



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz
von Unternehmen II

Schulthess § 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6507-8

www.schulthess.com

Vorwort

In Zeiten wirtschaftlicher Krise müssen selbst an sich gesunde Unternehmen die Möglichkeit einer unerwartet rasch eintretenden Schieflage gewärtigen. Sie kann von Umständen herrühren, über die sie keine Kontrolle haben. Diese Gefahr führt zu Fragen, ob und wie man sich dagegen schützen und wie man sich dabei zu verhalten habe. In den letzten Jahren haben solche Fragen auch in der Schweiz, welche sich in der Finanzkrise nach 2007 erfreulich gut gehalten hat, unangenehme Aktualität gewonnen.

Die vorliegende Schrift kann hier einige Antworten geben. Sie versammelt teilweise in erweiterter Form Referate der Tagung „Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II“, die das Europa Institut an der Universität Zürich am 22. Juni 2011 durchgeführt hat. Beleuchtet werden wie schon im vorhergehenden Tagungsband einige wichtige Themen des Sanierungs- und Insolvenzrechts: Sanierung im Verhältnis zum Konkurs, internationale Aspekte der Sanierung, IT-, Datenschutz- und Immaterialgüterrechte in der Sanierungsphase, die Sanierungsfusion, oder Sanierung und Sozialversicherungsrecht. Zudem wird über eine gelungene Sanierung aus der Praxis berichtet.

Seit die Schweiz die UBS AG vor dem Konkurs retten musste, ist der Begriff „Too big to fail“ in aller Munde. Ein Referat befasst sich mit der entsprechenden Gesetzgebung, welche bei Insolvenzgefahr von systemrelevanten Banken Massnahmen vorsieht, um die Weitführung der systemrelevanten Funktionen in der Schweiz zu gewährleisten.

Für das Gelingen der Tagung und die Veröffentlichung dieses Bandes danke ich den Referenten sehr herzlich, wie auch Frau Sue Osterwalder für die Organisation und Frau Daniela De Marco für die Gestaltung dieses Bandes.

Zürich, im September 2011

Thomas Sprecher



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz
von Unternehmen II

Update: Die Revision des Sanierungsrechts

Thomas Sprecher

Inhalt

I.	Vorbemerkung	66
II.	Botschaft vom 8. September 2010	66
	1. Übersicht.....	66
	2. Neuerungen.....	67
	3. Veränderungen gegenüber dem Vorentwurf.....	68
	4. Einzelne Regelungen	70
	a) Verfahrenskoordination.....	70
	b) Betreibungsferien	70
	c) Dauerschuldverhältnisse.....	70
	aa) Allgemeines	70
	bb) Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung insbesondere	72
	d) Aufhebung des Konkursprivilegs zugunsten der Mehrwertsteuer.....	72
	e) Paulianische Anfechtung	74
	f) Retentionsrecht des Vermieters	75
	g) Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübernahme	76
	h) Sozialplanpflicht.....	78
	aa) Ausgangslage	78
	bb) Verpflichtung des Arbeitgebers	79
	cc) Anwendbarkeit.....	79
	dd) Verfahren, Schiedsgericht.....	80
	ee) Inhalt	81
	ff) Würdigung	82
	gg) Sozialpläne in einem Konkurs- oder Nachlassstundungsverfahren	82
III.	Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens.....	82

I. Vorbemerkung

In Bezug auf die Ausgangslage und den Stand der Revision des Sanierungsrechts per 1. August 2010 wird auf die Ausführungen im Band der Tagung zu „Sanierung und Insolvenz von Unternehmen“ vom 30. Juni 2010 verwiesen.¹ Die nachstehenden Ausführungen reflektieren den Stand 1. August 2011.

II. Botschaft vom 8. September 2010

Am 8. September 2010 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010 (nachfolgend nur „Botschaft“).² Sie folgt über weite Strecken hinweg dem Vorentwurf (VE).

1. Übersicht

Es handelt sich um eine *Teilrevision*. Nach Ansicht des Bundesrats ist das geltende Insolvenzrecht an sich tauglich und müssen lediglich verschiedene Schwachstellen durch punktuelle Verbesserungen des geltenden Rechts beseitigt werden.

Der Bundesrat erachtet ferner die Schaffung eines *Konzernkonkursrechts* für Grossinsolvenzen nicht als erforderlich, berücksichtigt jedoch in einzelnen Punkten der SchKG-Teilrevision besonders das Konzernverhältnis (so etwa mit Beweiserleichterungen bei der paulianischen Anfechtung und der Verfahrenskoordination).

Obwohl es in der Vernehmlassung verlangt worden war, verzichtet der Bundesrat auf eine ausdrückliche Regelung der *Sanierungsdarlehen*.³ Dasselbe

¹ Vgl. SPRECHER THOMAS, Revision des Sanierungsrechts, in: SPRECHER THOMAS (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2011, 99-156. Vgl. ferner: LORANDI FRANCO, Vorgeslagene Änderungen zum Sanierungsrecht, in: BLSchK 2011, H. 3, 95-108, mit weiteren Literaturangaben zur vorgeschlagenen Gesetzesänderung in FN 1.

² 10.077 (BBl 2010, 6455 ff., 6507 ff.).

³ Zur Begründung siehe Ziff. 1.5.2 der Botschaft (BBl 2010, 6466 f.).

gilt in Bezug auf *eigenkapitalersetzende Darlehen*. Weitere nicht berücksichtigte Punkte sind u.a.: Anpassungen in der einvernehmlichen Schuldbereinigung (Art. 333 ff. SchKG) oder die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für eine Aktenzentrale bei bedeutenden Unternehmenskonkursen und -krisen.

2. Neuerungen

Die Botschaft sieht namentlich folgende Neuerungen vor:

- *Nur noch ein Nachlassverfahren*: Die Nachlassstundung soll – wie das Chapter 11-Verfahren des US-amerikanischen Rechts – nicht mehr zwingend in einem Nachlassvertrag oder Konkurs enden, sondern vermehrt auch zu reinen Stundungszwecken bewilligt werden können. Zudem wird *der aktienrechtliche Konkursaufschub* (Art. 725a OR) *aufgehoben* und in das Nachlassverfahren des SchKG integriert. Damit wird das Moratorium in Zukunft sämtlichen Unternehmensformen (und nicht wie heute nur der Aktiengesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft, der GmbH und der Genossenschaft) zur Verfügung stehen.
- *Erleichterte Genehmigung des Nachlassvertrags*: Die Voraussetzungen für die Genehmigung des Nachlassvertrages werden herabgesetzt: Die Genehmigung hängt nicht mehr davon ab, dass die Befriedigung der Drittklassforderungen sichergestellt ist. Die Anteilsinhaber müssen zudem künftig bei einem ordentlichen Nachlassvertrag einen angemessenen eigenen Sanierungsbeitrag leisten, damit eine gewisse Gleichbehandlung mit den Gläubigern erreicht wird.
- *Dauerschuldverhältnisse*: Bei Dauerschuldverhältnissen in der Insolvenz wird künftig differenziert, ob ein Liquidationsfall (Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) oder eine Nachlassstundung zum Zwecke der Sanierung und anschliessenden Weiterführung des Unternehmens vorliegt. Im ersten Fall wird auf die Einführung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts der Konkurs- oder Liquidationsmasse verzichtet. Im zweiten Fall kann hingegen der Schuldner ein Dauerschuldverhältnis mit Zustimmung des Sachwalters ausserordentlich auflösen, wobei die Gegenpartei voll zu entschädigen ist.
- *Mitwirkungsrechte der Gläubiger*: Die Mitwirkungsrechte der Gläubiger während der Nachlassstundung werden namentlich zum Schutz vor

vorschnellen Liquidationshandlungen gestärkt. Falls es die Umstände erfordern, setzt das Nachlassgericht einen repräsentativen Gläubigerausschuss ein, der den Sachwalter beaufsichtigt. Unter bestimmten Voraussetzungen ist dieser sodann verpflichtet, eine ausserordentliche Gläubigerversammlung einzuberufen.

- *Paulianische Anfechtung*: Die paulianische Anfechtung soll erleichtert werden, wenn die Vermögensverschiebung innerhalb eines Konzernverhältnisses erfolgt ist. Ferner soll die paulianische Anfechtung eines Rechtsgeschäfts ausgeschlossen werden, wenn das zuständige Vollstreckungsorgan dieses ausdrücklich genehmigt hat.
- *Retentionsrecht*: Das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters von Geschäftsräumen (sowie dasjenige des Gast- und Stallwirts bzw. der Stockwerkeigentümergeinschaft) sollen aufgehoben werden.
- *Betriebsübernahme*: Wird ein Betrieb im Rahmen eines Insolvenzverfahrens übernommen, entfällt künftig die Pflicht, alle bisherigen Arbeitsverträge zu übernehmen. Ob und wie weit mit dem Betrieb auch die Arbeitsverträge übernommen werden, ist im Einzelfall zwischen den Beteiligten zu verhandeln.
- *Sozialplanpflicht*: Als Ausgleich für die Revision von Art. 333 OR führt der Bundesrat im Obligationenrecht eine *allgemeine Sozialplanpflicht* bei Entlassungen *ausserhalb einer Insolvenz* ein. Das ist eine Neuerung gegenüber dem Vorentwurf.
- *Aufhebung des MWST-Privilegs*: Das mit dem neuen Mehrwertsteuergesetz am 1. Januar 2010 eingeführte Privileg für Forderungen aus Mehrwertsteuer in der zweiten Konkursklasse wird aufgehoben. Auch dies ist eine Neuerung gegenüber dem Vorentwurf.

3. Veränderungen gegenüber dem Vorentwurf

Der vom Bundesrat vorgelegte Gesetzesentwurf basiert im Wesentlichen auf dem vom ihm im Jahr 2008 in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf, der seinerseits grösstenteils dem von der Expertengruppe vorgelegten Vorentwurf entspricht. Als Reaktion auf die Vernehmlassung wurden allerdings an verschiedenen Orten Anpassungen vorgenommen. Es handelt sich namentlich um die folgenden Punkte:

- Präzisiert wurden die Anforderungen an das *Gesuch um provisorische Nachlassstundung* (Art. 293 lit. a SchKG): Daraus muss ersichtlich sein, ob die Nachlassstundung in einen *Nachlassvertrag* münden soll oder ob sie lediglich einer *vorübergehenden Stundung* dienen soll. Sofern das Gesuch vom Schuldner eingereicht wird, ist zudem ein provisorischer Sanierungsplan beizulegen.
- Die vorgeschlagene Möglichkeit der *Nichtpublikation der provisorischen Stundung* wurde überarbeitet (Art. 293c Abs. 2 SchKG). Neu soll der Verzicht auf die Publikation die Ausnahme bilden und nur in Verbindung mit der Einsetzung eines Sachwalters angeordnet werden können. Der Gesuchsteller hat zudem darzutun, aus welchem Grund die Stundung nicht zu publizieren ist.
- Die *Dauer der provisorischen Stundung* soll grundsätzlich angemessen angesetzt werden, wobei neu aber die Möglichkeit einer Verlängerung besteht. Allerdings darf die provisorische Stundung gesamthaft eine Dauer von vier Monaten nicht überschreiten (Art. 293a Abs. 2 SchKG).
- An der vorgeschlagenen *Streichung des Retentionsrechts bei Miete und Pacht von Geschäftsräumen* wird festgehalten. Neu sollen über den Vorschlag des Vorentwurfs hinaus auch die übrigen atypischen Retentionsrechte, namentlich jene der Gast- und Stallwirte (Art. 491 OR) sowie der Stockwerkeigentümergeinschaft (Art. 712k ZGB), aufgehoben werden. Ergänzend wird eine *Übergangsbestimmung* geschaffen, um den betroffenen Gläubigerinnen und Gläubigern Gelegenheit zu geben, sich auf die neue gesetzliche Situation einzustellen.
- Vom Recht, *Dauerschuldverhältnisse* gemäss Art. 297a SchKG ausserordentlich auflösen zu können, werden die *Arbeitsverträge* ausdrücklich ausgenommen.
- Die im Vorentwurf vorgesehene automatische *Konkurseröffnung im Falle der Ablehnung des Nachlassvertrags* wird ersetzt durch die Konkureröffnung von Amtes wegen (Art. 309 SchKG).
- In Abweichung vom Vorentwurf (Art. 333b Abs. 2 VE OR) wird darauf verzichtet, die *Konsultations- und Informationspflicht gemäss Art. 333a OR für den Fall des Betriebsübergangs* im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung *zu beschränken*.

4. Einzelne Regelungen

Einzelne Regelungen seien nun genauer betrachtet.

a) *Verfahrenskoordination*

Werden zur selben Zeit Insolvenzverfahren über mehrere Gesellschaften eines Konzerns durchgeführt, entsteht die Gefahr von Doppelspurigkeiten. Der Bundesrat schlägt deshalb eine Verfahrenskoordination vor. Er tut dies sehr allgemein und unverbindlich – es soll auf die besonderen Umstände des Einzelfalles abgestellt werden. Auf eine materielle Konsolidierung, d.h. die Zusammenfassung zu einem einzigen Verfahren, wird richtigerweise verzichtet.

b) *Betreibungsferien*

Im Rahmen der Verabschiedung der ZPO haben die Eidgenössischen Räte auch Art. 56 SchKG angepasst. Mit dieser Revision wurden die Betreibungsferien im Sommer an die Gerichtsferien gemäss Art. 145 ZPO angeglichen, so dass diese neu vom 15. Juli bis zum 15. August statt wie bisher vom 15. bis zum 31. Juli dauern. Dagegen haben die Betreibungsämter aufgebeht, mit dem Ergebnis, dass der Bundesrat den revidierten, im rechtsstaatlichen Verfahren zustande gekommenen Art. 56 SchKG einfach nicht in Kraft gesetzt hat. Dies soll nun legalisiert werden, indem Art. 56 SchKG wieder in die Fassung gemäss dem zurzeit noch geltenden Recht zurückgeführt wird. Es soll also Recht geändert werden, das nie Geltung erlangt hat.

c) *Dauerschuldverhältnisse*

aa) *Allgemeines*

Nach dem *materiellen Recht* hat der Eintritt eines Insolvenzereignisses (Konkurs, Nachlassverfahren) grundsätzlich nicht zur Folge, dass ein Dauerschuldverhältnis aufgelöst wird.⁴ Dauerschuldverhältnisse bestehen somit im

⁴ Mit einzelnen Ausnahmen (vgl. Art. 297a, 405 Abs. 1, 418s Abs. 1, 518 Abs. 3, 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

Insolvenzfall grundsätzlich unverändert weiter. Das kann eine Sanierung erheblich erschweren oder sogar verunmöglichen.

Die Expertengruppe schlug hier vor, zu unterscheiden zwischen der Situation, in welcher das Unternehmen liquidiert wird (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung), und derjenigen, in welcher es weitergeführt werden soll (Nachlassstundung und ordentlicher Nachlassvertrag): Während für den ersten Fall an der bestehenden Regelung festgehalten werden sollte, wurde für den zweiten Fall vorgeschlagen, dass der Schuldner ein Dauerschuldverhältnis jederzeit ausserordentlich kündigen dürfe. Die Gegenpartei sollte in diesem Fall zwar grundsätzlich entschädigt werden, allerdings sollte die daraus entstehende Entschädigungsforderung lediglich als Nachlassforderung gelten. In der Vernehmlassung war dieser zweite Vorschlag äusserst umstritten.

Der Bundesrat hält grundsätzlich an der Konzeption des Vorentwurfes fest: Es bleibt damit bei der Lösung des geltenden Rechts, dass im Liquidationsfall auf die Einführung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts der Konkurs- bzw. Liquidationsmasse verzichtet wird. Gleichzeitig wird aber klargestellt, wie ein Dauerschuldverhältnis materiell- und vollstreckungsrechtlich zu behandeln ist. Zu unterscheiden sind drei Fälle:

- i) Die Konkursverwaltung bzw. die Liquidatoren haben einerseits die Möglichkeit, *in ein bestehendes Dauerschuldverhältnis einzutreten* und Leistungen aus dem bestehenden Vertrag in Anspruch zu nehmen. Diese Möglichkeit besteht in allgemeiner Form bereits nach geltendem Recht (Art. 211 Abs. 2 SchKG), doch wird sie hier für die Dauerschuldverhältnisse präzisiert (Art. 211a Abs. 2 SchKG). Wird von dem Eintrittsrecht Gebrauch gemacht, gelten die ab dem Zeitpunkt der Konkursöffnung entstehenden Forderungen als *Masseverbindlichkeiten*, die alten – d.h. die vor Konkursöffnung entstandenen – Forderungen hingegen als Konkursforderungen.
- ii) Die Konkursverwaltung bzw. die Liquidatoren können andererseits das Dauerschuldverhältnis gemäss den massgeblichen gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen *ordentlich kündigen*. In diesem Fall gelten die betreffenden Forderungen aus dem Vertragsverhältnis als Konkursforderungen.
- iii) Wenn weder eine Kündigung noch ein ausdrücklicher Eintritt in den Vertrag erfolgt, laufen die Verträge nach Zivilrecht grundsätzlich weiter.

Dabei stellt Art. 211a Abs. 1 SchKG klar: Der Vertragspartner kann seine Ansprüche als normale Konkursforderung geltend machen, allerdings höchstens bis zum nächsten Kündigungstermin oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer. Im Ergebnis bedeutet dies, dass bei einem Untätigbleiben des Vollstreckungsorgans dasselbe gilt, wie wenn das Dauerschuldverhältnis ordentlich gekündigt worden wäre. Besondere gesetzliche Regelungen des Schicksals von Verträgen im Insolvenzfall bleiben selbstverständlich vorbehalten.

Die betroffenen Gläubiger müssen sich bei der Entschädigung selbstverständlich einen allfälligen Vorteil anrechnen lassen.

bb) Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung insbesondere

In Bezug auf Dauerschuldverhältnisse in der Nachlassstundung hatte die Expertengruppe die Ansicht vertreten, dass in Fällen, in denen das Unternehmen weitergeführt werden soll (Nachlassstundung und ordentlicher Nachlassvertrag), eine ausserordentliche Auflösung von Dauerschuldverhältnissen möglich sein sollte. Sie hat wiederholt darauf hingewiesen, dass es sich dabei um ein unverzichtbares Kernstück der Revision handle, mit dem in vielen Fällen eine Sanierung überhaupt erst möglich werde. Der Bundesrat hielt trotz Kritik in der Vernehmlassung an der Lösung des Vorwurfs fest: Dem Schuldner soll es ermöglicht werden, ein Dauerschuldverhältnis, das einer Sanierung entgegensteht, *jederzeit ausserordentlich zu kündigen* (Art. 297a SchKG). Die Gegenpartei ist in diesem Fall allerdings voll zu entschädigen, wobei diesbezüglich die in Art. 211a Abs. 1 SchKG festgehaltenen Grundsätze sinngemäss zur Anwendung gelangen. Diese Entschädigung gilt als blosser Nachlassforderung, so dass sie nur dividendenmässig zu befriedigen ist.

d) Aufhebung des Konkursprivilegs zugunsten der Mehrwertsteuer

Am 12. Juni 2009 haben die Eidgenössischen Räte das neue revidierte Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (MWSTG) verabschiedet, das am 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist. Gleichzeitig hat die Verwaltung pro Fiskus eine neue Privilegierung von Mehrwertsteuerforderungen zugunsten des Bundes unbemerkt in die zweite Klasse eingeschmuggelt (Art. 219 Abs. 4

Zweite Klasse lit. e SchKG). Diese Privilegierung wurde weitherum, von Wissenschaft, Praxis und Politik, als verfehlt kritisiert.⁵

Bei der letzten grossen SchKG-Revision 1997 bildete die Straffung der Privilegienordnung einer der Kernpunkte der Revision.⁶ Der Konkurs bezweckt grundsätzlich die Gleichbehandlung aller Gläubiger: Das Schuldnervermögen wird gänzlich liquidiert, und die Gläubiger sollen gleichzeitig und gleichmässig befriedigt werden. Das Recht auf vorrangige Befriedigung soll damit die Ausnahme bilden. Indem der Gesetzgeber bestimmter Gläubigerkategorien bevorteilt, benachteiligt er andere.

Leider wurden bereits mit der Revision vom 24. März 2000 die 1997 abgeschafften Privilegien für Forderungen der Sozialversicherungen wieder eingeführt.⁷ Mit dem Privileg für Forderungen aus Mehrwertsteuer hat sich der Gesetzgeber nun noch weiter vom ursprünglichen Ziel einer Bereinigung der Konkursprivilegien entfernt. Typischer- und stossenderweise sorgte der Bund einmal für sich selbst, indem er Fiskalprivilegien statuierte.

Forderungen aus Mehrwertsteuer stellen regelmässig einen beträchtlichen Anteil an den offenen Insolvenzforderungen. Mit der Unterstellung von Forderungen aus Mehrwertsteuer unter ein Zweitklassprivileg wird der Anteil der privilegierten Forderungen erheblich erhöht, was in vielen Fällen dazu führt, dass die ohnehin dürftige Dividende der Drittklassgläubiger vollständig verschwindet und unter Umständen auch die Zweitklassgläubiger vermehrt Einbussen in Kauf nehmen müssen. Weil die Bestätigung eines Nachlassvertrags voraussetzt, dass dessen Vollzug und dabei insbesondere die vollständige Befriedigung der angemeldeten privilegierten Gläubigerinnen und Gläubiger hinlänglich sichergestellt sein muss (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), kann die Vergrösserung des Anteils privilegierter Forderungen ausserdem dazu führen, dass der Abschluss eines Nachlassvertrags gar nicht mehr möglich ist.

⁵ Vgl. u.a. HUNKELER DANIEL, Konkursrechtliche Privilegierung der Mehrwertsteuer, Jusletter, 26. Oktober 2009; HUNKELER DANIEL/ROTHENBÜHLER FRITZ, Insolvenzwirtschaftliche Irrwege im Bereich der Mehrwertsteuer, Jusletter, 29. November 2010.

⁶ Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991 (BB1 1991 III 1), 127.

⁷ AS 2000, 2531.

Was spricht gegen die Aufhebung dieses Privilegs? Die Botschaft führt dazu aus, dass der Bund durch die Aufhebung des Privilegs erhebliche finanzielle Einbussen erleiden werde. Das ist eine bemerkenswerte Ausdruckweise: Aus dieser Optik ist jeder Franken, den der Staat dem Bürger und den Unternehmen *nicht* nimmt, eine „Einbusse“. Originell ist das Argument, dass der steuerpflichtige Schuldner – anders als bei allen anderen Steuerarten – die Mehrwertsteuer vom Konsumenten eingezogen hat. Er verwaltet es nach Ansicht des Bundesgerichts treuhänderisch.⁸ Die Mehrwertsteuer stellte demnach wirtschaftlich kein Aktivum der konkursiten Person dar und wäre grundsätzlich nicht dazu bestimmt, unter die Gläubigerinnen und Gläubiger verteilt zu werden. So wird jede der Mehrwertsteuer unterliegende Person zum Treuhänder oder auch Handlanger des Staates, der sich auf Kosten der übrigen Gläubiger schadlos hielte.

In quantitativer Hinsicht hält die Botschaft bündig fest, dass die Vorteile, die man sich von der vorliegenden Revision des Nachlassverfahrens versprochen hat, mit der Einführung des neuen Privilegs zunichte gemacht worden sind.⁹ Dessen Auswirkungen sind so erheblich, dass die Revision des Sanierungsrechts letztlich hinfällig würde, wenn das systemwidrige Privileg bestehen bliebe.

e) *Paulianische Anfechtung*

(i) Nach geltendem Recht bewirkt die gerichtliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts, dass dieses zivil- und vollstreckungsrechtlich gültig ist (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Die paulianische Anfechtung nach Art. 285 ff. SchKG bleibt allerdings weiterhin möglich (BGE 134 III 273, 282 f.). Dies schafft für die Gegenpartei eine äusserst unsichere Situation. Diese für die Sanierungspraxis hinderliche Rechtsunsicherheit soll nun behoben werden und Handlungen, die das zuständige Vollstreckungsorgan genehmigt hat, künftig unanfechtbar sein.

(ii) Der Vorentwurf enthielt den Vorschlag, die Beweislast der klagenden Partei in zweifacher Hinsicht zu erleichtern. Der vorliegende Entwurf übernimmt die Regelung des Vorentwurfs unverändert:

⁸ Entscheidung vom 23. Dezember 2002, Nr. 2A.344/2002, Erw. 2.1.

⁹ BBl 2010, 6476.

- Wenn bei der Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG) die begünstigte Person dem Schuldner nahesteht, soll *sie* die Beweislast dafür tragen, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt.
- Steht bei den Deliktspauliana (Art. 288 SchKG) die begünstigte Person dem Schuldner nahe, ist der subjektive Tatbestand dieser Anfechtungsklage (Begünstigungsabsicht sowie Erkennbarkeit dieser Absicht) gegen den Beklagten zu vermuten. Die klagende Partei hat in diesen Fällen nur die objektiven Voraussetzungen der Gläubigerschädigung sowie das Vorliegen eines Näheverhältnisses zu beweisen.

Für die Bestimmung der „nahestehenden Person“ wird eine generalklauselartige Umschreibung verwendet, um der Rechtsprechung die Möglichkeit für eine entsprechende Differenzierung zu ermöglichen.

(iii) Art. 292 SchKG wird angepasst, indem das Anfechtungsrecht nach Ablauf von zwei Jahren seit Eintritt des zutreffenden Insolvenztatbestandes (insbesondere der Konkurseröffnung) nicht mehr „verwirken“, sondern verjähren soll.

Die nachfolgenden Änderungen beschlagen das *Obligationenrecht*.

f) *Retentionsrecht des Vermieters*

(i) Nach Art. 268 OR steht dem Vermieter von Geschäftsräumen an bestimmten beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden, ein Retentionsrecht zu. Die Expertengruppe und ihr folgend auch der Vorentwurf hatten vorgeschlagen, das betreffende Retentionsrecht abzuschaffen, weil dieses zu einem überschüssenden Sicherungsdispositiv führe. In der Vernehmlassung war dieser Vorschlag umstritten.

Das bestehende mietrechtliche Retentionsrecht kann in bestimmten Fällen eine Sanierung erschweren und führt zu einer stossenden Privilegierung des Vermieters gegenüber anderen Gläubigern. Unter dem Gesichtspunkt der Sanierung kann dieses Pfandrecht namentlich dazu führen, dass Anlage- und Umlaufvermögen blockiert wird und es zur Lahmlegung des (einmietenden) Unternehmens kommt. 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, da mit einem Rückschaffungsbegehren

des Vermieters gerechnet werden muss (Art. 268b OR). Es hat im Laufe der Zeit zudem auch seine Berechtigung verloren und dient höchstens noch als ergänzende Sicherung sowie als zusätzliches Druckmittel gegenüber dem Schuldner.

(ii) Dieselben Gründe, die für eine Aufhebung des mietrechtlichen Retentionsrechts sprechen, gelten auch im Hinblick auf den Pachtvertrag, weshalb auch Art. 299c OR aufgehoben werden soll.

(iii) Wie in der Vernehmlassung geltend gemacht wurde, hätte eine Aufhebung des Retentionsrechts bei laufenden Miet- und Pachtverhältnissen zur Folge, dass Vermieter, die auf den Bestand des Retentionsrechts vertraut haben, dieses plötzlich verlieren würden, ohne darauf unmittelbar reagieren zu können. Aus diesem Grund erscheint es dem Bundesrat sachgerecht, das Retentionsrecht für Verträge, die vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes abgeschlossen worden sind, für eine befristete Zeit weiter gelten zu lassen (Art. 1 Übergangsbestimmungen), namentlich um den Parteien Gelegenheit zu geben, die betroffenen Verträge entsprechend anzupassen.

g) *Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübernahme*

Nach geltendem Recht tritt der Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsveräusserungen von Gesetzes wegen ein. Der bisherige Arbeitgeber wird auf dem Wege einer Einzelrechtsnachfolge durch den neuen Arbeitgeber ersetzt. Den Arbeitnehmern steht dabei das Recht zu, den Übergang abzulehnen (Art. 333 Abs. 1 OR). Ein Ablehnungsrecht des neuen Arbeitgebers (d.h. des Erwerbers des Betriebes) besteht dagegen nicht. Auch ist eine vertragliche Beschränkung auf die Übernahme einzelner Arbeitsverhältnisse nicht zulässig.

Soll das Unternehmen während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung an einen Dritten übertragen werden, stellt sich die Frage, inwieweit Art. 333 Abs. 1 OR auch im Insolvenzverfahren anwendbar ist. Das Bundesgericht hat bisher nur beschränkt für Klarheit gesorgt: Es hat festgehalten, dass zumindest die Solidarhaftung nach Art. 333 Abs. 3 OR beim Erwerb eines Betriebes aus der Konkursmasse nicht zum Tragen komme (BGE 129 III 335, 349). Die Frage der Anwendbarkeit von Art. 333 Abs. 1 OR wurde dagegen offengelassen. Anders hat das Obergericht des Kantons Zürich entschieden: Art. 333

OR sei – mit Ausnahme der in Abs. 3 geregelten Solidarhaftung des Übernehmers – auch im Falle der Betriebsübernahme aus dem Konkurs zur Anwendung zu bringen.¹⁰ Es besteht damit nach wie vor eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die in der Sanierungspraxis zu grossen Problemen führt.

Zu bedenken ist dabei, dass Art. 333 Abs. 1 OR keine Arbeitsplatzsicherung bieten kann, denn es steht dem Übernehmer frei, die Arbeitnehmer *nach* der Betriebsübernahme auf dem Wege einer ordentlichen Kündigung zu entlassen. Andererseits muss sie Lohnkosten übernehmen für Arbeitnehmer, die sie eigentlich nicht aufwerfen wollte. Hinzu kommt unter Umständen eine unerwünschte negative Medienberichterstattung. Dies kann dazu führen, dass ein potenzieller Käufer vom Erwerb eines eigentlich sanierungsfähigen Betriebs absieht, was im Ergebnis zu einer vollständigen Vernichtung der betroffenen Arbeitsplätze führen kann. Der intendierte Arbeitnehmerschutz verkehrt sich dann in sein Gegenteil.

Der Vorentwurf schlug deshalb vor, den automatischen Übergang von Arbeitsverträgen bei Betriebsübernahme während der Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung auszuschliessen (Art. 333b VE-OR). Ob und inwieweit mit dem Betrieb auch Arbeitsverträge bzw. Arbeitnehmer übernommen werden, sollte neu Gegenstand von Verhandlungen und Vereinbarungen zwischen den Beteiligten sein, wobei den betroffenen Arbeitnehmern wie nach geltendem Recht ein Ablehnungsrecht zustehen soll.

Dieser Vorschlag wurde in der Vernehmlassung von Gewerkschaftsseite reflexartig kritisiert. Der Bundesrat ist indes nach wie vor der Ansicht, dass die im Vorentwurf vorgeschlagene Regelung unabdingbarer Bestandteil eines effektiven Sanierungsrechts bildet. Art. 333b OR hält deshalb fest:

- Wenn der Betrieb während der Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung übertragen wird, geht das Arbeitsverhältnis nur dann auf die den Betrieb erwerbende Partei über, wenn dies mit ihr so vereinbart worden ist.
- Für die übrigen Wirkungen verweist Art. 333b OR dagegen auf die Art. 333 und 333a OR.

¹⁰ Beschluss vom 10. September 2003; ZR 2004 Nr. 71.

Dies hat insbesondere zur Folge, dass für den übernommenen Betrieb ein allfällig bestehender Gesamtarbeitsvertrag während eines Jahres einzuhalten ist (Art. 333 Abs. 1^{bis} OR). In Bezug auf die übernommenen Arbeitnehmer gelangt ausserdem Art. 333 Abs. 3 OR zur Anwendung: Die übernehmende Partei trifft damit für ungedeckte Forderungen aus den übernommenen Verträgen zusammen mit dem Veräusserer eine Solidarhaftung. Dies ist eine Abkehr von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 129 III 335, 349), von welcher sowohl die übernommenen Arbeitnehmer als auch die Arbeitslosenversicherung, welche in vielen Fällen im Rahmen der Insolvenzenschädigung einspringen musste, profitieren werden. Der Übernehmer hingegen wird sich im Übernahmevertrag entsprechend absichern müssen. Für die ausstehenden Lohnforderungen der *nicht übernommenen Arbeitskräfte* trifft die erwerbende Partei dagegen keine Haftung.

Die Arbeitnehmer sollen in wichtige Entscheidungen des Arbeitgebers einbezogen werden. 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). Am geltenden Rechtszustand soll grundsätzlich festgehalten werden. Abweichend vom Vorentwurf (Art. 333b Abs. 2 OR) soll die Konsultation der Arbeitnehmervertretung gemäss Art. 333a OR in jedem Fall zur Anwendung kommen, d.h. sowohl bei der Liquidation des Betriebes (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) als auch bei einem ordentlichen Nachlassvertrag.

h) Sozialplanpflicht

aa) Ausgangslage

Arbeitnehmer haben in der Schweiz keinen gesetzlichen Anspruch auf einen Sozialplan. Ausnahme bilden das Bundespersonal sowie die Fälle, in denen ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) vorschreibt, dass bei teilweiser oder totaler Betriebsschliessung ein Sozialplan zu vereinbaren ist. Die Forderung nach einer *allgemeinen* Sozialplanpflicht wurde in der Vergangenheit immer wie-

der erhoben. Mit der vorgeschlagenen Revision soll diese Lücke geschlossen werden.¹¹

bb) Verpflichtung des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber wird verpflichtet, in gewissen Fällen mit den Arbeitnehmern Verhandlungen zu führen, die mit der Vereinbarung eines Sozialplans enden sollen.

cc) Anwendbarkeit

Die vorgeschlagene Lösung findet nur Anwendung auf grössere Betriebe und bei Massenentlassungen. Die Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans trifft sämtliche Betriebe, die *mindestens 250 Arbeitnehmer* beschäftigen (lit. a). Betroffen von dieser Neuregelung sind nach den auf der Betriebszählung 2008 beruhenden Angaben lediglich 1154 von 312'861, also 0,37 Prozent aller Privatbetriebe, dabei aber rund ein Drittel aller Arbeitnehmer. In diesen Betrieben muss der Arbeitgeber, der beabsichtigt, innert 30 Tagen 30 oder mehr Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen zu entlassen (lit. b), Verhandlungen durchführen, mit dem Ziel, einen Sozialplan zu vereinbaren.

Die Sozialplanpflicht soll für sämtliche Fälle von Entlassungen gelten, jedoch nur für *Fälle ausserhalb der Insolvenz* (Konkurs- oder Nachlassverfahren). Es ist deshalb zu differenzieren:

- Ausserhalb eines Insolvenzverfahrens soll der Arbeitgeber verpflichtet werden, im Falle einer geplanten Entlassung einer grösseren Zahl von Mitarbeitern mit den Gewerkschaften, der allfälligen Arbeitnehmervertretung oder direkt mit dem Personal Verhandlungen zu führen. Scheitern diese Verhandlungen, so soll der Sozialplan durch den verbindlichen Entscheid eines Schiedsgerichts aufgestellt werden.
- Befindet sich das Unternehmen dagegen in einem Insolvenzverfahren, würde sich eine Sozialplanpflicht aufgrund der nicht vorhandenen Mittel in den meisten Fällen als illusorisch und für eine nachhaltige Sanierungslösung als hinderlich erweisen. Art. 335k OR schliesst die Anwen-

¹¹ KREUTZ DENISE, Sozialpläne – Zweck, Inhalt und Auswirkungen in einem Nachlassstundungs- bzw. Konkursverfahren, Jusletter, 21. Februar 2011.

dung der neuen Bestimmungen über den Sozialplan für den Fall aus, dass die Entlassungen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens erfolgen.

Kommt es zu einer Übertragung des Betriebs oder eines Betriebsteils im Sinne von Art. 333 OR, bei welchem nicht sämtliche Arbeitnehmer übernommen werden sollen, sind aber zumindest die Konsultationsrechte der Arbeitnehmer gemäss Art. 333a OR und (bei gegebenen Voraussetzungen) auch diejenigen von Art. 335f OR zu wahren. Die Arbeitnehmer erhalten dadurch Gelegenheit, den Insolvenzorganen (Konkursverwaltung, Gläubigerorgane, Sachwalter, Liquidator) Vorschläge bezüglich der Massnahmen zur Milderung der Kündigungsfolgen zu unterbreiten. Es ist dann Sache dieser Organe, zu entscheiden, ob und wie weit auf Kosten der Konkursmasse darauf eingegangen werden und nachträglich noch ein Sozialplan vereinbart werden kann.

Es bestehen bei der *Konsultationspflicht* des Arbeitgebers andere Voraussetzungen als bei der Sozialplanpflicht. Die Konsultation der Arbeitnehmer ist für Arbeitgeber vorgeschrieben,

- die 21-99 Arbeitnehmer beschäftigen und innert 30 Tagen mindestens 10 von ihnen aus wirtschaftlichen Gründen kündigen wollen (Art. 335d Ziff. 1 OR);
- die 100-299 Arbeitnehmer beschäftigen und mindestens 10 Prozent von ihnen innert derselben Frist und aus denselben Gründen (Art. 335d Ziff. 2 OR) entlassen wollen;
- die mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen und innert derselben Frist und aus denselben Gründen mindestens 30 von ihnen entlassen wollen (Art. 335d Ziff. 3 OR).

dd) *Verfahren, Schiedsgericht*

Der Entwurf regelt zahlreiche Modalitäten des Verfahrens. Können sich die Parteien nicht einigen, wird der Sozialplan auf Gesuch einer Partei hin durch den verbindlichen Entscheid eines Schiedsgerichts aufgestellt.

ee) *Inhalt*

Die gesetzliche Umschreibung des möglichen Inhalts eines Sozialplans ist bewusst kurz und allgemein gehalten. Dazu gehören Massnahmen, die in der Zeit zwischen der Ankündigung der beabsichtigten Kündigungen und der Beendigung der Arbeitsverhältnisse verwirklicht werden können (z.B. Vereinbarungen kürzerer Kündigungsfristen für die Arbeitnehmer als für den Arbeitgeber). Andere Massnahmen können sowohl in dieser Zeit wie auch nachher getroffen werden (z.B. bezahlte Umschulung, Stellenvermittlung, Lohnausgleich bei Zuweisung anderer Arbeit, Fahrgeldzuschuss zur neuen Arbeitsstelle, Belassung von Arbeitswohnungen). Weitere Massnahmen setzen voraus, dass die Arbeitsverhältnisse beendet wurden (z.B. Abfindungen, vorzeitige Pensionierung, Leistungen in Härtefällen, Gratifikationen und ähnliche Leistungen):

Die allermeisten Massnahmen, die in einem Sozialplan vorgesehen werden, verursachen Kosten. Voraussetzung eines jeden Sozialplans ist somit, dass der Arbeitgeber über die finanziellen Mittel zur Verwirklichung dieser Massnahmen, d.h. zur Erfüllung der entsprechenden Ansprüche der Arbeitnehmer verfügt.

Damit die Verhandlungen in einem vernünftigen Rahmen geführt werden, schränkt Abs. 2 die Freiheit der Parteien und das Ermessen des Schiedsgerichts (vgl. Art. 335j OR) ein. Nach dieser Bestimmung darf der Sozialplan den Fortbestand des Betriebs nicht gefährden. Dadurch wird ausgeschlossen, dass Betriebe, die aus unternehmerischen Gründen eine Umstrukturierung beabsichtigen, auf ihr Vorhaben verzichten müssen, weil das Gesetz eine Sozialplanpflicht vorsieht.

Da der Entwurf voraussetzt, dass der Arbeitgeber über die Mittel zur Finanzierung des Sozialplans verfügt, verzichtet er implizit auf die Einführung einer Pflicht der Betriebe, das finanzielle Substrat bereitzuhalten (beispielsweise durch Bildung von Reserven, Versicherung, Errichtung eines betrieblichen, branchenspezifischen, regionalen oder gesamtschweizerischen Fonds), mit dem die Kosten der im Sozialplan vorgesehenen Massnahmen zu decken wären.

ff) Würdigung

Die Regelung zur Sozialplanpflicht ist ein politischer Kuhhandel und hat mit dem Insolvenzrecht direkt nichts zu tun. Die Neuerung soll denn auch gerade nur für Betriebe gelten, die sich *nicht in Sanierung befinden*, und die Neuerung soll nicht ins SchKG, sondern *ins OR* eingefügt werden. Hingegen ist klar, dass durch die Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans notwendige Umstrukturierungen erschwert oder verhindert werden können, was Unternehmen wiederum zu Sanierungsfällen machen kann.

gg) Sozialpläne in einem Konkurs- oder Nachlassstundungsverfahren

Zwar bestünde die Sozialplanpflicht nicht im Rahmen von zwangsrechtlichen Liquidationsverfahren. Nun kann aber der Fall eintreten, dass bereits ein Sozialplan besteht, wenn über das Unternehmen ein Konkurs oder Nachlassstundungsverfahren eröffnet wird.¹² Die Arbeitnehmer können dann natürlich ihre Ansprüche aus dem Sozialplan als Konkurs- bzw. Nachlassforderung geltend machen. Es handelt sich grundsätzlich um in der 1. Klasse privilegierte Forderungen (Art. 219 Abs. 4 lit. a^{ter} SchKG).¹³ Forderungen aus dem Sozialplan unterliegen nicht der seit 1. Dezember 2010 geltenden Beschränkung des Privilegs auf den gemäss obligatorischer Unfallversicherung maximal versicherten Jahresverdienst für die restlichen Arbeitnehmerforderungen.¹⁴

III. Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens

Die Botschaft wird derzeit im Parlament beraten; erstbehandelnder Rat ist der Nationalrat. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates unter

¹² KREUTZ (FN 11), N 9 ff.

¹³ KREUTZ (FN 11), N 12, verneint in Übereinstimmung mit BGE 129 III 94 zu Recht die Frage, ob es sich bei den Sozialplanforderungen nicht sogar um Massaforderungen handelt, solange die Konkursverwaltung nicht in den Sozialplan eintritt (Art. 211 SchKG) bzw. der Sachwalter nicht nachträglich zustimmt (Art. 310 SchKG).

¹⁴ BSK SchKG II-LORANDI, Art. 219 N 175, 213.

dem Vorsitz von Nationalrätin Anita Thanei (SP, ZH) beschloss am 17./18. Februar 2011, Anhörungen durchzuführen. Sie hörte dann am 24./25. März 2011 einen Experten aus der Praxis sowie Vertreter des Schweizerischen Arbeitgeberverbands, des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes und der Schweizerischen Treuhandskammer an. Im Anschluss daran trat sie ohne Gegenstimme auf die Vorlage ein.

Am 23. Juni 2011 begann sie dann die Detailberatung – und brach sie sogleich wieder ab. Ein Rückkommensantrag auf das Eintreten wurde gutgeheissen und das Eintreten auf die Vorlage abgelehnt. Die Kommission äusserte sich dazu in einer Pressemitteilung wie folgt:¹⁵

„Die Kommission ist auf ihren Ende März gefassten Eintretensbeschluss zurückgekommen und hat mit 15 zu 9 Stimmen beschlossen, ihrem Rat Nichteintreten auf die Vorlage des Bundesrates zu beantragen. Einige Mitglieder der Kommission sind der Auffassung, dass die festgestellten Hauptprobleme, namentlich der Umstand, dass die Sanierung oftmals zu spät komme, Sache der Unternehmensführung seien und deshalb nicht mit einer Revision des Sanierungsrechts gelöst werden können. Andere Mitglieder sind der Meinung, dass diese Revision die Rechte der Angestellten allzu sehr einschränke. Die Kommissionsminderheit dagegen findet, dass die von erfahrenen Spezialisten ausgearbeitete Vorlage des Bundesrates eine gute Diskussionsgrundlage bilde und allfällige Mängel in der parlamentarischen Beratung zu beheben wären.“

Die Vorlage wird voraussichtlich im Herbst 2011 in den Nationalrat kommen, und zwar beschränkt auf die Frage des Eintretens. Es bleibt zu hoffen, dass sie nicht Opfer politischer Willkür wird.

¹⁵ <www.parlament.ch/d/mm/2011/Seiten/mm-rk-n-2011-06-24.aspx>; zugegriffen am 26. Juni 2011.