



# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich  
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:  
Thomas Sprecher

## Hotspots des Sanierungsrechts

12. Fachtagung zur Sanierung und Insolvenz von Unternehmen  
Tagungsband 2021

## Hotspots des Sanierungsrechts





# EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich  
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

---

Herausgeber:  
Thomas Sprecher

## Hotspots des Sanierungsrechts

12. Fachtagung zur Sanierung und Insolvenz von Unternehmen  
Tagungsband 2021



*Hotspots des Sanierungsrechts von Thomas Sprecher wird unter Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.*

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

**Herausgeber:** Thomas Sprecher – Europa Institut an der Universität Zürich

**Produktion, Satz & Vertrieb:** buchundnetz.com

**ISBN:**

978-3-03805-295-1 (Print – Softcover)

978-3-03805-458-0 (PDF)

978-3-03805-459-7 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-295>

**Version:** 1.03-20220214

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/hotspots-des-sanierungsrechts/>.

# Vorwort

Dieser Band versammelt die Referate der 12. Tagung „Sanierung und Insolvenz von Unternehmen“, die das Europa Institut an der Universität Zürich am 2. Juni 2021 durchgeführt hat. Pandemiebedingt konnte sie leider nur als Online-Veranstaltung durchgeführt werden.

Die Tagung beschäftigte sich mit verschiedenen interessanten und aktuellen Themen, die in Lehre und Praxis für Aufmerksamkeit gesorgt hatten:

- So stellen sich bei fast allen Sanierungen *arbeitsrechtliche Fragen*.
- Für *kotierte Gesellschaften* in finanzieller Notlage ergeben sich Besonderheiten in Bezug auf die Sanierung.
- In zahlreichen Insolvenzverfahren stehen *Betriebsverkäufe* zur Diskussion. Sie müssen sorgfältig geplant werden.
- Im Rahmen der aktienrechtlichen Sanierung können auch die *Anteilhaber* einen Sanierungsbeitrag leisten.
- Beleuchtet wurde auch die nicht einfache Rolle des *Sachwalters* im Nachlassverfahren.
- Schliesslich wurde der Frage nachgegangen, welche Rechte mit der *Einstellung mangels Aktiven* untergehen und wie eine solche Einstellung verhindert werden kann.

Ziel der Tagung war es, dem Publikum rechtliche Schwierigkeiten erkennbar zu machen und praxisrelevante Hinweise zu geben.

Für ihre Beiträge und die Erlaubnis zur Veröffentlichung in diesem Band danke ich den Referentinnen und Referenten sehr herzlich, wie auch Tiziana Rigamonti-Ammann für die Organisation der Online-Tagung und Noura Mourad, Sue Osterwalder und Petra Bitterli für die Gestaltung dieses Bandes.

Zürich, im Oktober 2021

Thomas Sprecher



# Inhaltsübersicht

<b>Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragen bei der Sanierung des Arbeitgebers</b>	9
<i>Dr. iur. HSG Marina Schwizer, Rechtsanwältin, Schwizer Rechtsanwälte AG, Gossau</i>	
<b>Kotierte Gesellschaften in finanzieller Notlage</b>	33
<i>Dr. iur. ALEXANDER VON JEINSEN, Rechtsanwalt, LL.M., Advestra AG, Zürich</i>	
<b>Der Betriebsverkauf in Insolvenzverfahren</b>	55
<i>Dr. iur. HUBERT GMÜNDER, Rechtsanwalt, General Counsel bei Avaloq, Zürich</i>	
<b>Neuerungen bei den nachlassvertraglichen Bestätigungsvoraussetzungen</b>	67
<i>Dr. iur. LINUS CATHOMAS, Rechtsanwalt, Universität Basel</i>	
<b>Der Sachwalter im Nachlassverfahren</b>	85
<i>Dr. iur. DANIEL OEHRI, Rechtsanwalt, LL.M., Wenger Vieli AG, Zug/Zürich</i>	
<b>Einstellung des Konkurses mangels Aktiven: Das Ende aller Rechte?</b>	115
<i>MLaw ROMAN STURZENEGGER, Rechtsanwalt, LL.M., Niederer Kraft Frey AG, Zürich</i>	



# Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragen bei der Sanierung des Arbeitgebers

Marina Schwizer

## Inhalt

I.	Einführung .....	10
II.	Anpassung von Arbeitsbedingungen.....	10
1.	Überblick.....	10
2.	Inhaltliche Schranken .....	10
a)	Überblick .....	10
b)	Im Besonderen: Tragung des Betriebsrisikos.....	11
c)	Im Besonderen: Verzichtverbot nach Art. 341 OR .....	11
3.	Anpassungsinstrumente.....	12
a)	Einvernehmliche Vertragsanpassung.....	12
b)	Änderungskündigung.....	13
c)	Vertragliche Vorbehalte .....	14
d)	Weisungsrecht.....	15
III.	Personalabbau.....	17
1.	Aufhebungsvereinbarung.....	17
2.	Massenentlassung (Art. 335d ff. OR).....	18
a)	Voraussetzungen .....	18
b)	Informations- und Konsultationsverfahren .....	18
3.	Sonderfrage: Kündigung trotz Vertragsverschlechterung .....	20
IV.	Sozialplan .....	21
1.	Voraussetzungen.....	21
2.	Gegenstand und Vorgehen .....	22
V.	Betriebsübergang.....	24
1.	Überblick.....	24
2.	Übergang der Arbeitsverhältnisse.....	25
a)	Arbeitsrechtlicher Übergang .....	25
b)	Fusionsgesetzlicher Übergang.....	26
3.	Ablehnungsrecht .....	26
4.	Folgen des Übergangs.....	27
5.	Mitwirkungsrechte .....	28
6.	Im Besonderen: Innerhalb der Insolvenz.....	29
	Literaturverzeichnis.....	31

## I. Einführung<sup>1</sup>

Da der Produktionsfaktor Arbeit sehr kostenintensiv ist, konzentrieren sich bei einer Unternehmenskrise notwendige betriebliche Sanierungsmassnahmen regelmässig auf eine kostengünstigere und effizientere Gestaltung der Personalstruktur. Die dabei zur Verfügung stehenden Möglichkeiten sind vielfältig und werfen je nach Art der Sanierungsmassnahme diverse und mitunter heikle arbeitsrechtliche Fragen auf. Nachfolgend werden einige solcher arbeitsrechtlichen Herausforderungen näher beleuchtet.

## II. Anpassung von Arbeitsbedingungen

### i. Überblick

Bei einer Unternehmenssanierung stehen die Verantwortlichen regelmässig vor dem Grundsatzentscheid, ob sie den Personalbestand beibehalten oder abbauen sollen. Da Letzteres regelmässig mit einem Verlust von Know-how und einem Reputationsschaden einhergeht, ist es in einem ersten Schritt meist sinnvoll, die bestehenden Arbeitsverhältnisse durch Anpassung der Arbeitsbedingungen effizienter zu gestalten. Diese Anpassungen resp. Massnahmen können entweder kurzzeitig oder langfristig angelegt sein. Zu denken ist bspw. an Lohnkürzungen, Streichung/Kürzung von Gratifikationen, Zuweisung anderer Arbeit und/oder andere Arbeitsorte (Versetzungen) oder Änderung der Arbeitszeit (Lage und/oder Dauer). Vorübergehend Abhilfe schaffen kann auch die Anordnung/Kompensation von Überstunden oder Ferien bzw. Zwangsferien oder die vorübergehende Einführung von Kurzarbeit. Denkbar ist ferner auch, dass die Arbeitnehmer selbst einen Sanierungsbeitrag leisten wollen, z.B. durch Verzicht auf gewisse Leistungen.<sup>2</sup>

### 2. Inhaltliche Schranken

#### a) Überblick

Bei der Einführung bzw. Umsetzung solcher Anpassungen sind diverse Inhaltschranken zu beachten. Neben der generellen Schranke von Art. 19 OR wird die Inhaltsfreiheit im Arbeitsrecht besonders eingeschränkt durch die zwin-

---

<sup>1</sup> Das Referat resp. die nachfolgenden Ausführungen gründen auf der zu diesem Thema verfassten Dissertation „Arbeitsrechtliche Fragen bei der Sanierung des Arbeitgebers“.

<sup>2</sup> Ausführlich zu den einzelnen Sanierungsmassnahmen: Schwizer, 84 ff.

genden und teilzwingenden Vorschriften des Arbeitsvertragsrechts gemäss Art. 361 f. OR, des Arbeitsschutzrechts sowie der Gesamtarbeitsverträge (GAV) und Betriebsordnungen, soweit diese Arbeitsbedingungen regeln.<sup>3</sup>

b) *Im Besonderen: Tragung des Betriebsrisikos*

Im Arbeitsrecht gilt der Grundsatz, dass das wirtschaftliche und betriebliche Unternehmensrisiko grundsätzlich vom Arbeitgeber zu tragen ist;<sup>4</sup> umgekehrt hat er auch keine Pflicht, seine Arbeitnehmer am Unternehmensgewinn zu beteiligen. Aus diesem Grundsatz ergibt sich indes kein generelles Verbot, Arbeitsverträge bzw. deren Bedingungen zum Zwecke einer Sanierung anzupassen resp. zu verschlechtern. Die Grenze ist einzig dort zu ziehen, wo dem Arbeitnehmer das gesamte Unternehmensrisiko übertragen und mithin der Grundsatz der arbeitsvertraglichen Risikotragung gänzlich ausgehöhlt wird.<sup>5</sup>

c) *Im Besonderen: Verzichtsverbot nach Art. 341 OR*

Eine weitere wichtige inhaltliche Schranke bildet das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR. Danach kann der Arbeitnehmer auf Ansprüche, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder eines GAV ergeben, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und bis zu einem Monat danach nicht verzichten. Damit soll der sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befindliche, sozial schwächere Arbeitnehmer davor geschützt werden, dass er während oder kurz nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses aus Furcht vor nachteiligen Folgen Verzichtserklärungen gegenüber dem Arbeitgeber abgibt. Diese Gefahr besteht namentlich in Zeiten wirtschaftlicher Rezession bzw. wenn ein Unternehmen in finanziellen Schwierigkeiten steckt.<sup>6</sup>

Konkret bedeutet dies Folgendes:

Der Verzicht auf den geschuldeten Lohn bei Überzeit (Art. 13 ArG), bei Annahmeverzug (Art. 324 OR) oder bei unverschuldeter persönlicher Verhinderung an der Arbeitsleistung (Art. 324a OR) wie auch der Verzicht auf aufgelaufene Ferienansprüche ist unzulässig. Das Bundesgericht vertritt die Auffassung, dass auch der Verzicht auf Entschädigung für bereits geleistete Überstunden unzulässig sein soll. Dies überzeugt indes nicht, da Art. 321c Abs. 3 OR dis-

---

<sup>3</sup> Zum Ganzen: Schwizer, 34 f.

<sup>4</sup> BGE 124 III 346; 114 II 274; Geiser, Aspekte, 382. Mittelbar trägt die Arbeitnehmerschaft natürlich insofern das Unternehmensrisiko, als sie bei einer schlechten wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers ihren Arbeitsplatz verlieren kann.

<sup>5</sup> Vgl. Geiser, Aspekte, 382.

<sup>6</sup> BGE 105 II 39 E. 5.1.a.

positiver Natur ist, womit die Bestimmung (schriftlich) wegbedungen werden kann und nicht unter Art. 341 Abs. 1 OR fällt.<sup>7</sup> Ebenso nicht einzusehen ist, weshalb ein Arbeitnehmer im Voraus gültig auf die Entschädigung von noch nicht voraussehbaren Überstunden verzichten kann, der nachträgliche Verzicht auf bereits geleistete und damit genau bezifferbare Überstunden hingegen nicht zulässig sein soll.<sup>8</sup>

Zulässig ist bspw. der nachträgliche Verzicht auf Lohn, da es sich bei Art. 322 OR um eine dispositive Bestimmung handelt.<sup>9</sup> Selbstverständlich darf dadurch die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung (Art. 319 Abs. 1 OR) nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden.<sup>10</sup> Vorbehalten bleibt auch der Fall, wo ein GAV Mindestlöhne statuiert.

Zu beachten ist, dass Art. 341 OR bloss den *nachträglichen* und *einseitigen* Verzicht des Arbeitnehmers beschlägt. Kommt es im Rahmen eines Vergleichs zu einem gegenseitigen Verzicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sodass der Verzicht für den Arbeitnehmer günstiger oder zumindest angemessen ist, steht diese Bestimmung der Vereinbarung nicht entgegen.<sup>11</sup>

### 3. Anpassungsinstrumente

Neben den inhaltlichen Schranken stellt sich die Frage nach dem passenden Instrument zur Anpassung der Arbeitsbedingungen. Grundsätzlich stehen dem Arbeitgeber folgende Instrumente zur Verfügung:<sup>12</sup>

#### a) *Einvernehmliche Vertragsanpassung*

Grundsätzlich jederzeit und formlos gültig ist die einvernehmliche Vertragsanpassung.<sup>13</sup> Für das Zustandekommen solcher Anpassungen sind die allgemeinen Regeln des OR über den Vertragsschluss massgebend (Art. 1 ff. OR).<sup>14</sup>

---

<sup>7</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321c N 12; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 341 N 6.

<sup>8</sup> Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321c N 5.

<sup>9</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_404/2014 E. 5.1; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 341 N 5.

<sup>10</sup> So auch BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 341 N 4.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_25/2014 E. 6.2; 4C.390/2005 E. 3.1; 4C.27/2002 E. 3 (bei beidseitigem Verzicht auf mögliche Leistungen müssen die Ansprüche auf jeder Seite von ungefähr gleichem Wert sein); vgl. auch BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 341 N 18; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 341 N 5 f (mit einer Rechtsprechungsübersicht).

<sup>12</sup> Ausführlich dazu: Schwizer, 45 ff.

<sup>13</sup> Allerdings benötigen zahlreiche Einzelabreden zu ihrer Gültigkeit die Schriftform, so z.B. Art. 321c Abs. 3 OR (Überstundenvergütung); Art. 335b Abs. 2 OR (Probezeit); Art. 335c Abs. 2 OR (Änderung der Kündigungsfrist); Art. 340 Abs. 1 OR (Konkurrenzverbot), etc.

<sup>14</sup> Schwizer, 45.

Hervorzuheben ist, dass die Parteien des Arbeitsvertrags den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Vertragsanpassung frei wählen können. Die gesetzliche Mindestkündigungsfrist ist weder bei Vertragsanpassungen zugunsten noch zulasten des Arbeitnehmers einzuhalten.<sup>15</sup> Das Bundesgericht hat dies im Falle von einvernehmlichen Lohnreduktionen wiederholt bestätigt.<sup>16</sup> Damit kann eine Vertragsverschlechterung – unter Vorbehalt einer anderweitigen vertraglichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag oder in einem GAV – unverzüglich in Kraft treten.

Nimmt ein Arbeitnehmer allerdings eine Vertragsanpassung resp. Vertragsverschlechterung, die sofort wirksam werden soll, nicht an und kündigt ihm der Arbeitgeber daraufhin, qualifiziert das Bundesgericht die Kündigungen (uneigentliche Änderungskündigung) als missbräuchlich bzw. Rache Kündigung i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.<sup>17</sup> Hintergrund ist der Gedanke, dass der Arbeitnehmer für seine berechtigte Weigerung, einer kurzfristigen Vertragsverschlechterung zuzustimmen, nicht mit einer Kündigung abgestraft werden soll.<sup>18</sup> Für den Sanierungsfall ist die Rechtsprechung besonders nachteilig, da dort möglichst rasch Kosteneinsparungen erzielt bzw. die entsprechenden Vertragsanpassungen umgehend durchgesetzt werden müssen.<sup>19</sup>

Im Lichte dieser Rechtsprechung ist aus Vorsichtsgründen zu empfehlen, zwischen dem Anbieten der Vertragsänderung und deren Eintritt die hypothetische Kündigungsfrist abzuwarten. Lehnt der Arbeitnehmer nach Ablauf der hypothetischen Kündigungsfrist die vorgeschlagene Vertragsänderung ab, kann der Arbeitgeber – ohne Gefahr der Missbräuchlichkeit – kündigen.<sup>20</sup>

#### b) *Änderungskündigung*

Der Arbeitgeber kann seinem Willen zur Vertragsanpassung zusätzlich Gewicht geben, indem er seine Änderungsangebote für den Fall der Ablehnung mit einer Kündigung verbindet, also eine *eigentliche Änderungskündigung* ausspricht, oder zumindest mit einer solchen droht (*uneigentliche Änderungskündigung*).

Dem Arbeitnehmer muss dabei allerdings eine genügend lange Überlegungszeit bzw. Annahmefrist eingeräumt werden. Eine zu kurze Überlegungsfrist

---

<sup>15</sup> Rudolph, Vertragsänderungen, 10.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_509/2008 E. 5.1; 4C.426/2005 E. 5.2; 4C.242/2005.

<sup>17</sup> BGE 123 III 246 E. 4.

<sup>18</sup> Rudolph, Vertragsänderungen, 15 f.

<sup>19</sup> Zum Ganzen: Schwizer, 64 ff.

<sup>20</sup> Rudolph, Vertragsänderungen, 16.

kann nämlich als eine unzulässige Druckausübung qualifiziert werden, womit die Änderungskündigung missbräuchlich ist.<sup>21</sup> Voraussetzung muss m.E. allerdings sein, dass der Inhalt der vorgeschlagenen Änderung für den Arbeitnehmer eine gewisse Schwere aufweist. Bei kleineren Änderungen kann vom Arbeitnehmer wohl eine rasche Entscheidung erwartet werden.<sup>22</sup> Bei der Frage nach der angemessenen Länge der Überlegungsfrist sind jedoch stets auch die berechtigten Gegeninteressen des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Gerade in Sanierungssituationen ist der Arbeitgeber regelmässig auf eine rasche Entscheidung des Arbeitnehmers angewiesen.<sup>23</sup>

Missbräuchlich ist eine Änderungskündigung sodann, wenn mit der Änderungskündigung eine für die Gegenseite ungünstige Vertragsänderung herbeigeführt werden soll, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt.<sup>24</sup> Dies liegt vor, wenn (1) es sich um eine *Verschlechterung für die Gegenpartei* handelt; (2) die Verschlechterung für diese *unbillig* ist und (3) für die Änderung des Arbeitsvertrags weder *betriebliche* noch *marktbedingte Gründe* vorliegen.<sup>25</sup> Im Sanierungsfall ist diese Rechtsprechung in der Regel allerdings kaum problematisch. Da an das Vorliegen von betrieblichen oder marktbedingten Gründen keine hohen Anforderungen gestellt werden – es muss namentlich keine existenzbedrohende Liquiditätskrise bestehen –, können die im Sanierungsfall offerierten Verschlechterungen zulasten der Arbeitnehmer meist gerechtfertigt werden.<sup>26</sup>

### c) *Vertragliche Vorbehalte*

Innerhalb enger Grenzen grundsätzlich zulässig sind *vertragliche Vorbehalte*, die den Arbeitgeber ohne weiteres bzw. zusätzliches Einverständnis der Arbeitnehmer zur Änderung von Arbeitsbedingungen berechtigen.<sup>27</sup> Hier ist namentlich darauf zu achten, dass solche Änderungsrechte nicht zu weit gefasst werden dürfen, da ansonsten eine übermässige Bindung seitens des

---

<sup>21</sup> Schwizer, 57 f. m.w.H. Von der Annahmefrist bzw. Überlegungsfrist zu unterscheiden ist der Zeitpunkt, ab dem die vereinbarte Vertragsanpassung in Kraft treten soll (vgl. dazu oben, II.3.a)).

<sup>22</sup> Schwizer, 58.

<sup>23</sup> Schwizer, 58.

<sup>24</sup> BGE 123 III 246.

<sup>25</sup> BGE 123 III 246 E. 3b; vgl. auch BGE 125 III 72.

<sup>26</sup> So auch Cramer, 132.

<sup>27</sup> Von Kaenel, Vertragsänderungsrechte, 342.

Arbeitnehmers und damit eine Verletzung von Art. 27 ZGB vorliegt.<sup>28</sup> Klar unzulässig sind ganz oder nahezu unbeschränkte einseitige Änderungsrechte des Arbeitgebers.<sup>29</sup>

d) *Weisungsrecht*

Teilweise können Arbeitgeber Änderungen der Arbeitsbedingungen auch mittels Ausübung ihres *Weisungsrechts* (Art. 321d OR) durchsetzen.<sup>30</sup> Der Arbeitgeber kann das Weisungsrecht während der Dauer des Arbeitsvertrags beliebig oft ausüben.<sup>31</sup> Dies erlaubt ihm, das Arbeitsverhältnis in erheblichem Ausmass – grundsätzlich auch kurzfristig – an die sich verändernden Bedürfnisse des Unternehmens anzupassen.<sup>32</sup>

Bei der Ausübung des Weisungsrechts gelten dieselben Schranken wie bei allen Rechtsgeschäften.<sup>33</sup> Eine bedeutsame Schranke bildet der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers (Art. 328 OR). Teilgehalt davon ist das Recht auf Privat- und Familienleben, welches der Arbeitgeber besonders bei Weisungen betreffend Arbeitszeit, Überstunden, Dienstreisen etc. zu beachten hat.<sup>34</sup> Ferner ist das Weisungsrecht stets nach dem Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) auszuüben. Danach darf der Arbeitgeber keine Weisungen erteilen, welche auf keinem legitimen Interesse gründen (Verbot der unnützen Rechtsausübung) oder gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung verstossen (der Arbeitgeber könnte sein Ziel gleichermassen mit einer milderer Massnahme erreichen).<sup>35</sup> Ausfluss des Gebots von Treu und Glauben ist ferner, dass dem Arbeitnehmer keine Weisungen erteilt werden, die für ihn einen unzumutbaren Eingriff in seine persönlichen Verhältnisse darstellen.<sup>36</sup>

Die wohl wichtigste Schranke erfährt das Weisungsrecht durch den Arbeitsvertrag selbst: Je konkreter die Arbeit, die Funktion, der Arbeitsort und die

---

<sup>28</sup> Schwizer, 68 m.w.H.

<sup>29</sup> Cramer, 147; Schwizer, 69 m.w.H. Unzulässig ist bspw. eine Bestimmung, wonach der Arbeitnehmer jederzeit in eine andere Filiale versetzt werden kann (CAPH, JAR 1999, 163 ff.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts, JAR 1991, 114 f.).

<sup>30</sup> Schwizer, 74.

<sup>31</sup> Vischer/Müller, § 13 N 29.

<sup>32</sup> Geiser, Änderungskündigung, 60.

<sup>33</sup> Geiser, Rechtsprobleme, 1022.

<sup>34</sup> Geiser, Rechtsprobleme, 1023.

<sup>35</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 39.

<sup>36</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 39.

Arbeitszeit geregelt sind, umso beschränkter ist der Spielraum des Arbeitgebers, sein Weisungsrecht auszuüben.<sup>37</sup> Über den Vertragsinhalt hinausgehende Anpassungen benötigen grundsätzlich die Zustimmung des Arbeitnehmers.<sup>38</sup>

Eine Ausnahme davon besteht, sofern dringende betriebliche Bedürfnisse vorliegen (z.B. bei Personal- oder Lieferantenausfällen etc.). Diesfalls kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, *vorübergehend* vom Arbeitsvertrag abweichende – d.h. auch „untergeordnete“ – Arbeiten und/oder einen anderen Arbeitsort zuteilen.<sup>39</sup> Ein Arbeitnehmer hat z.B. im Rahmen einer betrieblichen Umstrukturierung in anderen Abteilungen auszuhelfen, bis die Arbeitnehmer endgültig ihren neuen Funktionen zugeteilt werden können.<sup>40</sup> Eine Versetzung in ein anderes Unternehmen ist allerdings aufgrund des Abtretungsverbots nach Art. 333 Abs. 4 OR nicht möglich.<sup>41</sup>

Selbstverständlich muss auch eine betrieblich bedingte vorübergehende Versetzung für den Arbeitnehmer stets *zumutbar* sein.<sup>42</sup> Ob dieses Kriterium erfüllt ist, hängt von den einzelfallabhängigen Umständen ab (Arbeitsweg, private bzw. familiäre Verpflichtungen etc.).<sup>43</sup> Zu berücksichtigen sind dabei auch die konkreten, ausserordentlichen Umstände, die eine Versetzung notwendig erscheinen lassen.<sup>44</sup> Als Faustregel gilt: Je weniger die Umstände vorhersehbar waren und umso kürzer die Dauer der Störung, desto eher ist dem Arbeitnehmer zuzumuten, Abweichungen vom Arbeitsvertrag hinzunehmen.<sup>45</sup> Mehrkosten, die dem Arbeitnehmer infolge der Abweichung von den vertraglich vereinbarten Arbeitsbedingungen entstehen (z.B. Fahrt- und Verpflegungskosten), sind zu vergüten.<sup>46</sup> Keinen Anspruch auf einen Mehrlohn hat der Arbeitnehmer hingegen, wenn er vorübergehend höher qualifizierte Arbeit ausrichtet. Ein entsprechender Anspruch besteht m.E. nur bei längeren Einsätzen,

---

<sup>37</sup> Geiser, Rechtsprobleme, 1023; Geiser, Änderungskündigung, 60.

<sup>38</sup> Schwizer, 77; vgl. Geiser, Änderungskündigung, 61.

<sup>39</sup> Brühwiler, Art. 321d N 4a.

<sup>40</sup> Vgl. BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321 N 22.

<sup>41</sup> Wyler/Heinzer, 114; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3.

<sup>42</sup> Brühwiler, Art. 321d N 4.

<sup>43</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3.

<sup>44</sup> Geiser, Treuepflicht, 294.

<sup>45</sup> Geiser, Treuepflicht, 294.

<sup>46</sup> Kamber, N 264; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3.

wozu es aber einer einvernehmlichen Vertragsanpassung bedarf.<sup>47</sup> Umgekehrt dürfen an vorübergehende Versetzungen keine Lohnreduktionen gekoppelt werden.<sup>48</sup>

### III. Personalabbau

Können die Personalkosten durch die Anpassung der Arbeitsbedingungen nicht genügend reduziert werden, ist der Abbau von Personal meist unausweichlich. Dies kann entweder via *Kündigung* oder mittels *Aufhebungsvertrag* erfolgen.

#### i. Aufhebungsvereinbarung

Im Sanierungsfall ist der Abschluss eines Aufhebungsvertrags insbesondere wegen der dadurch gewonnenen Planungssicherheit eine gute Alternative zur Kündigung. Der Beendigungszeitpunkt kann definitiv festgelegt und weder durch Krankheit noch durch andere Sperrfristtatbestände hinausgeschoben werden.<sup>49</sup> Auch kann die Wirkung der Vertragsauflösung mangels anwendbarer Kündigungsfristen sofort bzw. rascher eintreten als bei einer ordentlichen Kündigung. Ebenso können die Parteien das Schicksal offener Forderungen des Arbeitnehmers (z.B. Überstunden- und Ferienansprüche) abschliessend regeln.<sup>50</sup>

Beim Abschluss eines Aufhebungsvertrags ist die von der Rechtsprechung geforderte genügend lange Überlegungsfrist zu beachten. Der Arbeitnehmer darf nicht mit der Unterzeichnung eines Aufhebungsvertrags überrumpelt werden („hinreichend Möglichkeit zur Reflexion“).<sup>51</sup> Inhaltlich muss der Aufhebungsvertrag sodann gegenseitige und gleichwertige Zugeständnisse beider Parteien enthalten. Ob dieses Kriterium erfüllt ist, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu beurteilen.<sup>52</sup>

---

<sup>47</sup> So auch Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321 N 7; a.M. BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 321 N 7, welche mangels ausdrücklicher Abrede von einer stillschweigenden Vertragsänderung ausgehen, wonach für die Dauer der übernommenen höherwertigen Arbeit der dafür übliche Lohn geschuldet ist. Dies sei dann nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber vertraglich berechtigt ist, andere Arbeiten zuzuweisen.

<sup>48</sup> Vgl. Brühwiler, Art. 321d N 4a.

<sup>49</sup> Geiser/Müller/Pärli, N 538.

<sup>50</sup> Rudolph, Aufhebungsvertrag, 112.

<sup>51</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_376/2010 E.3; 4A\_103/2010 E. 2.2.; 4A\_431/2008 E. 4.3. Vgl. für die Kritik: Schwizer, 152.

<sup>52</sup> Schwizer, 153 f. m.w.H.

## 2. Massenentlassung (Art. 335d ff. OR)

Im Sanierungsfall muss der Arbeitgeber indessen mangels Zustimmung der Arbeitnehmer oftmals zu breit angelegten Kündigungen schreiten. Diesfalls ist stets zu prüfen, ob der Tatbestand der *Massenentlassung* nach Art. 335d OR vorliegt und damit das gesetzlich vorgeschriebene Verfahren einzuhalten ist (Art. 335f und Art. 335g OR).

### a) Voraussetzungen

Eine Massenentlassung liegt vor, wenn der Arbeitgeber *Kündigungen* aus *wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen* ausspricht, die *in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers* stehen und *innerhalb von 30 Tagen* eine nach der Grösse des Betriebs abgestufte bestimmte *Mindestzahl* von Arbeitnehmern betreffen (Art. 335d OR).<sup>53</sup>

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich durch die Staffelung der Kündigungen das Vorliegen einer Massenentlassung vermeiden.<sup>54</sup> Vorbehalten bleibt die unzulässige Gesetzesumgehung, d.h., wenn der Arbeitgeber Kündigungen ohne sachlichen Grund staffelt, bloss um nicht unter die Vorschriften über die Massenentlassungen zu fallen.<sup>55</sup>

### b) Informations- und Konsultationsverfahren

Liegt eine Massenentlassung vor, auferlegt der Gesetzgeber dem Arbeitgeber zwei Verpflichtungen: Zum einen muss er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer über die beabsichtigte Massenentlassung *informieren* und *konsultieren* (Art. 335f Abs. 1 und 3 OR). Zum anderen hat er die Massenentlassungen dem *Arbeitsamt mitzuteilen* (Art. 335g OR).

---

<sup>53</sup> Art. 335d OR sieht eine Mindestzahl von Entlassungen im Verhältnis zur Betriebsgrösse in drei Abstufungen vor: Verfügt der Betrieb in der Regel über

(1) mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer, müssen mindestens zehn Beschäftigte entlassen werden;

(2) mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer, müssen die Entlassungen mindestens 10% der Arbeitnehmer betreffen (d.h. die nächste bei oder über 10% liegende ganze Zahl);

(3) mindestens 300 Arbeitnehmer, müssen mindestens 30 Arbeitnehmer gekündigt werden (zum Ganzen: Schwizer, 130).

<sup>54</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335d N 16; Geiser, Massenentlassung, N 3.56. Hinsichtlich der Belastung des lokalen Arbeitsmarktes ist eine Staffelung der Kündigung sogar erwünscht (Streff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 9).

<sup>55</sup> Geiser, Massenentlassung, N 3.56; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 335d N 9.

Im Rahmen seiner Informationspflicht hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmerschaft schriftlich über die Gründe der Massentlassung, die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer sowie den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden, zu informieren (Art. 335f Abs. 3 lit. a – d OR). Das Arbeitsamt ist mit einer Kopie dieser Mitteilung zu bedienen.

Sodann hat der Arbeitgeber auf entsprechende Anfrage hin der Arbeitnehmerschaft alle zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen.<sup>56</sup> Zweckdienlich sind Auskünfte, die der Arbeitnehmerschaft dabei helfen, Vorschläge zur Vermeidung von Kündigungen oder zur Milderung ihrer Folgen auszuarbeiten (z.B. Angaben über betriebliche Versetzungsmöglichkeiten oder mögliche Kurzarbeit).<sup>57</sup>

Im Rahmen des Konsultationsverfahrens sollen die Arbeitnehmer nämlich die Möglichkeit haben, dem Arbeitgeber Vorschläge zu unterbreiten, um die beabsichtigten Kündigungen ganz oder teilweise zu vermeiden und deren Folgen zu mildern. Innert welcher Frist die Arbeitnehmer ihre Stellungnahme und Vorschläge dem Arbeitgeber unterbreiten müssen, regelt das Gesetz nicht. Hier empfiehlt es sich, den Arbeitnehmern eine Frist anzusetzen, innert welcher solche Vorschläge einzureichen sind.<sup>58</sup> Der Arbeitgeber hat diese Vorschläge seriös zu prüfen, muss aber die Ablehnung der Vorschläge nicht begründen.

Der Arbeitgeber muss dem Arbeitsamt die beabsichtigten Massentlassungen schriftlich anzeigen (Art. 335g Abs. 1 OR). Die Anzeige muss die Ergebnisse der Konsultation und alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massentlassung enthalten (Art. 335g Abs. 2 OR).

Erst nach Abschluss des Informations- und Konsultationsverfahrens dürfen die Kündigungen ausgesprochen werden. Verletzt der Arbeitgeber seine Informations- bzw. Konsultationspflicht, sind die ausgesprochenen Kündigungen zwar gültig, aber missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR).<sup>59</sup>

Ist das Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Massentlassung gekündigt worden, so endet es 30 Tage nach der Anzeige der beabsichtigten Massentlassung an das kantonale Arbeitsamt, ausser wenn die Kündigung nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen auf einen späteren Termin wirksam wird (Art. 335g Abs. 4 OR). Werden dem Arbeitsamt die Ergebnisse

---

<sup>56</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 335f N 8; BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335f N 4.

<sup>57</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 335f N 5. Ausführlich zum Begriff „Zweckdienlichkeit“ auch BGE 137 III 162 E. 2 und Urteil des Bundesgerichts 4A\_283/2010.

<sup>58</sup> Schwizer, 138 m.w.H.

<sup>59</sup> Vgl. auch BGE 132 III 410.

der Konsultation somit nicht oder nicht vollständig nach Art. 335g Abs. 1 OR angezeigt, beginnt diese 30-tägige Frist nicht zu laufen.<sup>60</sup> Die Arbeitsverträge bleiben diesfalls trotz Kündigung und Ablauf der individuellen Kündigungsfrist aufrecht und der Arbeitgeber bleibt in der Regel lohnzahlungspflichtig.<sup>61</sup> Dies kann zur unbefriedigenden Situation führen, dass faktisch längst beendete Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit weiterdauern und Arbeitnehmer unter Umständen noch jahrelang Nachforderungen stellen können. Daher gelten gemäss Bundesgericht diesfalls Arbeitsverträge ab jenem Zeitpunkt als beendet, in dem allfällige Tätigkeiten des kantonalen Arbeitsamtes nach dem Zweck von Art. 335g OR nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden können.<sup>62</sup>

### 3. Sonderfrage: Kündigung trotz Vertragsverschlechterung

Im Sanierungsfall stimmt der Arbeitnehmer einer Vertragsänderung bzw. Vertragsverschlechterung (z.B. Lohnkürzung) regelmässig in der Erwartung zu, dadurch seinen eigenen Arbeitsplatz erhalten zu können. Seine Zustimmung knüpft er damit implizit oder gar ausdrücklich an die (resolutive) Bedingung, ihm werde zumindest mittelfristig nicht aus betrieblichen resp. in seiner Person liegenden Gründen gekündigt. Ist dem Arbeitgeber diese Bedingung bekannt bzw. muss er nach Treu und Glauben von einer solchen ausgehen, ist er daran gebunden.<sup>63</sup> Kündigt der Arbeitgeber daher später aus wirtschaftlichen Gründen, fällt die Vertragsanpassung ohne weiteres ex tunc dahin und der Arbeitnehmer hat Anspruch auf die ursprüngliche bzw. zuvor verzichtete Leistung.<sup>64</sup> Wie lange eine solche Bedingung wirkt, beurteilt sich im Einzelfall nach den konkreten Umständen.<sup>65</sup> Aus Rechtssicherheitsgründen können nach meinem Dafürhalten solche Bedingungen nicht ewig wirksam bleiben bzw. braucht es eine zeitliche Begrenzung.

Soweit keine Bedingung an die Vertragsanpassungen geknüpft wurde, stellt sich die Frage, ob die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Vertragsverschlechterung im Falle einer späteren Kündigung der Irrtumsanfechtung unterliegen könnte.<sup>66</sup> Voraussetzung dafür ist das Vorliegen eines qualifizierten Motivirr-

---

<sup>60</sup> Eingehend dazu Geiser, Massenentlassung, N 3.81, N 3.92 ff.; vgl. auch BGE 132 II 406.

<sup>61</sup> Von Kaenel, Grundlagen, 55.

<sup>62</sup> BGE 132 III 406 E. 2.5.

<sup>63</sup> Vgl. Gloor, 263.

<sup>64</sup> Kamber, N 236; Vischer/Müller, § 22 N 9 (betr. partieller Lohnverzicht).

<sup>65</sup> Vischer/Müller, § 22 N 9.

<sup>66</sup> So Gloor, 264; Kamber, N 237.

tums (Grundlagenirrtum, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). Die Frage, ob ein Irrtum über künftige Sachverhalte – i.c. über die Entwicklung der wirtschaftlichen Lage eines Arbeitgebers – wesentlich sein kann, ist nach wie vor umstritten.<sup>67</sup>

## IV. Sozialplan

Im Zuge gross angelegter Kündigungen kann seit 2014 sodann eine gesetzliche Sozialplanpflicht bestehen. Da das Gesetz die quantitativen Kriterien für das Vorliegen einer Sozialplanpflicht anders als für eine Massenentlassung definiert, muss nicht zwingend bei jeder Massenentlassung eine Pflicht zur Aufstellung eines Sozialplans bestehen. Es ist daher im Einzelnen zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines Sozialplans gegeben sind.

### I. Voraussetzungen

Für das Bestehen einer Verhandlungspflicht über die Aufstellung eines Sozialplans müssen zwei gesetzliche Quoren kumulativ erfüllt sein: *Der Arbeitgeber muss üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer* beschäftigen (Art. 335i Abs. 1 lit. a OR) und die Absicht haben, *mindestens 30 Kündigungen innert 30 Tagen auszusprechen, die in keinem Zusammenhang mit der Person der Arbeitnehmer stehen* (Art. 335i Abs. 1 lit. b OR).

Im Unterschied zur Massenentlassung werden beim Sozialplan somit zeitlich verteilte Kündigungen, die auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, bei der Bestimmung des Quorums zusammengezählt. Der Arbeitgeber kann den Abschluss eines Sozialplans somit nicht durch Staffelung von Kündigungen vermeiden.

Ob sich die Kündigungen auf dieselben betrieblichen bzw. wirtschaftlichen Motive stützen, ist im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen.<sup>68</sup> Dabei sind im Grundsatz zwei Fälle zu unterscheiden:<sup>69</sup> Entscheidet sich der Arbeitgeber bereits von Anfang an aus taktischen bzw. geschäftlichen Gründen, Entlassungen stufenweise in verschiedenen Phasen auszusprechen,<sup>70</sup> sind diese zu addieren. Nicht zusammenzuzählen sind Kündigungen indes dort, wo der Arbeitgeber in gutem Glauben zu einem früheren Zeitpunkt ein Reihe von Entlassungen ausgesprochen hat und erst

---

<sup>67</sup> Vgl. dazu Gauch et al., § 7 N 795 ff.

<sup>68</sup> Wyler/Heinzer, 559.

<sup>69</sup> Zum Ganzen Wyler/Heinzer, 559.

<sup>70</sup> Dies kann z.B. dann sinnvoll sein, wenn ein Unternehmen die Produktion schrittweise ins Ausland verlagert oder sich ein allmählicher Rückgang des Geschäftsgangs abzeichnet.

später infolge einer Neubeurteilung und im Rahmen neuer betrieblicher Massnahmen – wegen neuer Umstände oder weil sich die ursprünglich gestellten Prognosen nicht realisiert haben – erneut Kündigungen aussprechen muss.<sup>71</sup> Dort basieren die beiden Entlassungswellen nicht auf demselben (ersten) betrieblichen Entscheid, sondern ergeben sich aus zwei, voneinander losgelösten Beurteilungen der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens.<sup>72</sup> Den Beweis, dass die erneute Kündigungswelle keine bewusste Staffelung darstellt bzw. aufgrund neuer Umstände erfolgt, hat der Arbeitgeber zu erbringen.<sup>73</sup> Ein wichtiges Indiz spielt dabei der zeitliche Aspekt. Mit zunehmender Dauer nimmt die Wahrscheinlichkeit ab, dass Kündigungen auf demselben betrieblichen Grund fussen.<sup>74</sup>

## 2. Gegenstand und Vorgehen

*Inhaltlich* soll ein Sozialplan Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden können (Art. 335h Abs. 1 OR). Zu denken ist z.B. an die Anpassung von Kündigungsfristen, bezahlte Umschulungen, Stellenvermittlung oder Abfindungen und vorzeitige Pensionierungen.<sup>75</sup>

In der Praxis werden Sozialpläne aber wohl primär finanzielle Leistungen vorsehen. Denn meist wird die Aufstellung eines Sozialplans eine längere Zeitspanne beanspruchen und der Arbeitgeber kann trotz fehlendem bzw. noch nicht abgeschlossenem Sozialplan gültig kündigen, womit mit Abschluss des Sozialplans die Kündigungen regelmässig bereits rechtsgültig erfolgt sind. Insofern sind Massnahmen zur Vermeidung von Kündigungen sowie diverse nicht monetäre Leistungen meist obsolet (z.B. Anpassung der Kündigungsfrist, Unterstützung bei der Stellensuche und Umschulungen).<sup>76</sup>

---

<sup>71</sup> Brühwiler, Art. 335i N 2; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, 6499.

<sup>72</sup> Brühwiler, Art. 335i N 2.

<sup>73</sup> Wyler/Heinzer, 559.

<sup>74</sup> Wyler/Heinzer, 560, schlagen als eine Art Faustregel vor, ab einem Zeitraum von 6 Monaten – unter Vorbehalt gegenteiliger konkreter Umstände – das Vorliegen von gleichen betrieblichen Gründen grundsätzlich zu verneinen. Je weiter die Kündigungen auseinander liegen, desto sinnloser ist sodann ein nachträgliches Aufstellen eines Sozialplanes. Übliche Massnahmen eines Sozialplanes wie Anpassung der Kündigungsfrist, Hilfestellungen bei Bewerbungen, Umschulungen etc. für jene Arbeitnehmer, die im Rahmen einer früheren „Kündigungswelle“ entlassen wurden und unterdessen eine neue Stelle gefunden haben, laufen sonst ins Leere.

<sup>75</sup> Zu den möglichen Inhalten: Schwizer, 169 ff.

<sup>76</sup> Schwizer, 168.

Der vereinbarte Sozialplan hat den *Anspruch auf Gleichbehandlung* einzuhalten und darf den *Fortbestand des Betriebs nicht gefährden* (Art. 335h Abs. 2 OR). Offen lässt das Gesetz, ab wann Letzteres vorliegt. Nach hier vertretener Ansicht liegt der Sinn und Zweck dieser Schranke darin, dass der Betrieb – nicht das Gesamtunternehmen – trotz Sozialplanpflicht seine Konkurrenzfähigkeit behält und wie gewohnt am Markt teilnehmen kann. Art. 335h Abs. 2 OR legt bloss eine Obergrenze fest; die Arbeitnehmerseite hat nicht bis zu deren Ausreizung Anspruch auf übermässige Sozialplanleistungen. Letztere haben einzig die Funktion eines „Schadensausgleichs“ und nur im Ausnahmefall jene einer „Daseinsvorsorge“. Der Zweck eines Sozialplans besteht darin, die durch die Entlassung bedingten Nachteile abzufedern; übermässige und langfristige Entschädigungen sind nicht Zweck eines Sozialplanes.<sup>77</sup>

Auszuhandeln hat der Arbeitgeber den Sozialplan gemäss Art. 335i Abs. 3 lit. a-b OR mit dem gesetzlich vorgesehenen *Verhandlungspartner*. Auf Arbeitnehmerseite muss neben der Delegation des Verhandlungsmandats an eine oder mehrere Gewerkschaften auch jene an die Arbeitnehmervertretung zulässig sein.<sup>78</sup> Dies ist gerade dort sinnvoll, wo gleichzeitig eine Massenentlassung besteht und ein Konsultationsverfahren mit der Arbeitnehmervertretung durchzuführen ist. Diesfalls ist der Arbeitgeber nicht mit unterschiedlichen Ansprechpartnern konfrontiert und die beiden Verfahren können noch effizienter miteinander koordiniert werden.

Scheitern die Verhandlungen – das Gesetz lässt allerdings offen, wann dies der Fall ist –, müssen die Parteien ein *Schiedsgericht* anrufen (Art. 335j Abs. 1 OR), welches einen Sozialplan durch einen verbindlichen Schiedsspruch aufstellt (Art. 335j Abs. 2 OR). Für das Schiedsverfahren selbst hat der Gesetzgeber keine besonderen Verfahrensregeln erlassen, sondern verweist auf die allgemeinen Regeln zum Schiedsverfahren in Art. 353 ff. ZPO. Keine gesetzlichen Vorschriften bestehen ferner betreffend den *Inhalt des Schiedsspruchs*, womit der Ausgang des Schiedsverfahrens für die Arbeitgeber- wie auch Arbeitnehmerseite völlig offen ist.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, mit der Arbeitnehmerseite einen *vorsorglichen Sozialplan* zu vereinbaren.<sup>79</sup> Der vorsorgliche Sozialplan kann auch als blosser Rahmenvertrag geschlossen werden, der die gesetzliche Sozialplanpflicht konkretisiert und erst im konkreten Fall im Einzelnen näher ausgehandelt wird.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Zum Ganzen: Schwizer, 175.

<sup>78</sup> Geiser, Sozialplanpflicht, 822.

<sup>79</sup> Vgl. Schwizer, 200.

<sup>80</sup> Geiser, Sozialplanpflicht, 830.

Unklar ist, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen bei bereits bestehenden bzw. „vorsorglich“ vereinbarten Sozialplänen die gesetzliche Verhandlungspflicht entfällt. Weder das Gesetz noch die Materialien äussern sich dazu. Sind die gesetzlichen Vorgaben eingehalten und wurde der Sozialplan mit dem korrekten Verhandlungspartner abgeschlossen, besteht m.E. grundsätzlich kein Anspruch auf eine Neu- oder Nachverhandlung des bereits bestehenden Sozialplans.<sup>81</sup> Denn dem Gesetzgeber ging es einzig darum, dass in gewissen Konstellationen ein verbindlicher Sozialplan vorliegt und damit für eine soziale Abfederung bei betrieblichen Umstrukturierungen gesorgt ist.<sup>82</sup> Eine Nachverhandlung vorsorglicher Sozialpläne ist m.E. indes dort angebracht, wo sich die finanzielle Situation des Arbeitgebers insofern verschlechtert hat, als die vereinbarten Massnahmen den Fortbestand des Betriebs gefährden würden (vgl. Art. 335h Abs. 2 OR). Ob umgekehrt die Arbeitnehmerschaft Anspruch auf eine Neuverhandlung hat, wenn es dem Arbeitgeber finanziell besser geht als im Verhandlungszeitpunkt, ist dagegen fraglich. Zumindest darf nicht jede kleine wirtschaftliche Verbesserung einen Anspruch für Neuverhandlungen geben. Ansonsten würde die mit einem vorsorglichen Sozialplan erreichte Planbarkeit und Rechtssicherheit ins Leere laufen, was auch nicht im Interesse der Arbeitnehmer sein kann. Daher ist – in analoger Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* – nur dort neu zu verhandeln, wo sich die Umstände massgeblich und nicht vorhersehbar verändert haben und der Sozialplan nicht mehr angemessen erscheint.<sup>83</sup>

## V. Betriebsübergang

### 1. Überblick

Im Rahmen von Umstrukturierungen zu Sanierungszwecken kommt es regelmässig zur Veräusserung des Unternehmens oder von Teilen davon. Rechtsgeschäftlich kann ein solcher Betriebsübergang im Rahmen eines *asset deals* via Singularsukzession oder nach FusG via (partielle) Universalsukzession im Rahmen einer Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung erfolgen.

Das OR enthält in Art. 333 und Art. 333a Schutzbestimmungen für die vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer. Das FusG verweist für die Fusion (Art. 27 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 FusG), die Spaltung (Art. 76 Abs. 1 und Art. 50 i.V.m. Art. 28 FusG) und die Vermögensübertragung (Art. 76 Abs. 1 FusG und

---

<sup>81</sup> Gl.M. Blesi/Pietruszak, 56 f.; Licci, N 248.

<sup>82</sup> Vgl. Blesi/Pietruszak, 55.

<sup>83</sup> Vgl. Blesi/Pietruszak, 56 f.

Art. 77 Abs. 1 FusG) auf diese beiden Bestimmungen. Zusätzlich stellt das FusG eigene Bestimmungen betreffend Haftung und Sicherstellung der Forderungen der Arbeitnehmer sowie deren Mitwirkungsrechte auf.

## 2. Übergang der Arbeitsverhältnisse

### a) Arbeitsrechtlicher Übergang

Ausgangsfrage bei einem Betriebsübergang ist aus arbeitsrechtlicher Sicht stets, ob die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 333 Abs. 1 OR erfüllt sind. Dazu muss die organisatorische Leistungseinheit (1) auf einen Dritten (2) unter Wahrung der Betriebsidentität (3) übertragen werden.<sup>84</sup>

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, gehen sämtliche betriebszugehörigen<sup>85</sup> Arbeitsverhältnisse – unabhängig davon, ob der Betriebsübergang selbst via Singularsukzession oder im Rahmen des FusG erfolgt<sup>86</sup> – direkt nach Art. 333 Abs. 1 OR auf den Erwerber über.<sup>87</sup> Man spricht hier auch von einem *arbeitsrechtlichen Übergang*. Dieser Übergang erfolgt automatisch und zwingend. Veräusserer und Erwerber können nicht frei vereinbaren, welche Arbeitsverhältnisse übergehen; die Liste der übergehenden Arbeitsverhältnisse im Spaltungsvertrag/-plan oder Vermögensübertragungsvertrag hat bloss deklaratorische Wirkung. Der arbeitsrechtliche Übergang führt zum Fortbestand sämtlicher einzelvertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten.

Grundsätzlich möglich ist, diesen automatischen resp. zwingenden Übergang durch rechtzeitige Kündigung zu vermeiden. Unzulässig sind einzig Kündigungen, die bloss zur Umgehung des automatischen Übergangs ausgesprochen werden und nicht durch ökonomische, technische oder organisatorische Gründe gerechtfertigt sind.<sup>88</sup> Denkbar ist auch, mit dem Arbeitnehmer anlässlich eines bevorstehenden Betriebsübergangs einen Aufhebungsvertrag zu schliessen.<sup>89</sup> Mit Blick auf einen konkreten Betriebsübergang muss ferner die Vereinbarung zwischen Veräusserer und Arbeitnehmer zulässig sein, das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis fortzuführen und entsprechend

---

<sup>84</sup> Ausführlich zu den einzelnen Voraussetzungen: Schwizer, 208 ff.

<sup>85</sup> Zur Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses: Schwizer, 211 f.

<sup>86</sup> Als *lex specialis* hat Art. 333 Abs. 1 OR gegenüber den fusionsgesetzlichen Bestimmungen der Universalsukzession Vorrang (Wildhaber, 151 f.; Winkler, 37).

<sup>87</sup> Wildhaber, 147; Winkler, 38.

<sup>88</sup> BGE 136 III 552 E. 3.3.

<sup>89</sup> Kradolfer, 151 ff.; Wildhaber, 190.

vom automatischen Übergang auszunehmen.<sup>90</sup> Voraussetzung hier ist selbstverständlich, dass der Arbeitgeber nach dem Übergang des Betriebs(teils) weiterbesteht.

### b) *Fusionsgesetzlicher Übergang*

Liegt bei einer Umstrukturierung nach FusG kein Betriebsübergang i.S.v. Art. 333 OR vor, gehen die Arbeitsverhältnisse via Universalsukzession über (fusionsgesetzlicher Übergang).<sup>91</sup> Während bei der Fusion infolge Untergangs des übertragenden Rechtsträgers sämtliche Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber übergehen, bedarf es bei der Spaltung und Vermögensübertragung für den Übergang der Arbeitsverhältnisse der Aufnahme selbiger in die entsprechende Liste im Spaltungsvertrag/-plan oder im Vermögensübertragungsplan (vgl. Art. 37 lit. i bzw. Art. 71 Abs. 1 lit. e FusG). Die Liste der übergehenden Arbeitsverhältnisse ist damit nicht rein deklaratorisch. Vielmehr besteht die Möglichkeit, die Arbeitnehmer den an der Umstrukturierung beteiligten Rechtsträgern frei zuzuordnen.<sup>92</sup> Der fusionsgesetzliche Übergang führt zum Fortbestand sämtlicher im Inventar aufgeführten Rechte und Pflichten zwischen Veräusserer und Arbeitnehmer.<sup>93</sup>

## 3. **Ablehnungsrecht**

Der arbeitsrechtliche und der fusionsgesetzliche Übergang der Arbeitsverhältnisse stehen immer unter dem Vorbehalt, dass der einzelne Arbeitnehmer nicht von seinem gesetzlichen Ablehnungsrecht Gebrauch macht (Art. 333 Abs. 1 OR). Lehnt der Arbeitnehmer den Übergang ab, wird sein Vertragsverhältnis ex lege nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist auf den nächsten gesetzlichen Kündigungstermin aufgelöst, frühestens aber auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs.<sup>94</sup> Sofern die Kündigungsfrist erst nach Betriebsübergang endet, ist Art. 333 Abs. 2 OR insofern missverständlich, als auch das Arbeitsverhältnis eines den Übergang ablehnenden Arbeitnehmers bis zum

---

<sup>90</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 9; Kradolfer, 154; Wildhaber, 191; a.M. BGE 132 III 32 E. 4.2.2.4.

<sup>91</sup> Wildhaber, 151 f.; Winkler, 37.

<sup>92</sup> Wildhaber, 163; vgl. auch BSK FusG-Baumgartner/Oertle, Vor Art. 27 N 8.

<sup>93</sup> Vgl. Wildhaber, 201; Winkler, 66.

<sup>94</sup> BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 333 N 31; Kradolfer, 101; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333 N 12.

Ablauf der Kündigungsfrist auf den Erwerber übergeht (sog. gesetzlicher Vertragsübergang).<sup>95</sup> Arbeitnehmer und Erwerber sind bis dahin verpflichtet, den Arbeitsvertrag zu erfüllen (Art. 333 Abs. 2 OR)

#### 4. Folgen des Übergangs

Art. 333 Abs. 1 OR wie auch die fusionsgesetzlichen Arbeitnehmerschutzbestimmungen schaffen keinen verstärkten Inhaltsschutz. Dem früheren Arbeitgeber bleibt es grundsätzlich unbenommen, das Arbeitsverhältnis innerhalb der üblichen Schranken mit den entsprechenden Instrumenten vor der Übernahme des Betriebs anzupassen. Dasselbe gilt für den Erwerber nach Übergang der Arbeitsverhältnisse.<sup>96</sup>

Der Betriebsübergang führt zu einem „Schuldnerwechsel“ und der Erwerber haftet für sämtliche noch offenen und zukünftig entstehenden Forderungen aus den auf ihn übergegangenen Arbeitsverhältnissen.<sup>97</sup>

Daneben sieht Art. 333 Abs. 3 OR eine zeitlich und sachlich begrenzte Solidarhaftung für den Veräusserer vor. Dieser haftet mit dem Erwerber solidarisch für jene Arbeitnehmerforderungen, die vor dem Übergang fällig geworden sind und nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendet wird. Von dieser Haftung erfasst werden bloss Forderungen, die ihren Rechtsgrund im Arbeitsvertrag haben; ausservertragliche Ansprüche fallen nicht darunter.<sup>98</sup>

Bei Umstrukturierungen nach FusG bestehen für die Arbeitnehmer bzw. deren Forderungen ergänzende und konkretisierende Schutzbestimmungen. Soweit somit eine Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung vorliegt, ist im Einzelnen zu prüfen, welche spezifischen Rechte die Arbeitnehmer mit Blick auf ihre Forderungen haben.<sup>99</sup>

Zu prüfen ist bei einem Betriebsübergang ferner das Schicksal eines allfällig anwendbaren GAV oder einer Betriebsvereinbarung.<sup>100</sup> Soweit der GAV oder die Betriebsvereinbarung nicht aufgrund der Regeln des Kollektivrechts fortbestehen, kommt die Auffangregelung von Art. 333 Abs. 1<sup>bis</sup> OR zur Anwen-

---

<sup>95</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333 N 12; gl.M. Brühwiler, Art. 333 N 1.

<sup>96</sup> Zum Ganzen: Schwizer, 238 f.

<sup>97</sup> Schwizer, 239 f.

<sup>98</sup> Kradolfer, 226; Wildhaber, 227.

<sup>99</sup> Ausführlich dazu: Schwizer, 247 ff. mit tabellarischer Übersicht zu den Schutzbestimmungen nach FusG (255).

<sup>100</sup> Ausführlich dazu: Schwizer, 256 ff.

derung, welche einen zeitlich beschränkten Fortbestand auf individualrechtlicher Ebene vorsieht. Danach dürfen jene Arbeitsbedingungen, die auf einem GAV gründen, während eines Jahres nicht zuungunsten des Arbeitnehmers unter das GAV-Niveau geändert werden.<sup>101</sup>

## 5. Mitwirkungsrechte

Wie bei der Massenentlassung haben die Arbeitnehmer auch bei Betriebsübergängen Mitwirkungsrechte. Die Arbeitnehmer sind im Rahmen ihres Informationsrechts (Art. 333a Abs. 1 OR) über den *Grund des Übergangs* (Art. 333a Abs. 1 lit. a OR) und über *die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen* des Übergangs zu informieren (Art. 333a Abs. 1 lit. b OR).<sup>102</sup> Unter die rechtlichen Folgen fallen zunächst die Konsequenzen aus Art. 333 OR: der Übergang des Arbeitsverhältnisses, das Ablehnungsrecht der einzelnen Arbeitnehmer, die Weitergeltung eines allfälligen Kollektivvertrags (GAV und/oder Betriebsvereinbarung) sowie die solidarische Haftung.<sup>103</sup> Weiter besteht ein Informationsanspruch betreffend eine allfällige Änderung der Rechtsform des Betriebs sowie die Geltung neuer gesetzlicher oder branchenspezifischer Bestimmungen oder eines neuen GAV.<sup>104</sup> Über die wirtschaftlichen Folgen ist zu informieren, soweit diese für den Entscheid des Arbeitnehmers massgeblich sind. Dazu gehören z.B. Informationen über geplante Umstrukturierungen, den Wegfall von freiwilligen Leistungen oder Lohnanpassungen.<sup>105</sup> Informationen über die wirtschaftliche Lage des Erwerbers sind nur zu erteilen, falls die übernommenen Arbeitnehmer davon direkt betroffen sind bzw. die finanzielle Situation direkte Folgen für die Arbeitnehmer selbst hat.<sup>106</sup> Zu informieren ist bspw. über eine unmittelbar bevorstehende Zahlungsunfähigkeit des Erwerbers, da damit die Realisierbarkeit der auf den Erwerber übergehenden Verpflichtungen gefährdet ist.<sup>107</sup> Darüber hinaus besteht m.E. kein allgemeiner Anspruch auf Informationen über die wirtschaftliche Lage des Erwerbers. Auch ein Arbeitnehmer, der eine neue Stelle antritt, hat keinen Anspruch auf umfas-

---

<sup>101</sup> Geiser, arbeitsrechtliche Fragen, 171; vgl. auch Kradolfer, 198.

<sup>102</sup> Begrifflich lassen sich die Gründe oft nicht eindeutig voneinander trennen, was aber nicht notwendig ist, sofern materiell über sämtliche Folgen informiert wird (Wildhaber, 378).

<sup>103</sup> BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 333a N 3; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 4.

<sup>104</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 4.

<sup>105</sup> Bauer, 129; Wildhaber, 381.

<sup>106</sup> Bauer, 130; Wildhaber, 381.

<sup>107</sup> Bauer, 130; Wildhaber, 380 f. m.w.H.

sende Offenlegung der wirtschaftlichen Situation des Arbeitgebers.<sup>108</sup> Zu den sozialen Folgen zählen z.B. geplante Lohnreduktionen, Versetzungen, Änderungen der Arbeitszeit, Kurzarbeit oder Massenentlassungen.<sup>109</sup>

Sind infolge des Betriebsübergangs Massnahmen beabsichtigt, welche die Arbeitnehmer betreffen, wird die blossе Informations- zur Konsultationspflicht (Art. 333a Abs. 2 OR).<sup>110</sup> Die Arbeitnehmerseite soll so die Möglichkeit haben, auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen.<sup>111</sup>

Zu beachten ist, dass dort, wo mit einem Betriebsübergang eine Massenentlassung einhergeht, den Arbeitgeber grundsätzlich eine *doppelte Konsultationspflicht* trifft.<sup>112</sup> Die Arbeitnehmerschaft ist einerseits im Rahmen des Betriebsübergangs nach Art. 333a OR über die Massenentlassung als eine sie betreffende Massnahme, andererseits im Rahmen des Massenentlassungsverfahrens nach Art. 335f OR zu konsultieren.<sup>113</sup> Dabei sind beide Verfahren in diversen Punkten deckungsgleich. Es empfiehlt sich daher, diese Verfahren zu koordinieren, um eine unnötige Doppelspurigkeit zu vermeiden.<sup>114</sup>

Anders als bei Massenentlassungen sieht das OR beim Sozialplan keine Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Informations- und Konsultationspflicht vor. Der Betriebsübergang und die vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen sind trotz Verletzung von Art. 333a OR gültig.<sup>115</sup> Eine wirksame Sanktion bei einer Verletzung von Art. 333a OR sieht hingegen das FusG vor: die Klage auf Untertragung der Eintragung der Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung in das Handelsregister durch das Gericht (Art. 28 Abs. 3, Art. 50, Art. 77 Abs. 2 FusG). Da der Handelsregistereintrag konstitutive Wirkung hat, wird so die Umstrukturierung (vorerst) nicht rechtswirksam.<sup>116</sup>

## 6. Im Besonderen: Innerhalb der Insolvenz

Im Zuge der Revision des Sanierungsrechts 2014<sup>117</sup> wurde der Betriebsübergang während der Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG), im Rahmen eines

---

<sup>108</sup> So auch Bauer, 130; Wildhaber, 381.

<sup>109</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 4; Wildhaber, 382.

<sup>110</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 6.

<sup>111</sup> Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 333a N 8.

<sup>112</sup> Ferner kann neben einem Betriebsübergang und einer Massenentlassung auch die zusätzliche Pflicht bestehen, über einen Sozialplan zu verhandeln (vgl. Art. 335i OR).

<sup>113</sup> Vgl. dazu auch Licci, N 213 ff.

<sup>114</sup> Zum Ganzen: Schwizer, 277 f.

<sup>115</sup> Zum Ganzen: Schwizer, 278.

<sup>116</sup> Zum Ganzen: Schwizer, 281 f.

<sup>117</sup> Zum „neuen Sanierungsrecht“: Schwizer, 14 ff.

Konkurses (Art. 317 ff. SchKG), eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung (Art. 197 ff. SchKG) sowie – nach vorliegender Meinung<sup>118</sup> – während eines Konkursaufschubs mit Einführung von Art. 333b OR besonders geregelt.<sup>119,120</sup>

Art. 333b OR hält folgende zwei Abweichungen zu Art. 333 OR bereit:

Kernpunkt von Art. 333b OR ist der Ausschluss des zwingenden Übergangs sämtlicher betriebszugehöriger Arbeitsverhältnisse. In Abweichung zu Art. 333 OR können die Beteiligten im Sinne eines „cherry picking“ frei vereinbaren, welche Arbeitsverhältnisse im Zuge des Betriebsübergangs übergehen sollen.<sup>121</sup> Ist ein Übergang vereinbart, geht das Arbeitsverhältnis als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über.<sup>122</sup>

Art. 333b OR schliesst ferner die solidarische Haftung nach Art. 333 Abs. 3 OR aus. Dieser Haftungsausschluss ist nach vorliegender Ansicht wie folgt zu lesen: Der Erwerber haftet für sämtliche Forderungen der übernommenen Arbeitsverhältnisse, welche ab Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden sind, während der Veräusserer für alle Arbeitnehmerforderungen einzustehen hat, welche vor diesem Zeitpunkt entstanden sind („clean break“).<sup>123</sup>

Im Übrigen erklärt Art. 333b OR die Artikel Art. 333 und Art. 333a OR für sinn-gemäss anwendbar. So steht der Übergang der Arbeitsverhältnisse auch bei der Insolvenz des Arbeitgebers stets unter dem Vorbehalt, dass der Arbeitnehmer nicht von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch macht. Nach vorliegender Ansicht geht im Unterschied zum Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR der ablehnende Arbeitnehmer bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist allerdings nicht auf den Erwerber über, sondern verbleibt für die restliche Vertragsdauer beim Veräusserer.<sup>124</sup>

---

<sup>118</sup> Näher dazu: Schwizer, 308.

<sup>119</sup> Zur Rechtslage vor der Revision: Schwizer, 305 ff.

<sup>120</sup> Die Sonderbestimmung von Art. 333b OR ist m.E. auch auf fusionsgesetzliche Konstellationen anwendbar, wobei die praktischen Konsequenzen allerdings sehr beschränkt sind (ausführlich dazu: Schwizer, 320 ff.).

<sup>121</sup> Schwizer, 209; vgl. auch Ianni, 60.

<sup>122</sup> Schwizer, 310 m.w.H.

<sup>123</sup> Schwizer, 311 ff.

<sup>124</sup> Ausführlich dazu: Schwizer, 317 m.w.H.

## Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar, Obligationenrecht I: Art. 1–529 OR, in: Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Bearbeiter, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar, Fusionsgesetz, in: Watter Rolf et. al. (Hrsg.), 2. A., Basel 2015 (zit. BSK FusG-Bearbeiter, Art. XX, N YY).
- Bauer Olivier, Der Arbeitnehmerschutz im Fusionsgesetz, Basel 2007 (zit. Bauer).
- Berner Kommentar, der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, in: Rehbindler Manfred/Stöckli Jean-Fritz, 2. A., Bern 2014 (zit. BK OR-Bearbeiter, Art. XX, N YY).
- Blesi Alfred/Pietruszak Thomas, Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen: Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 47 ff.
- Cramer Conradin, Die Anpassung von Arbeitsverträgen mit und ohne Änderungskündigungen: Möglichkeiten für die Implementierung geänderter Arbeitsbedingungen, in: Bäni Eva-Maria/Obrist Angela (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 129 ff.
- Gauch Peter et al., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich 2014
- Geiser Thomas, Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht, in: ZBJV 2017, 818 ff. (zit. Geiser, Sozialplanpflicht).
- Geiser Thomas, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: Vito Roberto (Hrsg.), Sanierungen der AG: ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, Schriften zum neuen Aktienrecht, Band. 17, 2. A., Zürich 2003, 145 ff. (zit. Geiser, arbeitsrechtliche Fragen).
- Geiser Thomas, Massenentlassung, in: Münch Peter/Metz Markus (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassungen, 2. A., Basel 2012, 77 ff. (zit. Geiser, Massenentlassung).
- Geiser Thomas, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Leistungslohn, in: AJP 2001, 382 ff. (zit. Geiser, Aspekte).
- Geiser Thomas, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, in: AJP 1999, 60 ff. (zit. Geiser, Änderungskündigung).
- Geiser Thomas, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Flexibilisierung der Arbeit, in: AJP 1998, 1019 ff. (zit. Geiser, Rechtsprobleme).
- Geiser Thomas/Müller Roland/Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. A., Bern 2019.
- Gloor Werner, Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive, in : ARV 2008, 249 ff.
- Kamber Marco, Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht: Insbesondere die Rechtsprechung zur Missbräuchlichkeit, Basel 2014.
- Kradolfer Dean Andreas, Der Betriebsübergang – Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis, Zürich 2007.

- Licci Sara, Die Massenentlassung im schweizerischen Recht: Schwellenwerte, Konsultation und Sozialplan unter Berücksichtigung des Arbeitsrechts der Europäischen Union und des Arbeitsvölkerrechts, Zürich 2018.
- Rudolph Roger, Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag: Königsweg mit Absturzgefahr, in: TREX 2017, 112 ff. (zit. Rudolph, Aufhebungsvertrag).
- Rudolph Roger, Vertragsänderungen, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, 1 ff. (zit. Rudolph, Vertragsänderungen).
- Schwizer Marina, Arbeitsrechtliche Fragen bei der Sanierung des Arbeitgebers, Zürich/St. Gallen 2020.
- Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. A., Zürich 2012.
- Vischer Frank/Müller Roland M., Der Arbeitsvertrag, 4. A., Basel 2014.
- von Kaenel Adrian, Grundlagen der Massenentlassung und des Sozialplans, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, 33 ff. (zit. von Kaenel, Grundlagen).
- von Kaenel Adrian, Einseitige Vertragsänderungsrechte des Arbeitgebers, in: Wyler Rémy/Meier Anne/Marchand Sylvain (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genf 2015 (zit. von Kaenel, Vertragsänderungsrechte).
- Wildhaber Isabelle, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich 2011.
- Winkler Michael E., Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Zürich 2001.
- Wyler Rémy/Heinzer Boris, Droit du travail, 2. A., Bern 2014.

# Kotierte Gesellschaften in finanzieller Notlage

Alexander von Jeinsen

## Inhalt

I. Einführung.....	34
II. Voraussetzungen einer erfolgreichen Sanierung.....	35
1. Überzeugender Sanierungsplan.....	35
2. Verknüpfung der Beiträge verschiedener Stakeholder.....	36
3. Beruhigung der Märkte und Transaktionssicherheit.....	36
III. Publizität als Herausforderung.....	37
1. Finanzberichterstattung.....	37
2. Ad hoc-Publizität.....	38
a) Ursache der finanziellen Notlage.....	38
b) Ausprägungen der finanziellen Notlage.....	39
c) Sonderfall: Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsplan.....	40
d) Massnahmen zur Beseitigung der finanziellen Notlage.....	40
3. Darstellung im Prospekt.....	40
IV. Eigenkapitalaufnahme.....	41
1. Anker-Investor.....	42
a) Notwendigkeit einer Generalversammlung.....	43
b) Ausschluss von Bezugsrechten.....	43
c) Teilen von Insiderinformationen und Einfluss auf die Preisbildung.....	43
d) Ausgabe von Aktien oder Pflichtwandelanleihen.....	46
2. Beschleunigtes Bookbuilding-Verfahren.....	47
3. Bezugsrechtskapitalerhöhung.....	48
V. Restrukturierung von Anleihen.....	49
1. Hohe Zustimmungserfordernisse und komplexes Verfahren.....	49
2. Alternative Strukturierungen.....	50
3. Sonderfall: Debt-Equity-Swap.....	51
VI. Restrukturierung von (Bank-)Krediten.....	52
VII. Fazit.....	53
Literaturverzeichnis.....	53

## I. Einführung

Finanzielle Notlagen stellen eine der grössten Herausforderung im Leben einer Gesellschaft dar. Während die Ursachen vielfältig sein können, sind die rechtlichen Probleme und möglichen Lösungsansätze oft wiederkehrend. Für eine erfolgreiche Sanierung müssen in aller Regel Elemente der leistungswirtschaftlichen Sanierung mit Elementen der finanzwirtschaftlichen Sanierung kombiniert werden. Letztere sind typischerweise die Aufnahme von frischem (Eigen-)Kapital und die Restrukturierung von Fremdkapital durch Anpassung der entsprechenden Kredit- oder Anleihe-Bedingungen, etwa in Form von einem teilweisen Forderungsverzicht, der Stundung von Zins oder Tilgung oder der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (sog. *Debt-Equity-Swap*). Diese Massnahmen müssen oft unter erheblichem Zeitdruck mit mehreren Anspruchsgruppen (sog. *Stakeholder*) verhandelt werden. Hinzu kommt ein enormer persönlicher Druck auf die Entscheidungsträger sowohl bei der Gesellschaft als auch bei Investoren, die „richtige Entscheidung“ zu treffen. Die handelnden Personen bei Investoren, insbesondere die Entscheidungsträger bei Banken und Finanzinvestoren, müssen in der Lage sein, ihre Entscheidungen gegenüber ihren Kapitalgebern auch dann noch zu rechtfertigen, wenn sie sich im Nachhinein – mit *Hindsight-Bias* – als falsch herausstellen. Dies gilt gleichermassen auch für die Organe der Gesellschaft, für die zusätzlich noch erhebliche persönliche Haftungsrisiken hinzukommen. Die sich aus dieser Gemengelage erhebenden Herausforderungen gelten im Grundsatz für die Sanierung von privat gehaltenen und kotierten Gesellschaften in gleicher Weise.

Die Sanierung einer kotierten Gesellschaft birgt jedoch einige besondere Herausforderungen, denen sich der vorliegende Beitrag widmet. Ihm liegt folgende Ausgangslage zugrunde: Die sich in finanzieller Notlage befindende Gesellschaft ist eine Schweizer Aktiengesellschaft deren Aktien und ggf. Anleihen<sup>1</sup> an der SIX kotiert sind. Die Gesellschaft ist in finanziellen Schwierigkeiten, diese sind jedoch noch nicht so weit fortgeschritten, dass kein Zugang zum (Schweizer) Kapitalmarkt mehr besteht. Dies setzt insbesondere voraus, dass – ggf. unter Unterstellung der beabsichtigten Kapitalmarkttransaktion – eine positive Fortführungsprognose besteht und die Revisionsstelle ein mehr oder weniger uneingeschränktes Testat für den letzten Finanzabschluss erteilen kann. Ferner wird unterstellt, dass die Gesellschaft weder überschuldet noch zahlungsunfähig ist.

---

<sup>1</sup> Die Besonderheiten bei der Restrukturierung von durch öffentliche Zeichnung ausgegebenen Anleihen gelten dabei unabhängig davon, ob diese oder die Aktien der Gesellschaft kotiert sind.

Ausgehend von dieser Ausgangslage werden im Folgenden zunächst, vor die Klammer gezogen, die Voraussetzungen einer erfolgreichen Sanierung (siehe unten II.) und die Herausforderungen, die sich aus den verschiedenen Publizitätserfordernissen ergeben (vgl. unten III.) betrachtet. Im Anschluss werden die verschiedenen Aspekte der finanzwirtschaftlichen Sanierung diskutiert. Dies sind Möglichkeiten der Eigenmittelaufnahme (siehe unten IV.), der Restrukturierung von Anleihen (siehe unten V.) und der Restrukturierung von Krediten (siehe unten VI.). Nicht näher betrachtet werden Möglichkeiten der leistungswirtschaftlichen Sanierung, obwohl diese nahezu immer flankierend eingesetzt werden müssen. Da sich der Beitrag den Besonderheiten widmet, die für *kotierte* Gesellschaften gelten, werden die Pflichten des Verwaltungsrats in der Krise nicht näher betrachtet.<sup>2</sup>

## II. Voraussetzungen einer erfolgreichen Sanierung

Die praktischen Erfahrungen der letzten Jahre zeigen, dass es einige zentrale Voraussetzungen einer erfolgreichen Sanierung gibt, an denen sich die beabsichtigten Massnahmen der finanzwirtschaftlichen Sanierung messen lassen müssen.

### I. Überzeugender Sanierungsplan

Zunächst müssen der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung zusammen mit ihren Beratern eine *überzeugende und kohärente Strategie* entwickeln, um die Gesellschaft zu sanieren. Dieser sog. Sanierungsplan bzw. das Sanierungskonzept muss umfassend sein, also alle Aspekte der finanz- und leistungswirtschaftlichen Sanierung abdecken. Bei Eigenkapitalaufnahmen ist diese Strategie Teil der sog. *Equity Story*, also der „Story“, die Eigenkapitalgeber – die mit ihrer Investition in die Gesellschaft oft schon sehr viel Geld verloren haben – davon überzeugt, der Gesellschaft (erneut) Mittel zur Verfügung zu stellen.

Die Anforderungen an den Sanierungsplan sind vielfältig: Zuvorderst müssen Investoren davon überzeugt werden, dass die Strategie geeignet ist, die Probleme der Gesellschaft nachhaltig zu beseitigen. Ausgehend von den identifizierten Ursachen der Notlage kann die Strategie bspw. den Verkauf oder die sonstige Abwicklung eines defizitären Geschäftsbereichs, ein umfangreiches Kosteneinsparungsprogramm oder – im Extremfall – sogar die vollständige Umstellung des Geschäftsmodells umfassen. Beispiel für letzteres ist der von Meyer Burger im Sommer 2020 angekündigte umfassende Strategiewech-

---

<sup>2</sup> Vgl. hierzu ausführlich Schenker, 11 ff.

sel. Die Gesellschaft wird weiter nur dann in der Lage sein, neues Eigenkapital aufzunehmen, wenn die Investoren davon überzeugt sind, dass ihre Investition in absehbarer Zeit eine angemessene Rendite erwirtschaftet. Dazu müssen die Investoren auch davon überzeugt werden können, dass der angestrebte Betrag der Eigenkapitalaufnahme hinreichend, aber auch ausreichend ist, um den *Turnaround* zu finanzieren. Hierüber stritten sich bspw. Aryzta und deren spanischer Grossaktionär Cobas Asset Management im Herbst 2018. Schliesslich muss der Sanierungsplan typischerweise auch Beiträge aller Stakeholder beinhalten, da einzelne Interessengruppen in der Regel nur ungern allein „zur Kasse gebeten“ werden. Trotz der leicht unterschiedlichen Interessenlage gelten für Fremdkapitalgeber grundsätzlich dieselben Überlegungen. Sie wollen typischerweise vor allem auch einen Beitrag der Eigenkapitalgeber sehen und müssen von den Erfolgsaussichten des Sanierungsplans, sowohl hinsichtlich dessen Umsetzbarkeit als auch dessen Wirkung überzeugt sein.

## 2. Verknüpfung der Beiträge verschiedener Stakeholder

Aus rechtlicher Sicht wird das Interesse der verschiedenen Stakeholder, dass auch die anderen Stakeholder ihren Beitrag leisten, in der Regel über wechselseitige Bedingungen abgesichert. So kann bspw. das Wirksamwerden einer mit den Banken verhandelten Anpassung der Kreditbedingungen aufschiebend darauf bedingt werden, dass es der Gesellschaft gelingt, neue Eigenmittel in einem bestimmten Umfang aufzunehmen. Andersherum wäre es eine typische Bedingung für eine Eigenkapitalaufnahme bspw. durch einen neuen Anker-Investor oder ein Bankenkonsortium im Rahmen eines sog. *Volume Underwritings*, dass die Gesellschaft ihre Kredit- oder gar Anleihebedingungen erfolgreich restrukturiert.

## 3. Beruhigung der Märkte und Transaktionssicherheit

Die Gesellschaft muss sodann in der Lage sein, die Kapitalmärkte und die Öffentlichkeit zu beruhigen. Grundvoraussetzung dafür ist der überzeugende Sanierungsplan. Dieser muss jedoch auch *klar kommuniziert* werden. Von besonderer Bedeutung ist dabei, auch auf kritische Reaktionen vorbereitet zu sein und einen Alternativplan zur Hand zu haben, falls die Reaktion der Märkte oder einzelner Investoren anders ausfällt als erwartet (sog. *Contingency Planning*). So wurden etwa den Aktionären der Meyer Burger an der ausserordentlichen Generalversammlung im Sommer 2020 zwei Transaktionsvarianten zur

Abstimmung unterbreitet.<sup>3</sup> Die der Öffentlichkeit präsentierten Massnahmen sollten ausserdem bereits im Zeitpunkt der Kommunikation eine möglichst hohe Umsetzungswahrscheinlichkeit haben, um Spekulationen über die und Zweifel an der Umsetzbarkeit zu vermeiden. Transaktionsicherheit ist deshalb von entscheidender Bedeutung.

### III. Publizität als Herausforderung

Neben einem breiter gestreuten Aktionariat, stellen auch die verschiedenen für kotierte Gesellschaften geltenden Publizitätsanforderungen eine besondere Herausforderung für die Sanierung dar; anders als bei privat gehaltenen Gesellschaften, ist eine Sanierung im Stillen nicht möglich. „Schlechte Neuigkeiten“ können die Gesellschaft dabei aus zwei Gründen besonders treffen. Zunächst ergibt sich in der Regel ein direkter negativer Effekt auf den Aktien- und ggf. sogar Anleihekurs. Darüber hinaus können die publik werdenden Schwierigkeiten (ggf. verstärkt durch mediale Berichterstattung) Auswirkungen auf die Geschäftsbeziehungen der Gesellschaft haben. So können Lieferanten ihre Zahlungskonditionen anziehen oder Geschäftspartner Sicherheiten für Vorauszahlungen verlangen. Beides kann insbesondere die Liquiditätssituation der Gesellschaft weiter verschlechtern und/oder auch die Fremdkapitalkosten erhöhen.<sup>4</sup> Schliesslich setzt die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auch die Beteiligten einem erheblichen zusätzlichen Druck aus.<sup>5</sup> Publizitätsanforderungen ergeben sich dabei aus der Pflicht zur ordentlichen Finanzberichterstattung (siehe unten III.1.), der Pflicht zur ad hoc-Publizität (siehe unten III.2.) und ggf. aus der Pflicht zur Erstellung und Veröffentlichung eines Prospekts (siehe unten III.3.).

#### 1. Finanzberichterstattung

An der SIX kotierte Unternehmen sind verpflichtet, im Rahmen der ordentlichen Finanzberichterstattung zweimal jährlich ihre Finanzzahlen zu veröffentlichen (vgl. Art. 49 und Art. 50 des Kotierungsreglements der SIX; nachfolgend „KR“). Viele Gesellschaften publizieren darüber hinaus auf freiwilliger Basis auch Quartalszahlen. Entsprechend erhält die Öffentlichkeit mindestens zweimal, jedoch in der Regel viermal jährlich Einblick in die finanzielle Lage der Gesellschaft und kann sich eine Meinung über die Vermögens-, Finanz-

---

<sup>3</sup> Vgl. Einladung der Meyer Burger Technology AG vom 19. Juni 2020 zur ausserordentlichen Generalversammlung.

<sup>4</sup> Vgl. auch Schenker, 28; Rampini/Rhode, 46.

<sup>5</sup> Vgl. Schenker, 11.

und Ertragslage der Gesellschaft bilden. Hinzukommt, dass die Gesellschaft gem. Art. 52 Abs. 2 KR auch verpflichtet ist, einen Unternehmenskalender mit den geplanten Terminen für die Publikation der Jahres- und der Zwischenabschlüsse zu veröffentlichen. Entsprechend werden auch Verzögerungen bei der Erstellung der Finanzberichte, die bei finanziellen Schwierigkeiten nicht selten sind und etwa die Fortführungsprognose oder Fragen eines möglichen *Impairment* bestimmter Vermögensgegenstände betreffen können, sehr schnell bekannt und können das Misstrauen des Marktes schüren.

## 2. Ad hoc-Publizität

Neben der Pflicht zur ordentlichen Finanzberichterstattung unterliegen kotierte Gesellschaften der sog. ad hoc-Publizität. Gem. Art. 53 Abs. 1 KR besteht die Pflicht, den Markt über kursrelevante Tatsachen, welche in ihrem Tätigkeitsbereich eingetreten sind zu informieren. Sofern kein Bekanntgabenaufschub (vgl. Art. 54 KR) möglich ist, muss die Information dabei erfolgen, sobald die Gesellschaft von der Tatsache in ihren wesentlichen Punkten Kenntnis hat. Im Zusammenhang mit einer finanziellen Notlage, kann sich eine Pflicht zur Veröffentlichung einer ad hoc-Meldung aus verschiedenen Aspekten ergeben:

### a) *Ursache der finanziellen Notlage*

Auch wenn die Ursachen der Krise oftmals eine Aneinanderkettung verschiedener Probleme sind, kann die finanzielle Notlage der Gesellschaft durch ein singuläres oder mehrere zusammenhängende Ereignisse ausgelöst oder signifikant verschlechtert werden. Eine abschliessende Liste solcher Ereignisse gibt es nicht, aber mögliche Beispiele mögen die Zerstörung oder Beschädigung einer wesentlichen Produktionsstätte durch Brand oder Überflutung, die Kündigung eines zentralen Vertrages durch einen Vertragspartner, die Fehlerhaftigkeit eines bedeutenden Produkts, die Einleitung eines wesentlichen Gerichts- oder Behördenverfahrens oder die Geltendmachung einer wesentlichen Forderung durch einen Geschäftspartner sein. Gerade in Fällen, bei denen zunächst unklar ist, ob es überhaupt bzw. in welcher Höhe es zu einer finanziellen Belastung der Gesellschaft kommen wird, können die Entscheidungsträger mit schwierigen Abgrenzungsfragen konfrontiert werden, wann die Schwelle zur kursrelevanten Tatsache überschritten ist. Bei Gerichtsfällen

von erheblicher Tragweite empfiehlt die SIX, den Markt sowohl bei Kenntnis der Einleitung des Verfahrens als auch bei Kenntnis des Ausgangs zu informieren.<sup>6</sup>

b) *Ausprägungen der finanziellen Notlage*

Unabhängig von den eigentlichen Ursachen, zeigt sich die finanzielle Notlage der Gesellschaft in aller Regel spätestens mit einer Gewinnwarnung bzw. einem Gewinneinbruch, einer wesentlichen Reduktion der liquiden Mittel und/oder weiteren Anzeichen der Krise.

Unter einer *Gewinnwarnung* wird eine ad hoc-Mitteilung der Gesellschaft verstanden, dass der voraussehbare Gewinn oder Verlust, den vom Emittenten selbst im Markt geweckten Erwartungen nicht entsprechen wird. Es handelt sich also um die Korrektur einer früheren *eigenen* Prognose. Nach Praxis der SIX muss die Gesellschaft nur dann eine Gewinnwarnung publizieren, wenn sie die Erwartungshaltung der Marktteilnehmer *selbst* geweckt hat und wenn zudem das Geschäftsergebnis voraussichtlich *nennenswert* von den früheren Prognosen der Gesellschaft abweicht. Je präziser Prognosen abgegeben werden, desto grösser ist ein allfälliger Korrekturbedarf.<sup>7</sup>

Hat die Gesellschaft selbst keine Erwartungen geweckt, kann sich eine Pflicht zur Veröffentlichung einer ad hoc-Meldung aufgrund eines *Gewinneinbruchs* ergeben. Dies ist der Fall, wenn der voraussichtlich zu erreichende bzw. erreichte Gewinn/Verlust in *erheblicher Weise* vom Gewinn/Verlust abweicht, der in der Vorjahresperiode erzielt wurde.

Weitere typische Auswirkungen bzw. Anzeichen einer Krise, die eine Pflicht zur Veröffentlichung einer ad hoc-Meldung nach sich ziehen können, sind eine wesentliche Reduktion der liquiden Mittel<sup>8</sup> sowie Einschränkungen im oder Verweigerung des Testats der externen Revisionsstelle<sup>9</sup>. In all diesen Fällen dürfte ein Bekanntgabeaufschub im Regelfall nicht möglich sein.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Kommentar zur RLAhP, Rz. 43.

<sup>7</sup> Kommentar zur RLAhP, Rz. 76 ff.

<sup>8</sup> Kommentar zur RLAhP, Rz. 62.

<sup>9</sup> Kommentar zur RLAhP, Rz. 70.

<sup>10</sup> Vgl. ausdrücklich zur Gewinnwarnung bzw. zum Gewinneinbruch Kommentar zur RLAhP, Rz. 187.

c) *Sonderfall: Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungsplan*

Während die bisher diskutierten Tatsachen einzelne Ursachen und Anzeichen der finanziellen Notlage der Gesellschaft betreffen, ist auch die grundsätzliche Feststellung der *Sanierungsbedürftigkeit* des Unternehmens als potenziell kursrelevante Tatsache zu qualifizieren. Die öffentliche Bekanntgabe dieser Tatsache ist jedoch geeignet, laufende Sanierungsbemühungen zu erschweren oder sogar deren erfolgreiche Umsetzung zu verhindern. Auch wenn die Sanierungsbedürftigkeit technisch gesehen weder auf einem Plan noch auf einem Entschluss des Emittenten beruht, erkennt die SIX an, dass die Inanspruchnahme eines Bekanntgabeaufschubs in dieser aussergewöhnlichen Situation zwingend geboten ist, wenn die Gesellschaft einen Sanierungsplan ausarbeitet. Wäre dies nicht möglich, könnte die Bekanntgabe der Sanierungsbedürftigkeit jegliche Sanierungsbemühungen im Keim ersticken. Die SIX ermöglicht also grundsätzlich, das „Problem gleichzeitig mit der Lösung zu präsentieren“<sup>11,12</sup>.

Die Bedeutung dieser Regelung für die Praxis sollte jedoch nicht überbewertet werden, da es nur selten vorkommen dürfte, dass der Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsleitung die Sanierungsbedürftigkeit erkennen, ohne dass sich bereits vorher eines oder mehrere Anzeichen der Krise, wie eine Gewinnwarnung oder einer wesentlichen Reduktion der liquiden Mittel, gezeigt haben.

d) *Massnahmen zur Beseitigung der finanziellen Notlage*

Schliesslich können auch verschiedene Massnahmen der Umsetzung des Sanierungsplans eine Pflicht zur ad hoc-Meldung auslösen. Dies können bspw. Restrukturierungen, Kapitalveränderungen,<sup>13</sup> der Einstieg eines neuen Investors oder die Verfolgung einer neuen Strategie sein<sup>14</sup>.

### 3. **Darstellung im Prospekt**

Sofern gem. Art. 35 FIDLEG im Zusammenhang mit einer Eigen- oder Fremdkapitalaufnahme ein Prospekt zu veröffentlichen ist, ergibt sich hieraus eine weitere Publizitätsanforderung. Anders als bei der Pflicht zur ad hoc-Publizität steht hier weniger der Zeitpunkt der Information als vielmehr der Detailgrad der Offenlegung im Vordergrund.

---

<sup>11</sup> Vgl. Rampini/Rohde, 44.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu auch Hsu, 214 f.

<sup>13</sup> Kommentar zur RLAhP, Rz 55.

<sup>14</sup> Kommentar zur RLAhP, Rz 73.

Gem. Art. 40 Abs. 1 lit. a FIDLEG muss der Prospekt insbesondere die für einen Entscheid der Anlegerin oder des Anlegers wesentlichen Angaben zum Emittenten enthalten. Dies umfasst namentlich, unter anderem, Angaben zu den Finanzzahlen, zur Geschäftslage und zu wesentlichen Perspektiven und Risiken. In einem im Zusammenhang mit einer Sanierungstransaktion veröffentlichten Prospekt sollten deshalb insbesondere die Ursachen der Krise, die wesentlichen Elemente des Sanierungsplans und die mit dessen Umsetzen verbundenen Risiken und Chancen *umfassend* dargestellt werden. Insbesondere in den sog. Risikofaktoren sollte der Anlegerin bzw. dem Anleger in der Regel *unmissverständlich* klargemacht werden, dass der Erfolg der Sanierung keineswegs sicher ist und welche Folgen sich aus einem Scheitern der Sanierungsbemühungen ergeben können. Dies kann so weit gehen, ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass in diesem Fall ein Konkurs der Gesellschaft wahrscheinlich und die Anlegerin bzw. der Anleger einem Totalverlustrisiko ausgesetzt ist.<sup>15</sup>

#### IV. Eigenkapitalaufnahme

Eine Stärkung der Eigenkapitalbasis ist meistens eine der wesentlichen Voraussetzungen einer erfolgreichen Sanierung, da sie der Gesellschaft frische Mittel zuführt und eine Reduktion der Verschuldung (*leverage*) und damit ggf. eine Verbesserung des Ratings bewirkt. Sie kann sich ausserdem positiv auf die Zinslast auswirken und verbessert die Kreditwürdigkeit gegenüber Geschäftspartnern. Zentrale Voraussetzungen einer erfolgreichen Eigenkapitalaufnahme sind dabei zum einen eine überzeugende *Equity Story* und zum anderen eine grösstmögliche Transaktionssicherheit ab Ankündigung der Transaktion. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass in diesem Zusammenhang auch eine deklaratorische Kapitalherabsetzung notwendig sein kann, die im Folgenden jedoch nicht näher betrachtet werden soll.<sup>16</sup>

Abhängig von der Anzahl der Investoren und der Transaktionsform kommen für kotierte Gesellschaften grob drei Arten der Eigenkapitalaufnahme in Betracht, die teilweise auch miteinander kombiniert werden können. Dies sind die Investition eines einzelnen neuen Grossinvestors (sog. Anker-Investor)<sup>17</sup>, die Kapitalaufnahme im Rahmen eines beschleunigten Bookbuilding-Verfahrens und eine Bezugsrechtskapitalerhöhung. Welche Transaktionsform vorzugswürdig ist, hängt davon ab, wie hoch der Eigenkapitalbedarf ist und ob

---

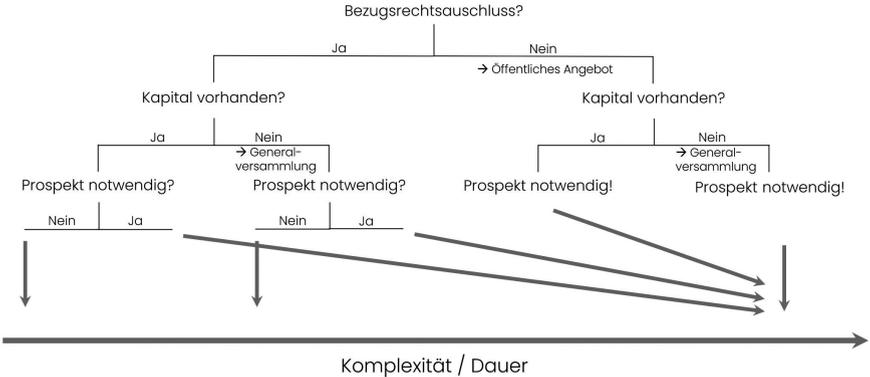
<sup>15</sup> Vgl. auch Schenker, 34.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu ausführlich Schenker, 37 ff.

<sup>17</sup> Denkbar ist natürlich auch, dass ein bestehender Grossaktionär seinen Anteil erhöht.

überhaupt mehrere Optionen zur Verfügung stehen. So kann eine Gesellschaft, die einen sehr hohen Kapitalbedarf hat, aber keinen passenden Anker-Investor findet, faktisch gezwungen sein, eine Bezugsrechtskapitalerhöhung durchzuführen. Ebenso kann ein Bookbuilding-Verfahren ausscheiden, wenn die Statuten nicht das erforderliche Kapital bereitstellen.

Die Komplexität und Dauer der Umsetzung hängt dabei neben der Art und der Höhe des Investments auch von den Möglichkeiten der Kapitalaufnahme und der Transaktionsform ab. Im Wesentlichen stellen sich drei Weichenstellungen:



**1. Anker-Investor**

Ein möglicher Weg der Eigenkapitalaufnahme ist der Einstieg eines (neuen) Anker-Investors, also eines Investors, der ein signifikantes Aktienpaket zeichnet. Dieses wird in der Regel mindestens 10% des Aktienkapitals der Gesellschaft betragen. Prominenteste Beispiele der letzten Jahre sind wohl der Einstieg Warren Buffets bei der Swiss Re im Jahr 2009 im Nachgang der Finanzkrise und der Einstieg von James Murdoch bei der MCH Group im Zuge der Covid-19-Pandemie im Jahr 2020.

Diese Transaktionsvariante hat zahlreiche Vorteile für die Gesellschaft. Zunächst sendet die Ankündigung des signifikanten Einstiegs eines namhaften Investors ein starkes Marktsignal. Der regelmässig langfristige(re) Anlagehorizont des Investors bringt für die Gesellschaft zusätzliche Stabilität mit sich. Über die Entsendung eines Vertreters des Anker-Aktionärs in den Verwaltungsrat, kann die Gesellschaft ggf. ausserdem von der fachlichen Expertise erfahrener Personen profitieren. Alles dies kann hilfreich sein, die Märkte zu

beruhigen. Da die Gesellschaft die geplante Beteiligung des Anker-Investors in aller Regel erst nach der verbindlichen Unterzeichnung der entsprechenden Verträge bekanntgeben wird, bringt diese Transaktionsvariante oft eine vergleichbar hohe Transaktionssicherheit mit. Sofern die Gesellschaft über ausreichend genehmigtes oder bedingtes Kapital verfügt, lässt sich die Transaktion schliesslich auch sehr schnell vollziehen. Je nach Ausgestaltung der Investition stellen sich jedoch einige rechtliche Herausforderungen:

a) *Notwendigkeit einer Generalversammlung*

Sofern die Statuten der Gesellschaft nicht über ein ausreichendes genehmigtes oder bedingtes Kapital verfügen, um die vom Anker-Investor zu zeichnenden Aktien zu schaffen oder wenn sonstige Beschlüsse zu fällen sind, die in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fallen (wie bspw. die Einführung eines (selektiven) Opting-Outs oder die Wahl eines Vertreters des Anker-Investors in den Verwaltungsrat), muss die Gesellschaft eine Generalversammlung durchführen. Dies kann die Transaktionsunsicherheit erheblich erhöhen und den Erfolg der Sanierung gefährden. In diesem Zusammenhang wirkt sich der Trend der letzten Jahre, aufgrund der Empfehlungen der sog. Proxy-Advisor immer weniger genehmigtes oder bedingtes Kapital zu schaffen, nachteilig auf die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft in der Krise aus. Hinzu kommt, dass einzelne, insb. sog. aktivistische Aktionäre, Stimmung gegen die geplanten Beschlüsse machen können. Die damit einhergehende mediale Berichterstattung ist oft nicht im Interesse der Gesellschaft und kann die Erfolgsaussichten der Sanierung mindern.

b) *Ausschluss von Bezugsrechten*

Die Aufnahme eines Anker-Investors erfordert zwingend den Ausschluss von Bezugsrechten (bzw. Vorwegzeichnungsrechten sofern die Investition über Pflichtwandelanleihen erfolgt). Eine entsprechende statutarische Grundlage unterstellt – diese kann bspw. die Ausgabe von Aktien zum Zwecke der Erweiterung des Aktionärskreises oder zur Beteiligung von strategischen Partnern vorsehen –, sollte dies in der Regel keine grösseren Probleme mit sich bringen. Sofern an einer Generalversammlung über die Kapitalerhöhung abgestimmt wird, müssen die Aktionäre dem Ausschluss mit einer qualifizierten Mehrheit zustimmen; Art. 704 Abs. 1 Nr. 6 OR.

c) *Teilen von Insiderinformationen und Einfluss auf die Preisbildung*

Der Anker-Investor wird als Basis seiner Investitionsentscheidung eine umfangreiche Due Diligence durchführen. Die Zurverfügungstellung umfang-

reicher, nicht-öffentlicher Informationen seitens der Gesellschaft ist in aller Regel durch das erhebliche Interesse der Gesellschaft am Einstieg des Investors gerechtfertigt. Erforderlich ist jedoch in jedem Fall der vorherige Abschluss einer Vertraulichkeitsvereinbarung, die ggf. auch einen sog. *Standstill*, also eine vertragliche Verpflichtung des möglichen Anker-Investors, für einen bestimmten Zeitraum keine Aktien, Wertpapiere, Derivate oder ähnliche relevante Instrumente zu kaufen, zu verkaufen oder einzusetzen, enthalten sollte.

Neben der Zurverfügungstellung nicht-öffentlicher Informationen seitens der Gesellschaft, stellt sich teilweise auch die Frage, ob dem möglichen Anker-Investor auch Insiderinformationen im Sinne des Art. 2 lit. j FinfraG zur Verfügung gestellt werden dürfen. Zunächst sollte in diesem Zusammenhang nicht vorschnell vom Vorliegen einer Insiderinformation ausgegangen werden. So sind Informationen nicht schon allein deshalb eine Insiderinformation, weil die Informationen detaillierter sind als die Informationen, die öffentlich zugänglich sind. So ist bspw. das Budget einer Gesellschaft zwar selbstverständlich hoch vertraulich und äusserst sensibel. Es enthält jedoch in der Regel keine Insiderinformationen, da ansonsten Management-Transaktionen auch ausserhalb der Blackout-Perioden unzulässig wären. Dies gilt insbesondere, wenn die Gesellschaft die Kernaussagen des Budgets über die sog. *Guidance* öffentlich kommuniziert hat.

Allerdings können etwa Aspekte des Sanierungsplans, wie die geplante Veräusserung eines Geschäftsbereichs, eine Insiderinformation darstellen. Unter Berufung auf Art. 128 lit. b FinfraV ist es, bei Einhaltung der entsprechenden formellen Voraussetzungen, in aller Regel unproblematisch, dem potentiellen Anker-Investor diese Information zukommen zu lassen, da die Mitteilung dieser Informationen für den Vertragsschluss mit dem Anker-Investor unerlässlich ist.<sup>18</sup> Rechtliche Herausforderungen ergeben sich in diesem Zusammenhang entsprechend weniger im Hinblick auf die Frage, ob die Mitteilung der Information zulässig ist, sondern, ob der Anker-Investor seinen Entschluss in die Gesellschaft zu investieren auf Basis von Insiderinformation trifft bzw. treffen darf. Da der Anker-Investor technisch gesehen im Zeitpunkt des Entschlusses über zwei Typen von Insiderinformationen verfügt, ist an sich wie folgt zu differenzieren.<sup>19</sup>

Zunächst kann schon die geplante Investition des Anker-Investors für sich genommen eine Insiderinformation darstellen. In Sanierungssituationen dürfte dies regelmässig der Fall sein, weil das signifikante Investment eines

---

<sup>18</sup> Vgl. zum Begriff BSK FinfraG-Hanslin et al., nach Art. 142 f., Rz. 58.

<sup>19</sup> Vgl. zum Thema auch ausführlich Krämer, 167 ff.

(namhaften) Investors bereits für sich genommen kursrelevant sein dürfte. Der Anker-Investor trifft seine Anlageentscheidung zwangsläufig in Kenntnis dieser (noch vertraulichen) Information. Da es insoweit um die Umsetzung seines eigenen Entschlusses geht, kann er sich insoweit auf den *safe harbour* in Art. 127 lit. a FinfraV berufen.<sup>20</sup>

Der Anker-Investor ist jedoch, wie gezeigt, ggf. im Besitz weiterer Insiderinformationen. Daher kann sich in Sanierungssituationen folgende prekäre Situation ergeben: Unterstellt der Sanierungsplan sieht die Veräusserung eines defizitären Geschäftsbereichs vor, erfordert aber auch eine Eigenkapitalaufnahme von CHF 50 Millionen. Ist der Anker-Investor bereit, diesen Betrag zu investieren, weil er von den Erfolgsaussichten des Sanierungsplans überzeugt ist, ermöglicht seine Investition erst die Umsetzung des Sanierungsplans bzw. konkret der Veräusserung des Geschäftsbereichs. Der Investor legt aber diese Insiderinformation seiner Anlageentscheidung zugrunde bzw. lässt diese in seine Bewertung der Gesellschaft einfließen. Im Hinblick auf die zeitliche Abfolge des Abschlusses des Vertrags, die Festlegung des Preises pro Aktie und der Kommunikation im Markt (dem sog. *Cleansing*) stehen in diesem Zusammenhang theoretisch drei Möglichkeiten zur Verfügung:

- Die Gesellschaft kann zunächst nur den Sanierungsplan kommunizieren, also dem Markt bekannt geben, dass der Verkauf des Geschäftsbereichs und eine Eigenmittelaufnahme beabsichtigt ist, ohne bereits darzulegen, woher die Mittel kommen. Der Vertrag mit dem Anker-Investor würde erst im Nachgang unterzeichnet, damit der Preis auf Basis eines Aktienkurses festgelegt werden kann, der diese Information bereits einpreist. Diese Variante hat für die Gesellschaft den grossen Nachteil, dass sie nicht kommunizieren kann, dass der Sanierungsplan mit einiger Wahrscheinlichkeit auch erfolgreich umgesetzt werden kann. Ausserdem riskiert die Gesellschaft, dass sie den Markt informiert, und der Vertrag mit dem Anker-Investor letztlich nicht zustande kommt, weil sich dieser noch keiner bindenden Verpflichtung unterworfen hat, die Aktien zu zeichnen. Dies kann die Erfolgsaussichten der Sanierung erheblich gefährden und ist in der Regel für die Gesellschaft nicht akzeptabel.
- Die Gesellschaft kann den Sanierungsplan und den geplanten Einstieg des Anker-Investors gleichzeitig kommunizieren, wobei der Preis, zu dem der Anker-Investor investiert, erst im Nachgang zu dieser Kommunikation anhand eines im Vertrag beschriebenen Mechanismus festgelegt wird. Dies hat den Vorteil, dass die Insiderinformation zwar Einfluss auf die Anlageentscheidung hat, aber der Anker-Investor diese nicht ausnutzen kann.

---

<sup>20</sup> BSK FinfraG-Hanslin et al., auch Art. 142 f., Rz. 44.

Diese Variante hat für den Anker-Investor jedoch einen gravierenden Nachteil: Unterstellt die Aussicht auf die Sanierung hat einen positiven Effekt auf den Aktienkurs, muss man wohl davon ausgehen, dass sich dieser aus zwei Elementen ergibt: Zum einen wird der Markt positiv bewerten, dass die Gesellschaft den defizitären Geschäftsbereich verkauft; zum anderen wird der Einstieg des (namhaften) Investors einen positiven Effekt auf den Aktienkurs haben. Wenn die Kommunikation zeitgleich erfolgt, lässt sich nicht ermitteln, welcher Teil des Kursanstiegs auf welchen Aspekt zurückzuführen ist. Wenn der Kaufpreis erst festgelegt wird, nachdem diese Informationen vom Markt aufgenommen wurden, wird der Investor über einen höheren Preis für beide Aspekte „bestraft“ und kann ihn davon abhalten, die Investition zu tätigen.

- Schliesslich kann die Gesellschaft den Sanierungsplan und den geplanten Einstieg des Anker-Investors gleichzeitig kommunizieren, wobei der Preis, zu dem der Anker-Investor investiert, bereits festgelegt wurde. Diese Variante hat den Nachteil, dass der Anker-Investor sich ggf. dem Vorwurf aussetzt, er habe eine Insiderinformation ausgenützt.

Keine dieser Varianten ist geeignet, die prekäre Situation befriedigend zu lösen. Variante 1 geht zu Lasten der Gesellschaft, Variante 2 zu Lasten des Anker-Investors und Variante 3 zu Lasten des Marktes. Meines Erachtens sollte das Dilemma aufgelöst werden, indem man den Transaktionsentscheid des Anker-Investors als Einheit betrachtet und es zulässt, dass der Anker-Investor seine Anlagenentscheidung in Kenntnis eines weiteren Ereignisses trifft, das er selbst erst ermöglicht.<sup>21</sup> Dieser Aspekt wird damit m.E. zum Bestandteil der Umsetzung seines eigenen Anlageentscheids. Dafür spricht insbesondere, dass sein Vertragspartner – die Gesellschaft – über die gleiche Information verfügt und damit sichergestellt ist, dass der Anker-Investor den Informationsvorsprung nicht ausnutzen kann. Damit scheidet sowohl ein Verstoss gegen Art. 142 Abs. 1 lit. a FinfraG als auch nach Art. 154 Abs. 1 lit. a FinfraG aus, obwohl dieser Fall nicht vom Wortlaut des *safe harbour* in Art. 127 lit. a FinfraV gedeckt ist.

#### *d) Ausgabe von Aktien oder Pflichtwandelanleihen*

Die Investition des Anker-Investors kann als Ausgabe von Aktien oder von Pflichtwandelanleihen ausgestaltet werden. Beide Alternativen haben gewisse Vor- und Nachteile, die nachfolgend kurz zusammengefasst sind:

---

<sup>21</sup> Vgl. zum Thema auch: Bühler/Häring, 456 ff.

Ausgabe von Pflichtwandelanleihen	Ausgabe von Aktien
<p>Strukturierung als Pflichtwandelanleihe hat zahlreiche Vorteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Kein Prospekt, wenn bedingtes Kapital formell kotiert ist</li> <li>✓ Schafft Zeit zur Einholung etwaiger Kartellfreigaben</li> <li>✓ Erleichterung der Preisfindung, wenn Preis / Ratio angepasst werden können</li> <li>➢ Vorzugswürdig, wenn Investment vor zusätzlicher Kapitalerhöhung durchgeführt werden soll</li> <li>➢ Erfordert ausreichend bedingtes Kapital</li> <li>➢ Wichtig, dass Struktur die Behandlung als Eigenkapital aus Rechnungslegungs- und Rating Perspektive erlaubt</li> </ul>	<p>Kombination mit Bezugsrechtskapitalerhöhung kann schwierig sein:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>X Investoren in der Regel nicht bereit Aktien zu zeichnen bevor die Ergebnisse der Kapitalerhöhung bekannt sind</li> <li>X Garantierte Allokation bei <i>Discounted Rights Issue</i> in der Regel nicht möglich</li> <li>✓ Kombination mit separater Tranche möglich</li> <li>➢ Schaffung der Aktien aus genehmigtem Kapital vorzugswürdig</li> <li>➢ Wenn ordentliche Kapitalerhöhung notwendig ist, sollte verbindliche Zusage des Investors vor Einladung zur Generalversammlung vorliegen</li> </ul>

Vor allem bei grösseren Investitionen hat sich die Ausgabe von Pflichtwandelanleihen bewährt, da diese keine Stimmrechte vermitteln und entsprechend schon vor der Erteilung etwaiger Kartellfreigaben ausgegeben werden können. In diesem Zusammenhang ist jedoch wichtig, die Bedingungen der Pflichtwandelanleihen so auszugestalten, dass das ausgegebene Kapital aus Rechnungslegungs- und Rating-Perspektive als Eigenkapital behandelt werden kann.

## 2. Beschleunigtes Bookbuilding-Verfahren

Eine schnelle und flexible Möglichkeit der Eigenkapitalaufnahme stellt das sog. beschleunigte Bookbuilding-Verfahren (*Accelerated Bookbuilding*) dar, bei dem die neuen Aktien in aller Regel aus dem genehmigten Kapital ausgegeben werden. Da die neuen Aktien bei dieser Transaktionsvariante nur bei professionellen Kunden platziert werden und in der Regel, gemessen am bestehenden Kapital, weniger als 20% neue Aktien ausgegeben werden, besteht keine Prospektpflicht (Art. 36 Abs. 1 lit. a und Art. 38 Abs. 1 lit. a FIDLEG). Aufgrund der Kapitalaufnahme über Nacht bringt diese Transaktionsvariante – vor allem im Vergleich mit einer Bezugsrechtskapitalerhöhung – eine hohe Transaktionssicherheit mit sich. Dies gilt insbesondere, da sich die beauftragten Banken vor dem offiziellen Start der Transaktion durch ein sog. *Wallcrossing* in der Regel bereits einen Überblick über den Appetit des Marktes verschafft haben werden. Da auch bei dieser Transaktionsvariante die Bezugsrechte der bestehenden Aktionäre ausgeschlossen werden müssen, ist die Frage nach dem maximal zulässigen Abschlag (*discount*) zum Marktpreis das aus rechtlicher Sicht

zentrale Thema. Die Gewährung eines solchen Abschlags ist zwingend, da Investoren die Aktien zum aktuellen Kurs auch über die Börse erwerben können.<sup>22</sup>

Die Statuten erlauben in der Regel einen Ausschluss der Bezugsrechte im Fall nationaler oder internationaler (auch privater) Platzierung von Aktien mindestens zu Marktkonditionen zum Zwecke einer raschen und flexiblen Beschaffung von Eigenkapital, welche ohne Beschränkung oder Ausschluss des Bezugsrechts nur schwer oder zu schlechteren Bedingungen möglich wäre. Auch wenn in der Lehre in Anlehnung an die klarere Rechtslage in anderen Jurisdiktionen verschiedene Prozentsätze zur Ermittlung des maximal zulässigen Abschlags diskutiert werden, sollte m.E. schon die Beauftragung einer namhaften Bank bzw. eines namhaften Bankenkonsortiums, die dann ein *lege artis* Bookbuilding-Verfahren durchführen als wesentliches Indiz gewertet werden, dass der ermittelte Platzierungspreis „Marktkonditionen“ entspricht. Dies gilt umso mehr, wenn sich die Gesellschaft in einer finanziellen Notlage befindet und weil sich bei der Anknüpfung an feste Prozentsätze zwangsläufig die Folgefrage nach dem zu verwendenden Referenzkurs stellt. Denkbar ist eine Anknüpfung an den letzten Schlusskurs und/oder einen VWAP über einen gewissen Zeitraum.

In der Praxis zeigt sich jedoch, dass der Appetit des Marktes bei einer Gesellschaft in finanzieller Notlage oft nicht mehr stark genug ist, um eine Kapitalbeschaffung über Nacht – auch zu einem signifikanten Abschlag – zu erlauben.

### 3. Bezugsrechtskapitalerhöhung

Betragsmässig nahezu unbegrenzte Kapitalaufnahmen sind über Bezugsrechtskapitalerhöhungen möglich.

Typisch für Sanierungssituationen ist die Strukturierung als sog. *discounted rights issue*, also einer Ausgabe der neuen Aktien zu einem (erheblichen) Abschlag zum aktuellen Aktienkurs. Die Bezugsrechte verkörpern den Wert dieses Abschlags und sind in aller Regel handelbar. Die Handelbarkeit führt dazu, dass die Gewährung des hohen Abschlags die bestehenden Aktionäre nicht unangemessen benachteiligt, da sie die neuen Aktien entweder zum günstigen Preis erwerben können oder den wirtschaftlichen Wert des Abschlags durch einen Verkauf der Bezugsrechte realisieren können (vgl. auch Art. 652b Abs. 4 revOR, der nunmehr ausdrücklich festhält, dass durch die Festsetzung des Ausgabebetrags niemand in unsachlicher Weise begünstigt oder benachteiligt werden darf).

---

<sup>22</sup> Vgl. hierzu etwa Gerhard, 293 ff.; Diem/Lippuner, 124 f.

Bezugsrechtskapitalerhöhungen sind zeitintensiv, da aufgrund des öffentlichen Angebots der Aktien zwingend ein Prospekt erstellt werden muss. Ausserdem muss die Kapitalerhöhung praktisch immer auch durch die Generalversammlung genehmigt werden. Während die Prospekterstellung in der Regel grösstenteils während des Bekanntgabeaufschubs erfolgt, muss für die Abwicklung der Transaktion von der Einladung zur Generalversammlung bis zum Vollzug mindestens ein Monat eingeplant werden: 20 Tage Einladungsfrist und dann grob zwei Wochen für den Bezugsrechtshandel und die Platzierung von Aktien, für die die Bezugsrechte nicht ausgeübt wurden. Während der zwei Wochen für die technische Abwicklung der Transaktion besteht bei sog. *discounted rights issues* das Risiko, dass der Aktienkurs unter den festgelegten Angebotspreis für die neuen Aktien fällt und die Transaktion kollabiert, weil es keinen Anreiz mehr gibt, Bezugsrechte auszuüben. Die damit einhergehende Transaktionsunsicherheit lässt sich reduzieren, wenn die Gesellschaft Investoren findet, die sich bereits vorab verpflichten, Aktien zu erwerben, für die die Bezugsrechte nicht ausgeübt werden (sog. *Backstop-Investoren*). Eine garantierte Allokation kann diesen Backstop-Investoren jedoch nur gewährt werden, wenn zeitgleich eine Tranche unter Ausschluss der Bezugsrechte platziert wird<sup>23</sup> oder bestehende Aktionäre bereit sind, auf ihre Bezugsrechte zu verzichten.<sup>24</sup>

## V. Restrukturierung von Anleihen

Die Restrukturierung von (in der Regel zu besseren Zeiten ausgegebenen) Anleihen stellt oft eines der zentralen Probleme der Sanierung einer kotierten Gesellschaft dar. Hintergrund sind die zwingenden Vorschriften zur Gläubigergemeinschaft, wenn die Anleiheobligationen durch öffentliche Zeichnung ausgegeben wurden; vgl. Art. 1157 ff. OR. Diese Vorschriften stellen formelle und materielle Anforderungen auf, die die Restrukturierung von Anleihen signifikant erschweren und erhebliche Transaktionsunsicherheit mit sich bringen.

### 1. Hohe Zustimmungserfordernisse und komplexes Verfahren

In der Sanierungssituation erfordert die Restrukturierung von Anleihen nahezu denklogisch einen Beitrag der Gläubiger und damit einen Eingriff in die Gläubigerrechte. Beiträge der Gläubiger können bspw. die Stundung oder der Erlass von Zinsen, die Ermässigung des Zinsfusses, eine Verlängerung der

---

<sup>23</sup> Vgl. die Kapitalerhöhung der Meyer Burger Technology AG im Sommer 2020.

<sup>24</sup> Vgl. die angekündigte Kapitalerhöhung der MCH Group AG im Sommer 2020.

Fälligkeit oder eine gänzliche oder teilweise Umwandlung von Anleiensobligationen in Aktien sein. Alle dieser Eingriffe erfordern gem. Art. 1170 OR einen Beschluss von mindestens zwei Dritteln des im Umlauf befindlichen Kapitals, auch wenn sie mit Zugeständnissen wie einer Zinserhöhung oder einer Anpassung des Umwandlungspreises bei Wandelanleihen verbunden werden. In der Praxis stellt dieses Zustimmungserfordernis – zusätzlich zur Höhe der geforderten Zustimmung – aus folgenden Gründen eine oft kaum zu überwindende Hürde dar:

- Die Gläubiger müssen an der Versammlung physisch teilnehmen oder sich mittels *schriftlicher* Vollmacht vertreten lassen; Art. 1168 OR. Erreicht ein Antrag in der Gläubigerversammlung nicht die erforderliche Stimmzahl, so kann der Schuldner die fehlenden Stimmen zwar nachreichen. Dies muss jedoch durch *schriftliche* und *beglaubigte* Erklärungen binnen zwei Monaten erfolgen; Art. 1172 OR. Alles sind in der heutigen Zeit unnötige praktische Hürden.
- Beschlüsse, die einen Eingriff in Gläubigerrechte enthalten, sind ausserdem nur wirksam und für die nicht zustimmenden Anleiensgläubiger verbindlich, wenn sie von der oberen kantonalen Nachlassbehörde genehmigt worden sind; Art. 1176 OR.

Zuletzt ist es Santhera Pharmaceuticals Holding AG im Frühjahr 2021 nicht gelungen, eine ausstehende Wandelanleihe zu restrukturieren, obwohl ein paralleles Umtauschangebot zu den gleichen ökonomischen Bedingungen von 74.7% angenommen wurde.<sup>25</sup> Dies zeigt, dass die Vorschriften zur Gläubigergemeinschaft nicht mehr zeitgemäss sind.

## 2. Alternative Strukturierungen

Die sich aufgrund der beschriebenen Vorschriften ergebende Transaktionsunsicherheit hat in der Praxis zu verschiedenen alternativen Strukturierungsmöglichkeiten geführt, die jedoch alle eine freiwillige Mitwirkung der Anleiensgläubiger voraussetzen:

- *Umtauschangebot*: Die Gesellschaft bietet den Anleiensgläubigern den Umtausch der ausstehenden Anleihe gegen eine neue Anleihe mit den geänderten Bedingungen an.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Vgl. Medienmitteilung der Santhera Pharmaceuticals Holding AG vom 4. Mai 2021.

<sup>26</sup> Beispiel: Umtauschangebot der Santhera Pharmaceuticals Holding AG für eine ausstehenden Wandelanleihe im Frühjahr 2021.

- *Rückkauf*: Die Gesellschaft kauft die Anleihe zurück und finanziert dies durch die Ausgabe einer neuen Anleihe. Hier ist wichtig, den Rückkauf auf die erfolgreiche Platzierung der neuen Anleihe zu bedingen.<sup>27</sup>
- *Incentive Angebot*: Die Gesellschaft verpflichtet sich, den Gläubigern einer Wandelanleihe einen bestimmten Betrag zu zahlen, damit diese die Anleihe trotz des ungünstigen Aktienkurses in Aktien umwandeln.<sup>28</sup> Dies hat den Vorteil, dass weniger liquide Mittel als bei einer vollständigen Rückzahlung benötigt werden.

### 3. Sonderfall: Debt-Equity-Swap

In der ökonomischen Theorie ist der sog. Debt-Equity-Swap an sich ein ideales Sanierungsinstrument, da er „nur“ die ökonomische Realität nachvollzieht. Im Extremfall ist das Eigenkapital vollständig verloren, so dass es gerechtfertigt ist, den Fremdkapitalgebern die Kontrolle über die Gesellschaft zu geben. Diese Überlegung liegt auch dem sog. Bail-in zugrunde.

Bei kotierten Gesellschaften müssen jedoch in der Regel mehrere Stakeholder dem Debt-Equity-Swap zustimmen, was in der Praxis nur selten gelingt.<sup>29</sup>

- Sofern Banken die Fremdkapitalgeber sind, scheidet die erforderliche Zustimmung in der Regel daran, dass diese grundsätzlich nicht Aktionäre der Gesellschaft werden wollen. Entsprechend muss ein (Finanz-)Investor gefunden werden, der das Kreditengagement zu für die Banken attraktiven Konditionen übernimmt.
- Sofern es sich bei den betroffenen Fremdkapitalinstrumenten um öffentlich begebene Anleihen handelt, gelingt es in der Praxis oft nicht, die gem. Art. 1170 Abs. 1 Nr. 9 OR notwendige Mehrheit von mindestens zwei Dritteln des im Umlauf befindlichen Kapitals zu erreichen.
- Schliesslich müssen auch die bestehenden Aktionäre dem Debt-Equity-Swap zustimmen, und zwar – aufgrund des zwingend notwendigen Bezugsrechtsausschlusses – mit der qualifizierten Mehrheit des Art. 704 Abs. 1 Nr. 6 OR. Da sie quasi ihrer eigenen Enteignung zustimmen müssen, werden sie hierzu nur bereit sein, wenn Sie mit Durchführung des Debt-Equity-Swap besser stehen als ohne.

---

<sup>27</sup> Beispiel: Platzierung einer neuen Wandelanleihe und Rückkaufangebote einer bestehenden Wandelanleihe der Basilea Pharmaceutica im Sommer 2020.

<sup>28</sup> Beispiel: Incentive Angebot der Meyer Burger Technology AG für eine ausstehende Wandelanleihe im Winter 2017.

<sup>29</sup> Vgl. zum Ganzen ausführlicher Schenker, 46 ff.

## VI. Restrukturierung von (Bank-)Krediten

Die Restrukturierung von (Bank-)Krediten ist ein Bestandteil nahezu jeder finanzwirtschaftlichen Sanierung. Sie ist jedoch kaum mit Besonderheiten für kotierte Gesellschaften verbunden. Im Rahmen der Privatautonomie ist es der Gesellschaft und den Banken grundsätzlich unbenommen, mögliche Anpassungen frei zu verhandeln und zu vereinbaren. Wirkliche Schranken setzen nur die Möglichkeiten der Anfechtung gem. der Art. 285 ff. SchKG und Risiken der Haftung als faktisches Organ.<sup>30</sup>

Der Fächer an Möglichkeiten teilt sich grob danach auf, ob die Banken an ihrem Kreditengagement festhalten möchten oder nicht:

- *Festhalten am Kreditengagement*: Wenn die Banken an ihrem Kreditengagement festhalten möchten, reichen die Möglichkeiten vom blossen Nichtstun, über einen punktuellen Waiver, der Vereinbarung einer formellen Stillhaltevereinbarung bis hin zur Anpassung der Kreditbedingungen. Letztere können bspw. eine Zinserhöhung, Anpassung der Covenants oder eine Verlängerung der Laufzeit zum Gegenstand haben.
- *Beendigung des Kreditengagements*: Wenn die Banken von ihrem Kreditengagement Abstand nehmen wollen, bleibt neben der Kündigung vor allem auch die Refinanzierung mit einem anderen Bankensyndikat bzw. die Übertragung des Kreditengagements auf einen (Finanz-)Investor.

Aus rechtlicher Sicht besteht die Herausforderung vor allem darin sicherzustellen, dass die Interessen der Kreditgeber angemessen gewahrt werden, die Gesellschaft aber auch ausreichend Freiraum hat, den Sanierungsplan umzusetzen. Dazu können Beschränkungen bei der Mittelverwendung und Regelungen zu vorzeitigen Pflichtondertilgungen dienen. So kann vorgesehen werden, dass die Mittel aus einer parallelen Eigenmittelaufnahme oder der Verkaufserlös aus der Veräußerung eines Geschäftsbereichs jedenfalls teilweise auch zur Rückführung der Kredite verwendet werden. Ebenso können Meilensteine aus dem Sanierungsplan in die Finanzierungsdokumentation aufgenommen werden.

Wenn die Kreditgeber neue Mittel zur Verfügung stellen (müssen), sollten die neuen Kredite als Sanierungsdarlehen ausgestaltet werden, um Anfechtungsrisiken zu minimieren.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Vgl. hierzu Glanzmann/Wolf, 34 f.; Lang, 111 ff.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu u.a. Hohler/Vischer, 122 ff.

## VII. Fazit

Die Praxisbeispiele aus den letzten Jahren zeigen, dass der Schweizer Kapitalmarkt und die kapitalmarktrechtliche Praxis genügend Handlungsoptionen für eine kotierte Gesellschaft in finanzieller Notlage bieten. Eine erfolgreiche finanzwirtschaftliche Sanierung erfordert dabei (fast) immer auch Eigenkapitalaufnahme und auch (fast) immer Beiträge mehrerer Gruppen. Diese lassen sich über wechselseitige Bedingungen auch rechtlich eng miteinander verknüpfen. Lediglich klassische Anleiherestrukturierung und Debt-Equity-Swaps lassen sich in der Praxis nur seltener erfolgreich umsetzen.

## Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastukturgesetz 3. A., Basel 2019 (zit. BSK FinfraG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Bühler Christoph/Häring Daniel, Die Selbstgeschaffene Insiderinformation – Transaktionen aufgrund eigener Planung im Lichte des Insiderhandelsverbots, GesKR 2009, 453 ff.
- Diem Hans-Jakob/Lippuner Annina, Kapitalbeschaffung mittels Accelerated Bookbuilding, in: Reutter Thomas/Werlen Thomas (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen XII, Zürich/Basel/Genf 2017, 117 ff.
- Gerhard Frank, Private Investments in Public Equity (PIPE) – Ein Blick auf PIPE-Transaktionen in der Schweiz, GesKR 2006, 286 ff.
- Glanzmann Lukas/Wolf Markus, Haftung faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung, in: Sprecher Thomas (Hrsg.) Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX, Zürich/Basel/Genf 2019, 21 ff.
- Kommentar von SIX Exchange Regulation zur Ad hoc-Publizitäts-Richtlinie vom 29. Oktober 2008 (Kommentar zur RLAhP), vollständig überarbeitete Fassung vom 1. November 2011 (zit. Kommentar zur RLAhP).
- Krämer Janina, Der Insidertatbestand unter besonderer Berücksichtigung der Ausnahmebestimmungen, Zürich 2020.
- Hohler Dominik/Vischer Markus, Absichtspauliana und faktische Liquidation – Besprechung des Urteils 5A\_671/2018 des Bundesgerichts vom 8. September 2020, GesKR 2021, 122 ff.
- Hsu Peter, Ad-hoc-Publizität – Bekanntgabe von kursrelevanten Tatsachen – ein Mindeststandard kapitalmarktgerechter Unternehmenspublizität, Zürich 2000.
- Rampini Corrado/Rhode Thomas, Sanierungstransaktionen am Kapitalmarkt, in: Reutter Thomas/Werlen Thomas (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen V, Zürich/Basel/Genf 2010, 43 ff.
- Schenker Urs, Sanierungstransaktionen auf Kapitalmarkt, in: Reutter Thomas/Werlen Thomas (Hrsg.) Kapitalmarkttransaktionen XVI, Zürich 2021, 9 ff.



# Der Betriebsverkauf in Insolvenzverfahren

Hubert Gmünder

## Inhalt

I. Einleitung.....	55
II. Betriebsverkauf im Konkurs.....	57
1. Verkauf vor dem Schuldenruf.....	57
2. Verkauf im ordentlichen Verfahren.....	58
a) Notverkauf vor der ersten Gläubigerversammlung.....	58
b) Freihandverkauf nach der ersten Gläubigerversammlung.....	59
3. Verkauf im summarischen Verfahren.....	60
III. Betriebsverkauf im Rahmen eines Nachlassverfahrens.....	60
1. Verkauf während der Stundung.....	61
2. Verkauf im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung.....	61
IV. Betriebsverkauf im Chapter 11.....	62
1. Typischer Ablauf eines Verkaufs.....	63
2. Und der Preis?.....	65
Literaturverzeichnis.....	66

## I. Einleitung

Gesellschaften können aus unterschiedlichen Gründen in operative oder finanzielle Schwierigkeiten geraten. Die oberste Führungsebene ist in der Krise, und bereits davor, besonders gefordert. Eine Möglichkeit, die immer zu prüfen ist, ist der Verkauf des Betriebs oder gewisser Teile davon. Der Verkauf *während* eines laufenden Konkurs- oder Nachlassverfahrens hat, gegenüber einem Verkauf *vor* einem solchen Verfahren, den grossen Vorteil, dass er bei Einhaltung der Zuständigkeiten, nicht anfechtbar ist<sup>1</sup>. Nachfolgend behandle ich nur den Betriebsverkauf nach Konkurseröffnung resp. nach Gewährung der Stundung.

Ich sehe zwei Hauptunterschiede zwischen einem Betriebsverkauf unter „normalen“ Umständen, wenn es die denn überhaupt gibt, und einem Betriebs-

---

<sup>1</sup> Ein Anfechtungsrisiko besteht demgegenüber beim Betriebsverkauf während des Konkursaufschubs; der Konkursaufschub wird bekanntlich bald abgeschafft, weshalb hier nicht weiter darauf eingegangen wird.

verkauf in einem der beiden erwähnten Insolvenzverfahren: Einerseits der erhöhte Zeitdruck, welcher sich aus der Tatsache ergibt, dass die Zielgesellschaft resp. der Zielbetrieb möglicherweise das Geschäft bereits eingestellt hat oder bald wird einstellen müssen. Andererseits der staatliche Einfluss: Gerichte und Konkursämter spielen eine wichtige Rolle und das öffentliche Recht bestimmt das (Verkaufs-)Verfahren; unter Umständen erfolgt die Übertragung des Betriebs mittels öffentlich-rechtlicher Verfügung und nicht gestützt auf einen Vertrag.

Es lohnt sich einleitend, die Grundformen des Betriebsverkaufs in Erinnerung zu rufen.

Beim *privatrechtlichen Betriebsverkauf* sind zwei Hauptformen anzutreffen<sup>2</sup>. Erstens der sog. „Share Deal“: Die Anteile der Trägerin des Betriebs werden mittels Kaufvertrags übertragen. Zweitens der sog. „Asset Deal“: Hier wird der Betrieb direkt übertragen; gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich dabei um einen Vertrag *sui generis*, wobei mehrheitlich ebenfalls Kaufvertragsrecht anwendbar ist<sup>3</sup>. Bei beiden Formen ist klar zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden. Der Betriebsverkauf während der Stundung ist grundsätzlich privatrechtlicher Natur<sup>4</sup>.

Der Betriebsverkauf ist dann *öffentlich-rechtlicher Natur*, wenn er von einem öffentlichen Organ gestützt auf eine öffentlich-rechtliche Norm und in Ausübung einer öffentlichen Aufgabe vorgenommen wird. Dies trifft vor allem beim Betriebsverkauf im Konkursverfahren zu. Die zentralen Bestimmungen finden sich im SchKG bei der Verwertung<sup>5</sup>.

Ein Betriebsverkauf kann – mindestens theoretisch –, auch bei Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts, auf zwei Arten vorgenommen werden:

Einerseits mittels Öffentlicher Steigerung, der typischen Verwertungsart im Konkurs. Der Höchstbietende erhält den Zuschlag und wird Eigentümer<sup>6</sup>. Die Unterscheidung erfolgt einzig über den Preis; über den Verkaufsgegenstand (den Betrieb) wird nicht verhandelt. Es leuchtet ein, dass die Öffentliche Steigerung für den Verkauf eines operativen Betriebs unpassend ist.

---

<sup>2</sup> Auf die Möglichkeiten gemäss Fusionsgesetz wird nicht eingegangen.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_297/2013 vom 4. September 2013 E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_601/2009 vom 8. Februar 2010 E. 3.2.1; BGE 129 III 18 E. 2.1.

<sup>4</sup> Gmünder, Rz. 701 f.

<sup>5</sup> Art. 252 ff. SchKG, aber auch Art. 122 ff. SchKG sowie die Nebenerlasse, v.a. die VZG und die KOV.

<sup>6</sup> Art. 257 ff. SchKG.

Beim sog. Freihandverkauf wird mit einem oder mehreren Interessenten eine individuelle Vereinbarung betr. den Erwerb des Betriebs verhandelt. Mit Rechtskraft der Freihandverkaufsverfügung geht das Eigentum auf den Erwerber über; die Freihandverkaufsverfügung ist gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft<sup>7</sup>. Der Freihandverkauf ist im Gesetz dürftig geregelt<sup>8</sup>; die Lücken sind analog der Öffentlichen Steigerung (etwa betreffend Zahlungsmodalitäten<sup>9</sup>) oder analog Kaufrecht (etwa betreffend Mängelrüge, Zusicherungen<sup>10</sup>) zu schliessen. Trotz der öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur erfolgt die Auslegung der Freihandverkaufsverfügung nach den allgemeinen Auslegungsregeln für privatrechtliche Verträge<sup>11</sup>. Der öffentlich-rechtliche Betriebsverkauf wird in aller Regel mittels Freihandverkauf abgewickelt.

## II. Betriebsverkauf im Konkurs

Mit der Konkursöffnung gehen die Eigentümerschaft auf die Gläubiger und die Kontrolle, mindestens zu Beginn, auf das Konkursamt über. Letzteres inventarisiert das Vermögen und trifft erste Sicherungsmassnahmen<sup>12</sup>, darunter typischerweise die Schliessung des Betriebs und die Entlassung der Mitarbeiter. Für den Verkauf des Betriebs ist selbstredend wichtig, dass keine oder nur eine sehr kurze Schliessung erfolgt. Erfolgt der Verkauf nicht innert kürzester Zeit (dann sorgt der Käufer für die Weiterführung resp. die möglichst rasche Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit) ist eine Betriebsweiterführung zu prüfen, entweder auf Rechnung der Konkursmasse oder in Ausnahmefällen auch auf Rechnung eines Dritten. Die Betriebsweiterführung ist zulässig, sofern dadurch voraussichtlich eine höhere Konkursdividende erzielt werden kann<sup>13</sup>.

Der Zeitpunkt des Betriebsverkaufs und die Art des Konkursverfahrens sind elementar für den Betriebsverkauf:

### 1. Verkauf vor dem Schuldenruf

Die Art des Konkursverfahrens bestimmt sich nach den vorhandenen Aktiven. Ein Betriebsverkauf (resp. der Erlös daraus) kann für die Bestimmung der

---

<sup>7</sup> BGE 128 III 104.

<sup>8</sup> Art. 256 SchKG; Art. 130 SchKG.

<sup>9</sup> Gmünder, Rz. 202.

<sup>10</sup> Gmünder, Rz. 204 ff.

<sup>11</sup> BGE 131 III 280 E. 3.1.

<sup>12</sup> Art. 221 und 223 SchKG.

<sup>13</sup> Gmünder, Rz. 118 ff.

Verfahrensart von grosser Bedeutung sein. Es kommt daher in der Praxis zuweilen vor, dass ein Betriebsverkauf vor dem Schuldenruf und damit vor der Bestimmung der Verfahrensart vorgenommen wird, um die Durchführung eines ordentlichen oder summarischen Konkursverfahrens überhaupt zu ermöglichen<sup>14</sup>. Oder andersrum: Dank dem Betriebsverkauf soll die Konkurs-einstellung mangels Aktiven (womit die Gläubiger definitiv leer ausgehen) verhindert werden. Der Betriebsverkauf vor dem Schuldenruf ist zulässig, sofern eine Notverkaufssituation i.S.v. Art. 243 SchKG vorliegt.

## 2. Verkauf im ordentlichen Verfahren

Im ordentlichen Verfahren gibt es für die Verwertung und damit den Betriebsverkauf drei Möglichkeiten, welche abhängig vom Gang des Verfahrens früher oder später ergriffen werden können: Der Notverkauf vor der ersten Gläubigerversammlung<sup>15</sup>, der freihändige Verkauf anlässlich der ersten Gläubigerversammlung<sup>16</sup> und schliesslich die ordentliche Verwertung im Nachgang zur zweiten Gläubigerversammlung<sup>17</sup>.

### a) *Notverkauf vor der ersten Gläubigerversammlung*

Gemäss Art. 243 Abs. 2 SchKG sollen ohne Aufschub Gegenstände vorzeitig verwertet werden, wenn dadurch im Interesse der Gläubiger entweder eine Wertverminderung oder Unterhalts- resp. Aufbewahrungskosten vermieden werden können. Eine typische Notverkaufssituation liegt vor, wenn bei einem späteren (Betriebs-)Verkauf ein Mindererlös resultieren würde, etwa wegen einer Betriebseinstellung. Vorzeitig bedeutet dabei vor der ersten Gläubigerversammlung; der Notverkauf erfolgt ohne Einbezug der Gläubiger.

Bei der Prüfung von Art. 243 Abs. 2 SchKG gilt es zwei Abschätzungen vorzunehmen, wobei die Zweite von der Ersten abhängt:

*Erstens* die erwartete weitere Verfahrensdauer. Die erste Gläubigerversammlung muss spätestens 20 Tage nach dem Schuldenruf stattfinden<sup>18</sup>; typischerweise ist das rund drei Monate nach Konkurseröffnung, wobei grosse Unterschiede bestehen<sup>19</sup>. *Zweitens* muss der erwartete Netto-Mindererlös bei einem Zuwarten bis zur ersten Gläubigerversammlung quantifiziert werden. Ent-

---

<sup>14</sup> Gmünder, Rz. 304 mit diversen Hinweisen.

<sup>15</sup> Art. 243 SchKG.

<sup>16</sup> Art. 238 SchKG.

<sup>17</sup> Art. 252 ff. SchKG.

<sup>18</sup> Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG.

<sup>19</sup> Gmünder, Rz. 37 und Fn. 77.

scheidend sind einzig wirtschaftliche Kriterien. Als Richtwert für eine ausreichende Dringlichkeit gemäss Art. 243 Abs. 2 SchKG kann eine Einbusse von 20-30% herangezogen werden<sup>20</sup>.

Gewisse Einschränkungen sind beim Notverkauf zu beachten: Da der Notverkauf zu einem Zeitpunkt stattfindet, in dem noch nicht sämtliche Ansprüche der Gläubiger geklärt sind, gilt bis zum Abschluss des Kollokationsverfahrens betreffend beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken ein Verwertungsstopp<sup>21</sup>. Dies ist sachgerecht, da bei Grundstücken (im Gegensatz zu Fahrnis) die Lasten mit dem Grundstück übertragen werden, womit ein Verkauf ohne genaue Kenntnis der Lasten keinen Sinn macht<sup>22</sup>.

Wirtschaftliche Eigentümer des Betriebs sind die Gläubiger. Das zentrale Aktivum wird beim Notverkauf ohne deren Mitwirkung verwertet; m.E. ist ihnen daher zwingend das Höhergebotsrecht (analog Art. 256 Abs. 3 SchKG) zu gewähren, sofern der Wert mind. CHF 50'000 beträgt<sup>23</sup>. Das Bundesgericht hat diese Frage sowohl für das ordentliche wie auch für das summarische Verfahren explizit offengelassen<sup>24</sup>. Die Tendenz geht in die andere Richtung, zumindest für das Nachlassverfahren: In einem kürzlich ergangenen Entscheid des Bundesgerichts wurde das Höhergebotsrecht der Gläubiger beim Betriebsverkauf während der Stundung verneint<sup>25</sup>.

#### *b) Freihandverkauf nach der ersten Gläubigerversammlung*

Art. 238 SchKG sieht vor, dass die erste Gläubigerversammlung „über Fragen, deren Erledigung keinen Aufschub duldet“ beschliessen kann, u.a. über Freihandverkäufe. Zunächst ist festzuhalten, dass dieselben Kriterien wie beim Notverkauf nach Art. 243 SchKG für die Bestimmung der Dringlichkeit massgebend sind. Der Vergleichszeitpunkt ist jedoch ein anderer: Relevant ist die Dringlichkeit (und auch der Netto-Mindererlös von wiederum 20–30%<sup>26</sup>) im Vergleich zum Verkauf nach der zweiten Gläubigerversammlung. Das Höhergebotsrecht der Gläubiger ist zu gewähren<sup>27</sup>.

---

<sup>20</sup> Lorandi, 269; Gmünder, Rz. 316, je mit Hinweisen.

<sup>21</sup> Art. 128 Abs. 1 VZG. Zur sog. Überdringlichkeit i.S.v. Art. 128 Abs. 2 VZG vgl. Gmünder, Rz. 324.

<sup>22</sup> BGE 107 III 88 E. 1; Gmünder, Rz. 323.

<sup>23</sup> Zur Begründung vgl. Gmünder, Rz. 330 ff.

<sup>24</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_27/2013 vom 22. März 2013 E. 3.1; BGE 131 III 280 E. 2.1.; BGE 105 III 72 E. 3b.

<sup>25</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_827/2019 vom 18. März 2021 E. 4.3.4.

<sup>26</sup> Siehe oben II.2.a)

<sup>27</sup> BGE 105 III 72 E. 3a.

Nur der Vollständigkeit halber sei auf die ordentliche Verwertung nach der zweiten Gläubigerversammlung verwiesen. Kommt es weder zu einem Not- noch zu einem Freihandverkauf nach der ersten Gläubigerversammlung bleibt nur noch die ordentliche Verwertung; der Verkauf des operativen Betriebs ist praktisch nicht mehr denkbar.

### 3. Verkauf im summarischen Verfahren

Die Verwertung im summarischen Verfahren (welches bekanntlich weitaus häufiger angewendet wird als das ordentliche Verfahren) erfolgt komplett ohne Einbezug der Gläubiger; es gibt typischerweise keine Gläubigerversammlungen. Damit ist im summarischen Verfahren auch die Unterscheidung zwischen Art. 243 und Art. 238 SchKG hinfällig; es gibt einzig den Notverkauf nach Art. 243 SchKG<sup>28</sup>. Die Dringlichkeit bemisst sich wiederum nach dem erwarteten Zeitpunkt der ordentlichen Verwertung. In einem typischen Verfahren beginnt die Verwertung einen Monat nach dem Schuldeneruf, mithin rund sechs Wochen nach der Konkursöffnung<sup>29</sup>. Ansonsten verhält es sich wie im ordentlichen Verfahren.

## III. Betriebsverkauf im Rahmen eines Nachlassverfahrens

Das Nachlassverfahren ist das Sanierungsverfahren schlechthin. Es ist das einzige Verfahren, welches ermöglicht, Gläubiger und Aktionäre gegen deren Willen an einer Sanierung oder auch an einem Verkauf zu beteiligen. Es ist heute gängige Praxis, dass ein Nachlassverfahren mit dem (einzigem) Ziel, den Betrieb zu verkaufen, eröffnet werden kann<sup>30</sup>. Die Schuldnerin als solche wird nicht saniert; der operative Betrieb aber wird übertragen (sog. übertragende Sanierung). Seit längerer Zeit diskutiert und nun auch gerichtlich für zulässig befunden wurde der sog. „prepack deal“, d.h. ein (vor Verfahrenseröffnung) fertig ausgehandelter Betriebsverkauf kann nach Verfahrenseröffnung gerichtlich genehmigt werden<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Gmünder, Rz. 386.

<sup>29</sup> Gmünder, Rz. 43 und 388.

<sup>30</sup> Müller/Wohl, 151 ff.

<sup>31</sup> Verfügung des Bezirksgerichts Bülach EC200010-C/Z1 vom 5. Mai 2020; Hunkeler/Schönmann, 45 ff.; Vandebroek/Hunkeler, 389 ff.

Der Betrieb kann in allen Stadien eines Nachlassverfahrens verkauft werden: Während der Stundung (der typische Anwendungsfall), im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung und, zumindest theoretisch, auch im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags<sup>32</sup>.

### **i. Verkauf während der Stundung**

Der Betriebsverkauf während der Stundung ist nur Gegenstand einer einzigen Bestimmung (Art. 298 Abs. 2 SchKG); diese besagt aber nur, dass die Schuldnerin Anlagevermögen (darunter fällt der Betrieb) nur mit Ermächtigung des Gerichts (resp. sofern vorhanden des Gläubigerausschusses) ganz oder teilweise veräußern kann. Aus der Praxis ergeben sich folgende Voraussetzungen für einen Betriebsverkauf während der Stundung: *Erstens*: Vorliegen einer Dringlichkeit analog Notverkauf im Konkurs (Art. 243 Abs. 2 SchKG)<sup>33</sup>. *Zweitens*: Einhaltung eines fairen und effizienten Verkaufsprozesses. *Drittens*: Erlös höher als im Konkurs. Das Bundesgericht hat kürzlich entschieden, dass den Gläubigern keine Möglichkeit eingeräumt werden muss, ein höheres Angebot abzugeben<sup>34</sup>. Der Betriebsverkauf während der Stundung ist privatrechtlicher Natur. Zuständig ist grundsätzlich der Verwaltungsrat, wobei, sofern bestellt, die Zustimmung des Sachwalters und in jedem Fall des Richters oder Gläubigerausschusses eingeholt werden muss<sup>35</sup>.

### **2. Verkauf im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung**

Ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann angestrebt werden, wenn zwar keine Sanierung mehr möglich scheint, aber durch den Zeitgewinn (während der Stundung) und dem gegenüber dem Konkursverfahren flexibleren Verwertungsregime (Art. 322 ff. SchKG) für die Gläubiger ein besseres Ergebnis resultiert als im Konkurs. Insbesondere ein geplanter (aber zeitbedürftiger) Betriebsverkauf kann Grund für einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung sein.

Entscheidend ist der Empfänger des abgetretenen Vermögens. Geht das Vermögen an die Gläubiger (Art. 317 Abs. 1 SchKG), erfolgt dies in zwei Schritten: Zunächst wird den Gläubigern im Nachlassvertrag das Verfügungsrecht eingeräumt. In einem zweiten Schritt erfolgt dann die Verwertung des Betriebs

---

<sup>32</sup> Vgl. Gmünder Rz. 723 ff.

<sup>33</sup> Vgl. oben II.2.a).

<sup>34</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_827/2019 vom 18. März 2021 E. 4.3.4; Hunkeler/Wohl/Schönmann, 7.

<sup>35</sup> Art. 298 Abs. 2 SchKG.

durch die Liquidatoren und den Gläubigerausschuss. Wird das Vermögen an einen Dritten übertragen (Art. 317 Abs. 1 SchKG), so erfolgt dies direkt im Rahmen des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung. Der Übergang geht mit der Rechtswirksamkeit des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung einher. Gleich, d.h. Übertragung in einem Schritt, verhält es sich bei einer Vermögensübertragung an eine Auffanggesellschaft; dies m.E. auch wenn alle Gläubiger daran beteiligt sind<sup>36</sup>.

In der Praxis wird der (privatrechtliche) Kaufvertrag dem Nachlassvertrag (beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten oder eine Auffanggesellschaft) angehängt resp. ist Teil davon. Die Verwertung (und damit der Betriebsverkauf) bei der Vermögensabtretung an die Gläubiger erfolgt nach den Vorschriften von Art. 322 ff. und ist somit öffentlich-rechtlicher Natur (normalerweise mittels Freihandverkauf)<sup>37</sup>.

#### IV. Betriebsverkauf im Chapter 11

Das berühmte Chapter 11 ist der wichtigste Export von US-amerikanischem Recht überhaupt<sup>38</sup>. Auch in der Schweiz ist der Einfluss spürbar; die letzte grössere Revision des SchKG war stark daran orientiert<sup>39</sup>. Einer breiteren Öffentlichkeit bekannt ist das Chapter 11 nicht zuletzt dank prominenter Extremfälle: So wurde etwa im Konkurs von Lehman Brothers, der Auslöserin der globalen Finanzkrise im Jahr 2008, innerhalb von einer Woche nach Lehman Brothers' Konkursantrag, der Grossteil von deren Investmentbank und Kapitalmarktgeschäft an Barclays verkauft<sup>40</sup>. Ein anderes Beispiel, in beide Richtungen, ist General Motors: Im Jahr 2009 war sie Protagonistin eines der grössten Konkurse der Geschichte, nur um ein Jahr später, 2010, einen der bis heute grössten Börsengänge überhaupt durchzuführen<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> Gmünder, Rz. 800 ff.

<sup>37</sup> Gmünder, Rz. 823 ff.

<sup>38</sup> Final Report and Recommendations of the American Bankruptcy Institute Commission to Study the Reform of Chapter 11, veröffentlicht am 8. Dezember 2014, abrufbar unter <<http://commission.abi.org/final-report>>, S. 2 und 8, insbesondere Fn. 7.

<sup>39</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, 6455 ff.

<sup>40</sup> In re Lehman Brothers Holding Inc., 445 B.R. 143 (Bkrcty.S.D.N.Y. 2011), zit. in Gmünder, Rz. 850 und Fn. 1486.

<sup>41</sup> Abrufbar unter <[https://de.wikipedia.org/wiki/General\\_Motors#Insolvenz\\_und\\_Verstaatlichung](https://de.wikipedia.org/wiki/General_Motors#Insolvenz_und_Verstaatlichung)>; In re General Motors Corp., 407 B.R. 463 (Bkrcty.S.D.N.Y. 2009), zit. in Gmünder, Rz. 850 und Fn. 1486.

Der Ursprung des heutigen Chapter 11 liegt im Zusammenbruch der Eisenbahngesellschaften im 19. Jahrhundert. Aus politischen und volkswirtschaftlichen Gründen (Verbindung Ost – West) mussten die Konkurse dieser Gesellschaften verhindert und unrentable Eisenbahngesellschaften weitergeführt werden<sup>42</sup>. Dieser Grundgedanke des „rescue and rehabilitate“ ist bis heute stark verankert.

Sodann ist das Chapter 11 geprägt von der Überzeugung, dass ein Verkauf einer Sanierung vorzuziehen ist. Ein Verkauf hat tatsächlich viele Vorteile: Er ist viel schneller umsetzbar, mit deutlich geringerem Aufwand verbunden (nicht zuletzt auch für die Gerichte) und mit weniger Unsicherheiten behaftet als eine Sanierung. Die Sanierung ist dann dem Käufer überlassen; er wisse besser, was sinnvoll ist und was nicht (das wird er sich beim Kauf bereits überlegt haben). Zudem ist in den USA die Meinung, dass ein möglichst rascher Verkauf des Betriebs am Markt für die Gläubiger das beste Ergebnis generiert, weit verbreitet<sup>43</sup>. Insgesamt ist das Chapter 11 zweifelsohne sehr schuldner- und eigentümerfreundlich.

## **i. Typischer Ablauf eines Verkaufs**

Um das Ganze grob einzuordnen: Auf Bundesebene gibt es nur eine Art von Insolvenz, nämlich den Konkurs („Bankruptcy“). Der anwendbare „Bankruptcy Code“ ist in verschiedene Kapitel („Chapter“) eingeteilt. Die ersten Chapter enthalten allgemeine Bestimmungen; zum besonderen Teil gehören u.a. das Chapter 7 („Liquidation“) und eben das Chapter 11 („Reorganization“). Verfahren nach Chapter 7 und nach Chapter 11 sind öffentlich; die allermeisten Eingaben (nicht nur die Urteile) ans Konkursgericht können, mit einfachen Abonnementen, im Internet heruntergeladen werden. Ein Chapter 11 Verfahren führt, sofern erfolgreich, zur Sanierung der Schuldnerin („Reorganizing Chapter 11“) oder aber zum Verkauf des operativen Betriebs (oder eines Teils davon) mit anschließender Liquidierung der Schuldnerin („Liquidating Chapter 11“). Ein Verkauf ist immer möglich: Entweder zu Beginn resp. bis zur Verabschiedung

---

<sup>42</sup> Gewisse Passagen in *Central Bank & Trust Co. v. Greenville & W.R. Co.*, 248 F. 350, 351 (W.D.S.C. 1917), zit. in Gmünder, Fn. 1488 (wo das Gericht die Weiterführung einer seit jeher unrentablen Eisenbahngesellschaft anordnete), können etwa wie folgt übersetzt werden: die aktuelle Kohlesituation ist prekär; und wenn wir nicht mit der Eisenbahn ins Gebirge fahren können, um Nachschub zu holen, werden wir alle leiden. Eisenbahnlinien generieren Umsatz, fördern die Gründung von Firmen entlang der Route und verbessern die Landwirtschaft.

<sup>43</sup> Gmünder, Rz. 852 f.

des Reorganisationsplans (dann handelt es sich um einen sog. „363 Sale“, dem Pendant zu unserem Notverkauf) oder aber im Rahmen des Reorganisationsplans (sog. „Plan Sale“).

Ich glaube es ist aufschlussreich, die wichtigsten Etappen bei einem typischen<sup>44</sup> „363 Sale“ kurz darzustellen:

Zunächst wird mit einem sog. „Stalking Horse“ ein bedingter Aktivenkaufvertrag abgeschlossen, das sog. „Stalking Horse Agreement“. Ebenfalls mit dem Stalking Horse werden die sog. „Bidding Procedures“ verhandelt, d.h. die Regeln für den anschliessenden Bieterprozess. Dazu gehören Fristen, das Mindestangebot, zu leistende Sicherheiten, aber auch die sog. „Stalking Horse Protections“ wie etwa eine „Break Up Fee“, welche geschuldet ist, falls das Stalking Horse überboten wird. Das Stalking Horse soll entschädigt werden für die Kosten der Due Diligence und der Verhandlung des Stalking Horse Agreements; nur mit dieser Sicherheit wird jemand, so der Gedanke, diesen Aufwand auf sich nehmen. Das Missbrauchspotential liegt auf der Hand (zu starker Schutz des Stalking Horse, welcher den Bieterwettbewerb faktisch verunmöglicht); Literatur und Entscheide dazu sind vielfältig.

Beide Dokumente, Stalking Horse Agreement und Bidding Procedures, müssen vom Gericht bestätigt werden. Gläubiger und Aktionäre erhalten alle Unterlagen und können Einsprache einlegen. Das gerichtliche Placet erfolgt, sofern die Bidding Procedures „as a matter of reasonable business judgment, [are] likely to maximize the sale price“<sup>45</sup>.

Danach kommt es zur Auktion gemäss den verabschiedeten Regeln. Es bedarf nun nochmals einer gerichtlichen Bestätigung, nämlich des Gewinners der Auktion. Dazu müssen interessierte Parteien (Mitbieter, Gläubiger, Eigentümer) und Stellen umfassend über den Verkauf informiert (detaillierter Beschrieb des Kaufvertrags, der verkauften Aktiven und der Transaktionsstruktur) und auf die Beschwerdemöglichkeit hingewiesen werden. Das Gericht bestätigt den Gewinner der Auktion, sofern es zur Überzeugung gelangt, dass der Verkauf zulässig und die Bidding Procedures sowie die weiteren Anordnungen eingehalten worden sind. Erst nach Ablauf einer weiteren Frist von 14 Tagen kann der Verkauf vollzogen werden.

---

<sup>44</sup> Die Verfahren sind ziemlich standardisiert. Das Konkursgericht des Southern District of New York hat zwecks Vereinheitlichung der Praxis eigene „Guidelines for the Conduct of Asset Sales“ erlassen, abrufbar unter <http://www.nysb.uscourts.gov/content/guidelines-asset-sales>. Diese Guidelines entsprechen auch den Standards anderer Gerichte (vgl. Gmünder, Rz. 905 und die dort gemachten Verweise).

<sup>45</sup> New York Guidelines for Asset Sales, 3.

In der Praxis gibt es offenkundig Abkürzungen, wie die eingangs erwähnten Beispiele belegen (Verkauf von Lehman Brothers an Barclays innerhalb von einer Woche; Verkauf von General Motors innerhalb von rund 40 Tagen). Es gibt deshalb gewichtige Stimmen, die ein Verkaufsmoratorium nach Konkursöffnung verlangen zur Vorbeugung von übereiligen Verkäufen<sup>46</sup>.

## 2. Und der Preis?

Mit dem Preis verhält es sich letztlich wohl wie überall; entscheidend ist der Markt oder wie es der Supreme Court in ähnlichem Zusammenhang festhielt: „the best way to determine value is exposure to a market“<sup>47</sup>. Für die Gerichte gilt der Preis als fair, sofern adäquate Verkaufsbemühungen angestrengt wurden, faire Bidding Procedures vereinbart wurden und die Auktion korrekt ablief<sup>48</sup>. Immerhin gibt es diverse Entscheide, welche festhalten, dass – in einem Konkursverfahren – ein fairer und vernünftiger Preis bei 75% des Schätzwertes liegt<sup>49</sup>. Gemäss einer Untersuchung von 163 Plan Sales / 363 Sales bei kotierten Gesellschaften zwischen 1996 und 2010 betrug der durchschnittliche Kaufpreis 42% aller Aktiven („total pre-filing assets“) resp. 59% aller Sachwerte („pre-filing tangible assets“)<sup>50</sup>. Eine Studie aus dem Jahr 2015 stellte einen Durchschnittspreis von nur rund 25% des Buchwertes („book assets“) fest<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Final Report of the American Bankruptcy Institute, 83 ff., insbesondere 87; vgl. auch Gmünder, Rz. 1014.

<sup>47</sup> Bank of Amer. v. 203 N. LaSalle St. Partnership, 119 S.Ct. 1411, 1423 (1999), zit. in Gmünder, Fn. 1669.

<sup>48</sup> Frazier et al., 44; Reiss et al., 20; Gmünder, Rz. 935.

<sup>49</sup> In re Gucci, 126 F.3d 380, 390 (2nd Cir. 1997); In re Snyder, 74 B.R. 872, 878 (Bkrcty.E.D.Pa. 1987); In re Abbotts Dairies of Pennsylvania Inc., 788 F 2d 143, 149 (3rd Cir. 1986); weitere Fälle sind zitiert in Gmünder, Fn. 1671.

<sup>50</sup> Anderson/Ma, 9 f. und Tables 2 und 3.

<sup>51</sup> Gilson Stuart/Hotchkiss Edith/Osborn Matthew, Table 2, Panel B.

## Literaturverzeichnis

- Anderson Anne M./Ma Yung-Yu, Acquisitions in Bankruptcy: 363 Sales Versus Plan Sales and the Existence of Fire Sales, *American Bankruptcy Institute Law Review* 2014, 1 – 33.
- Frazier et al., *A Comparison Shopping Guide for 363 Sales*, Alexandria, VA 2009.
- Gilson Stuart/Hotchkiss Edith/Osborn Matthew, *Cashing Out: The Rise of M&A in Bankruptcy*, abrufbar unter <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2547168](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2547168)>, 2015.
- Gmünder Hubert, *Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren*, Diss., Zürich 2018.
- Hunkeler/Schönmann, *Grundriss des prepacks*, Europa Institut Zürich Band Nr. 192/2019, S. 45 ff.
- Hunkeler/Wohl/Schönmann, *Nachlassstundung: Keine Beschwerdelegitimation für Gläubiger bei Unternehmensverkäufen*, Jusletter, 31. Mai 2021.
- Lorandi Franco, *Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Diss., St. Gallen 1993.
- Müller/Wohl, *Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertagung*, ZZZ 2020, 146 ff.
- Reiss et al., *Important Tools in Distressed M&A Transactions*, in: Falls (Hrsg.), *M&A Strategies for Bankruptcy and Distressed Companies*, Boston MA, 2009, 7-32.
- Vandebroek/Hunkeler, *Übertragende Sanierung unter dem neuen Sanierungsrecht: Erste Erfahrungen mit „Prepacks“*, SJZ 113/2017, S. 389 ff.

# Neuerungen bei den nachlassvertraglichen Bestätigungsvoraussetzungen

Linus Cathomas

## Inhalt

I. Einleitung.....	68
II. Neuerungen bei der ersten Bestätigungsvoraussetzung.....	68
1. Vorbemerkungen.....	68
2. Inhalt der Neuerungen.....	69
3. Zweck der Neuerungen.....	70
4. Effekt der Neuerungen.....	70
5. Einordnung.....	71
III. Neuerungen bei der zweiten Bestätigungsvoraussetzung.....	72
1. Vorbemerkungen.....	72
2. Inhalt der Neuerungen.....	73
3. Zweck der Neuerungen.....	73
4. Effekt der Neuerungen.....	74
5. Einordnung.....	74
IV. Neuerungen bei der dritten Bestätigungsvoraussetzung.....	75
1. Vorbemerkungen.....	75
2. Inhalt der Neuerungen.....	76
a) Beitragsform.....	76
aa) Allgemein.....	76
bb) Beispiel Kapitalerhöhung.....	77
b) Beitragszeitpunkt.....	78
c) Beitragsumfang.....	79
3. Zweck der Neuerungen.....	79
4. Effekt der Neuerungen.....	79
5. Einordnung.....	80
V. Rückblick und Ausblick.....	82
Literaturverzeichnis.....	83

## I. Einleitung

Mit der Sanierungsrechtsrevision wurden die drei Voraussetzungen zur Bestätigung von Nachlassverträgen grundlegend erneuert.<sup>1</sup> Es gab Anpassungen, Streichungen, Ergänzungen, der Gesetzgeber hat keinen Stein auf dem anderen gelassen. Dementsprechend hoch waren die Erwartungen. Man erhoffte sich eine Verbesserung des Sanierungsumfelds,<sup>2</sup> bisweilen war sogar davon die Rede, dass „gravierende Systemfehler des bisherigen Rechts“ korrigiert würden.<sup>3</sup>

Waren die Hoffnungen berechtigt?

Im Folgenden wird versucht, Bilanz zu ziehen. Es gibt zwar noch keine Bundesgerichtsentscheide zu den Neuerungen. Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts sind aber eine Reihe erstinstanzlicher Bestätigungsentscheide ergangen, was es möglich macht, die Auswirkungen der Neuerungen zu ermitteln.<sup>4</sup> Die Entscheide, auf die sich der vorliegende Beitrag stützt, stammen aus verschiedenen Kantonen, etwa aus Zürich, St. Gallen, Waadt oder Zug. Und überall zeigen sie das gleiche Bild. Obwohl der Gesetzestext an zahlreichen Stellen geändert wurde, legen die Nachlassgerichte bei ihren Bestätigungsentscheiden immer noch den gleichen Massstab an wie unter altem Recht. Ganz offensichtlich sind die Neuerungen also wirkungslos geblieben. Sie sind ohne Effekt verpufft, sowohl bei der ersten, zweiten, als auch bei der dritten Bestätigungsvoraussetzung.

## II. Neuerungen bei der ersten Bestätigungsvoraussetzung

### 1. Vorbemerkungen

Für die Bestätigung des Nachlassvertrags verlangt das SchKG zunächst, dass das Angebot im richtigen Verhältnis zu den Möglichkeiten des Schuldners steht.<sup>5</sup> Richtig heisst angemessen. Das Angebot muss fair sein, es muss in Anbetracht der Umstände als gerecht erscheinen.<sup>6</sup> Dabei spielt insbesondere

---

<sup>1</sup> Art. 306 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1).

<sup>2</sup> Botschaft des Bundesrates vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010, 6455 ff., 6490.

<sup>3</sup> Staehelin, 65.

<sup>4</sup> Der „Datensatz“ für den vorliegenden Beitrag umfasst 25 Entscheide aus zehn Kantonen.

<sup>5</sup> Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG; mit dem „Schuldner“ ist im Folgenden immer die das Nachlassverfahren in Anspruch nehmende (Aktien-)Gesellschaft gemeint.

<sup>6</sup> KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 6.

der sog. *best interest test* eine Rolle. Übersteigt das Angebot die mutmassliche Konkursdividende – ist der Nachlassvertrag also im Interesse der Gläubiger –, liegt ein Hinweis auf die Angemessenheit vor, andernfalls ein Hinweis auf die Unangemessenheit.<sup>7</sup>

## 2. Inhalt der Neuerungen

Vergleicht man die aktuelle Fassung von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG mit der alten, lassen sich im Wesentlichen zwei Neuerungen erkennen.<sup>8</sup> Die erste Neuerung betrifft den Anknüpfungspunkt des Angemessenheitserfordernisses. Während nach altem Sanierungsrecht die „angebotene Summe“ angemessen sein musste, enthält das neue Recht eine allgemeinere Formulierung und bezieht sich auf den „Wert der angebotenen Leistungen“. Dementsprechend fallen unter neuem Recht nicht mehr nur Geldzahlungen unter den Gesetzeswortlaut, sondern auch Naturalleistungen. Dazu gehören insbesondere Anteilsrechte am Schuldner oder einer Auffanggesellschaft,<sup>9</sup> aber auch exotischere Leistungen wie etwa Hilfe bei der Rückführung ausländischer Vermögenswerte oder bei der Liquidation des Unternehmens.<sup>10</sup>

Die zweite Neuerung betrifft die Rechtsgrundlage des *best interest test*. Unter altem Recht war der Test für den Liquidationsvergleich noch normiert, es gab eine Vorschrift, die die Bestätigung von Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung an ein vorteilhaftes Verhältnis von Angebot und Konkursdividende knüpfte. In der Revision wurde die Bestimmung gestrichen, mit der Begründung, beim *best interest test* handle es sich lediglich um einen „Anwendungsfall der Angemessenheit des Nachlassvertrages [...]“.<sup>11</sup> Insofern ist der *best interest test* auch unter neuem Recht vorgesehen. Anstatt aus einer eigenen Bestimmung ergibt er sich nun aber aus einer Generalklausel, nämlich dem allgemeinen Angemessenheitserfordernis von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> BSK SchKG II-Hardmeier, Art. 306, N 11.

<sup>8</sup> Des Weiteren wurden zwei sprachliche Anpassungen vorgenommen. Erstens muss das Angebot nun „im richtigen“ statt „in richtigem“ Verhältnis stehen. Zweitens erfolgt die Beurteilung des Angebots nun durch das „Nachlassgericht“ statt durch den „Nachlassrichter“.

<sup>9</sup> Art. 314 Abs. 1<sup>bis</sup> und Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup> SchKG.

<sup>10</sup> KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 5.

<sup>11</sup> BBl 2010, 6490.

<sup>12</sup> KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 12 f.; Kopta-Stutz, 289 f.; differenziert BSK SchKG EB-Bauer, Art. 306, N 9g.

### 3. Zweck der Neuerungen

Die Neuerungen wurden vorgenommen, um zwei formelle Unzulänglichkeiten von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG zu korrigieren. Die erste Unzulänglichkeit war das implizite Verbot von Naturalangeboten. Der alte Gesetzeswortlaut verlangte eine angemessene Summe, sah also implizit vor, dass der Schuldner den Gläubigern nur Geldzahlungen anbieten kann.<sup>13</sup> Das widersprach nicht nur der herrschenden Auffassung.<sup>14</sup> Es hätte auch den neu geschaffenen Art. 314 Abs. 1<sup>bis</sup> und Art. 318 Abs. 1<sup>bis</sup> SchKG widersprochen, die dem Schuldner ausdrücklich erlauben, das Angebot in Form von Anteilsrechten zu unterbreiten.<sup>15</sup> Dementsprechend zielte der Gesetzgeber, als er die „Summe“ mit den „Leistungen“ ersetzte, auf die Einheit der Rechtsordnung ab. Er wollte Widersprüche zur Rechtswirklichkeit beseitigen und Widersprüche zu neu geschaffenen Gesetzesnormen verhindern.

Die zweite Unzulänglichkeit war die separate Normierung des *best interest test*. Unter altem Recht war der Test noch in einer eigenen Bestimmung untergebracht, und zwar zusätzlich zur Vorschrift, dass ein angemessenes Angebot vorliegen muss.<sup>16</sup> Die Redundanz war offensichtlich. Das Gebot eines – im Vergleich zum Konkurs – vorteilhaften Angebots ergab sich bereits aus dem allgemeinen Angemessenheitserfordernis, die ausdrückliche Regelung war überflüssig.<sup>17</sup> Folglich ging es bei der Streichung der alten *best-interest-test*-Norm darum, eine dogmatische Doppelspurigkeit zu beseitigen. Es sollte eine Regelung eliminiert werden, die an einer anderen Stelle schon vorhanden war.

### 4. Effekt der Neuerungen

Die Revision von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG ist spurlos an der Praxis vorbeigegangen. Das zeigt sich etwa an den angebotenen Leistungen. Nach wie vor bieten eigentlich alle Schuldner Geld oder geldähnliche Leistungen an, ordentliche Nachlassverträge, die andere Angebote vorsehen, sind selten bzw. gar nie anzutreffen.<sup>18</sup> Insofern hat die neue Bezugnahme auf den „Wert der ange-

---

<sup>13</sup> Siehe oben, II.2.

<sup>14</sup> BSK SchKG II-Hardmeier, Art. 306, N 17.

<sup>15</sup> BBl 2010, 6492.

<sup>16</sup> S. oben, II.2.

<sup>17</sup> BBl 2010, 6490

<sup>18</sup> Statt vieler vgl. das Urteil des Bezirksgerichts Zürich EC150011-L/U vom 8. April 2016 E. 3.2 (Kombination aus einer Bardividende, einer Gewinnbeteiligung sowie einer Beteiligung am Ergebnis einer gerichtlichen Auseinandersetzung).

botenen Leistungen“ nicht dazu geführt, dass vermehrt auf Naturalangebote zurückgegriffen wird. Vielmehr stehen auch weiterhin Geldangebote im Vordergrund, genauso, wie es bereits unter altem Recht der Fall war.

Ebenfalls unverändert geblieben ist der Massstab, der bei der Prüfung des Angebots gilt. Hier sind die Gerichte wie bis anhin grosszügig und erachten im Prinzip jedes Angebot als angemessen, unabhängig von Höhe und Ausgestaltung. Dabei sind die Angebote bisweilen äusserst knapp bemessen. Es gibt etwa Situationen, in denen die angebotene Nachlassdividende 10%,<sup>19</sup> 6%<sup>20</sup> oder sogar nur 1.4% beträgt.<sup>21</sup> Trotzdem werden auch solche Nachlassverträge bestätigt, wobei die Begründung jeweils lautet, dass die Gläubiger immer noch mehr erhalten im Konkurs.<sup>22</sup> Insofern hat der *best interest test* die Streichung seiner alten Rechtsgrundlage schadlos überstanden. Er spielt in der Praxis nach wie vor eine zentrale Rolle, ist neben der Empfehlung des Sachwalters wahrscheinlich sogar das wichtigste Kriterium bei der Beurteilung der ersten Bestätigungsvoraussetzung.<sup>23</sup>

## 5. Einordnung

Wenn eine Gesetzesänderung wie bei Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG wirkungslos bleibt, können verschiedene Gründe ursächlich sein. Häufig liegt ein Problem vor. Die Änderung leidet an einem inhaltlichen Mangel, sie wird falsch umge-

---

<sup>19</sup> Urteil des Bezirksgerichts Hochdorf 1C3 20 74 vom 15. Mai 2020 E. 5.2; Urteil des Kreisgerichts Rorschach SS.2020.341-RO3ZE-MAR vom 21. September 2020 E. 2.1; im zweiten Fall erhielten die Gläubiger immerhin noch einen Besserungsschein.

<sup>20</sup> Bezirksgericht Zürich EC150011-L/U E. 3.2; immerhin wurde den Gläubigern eine Gewinnbeteiligung für die folgenden Geschäftsjahre sowie ein Anteil am Ergebnis einer gerichtlichen Auseinandersetzung eingeräumt.

<sup>21</sup> Urteil des Kantonsgerichts Zug EN 2019 3 vom 26. Oktober 2020 S. 4.

<sup>22</sup> Kreisgericht Rorschach SS.2020.341-RO3ZE-MAR E. 6a; Urteil des Bezirksgerichts Kreuzlingen Z7.2018.388 vom 21. September 2020 E. 4b; Kantonsgericht Zug EN 2019 3 S. 4; Bezirksgericht Zürich EC150011-L/U E. 3.2; Urteil des Bezirksgerichts Bülach EC200022-C/U vom 12. Februar 2021 E. 6.2.

<sup>23</sup> Es fällt auf, dass in all den Fällen, in denen die Gerichte den Nachlassvertrag bestätigen, eine entsprechende Empfehlung des Sachwalters vorliegt. Das dürfte kein Zufall sein. Vermutlich verlassen sich die Gerichte weitgehend auf den Sachwalter und verzichten darauf, eine eigenständige Prüfung des Nachlassvertrags vorzunehmen (vgl. etwa Kreisgericht Rorschach SS.2020.341-RO3ZE-MAR E. 4bc und 6a; Bezirksgericht Kreuzlingen Z7.2018.388 E. 2). Ansonsten müssten sich Gerichte und Sachwalter zumindest manchmal uneinig sein, namentlich wenn die Nachlassdividende sehr tief ist und deshalb die Grenze zur Unangemessenheit kratzt. Insofern handelt es sich beim Bestätigungsentscheid bis zu einem gewissen Grad um eine Formalität. Faktisch ist es der Sachwalter, der mit seiner Empfehlung den Bestätigungsentscheid vorwegnimmt.

setzt, etc.<sup>24</sup> Bei den Neuerungen zur ersten Bestätigungsvoraussetzung ist das anders. Hier war nie eine Änderung der Bestätigungspraxis beabsichtigt, es ging nicht darum, Naturalangebote zu fördern oder den *best interest test* abzuschaffen. Das Ziel war einzig, die Bestätigungsvoraussetzung zu bereinigen, damit sie die Rechtswirklichkeit widerspiegelt und ohne dogmatische Verwerfungen ins SchKG passt.<sup>25</sup> Dementsprechend haben die Neuerungen bei der ersten Bestätigungsvoraussetzung ihren Zweck trotz Wirkungslosigkeit erfüllt. Sie basieren lediglich auf formellen Überlegungen, weshalb es weder überraschend noch problematisch ist, dass eine materielle Wirkung ausbleibt.

### III. Neuerungen bei der zweiten Bestätigungsvoraussetzung

#### I. Vorbemerkungen

Nach Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG müssen Forderungen, die privilegiert oder während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters entstanden sind, hinlänglich sichergestellt werden, „soweit nicht einzelne Gläubiger ausdrücklich auf die Sicherstellung [...] verzichten.“<sup>26</sup> Ist das Erfordernis der Sicherstellung umstritten – beispielsweise, weil der Bestand einer Forderung zur Diskussion steht –, kommt Art. 305 Abs. 3 SchKG zur Anwendung. Dann entscheidet das Nachlassgericht über die Sicherstellung, wobei es laut Botschaft darauf abstellt, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Forderung bzw. das Sicherstellungsprivileg begründet ist.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Siehe unten, III. und IV.

<sup>25</sup> Siehe oben, II.3.

<sup>26</sup> Hinlänglich heisst umfassend. Es muss gewährleistet sein, „dass die sicherzustellenden Verbindlichkeiten vollumfänglich und rechtzeitig bezahlt werden können“ (Bezirksgericht Zürich EC150011-L/U E. 4.1), was gemäss Lehre und Rechtsprechung unter vier Voraussetzungen der Fall ist. Erstens muss die Sicherheitsleistung die sicherzustellenden Forderungen decken, sie muss mindestens gleich viel Wert haben wie die Forderungen aller Vorzugsgläubiger. Zweitens muss sich die Sicherheitsleistung ausserhalb der Verfügungsgewalt des Schuldners befinden, eine anderweitige Verwendung ist auszuschliessen (BSK SchKG II-Hardmeier, Art. 306, N 22). Drittens muss die Sicherheitsleistung bedingungslos sein, eine Verknüpfung mit einem ungewissen zukünftigen Ereignis ist unzulässig (BGE 52 III 52 E. 1 S. 55). Und viertens muss die Sicherheitsleistung mit der Fälligkeit der sicherzustellenden Forderungen zur Verfügung stehen, d.h. typischerweise im Zeitpunkt, in dem der Nachlassvertrag vollstreckbar wird (Bezirksgericht Kreuzlingen Z7.2018.388 E. 4.c). Davon ausgehend qualifiziert die Lehre nur Barhinterlagen und vergleichbare Sicherheitsleistungen als hinlänglich i.S.v. Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG, aber nicht andere wirtschaftliche Werte, wie etwa zukünftige Erträge (KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 30).

<sup>27</sup> BBl 2010, 6490.

## 2. Inhalt der Neuerungen

Die zweite Bestätigungsvoraussetzung, wie sie heute im Gesetz steht, unterscheidet sich in zwei Punkten von der Vorgängerversion. Zunächst zu nennen ist der Umfang des Sicherstellungserfordernisses. Unter altem Recht war es erforderlich, dass zusätzlich zu den privilegierten Forderungen und den Masseverbindlichkeiten auch der Vollzug des Nachlassvertrags – d.h. die Nachlassdividende als solche – sichergestellt wird. Unter neuem Recht ist das nicht mehr der Fall. Die Sicherstellungspflicht für die Nachlassdividende wurde gestrichen, weshalb der Schuldner heute nur noch die Forderungen der Vorzugsgläubiger sicherstellen muss.<sup>28</sup>

Neu ist zudem der Verweis auf Art. 305 Abs. 3 SchKG. Unter altem Recht war noch ungeregt, was bei Forderungen mit unklarem Sicherungsstatus gilt.

## 3. Zweck der Neuerungen

Die Neuerungen sind erfolgt, um zwei materielle Unzulänglichkeiten des alten Rechts zu korrigieren. Die erste Unzulänglichkeit war das überschüssende Sicherstellungserfordernis. Unter altem Recht musste der Schuldner gegebenenfalls erhebliche Mittel für die Sicherheitsleistung aufwenden, er hatte je nachdem soviel Bargeld zu hinterlegen, wie zur Bezahlung der verbleibenden Schulden erforderlich war. Dadurch wurde der Erfolg der Sanierungsbemühungen gleich doppelt gefährdet. Zum einen bestand das Risiko, dass der Schuldner an der Aufbringung der erforderlichen Mittel und damit an der Erfüllung einer Bestätigungsvoraussetzung scheitert. Zum anderen bestand das Risiko, dass der Schuldner zwar die nötigen Mittel zur Sicherstellung aufbringen kann, ihm diese Mittel dann aber nach der Nachlassstundung im Betrieb fehlen. Vor diesem Hintergrund wird klar, weshalb der Gesetzgeber die Nachlassdividende von der Sicherstellung ausgenommen hat. Er wollte das Sicherstellungserfordernis umfangmässig reduzieren und so die Chance erhöhen, dass sanierungswürdige Schuldner die Nachlassstundung in wirtschaftlich intaktem Zustand überstehen.<sup>29</sup>

Die zweite Unzulänglichkeit war eine Regelungslücke. Das alte Recht war unvollständig, es liess offen, wie Forderungen mit umstrittenem Sicherungsstatus zu behandeln sind. Das führte zu einer gewissen Rechtsunsicherheit. Man war sich zwar weitgehend einig, den Entscheid über die Sicherstellung

---

<sup>28</sup> Daran ändert auch der – bei der Sanierungsrechtsrevision übersehene – Art. 315 Abs. 1 SchKG nichts (Luginbühl, 98).

<sup>29</sup> BBl 2010, 6490; vgl. auch Luginbühl, 105; Hari/Gmünder, 575; SK SchKG-Hunkeler/Wohl, Art. 306, N 2.

solcher Forderungen ins Ermessen des Nachlassgerichts zu stellen.<sup>30</sup> Es gab aber auch Stimmen, die eine vollständige Sicherstellung verlangten und damit eine andere, von der Mehrheitsmeinung abweichende Auffassung vertraten.<sup>31</sup> Zur vollständigen Klärung der Rechtslage war es deshalb nötig, Streitsituationen beim Sicherstellungserfordernis auf dem Gesetzesweg zu regeln. Und genau das wurde mit dem neuen Verweis auf Art. 305 Abs. 3 SchKG getan.

#### 4. Effekt der Neuerungen

Die Revision von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG hat nichts an der Sicherstellungspraxis geändert. Noch immer kommt es regelmässig vor, dass der Schuldner auch die Nachlassdividende oder zumindest einen Teil davon sicherstellt,<sup>32</sup> und das, obwohl dieses Sicherstellungserfordernis im Gesetz gestrichen wurde.<sup>33</sup> Zu erklären ist das mit der Verhandlungstaktik der Nachlassgläubiger. Offensichtlich machen die Gläubiger die Zustimmung zum Nachlassvertrag von der Sicherstellung der Nachlassdividende abhängig, womit dem Schuldner fast keine andere Wahl bleibt, als im Nachlassvertrag eine entsprechende Sicherheitsleistung zu versprechen. Ansonsten droht ihm die Ablehnung des Nachlassvertrags und damit der Konkurs.<sup>34</sup> Insofern befindet sich der Schuldner immer noch in der gleichen Situation wie vor der Revision. Er muss, soweit die Gläubiger darauf bestehen, alle Forderungen sicherstellen, unabhängig davon, ob die Sicherstellung von Gesetzes wegen verlangt ist oder nicht.<sup>35</sup>

#### 5. Einordnung

Die Revision der zweiten Bestätigungsvoraussetzung hat – abgesehen vielleicht von der Erhöhung der Rechtssicherheit – ihr Ziel verfehlt. Die Sicherstellungslast des Schuldners konnte nicht wie erhofft reduziert werden, und das, obwohl die Gerichte die neue Beschränkung der Sicherstellung wortgetreu umsetzen. Als Reaktion könnte man nun fordern, der Gesetzgeber müsse

---

<sup>30</sup> BSK SchKG II-Hardmeier, Art. 306, N 21a.

<sup>31</sup> CR LP-Marchand, Art. 306, N 15.

<sup>32</sup> Bezirksgericht Zürich EC150011-L/U E. 4.2; Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland CIV 20 38 P67 vom 12. Februar 2020 Dispositivziffer 3; im Kanton Waadt wird, wie es scheint, sogar immer geprüft, ob die Bezahlung der Nachlassdividende gewährleistet ist (vgl. statt vieler das Urteil des Tribunal d'Arrondissement de Lausanne FV17.029228/AFE/aoa vom 17. Oktober 2019 S. 80).

<sup>33</sup> Siehe oben, III.2.

<sup>34</sup> Art. 305 Abs. 1 i.V.m. Art. 309 SchKG.

<sup>35</sup> Dass die Sicherstellung auch nach der Revision Verhandlungssache bleibt, wurde in der Lehre vorausgesehen (KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 21; Luginbühl, 105 f.).

dem Schuldner weiter entgegenkommen und die Hürden der Sicherstellung nochmals herabsetzen. Das wäre allerdings aus verschiedenen Überlegungen verfehlt.

Zunächst wäre es kaum vertretbar, die dritte Bestätigungsvoraussetzung zusätzlich zu lockern. Die einzigen Forderungen, die nach der Revision noch sicherzustellen sind, gehören den privilegierten Gläubigern und Massegläubigern. Und diese verdienen besonderen Schutz, weil sie auch beim Nachlassvertrag Anspruch auf volle Befriedigung haben,<sup>36</sup> von der Abstimmung über den Nachlassvertrag ausgeschlossen sind,<sup>37</sup> und weil – zumindest die Massegläubiger – bei der Sanierung des Schuldners eine wichtige Rolle spielen.<sup>38</sup> Insofern erübrigen sich weitere Erleichterungen bereits mangels Optionen. Es ist unmöglich, die Sicherstellungsschwelle zu senken, ohne übermässig in die Rechte der Vorzugsgläubiger einzugreifen.

Des Weiteren besteht kein Bedürfnis nach zusätzlichen Lockerungen. Die neue Regelung ist bereits grosszügig genug, sie beschränkt sich auf ein absolutes Minimum der Sicherstellung und sieht zudem die – in der Praxis häufig genutzte – Möglichkeit vor, mit den Gläubigern einen Sicherstellungsverzicht zu vereinbaren.<sup>39</sup> Jede weitere Erleichterung würde deshalb über das Ziel hinauschiessen. Zumal kein Fall bekannt ist, in dem Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG der Vertragsbestätigung im Wege stand.

#### IV. Neuerungen bei der dritten Bestätigungsvoraussetzung

##### 1. Vorbemerkungen

Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG knüpft die Bestätigung von ordentlichen Nachlassverträgen an die Voraussetzung, dass die Anteilsinhaber des Schuldners einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten. Damit wird den Anteilsinhabern eine Beitragsobliegenheit auferlegt.<sup>40</sup> Sie sind zwar nicht zur Leistung

---

<sup>36</sup> Art. 310 SchKG.

<sup>37</sup> Art. 305 Abs. 2 SchKG.

<sup>38</sup> Die „Massegläubiger“ (vgl. Art. 310 SchKG) erfüllen eine wichtige Sanierungsfunktion, indem sie dem Schuldner während der Nachlassstundung das zur Weiterführung des Betriebs erforderliche Kapital zur Verfügung stellen.

<sup>39</sup> Bezirksgericht Hochdorf 1C3 18 418 E. 6.2; Kreisgericht Rorschach SS.2020.341-RO3ZE-MAR E. 2.1.

<sup>40</sup> Zur Rechtsnatur von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG vgl. Cathomas, 149 ff.

eines Beitrags gezwungen, es besteht keine Beitragspflicht.<sup>41</sup> Falls ihr Beitrag ausbleibt oder ungenügend ist, bleibt die dritte Bestätigungsvoraussetzung aber unerfüllt, was – zumindest in der Theorie –<sup>42</sup> die Konkurseröffnung und damit den kompletten Wertverlust der Beteiligungen zur Folge hat.<sup>43</sup>

## 2. Inhalt der Neuerungen

Die dritte Bestätigungsvoraussetzung weist den grössten Neuigkeitsgehalt auf. Sie wurde nicht nur angepasst, sondern zusätzlich zu den bestehenden Voraussetzungen ins Gesetz integriert. Eine genauere Analyse scheint daher angebracht. In welcher Form ist der Beitrag zu erbringen?<sup>44</sup> In welchem Zeitpunkt?<sup>45</sup> Und in welchem Umfang?<sup>46</sup>

### a) Beitragsform

#### aa) Allgemein

Damit eine Leistung als Sanierungsbeitrag angerechnet werden kann, muss sie zwei Voraussetzungen erfüllen.<sup>47</sup> Zunächst muss sie Sanierungswirkung entfalten. Sie muss ein Mittel sein, um die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen, eine zukünftige Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit zu verhindern oder die Attraktivität des Nachlassvertrags zu erhöhen. Nur dann handelt es sich um einen *Sanierungsbeitrag*, d.h. um einen Beitrag, der die wirtschaftliche Gesundung des Schuldners unterstützt.

---

<sup>41</sup> Cathomas, 155 f.; KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 41; SK SchKG-Hunkeler/Wohl, Art. 306, N 17; Gmünder, 287; a.M.: Stauber/Talbot, 882; Giroud, 186 f. und 188.

<sup>42</sup> In der Praxis werden Nachlassverträge selbst dann bestätigt, wenn ein Sanierungsbeitrag der Anteilshaber ausbleibt; siehe unten, IV.4.

<sup>43</sup> Art. 309 SchKG; zum Begriff und den Folgen eines ungenügenden Sanierungsbeitrags vgl. Cathomas, 147 ff.

<sup>44</sup> Siehe unten, IV.2.a).

<sup>45</sup> Siehe unten, IV.2.b).

<sup>46</sup> Siehe unten, IV.2.c).

<sup>47</sup> Vgl. im Einzelnen Cathomas, 85 ff.

Des Weiteren muss die Leistung Opferqualität haben, sie muss für die Anteilshaber mit einem Nachteil verbunden sein.<sup>48</sup> Zu denken ist dabei insbesondere an Leistungen, die sofort oder beim Konkurs des Schuldners eine Vermögenseinbusse bei den Anteilshabern bewirken.<sup>49</sup>

#### *bb) Beispiel Kapitalerhöhung*

Davon ausgehend gibt es verschiedene Leistungen, die als Sanierungsbeitrag in Frage kommen.<sup>50</sup> Ein Beispiel ist die Kapitalerhöhung. Hier liberieren die Anteilshaber neue Aktien, sie bringen eine Bar- bzw. Sacheinlage ein oder wandeln ihre Forderung in Eigenkapital um. Dementsprechend entfaltet die Kapitalerhöhung ohne Weiteres Sanierungswirkung. Die Eigenkapitalbasis des Schuldners wird gestärkt, je nach Liberierungsleistung verbessert sich auch die Liquidität.<sup>51</sup>

Etwas komplizierter ist die Frage der Opferqualität, und zwar wegen der Verbindung zwischen Schuldner und Anteilshaber. Die Anteilshaber sind die Eigentümer des Schuldners, sie sind an ihm beteiligt, weshalb die Wertsteigerung, die der Schuldner bei der Kapitalerhöhung erfährt, ihnen selbst zugutekommt. Insofern verlieren die Anteilshaber mit der Liberierung an sich noch kein Geld. Vielmehr erhalten sie einen Gegenwert, weil in dem Umfang, in dem sie Mittel für die Liberierung aufwenden, die Aktien an Wert gewinnen.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> Das Erfordernis der Opferqualität ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber mit Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG eine gewisse Gleichbehandlung von Gläubigern und Anteilshabern gewährleisten wollte (vgl. unten, IV.3.). Dieses Ziel wird nur erreicht, wenn neben den Gläubigern mit ihrem Forderungsverzicht auch die Anteilshaber ein Opfer erbringen müssen.

<sup>49</sup> Sodann kann der Nachteil darin bestehen, dass sich der Einfluss auf den Schuldner verkleinert, und zwar durch die Abnahme des Stimmgewichts in der Generalversammlung (Schenker, 271).

<sup>50</sup> Der Beitrag kann insbesondere in Form von Kapitalerhöhungen, Kapitalschnitten, Kapitalzuschüssen, Darlehen, Rangrücktritten, Lohnreduktionen, Beteiligungsverwässerungen, Gewinnbeteiligungen, Kreditsicherheiten oder Arbeitsleistungen erfolgen (vgl. Cathomas, 89 ff.).

<sup>51</sup> Cathomas, 90 f.

<sup>52</sup> Das lässt sich am Beispiel illustrieren, in dem der Einzelaktionär des Schuldners den Sanierungsbeitrag in Form einer Kapitalerhöhung erbringt und die neu ausgegebenen Aktien in bar liberiert. Hier reduziert sich in der Bilanz des Aktionärs zwar der Aktivposten „Flüssige Mittel“, was aber durch die Erhöhung des Aktivpostens „Beteiligung am Schuldner“ kompensiert wird.

Etwas überspitzt könnte man deshalb sagen, dass die Anteilsinhaber bei der Kapitalerhöhung den Sanierungsbeitrag an sich selbst erbringen. Sie schichten ihr Vermögen bloss um, ohne einen direkten Nachteil zu erleiden.<sup>53</sup>

Allerdings erfolgt die Vermögensumschichtung in einer besonders prekären Situation. Wie Studien zeigen, überstehen nur etwa ein Drittel der Schuldner die Nachlassstundung, alle anderen scheitern und werden liquidiert.<sup>54</sup> Und selbst bei erfolgreichem Abschluss des Nachlassverfahrens bleibt das Schicksal des Schuldners auf Messers Schneide, sein Geschäftsmodell ist ja oft noch dasselbe wie vor der Nachlassstundung. Insofern ist die Opferqualität sehr wohl zu bejahen. Auch wenn die Anteilsinhaber bei der Kapitalerhöhung den Sanierungsbeitrag gewissermassen an sich selbst erbringen, übernehmen sie doch ein qualifiziertes Ausfallrisiko und tragen damit den Nachteil, dass die geleistete Einlage mit einer erhöhten Wahrscheinlichkeit verloren geht. In Kombination mit der Sanierungswirkung genügt das, um die Anforderungen an die Form des Sanierungsbeitrags zu erfüllen.<sup>55</sup>

#### b) *Beitragszeitpunkt*

Der Sanierungsbeitrag kann an sich vor oder nach dem Bestätigungsentscheid erbracht werden, einfach unter unterschiedlichen Voraussetzungen.<sup>56</sup> Bei Beiträgen vor dem Bestätigungsentscheid muss ein funktionaler Zusammenhang gegeben sein. Der Beitrag muss im Rahmen und im Hinblick auf die Sanierung des Schuldners erfolgen, alle anderen, sanierungsfremden Leistungen sind als Sanierungsbeitrag ausgeschlossen. Ansonsten könnten die Anteilsinhaber alle je geleisteten Einlagen, Darlehen, etc. geltend machen, was dem Sinn und Zweck der dritten Bestätigungsvoraussetzung widerspräche.<sup>57</sup>

Demgegenüber sind nachträgliche Sanierungsbeiträge an die Voraussetzung geknüpft, dass der Beitrag auch tatsächlich durchsetzbar ist.<sup>58</sup> Andernfalls könnten die Anteilsinhaber auf ihren Entscheid zurückkommen und die versprochene Leistung verweigern.<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup> Cathomas, 91 f.

<sup>54</sup> Müller/Lind, 641.

<sup>55</sup> Cathomas, 92 f.

<sup>56</sup> Cathomas, 122 ff.

<sup>57</sup> Cathomas, 123 f.

<sup>58</sup> Die Durchsetzbarkeit ist gegeben, wenn die Anteilsinhaber bereits vor dem Bestätigungsentscheid eine Sicherheitsleistung erbringen und/oder wenn sie dem Schuldner einen durchsetzbaren Leistungsanspruch einräumen.

<sup>59</sup> Cathomas, 124 ff.

### c) Beitragsumfang

Die Frage nach dem Beitragsumfang ist umstritten. Ein Teil der Lehre ist eher aufseiten der Gläubiger und verlangt Sanierungsbeiträge, die ungefähr dem Forderungsverzicht der Gläubiger entsprechen.<sup>60</sup> Ein anderer Teil ist eher aufseiten des Schuldners bzw. der Anteilsinhaber und akzeptiert auch Sanierungsbeiträge, die den Forderungsverzicht deutlich unterschreiten.<sup>61</sup> Und noch weiter gehen schliesslich die Gerichte, die sogar Nachlassverträge ohne jeglichen Sanierungsbeitrag bestätigen.<sup>62</sup>

### 3. Zweck der Neuerungen

Die dritte Bestätigungsvoraussetzung soll, wie es in der Botschaft heisst, eine „gewisse Gleichbehandlung“ gewährleisten.<sup>63</sup> Nicht nur die Gläubiger sollen sich an der Sanierung beteiligen, sondern auch die Anteilsinhaber. Das gilt insbesondere beim Dividendenvergleich. Hier verzichten die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen, weshalb es naheliegt, von den Anteilsinhabern ebenfalls einen Sanierungsbeitrag zu verlangen. Ansonsten können die Anteilsinhaber ihre Beteiligung behalten und vom Forderungsverzicht der Gläubiger profitieren, ohne ein eigenes Opfer zu erbringen.<sup>64</sup> Dementsprechend stehen bei Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG Gerechtigkeitsüberlegungen im Vordergrund. Es soll verhindert werden, dass die Sanierungskosten einseitig auf die Gläubiger überwältzt werden, während die Anteilsinhaber ungeschoren davonkommen.<sup>65</sup>

### 4. Effekt der Neuerungen

Die neue Bestätigungsvoraussetzung ist wirkungslos geblieben. Sie spielt in der Praxis keine Rolle, es ist keine Entscheidung bekannt, in dem die Vertragsbestätigung an einem ungenügenden Sanierungsbeitrag der Anteilsinhaber gescheitert ist. Dabei sind die Beiträge manchmal alles andere als üppig. Immer wieder leisten die Anteilsinhaber nur einen Bruchteil des Forderungsverzichts der

---

<sup>60</sup> Cathomas, 129 ff.

<sup>61</sup> Gmünder, 289; wohl ähnlich: Bernheim/Steiger, 4 ff.; KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 41; Kopta-Stutz, 294 f.; Oehri, 15.

<sup>62</sup> Siehe unten, IV.4.

<sup>63</sup> BBl 2010, 6456 und 6461.

<sup>64</sup> BBl 2010, 6490 f.

<sup>65</sup> Nur am Rande sei erwähnt, dass sich das Regelungsziel von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs sowie unter ökonomischen Gesichtspunkten herleiten lässt (Cathomas, 51 ff.).

Gläubiger,<sup>66</sup> teilweise erbringen sie sogar überhaupt keinen Sanierungsbeitrag.<sup>67</sup> Trotzdem qualifizieren die Gerichte auch solche (Nicht-)Beiträge als angemessen, und zwar typischerweise mit der Begründung, die Gläubiger würden immer noch mehr erhalten als im Konkurs.<sup>68</sup> Folglich wird die neue Bestätigungsvoraussetzung in der Praxis mit dem *best interest test* übersteuert.<sup>69</sup> Anstatt die Beiträge von Gläubigern und Anteilsinhabern zu vergleichen, wird geprüft, ob die Bestätigung des Nachlassvertrags im Interesse der Gläubiger liegt. Als Folge sind die Anteilsinhaber – zumindest in Einzelfällen – auch weiterhin in der Lage, den Gläubigern die Sanierungskosten aufzubürden, wie bereits unter altem Recht.

## 5. Einordnung

Wer Zweck und Effekt von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG vergleicht, stellt eine Diskrepanz fest. Die Bestimmung soll die Rechtswirklichkeit ändern, bleibt in der Praxis aber wirkungslos. Dafür verantwortlich sind die Gerichte. Sie ignorieren die neue Bestätigungsvoraussetzung und bestätigen auch weiterhin Nachlassverträge, die keinen Sanierungsbeitrag der Anteilsinhaber vorsehen.<sup>70</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung ist das kritisch. Rechtsanwendende Behörden sind an Bundesgesetze gebunden, sie können nicht einfach selbst entscheiden, welche Regeln sie anwenden und welche nicht.<sup>71</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob bei der dritten Bestätigungsvoraussetzung ein Anwendungsproblem besteht. Setzen sich die Gerichte zu Unrecht über Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG hinweg? Oder ist es gerechtfertigt, wenn sie an der bisherigen Praxis festhalten?

---

<sup>66</sup> Bezirksgericht Zürich EC150011-L/U E. II.5.2 (12% plus Gewinnbeteiligung); Urteil des Bezirksgerichts Arbon Z7.2017.459 vom 11. Oktober 2017 E. 5.b sowie Urteil des Bezirksgerichts Dietikon EC160001-M/U E. 5.2 (je 19%); Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden ER2 14 310 vom 12. Januar 2015 E. 3.4 (52%).

<sup>67</sup> Urteil des Bezirksgerichts Aarau SN.2014.1 vom 16. Dezember 2014 E.5; Urteil des Bezirksgerichts Zürich EC180006-L/U vom XY 2019 E. 6 (genaues Urteilsdatum unbekannt); des Weiteren erbringen teilweise auch nur einzelne Anteilsinhaber einen Sanierungsbeitrag. Im Hinblick auf die Erfüllung der dritten Bestätigungsvoraussetzung ist das indes unproblematisch (Bezirksgericht Zürich EC150011-L/U E. 5.2).

<sup>68</sup> Bezirksgericht Zürich EC180006-L/U E. 6; vgl. auch Urteil des Bezirksgerichts Zürich EC180012-L/U aus dem Jahr 2020 E.3 (genaues Urteilsdatum unbekannt).

<sup>69</sup> Zum *best interest test* vgl. oben, II.1.

<sup>70</sup> Siehe oben, IV.4.

<sup>71</sup> Art. 190 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

Um die Frage zu beantworten, müsste man eigentlich abklären, ob es sich bei Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG um eine zwingende Vorschrift handelt.<sup>72</sup> Das Problem ist, dass sich die Rechtsnatur nicht eindeutig ermitteln lässt. Auf der einen Seite gibt es Hinweise auf eine zwingende Natur, weil der Gesetzeswortlaut in Übereinstimmung mit Gesetzeszweck und -systematik absolut formuliert ist, es wird das Wort „müssen“ verwendet.<sup>73</sup> Gleichzeitig enthält die Botschaft den Hinweis, dass bei einem positiven *best interest test* von einem Sanierungsbeitrag abgesehen werden könne,<sup>74</sup> was ziemlich genau dem Gegenteil des Gesetzeswortlauts entspricht.<sup>75</sup> Schliesslich ist der *best interest test* praktisch immer erfüllt.<sup>76</sup> Insofern scheitert die Beurteilung der Gerichtspraxis an einem unlösbaren Widerspruch. Das Gesetz sagt das eine und die Botschaft das andere, weshalb unklar ist, ob die Gerichte, indem sie Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG übergehen, rechtskonform entscheiden.

Was sich immerhin sagen lässt, ist, dass die aktuelle Rechtsprechung erhebliche Angriffsflächen bietet. Nicht nur ist sie unvereinbar mit dem Gesetzeswortlaut. Sie widerspricht auch schlicht und ergreifend der Intuition. Wieso sollte der Gesetzgeber eine Bestimmung erlassen, die nie Anwendung findet? Das ergibt wenig Sinn.<sup>77</sup> Insofern würde es eher überraschen, wenn die aktuelle Praxis Bestand hätte. Sollte ein Gläubiger einmal einen bestätigten Nachlassvertrag mit fehlendem – oder vielleicht auch nur mit sehr tiefem –<sup>78</sup> Sanierungsbeitrag anfechten, hätte er gute Chancen, vor einer höheren Instanz Recht zu bekommen.<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Anteilsinhaber zur Leistung eines Beitrags gezwungen werden können, d.h. ob es sich bei Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG um eine Pflicht oder Obliegenheit handelt (s. oben IV.1.).

<sup>73</sup> Cathomas, 156 f.

<sup>74</sup> BBl 2010, 6491.

<sup>75</sup> Cathomas, 157 f.

<sup>76</sup> KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 14.

<sup>77</sup> BSK SchKG EB-Bauer, Art. 306, ad N 31 („Mit dieser Einschränkung aber hätte man auf die Neuerung auch verzichten können.“)

<sup>78</sup> Bei einem tiefen Sanierungsbeitrag sind die Erfolgsaussichten der Anfechtung eingeschränkt, weil sich – anders als bei einem gänzlich ausgebliebenen Beitrag – bis zu einem gewissen Punkt immer noch argumentieren lässt, dass die Bestätigung des Nachlassvertrags vom gerichtlichen Ermessen gedeckt ist.

<sup>79</sup> Zu den prozessualen Aspekten von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG vgl. Cathomas, 161 ff.

## V. Rückblick und Ausblick

Stellt man die Neuerungen bei Art. 306 Abs. 1 SchKG nebeneinander, zeigen sich Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Die Gemeinsamkeit ist die Wirkungslosigkeit. Sämtliche Neuerungen sind ohne Effekt geblieben, die Praxis ist immer noch die gleiche wie unter altem Recht.<sup>80</sup>

Der Unterschied liegt in der Ursache der Wirkungslosigkeit. Während die Neuerungen bei der ersten Bestätigungsvoraussetzung aufgrund ihrer formellen Natur verpuffen, sind bei der zweiten Voraussetzung die Gläubiger mit ihrer Verhandlungstaktik und bei der dritten Voraussetzung die Gerichte mit ihrer Rechtsprechung dafür verantwortlich, dass die Neuerungen wirkungslos bleiben.<sup>81</sup> Damit erweist sich die Wirkungslosigkeit nur bei den letzten beiden Bestätigungsvoraussetzungen als problematisch. Anders als bei der ersten Voraussetzung wäre es bei ihnen, zumindest nach dem Willen des Gesetzgebers, wünschenswert, wenn es einen Effekt gäbe.

Die Zukunft wird zeigen, ob sich der gewünschte Effekt doch noch entfaltet. Bei der zweiten Bestätigungsvoraussetzung wäre hierfür eine Gesetzesänderung erforderlich, das Sicherstellungserfordernis müsste auch für privilegierte Forderungen und Masseverbindlichkeiten gestrichen werden. Eine solche Anpassung käme indes überraschend. Die Vorzugsgläubiger verdienen besonderen Schutz, ein Bedürfnis zur Herabsetzung der Sicherstellungshürde fehlt, der Gesetzgeber dürfte deshalb davon absehen, dem Schuldner noch weiter entgegenzukommen.<sup>82</sup>

Die dritte Bestätigungsvoraussetzung hingegen könnte durchaus an Bedeutung gewinnen. Sie wird aktuell von den Gerichten ignoriert, obwohl die Hinweise überwiegen, dass es sich um eine zwingende Norm handelt. Für den Durchbruch von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG fehlt somit wenig. Es braucht nur einen Gläubiger, der einen Bestätigungsentscheid anfecht und einer höheren Instanz, idealerweise dem Bundesgericht, Gelegenheit gibt, den Sanierungs-

---

<sup>80</sup> Siehe oben, II.4., III.4. und IV.4.

<sup>81</sup> Siehe oben, II.5., III.5. und IV.5.

<sup>82</sup> Siehe oben, III.5.; vgl. auch BBl 2010: „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 aufrechtzuerhalten. Auch an der Sicherstellung der privilegierten Forderungen wird festgehalten.“

beitrag der Anteilsinhaber für obligatorisch zu erklären.<sup>83</sup> Damit würde nicht nur die Rechtslage geklärt. Es gäbe bei den Bestätigungsvoraussetzungen dann auch eine Neuerung, die diese Bezeichnung verdient.

## Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas (Hrsg.), 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas (Hrsg.), Basel 2016 (zit. BSK SchKG EB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Bernheim Marc/Geiger Gaudenz, Der Sanierungsbeitrag, Jusletter, 24. Juni 2019, 1 ff.
- Cathomas Linus, Der Sanierungsbeitrag der Anteilsinhaber (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG), Eine Untersuchung am Beispiel der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 2020.
- Commentaire Romand de la Loi sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, in: Dallèves Louis/Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Basel 2005 (zit. CR LP-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Giroud Roger, Nachschusspflicht des Aktionärs, in: Böhme Anna et al. (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung (FS Fischer), Zürich 2016, 181 ff.
- Gmünder Hubert, Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren, Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG, Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US Bankruptcy Code, Diss. Zürich/St. Gallen 2018.
- Hari Olivier/Gmünder Hubert, Das neue Sanierungsrecht, GesKR 2013, 1661 ff.
- Kopta-Stutz Bettina, Gerichtliche Sanierungsverfahren für Schweizer Aktiengesellschaften, Diss. Zürich 2019.
- Kurzkommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Luginbühl Tanja, Der Dividendenvergleich – eine Renaissance unter dem neuen Sanierungsrecht?, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VI, Zürich 2014, 93 ff.
- Müller Lukas/Lind Ronja, Fünf Jahre Neues Sanierungsrecht: Erfahrungen, Befunde und Entwicklungen, EF 2019, 637 ff.
- Oehri Daniel, Der Sachwalter im Nachlassverfahren, Ein Diener zweier Herren, Diss. Zürich 2018.
- Schenker Urs, Unternehmensverkäufe unter dem neuen Sanierungsrecht, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVII, Zürich 2015, 257 ff.

---

<sup>83</sup> Siehe oben, IV.5.

Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), 4. A., Zürich 2017 (zit. SK SchKG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Stahelin Daniel, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, ST 2014, 61 ff.

Stauber Natalie V./Talbot Philip, Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht, AJP 2017, 874 ff.

# Der Sachwalter im Nachlassverfahren

## Eine Betrachtung der Corporate Governance im Nachlassverfahren\*

Daniel P. Oehri

### Inhalt

I.	Einleitung.....	86
1.	Nachlassverfahren als Sanierungsrecht.....	86
2.	Nachlassverfahren vs. Konkursverfahren.....	87
3.	Ziel und Dauer des Nachlassverfahrens.....	89
II.	Nachlassverfahrensrecht und materielles Recht.....	90
1.	Nachlassverfahren als Verfahrensrecht.....	90
2.	Organe des Nachlassverfahrens und der schuldnerischen Gesellschaft.....	91
III.	Sachwalter im Nachlassverfahren.....	92
1.	Einleitung.....	92
2.	Aufgaben des Sachwalters.....	93
3.	Qualifikationen der Sachwalterfunktionen.....	93
IV.	Sachwalter im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen.....	95
1.	Einleitung.....	95
2.	Aufgaben.....	96
a)	Einleitung.....	96
b)	Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (Art. 297a SchKG).....	97
aa)	Einleitung.....	97
bb)	Genehmigungsverfahren.....	97
c)	Genehmigung von Geschäftsentscheiden (Art. 298 Abs. 1 SchKG).....	100
aa)	Einleitung.....	100
bb)	Vertikal- und Horizontaltest.....	101
cc)	Genehmigung von Geschäften im Rahmen des ausserordentlichen Geschäftsgangs.....	101
d)	Sachwalter als institutionalisierter Schiedsrichter bzw. Schiedsgutachter ...	102

---

\* Dieser Beitrag basiert auf der Dissertation des Autors „Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren“. Der Leser wird in den Fussnoten daher für weitergehende Ausführungen auf die Dissertation des Autors verwiesen.

V. Sachwalter im Rahmen seiner geschäftsführenden Funktionen.....	103
1. Einleitung.....	103
2. Stellung des geschäftsführenden Sachwalters in der schuldnerischen Gesellschaft.....	104
3. Rechtliche Stellung des Sachwalters und Haftung.....	105
4. Geschäftsführung und Gesellschaftsinteresse .....	107
a) Problematik.....	107
b) team production-Theorie.....	108
aa) Einleitung.....	108
bb) Gesellschaftsinteresse und team production-Theorie.....	109
Literaturverzeichnis.....	111

## I. Einleitung

### i. Nachlassverfahren als Sanierungsrecht

Befindet sich eine Gesellschaft<sup>1</sup> in einer Situation der Überschuldung, steht die Gesellschaft wie auch ihr Verwaltungsrat aufgrund von Art. 725 OR am Scheideweg. Der Verwaltungsrat hat in einer solchen Situation zu beurteilen, ob die Gesellschaft sanierungsfähig ist oder aber ob die Gesellschaft liquidiert werden muss.

Ist der Verwaltungsrat der Ansicht, dass die Gesellschaft sanierungsfähig ist, steht ihm einerseits das gerichtlich begleitete Sanierungsverfahren, das Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG, zur Verfügung. Andererseits kann er – sofern eine konkrete Aussicht auf Sanierung besteht<sup>2</sup> – versuchen, die Gesellschaft ausserhalb eines gerichtlich begleiteten Verfahrens, d.h. im Rahmen einer sog. stillen Sanierung, zu sanieren. Da im Rahmen der nun abgeschlossenen Aktienrechtsrevision die Frist für eine stille Sanierung auf 90 Tage fest-

---

<sup>1</sup> Wenn im Rahmen dieses Beitrags von „Gesellschaft“ gesprochen wird, so beziehen sich die Ausführungen auf die Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

<sup>2</sup> Mit weiteren Ausführungen Oehri, Verwaltungsrat, 133 f.

gesetzt<sup>3</sup> und der Konkursaufschub nach Art. 725a OR aus dem Gesetz gelöscht wird<sup>4</sup>, wird die Sanierung im Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG wohl in Zukunft an Bedeutung gewinnen; zumal sich in komplexen Fällen die 90-Tage-Frist für eine stille Sanierung zumeist als zu kurz erweisen wird.<sup>5</sup>

Scheint eine Sanierung hingegen nicht mehr möglich zu sein, wird sich der Verwaltungsrat mit der Liquidation der Gesellschaft auseinandersetzen müssen. Die Liquidation der Gesellschaft kann hierbei im Rahmen eines Konkursverfahrens nach Art. 197 ff. SchKG oder aber im Rahmen eines Nachlassverfahrens nach Art. 293 ff. SchKG, namentlich im Rahmen eines Liquidationsvergleichs, erfolgen.

## 2. Nachlassverfahren vs. Konkursverfahren

Wie soeben erwähnt, ist das Nachlassverfahren zunächst ein zentrales Instrument, um eine Gesellschaft zu sanieren. Das Nachlassverfahren kann allerdings auch als Alternative zum Konkursverfahren genutzt werden. Das Nachlassverfahren weist dabei verschiedene Vorteile gegenüber dem Konkursverfahren auf.

So zeichnet sich das Nachlassverfahren zunächst – im Vergleich zum Konkursverfahren – durch eine höhere Flexibilität aus.<sup>6</sup> Das Konkursverfahren wird nach einem klar vorgegebenen Skript durchgeführt. Das Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs (SchKG) bestimmt hierbei von der Einleitung über die Verwertung bis hin zur Verteilung des Liquidationserlöses das Verfahren und lässt der Schuldnerin und den Gläubigern keinen Raum für Verhandlungen.<sup>7</sup> Das Nachlassverfahren auf der anderen Seite soll der Schuldnerin eine Atempause und Handlungsfreiräume verschaffen.<sup>8</sup> Konkret wird der Schuld-

---

<sup>3</sup> Am 19. Juni 2020 hat das Parlament die Aktienrechtsrevision, die mit Botschaft des Bundesrates zur Revision des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399 ff., eingeleitet wurde, und die darin vorgesehenen Gesetzänderungen verabschiedet. Im revidierten Aktienrecht (hiernach „revOR“) wird die Überschuldung künftig in Art. 725b revOR geregelt. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 revOR sieht nun explizit vor, dass die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben kann, sofern und solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann und dass die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden.

<sup>4</sup> BBl 2017, 465 f.

<sup>5</sup> Votum Vogt, AB 2020 N 592 f.; mit weiteren Ausführungen Oehri, Verwaltungsrat, 135.

<sup>6</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 304 m.w.H.

<sup>7</sup> Kren Kostkiewicz, Rz. 1900 und Rz. 1903; AB S 1993, 632, Ausführungen von Bundesrat Koller; Oehri, Sachwalter, Rz. 304 m.w.H.

<sup>8</sup> Amonn/Walther, § 54 Rz. 37.

nerin und den Gläubigern durch das Nachlassverfahren – welches vom Prinzip der Eigenverwaltung (siehe hiernach, V.1.) und der Privatautonomie geprägt ist<sup>9</sup> – ein rechtlicher Rahmen zur Verfügung gestellt, in welchem sie sich zu Verhandlungen treffen können (welche bspw. im Abschluss eines Nachlassvertrages nach Art. 314 ff. SchKG münden können).<sup>10</sup>

Anders als im Nachlassverfahren findet ferner im Konkursverfahren, d.h. mit Konkurseröffnung, eine Zweckänderung bei der Gesellschaft statt. Der „werbende Zweck“ der Gesellschaft ändert sich mit dem Eintritt der Gesellschaft in das Konkursverfahren stets in einen blossen „Liquidationszweck“.<sup>11</sup> Die Schuldnerin wird in der Konsequenz auf ihren Liquidationswert reduziert, da die Betriebsstruktur<sup>12</sup>, die den Fortführungswert der Gesellschaft ausmacht, im Konkurs aufgebrochen wird.<sup>13</sup> Dies hat wiederum zur Folge, dass die Interessen der Gläubiger – als nun „wirtschaftliche“ Eigentümer der einzelnen Vermögenswerte der Schuldnerin – zum Leitstern und zur Handlungsmaxime der Organe des Konkursverfahrens erhoben werden.<sup>14</sup>

Im Nachlassverfahren steht im Gegensatz hierzu der Erhalt des Fortführungswerts im Zentrum, zumal das Nachlassverfahren nur eingeleitet werden soll, sofern der Fortführungswert den Liquidationswert übersteigt.<sup>15</sup> Dies setzt in der Konsequenz voraus, dass die Betriebsstruktur und die Produktionsfaktoren, d.h. Personen und Sachmittel, erhalten bleiben und allenfalls im Rahmen einer Sanierung neu alloziert werden. Dies wiederum bedeutet, dass die Interessen sämtlicher Personen, die durch ihren Beitrag zum schuldnerischen

---

<sup>9</sup> Oehri, Sachwalter, S. 339 m.w.H.; Hari, concordat, Rz. 3.

<sup>10</sup> Amonn/Walther, § 53 Rz. 12 f.; KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 298, N 2; mit weiteren Ausführungen Oehri, Sachwalter, Rz. 17 und Rz. 304 m.w.H.

<sup>11</sup> Ernst, 114; vgl. Amonn/Walther, § 35 Rz. 2; Oehri, Sachwalter, Rz. 302.

<sup>12</sup> D.h. die rechtliche und organisatorische Verknüpfung von Mitteln und Personen.

<sup>13</sup> Christ, 18; BSK SchKG II-Handschin/Hunkeler, Art. 197, N 6. Der Liquidationswert ist der Erlös, der nach Einstellung des Betriebs der Schuldnerin bei der stückweisen Versilberung der schuldnerischen Vermögenswerte erzielt wird, siehe hierzu Glanzmann, 257 sowie von der Crone/Mauchle, 236; vgl. auch BSK SchKG II-Handschin/Hunkeler, Art. 197, N 6: „[die Gläubiger] haben lediglich Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse bzw. aus dem Erlös der einzelnen Vermögensgegenstände“; vgl. auch Oehri, Sachwalter, Rz. 300 m.w.H.

<sup>14</sup> BGE 129 III 333 E. 5.6; Roth, 465 Fn. 49; Oehri, Sachwalter, Rz. 300.

<sup>15</sup> Müller, 202; AB NR 1993, 5; AB S 1993, 629; Christ, 18, wonach der Fortführungswert in der Regel den Liquidationswert übersteigt; Oehri, Sachwalter, Rz. 301 m.w.H.

Unternehmen<sup>16</sup> (sei dies in Form von Material, Arbeit, Know-how oder Kapital) den Fortführungswert ausmachen, beachtet werden müssen bzw. durch die Organe des Nachlassverfahrens (siehe hiernach II.2.) zu berücksichtigen sind (siehe hiernach V.4.).<sup>17</sup>

### 3. Ziel und Dauer des Nachlassverfahrens

Das Nachlassverfahren kann einerseits eingeleitet werden, um eine vorübergehende Stundung zu erwirken und damit Zeit für eine Sanierung zu gewinnen (vgl. Art. 293a Abs. 3 SchKG). Andererseits kann das Nachlassverfahren auch mit Blick auf die mögliche Ausarbeitung eines Nachlassvertrags beantragt werden (vgl. Art. 293a Abs. 3 SchKG; vgl. Art. 314 ff. SchKG).<sup>18</sup>

Das Nachlassverfahren selbst kann sodann in zwei Phasen eingeteilt werden. Mit Gutheissung des Gesuchs um Eröffnung des Nachlassverfahrens wird zunächst, in einer ersten Phase, eine provisorische Nachlassstundung für maximal vier Monate gewährt (Art. 293a Abs. 2 SchKG). Mit der nun abgeschlossenen Aktienrechtsrevision wurde die Möglichkeit geschaffen, die provisorische Nachlassstundung nochmals um weitere vier Monate zu verlängern (Art. 293a Abs. 2 SchKG).

Vor Ablauf der provisorischen Stundung hat das Nachlassgericht von Amtes wegen über die Bewilligung der definitiven Nachlassstundung für weitere vier bis sechs Monate zu entscheiden (Art. 294 SchKG). Die Dauer der definitiven Stundung kann auf Antrag des Sachwalters bei Bedarf auf zwölf und in besonders komplexen Fällen auf maximal 24 Monate verlängert werden (Art. 295b Abs. 1 SchKG).

---

<sup>16</sup> Die einzelnen Vermögenswerte der Schuldnerin für sich allein betrachtet – d.h. das Haftungssubstrat der Gläubiger – sind nur ein Produktionsfaktor unter vielen und bilden allein nicht das Unternehmen und den Unternehmenswert (d.h. den Fortführungswert). Erst durch deren Einbindung mit weiteren Produktionsfaktoren (wie bspw. menschliche Arbeit, Know-how und Kapital) in eine funktionale Einheit entsteht das Unternehmen unter der Trägerschaft der Schuldnerin, vgl. hierzu Gauch, Rz. 9 ff. und Rz. 21 ff. sowie Wildhaber, 82 und Hunkeler, Rz. 88 ff.

<sup>17</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 301 ff.

<sup>18</sup> Siehe mit weiteren Ausführungen hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 15 ff.

## II. Nachlassverfahrensrecht und materielles Recht

### I. Nachlassverfahren als Verfahrensrecht

Wird einer finanziell angeschlagenen Gesellschaft die Nachlassstundung gewährt und tritt sie in das Nachlassverfahren ein, so werden ihre Geschäftstätigkeit, die Verfügungs- und Vertretungsordnung sowie die Organisationsstruktur nun plötzlich nicht mehr alleine durch das materielle Recht, sondern zudem durch das Nachlassverfahrensrecht (Art. 293 ff. SchKG) bestimmt.<sup>19</sup> Namentlich die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen (Art. 620 ff. OR) sind somit mit den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts zu koordinieren.<sup>20</sup>

Als Teil des schweizerischen Vollstreckungsrechts ist das Nachlassverfahren verwaltungsrechtlicher sowie prozessualer Natur.<sup>21</sup> Als Verfahrensrecht dient es zwar grundsätzlich der Durchsetzung des materiellen Rechts, d.h. der materiell-rechtlichen Ansprüche.<sup>22</sup> Es finden sich im Nachlassverfahrensrecht aber verschiedene Bestimmungen, die in das materielle Recht eingreifen und dieses teilweise umgestalten. So beispielsweise Art. 297a SchKG und Art. 298 SchKG. Solche Bestimmungen mit Wirkung auf das materielle Recht gehen hierbei als *lex specialis* dem materiellen Recht vor und überlagern dieses.<sup>23</sup>

Der Zusammenstoss von gesellschaftsrechtlichen und schuldbetreibungsrechtlichen Bestimmungen manifestiert sich am deutlichsten in der Umschreibung und bei der Bestimmung der Aufgaben und Funktionen der Organe des Nachlassverfahrens. Dies namentlich auch vor dem Hintergrund, dass ein Nachlassverfahren – wie gezeigt – über mehrere Monate dauern kann. Eine

---

<sup>19</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 2 m.w.H.

<sup>20</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 298 ff.

<sup>21</sup> Amonn/Walther, § 1 Rz. 7 ff. und Rz. 19 sowie § 35 Rz. 5 mit Bezug auf das Konkursrecht; Fritschi, 249; Comm. LP-Gilliéron, Art. 5, N 14; vgl. AB NR 1993, 5; vgl. Protokoll der Sitzung (der vorberatenden Kommission des Nationalrats) vom 16./17. November 1992, 79.

<sup>22</sup> Beilstein, 654; vgl. Guldener, 54; vgl. Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?: Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung, Bern 2005, 45; vgl. Protokoll der Sitzung (der vorberatenden Kommission des Ständerats) vom 12. bis 14. Mai 1993, 5.

<sup>23</sup> Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Bern 2008, 20; Beilstein, 654; vgl. bspw. auch Lorandi, Erblasser, 388 zum Verhältnis zwischen Art. 49 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1) und den einschlägigen Regeln im ZGB; vgl. Mabillard, 194 ff.

Koordination der verschiedenen Organe (d.h. der Organe des Nachlassverfahrensrechts und der schuldnerischen Gesellschaft) und ihrer Kompetenzen ist daher unabdingbar.

## 2. Organe des Nachlassverfahrens und der schuldnerischen Gesellschaft

Mit Eröffnung des Nachlassverfahrens treten zusätzlich zu den gesellschaftsrechtlichen Organen die Organe des Nachlassverfahrens neu in Erscheinung. Gewisse Organe des Nachlassverfahrens sind dabei nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs lediglich optional, so der Gläubigerausschuss (Art. 295a SchKG) und der provisorische Sachwalter (Art. 293b Abs. 2 SchKG). Andere Organe des Nachlassverfahrens wiederum sind durch das Nachlassverfahrensrecht zwingend vorgeschrieben, so das Nachlassgericht und der Sachwalter in der definitiven Nachlassstundung (Art. 295 SchKG).

Den Organen des Nachlassverfahrens räumt das Gesetz dabei in unterschiedlichem Umfang Kompetenzen im Bereich der Geschäfts- und Unternehmensführung ein (siehe Art. 295 SchKG, Art. 295a SchKG, Art. 297a SchKG sowie Art. 298 SchKG). Im Vergleich zur Lage vor Eröffnung des Nachlassverfahrens wird zudem auch die Position der Gläubiger erheblich gestärkt. So verfügen diese im Nachlassverfahren u.U. über ein eigenes Vertretungsorgan, den Gläubigerausschuss (vgl. Art. 295a SchKG), und sind in den Entscheidungsprozess betreffend das rechtliche Schicksal der schuldnerischen Unternehmung in einem grösseren Masse eingebunden bzw. können dieses in einem grösseren Masse beeinflussen.<sup>24</sup>

Diese Veränderungen, denen eine Gesellschaft mit Eintritt in das Nachlassverfahren ausgesetzt ist, führen dazu, dass sich die Schuldnerin und somit ihre Organe plötzlich in einem erheblichen Spannungsverhältnis wiederfinden. Das Unternehmen unter der Trägerschaft der schuldnerischen Gesellschaft und das Vermögen der Schuldnerin – als potenzielles Haftungssubstrat für die Gläubiger – steht nun plötzlich nicht mehr allein unter der Kontrolle der Schuldnerin. Die Organe des Nachlassverfahrens üben nun ebenfalls Kontrolle und Einfluss auf das Unternehmen sowie die Geschäfts- und Unternehmensführung aus (siehe namentlich Art. 295 SchKG, Art. 295a SchKG und Art. 298 SchKG). Dem Sachwalter, welcher im engsten Austausch mit der Schuldnerin steht und mit der Aufsicht über die Schuldnerin betraut ist (Art. 298 Abs. 1 SchKG), kommt hierbei eine zentrale Rolle zu.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 494 f. sowie Rz. 536 ff.

<sup>25</sup> Mit weiteren Ausführungen Oehri, Sachwalter, Rz. 296 f.

### III. Sachwalter im Nachlassverfahren

#### I. Einleitung

Der Sachwalter ist dabei gemäss Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs nicht allein mit der Aufsicht über die Schuldnerin betraut (Art. 298 Abs. 1 SchKG), sondern zudem mit der allgemeinen Führung des Nachlassverfahrens während der Nachlassstundung.<sup>26</sup> Hierdurch steht der Sachwalter nicht nur im Austausch mit der Schuldnerin, sondern ebenfalls mit den Gläubigern. Dies wiederum hat zur Folge, dass sich auch der Sachwalter – wie die Schuldnerin und deren Organe – während des Nachlassverfahrens in einem Spannungsverhältnis wiederfindet.

So haben die Gläubiger und die Schuldnerin unterschiedliche Erwartungen an den Sachwalter. Die Schuldnerin erwartet regelmässig vom Sachwalter, dass er sie bei der Sanierung beratend begleitet, sie vor den Gläubigern schützt und sie bei den Verhandlungen mit den Gläubigern unterstützt. Die Schuldnerin sieht ihn somit als ihren Interessenvertreter. Die Gläubiger wiederum sind regelmässig daran interessiert, dass das Verfahren rasch durchgeführt wird und sie dadurch eine gewisse Planungssicherheit erhalten. Sie erwarten zudem vom Sachwalter, dass er die Schuldnerin überwacht und dadurch ihr Haftungssubstrat maximal schützt.

Mit Blick auf die Gläubigerinteressen wird teilweise vorgebracht, dass das Gläubigerinteresse in der maximalen Befriedigung ihrer ausstehenden Forderungen bestehe. Dies ist zunächst grundsätzlich korrekt; hierbei handelt es sich wohl aber nur um den grössten gemeinsamen Nenner der Gläubigerinteressen. Die Gläubiger sind vielmehr eine heterogene Gruppe mit unterschiedlichsten Individualinteressen, wobei die maximale Befriedigung unter Umständen längerfristigen Überlegungen weichen kann. So ist die Gläubigerkategorie der Arbeitnehmer u.U. stärker an einem Erhalt der Arbeitsplätze interessiert. Vertragspartner können beispielsweise primär am Erhalt der Supply Chain interessiert sein und weniger an der Begleichung alter Forderungen.

All diese Partikularinteressen wirken auf das Nachlassverfahren und somit auf den Sachwalter ein. Im Lichte dieser Interessenkollision gilt es, die Aufgaben des Sachwalters zu begreifen und zu interpretieren.

---

<sup>26</sup> Amonn/Walther, § 54 Rz. 23.

## 2. Aufgaben des Sachwalters

Die Aufgaben und Kompetenzen des Sachwalters im Nachlassverfahren werden namentlich in Art. 293b SchKG, Art. 295 SchKG, Art. 298 SchKG bis Art. 302 SchKG sowie Art. 304 SchKG geregelt.<sup>27</sup> Betrachtet man dabei die Änderungen, die über die Jahre an den Bestimmungen betreffend die Sachwalterfunktionen vorgenommen wurden, so lässt sich ein kontinuierlicher Ausbau der geschäftsführenden Aufgaben des Sachwalters ausmachen.<sup>28</sup>

So hielt das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs in der Fassung von 1978 lediglich fest: (1) Der Sachwalter habe die Handlungen des Schuldners zu überwachen, (2) die Geschäftsführung zu beaufsichtigen, (3) ein Inventar aufzunehmen und die Vermögensgegenstände zu schätzen, (4) den Schuldenruf vorzunehmen, (5) eine Verfügung über die Pfandschätzung zu erlassen sowie (6) schliesslich die Gläubigerversammlung einzuberufen und zu leiten. Die Mitwirkung des Sachwalters im Rahmen des Nachlassverfahrens war somit primär auf verfahrensleitende Funktionen begrenzt.<sup>29</sup>

Mit der SchKG-Revision von 1994 wurden die Aufgaben des Sachwalters erstmals ausgeweitet. Das Nachlassgericht konnte von da an zudem (7a) anordnen, dass gewisse Handlungen nur mit Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können, oder aber (7b) dem Sachwalter die Geschäftsführung anstelle der Schuldnerin übertragen (siehe Art. 298 SchKG).<sup>30</sup>

Mit der Revision von 2014 erfolgte schliesslich die bis dato letzte Ausweitung der Sachwalterfunktionen. Der Sachwalter kann nunmehr mit der Prüfung der Sanierungsaussichten beauftragt werden (Art. 293b Abs. 1 SchKG) und zudem einen Nachlassvertrag entwerfen, sofern dies erforderlich ist (Art. 295 Abs. 2 lit. a SchKG).<sup>31</sup>

## 3. Qualifikationen der Sachwalterfunktionen

Hieraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber den Aufgabenbereich des Sachwalters nicht nur stetig ausgeweitet hat, sondern diesem nunmehr neben den

---

<sup>27</sup> Mit einer Übersicht über die Funktionen des Sachwalters Oehri, Sachwalter, Rz. 324 ff.

<sup>28</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 327 ff.

<sup>29</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 327.

<sup>30</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 328.

<sup>31</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 328.

ursprünglich, rein verfahrensleitenden und -begleitenden Aufgaben ebenfalls vermehrt Aufgaben im Bereich der Unternehmensführung und -beratung einräumt.<sup>32</sup>

Das Nachlassverfahrensrecht ist dabei traditionell Teil des Zivilprozessrechts im weiteren Sinne. Der Staat stellt hiermit den Rechtssuchenden ein Verfahren zur Verfügung, um ihre Ansprüche durch Mitwirkung der Staatsgewalt rechtlich durchzusetzen.<sup>33</sup> In der Konsequenz ist es die Aufgabe des Staates, durch seine Organe die beförderliche und verbindliche Abwicklung des Verfahrens sicherzustellen.<sup>34</sup> In Erfüllung dieser staatlichen Aufgabe leitet der Sachwalter das Nachlassverfahren und stellt damit sicher, dass das Verfahren beförderlich und nach den gesetzlichen Vorgaben durchgeführt wird.<sup>35</sup> Er nimmt in der Konsequenz eine staatliche Aufgabe wahr<sup>36</sup> und handelt als verlängerter Arm des Nachlassgerichts, bei welchem die Oberleitung des Nachlassverfahrens liegt.<sup>37</sup>

Wie sich aus dem Aufgabenkatalog des Sachwalters ergibt (siehe oben, III.2.), übernimmt der Sachwalter im Rahmen des Nachlassverfahrens ferner aber auch Aufgaben, die ihn in die Nähe eines Organs der Rechtspflege rücken. So ist die Schuldnerin durch das Gesetz wie auch durch richterliche Anordnung verpflichtet, verschiedene Fragen dem Sachwalter zur hoheitlichen Beurteilung zu unterbreiten (vgl. Art. 297a SchKG und Art. 298 Abs. 1 SchKG).<sup>38</sup> Schliesslich kann der Sachwalter aufgrund von Art. 298 SchKG neben der Leitung des Nachlassverfahrens auch mit der Leitung des schuldnerischen Unternehmens betraut werden (Art. 298 Abs. 1 SchKG).

Die hiervor erwähnten Sachwalterfunktionen können dabei in solche mit Bezug zur Verfahrensleitung sowie in solche mit direktem Bezug zur Leitung der schuldnerischen Geschäfte unterteilt werden. Die Funktionen mit Bezug zur Verfahrensleitung, die der Sachwalter im Rahmen des Nachlassverfahrens

---

<sup>32</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 329.

<sup>33</sup> Amonn/Walther, § 1 Rz. 7 ff. und Rz. 19 sowie § 35 Rz. 5 mit Bezug auf das Konkursverfahren; Fritsch, 249; Comm. LP-Gilliéron, Art. 5, N 14; Oehri, Sachwalter, Rz. 334.

<sup>34</sup> Beilstein, 654; Gasser, 82; Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, Kap. 1 Rz. 1; Oehri, Sachwalter, Rz. 334.

<sup>35</sup> Vgl. Hari, Rz. 394 ff. mit einem Überblick über die „activités procedurales“; KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 295, N 6; Oehri, Sachwalter, Rz. 334.

<sup>36</sup> Beilstein, 654; Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, Kap. 1 Rz. 1.

<sup>37</sup> Vgl. KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 295, N 2; auch in der Botschaft zur SchKG-Revision wird der Sachwalter als „verlängerter Arm des Gerichts“ bezeichnet, vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, 6455 ff., 6482.

<sup>38</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 335 und Rz. 337 ff. m.w.H.

entweder als verlängerter Arm des Nachlassgerichts oder Organ der Rechtspflege wahrnimmt, werden hiernach unter dem Begriff der „(quasi-)judiziellen Funktionen des Sachwalters“ zusammengefasst. Wird einem Sachwalter die Geschäftsführung i.S.v. Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG übertragen, so wird nachfolgend von den „geschäftsführenden Funktionen des Sachwalters“ gesprochen.<sup>39</sup>

## IV. Sachwalter im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen

### i. Einleitung

Wenn es um die rechtliche Qualifikation des Sachwalters geht, betrachtet die herrschende Lehre und Rechtsprechung den Sachwalter stets – und unabhängig von der wahrgenommenen Funktion – als „öffentliches Organ des Staates zur Leitung des Nachlassverfahrens“ und somit als öffentlich-rechtliches bzw. staatliches Organ der Zwangsvollstreckung.<sup>40</sup> In den Materialien zur SchKG-Revision von 2014 wird der Sachwalter zudem als Arm des Gerichts bezeichnet.<sup>41</sup> Diese Qualifikation trifft auf den Sachwalter im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen durchaus zu.<sup>42</sup>

Als Teil der Verwaltung i.w.S. ist der Sachwalter in seiner (quasi-)judiziellen Funktion mit dem Vollzug der Normen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts bzw. mit dem Vollzug des Nachlassverfahrensrechts betraut. Mit anderen Worten hat er das Nachlassverfahren formell zu leiten, zu strukturieren sowie die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des SchKG zu gewährleisten.<sup>43</sup> Der Sachwalter soll gewährleisten, dass das Nachlassverfahren ordnungsgemäss durchgeführt werden kann und dass die Schuldnerin das Verfahren nicht zum Nachteil der Gläubiger beeinflusst.<sup>44</sup> Im Rahmen seiner

---

<sup>39</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 336; siehe auch Hari, Rz. 247 ff. und Rz. 394 ff.

<sup>40</sup> BGE 94 III 55 E. 2; Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, in BLSchK 1947, 22; Entscheid der Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen vom 7. März 2007 (aus dem Kanton Bern), BLSchK 2008, 70; Hunkeler, Rz. 690 f.; Amonn/Walther, § 54 Rz. 21; KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 295, N 15 ff.; Hari, Rz. 48 ff.; BSK SchKG II-Vollmar, Art. 295, N 25 ff.; Fritzsche/Walder-Bohner, § 72 Rz. 20; Coradi, 85.

<sup>41</sup> BBl 2010, 6482.

<sup>42</sup> Zur rechtlichen Qualifikation des Sachwalters im Rahmen seiner geschäftsführenden Funktion siehe unten, V.3.

<sup>43</sup> BGE 103 Ia 76 E. 4b; vgl. AB NR 1993 S. 5; Oehri, Sachwalter, Rz. 371.

<sup>44</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 337 m.w.H.

(quasi-)judiziellen Funktionen erfüllt der Sachwalter – wie das Betreibungs- und Konkursamt – staatliche Aufgaben, womit er hoheitlich auftritt und zum Erlass von Verfügungen befugt ist.<sup>45</sup>

Da es sich beim Sachwalter im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen um ein unabhängiges Organ des Staates zur Leitung des Vollstreckungsverfahrens handelt, haftet der Staat folgerichtig kausal für dessen Handlungen bzw. für den Sachwalter als seinem Organ (Art. 5 SchKG).<sup>46</sup> Als verlängerter Arm des Gerichts und öffentlich-rechtlicher Funktionsträger ist der Sachwalter jedoch weder Interessenvertreter der Gläubiger noch Interessenvertreter der Schuldnerin. Als öffentlich-rechtliches Organ und Arm des Gerichts hat der Sachwalter vielmehr seine Unabhängigkeit zu wahren.<sup>47,48</sup>

Im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Aufgaben (siehe sogleich) wird dem Sachwalter jedoch ein gewisses Ermessen eingeräumt. So hat er verschiedene Geschäftsentscheide der Schuldnerin zu beurteilen (siehe hiernach, IV.2.), was ihn vor gewisse Herausforderungen mit Blick auf seine Unabhängigkeit stellen kann.

## 2. Aufgaben

### a) Einleitung

Im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen kommen dem Sachwalter namentlich folgende Aufgaben zu<sup>49</sup>:

- Der Sachwalter als Genehmigungsinstanz (siehe Art. 297a SchKG, Art. 298 Abs. 1 SchKG sowie Art. 306 Abs. 1 Ziffer 2 und Art. 310 Abs. 2 SchKG)

---

<sup>45</sup> Lorandi, Schnittstellen, 504; Rebsamen, Rz. 822 ff.; vgl. Amonn/Walther, § 5 Rz. 10 f.; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, § 13 Rz. 855 ff. zu den Charakteristika von Verfügungen; mit weiteren Ausführungen Oehri, Sachwalter, Rz. 371 f.

<sup>46</sup> Ausführlich zur Haftung des Sachwalters im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen Oehri, Sachwalter, Rz. 541 ff.

<sup>47</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 373 ff.; vgl. BSK SchKG II-Vollmar, Art. 295, N 24, wonach der Unabhängigkeit des Sachwalters besondere Bedeutung zukommt.

<sup>48</sup> Der Sachwalter im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Aufgaben hat lediglich dem Gemeinwesen bzw. dem Nachlassgericht Rechenschaft abzulegen. Aus diesem Grund können die Interessen der Gläubiger, die über das Interesse an einer beförderlichen und gesetzmässigen Verfahrensführung hinausgehen, nicht zur Handlungsmaxime für den Sachwalter im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen erhoben werden, siehe Oehri, Sachwalter, Rz. 373 ff.

<sup>49</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 337 ff.

- Der Sachwalter als institutionalisierter Schiedsrichter bzw. Schiedsgutachter.
- Der Sachwalter als (vor-)gerichtliche Prüfungsinstanz (Art. 298 Abs. 1 SchKG, Art. 293b SchKG, Art. 299 SchKG, Art. 300 SchKG).

Im Nachfolgenden wird auf die Aufgaben des Sachwalters als Genehmigungsinstanz nach Art. 297a SchKG und Art. 298 Abs. 1 SchKG sowie auf die Aufgaben des Sachwalters als Schiedsrichter bzw. Schiedsgutachter näher eingegangen. Für die weiteren Aufgaben des Sachwalters im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen und für diesbezügliche Erläuterungen wird auf die Dissertation des Autors verwiesen.<sup>50</sup>

#### *b) Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (Art. 297a SchKG)*

##### *aa) Einleitung*

Art. 297a SchKG sieht vor, dass die Schuldnerin mit Zustimmung des Sachwalters Dauerschuldverhältnisse unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen kann, sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde. Ohne vorgängige Genehmigung durch den Sachwalter ist die Kündigung unwirksam.<sup>51</sup>

Hierdurch wird durch das Nachlassverfahren ein – das materielle Recht überlagerndes – Kündigungsrecht geschaffen.<sup>52</sup> In der Botschaft zur SchKG Revision von 2014 wird diese Möglichkeit, sich bestehender ungünstiger oder sonst unerwünschter Verpflichtungen zu entledigen, als unverzichtbares Kernstück der SchKG-Revision von 2014 bezeichnet. Erst hierdurch könne in vielen Fällen eine Sanierung erst ermöglicht werden.<sup>53</sup>

##### *bb) Genehmigungsverfahren*

Das in Art. 297a SchKG vorgesehene Genehmigungsverfahren ist nach der hier vertretenen Meinung durch ein Gesuch an den Sachwalter, das eine Kopie des fraglichen Vertrags sowie eine Begründung enthält, einzuleiten. Aus dem Gesuch sollte hervorgehen, weshalb der fragliche Vertrag sich negativ auf

<sup>50</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 337 ff.

<sup>51</sup> Vgl. Staehelin, 117 f. Nach BSK SchKG EB-Bauer, Art. 297a, N 16 ist die Kündigungserklärung nach Art. 297a SchKG, die ohne Zustimmung des Sachwalters erfolgt, nichtig.

<sup>52</sup> BBl 2010, 6488.

<sup>53</sup> BBl 2010, 6488; vgl. auch Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?: Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung, Bern 2005, 32 ff.

das Unternehmen auswirkt bzw. weshalb dieser die Sanierung vereitelt. Die Begründung dient nicht nur dem Sachwalter als Entscheidungsgrundlage, sondern ermöglicht zudem den Gläubigern, zum Gesuch Stellung zu nehmen und somit ihr Recht auf rechtliches Gehör wahrzunehmen.<sup>54</sup>

Der Sachwalter als Organ des Staates hat den Gläubigern das rechtliche Gehör zu gewähren<sup>55</sup>, da durch den hoheitlichen Entscheid bzw. die Zustimmungsvorfügung des Sachwalters einerseits erheblich in die Gläubigerrechte eingegriffen werden kann.<sup>56</sup> Andererseits kann die Kündigung zentraler Verträge mitunter weitreichende Konsequenzen für die Sanierung und somit den erfolgreichen Abschluss des Nachlassverfahrens haben.<sup>57</sup> Die Stellungnahme der Gläubiger sollte jedoch in beförderlicher Weise geschehen, da das Nachlassverfahren durch einen gewissen Zeitdruck geprägt ist. Aus diesem Grund bietet es sich an, analog den Bestimmungen zum Summarverfahren vorzugehen, womit kein zweiter Schriftenwechsel bzw. keine zweite Stellungnahme geboten ist (analog Art. 253 ZPO<sup>58</sup>).<sup>59</sup>

Da gemäss Art. 297a SchKG ein Dauerschuldverhältnis nur gekündigt werden kann, wenn andernfalls die Sanierung vereitelt würde, muss die Schuldnerin dem Sachwalter eine wirtschaftliche Prognose bezüglich der zukünftigen Unternehmensentwicklung und der Auswirkungen des Vertrages auf diese und die Sanierungschancen vorlegen.<sup>60</sup> Da der Sachwalter somit eine unternehmerische Entscheidung zu prüfen hat, ist – betreffend die sachwalterische Kognition – in Anlehnung an die Praxis in den USA<sup>61</sup> auf die *Business Judgment Rule* zurückzugreifen. Die *Business Judgment Rule* wurde zur Beurteilung von unternehmerischen Entscheidungen entwickelt und fand auch bereits Eingang in die Schweizer Rechtsprechung.<sup>62</sup>

---

<sup>54</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 342 ff.

<sup>55</sup> Iqbal, 115, wonach der Sachwalter als Vollstreckungsorgan aufgrund seiner öffentlich-rechtlichen Stellung an Art. 29 Abs. 2 BV gebunden ist.

<sup>56</sup> Vgl. Mabillard, 203, wonach das Kündigungsrecht einen erheblichen Eingriff in die Gläubigerrechte darstellt.

<sup>57</sup> So kann die Kündigung von Mietverträgen über wichtige Betriebsstätten die Sanierung verunmöglichen, falls keine neuen Lokalitäten innerhalb einer nützlichen Frist gefunden werden.

<sup>58</sup> Art. 253 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272).

<sup>59</sup> Ausführlich zum Ganzen Oehri, Sachwalter, Rz. 342 ff.

<sup>60</sup> Vgl. Nikitine, 166 zur Definition eines Unternehmensentscheids.

<sup>61</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 237 ff.

<sup>62</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 344 ff. sowie Rz. 649 ff.

In der Konsequenz hat sich der (quasi-)judizielle Sachwalter in einem ersten Schritt, gestützt auf die bei ihm eingereichten Unterlagen und Begründungen, zu fragen:

1. *Basiert der Entscheid der Schuldnerin – unter den gegebenen Voraussetzungen – auf einer hinreichenden Informationsbasis?*
2. *Hat der Verwaltungsrat respektive die Geschäftsleitung den Entscheid in gutem Glauben getroffen?*
3. *Hat sich die Geschäftsleitung in keinem Interessenkonflikt befunden?*

Können diese drei Fragen bejaht werden, so ist der Entscheid zunächst formell korrekt zustande gekommen und vermutungsweise zu bestätigen. Die Beweislast liegt hierbei bei der Schuldnerin.<sup>63</sup>

Hiernach, in einem zweiten Schritt, hat sich der Sachwalter – nun mit Bezug auf den Inhalt des Gesuchs bzw. Entscheids – zu fragen, ob die Prognose der Schuldnerin und somit der Kündigungsentscheid mit Blick auf die Sanierung vertretbar ist.<sup>64</sup> Eine Kündigung darf dabei wohl als vertretbar betrachtet werden, wenn „[diese] dem Sanierungszweck in einem gewissen (nicht gerade völlig untergeordneten) Masse förderlich ist“.<sup>65</sup> Dies kann oft bereits erfüllt sein, wenn sich die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses positiv auf den *cash flow* auswirkt, da Gesellschaften im Nachlassverfahren oft mit ungenügendem betrieblichem *cash flow* zu kämpfen haben.<sup>66,67</sup>

Wird allerdings bereits anlässlich des ersten Schritts festgestellt, dass der Entscheid weder in gutem Glauben noch informiert getroffen wurde, kann das Gesuch der Schuldnerin nicht genehmigt werden und ist abzuweisen. Liegt hingegen ein Interessenkonflikt vor, muss sich der Sachwalter in jedem

---

<sup>63</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 345.

<sup>64</sup> Siehe zur Vertretbarkeit eines Entscheides ausführlich Oehri, Sachwalter, Rz. 649 ff., Rz. 691 ff. sowie Rz. 717 f., wonach der Begriff der „Vertretbarkeit“ eine subjektive wie aber auch objektive Komponente aufweist. Die Schuldnerin muss bzw. ihre geschäftsführenden Organe müssen davon überzeugt sein, dass ihr Handeln der effizienten Koordination der Teaminvestitionen dient bzw. die effiziente Koordination der Teaminvestitionen wiederherstellt (subjektive Komponente). Als objektives Korrektiv ist vorausgesetzt, dass die Schuldnerin bzw. ihre geschäftsführenden Organe auch davon ausgehen durfte bzw. durften, dass der Entscheid zu einer effizienten bzw. effizienzsteigernden Koordination der Teaminvestitionen führt (objektive Komponente), zum Gesellschaftsinteresse und der *team production*-Theorie siehe hiernach unten, V.4.b).

<sup>65</sup> Lorandi, Dauerschuldverhältnisse, 297; vgl. Staehelin, 116.

<sup>66</sup> Müller, 198.

<sup>67</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 345.

Fall davon überzeugen, dass der Entscheid auf überzeugenden Überlegungen beruht und die Kündigung keine ungerechtfertigte Benachteiligung oder Übervorteilung der Schuldnerin, einzelner Gläubiger sowie des Vertragspartners zur Folge hat.<sup>68,69</sup>

c) *Genehmigung von Geschäftsentscheiden (Art. 298 Abs. 1 SchKG)*

aa) *Einleitung*

Neben Art. 297a SchKG sieht der Gesetzgeber in Art. 298 SchKG zudem vor, dass das Nachlassgericht anordnen kann, dass die Schuldnerin gewisse Handlungen nur noch unter Mitwirkung des Sachwalters rechtsgültig vornehmen kann. In Art. 298 SchKG wird somit ebenfalls eine das materielle Recht bzw. das Gesellschaftsrecht überlagernde Kompetenzordnung festgelegt. Durch die Aufsicht und Mitwirkung des Sachwalters soll das Haftungssubstrat für die Gläubiger der Kontrolle des Sachwalters unterstellt werden.

Nach der hier vertretenen Meinung wäre es im Rahmen von Art. 298 SchKG grundsätzlich angezeigt, dass das Nachlassgericht in der Eröffnungsverfügung in Anlehnung an das *chapter 11*-Verfahren (11 U.S.C. § 363) explizit festhält, dass sämtliche Geschäfte im Rahmen des ordentlichen bzw. gewöhnlichen Geschäftsgangs in der alleinigen Kompetenz der Schuldnerin liegen und lediglich für Geschäfte ausserhalb des ordentlichen bzw. gewöhnlichen Geschäftsgangs die Genehmigung durch den Sachwalter einzuholen ist.<sup>70</sup>

Eine solche standardisierte Beschränkung der Verfügungs- und Handlungsfreiheit der Schuldnerin weist verschiedene Vorteile gegenüber individualisierten Beschränkungen auf. So kann auf diese zunächst leicht im Handelsregisterblatt hingewiesen werden, da sie nicht umfangreicher Erläuterungen

---

<sup>68</sup> In Anlehnung an Brugger/von der Crone, 185 können die geschäftsführenden Organe einerseits durch den Rückgriff auf prozedurale Massnahmen (bspw. Genehmigung des Entscheids durch „unbelastete“ Verwaltungsräte, externes Gutachten) nachweisen, dass der Interessenkonflikt keinen Einfluss auf das Resultat des Entscheids hat bzw. hatte. Andererseits können sie nachweisen, dass der Entscheid trotz Interessenkonflikt zu keiner ungerechtfertigten Benachteiligung der Schuldnerin, der Gläubiger sowie der Vertragspartnerin führt.

<sup>69</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 346.

<sup>70</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 347 ff.

bedarf (Art. 160 Abs. 3 lit. c HRegV<sup>71</sup>). Ferner erhöht die vorgeschlagene Lösung die Rechtssicherheit im Rechtsverkehr, da ein Standard etabliert werden kann, der in jedem Nachlassverfahren zur Anwendung gelangt.<sup>72</sup>

*bb) Vertikal- und Horizontaltest*

Die Abgrenzung zwischen Geschäften im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs und solchen im Rahmen des ausserordentlichen Geschäftsgangs kann sodann über den sog. „Vertikaltest“ und „Horizontaltest“ erfolgen. Beim „Horizontaltest“ hat sich die Schuldnerin bzw. der Sachwalter an der Praxis und dem Gebrauch im nämlichen Wirtschaftszweig zu orientieren. Beim sog. „Vertikaltest“ wird auf das vergangene Geschäftsgebaren der Schuldnerin abgestellt, welches als Richtschnur für gegenwärtige Transaktionen dient. Im Rahmen beider Tests ist somit zu prüfen, welche Transaktionen im fraglichen Betrieb und Wirtschaftssektor üblich sind und wiederholt getätigt werden. Diese können dann als im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs betrachtet werden.<sup>73</sup>

Im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs sollte der Verwaltungsrat, wie eingangs erwähnt, die volle Vertretungsbefugnis behalten. Das Nachlassgericht und/oder der Sachwalter sollten sich in diesem Bereich einer Einmischung enthalten. Eine solche Einmischung würde wenig Mehrwert schaffen und nur zu einer Verkomplizierung des Tagesgeschäfts führen.<sup>74</sup>

*cc) Genehmigung von Geschäften im Rahmen des ausserordentlichen Geschäftsgangs*

Beabsichtigt die Schuldnerin allerdings, in einem Umfang über ihr Vermögen zu verfügen, welcher nicht mehr als im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs qualifiziert werden kann (siehe oben, IV.2.c)bb)), so hat die Schuldnerin die Bestätigung dieses Geschäftsentscheids beim Sachwalter zu beantragen.

Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vor dem Sachwalter steht nach der hier vertretenen Meinung den Gläubigern in Übereinstimmung mit den Ausführungen zu Art. 297a SchKG ebenfalls das Recht zu, zum Gesuch der Schuld-

---

<sup>71</sup> Art. 160 Abs. 3 lit. c der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411).

<sup>72</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 347 ff.

<sup>73</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 348 Fn. 759 und Rz. 141 mit Verweis auf die U.S. Literatur und Rechtsprechung.

<sup>74</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 350.

nerin Stellung zu nehmen. Es sei bezüglich des Genehmigungsverfahrens und der Kognition des Sachwalters auf die Ausführungen unter IV.2.b)bb) verwiesen.<sup>75</sup>

d) *Sachwalter als institutionalisierter Schiedsrichter bzw. Schiedsgutachter*

Nach der vom Autor vertretenen Meinung sollte das Nachlassgericht schliesslich den (quasi-)judiziellen Sachwalter gestützt auf die Generalklausel in Art. 295 Abs. 3 SchKG auch als Schiedsrichter bzw. Schiedsgutachter einsetzen können. Der Sachwalter sollte konkret von den verfahrensbeteiligten Parteien bei Streitigkeiten über nachlassverfahrensbezogene Fragen angerufen werden können.<sup>76</sup>

Da es sich beim Sachwalter zwar um ein Organ der Rechtspflege handelt, jedoch nicht um eine richterliche Behörde (vgl. Art. 29a BV), kann der Entscheid des Sachwalters lediglich Wirkung mit Bezug auf das laufende Nachlassverfahren entfalten und nicht den materiellen Bestand einer Forderung betreffen.<sup>77</sup> Mit anderen Worten können dem Sachwalter lediglich rein verfahrensrechtliche Fragen zur Beurteilung unterbreitet werden, die sich aus den SchKG-Bestimmungen und deren Anwendbarkeit unmittelbar ergeben.<sup>78,79</sup>

So sollte es beispielsweise der Schuldnerin, die eine Forderung eines Gläubigers bestreitet, sowie den Gläubigern, deren Forderungen nach Art. 300 Abs. 2 SchKG von der Schuldnerin bestritten werden, freistehen, dem Sachwalter die Frage, ob und in welchem Betrag die bestrittene Forderung im Rahmen von Art. 305 Abs. 1 SchKG zu berücksichtigen ist, zur autoritativen Beurteilung zu unterbreiten. Entscheidet der Sachwalter, dass die Forderung des Gläubigers bei der Abstimmung über den Nachlassvertrag zu berücksichtigen ist, so ist die Forderung für diese Zwecke aufgrund Vereinbarung der Parteien im konkursrechtlichen Sinne nicht mehr bestritten.<sup>80</sup> Dies würde die Verhandlungen

---

<sup>75</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 351 ff.

<sup>76</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 357 ff.

<sup>77</sup> Vgl. zu Art. 305 Abs. 3 SchKG, KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 305, N 20 ff.

<sup>78</sup> Vgl. Amonn/Walther, § 4 Rz. 51 ff.; vgl. zu Art. 29a BV, St. Galler Komm. BV-Kley, Art. 29a, N 15 ff.; vgl. auch die Ausführungen zum *chapter 11*-Verfahren in Oehri, Sachwalter, Rz. 273 ff.

<sup>79</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 358.

<sup>80</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 357.

bezüglich des Nachlassvertrags erleichtern, da die Schwellen für die Genehmigung eines Nachlassvertrags nach Art. 305 SchKG so bereits zu einem frühen Zeitpunkt bekannt wären.<sup>81</sup>

Die Entscheidungskompetenz des Sachwalters im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen bedingt allerdings, dass dieser unabhängig und unbefangen ist. Dies kann jedoch nur gewährleistet werden, wenn er seine Mitwirkung an der Unternehmensführung, den Verhandlungen über den Nachlassvertrag und den Sanierungsbemühungen auf die Sicherstellung des korrekten Verfahrensablaufs begrenzt.<sup>82</sup> Sollte somit ein Sachwalter neben der Leitung des Nachlassverfahrens zusätzlich mit der Führung der schuldnerischen Unternehmung gemäss Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG betraut werden, so wäre letztere Funktion durch eine andere Person wahrzunehmen.<sup>83</sup>

## V. Sachwalter im Rahmen seiner geschäftsführenden Funktionen

### I. Einleitung

Aufgrund der Regelung in Art. 298 Abs. 1 SchKG ist die Schuldnerin auch nach Eröffnung des Nachlassverfahrens – ähnlich dem U.S.-amerikanischen *chapter 11*-Verfahren – grundsätzlich berechtigt, über ihr Vermögen zu verfügen sowie ihre Geschäftstätigkeit fortzuführen. Konkret kann die Schuldnerin die Geschäftsführung unter der „Aufsicht“ des (quasi-)judiziellen Sachwalters fortführen (Art. 298 Abs. 1 SchKG). Das Nachlassverfahren sieht somit – gleich dem *chapter 11*-Verfahren – die Eigenverwaltung durch die Schuldnerin als Grundsatz vor.<sup>84</sup>

Art. 298 SchKG statuiert zum Schutz der Gläubiger allerdings die mögliche und stufenweise Beschränkung dieser Eigengeschäftsführung durch die Schuldnerin bzw. durch die schuldnerischen Organe. So kann die Einfluss-

---

<sup>81</sup> Das Nachlassgericht entscheidet hierüber (Art. 305 Abs. 3 SchKG) erst im Entscheid über die Bestätigung des Nachlassvertrags, siehe hierzu KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 305, N 20.

<sup>82</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 358.

<sup>83</sup> Hunkeler, Rz. 675.

<sup>84</sup> Ausführlich zum Grundsatz der Eigenverwaltung siehe Oehri, Sachwalter, Rz. 388 ff.; ausführlich zu den Befugnissen des Verwaltungsrats im Rahmen der Eigenverwaltung siehe Oehri, Sachwalter, Rz. 409 ff.; ausführlich zu den Befugnissen der Generalversammlung im Rahmen der Eigenverwaltung siehe Oehri, Sachwalter, Rz. 423 ff.

nahme auf die Geschäftsführung der Schuldnerin aufgrund der Regelung in Art. 298 SchKG von der simplen Aufsicht bis hin zur Übernahme der Geschäftsführung durch einen Sachwalter eskaliert werden.<sup>85</sup>

In der Praxis wird jedoch erst dann weitreichender in die Geschäftsführungsbefugnisse der Schuldnerin eingegriffen, wenn Anzeichen bestehen, dass die Schuldnerin nicht willens oder nicht in der Lage ist, das schuldnerische Unternehmen weiterzuführen. Konkret kann das Nachlassgericht in einer solchen Situation, gestützt auf Art. 298 Abs. 1 SchKG, einen Sachwalter mit der Führung des schuldnerischen Unternehmens betrauen, d.h. einen „geschäftsführenden Sachwalter“ einsetzen.<sup>86</sup>

## 2. Stellung des geschäftsführenden Sachwalters in der schuldnerischen Gesellschaft

Durch die Einsetzung eines Sachwalters, der mit der Geschäftsführung betraut wird, wird durch das Nachlassgericht konkret ein Organisationsmangel bei der Schuldnerin behoben.<sup>87</sup> Durch die Auslegung von Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG, welcher die Begrifflichkeiten der aktienrechtlichen Bestimmungen zum Verwaltungsrat wiederaufnimmt (siehe Art. 716 OR), ergibt sich, dass nicht von einem Austausch sämtlicher Gesellschaftsorgane durch den geschäftsführenden Sachwalter ausgegangen werden kann. Vielmehr bilden lediglich die Aufgaben des Verwaltungsrats den Gegenstand der Regelung in Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG. Die Geschäftsführung i.w.S. umfasst dabei (1) die interne Führung der Gesellschaft (Art. 716 Abs. 2 OR, Geschäftsführung i.e.S.) sowie (2) die Vertretung der Gesellschaft nach aussen (Art. 718 OR, externe Führung der Gesellschaft).<sup>88,89</sup>

---

<sup>85</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 472 ff.

<sup>86</sup> KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 298, N 12.

<sup>87</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 491 ff. sowie Rz. 584 ff.

<sup>88</sup> Siehe ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 409 f. und Rz. 481 ff.; Urteil BGer 4A.350/2011 E. 3; vgl. BSK OR II-Watter/Pellanda, Art. 716, N 9; Wegmüller, 6 ff. und 92 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 2 Rz. 132 ff.; Forstmoser, § 4 Rz. 25 f.

<sup>89</sup> Zur Auswirkung von Art. 298 SchKG auf die Befugnisse der anderen Organe der Schuldnerin siehe ausführlich Oehri, Sachwalter, Rz. 526 ff.

Da der geschäftsführende Sachwalter somit *ad interim* die Funktionen des Verwaltungsrats besetzt<sup>90,91</sup> und mit der Geschäftsführung i.w.S. betraut ist, ergeben sich bereits aus der gesellschaftsrechtlichen Ordnung die nötigen Befugnisse, auf die der Sachwalter zur Erfüllung seiner Aufgaben nach Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG angewiesen ist. Als Interim Verwaltungsrat<sup>92</sup> und somit mit den Befugnissen des obersten Leitungsorgans der Schuldnerin ausgestattet, kann er die für die Sanierung nötigen strategischen und strukturellen Sanierungsmassnahmen einleiten sowie umsetzen und ist dabei nicht auf hoheitliche Befugnisse angewiesen.<sup>93</sup>

### 3. Rechtliche Stellung des Sachwalters und Haftung

Die Geschäftsführung wird wie erwähnt auf den geschäftsführenden Sachwalter nach Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG namentlich dann übertragen, wenn die Schuldnerin bzw. deren Exekutivorgane nicht willens oder nicht in der Lage sind, die Geschäftsführung auszuüben. Damit wird ein Mangel in der schuldnerischen Gesellschaft bzw. in deren Organisation behoben. Gleich dem Sachwalter in Art. 725a OR sowie in Art. 731b OR erfüllt auch der geschäftsführende Sachwalter somit Organfunktionen.<sup>94</sup>

Anders als die ordentlichen Organe der Gesellschaft wird der geschäftsführende Sachwalter allerdings nicht durch die Generalversammlung ernannt oder abberufen. Er wird aufgrund expliziter, gesetzlicher Ermächtigung in Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG zunächst durch das Nachlassgericht eingesetzt und allenfalls ebenfalls durch dieses wieder abgesetzt. Hieraus folgt, dass dem

---

<sup>90</sup> Nach dem Wortlaut von Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG wird der Verwaltungsrat der Schuldnerin nicht durch den geschäftsführenden Sachwalter ersetzt. Der geschäftsführende Sachwalter wird lediglich *ermächtigt*, die Geschäftsführung anstelle der Schuldnerin bzw. die Leitungsfunktionen des Verwaltungsrats *ad interim* zu übernehmen.

<sup>91</sup> Der Verwaltungsrat als Organ der Gesellschaft wird durch den Sachwalter nicht ersetzt, da sämtliche Gesellschaftsorgane notwendiger Bestandteil der Verfassung der Gesellschaft sind, vgl. hierzu Schmidt, 119 f. zum deutschen Insolvenzrecht. Die residualen Befugnisse des so „verdrängten“ Verwaltungsrats sind sodann auf die Wahrnehmung gewisser, sich aus dem Nachlassverfahren ergebender Verfahrensrechte begrenzt, siehe hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 521 ff.

<sup>92</sup> Vgl. Protokoll der Sitzung (der vorberatenden Kommission des Nationalrats) vom 16./17. November 1992, 3, wonach der Sachwalter im Rahmen von Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG das Unternehmen als ein „Manager auf Zeit“ führen kann.

<sup>93</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 485 ff.

<sup>94</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 488 ff. und Rz. 618 ff.

geschäftsführenden Sachwalter eine Doppelstellung zukommt. Er ist sowohl Organ der Schuldnerin wie auch öffentlich-rechtlich eingesetzter Funktions-träger.<sup>95</sup>

Diese Doppelstellung macht den geschäftsführenden Sachwalter – entgegen der h.L.<sup>96</sup> – jedoch noch nicht zum öffentlich-rechtlichen Organ des Staates bzw. diese steht seiner Qualifikation als Organ der Schuldnerin nicht entgegen. Der geschäftsführende Sachwalter erfüllt zunächst keine Aufgaben des Gemeinwesens. Die staatlichen Aufgaben im Rahmen des Nachlassverfahrens als Teil des staatlichen Vollstreckungsrechts sind auf die Gewährleistung und Sicherstellung der beförderlichen und strukturierten Abwicklung des Nachlassverfahrens begrenzt (siehe oben, III.3.). Es ist jedoch nicht Aufgabe des Staates, die Geschäfte privater Gesellschaften zu übernehmen<sup>97</sup>, um deren Handlungs- und Sanierungsfähigkeit aufrechtzuerhalten. Die Behebung des Organisationsmangels liegt vielmehr im Interesse der Gläubiger.<sup>98</sup>

Da die Aktionäre auch im Nachlassverfahren die Möglichkeit haben, den Verwaltungsrat auszutauschen und den hiervoor beschriebenen Organisationsmangel zu beheben<sup>99</sup>, erfolgt die Einsetzung des geschäftsführenden Sachwalters nach Art. 298 Abs. 1 SchKG ferner im Interesse der Gläubiger.<sup>100,101</sup> Der geschäftsführende Sachwalter zieht somit seine Befugnisse grundsätzlich aus dem Fremdkapital.<sup>102</sup> Diese Auslegung spiegelt sich in Art. 295b Abs. 3 SchKG wider, der den Fremdkapitalgebern bzw. Gläubigern die Befugnis einräumt, nach einer bestimmten Zeit (konkret nach zwölf Monaten) einen neuen geschäftsführenden Sachwalter zu bestimmen.<sup>103</sup>

Neben Art. 295b Abs. 3 SchKG werden den Gläubigern durch das Nachlassverfahrensrecht schliesslich weitere Mittel zur Hand gegeben, um Einfluss

---

<sup>95</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 491 ff. und Rz. 618 ff.

<sup>96</sup> Hunkeler, Rz. 691 und Hari, Rz. 62 m.w.H.

<sup>97</sup> Schmid, 109; siehe auch AB NR 1993 S. 8, wonach Aufgabe des SchKG lediglich sein könne, „ein adäquates rechtliches Verfahren zur Verfügung zu stellen“.

<sup>98</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 446 ff. und Rz. 494.

<sup>99</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 446 ff. und Rz. 494.

<sup>100</sup> BSK SchKG II-Vollmar, Art. 298, N 1, wonach der Zweck von Art. 298 SchKG (bzw. der darin vorgesehenen Beschränkungen der Verfügungsbefugnisse der Schuldnerin) darin besteht, das schuldnerische Vermögen im Interesse der Gläubiger zu schützen; vgl. Rebsamen, Rz. 849 f.

<sup>101</sup> Oehri, Sachwalter, Rz. 494.

<sup>102</sup> Vgl. zum deutschen Recht Ott/Brauckmann, 2118 f.

<sup>103</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 374 ff. und Rz. 495 f., wonach der Anwendungsbe-reich von Art. 295b Abs. 3 SchKG auf den geschäftsführenden Sachwalter beschränkt ist.

auf den geschäftsführenden Sachwalter zu nehmen.<sup>104</sup> Die mit der Fremdgeschäftsführung einhergehenden Risiken können sodann nicht einfach auf den Staat abgewälzt werden, sondern sind durch die Gesellschaft und damit primär durch die Gläubiger und Aktionäre zu tragen, die Einfluss auf den geschäftsführenden Sachwalter ausüben können.<sup>105</sup>

Aus dem Dargelegten und dem Umstand, dass der geschäftsführende Sachwalter keine staatlichen Aufgaben wahrnimmt, mit keinen hoheitlichen Befugnissen ausgestattet werden muss und als Interim Organ der Schuldnerin fungiert, resultiert nach der vom Autor vertretenen Meinung, dass der geschäftsführende Sachwalter – anders als der Sachwalter, der lediglich (quasi-)judizielle Aufgaben wahrnimmt – der Organhaftung nach Art. 754 ff. OR und nicht der kausalen Staatshaftung nach Art. 5 SchKG unterliegt.<sup>106</sup> Auch die Gesetzesmaterialien stehen dieser Auslegung nicht entgegen.<sup>107</sup>

#### 4. Geschäftsführung und Gesellschaftsinteresse

##### a) *Problematik*

In der Eigenverwaltung durch die schuldnerischen Organe wie auch bei der Übertragung der Führung der schuldnerischen Geschäfte auf einen Sachwalter stellt sich die Frage, in welchem Interesse das Unternehmen bzw. die Gesellschaft zu führen ist (zum Sachwalter im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen siehe oben, IV.1.). Für die finanziell gesunde Gesellschaft statuiert Art. 717 OR, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen.<sup>108</sup>

Ein Teil der Lehre führt in diesem Zusammenhang aus, dass mit Eintritt einer Gesellschaft in das Nachlassverfahren die Interessen der Gläubiger in erster Linie ausschlaggebend seien, solange dies nicht auf die Vernichtung der wirt-

---

<sup>104</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 494 f. und Rz. 536 ff.

<sup>105</sup> Vgl. von der Crone, 15 f. zum Gesellschaftsrecht, wonach es sich „[n]ach dem Grundsatz, dass Einfluss mit Verantwortung einhergehen sollte“, rechtfertigt, dass die Gläubiger und Aktionäre das Geschäftsführungsrisiko tragen; anders als der Sachwalter im Rahmen seiner geschäftsführenden Funktionen nimmt der Sachwalter im Rahmen seiner (quasi-)judiziellen Funktionen eine staatliche Aufgabe wahr, auch Oehri, Sachwalter, Rz. 371 ff.

<sup>106</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 584 ff. sowie 749 ff.

<sup>107</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 609 ff.

<sup>108</sup> Vgl. zur Bestimmung des Gesellschaftsinteresses ausserhalb eines Nachlassverfahrens Oehri, Sachwalter, Rz. 397 ff. m.w.H.

schaftlichen Existenz der Schuldnerin hinauslaufe.<sup>109</sup> Eine solche monistische Betrachtungsweise steht im Einklang mit dem Konkursverfahren, in welchem die Schuldnerin auf den Liquidationswert reduziert und der Entscheid über das rechtliche Schicksal in die Hand der Gläubiger gelegt wird (vgl. Art. 238 SchKG).<sup>110</sup>

Das Nachlassverfahren, anders als das Konkursverfahren, ist auf die Weiterführung des schuldnerischen Unternehmens und den Erhalt des Fortführungswerts gerichtet, d.h. auf den Erhalt der rechtlichen und organisatorischen Verknüpfung der betrieblichen Produktionsfaktoren (siehe oben, I.2.). Hieraus, wie auch namentlich aus der Differenz von Liquidations- und Fortführungswert, ergibt sich, dass die Schuldnerin bzw. die mit der Geschäftsführung betrauten Organe der Schuldnerin (d.h. der Verwaltungsrat der Schuldnerin bei der Eigenverwaltung oder der geschäftsführende Sachwalter im Rahmen von Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG) nicht allein im Interesse der Gläubiger, deren Interesse auf den Liquidationswert beschränkt ist<sup>111</sup>, zu handeln haben bzw. handeln können.<sup>112</sup> Sie sind vielmehr auf verschiedene Personen (siehe sogleich zur *team production*-Theorie V.4.b)), die eine Investition in das Unternehmen getätigt haben und weiterhin bereit sind, Investitionen in das Unternehmen zu tätigen – sei dies in Form von Kapital i.e.S., in Form von Know-how oder Arbeitskraft etc. – und hiermit zur unternehmerischen Wertschöpfung beigetragen haben bzw. beitragen, angewiesen.<sup>113</sup>

## b) *team production*-Theorie

### aa) *Einleitung*

Aus der Differenz von Liquidations- und Fortführungswert ergibt sich somit, dass die Schuldnerin und somit auch der geschäftsführende Sachwalter im Nachlassverfahren komplexen Interessenbindungen unterliegen. Diese Interessenbindungen bergen in sich ein Konfliktpotenzial, welches es zu lösen gilt. Die Lösung liegt dabei im richtig verstandenen Gesellschaftsinteresse, wel-

---

<sup>109</sup> Komm. SchKG-Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 298, N 9.

<sup>110</sup> Bernasconi/Fässler, 619. Der Liquidationswert ist der Erlös, der nach Einstellung des Betriebs der Schuldnerin bei der stückweisen Versilberung der schuldnerischen Vermögenswerte erzielt wird, siehe hierzu Glanzmann, 257 sowie von der Crone/Mauchle, 236.

<sup>111</sup> Vgl. KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 11 ff. sowie BSK SchKG II-Handschin/Hunkeler, Art. 197, N 6: „[die Gläubiger] haben lediglich Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse bzw. aus dem Erlös der einzelnen Vermögensgegenstände“.

<sup>112</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 313 ff.

<sup>113</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 306 ff. und Rz. 711 ff.

ches den besonderen Verhältnissen im Nachlassverfahren Rechnung trägt. Der in den USA entwickelte *team production*-Ansatz<sup>114</sup> ermöglicht eine systematische und gut ausbalancierte Strukturierung der verschiedenen Interessen, Rechte und Pflichten im Einklang mit dem Zweck des Nachlassverfahrens und den dieses beherrschenden Grundsätzen.<sup>115</sup>

*bb) Gesellschaftsinteresse und team production-Theorie*

Die Schuldnerin wird gemäss dem *team production*-Ansatz, wie auch im Nachlassverfahren, nicht bloss als eine Ansammlung von Vermögenswerten verstanden. Vielmehr tätigen nach der *team production*-Theorie verschiedene Kategorien von (juristischen und natürlichen) Personen – ihnen spezifische – Investitionen in ein Unternehmen, welche für dessen Erfolg notwendig sind. Zu diesen Investoren oder „Teammitgliedern“ gehören u.a. die Aktionäre, Arbeitnehmer, Lieferanten, Konsumenten, lokalen Behörden etc. Diese Teammitglieder delegieren in der Folge dem Verwaltungsrat – einem unabhängigen Teammitglied, das von den Aktionären gewählt wird – die Kompetenz, das Unternehmen zu leiten bzw. ihre Investitionen zu koordinieren. Erst durch die Koordination der verschiedenen Investitionen der Teammitglieder entsteht der Fortführungswert. Der Verwaltungsrat hat schliesslich den Ertrag, der durch die effiziente Koordination der Produktionsfaktoren generiert wird (die sog. „*product rent*“), unter den Teammitgliedern zu verteilen. Der Ertrag entgelt die Teammitglieder (in Form von Lohn, Boni, Steuern, Zinsen, Dividenden etc.) für vergangene Leistungen und dient als Anreiz für zukünftige Leistungen.<sup>116</sup>

Jedes Mitglied, das unternehmensspezifische Investitionen getätigt hat – sei dies in Form von Kapital, Know-how, Arbeitskraft, Steuererleichterungen etc. –, hat hierdurch das Recht erworben, dass seine Interessen auch im Rahmen eines Nachlassverfahrens – als Kollektivverfahren – beachtet werden. Eine erfolgreiche Sanierung bzw. die Fortführung des Unternehmens und der Erhalt des Fortführungswerts setzt nämlich den Verbleib der Teammitglieder im Unternehmen wie auch u.U. eine Neukalibrierung (der Kombination) der Investitionen sowie der Verteilung der Erträge voraus. Diese Anpassungen sind sodann durch die geschäftsführenden Organe (bei Eigenverwaltung) oder

---

<sup>114</sup> Ausführlicher hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 118 ff. m.w.H.

<sup>115</sup> Siehe ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 306 ff.

<sup>116</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 306 ff. sowie Randziffer 713 ff.

durch den geschäftsführenden Sachwalter (im Rahmen von Art. 298 Abs. 1 *in fine* SchKG) vorzunehmen, da diese Befugnis ebenfalls Gegenstand der vorgeannten Kompetenzdelegation durch die anderen Teammitglieder ist.<sup>117</sup>

Das Gesellschaftsinteresse im Nachlassverfahren besteht somit darin, dass die geschäftsführenden Organe aufgrund ihrer Expertise und ihres Know-hows die Investitionen (wieder) effizient allozieren und kombinieren und hierdurch den Fortführungswert erhalten bzw. wiederherstellen. Zu diesem Zweck kann es auch notwendig sein, Verbindlichkeiten gegenüber Gläubigern zugunsten anderer Teammitglieder (vgl. bspw. die Möglichkeit, Masseforderungen zu begründen, Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) zu reduzieren. Allein mit Blick auf diese Verbindlichkeiten, die reduziert werden sollen, tritt die Schuldnerin in der Folge in Opposition zu den Gläubigern. Die geschäftsführenden Organe fahren jedoch fort, die Gläubiger – als Teammitglieder – betreffend ihren anerkannten Teamanspruch zu vertreten.<sup>118</sup>

Aufgrund von Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG besteht der anerkannte Teamanspruch der Gläubiger im virtuellen Liquidationswert der Gesellschaft bei Verfahrenseröffnung.<sup>119</sup> Die Ansprüche, die über den Liquidationswert hinausgehen, sind durch die Gläubiger in Einklang mit dem Prinzip der Privatautonomie, welches dem Nachlassverfahren zugrunde liegt, selbst durchzusetzen;<sup>120</sup> sei dies unter Rückgriff auf vertragliche Instrumentarien<sup>121</sup> oder die verschiedenen Instrumentarien des Nachlassverfahrens.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 310 f.

<sup>118</sup> Ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter Rz. 310 ff. sowie Rz. 715 f.

<sup>119</sup> Vgl. KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 306, N 11 ff.

<sup>120</sup> Mabillard, 198 f. zu den Mitwirkungsrechten der Gläubiger; ausführlich hierzu Oehri, Sachwalter, Rz. 311 f. und Rz. 716.

<sup>121</sup> Bspw. können die Parteien vertraglich vorsehen, dass ein Vertrag bei Eröffnung des Verfahrens aufgelöst wird bzw. durch eine Vertragspartei aufgelöst werden kann, vgl. Staehelin, 107.

<sup>122</sup> Bspw.: Art. 295c SchKG, wonach die Gläubiger die Entscheide des Nachlassgerichts anfechten können; Art. 302 SchKG, wonach der Sachwalter den Gläubigern den Nachlassvertrag erläutert und zur unterschriftlichen Genehmigung unterbreiten muss; Art. 305 SchKG gibt den Gläubigern einen weiteren Hebel in die Hand, um ihre Partikularinteressen durchzusetzen; nach Art. 305 SchKG kann ein Nachlassvertrag nur umgesetzt werden, wenn ihm die Mehrheit (zu den *Quoren* vgl. Gesetzestext) zugestimmt hat; nach Art. 295a OR kann ein Gläubigerausschuss als Interessenvertreter der Gläubiger eingesetzt werden, hierzu ausführlich Oehri, Sachwalter, Rz. 530 ff.

## Literaturverzeichnis

- Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013.
- Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs: Ergänzungsband zur 2. A., in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), Basel 2017 (zit. BSK SchKG EB-Bearbeiter, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs: SchKG II (Art. 159–352 SchKG), in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), 2. A., Basel 2010. (zit. BSK SchKG II- Bearbeiter, Art. XX, N yy).
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530–964 OR), in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim/Watter Rolf (Hrsg.), 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter, Art. XX, N YY).
- Baumgartner Samuel/Dolge Annette/Markus Alexander R./Spühler Karl, Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10. A., Bern 2018.
- Beilstein Werner, Privilegierte Behandlung von Grundstückgewinnsteuer und Mehrwertsteuer in der Zwangsvollstreckung? Kritische Analyse der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die in der Zwangsvollstreckung zu einer Bevorzugung von Steuerforderungen gegenüber pfandgesicherten Forderungen führt, ST 77 (2003), 653 ff.
- Bernasconi Mario/Fässler André, Aktuelle Bewertungsüberlegungen und Methoden, ST 77 (2003), 617 ff.
- Brugger Daniel/von der Crone Hans Caspar, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, SZW 85 (2013), 178 ff.
- Christ Benedict F., Was bringt eigentlich Chapter 11? Eine anerkannte Form der Unternehmenssanierung, BLSchK 68 (2004), 17 ff.
- Coradi Andreas, Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG, Diss. Zürich, Zürich 1973.
- Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), 3. A., Zürich 2014 (zit. St. Galler Komm. BV-Bearbeiter, Art. XX, N YY).
- Ernst Wolfgang, Haftung und Gefahrtragung beim Aktienkauf, in: Wiegand/Koller/Walter (Hrsg.), Tradition mit Weitsicht: Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag, Bern 2009, 89 ff.
- Forstmoser Peter, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft: Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zürich 2011.
- Fritschi Eugen, Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung, Diss. Zürich, Zürich 2010.
- Fritzsche Hans/Walder-Bohner Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I und II, 3. A., Zürich 1984 und 1993.
- Oehri Daniel, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Diss. Freiburg, Zürich 2018 (zit. Oehri, Sachwalter).

- Oehri Daniel, Der Verwaltungsrat in Konkursnähe: unter besonderer Berücksichtigung von Start-ups, in: Gericke Dieter (Hrsg), *Venture Capital Reinvented: Markt, Recht, Steuer*, Zürich 2021, 127 ff. (zit. Oehri, Verwaltungsrat).
- Gasser Dominik, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht der Jahre 1999 und 2000, veröffentlicht in den Bänden 125 und 126, *BlSchK* 65 (2001), 81 ff.
- Gauch Peter, *Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht: mit Einschluss des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts*, Habil. Fribourg, Zürich 1974.
- Gilliéron Pierre-Robert, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Articles 1-88, Lausanne 1999 (zit. Comm. LP-Gilliéron, Art. XX, N YY).
- Glanzmann Lukas, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Kunz Peter V./Jörg Florian S./Arter Olicher (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX*, Bern 2014, 247 ff.
- Guldener Max, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. A., Zürich 1979.
- Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. A., Zürich 2020.
- Hari Olivier, *Droit privé/Le concordat, un contrat (pas) comme les autres?* in: Bovey Grégory/Chappuis Benoît/Hirsch Laurent (Hrsg.), *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz*, Zürich 2019, 123 ff. (Hari, concordat).
- Hari Olivier, *Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293 ss LP) : Statut, fonctions et responsabilité*, Diss. Neuchâtel, Zürich 2011.
- Hunkeler Daniel, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG: Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands*, Diss. Fribourg, Fribourg 1996.
- Iqbal Yasmin, *SchKG und Verfassung – untersteht auch die Zwangsvollstreckung dem Grundrechtsschutz?*, Diss. Zürich, Zürich 2005.
- Jaeger Carl/Walder Hans Ulrich/Kull Thomas M./Kottmann Martin, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Band III (Art. 293–352), 4. A., Zürich 2001 (zit. Komm. SchKG-Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. XX, N YY).
- Kren Kostkiewicz Jolanta, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht*, 3. A., Zürich 2018.
- Kurzkommentar zum SchKG, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Bearbeiter, Art. XX, N YY).
- Lorandi Franco, *Bankengesetzliches Insolvenzrecht und SchKG – Schnittstellen und Unterschiede*, *SZW* 85 (2013), 497 ff. (zit. Lorandi, Schnittstellen).
- Lorandi Franco, *Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht*, *AJP* 23 (2014), 292 ff. (zit. Lorandi, Dauerschuldverhältnisse).
- Lorandi Franco, *Erblasser, Erbengemeinschaft, Erbe(n) und Erbschaft als Schuldner*, *AJP* 21 (2012), 1378 ff. (zit. Lorandi, Erblasser).
- Mabillard Ramon, *Kündigung der Dauerschuldverhältnisse im ordentlichen Nachlassverfahren – Prozessuale Kompensation des materiell-rechtlichen Eingriffs gemäss Art. 297a VE-SchKG*, *BlSchK* 74 (2010), 189 ff.

- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 12. A., Bern 2018.
- Müller Lukas, Das neue Sanierungsrecht aus empirischer Perspektive: Was sind die kritischen Erfolgsfaktoren einer Sanierung?, AJP 23 (2014), 187 ff.
- Nikitine Alexander, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide: Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgment Rule“ im Gefüge der Corporate Governance, Diss. Zürich, Zürich 2007.
- Ott Wolfgang/Brauckmann Dana, Zuständigkeitsgerangel zwischen Gesellschaftsorganen und Insolvenzverwalter in der börsennotierten Aktiengesellschaft, ZIP 25 (2004), 2117 ff.
- Rebsamen Thomas, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg, Zürich 2004.
- Roth Jörg, Die vorrangige Behandlung von Darlehen in der Insolvenz, SJZ 105 (2009), 457 ff.
- Schmid Markus L., Überschuldung und Sanierung: Konkursaufschub und Nachlassvertrag, rechtliche Sanierungshilfen in der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Fribourg, Fribourg 1984.
- Schmidt Karsten, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen: Befunde, Kritik, Perspektiven, Köln 1990.
- Stahelin Daniel, Dauerschuldverhältnisse in der Insolvenz, in: Sprecher Thomas/Umbach-Spahn Brigitte/Vock Dominik (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V: Das neue Schweizer Sanierungsrecht, Zürich 2014, 105 ff.
- von der Crone Hans Caspar, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006), 2 ff.
- von der Crone Hans Caspar/Mauchle Yves, Rückerstattung von Leistungen nach Art. 678 OR, SZW 87 (2015), 199 ff.
- Wegmüller Michael, Die Ausgestaltung der Führungs- und Aufsichtsaufgaben des schweizerischen Verwaltungsrates: unter der Berücksichtigung der Verhältnisse in Deutschland und England, Diss. Bern, Bern 2008.
- Wildhaber Isabelle, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Habil. Zürich, Zürich 2011.



# Einstellung des Konkurses mangels Aktiven: Das Ende aller Rechte?

Roman Sturzenegger\*

## Inhalt

I. Einleitung.....	116
II. Das Wesen der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven.....	116
1. Einordnung und Abgrenzung der Konkurseinstellung im Konkursverfahren.....	116
2. Grundlagen für die Konkurseinstellung.....	117
3. Zuständigkeit und Verfahren.....	118
III. Rechtsmittel und Massnahmen gegen die Konkurseinstellung.....	120
1. Zivilprozessuale Beschwerden.....	120
2. Betreibungsrechtliche Beschwerde.....	121
3. Leistung der Sicherheit für die Kosten des Konkursverfahrens.....	124
IV. Auswirkungen der Konkurseinstellung auf die Gesellschaft als Schuldnerin.....	125
1. Auswirkung auf die Rechtspersönlichkeit und Zweck.....	125
2. Auswirkungen auf die Handlungsbefugnis.....	127
V. Auswirkungen der Konkurseinstellung auf die Rechte der Gläubiger.....	128
1. Auswirkungen auf hängige Betreibungen.....	128
2. Recht zur Betreibung auf Pfändung.....	129
3. Spezialliquidation für pfandgesicherte Gläubiger (Art. 230a SchKG).....	130
4. Weitere Auswirkungen auf die Rechte der Gläubiger.....	130
VI. „Private Liquidation“ und Löschung.....	131
1. Liquidationstätigkeiten im Allgemeinen.....	131
2. Möglichkeit zur Sanierung im weitesten Sinn?.....	132
a) Fusion nach Konkurseinstellung?.....	134
b) Fusionsrechtliche Vermögensübertragung nach Konkurseinstellung?.....	138
c) Weitere Varianten für die Strukturierung einer Transaktion.....	139
3. Wiedereröffnung des Konkurses?.....	140
4. Löschung der Gesellschaft im Handelsregister.....	141
VII. Schlussbemerkungen.....	142
Literaturverzeichnis.....	142

---

\* Meiner Kollegin Bineriya Gan-Ayush gebührt grosser Dank für die Unterstützung bei der Ausarbeitung dieses Beitrags.

## I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag erörtert das Thema *Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven*<sup>1</sup> im Kontext der Tagungsreihe *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen*. Entsprechend fokussiert der Beitrag auf die Konkurseinstellung über Kapitalgesellschaften und die Auswirkungen der Konkurseinstellungen auf die Gesellschaften einerseits und auf die Rechte der Gläubiger anderseits. Die Ausführungen sind in folgende Themenblöcke unterteilt:

1. Einordnung der Konkurseinstellung im Konkursverfahren;
2. Rechtsmittel im Zusammenhang mit der Konkurseinstellung;
3. Auswirkungen der Konkurseinstellung auf Gesellschaft und Gläubiger;
4. Die „private“ Liquidation nach Konkurseinstellung und Möglichkeiten zur Sanierung im weitesten Sinn.

## II. Das Wesen der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven

### I. Einordnung und Abgrenzung der Konkurseinstellung im Konkursverfahren

Die Konkurseinstellung ist in Art. 230 f. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1) geregelt. Sie wird verfügt, wenn die Konkursmasse voraussichtlich nicht ausreicht, um die Kosten für wenigstens ein summarisches Konkursverfahren zu decken.<sup>2</sup>

Die Konkurseinstellung ist im Ablauf des Konkursverfahrens im Stadium nach dessen Eröffnung aber vor dem ordentlichen Abschluss nach erfolgter Durchführung des Konkursverfahrens einzuordnen. Es handelt sich um eine eigene Verfahrensart für Situationen, in denen das Konkursverfahren nicht oder nicht vollständig durchgeführt werden kann, weil der Schätzwert der vorhandenen (oder bekannten) Aktiven nicht ausreicht, um die Verfahrenskosten zu decken. Das Konkurserkennnis bleibt bestehen und zeitigt entsprechende rechtliche Folgen.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Nachfolgend kurz als Konkurseinstellung bezeichnet.

<sup>2</sup> Art. 230 Abs. 1 des Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1).

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_592/2015 vom 10. Dezember 2015 E. 1.2.

Abzugrenzen ist das Verfahren einerseits von der Nichteröffnung des Konkurses nach Art. 169 Abs. 2 SchKG und andererseits vom Widerruf des Konkurses gemäss Art. 195 SchKG.<sup>4</sup>

Ein Konkurs wird nicht eröffnet, wenn ein Gläubiger das Konkursbegehren stellt aber den nach Art. 169 Abs. 2 SchKG gerichtlich angesetzten Kostenvorschuss nicht leistet. In solchen Szenarien erfolgt keine Konkursöffnung. Somit treten auch die Rechtsfolgen der Konkursöffnung nicht ein. Insbesondere ist bei einer Nichteröffnung des Konkurses keine Betreibung auf Pfändung analog Art. 230 Abs. 3 SchKG möglich, sondern weiterhin nur auf Konkurs. Wird der Konkurs nicht eröffnet, muss die Gesellschaft auch nicht zwangsweise liquidiert werden.<sup>5</sup>

Beim Widerruf des Konkurses gemäss Art. 195 SchKG hingegen, wird das Konkurskenntnis aufgehoben. Mit der Aufhebung des Konkurskenntnisses fallen auch die konkursbedingten Rechtswirkungen dahin. Die Schuldnerin erhält die Verfügungsmacht über ihr Vermögen zurück.<sup>6</sup>

## 2. Grundlagen für die Konkurseinstellung

Grundlage für den Entscheid zur Konkurseinstellung bildet das gemäss Art. 221 SchKG aufzunehmende Inventar. Dafür sind die *geschätzten Werte*<sup>7</sup> der freien inventarisierten Vermögenswerte massgebend.<sup>8</sup> Das Bundesgericht fasst dies in BGE 128 V 10 anschaulich wie folgt zusammen:

*„Nach der Konkursöffnung wird über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen ein Inventar aufgenommen (Art. 221 SchKG). Der Zweck des Inventars liegt darin, sich einen Überblick über die Vermögensverhältnisse des Schuldners zu verschaffen, das Vermögen zu sichern und eine Grundlage für den Entscheid bezüglich des weiteren Verfahrens (Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, summarisches oder ordentliches Verfahren) zu schaffen [...]. Im Inventar werden sämtliche Vermögenswerte mit dem Schätzwert aufgenommen (Art. 221-227 SchKG [...]).“<sup>9</sup>*

Rechte Dritter, wie etwa Eigentumsansprüche oder Pfandrechte, sind zu berücksichtigen. Es ist also möglich, dass eine Konkurseinstellung verfügt

---

<sup>4</sup> Vgl. auch Lorandi, Konkurseinstellungspraxis, Art. 230 SchKG, 3 mit weiteren Hinweisen.

<sup>5</sup> BGE 113 III 116 E. 3.c) S. 119 f.

<sup>6</sup> Art. 195 Abs. 1 SchKG.

<sup>7</sup> Art. 227 SchKG.

<sup>8</sup> Kren Kostkiewicz, Rz. 1402 f.; Art. 39 der Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911 (KOV; SR 281.32).

<sup>9</sup> BGE 128 V 10 E. 5 c) S. 13 f.

wird, obwohl eine Gesellschaft zwar über reichlich Aktiven verfügt, diese aber in hohem Mass pfandbelastet sind und die geschätzten Pfandüberschüsse die Verfahrenskosten gerade nicht zu decken vermögen.<sup>10</sup>

### 3. Zuständigkeit und Verfahren

Zuständig für den Entscheid über die Konkurseinstellung ist das Konkursgericht. Es entscheidet basierend auf einem begründeten und unter anderem mit dem Inventar dokumentierten Antrag des Konkursamts.<sup>11</sup> Der Antrag des Konkursamts soll sich auch über die Begründetheit allfälliger durch Dritte geltend gemachter Rechte sowie über mögliche Anfechtungsansprüche und deren Durchsetzung äussern.<sup>12</sup>

Das Konkursgericht hat sich für den Entscheid ein eigenständiges Bild über die Vermögenssituation der Schuldnerin zu verschaffen. Dabei muss das Konkursgericht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere auch die vom Konkursamt gemachten Ausführungen betreffend Eigentumsansprüche Dritter sowie die Erfolgchancen von Anfechtungsklagen beurteilen:

*„[...] ,reicht die Konkursmasse voraussichtlich nicht aus, um die Kosten für ein summarisches Verfahren zu decken‘ [...], so entscheidet das Konkursgericht auf Antrag des Konkursamtes nach Prüfung der Sachlage über die Frage der Konkurseinstellung mangels Aktiven. Es hat sich darüber ein selbstständiges Urteil zu bilden, insbesondere ob erhobene Drittansprüche anerkannt werden müssen und Anfechtungsklagen irgendwelcher Art nicht möglich oder ohne jede Aussicht auf Erfolg sind [...]. Damit existiert für den Zeitpunkt des Einstellungsbeschlusses ein gerichtlich überprüftes Inventar, wonach zu wenig Vermögenswerte vorhanden sind, um wenigstens das summarische Konkursverfahren durchzuführen.“<sup>13</sup>*

Der Entscheid über die Konkurseinstellung basiert damit auf einem gerichtlich überprüften Inventar.

Die richterliche Einstellungsverfügung ist *suspensiv bedingt* auf den Verzicht der Gläubiger, die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen und den vom Konkursamt angesetzten Kostenvorschuss bzw. die Sicherheit für die Kosten des Konkursverfahrens zu leisten.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Art. 39 Abs. 2 KOV; Vgl. auch Lorandi, Konkurseinstellungspraxis, Art. 230 SchKG, 4 mit weiteren Hinweisen.

<sup>11</sup> Art. 230 Abs. 1 SchKG.

<sup>12</sup> Lorandi, Konkurseinstellungspraxis, Art. 230 SchKG, 6 mit weiteren Hinweisen.

<sup>13</sup> BGE 128 V 10 E. 5 c) S. 14; vgl. auch BGE 141 III 590 E. 3.3.

<sup>14</sup> BGE 141 III 590 E. 3.4.1 S. 594; Kren Kostkiewicz, Rz. 1405.

Die Gründe, welche Gläubiger dazu bewegen können, die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen und die entsprechenden Kosten sicherzustellen, können vielfältig sein:

- Der Gläubiger will sich vom Konkursamt im Inventar aufgenommene bestrittenen Ansprüche der Schuldnerin gegen Dritte nach Art. 260 SchKG abtreten lassen, was nach Konkurseinstellung nicht mehr möglich wäre.<sup>15</sup>
- Der Gläubiger hält Eigentumsansprüche Dritter für unbegründet und will sie bestreiten.<sup>16</sup>
- Der Gläubiger erwartet von einem Pfandgegenstand einen namhaften Übererlös zu Gunsten der Konkursmasse.<sup>17</sup>
- Der Gläubiger will ein transparentes, formalisiertes, durch eine neutrale Behörde geführtes Verfahren für die Liquidation eines allfälligen (Rumpf-)Geschäfts eines Unternehmens anstelle einer möglichen privaten Liquidation, wo althergebrachte Verbindungen zu früheren Geschäftspartnern eine Rolle spielen können.<sup>18</sup> Dies kann insbesondere ein Beweggrund sein, wenn mehrere Konkurrenten noch Interesse an Teilen des (Rumpf-)Geschäfts haben.

Entscheidet das Konkursgericht auf Konkurseinstellung, so publiziert das Konkursamt dies im schweizerischen Handelsamtsblatt und setzt eine Frist von zehn Tagen an, innert welcher die Gläubiger unter Leistung des Kostenvorschusses die Durchführung des Konkursverfahrens verlangen können.<sup>19</sup> Die Konkursverwaltung ist dabei bis zu einer allfälligen Leistung des Kostenvorschusses auf die Handlungen gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG beschränkt.<sup>20</sup> Es sei angemerkt, dass die Frist von zehn Tagen nicht sakrosankt ist. Einerseits können in der Praxis oft informale Einigungen mit den Konkursämtern getroffen werden, sofern sich die Leistung des Kostenvorschusses nur um wenige Tage verzögert, andererseits kann das Konkursgericht unter Umständen eine Nachfrist gewähren.<sup>21</sup>

Falls nach der Einstellungsverfügung kein Durchführungsbegehren gestellt oder die Kostensicherheit nicht geleistet wird, so bleibt es bei der Konkurs-

---

<sup>15</sup> BGE 141 III 590 E. 3.4.1 S. 594; Kren Kostkiewicz, Rz. 1405.

<sup>16</sup> BGE 141 III 590 E. 3.4.1 S. 594; Kren Kostkiewicz, Rz. 1405.

<sup>17</sup> BGE 141 III 590 E. 3.4.1 S. 594; Kren Kostkiewicz, Rz. 1405.

<sup>18</sup> Vgl. zur privaten Liquidation nachfolgend VI.

<sup>19</sup> Art. 230 Abs. 2 SchKG.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A.28/2004 vom 21. Januar 2005 E. 5.2.

<sup>21</sup> KUKO SchKG-Schober, Art. 230, N 8.

einstellung. Das Konkursverfahren schliesst mit Ablauf der Frist ohne weiteres Zutun des Konkursgerichts oder des Konkursamts. Die konkursgerichtliche Schlussverfügung ist nur deklaratorischer Natur.<sup>22</sup>

### III. Rechtsmittel und Massnahmen gegen die Konkurseinstellung

In diesem Abschnitt werden die Rechtsmittel und Massnahmen der Betroffenen im Zusammenhang mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven genauer beleuchtet. Dies als erster und offensichtlicher Hinweis darauf, dass zumindest die Verfügung über die Konkurseinstellung und die Festsetzung der Höhe der Sicherheit durch das Konkursamt nicht das Ende aller Rechte der vom Konkursverfahren Betroffenen bedeutet.

#### 1. Zivilprozessuale Beschwerden

Vorab – quasi als erstes Recht – steht den von der Einstellungsverfügung Beschwerenden ein zivilprozessuales Beschwerderecht zu. Sie können sich gegen die Einstellungsverfügung des Konkursgerichts gestützt auf Art. 319 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272) zur Wehr setzen.<sup>23</sup>

Zur Beschwerde legitimiert sind unbestrittenermassen die Schuldnerin und das Konkursamt. Privatpersonen als Schuldner können ein Interesse an der Durchführung des Konkurses haben, damit sie die Einrede des fehlenden neuen Vermögens erheben können.<sup>24</sup> Bei juristischen Personen als Schuldner spielen solche Überlegungen dagegen keine Rolle. Die den Gläubigern in der Praxis beim Konkurs über juristische Personen ausgestellten Verlustausweise,<sup>25</sup> haben keine schuldbetreibungsrechtliche Wirkung.<sup>26</sup> Dem Konkursamt kommt das Beschwerderecht zur Wahrung der Interessen der Gläubigersamtheit zu.<sup>27</sup>

In eingeschränktem Mass ist auch der Gläubiger zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdemöglichkeit des Gläubigers ist gemäss Bundesgericht auf die Kritik an der Ausübung der Kontrolle des Konkursgerichts über das Konkurs-

---

<sup>22</sup> BGer 5A\_592/2015 E. 1.2.

<sup>23</sup> BGE 141 III 590 E. 3.2 S. 592.

<sup>24</sup> Art. 265 Abs. 2 SchKG.

<sup>25</sup> Juristische Personen gehen mit dem Konkurs unter, weshalb keine Verlustscheine ausgestellt werden.

<sup>26</sup> Spühler/Dolge, N 225.

<sup>27</sup> BGE 141 III 590 E. 3.2.1 S. 592.

amt beschränkt. Ein Gläubiger kann z.B. geltend machen, das Konkursgericht habe über die Konkurseinstellung ohne gehörigen Antrag des Konkursamtes entschieden.<sup>28</sup>

Eine konkursgerichtliche Neubeurteilung der im Konkursverfahren von Dritten geltend gemachten Ansprüche soll dagegen von Gläubigern im Rahmen der ZPO-Beschwerde gerade nicht bewirkt werden können. Beurteilt der Gläubiger von Dritten geltend gemachte Ansprüche gegen die Schuldnerin oder aber die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen der Schuldnerin gegen Dritte anders als Konkursverwaltung und Konkursgericht, so soll er nach Ansicht des Bundesgerichts die vom Konkursamt angesetzte Sicherheit für die Kosten des Konkursverfahrens leisten und so die Durchführung des Konkursverfahrens (auf eigenes Risiko statt auf Risiko des Staates) bewirken. In dessen Rahmen soll sich der Gläubiger dann Ansprüche gegen Dritte abtreten lassen bzw. geltend gemachte Ansprüche bestreiten.<sup>29</sup>

Auch die unrichtige und unvollständige Erstellung des Inventars kann nicht mit ZPO-Beschwerde gerügt werden. Solche Vorbringen sind im Rahmen der betreibungsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG<sup>30</sup> an die Aufsichtsbehörde zu richten.<sup>31</sup> Dasselbe gilt für die Anfechtung der Höhe der vom Konkursamt festgesetzten Sicherheit für die Kosten des Konkursverfahrens.<sup>32</sup>

Die Einschränkung der Beschwerdelegitimation der Gläubiger ist also relativ weitgehend, worauf nachfolgend im Rahmen der Ausführungen über die betreibungsrechtliche Beschwerde nochmals zurückzukommen sein wird.<sup>33</sup>

Das Bundesgericht beurteilt die Einstellungsverfügung des Konkursgerichts als verfahrensabschliessende Verfügung im Sinne von Art. 90 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110). Die *Beschwerde an das Bundesgericht ist grundsätzlich zulässig*.<sup>34</sup>

## 2. Betreibungsrechtliche Beschwerde

Der Entscheid des Konkursgerichts über die Konkurseinstellung unterliegt nicht unmittelbar der betreibungsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 17 ff.

---

<sup>28</sup> BGE 141 III 590 E. 3.4 S. 594.

<sup>29</sup> BGE 141 III 590 E. 3.4.3 S. 595 f.

<sup>30</sup> Vgl. dazu sogleich unten, III.2.

<sup>31</sup> BGE 141 III 590 E. 3.5.1 S. 595.

<sup>32</sup> BGE 141 III 590 E. 3.5.2 S. 595.

<sup>33</sup> Vgl. dazu sogleich unten, Ziffer III.2.

<sup>34</sup> BGer 5A\_592/2015 E. 1.2.

SchKG. Beschwerde, auch Gläubiger, haben aber die Möglichkeit, mittels betreibungsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 17 ff. SchKG Grundlage und Konsequenz des Entscheids des Konkursgerichts anzufechten.

Die unrichtige oder unvollständige *Erstellung des Inventars* durch das Konkursamt, welche Basis der konkursrichterlichen Einstellungsverfügung bildet, kann mit betreibungsrechtlicher Beschwerde angefochten werden.<sup>35</sup>

Weiter unterliegt die aufgrund des Entscheids des Konkursgerichts durch das Konkursamt zu erlassende *Verfügung*, mit welcher den Gläubigern eine Frist von zehn Tagen angesetzt wird, um unter Leistung des Kostenvorschusses die Durchführung des Konkursverfahrens zu verlangen, der betreibungsrechtlichen Beschwerde. Damit kann insbesondere die Höhe des verlangten Kostenvorschusses angefochten werden, was in der Praxis regelmässig vorkommt.<sup>36</sup>

Unter III.1. hiervor wurde die zivilprozessuale Beschwerde behandelt und insbesondere das beschränkte Beschwerderecht des Gläubigers. Vor diesem Hintergrund wird klar, dass die praktischen Erfolgchancen eines Gläubigers, sich mittels zivilprozessualer oder betreibungsrechtlicher Beschwerde in substantiellem Mass erfolgreich gegen die Konkurseinstellung zur Wehr zu setzen, relativ gering sind.

Wie ausgeführt<sup>37</sup>, kann ein Gläubiger mit der zivilprozessualen Beschwerde geltend machen, das Urteil des Konkursgerichts basiere auf einem ungenügenden Antrag des Konkursamts. Für die eigentliche Anfechtung des Inventars, die Basis des Antrags an das Konkursgericht, ist der Gläubiger aber auf die betreibungsrechtliche Beschwerde verwiesen. Dreht sich die Meinungsverschiedenheit bei der Inventarisierung aber um die Beurteilung von Drittsprachen oder Forderungen gegen Dritte, wie etwa Anfechtungsansprüche oder Verantwortlichkeitsansprüche, dürfte die Aufsichtsbehörde die Argumentation im zitierten Bundesgerichtsentscheid<sup>38</sup> dankbar aufnehmen und den beschwerdeführenden Gläubiger ebenfalls auf sein Recht verweisen, bei anderer Einschätzung der Erfolgchancen beim Vorgehen gegen Dritte die Durchführung des Konkurses zu verlangen und entsprechend Sicherheit für die Kosten des Verfahrens zu leisten.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> BGE 141 III 590 E. 3.5.1 S. 595.

<sup>36</sup> BGE 141 III 590 E. 3.5.2 S. 595.

<sup>37</sup> Siehe oben, III.1.

<sup>38</sup> BGE 141 III 590 E. 3.5.1 S. 595.

<sup>39</sup> Die Festsetzung der Höhe der Sicherheit für die Kosten des Konkursverfahrens liegt dabei im Ermessen des Konkursamts; dazu unten, III.3.

Die praktischen Schwierigkeiten für den Gläubiger, mittels Beschwerde auf die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven einzuwirken, liegen wohl auch in den fundamental verschiedenen Positionen der Beteiligten begründet. Der Staat will eine Leistung nicht erbringen, weil sie nach Einschätzung des Staates nicht kostendeckend zu erbringen ist. Der Gläubiger will die Leistungserbringung auf Risiko des Staates erzwingen, obwohl er andere Möglichkeiten hat, wie eben die Leistung der verlangten Kostensicherheit.<sup>40</sup>

Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass das Konkursgericht durchaus verpflichtet ist, die Vermögenssituation der Schuldnerin selbständig zu prüfen. Insbesondere auch die Frage, ob erhobene Drittansprüche anerkannt werden müssen und Anfechtungsklagen irgendwelcher Art nicht möglich oder ohne jede Aussicht auf Erfolg sind.<sup>41</sup>

Aus der Sicht des Autors kann es zu stossenden Situationen führen, wenn sowohl das Konkursgericht, das die Vermögenslage der Schuldnerin aufgrund des Antrags der Konkursverwaltung eigenständig prüfen muss, als auch die Aufsichtsbehörde, die eine allfällige Beanstandung der Inventarisierung zu beurteilen hat, den Gläubiger auf sein Recht verweisen können, mittels Leistung der Sicherheit für die Verfahrenskosten die Durchführung des Konkursverfahrens zu bewirken. Es muss eine Grenze bestehen, bei deren Überschreitung auch ein Gläubiger auf dem Beschwerdeweg (sei es zivil- oder schuldbetriebsrechtlich) geltend machen kann, z.B. Eigentumsansprüche Dritter seien offensichtlich ohne Berechtigung im Inventar berücksichtigt worden. Eine differenziertere Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre wünschenswert. Ansonsten werden im Konkursverfahren falsche Anreize gesetzt – etwa eine Tendenz zur willfährigen Berücksichtigung jeglicher Drittansprüche oder zur negativen Beurteilung selbst offensichtlicher Ansprüche gegen Dritte – die in ungerechtfertigter Art und Weise zur Verschiebung der (finanziellen) Verantwortung für die Erfüllung staatlicher Aufgaben auf Private führen und auch die Effizienz des Konkursverfahrens beeinträchtigen können. Aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht für den Gläubiger, der prozessual gegen die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven vorgehen will, aus praktischer Sicht wohl auch in den Fällen ein sehr grosses prozessuales Risiko, die ein Gläubiger als offensichtliche Verfehlungen des Konkursamts beurteilen mag. Dieses Problem wird zusätzlich noch dadurch verschärft, dass die Festsetzung der Höhe der Sicherheit für die Kosten des Konkursverfahrens im Ermessen der Konkursverwaltung liegt.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Dazu unten, III.3.

<sup>41</sup> BGE 128 V 10 E. 5 c) S. 14; vgl. dazu oben II.3.

<sup>42</sup> Dazu unten, III.3.

Für ein massgeblich erfolgreiches Eingreifen eines Gläubigers gegen die Konkurseinstellung auf dem Beschwerdeweg bestehen nach dem Gesagten aktuell also erhebliche Hindernisse in der Form von hohen Prozessrisiken.<sup>43</sup>

### 3. Leistung der Sicherheit für die Kosten des Konkursverfahrens

Selbstverständlich steht Gläubigern die Möglichkeit zu, die vom Konkursamt verlangte Sicherheit bzw. den Vorschuss für die Kosten des Konkursverfahrens zu leisten und damit die Durchführung des Konkursverfahrens zu bewirken.<sup>44</sup> Die Kosten des Konkursverfahrens werden in der Verteilungsphase vorab gedeckt und an den Sicherheit leistenden Gläubiger zurückerstattet.<sup>45</sup>

Die Festsetzung der Höhe der Sicherheit durch das Konkursamt ist eine reine Ermessensfrage („*pure question d'appréciation*“<sup>46</sup>) mit entsprechender Auswirkung für die Anfechtbarkeit einer solchen Verfügung. In der Praxis sieht man ab und an Korrekturen sehr hoher Sicherheitsforderungen, allerdings oft in einem für einen Gläubiger kaum relevanten Ausmass.

Das Konkursamt darf den Kostenvorschuss für die Durchführung des Konkurses so hoch ansetzen, dass damit auch nicht genauer abschätzbare *zukünftige Kosten* gedeckt werden können. Zukünftige Kosten sind etwa Gerichts- und Anwaltskosten bei Aktiv- und Passivprozessen.<sup>47</sup>

Sicherheit darf, wie vorstehend erwähnt, nur für die zukünftigen Kosten des Konkursverfahrens verlangt werden, nicht auch für die bis zur Konkurseinstellung bereits aufgelaufenen Kosten.<sup>48</sup> Für die Kosten bis zur Konkurseinstellung haftet, wer das Konkursbegehren stellt. Das Gericht kann von Gläubigern einen Kostenvorschuss verlangen.<sup>49</sup>

In der Regel werden die Kosten zur Deckung des gesamten Konkursverfahrens verlangt. Dies entspricht zwar der Konzeption des Gesetzes, doch ist es nicht zwingend. Gerade wenn relativ hypothetische Faktoren die Kostenschätzung seitens des Konkursamts und damit die verlangte Sicherheit für die Kosten des Konkursverfahrens in prohibitive Sphären treiben, wäre seitens der Kon-

---

<sup>43</sup> Immerhin werden für die betriebsrechtliche Beschwerde keine Gerichtskosten erhoben und es sind keine Parteientschädigungen zu entrichten. Es bleiben immerhin die eigenen Rechtskosten zu tragen.

<sup>44</sup> Art. 230 Abs. 2 SchKG.

<sup>45</sup> Art. 262 Abs. 1 SchKG.

<sup>46</sup> BGE 130 III 90 E. 1 S. 92.

<sup>47</sup> BGE 117 III 67 E. 2.b. S. 69.

<sup>48</sup> Lorandi, Konkurseinstellungspraxis, Art. 230 SchKG, 13, Kommentar 4.

<sup>49</sup> Art. 169 SchKG.

kursämter etwas Augenmass angebracht. So nähme grundsätzlich niemand (bzw. höchstens der Gläubiger) Schaden, wenn Zahlungen im Einzelfall für bestimmte Etappen eines Konkursverfahrens unter Vorbehalt der Nachforderungen vereinbart würden, um zu prüfen, ob sich die befürchteten Kostenrisiken (z.B. vermutete Anzahl ausländischer Gläubiger mit Forderungsanmeldungen) auch tatsächlich materialisieren. Das Konkursverfahren kann auch zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens erfolgen.

Folgt ein Konkursamt einem Antrag eines Gläubigers auf Staffelung des Kostenvorschusses nicht, wäre eine Beschwerde mit dem Ziel, Teilzahlungen zu erwirken oder die verlangte Sicherheit substantiell herabzusetzen, vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen praktisch aussichtslos.

#### IV. Auswirkungen der Konkurseinstellung auf die Gesellschaft als Schuldnerin

##### i. Auswirkung auf die Rechtspersönlichkeit und Zweck

Eine juristische Person verliert die *Rechtspersönlichkeit* mit der Konkurseinstellung (noch) nicht. Die Gesellschaft existiert weiter, wenn auch nur *zum Zweck der Liquidation*. Die Liquidation der Gesellschaft ist eine zwingende Folge der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven.<sup>50</sup> Sämtliche Handlungen der Gesellschaft nach Konkurseinstellung müssen entsprechend auf die Liquidation der Gesellschaft ausgerichtet sein.

Die Rechtseinheit wird gemäss Art. 159a Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411) im Handelsregister von Amtes wegen gelöscht, wenn innert zweier Jahre nach der Publikation der Eintragung des Datums der Einstellungsverfügung im Handelsregister kein begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben wurde.<sup>51</sup>

Der Abschluss der Liquidation wird nach Konkurseinstellung und widerspruchlosem Ablauf vorerwähnter Frist vermutet.<sup>52</sup>

Eine juristische Person bleibt bis zur Löschung Trägerin von Rechten und Pflichten. Die Löschung im Handelsregister ist *konstitutiv* für den Untergang

---

<sup>50</sup> Vgl. z.B. BGE 90 II 247 E. 3 S. 256; Lorandi, Konkurseinstellung, 41.

<sup>51</sup> Die Frist wurde per 1. Januar 2021 von drei Monaten auf zwei Jahre verlängert, um den Zeitpunkt der Löschung auf die Möglichkeit zur Betreuung auf Pfändung gemäss Art. 230 SchKG abzustimmen.

<sup>52</sup> Im Ergebnis ähnlich das Urteil des Bundesgerichts 4A\_163/2014 vom 16. Juni 2014 E. 2.1.

der juristischen Person. Mit der Löschung im Handelsregister verliert die juristische Person die *Rechtspersönlichkeit* sowie – als Teilgehalt davon – die *Partei- und Prozessfähigkeit*.<sup>53</sup>

Die Wirkung der Löschung ist nicht unumstritten – auch in der Rechtsprechung auf Kantonsebene wird teilweise die Meinung vertreten, eine Gesellschaft verliere ihre Rechtspersönlichkeit erst mit Abschluss der Liquidation.<sup>54</sup> Aus Sicht des Autors ist dies, wie vorstehend ausgeführt, unzutreffend. Für juristische Personen ist die Eintragung ins Handelsregister konstitutiv für die Erlangung der Rechtspersönlichkeit.<sup>55</sup> Mit der Löschung im Handelsregister verliert die juristische Person entsprechend deren Grundlage und damit auch die Rechtspersönlichkeit an sich.<sup>56</sup> Mit der Löschung einer juristischen Person im Handelsregister endet ihre rechtliche Existenz – die Löschung ist konstitutiv für den Verlust der Rechtspersönlichkeit. Das Bundesgericht hat die in der Lehre teilweise als inkonstant bezeichnete Rechtsprechung in jüngsten Urteilen mehrfach bestätigt.<sup>57</sup> Der Gesetzgeber anerkennt zwar die Möglichkeit, dass auch nach der Löschung der Gesellschaft (und damit nach vermutetem Abschluss der Liquidation) im Handelsregister noch Aktiven und Passiven bestehen können (und damit die Vermutung der abgeschlossenen Liquidation unzutreffend sein kann). Der Gesetzgeber stellt aber bei der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven die Möglichkeit des Einspruchs gegen eine ungerichtfertigte Löschung zur Verfügung,<sup>58</sup> und ermöglicht allgemein die Wiedereintragung juristischer Personen im Handelsregister bei Vorliegen schutzwürdiger Interessen.<sup>59</sup> Diese Institute wären sinnlos, hätte die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister bloss deklaratorische Wirkung.<sup>60</sup>

---

<sup>53</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_527/2020 vom 22. April 2021 E. 5.2.

<sup>54</sup> Für eine Übersicht über die kantonale Rechtsprechung vgl. Lorandi, Konkurseinstellungspraxis, Art. 230 SchKG, 26.

<sup>55</sup> Art. 643 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220).

<sup>56</sup> Statt vieler: Vischer, 259, mit weiteren Hinweisen.

<sup>57</sup> BGer 4A\_527/2020 E. 5.2; für eine Übersicht über die Historie der bundesgerichtlichen Rechtsprechung BGE 146 III 441 E. 2.4 S. 445 ff. (wobei der Entscheid in der Lehre wegen den Ausführungen zur Auswirkung der Löschung einer Gesellschaft auf Forderungen der juristischen Person äusserst kontrovers diskutiert wird).

<sup>58</sup> Art. 159a HRegV, Art. 934 Abs. 3 OR.

<sup>59</sup> Art. 935 OR.

<sup>60</sup> Ähnlich auch Lorandi, Konkurseinstellungspraxis, Art. 230 SchKG, 26, Kommentar 13.

## 2. Auswirkungen auf die Handlungsbefugnis

Trotz Konkurseinstellung, wird die Gesellschaft üblicherweise noch über gewisse Vermögenswerte verfügen. Über Vermögenswerte, die aber, soweit sie überhaupt frei verfügbar und nicht als Sicherheit an einen Gläubiger verpfändet sind, nicht zur Deckung der Kosten mindestens des summarischen Konkursverfahrens ausreichen.

Die Konkurseinstellung hat vor diesem Hintergrund und der Tatsache der fortbestehenden Rechtspersönlichkeit insbesondere die Wirkung, dass der Konkursbeschluss aufgehoben wird.<sup>61</sup> Die Ausnahme bilden die gepfändeten Vermögenswerte, welche auf Antrag der Pfandgläubiger durch das Konkursamt verwertet werden.<sup>62</sup>

Die Gesellschaft erlangt also mit der rechtskräftigen Konkurseinstellung Verfügungsmacht bzw. Verfügungsbefugnis über ihre Vermögenswerte zurück und die Einschränkung der Vertretungsbefugnis ihrer Organe fällt dahin.<sup>63</sup> Die Verfügungsbefugnis ist aber auf den mit der Konkursöffnung entstandenen und nach der Konkurseinstellung fortbestehenden Liquidationszweck beschränkt.<sup>64</sup> Die Gesellschaft kann entsprechend z.B. auch laufende Prozesse weiterführen. Die Sistierung der Zivilprozesse gemäss Art. 207 SchKG entfällt.<sup>65</sup>

Unterliegt die Gesellschaft nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven einem Organisationsmangel, weil beispielsweise keine Verwaltungsratsmitglieder mehr bestellt sind oder kein Domizil mehr besteht, so hat dies keinen praktischen Einfluss mehr auf das Schicksal der Gesellschaft. Ein Verfahren wegen eines Organisationsmangels hätte nur zur Folge, dass neuerlich ein Konkursverfahren durchzuführen und mangels Aktiven einzustellen wäre.<sup>66</sup> Ein Gericht würde ein solches Verfahren mangels Gegenstandslosigkeit entsprechend nicht an die Hand nehmen.<sup>67</sup> Das Verfahren zur Löschung von Amtes wegen bei Rechtseinheiten ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven gemäss Art. 934 OR findet keine Anwendung. Dieses ist für Rechtseinhei-

---

<sup>61</sup> Vgl. bereits BGE 90 II 247 E. 2 S. 252 ff.

<sup>62</sup> Art. 230a Abs. 2 SchKG.

<sup>63</sup> BGE 90 II 247 E. 2 S. 252 ff.

<sup>64</sup> Vgl. unten, Ziffer IV.1.

<sup>65</sup> Vgl. zu kontroverser kantonaler Rechtsprechung: Lorandi, Konkurseinstellungspraxis, Art. 230 SchKG, 19 f., Kommentar 10.

<sup>66</sup> Art. 939 Abs. 1 i.V.m. Art. 731b Abs. 1bis Ziff. 3 OR; Lorandi, Art. 731b OR, 1392.

<sup>67</sup> Das Handelsgericht Zürich schreibt Gerichtsverfahren wegen Organisationsmängel bei Einstellung des Konkurses als gegenstandslos ab; vgl. z.B. Verfügung des Einzelgerichts des Handelsgerichts Zürich HE120250-O vom 28. November 2012.

ten konzipiert, die faktisch aber nicht formell liquidiert wurden<sup>68</sup> und führt bei einem Organisationsmangel nach Konkurseinstellung nicht zu einer Verkürzung der in Art. 159a Abs. 1 lit. a HRegV bis zur Löschung vorgesehenen Frist. Eine andere Lösung wäre nicht angezeigt, da die Organe der Schuldnerin ansonsten durch Provokation von Organisationsmängeln die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister nach Konkurseinstellung beschleunigen und so die Rechtsverfolgung durch die Gläubiger gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG erschweren und verteuern könnten (etwa durch das Erfordernis, ein Gesuch um Wiedereintragung der Schuldnerin zu stellen).

Gleichzeitig mit der Wiedererlangung der Verfügungsbefugnis durch die schuldnerische Gesellschaft bzw. dem Wegfall der Beschränkung der Handlungsbefugnisse ihrer Organe entfallen mit der rechtskräftigen Konkurseinstellung Aktiven entsprechend die konkursrechtlichen Befugnisse der Konkursorgane betreffend die Verwaltung und Verwertung der Konkursmasse.<sup>69</sup> Ausnahmen bestehen, sofern sich in der Konkursmasse verpfändete Vermögenswerte befinden.<sup>70</sup>

## V. Auswirkungen der Konkurseinstellung auf die Rechte der Gläubiger

Die Konkurseinstellung hat selbstredend Auswirkungen auf die Gläubiger. Die Einstellungsverfügung wird von Gläubigern oft als die Ankündigung des unausweichlichen Totalverlusts und ungedecktem Aufwand für die Rechtsverfolgung verstanden. Entsprechend führt die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven in der Praxis auch regelmässig zu völliger Lethargie der Gläubiger – wohl auch, weil die Rechte der Gläubiger nach Konkurseinstellung über juristische Personen nicht landläufig bekannt sind.

### I. Auswirkungen auf hängige Betreibungen

Hängige *Betreibungen leben wieder auf*.<sup>71</sup> Dies gilt zumindest, sofern die Betreibungen noch fortgesetzt werden können, was auf diejenige *Betreibung nicht*

---

<sup>68</sup> BK HR-Siffert, Art. 934, N 3.

<sup>69</sup> BGE 90 II 247 E. 2. S. 252 ff.

<sup>70</sup> Art. 230a Abs. 2 SchKG.

<sup>71</sup> Art 230 Abs. 4 SchKG.

zutrifft, die zum Konkurs geführt hatte.<sup>72</sup> Ebenfalls nicht fortsetzungsfähig sind gemäss Bundesgericht Betreibungen, für die das Recht auf Fortsetzung bereits durch die Konkursandrohung ausgeübt wurde.<sup>73</sup>

Die Betreibungen leben grundsätzlich in dem Verfahrensstadium wieder auf, in dem sie sich im Zeitpunkt der Konkurseröffnung befunden haben. Neben dem Verfahrensstadium ist aber nach den Ausführungen im vorstehenden Absatz auch entscheidend, ob die Art der Betreibung bereits festgelegt wurde.<sup>74</sup>

Für eine erfolgreiche (Fortsetzung) der Betreibung gegen die Gesellschaft muss die Gesellschaft weiterhin im Handelsregister eingetragen sein. Läuft ein Betreibungsverfahren also kurz vor Ablauf der Zweijahresfrist<sup>75</sup> für die Löschung der Gesellschaft noch, so muss Einspruch gegen die Löschung erhoben werden.

## 2. Recht zur Betreibung auf Pfändung

Nach der Konkurseinstellung kann die Schuldnerin gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG während zwei Jahren auf Pfändung betrieben werden, auch wenn diese normalerweise der Konkursbetreibung unterliegen würde.

Art. 230 Abs. 3 SchKG findet auch auf juristische Personen Anwendung.<sup>76</sup> Wenn die Art der Betreibung bereits auf Konkurs festgelegt ist, muss dafür eine neue Betreibung eingeleitet werden.<sup>77</sup> Auch Sicherungsmassnahmen sind möglich. Insbesondere kann Arrest gelegt werden.

Die Betreibung auf Pfändung nach der Konkurseinstellung ermöglicht den Gläubigern, ihre Forderungen (oder die im Rahmen des Konkursverfahrens aufgelaufenen Kosten) auf dem Weg der Betreibung auf Pfändung zu vollstrecken und damit mindestens einen Pfändungsverlustschein erhältlich zu machen, um basierend darauf z.B. Anfechtungsklagen anstrengen zu können. Letzteres wäre nach Konkurseinstellung im Normalfall mangels Abtretung von Anfechtungsansprüchen nicht möglich.<sup>78</sup>

---

<sup>72</sup> BGE 124 III 123 E. 2 S. 124 f.

<sup>73</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A\_784/2015 vom 15. Januar 2016 E. 2 f.; insbesondere mit Blick auf die Verfahrensökonomie a.A. Lorandi, Konkurseinstellungspraxis, Art. 230 SchKG, 38, Kommentar 20.

<sup>74</sup> BGer 5A\_784/2015 E. 3.3.2.

<sup>75</sup> Art. 159a HRegV.

<sup>76</sup> Lorandi, Konkurseinstellung, 41; Amonn/Walther 411 N 27.

<sup>77</sup> BGer 5A\_784/2015 E. 3.3.2.

<sup>78</sup> Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1.

### 3. Spezialliquidation für pfandgesicherte Gläubiger (Art. 230a SchKG)

Art. 230a Abs. 2 SchKG gibt den pfandgesicherten Gläubigern<sup>79</sup> die Möglichkeit, im Konkurs einer juristischen Person nach Konkurseinstellung die Verwertung des Pfandes direkt durch die Konkursverwaltung zu verlangen.

Die Liquidation der Pfänder erfolgt nach der Kaskade von Art. 230a Abs. 2 bis 4 SchKG:

- Das Konkursamt setzt den Pfandgläubigern eine Frist<sup>80</sup> zur Stellung eines Verwertungsantrags und verwertet die Pfänder soweit dies verlangt wird.
- Bei Ausbleiben eines Verwertungsantrags werden die Pfandgegenstände dem Staat angeboten. Der Staat übernimmt die Pfandgegenstände ohne persönliche Schuldpflicht.
- Bei Ablehnung der Übertragung durch den Staat, werden die Pfandgegenstände schliesslich doch durch das Konkursamt verwertet. Dies nach den Regeln des summarischen Konkursverfahrens.<sup>81</sup>

Wie das freie Vermögen, sind auch allfällige Überschüsse aus der Pfandverwertung der Gesellschaft herauszugeben.<sup>82</sup>

### 4. Weitere Auswirkungen auf die Rechte der Gläubiger

Die Konkurseinstellung soll keine Auswirkung auf die Fälligkeit der Forderungen gegen die betroffene Gesellschaft haben. Die mit Konkurseröffnung gemäss Art. 208 Abs. 1 SchKG fällig gestellten Forderungen gegen die Schuldnerin, sollen fällig bleiben.<sup>83</sup>

Nach der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven können keine Ansprüche mehr gemäss Art. 260 SchKG abgetreten werden. Sämtliche Handlungen der Konkursverwaltung ausserhalb Art. 230 f. SchKG nach Konkurseinstellung sind *nichtig*.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> Art. 230a SchKG findet auf andere Sicherungsrechte keine Anwendung. Nicht pfandgesicherte Gläubiger sind gemäss Urteil des Bundesgerichts 5A\_896/2010 vom 11. März 2011 E. 4.2.3 vom Verfahren gemäss Art. 230a Abs. 2 ausgeschlossen; vgl. auch Lorandi, Konkurs-einstellungspraxis, Art. 230a SchKG, 11, Kommentar 10.

<sup>80</sup> Die Frist beträgt in der Praxis üblicherweise zwischen 10 und 30 Tagen.

<sup>81</sup> BGer 5A\_896/2010 E. 4.2.3 (vgl. Fn. 76 vorstehend).

<sup>82</sup> BGer 5A\_896/2010 E. 4.2.3 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 7B.32/2004 vom 25. Mai 2004 E. 1, nicht publiziert in: BGE 130 III 481; Lorandi, Konkurseinstellung, 44; a.A. z.B. Gmünder, 170 N 413.

<sup>83</sup> Feuz, 500.

<sup>84</sup> BGE 102 III 78 E. 3a) S. 82.

Den Gläubigern werden *keine Verlustscheine* ausgestellt.<sup>85</sup> Die Gläubiger können aber, wie unter V.2. hiervor erwähnt, die Schuldnerin *während zwei Jahren auf Pfändung betreiben* und auf diesem Weg mindestens einen Verlustschein erlangen.

Nach der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister kann mittelbarer Schaden aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nicht mehr geltend gemacht werden. Sind solche Prozesse angedacht oder hängig, muss Einspruch gegen die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister gemacht werden.<sup>86</sup>

## VI. „Private Liquidation“ und Löschung

Wie bereits unter IV.2. ausgeführt, ist es durchaus möglich und auch kein seltenes Ereignis, dass eine Gesellschaft, nachdem das Konkursverfahren über sie mangels Aktiven eingestellt worden ist, noch über freie Aktiven verfügt, die zwar nicht zur Deckung des Konkursverfahrens ausreichen, deren Verwertung aber aus Sicht der Organe der Gesellschaft noch lohnenswert und angezeigt erscheint. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Szenarios steigt mit der Höhe der geschätzten Verfahrenskosten und der entsprechend hoch angesetzten Kostensicherheit für die Durchführung des Verfahrens.<sup>87</sup>

Solche Aktiven können vor der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister privat liquidiert werden, soweit Gläubiger nicht nach Art. 230 Abs. 3 SchKG auf die Aktiven eingreifen.<sup>88</sup>

### I. Liquidationstätigkeiten im Allgemeinen

Wie bei der freiwilligen Auflösung der Gesellschaft, ändert sich der Gesellschaftszweck mit Konkurseröffnung in einen Liquidationszweck.<sup>89</sup> Dies ändert sich mit der Konkurseinstellung nicht. Der Zweck der Gesellschaft bleibt weiterhin ausschliesslich auf die Liquidation gerichtet.<sup>90</sup>

---

<sup>85</sup> Vgl. bei Fn. 24.

<sup>86</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_384/2016 vom 1. Februar 2017 E. 2.1.3; Die Interpretation dieses Entscheids mit Bezug auf die Wirkung für Abtretungsgläubiger gemäss Art. 260 SchKG wird in BGE 146 III 441 ausführlich diskutiert (vgl. auch Fn. 54 hiervor).

<sup>87</sup> Schätzt das Konkursamt die Kosten für die Durchführung des Konkursverfahrens auf CHF 500'000 und verlangt einen entsprechenden Kostenvorschuss, so ist es z.B. durchaus möglich, dass die Schuldnerin noch Aktiven von z.B. CHF 200'000 in den Büchern hat (in der Praxis oftmals Forderungen, aber auch durchaus mal freie Kontoguthaben).

<sup>88</sup> Feuz, 500 f.

<sup>89</sup> Vgl. IV.1. hiervor.

<sup>90</sup> BGE 90 II 247 E. 2 S. 252 ff.; vgl. IV.1. hiervor.

Die Liquidationshandlungen richten sich nach den allgemeinen Regeln von Art. 739 ff. OR,<sup>91</sup> wobei die Liquidationstätigkeit stark vom Einzelfall abhängig ist.

Weiter scheint es aus Gründen der Minimierung des Risikos für eine persönliche Haftung der Liquidatoren gemäss Art. 754 ff. OR angezeigt, die Handlungen, wie sie das Konkursamt vorgenommen hätte, möglichst zu antizipieren und zu spiegeln und insbesondere Forderungen zu begleichen, für die Organe persönlich haftbar werden könnten. Es bestehen aber mehr taktische und rechtliche Möglichkeiten, als sie der Konkursverwaltung zur Verfügung stehen. In diesem Zusammenhang ist auch zu bemerken, dass Gläubiger grundsätzlich Schwierigkeiten haben dürften, Organe der Schuldnerin für Liquidationshandlungen nach Einstellung des Konkurses haftbar zu machen, sofern sie selber nach Konkurseinstellung nicht auch aktiv auf die Deckung ihrer Forderungen hingewirkt haben. Etwa durch Einleitung einer Betreibung auf Pfändung gemäss Art. 230 Abs. 3 SchKG.<sup>92</sup> Denn mit der Konkurseinstellung sehen sich die Gläubiger grundsätzlich mit einem totalen Forderungsausfall konfrontiert. Von dieser Position aus ist eine Schädigung durch Liquidationshandlungen der Organe der Schuldnerin nach Konkurseinstellung ohne eigene Bemühungen schwerlich zu belegen.

Den privaten Liquidatoren steht auch die Möglichkeit offen, die Schuldnerin für das Konkursverfahren fit zu trimmen (z.B. indem Kostenblöcke beseitigt werden, die zu einer hoch angesetzten Sicherheit für die Durchführung des Konkursverfahrens geführt haben) und vor der Verteilung der Vermögenswerte die Wiedereröffnung des Konkurses anzustrengen.<sup>93</sup>

## 2. Möglichkeit zur Sanierung im weitesten Sinn?

Der *Begriff der Sanierung* wird im Aktienrecht als Wiederherstellung der Ertragskraft eines Unternehmens unter Erhalt der Rechtspersönlichkeit des Rechtsträgers verstanden.<sup>94</sup> Dieses enge Verständnis des Sanierungsbegriffs findet auch im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht seine Anwendung<sup>95</sup> und wird von der Lehre zuweilen als *Sanierung im engeren Sinn* bezeichnet, wogegen die Sanierung unter Abschluss eines Nachlassvertrags als *Sanierung im weiteren Sinn* umschrieben wird.<sup>96</sup> Im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

---

<sup>91</sup> Vgl. die Verweise auf Art. 739 ff. OR in BGE 90 II 247.

<sup>92</sup> Vgl. dazu V.2. hienvor.

<sup>93</sup> Vgl. hierzu unten, VI.3.

<sup>94</sup> BSK OR II-Wüstiner, Art 725 OR, N 10.

<sup>95</sup> Art. 296a SchKG

<sup>96</sup> KUKO SchKG-Hunkeler, Vor Art. 293-336 SchKG, N 14 f.

wird der Begriff allgemein in verschiedenen Schattierungen ausgelegt. Die wohl weitest mögliche Auslegung des Sanierungsbegriffs, wie sie auch in der Gerichtspraxis zum Nachlassrecht angewendet wird, ist die Umschreibung des Begriffs als Massnahmen zum *Erhalt von volkswirtschaftlicher Substanz und Arbeitsplätzen*. Im Sinn der vorstehenden Ausführungen könnte man das als *Sanierung im weitesten Sinn* bezeichnen.<sup>97</sup>

Obwohl entsprechende Konstellationen relativ selten sein dürften, kommt es in der Praxis durchaus vor, dass eine Gesellschaft nach bzw. trotz Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven nicht bloss über zusammenhangslose Restaktiven verfügt, sondern dass noch ein eigentliches (Rumpf-)Geschäft vorhanden ist, das im Rahmen einer privaten Liquidation verwertet werden kann.

Im Rahmen der Tagung hat der Autor ein Fallbeispiel vorgestellt. Im Fallbeispiel wurde von einer Gesellschaft als Hinterlegungsstelle zur Einlagerung von Möbeln und Hausrat ausgegangen – also von einem sehr passiven Geschäftsmodell. Es wurde weiter davon ausgegangen, dass die Gesellschaft (i.) die Immobilien für ihre Geschäftstätigkeit von einem Konkurrenten A. miete, (ii.) eine grosse Anzahl Kunden, die meisten mit Adresse im Ausland, habe (Menschen, die vor langen Auslandsaufenthalten ihr Hab und Gut einstellen lassen) und (iii.) dass ein Grossteil der Kunden die Hinterlegungsgebühr im Voraus bezahlt hätten. Zusätzlich wurde für das Fallbeispiel davon ausgegangen, dass die Konkursverwaltung die Kosten für die Durchführung mindestens des summarischen Konkursverfahrens als nicht gedeckt ansehen und gemäss Art. 230 Abs. 2 SchKG eine (aus Gläubigersicht) exorbitant hohe Sicherheit verlangen würde. Dies vorab wegen des Risikos, im Rahmen des Kollokationsverfahrens eine grosse Anzahl Forderungen von Kunden (Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrags) bearbeiten und eine Vielzahl von Verfügungen gerichtlich im Ausland zustellen zu müssen.<sup>98</sup> Schliesslich wird davon ausgegangen, dass kein Gläubiger die Kostensicherheit leistet und dass das Konkursverfahren entsprechend mangels Aktiven eingestellt würde. Weiter hat der Autor an der Tagung ausgeführt, dass der Konkurrent A ein Interesse an der Übernahme des verbleibenden Geschäfts haben könnte, weil er einerseits mit gewissen Ratenzahlungen, andererseits aufgrund der Branchenerfahrung

---

<sup>97</sup> Kesselbach, 9 f.

<sup>98</sup> Vgl. zur Kostensicherheit und zum Ermessen der Konkursverwaltung oben, Ziffer III.3.

mit künftigen Vertragsverlängerungen sowie mit gewissen Erträgen aus der vertraglich vereinbarten Verwertung der hinterlegten Gegenstände bei Überschreitung der Hinterlegungsdauer ohne Vertragsverlängerung rechne.<sup>99</sup>

Vor diesem Hintergrund sollen die folgenden wesentlichen Fragen zum Thema erörtert werden, ob und wie der Konkurrent A das verbleibende Geschäft mit einer Vielzahl von Kundenverträgen übernehmen könnte:

1. Besteht nach der Konkurseinstellung die Möglichkeit die Gesellschaft zu fusionieren?
2. Besteht nach der Konkurseinstellung die Möglichkeit, eine Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz durchzuführen?
3. Besteht nach der Konkurseinstellung die Möglichkeit, eine mögliche Transaktion anderweitig zu strukturieren?

Der Fokus liegt bei diesen Fragestellungen auf Transaktionsstrukturen, die eine (partielle) Universalsukzession ermöglichen. Dies ist – neben allgemeinen Erleichterungen der Übertragungshandlungen – insbesondere wegen der Übertragung von Vertragsverhältnissen wichtig. Im Rahmen von (partiellen) Universalsukzessionen gehen Vertragsverhältnisse gemäss wohl herrschender Lehre ohne (die aufwendig einzuholende) Zustimmung der Vertragspartner auf den Erwerber über.<sup>100</sup>

a) *Fusion nach Konkurseinstellung?*

In Lehre und Rechtsprechung wird die Frage, ob eine Fusion<sup>101</sup> nach Konkurseinstellung zulässig sei, soweit ersichtlich nicht direkt behandelt und beant-

---

<sup>99</sup> Das Fallbeispiel ist von einem praktischen Beispiel eines passiven Geschäftsmodells in einer völlig anderen Branche abstrahiert und enthält deshalb einige auf den ersten Blick skurrile Komponenten, wie etwa die Vermietung von Immobilien durch einen Konkurrenten. Im fraglichen Fall ergab sich eine ähnliche Konstellation (zumindest mit ähnlicher wirtschaftlicher Wirkung) aufgrund einer geplanten aber schliesslich gescheiterten Kooperation mit dem Ziel der Sanierung der fraglichen Gesellschaft. Die Beweggründe für die geplante Kooperation waren vielfältig.

<sup>100</sup> BSK FusG-Malacrida, Art. 73 N 15 ff. mit weiteren Hinweisen auch auf Gegenmeinungen; Tschäni/Diem/Wolf, N 260.

<sup>101</sup> Bei den nachfolgenden Ausführungen wird von der Konstellation ausgegangen, dass eine Gesellschaft, über die der Konkurs eröffnet und anschliessend mangels Aktiven wieder eingestellt wurde, als übertragende Gesellschaft im Rahmen einer Absorptionfusion fungieren würde, sofern dies dann zugelassen würde.

wortet.<sup>102</sup> Obwohl Art. 5 und 6 des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301) spezifische Vorschriften zur Fusion von Gesellschaften in Liquidation bzw. im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung enthalten, dürften die Ausführungen in Lehre, Rechtsprechung und Materialien so zu interpretieren sein, dass die Möglichkeit einer Fusion nach Konkurseinstellung nicht möglich sein soll.

Der Auflösungsbeschluss bewirkt eine Änderung des Gesellschaftszwecks dahingehend, dass die Gesellschaft ab dem Zeitpunkt der Auflösung keine eigentlichen Geschäftsaktivitäten mehr entfalten darf, sondern ihre Handlungen auf die Liquidation, d.h. Schuldentilgung und Versilberung des Gesellschaftsvermögens ausrichten muss.<sup>103</sup> Die Lehre betrachtet die Beteiligung an einer Fusion als grundsätzlich unvereinbar mit dem so geänderten Zweck, weshalb eine Fusion nur dann zulässig sei, wenn der Auflösungsbeschluss widerrufen und der Liquidationsstatus beendet werde.<sup>104</sup> Der Fusionsbeschluss wird in der Lehre gemeinhin als *materieller Widerruf des Auflösungsbeschlusses* betrachtet.<sup>105</sup> Entsprechend könne sich eine Gesellschaft in Liquidation gemäss Art. 5 FusG als übertragende Gesellschaft an einer Fusion nur beteiligen, sofern mit der Vermögensverteilung noch nicht begonnen wurde, solange also der Auflösungsbeschluss noch widerrufen werden könne.<sup>106</sup>

Eine bereits erfolgte Verteilung von Vermögen an die Gesellschafter als Fusionshindernis spielt in vorliegender Konstellation keine Rolle. Dagegen führen die Konkursöffnung<sup>107</sup> oder der gerichtliche Beschluss gemäss Art. 736 Ziff. 4 OR zu einer gerichtlich angeordneten Auflösung der Gesellschaft und damit gleichermassen zu einer Zweckänderung, sodass die Gesellschaft nur noch zu Liquidationszwecken weiterbesteht.<sup>108</sup> Im Gegensatz zur freiwilligen Auflösung soll in diesen Fällen allerdings ein Widerruf der Auflösung durch Gesellschafterbeschluss – vorliegend also in der Form des Fusionsbeschlusses – nicht möglich sein. Entsprechend soll eine Fusion nach Art. 5 i.V.m. Art. 6 FusG in diesen Fällen ausgeschlossen sein.<sup>109</sup> Da die Auflösung der Gesellschaft mit Konkursöffnung durch ein Gericht angeordnet wurde, soll den Gesell-

---

<sup>102</sup> Offengelassen z.B. im Urteil des Handelsgerichts Zürich HE170023-O vom 13. Juni 2017 E. 3.3.

<sup>103</sup> Vgl. oben, IV.1.

<sup>104</sup> ZK FusG-Albrecht, Art. 5 N 12.

<sup>105</sup> ZK FusG-Albrecht, Art. 5 N 3.

<sup>106</sup> BGE 123 III 473 E. 5.c) S. 483 f.

<sup>107</sup> Art. 736 Ziff. 3 OR.

<sup>108</sup> Vgl. oben, IV.1.

<sup>109</sup> BSK FusG-Erni, Art. 5 N 11; Glanzmann, N 76; von der Crone et. al., 117; ZK FusG-Albrecht, Art. 5 N 2.

schaftsorganen nicht das Recht zukommen, die gerichtliche Anordnung durch einen Fusionsbeschluss materiell abzuändern.<sup>110</sup> Weiter wird in der Lehre spezifisch für die Situation nach Konkurseröffnung vorgebracht, dass eine Fusion unmöglich sei, weil die Gesellschaft nicht mehr über ihr Vermögen verfügen dürfe. Eine Fusion würde aber eine solche Verfügung darstellen, weshalb sie unzulässig sei.<sup>111</sup>

Zusammenfassend wird also mit Bezug auf die vorliegende Frage in der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung ausgeführt, die Gesellschaft könne einerseits nach Konkurseröffnung nicht mehr über die Vermögenswerte verfügen und andererseits stehe es der Gesellschaft nicht zu, eine gerichtlich verfügte Auflösung durch Gesellschafterbeschluss (materieller Widerruf des Liquidationsstatus durch Fusionsbeschluss) zu derogieren.

Bei der Konkurseinstellung erlangt die Gesellschaft aber ihre Verfügungsmacht bzw. Verfügungsbefugnis über ihr Vermögen zurück.<sup>112</sup> Die in der Lehre geäusserten Bedenken bezüglich einer Verfügung über Vermögenswerte nach Konkurseröffnung sind also auf die Situation der Konkurseinstellung nicht anwendbar. Bleibt die Frage, ob der Grundsatz, wonach durch Gesellschafterbeschluss eine gerichtlich verfügte Auflösung nicht aufgehoben werden dürfe, ein unumstössliches *Mantra* darstellt. Denn in diesem Punkt hört die Einigkeit in der Lehre auf. In der Lehre wird beispielsweise auch die Ansicht vertreten, eine Fusion sei trotz richterlichem Auflösungsbeschluss dann zulässig, wenn die Auflösung aufgrund einer Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften erfolgt sei und die Fusion zum gleichen Ergebnis führe, wie die richterlich angeordnete Liquidation.<sup>113</sup> Oder es wird argumentiert, Art. 5 FusG sei trotz gerichtlich verfügbarer Auflösung nach Verletzung handelsrechtlicher Bestimmungen dann anwendbar, wenn die einschlägigen Vorschriften selbst einen Widerruf der Anordnung zuliesse.<sup>114</sup>

Die in der Lehre und Rechtsprechung vorgetragene Begründungen für eine Unzulässigkeit eines Fusionsbeschlusses nach gerichtlich verfügbarer Auflösung

---

<sup>110</sup> Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000, 4337 ff., 4397 f.; BSK FusG-Erni, Art. 5 N 13 f. m.w.H.; ZK FusG-Albrecht, Art. 5 N 2; BGE 126 III 283 E. E. 3c/cc S. 287 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4888/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 2.1. S. 14 f.

<sup>111</sup> BSK FusG-Erni, Art. 5 N 11; Amstutz/Mabillard, Art. 5 N 6; Glanzmann, N 76.

<sup>112</sup> Vgl. oben, IV.2.

<sup>113</sup> HK FusG-Frey, Art. 5, N 7.

<sup>114</sup> Vogel et al., Art. 5 N 9.; vgl. auch BSK FusG-Erni, Art. 5 N 13 f. mit weiteren Hinweisen zu abweichenden Lehrmeinungen; vgl. ferner Urteil des Bundesgerichts 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 3.3.1 in Anerkennung der uneinheitlichen Lehrmeinungen und weiteren Hinweisen.

bringen vorab die Sorge zum Ausdruck, dass mit einem Fusionsbeschluss ein gerichtliches Urteil umgangen oder die dem Urteil zugrundeliegenden richterlichen Erwägungen untergraben werden könnten.<sup>115</sup>

Mit der Eröffnung des Konkurses über eine Gesellschaft ordnet das Konkursgericht nicht mehr und nicht weniger als die konkursrechtliche Liquidation der Gesellschaft an. Dies mit dem Endergebnis, dass die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht wird.<sup>116</sup> Mit Konkurseinstellung verfügt das Konkursgericht, dass die konkursrechtliche Liquidation aus Kostengründen nicht erfolgen soll und eröffnet damit die Möglichkeit zur privaten Liquidation allfälliger Vermögenswerte, wobei der Liquidationszweck mit dem Endergebnis der Löschung der Gesellschaft bestehen bleibt.<sup>117</sup> Die Liquidation der Vermögenswerte vor der Löschung im Handelsregister ist dabei sicherlich schon aus ökonomischen Gründen und zwecks Schadensminderung sinnvoll und wünschenswert. Ob der *formellen Liquidationshandlungen* im Hinblick auf die Löschung der Gesellschaft dabei aber derartige Bedeutung zukommt, dass der Weg zum Ziel wird und eine Fusion (also eine Auflösung und registerrechtliche Löschung der Gesellschaft ohne formelle Liquidation) schon aus diesen Gründen unzulässig sein soll, darf bezweifelt werden. Immerhin ist zu beachten, dass das Konkursverfahren nicht *per se* auf die Zerschlagung und Liquidation des von der Gesellschaft als Rechtsträger gehaltenen Betriebs ausgerichtet ist. Vielmehr soll der Rechtsträger eliminiert werden, der das Unternehmen nicht mehr unter Einhaltung der Kapital- und Liquiditätsvorschriften zu betreiben vermag. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Verkauf von ganzen Betrieben und Betriebsteilen in praktisch jedem Stadium der Insolvenzverfahren möglich (und wegen des oft höheren Liquidationserlöses auch gewünscht) ist.<sup>118</sup> Gegen „eine faktische Kontinuität und ‚Weiterexistenz‘“<sup>119</sup> des Betriebs im Rahmen einer fusionierten Gesellschaft ist also, aus insolvenzrechtlicher Sicht, anders als z.B. vom Bundesverwaltungsgericht suggeriert<sup>120</sup>, nichts einzuwenden.

Indem einer Gesellschaft, über die das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wurde, erlaubt würde, im Rahmen von Art. 5 und 6 FusG in eine über-

---

<sup>115</sup> BSK FusG-Erni, Art. 5 N 13; auch das Bundesverwaltungsgericht äussert im Urteil B-4888/2010 E. 2.1. S. 15 die Ansicht, durch die Fusion würde im Ergebnis die Verfügung bzw. das Urteil umgangen.

<sup>116</sup> Art. 159a Abs. 1 lit. b. HRegV.

<sup>117</sup> Vgl. oben, IV.1.

<sup>118</sup> Vgl. dazu Gmünder, 1 ff. (Gesamtwerk).

<sup>119</sup> BVGer B-4888/2010 E 2.1. S. 15.

<sup>120</sup> Das Bundesverwaltungsgericht schreibt von „faktischer Kontinuität und ‚Weiterexistenz‘“ der Gesellschaft, meint aber nach Verständnis des Autors die Kontinuität des von der Gesellschaft als Rechtsträger geführten Betriebs.

nehmende Gesellschaft zu fusionieren, würden aus der Sicht des Autors die Urteile des Konkursgerichts weder umgangen noch untergraben. Das beabsichtigte Endergebnis der Löschung der übertragenden Gesellschaft im Handelsregister würde mit Eintragung der Fusion auf direktem Weg erreicht.<sup>121</sup> Gleichzeitig würde mit diesem Vorgang und der damit einhergehenden Befriedigung oder zumindest Sicherstellung sämtlicher Gläubiger<sup>122</sup> – um im Sanskrit zu bleiben – das insolvenzrechtliche *Nirwana* erreicht. Die Zulässigkeit einer Fusion nach Einstellung des Konkursverfahrens über die übertragende Gesellschaft im Rahmen von Art. 5 und Art. 6 FusG ist also nicht von vornherein als unzulässig von der Hand zu weisen.<sup>123</sup>

Mit der Bemerkung zum insolvenzrechtlichen *Nirwana* ist aber auch angedeutet, dass die Frage der Zulässigkeit der Fusion in der besprochenen Konstellation zwar dogmatisch interessant, praktisch jedoch irrelevant ist. Es ist kaum ein Szenario denkbar, indem ein Interessent mit einer Gesellschaft, über die ein Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wurde, fusionieren und damit sämtliche Verpflichtungen übernehmen möchte. Zumal Optimierungspotential besteht, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird.

#### b) *Fusionsrechtliche Vermögensübertragung nach Konkurseinstellung?*

Die Vermögensübertragung ist in Art. 69 ff. FusG geregelt. Im Gegensatz zur Fusion bewirkt die Vermögensübertragung keinen materiellen Widerruf des Auflösungsbeschlusses, weshalb die unter VI.2.a) oben diskutierten Einschränkungen für eine Fusion auf die Vermögensübertragung nicht übertragbar sind. Ganz im Gegenteil wird diese aufgrund der Möglichkeit der erleichterten Übertragung von Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen mittels partieller Universalsukzession allgemein gerade als Mittel angesehen, die effektive Liquidation einer Gesellschaft zu ermöglichen.<sup>124</sup> Die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG ist auch für den Erwerb von Vermögenswerten von Gesellschaften anwendbar, die von Insolvenzverfahren betroffen sind.<sup>125</sup> Kapitalschutzbestimmungen sind in Insolvenzverfahren und insbesondere bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven nicht mehr relevant.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> Art. 3 Abs. 2 FusG, Art. 21 Abs. 3 FusG.

<sup>122</sup> Art. 25 FusG.

<sup>123</sup> Dieser Interpretation steht aber bis auf Weiteres wohl BGE 126 III 283 E. E. 3c/cc S. 287 f. entgegen.

<sup>124</sup> BSK FusG-Malacrida, Art. 69 N 10 und 11c m.w.H.

<sup>125</sup> BSK FusG-Malacrida, Art. 69 N 10.

<sup>126</sup> Art. 69 Abs. 2 FusG.

Vor diesem Hintergrund ist es durchaus denkbar, dass eine Gesellschaft nach der Konkurseinstellung im Rahmen der Liquidation noch Vermögensübertragungen beschliesst und im Handelsregister eintragen lässt. Zulässig ist die Vermögensübertragung gemäss Art. 71 Abs. 2 FusG allerdings nur, wenn das Inventar einen Aktivenüberschuss ausweist. Zudem ist zu beachten, dass allfällige gepfändete Vermögenswerte der Spezialliquidation nach Art. 230a SchKG unterstehen und somit nicht Gegenstand der Vermögensübertragung bilden können.<sup>127</sup>

Im Gegensatz zur Fusion ist es im Rahmen der Vermögensübertragung zudem auch möglich, nur spezifische Aktiven und Passiven (oder auch nur Aktiven und überhaupt keine Passiven) von der Gesellschaft, über die der Konkurs mangels Aktiven eingestellt wurde, zu übernehmen. Das sogenannte „Rosinenpicken“ ist demnach im Rahmen der Vermögensübertragung zulässig,<sup>128</sup> was bei einer Transaktion mit einer Gesellschaft nach Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven (bzw. wegen zu hoher Passiven) von grösster Bedeutung ist.

Weiter ist zu beachten, dass die drei Jahre andauernde solidarische Haftung<sup>129</sup> das Potential hat, den Abschluss der Liquidation und die Löschung im Handelsregister zu verzögern.

### c) Weitere Varianten für die Strukturierung einer Transaktion

Neben Strukturierungsvarianten, die eine (partielle) Universalsukzession bewirken und damit insbesondere den Vorteil der Übertragung von Vertragsverhältnissen ohne das Erfordernis der Zustimmung der Vertragspartner bieten,<sup>130</sup> ist auch eine Veräusserung eines verbleibenden Betriebs oder Betriebsteils (oder der verbleibenden Aktiven) mittels Singularsukzession möglich. Dabei sind für die einzelnen Aktiven und Passiven sowie die Vertragsverhältnisse die jeweiligen Übertragungserfordernisse zu beachten.<sup>131</sup> Für die Übertragung von Vertragsverhältnissen ist insbesondere die Zustimmung der Vertragspartner erforderlich.<sup>132</sup> Diese kann zwar auch implizit erfolgen, was aber die Transaktionssicherheit negativ beeinträchtigt.

---

<sup>127</sup> Vgl. oben, V.3.

<sup>128</sup> Vgl. zum sachlichen Anwendungsbereich der Vermögensübertragung: BSK FusG-Malacrida, Art. 69 N 7a f.

<sup>129</sup> Art. 75 FusG.

<sup>130</sup> BSK FusG-Malacrida, Art. 73 N 15b; Tschäni/Diem/Wolf, N 260.

<sup>131</sup> BSK OR I-Tschäni/Gaberthüel, Art. 181, N 6.

<sup>132</sup> Tschäni/Diem/Wolf, N 218 ff.

Weiter bestehen Möglichkeiten, verschiedene Übertragungsvarianten zu kombinieren. So können beispielsweise (unabhängig von den dogmatischen Herausforderungen, die oben unter VI.2.a) eingehend dargelegt sind) fusionsähnliche Wirkungen herbeigeführt werden, sofern das im Gesamtkontext nützlich ist. So ist es etwa möglich, gewisse Aktiven, Verbindlichkeiten und Vertragsverhältnisse in eine Gesellschaft auszugründen und die neu gegründete Gesellschaft mit der übernehmenden Gesellschaft zu fusionieren. Die Ausgründung (Sacheinlagegründung) kann dabei mittels Vermögensübertragung erfolgen.<sup>133</sup> Die übertragende Gesellschaft, über die das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wurde, würde im Rahmen der Fusion – ihrem Liquidationszweck entsprechend – statt Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte eine Abfindung erhalten.<sup>134</sup> Naheliegender wäre es normalerweise, eine ausgegründete Gesellschaft im Rahmen der Liquidation schlicht zu verkaufen.

### 3. Wiedereröffnung des Konkurses?

Werden nachträglich Vermögenswerte entdeckt, welche die Kosten für die Durchführung mindestens des summarischen Konkursverfahrens decken, so besteht die Möglichkeit der Wiedereröffnung des Konkurses. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht hierfür nicht. Diese Möglichkeit wird aber höchststrichterlich anerkannt.<sup>135</sup>

Ausgeschlossen ist hingegen ein Nachkonkurs nach Art. 269 SchKG. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung abgelehnt, da im Falle einer Einstellung mangels Aktiven normalerweise gerade kein Konkursverfahren durchgeführt wurde, im Rahmen dessen ein Aufruf der Gläubiger und eine Prüfung ihrer Forderungen erfolgte, sodass eine Verteilung des nachträglichen Liquidationsergebnisses gar nicht möglich ist.<sup>136</sup>

Die Möglichkeit der Wiedereröffnung des Konkurses besteht nur im Fall *neu entdeckten Vermögens*.<sup>137</sup> Die Wiedereröffnung erfolgt durch den Konkursrichter auf Antrag des Konkursamts. Auch Gläubiger sind antragsberechtigt.<sup>138</sup> Beim Wiedereröffnungsentscheid handelt es sich um einen neuen Konkurs-

---

<sup>133</sup> BSK FusG-Malacrida, Art. 69 N 11b m.w.H.; vgl. zur Vermögensübertragung zudem oben, VI.2.b).

<sup>134</sup> Art. 8 i.V.m. Art. 18. Abs. 5 FusG.

<sup>135</sup> BGE 146 III 441 E. 2.1 S. 442 f.; BGE 110 II 396 E. 2 S. 397; Urteil des Bundesgerichts 5A\_857/2020 vom 31. Mai 2021 E. 2.1.

<sup>136</sup> BGE 87 III 72 E. 3 S. 78; BSK SchKG-Staehelin, Art. 269 N 2.

<sup>137</sup> Vgl. bereits BGE 90 II 247 E. 2 S. 254; Lorandi, Wiedereröffnung, 60.

<sup>138</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_467/2018 vom 9. Mai 2019 E. 5.2.

entscheid aufgrund veränderter Verhältnisse, wobei ein neues Konkursverfahren eröffnet wird.<sup>139</sup> Wurde die Gesellschaft bereits im Handelsregister gelöscht, muss ein Gesuch um Wiedereintragung der gelöschten Gesellschaft im Handelsregister eingereicht werden. Hierfür ist das Vorhandensein neuer Vermögenswerte glaubhaft zu machen.<sup>140</sup>

Im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Wiedereröffnung des Konkurses stellt sich die Frage, ob den Organen der Gesellschaft eine Pflicht zur Anzeige neuen Vermögens an das Konkursamt zukommt. Dies ist aus Sicht des Autors nicht der Fall, zumal es nach Konkurseinstellung gerade vorgesehen ist, dass die Organe eine private Liquidation ohne Involvierung des Konkursamts durchführen (mit Ausnahme der Spezialliquidation nach Art. 230a SchKG). Die teilweise schwierige Abgrenzung, wann etwas rechtlich als neues Vermögen gilt und ob dieses zur Deckung der (veränderten) Verfahrenskosten ausreichen könnte, ist nicht den Organen der Gesellschaft aufzubürden.<sup>141</sup> Hingegen besteht die Möglichkeit, dass ein Gläubiger das Konkursamt auf neu entdecktes Vermögen hinweist.

#### 4. Löschung der Gesellschaft im Handelsregister

Wie unter IV.1. oben ausgeführt, wird die Rechtseinheit im Handelsregister von Amtes wegen gelöscht, wenn innert zwei Jahren nach der Publikation der Eintragung des Datums der Einstellungsverfügung im Handelsregister kein begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben wurde.<sup>142</sup> Der Abschluss der Liquidation wird nach Konkurseinstellung und widerspruchslosem Ablauf vorerwähnter Frist vermutet.<sup>143</sup>

Bei privater Liquidation ist die Gesellschaft nach Abschluss der Liquidation von den Liquidatoren zur Löschung anzumelden.<sup>144</sup>

Eine juristische Person bleibt bis zur Löschung Trägerin von Rechten und Pflichten. Die Löschung im Handelsregister ist *konstitutiv* für den Untergang der juristischen Person (Verlust der Rechtspersönlichkeit).<sup>145</sup> Für weitere Ausführungen zur Wirkung der Löschung wird auf IV.1. hiervor verwiesen.

---

<sup>139</sup> BGer 5A\_857/2020 E. 2.1.1; Lorandi, Wiedereröffnung, 59.

<sup>140</sup> BGer 5A\_857/2020 E. 2.1.1.

<sup>141</sup> Vgl. zum neuen Vermögen: Lorandi, Wiedererwägungspraxis, 2 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf einschlägige Entscheide.

<sup>142</sup> Art. 159a Abs. 1 lit. a HRegV.

<sup>143</sup> Vgl. IV.1. oben; ähnlich BGer 4A\_163/2014 E. 2.1.

<sup>144</sup> BGer 4A\_163/2014 vom 16. Juni 2014 E. 2.1; Lorandi, Konkurseinstellung, 41.

<sup>145</sup> Vgl. bereits ausführlich oben, IV.1.; BGer 4A\_527/2020 E. 5.2.

## VII. Schlussbemerkungen

Die Verfügung betreffend die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven über eine Schuldnerin wird von Gläubigern oft als das Zeichen entgegengenommen, sämtliche Bemühungen um Deckung ihrer Forderungen gegen die Schuldnerin einzustellen. Dies, um wenigstens neben den Abschreibern auf den Forderungen nicht auch noch weitere Kosten gewärtigen zu müssen. Regelmässig führt die Konkurseinstellung über die Schuldnerin zu völliger Lethargie der Gläubiger. In vielen Fällen mag dieses Verhalten gerechtfertigt und rational sein. Oft wird der Verfall in die Passivität aber auch damit zusammenhängen, dass den Gläubigern der Handlungsspielraum und die Rechtslage nicht im Detail bekannt sind.

Dabei haben Gläubiger nach Eröffnung des Konkurses über die Schuldnerin die Möglichkeit, sich im Rahmen der Akteneinsicht ein detailliertes Bild über die Vermögenslage zu verschaffen. Gerade bei vom Konkursamt hoch eingeschätzten Verfahrenskosten (und entsprechend hoch angesetzter Sicherheit dafür) kann die Chance nicht privilegierter oder besicherter Gläubiger, wenigstens die aufgelaufenen Kosten der Rechtsverfolgung zu decken und allenfalls einen Teil ihrer Forderungen zu decken, oft grösser und berechenbarer sein, als bei Durchführung des Konkursverfahrens.

Möglicherweise erlangt diese Erkenntnis grössere praktische Bedeutung, nachdem Gesellschaften seit dem 1. Januar 2021 neu erst zwei Jahre nach der Publikation der Eintragung des Datums der Einstellungsverfügung im Handelsregister gelöscht werden, statt bereits nach rund drei Monaten. Damit dürfte nämlich die Rechtsverfolgung etwas erleichtert und deren Kosten gesenkt werden.

## Literaturverzeichnis

Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013.

Amstutz Marc/Mabillard Ramon, Fusionsgesetz (FusG), Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2004, Basel 2008.

Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in: Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), 2. A., Basel 2010 (zit. BSK SchKG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, in: Watter Rolf et. al. (Hrsg.), 2. A., Basel/Zürich 2014 (zit. BSK FusG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), 7. A., Basel/Zürich 2020 (zit. BSK OR I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-964 OR), in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim/Watter Rolf (Hrsg.), 5. A., Zürich 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Berner Kommentar, Das Handelsregister, Art. 927-943 OR, in Aebi-Müller Regina E./Müller Christoph (Hrsg.), Bern 2021 (zit. BK HR-Siffert, Art. XX, N YY).
- Feuz Andreas, Konkurs eingestellt – wie weiter?, ST 1995, 499 ff.
- Glanzmann Lukas, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 3. Aufl., Bern 2014.
- Gmünder Hubert, Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren, Diss. 2018.
- Handkommentar Fusionsgesetz, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), 2. A., Bern 2015 (zit. HK FusG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Kurzkommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Kesselbach Stephan, Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht, in Forstmoser Peter (Hrsg.), SSHW Band 204, Diss. Zürich 2000.
- Kren Kostkiewicz Jolanta, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2018.
- Lorandi Franco, Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven (Art. 230a SchKG), AJP 1999, 41 ff. (zit.: Lorandi, Konkurseinstellung).
- Lorandi Franco, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung – Gedanken zu Art. 7341b OR, AJP 2008, 1378 ff (zit.: Lorandi, Art. 731b OR).
- Lorandi Franco, Über Konkurseinstellung-Praxis, abrufbar unter: <<https://konkurseinstellung-praxis.ch>> (zit. Lorandi, Konkurseinstellungspraxis).
- Lorandi Franco, Wiedereröffnung des Konkurses, AJP 2018, 56 ff. (zit.: Lorandi, Wiedereröffnung).
- Lorandi Franco, Wiedererwägung der Konkurseinstellung, abrufbar unter <<https://konkurseinstellung-praxis.ch/wiedererwaegung-der-konkurseinstellung/>> (zit. Lorandi, Wiedererwägungspraxis).
- Spühler Karl/Dolge Annette, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II, Konkurs- und Nachlassrecht sowie Grundzüge des internationalen Konkursrecht, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2017.
- Tschäni Rudolf/Diem Hans-Jakob/Wolf Matthias, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2021.
- Vischer Markus, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, 257 ff.
- Vogel Alexander et al., FusG Kommentar, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. A., Zürich 2017.

von der Crone Hans Caspar et. al., Das Fusionsgesetz, unter Mitarbeit von Stephan Glanz und Nicolas Merlino, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.

Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. ZK FusG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).



## Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 201     **Challenges, risks and threats for security in Europe**  
11th Network Europe Conference, Warsaw, 19th–22nd May 2019  
ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Viorel Cibotaru, Attila Vincze, Przemyslaw Saganeek, Jelena Ceranic, Aleksei V. Dolzhikov, Alena F. Douhan, Darina Dvornichenko, Vadym Barsky, Itay Fischhendler, Verena Murschetz, Jürgen Scheffran, Tobias Baumgartner, 2019 – CHF 49.90/39.90.
- Band 202     **Elftes Zürcher Präventionsforum**  
Neue Technologien im Dienste der Prävention:  
Möglichkeiten – Risiken  
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Ulf Blanke, Ladina Cavelti, Ulrich Schimpel, Jasmine Stössel, Thomas Wenk, Bettina Zahnd, 2020 – CHF 49.90/39.90.
- Band 203     **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**  
Überblick und Kommentar 2019/2020  
ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Tobias Baumgartner, Mathis Berger, Alexander Brunner, Theodor Bühler, Balthasar Dengler, Jana Fischer, Alfred Früh, Thomas Geiser, Pascal Grolimund, Stefan Härtner, Ulrike I. Heinrich, Isabel Höhener, Samuel Jost, Brigitta Kratz, David Mamane, Laura Manz, Michael Mayer, Urs Meier, Peter Rechsteiner, Antoine Schnegg, René Schreiber, Kurt Sieht, Stefan Sulzer, Wesselina Uebe, 2020 – CHF 49.90.
- Band 204     **Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XV**  
THOMAS U. REUTTER/THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Marion Bähler, Christina Del Vecchio, Olivier Favre, Jürg Frick, Arie Gerszt, Sonja Maire, Alex Nikitine, Thomas U. Reutter, Annette Weber, 2020 – CHF 39.90.
- Band 205     **Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X**  
Verantwortlichkeitsprozesse – Tagungsband 2020  
ROLF SETHE/PETER R. ISLER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lukas Fahrländer, Peter Forstmoser, Peter R. Isler, Marcel Küchler, Stephan Mazan, Peter Reichart, Ernst F. Schmid, Rolf Sethe, Martin Waldburger, 2021 – CHF 44.90.
- Band 206     **Gewalt gegen Frauen**  
Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2019  
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Reinhard Brunner, Regina Carstensen, Rosa Maria Martinez, Rahel Ott, Christian Schwarzenegger, Luzia Siegrist, Claudia Wiederkehr, 2021 – CHF 39.90.
- Band 207     **Venture Capital Reinvented: Markt, Recht, Steuern**  
7. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2020  
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Martin Frey, Dieter Gericke, Reto Heuberger, Margrit Marti, Lukas Morscher, Daniel Oehri, Julia Schieber, Lukas Staub, Oliver Triebold, Christian Wenger, 2021 – CHF 44.90.

- Band 208 **Die aktienrechtliche Sanierung**  
11. Tagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen – Tagungsband 2020  
THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Marc Bernheim, Sikander von Bhicknapahari, Gaudenz Geiger, Oliver Kälin, Livia Keller, Brigitte Knecht, Giorgio Meier-Mazzucato, Reto Schiltknecht, 2021 – CHF 39.90.
- Band 209 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**  
Überblick und Kommentar 2020/2021  
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Tobias Baumgartner, André S. Berne, Alexander Brunner, Balthasar Denger, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Helmut Heiss, Isabel Höhener, Brigitta Kratz, Violeta Kuzmanovic, David Mamane, Michael Mayer, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Kurt Siehr, Stefan Sulzer, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, Laura P. Zilio, 2021 – CHF 49.90.
- Band 210 **Innovation und Disruption: Sanierungen, Exits, LIBOR-Ablösung und Blockchain**  
16. Tagung zu Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen – Tagungsband 2020  
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Sophie Bastardoz, Anna Capaul, Hans-Jakob Diem, Benjamin Leisinger, Daniel Raun, Patrick Schärli, Urs Schenker, Christian Schmid, Cornelia Stengel, Stefan Tränkle, Christoph Vonlanthen, 2021 – CHF 39.90.
- Band 211 **Current Challenges of European Integration**  
12<sup>th</sup> Network Europe Conference, 9 – 10 November 2020  
TOBIAS BAUMGARTNER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von André S. Berne, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Alex de Ruyter, Ivana Kunda, Tobias Lock, Lee McGowan, Peter Christian Müller-Graff, Tatjana Muravska, Attila Vincze, 2021 – CHF 39.90.
- Band 212 **Schwachstelle Mensch – Prävention gegen alte und neue Formen der Kriminalität**  
12. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2021  
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Stefan Giger, Oliver Hirschi, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Rutger Leukfeldt, Mirjam Loewe-Baur, Nora Markwalder, Rick van der Kleij, Steve G.A. van der Weijer, Susanne van't Hoff-de Goede, 2022 – CHF 39.90.

## Weitere Publikationen und Monografien

### **Schweiz – Europäische Union**

Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug  
MATTHIAS OESCH, 2020 – CHF 44.90.

### **Ein Plus für die Demokratie**

Minimalstandard für die Mitsprache von Parlament und Volk  
beim Rahmenabkommen oder bei weiteren Verträgen mit der EU  
THOMAS PFISTERER, 2021 – CHF 44.90/34.90.

### **Internet Governance at the Point of No Return**

ROLF H. WEBER, 2021 – CHF 39.00.

### **Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung**

PHILIPP EGLI, MARTINA FILIPPO, THOMAS GÄCHTER, MICHAEL E. MEIER, 2021 – CHF 54.90/44.90.

### **Begegnungen**

Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter  
KERSTIN NOËLLE VOKINGER, MATTHIAS KRADOLFER, PHILIPP EGLI (Hrsg.), mit Beiträgen von Matthias Appenzeller, Meret Baumann, Petra Betschart-Koller, Brigitte Blum-Schneider, Caroline Brugger Schmidt, Danka Dusek, Philipp Egli, Martina Filippo, Maya Geckeler Hunziker, Kaspar Gerber, Sarah Hack-Leoni, Silvio Hauser, Matthias Kradofer, Michael E. Meier, Eva Slavik, Jürg Marcel Tiefenthal, Dania Tremp, Thuy Xuan Truong, Dominique Vogt, Kerstin Noëlle Vokinger, 2021 – CHF 49.90/39.90.

### **«Vielfalt in der Einheit» am Ende?**

JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, 2021 – CHF 54.90.

### **Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) – Justizgesetz (JG)**

KILIAN MEYER, OLIVER HERRMANN, STEFAN BILGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Andreas Baeckert, Cristina Baumgartner-Spahn, Stefan Bilger, Susanne Bollinger, Nina Dajcar, Alfons Fratschöl, Natalie Greh, Nicole Heingärtner, Oliver Herrmann, Natascha Honegger, Basil Hotz, Beat Keller, Arnold Marti, Kilian Meyer, Beatrice Moll, Alexander Rihs, Christian Ritzmann, Patrick Spahn, Beat Sulzberger, Daniel Sutter, Nihat Tektas, Konrad Waldvogel, Dina Weil, 2021 – CHF 79.00/99.00.

### **Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts**

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

### **25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick**

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringhen, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.