

DIE REVISION DES SANIERUNGSRECHTS

Thomas Sprecher

Inhalt

A.	AUSGANGSLAGE	140
B.	SANIERUNG IM GESELLSCHAFTSRECHT	142
	I. Botschaft vom 21. Dezember 2007	142
	II. Parlamentarische Beratungen.....	145
C.	SANIERUNG IM ZWANGSVOLLSTRECKUNGSRECHT.....	145
	I. Ausgangspunkt: Swissair-Fall	145
	II. Einsetzung einer Expertengruppe	146
	1. Auftrag	146
	2. Zum Reformbedarf des Sanierungsrechts	147
	3. Mängel der Sanierungsverfahren	147
	3.1 Ungenügende Insolvenzantragspflicht	147
	3.2 Unzweckmässige Parallelität von Konkursaufschub und Nachlassstundung	149
	3.3 Das Nachlassverfahren führt meist zur Liquidation	150
	3.4 Das Nachlassverfahren dauert zu lange	150
	4. Vorschläge.....	151
	5. Weiterer Auftrag	151
	III. Vorentwurf des Bundesamtes für Justiz	153
	1. Übersicht	153
	2. Überschuldungsanzeige und Konkursaufschub.....	155
	2.1 Integration des Konkursaufschubs in das Nachlassverfahren.....	155
	2.2 Belassen der Überschuldungsanzeige im Gesellschaftsrecht.....	155
	2.3 Insolvenz-Antragspflicht auch bei Zahlungsunfähigkeit.....	156
	3. Einleitungsphase	157
	3.1 Gesuch des Schuldners	157
	3.2 Gesuch des Gläubigers.....	158
	3.3 Einleitung von Amtes wegen.....	158
	4. Stundungsphase	159
	4.1 Provisorische Stundung	159
	4.1.1 Bewilligung	159
	4.1.2 Möglichkeit der Einsetzung eines provisorischen Sachwalters.....	160

4.1.3	Wirkungen der provisorischen Stundung	160
4.1.4	Keine Rechtsmittel gegen die provisorische Stundung.....	161
4.2	Definitive Stundung.....	161
4.2.1	Bewilligung der definitiven Stundung.....	161
4.2.2	Wirkungen der definitiven Stundung	162
	a. In zeitlicher Hinsicht	162
	b. In Bezug auf die Rechte der Gläubiger	162
	c. In Bezug auf die Rechte des Schuldners	163
4.2.3	Stärkung der Mitwirkung der Gläubiger.....	163
	a. Einsetzung eines Gläubigerausschusses.....	163
	b. Ausserordentliche Gläubigerversammlung.....	164
	c. Weitere Mitwirkungsrechte.....	164
4.2.4	Aufhebung	165
4.2.5	Konkurseröffnung von Amtes wegen	165
4.2.6	Weiteres Stundungsverfahren.....	165
5.	Bestätigungsphase.....	166
5.1	Bestätigung des Nachlassvertrags	166
5.1.1	Voraussetzungen.....	166
	a. Best interest test.....	166
	b. Keine Sicherstellung für Drittklassforderungen erforderlich	166
	c. Beitrag der Anteilsinhaber	167
5.2	Rechtsmittel	167
5.2.1	Mitteilung und öffentliche Bekanntmachung.....	167
5.3	Wirkungen des Bestätigungsentscheids	168
5.4	Befriedigung der Gläubiger durch Aktien oder andere Rechte an einer Auffanggesellschaft.....	168
6.	Die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen	169
6.1	Ausgangslage	169
6.2	Vorschläge der Expertengruppe	169
6.3	Vorschläge des Vorentwurfs.....	170
6.3.1	Dauerschuldverhältnisse im Liquidationsfall	170
6.3.2	Schicksal der Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung.....	171
6.3.3	Weiterführung von Verträgen, die vom Schuldner persönlich genutzt werden.....	172
7.	Die Behandlung der Arbeitnehmenden im Insolvenzfall....	172
7.1	Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübernahme	172
7.2	Die besonderen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer bei Betriebsveräusserung und Massenentlassung	174

8.	Vorrechte bestimmter Gläubiger	174
8.1	Problemstellung	174
8.2	Konkursprivilegien.....	175
8.2.1	Das Arbeitnehmerprivileg	175
8.2.2	Verzicht des Vorentwurfs auf die Abschaffung weiterer Konkursprivilegien.....	175
8.3	Retentionsrecht	176
8.4	Globalzession	176
9.	Zuführung neuer Mittel	178
9.1	Eigenkapitalersetzende Darlehen.....	178
9.2	Sanierungsdarlehen.....	179
10.	Konzernkonkurs	179
10.1	Ausgangslage.....	179
10.2	Koordination der Verfahren.....	180
10.3	Keine materielle Konsolidation	181
10.4	Keine gesetzlich geregelte Subordination konzerninterner Forderungen	181
10.5	Paulianische Anfechtung im Konzernverhältnis.....	181
11.	Behebung weiterer Mängel des Anfechtungsrechts	182
11.1	Keine paulianische Anfechtbarkeit während der Nachlassstundung vorgenommener Handlungen.....	182
11.2	Fristbestimmungen.....	183
12.	Zusammenfassung	183
IV.	Vernehmlassung	183
V.	Vorgaben des Bundesrates an das EJPD für die Botschaft.....	187
VI.	Botschaft.....	188
VII.	Würdigung	188
D.	REVISION DES BANKENKONKURSRECHTS – ZUR «TOO BIG TO FAIL»-PROBLEMATIK	189

A. AUSGANGSLAGE

Zur Sanierung notleidender Unternehmen stehen heute im schweizerischen Recht zwei Instrumente zur Verfügung:

- der *Konkursaufschub* nach Obligationenrecht (Art. 725a OR, im Nachgang zur Anzeige nach Art. 725 Abs. 1 OR),¹ und
- das *Nachlassverfahren* gemäss dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz² (Art. 293 ff. SchKG).³

Beide Varianten haben Mängel. Was das Verfahren nach Obligationenrecht betrifft, so muss der Verwaltungsrat von Gesetzes wegen erst dann handeln, wenn bereits ein Kapitalverlust vorliegt (Art. 725 Abs. 1 OR). Das ist nicht nur reichlich spät; oft verstreicht von diesem Moment an bis zur Frage, welche Sanierungsmassnahmen konkret in Frage kämen, soviel weitere Zeit, dass sich die Antwort erübrigt. HANS CASPAR VON DER CRONE/LOIC PFISTER/ERIC SIBBERN machen in ihrem Vorschlag zur Revision der aktienrechtlichen Sanierung weitere Kritikpunkte der geltenden Ordnung namhaft und ziehen ein betrübliches Fazit:⁴

«Die Anzeigepflicht eröffnet ... nur begrenzte Handlungsalternativen, da lediglich eine aussergerichtliche Sanierung möglich ist. Die

¹ Für Aktiengesellschaften; vgl. Art. 764 Abs. 2 OR für die Kommanditaktiengesellschaft, Art. 817 OR für die GmbH und Art. 903 OR für die Genossenschaft. Das Fusionsgesetz (Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung, FusG; SR 221.301) enthält besondere Vorschriften zur Fusion einer Gesellschaft in Liquidation (Art. 5 FusG) und zur Fusion von Gesellschaften im Fall von Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 6 FusG). Vgl. ANDREAS GERSBACH/Franz J. KESSLER: Schweiz, in: Recht der Sanierungsfinanzierung, hrsg. v. Kai-Oliver Knops u. a., Berlin/Heidelberg: Springer 2005, S. 613–634.

² Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1).

³ Daneben besteht die Möglichkeit einer aussergerichtlichen Sanierung. Als solche gilt jede privatrechtliche Massnahme unter Beteiligung der Gläubiger und/oder Gesellschafter über eine Bilanzvereinigung, über finanzielle Massnahmen oder betriebliche Umstrukturierungen.

⁴ HANS CASPAR VON DER CRONE/LOIC PFISTER/ERIC SIBBERN: Revision des Aktienrechts: Sanierung, Mai 2006, S. 9 ff.; http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vdc/cont/Revisionsvorschlag_Begleitbericht_Sanierungsrecht.pdf.

Einleitung von Sanierungsmassnahmen wird zu diesem Zeitpunkt somit einzig durch negative Anreize wie insbesondere die aktienrechtliche Verantwortlichkeit gefördert. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit stellt jedoch für sich alleine einen suboptimalen Mechanismus zur Früheinleitung von Sanierungen dar. Ex post sind die verspäteten Massnahmen sowie der kausal verursachte Schaden nur schwer festzustellen. Weiter handelt es sich bei den entsprechenden Handlungen des Verwaltungsrats weitgehend um schwer justiziable Geschäftsführungsentscheide. Dem stehen pekuniäre und reputationsbedingte Anreize gegenüber, die Offenlegung der Unternehmenskrise so lange wie möglich hinauszuzögern.

Ein echtes Sanierungsinstrumentarium steht erst ab Überschuldung zur Verfügung. Der Konkursaufschub kann gemäss expliziten normativen Voraussetzungen erst ab diesem Zeitpunkt eingeleitet werden. Die Einleitung des Nachlassverfahrens stellt zwar keine ausdrücklichen gesetzlichen Anforderungen an die finanzielle Lage der Gesellschaft. Die weitgehende Gläubigerautonomie des Nachlassverfahrens, welche de facto zu einer Entmachtung der Aktionäre führt, rechtfertigt dessen Einleitung jedoch ebenfalls erst ab Überschuldung. Bis zu diesem Zeitpunkt sind die Gesellschafter wirtschaftliche Eigentümer des Unternehmens. Aufgrund der Verfahrensausgestaltung haben diese denn auch keine Anreize, vor Überschuldung einen Nachlassvertrag anzustrengen.

Mit der Überschuldung wird aber das Unternehmen regelmässig nicht mehr in der Lage sein, die notwendigen Mittel zur Aufrechterhaltung des Betriebs bereitzustellen. Die Fortführungsfähigkeit, und folglich eine (direkte) Sanierung, wird nicht mehr möglich sein. Die heutige gesetzliche Situation erzwingt bzw. legitimiert mit anderen Worten faktisch das Zuwarten bis zu einem Zeitpunkt, in dem es für eine effektive Sanierung zu spät ist. Als Konsequenz kommen in der Praxis der Unternehmenssanierung, dem Nachlassverfahren sowie dem Konkursaufschub nur eine geringe praktische Relevanz zu. Fast alle schweizerischen Nachlassverfahren enden im Konkurs oder der Nachlassvertrag funktioniert als Form der Liquidation anstatt als Sanierungsmittel für die Unternehmung. Jährliche Verluste aus den Konkursverfahren von mittlerweile ungefähr 4,5 Milliarden CHF sind zum Teil

mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf die aufgezeigten gesetzlichen Defizite zurückzuführen.»

Mit einem Wort: Der Gesetzgeber nimmt seine Aufgabe nur ungenügend wahr, sinnvolle Sanierungsregeln vorzusehen, nämlich solche, die gewährleisten, dass es schon zu einer Reorganisation kommt, wenn der Wert des Unternehmens als going concern noch grösser als sein Liquidationswert ist. Immerhin hat dies der Gesetzgeber erkannt: Beide Verfahren, jenes nach OR und jenes nach SchKG, stehen in Revision.

B. SANIERUNG IM GESELLSCHAFTSRECHT

Die Überschuldungsanzeige und der Konkursaufschub nach Art. 725 f. OR sind Gegenstand laufender Revisionen des Gesellschaftsrechts.

I. Botschaft vom 21. Dezember 2007

Der Bundesrat erliess die entsprechende Botschaft am 21. Dezember 2007.⁵ Darin werden die Vorschriften betreffend den Kapitalverlust und die Überschuldung der Gesellschaft verdeutlicht, an die Neuordnung der Reserven angepasst und um eine Ordnung des Vorgehens bei Zahlungsunfähigkeit ergänzt. Da zusätzliche Regelungsinhalte aufgenommen werden, wird der bisherige Art. 725 OR zum Zweck der besseren Verständlichkeit auf mehrere Bestimmungen aufgeteilt.

Art. 725a OR sieht vor, dass der Verwaltungsrat die Generalversammlung zukünftig auch bei Eintritt der *Zahlungsunfähigkeit* benachrichtigen muss. Im Falle einer *drohenden Zahlungsunfähigkeit* hat er vorerst einen Liquiditätsplan zu erstellen (Abs. 1) und diesen einer zugelassenen

⁵ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, 08.011, BBl 2008 1589 ff. Darin werden auch ausserhalb von Art. 725 ff. OR gelegentlich Äusserung zur Sanierung gemacht, z. B. bei Art. 623 und 634b OR. – Am 5. Dezember 2008 folgte eine Zusatzbotschaft zur Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts (Botschaft zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 5. Dezember 2008, 08.080, BBl 2009 299), welche nicht die vorstehend diskutierte Thematik betrifft.

Revisorin oder einem zugelassenen Revisor zur Prüfung zu unterbreiten (Abs. 2).

Ist die Gesellschaft *zahlungsunfähig*, so muss der Verwaltungsrat dieselben Massnahmen ergreifen wie bei einem Kapitalverlust (Einberufung der GV, Sanierungsmassnahmen; Abs. 3). Es wird aber nicht vorgesehen, dass bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zwingend eine Benachrichtigung auch des Gerichts erforderlich ist. In der Vernehmlassung wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass die Zahlungsunfähigkeit nicht zwingend bedeutet, dass die Passiven der Gesellschaft nicht mehr gedeckt sind.

Der neue Art. 725b OR regelt die *statutarischen Anzeigepflichten*. In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass Sanierungsmassnahmen nicht mehr greifen und der Konkurs nicht mehr abgewendet werden kann, wenn das Aktienkapital und die Reserven der Gesellschaft bereits zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind (Art. 725 OR). Da jedoch die Finanzstrukturen und der Finanzbedarf in den einzelnen Unternehmen unterschiedlich sind, erweist sich die gesetzliche Verankerung anderer Kriterien als äusserst schwierig. Es soll deshalb den Gesellschaften selbst überlassen werden, gegebenenfalls geeignete *zusätzliche* Parameter für die Ergreifung von Sanierungsmassnahmen *in den Statuten vorzusehen* oder die gesetzlichen Voraussetzungen der Anzeigepflicht zu *verschärfen* (z. B. Auslösung der Anzeigepflicht bereits dann, wenn ein Viertel des Aktienkapitals und der Reserven nicht mehr gedeckt ist).

Demgegenüber ist die *Lockerung* der Grenzwerte von Art. 725 OR *unzulässig*. Sie dürfen auch nicht durch einen gänzlich neuen Parameter ersetzt werden. Andere Kriterien können nur *alternativ* neben den gesetzlichen Grenzwerten in den Statuten festgelegt werden.

Der neue Art. 725c OR regelt die *Überschuldung*. Besteht die begründete Besorgnis, dass die Gesellschaft überschuldet ist, so muss der Verwaltungsrat je eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten erstellen lassen (Abs. 1). Nach Abs. 2 dürfen in der Zwischenbilanz die Veräusserungswerte höher festgesetzt werden als die gesetzlich vorgesehenen Höchstwerte gemäss den Bewertungsvorschriften, dies aber nur unter der Voraussetzung, dass die entsprechenden Vermögenswerte in den nächsten 12 Monaten veräussert werden sollen. Diese Regelung entspricht der heutigen Praxis. Der Entwurf schreibt ferner vor, dass *nachrangige Verbindlichkeiten* in der Bilanz gesondert aufzuführen sind. Die Betroffenen

können sich so ein besseres Bild von der finanziellen Situation des Unternehmens machen. Die Zwischenbilanzen müssen durch eine zugelassene Revisorin oder einen zugelassenen Revisor geprüft werden (Abs. 3).

Der Vorentwurf hatte vorgesehen, dass der Verwaltungsrat das Gericht im Falle einer Überschuldung *unverzüglich* zu benachrichtigen habe. In der Vernehmlassung wurde der Einwand erhoben, dass dem Verwaltungsrat eine bestimmte Zeitspanne einzuräumen sei, bevor er seiner Anzeigepflicht nachzukommen habe. Eine zwingende Verpflichtung zur sofortigen Benachrichtigung des Gerichts könne sogenannte «stille Sanierungen» vereiteln. Der Entwurf kehrte daher zur heute geltenden Formulierung zurück. Die oberste Geschäftsführung kann demnach – gestützt auf die bundesgerichtliche Praxis – *die Benachrichtigung des Gerichts kurze Zeit hinauschieben*, um Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, sofern ernsthaft mit einem Erfolg der Sanierung gerechnet werden darf. Ein Aufschieben der Benachrichtigung um mehr als ca. vier bis sechs Wochen dürfte aber unzulässig sein. Art. 754 OR bleibt vorbehalten.⁶

Auf die Benachrichtigung des Gerichts darf weiterhin verzichtet werden, wenn Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung der Verbindlichkeiten *im Rang zurücktreten* hinter allen anderen Personen, die Forderungen gegenüber der Gesellschaft haben (Abs. 5). Neu wird aber klargestellt, dass mit dem Rangrücktritt eine Stundung der Forderungen verbunden sein muss. Die Stundung hat sowohl die Grundforderung als auch die Zinsforderungen zu umfassen, und zwar während der gesamten Dauer der Überschuldung. Die Stundung führt für das Unternehmen zu einem entsprechenden Zinszahlungs- und Tilgungsverbot. Nur unter diesen Voraussetzungen

⁶ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die heutige strenge Rechtsprechung des Bundesgerichts zur strafbaren Misswirtschaft (BGer 6B_492/2009 vom 18.01.2010). Danach macht sich strafbar, wer als Verwaltungsrat einer Gesellschaft die Anzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR zu lange unterlässt. Ein kurzes Aufschieben der Anzeige bis zu maximal 60 Tagen ist möglich, wenn «die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft erwartet und deren Ertragskraft wiederhergestellt werden. Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung angebracht oder ist diese für die Gläubiger mit einem erhöhten Risiko verbunden, hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen. Übertriebene Erwartungen oder vage Hoffnungen reichen nicht aus (BGE 127 IV 110 Erw. 5a S. 113; Urteil 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 E. 4b) (E. 2.2).»

kann ein Rangrücktritt die Stellung der andern Gläubigerinnen und Gläubiger verbessern und die finanzielle Situation der Gesellschaft stärken. Die Forderung ist während dieser Zeit weder fällig noch erfüllbar, da es sich um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt. Massgeblich für das Ausmass der Unterdeckung ist die Zwischenbilanz zu Fortführungswerten (Abs. 1).

Der neue Art. 725d (Konkurs) entspricht dem bisherigen Art. 725a OR. Die vorgesehenen Änderungen sind gesetzestechnisch bedingt. Inhaltlich bleibt die Bestimmung unverändert. Der in Art. 725a OR vorgesehene Konkursaufschub soll im Rahmen der geplanten Revision des Nachlassverfahrens ins SchKG integriert werden.⁷

II. Parlamentarische Beratungen

Seit Juni 2009 wird die Revisionsvorlage im Parlament beraten.

C. SANIERUNG IM ZWANGSVOLLSTRECKUNGSRECHT

I. Ausgangspunkt: Swissair-Fall

Bereits anlässlich der umfassenden Revision des SchKG von 1994, welche am 1. Januar 1997 in Kraft trat, war die Unternehmenssanierung ein zentrales Thema. Es wurde eine Expertengruppe eingesetzt, um das Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) besser auf das Sanierungsziel auszurichten.

Der Swissair-Fall im Jahr 2001 war dann Auslöser des aktuellen Reformvorhabens. Nach dem Grounding unserer nationalen Fluggesellschaft wurden viele Politiker aktiv. Es kam zu mehreren Vorstössen: Parlamentarischen Initiativen, Postulaten und Motionen. Verlangt wurde die Abklärung des Revisionsbedarfs des schweizerischen Insolvenzrechts.⁸ Das SchKG

⁷ Vgl. hinten Ziff. c. III. 2.1

⁸ Vgl. zur Chronologie der Ereignisse den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) vom 19.9.2002. Die Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise (BBl 2003 S. 5403 ff., insb. S. 5475 ff.).

habe sich, wurde vorgetragen, vor allem in Bezug auf Grossinsolvenzen als unzulänglich erwiesen.

II. Einsetzung einer Expertengruppe

Im Sommer 2003 setzte das Bundesamt für Justiz eine Expertengruppe ein mit dem Auftrag, als *Groupe de réflexion* den Reformbedarf des Insolvenzrechts abzuklären.

1. Auftrag

Gemäss Auftrag standen drei Fragenkomplexe im Vordergrund:

- die Prüfung, ob und inwieweit das Nachlassverfahren weiter in Richtung *Sanierungsverfahren* entwickelt werden kann und soll;
- die Prüfung von Schnittstellen des Sanierungsrechts mit dem *materiellen Recht*. Insbesondere sollte geklärt werden, wie die *Vorzugsrechte bestimmter Gläubiger* (Sicherungsrechte und Privilegien) sowie die *Dauer-schuldverhältnisse* (vor allem Arbeits-, Miet- und Leasingverträge) in einem Insolvenzverfahren zu behandeln sind, damit sie eine Unternehmenssanierung nicht behindern;
- die Prüfung von Wünschbarkeit und Möglichkeiten eines sogenannten *Konzernkonkursrechts*.

Bei der Evaluation des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs sollte dem Sanierungsgedanken Priorität zukommen. Lösungen *ausländischer Verfahren* – wie etwa des Chapter 11 des amerikanischen Bankruptcy Code, neuerer europäischer Insolvenzordnungen (z. B. Deutschlands) sowie der einschlägigen Empfehlungen der UNCITRAL⁹ – sollten in die Abklärungen miteinbezogen werden.

⁹ Die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) hat Empfehlungen zur Legiferierung im Insolvenzrecht verabschiedet (vgl. Legislative Guide on Insolvency Law, New York 2005).

Im März 2005 lieferte die Expertengruppe ihren Bericht zum Handlungsbedarf dem Bundesamt für Justiz ab.¹⁰ Der Bericht bietet eine vorzügliche Übersicht über die Rechts- und Problemlage.

2. Zum Reformbedarf des Sanierungsrechts

Die Expertengruppe war der Auffassung, dass das schweizerische Sanierungsrecht *keiner Gesamtüberprüfung und Generalüberholung* bedürfe, sondern lediglich punktueller Anpassungen.

Sie hielt die Schaffung eines eigentlichen *Sonderrechts für Grossinsolvenzen* («Konzernkonkurs») für nicht sachgerecht und lehnte eine generelle materielle Konsolidierung ab. Vielmehr sei am heutigen System festzuhalten, wonach auch beim Zusammenbruch von Konzernen das allgemeine Verfahrensrecht anzuwenden ist. Doch sei es entsprechend flexibel auszugestalten.

Nur wo es der Schutz des Publikums und die rationelle Abwicklung des Verfahrens in besonders hohem Masse erfordern, könne und solle wie bisher branchenspezifisches Sonderrecht greifen, jeweils formuliert in einem Spezialerlass, nach dem Muster des besonderen Sanierungs- und Liquidationsverfahren für *Banken*.¹¹

Fast noch wichtiger als die nachträgliche Bewältigung bzw. Behebung (Reparation) waren nach Meinung der Expertengruppe die *Früherkennung und die Verhinderung von Insolvenzen (Prophylaxe)*.

¹⁰ Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung. Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, April 2005. Vgl. www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG.html.

¹¹ Vgl. Art. 24 ff. des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0), in Kraft seit dem 1.7.2004. Vgl. auch Art. 51 ff. des Bundesgesetzes vom 17.12.2004 betreffend die Aufsicht von Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01).

3. Mängel der Sanierungsverfahren

Die Expertengruppe erkannte bei den bestehenden Sanierungsverfahren mehrere Mängel:¹²

3.1 Ungenügende Insolvenzantragspflicht

Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft hat, wenn die Aktiven die Hälfte des Aktienkapitals und der Reserven nicht mehr decken, die Generalversammlung einzuberufen und im Falle einer Überschuldung die Bilanz zu deponieren (Art. 725 OR). Entsprechendes gilt für die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft (Art. 764 Abs. 2, 817 und 903 OR). Von der Benachrichtigung des Richters kann von Gesetzes wegen abgesehen werden, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Gemäss Lehre kann an Stelle eines Antrags auch ein Gesuch um Nachlassstundung gestellt werden.

Die Insolvenzantragspflicht stellt ein Instrument zum *Schutz der Gläubiger* dar: Bei Überschuldung soll das betroffene Unternehmen seine Tätigkeit nicht zu Lasten der bestehenden und zukünftigen Gläubigern weiterführen, sondern liquidiert oder saniert werden. Die Liquidation soll in einem Zeitpunkt erfolgen, in welchem die vorhandenen Gläubiger noch weitgehend befriedigt werden können. Die Praxis zeigt jedoch, dass diese Norm ihr Ziel verfehlt:

Die Antragspflicht entfaltet ihre Wirkungen erst *sehr spät*: Liegt bereits eine Überschuldung vor, ist das Unternehmen in der Regel nicht mehr in der Lage, die für eine Sanierung notwendigen liquiden Mitteln zu beschaffen. Infolgedessen kommt es entweder zu einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder zu einem Konkursverfahren, wobei für letzteres sogar oft die Mittel fehlen: Die meisten Konkursverfahren werden mangels Aktiven eingestellt oder allenfalls im summarischen Verfahren durchgeführt; das ordentliche Konkursverfahren kommt selten zur Anwendung.

Das Management wird verleitet, (zu) lange – bis zum Eintritt des hälftigen Kapitalverlustes beziehungsweise der Überschuldung – die Zahlen zu be-

¹² Bericht der Expertengruppe 2005, S. 12 ff.

schönigen und mit Sanierungsmassnahmen zuzuwarten. Sofern der Geschäftsgang stagniert oder Finanzprobleme auftauchen, sollte jedoch *unverzüglich reagiert* werden. Diese Problematik wird zudem durch die Praxis verschärft, dass von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters abgesehen werden kann, sofern Aussicht auf Sanierung besteht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt die Verwaltung «nicht schuldhaft, wenn sie unverzüglich saniert, statt sich an den Richter zu wenden, und in einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden darf». ¹³ Da jedoch die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet und somit nicht schlechter gestellt werden dürften, als wenn der Richter benachrichtigt würde, müssten zumindest die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a OR vorliegen. Es muss nach Ansicht der Expertengruppe die dauerhafte Gesundung der Gesellschaft erwartet und deren Ertragskraft wiederhergestellt werden können. Sofern derartige Sanierungsaussichten bestünden, liege keine Gefährdung der Gläubigerforderungen vor. Die Sanierung bleibe dann zulässig, selbst wenn sich die Sanierungsbemühungen im Nachhinein als unfruchtbar erwiesen. Unzulässig seien hingegen Massnahmen, welche auf Kosten der Gläubiger lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögerten. ¹⁴

3.2 Unzweckmässige Parallelität von Konkursaufschub und Nachlassstundung

Ein vom Konkurs bedrohtes Unternehmen sucht nach Alternativen zum Konkurs. Wie einleitend erwähnt, trägt das Gesetz diesem Bedürfnis im Wesentlichen mittels zweier Instrumentarien Rechnung, dem *Nachlassvertrag mit vorgängiger Nachlassstundung* (Art. 293 ff. SchKG) und dem *Konkursaufschub* (Art. 725a OR).

Der Konkursaufschub ist das einfachere, gegenüber den Gläubigern weniger eingreifende Verfahren. Für die Bewilligung muss *kein Sanierungsplan vorgelegt* werden, was dem Schuldner eine vorgängige Konsultation der Gläubiger erspart. Die unmittelbaren Wirkungen des Konkursaufschubs

¹³ BGE 116 II 533, Erw. 5.a.

¹⁴ Diese Rechtsprechung blieb in der Lehre nicht unbestritten. Vgl. Bericht der Expertengruppe 2005, S. 13 m.w.H.

beschränken sich darauf, dem Schuldner eine Atempause zu gewähren. Der Aufschub hat aber keine unmittelbaren Eingriffe in die Gläubigerstellung zur Folge. Im Gegensatz zur Nachlassstundung wird der Zinsenlauf nicht gestoppt, können weiterhin Betreibungen eingeleitet werden und ist eine Beeinträchtigung der Gläubigerrechte mittels Zustimmung einer Gläubigermehrheit nicht möglich (vgl. Art. 297 und 305 SchKG). Der Konkursaufschub wird – im Unterschied zur Nachlassstundung – im Gesetz jedoch lediglich rudimentär geregelt. Das Gericht kann einen Sachwalter bestellen, wobei es gleichzeitig dessen Kompetenzen festzulegen hat. Im Gegensatz zur Nachlassstundung (Art. 295 und 298 SchKG) legt das Gesetz diesbezüglich keine Spielregeln fest. Ebenso überlässt es den Entscheid über die Publikation des Konkursaufschubs dem Ermessen des Gerichts (Art. 725a Abs. 3 OR). Diese fehlende Reglementierung bringt zwar eine für die Sanierung möglicherweise vorteilhafte Flexibilität mit sich, birgt aber zugleich ein beträchtliches Potential an Rechtsunsicherheit.

Konkursaufschub und Nachlassstundung stehen nicht nur in einem Konkurrenzverhältnis, sie sind auch *nicht aufeinander abgestimmt* und begründen eine unkoordinierte Doppelspurigkeit.

3.3 Das Nachlassverfahren führt meist zur Liquidation

Obwohl das Nachlassverfahren als Instrument der Sanierung gedacht ist, endet es mehrheitlich in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung und somit mit der Liquidation des Unternehmens. Dies führt dazu, dass das Vertrauen des Publikums in das Nachlassverfahren als Sanierungsinstrument fehlt. Befindet sich ein Unternehmen in der Stundung, wird regelmässig mit einer späteren Liquidation gerechnet. Dies erschwert es dem betroffenen Unternehmen, weiterhin Geschäftspartner zu finden und die Geschäftstätigkeit aufrecht zu erhalten, was seinerseits den Niedergang des Unternehmens beschleunigt. Dieser Teufelskreis ist zu unterbrechen. Die bewilligte Nachlassstundung sollte *Vertrauen auf Sanierung* wecken, was das Weiterwirtschaften und somit die Sanierung des Unternehmens wiederum unterstützen würde.

3.4 Das Nachlassverfahren dauert zu lange

Die Nachlassverfahren dauern generell *zu lange*. Das Eruiieren der finanziellen Situation des Schuldners durch den Sachwalter, das Aushandeln

eines Vertragsentwurfes zwischen Sachwalter, Gläubiger und Schuldner sowie das Zustimmungsverfahren beanspruchen oft viel Zeit. Dazu kommt die notorische gerichtliche Überlastung, welche zu Verzögerungen bei der Bewilligung der Stundung und der Bestätigung des Nachlassvertrags führen kann. Die lange Verfahrensdauer macht es schwierig, rasch, das heisst zu Beginn der Stundung oder sogar vorher, die für die Sanierung notwendigen Investoren zu finden.

4. Vorschläge

Die Expertengruppe machte aufgrund dieser Analyse zahlreiche Vorschläge. Einige weitere Reformen *lehnte sie hingegen explizit ab*:

- die Sanierung um jeden Preis;
- das zeitliche Vorverlegen der Insolvenzantragspflicht;
- die Pflicht des Verwaltungsrates zur mehrmaligen Prüfung der finanziellen Situation der Gesellschaft pro Jahr;
- die Änderung der Rechtslage beim Gläubigerantrag.

5. Weiterer Auftrag

Im August 2006 setzte das Bundesamt für Justiz die Expertengruppe erneut ein, diesmal mit dem Auftrag, gestützt auf die Ergebnisse der Phase 1 einen *Vorentwurf* samt *Bericht* für eine entsprechende Gesetzesrevision zu erstellen. Beides wurde dem Bundesamt für Justiz im Juni 2008 abgeliefert.¹⁵

Die Expertengruppe hielt grundsätzlich an ihren Erkenntnissen der Phase 1 fest. Insbesondere bestätigte sie ihre Grundhaltung, wonach das schweizerische Insolvenzrecht auch unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung durchaus tauglich und praktikabel sei und keiner Generalüberholung bedürfe. Sie erkannte hingegen weiterhin legislatorischen

¹⁵ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Juni 2008. Bericht und Vorentwurf können im Internet heruntergeladen werden (http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/schuldbetreibung_und.Par.0003.File.tmp/ve-ber-d.pdf).

Handlungsbedarf im Sinne einer *punktuellen Präzisierung oder Ergänzung des Gesetzes*.

Die Expertengruppe hielt die Schaffung eines eigentlichen Sonderrechts für Grossinsolvenzen (Stichwort «Konzernkonkurs») weiterhin für nicht opportun. Das Insolvenzrecht dürfe grundsätzlich nicht durchbrechen, was das materielle Recht vorgibt und schützt. Vielmehr sei am heutigen System festzuhalten, wonach auch beim Zusammenbruch von Konzernen das allgemeine Verfahrensrecht anzuwenden ist (*atomistic approach* statt Konsolidation). Dem Konzernverhältnis könne jedoch punktuell Rechnung getragen werden (so etwa bei den Beweisregeln im Anfechtungsrecht und der Verfahrenskoordination).

Weiterhin war die Expertengruppe auch der Ansicht, dass die Revision des Sanierungsverfahrens nicht auf den Aspekt der Unternehmenssanierung beschränkt werden dürfe. Vielmehr müsse auch das System des *Konkursverlustscheins* und des *neuen Vermögens* (Art. 265 ff. SchKG) einbezogen und die Einführung einer sogenannten *Restschuldbefreiung* diskutiert werden («Privatsanierung»). Zwar gehöre die genannte Thematik im Wesentlichen zum «sozialen Insolvenzrecht» (Überschuldung von Konsumenten und Privathaushalten), doch habe sie auch einen unmittelbaren Bezug zur Unternehmenssanierung (Sanierung von Einzelfirmen).

In einzelnen Punkten kam die Expertengruppe auf ihre Vorschläge der Phase 1 zurück:

- Nicht mehr vorgesehen wurde eine *allgemeine Insolvenzantragspflicht* überschuldeter Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform. Die Expertengruppe gelangte zum Ergebnis, dass eine Ausdehnung der Überschuldungsanzeige (Art. 725 OR) auf Einzelfirmen und Personengesellschaften praktisch kaum umsetzbar wäre. Auch die Revision des Rechnungslegungsrechts hat diese Idee am Ende nicht mehr weiterverfolgt.
- Aufgegeben wurde sodann die Möglichkeit, einen *Sachwalter* bereits vor der Bewilligung einer Nachlassstundung einzusetzen. Da die Gewährung der Nachlassstundung erleichtert wird, gibt es dafür kein entsprechendes Bedürfnis.

- Nicht weiterverfolgt wurde schliesslich die These der praktisch *automatischen Bewilligung einer zunächst provisorischen Nachlassstundung* bei der Überschuldungsanzeige (*automatic stay*).

Auftragsgemäss stand bei den Diskussionen der Expertengruppe das *Sanierungsinteresse* im Vordergrund. Trotzdem waren *Gläubigerschutz* und *Gläubigergleichbehandlung* auch im Sanierungsverfahren Kernanliegen der Expertengruppe. Insbesondere sollten die *Mitwirkungsrechte der Gläubiger* während der oft sehr langen Nachlassstundung verstärkt werden. Der Gläubigergleichbehandlung sollte sodann die *Beschränkung gewisser Vorrechte* dienen.

III. Vorentwurf des Bundesamtes für Justiz

1. Übersicht

Das Bundesamt für Justiz überarbeitete den Vorentwurf der Expertengruppe. Dabei gingen der Vorentwurf und der dazugehörige Begleitbericht grösstenteils unverändert im Vernehmlassungsvorentwurf und dem dazugehörigen Bericht auf.¹⁶

In seinem Vorentwurf nebst Begleitbericht zum Vorentwurf vom Dezember 2008 schlug das Bundesamt im Rahmen seines Ziels, mit punktuellen Anpassungen des geltenden Rechts die Sanierung von Unternehmen zu erleichtern, namentlich folgende Neuerungen vor:

Das Nachlassverfahren des SchKG soll zum *exklusiven Sanierungsverfahren* und die Möglichkeit eines Konkursaufschubs in das Nachlassverfahren integriert werden. Damit stünde das Moratorium in Zukunft nicht nur der Aktiengesellschaft, sondern *allen Unternehmensformen* zur Verfügung.

Gleichzeitig soll die *Funktion der Nachlassstundung erweitert* werden, die künftig nicht mehr zwingend in einem Nachlassvertrag oder Konkurs enden muss, sondern auch lediglich zu Stundungszwecken bewilligt werden kann.

Die *Rechte der Gläubiger* während der Nachlassstundung sollen *verstärkt* werden, indem ihnen die Möglichkeit eingeräumt wird, einen *repräsentativen*

¹⁶ Bericht des Bundesamtes, S. 5.

tiven Gläubigerausschuss zur Beaufsichtigung des Sachwalters einzusetzen. Unter bestimmten Voraussetzungen soll zudem der Sachwalter verpflichtet sein, eine ausserordentliche *Gläubigerversammlung* einzuberufen.

Um die Sanierungschancen zu erhöhen, soll künftig die Bestätigung des Nachlassvertrags nicht mehr an die Voraussetzung geknüpft sein, dass dessen Vollzug und damit die Befriedigung der Drittklassforderungen sichergestellt sind. Diese Sicherstellungspflicht führt nämlich in der Praxis oft dazu, dass massgebliche finanzielle Mittel blockiert werden, die für die Sanierung benötigt würden, und erschwert daher das Zustandekommens eines Nachlassvertrags erheblich.

Dagegen sollen die *Anteilsinhaber* künftig bei einem ordentlichen Nachlassvertrag einen angemessenen *eigenen Sanierungsbeitrag* leisten, damit eine gewisse Gleichberechtigung mit den Gläubigern erreicht wird.

Nach geltendem Recht ist es in vielen Fällen schwierig, die Übertragung von Vermögenswerten, die im Vorfeld einer Insolvenz von der insolventen Gesellschaft an aussenstehende Dritte übertragen werden, mit Anfechtungsklagen rückgängig zu machen. Deshalb soll künftig im Falle einer Begünstigung von Personen, die dem Schuldner nahestehen (insbesondere auch innerhalb eines Konzernverhältnisses), die *Anfechtung solcher Vermögensverschiebungen massgeblich erleichtert* werden soll. Neu soll die *begünstigte Person* den Nachweis erbringen müssen, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bzw. eine Begünstigungsabsicht vorgelegen hat.

Um die Sanierung eines Unternehmens im Nachlassverfahren zu fördern, soll dem Sachwalter die Möglichkeit eingeräumt werden, *Dauerschuldverhältnisse* (z. B. Miet- und Leasingverträge) *mit sofortiger Wirkung* aufzulösen. Nach geltendem Recht wirkt sich der Insolvenzfall (Konkurs, Nachlassverfahren) grundsätzlich nicht auf bestehende Dauerschuldverhältnisse aus. Künftig soll unterschieden werden, ob ein Liquidationsfall (Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) oder eine Nachlassstundung zwecks Sanierung und anschliessender Weiterführung des Unternehmens vorliegt. In letzterem Fall soll der Schuldner jederzeit und per sofort ein Dauerschuldverhältnis kündigen können. Die Gegenpartei erhält für den daraus entstehenden Schaden eine Forderung gegen den Nachlass.

Nach geltendem Recht ist unklar, ob bei einer Betriebsübernahme anlässlich eines Insolvenzverfahrens ein automatischer Übergang von Arbeitsverträgen stattfindet. Diese Unsicherheit hat in der Praxis zu grossen Problemen geführt. In vielen Fällen konnte kein Käufer gefunden werden, was eine Sanierung verunmöglichte und letztlich zu einer Vernichtung sämtlicher Arbeitsplätze führte. Gemäss dem Vorschlag des Bundesrates soll *kein automatischer Übergang von Arbeitsverträgen* erfolgen, sondern neu zwischen den Beteiligten verhandelt und vereinbart werden, ob und inwieweit mit dem Betrieb auch Arbeitsverträge übernommen werden. Dabei steht den betroffenen Arbeitnehmern wie nach geltendem Recht ein Ablehnungsrecht zu.

Die nachstehende Darstellung folgt jener des Besonderen Teils im Begleitbericht zum Vorentwurf 2008. Zunächst werden die Vorschläge für ein revidiertes Nachlassverfahren erläutert, dann Spezialfragen diskutiert.

2. Überschuldungsanzeige und Konkursaufschub

2.1 Integration des Konkursaufschubs in das Nachlassverfahren

Nach dem Konzept des Vorentwurfs wird das Nachlassverfahren zum exklusiven Sanierungsverfahren. Das Moratorium soll in das Nachlassverfahren integriert und Art. 725a OR aufgehoben werden. Es wird somit aus dem gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang gelöst. Indem es im SchKG geregelt wird, wird es allen Unternehmensformen zugänglich gemacht.

Inhaltlich bedeutet dies, dass eine Nachlassstundung effektiv auch bloss zu *Stundungszwecken* gewährt werden kann – ohne Ziel eines gerichtlichen Nachlassvertrags. Wenn eine Sanierung vor Stundungsablauf gelingt, kann die Stundung aufgehoben werden, auch ohne Abschluss und Bestätigung eines gerichtlichen Nachlassvertrags, z. B. durch aussergerichtliche Abkommen mit den wichtigsten Gläubigern oder durch rein unternehmensinterne Massnahmen.

2.2 Belassen der Überschuldungsanzeige im Gesellschaftsrecht

Nach geltendem Recht ist der Konkursaufschub (Art. 725a OR) mit der Überschuldungsanzeige verknüpft. Das materielle Gesellschaftsrecht regelt also die Voraussetzungen, wann eine Gesellschaft wegen Insolvenz

den Richter benachrichtigen muss. Diese «Insolvenz-Antragspflicht» soll weiterhin im Gesellschaftsrecht geregelt bleiben (Art. 725 OR). Sie trifft somit wie bisher nicht alle Unternehmensformen, sondern im Wesentlichen die Kapitalgesellschaften und Genossenschaften. Der Vorentwurf sieht also davon ab, eine Überschuldungsanzeige für alle Unternehmen zu statuieren.

2.3 Insolvenz-Antragspflicht auch bei Zahlungsunfähigkeit

Neu soll die Antragspflicht nicht nur bei *Überschuldung* (Art. 725 OR) bestehen, sondern auch bei *qualifizierten Liquiditätsproblemen* spielen (*zusätzliches Kriterium*: «*Zahlungsunfähigkeit*»). Eine entsprechende und teilweise differenzierte Lösung hat der Bundesrat bereits in der Botschaft zur Änderung des Aktienrechts vorgeschlagen.¹⁷

Durch den Verweis in Art. 820 OR wird auch die *GmbH* in den Geltungsbereich der geltenden und einer allfälligen Neuregelung einbezogen. Neu soll zudem auch im Recht der *Genossenschaft* ein entsprechender Verweis aufgenommen werden.

Die Aufhebung des Konkursaufschubs als eigenständiges Verfahren hat vor allem zur Folge, dass der Insolvenzantrag nur noch zum Konkurs oder zum Nachlassverfahren führen kann. In der Phase 1 hatte die Expertengruppe noch beschlossen, dass die Überschuldungsanzeige automatisch eine Nachlassstundung zur Folge haben soll (ähnlich dem *automatic stay* nach dem Chapter 11 des US-Bankruptcy Code). In der Praxis führen die meisten Überschuldungsanzeigen am Ende aber doch zur Konkurseröffnung. Daher rückt der Vorentwurf vom Konzept der Phase 1 ab und bleibt näher beim geltenden Recht.

Die Überschuldungsanzeige soll nur unter folgenden (alternativen) Voraussetzungen zu einer Nachlassstundung führen:

- Wie bisher kann sie mit einem *Nachlassgesuch* kombiniert werden; dann wird das Verfahren ganz normal durch das Stundungsgesuch er-

¹⁷ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrechts sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff., 1691 f.

öffnet. Das Nachlassgesuch tritt an die Stelle des bisherigen Antrags auf Konkursaufschub.

- Wird anlässlich der Überschuldungsanzeige kein Antrag auf Nachlassstundung gestellt, verfährt der Konkursrichter nach Art. 173a SchKG: Er überweist den Fall an den Nachlassrichter, wenn Anhaltspunkte für einen Nachlassvertrag bestehen. Der Nachlassrichter bewilligt dann eine provisorische Nachlassstundung. Kommt er allerdings zum Schluss, dass doch keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrags besteht, hat er den Konkurs von Amtes wegen zu eröffnen.

In allen übrigen Fällen eröffnet der benachrichtigte Richter wie bisher den Konkurs.

3. Einleitungsphase

Nach dem Vorentwurf kann das Nachlassverfahren wie im geltendem Recht auf drei Arten beginnen: durch Gesuch des Schuldners oder des Gläubigers oder von Amtes wegen.

3.1 Gesuch des Schuldners

Jede natürliche oder juristische Person, die als Schuldner auf Konkurs oder Pfändung betrieben werden kann, ist zum Nachlassverfahren zugelassen. Ein besonderer Insolvenzgrund ist nicht vorausgesetzt. Damit übernimmt der Vorentwurf geltendes Recht.

Im Unterschied zum heutigen Nachlassverfahren muss der Schuldner dem Gesuch jedoch *keinen Entwurf des Nachlassvertrages* mehr beilegen. Dies erspart ihm eine vorgängige Absprache mit seinen Gläubigern und somit das Offenlegen seiner finanziellen Situation. Der Vorentwurf schlägt hier eine Angleichung an die Praxis zum Konkursaufschub vor (Art. 725 OR): Danach setzt die Gewährung des Moratoriums bekanntlich nicht voraus, dass der Schuldner bereits zu Beginn einen Sanierungsplan vorlegt.

Dennoch trifft den Schuldner eine *Substantiierungslast*: Er muss das Nachlassgesuch auch künftig begründen. Da für das Nachlassverfahren neu die Bestimmungen des Summarverfahrens nach der schweizerischen

Zivilprozessordnung zur Anwendung gelangen (vgl. Art. 251 lit. a ZPO), ergibt sich diese Begründungspflicht aus Art. 252 ZPO.

Ferner muss der Schuldner wie bisher die Unterlagen beilegen, welche über seine Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage Auskunft geben. Dabei ist nicht nur die derzeitige, sondern insbesondere auch die künftige Situation massgebend. Einzureichen ist zudem eine *Liquiditätsplanung*. Darin werden die monatlichen Einnahmen den monatlichen Ausgaben gegenübergestellt. Aus der Differenz ergibt sich die Liquidität, um finanzielle Verpflichtungen zu erfüllen. Die Liquiditätsplanung ist ein wichtiges Instrument, das der Erhaltung der Zahlungsfähigkeit des Unternehmens dient. Nicht mehr beizulegen ist dagegen ein Verzeichnis der Geschäftsbücher, da diese Bestimmung in der Praxis zu einer Alibi-Übung geworden ist.

3.2 *Gesuch des Gläubigers*

Auch ein Gläubiger kann die Einleitung des Nachlassverfahrens verlangen. Wie nach geltendem Recht wird dabei vorausgesetzt, dass er seine Betreibung gegen den Schuldner schon soweit vorangebracht hat, dass er das Konkursbegehren stellen könnte. Ebenfalls legitimiert bleibt ein Gläubiger, der nach Art. 190 SchKG die Konkursöffnung ohne vorgängige Betreibung verlangen dürfte. Da ein Gläubiger in der Regel keine detaillierte Kenntnis der Verhältnisse des Schuldners hat, sind an sein Gesuch wie bisher weniger hohe Anforderungen zu stellen als an das Gesuch des Schuldners.

Solche Gläubigergesuche werden in der Praxis selten sein. Ein Gläubiger wird in der Regel das Konkursbegehren stellen. Dann kann der Konkursrichter nach Art. 173a SchKG verfahren.¹⁸

3.3 *Einleitung von Amtes wegen*

Die Einleitung des Nachlassverfahrens von Amtes wegen kann erfolgen – im Rahmen der Überschuldungsanzeige, wenn der Schuldner selber kein Nachlassgesuch stellt; oder

¹⁸ Der Vorentwurf sieht auch im Konkurs ein Vorschlagsrecht der Gläubiger für einen Nachlassvertrag vor.

- in Folge des Konkursbegehrens eines Gläubigers (nach Konkursbetreibung oder zufolge eines materiellen Konkursgrundes) ebenfalls durch Überweisung der Akten an den Nachlassrichter (Art. 173a SchKG).

Durch diese Durchbrechung der Dispositionsmaxime sollen Konkurse von sanierbaren Unternehmen vermieden werden. Die Anhaltspunkte auf einen Nachlassvertrag müssen jedoch evident sein.

4. Stundungsphase

4.1 Provisorische Stundung

4.1.1 Bewilligung

Das Nachlassgericht entscheidet unverzüglich nach Eingang des Gesuchs oder nach Überweisung der Akten durch den Konkursrichter über die provisorische Stundung. Die Bewilligung der provisorischen Stundung kann von der Leistung eines *Kostenvorschusses* für das Honorar des Sachwalters abhängig gemacht werden. Nur wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht und also zum Schutz der Gläubiger die sofortige Konkursöffnung angezeigt ist, eröffnet das Nachlassgericht den Konkurs. Der definitiven Stundung geht folglich (anders als nach geltendem Recht) grundsätzlich eine provisorische Stundung voraus. Damit wird der Zugang zur Stundung *erheblich erleichtert* – ein *niederschwelliger Zugang* wird ausdrücklich angestrebt. Die provisorische Stundung ist mit vermögenserhaltenden Massnahmen zu verbinden.

Der Nachlassrichter trifft seinen Entscheid im Summarverfahren (Art. 251 lit. a ZPO). Die provisorische Stundung wird für maximal vier Monate bewilligt. Die nach geltendem Recht vorgesehene Maximalfrist von zwei Monaten (Art. 293 Abs. 3 SchKG) ist für eine angemessene Prüfung in komplexen Fällen zu knapp bemessen. Ausserdem muss für die Abklärung der Verhältnisse mehr Zeit gewährt werden, da die Pflicht des Schuldners entfällt, mit dem Begehren um Stundung einen Entwurf des Nachlassvertrages beizulegen.

4.1.2 Möglichkeit der Einsetzung eines provisorischen Sachwalters

Während der provisorischen Stundung sollen sowohl die finanzielle Situation des Schuldners als auch die Möglichkeiten, wie darauf zu reagieren ist, geprüft werden. Das Nachlassgericht kann dazu einen oder mehrere provisorische Sachwalter einsetzen. Der Sachwalter hat grundsätzlich die gleichen Aufgaben wie in der definitiven Stundung. Anders als nach geltendem Recht hat die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung jedoch nicht zwingend die Einsetzung eines provisorischen Sachwalters zur Folge. Wird kein Sachwalter ernannt, kommt der Stundung reine Moratoriumsfunktion zu.

4.1.3 Wirkungen der provisorischen Stundung

Dem Schuldner soll während der provisorischen Stundung Ruhe vor den Gläubigern gewährt werden. Aus diesem Grund ist die provisorische Stundung *nicht zwingend öffentlich bekannt zu machen*. Damit weicht der Vorentwurf wesentlich vom geltenden Recht ab. Eine Publikation ist vorgesehen, wenn Dritte, insbesondere Arbeitnehmer des Schuldners, in ihren Rechten geschützt werden müssen (vgl. Art. 725a Abs. 3 OR). Ein Verzicht auf Publikation bringt den Vorteil mit sich, dass das Vertrauen des Publikums in das betroffene Unternehmen nicht beeinträchtigt wird. Dies kann für die weitere wirtschaftliche Tätigkeit und somit die angestrebte Sanierung von ausschlaggebender Bedeutung sein.

Trotz Verzicht auf Publikation sind jedoch allfällige Interessen Dritter zu wahren. So haben insbesondere börsenkotierte Gesellschaften an die Öffentlichkeit zu gelangen und diese über die Stundung zu informieren (ad-hoc-Publizität).¹⁹

Wird die provisorische Stundung öffentlich bekannt gemacht, entfaltet sie dieselben Wirkungen wie die definitive Stundung. Sofern die provisorische Stundung jedoch still erfolgt, weichen die Wirkungen in gewissen Bereichen davon ab.

¹⁹ Art. 72 Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX.

4.1.4 Keine Rechtsmittel gegen die provisorische Stundung

Im Rahmen der provisorischen Stundung stehen den Gläubigern keine Rechtsmittel zur Verfügung, weder gegen die Bewilligung der Stundung als solche noch gegen die Person des ernannten Sachwalters. Ein Rechtsmittel kann erst gegen die Bewilligung der definitiven Nachlassstundung ergriffen werden. Eine analoge Regelung gilt bei der Anordnung superprovisorischer Massnahmen (Art. 265 ZPO) und dem Arrest (Art. 272 SchKG).

4.2 Definitive Stundung

4.2.1 Bewilligung der definitiven Stundung

Das Nachlassgericht hat vor Ablauf der provisorischen Stundung über das weitere Schicksal des Schuldners zu befinden. Dazu hat es von Amtes wegen eine Verhandlung durchzuführen. Das Verfahren richtet sich nach Art. 248 ff. ZPO.

Bei Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages ist die definitive Nachlassstundung zu bewilligen. Falls ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorgesehen wird, müssen mit einem Nachlassverfahren wie bisher die Interessen der Gläubiger besser gewahrt werden als durch einen Konkurs. Die definitive Stundung wird für vier bis sechs Monate bewilligt. Auf Antrag des Sachwalters kann sie auf zwölf, in besonders komplexen Fällen auf 24 Monate verlängert werden.

Bei fehlender Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages ist hingegen von Amtes wegen der Konkurs zu eröffnen.

Wird die definitive Stundung bewilligt, setzt das Nachlassgericht einen oder mehrere *Sachwalter* ein. Dessen Aufgaben entsprechen jenen des geltenden Rechts. Er hat auch den Nachlassvertrag zu entwerfen.

Gegen den Entscheid des Nachlassgerichts ist die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig. Anders als nach geltendem Recht können sich die Gläubiger sowohl gegen die Bewilligung der definitiven Stundung als auch gegen die Person des Sachwalters beschweren. Damit wird die Stellung der Gläubiger erheblich gestärkt.

Die Bewilligung der definitiven Stundung ist wie bisher zwingend öffentlich bekannt zu machen.

4.2.2 Wirkungen der definitiven Stundung

a. In zeitlicher Hinsicht

Für sämtliche Wirkungen ist neu der Zeitpunkt der Bewilligung der Nachlassstundung massgebend. Damit gilt analog zum Konkurs eine Sofortwirkung des Bewilligungsentscheids. Vorbehalten bleibt – im Unterschied zum Konkurs – bis zur öffentlichen Bekanntmachung der Nachlassstundung der Gutgläubensschutz Dritter.

Die Wirkungen der Stundung gelten, bis die Stundung aufgrund gelungener Sanierung aufgehoben wird, die Rechtsmittelfrist gegen den Bestätigungsentscheid unbenutzt abgelaufen bzw. das Rechtsmittelverfahren abgeschlossen ist oder aber der Konkurs von Amtes wegen eröffnet wird.

b. In Bezug auf die Rechte der Gläubiger

Die Wirkungen der Nachlassstundung soll gesetzlich verstärkt werden in Richtung eines *full stop* (ähnlich dem US-Recht und der Situation im Konkurs).²⁰ Der Vorentwurf schlägt vor, die Wirkungen der Nachlassstundung auf die Gläubigerrechte zu Gunsten der Sanierungschancen denjenigen des Konkurses anzunähern:

- *Betreibungsverbot auch für die privilegierten Forderungen*: Während der Stundung kann eine Betreibung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden, und zwar auch für privilegierte Forderungen.
- *Sistierung von Prozessen*: Soweit Betreibungshandlungen ausgeschlossen sind, hat dies auch für Prozesse zu gelten.
- *Arrestverbot*: Die Verarrestierung und andere Sicherungsmassnahmen für Nachlassforderungen (z. B. Aufnahme eines Güterverzeichnisses, Erlass von Zahlungsverboten, Beschlagnahme von Gegenständen) sind ausgeschlossen.
- Wie nach geltendem Recht stehen während der Nachlassstundung die *Verjährungs- und Verwirkungsfristen still und hört der Zinsenlauf auf*.

²⁰ Hingegen lehnte die Expertengruppe einen Automatic stay, die Bildung von Gläubigergruppen sowie das *Cram-down*-Verfahren ab.

Für die Verrechnung gelten weiterhin die konkursrechtlichen *Verrechnungsverbote*.

- Zur Regelung für die Abtretung künftiger Forderungen vgl. Art. 297 Abs. 2^{bis} VE-SchKG.
- Auch in der Nachlassstundung kann eine Umwandlung der Realforderungen in Geldforderungen verlangt werden. Der Sachwalter entscheidet darüber, ob der Schuldner real erfüllen muss oder ob der Gläubiger seine Forderungen lediglich als Nachlassforderung eingeben kann. Dem Unternehmen wird es so ermöglicht, ungünstige Realschulden nur dividendenmässig zu befriedigen.

c. In Bezug auf die Rechte des Schuldners

Das Nachlassgericht kann bereits während der Nachlassstundung einen Gläubigerausschuss einsetzen. Diesem kommt anstelle des Nachlassgerichts die Kompetenz zur Ermächtigungserteilung zu, Anlagevermögen zu veräussern oder zu belasten. Das Nachlassgericht kann dem Schuldner unter Umständen die Verfügungsbefugnis ganz entziehen.

Dem Schuldner kommt im Nachlassverfahren sodann ein ausserordentliches Kündigungsrecht für Dauerschuldverhältnisse zu (Art. 297a VE-SchKG).

4.2.3 Stärkung der Mitwirkung der Gläubiger

Die Mitwirkungsrechte der Gläubiger werden verstärkt, namentlich zum Schutz vor vorschnellen Liquidationshandlungen:

a. Einsetzung eines Gläubigerausschusses

Wo es die Umstände erfordern, v. a. für komplexe Verfahren, setzt das Nachlassgericht schon während der Nachlassstundung einen *repräsentativen* Gläubigerausschuss ein. Darin müssen die verschiedenen Gläubigerkategorien vertreten sein. Zu denken ist insbesondere an eine Vertretung der Arbeitnehmer, der Sozialversicherungen, der Pensionskassen, der Banken, der Lieferanten bzw. der Dienstleistungserbringer, des Staates und der Anleiensgläubiger.

Der Gläubigerausschuss ist *Genehmigungs-, Informations- und Konsultationsorgan*: Er beaufsichtigt den Sachwalter und kann ihm Weisungen erteilen. Schliesslich kommt dem Ausschuss anstelle des Nachlassgerichts die Kompetenz zur Ermächtigung für die mitwirkungsbedürftigen Geschäfte nach Art. 298 Abs. 2 SchKG zu. Diese Kompetenz gewährleistet insbesondere das Mitspracherecht der Gläubiger bei Verfügungen über das schuldenrische Anlagevermögen. Der Gläubigerausschuss hat jedoch kein Vetorecht. Insofern gehen seine Kompetenzen weniger weit als im Konkurs (vgl. Art. 237 Abs. 3 SchKG).

b. Ausserordentliche Gläubigerversammlung

Die definitive Nachlassstundung kann vier bis sechs Monate dauern, wobei eine Verlängerung auf 12 oder 24 Monate möglich ist. Für die einzelnen Gläubiger hat eine Verlängerung zur Folge, dass sie während einer relativ langen Zeit hingehalten werden, ohne zu wissen, wie die finanziellen Verhältnisse des Schuldners konkret aussehen und welcher Verfahrensausgang angestrebt wird. Diese Ungewissheit soll ihnen nicht über derart lange Zeit zugemutet werden. Sofern es zu einer Verlängerung über zwölf Monate hinauskommt, hat der Sachwalter daher eine ausserordentliche Gläubigerversammlung einzuberufen, welche vor Ablauf von neun Monaten seit Bewilligung der definitiven Stundung stattzufinden hat.

Die ausserordentliche Gläubigerversammlung ist Wahl-, Informations- und Konsultationsorgan. Der Sachwalter informiert die Gläubiger über den Stand des Verfahrens, die Gründe der Verlängerung und das weitere Vorgehen. Die Gläubiger können einzelne oder alle Mitglieder des vom Nachlassgericht eingesetzten Gläubigerausschusses ersetzen oder einen solchen neu ernennen. Ferner können sie einen neuen Sachwalter bestimmen.

Liegt bereits ein Entwurf des Nachlassvertrages vor, kann sogleich zum Zustimmungsverfahren geschritten werden. In diesem Fall tritt an die Stelle der ausserordentlichen die ordentliche Gläubigerversammlung nach Art. 302 SchKG.

c. Weitere Mitwirkungsrechte

Hinzu kommen weitere Mitwirkungsrechte:

- Die Gläubiger können nicht nur die Einsetzung des Sachwalters, sondern auch die definitive Stundung selbst anfechten (ohne aufschiebende Wirkung).
- Bei Scheitern der Sanierung ist der Konkurs von Amtes wegen zu eröffnen (ohne vorschusspflichtigen Antrag eines Gläubigers).
- Den Gläubigern kommt auch im Konkurs ein Vorschlagsrecht für einen Nachlassvertrag zu.

4.2.4 Aufhebung

Sofern während der Nachlassstundung eine Sanierung gelingt, ist die Stundung nach Art. 248 ff. ZPO aufzuheben. Obwohl der Zinsenlauf während der Nachlassstundung sistiert ist, können die Gläubiger auf ihre Zinsforderungen bestehen. Eine Sanierung wird somit in der Regel nur dann gelingen, wenn auch die Zinsen bezahlt werden.

4.2.5 Konkursöffnung von Amtes wegen

Der Konkurs ist von Amtes wegen zu eröffnen,

- wenn dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist oder
- wenn offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrages besteht, oder
- wenn der Schuldner seine Verfügungsbefugnis überschreitet oder den Weisungen des Sachwalters zuwiderhandelt.

In diesen Fällen müssen die Gläubiger kein Konkursbegehren mehr stellen. Insofern entfallen auch die Pflicht, die Verfahrenskosten vorzuschies- sen, und die Haftung für die Konkurskosten.

4.2.6 Weiteres Stundungsverfahren

Das weitere Stundungsverfahren entspricht grundsätzlich dem geltenden Recht.

5. Bestätigungsphase

5.1 Bestätigung des Nachlassvertrags

5.1.1 Voraussetzungen

Die Bestätigung des Nachlassvertrags unterliegt folgenden Voraussetzungen:

a. *Best interest test*

Das Verwertungsergebnis oder die vom Dritten angebotene Summe bei Abschluss eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung muss höher erscheinen als der Erlös, der im Konkurs voraussichtlich erzielt würde (*sog. best interest test*). Diese Voraussetzung ist lediglich ein Anwendungsfall der Angemessenheit des Nachlassvertrages, weshalb der Vorentwurf auf eine entsprechende explizite Bestimmung verzichtet.

b. *Keine Sicherstellung für Drittklassforderungen erforderlich*

Nach geltendem Recht setzt die Bestätigung des Nachlassvertrags voraus, dass der Vollzug des Nachlassvertrags, die Forderungen der privilegierten Gläubiger sowie die Masseverbindlichkeiten hinlänglich *sichergestellt* sind (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Diese Sicherstellungspflicht wirkt oft prohibitiv und führt oft zur Blockade massgebender finanzieller Mittel, welche für die Sanierung benötigt würden. Dadurch erschwert sie das Zustandekommen eines Nachlassvertrages ganz erheblich. Aus diesem Grund schränkt sie der Vorentwurf zu Gunsten der Sanierungschancen ein: Der Vollzug des Nachlassvertrages und somit die Befriedigung der *Drittklassforderungen* müssen nicht mehr sichergestellt werden.

An der Sicherstellung der *übrigen Masseverbindlichkeiten* wird hingegen nichts geändert, weil es sonst schwierig werden dürfte, die für die Sanierung oft benötigten Investoren zu finden sowie während der Nachlassstundung die Geschäftstätigkeit aufrecht zu erhalten. Auch an der Sicherstellung der *privilegierten Forderungen* wird festgehalten.

c. Beitrag der Anteilsinhaber

Jeder Nachlassvertra führt in der Regel dazu, dass die Rechte der Gläubiger beschnitten werden. Dagegen sieht das Gesetz keinen *Beitrag der Anteilsinhaber*²¹ vor. Das kann beim Dividendenvergleich stossend sein. Daher sieht der Vorentwurf vor, dass die Anteilsinhaber bei einem ordentlichen Nachlassvertrag einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten müssen. Ein solcher Beitrag wäre z. B. darin zu sehen, dass die Aktionäre einer Kapitalerhöhung mit vorheriger Kapitalherabsetzung zustimmen. Allenfalls kann von einem Beitrag abgesehen werden, sofern die Interessen der Gläubiger gemäss Dividendenvergleich auch ohne Beitrag der Anteilsinhaber besser gewahrt würden, als dies im Konkurs der Fall wäre.

5.2 Rechtsmittel

Gegen den Entscheid über den Nachlassvertrag kann Beschwerde erhoben werden. Diesem soll – abweichend vom Grundsatz (vgl. Art. 325 ZPO) – aufschiebende Wirkung zukommen.

5.2.1 Mitteilung und öffentliche Bekanntmachung

Der Bestätigungsentscheid ist nach Ablauf der unbenutzten Rechtsmittelfrist bzw. nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens öffentlich bekannt zu machen und den entsprechenden Ämtern mitzuteilen, neu auch dem Konkursamt. Die Wirkungen der Stundung fallen ebenfalls nach Ablauf der unbenutzten Rechtsmittelfrist bzw. nach Abschluss des Rechtsmittelverfahrens dahin. Damit weicht der Vorentwurf vom geltenden Recht ab, wonach die Stundung erst mit der Publikation des Bestätigungsentscheids keine Wirkung mehr zeitigt.

²¹ Der Begriff des Anteilsinhabers stammt aus dem Fusionsgesetz, vgl. Art. 2 lit. g FusG.

5.3 Wirkungen des Bestätigungsentscheids

Mit der *Ablehnung* des Nachlassvertrages gilt der Konkurs neu als von Gesetzes wegen eröffnet. Es muss kein Gläubiger mehr die Konkurseröffnung verlangen. In Bezug auf die Bestätigung erfährt das geltende Recht lediglich zwei kleinere Änderungen (vgl. Art. 310 VE-SchKG).

5.4 Befriedigung der Gläubiger durch Aktien oder andere Rechte an einer Auffanggesellschaft

Die «Rettung» des schuldnerischen Unternehmens erfolgt in der Praxis oft über einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kombiniert mit der Gründung einer *Auffanggesellschaft*: Die zu sanierende Gesellschaft gründet eine Tochtergesellschaft, deren Aktienkapital durch Sacheinlagen der frei verfügbaren Aktiven der Muttergesellschaft liberiert wird. Anschliessend wird über die Muttergesellschaft das Nachlassverfahren eröffnet, welches in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung endet. Dieser sieht vor, dass die Gläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen Aktien der Tochtergesellschaft erhalten.

Zu Gunsten der Rechtssicherheit legt der Vorentwurf nun ausdrücklich fest, dass der Nachlassvertrag die Befriedigung der Gläubiger mittels *Anteils- und Mitgliedschaftsrechten*²² an der Schuldnerin selbst oder an einer Auffanggesellschaft vorsehen kann. Jene Gläubiger, die dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt haben, werden damit zwangsweise Anteilshaber der Auffanggesellschaft. Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften kann die Veräusserung der Aktien unter Umständen aber sehr schwierig sein. Um den Interessen dieser Gläubiger gerecht zu werden, darf das Gericht einen entsprechenden Nachlassvertrag deshalb nur dann bestätigen, wenn es sich davon überzeugt hat, dass ein solches Vorgehen für die nicht zustimmenden Gläubiger eine angemessene Lösung ist.

²² Anlehnung an das Fusionsgesetz. Damit werden auch andere Unternehmensformen als die Aktiengesellschaft erfasst.

6. Die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen

6.1 Ausgangslage

Von einem *Dauerschuldverhältnis* spricht man, wenn ein Vertrag nicht durch einen einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung erfüllt wird, sondern durch einen *fortlaufenden Leistungsaustausch* charakterisiert ist (z.B. Arbeits-, Miet-, Leasing- und Darlehensverträge).

Nach dem materiellen Recht hat der Eintritt eines Insolvenzereignisses – von Ausnahmen abgesehen²³ – grundsätzlich nicht zur Folge, dass ein solches Dauerschuldverhältnis aufgelöst wird. Es bestehen auch keine vollstreckungsrechtlichen Regeln, die eine Vertragsauflösung von Gesetzes wegen vorsehen. Dauerschuldverhältnisse gelten somit im Insolvenzfall (Konkurs, Nachlassverfahren) grundsätzlich unverändert weiter. Das kann eine Sanierung erheblich erschweren oder sogar verhindern (z.B. ein langfristiges Leasing von Maschinen, die nach der Redimensionierung des Betriebs nicht mehr gebraucht werden).

Will man mit dem Ziel der Sanierung ernst machen, muss die *sofortige Auflösung* solcher Verbindlichkeiten möglich sein. Es handelt sich nach der Expertengruppe um ein *unverzichtbares Kernstück* der Revision. Als Alternative zur Sanierung steht einem Unternehmen häufig nur der Konkurs zur Verfügung, welcher für die Gegenseite eines Dauerschuldverhältnisses mit gleichen oder noch schwereren Nachteilen verbunden wäre.

6.2 Vorschläge der Expertengruppe

Die Expertengruppe wollte in der Phase 1 dem zuständigen Vollstreckungsorgan die Kompetenz einräumen, ungünstige Dauerverträge aufzulösen. Sie zog ein ausserordentliches gesetzliches Kündigungsrecht zu Gunsten der insolventen Partei (Cherry picking) in Betracht, das für sämtliche Insolvenzverfahren (Konkurs, Nachlassstundung, ordentlicher Nachlassvertrag, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) und für alle Dauerschuldverhältnisse gleichermaßen gelten sollte. In der Phase 2 kamen die Experten hingegen zum Schluss, dass dies einen übermässigen Eingriff in

²³ Dies gilt z.B. für den Pachtvertrag (Art. 297a OR), den Auftrag (Art. 405 Abs. 1 OR), den Agenturvertrag (Art. 418s Abs. 1 OR), die Leibrente (Art. 518 Abs. 3 OR), die einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

das materielle Recht darstellen würde. Sie sprachen sich für den Grundsatz einer vollen Entschädigung der Gegenpartei aus, bedachten aber gleichzeitig, dass im Konkurs und bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung mit einem ausserordentlichen Kündigungsrecht nichts gewonnen wäre, wenn gleichzeitig volle Entschädigung geleistet werden müsste.

6.3 Vorschläge des Vorentwurfs

Diese Überlegungen führten zu einem neuen Konzept: Unterschieden wird im Wesentlichen danach, ob das Unternehmen *liquidiert* (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) oder aber *weitergeführt* wird (Nachlassstundung und ordentlicher Nachlassvertrag).

6.3.1 Dauerschuldverhältnisse im Liquidationsfall

Im Liquidationsfall wird auf die Einführung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts der Konkurs- bzw. Liquidationsmasse verzichtet. Der Vorentwurf sieht aber neu ausdrücklich Regeln vor, wie ein bestehendes Dauerschuldverhältnis materiell- und vollstreckungsrechtlich korrekt behandelt und allenfalls liquidiert werden kann. Zu unterscheiden sind drei Hauptfälle: Das Vollstreckungsorgan tritt in den Vertrag ein, es kündigt den Vertrag oder es tut weder das eine noch das andere:

- Die Konkursverwaltung bzw. die Liquidatoren haben bereits nach geltendem Recht die Möglichkeit, in ein bestehendes Dauerschuldverhältnis einzutreten (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Wird davon Gebrauch gemacht, gelten die ab dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung entstehenden Forderungen als Masseverbindlichkeiten. Die alten, d. h. die vor Konkurseröffnung entstandenen Forderungen können hingegen nur als Konkursforderungen eingegeben werden. Diese Präzisierung stellt klar, dass Verbindlichkeiten nur dann zu Masseverbindlichkeiten werden können, wenn sie *nach* dem Insolvenzereignis (insbesondere der Konkurseröffnung) entstehen.
- Daneben haben die Konkursverwaltung bzw. die Liquidatoren das Recht, den Vertrag nach den anwendbaren materiellen Bestimmungen zu kündigen.

- In der Praxis treffen die Konkursverwaltung bzw. die Liquidatoren meist überhaupt keine entsprechenden Vorkehren: Weder treten sie in den Vertrag ein noch lösen sie ihn auf. Bei solchem «Nichtstun» laufen die Verträge nach Zivilrecht grundsätzlich einfach weiter. Trotzdem herrscht in der Praxis grosse Unsicherheit darüber, wie das betroffene Dauerschuldverhältnis und die einzelnen Leistungen im Insolvenzverfahren konkret zu behandeln seien. Daher wird eine neue Liquidationsnorm geschaffen: Der Vertragspartner kann seine Ansprüche als normale Konkursforderung geltend machen, allerdings bis höchstens zum nächsten Kündigungstermin oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer. Liquidationsrechtlich sind die Konsequenzen bei «Nichtstun» des Vollstreckungsorgans somit dieselben, wie wenn das Dauerschuldverhältnis (ordentlich) gekündigt worden wäre. Besondere gesetzliche Regelungen des Schicksals von Verträgen im Insolvenzfall bleiben natürlich vorbehalten.

6.3.2 *Schicksal der Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung*

Eine grundlegende Neuerung wird für die Behandlung der Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung vorgeschlagen. Dem Schuldner soll es ermöglicht werden, ein Dauerschuldverhältnis *jederzeit ausserordentlich zu kündigen*. Dauerverträge, die eine Sanierung behindern, können somit mit einem freien Kündigungstermin und also auch per sofort aufgelöst werden. Die Gegenpartei ist in diesem Fall zwar voll zu entschädigen. Die Entschädigung gilt indes als blosser Nachlassforderung, so dass sie nur dividendenmässig zu befriedigen ist.

Ein derartiges ausserordentliches Kündigungsrecht greift erheblich in das materielle Recht ein, da es dadurch dem Schuldner möglich wird, sich bestehender ungünstiger oder sonst unerwünschter Verpflichtungen zu entledigen. Da die Entschädigungsforderung der Gegenseite lediglich als Nachlassforderung gilt, wird die Gegenseite durch die Vertragsauflösung im Regelfall einen Verlust in Kauf nehmen müssen. Ein derartiger Eingriff in das Prinzip der Vertragstreue darf nicht leichtfertig ins Gesetz aufgenommen werden. Insbesondere gilt es, Missbräuche zu verhindern. Es ist deshalb erforderlich, dass die Ausübung des Kündigungsrechts nicht durch den Schuldner allein erfolgen kann, sondern zusätzlich der *Zustimmung des Sachwalters* bedarf.

Die vorgeschlagene Lösung dient nicht nur, wie erwähnt, der Durchführung der Sanierung als solcher, sondern führt im Ergebnis auch zu einer Gleichbehandlung der Vertragspartner mit den *Geldgläubigern*, die in jedem Fall mit einer Nachlassforderung vorlieb nehmen müssen.

6.3.3 Weiterführung von Verträgen, die vom Schuldner persönlich genutzt werden

Im Insolvenzverfahren gegen *Einzelfirmen* sind jeweils nicht nur die Geschäftsschulden des Geschäftsinhabers betroffen, sondern auch sein Privatbereich. Daher muss das Gesetz hier eine besondere Regel treffen: Dauerschuldverhältnisse, deren Leistungen dem Schuldner zum privaten Gebrauch dienen (z. B. Zeitungsabonnement, Krankenkasse, Wohnungsmiete), kann der Schuldner auf eigene Rechnung weiterführen.

7. Die Behandlung der Arbeitnehmenden im Insolvenzfall

7.1 Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübernahme

Nach geltendem Recht gehen die Arbeitsverhältnisse bei Betriebsveräusserungen von Gesetzes wegen über. Der neue Arbeitgeber (d. h. der Erwerber des Betriebs) hat kein Ablehnungsrecht.²⁴ Die vertragliche Beschränkung auf die Übernahme bloss einzelner Arbeitsverhältnisse ist nicht zulässig.

In der Praxis hat diese Regelung immer wieder zu grossen Problemen geführt. Die gesetzliche und integrale Überbindung sämtlicher Arbeitsverträge kann zur Folge haben, dass der Betrieb keinen Käufer findet. Dies verunmöglicht die Sanierung und führt zur *vollständigen* Vernichtung der betroffenen Arbeitsplätze. Der Arbeitnehmerschutz des OR verkehrt sich dann in sein Gegenteil.

Entsprechend ist umstritten, inwieweit Art. 333 OR im Insolvenzverfahren überhaupt anwendbar sei. Das Bundesgericht hat in BGE 129 III 335, Erw. 5.8 entschieden, dass die Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR beim

²⁴ Der Arbeitnehmer hat nach Art. 333 Abs. 1 OR jedoch das Recht, den Übergang abzulehnen.

Erwerb eines Betriebs aus der Konkursmasse *nicht* zum Tragen kommt; im übrigen blieb die Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 OR aber offen.

Diese Rechtsunsicherheit ruft nach einer Klarstellung des Gesetzgebers. Der Vorentwurf schlägt vor, den automatischen Übergang von Arbeitsverträgen bei Betriebsübernahme während der Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung *auszuschliessen*. Ob und wieweit mit dem Betrieb auch die Arbeitsverträge übernommen werden, soll neu Gegenstand von Verhandlungen und Vereinbarungen zwischen den Beteiligten sein. Das entspricht dem allgemeinen Vertragsrecht. Den betroffenen Arbeitnehmern steht dabei – wie nach geltendem Recht – ein Ablehnungsrecht zu (*opting out*). Arbeitnehmer, die nicht übernommen werden (wollen), können ihre ausstehenden Lohnforderungen im laufenden Insolvenzverfahren geltend machen.

Soweit der Erwerber die Arbeitnehmenden übernimmt, tritt er vollumfänglich in die Arbeitsverträge inklusive allfällige Gesamtarbeitsverträge ein. Für ungedeckte Forderungen aus den übernommenen Verträgen soll ihn überdies zusammen mit dem Veräusserer eine *Solidarhaftung* treffen. Diesbezüglich weicht der Vorschlag der Experten von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Gunsten der übernommenen Arbeitnehmer ab. Es scheint sehr fraglich, ob dieser Solidarhaftung, die entgegen der Bundesgerichtspraxis eingeführt werden soll, Sanierungsfreundlichkeit zugeschrieben werden kann. Kommt es aber nicht zu Sanierungen, ist den Arbeitnehmern am wenigsten gedient.

Die praktischen Erfahrungen haben mit aller Deutlichkeit gezeigt, dass das geltende Recht (der der Schweizer Rechtsordnung ohne grosse Überlegungen implantierte Art. 333 OR²⁵) die realen Gegebenheiten verkennt. Es spiegelt den Arbeitnehmern eine Arbeitsplatz-Sicherheit vor, die es im Sanierungsfall nicht geben kann. Der Vorentwurf bringt den Arbeitnehmern immerhin eine erhebliche Stärkung ihrer verfahrensrechtlichen Position: Die Verfahrensrechte der Gläubiger werden ganz wesentlich ausgebaut (repräsentativer Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung als Kontrollorgane schon während der Nachlassstundung).

²⁵ Vgl. Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992 (BBJ 1992 V 402).

7.2 Die besonderen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer bei Betriebsveräußerung und Massenentlassung

Der Arbeitnehmerschutz erfordert, dass die Arbeitnehmer in wichtige Entscheidungen des Arbeitgebers einbezogen werden (Art. 333 ff. OR). So hat der Arbeitgeber, der den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Vollzug darüber zu informieren (Art. 333a Abs. 1 OR).

Eine besondere Konsultationspflicht trifft den Arbeitgeber im Falle von Massenentlassungen (Art. 335f OR). Gemäss Art. 335e Abs. 2 OR gilt diese Bestimmung jedoch nicht bei Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen, z. B. Konkursöffnungen. Denn in diesem Fall ist die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer dem Einflussbereich des Arbeitgebers entzogen. Der Vorentwurf schlägt vor, am geltenden Rechtszustand grundsätzlich festzuhalten. Führt das Verfahren in die Liquidation des Betriebs (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung), dann besteht kein Bedürfnis für zusätzliche (arbeitsrechtliche) Informations- und Konsultationsrechte.

8. Vorrechte bestimmter Gläubiger

8.1 Problemstellung

Insolvenzverfahren sollen alle Gläubiger gleich behandeln (*pars conditio creditorum*). Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen: Einzelne Gläubiger können sich vertraglich absichern, und der Gesetzgeber privilegiert einzelne Gläubiger aus sozialpolitischen Gründen. Die Expertengruppe prüfte, ob und wie weit sich eine Beschränkung solcher Vorrechte aufdrängt.

8.2 Konkursprivilegien

8.2.1 Das Arbeitnehmerprivileg

Die Expertengruppe schlug vor, das Arbeitnehmerprivileg gemäss Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG betragsmässig zu begrenzen, nämlich auf CHF 100 000 brutto pro Arbeitnehmer. Der Vorentwurf nahm dazu keine Stellung; vielmehr sollten die Ergebnisse von parlamentarischen Vorstössen²⁶ abgewartet werden.

8.2.2 Verzicht des Vorentwurfs auf die Abschaffung weiterer Konkursprivilegien

Die Expertengruppe schlug ferner vor, weitere Konkursprivilegien zu streichen bzw. zu beschränken, weil sie das Zustandekommen eines Nachlassvertrages (Sicherstellungspflicht) massiv erschweren. So sollten die Privilegien der öffentlichen Hand und der Sozialversicherungen grundsätzlich abgeschafft werden; das Privileg der Personalvorsorgestiftungen sei zu erhalten, aber auf die Beitragsforderungen zu begrenzen.

Der Vorentwurf beweist hier Mutlosigkeit. Unter Hinweis auf die Aussage der Expertenkommission, es handle sich dabei um Vorschläge von grosser politischer Brisanz, verzichtet er darauf, die betreffende Diskussion von Neuem aufzunehmen, obwohl es ja gerade Aufgabe der Sanierungsrechtsrevision wäre, diese Diskussion zu führen und den politischen Instanzen die juristische Optik klar darzulegen. Dass der Vorentwurf entschuldigend ausführt, damit solle nicht ausgeschlossen werden, dass die Diskussion der Bereinigung der Konkursprivilegien zu einem späteren Zeitpunkt wieder lanciert werde, macht die Sache nicht besser. Die Feuerwehr kann ein Untätigbleiben auch nicht mit Hinweis auf das nächste Gewitter rechtfertigen.

²⁶ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 22. August 2008 (im Internet abrufbar unter <http://www.admin.ch/dokumentation/gesetz/pc/>).

8.3 Retentionsrecht

Nach Art. 268 OR steht dem Vermieter von Geschäftsräumen an bestimmten beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden, ein Retentionsrecht zu. Mögliche Retentionsgegenstände sind Maschinen, Warenvorräte, Heizöl im Tank, Gemälde einer Galerie oder (Geschäfts-) Autos in der Garage oder auf dem Parkplatz. Dieses Retentionsrecht kann zur Blockade von Anlage- und Umlaufvermögen und somit zur Lahmlegung des (einmietenden) Unternehmens führen. Zudem bringt bereits das latente (d. h. das noch nicht ausgeübte) Retentionsrecht Risiken – etwa mit Blick auf eine allfällige Sanierung über eine Auffanggesellschaft: Das Retentionsrecht kann eine Sacheinlagegründung verunmöglichen, denn es muss mit einem Rückschaffungsbegehren des Vermieters gerechnet werden (Art. 268b OR). Andererseits ist das Retentionsrecht auch für den Vermieter nicht unbedingt verlässlich. Er weiss nie, welche konkreten Objekte der Retention am Ende unterliegen werden und ob sie tatsächlich Deckung verschaffen. Heute sichern sich die Vermieter daher meist anderweitig ab, etwa durch eine Kautions, Art. 257e OR, oder indem sie Vorauszahlung der Miete verlangen. Sie haben somit ein überschüssendes Sicherungsdispositiv.

Schon im Entwurf für die Revision des Miet- und Pachtrechts bestand daher die Intention, das Retentionsrecht gänzlich zu streichen,²⁷ nicht zuletzt mit dem Argument, dass diese atypische Regelung zu einer stossenden Privilegierung des Vermieters gegenüber den anderen Gläubigern führe. Auch der Vorentwurf schlägt vor, das Retentionsrecht des Vermieters bei der Geschäftsmiete sowie das Retentionsrecht des Verpächters abzuschaffen.²⁸

8.4 Globalzession

Unter *Globalzession* versteht die herrschende Lehre die (Voraus-) Zession einer unbestimmten Vielzahl gegenwärtiger und zukünftiger Forderungen

²⁷ Vgl. Botschaft zur Revision des Miet- und Pachtrechts vom 27. März 1985 (BBl 1985 1457).

²⁸ Vgl. dazu FRANZ STUDER: Das Retentionsrecht im neuen Sanierungsverfahren: Abschaffung von Gläubigerprivilegien zur Verbesserung der Sanierungsaussichten von Unternehmen?, AJP 2009 S. 1453–1458.

des Sicherungszedenten aus seinem Geschäftsbetrieb an einen Sicherungszessionar zur Sicherstellung einer oder mehrerer Hauptforderungen.²⁹ Die Minderheitsmeinung geht noch weiter und subsumiert darunter die Abtretung sämtlicher Forderungen gegenüber Drittschuldern – d. h. nicht nur solcher aus dem Geschäftsbetrieb.³⁰ Die Globalzession wird von Lehre und Rechtsprechung als gültig erachtet, sofern die abzutretenden Forderungen hinreichend bestimmt sind und der Rahmen von Art. 27 ZGB eingehalten wird. Das ist der Fall, wenn die Globalzession in zeitlicher und sachlicher Hinsicht eine Beschränkung erfährt. Insbesondere muss hierbei der Kreis der abgetretenen Sicherungsforderungen und derjenige der gesicherten Hauptforderungen definiert werden.

Was den *Konkurs* betrifft, so ist die geltende Rechtslage klar und befriedigend, so dass sich keine Korrekturen aufdrängen:

- Im *Konkurs des Sicherungszedenten* fallen abgetretene künftige Forderungen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in die Konkursmasse, sofern sie *erst nach der Konkurseröffnung entstehen*.³¹ Gegenwärtige und künftige Forderungen stehen jedoch dem Sicherungszessionar zu, sofern sie *vor* der Konkurseröffnung entstehen.
- Im *Konkurs des Sicherungszessionars* fällt die Sicherungsforderung oder das Surrogat (Geld oder Sachen) in die Konkursmasse des Sicherungszessionars, ungeachtet dessen, wann die Sicherungsforderung entstanden ist oder ob sie im Zeitpunkt der Konkurseröffnung eingezogen wurde. Dies ist Folge der sogenannten Vollrechtstheorie und von Art. 197 SchKG.

Die Situation eines Schuldners in der *Nachlassstundung* weicht davon ab. Sie lässt sich im Grunde kaum mit derjenigen eines Konkursiten vergleichen. So kann der Nachlassschuldner seine Geschäfte weiterführen (Grundsatz der Eigenverwaltung); er steht nur unter Aufsicht und nicht unter umfassender Zwangsverwaltung wie im Konkurs. Regelmässig entstehen während der Nachlassstundung somit neue Forderungen als Aktiven

²⁹ PETER REETZ: Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Diss. Zürich 2006, S. 244 m. w. H.

³⁰ REETZ (Fn. 29), S. 245.

³¹ BGE 111 III 73; 115 III 67; 130 III 248, 255.

des Schuldners. Andererseits bestimmt Art. 298 Abs. 2 SchKG, dass während der Stundung ohne Ermächtigung des Nachlassrichters nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden können. Von dieser Bestimmung werden *per analogiam* auch die Globalzessionen als Sicherungsgeschäfte erfasst. Somit befindet sich der Schuldner im Ergebnis in einer ähnlichen Situation der Dispositionsunfähigkeit wie ein Konkursit gemäss Art. 204 SchKG. Auch hier gilt es den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zu beachten. Abgetretene zukünftige Forderungen, die während der Nachlassstundung entstehen, verbleiben demnach beim Sicherungszedenten, sofern der Nachlassrichter die Zession nicht genehmigt.

Vor diesem Hintergrund schlägt der Vorentwurf vor, Art. 297 SchKG, der die Wirkungen der Stundung regelt, um einen neuen Abs. 2^{bis} zu ergänzen: Wurde vor der Eröffnung der Nachlassstundung die Abtretung einer künftigen Forderung vereinbart, entfaltet diese Abtretung keine Wirkung, wenn die Forderung erst nach der Bewilligung der Nachlassstundung entsteht.

9. Zuführung neuer Mittel

9.1 Eigenkapitalersetzende Darlehen

Bei den *eigenkapitalersetzenden Gesellschaftsdarlehen* handelt es sich um Darlehen, die Gesellschafter oder ihnen nahe stehende Personen der Gesellschaft in einem Zeitpunkt gewähren, in welchem dem Unternehmen eigentlich Eigenkapital zugeführt werden müsste. Die herrschende Praxis setzt solche Darlehen daher dem Risikokapital gleich und kolloziert sie also erst hinter sämtlichen Konkursklassen, wenn die Analyse ergibt, dass das betreffende Darlehen von einem unabhängigen Dritten nicht gewährt worden wäre (*Drittmannstest*) bzw. dem Unternehmen in Tat und Wahrheit Eigenkapital hätte zugeführt werden müssen (*Sanierungstest*).

In der Phase 1 schlug die Expertengruppe vor, die Voraussetzungen dieses von der Praxis entwickelten Rangrücktritts gesetzlich zu umschreiben. Der Vorentwurf verzichtete indes darauf, mit Blick auf die abgeschlossene

Revision des GmbH-Rechts, in deren Rahmen eine solche Regelung zwar ebenfalls diskutiert, schliesslich aber verworfen wurde.³²

9.2 Sanierungsdarlehen

Die Expertengruppe lehnte die heutige Lehre und Praxis ab, wonach Sanierungsdarlehen der Eigentümer oder nahestehender Personen pauschal als Eigenkapital qualifiziert und *subordiniert* werden (Erschwerung aussergerichtlicher Sanierungen).

Sie setzte sich hingegen in der Phase 1 mit der Frage auseinander, ob Darlehen, die vor Einleitung eines Insolvenzverfahrens zum Zwecke der Sanierung gewährt werden, im Falle der Insolvenz *privilegiert* behandelt werden sollen. Die *Voraussetzungen* einer solchen Privilegierung müssten präzise umschrieben werden. So wäre der gesetzliche Nachweis zu fordern, dass das fragliche Darlehen zeitlich und umfangmässig effektiv geeignet war, massgeblich zur Sanierung beizutragen.

Die Expertengruppe verzichtete dann aber auf einen entsprechenden Vorschlag. Zum einen kann bezweifelt werden, ob eine solche Bestimmung überhaupt justiziabel wäre. Sodann wird der Zugang zur Nachlassstundung erleichtert, so dass *New Money* gemäss Art. 310 Abs. 2 SchKG privilegiert werden kann, wenn die Geldaufnahme *während der Nachlassstundung und mit Zustimmung des Sachwalters* erfolgt.

10. Konzernkonkurs

10.1 Ausgangslage

Bei Insolvenz eines Konzerns soll *grundsätzlich keine Konsolidierung* stattfinden – weder eine materielle (*substantive consolidation by pooling of assets*) noch eine verfahrensmässige (*administrative consolidation*). Insofern ist kein besonderes Konkurs- und Nachlassverfahren für Konzerne zu schaffen. Vielmehr ist jede Konzerngesellschaft auch im Insolvenzfall *grundsätzlich einzeln* zu betrachten. Die Einzelbetrachtung

³² Vgl. Botschaft zur Revision des Obligationenrechts vom 19. Dezember 2001 (BBl 2002 3158).

- ist *durch das materielle Recht vorgegeben* (das Insolvenzrecht darf die Haftungsordnung des materiellen Rechts nicht einfach umstossen);
- gilt als Prinzip auch in anderen Rechtsordnungen (so auch im US-Recht);
- hat den Effekt einer Art «Corporate Governance» im Prozess (dezentrale Verfahren).
- Für die *Standortkantone* der Konzerne könnte die Konsolidierung ein Klumpenrisiko in Bezug auf Kosten und Kapazitäten schaffen.

Trotz Festhaltens am heutigen System und Verzicht auf ein eigentliches Konzerninsolvenzrecht besteht jedoch *punktuellem Regelungsbedarf*. Manche Bereiche können de lege ferenda mit kleinem Aufwand korrigiert werden, um den speziellen Verhältnissen eines Konzerns besser Rechnung zu tragen.

10.2 Koordination der Verfahren

Bei gleichzeitigen Insolvenzverfahren über mehrere Konzerngesellschaften können Doppelspurigkeiten entstehen. Das geltende Recht statuiert keine explizite Verfahrenskordinationspflicht. Art. 4 SchKG regelt die inner- sowie interkantonale Rechtshilfe zwischen den Betreibungs- und Konkursämtern in allgemeiner Weise.

Die Experten schlagen daher einen neuen Art. 4a VE-SchKG vor, der die *Kooperation* in zusammenhängenden Verfahren regelt. Die beteiligten Vollstreckungsorgane, Aufsichtsbehörden und Gerichte sollen ihre Handlungen möglichst aufeinander abstimmen. Als sachlicher Zusammenhang gelten insbesondere Konzernverhältnisse.

Koordinationsmöglichkeiten gibt es viele: So kann etwa *ein und derselbe Sachwalter für mehrere Verfahren* eingesetzt werden. Die beteiligten Gerichte und Aufsichtsbehörden können nach einem Meinungsaustausch eine *einheitliche Zuständigkeit für alle Verfahren* bezeichnen.

10.3 Keine materielle Konsolidation

Koordination heisst jedoch nicht *Konsolidation*: Die einzelnen Verfahren bleiben durchaus selbständig. Auch die Aktiv- und Passivmassen werden nicht etwa zusammengelegt; es kommt also nicht zu einer *substantive consolidation*.

Die Frage einer materiellen Konsolidation blieb in der Expertengruppe bis zum Schluss kontrovers. Ausserdem konnte auch keine befriedigende Lösung gefunden werden, wer – ob ein Gericht oder die betroffenen Gläubiger – verbindlich über eine materielle Konsolidierung zu entscheiden hätte.

10.4 Keine gesetzlich geregelte Subordination konzerninterner Forderungen

Auch in Bezug auf die Frage der *Subordination konzerninterner Forderungen* verzichtet der Vorentwurf auf einen Vorschlag. Diese Frage soll wie bis anhin von der Praxis entschieden werden. Die Subordination muss jedoch die absolute Ausnahme sein, denn sonst kann dies zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung der Anleiensgläubiger (Obligationäre) führen, was volkswirtschaftlich nicht erwünscht sein kann.

10.5 Paulianische Anfechtung im Konzernverhältnis

Sowohl für die Schenkungspauliana nach Art. 286 SchKG wie auch für die Deliktspauliana (oder Absichtsanfechtung) nach Art. 288 SchKG legt das Gesetz fest, dass der Anfechtungskläger den objektiven Tatbestand zu beweisen hat. Bei einer gemischten Schenkung heisst das, dass der Beweis des behaupteten Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung dem Anfechtungskläger obliegt. Bei der Deliktspauliana gehört – neben dem objektiven – auch der subjektive Tatbestand zum Beweisthema des Klägers: Er muss die Schädigungs- bzw. Begünstigungsabsicht des Schuldners und die Erkennbarkeit dieser Absicht für den Vertragspartner beweisen. Das Gesetz stellt keinerlei Vermutung zum Nachteil des Anfechtungsgegners auf. Immerhin wird in der Praxis die Erkennbarkeit der schädigenden Handlung bei nahen verwandtschaftlichen oder sonstigen engen Verbindungen der Beteiligten faktisch vermutet. Trotzdem führt die beweisrechtliche Lage nicht selten dazu, dass die Anfechtungsansprüche

nicht durchgesetzt werden können, wenn eine Verhandlungslösung scheitert. Dies trifft vor allem für die Deliktspauliana (Art. 288 SchKG) zu.

Der Vorentwurf schlägt deshalb vor, die *Beweislast des Anfechtungsklägers* in zweifacher Hinsicht zu erleichtern:

- *Schenkungs-pauliana*: Wenn die begünstigte Person dem Schuldner nahesteht, dann soll sie die Beweislast dafür tragen, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt.
- *Deliktspauliana*: Steht die begünstigte Person dem Schuldner nahe, soll der subjektive Tatbestand dieser Anfechtungsklage (Begünstigungsabsicht sowie Erkennbarkeit dieser Absicht) gegen den Beklagten vermutet werden.

Vom Begriff der *nahestehenden Person* werden sowohl natürliche wie auch juristische Personen erfasst. Als nahestehende Personen kommen neben Verwandten und Konzerngesellschaften auch Gross- und Mehrheitsaktionäre in Frage.

Mit diesen Ergänzungen wird somit keine besondere «Konzernpauliana» geschaffen, sondern es werden die klassischen Anfechtungstypen auf das Konzernverhältnis, die paulianische Anfechtung konzerninterner Vorgänge (*intragroup transactions*) zugeschnitten. Dabei handelt es sich jedoch nur um eine Beweiserleichterung und nicht um einen materiell-rechtlichen Eingriff.

11. Behebung weiterer Mängel des Anfechtungsrechts

11.1 Keine paulianische Anfechtbarkeit während der Nachlassstundung vorgenommener Handlungen

Im geltenden Recht bewirkt die richterliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts, dass dieses zivil- und vollstreckungsrechtlich gültig ist (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Die paulianische Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG bleibt hingegen dennoch möglich. Dies schafft für die Gegenpartei eine unsichere Situation. Der Vorentwurf schlägt daher vor, diese für die Sanierungspraxis hinderliche Rechtsunsicherheit zu beheben: Handlungen, die das zuständige Vollstreckungsorgan genehmigt hat, sollen künftig paulianisch unanfechtbar sein.

11.2 Fristbestimmungen

Nach Art. 292 SchKG «verwirkt» das Anfechtungsrecht nach Ablauf von zwei Jahren seit Eintritt des zutreffenden Insolvenztatbestandes (insbesondere Konkursöffnung). Das ist nicht sachgerecht und beruht wohl auf einem gesetzgeberischen Versehen. Es muss richtigerweise eine (unterbrechbare) Verjährungsfrist sein. Art. 292 SchKG wird entsprechend korrigiert.

Art. 331 Abs. 2 SchKG gab in der Praxis Anlass zu Diskussionen. Art. 331 Abs. 2 VE-SchKG soll klarstellen, dass sich der Verweis auf «die Fristen» nur auf die Verdachtsfristen gemäss Art. 286–288 SchKG bezieht.

12. Zusammenfassung

Vorgeschlagen wurde demnach im wesentlichen:

- erleichterte Voraussetzungen zur Bewilligung und Durchführung eines gerichtlichen Nachlassverfahrens,
- Möglichkeiten für eine «stille» Sanierung und – damit zusammenhängend –
- die Integration des Konkursaufschubs nach OR in das SchKG,
- die Verstärkung der Gläubigerrechte während der Nachlassstundung,
- die Straffung der Konkursprivilegien,
- die ausserordentliche Auflösung von Dauerschuldverhältnissen während der Nachlassstundung,
- die Abschaffung der Pflicht zur Übernahme von Arbeitsverträgen bei einer Betriebsübernahme sowie
- die Abschaffung des mietrechtlichen Retentionsrechts.

IV. Vernehmlassung

Am 28. Januar 2009 schickte der Bundesrat die Teilrevision des SchKG in die Vernehmlassung. Diese lief bis zum 8. Mai 2009.

Im August 2009 informierte der Bundesrat über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens. Viele Teilnehmer unterstützen die Ansicht des Bundes-

rats, dass das geltende schweizerische Insolvenzrecht unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung tauglich und praktikabel ist und deshalb keiner Generalüberholung bedarf. Die vorgeschlagene Teilrevision des SchKG und die Vorschläge zur erleichterten Sanierung von Unternehmen wurden in der Vernehmlassung trotzdem mehrheitlich begrüsst.³³ Die SVP lehnte die Teilrevision hingegen überhaupt ab und erachtete sie als unnötig und einseitig. Ein Konkurs müsse nicht à tout prix verhindert werden. Er sei im Gegenteil oft hilfreicher für einen Neustart als langwierige Sanierungsmaßnahmen. Diesen Umstand vermöge auch der vorgeschlagene Ausbau der Mitwirkungsrechte der Gläubiger nicht überzeugend wettzumachen. Die SP lehnte die Revision ab, weil sie die Arbeitnehmerinteressen in nicht akzeptabler Weise beeinträchtigte.

Kritisch wurde festgehalten, dass der Vorentwurf wiederholt auf den Zusammenbruch der Swissair verweise und auch die neuen Vorschläge deshalb auf die Insolvenz eines Grosskonzerns ausgerichtet seien, während die Praxis jedoch ganz anders aussehe: In den meisten Fällen gehe es um Einzelpersonen oder um kleine bis mittlere Firmen. Ausserdem habe gerade der Fall Swissair keine zwingenden Anhaltspunkte dafür geliefert, weshalb ein verändertes Nachlassverfahren notwendig sei.

Begrüsst wurde, dass kein eigentliches Konzerninsolvenzrecht vorgeschlagen und insbesondere auf die materielle Konsolidation (Pooling) verzichtet worden sei. Auch der bewusste Verzicht auf die Schaffung eines Sonderrechts für Grossinsolvenzen wurde ausdrücklich begrüsst. Einige Teilnehmer haben sich auch dahingehend geäussert, dass der gesetzgeberische Handlungsbedarf nicht erkennbar sei: Der Vorentwurf sei aus dem Kontext des Swissair-Debakels heraus entstanden. Heute bestehe kein gleiches Bedürfnis nach einer Revision mehr.

Umstritten waren im wesentlichen die ausserordentliche Auflösung von Dauerschuldverhältnissen während der Nachlassstundung, die Abschaffung der Pflicht zur Übernahme von Arbeitsverträgen bei einer Betriebsübernahme sowie die Abschaffung des mietrechtlichen Retentionsrechts.

Verschiedentlich wurde angeregt, weitere Punkte, die im Vorentwurf nicht angesprochen wurden oder zu welchen keine Revisionsvorschläge gemacht worden seien, zusätzlich in das Revisionsprojekt aufzunehmen:

³³ Vgl. www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=31200.

- So wurde bedauert, dass der Vorentwurf keine ausdrückliche Regelung der *Sanierungsdarlehen* enthalte, obwohl eine entsprechende Regelung notwendig sei. Es handle sich um ein wichtiges Anliegen der Praxis, und nach BGE 134 III 452³⁴ seien die Ausführungen im Begleitbericht hierzu überholt. Es mache wenig Sinn, mit der Beschaffung neuer Geldmittel bis nach der Bewilligung der Nachlassstundung zu warten zu müssen, und es könne nicht angehen, dass frühzeitige Leistungen im Hinblick auf eine künftige Sanierung schlechter behandelt würden als spätere Leistungen während der Nachlassstundung. Auch erscheine es nicht als angemessen, wenn Gläubiger, die sich vor Erbringen ihrer Sanierungsleistung zahlen liessen, besser gestellt würden als jene, die mit der Einforderung ihrer Gegenleistung zuwarteten und so dem zu sanierenden Unternehmen vorläufig Liquidität belassen.
- Weitere Vorschläge zielten darauf ab, eine explizite gesetzliche Regelung für die *eigenkapitalersetzenden Darlehen* zu schaffen.
- Man kritisierte, dass die aktuelle Teilrevision nicht dazu genutzt wurde, gewisse Anpassungen in der *einvernehmlichen Schuldenbereinigung* (Art. 333 ff. SchKG) vorzunehmen. Hier wären nach Ansicht mehrerer Teilnehmer punktuelle Verbesserungen notwendig gewesen.
- Im Rahmen der Aufarbeitung des Falles Swissair habe sich gezeigt, dass viele Doppelspurigkeiten bei den Behörden bestünden, namentlich mit den Strafbehörden. Es wurde deshalb angeregt, eine gesetzliche Grundlage für eine *Aktenzentrale* bei bedeutenden Unternehmenskonkursen und -krisen zu schaffen.
- In der Botschaft zum neuen Aktienrecht sei der Vorschlag unterbreitet worden, das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit als Grund für eine *Sanierungs-Generalversammlung* ins Gesetz aufzunehmen. Es sei zu empfehlen, diese Fassung in den vorliegenden Entwurf einzuarbeiten.

³⁴ Vgl. dazu OLIVIER HARI: Absichtspauliana und Sanierungsdarlehen, Die Rückzahlung eines Sanierungsdarlehens als Sonderfall von Artikel 288 SchKG im Lichte von BGE 134 III 452, in: GesKR Online-Beitrag 2/2008, S. 1–6; THOMAS REBSAMEN: Anfechtbarkeit von Sanierungsleistungen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung, in: Jusletter, 21.9.2009 [zu BGE 134 III 452 und BGE 134 III 615].

- Ein Teilnehmer meldete sein Befremden darüber an, dass in der derzeitigen tiefgreifenden wirtschaftlichen Rezession ein Revisionsvorhaben an die Hand genommen werde, das die *Arbeitnehmerinteressen* massiv missachte und Entlassungen begünstige. Die aktuelle Wirtschaftskrise verlange vielmehr, dass eine gesetzliche Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen eingeführt werde. Art. 335f OR sei deshalb um eine entsprechende Bestimmung zu ergänzen.
- Ferner wurde vorgebracht, das Projekt leide an einem grundlegenden konzeptionellen Mangel, da es sich auf Verbesserungsmöglichkeiten innerhalb des SchKG, d.h. auf den Zeitpunkt *nach* Genehmigung der Nachlassstundung beschränke und keine Sanierungsmöglichkeiten *vor der Einleitung eines formellen öffentlichen Nachlassverfahrens* anbiete. Mit der Eröffnung eines formellen Verfahrens würden aber in der Praxis in aller Regel bereits massiv Werte vernichtet, was eine Sanierung entsprechend erschwere. Es wurde deshalb vorgeschlagen, die Vernehmlassungsvorlage grundsätzlich zu überarbeiten. Es gehe um die Festlegung der Warnzeichen (heute Art. 725 Abs. 1 und 2 OR). Zudem müsse das Instrumentarium des Verwaltungsrats für eine erfolgreiche Sanierung erweitert werden.
- Eine Revision des Sanierungsrechts müsse zudem weitere Rechtsgebiete umfassen, vor allem auch das *Steuerrecht*.
- Der gesamte Bereich des Sanierungswesens würde an Qualität und Effizienz gewinnen, wenn die Gerichte vermehrt mit *Fachrichtern* bestellt würden, die über gute wirtschaftsbezogene Kenntnisse verfügten.
- Aufgrund des Binnenmarktgesetzes sei die in Art. 27 SchKG enthaltene Kompetenz der Kantone, die *gewerbsmässige Vertretung* der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten zu regeln, eindeutig überholt. Sie führe zu einem unerwünschten Ausschluss von Gläubigervertretern in bestimmten Kantonen. Art. 27 Abs. 1 SchKG sei deshalb in dem Sinne anzupassen, dass jede Person das Recht habe, als gewerbsmässige Vertreterin der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten auf dem gesamten Gebiet der Schweiz tätig zu sein. Art. 27 Abs. 2 und 3 SchKG seien dagegen ersatzlos zu streichen.

V. Vorgaben des Bundesrates an das EJPD für die Botschaft

Am 20. Januar 2010 nahm der Bundesrat Kenntnis von den Vernehmlassungsergebnissen. Er beauftragte das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), die Botschaft für eine Teilrevision des SchKG auszuarbeiten. Dabei machte er *Vorgaben*, wie in Bezug auf die strittigen Punkte vorzugehen sei:³⁵

Keine automatische Übernahme von Arbeitsverträgen: Der Vernehmlassungsentwurf schliesst die Pflicht des Erwerbers eines Unternehmens im Rahmen eines Insolvenzverfahrens aus, alle bisherigen Arbeitsverträge zu übernehmen. An dieser Neuerung soll festgehalten werden, weil sie nach Ansicht des Bundesrats ein wichtiges Element eines wirksamen Sanierungsrechts darstellt.

Allgemeine Sozialplanpflicht: Als Ausgleich will der Bundesrat eine allgemeine Sozialplanpflicht im Obligationenrecht einführen. Mit dem Sozialplan sollen Massnahmen festgelegt werden, um Kündigungen zu vermeiden oder zu beschränken und deren Folgen zu mildern. Die neue Sozialplanpflicht entfaltet ihre Wirkung bei Entlassungen einer grösseren Zahl von Mitarbeitenden ausserhalb eines Insolvenzverfahrens. Befindet sich das Unternehmen bereits in einem Insolvenzverfahren, würde sich die Pflicht, einen Sozialplan aufzustellen, wegen der fehlenden Mittel in den meisten Fällen aber als illusorisch erweisen und eine Lösungssuche eher behindern. In diesem Fall sollen den Arbeitnehmenden – entgegen dem Vernehmlassungsentwurf – Konsultationsrechte eingeräumt werden, damit sie den Insolvenzorganen Massnahmen zur Milderung der Kündigungsfolgen vorschlagen können.

Dauerschuldverhältnisse vorzeitig auflösen: Geteilt waren die Ansichten hinsichtlich der vorgeschlagenen Einführung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts für Dauerschuldverhältnisse. Kritisiert wurde insbesondere, dass damit erheblich in bestehende Vertragsverhältnisse eingegriffen und zugleich Anreize geschaffen würden, sich in ein Nachlassverfahren zu begeben, um unerwünschte Verträge loszuwerden. Der Bun-

³⁵ Vgl. www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=31200. Vgl. DANIEL HUNKELER: Neues zur Revision des Unternehmenssanierungsrechts, in: Jusletter, 25.1.2010.

desrat hält am Vernehmlassungsentwurf fest, weil ein Verzicht auf diese Neuerung die Wirksamkeit der gesamten Teilrevision schwächen würde.

Abschaffung des Retentionsrechts in Miet- und Pachtverhältnissen: Der Bundesrat will an der Abschaffung des Retentionsrechts des Vermieters und des Verpächters von Geschäftsräumlichkeiten festhalten. Diese Neuerung trägt zur erleichterten Sanierung von Unternehmen bei.

Sanierungsdarlehen: Sodann will der Bundesrat abklären, ob nicht – wie verschiedentlich gefordert – eine besondere Regelung für Sanierungsdarlehen geschaffen werden soll.

Konkursprivileg nach dem neuen Mehrwertsteuergesetz: Schliesslich will er prüfen, ob das Konkursprivileg nach dem neuen Mehrwertsteuergesetz³⁶ beibehalten werden sollen. Gemäss dem neuen MWSTG werden seit dem 1. Januar 2010 Forderungen der Mehrwertsteuer in der zweiten Konkursklasse privilegiert. Dies wurde vielenorts als sanierungsfeindlich und den aktuellen Bemühungen zur Verbesserung des Unternehmenssanierungsrechts zuwiderlaufend kritisiert.³⁷

VI. Botschaft

Der Bundesrat setzte sich zum Ziel, die Botschaft zur Teilrevision des SchKG gegen Ende der ersten Jahreshälfte 2010 zu verabschieden.

VII. Würdigung

Da die Revision noch im Gange ist, lässt sie sich derzeit nicht abschliessend würdigen. Vorläufig kann festgehalten werden, dass sich der mit punktuellen Änderungen verbundene legislatorische Aufwand rein *quantitativ* in Grenzen hält. *Qualitativ* sind allerdings auch solche einzelnen Änderungen wegen ihrer wirtschafts- und sozialpolitischen Bedeutung nicht zu unterschätzen. Jede Verschiebung bei der Interessenabwägung zwischen den zu sanierenden Unternehmen und ihrer Gläubigern hat in der Praxis unmittelbare Folgen (z.B. hinsichtlich Zahlungsfristen,

³⁶ Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG) vom 12. Juni 2009 (Stand am 1. Januar 2010), SR 641.20.

³⁷ Vgl. DANIEL HUNKELER: Konkursrechtliche Privilegierung der Mehrwertsteuer, in: Jusletter, 26.10.2009.

Verlustrisiko und Verlustquote, Art und Weise der Vertragserfüllung usw.).³⁸

D. REVISION DES BANKENKONKURSRECHTS – ZUR «TOO BIG TO FAIL»-PROBLEMATIK

Nach der staatlichen Stützungsaktion für die UBS AG im Herbst 2008 hat der Bundesrat im November 2009 eine Expertengruppe eingesetzt, die sich mit den volkswirtschaftlichen Risiken von Grossunternehmen zu beschäftigen hat. Ihr gehören Vertreter von Behörden, der Wissenschaft und der Privatindustrie an.

Es geht um die Frage, wie man den Zusammenbruch grosser Banken verhindern kann, ohne Staatsgelder in Anspruch zu nehmen. Heute verfügen die UBS und die Credit Suisse über eine implizite Staatsgarantie. Der Bundesrat hält beide Banken für systemrelevant und stuft sie als «too big to fail» ein. Diese Staatsgarantie ist – im Unterschied zu den Kantonalbanken – weder gesetzlich gestützt, noch wird sie abgegolten. Sie verursacht Wettbewerbsverzerrungen. Ausserdem können nichtversicherte Gläubiger und Fremdkapitalgeber, weil ihr Engagement bei einer systemrelevanten Bank besonders geschützt ist, einen Risikoabschlag einkalkulieren. Fremdkapital bei den beiden Grossbanken wird damit gegenüber anderen Banken oder Unternehmen, die keine Staatsgarantie geniessen, bevorteilt.

Die Expertengruppe hat im April 2010 einen Zwischenbericht abgegeben. Sie empfahl dabei Sonderregeln für Grossbanken, unter anderem in Sachen Eigenmittel, Liquidität und Organisationsstruktur. Im Krisenfall sollen systemrelevante Funktionen wie etwa der Zahlungsverkehr oder Teile des inländischen Kreditgeschäfts rasch in eine Auffanggesellschaft übergeführt werden können.

Die Expertengruppe soll ihren definitiven Bericht bis Herbst 2010 abliefern. Noch im Sommer 2010 will der Bundesrat die *Botschaft zu einer Revision des Bankenkonzursrechts vorlegen*.³⁹

³⁸ Begleitbericht zum Vorentwurf 2008, S. 4.

³⁹ Vgl. NZZ, 23.4.2010, S. 25.

Zu beachten ist dabei die *internationale Dimension*: Der neuste Bericht des *Basler Ausschusses für Bankaufsicht*,⁴⁰ dem Aufsichtsgremien von rund zwei Dutzend wichtiger Finanzplätze angehören, über Konkursverfahren für Grossbanken hinterlässt den Eindruck, dass eine rasche Lösung nicht in Sicht ist.⁴¹ Der Bericht vom März 2010 macht deutlich, dass eine globale Übereinkunft über die einheitliche Abwicklung von Grossbankenkonskursen auf absehbare Zeit unrealistisch erscheint. Wenn es um die Kontrolle und Kostenverteilung bei Sanierungen globaler Banken gehe, kommentierte die NZZ, weiche «die Sonntagsschulrhetorik bezüglich «globaler Koordination rasch kalten nationalen Interessen».⁴² Insbesondere die Praxis der USA sei eine «Warnung vor hohen Erwartungen». Die NZZ kommt zum Schluss: «Solange praktikable Konkursverfahren eher Vision als Realität bleiben, sind andere Möglichkeiten wie etwa eine weitere Verschärfung der Eigenmittel im Auge zu behalten.»

Ebenfalls im März 2010 hat die «Denkwerkstatt» *Avenir Suisse* dazu ein Diskussionspapier veröffentlicht, in dem sie das Prinzip der Haftung von Eigentümern und Gläubigern betont und ein besonderes *Konkursverfahren für Grossbanken* fordert.⁴³ Denn Geldhäuser, die der Staat wegen ihrer schieren Grösse nicht untergehen lassen kann, würden sich weitgehend der Disziplinierung durch Marktkräfte entziehen. Solche Finanzhäuser könnten Risiken eingehen, die sie ohne diesen faktischen Schutz nicht eingingen. Dies mache das Finanzsystem unsicherer. So sei bei UBS und Credit Suisse vor allem seit Mitte der 1990er Jahre trotz riskanterem Geschäftsmodell wie beispielsweise durch Einstieg ins Investmentbanking der Puffer in Form höherer Eigenmittel stets gesunken. Die in der Schweiz hochgehaltene Selbstregulierung habe versagt.

Man kann das Problem indirekt angehen, indem man den Grossbanken *höhere Eigenmittel*, eine *Verschuldungsobergrenze* und *schärfere Liquiditätsregeln* vorschreibe, wie es die Schweizerische Nationalbank (SNB) oder die Finanzmarktaufsicht (Finma) wollen. Als Reaktion auf die Prob-

⁴⁰ Vgl. <http://www.bis.org/bcbs/index.htm>.

⁴¹ Vgl. <http://www.bis.org/publ/bcbs169.pdf>.

⁴² Hürden für die Sanierung von Grossbanken, Ernüchternder Bericht des globalen Verbunds der wichtigsten Finanzaufsichtsbehörden, in: NZZ, 20.3.2010, S. 31.

⁴³ Vgl. u. a. NZZ, 1.4.2010, S. 27; BORIS ZÜRCHER/THOMAS HELD: Wie man systemrelevante Grossbanken besser diszipliniert, in: NZZ, 7.5.2009.

leme der UBS wurde im November 2008 den Grossbanken in der Schweiz zusätzlich zu den Eigenmittelanforderungen gemäss Basel II plus «Swiss Finish» eine Leverage Ratio, also ein Mindestverhältnis von Kernkapital zur Bilanzsumme, vorgegeben, die bis 2013 zu erfüllen ist. Das Verhältnis der Eigenmittel zur Bilanzsumme wurde auf Konzernebene auf minimal 3%, auf Ebene der Einzelinstitute auf 4% festgesetzt. Man erhoffte sich davon eine Verringerung des Klumpenrisikos, das die Grossbanken für die Volkswirtschaft darstellen. Avenir Suisse hält diese Vorgaben aber für zu wenig flexibel. In Krisenzeiten müssten die Banken deutlich höhere Eigenmittel halten als das gesetzliche Minimum.

Auch die *Regulierung von Geschäftsmodellen* wie etwa ein Verbot des Eigenhandels habe Nachteile. Bei einer immer ausführlicheren Regulierung würden einerseits die Regulierungsbehörden immer stärker in die operationelle Verantwortung bei der Führung von Grossbanken geraten. Andererseits könnten Grossbanken dadurch eigene Fehlleistungen auf die Regulierung abschieben.

Avenir Suisse plädiert deshalb für ein *Insolvenzverfahren für systemrelevante Finanzmarktteilnehmer*. Sie verspricht sich davon eine disziplinierende Wirkung für das Risikoverhalten der grossen Finanzinstitute. Bei einem modernen Insolvenzverfahren würde der Staat ab einem zum Voraus definierten Interventionszeitpunkt – etwa beim Unterschreiten gewisser Schwellenwerte – eingreifen und ein Sanierungsverfahren für die betroffene Grossbank einleiten. Dies vor allem durch drei Massnahmen:

- Die *Aktionäre* würden enteignet.
- Die *Obligationäre* und andere Klassen von *Gläubigern* müssten durch Umwandlung der Forderungen in neues Eigenkapital am Verlustrisiko beteiligt werden. Sie würden dadurch in die Sanierung der Bank einbezogen.
- Das *Management* würde – entschädigungslos – ersetzt oder entlassen.

Durch eine Zwangssanierung könnte die Bank wieder solvent werden, ohne ihre Geschäftstätigkeit einstellen zu müssen. Zudem würden die Risiken und die Kosten für die Steuerzahler geringer ausfallen als bisher.

Die weitere, für die Schweiz äusserst wichtige Diskussion bleibt abzuwarten.