arbeitsverhältnisse anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag noch während eines Jahres einzuhalten, sofern er nicht vorher abläuft oder infolge Kündigung endet (Art. 333 Abs. 1^{bis} OR).¹³

Umstritten ist, ob es zulässig ist, bestimmte Arbeitnehmer von der Übernahme auszuschliessen und mit ihnen gleichzeitig neue Arbeitsverträge abzuschliessen, um dadurch z.B. die Lohnsumme zu reduzieren.¹⁴

2.1.2 Solidarhaftung

Art. 333 OR begründet beim *Asset Deal* nicht nur einen zwingenden Übergang der Arbeitsverhältnisse, sondern stipuliert für gewisse Forderungen der Arbeitnehmer eine solidarische Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des Erwerbers des Betriebs. Nach Art. 333 Abs. 3 OR kommen Forderungen des Arbeitnehmers sowohl gegen den bisherigen Arbeitgeber als auch gegen den Erwerber in den Genuss dieser Solidarhaftung: Der Erwerber haftet solidarisch für Forderungen des Arbeitnehmers gegen den bisherigen Arbeitgeber, die vor dem Übergang fällig geworden sind; der bisherige Arbeitgeber haftet solidarisch für Forderungen des Arbeitnehmers gegen den Erwerber, die nach dem Betriebsübergang bis zum Zeitpunkt, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendet wird, fällig werden.

In der Literatur wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, dass die Solidarhaftung gemäss Art. 333 Abs. 3 OR ein Grund dafür sei, dass sinnvolle Sanierungen, insbesondere während einer Nachlassstundung, nicht möglich seien. Während dies für Übernahmen aus dem Konkurs ohne Zweifel zutrifft, hat die Solidarhaftung bei Übernahmen während einer Nachlassstundung kaum Sanierungen verhindert; eine Nachlassstundung durfte nämlich nur dann bewilligt werden, wenn Aussicht auf Abschluss eines Nachlassvertrags bestand (Art. 295 Abs. 1 aSchKG), was seinerseits die Befriedigung sämtlicher privilegierter Forderungen erforderte (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 aSchKG).

Das Bundesgericht hat unter bisherigem Recht richtigerweise entschieden, dass die Solidarhaftung des Erwerbers bei einer Betriebsübertragung aus einem Konkurs keine Anwendung findet.¹⁵ Leider hatte es nie die Möglichkeit, diese Frage auch für die Nachlassliquidation und -stundung

¹³ VON KAENEL, Rz. 21.

¹⁴ Vgl. VON KAENEL, Rz. 17 f.

¹⁵ BGE 129 III 335 E. 5.8.

zu beantworten. Immerhin hat es aber festgehalten, dass die Solidarhaftung des bisherigen Arbeitgebers bei einer Veräusserung während der Nachlassstundung greift.¹⁶

Auch bezüglich der Anwendbarkeit der Solidarhaftung wurde mit dem neuen Sanierungsrecht Klarheit geschaffen. Art. 333b OR schliesst die Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 3 OR bei einem Betriebsübergang während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung explizit aus. Die Befreiung von der Solidarhaftung gilt sowohl für den Erwerber als auch für den bisherigen Arbeitgeber, und zwar sowohl bezüglich der übernommenen als auch – erst recht – der nicht übernommenen Arbeitsverhältnisse.¹⁷ Konkret haftet also der Erwerber nicht für ausstehende Forderungen der übernommenen Arbeitnehmer, die vor dem Betriebsübergang fällig geworden sind. Und der bisherige Arbeitgeber hat keine Solidarhaftung für die nach dem Betriebsübergang fällig werdenden Ansprüche der übernommenen Arbeitnehmer. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Arbeitnehmer den Übergang ablehnt.¹⁸ Es darf bezweifelt werden, ob dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

2.1.3 Informations- und Konsultationspflicht

Überträgt ein Arbeitgeber einen Betrieb oder Betriebsteil auf einen Dritten, dann muss er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer vor dem Vollzug des Übergangs über den Grund des Übergangs sowie über dessen rechtliche, wirtschaftliche und soziale Folgen für die Arbeitnehmer informieren (Art. 333a Abs. 1 OR). Sofern infolge des Übergangs Massnahmen beabsichtigt sind, welche die Arbeitnehmer betreffen, so besteht daneben noch eine Konsultationspflicht. Die Konsultation ist rechtzeitig vor dem Entscheid über diese Massnahmen durchzuführen (Art. 333a Abs. 2 OR).

Wird ein Betrieb oder Betriebsteil während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung übertragen, so gilt die Informations- und Konsultationspflicht gemäss Art. 333a OR sinngemäss (Art. 333b OR). Dies bedeutet, dass der bisherige Arbeitgeber seine Arbeitnehmer (bzw. die Arbeitnehmervertre-

¹⁶ BGE 137 III 487 E. 4.8.

¹⁷ FISCHER/TROST, Rz. 9.

¹⁸ VON KAENEL, Rz. 19.

tung) vor Vollzug der Übertragung zu informieren hat.¹⁹ Zudem muss er sie konsultieren, wenn mit der Betriebsübertragung Massnahmen geplant sind, welche die Arbeitnehmer betreffen. Übernimmt der Erwerber nicht alle Arbeitnehmer, dann kann es durchaus sein, dass diejenigen Arbeitnehmer, die vom Erwerber übernommen werden, nur informiert, die nicht übernommenen Arbeitnehmer jedoch konsultiert werden müssen. Da die Konsultation rechtzeitig vor dem Entscheid über diese Massnahmen vorzunehmen ist, kann sie das Verfahren verzögern, was unter Umständen die Sanierungschancen vermindert. Handelt es sich um Massnahmen, denen im Nachlassverfahren der Sachwalter, ein Gläubigerausschuss oder das Nachlassgericht zustimmen muss, dann können sie erst mit deren Zustimmung als entschieden gelten. Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts bezüglich des Konsultationsverfahrens bei der Massenentlassung²⁰ können solche Entscheide also nicht schon vor der Gewährung einer Nachlassstundung getroffen werden.

2.1.4 Asset Deal nach Fusionsgesetz

Ein Betrieb oder Betriebsteil kann auch mittels Vermögensübertragung gemäss Fusionsgesetz übertragen werden. Das Fusionsgesetz verweist für die Behandlung der Arbeitsverhältnisse teilweise auf die arbeitsvertraglichen Regelungen. So bestimmt Art. 76 Abs. 1 FusG, dass für den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den übernehmenden Rechtsträger Art. 333 OR Anwendung findet. Nach Art. 77 Abs. 1 FusG findet sodann für die Konsultation der Arbeitnehmervertretung Art. 333a OR Anwendung. Nur hinsichtlich der Solidarhaftung finden die fusionsgesetzlichen Vorschriften von Art. 75 FusG Anwendung; dies wird in Art. 76 Abs. 2 FusG ausdrücklich so angeordnet.

Das Fusionsgesetz wurde im Rahmen des neuen Sanierungsrechts nicht angepasst. Somit enthält es auch keinen Verweis auf Art. 333b OR, der gewisse Erleichterungen für die Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung vorsieht. Damit stellt sich die Frage, ob diese Erleichterungen bei einer Übertragung nach Fusionsgesetz auch gelten.

¹⁹ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6496; VON KAENEL, Rz. 26.

²⁰ Vgl. BGE 130 III 102 E. 3.2 = Pra 2004 Nr. 143.

Bei den Verweisen des Fusionsgesetzes auf das Arbeitsrecht handelt es sich um integrale und umfassende Verweise.²¹ Dies bedeutet, dass die jeweiligen arbeitsrechtlichen Vorschriften so anzuwenden sind, wie wenn sie direkt anwendbar wären. Somit sind die Erleichterungen gemäss Art. 333b OR grundsätzlich ebenfalls zu beachten, wenn ein Betrieb oder Betriebsteil mittels Vermögensübertragung während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags übertragen wird.²² Im Einzelnen bedeutet dies Folgendes:

Art. 76 Abs. 1 FusG verweist für die Übertragung der Arbeitsverhältnisse auf Art. 333 Abs. 1 OR. Damit kommen die Erleichterungen von Art. 333b OR ebenfalls zur Anwendung, d.h., die Arbeitsverhältnisse gehen nur insoweit auf den Erwerber über, als dies zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und dem Erwerber vereinbart wurde.²³

Das Gleiche gilt für das Informations- und Konsultationsverfahren gemäss Art. 333a OR, da Art. 77 Abs. 1 FusG auf diese Bestimmung verweist. Weil aber Art. 333b Satz 2 OR diese Bestimmung bei Übertragungen während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags als sinngemäss anwendbar erklärt,²⁴ bleibt Art. 333a OR auch bei der Vermögensübertragung anwendbar.

Anders ist die Rechtslage bei der Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR. Das Fusionsgesetz verweist nämlich nicht auf diese Norm, sondern enthält in Art. 75 FusG eine eigenständige Regelung. Damit greift der in Art. 333b Satz 2 OR enthaltene Ausschluss von Art. 333 Abs. 3 OR grundsätzlich nicht.²⁵ Eine generelle Ausnahme von der Solidarhaftung scheint unter der geltenden Gesetzeslage kaum gerechtfertigt, weil das Fusionsgesetz bei der Vermögensübertragung eine Solidarhaftung für sämtliche übernommenen Verbindlichkeiten vorsieht und nicht nur für Verbindlichkeiten unter Arbeitsverhältnissen. Es dürfte schwierig zu begründen sein, weshalb die Arbeitsverhältnisse von der Solidarhaftung ausgenommen werden sollen, jedoch die übrigen Verbindlichkeiten nicht. Gleichzeitig dürfte es kaum begründbar sein, dass die Bestimmung von Art. 333b OR analog auf sämtliche Solidarhaftungsfälle bei der Vermögensübertragung angewendet werden soll. Damit muss davon ausgegangen werden, dass die Solidarhaftung weiter besteht, wenn ein Betrieb mit-

²¹ GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 663.

²² Gl.M. VON KAENEL, Rz. 28.

²³ Vgl. oben 2.1.1.

²⁴ Vgl. oben 2.1.3.

²⁵ A.M. VON KAENEL, Rz. 28.

tels Vermögensübertragung übertragen wird. Dies ist ein weiterer Grund, sich in Sanierungssituationen nicht der Vermögensübertragung zu bedienen.²⁶

2.2 Konsultationsverfahren bei Massenentlassung

Nach Art. 335f OR muss der Arbeitgeber, der beabsichtigt, eine Massenentlassung vorzunehmen, die Arbeitnehmervertretung bzw. die Arbeitnehmer konsultieren. Bei Verletzung der Konsultationspflicht gelten die Kündigungen als missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR) und es droht eine Pönale von bis zu zwei Monatslöhnen (Art. 336a Abs. 3 OR).

Schon nach bisherigem Recht bestand keine Konsultationspflicht bei einer Betriebseinstellung infolge eines gerichtlichen Entscheids (Art. 335e Abs. 2 aOR). Als solcher Entscheid galt nach Auffassung des Bundesgerichts die Konkursöffnung, obwohl sie nicht direkt die Betriebseinstellung zur Folge hat.²⁷ Ob das Gleiche auch für die Nachlassliquidation zutrifft, hat das Bundesgericht offengelassen.²⁸ Hingegen hat es entschieden, dass das Konsultationsverfahren bei einer Massenentlassung während einer provisorischen Nachlassstundung zur Anwendung kommt.²⁹

Mit dem neuen Sanierungsrecht wurden die Ausnahmen von der Konsultationspflicht in Art. 335e Abs. 2 OR erweitert. Danach gelten die Bestimmungen über die Konsultationspflicht nicht bei Massenentlassungen im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Mit «Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung» ist wohl nur die eigentliche Nachlassliquidation gemeint und nicht schon die Nachlassstundung, die möglicherweise in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung mündet. Damit gilt die Ausnahme nicht für Massenentlassungen während einer Nachlassstundung.³⁰ Dies ist zu bedauern, denn üblicherweise finden Entlassungen während der Nachlassstundung und nicht erst während der Nachlassliquidation statt. Damit wird die Bestimmung von Art. 335e Abs. 2 OR in der Praxis zu keinen nennenswerten Erleichterungen führen.

²⁶ Vgl. GLANZMANN, Umstrukturierungen, N 196.

²⁷ BGE 123 III 176 E. 3a, 130 III 102 E. 3.1 = Pra 2004 Nr. 143.

²⁸ BGE 123 III 176 E. 3a.

²⁹ BGE 130 III 102 E. 3.1 = Pra 2004 Nr. 143.

³⁰ Gl.M. ZK-OR STAEHELIN, N 4 zu Art. 335e OR.

2.3 Sozialplanpflicht

2.3.1 Geltungsbereich

Während das bisherige Recht ausserhalb eines Gesamtarbeitsvertrags bzw. des Bundespersonals keine Sozialplanpflicht kannte,³¹ hat der Gesetzgeber als Ausgleich für die vermeintlichen Erleichterungen bei Sanierungen während eines Nachlassverfahrens bzw. im Konkurs eine allgemeine Sozialplanpflicht eingeführt.

Die Sozialplanpflicht ist in Art. 335h–335k OR geregelt. Sie gilt für Arbeitgeber, die üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigen (Art. 335i Abs. 1 lit. a OR). Anders als die Bestimmungen über die Massenentlassung³² bezieht sich diese Schwelle nach ihrem Wortlaut auf den Arbeitgeber und nicht auf einen Betrieb. Aufgrund der Botschaft ist jedoch der Schluss zu ziehen, dass die Anknüpfung gleich wie bei der Massenentlassung sein sollte.³³ Dies ergibt sich daraus, dass die Botschaft in einem Abschnitt konsequent von Betrieb spricht,³⁴ um dann im nächsten Absatz sowohl für die Massenentlassung als auch für die Sozialplanpflicht von Arbeitgebern zu sprechen.³⁵

Wird die Sozialplanpflicht entgegen der hier vertretenen Auffassung am Arbeitgeber angeknüpft, dann ist die Schwelle von 250 Mitarbeitern ähnlich hoch wie die KMU-Schwelle bei der Revisionspflicht (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 lit. c OR), bei der Konsolidierungspflicht (Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1 lit. c OR) und im Fusionsgesetz (Art. 2 lit. e FusG). Allerdings wird bei der KMU-Definition die Grenze bei 250 *Vollzeitstellen* im Jahresdurchschnitt angesetzt, weshalb die Schwelle zur Sozialplanpflicht beim Bestehen vieler Teilzeitstellen auch dann überschritten werden könnte, wenn die KMU-Schwelle noch lange nicht erreicht ist.

Eine Sozialplanpflicht besteht nicht generell, sondern nur, wenn einer bestimmten Anzahl Arbeitnehmern gekündigt werden soll. Konkret wird sie ausgelöst, wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, innert 30 Tagen mindestens 30 Arbeitnehmern zu kündigen (Art. 335i Abs. 1 lit. b OR). Dabei

³¹ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6497.

³² Vgl. dazu Art. 335d OR.

³³ WIDMER, Rz. 29 f.

³⁴ Z.B.: «...trifft sämtliche *Betriebe*, die mindestens 250 Arbeitnehmerinnen ... beschäftigen...»; BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6499.

³⁵ Z.B.: «Die Konsultation der Arbeitnehmerinnen ... ist für *Arbeitgeber* vorgeschrieben, die 21–99 Arbeitnehmerinnen ... beschäftigen...»; BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6499.

wird eine Kündigung nur dann für das Erreichen dieser Schwelle gezählt, wenn ihr Grund in keinem Zusammenhang mit der Person des betroffenen Arbeitnehmers steht. Andererseits müssen zeitlich verteilte Kündigungen, die auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, zusammengezählt werden (Art. 335i Abs. 2 OR). Unklar ist, ob sich die Zahl von 30 Kündigungen auf einen Betrieb oder auf den Arbeitgeber beziehen muss; während die Konsultationspflicht bei Massenentlassungen nämlich ausdrücklich auf «Kündigungen in einem Betrieb» abstellt (Art. 335d Abs. 1 OR), ist bei der Sozialplanpflicht keine entsprechende Einschränkung enthalten. Nach der herrschenden Lehre muss jedoch auch die Sozialplanpflicht an die Anzahl Kündigungen in einem Betrieb anknüpfen und nicht generell an Kündigungen des Arbeitgebers.³⁶

Die Bestimmungen über den Sozialplan gelten nicht für Kündigungen, die während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens, das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird, erfolgen (Art. 335k OR). Diese Ausnahme geht weiter als jene bei der Konsultationspflicht bei einer Massenentlassung (Art. 335e Abs. 2 OR),³⁷ denn Kündigungen während einer Nachlassstundung können auch davon erfasst sein. Dies ist allerdings nur dann der Fall, wenn die Nachlassstundung mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird; eine Einschränkung, die vom Parlament eingefügt wurde. Problematisch ist dabei, dass während einer Nachlassstundung nicht immer klar ist, ob das Verfahren in einem Nachlassvertrag endet oder ob eine Sanierung anderweitig gelingt oder ob sogar der Konkurs folgt. Somit kann der Ausgang des Verfahrens im Zeitpunkt der Kündigungen unter Umständen noch nicht prognostiziert werden. Da die Bestimmung auf der Überlegung beruht, dass eine Sozialplanpflicht bei einer insolventen Gesellschaft aufgrund der fehlenden Mittel des Arbeitgebers für eine Sanierungslösung hinderlich ist,³⁸ muss die Sozialplanpflicht dann entfallen, wenn die Nachlassstundung voraussichtlich im Konkurs mündet. Aufgrund des Wortlauts der Bestimmung besteht sie zudem nicht, wenn sie voraussichtlich mit einem ordentlichen Nachlassvertrag oder mit einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen wird. Hingegen muss davon ausgegangen werden, dass eine Sozialplanpflicht besteht, wenn die Gesellschaft während der Nachlassstundung saniert werden kann, sodass die Nachlassstundung widerrufen werden kann.

³⁶ FISCHER/TROST, Rz. 13; STÖCKLI, S. 100.

³⁷ Vgl. oben 2.2.

³⁸ Vgl. BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6466 und S. 6501; FISCHER/TROST, Rz. 18.

2.3.2 Verhandlungspflicht und Schiedsgericht

Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, dann muss der Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmern Verhandlungen mit dem Ziel führen, einen Sozialplan aufzustellen (Art. 335i Abs. 1 OR).

Bezüglich der Verhandlungspartner enthält das Gesetz auf Seiten der Arbeitnehmer eine Kaskade:³⁹ Die Verhandlungen sind primär mit den am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmerverbänden zu führen, wenn der Arbeitgeber Partei dieses Gesamtarbeitsvertrags ist (Art. 335i Abs. 3 lit. a OR). Ist der Arbeitgeber nicht Partei eines Gesamtarbeitsvertrags, dann muss er mit der Arbeitnehmervertretung oder, wenn es keine solche gibt, direkt mit den Arbeitnehmern verhandeln (Art. 335i Abs. 3 lit. b und c OR). Unklar ist, mit wem der Arbeitgeber bei sog. Verbands-Gesamtarbeitsverträgen verhandeln muss, denn bei diesen ist der Arbeitgeber nicht direkt Partei.⁴⁰

Die Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollten zu einem Sozialplan führen. Dies ist eine Vereinbarung, in welcher der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer die Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden (Art. 335h Abs. 1 OR). Diese Formulierung ist sehr offen und gibt keinerlei Anhaltspunkte, welche Massnahmen darunterfallen. Insbesondere werden etwaige finanzielle Leistungen, die unter einem Sozialplan zu erbringen sind, nicht beschränkt. Zwar bestimmt Art. 335h Abs. 2 OR, dass der Sozialplan den Fortbestand des Betriebs nicht gefährden darf. Diese Formulierung gibt aber kaum Anhaltspunkte, was noch zulässig ist, und damit auch keine Rechtssicherheit.

Art. 335i Abs. 1 OR statuiert nur eine Verhandlungsführungspflicht, deren Ziel die Vereinbarung eines Sozialplans ist. Können sich der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer nicht auf einen Sozialplan einigen, dann müssen sie ein Schiedsgericht bestellen, das den Sozialplan durch verbindlichen Schiedsspruch aufstellt (Art. 335j OR). Das Verfahren vor Schiedsgericht richtet sich nach Art. 353 ff. ZPO.⁴¹ Im Übrigen werden das Verfahren zur Verhandlung des Sozialplans sowie das Schiedsverfahren nicht näher geregelt. Somit besteht die Gefahr, dass sich ein solches Verfahren erheblich in die Länge zieht. Damit stellt sich die Frage, ob während der Verhandlungsdauer bzw. des Schiedsverfahrens gültig ge-

³⁹ FISCHER/TROST, Rz. 16.

⁴⁰ Vgl. dazu STÖCKLI, S. 101; FISCHER/TROST, Rz. 16.

⁴¹ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6500.

kündigt werden kann. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es sogar zwingend, dass das Verfahren zur Herbeiführung eines Sozialplans etwaige Kündigungen nicht verzögern darf, weil ansonsten die ganzen Sanierungserleichterungen torpediert würden. Jeder Monat, während dem nicht gekündigt werden kann, führt letztlich zu einer Verzögerung der Kostenreduktion im Unternehmen. Auch stünde ein Kündigungsverbot im Gegensatz zur Regelung der Konsultationspflicht bei Massenentlassungen: Für Kündigungen in Verletzung dieser Bestimmungen enthält das Gesetz klare Rechtsfolgen;⁴² aus dem Schweigen des Gesetzes bei der Sozialplan-Verhandlungspflicht muss geschlossen werden, dass eine Kündigung während den Verhandlungen oder sogar in Verletzung der Verhandlungspflicht gültig bleibt.⁴³

3. Neuerungen im Bereich der paulianischen Anfechtung

3.1 Keine Anfechtung von während der Nachlassstundung vorgenommenen Handlungen

Unter bisherigem Recht waren Handlungen des Schuldners, die er während einer Nachlassstundung vorgenommen hat, grundsätzlich ebenfalls anfechtbar. Dies galt nach der Rechtsprechung selbst dann, wenn die entsprechende Handlung vom Sachwalter und/oder dem Nachlassgericht genehmigt worden sind.⁴⁴ In der Praxis war diese potentielle Anfechtung jedoch kaum je ein Risiko, da der Sachwalter und das Nachlassgericht ja gerade dazu berufen sind, die Gläubigerinteressen zu wahren und dafür zu sorgen, dass Gläubiger nicht geschädigt werden.⁴⁵ Entsprechende Klagen wären somit mit erheblichen Beweisschwierigkeiten verbunden gewesen und sind deshalb in der Praxis kaum vorgekommen.

Das neue Recht sieht in Art. 285 Abs. 3 SchKG ausdrücklich vor, dass Rechtshandlungen, die während einer Nachlassstundung stattgefunden haben, nicht anfechtbar sind, sofern sie von einem Nachlassgericht oder von einem Gläubigerausschuss genehmigt worden sind. Dies ist eine Neu-erung, die zu mehr Rechtssicherheit führt, jedoch faktisch das Verhalten

⁴² Vgl. oben 2.2.

⁴³ Gl.M. WIDMER, Rz. 38 und 60.

⁴⁴ BGE 134 III 273 E. 4.4.2.

⁴⁵ Gl.M. KUKO-SchKG UMBACH-SPAHN/BOSSART, N 10a zu Art. 286 SchKG.

der verschiedenen Akteure in einem Nachlassverfahren kaum beeinflussen dürfte. Zu beachten ist, dass Rechtshandlungen, die nur vom Sachwalter genehmigt worden sind, nach wie vor anfechtbar bleiben.⁴⁶ Gleiches gilt selbstverständlich für Handlungen, denen nicht einmal der Sachwalter zugestimmt hat.

3.2 Beweislastumkehr bei der Schenkungs- und Absichtsanfechtung

Im Rahmen des neuen Sanierungsrechts wurde auch die Beweislastverteilung bei der Schenkungsanfechtung und bei der Absichtsanfechtung geändert.

Bei der Schenkungsanfechtung nach Art. 286 SchKG muss der Anfechtungskläger beweisen, dass der Schuldner eine Rechtshandlung vorgenommen hat, deren Leistung und Gegenleistung in einem Missverhältnis stehen. Neu bestimmt Art. 286 Abs. 3 SchKG, dass bei der Anfechtung einer Handlung zu Gunsten einer nahestehenden Person des Schuldners diese die Beweislast dafür trägt, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Als nahestehende Personen gelten insbesondere die Gesellschaften eines Konzerns.

Eine ähnliche Regelung wurde bei der Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG eingefügt. Der Anfechtungskläger muss nämlich beweisen, dass der Empfänger der Leistung die Schädigungsabsicht erkennen konnte, wobei dieser Beweis regelmässig anhand von Indizien geführt wird.⁴⁷ Neu bestimmt Art. 288 Abs. 2 SchKG, dass bei der Anfechtung einer Handlung zu Gunsten einer nahestehenden Person des Schuldners diese die Beweislast dafür trägt, dass sie die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen konnte. Auch hier gelten als nahestehende Personen insbesondere Gesellschaften eines Konzerns. Keine Stütze findet im Gesetz die noch weiter gehende Auffassung der Botschaft, dass auch die Schädigungsabsicht zu vermuten sei.⁴⁸ Würde dies zutreffen, dann bestünde die bedenkliche Situation, dass der Anfechtungskläger nur noch die Rechtshandlung

⁴⁶ Der VORENTWURF AKTIENRECHT schlägt vor, solche Handlungen ebenfalls als unanfechtbar zu bezeichnen: Art. 285 Abs. 4 VE-SchKG.

⁴⁷ BGE 134 III 452 E. 8.4.

⁴⁸ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6478.

und das Vorliegen eines Näheverhältnisses zu beweisen hätte;⁴⁹ alles andere – nämlich die Gläubigerschädigung, die Schädigungsabsicht und deren Erkennbarkeit – würde vermutet.⁵⁰

Die neuen Bestimmungen nennen beispielhaft Gesellschaften des gleichen Konzerns als nahestehende Personen. Ansonsten enthalten sie keine Definition des Begriffs der nahestehenden Person. Nach der Botschaft des Bundesrats können sowohl natürliche als auch juristische Personen vom Begriff erfasst werden.⁵¹ In der Praxis wird sich insbesondere die Frage stellen, wie Gross- und Mehrheitsaktionäre, die jedoch keine Kontrolle ausüben, oder Geschäftsführungsorgane zu behandeln sind. Die Beurteilung, ob eine Person nahestehend ist, muss immer anhand des konkreten Falls vorgenommen werden.⁵²

Der Zweck der Einführung dieser beiden Beweislastumkehren lag darin, die paulianische Anfechtung zu erleichtern. Ob dieser Zweck insbesondere bei der Absichtsanfechtung gerechtfertigt ist, kann füglich diskutiert werden; in der Schweiz besteht mit der Absichtspauliana ein Rechtsinstrument, das einen extrem weiten Anwendungsbereich hat. Verbunden mit einer ausufernden Bundesgerichtspraxis⁵³ führt dies in einer Sanierungssituation zu einer sehr grossen Rechtsunsicherheit, welche Handlungen noch vorgenommen werden dürfen. Abgesehen davon kann bei der Schenkungsanfechtung der Beweis, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt, insbesondere in Konzernverhältnissen sehr schwierig sein. Ein Konzern lebt geradezu davon, dass zahlreiche Leistungen ausgetauscht werden, wobei am Ende des Tags die Gesamtheit der Leistungsbeziehungen für beide Gesellschaften vorteilhaft sein muss.⁵⁴ Es ist durchaus möglich und zulässig, dass eine einzelne Leistung nicht *at arm's length* erbracht wird, denn eine andere Konzerngesellschaft ist gerade nicht ein Dritter, weshalb auch nicht in allen Fällen Drittbedin-

⁴⁹ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6478, mit der nicht der Bundesgerichtspraxis entsprechenden Auffassung, dass das Bestehen einer Gläubigerschädigung zu beweisen sei (vgl. BGE 85 III 185 E. 2a).

⁵⁰ Im Ergebnis gleich SCHMID, Anfechtung, Rz. 318.

⁵¹ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6478.

⁵² BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6478.

⁵³ Vgl. dazu BGE 134 III 452; 134 III 615; 135 III 265; 135 III 276; BGer 5A_64/2008 v. 14.10.2008. FORSTMOSER, S. 431 ff.

⁵⁴ Es ist allerdings zu befürchten, dass das Bundesgericht wie in anderen Bereichen den einzelnen Fall isoliert betrachten und die übrigen aus dem Konzern sich ergebenden Vorteile negieren wird; vgl. dazu GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, S. 231. Wie hier: Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 8. September 2014 (LB110046-O/U), E. V 2.3.3.

gungen erfüllt sein müssen. Aus einer *ex post*-Perspektive dürfte es demnach häufig schwer fallen, den entsprechenden Nachweis zu erbringen. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Beweislast dafür, dass eine nahestehende Person die Benachteiligungsabsicht nicht erkennen konnte. Es ist zu befürchten, dass dieser Beweis gerade in Konzernverhältnissen häufig nicht erbracht werden kann, da der Empfänger in der Regel faktisch und rechtlich die Möglichkeit hat, sich über die Vermögenslage der Schuldnergesellschaft zu informieren.

Die Beweislastumkehr führt zu erhöhten Anforderungen an die Sorgfalt bei Transaktionen mit nahestehenden Personen. Um diese zu erfüllen, dürfte auch eine erhöhte Dokumentationspflicht bei Vertragsabschluss notwendig sein. So kann es angezeigt sein, Leistung und Gegenleistung zu bewerten bzw. eine Abweichung vom Marktpreis zu begründen. Falls kein Marktpreis vorhanden ist, ist es unter Umständen empfehlenswert, die Umstände zu dokumentieren, welche die Gegenleistung als angemessen erscheinen lassen. Bei der Prävention einer Absichtsanfechtung kann angezeigt sein, dass die Empfängergesellschaft die Umstände der Transaktion abklärt und sich fragt, ob dadurch einzelne Gläubiger zum Nachteil der anderen Gläubiger begünstigt werden. In diesem Zusammenhang wäre insbesondere erforderlich, dass die Empfängergesellschaft dokumentiert, dass die Schuldnergesellschaft nicht in finanzieller Bedrängnis ist.

Es wird sich auch die Frage stellen, wann überhaupt eine entsprechende Begünstigung vorliegt. Wird z.B. davon ausgegangen, dass eine Tochtergesellschaft ihrer Mutter ein Darlehen zu einem Zinssatz von 1,5% p.a. gewährt, dann liegt dieser Zinssatz über dem Zinssatz, den die Tochter bei einer Bank für eine Festgeldanlage momentan erhalten würde. Für die Mutter kann die Darlehensaufnahme jedoch vorteilhaft sein, weil der Zinssatz unter dem Zinssatz liegt, den sie einer Bank für einen Kredit bezahlen müsste. Im Konkurs der Tochter müsste nun bei einer Schenkungsanfechtungsklage die Mutter beweisen, dass die der Tochter bezahlten Zinsen nicht zu tief waren. Aus Sicht der Mutter sind die 1,5% p.a. aber gerade tiefer, als sie einer Bank bezahlen müsste. Gleichzeitig liegt der Zinssatz aber über jenem, den die Tochter von einer Bank erhalten hätte. Nach der hier vertretenen Meinung wäre ein solches Geschäft im Konkurs der Tochter dennoch nicht anfechtbar, da keine Gläubigerschädigung bei der Tochter vorliegt.

4. Neuerungen im Zusammenhang mit dem Nachlassverfahren

4.1 Nachlassstundung als Gläubigerschutz

Die Nachlassstundung nimmt im Sanierungsverfahren eine zentrale Rolle ein, weil sie der Schuldnergesellschaft Schutz vor ihren Gläubigern gewährt, ohne dass die Organe der Schuldnergesellschaft ihre Handlungsfähigkeit vollkommen verlieren. Damit besteht die Möglichkeit, dass die Schuldnergesellschaft ihre Geschäftstätigkeit während der Nachlassstundung im bisherigen Rahmen weiterführt. Insbesondere wenn die Gesellschaft nicht schon einen negativen EBITDA hat, ist dies grundsätzlich positiv für die Gläubiger, da die Einstellung der Geschäftstätigkeit in den meisten Fällen eine massive Vernichtung von Eigenkapital zur Folge hat: Einerseits entstehen zusätzliche Verbindlichkeiten in der Form von Schadenersatzansprüchen gegen die Gesellschaft, anderseits verlieren insbesondere Immaterialgüterrechte oder auch Betriebsmittel und Maschinen an Wert. Hinzu kommt, dass die besten Mitarbeiter das Unternehmen verlassen werden. Die Nachlassstundung ist somit namentlich dann ein idealer Rahmen zur Durchführung einer Sanierung, wenn der Geschäftsbetrieb des Schuldners aufrechterhalten werden sollte. Im Schutze der Nachlassstundung kann sodann mit den Gläubigern relativ offen über mögliche Sanierungsmassnahmen verhandelt werden oder es können Betriebe in einem geordneten Verfahren auf Dritte übertragen werden.

Damit die Nachlassstundung ihre Wirkung voll entfalten kann, müssen folgende minimalen Bedingungen erfüllt sein:

- Die Stundung muss schnell erhältlich sein;
- Die Verbindlichkeiten der Schuldnergesellschaften sind zu unterteilen in Verbindlichkeiten, die vor der Stundung entstanden sind (Nachlassforderungen), und solche, die nach der Stundung entstehen (Masseverbindlichkeiten);
- Während der Schuldner von den Gläubigern, die eine Nachlassforderung haben, geschützt werden muss, müssen Masseverbindlichkeiten normal erfüllt werden dürfen.

Diese Rahmenbedingungen wurden im Schweizer Nachlassrecht schon bisher grundsätzlich erfüllt. Mit dem neuen Sanierungsrecht wurden ge-

wisse offene Fragen geklärt und vor allem die bisherige Praxis ins Gesetz überführt.

4.2 Nachlassstundung

4.2.1 Gesuch um provisorische Nachlassstundung

Am Anfang eines Nachlassverfahrens steht die provisorische Nachlassstundung. Diese wird in der Regel aufgrund eines Gesuchs des Schuldners gewährt. Wie schon unter bisherigem Recht ist aber auch jeder Gläubiger, der ein Konkursbegehren stellen kann, berechtigt, ein entsprechendes Gesuch zu stellen (Art. 293 lit. b SchKG). Nach der hier vertretenen Auffassung muss der Gläubiger nicht konkret berechtigt sein, ein Konkursbegehren zu stellen;⁵⁵ vielmehr muss es auch zulässig sein, dass ein Gläubiger, der von einer bevorstehenden Konkurseröffnung erfährt, dem Gericht den Antrag auf Gewährung einer Nachlassstundung stellt. Schliesslich kann ein Nachlassverfahren auch durch Überweisung des Konkursgerichts eingeleitet werden, wenn dieses zum Schluss kommt, dass Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags bestehen. Das Gericht kann in diesem Fall von Amtes wegen, d.h. ohne entsprechenden Antrag eines Gläubigers oder des Schuldners, handeln (Art. 293 lit. c i.V.m. Art. 173a Abs. 2 SchKG). Erst recht muss es aber auf Antrag eines Gläubigers handeln können.

Stellt der Schuldner ein Gesuch um Nachlassstundung, muss er dem Gericht verschiedene Beilagen einreichen, aus denen seine derzeitige und künftige Vermögens- und Ertragslage⁵⁶ ersichtlich ist (Art. 293 lit. a SchKG). Dazu gehören eine aktuelle Bilanz und Erfolgsrechnung, die nicht geprüft sein müssen.⁵⁷ Ebenfalls notwendig sind eine Liquiditätsplanung und ein provisorischer Sanierungsplan. Der provisorische Sanierungsplan muss darüber Aufschluss geben, ob während der Nachlassstundung der Schuldner saniert werden soll oder ob diese der Vorbereitung eines Nachlassvertrags dient.⁵⁸ Für das beabsichtigte Vorgehen muss genügend Liquidität vorhanden sein, was sich aus dem Liquiditätsplan ergeben muss.

⁵⁵ So aber die BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6480.

⁵⁶ Das Gesetz erwähnt noch die Einkommenslage, was sich aber nur auf nicht buchführungspflichtige Schuldner beziehen dürfte.

⁵⁷ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6479.

⁵⁸ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6479.

Dem Gericht ist im Gesuch auch aufzuzeigen, dass die Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags nicht offensichtlich aussichtslos ist, da dieses andernfalls den Konkurs eröffnet (Art. 293a Abs. 3 OR).⁵⁹ Zudem sind dem Gericht auch die erforderlichen Angaben zu machen, damit es über die Dauer der provisorischen Stundung sowie die Aufgaben des Sachwalters entscheiden kann.⁶⁰

Nicht mehr erforderlich ist, dass der Schuldner den Entwurf eines Nachlassvertrags einreicht.⁶¹ Allerdings sind an dieses Dokument in der Vergangenheit keine hohen Anforderungen gestellt worden, weshalb dies in der Praxis nicht zu einer merklichen Erleichterung führen wird.

Auch unter neuem Recht ist nicht vorausgesetzt, dass der Schuldner überschuldet ist.⁶² Eine Sanierung könnte wohl oft erfolgreicher durchgeführt werden, wenn der Schuldner das Nachlassverfahren nicht erst im Zeitpunkt seiner Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit einleitete. Dennoch werden wohl auch in Zukunft die meisten Stundungsgesuche erst zusammen mit einer Konkursanmeldung gestellt werden. In diesem Fall kann das Konkursgericht den Entscheid über den Konkurs aussetzen (Art. 173a Abs. 1 SchKG).

4.2.2 Bewilligung der provisorischen Stundung

Das neue Recht schreibt in Art. 293a Abs. 1 SchKG ausdrücklich vor, dass das Nachlassgericht «unverzüglich» eine provisorische Stundung bewilligt. Dabei sind an die Bewilligung der provisorischen Stundung keine hohen Anforderungen zu stellen.⁶³ Nur wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht, kann das Gericht von einer Bewilligung absehen; in diesem Fall eröffnet es von Amtes wegen den Konkurs (Art. 293a Abs. 3 SchKG). Dies kann allerdings nur gelten, wenn die Voraussetzungen einer Konkurseröffnung gegeben sind, was z.B. nicht der Fall sein muss, wenn eine Schuldnergesellschaft schon vor einer Überschuldung im Schutz der Nachlassstundung eine Sanierung durchführen möchte.⁶⁴

⁵⁹ Vgl. unten 4.2.2.

⁶⁰ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6479.

⁶¹ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6479.

⁶² BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6479.

⁶³ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6480.

⁶⁴ GL.M. KUKO-SchKG HUNKELER, N 9 zu Art. 293a SchKG.

Das Nachlassgericht entscheidet im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO). Bei einem Gesuch des Schuldners sind die Gläubiger nicht anzuhören, da sie nicht Gegenpartei im Sinne von Art. 253 ZPO sind. Hingegen ist bei einem Gesuch eines Gläubigers der Schuldner anzuhören.⁶⁵ Da eine unverzügliche Gewährung der provisorischen Stundung ein zentrales Element des Gläubigerschutzes ist,⁶⁶ sollte das Gericht von der Möglichkeit, auf die Durchführung einer Verhandlung zu verzichten (Art. 256 ZPO), Gebrauch machen, wenn der Schuldner das Gesuch stellt.

Das Nachlassgericht muss die provisorische Nachlassstundung für eine bestimmte Dauer bewilligen. Die maximale Dauer der provisorischen Stundung beträgt vier Monate (Art. 293a Abs. 2 SchKG). Dies sind zwei Monate mehr als unter bisherigem Recht. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass auch unter neuem Recht die provisorische Stundung vorerst für zwei Monate bewilligt werden sollte, um sie dann allenfalls auf vier Monate zu verlängern.⁶⁷

Das Nachlassgericht trifft von Amtes wegen weitere Massnahmen, die zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens notwendig sind (Art. 293a Abs. 1 SchKG). In der Regel setzt es zur näheren Prüfung der Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags einen oder mehrere provisorische Sachwalter ein (Art. 293b Abs. 1 SchKG). Allerdings kann es in begründeten Fällen während der provisorischen Stundung davon absehen (Art. 293b Abs. 2 SchKG). Nach Ansicht der Botschaft ist dies insbesondere gerechtfertigt, wenn keine Drittinteressen gefährdet werden oder wenn die Einsetzung eines provisorischen Sachwalters die noch vorhandenen Mittel bei der Schuldnergesellschaft so stark schmälern würde, dass eine Sanierung aussichtslos würde.⁶⁸ Drittinteressen müssen insbesondere dann nicht geschützt werden, wenn die Gesellschaft sich freiwillig in ein Nachlassverfahren begibt, d.h., wenn sie noch nicht überschuldet ist. Das Fehlen eines Sachwalters hat für die Schuldnergesellschaft aber den grossen Nachteil, dass sie keine Masseverbindlichkeiten begründen kann,⁶⁹ was z.B. bei einem Verkauf eines Betriebs für den Käufer nachteilig wäre; da auch ein solcher Verkauf vom Nachlassgericht

⁶⁵ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6480.

⁶⁶ Vgl. oben 4.1.

⁶⁷ KUKO SchKG-HUNKELER, N 16 zu Art. 293a SchKG. Der VORENTWURF AKTIENRECHT schlägt vor, dass die provisorische Stundung in begründeten Fällen um höchstens vier Monate verlängert werden kann; Art. 293a Abs. 2 Satz 2 VE-SchKG.

⁶⁸ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6481.

⁶⁹ KUKO SchKG-HUNKELER, N 6 zu Art. 293b SchKG.

bewilligt werden müsste,⁷⁰ bestünde aber immer noch der Vorteil, dass er nicht paulianisch anfechtbar wäre (Art. 285 Abs. 3 SchKG).⁷¹ Ohne Sachwalter besteht zudem auch nicht die Möglichkeit, Dauerschuldverhältnisse vorzeitig zu kündigen.⁷²

Die Bewilligung der provisorischen Stundung und die Einsetzung des provisorischen Sachwalters⁷³ sind nicht anfechtbar (Art. 293d SchKG).

4.2.3 Öffentliche Bekanntmachung der provisorischen Stundung

Da die provisorische Stundung grundsätzlich die gleichen Wirkungen wie eine definitive Stundung hat,⁷⁴ muss deren Bewilligung durch das Nachlassgericht öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungs-, dem Handelsregister- und dem Grundbuchamt unverzüglich mitgeteilt werden (Art. 296 Satz 1 SchKG). Anders als bei der Nachlassliquidation⁷⁵ wird die Tatsache einer Nachlassstundung nicht in der Firma des Schuldners reflektiert, sondern nur im Handelsregister unter den Rubriken «Bemerkungen» und «Personalangaben/Funktionen» eingetragen (Art. 160 Abs. 3 HRegV).

Erfahrungsgemäss hat die Publizität der Nachlassstundung regelmässig einen negativen Effekt auf die Schuldnergesellschaft. Deshalb kann in begründeten Fällen auf die öffentliche Bekanntmachung bis zur Beendigung der provisorischen Stundung verzichtet werden. Ein Rechtfertigungsgrund wäre etwa, wenn beabsichtigt ist, dass die Gesellschaft schon während der provisorischen Stundung saniert wird.⁷⁶ Der Verzicht auf die öffentliche Bekanntmachung setzt zudem voraus, dass einerseits der Schutz Dritter gewährleistet ist und andererseits ein entsprechender Antrag vorliegt (Art. 293c Abs. 2 Satz 1 SchKG). Der Schutz Dritter ist wohl dann nicht gefährdet, wenn die Gesellschaft noch nicht überschuldet ist; in diesem Fall müsste sie noch gar nicht den Richter benachrichtigen, sondern könnte auch eine private Sanierung durchführen.

⁷⁰ Vgl. unten 4.3.2.

⁷¹ Vgl. oben 3.1.

⁷² KUKO-SchKG HUNKELER, N 3 zu Art. 297a SchKG; LORANDI, S. 296; vgl. unten 4.3.4.

⁷³ Vgl. unten 4.2.3.

⁷⁴ Vgl. dazu unten 4.2.4.

⁷⁵ Vgl. unten 4.4.

⁷⁶ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6481.

Wird auf eine öffentliche Bekanntmachung verzichtet, dann unterbleibt auch die Mitteilung an die Ämter (Art. 293c Abs. 2 lit. a SchKG). Als Ausgleich für diese Erleichterungen sieht das Gesetz in Art. 293c Abs. 2 lit. b–d SchKG gewisse Schutzmassnahmen für die Gläubiger vor: So ist schon während der provisorischen Stundung zwingend ein provisorischer Sachwalter einzusetzen. Weiter können gegen den Schuldner Betreibungen eingeleitet, jedoch nicht fortgesetzt werden.⁷⁷ Schliesslich tritt die Rechtsfolge von Art. 297 Abs. 4 SchKG, wonach die vor der Stundung vereinbarte Abtretung von nach der Stundung entstehenden Forderungen keine Wirkung entfaltet, nur und erst dann ein, wenn die provisorische Stundung dem Zessionar mitgeteilt wird.⁷⁸

4.2.4 Bewilligung der definitiven Stundung

Die definitive Stundung ist die Fortsetzung der provisorischen Stundung, sofern die provisorische Stundung nicht infolge Sanierung der Gesellschaft aufgehoben werden kann (Art. 296a Abs. 1 SchKG analog). Die definitive Nachlassstundung wird bewilligt, wenn sich während der provisorischen Stundung ergibt, dass Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht (Art. 294 Abs. 1 SchKG). Kommt das Gericht hingegen zum Schluss, dass keine Aussicht auf Sanierung oder auf Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht, dann eröffnet es von Amtes wegen den Konkurs (Art. 294 Abs. 3 SchKG). Dies ist etwa dann der Fall, wenn klar ist, dass die privilegierten Forderungen nicht gedeckt sein werden (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). Selbstredend müssen für eine Konkurseröffnung die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sein.⁷⁹

Die definitive Bewilligung der Stundung erfolgt vorerst für eine Dauer von vier bis sechs Monaten (Art. 294 Abs. 1 SchKG). Sie kann bis zu zwölf Monaten, in besonders komplexen Fällen bis zu höchstens 24 Monaten verlängert werden (Art. 295b Abs. 1 SchKG). Eine Verlängerung über zwölf Monate ist allerdings nur zulässig, wenn vor Ablauf des neunten Monats seit Bewilligung der definitiven Stundung der Sachwalter eine Gläubigerversammlung einberuft (Art. 295b Abs. 2 SchKG). Anlässlich dieser Gläubigerversammlung orientiert der Sachwalter die Gläubiger über den Stand des Verfahrens und die Gründe der Verlängerung

⁷⁷ Vgl. dazu unten 4.3.3.

⁷⁸ Vgl. dazu unten 4.3.4.

⁷⁹ Vgl. oben 4.2.2.

(Art. 295b Abs. 3 Satz 1 SchKG). Die Gläubigerversammlung muss aber die Verlängerung der Stundung nicht genehmigen.

Im Gegensatz zur Bewilligung der provisorischen Stundung ist die definitive Stundung zwingend öffentlich bekannt zu machen und dem Betreibungs-, dem Handelsregister- und dem Grundbuchamt unverzüglich mitzuteilen (Art. 296 SchKG).⁸⁰

Der Schuldner und die Gläubiger können den Entscheid des Nachlassgerichts betreffend Bewilligung der definitiven Stundung mit Beschwerde anfechten (Art. 295c Abs. 1 SchKG). Der Beschwerde kann allerdings keine aufschiebende Wirkung erteilt werden (Art. 295c Abs. 2 SchKG), d.h., die definitive Stundung entfaltet vorerst ihre volle Wirkung.

4.2.5 Sachwalter, Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung

Anders als bei der provisorischen Stundung muss das Nachlassgericht mit der Bewilligung einer definitiven Stundung zwingend einen oder mehrere definitive Sachwalter ernennen (Art. 295 Abs. 1 SchKG).⁸¹ Dem Sachwalter obliegt es unter anderem, einen Nachlassvertrag zu entwerfen sowie die Handlungen des Schuldners zu überwachen (Art. 295 Abs. 2 lit. a und b SchKG). Daneben ist der Sachwalter insbesondere für die Führung des Verfahrens zuständig.

Neu kann schon während der Nachlassstundung ein Gläubigerausschuss eingesetzt werden. Dieser kann ohne weitere Voraussetzungen von der Gläubigerversammlung, die vor einer Verlängerung der definitiven Stundung über zwölf Monate eingesetzt werden muss,⁸² gewählt werden (Art. 295b Abs. 3 Satz 2 SchKG). Daneben kann auch das Nachlassgericht einen Gläubigerausschuss ernennen, wenn es die Umstände erfordern (Art. 295a Abs. 1 SchKG). Die Praxis wird zeigen müssen, wann dies als erforderlich betrachtet werden wird. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass bereits die beabsichtigte Veräusserung von Anlagevermögen während der Nachlassstundung die Einsetzung eines Gläubigerausschusses rechtfertigt.⁸³ Bis anhin waren dies übliche Handlungen, die während der Nachlassstundung vorgenommen wurden; selbstverständlich

⁸⁰ Vgl. dazu oben 4.2.3.

⁸¹ Vgl. zum provisorischen Sachwalter oben 4.2.2.

⁸² Vgl. dazu oben 4.2.4.

⁸³ KUKO-SchKG HUNKELER, N 5 zu Art. 295a SchKG.

war dazu die Zustimmung des Richters erforderlich (Art. 298 Abs. 2 SchKG), jedoch wurden die Gläubiger in der Regel nicht konsultiert.⁸⁴

Im Gläubigerausschuss müssen die verschiedenen Gläubigerkategorien angemessen vertreten sein (Art. 295a Abs. 1 SchKG). Der Gläubigerausschuss hat neben der Erteilung von Ermächtigungen zu Geschäften nach Art. 298 Abs. 2 SchKG⁸⁵ die Aufgabe, den Sachwalter zu beaufsichtigen und ihm Empfehlungen zu erteilen (Art. 295a Abs. 2 und 3 SchKG).

Eine Gläubigerversammlung findet schon während der provisorischen Nachlassstundung statt, wenn die provisorische Stundung über zwölf Monate verlängert werden soll (Art. 295b Abs. 2 SchKG).⁸⁶ Diese muss nicht nur bezüglich der Verlängerung der Stundung konsultiert werden, sondern sie kann einen neuen Sachwalter bestimmen sowie einen Gläubigerausschuss einsetzen oder einzelne Mitglieder eines Gläubigerausschusses neu einsetzen oder abberufen (Art. 295b Abs. 3 SchKG).

4.3 Die Wirkungen der Stundung

4.3.1 Provisorische und definitive Stundung

Die provisorische Nachlassstundung hat grundsätzlich die gleichen Wirkungen wie eine definitive Stundung (Art. 293c Abs. 1 SchKG). Wie bereits erwähnt, gibt es aber gewichtige gesetzliche Ausnahmen: Die provisorische Stundung muss nicht zwingend öffentlich bekannt gemacht werden,⁸⁷ und es kann von der Einsetzung eines Sachwalters abgesehen werden.⁸⁸

4.3.2 Fortführung der Geschäftstätigkeit

Während der Nachlassstundung bleiben die Organe des Schuldners grundsätzlich in Amt und Würden, jedoch können sie ihre Geschäftstätigkeit nur noch unter Aufsicht des Sachwalters fortsetzen (Art. 298 Abs. 1 SchKG). Das Nachlassgericht kann auch anordnen, dass gewisse Handlungen rechtsgültig nur noch unter Mitwirkung des Sachwalters vor-

⁸⁴ Kritisch dazu KUKO-SchKG HUNKELER, N 2 zu Art. 295a SchKG.

⁸⁵ Vgl. dazu unten 4.3.2.

⁸⁶ Vgl. oben 4.2.4.

⁸⁷ Vgl. oben 4.2.3.

⁸⁸ Vgl. oben 4.2.2.

genommen werden können, oder es kann den Sachwalter sogar ermächtigen, die Geschäftsführung anstelle des Schuldners zu übernehmen (Art. 298 Abs. 1 Satz 2 SchKG).

Der Schuldner darf gewisse Handlungen von Gesetzes wegen nicht mehr ohne Zustimmung des Nachlassgerichts bzw. eines etwaigen Gläubigerausschusses vornehmen: Darunter fallen die Veräusserung oder Belastung von Teilen des Anlagevermögens, die Bestellung von Pfändern, das Eingehen von Bürgschaften oder das Treffen von unentgeltlichen Verfügungen (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Diese Vorschrift ist insbesondere relevant, wenn während der Nachlassstundung ein Betrieb veräussert werden soll.

Verletzt der Schuldner diese Bestimmungen, so kann dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entzogen oder über ihn von Amtes wegen der Konkurs eröffnet werden (Art. 298 Abs. 4 und Art. 296b lit. c SchKG).⁸⁹

4.3.3 Nachlassforderungen und Masseverbindlichkeiten

Wie bereits erwähnt, bewirkt schon die provisorische Stundung, dass die Verbindlichkeiten der Gesellschaft in zwei Kategorien unterteilt werden, nämlich in Nachlassforderungen und Masseverbindlichkeiten: Nachlassforderungen sind Forderungen, die vor Bewilligung der Stundung oder seither ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind (Art. 310 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Ausgenommen davon sind pfandgesicherte Forderungen, soweit sie durch das Pfand gedeckt sind. Masseverbindlichkeiten sind die während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

Während Masseverbindlichkeiten schon während der laufenden Nachlassstundung bezahlt werden dürfen, wird über die Tilgung der Nachlassforderungen im Nachlassvertrag entschieden. Konsequenterweise sind für Nachlassforderungen der Arrest und andere Sicherungsmassnahmen ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 3 SchKG) und die sie betreffenden Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren werden, ausser in dringlichen Fällen, sistiert (Art. 297 Abs. 5 SchKG). Auch ist die Verrechnung über den Stichtag der Gewährung der Nachlassstundung stark eingeschränkt: Insbesondere dürfen Gläubiger etwaige nach der Nachlassstundung entstandene Schulden nicht mit Nachlassforderungen verrechnen, und vor der Nach-

⁸⁹ Vgl. dazu unten 4.4.

lassstundung entstandene Schulden dürfen nicht mit Forderungen verrechnet werden, die nach der Nachlassstundung und ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind (vgl. im Einzelnen Art. 297 Abs. 8 i.V.m. Art. 213 f. SchKG). Dadurch soll verhindert werden, dass das Haftungssubstrat zu Lasten der übrigen Gläubiger vermindert wird.

Daneben hat die Nachlassstundung noch weitere Auswirkungen, die gemäss Gesetz generell gelten sollen, d.h. nicht nur Nachlassforderungen betreffen. So können gegen den Schuldner Betreibungen weder eingeleitet noch fortgesetzt werden (Art. 297 Abs. 1 Satz 1 SchKG). Nach der hier vertretenen Meinung kann dies aber nicht für Masseverbindlichkeiten gelten.⁹⁰ Ebenfalls ausgenommen vom Verbot sind Betreibungen auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte (Nachlass-)Forderungen, wobei aber die Verwertung des Grundpfands während der Stundung ausgeschlossen bleibt (Art. 297 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Keine Ausnahme vom Betreibungsverbot besteht mehr für Forderungen erster Klasse (vgl. Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 aSchKG).

Ebenfalls nur auf Nachlassforderungen kann sich nach der hier vertretenen Meinung die Bestimmung beziehen, dass Verjährungs- und Verwirkungsfristen stillstehen (Art. 297 Abs. 6 SchKG). Das Gleiche gilt für die Vorschrift, dass mit der Bewilligung der Stundung gegenüber dem Schuldner der Zinsenlauf aufhört (Art. 297 Abs. 7 SchKG).⁹¹ Von dieser Bestimmung ausgenommen sind aufgrund des Gesetzeswortlauts auch die pfandgesicherten (Nachlass-)Forderungen, sofern der Nachlassvertrag nichts anderes bestimmt. Zu beachten ist, dass nach der herrschenden Lehre Forderungen, die durch ein Drittpfand gesichert sind, nicht als pfandgesichert gelten.⁹²

4.3.4 Abtretung zukünftiger Forderungen, Dauerschuldverhältnisse und Realforderungen

Im neuen Recht werden auch drei für die erfolgreiche Abwicklung eines Nachlassverfahrens wichtige Bereiche geregelt, wobei im Wesentlichen die bisherige Praxis ins Gesetz überführt wurde.

Einerseits handelt es sich um die bisherige bundesgerichtliche Praxis, wonach die vor der Nachlassstundung vereinbarte Abtretung künftiger Forderungen keine Wirkung entfaltet, wenn die Forderung erst nach der

⁹⁰ Ähnlich KUKO-SchKG HUNKELER, N 14 zu Art. 297 SchKG.

⁹¹ GLM. KUKO-SchKG HUNKELER, N 48 zu Art. 297 SchKG.

⁹² KUKO-SchKG HUNKELER, N 48 zu Art. 297 SchKG.

Bewilligung der Nachlassstundung entsteht (Art. 297 Abs. 4 SchKG).⁹³ Dies ist insbesondere bei Sicherungszessionen von Debitoren relevant und gewährleistet, dass die Schuldnergesellschaft bei einer Weiterführung des Betriebs während der Nachlassstundung die dabei generierten Debitoren selbst nutzen kann. Hingegen ist es nach wie vor möglich, bei einer Grundpfandsicherheit eine Betreibung auf Pfandverwertung einzuleiten⁹⁴ und die Ausdehnung der Pfandhaft auf die Mietzinsforderungen zu verlangen (Art. 152 Abs. 2 SchKG). Damit hat diese Neuregelung für die Praxis keine Änderungen zur Folge, weil sie der bisherigen Praxis entspricht.

Weiter wurde die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen legifert, und zwar in ihrer Wirkung ebenfalls in der Weise, wie sie bisher in der Praxis gehandhabt wurde. Die Gewährung einer Nachlassstundung führt nicht zur automatischen Auflösung von Dauerschuldverhältnissen. Soweit die Schuldnergesellschaft während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters aus einem Dauerschuldverhältnis Leistungen in Anspruch nimmt, werden die entsprechenden Gegenforderungen aus dem Dauerschuldverhältnis zu Masseverbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 Satz 2 SchKG; vgl. die analoge Regelung für den Konkurs in Art. 211a Abs. 2 SchKG). Diese müssen bezahlt oder hinlänglich sichergestellt sein, damit der Nachlassvertrag bestätigt werden kann (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG). *E contrario* folgt daraus, dass alle anderen Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen Nachlassforderungen sind. Daneben besteht noch die Möglichkeit, Dauerschuldverhältnisse (ausser Arbeitsverträge) auf einen beliebigen Zeitpunkt zu kündigen, sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde; in diesem Fall hat die Schuldnergesellschaft der Gegenpartei eine Entschädigung zu leisten, die ebenfalls als Nachlassforderung gilt (Art. 297a Satz 1 SchKG). Grundsätzlich ist die Gegenpartei für die Zeit bis zum nächsten Kündigungstermin bzw. bis zum Vertragsablauf voll zu entschädigen, unter Anrechnung der Vorteile, die sie aus der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses erlangt.⁹⁵ Die in der Lehre geführte Diskussion, unter welchen Umständen der Sanierungszweck vereitelt wird und deshalb ein Dauerschuldverhältnis gekündigt werden darf,⁹⁶ scheint im Lichte dieser Überlegungen insbesondere beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung von geringer praktischer Rele-

⁹³ Vgl. dazu BGE 111 III 73 E. 3.

⁹⁴ Vgl. oben 4.3.3.

⁹⁵ KUKO-SchKG HUNKELER, N 20 zu Art. 297a SchKG; LORANDI, S. 298.

⁹⁶ Vgl. z.B. KUKO-SchKG HUNKELER, N 14–17 zu Art. 297a SchKG.

vanz zu sein. Beim ordentlichen Nachlassvertrag kann die sofortige Kündigungsmöglichkeit eine gewisse Relevanz erhalten, wenn eine ordentliche Kündigung nur unter Beachtung langer Fristen möglich ist.

Schliesslich kann der Sachwalter Realforderungen in Geldforderungen umwandeln (Art. 297 Abs. 9 i.V.m. Art. 211 Abs. 1 SchKG). Dadurch kann sich die Gesellschaft von der Realerfüllung eines Vertrags lösen. Die entsprechende Geldforderung ist eine Nachlassforderung.⁹⁷ Eine Umwandlung ist namentlich interessant, wenn der Vertrag zu schlechten Konditionen abgeschlossen worden ist oder wenn der Gläubiger seine Leistung schon vor Gewährung der Nachlassstundung erbracht hat.

4.4 Nachlassvertrag

Im Idealfall, der aber leider selten ist, kann die Nachlassstundung aufgehoben werden, weil die Gesellschaft vor Ablauf der Stundung saniert werden konnte. In diesem Fall hebt das Nachlassgericht die Nachlassstundung von Amtes wegen auf (Art. 296a Abs. 1 SchKG).

Zum Glück ebenfalls selten ist der Fall, dass die Nachlassstundung im Konkurs endet. Das Gesetz enthält in Art. 296b SchKG verschiedene Konkursgründe, bei deren Vorliegen das Gericht den Konkurs von Amtes wegen eröffnet. Einerseits ist dies der Fall, wenn ein Konkurs zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist oder wenn offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht. Andererseits wird die Konkurseröffnung aber auch als Pönale eingesetzt, wenn der Schuldner Art. 298 SchKG verletzt oder den Weisungen des Sachwalters zuwiderhandelt. Allerdings muss die Konkurseröffnung in diesen Fällen *ultima ratio* bleiben und darf nur dann ausgesprochen werden, wenn keine mildereren Massnahmen zur Disziplinierung des Schuldners möglich sind.⁹⁸

Der ordentliche Weg, um die Nachlassstundung zu beenden, ist der Abschluss eines Nachlassvertrags durch die Gläubiger und dessen Bestätigung durch das Nachlassgericht. Die Annahme eines Nachlassvertrags durch die Gläubiger erfordert die Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger, die zugleich mindestens zwei Drittel des Gesamtbetrags der Forderungen vertreten, oder die Zustimmung eines Viertels der Gläubiger, die mindestens drei Viertel des Gesamtbetrags der Forderungen vertreten

⁹⁷ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6487.

⁹⁸ KUKO-SchKG HUNKELER, N 6 zu Art. 296b SchKG.

(Art. 305 Abs. 1 SchKG). Bei der Ermittlung dieser Mehrheiten sind die privilegierten Gläubiger weder für ihre Person noch für ihre Forderung mitzurechnen. Pfandgesicherte Forderungen zählen zudem nur zu dem Betrag mit, der nach der Schätzung des Sachwalters ungedeckt ist (Art. 305 Abs. 2 SchKG). Ob und zu welchem Betrag bedingte Forderungen und solche mit ungewisser Verfallzeit sowie bestrittene Forderungen mitzuzählen sind, entscheidet das Nachlassgericht im konkreten Fall (Art. 305 Abs. 3 Satz 1 SchKG).

Das Nachlassgericht darf den Nachlassvertrag nur bestätigen, wenn die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubiger sowie die Erfüllung der Masseverbindlichkeiten hinlänglich sichergestellt sind, soweit nicht einzelne Gläubiger ausdrücklich auf die Sicherstellung ihrer Forderung verzichten (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

Das Gesetz sieht zwei verschiedene Arten von Nachlassverträgen vor, nämlich den ordentlichen Nachlassvertrag und den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Beim ordentlichen Nachlassvertrag bleibt die Gesellschaft bestehen, doch sprechen die Gläubiger hinsichtlich ihrer Forderungen eine Stundung und/oder einen Verzicht aus (Art. 314 Abs. 1 SchKG). Als Gegenleistung müssen die Anteilsinhaber einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Im Gegensatz dazu wird die Gesellschaft beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung liquidiert. Aus diesem Grund ist ein Liquidator zu wählen (Art. 317 Abs. 2 SchKG) und der Firma der Schuldnergesellschaft ist der Zusatz «in Nachlassliquidation» beizufügen (Art. 319 Abs. 2 SchKG). Die Gläubiger werden in der Regel wie in einem Konkursverfahren befriedigt und die Anteilsinhaber gehen meistens leer aus.

Neu sieht das Gesetz ausdrücklich vor, dass die Nachlassdividende ganz oder teilweise aus Anteilsrechten an der Schuldnerin oder an einer Auffanggesellschaft bestehen kann (Art. 314 Abs. 1^{bis} SchKG). Bei einem ordentlichen Nachlassvertrag, wo die Gesellschaft nicht liquidiert wird, könnten also z.B. den Gläubigern durch einen Debt-Equity Swap Anteilsrechte zugeteilt werden. Der angemessene Sanierungsbeitrag der Anteilsinhaber könnte darin bestehen, dass sie sich bei einem Debt-Equity Swap in ihren Anteilsrechten verwässern lassen.⁹⁹

Auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann die Nachlassdividende ganz oder teilweise aus Anteilsrechten an der Schuldnerin oder an einer Auffanggesellschaft bestehen (vgl. Art. 318 Abs. 1^{bis} SchKG). Da die Gesellschaft in diesem Fall aber liquidiert wird, scheint

⁹⁹ BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT, S. 6492.

die Zuweisung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der Schuldnerin kein gangbarer Weg zu sein. Allerdings könnte es je nach Umständen interessant sein, den Schuldnern Anteilsrechte an einer Auffanggesellschaft zuzuweisen. Diese Möglichkeit bestand grundsätzlich schon unter bisherigem Sanierungsrecht, wurde in der Praxis jedoch kaum wahrgenommen. Eine Schwierigkeit dürfte sein, diese Anteile zu bewerten. Dies dürfte aber notwendig sein, um sicherzustellen, dass die Gläubiger gleich behandelt werden.

5. Fazit

Die oben stehenden Ausführungen zeigen, dass das neue Sanierungsrecht ausser der Sozialplanpflicht keine wesentlichen Neuerungen gebracht hat. Ob die Sozialplanpflicht als positive oder negative Errungenschaft betrachtet wird, kommt wohl vor allem auf den politischen Standpunkt des Betrachters an. Auf jeden Fall lässt sich die Sozialplanpflicht nicht als Gegenleistung rechtfertigen, denn die vermeintlichen Erleichterungen, die damit erkaufte wurden, reflektieren oft nur die bisherige Praxis. Hinzu kommt, dass die Bestimmungen über die Sozialplanpflicht im hohen Masse unklar sind, was zu einer erhöhten Rechtsunsicherheit beiträgt. Gerade dies kann aber erfolgversprechende Sanierungen verhindern.

Ebenfalls nur schwer nachvollziehbar ist, weshalb mit der Beweislastumkehr die paulianischen Anfechtungsklagen weiter erleichtert wurden. Um das Sanierungsrecht wirklich zu verbessern, wäre in diesem Bereich dringend mehr Rechtssicherheit notwendig. Auch wäre der Gesetzgeber gefordert, der ausufernden Praxis des Bundesgerichts Einhalt zu gebieten.

Literaturverzeichnis

- BAUER, THOMAS: Der aussergerichtliche Konkursverwalter – Totengräber oder Konkurs-helfer?, BLSchK 2/2007, S. 41.
- FISCHER, ALEXANDER/TROST, ANDREA: Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, Jusletter vom 19. Mai 2014.
- FORSTMOSER, PETER: Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Auswirkungen der neuen Bundesgerichtspraxis zur Absichtspauliana auf Verantwortlichkeitsprozesse, in: OERTLE, MATTHIAS/WOLF, MATTHIAS/BREITENSTEIN, STEFAN/DIEM, HANS-JAKOB (Hrsg.): M&A – Recht und Wirtschaft in der Praxis: Liber amicum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, S. 431.
- GASSER, DOMINIK: Neues Nachlassverfahren – praktische Konsequenzen für die Betreibungs- und Konkursämter, BLSchK 1/2014, S. 1.
- GLANZMANN, LUKAS (Konzern-Kreditfinanzierungen): Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 3/2011, S. 229.
- GLANZMANN, LUKAS (Umstrukturierungen): Umstrukturierungen, 3. Aufl., Bern 2014.
- HUNKELER, DANIEL (KUKO-SchKG BEARBEITER): Kommentar zu Art. 87, 293–316, 351, 352 SchKG, in: HUNKELER, DANIEL (Hrsg.): Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014.
- LORANDI, FRANCO: Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht, AJP 3/2014, S. 294.
- MILANI, DOMINIK (OFK-OR BEARBEITER): Kommentar zu Art. 333–343 OR, in: KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA/NOBEL, PETER/SCHWANDER, IVO/WOLF, STEPHAN (Hrsg.): OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2009.
- SCHMID, JEAN-DANIEL (Anfechtung): Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014.
- SCHMID, JEAN-DANIEL (Mehrwertsteuer): Bis wann wird die Mehrwertsteuer in der Insolvenz noch bevorzugt?, Jusletter vom 23. Juni 2014.
- SPÜHLER, KARL/INFANGER, DOMINIK: Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung – Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag?, in: ANGST, PAUL/COMETTA, FLAVIO/GASSER, DOMINIK (Hrsg.): Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel 2000, S. 225.
- STAEHELIN, ADRIAN (ZK-OR STAEHELIN): Kommentar zu Art. 330b–355, 361–362 OR, in: JÖRG, SCHMID (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Zürich 2014.
- STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Sozialplanpflicht mit Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, ArbR 2010, S. 99.
- UMBACH-SPAHN, BRIGITTE/BOSSART, STEFAN (KUKO-SchKG BEARBEITER): Kommentar zu Art. 200, 285–292 SchKG, in: HUNKELER, DANIEL (Hrsg.): Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014.
- VOLLMAR, ALEXANDER (BSK-SchKG II VOLLMAR): Kommentar zu Art. 293–304 SchKG, in: ADRIAN STAEHELIN/THOMAS BAUER/DANIEL STAEHELIN (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, 2. Aufl., Basel 2010.

VON KAENEL, ADRIAN: Der neue Art. 333b OR, Jusletter vom 29. September 2014.

WIDMER, LAURA: Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR, Jusletter vom 29. September 2014.

Materialienverzeichnis

BOTSCHAFT (BOTSCHAFT SANIERUNGSRECHT) zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010 6455–6506.

VORENTWURF (VORENTWURF AKTIENRECHT) zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 28. November 2014, «www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2014/2014-11-28.html», besucht am 23.12.2014.