



Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht

DANIEL STAEHELIN

Der Beitrag gibt einen Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, welche per 1. Januar 2014 in Kraft treten. Als Mitglied der seinerzeitigen Expertengruppe erläutert der Autor die Gesetzgebungsgeschichte (Auslöser war das Grounding der Swissair) und die Zielrichtung des Entwurfs (Reform des Dividendenvergleichs). Es folgt die Darstellung der diskutierten, jedoch verworfenen Änderungen (u.a. Abschaffung des Vermieterretentionsrechts, Regelung der Sanierungsdarlehen). Da das Gesetz am bisherigen System von Nachlassstundung und Nachlassvertrag festhält, werden sodann diejenigen Bestimmungen dargestellt, die weiterhin Geltung haben. Der Aufsatz schliesst mit einer Übersicht über die Neuerungen im SchKG (u.a. Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen in der Insolvenz; Aufhebung des Privilegs der MWSt-Verwaltung; prov. Stundung ohne Sachwalter; prov. Stundung ohne Publikation; fak. Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung während der Stundung; Aufhebung der Stundung ohne Nachlassvertrag bei erfolgreicher Sanierung; Möglichkeit der Umwandlung von Real- in Geldforderungen; Möglichkeit der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen; Pflicht der Anteilhaber, einen Sanierungsbeitrag zu leisten; Aufhebung der Pflicht, beim Dividendenvergleich die Dividende für die Drittklassforderungen sicherzustellen) und im OR (Übergang der Arbeitsverhältnisse bei der Betriebsübertragung in der Insolvenz nur, wenn dies mit dem Erwerber vereinbart worden ist).

La contribution offre un aperçu des nouveautés en matière de droit de l'assainissement, qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2014. En tant que membre de l'ancien groupe d'experts, l'auteur explique l'historique de la réglementation (l'élément déclencheur ayant été la débâcle de Swissair) et les objectifs poursuivis par le projet (réforme du concordat-dividende). Il présente ensuite les modifications qui ont été discutées, mais qui ont finalement été rejetées (notamment l'abolition du droit de rétention du bailleur, la réglementation des prêts d'assainissement). Comme la loi conserve l'actuel système du sursis concordataire et du concordat, l'auteur présente ensuite les dispositions qui restent applicables. L'article s'achève par un aperçu des nouveautés dans la LP (notamment les créances issues de contrats de durée en cas d'insolvabilité; suppression du privilège en faveur de l'administration TVA; sursis provisoire sans commissaire; sursis provisoire sans publication; commission des créanciers et assemblée des créanciers durant le sursis; annulation du sursis sans concordat en cas d'assainissement; possibilité de convertir les créances en nature en créances en argent; possibilité de dénoncer les contrats de durée; obligation des titulaires de parts de s'acquitter d'une contribution à l'assainissement; suppression de l'obligation de garantie de dividendes pour les créances de troisième classe dans le cadre du concordat-dividende) et dans le CO (transfert des rapports de travail lors de la cession de l'entreprise, en cas d'insolvabilité, uniquement si cela a été convenu avec l'acquéreur).

Inhaltsübersicht

- I. Gesetzesgebungsgeschichte
- II. Die Zielrichtung des Entwurfs
- III. Verworfenen Änderungen
- IV. Fortgeltendes bisheriges Recht
- V. Die Neuerungen im SchKG
- VI. Die Neuerungen im Arbeitsrecht

I. Gesetzesgebungsgeschichte

Auslöser für die am 1. Januar 2014 in Kraft tretenden Änderungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 21. Juni 2013 war das spektakuläre Grounding der Swissair am 2. Oktober 2001. Dieses wurde herbeigeführt durch die Ankündigung eines Gesuches um Nachlassstundung. Da daraufhin sämtliche Lieferanten fürchteten, zu Verlust zu kommen, verlangten sie, namentlich für die Treibstofflieferungen, Vorauszahlung.

Dies führte zu einem stark gestiegenen Liquiditätsbedarf, der nicht mehr gedeckt werden konnte. Erst aufgrund eines Notkredites des Bundes über 450 Mio. Franken konnte der Flugbetrieb am 5. Oktober wieder aufgenommen werden. Die Übertragung des Flugbetriebes an die Crossair, welche danach in Swiss umbenannt wurde, erforderte einen weiteren à fonds perdu Kredit des Bundes in der Höhe von 1 Milliarde Franken¹. Im Anschluss daran verlangten zahlreiche parlamentarische Vorstösse die Abklärung des Revisionsbedarfes des Schweizerischen Insolvenzrechts.

Der Bundesrat setzte daraufhin eine Expertengruppe² ein mit dem Auftrag, den Reformbedarf des Insolvenz-

DANIEL STAEHELIN, Prof. Dr. iur., Advokat und Notar, Partner Kelerhals Anwälte, Basel (Mitglied der vom Bundesamt für Justiz eingesetzten Expertenkommission Sanierungsrecht [2003–2008]).

¹ Vergleiche zur Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise, BBl 2003, 5403 ff.

² Fürsprecher Dominik Gasser, Bundesamt für Justiz, Bern (Vorsitz); Dr. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, Zürich und Baden; Prof. Dr. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, Zürich; Prof. Dr. Isaak Meier, Rechtsanwalt, Zürich; Prof. Dr. Henry Peter, Rechtsanwalt, Lugano; Prof. Dr. Daniel Staehelin, Advokat und Notar, Basel; lic. iur. Karl Wüthrich, Rechtsanwalt, Zürich; lic. iur. Monique Albrecht, Rechtsanwältin, Bundesamt für Justiz, Bern.

rechts abzuklären. Nach Ablieferung ihres Berichtes im März 2005³ beauftragte der Bundesrat die Experten⁴, die Arbeiten fortzusetzen und einen Vorentwurf samt ausformulierten Gesetzesvorschlägen einzureichen. Dieser wurde im Juni 2008 vorgelegt⁵. Über diesen Vorentwurf hat der Bundesrat nach leichter Überarbeitung im Januar 2009 das Vernehmlassungsverfahren eröffnet⁶. Das Projekt wurde in der Vernehmlassung günstig aufgenommen⁷, Kritik gab es zu einzelnen Punkten. Mit Botschaft vom 8. September 2010⁸ unterbreitete der Bundesrat dem Parlament einen Entwurf, der grösstenteils dem von der Expertengruppe ausgearbeiteten Vorentwurf entsprach. In der parlamentarischen Beratung ist der Nationalrat in einer ersten Lesung nicht auf das Geschäft eingetreten⁹. Die ablehnende Mehrheit ergab sich aufgrund einer unheiligen Allianz, da von Seiten der SP die Auffassung vertreten wurde, die Rechte der Arbeitnehmer würden zu stark eingeschränkt, und die SVP die Meinung vertrat, durch den erleichterten Schuldnachlass würden die Rechte der Gläubiger zu stark eingeschränkt. Nachdem der Ständerat klar für Eintreten votierte, hat der Nationalrat in zweiter Lesung seinen Nichteintretensentscheid revidiert. Mit der Schlussabstimmung vom 21. Juni 2013 wurde im Wesentlichen der bundesrätliche Entwurf übernommen.

II. Die Zielrichtung des Entwurfes

Unternehmungssanierungen erfolgen in der Schweiz üblicherweise durch Auffanggesellschaften (in Deutschland übertragende Sanierung genannt), wobei vor dem Konkurs mit frischem Geld von Investoren eine neue

Gesellschaft gegründet wird und diese die Aktiven (und damit den Geschäftsbetrieb), nicht aber die Passiven der insolventen Gesellschaft übernimmt. Über diese wird anschliessend der Konkurs eröffnet, wobei sich in der Konkursmasse dann nur noch der Kaufpreis und die Schulden befinden. Dies ist im Wesentlichen auch bei der Swissair geschehen, bei welcher der Geschäftsbetrieb auf die Crossair/Swiss übertragen wurde. Nachteil dieser Lösung ist, dass ein neuer Investor gefunden werden muss, der bereit ist, alle Aktiven zu kaufen und zu bezahlen. Zudem ist eine Übertragung – namentlich auch in internationalen Verhältnissen – aufwendig und zeitintensiv. Erfolgt die Übertragung vor der Einleitung von Insolvenzmassnahmen, muss der Erwerber paulianische Anfechtungsklagen fürchten, mit denen behauptet wird, der Kaufpreis sei zu tief. Erfolgt die Übertragung erst nach der Einleitung von Insolvenzmassnahmen, lässt sich unter dem geltenden Recht ein Unterbruch des Geschäftsbetriebes oft nicht vermeiden, was zu irreparablen Schäden führen kann. Schliesslich findet bei einer Übertragung ausserhalb des Konkurses Art. 333 OR Anwendung und erschwert eine wirtschaftlich sinnvolle Redimensionierung des Betriebes.

Ziel des neuen Rechtes ist es daher, den Dividendenvergleich (ordentlicher Nachlassvertrag gemäss Art. 314 SchKG) attraktiver zu gestalten. Dem entspricht die Tendenz in zahlreichen weiteren Ländern, welche nach dem Vorbild des bekannten amerikanischen Chapter 11¹⁰ Restrukturierungsverfahren einführen oder fortentwickelten. Hierbei vereinbart eine Mehrheit von Gläubigern mit dem Schuldner, dass dessen Rechtsverhältnisse umgestaltet werden (Forderungsverzicht, Auflösung von laufenden Verträgen etc.). Diese Vereinbarung wird sodann vom Gericht genehmigt und bindet damit auch die nicht zustimmenden Gläubiger.

Die Expertengruppe war sich jedoch immer bewusst, dass eine Restrukturierung zu Lasten der Gläubiger nicht unbegrenzt zu fördern ist, da Gläubiger, welche zu leicht zum Nachlass gezwungen werden können, keine Kredite mehr gewähren werden. Zudem haben Liquidationsverfahren die volkswirtschaftlich wichtige Funktion, ineffiziente Marktteilnehmer vom Markt zu entfernen.

Das Haupthindernis für einen erfolgreichen Dividendenvergleich ist in der Schweiz kultureller Natur. Lieferanten und Banken möchten nicht mit einem Schuldner in Nachlassstundung kontrahieren; das Institut der Masseforderung, die entsteht, wenn der Sachwalter zustimmt und die dem Gläubiger ein «Superprivileg» gibt (Art. 310

³ Ist das Schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung. Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, April 2005. Dieser Bericht kann im Internet heruntergeladen werden (www.bj.admin.ch).

⁴ Ergänzt um Stephan Bölli, Notariat Wetzikon, als Vertreter der Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz.

⁵ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Juni 2008. Bericht und Vorentwurf können im Internet heruntergeladen werden (www.bj.admin.ch).

⁶ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Bericht und Vorentwurf, Bern, Dezember 2008. Bericht und Vorentwurf können im Internet heruntergeladen werden (www.bj.admin.ch).

⁷ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren. Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Bern 2009, 2. Dieser Bericht kann im Internet heruntergeladen werden (www.bj.admin.ch).

⁸ BBl 2010, 6455.

⁹ Amtl. Bulletin NR 2011, 1818 (Geschäft Nr. 10.077).

¹⁰ Kapitel 11 des US Bankruptcy Codes.

Abs. 2 SchKG), ist zu wenig bekannt. Daher wird ein Restrukturierungsverfahren oft auch viel zu spät eingeleitet¹¹. Anders verhält es sich z.B. in Amerika, wo es üblich ist, dass Unternehmungen unter dem Gläubigerschutzverfahren des Chapter 11 fortgeführt werden und keine Hemmungen auf Seiten der Geschäftspartner bestehen, die entsprechenden Geschäfte weiterzuführen.

Die Expertengruppe versuchte diesen Kulturwandel u. a. dadurch zu erreichen, dass der Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR aufgehoben werden sollte, womit zwingend ein Nachlassverfahren einzuschlagen wäre, das jedoch nicht mehr in allen Fällen publiziert werden müsste. Das Parlament hatte indes keinen Glauben an einen entsprechenden Kulturwechsel. Nicht nur wurde, entgegen dem Antrag des Bundesrates, der Konkursaufschub beibehalten, sondern es wurde gleichzeitig ein neues Gesetzgebungsverfahren initiiert, mit welchem ein Restrukturierungsverfahren im Obligationenrecht ermöglicht werden sollte¹². Die vom Bundesrat vorgeschlagene Streichung des Konkursaufschubes hat dazu geführt, dass in der Botschaft an verschiedenen Stellen im Gesetz entsprechende Anpassungen vorgenommen worden sind. Mit der Beibehaltung von Art. 725a OR wurden diese dann im Parlament allerdings nicht oder nur noch teilweise wieder rückgängig gemacht, sodass der Gesetzestext hier mangelhaft ist. Dies betrifft insbesondere Art. 219 Abs. 5 Ziff. 2, Art. 288a Ziff. 2, Art. 331 Abs. 2 SchKG und Art. 679 Abs. 2 OR. Es handelt sich hier eindeutig um ein Versehen und nicht um eine gewollte materielle Änderung.

Möchte man an Stelle eines Dividendenvergleichs eine Auffanglösung verwirklichen, ohne über einen Investor zu verfügen, so kann die schuldnerische Gesellschaft eine Tochtergesellschaft gründen und deren Aktienkapital mit ihren freien Aktiven auf dem Wege der Sacheinlage liberieren. Anschliessend wird über die Muttergesellschaft ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung durchgeführt und die Gläubiger erhalten als Dividende die Anteilsrechte an der Tochtergesellschaft (Art. 318 Abs. 1^{bis} SchKG)¹³.

III. Verworfenne Änderungen

- Bereits die Expertengruppe hat das Konzept der *materiellen Konsolidation* (substantive consolidation; pooling), wonach im Konzernkonkurs unter bestimmten

Umständen alle Aktiven und Passiven in einen Topf geworfen werden, zu Recht¹⁴ abgelehnt, da dies dem materiellen Recht widerspricht¹⁵. Ob eine entsprechende Lösung in einem Nachlassvertrag oder durch Beschluss der zweiten Gläubigerversammlungen möglich ist, wenn nicht alle Gläubiger zustimmen, ist fraglich¹⁶.

- Der Vorschlag der Expertengruppe, die *Privilegien der Sozialversicherungsträger* zu streichen, wurde vom Bundesrat nicht in die Botschaft übernommen.
- Der Vorschlag der Expertengruppe, das *Retentionsrecht* des Vermieters von Geschäftsräumen (und der Stockwerkeigentümergeinschaft) abzuschaffen, da dies Sanierungen verhindern kann, ist im Parlament gescheitert.
- Das heisse Eisen der *Sanierungsdarlehen*¹⁷ wurde nicht angerührt. Somit bleibt weiterhin gesetzlich nicht geregelt, inwieweit Darlehen von Nahestehenden, die zum Zeitpunkt gegeben wurden, bei welchem ein Dritter kein Darlehen mehr geben würde, von Gesetzes wegen nachrangig sind (sogenannte eigenkapitalersetzende Darlehen)¹⁸. Ungeregt bleibt auch, inwiefern die Rückzahlung von Sanierungsdarlehen¹⁹ von der Absichtsanfechtung gemäss Art. 288 SchKG ausgeschlossen ist, da es an der Schädigungsabsicht fehlt²⁰. Ein Schuldner, der ein Sanierungsdarlehen benötigt, soll sich in die Nachlassstundung begeben und dann ein Darlehen mit Zustimmung des Sachwalters aufnehmen²¹.
- *Vertragsklauseln für den Insolvenzfall* wurden nicht geregelt, es gelten hier die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze²².
- Nicht in das schweizerische Recht Eingang gefunden hat die in Amerika gegebene Möglichkeit, die Gläubiger in *verschiedene Gruppen* aufzuteilen und sie separat abstimmen zu lassen²³.

¹¹ FRANCO LORANDI, Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht, BLSchK 2011, 95 ff., 98.

¹² Amtl. Bulletin SR 2012, 362.

¹³ Botschaft (FN 8), 6492.

¹⁴ Vgl. DANIEL STAEHELIN, No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies, in: Henry Peter/Nicolas Jandin/Jason Milborn, The Challenges of Insolvency Law Reform in the 21st Century, Zürich Basel Genf 2006, 213 ff.

¹⁵ Botschaft (FN 8), 6461, 6469.

¹⁶ Für Zulässigkeit: JESSICA AESCHBACH FLÓREZ, La liquidation forcée des groupes de sociétés, Diss. Fribourg, Zürich 2012, 339 ff.

¹⁷ Vgl. JÜRGE ROTH, Sanierungsdarlehen, Nachrang – Gleichrang – Vorrang, Diss. Basel 2009.

¹⁸ Vgl. BGer. vom 2.3.2205, 5C.226/2005, E. 3 f.

¹⁹ Botschaft, BBl 2010, 6466, Ziff. 1.5.2.

²⁰ Vgl. BGE 134 III 452, 458.

²¹ Botschaft (FN 8), 6467.

²² DANIEL STAEHELIN, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP/PJA 2004, 363 ff.

²³ BSK SchKG-HARDMEIER, Art. 305 N 8.

- Leider nicht abgeschafft wurde die unselige faktische Kausalhaftung der leitenden Organe für nicht abgeführte *AHV-Beiträge* (Art. 52 AHVG)²⁴.

IV. Fortgeltendes bisheriges Recht

Die Änderungen betreffen demzufolge vor allem die *Nachlassstundung* und den *ordentlichen Nachlassvertrag* (Dividendenvergleich, ev. Stundungsvergleich), aber auch dort bleibt vieles beim Alten:

- Am grundsätzlichen *System des Gesetzes*, wonach zuerst eine Nachlassstundung durchgeführt und dann entweder ein ordentlicher Nachlassvertrag (Dividenden- oder Stundungsvergleich) oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) durchgeführt wird, ändert sich nichts. Der Nachlassvertrag steht weiterhin konkursfähigen und nicht konkursfähigen Personen offen²⁵.
- Es muss zuerst ein *Gesuch um Nachlassstundung* eingereicht werden, welches vom Schuldner oder von einem Gläubiger gestellt werden kann (Art. 293 SchKG).
- Es folgt (neu immer) zuerst die *provisorische* und dann eine *definitive* Stundung.
- Während der Stundung ist die Betreuung auf Pfandverwertung für *grundpfandgesicherte* Forderungen möglich, die Verwertung des Grundpfandes bleibt dagegen ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 1 SchKG = 297 Abs. 2 Ziff. 2 aSchKG).
- Mit der Bewilligung der Stundung hört der Zinslauf für alle nicht pfandgesicherten Forderungen auf, sofern der Nachlassvertrag nichts anderes bestimmt (Art. 297 Abs. 7 SchKG = 297 Abs. 3 aSchKG).
- Es wird ein *Sachwalter* ernannt, der einen Nachlassvertrag entwirft, die Handlungen des Schuldners überwacht (Art. 295 Abs. 2 lit. b SchKG = 295 Abs. 2 lit. a aSchKG), resp. die Geschäftsführung auf Anordnung des Nachlassgerichtes übernimmt (Art. 298 Abs. 1 SchKG).
- Der Sachwalter nimmt ein *Inventar* auf (Art. 299 SchKG) und erlässt einen *Schuldenruf* (Art. 300 SchKG). Wer sich dort nicht meldet, ist bei den Verhandlungen über den Nachlassvertrag nicht stimmberechtigt.
- Sodann ruft der Sachwalter eine *Gläubigerversammlung* ein (Art. 301 SchKG).
- Der Nachlassvertrag ist angenommen, wenn bis zum gerichtlichen Bestätigungsentscheid die *Mehrheit* der Gläubiger, die zugleich mindestens zwei Drittel des Gesamtbetrages der Forderung vertreten oder ein Viertel der Gläubiger, die mindestens drei Viertel des Gesamtbetrages der Forderung vertreten, zustimmen (Art. 305 Abs. 1 SchKG).
- Die *privilegierten* Gläubiger müssen weiterhin voll gedeckt sein; ihre Befriedigung muss sichergestellt sein (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).
- Das Nachlassgericht entscheidet, ob und zu welchem Betrag die Gläubiger *bestrittener* Forderungen mitstimmen dürfen (Art. 305 Abs. 3 SchKG).
- Weiterhin muss die angebotene Summe im *richtigen Verhältnis* zu den Möglichkeiten des Schuldners stehen (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG).
- Das Gericht *bestätigt* den Nachlassvertrag, der damit auch für die nicht zustimmenden Gläubiger gilt (Art. 310 Abs. 1 SchKG).
- *Nachlassforderungen* sind Forderungen, die vor der Bewilligung (bisher: Bekanntmachung) der Stundung oder seither ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind. Ausgenommen sind die Pfandforderungen, soweit sie durch das Pfand gedeckt sind (Art. 310 Abs. 1 SchKG). *Masseforderungen*, die in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder in einem nachfolgenden Konkurs die Masse verpflichten, sind die während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 SchKG).
- Ein Gläubiger, der dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt hat, behält sodann sämtliche Rechte gegen *Mitschuldner*, Bürgen und Gewährspflichtige (Art. 303 Abs. 1 SchKG). Hat er dem Nachlassvertrag jedoch zugestimmt, so wahrt er seine Rechte gegen diese Personen nur, sofern er ihnen mindestens zehn Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mitteilt und ihnen die Abtretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten hat (Art. 303 Abs. 2 SchKG). Der Gläubiger kann auch seine Mitschuldner ermächtigen, an seiner Stelle über den Nachlassvertrag abzustimmen (Art. 303 Abs. 3 SchKG).
- Möglich bleibt, dass gewisse Gläubiger eine höhere Dividende erhalten²⁶. Soweit Gläubiger zu 100% befriedigt werden, haben sie kein Stimmrecht.

²⁴ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG). Sanierungsverfahren – Bericht und Vorentwurf (FN 6), 28.

²⁵ BSK SchKG-VOLLMAR, Art. 293 N 15.

²⁶ DANIEL STAEHELIN (FN 22), AJP/PJA 2004, 379 f.; LUKAS BOPP, Konzerninsolvenz, in: Stephen V. Berti/Daniel Girsberger (Hrsg.),

V. Die Neuerungen im SchKG

Die Revision enthält im SchKG folgende wesentliche Neuerungen:

- Bei *Konzernkonkursen* wird eine *Koordinationspflicht* zwischen den beteiligten Organen, Behörden und Gerichten eingeführt. Zudem können die beteiligten Gerichte und Aufsichtsbehörden im gegenseitigen Einvernehmen eine einheitliche Zuständigkeit für alle Verfahren bezeichnen (Art. 4a SchKG).
- Bei Art. 56 SchKG findet sich kurioserweise in der Novelle das geltende Recht. Der Grund hierfür liegt darin, dass bei Erlass der ZPO Art. 56 SchKG in dem Sinne abgeändert worden ist, dass nun, wie bei den Gerichtsferien, auch vier Wochen *Betreibungsferien* im Sommer bestehen sollten. Diese Änderung wurde jedoch aufgrund der Opposition der Betreibungs- und Konkursämter vom Bundesrat nie in Kraft gesetzt. Mit der erneuten Änderung wird der bisherige Rechtszustand wieder hergestellt wird²⁷.
- Ansprüche aus *Dauerschuldverhältnissen* können ab Konkurseröffnung als Konkursforderungen bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin oder bis zum Ende der Vertragsdauer geltend gemacht werden. Der Gläubiger muss sich allfällige Vorteile, die er für diese Dauer erreicht hat, anrechnen lassen. Soweit die Konkursmasse die Leistungen aus dem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat, gelten die entsprechenden Gegenforderungen, die nach der Konkurseröffnung entstanden sind, als Masseschulden (Art. 211a SchKG). Es ist somit ein «partieller» Eintritt in Bezug auf gewisse Leistungen eines Schuldverhältnisses möglich²⁸, ohne dass dadurch alle Gegenforderungen zu Masseschulden werden. Vorbehalten bleibt die Weiterführung eines Vertragsverhältnisses durch den Schuldner persönlich.
- Das Privileg der *MWSt-Verwaltung* wird aufgehoben (Art. 219 Abs. 4 II. Klasse lit. e aSchKG).
- Rechtshandlungen, die während einer Nachlassstundung stattgefunden haben, sofern sie von einem Nachlassgericht oder Gläubigerausschuss *genehmigt* worden sind, sind paulianisch *nicht anfechtbar* (Art. 285 Abs. 3 SchKG).
- Bei der paulianischen Anfechtung erfolgt eine *Beweislastumkehr* bezüglich gewisser Anspruchsvoraussetzungen bei Handlungen zu Gunsten einer nahestehenden Person, die auch ein Konzern sein kann (Art. 286 Abs. 3 und Art. 288 Abs. 2 SchKG).
- Die zweijährige Verwirkungsfrist bei der paulianischen Anfechtung wird wiederum²⁹ eine *Verjährungsfrist* und beginnt erst nach Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabretung zu laufen (Art. 292 SchKG).
- Ein Entwurf des Nachlassvertrages muss dem Gesuch um Stundung nicht mehr beigelegt werden, jedoch neben den Unterlagen über die Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage ein *provisorischer Sanierungsplan* sowie eine *Liquiditätsplanung* (Art. 293 lit. a SchKG).
- In allen Fällen beginnt das Verfahren mit einer *provisorischen Stundung*, die ohne Anhörung der Gläubiger für maximal vier Monate angeordnet wird (Art. 293a SchKG).
- Bei der provisorischen Stundung kann von der Einsetzung eines *Sachwalters abgesehen* werden (Art. 293b Abs. 2 SchKG, Konzept des «debtor in possession»³⁰).
- In begründeten Fällen kann auf die *öffentliche Bekanntmachung* bis zur Beendigung der provisorischen Stundung *verzichtet* werden, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt. Diesfalls muss zwingend ein provisorischer Sachwalter eingesetzt werden (Art. 293c Abs. 2 SchKG).
- Die Bewilligung der provisorischen Stundung und die Einsetzung des provisorischen Sachwalters sind *nicht anfechtbar* (Art. 293d SchKG).
- Vor Ablauf der provisorischen Stundung wird über die Bewilligung der *definitiven Stundung* von Amtes wegen entschieden (Art. 294 SchKG).

«nur, aber immerhin», in: Festgabe für Anton K. Schnyder zum 50. Geburtstag, Zürich 2002, 38; HENRY PETER, La faillite consolidée, in: Bénédicte Foëx/Luc Thévenoz (Hrsg.), *Insolvenze, désendettement et redressement*, Basel 2000, 234; BSK SchKG-HARDMEIER, Art. 305 N 8; CARL JAEGER/HANS ULRICH WALDER/THOMAS M. KULL/MARTIN KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 1997/99, Art. 305 N 20; HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischen Recht, Vol. II, 3. Ed., Zürich 1993, 630.

²⁷ Botschaft (FN 8), 6470.

²⁸ Botschaft (FN 8), 6473; FRANCO LORANDI (FN 11), 95 ff., 102.

²⁹ THOMAS BAUER, Fatale Verwirkung – Zur Rechtsnatur der Anfechtungsfrist (Art. 292 SchKG), in: Daniel Noll/Oscar Olano (Hrsg.), *Im Namen des Obergerichts*, Festschrift zur Pensionierung von Frau Dr. Magdalena Rutz, Basel 2004, 62 ff.; DANIEL STAEHELIN, Der Beginn der Verwirkungsfrist gemäss Art. 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) beim Nachlassvertrag mit Vermögensabretung, AJP/PJA 2006, 1256 ff.

³⁰ Vgl. Section 1107 des US Bankruptcy Code.

- Das Nachlassgericht hat die Möglichkeit, bereits während der Stundung einen *Gläubigerausschuss* einzusetzen, der den Sachwalter beaufsichtigt (Art. 295a SchKG).
- Der *Gläubigerausschuss* erteilt anstelle des Nachlassgerichts die *Ermächtigung* zu Geschäften gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG, wie Veräusserung oder Belastung von Teilen des Anlagevermögens.
- Der Sachwalter hat die Pflicht, eine *Gläubigerversammlung* einzuberufen, welche vor Ablauf des neunten Monats seit Bewilligung der definitiven Stundung stattfinden muss, wenn die definitive Stundung über zwölf Monate hinaus verlängert wird (Art. 295b Abs. 2 SchKG).
- Schuldner und Gläubiger können nicht nur gegen die Person des Sachwalters, sondern neu auch gegen die Bewilligung der definitiven Stundung *Beschwerde* nach ZPO erheben. Der Beschwerde gegen die Stundung kann keine aufschiebende Wirkung erteilt werden (Art. 295c SchKG).
- Die Bewilligung der definitiven Stundung muss *publiziert* werden (Art. 296 SchKG).
- Gelingt die Sanierung vor Ablauf der Stundung ohne Nachlassvertrag, so hat das Gericht die Stundung *aufzuheben* (Art. 296a SchKG). Diesfalls müssen für die Stundungszeit Zinsen gezahlt werden.
- Der Konkurs wird neu in jeder Verfahrensphase *von Amtes wegen eröffnet*, u.a. wenn keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht (Art. 293a Abs. 3, 294 Abs. 3, 296b SchKG). Dies gilt auch für Schuldner, die nicht der Betreibung auf Konkurs unterliegen (vgl. den Wortlaut von Art. 309 aSchKG).
- Während der Stundung kann gegen den Schuldner eine *Betreibung* weder eingeleitet noch fortgesetzt werden. Dies gilt neu auch für privilegierte Forderungen. Ausgenommen ist die Betreibung auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen, die Verwertung des Grundpfandes ist indes wie bisher ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 1 SchKG). Solange die provisorische Stundung nicht publiziert wird, kann eine Betreibung zwar eingeleitet, nicht aber fortgesetzt werden (Art. 293c Abs. 2 lit. b SchKG). Der Schuldner kann dem Betreibungsamt von der provisorischen Stundung Kenntnis geben, womit die Fortsetzung der Betreibung gehindert wird³¹.
- Ein *Arrest* und andere Sicherheitsmassnahmen für Nachlassforderungen sind nunmehr ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 3 SchKG). Dies gilt auch für die provisorische Stundung ohne Publikation (vgl. Art. 293c Abs. 2 SchKG).
- Die *Abtretung einer künftigen Forderung* entfaltet keine Wirkung, wenn die Forderung erst nach der Bewilligung der Nachlassstundung entsteht. Dieser Grundsatz galt zwar schon unter bisherigem Recht³², wird nun aber im Gesetz ausdrücklich festgehalten (Art. 297 Abs. 4 SchKG). Bei der provisorischen Stundung ohne Publikation tritt diese Wirkung erst ein, wenn die provisorische Stundung dem Zessionar mitgeteilt wird (Art. 293c Abs. 2 lit. c SchKG).
- Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden nun *Zivilprozesse* und *Verwaltungsverfahren* über Nachlassforderungen *sistiert* (Art. 297 Abs. 5 SchKG).
- Die konkursrechtlichen *Verrechnungsbeschränkungen* gemäss Art. 213 und 214 SchKG gelten nun seit der Bewilligung und nicht erst seit der Bekanntmachung der Nachlassstundung (Art. 297 Abs. 8 SchKG).
- Der Sachwalter kann die *Umwandlung von Realforderungen* in Geldforderungen anordnen, in dem er dies der Vertragspartei mitteilt (Art. 297 Abs. 9 SchKG). Die in Geld umgewandelte Forderung ist sodann eine Nachlassforderung und keine Masseforderung.
- Der Schuldner kann mit Zustimmung des Sachwalters ein *Dauerschuldverhältnis* unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen, sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde; die Entschädigung gilt als Nachlassforderung (Art. 297a SchKG). Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen über die Auflösung von Arbeitsverträgen (Art. 297a in fine SchKG), diese können während der Stundung nicht ausserordentlich aufgelöst werden³³.
- Soweit der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters Leistungen aus einem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat, sind die entsprechenden Gegenforderungen *Masseschulden* (Art. 310 Abs. 2 SchKG).
- Bei einem ordentlichen Nachlassvertrag (Dividendenvergleich) müssen die *Anteilsinhaber* einen angemessenen *Sanierungsbeitrag* leisten (Art. 306 Abs. 1

kann der Schuldner Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG erheben. Ein Verfahren bezüglich Beseitigung des Rechtsvorschlages bleibt zulässig.

³¹ Botschaft (FN 8), 6483. Gegen Fortsetzungshandlungen, die das Betreibungsamt ohne Kenntnis der Stundung vorgenommen hat,

³² FRANCO LORANDI (FN 11), 95 ff., 100.

³³ Botschaft (FN 8), 6465, 6489.

Ziff. 3 SchKG). Damit wird ein gravierender Systemfehler des bisherigen Rechts korrigiert. Grundsätzlich gehen die Gläubiger den Anteilseignern vor. Dies ergibt sich u. a. daraus, dass bei einer Kapitalherabsetzung eine Zahlung an die Aktionäre erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der angemeldeten Gläubiger erfolgen darf (Art. 734 OR) und dass bei der Liquidation das Vermögen erst dann an die Aktionäre verteilt werden darf, wenn die Schulden der Gesellschaft getilgt sind (Art. 745 Abs. 1 OR). Wenn nun in einem Nachlassvertrag die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderung verzichten, profitieren davon systemwidrig die Anteilseigner, deren Anteile in entsprechendem Umfang an Wert gewinnen. Richtigerweise müssten daher zuerst die Anteilseigner auf ihre Anteile verzichten, bevor die Gläubiger einen Teilerlass aussprechen. Soweit die Gesellschaft überschuldet ist, sind die Forderungen der Anteilseigner nichts mehr wert und müssten auf Null abgeschrieben werden. Das Gesetz geht jedoch nicht so weit, dass es bei einer Nachlassstundung einer überschuldeten Gesellschaft alle Macht den Gläubigern³⁴ geben würde, da sonst die Gefahr bestünde, dass die Gesellschaft, die immer noch von den Anteilseignern geführt wird, überhaupt kein Gesuch um Nachlassstundung einreichen würde. Wohl können auch Gläubiger ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen (Art. 293 lit. b SchKG), doch ist mir kein entsprechender Fall bekannt.

- Das Erfordernis, dass beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung das *Verwertungsergebnis* höher sein muss als der Erlös, der im Konkurs voraussichtlich erzielt würde (vgl. Art. 306 Abs. 1^{bis} aSchKG), wurde formell gestrichen, ist aber weiterhin bei der Prüfung der Angemessenheit der angebotenen Leistung zu beachten³⁵.
- Die Nachlassdividende kann ganz oder teilweise aus Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der Schuldnerin (debt equity swap) oder an einer Auffanggesellschaft³⁶ bestehen (Art. 314 Abs. 1^{bis}; Art. 318 Abs. 1^{bis} SchKG).
- Die *Dividende* für Drittklassforderungen muss beim Dividendenvergleich nun nicht mehr *sichergestellt* werden, dies ist nur noch für die privilegierten Forde-

rungen und die Masseschulden erforderlich (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG).

- Der gerichtliche Entscheid über den Nachlassvertrag kann mit *Beschwerde* gemäss ZPO angefochten werden. Diese hat von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung, die ihr von der Rechtsmittelinstanz entzogen werden kann (Art. 307 SchKG).
- Bei Ablehnung des Nachlassvertrages oder bei dessen Nichtbestätigung durch das Gericht³⁷ ist der *Konkurs von Amtes wegen* zu eröffnen (Art. 309 SchKG), in letzterem Falle indes erst nach Vollstreckbarkeit des ablehnenden Genehmigungsentscheides³⁸. Dies gilt auch für Schuldner, die nicht der Betreuung auf Konkurs unterliegen (vgl. den Wortlaut von Art. 309 aSchKG).
- Nicht nur der Schuldner, sondern neu auch die Gläubiger können einen *Nachlassvertrag im Konkurs* vorschlagen (Art. 332 Abs. 1 SchKG).
- In *übergangsrechtlicher* Hinsicht gilt das neue Recht für Verfahren, bei denen das Gesuch um Nachlassstundung nach Inkrafttreten der vorliegenden Änderungen eingereicht worden ist³⁹.

VI. Die Neuerungen im Arbeitsrecht

Höchstumstritten war die neue Regelung des Übergangs der Arbeitsverhältnisse beim *Betriebsübergang in der Insolvenz*. In BGE 129 III 335 hat das Bundesgericht entschieden, dass die Solidarhaftung des Erwerbers gemäss Art. 333 Abs. 3 OR im Konkurs nicht Anwendung findet, falls Art. 333 Abs. 1 OR (Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergang) überhaupt Anwendung fände. In BGE 137 III 487 hat das Bundesgericht entschieden, dass bei einer Betriebsübertragung während der Nachlassstundung das Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergeht und der bisherige Arbeitgeber nach Art. 333 Abs. 3 OR für die Forderungen des Arbeitnehmers weiterhaftet.

Nach dem neuen Recht geht das Arbeitsverhältnis im Falle der Betriebsübertragung während der Insolvenz (Nachlassstundung, Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) nur dann auf den Erwerber über, wenn dies mit dem Erwerber so vereinbart wurde und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (Art. 333b OR). Es sind somit Betriebsübergänge ohne Übernahme der Arbeitsverhältnisse möglich. Dann kommt Art. 333

³⁴ Vgl. RAMON MABILLARD, Konkursaufschub: Provisorische Nachlassstundung ohne Sachwalter?, ZZZ 2008/2009, 363 ff., 366; DERS. Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren, BJSchK 2010, 189 ff., 195.

³⁵ Botschaft (FN 8), 6490.

³⁶ Vgl. vorne II. bei FN 13.

³⁷ Botschaft (FN 8), 6491.

³⁸ Botschaft (FN 8), 6491.

³⁹ Vgl. die Übergangsbestimmung zur Änderung vom 21. Juni 2013.

Abs. 1 OR nicht zur Anwendung, Arbeitgeber bleibt dann alleine die insolvente Gesellschaft⁴⁰. Der Erwerber haftet diesfalls für keine Lohnschulden der insolventen Gesellschaft. Soweit jedoch eine Übernahme stattfindet, soll gemäss der Botschaft der Erwerber auch für die vor der Konkurseröffnung fällig gewordenen Lohnforderungen haften⁴¹. Gemäss Art. 333b OR letzter Satz gilt jedoch im Übrigen Art. 333 OR, nicht aber dessen Abs. 3 sinngemäss. Die Übernahme der Haftung für die vor dem Übergang fällig gewordenen Löhne bedarf einer entsprechenden Vereinbarung. Daher ist es möglich, die Arbeitsverhältnisse zu übernehmen und zu vereinbaren, dass der Erwerber nur für die Löhne seit der Übernahme haftet. Desgleichen ist es möglich, dass der Erwerber die Arbeitsverhältnisse nicht übernimmt, jedoch den Arbeitnehmern neue Verträge offeriert. Der Erwerber kann auch nur einzelne Arbeitsverhältnisse übernehmen⁴².

Im Gegenzug zur Betriebsübernahme ohne Arbeitsverhältnisse wurde die *Sozialplanpflicht* eingeführt bei Entlassung von mindestens 30 Arbeitnehmern, wenn der Betrieb üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt (Art. 335i OR). Es besteht nicht nur eine Verhandlungspflicht, sondern auch eine Verpflichtung zur Einigung über den Sozialplan, der andernfalls von einem Schiedsgericht festgelegt wird (Art. 335j OR). Die Bestimmungen über den Sozialplan gelten indes nicht bei Massenentlassungen, die während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgen, das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird (Art. 335k OR), wohl aber bei einer Stundung, die ohne Nachlassvertrag aufgehoben wird (vgl. Art. 296a SchKG). Nicht eingeschränkt wurde hingegen die *Konsultationspflicht* der Arbeitnehmervertretung bei Betriebsübertragungen gemäss Art. 333a OR; diese gelten auch in einem Insolvenzverfahren⁴³. Die Bestimmungen über *Massenentlassungen* gelten zwar in der Nachlassstundung⁴⁴, nicht aber im Konkurs und bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 335e Abs. 2 OR).

⁴⁰ Botschaft (FN 8), 6496.

⁴¹ Botschaft (FN 8), 6496.

⁴² DANIEL HUNKELER, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, in: Iusletter 8. Juli 2013, Rz 11.

⁴³ Botschaft (FN 8), 6465, 6496.

⁴⁴ BGE 130 III 102, 108; Botschaft (FN 8), 6497.