



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Privatrecht
Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht

Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren

Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

August 2009

1 Allgemeines

Das Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf vom Dezember 2008 zur Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) wurde vom Bundesrat am 28. Januar 2009 eröffnet und dauerte bis zum 8. Mai 2009. Zur Teilnahme eingeladen wurden das Schweizerische Bundesgericht, die Kantone, die in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien, die juristischen Fakultäten sowie weitere interessierte Organisationen.

Stellung genommen haben 26 Kantone, 4 politische Parteien und 31 Organisationen. Ausserdem haben 2 nicht offizielle Teilnehmer eine Stellungnahme eingereicht.

Ausdrücklich auf eine Stellungnahme verzichtet haben das Schweizerische Bundesgericht sowie der Schweizerische Städteverband.

2 Verzeichnis der eingegangenen Stellungnahmen

Siehe Anhang.

3 Allgemeine Stellungnahmen zum Vorentwurf

31 Gesamtbewertung

Die Mehrzahl der Teilnehmer begrüsst die vorgeschlagene Revision ausdrücklich (AG, AI, BL, BS, FR, GE, GL, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SG, SO, TG, TI, UR, ZG, ZH; CVP, FDP; ASA, economiesuisse, KBK, SchKG-Vereinigung, SwissBanking, Treuhand Suisse, WP). Vereinzelt sind auch kritische Stellungnahmen eingegangen (SH, VD, ZH; CVAM). Als Ganzes abgelehnt wird die Vorlage von zwei Parteien (SP, SVP) sowie vier weiteren Teilnehmern (centre patronal, kvs, SGB, vsi).

32 Grundsätzliche Bemerkungen

321 Zum Vorgehen

Kritisiert wurde, dass die Vorschläge einzig auf der Überzeugung einer Expertengruppe beruhten, welche einseitig die Interessen der Sanierer und der involvierten Anwaltskanzleien vertreten hätten. Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmenden seien dagegen nicht beigezogen worden (SGB). Auch das Fehlen eines Vertreters der Gerichte wurde beanstandet (UNIL). Vor der Ausarbeitung der Botschaft müsse unbedingt eine ergänzende Anhörung von Fachexperten aus den Berufs- und Branchenverbänden erfolgen, damit die Anliegen der KMU in die Botschaft einfliessen könnten (sgv).

Bemängelt wurde zudem, dass in der Expertengruppe Personen aus der französischsprachigen Schweiz untervertreten gewesen seien, was dazu geführt habe, dass der erste Bericht aus dem Jahr 2005 nur teilweise übersetzt und im zweiten kein einziges französischsprachiges Werk zitiert worden sei (centre patronal, CVAM, UNIL).

322 Zur Ausgangslage

Kritisch wird festgehalten, dass der Vorentwurf wiederholt auf den Zusammenbruch der Swissair verweise und auch die neuen Vorschläge deshalb auf die Insolvenz eines Grosskonzerns ausgerichtet seien, während die Praxis jedoch ganz anders aussehe: In den meisten Fällen gehe es um Einzelpersonen oder um kleine bis mittlere Firmen (BE). Ausserdem habe gerade der Fall Swissair keine zwingenden Anhaltspunkte geliefert, weshalb ein verändertes Nachlassverfahren notwendig wäre. Ein Konkurs müsse nicht à tout prix verhindert werden. Er sei im Gegenteil oft hilfreicher für einen Neustart als langwierige Sanierungsmassnahmen. Diesen Umstand vermöge auch der vorgeschlagene Ausbau der Mitwirkungsrechte der Gläubiger nicht überzeugend wettzumachen (SVP).

323 Zum Revisionsbedarf im Sanierungsrecht im Allgemeinen

Viele Teilnehmer teilen die Ansicht der Expertengruppe, dass das geltende schweizerische Insolvenzrecht unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung tauglich und praktikabel sei und deshalb keiner Generalüberholung bedürfe (AR, NW, SG, SO, UR; FDP, SVP; economiesuisse, FER, KBK, SAV, SBV, veb, VSKB). Begrüsst wurde auch, dass kein eigentliches Konzerninsolvenzrecht vorgeschlagen und insbesondere auf die materielle Konsolidation (Pooling) verzichtet worden sei (SchKG-Vereinigung). Auch der bewusste Verzicht auf die Schaffung eines Sonderrechts für Grossinsolvenzen wurde ausdrücklich begrüsst (BL). Einige Teilnehmer haben sich auch dahingehend geäußert, dass der gesetzgeberische Handlungsbedarf nicht erkennbar sei: Der Vorentwurf sei aus dem Kontext des Swissair-Debakels heraus entstanden. Heute bestehe kein gleiches Bedürfnis nach einer Revision mehr (VD; centre patronal, CVAM, UNIL).

324 Allgemeine Bemerkungen zum Vorentwurf und zum Begleitbericht

Positiv hervorgehoben wurde die klare und übersichtliche Strukturierung des Vorentwurfs (SO) sowie die im Entwurf konsequent umgesetzte Gleichbehandlung der Gläubiger (NE). Mit dem Vorentwurf sei es gelungen, einen guten Mittelweg zu finden zwischen den divergierenden Interessen (centre patronal, CVAM, SchKG-Vereinigung). Eine Partei war dagegen der Ansicht, die Abwägung zwischen Schuldner- und Gläubigerinteressen sei einseitig zulasten letzterer ausgefallen (SVP). Zudem wurde beanstandet, das vorgeschlagene Sanierungsrecht sei sehr kompliziert und sollte deshalb für komplexe Fälle vorbehalten bleiben (VD).

Ein Kanton sieht eine Schwäche des Vorentwurfs darin, dass die Rechtstatsachen und die Folgen der Anpassungen nicht abgeklärt bzw. dargelegt worden seien und viele Behauptungen auf Mutmassungen beruhten (ZH). Es wurde zudem die Anregung gemacht, zusätzlich auch die internationalen und insbesondere die europäischen Normen auf dem betreffenden Gebiet zu konsultieren, so etwa die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren zusammen mit der Verordnung (EG) Nr. 788/2008 des Rates vom 24. Juli 2008 (GE).

Teilweise wurde auch auf die erhebliche Missbrauchsanfälligkeit des Nachlassverfahrens hingewiesen, die durch den Vorentwurf noch weiter begünstigt werde: Da die Nachlässe regelmässig lukrative Aufträge für Treuhandfirmen darstellten, sei in mehreren Konkursen, die auf erfolglose Nachlassverfahren folgten, der Verdacht aufgekommen, dass es den Sachwaltern vor allem darum gehe, aus dem noch Vorhandenen möglichst viel Honorar zu generieren; die Aufsichtsbehörden stünden solchen Machenschaften gegenüber weitgehend machtlos gegenüber (BE). Ein weiteres Problem bestehe in der Flucht von konkursgefährdeten Schuldnern in den Nachlass. Im Rahmen der konkursamtlichen Liquidation, die auf ein erfolgloses Nachlassverfahren folgten, stelle sich häufig heraus, dass die Schuldner das Nachlassverfahren nicht zur Sanierung, sondern vor allem zur Beiseiteschaffung von Vermögen genutzt hätten (BE). Die vorgeschlagene Revision nehme diese Probleme nicht auf, sondern akzentuiere sie insbesondere mit der neu eingeführten provisorischen Stundung und den damit verbundenen umfangreichen zusätzlichen Aufgaben des Sachwalters (BE). Inhaltlich würden verschiedene der vorgeschlagenen Revisionspunkte (insbesondere die Abschaffung des Retentionsrechts, die Auflösung von Dauerschuldverhältnissen sowie der Schutz der Arbeitnehmenden) ausserdem materiell-rechtliche Fragen betreffen; diese seien aufgrund ihrer Bedeutung nicht im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts, sondern gesondert zu diskutieren (VD). Auch bestehe ein erheblicher Koordinationsbedarf mit der laufenden Aktienrechtsreform, welcher im Bericht nicht angesprochen werde (TK).

In redaktioneller Hinsicht beanstandet wurde, dass durch die vielen Einschübe in den Gesetzestext eine Vielzahl von Artikeln entstanden sei, die mit einem zusätzlichen Buchstaben gekennzeichnet werden mussten (beispielsweise Art. 293a–293d). Die Vervielfachung der

Gesetzesbestimmungen habe zur Folge, dass man die Grundsätze des Rechts aus den Augen verliere (SW). Im Weiteren haben verschiedene Teilnehmer auf redaktionelle Mängel (insbesondere auch der Übersetzungen) des Vorentwurfs und des Berichts hingewiesen und entsprechende Verbesserungsvorschläge unterbreitet.

325 Zusätzliche, im Vorentwurf nicht angesprochene Punkte

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

- In verschiedenen Stellungnahmen wurde bedauert, dass der Vorentwurf keine ausdrückliche Regelung der Sanierungsdarlehen enthalte, obwohl eine entsprechende Regelung notwendig sei. Es handle sich um ein wichtiges Anliegen der Praxis, und nach dem Bundesgerichtsentscheid BGE 134 III 452 seien die Ausführungen im Begleitbericht hierzu überholt. Es mache wenig Sinn, mit der Beschaffung neuer Geldmittel bis nach der Bewilligung der Nachlassstundung zu warten zu müssen, und es könne nicht angehen, dass frühzeitige Leistungen im Hinblick auf eine künftige Sanierung schlechter behandelt würden als spätere Leistungen während der Nachlassstundung. Auch erscheine es nicht als angemessen, wenn Gläubiger, die sich vor Erbringen ihrer Sanierungsleistung zahlen liessen, besser gestellt würden als jene, die mit der Einforderung ihrer Gegenleistung zuwarteten und so dem zu sanierenden Unternehmen vorläufig Liquidität belassen. Der Vorentwurf sei deswegen entsprechend zu ergänzen (FDP, SVP; economiesuisse, SwissBanking, VSKB).
- Ein weiterer, ausführlich begründeter Vorschlag zielte darauf ab, eine explizite gesetzliche Regelung für die eigenkapitalersetzenden Darlehen zu schaffen (SchKG-Vereinigung); auch ein weiterer Teilnehmer hat sich in diese Richtung hin ausgesprochen (ZH).
- Bedauert wurde, dass die aktuelle Teilrevision nicht dazu genutzt wurde, gewisse Anpassungen in der einvernehmlichen Schuldenbereinigung (Art. 333 ff. SchKG) vorzunehmen (NW; KBK). Hier wären nach Ansicht mehrerer Teilnehmer punktuelle Verbesserungen notwendig gewesen; so hätte etwa das deutsche Insolvenzrecht für Privatpersonen miteinbezogen werden müssen (NE, NW; KBK).
- Im Rahmen der Aufarbeitung des Falles Swissair habe sich gezeigt, dass viele Doppelspurigkeiten bei den Behörden bestünden, namentlich mit den Strafbehörden. Es wurde deshalb angeregt, eine gesetzliche Grundlage für eine Aktenzentrale bei bedeutenden Unternehmenskonkursen und -krisen zu schaffen (ZH).
- In der Botschaft zum neuen Aktienrecht sei der Vorschlag unterbreitet worden, das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit als Grund für eine Sanierungs-GV ins Gesetz aufzunehmen. Es sei zu empfehlen, diese Fassung in den vorliegenden Entwurf einzuarbeiten (veb).
- Ein Teilnehmer meldet sein Befremden darüber an, dass in der derzeitigen tiefgreifenden wirtschaftlichen Rezession ein Revisionsvorhaben an die Hand genommen werde, das die Arbeitnehmerinteressen massiv missachte und Entlassungen begünstige. Die aktuelle Wirtschaftskrise verlange vielmehr, dass eine gesetzliche Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen eingeführt werde. Art. 335f OR sei deshalb um eine entsprechende Bestimmung zu ergänzen (SGB).
- Das Projekt leide an einem grundlegenden konzeptionellen Mangel, da es sich auf Verbesserungsmöglichkeiten innerhalb des SchKG, d.h. auf den Zeitpunkt *nach* Genehmigung der Nachlassstundung beschränke und keine Sanierungsmöglichkeiten vor der Einleitung eines formellen öffentlichen Nachlassverfahrens anbiere. Mit der Eröffnung eines formellen Verfahrens würden aber in der Praxis in aller Regel bereits massiv Werte vernichtet, was eine Sanierung entsprechend er-

schwere. Es wurde deshalb vorgeschlagen, die Vernehmlassungsvorlage grundsätzlich zu überarbeiten. Es gehe um die Festlegung der Warnzeichen (heute Art. 725 Abs. 1 und 2 OR). Zudem müsse das Instrumentarium des Verwaltungsrats für eine erfolgreiche Sanierung erweitert werden (TK).

- Eine Revision des Sanierungsrechts müsse zudem weitere Rechtsgebiete umfassen, vor allem auch das Steuerrecht (SW).
- Der gesamte Bereich des Sanierungswesens würde an Qualität und Effizienz gewinnen, wenn die Gerichte vermehrt mit Fachrichtern bestellt würden, die über gute wirtschaftsbezogene Kenntnisse verfügten (VSKB).
- Aufgrund des Binnenmarktgesetzes sei die in Art. 27 SchKG enthaltene Kompetenz der Kantone, die gewerbsmässige Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten zu regeln, eindeutig überholt. Sie führe zu einem unerwünschten Ausschluss von Gläubigervertretern in bestimmten Kantonen. Art. 27 Abs. 1 SchKG sei deshalb in dem Sinne anzupassen, dass jede Person das Recht habe, als gewerbsmässige Vertreterin der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten auf dem gesamten Gebiet der Schweiz tätig zu sein. Art. 27 Abs. 2 und 3 SchKG seien dagegen ersatzlos zu streichen (SVC, vsi).
- Der Bericht enthalte keine Ausführungen zu den finanziellen Folgen der vorgeschlagenen Reform, insbesondere für die Kantone (VD).

4 Stellungnahmen zur Revision des Nachlassverfahrens (Sanierungsverfahren)

41 Überschuldungsanzeige und Konkursaufschub

Der vorgeschlagene Verzicht auf den Konkursaufschub bzw. dessen Integration in das Nachlassverfahren wurde von vielen Teilnehmern ausdrücklich begrüsst (LU, NE, SZ, ZH; economiesuisse, SchKG-Vereinigung, VSKB). Allerdings sei im Falle einer Integration des Konkursaufschubs in das Nachlassverfahren darauf zu achten, dass die bisherigen Vorteile des Konkursaufschubs beibehalten würden (Gastro Suisse). Positiv aufgenommen wurde auch, dass der Konkursaufschub künftig allen Unternehmen, unabhängig ihrer Rechtsform, zur Verfügung stehen soll (Gastro Suisse). Zu prüfen sei, ob nicht auch die Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 OR ins SchKG übertragen werden könne, damit auch diese sämtlichen Unternehmensformen zugänglich sei (VSKB) bzw. um bei allen Unternehmen den rechtzeitigen Gang zum Gericht sicherzustellen (SZ, TI). Eine Partei hat es dagegen begrüsst, dass die Überschuldungsanzeige nach Art. 725 OR nicht auch noch auf Einzelfirmen und Personengesellschaften ausgedehnt werden soll (CVP).

Andere Teilnehmer äusserten sich kritisch gegenüber dem Vorschlag, den Konkursaufschub in das Nachlassverfahren zu integrieren:

- Gericht und Praktiker schätzten den Konkursaufschub, weil dieser flexibel und vertraulich sei sowie unter der Kontrolle eines Gerichts stehe (GE; centre patronal, CVAM, FSA). Der Konkursaufschub sei deshalb in der bestehenden und bewährten Form zu belassen (SVP; centre patronal, CVAM, FSA, SBV, UNIL).
- Der Konkursaufschub nach geltendem Recht habe sich bewährt, weil er einfach, flexibel und wirksam sei und dem Gericht zugleich einen grossen Ermessensspielraum lasse. Es stelle sich deshalb die Frage, ob dessen Streichung und Ersatz durch eine provisorische Nachlassstundung, welche kompliziert und für kleinere und mittlere Unternehmen nicht einfach zugänglich sei, opportun sei. Der Konkursaufschub erlaube es den Unternehmen, ausserhalb eines vorgegebenen Verfahrens eine Sanierung zu erreichen, und dies insbesondere ohne Schwerfälligkeiten und ohne Kosten (VD).

42 Einleitungsphase

421 Gesuch des Schuldners (Art. 293 Bst. a VE-SchKG)

Für die Entscheidung über die Gewährung der Nachlassstundung sei der bisher verlangte Entwurf eines Nachlassvertrages nicht notwendig, sodass (wie im Vorentwurf vorgeschlagen) darauf verzichtet werden könne (JU, LU, SZ). Der vorzulegende Liquiditätsplan erscheine dagegen von evidenter Wichtigkeit (SZ).

Die Qualität der vorzulegenden Bilanz und Erfolgsrechnung sollte bestimmten Mindestanforderungen genügen; insbesondere sei zu fordern, dass Bilanz und Erfolgsrechnung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz und Ertragslage zeigen müssen. Auch die Planzahlen seien auf entsprechender Basis nachvollziehbar herzu-leiten (veb). Art. 293 Bst. a VE-SchKG sei in dem Sinne zu ergänzen, dass klargestellt werde, dass es sich um eine "aktuelle, nicht notwendigerweise revidierte" Bilanz handeln müsse (SW) bzw. dass aktuelle Unterlagen und untermauerte Darlegungen zur künftigen Entwicklung vorzulegen seien (LU; VSKB). Um Missbräuche zu verhindern, sei der Substanziierungspflicht erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken (economiesuisse).

Verschiedene Teilnehmer äusserten sich dagegen kritisch gegenüber dem Vorschlag, auf die Vorlage eines Nachlassvertrages in dieser Phase zu verzichten: Wenn kein Vorschlag eines Nachlassvertrages mehr vorgelegt werden müsse, entstehe die Gefahr missbräuchlicher Anträge (FR; SwissBanking). Es wird befürchtet, dass aufgrund der erheblichen Erleichterung des Zugangs zur Stundung die Gefahr vergrössert werde, dass ein raffinierter Schuldner einen in Finanzsachen wenig beschlagenen Nachlassrichter mit selbst erstellten Bilanzen, Erfolgsrechnungen und Planzahlen zur Gewährung einer viermonatigen Stundung bewegen könne, für die kein Sachwalter bestellt und die dem Betreibungs- und Konkursamt nicht mitgeteilt werden müsse. Damit würden gewisse Schuldnerkreise geradezu eingeladen, ihr Glück mit einer provisorischen Stundung zu versuchen und so einen drohenden Konkurs wenigstens so lange aufzuschieben, bis sie den wesentlichen Teil des Vermögens abgezogen hätten. Aus diesem Gründen wird verlangt, dass die provisorische Stundung bloss bei Gesellschaften Platz greifen sollte, die ein gewisses Mindestkapital oder sonst geeignete Kriterien erfüllten (BE). Verlangt wurde zudem, dass die Vorlage einer Bilanz, einer Erfolgsrechnung und einer Liquiditätsplanung auf jeden Fall für obligatorisch erklärt werden sollte (FR).

422 Gesuch des Gläubigers (Art. 293 Bst. b VE-SchKG)

Die vorgesehene Beschränkung, dass nur noch diejenigen Gläubiger das Nachlassverfahren einleiten könnten, die auch berechtigt wären, ein Konkursbegehren zu stellen (Art. 293 Bst. b VE-SchKG), sei nicht sachgerecht: Insbesondere die Finanzgläubiger (Banken) wären vorab imstande, ein Nachlassverfahren zu unterstützen und an einem solchen auch interessiert, dürften aber oft nicht über das vorausgesetzte Antragsrecht verfügen, während kleinere Gläubiger mit einer gültigen Konkursandrohung kaum als Antragsteller in Betracht kämen. Die Möglichkeit, eine provisorische Stundung zu erwirken, sollte deshalb jedem interessierten Gläubiger offenstehen. Ein Missbrauch sei wegen der Kostenfolgen kaum zu befürchten (LU).

423 Einleitung von Amtes wegen (Art. 173a SchKG, Art. 293 Bst. c VE-SchKG)

Bei der Einleitung des Nachlassverfahrens von Amtes wegen (Art. 173a und 293 Bst. c VE-SchKG) stelle sich die Frage, wie der Richter in der Praxis von Amtes wegen beurteilen soll, wann dem Unternehmen, das seine Bilanz hinterlegen will, die Stundung zu gewähren sei, wenn diese gar nicht beantragt worden sei. Es sei in diesem Fall nämlich kaum zu erkennen, wie es dem Richter gelingen soll, die Aussichten auf eine Sanierung zu begründen, um so mehr, als dies im Rahmen eines Summarverfahrens zu geschehen habe, das auf die Beur-

teilung von Urkunden abstelle. Es sei deshalb unangemessen, die Einleitung von Amtes wegen beizubehalten (VSKB).

43 Stundungsphase

431 Provisorische Stundung (Art. 293a–293d VE-SchKG)

Die Stärkung der provisorischen Stundung durch die vorgeschlagene Regelung wurde von einigen Teilnehmern ausdrücklich begrüsst (LU, SZ; CVP; SchKG-Vereinigung). Auch die vorgeschlagene zeitliche Staffelung von provisorischer und definitiver Stundung wurde zumindest von einem Kanton positiv bewertet (LU). Ein Kanton erachtete dagegen das vorgeschlagene Verfahren als zu schwerfällig; durch die quasi-automatische provisorische Nachlassstundung entstehe die Gefahr, dass in manchen Fällen die Konkureröffnung unnötigerweise verzögert werde (VD; centre patronal, CVAM).

Ergänzend wurde vorgeschlagen, dass dem Richter die Möglichkeit gegeben werden soll, auch bei der provisorischen Stundung als Sicherungsmassnahme die Aufnahme eines Güterverzeichnisses (Art. 162 SchKG) durch das Betreibungsamt anzuordnen (SchKG-Vereinigung).

432 Bewilligung der provisorischen Stundung (Art. 293a VE-SchKG)

Zur vorgesehenen Höchstfrist von maximal vier Monaten haben sich verschiedene Teilnehmer geäussert: Die einen bezeichneten sie aus der Sicht der Praxis als zu kurz für eine Sanierung (VD; FSA). Andere Teilnehmer erachteten die Frist dagegen als zu lang (SwissBanking; VSKB). Gefordert wurde zudem, dass auch bei der Gewährung der Frist eine erhöhte Substanziierung vorauszusetzen sei, insbesondere um Missbräuche zu verhindern (economiesuisse). Ausserdem sei in Art. 293a VE-SchKG ausdrücklich festzuhalten, dass die provisorische Stundung nicht verlängerbar sei (SW). Die Bedingungen zur Gewährung der Stundung wurden zudem als zu vage bezeichnet, weil die Gläubiger nicht angehört würden (SVKB). Der Vorschlag, dass gemäss Art. 293a Abs. 2 und 294 Abs. 3 VE-SchKG in gewissen Fällen auch das Nachlassgericht den Konkurs eröffnen könne, wurde von einem Teilnehmer ausdrücklich abgelehnt, weil diese Massnahme das Risiko widersprüchlicher Entscheide in sich berge (SBV). Drei Teilnehmer erachteten ausserdem den Umstand, dass eine Anhörung des Schuldners im Falle der Konkureröffnung von Amtes wegen gemäss Art. 293a Abs. 2 VE-SchKG nicht vorgesehen sei, als unzulässige Verletzung des rechtlichen Gehörs (VD; UNIL; SW).

433 Provisorischer Sachwalter (Art. 293b VE-SchKG)

Mehrere Teilnehmer verlangten, dass die Einsetzung eines Sachwalters während der provisorischen Stundung zwingend vorgesehen werden müsse, da nur dieser als neutraler Sachverständiger für eine angemessene Kontrolle der Erhaltung der Substanz des Nachlassvermögens bürgen könne (BL, JU, NE; economiesuisse). Es wurde allerdings auch die andere Ansicht vertreten, wonach die Regel, dass beim Konkursaufschub die Bestellung eines Sachwalters nicht zwingend vorgeschrieben sei, sachgerecht sei (FSA, Gastrosuisse), da insbesondere bei kleinen Gesellschaften die Kosten für die Einsetzung eines Sachwalters derart ins Gewicht fallen würden, dass seine Bestellung eine Sanierung von vornherein erheblich erschweren bzw. verunmöglichen würde (Gastrosuisse).

434 Wirkungen der provisorischen Stundung (Art. 293c VE-SchKG)

Allgemein wurde hier geltend gemacht, dass die provisorische Stundung gemäss Art. 293c Abs. 1 VE-SchKG die gleichen Auswirkungen haben sollte wie die definitive Stundung. Damit sollten den Gläubigern auch die gleichen Rechtsmittel eingeräumt werden. Es könne nicht angehen, dass den Gläubigern massive Einschränkungen zugemutet und ihre Rechte gleichzeitig drastisch eingeschränkt würden. Art. 293a VE-SchKG sei demnach anzupassen und eine Anfechtung der provisorischen Stundung durch die Gläubiger zuzulassen (SVC, Swiss-

Banking). In Art. 293c Abs. 1 VE-SchKG sei zudem eine Präzisierung vorzunehmen, indem klarzustellen sei, dass eine provisorische Stundung nach ihrer öffentlichen Bekanntmachung die gleichen Wirkungen zukomme wie eine definitive (economiesuisse, SVBK).

435 Nichtbekanntgabe der Stundung (Art. 293c Abs. 2 Bst. a VE-SchKG)

Mehrere Teilnehmer begrüßten den Vorschlag, dass die provisorische Stundung den Ämtern nicht bekanntgemacht werden müsse (FR, ZH; economiesuisse, FER, FSA, SchKG-Vereinigung). Allerdings ging zu diesem Punkt auch eine grosse Zahl kritischer Stellungnahmen ein:

- Es mache keinen Sinn, die Betreibungsämter nicht über die Stundung zu informieren (BE, BL, NE, OW, TI, VD, ZH; KBK, SLV, SwissBanking, SVBK): Betreibungen könnten weiterhin gegen den Schuldner eingeleitet werden, dagegen sei eine Fortsetzung nicht möglich (Art. 293c Abs. 2 Bst. b VE-SchKG). Der Verzicht auf eine Publikation der provisorischen Stundung sei abzulehnen (ASA, HEV, SVC).
- Die öffentliche Bekanntmachung der provisorischen Stundung sollte als Regelfall gelten und es sollte nur in begründeten Ausnahmefällen auf eine Publikation verzichtet werden (BL).
- Es sei unklar, wie das Betreibungsamt erkennen solle, dass eine Betreibung nicht fortgesetzt werden dürfe, wenn es keine entsprechende Mitteilung erhalte (OW). Komme es zu einem Fortsetzungsbegehren, müsse dieses vom Betreibungsamt behandelt werden; dem Schuldner stehe nun aber die Möglichkeit offen, auf dem Weg der Beschwerde einzuwenden, er genieße provisorische Stundung; erst hier erfahre das Amt von der Stundung. Diese Ausgangslage führe zu unnötigen Leerläufen (BE; KBK, SVBK) und sei unpraktikabel (BL, VD).
- Um zu verhindern, dass Dritte von der Stundung erfahren, müsste Art. 8a SchKG entsprechend ergänzt werden (BE).
- Es sei fraglich, ob es sich hier um eine effektive Massnahme handle: Tatsächlich würden diejenigen Gläubiger, welche den Schuldner ursprünglich betrieben hätten und ihre Fortsetzungsbegehren im Rahmen einer Beschwerde nach Art. 17 SchKG abgewiesen sähen, von der Stundung erfahren, während die anderen Gläubiger nicht benachrichtigt würden. Dies bedeute eine unzulässige Ungleichbehandlung der Gläubiger (FR, TI; SLV, SwissBanking). Das betreffende Verfahren sei ausserdem zu kompliziert und verursache einen unnötigen Aufwand (economiesuisse, SwissBanking).
- Die Kombination von Verzicht auf öffentliche Bekanntmachung und Verzicht auf Einsetzung eines Sachwalters sei heikel. Bei Verzicht auf die öffentliche Bekanntmachung müsse zwingend ein Sachwalter eingesetzt werden (SVBK).
- Die Möglichkeit eines Geheimverfahrens nach Art. 293c Abs. 2 VE-SchKG beeinträchtige die Gläubigerinteressen in unakzeptabler Weise. Die Schuldner könnten sich so in den Schutz des Sanierungsrechts flüchten, ohne dass dies publik werde, und es entstehe so die Gefahr, dass der Schuldner mit bisher nicht betroffenen Personen neue Verträge eingehe und diese neuen Vertragspartner zu zusätzlichen Gläubigern würden, ohne dass sich diese davor schützen könnten (vsi). Es sei zudem unklar, wie diejenigen Forderungen zu behandeln seien, die während der provisorischen Stundung entstünden, nachdem diese dem neuen Gläubiger nicht angezeigt worden sei, vor allem auch bezüglich der Haftung (SVBK, VSKF, ZEK).
- Es sei zudem heikel, dass einem Gläubiger, der eine Betreibung einleite, Spesen entstünden, obwohl eine provisorische Stundung gegeben sei und er die Betreibung deshalb nicht fortsetzen könne (veb).
- Sofern auf die Publikation der provisorischen Stundung verzichtet werde, müsse die Information an die Arbeitnehmenden zwingend auf andere Weise sichergestellt

sein. Andernfalls sei Art. 53 Abs. 1 AVIG für den Fall der provisorischen Stundung entsprechend anzupassen: Da die provisorische Bewilligung der Nachlassstundung ein insolvenzentschädigungsrelevantes Ereignis darstelle (Art. 58 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AVIG), müssten gemäss Art. 53 Abs. 1 AVIG die Arbeitnehmenden ihren Insolvenzenschadungsanspruch spätestens 60 Tage nach der Veröffentlichung der Nachlassstundung im SHAB bei der Arbeitslosenkasse stellen, da der Anspruch ansonsten erlösche (Art. 53 Abs. 3 AVIG) (TG).

436 Folgen für Abtretungen (Art. 293c Abs. 2 Bst. c VE-SchKG)

Ausdrücklich begrüsst wurde die vorgeschlagene Regelung nur von drei Teilnehmern (FSA, SchKG-Vereinigung, SVBK). Dagegen haben mehrere Teilnehmer ausdrücklich gegen die vorgeschlagene Regelung Stellung genommen:

- Der Schuldner werde mit diesem Vorschlag noch einmal bessergestellt, da er seinen Betrieb praktisch unbehelligt weiterführen könne und auch künftig alle weiterhin entstehenden Debitoren abtreten könne. Vor allem würde auf diese Weise die Vermögenslage des Zedenten entscheidend verschlechtert. Auch habe die Regelung eine im Vergleich zum Schuldner, dessen provisorische Stundung publiziert werde, erhebliche Ungleichbehandlung zur Folge; aus diesen Gründen sei Art. 293c Abs. 2 Bst. c VE-SchKG zu streichen (BE). Mit der vorgeschlagenen Regelung von Art. 297 Abs. 2^{bis} und 293c Abs. 2 Bst. c VE-SchKG könne einem Gläubiger, der sich für seine Vertragsleistungen bzw. die ihm dafür zustehende Gegenleistung mit einer Globalzession abgesichert habe, sogar durch blosser provisorische Nachlassstundung das Sicherungssubstrat entzogen werden. Das sei unangemessen bzw. bedeute eine unzulässige Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen. Bösgläubige Schuldner könnten dadurch geradezu verleitet werden, ihre Position durch ein Gesuch um provisorische Nachlassstundung zu verbessern (vsi). Auch diese Bestimmungen seien deshalb zu streichen (vsi).
- Auch andere Teilnehmer erachteten die in Art. 297 Abs. 2^{bis} VE-SchKG vorgeschlagene Regelung als problematisch (economiesuisse, SwissBanking). Anders als im Konkurs verliere der Schuldner seine Verfügungsfähigkeit bei der Nachlassstundung unter Vorbehalt der Handlungen gemäss Art. 298 SchKG nicht (economiesuisse, SLV, SVBK). Bei Berücksichtigung der vom Bundesgericht angewandten Durchgangstheorie würden die während der Nachlassstundung entstehenden Forderungen von der Zession erfasst. Die vorgeschlagene Regelung sei unter diesem Aspekt nochmals zu überprüfen (economiesuisse).
- Darüber hinaus würden gemäss der herrschenden Bundesgerichtspraxis künftige Mietzinsen erst im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit entstehen; es handle sich dabei um Forderungen, die erst in Zukunft entstünden. Gerade beim Immobilienleasing und bei strukturierten Finanzierungen im Leasingbereich spielten solche Abtretungen aber eine wichtige Rolle bei der Beurteilung der Tragfähigkeit von Finanzierungen. Zudem seien solche Forderungen ein wesentlicher Bestandteil der Bonität solcher Schuldner. Wolle man also die Kreditfähigkeit der Unternehmen erhalten oder stärken, müsse man dringend von solchen gesetzlichen Regelungen absehen (SLV).
- Zuletzt wecke die Bestimmung die Befürchtung, dass in der Praxis die Nachlassstundung regelmässig publiziert und auf diese Weise die Erfolgsaussichten der Sanierung zunichte gemacht würden (VD).

437 Rechtsmittel (Art. 293d VE-SchKG)

Der Ausschluss einer Anfechtungsmöglichkeit für die Gläubiger sei nicht unbedenklich. Es sollte auch ihnen eine Anfechtungsmöglichkeit gewährt werden, das Rechtsmittel aber gleichzeitig auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen die Stundung öffentlich be-

kannt gemacht werde. In den anderen Fällen der stillen Stundung sei der Ausschluss des Rechtsmittels im Hinblick auf das Ziel, dem Schuldner Ruhe für die angestrebte Sanierung zu gönnen, vertretbar (SVBK). Weitergehend wurde auch postuliert, dass Beschränkungen der Gläubigerrechte in jedem Fall angefochten werden könnten (UNIL). Zumindest die Möglichkeit des Abrufs des Sachwalters sei hier aber ausdrücklich vorzubehalten (SW).

438 Definitive Stundung: Verhandlung und Entscheid (Art. 294 VE-SchKG)

Die Bestimmung von Art. 294 Abs. 2 VE-SchKG, wonach der provisorische Sachwalter einen Bericht zu erstatten habe, setze voraus, dass ein solcher überhaupt eingesetzt worden sei (Art. 293b VE-SchKG) (ZH; FSA). Ausserdem sei die in Art. 294 Abs. 2 VE-SchKG vorgesehene Form der mündlichen Verhandlung nicht ideal und sollte auf die ganz einfachen Fälle beschränkt bleiben (SW). Zudem wurde die Auffassung vertreten, dass der Richter von Amtes wegen eine Verhandlung ansetzen und die wichtigen Gläubiger einberufen solle und vom Sachwalter ein schriftlicher Bericht zu verlangen sei (SVBK).

Als problematisch wurde auch Art. 294 Abs. 3 VE-SchKG bezeichnet, weil dem Schuldner das rechtliche Gehör nicht gewährt werde (VD).

439 Verlängerung der Stundung (Art. 294a VE-SchKG)

Gegen die vorgeschlagene Bestimmung wurden verschiedene Einwände erhoben:

- Es sei nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen hier nicht auch dem Schuldner das Recht eingeräumt werde, die Verlängerung der Stundung zu beantragen (SW). Zudem stehe die Bestimmung systematisch nicht am richtigen Ort: Zuerst müsse ein Sachwalter ernannt worden sein, bevor dieser eine Verlängerung der Stundung beantragen könne; die Bestimmung sollte deshalb zwischen Art. 295a und Art. 295b VE-SchKG eingeordnet werden (ZH).
- Gegen die Möglichkeit einer weiteren Verlängerung der Stundung sei grundsätzlich nichts einzuwenden, die Änderung müsste allerdings mit einer zwingenden Regelung versehen werden. Idealerweise müsste die Verlängerung von der vollständigen Tilgung der Gläubiger der ersten und zweiten Kollokationsklasse abhängig gemacht werden, denn dem Gläubiger würden tatsächlich wenige messbare Erfolge der Nachlassstundung aufgezeigt, sodass er nur schlecht beurteilen könne, weswegen eine weitere Verlängerung sinnvoll sein soll (ASA).
- Auch führe die in Art. 294a Abs. 2 und 3 VE-SchKG vorgesehene Gläubigerversammlung eher zu einer Verzögerung des Verfahrens, da diese nicht über eine allfällige Verlängerung der Stundung entscheiden könne. Das Gleiche gelte für die Möglichkeit, den Sachwalter abzusetzen (ZH).
- Im Falle der Verlängerung der Stundung über zwölf Monate hinaus sollte nicht der Gläubigerversammlung die Kompetenz zukommen, einen neuen Sachwalter einzusetzen. Dies sei Aufgabe des Nachlassgerichts; die Gläubiger seien nicht notwendigerweise mit den betreffenden Verfahren vertraut und die Abberufung sei auch ohne ausdrückliche Erwähnung in dieser Bestimmung grundsätzlich jederzeit möglich. Die betreffende Bestimmung sei deshalb derart anzupassen, dass die Gläubigerversammlung die Absetzung des Sachwalters dem Gericht vorschlagen könne (SW).
- Auch Art. 294a Abs. 3 VE-SchKG, wonach die Gläubiger den Gläubigerausschuss oder einzelne Mitglieder neu einsetzen oder abberufen könnten, sei als problematisch anzusehen, wenn es zu einem Interessenkonflikt zwischen den einzelnen Gläubigerkategorien komme (VD). Es wäre zu wünschen, dass nicht die Gläubiger, sondern nur das Gericht die betreffenden Handlungen vorzunehmen berechtigt sei (FSA).

4310 Sachwalter (Art. 295 VE-SchKG)

Die Befugnisse des Sachwalters gegenüber dem Schuldner sollten im Entscheid über die Gewährung der Stundung und die Ernennung des Sachwalters klar definiert werden, da die gegenwärtige Situation unbefriedigend sei (SVBK). Zudem müsse der Sachwalter überwacht werden und die Funktion des Sachwalters müsste Personen vorbehalten bleiben, deren Sachkenntnisse überprüft werden könnten (SVBK). Die vorgesehene Stärkung der Position des Sachwalters sei nicht unproblematisch. Die Kantone würden heute ganz unterschiedliche Regeln kennen, wer ein Sachwaltermandat übernehmen dürfe; diese Frage werde von der Revision nicht geregelt. Angesichts der steigenden Wichtigkeit des Nachlassverfahrens wurde deshalb angeregt, die Voraussetzungen einheitlich auf Bundesebene zu regeln, unter denen jemand als Sachwalter wirken könne, nicht zuletzt auch wegen der immer häufiger in mehreren Kantonen parallel ablaufenden Verfahren (BE). Hinzu komme, dass der Sachwalter nach geltendem Recht kaum belangbar sei, wenn man Unregelmässigkeiten in seiner Geschäftsführung feststelle. Wenn solche von den Behörden in einem auf das Nachlassverfahren folgenden Konkurs festgestellt würden, stehe der Sachwalter aber nicht mehr in einem Dienstverhältnis gemäss SchKG zum Kanton. Weil das Mandat erloschen sei, kämen Massnahmen in Anlehnung an Art. 14 SchKG nicht mehr in Betracht. Es werde deshalb angeregt, die Regeln von Art. 14 SchKG sinngemäss auch für Sachwalter als anwendbar zu erklären; zudem sei zu ergänzen, dass ein Sachwalter mindestens noch ein Jahr nach Abschluss des jeweiligen Verfahrens für Abklärungen und Sanktionen um Sinn von Art. 14 SchKG belangbar sein müsse (BE).

Im weiteren wurde vorgeschlagen, Art. 295 VE-SchKG um einen Absatz 3 mit folgendem Inhalt zu ergänzen: "Wenn das eingeleitete Verfahren auf die Sanierung des Schuldners ohne Abschluss eines Nachlassvertrages abzielt, arbeitet der Sachwalter zusätzlich zu den Pflichten gemäss Art. 293 Abs. 2 Bst. b und d aktiv auf die Sanierung hin und kann an der Ausarbeitung eines Sanierungsplans mitwirken" (SW).

4311 Gläubigerausschuss (Art. 295a VE-SchKG)

Die vorgesehene Einsetzung eines Gläubigerausschusses (NE, SH, SO, ZH; CVP, FDP, SP; economiesuisse, FER, Treuhand Suisse) und einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung (CVP, SP) wurde von verschiedenen Teilnehmern ausdrücklich begrüsst, wie auch allgemein die Stärkung der Mitwirkungsrechte der Gläubiger positiv aufgenommen wurde (SchKG-Vereinigung, SGB, VSKB). Andere Teilnehmer haben sich dagegen kritisch gegenüber der Einsetzung eines Gläubigerausschusses geäussert (BL, VD; FDP; FSA, TK). Grund dafür war insbesondere, dass der Gläubigerausschuss zu einem komplizierteren, aufwendigeren und längeren Verfahren führe (TK). Die Einsetzung eines Gläubigerausschusses bei der Nachlassstundung sei nur bei grossen Gesellschaften sinnvoll, bei kleinen und mittleren Unternehmen dagegen nicht (GE). Es sei auch deswegen am geltenden System festzuhalten, um Verfahren über eine ausgewogene Zusammensetzung des Gläubigerausschusses in der Stundungsphase auszuschliessen und unfruchtbare Kompetenzkonflikte zwischen Gläubigerausschuss, Sachwalter und Unternehmensleitung zu vermeiden (BL). Indem dem Gläubigerausschuss sehr weitreichende Kompetenzen übertragen würde, komme es zu einer Privatisierung des Verfahrens, was gleichzeitig die Gefahr einer Befangenheit und Bevorzugung erhöhe (VD; FSA); dies sei vor allem auch deswegen problematisch, weil die betreffenden Handlungen gemäss Art. 285 Abs. 3 VE-SchKG später nicht mehr angefochten werden könnten (VD).

Beanstandet wurde ausserdem, dass aus dem vorgeschlagen Gesetzesartikel nicht hervorgehe, wie der vorgesehene Gläubigerausschuss eingesetzt und wie er zusammengesetzt sein soll, was in der Praxis zu zahlreichen Problemen führen könne, etwa dass zu viele Gläubiger im Ausschuss Platz nehmen oder dass eine Vielzahl von Beschwerden gegen die Einsetzung bzw. Nichteinsetzung bestimmter Gläubiger erhoben würden (VD). Vorgeschlagen wurde diesbezüglich insbesondere, dass in einem Absatz 4 festgehalten werden sollte,

dass sich der Gläubigerausschuss ein Reglement geben müsse, welches vom Gericht zu genehmigen sei (SW).

Auch seien die dem Gläubigerausschuss in Art. 295a VE-SchKG zugewiesenen Befugnisse zu wenig klar umschrieben. Nicht verständlich sei zudem auch die Bedeutung des Mitspracherechts ohne Vetorecht, weil unklar bleibe, ob dies zur Folge habe, dass sich der Gläubigerausschuss dem Entscheid des Sachwalters widersetzen könne oder ob schlussendlich doch der Richter entscheiden müsse (SVBK). In die gleiche Richtung zielt der Einwand, dass der Umstand, dass der Gläubigerausschuss dem Sachwalter Weisungen erteilen könne, problematisch sei. Angebracht sei hier die Einführung eines Vorschlagsrechts des Gläubigerausschusses, verbunden mit der Möglichkeit, gegen die Handlungen des Sachwalters Beschwerde führen zu können (SW). Zudem müsse die Möglichkeit eine Beschwerde der Gläubiger zur Verfügung stehen, die nicht im Gläubigerausschuss vertreten seien (UNIL). Ergänzend wurde vorgeschlagen, den Gläubigerausschuss automatisch einzusetzen und den betreffenden Entscheid nicht dem Gericht zu überlassen (NE). Zudem wäre es konsequent gewesen, eine solche Zusammensetzung des Gläubigerausschusses auch im Konkurs (Art. 237 Abs. 3 SchKG) einzuführen (ZH).

Verlangt wurde ausserdem, dass die Arbeitnehmenden des betroffenen Unternehmens ein Anrecht auf Einberufung eines Gläubigerausschusses erhalten sollen. Zudem sollte diesen zwingend mindestens eine Vertretung im Gläubigerausschuss zustehen, da die Arbeitnehmenden erfahrungsgemäss in den Gläubigerausschüssen zwingend unterrepräsentiert seien. Weiter sei zu prüfen, inwiefern die Mitwirkungsmöglichkeiten des Gläubigerausschusses erweitert werden könnten, insbesondere hinsichtlich eines Vetorechts im arbeitnehmerrelevanten Bereich (Syna).

4312 Rechtsmittel (Art. 295b VE-SchKG)

Als problematisch wurde hier erachtet, dass die meisten Gläubiger nicht über die für eine begründete Beschwerde notwendigen Kenntnisse verfügen dürften. Bei internationalen Verhältnissen komme zusätzlich die Problematik der Gläubigerinformation hinzu (LU). Auch sei der Nutzen dieser Neuerung fraglich: Rechtsmittelverfahren in einer Phase, in der das Unternehmen um das Überleben kämpfe, könnten äusserst kontraproduktiv sein (TK).

Kritisiert wurde zudem, dass der Gläubigerausschuss anstelle des Gerichts die Geschäfte nach Art. 298 Abs. 2 VE-SchKG genehmigen könne (FDP; centre patronal, CVAM, FSA).

4313 Öffentliche Bekanntmachung (Art. 296 VE-SchKG)

Die Aufnahme des Handelsregisters in den Katalog der zu benachrichtigenden Behörden sei sachgerecht (FR, LU). Dagegen gebe es kein Bedürfnis, auch das Konkursamt als Adressat der Verfügungen ins Gesetz aufzunehmen, da dieses nicht in das Stundungsverfahren involviert sei und in der Praxis auch nicht angeschrieben werde (BL, ZH; SchKG-Vereinigung). Ergänzend sei klarzustellen, dass die öffentliche Bekanntmachung durch das Gericht zu erfolgen habe (SW).

4314 Aufhebung der Stundung (Art. 296a VE-SchKG)

Die vorgeschlagene Regelung stelle einen konsequenten Abschluss der vorangehenden Verfahrensregeln dar (LU; SchKG-Vereinigung). Allerdings müssten die Anfechtung des Aufhebungsentscheids bei erfolgreicher Sanierung beim Schuldner und den antragstellenden Gläubigern vorbehalten sein, denn die übrigen Gläubiger verfügten nicht über die für eine Beschwerdeführung notwendigen Kenntnisse (LU). Gemäss einer anderen Stellungnahme sei Art. 296a VE-SchKG dagegen verunglückt und es sei kein praktisches Bedürfnis für eine solche Regelung erkennbar (TK).

4315 Wirkungen der Stundung

Zu den vorgeschlagenen Artikeln 297-298 und 300 f. VE-SchKG gingen eine Reihe von Bemerkungen und Vorschlägen ein:

- Das Verbot auch für die privilegierten Gläubiger, eine Betreuung einzuleiten oder fortzusetzen (Art. 297 VE-SchKG), wird begrüsst, da es zur beabsichtigten Gleichstellung der Gläubiger führe (FR, JU). Allerdings sei nicht ersichtlich, weshalb dieses Verbot nicht auch in Bezug auf die Gläubiger grundpfandgesicherter Forderungen gelten soll (FR).
- Die in Art. 298 VE-SchKG vorgesehene Ergänzung der Befugnisse des Sachwalters durch das Nachlassgericht wurde von einem Kanton begrüsst (LU). Kritisiert wurde dagegen, dass wie bei Art. 295a VE-SchKG der Gläubigerausschuss die betreffenden Geschäfte genehmigen könne (UNIL).
- Problematisch sei, dass in Art. 300 und 301 VE-SchKG die auslandbezogene Praxis des Sachwalters ungeregt bleibe. Es wäre zu empfehlen, dass in den Fällen von Betriebsstätten im Ausland die Publikation auch in den für dieses Land vorgesehenen Publikationsorganen erfolgen müsse (LU).

44 Bestätigungsphase

441 Streichung von Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1^{bis}

Nach Ansicht eines Kantons ist die Abschaffung der Bestimmung nicht angebracht (VD).

442 Sicherstellung der Drittklassforderungen (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 VE-SchKG)

Die vorgeschlagene Regelung wird von mehreren Teilnehmern ausdrücklich als sinnvoll erachtet (JU, LU, SZ; economiesuisse, SchKG-Vereinigung). Ein Kanton befürwortet den Verzicht auf eine Sicherstellung der Drittklassforderungen zwar grundsätzlich, verlangt allerdings zusätzlich ein schlüssiges Konzept, mit welchem sichergestellt werden könne, dass die Nachlassdividende aus dem sanierten Betrieb in einer bestimmten Zeit bezahlt werde (BL). Vorgeschlagen wurde ausserdem, dass – weil der Verzicht auf die Sicherstellung für die Gläubiger dieser Forderungen eine Schwächung ihrer Interessen bedeute – der Richter beim Entscheid über die Bestätigung des Nachlassvertrages allenfalls auch mitberücksichtigen müsse, ob und inwiefern die Dividenden für die Drittklassgläubiger beispielsweise durch zukünftige Erträge erwirtschaftet werden könnten (economiesuisse).

Mehrere Teilnehmer haben sich aber auch kritisch zu diesem Vorschlag geäußert:

- Das völlige Fehlen von Vorgaben über die Erfüllung des Nachlassvertrages könne dazu führen, dass Art. 316 SchKG häufiger zur Anwendung gelange und so jeder Gläubiger, dessen Rechte aus dem Nachlassvertrag nicht erfüllt würden, beim Richter die Aufhebung des Nachlassvertrages verlangen könne (JU).
- Der Vorschlag sei fragwürdig, da damit zu rechnen sei, dass die Drittklassgläubiger dem Nachlassvertrag nicht zustimmen werden, wenn sie nicht mit dessen Vollzug rechnen könnten. Ausserdem müssten ohnehin genügend Mittel zur Verfügung stehen, um die Gläubiger auch in Bezug auf die Sicherstellung des Vollzugs des Nachlassvertrages ein realistisches Angebot unterbreiten zu können (ASA).
- Der Verzicht auf die Sicherstellung führe dazu, dass den Gläubigern völlig utopische Nachlassverträge zur Genehmigung vorgelegt werden könnten und diese so geködert würden. Hinzu komme, dass Gerichtsbehörden mit Nachlassverfahren bzw. mit der Genehmigung von Nachlassverträgen bereits heute häufig überfordert seien. Die mit dem Revisionsvorschlag vorgesehene Überbindung einer höheren Verantwortung an die Gerichte sei deshalb problematisch (SVC, SwissBanking, SVBK).

- Es bestehe zudem die Gefahr, dass nicht privilegierte Drittklassgläubiger in einen unrealistischen Nachlassvertrag gelockt und dadurch geschädigt würden. Juristisch gut beratene Drittklassgläubiger müssten deshalb in Zukunft schon aus grundsätzlichen Erwägungen zum Schutz ihrer Interessen ihre Zustimmung zu Nachlassverträgen generell verweigern. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG sei deshalb in der heutigen Fassung beizubehalten (vsi).

443 Angemessener Sanierungsbeitrag der Anteilsinhaber (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 VE-SchKG)

Mehrere Teilnehmer erachten den Vorschlag zwar als grundsätzlich guten Ansatz, sehen aber in der Umsetzung Probleme, insbesondere bei börsenkotierten Gesellschaften und bei der Identifizierung der Inhaber, von deren Bekanntsein deren Teilnahme abhängt (JU, LU; SVBK); zudem wurde die vorgeschlagene Formulierung als zu unbestimmt bezeichnet (SZ). Es wurde ausserdem darauf hingewiesen, dass die Ausführungen im Bericht, wonach unter bestimmten Umständen von einer solchen Beteiligung abgesehen werden könne, im Widerspruch zum vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut stünde (JU, ZH). Der Gesetzestext sollte deshalb die Möglichkeit offen lassen, auf den angemessenen Sanierungsbeitrag des Anteilsinhabers zu verzichten (JU). Dies auch deshalb, weil ein zwingend vorgesehener Sanierungsbeitrag dazu führen könne, dass ein Dividendenvergleich möglicherweise gar nicht angestrebt werde (ZH). Der Vorschlag wurde zuletzt auch deswegen als problematisch beurteilt, weil der vorgesehene Sanierungsbeitrag bei der Aktiengesellschaft mit dem Verbot der Nachschusspflicht kollidiere (ZH) bzw. im Widerspruch zum Grundsatz stehe, dass die Teilhaber an einer juristischen Person nicht für deren Verbindlichkeiten einzustehen hätten (FSA).

444 Eröffnung des Konkurses bei Ablehnung des Nachlassvertrages (Art. 309 VE-SchKG)

Der Vorschlag, dass bei Ablehnung des Nachlassvertrages der Konkurs automatisch eröffnet werden soll, wird von zwei Teilnehmern ausdrücklich begrüsst (LU; FSA). Andere Teilnehmer haben sich dagegen kritisch zu diesem Vorschlag geäußert:

- Der Vorentwurf enthalte keine Bestimmung für den Fall, dass eine Beschwerde gegen die Ablehnung des Nachlassvertrages erhoben werde; das Gleiche gelte für den Fall, dass das Nachlassbegehren zurückgezogen werde (VD; centre patronal, CVAM).
- Teilweise wird die Bestimmung als heikel bezeichnet, weil der Konkurs hier eröffnet werden könne, ohne dass dem Schuldner das rechtliche Gehör gewährt werde (VD; UNIL).
- Diejenige Person, welche ein Nachlassverfahren anstrebe, müsse sich wegen der vorgeschlagenen Bestimmung bereits zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs bewusst sein, dass beim Nichtzustandekommen des Nachlassvertrages von Gesetzes wegen der Konkurs eröffnet werde. In der Praxis komme es häufig vor, dass auch Privatpersonen, die nicht der Konkursbetreibung unterliegen, einen Nachlassvertrag anstreben würden und mit der vorgeschlagenen Regelung davon abgehalten würden, ein Gesuch um einen Nachlassvertrag einzureichen. Art. 309 SchKG sollte deshalb so belassen werden wie bisher bzw. die Änderung solle nur für Personen gelten, die der Konkursbetreibung unterliegen (NW, SO; KBK).
- Es sei unklar, wer die Kosten zu tragen habe, wenn keine Aktiven vorhanden seien und der Konkurs mangels Aktiven eingestellt werde (NW, SO; KBK).
- Weil vom geltenden Art. 309 SchKG nur selten Gebrauch gemacht werde, bestehe für eine automatische Konkursöffnung kein Bedarf (NW, SO).
- In Ergänzung von Art. 309 VE-SchKG wird vorgeschlagen, dass dem Schuldner auf Antrag eine Nachfrist gesetzt werden sollte. Die Erfahrung lehre, dass die Din-

ge oftmals erst dann in Bewegung kämen, wenn die Situation fast aussichtslos erscheine (ASA).

445 Vereinbarungen während der Stundung (Art. 310 VE-SchKG)

Bezüglich der Verbindlichkeit des bestätigten Nachlassvertrages für die Gläubiger wurden zwei Bemerkungen eingebracht:

- Einerseits sollte hier präzisiert werden, wie mit Bestellungen umzugehen sei, die während einer nicht veröffentlichten provisorischen Stundung erfolgten. Werde ein Gläubiger nicht über die Stundung orientiert, könne er auch nicht sicherstellen, dass eine erneute Bestellung mit Zustimmung des Sachwalters erfolge (veb).
- Andererseits sei klarzustellen, dass als Masseverbindlichkeiten nur Dauerschuldverhältnisse infrage kommen könnten, die für den Geschäftsbetrieb des Unternehmens erforderlich seien (SVBK).

446 Auffanggesellschaft (Art. 314 Abs. 1^{bis} VE-SchKG)

Die vorgeschlagene Regelung wurde von mehreren Teilnehmern begrüsst (economiesuisse, FER, SchKG-Vereinigung). Es sei allerdings zu erwägen, diese nur für börsenkotierte Gesellschaften vorzusehen (FR; economiesuisse, SVC). Eine Bank könne oder wolle in der Regel nicht selber Aktionärin sein, und ein Weiterverkauf nicht kotierter Titel könne je nach Umständen schwierig sein (economiesuisse, SVBK). Auch andere Teilnehmer stehen dem Vorschlag kritisch gegenüber: Dass mit einem Nachlassvertrag möglicherweise eine grössere Anzahl nicht zustimmender Gläubiger gezwungen werden könne, sich mit einer Beteiligung an einer ehemaligen Schuldnerin zufriedenzugeben, gehe zu weit und mache höchstens bei börsenkotierten Gesellschaften Sinn (SVC, SwissBanking, SVBK, vsi). Zudem könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Sozialversicherungen als Gläubigerinnen (TG) bzw. der Staat als Gläubiger (VD) zwangsweise Anteilsinhaberinnen an der Schuldnergesellschaft bzw. an einer Auffanggesellschaft würden, wenn sie einem Nachlassvertrag nicht zugestimmt haben.

447 Nachlassvertrag im Konkurs (Art. 332 VE-SchKG)

Diesbezüglich wurde vorgeschlagen zu prüfen, ob nicht auch die Konkursverwaltung berechtigt sein sollte, in einem laufenden Konkursverfahren den Antrag auf Einleitung eines Nachlassverfahrens zu stellen, da diese die betreffende Möglichkeit am besten erkennen könne und der Schuldner unter Umständen nicht interessiert und die Gläubiger nicht ausreichend informiert seien (LU).

5 Stellungnahmen zu weiteren Einzelfragen

51 Die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen (211 ff. und Art. 297a VE-SchKG)

Dem Vorschlag, dass das Problem der Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren eine ausdrückliche Regelung erfahren soll, stehen viele Teilnehmer grundsätzlich positiv gegenüber (BS, FR; SLV, SVBK). Viele Teilnehmer begrüsst zudem die konkret vorgeschlagene Regelung ausdrücklich (JU, LU, NE, OW, ZG, ZH; CVP; SchKG-Vereinigung, Gastrosuisse, Treuhand Suisse, veb) oder zumindest im Grundsatz (economiesuisse, FER, SVBK).

Zum konkreten Vorschlag wurden zudem eine Reihe von Verbesserungsvorschlägen gemacht:

- Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses erscheine weder im SchKG noch im OR und beinhalte viele Unklarheiten. Der zweite Satz von Art. 211a Abs. 1 sowie auch von Abs. 2 VE-SchKG sei sehr vage formuliert (UNIL).

- Es sollten mit der Revision keine zu grossen Anreize geschaffen werden, ein Nachlassverfahren anzustreben. Aus diesem Grund sollte die Ausübung des ausserordentlichen Kündigungsrechts von Dauerschuldverhältnissen durch ein Gericht genehmigt werden müssen (BL, TI, ZH; SLV). Andererseits wird gerade dies auch ausdrücklich abgelehnt (FER).
- Der Wortlaut von Art. 211a Abs. 2 VE-SchKG sei nicht ausreichend präzise: Es sei klarzustellen, dass nur Fälle gemeint seien, in welchen die Konkursmasse anstelle des Schuldners in das Dauerschuldverhältnis eintrete (BS). Dies insbesondere beim Mietvertrag, wo zu konkretisieren sei, wann genau die Konkursmasse die Leistungen für die Benutzung der gemieteten Räumlichkeiten in Anspruch genommen habe und damit zahlungspflichtig werde (OW).
- Zudem bestehe das Problem, dass von der Inventaraufnahme bis zu einer allfälligen Verwertung desselben je nach Grösse des Verfahrens und Art der Durchführung des Konkurses einige Zeit verstreichen könne. Die Mietzinskosten könnten daher einen beträchtlichen Teil der Massekosten verursachen, wenn diese nicht genügend oder gar nicht durch entsprechende Sicherheiten beim Vermieter gedeckt seien. Dies könne im Ergebnis dazu führen, dass die Konkursverfahren vermehrt gemäss Art. 230 SchKG eingestellt werden müssten (OW).
- Der Begriff der "Vorteile" in Art. 211a Abs. 1 Satz 2 VE-SchKG sei unklar (SW).
- Auch die Formulierung von Art. 211a Abs. 3 VE-SchKG sei missverständlich. Da der Schuldner ohne Zustimmung der Konkursverwaltung oder der Liquidatoren keine neuen Verträge abschliessen oder erfüllen könne, dürfe hier nicht vom "Schuldner" gesprochen werden. Ausserdem sei zu beachten, dass diese Möglichkeit bei der Einzelfirma gar nicht zulässig sei (SW).
- In Art. 297a VE-SchKG sei klarzustellen, was unter dem Begriff der "Entschädigung" zu verstehen sei; insbesondere sei ausdrücklich festzuhalten, dass jede anderslautende vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien ungültig sei und dass Art. 161 Abs. 1 OR nicht zur Anwendung komme (SW).
- Art. 211a VE-SchKG sei nicht ausreichend klar gefasst; zudem sollte die Auflösung der Dauerschuldverhältnisse nochmals grundsätzlich überdacht werden, da diese klarerweise den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts widerspreche (VD; UNIL).
- Im Weiteren wurde auf das mit der vorgeschlagenen Bestimmung entstehende erhebliche Missbrauchspotential hingewiesen (SO, ZH; ASA, SLV); die notwendige Zustimmung des Sachwalters stelle keine hinreichende Sicherstellung der Gläubigerinteressen dar, da dieser tendenziell zugunsten einer möglichen Sanierung und damit gegen die Gläubigerinteressen entscheiden werde (ASA). Weil jede natürliche oder juristische Person ohne einen besonderen Insolvenzgrund und ohne Beilage eines Nachlassvertrages ein Nachlassgesuch stellen könne, sei es einem Leasingnehmer unter einfachen Voraussetzungen möglich, ein Nachlassgesuch zu stellen und anschliessend den Leasingvertrag unter Zustimmung des Sachwalters auf irgendeinen Zeitpunkt zu kündigen (SLV).

Die vorgeschlagene Einführung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts wurde allerdings auch von vielen Teilnehmern als Ganzes kritisiert. Der Vorschlag sei abzulehnen (GE, SH, SO, ZH; centre patronal, CVAM, ASA, SGB, SLV, SwissBanking), weil ein derartiges ausserordentliches Kündigungsrecht erheblich in das materielle Recht eingreife (SH, SO, SZ; SVP; centre patronal, CVAM, SLV, uspi). Dies führe zu einer übergebührligen Beeinträchtigung einzelner Gläubiger (SH). Art. 297a VE-SchKG bilde deshalb eine völlig unausgewogene Ermächtigung zum Vertragsbruch und sei deshalb zu streichen (VSI). Ob ein Vertragsverhältnis durch den Schuldner persönlich weitergeführt werden könne, sei materiellrechtlich im Verhältnis zum Gläubiger zu regeln (economiesuisse).

Spezielle Kritik wurde auch im Hinblick auf Mietverträge geübt: Eine Auflösung des Vertrages würde bedeuten, dass der durch den langfristigen Mietvertrag geschützte Mieter nun abrupt aus den Mieträumen ausziehen müsste, ohne dafür Ersatz zu bekommen. Probleme stellten sich auch dann ein, wenn sich die in Zahlungsschwierigkeiten befindliche Leasinggesellschaft ihre Leasingverträge auflöse (VSI). Zudem wurde darauf hingewiesen, dass der Vermieter im Falle der Insolvenz eines Mieters relativ rasch gestützt auf Art. 257d OR den Mietvertrag beenden könne, was bereits eine befriedigende Lösung darstelle (FRI).

Ein weiterer Kritikpunkt betraf den Umstand, dass sich das ausserordentliche Kündigungsrecht insbesondere hinsichtlich der Arbeitsverhältnisse gravierend auswirken würde (SH, SZ; SGB, Syna). Die Bestimmung hätte zur Folge, dass Angestellte sofort entlassen werden könnten und so der heute bestehende Arbeitnehmerschutz umgangen werden könnte (SP; kvs, SGB, Syna).

52 Die Behandlung der Arbeitnehmenden im Insolvenzfall (Art. 333b Abs. 1 E-OR)

Die vorgeschlagene Regelung von Art. 333b VE-OR wurde von verschiedenen Teilnehmern ausdrücklich begrüsst (JU, NE, TI ZG; FDP; economiesuisse, FER, FSA, SAV, SchKG-Vereinigung, Gastrosuisse, SwissBanking, Treuhand Suisse, veb, VSKB). Auch die Ergänzung von Art. 335e OR fand bei mehreren Teilnehmern ausdrückliche Zustimmung (LU; economiesuisse, SAV).

Einige Teilnehmer äusserten sich grundsätzlich zustimmend zum Vorschlag, verlangten aber gleichzeitig, dass die Situation der Arbeitnehmenden nicht geschwächt werde. Insbesondere sei zu prüfen, ob in Bezug auf die geplante Neuregelung von Art. 333b Abs. 1 OR zusätzliche Schutzmassnahmen für die Arbeitnehmenden möglich seien (AG, LU, SZ). Verschiedene Teilnehmer haben sich allerdings auch sehr kritisch gegenüber dem Vorschlag geäussert und lehnen diesen ab (GE, SH; SP; SGB, Syna):

- Art. 333 OR sei eine Schutzbestimmung des individuellen Arbeitsvertragsrechts und beziehe sich auf den einzelnen Arbeitnehmenden. Dagegen sei der betreffende Artikel kein Instrument der öffentlich-rechtlichen Arbeitsmarktregulierung. Mit der vorgeschlagenen Lösung würden Schutzbestimmungen aus den Angeln gehoben, was abgelehnt werde (SH; SGB, Syna).
- Zudem finde sich im Begleitbericht kein Beleg für die Behauptung, dass der geltende Art. 333 OR Sanierungen erschwere oder gar verhindere (SP; kvs).
- Die Arbeitnehmenden seien bei Konkursen und Sanierungen von Unternehmen meist zweifach betroffen: einerseits als Gläubiger der offenen Lohnansprüche, andererseits als Arbeitnehmende, deren Arbeitsplatz gefährdet sei. Dieser zweite Aspekt sei bei der vorgeschlagenen Revision nicht ausreichend berücksichtigt worden. Schon heute würden die geltenden Vorschriften einen nur sehr schwachen Schutz bei Insolvenzfällen bieten, insbesondere fehle es nach wie vor an einer Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen. Der Vorentwurf schwäche die Stellung der Arbeitnehmenden bei einer Nachlassstundung nun weiter ab, statt sie zu stärken (kvs, SGB).
- Die Erfahrung aus der Vergangenheit habe gezeigt, dass das flexible schweizerische Arbeitsvertragsrecht auch ohne Aufweichung von Art. 333 OR ausreichende Möglichkeiten biete, Arbeitsverhältnisse beim Wechsel der Arbeitgeberschaft anzupassen (ZH; kvs, SGB). Es gelte, diesen Prozess zu stärken und nicht Schutzbestimmungen abzubauen (SP; kvs, SGB). Ein Blick in die Praxis zeige, dass bei Betriebsübergängen Vereinbarungen zwischen altem und neuem Arbeitgeber sowie den Sozialpartnern durchaus üblich seien, sodass es möglich sei, allfällige schwierige Situationen bei der Anwendung von Art. 333 OR in Abwägung aller Interessen abzufedern (ZH; SP).

- Als äusserst problematisch wurde auch angesehen, dass mit dem vorgeschlagenen Wegfall des automatischen Übergangs von Arbeitsverträgen im Konkurs- oder Nachlassverfahren auch die solidarische Haftung wegfallen soll und der Erwerber nur noch für Forderungen der übernommenen Arbeitnehmenden hafte. Nach Ansicht mehrerer Teilnehmer sollte die solidarische Haftung integral auch im Insolvenzverfahren gewährleistet sein (SP; kvs, SGB, Syna). Anders als vom Bundesgericht entschieden müsse die solidarische Haftung des Übernehmers zudem auch dann gelten, wenn die Übernahme des Betriebs aus dem Konkurs des bisherigen Arbeitgebers erfolge. Art. 333 Abs. 3 OR sei deshalb dahingehend zu präzisieren (SP; SGB, Syna). Ausserdem sei im Gesetz festzuhalten, dass sich die solidarische Haftung auch auf Beitragsforderungen der Sozialversicherung erstrecke (SP; SGB, Syna).
- Die im Begleitbericht vorgetragene Begründung sei nicht stichhaltig und der Vorschlag inakzeptabel. Sanierungen, die nur möglich seien, wenn vergangene Arbeitnehmerforderungen nicht bezahlt werden, seien auch volkswirtschaftlich betrachtet sehr problematisch, da sie mittels Insolvenzenschädigung übermässig die Arbeitslosenversicherung belasten würden (SP).

Auch die vorgeschlagene Solidarhaftung für die übernommenen Arbeitnehmenden wird teilweise abgelehnt (SAV). Damit werde wieder eine neue Hürde für Sanierungen geschaffen, da offene Lohnrechnungen einen potenziellen Investor abschrecken würden (SAV). Der Arbeitnehmerschutz bleibe insbesondere durch das Konkursprivileg auch ohne Solidarhaftung genügend gewahrt (economiesuisse). Eine Differenzierung zwischen "übernommenen" und "abgelehnten" Arbeitnehmenden würde zudem zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger innerhalb der gleichen Klasse führen (economiesuisse). Der Vorschlag widerspreche der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 129 III 335) (FER). Andere Teilnehmer begrüssten den Vorschlag dagegen ausdrücklich (Gastrosuisse).

Bei Massenentlassungen seien die in Art. 335f und 335g OR vorgesehenen Konsultationspflichten und Verfahrensschritte einzuhalten. Auch wenn die Konkursöffnung durch gerichtliche Entscheidung erfolge, beinhalte sie nicht zwingend eine Betriebsschliessung. Gleichwohl gehe der Vorentwurf davon aus, dass die Bestimmungen über die Massenentlassung im Konkurs nicht angewendet werden müssten. Die entsprechende Begründung überzeuge nicht, denn die Mitwirkungsrechte nach Art. 335f OR seien nicht integral in den Gläubigerrechten gemäss SchKG enthalten. Die vorgeschlagene Präzisierung werde deshalb abgelehnt; die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden nach Art. 335f OR müssten auch im Fall der Konkursöffnung mit Betriebsweiterführung gelten (economiesuisse, SGB, Syna).

Die Arbeitnehmenden würden gemäss den Bestimmungen des Konkursrechts nicht vorgängig informiert. Vor allem, wenn sie nicht gleichzeitig Konkursgläubiger seien, seien ihre Interessen nicht mit jenen der anderen Gläubiger deckungsgleich. Dies sei im Rahmen der Revision zu berücksichtigen (SH).

53 Vorrechte bestimmter Gläubiger

531 Konkursprivilegien

Einige Teilnehmer haben den im Vergleich mit dem Vorschlag der Expertengruppe vorgenommen Verzicht auf die Streichung der Konkursprivilegien zugestimmt (SZ; WP). In einer Eingabe wurde die Streichung dagegen ausdrücklich bedauert (SchKG-Vereinigung).

532 Abschaffung des Retentionsrechts für Miete und Pacht

Der Streichung des Retentionsrechts des Vermieters von Geschäftsräumlichkeiten und des Verpächters stimmen viele Teilnehmer ausdrücklich zu (BS, LU, NE, NW, OW, SZ, ZG, ZH; CVP; FSA, KBK, SchKG-Vereinigung). Mehrere Teilnehmer haben zusätzlich verlangt, dass

auch das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümergeinschaft (Art. 712k ZGB) abzuschaffen sei; es sei nicht konsequent, das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümer stehen zu lassen, ohne zu begründen, weshalb diese einen besseren Schutz verdienten als die Vermieter (BS, FR, NW, ZH, VD; centre patronal, CVAM, KBK, uspi). Es handle sich dabei um eine systemwidrige Durchbrechung des Faustpfandprinzips, welches nur höchst selten in Anspruch genommen werde, weil der Stockwerkeigentümergeinschaft zusätzlich das Instrument des gesetzlichen Grundpfands (Art. 712i ZGB) zur Verfügung stehe (BS, ZH; KBK) und die betroffenen Wohnungseinrichtungen heute aus Kosten-Nutzen-Gründen in der Regel ohnehin kaum pfändbar seien (ZH). Ausserdem wurde vorgeschlagen, auch das Retentionsrecht der Gastwirte und Stallwirte (Art. 491 OR), welches auf das Retentionsrecht des Vermieters verweist, abzuschaffen, weil auch hier das Faustpfandprinzip durchbrochen werde und diese Bestimmung ohnehin toter Buchstabe geblieben sei (BS).

Verschiedene Teilnehmer lehnten dagegen die vorgeschlagene Abschaffung des Retentionsrechts ausdrücklich ab (BE, GL; SVP; ASA, centre patronal, CVAM, FRI, Gastrosuisse, HEV, UNIL, uspi, vsi). Das Retentionsrecht für Vermieter und Verpächter bilde heute eine schnelle und unkomplizierte Sicherung, wenn ein Mieter oder Pächter mit seinen Zahlungen im Rückstand gerate, habe sich in der Praxis bewährt (GL; centre patronal; Gastrosuisse, UNIL, uspi) und spiele dort eine wichtige Rolle (HEV). Die Argumente, mit welchen im Begleitbericht eine Abschaffung des Retentionsrechts begründet worden sei, überzeugten nicht (BE; centre patronal, CVAM, uspi). Bei der angerufenen Vorauszahlbarkeit des Mietzinses handle es sich nicht um eine Sicherheit, insbesondere weil die Periodizität von Mietzinszahlungen in den überwiegenden Fällen weit kürzer (in der Regel 1 Monat) sei als der Umfang des Retentionsrechts (BE; SVP; ASA). Die Kauttionen, die als Ersatz für den Wegfall des Retentionsrechts verlangt würden, erreichten heute erstaunlich hohe Ausmasse, sodass sich viele Geschäfte verschulden müssten, um diese aufbringen zu können. Mit einem Wegfall des Retentionsrechts dürfte sich diese Situation noch weiter verschlimmern (BE; SVP; Gastrosuisse, HEV, uspi). Im Begleitbericht nicht erwähnt worden sei schliesslich auch, dass es in der Praxis Jahre dauern könne, bis ein nicht zahlender Mieter exmittiert werden könne und es dem Vermieter nicht zugemutet werden sollte, während längerer Dauer Leistungen erbringen zu müssen, während beispielsweise ein Lieferant, der nicht bezahlt werde, faktisch nicht verpflichtet werden könne, weitere Leistungen zu erbringen. Das Retentionsrecht bilde deshalb für den Vermieter eine sinnvolle Kompensation seiner gegenüber dem Mieter nachteiligen Stellung, sodass daran festzuhalten sei (SVP; HEV, vsi). Das Retentionsrecht schütze vor allem die kleineren Vermieter, die – anders als die grossen Vermietungsgesellschaften – nicht über die Mittel verfügten, um ihre Forderungen durchzusetzen (UNIL).

Die Aufhebung des Retentionsrechts würde zudem bei laufenden Miet- und Pachtverhältnissen zu einem starken Ungleichgewicht führen; Verträge seien oft über eine feste langjährige Dauer abgeschlossen; solche Verträge könnten im Falle einer Gesetzesänderung nicht einfach angepasst werden (HEV).

Zuletzt wurde kritisiert, dass der Vorschlag im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts unterbreitet werde und nicht in Zusammenhang mit einer Revision des Mietrechts, wo sie eigentlich hingehöre (VD; UNIL, vsi).

533 Anpassung von Art. 712k ZGB

Der betreffende Vorschlag wurde von einem Teilnehmer abgelehnt: Es sei nicht einzusehen, weshalb Gegenstände von Dritten neu nicht mehr unter das Retentionsrecht der Stockwerkeigentümer fallen sollten. Dritte hätten im Rahmen des geltenden Rechts bereits ausreichenden Rechtsschutz: Sie könnten im Rahmen des Widerspruchsverfahrens bzw. Aussondervorgangs ihre Rechte durchsetzen. Ausserdem bestehe die Möglichkeit des Eintrags in das Eigentumsvorbehaltsregister (HEV). Zu bedenken sei zudem, dass eine Stockwerkeigentümergeinschaft gegenüber einem Vermieter oder Verpächter benachteiligt sei, da sie einen zahlungsunwilligen Stockwerkeigentümer nicht aus der Gemeinschaft ausschliessen

könne. Zuletzt fehle es auch hier am Sachzusammenhang zur Revision des Sanierungsrechts (HEV).

54 Konzernkonkurs

541 Allgemeines

Das Festhalten am Grundsatz, wonach das allgemeine Sanierungsrecht auch auf Konzerne zur Anwendung gelange, wurde von einem Teilnehmer begrüsst (FER). Dagegen wurde eingewendet, dass das Nichtvorhandensein einer materiellen Konsolidation der Verfahren nach wie vor einer Lösung der Probleme entgegenstehe, wie sie durch Konzernverhältnisse geschaffen würden (JU).

542 Verfahrenskoordination (Art. 4a VE-SchKG)

Viele Teilnehmer haben die Schaffung einer Koordinationsbestimmung im Sinne des vorgeschlagenen Art. 4a VE-SchKG ausdrücklich begrüsst (LU, OW, TI, UR, VD, ZH; FSA, Swiss-Banking). Daneben wurden aber auch verschiedene kritische Anmerkungen vorgebracht:

- Erfahrungen ausserhalb des SchKG hätten gezeigt, dass sich zur Verfahrenskoordination verpflichtete Instanzen nicht immer zu einigen vermögen, was gerade bei Konzernzusammenbrüchen zu unhaltbaren Zuständen führen könnte. Der Bundesrat sollte deshalb gestützt auf Art. 15 Abs. 1 SchKG Anordnungen für den Fall treffen, dass die beteiligten Instanzen nicht in der Lage sind, innert nützlicher Frist einen Konsens zu finden (ZH; FSA).
- Ausserdem wurde darauf hingewiesen, es werde bei Konkursverfahren vermehrt festgestellt, dass die Produktionsstätten bzw. die effektive Geschäftstätigkeit von konkursiten Firmen sich nicht immer am Sitz der Gesellschaft befänden. Aus diesem Grund sei ebenfalls zu prüfen, ob eine allgemeine Pflicht zur gegenseitigen Rechtshilfe der Betreibungs- und Konkursämter ins Gesetz aufgenommen werden könnte (OW, SH). Die Rechtshilfepflicht beschränke sich derzeit auf die Aufnahme und Sicherstellung von beweglichem Inventar (Pfändungsvollzug, Inventaraufnahme im Konkurs). Insbesondere werde in Bezug auf die Einvernahme von Schuldnerinnen und Schuldnern bzw. deren Verantwortlichen von verschiedenen Ämtern die Rechtshilfe unter Hinweis auf Art. 229 SchKG verweigert, obwohl eine solche Möglichkeit in der Praxis oft wünschenswert wäre (OW).
- Ein Kanton hielt fest, dass die vorgeschlagene Bestimmung nicht praxistauglich sei: Um eine effektive Koordination mehrerer Konkurs- oder Nachlassverfahren zu ermöglichen, wäre es notwendig, dass die beteiligten Gerichte und Ämter einen Zugriff auf ihre Daten über die Verwaltung und die Aktionäre aller Gesellschaften in der Schweiz hätten, was allerdings im Hinblick auf den Datenschutz problematisch sei. Aus diesem Grund bestehe die Gefahr, dass die betreffende Bestimmung eine reine Absichtsdeklaration ohne praktische Bedeutung bleibe, ausser wenn die Beteiligungsverhältnisse an den betroffenen Gesellschaften (wie etwa bei der Swissair) bekannt seien (FR).
- Zu Art. 4a Abs. 2 VE-SchKG hielt ein Kanton fest, dass zwar die Möglichkeit einer einheitlichen Zuständigkeit unter verschiedenen Konkursverwaltungen oder unter mehreren Sachwaltern bestehe. Dagegen werde es als problematisch angesehen, wenn wie vorgeschlagen eine einzige Stelle gleichzeitig Konkurse und Nachlässe durchführen könnte, da eine solche Zusammenfassung von Verfahren mit ganz unterschiedlichen Zielen in ein und derselben Hand zu Problemen führen könne, etwa weil ein Verfahren zugunsten eines anderen zurückstehen müsse (BE).
- Eine Stellungnahme war der Ansicht, dass die vorgeschlagene Bestimmung sehr unglücklich formuliert sei und die Gefahr bestehe, dass dadurch eine erhebliche Rechtsunsicherheit entstehe, insbesondere weil der Wortlaut eine Reihe von ungebräuchlichen Begriffen enthalte ("Vollstreckungsorgane", "sachlicher Zusam-

menhang" etc.). Es wäre erforderlich, die Zuständigkeit durch eindeutige Regelungen zu ordnen und nicht durch unklare Bestimmungen Rechtsunsicherheit zu schaffen. Auch die Gleichstellung von Gerichten mit den Aufsichtsbehörden gemäss Art. 4a VE-SchKG wurde als sehr problematisch erachtet (UNIL).

55 Paulianische Anfechtung

Den vorgesehenen Ausschluss der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen, die während einer Nachlassstundung stattgefunden haben und die von einem Nachlassgericht bzw. einem Gläubigerausschuss genehmigt worden sind, wurde von drei Teilnehmern ausdrücklich begrüsst (VD; FSA, SchKG-Vereinigung). Auch die Umkehr der Beweislast bei den paulianischen Anfechtungsklagen ist bei verschiedenen Teilnehmern positiv aufgenommen worden (FR, JU, LU, SG, SO, VD, ZG; SchKG-Vereinigung, VSKB). Das Gleiche gilt für Art. 285 Abs. 3 VE-SchKG (NE; SW). Auch die Aufhebung der kurzen Verwirkungsfrist wurde von einem Kanton ausdrücklich gutgeheissen (ZG).

Im Weiteren haben die Teilnehmer eine Reihe zusätzlicher Vorschläge unterbreitet:

- Vorgeschlagen wurde eine Korrektur der bundesgerichtlichen Praxis zur Pauliana, die als zu streng empfunden werde und zu unbefriedigenden Ergebnissen führe: Sie zwingt den Verwaltungsrat dazu, Zahlungen für Dienstleistungen bereits in einem frühen Stadium einzustellen, weil diese keinen bilanzierbaren Gegenwert aufweisen würden. Damit werde der Gang zum Richter und die damit verbundene Wertvernichtung beschleunigt (Treuhandkammer).
- Anstatt der punktuellen Verschärfung der Bestimmungen zur Pauliana werde vor allem eine Klarstellung der Regeln und auch eine Beschränkung auf klare Fälle als notwendig und dringlich erachtet; die Expertengruppe habe sich zum wichtigen Thema, ob und wie Honorare für eine Sanierungsberatung paulianisch anfechtbar seien, nicht geäussert (Treuhandkammer).
- Ein Problem beim Konkurs mit nachstehender Auffanggesellschaft bestehe darin, dass ein bisheriger Firmeneigentümer die Geschäfte unter einer neuen Firma weiterführe und auch den bisherigen Kundenstamm nahtlos übernehme. Die Bewertung eines solchen Kundenstamms fehle jedoch häufig, ebenso eine Abgeltung für die Übernahme des Kundenstamms. Damit stelle sich die Frage, ob nicht (von Amtes wegen) festzustellen sei, inwiefern ein Kundenstamm unentgeltlich an eine Auffanggesellschaft übergegangen sei (veb).
- Der Kreditgeber des Schuldners erscheine weder im Gesetzesentwurf noch im Begleitbericht als "nahestehende Person". Dies entspreche der gängigen Auslegung von Art. 4^{ter} Bankengesetz, wo der einfache Kreditgeber nicht einmal dann, wenn sie im Verwaltungsrat des Kreditnehmers Einsitz nehmen würde, als nahestehende Person gelte. Der Wortlaut von Art. 286 Abs. 3 und 288 Abs. 2 VE-SchKG sei deshalb entsprechend zu präzisieren (SwissBanking).
- Es sei unklar, was unter den Begriff der "nahestehenden Personen" zu verstehen sei (UNIL).
- Art. 285 Abs. 3 VE-SchKG sei unvollständig, da auch die vom Sachwalter genehmigten Rechtshandlungen erwähnt werden müssten (SW).
- Weil die Praxis zeige, dass Abklärungen von Gläubigern länger als zwei Jahre dauern könnten (etwa bei einem Auslandsbezug) sowie auch dann, wenn ein Konkurs mangels Aktiven eingestellt werde, sollte die Verjährungsfrist auf 5 Jahre verlängert werden. Dies würde es zudem ermöglichen, den Ausgang eines parallelen Strafverfahrens abzuwarten (FSA, veb).

Mehrere Teilnehmer lehnten dagegen die vorgeschlagene Beweislastumkehr ab (FDP, SVP; economiesuisse, FSA, SwissBanking, Treuhand Suisse). Der Begünstigte sei unter Umständen nicht in der Lage, den entsprechenden Beweis zu erbringen (Treuhand Suisse) bzw. weil – wenn kreditgebende Banken Gefahr liefen, als nahestehende Personen zu gelten – eine

Kreditverknappung eintreten könnte (SwissBanking). Mit der vorgeschlagenen Beweislastumkehr würden die Regeln von Art. 8 und Art. 3 ZGB umgekehrt und dem Satz "negativa non sunt probanda" widersprochen, wofür keine Rechtfertigung ersichtlich sei (FDP, SVP; economiesuisse). Da die Gerichtspraxis die besondere Situation nahestehender Personen bereits berücksichtigt, sei keine Gesetzesänderung erforderlich (FDP). Zudem führe die vorgesehene Umkehr der Beweislast zu einer faktischen Kausalhaftung (FDP, SVP). Auch das selbst gesteckte Ziel, die Anfechtungsklagen auf das Konzernverhältnis zuzuschneiden, könne so nicht erreicht werden, da es bei der Anfechtung konzerninterner Transaktionen nicht um aussenstehende Personen gehe, sondern letztlich darum, welcher Konkursmasse bzw. Nachlassmasse und somit welchen Gläubigern innerhalb eines Konzerns eine anfechtbare Leistung zustehe (FDP). Zuletzt könnte sich die vorgeschlagene Neuerung auch mit Blick auf die Kreditgeber kontraproduktiv auswirken und gerade in einer Wirtschaftskrise zu einer Erschwerung von Sanierungen führen, insbesondere bei Banken (FDP; economiesuisse, SwissBanking). Der Kläger könne mithilfe der prozessualen Mittel den Beklagten zur Edition von Dokumenten über eine strittige Transaktion verpflichten lassen und so die Beweisnot beseitigen (economiesuisse). Unklar sei ausserdem die Wirkung der Beweislastumkehr auf die strafrechtliche Beurteilung entsprechender Sachverhalte (economiesuisse, SwissBanking).

56 Rechtsmittel (Art. 174 Abs. 1 VE-SchKG)

Die vorgeschlagene Neuformulierung wurde als nicht sachgerecht kritisiert, insbesondere weil es nicht nur um die Konkurseröffnung, sondern um sämtliche Entscheide des Konkursgerichts gehen müsse, so insbesondere auch um den Entscheid, einen Konkurs nicht zu eröffnen (VD, ZH; FDP; FSA). Zudem wurde verlangt, die umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG (BGE 135 III 31) in den Gesetzeswortlaut zu übernehmen und zu konkretisieren; zudem sollte klargestellt werden, ob diese Bestimmung auch auf die Konkurseröffnung ohne vorangehendes Betreibungsverfahren Anwendung finde (SW).

6 Einsichtnahme

Gemäss Artikel 9 des Bundesgesetzes vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (SR 172.061) sind die Vernehmlassungsunterlagen, nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist die Stellungnahmen der Vernehmlassungsteilnehmer, und nach Kenntnisnahme durch den Bundesrat die Zusammenstellung der Vernehmlassungsergebnisse, öffentlich zugänglich. Die vollständigen Stellungnahmen können beim Bundesamt für Justiz eingesehen werden.

Verzeichnis der Eingaben
Liste des organismes ayant répondu
Elenco dei partecipanti

Kantone / Cantons / Cantoni

AG	Aargau / Argovie / Argovia
AI	Appenzell Innerrhoden / Appenzell Rh.-Int. / Appenzello Interno
AR	Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rh.-Ext. / Appenzello Esterno
BE	Bern / Berne / Berna
BL	Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna
BS	Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città
FR	Freiburg / Fribourg / Friburgo
GE	Genf / Genève / Ginevra
GL	Glarus / Glaris / Glarona
GR	Graubünden / Grisons / Grigioni
JU	Jura / Giura
LU	Luzern / Lucerne / Lucerna
NE	Neuenburg / Neuchâtel
NW	Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo
OW	Obwalden / Obwald / Obvaldo
SG	St. Gallen / Saint-Gall / San Gallo
SH	Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa
SO	Solothurn / Soleure / Soletta
SZ	Schwyz / Svitto
TG	Thurgau / Thurgovie / Turgovia
TI	Tessin / Ticino
UR	Uri
VD	Waadt / Vaud
VS	Wallis / Valais / Vallese
ZG	Zug / Zoug / Zugo
ZH	Zürich / Zurich / Zurigo

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

CVP	Christlichdemokratische Volkspartei / Parti Démocrate-Chrétien / Partito Popolare Democratico
FDP	Freisinnig-Demokratische Partei.Die Liberalen / Parti radical-démocratique.Les Libéraux-Radicaux / Partito liberale-radicale.I Liberali
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz / Parti Socialiste Suisse / Partito Socialista Svizzero
SVP	Schweizerische Volkspartei / Union Démocratique du Centre / Unione Democratica di Centro

Gerichte / Tribunaux / Tribunali

BGer Schweizerisches Bundesgericht / Tribunal fédéral suisse / Tribunale federale svizzero

Interessierte Organisationen / Organisations intéressées / Organizzazioni interessate

ASA	Schweizerischer Versicherungsverband Association Suisse d'Assurances Associazione Svizzera d'assicurazioni
centre patronal	Centre Patronal
CVAM	Chambre vaudoise des arts et métiers
economiesuisse	Verband der Schweizer Unternehmen Fédération des entreprises suisses Federazione delle imprese svizzere
FER	Fédération des Entreprises Romandes
FRI	Fédération romande immobilière
FSA	Schweizerischer Anwaltsverband Fédération Suisse des Avocats Federazione Svizzera degli Avvocati
Gastrosuisse	Verband für Hotellerie und Restauration
HEV	Hauseigentümerverband Schweiz
KBK	Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse Conferenza degli ufficiali di esecuzione e fallimenti della Svizzera
kvs	Kaufmännischer Verband Schweiz
OStaatsWZH	Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich
SAV	Schweizerischer Arbeitgeberverband Union Patronale Suisse Unione Svizzera Degli Imprenditori
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband Société Suisse des Entrepreneurs Società Svizzera degli Impresari-Constructori Societad Svizra dals Impresaris-Constructurs
SchKG-Vereinigung	Vereinigung für Schuldbetreibung und Konkurs Association pour le droit des poursuites et de la faillite
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund Union syndicale suisse Unione sindacale svizzera
SGV	Schweizerischer Gewerbeverband Union suisse des arts et métiers Unione svizzera delle arti e mestieri
SLV	Schweizerischer Leasingverband Association Suisse des Sociétés de Leasing
SSV	Schweizerischer Städteverband Union des villes suisses Unione delle città svizzere

SVC	Schweizerischer Verband Creditreform
SwissBanking	Schweizerische Bankiervereinigung Association suisse des banquiers Associazione Svizzera dei Banchieri
Syna	Syna
TK	Treuhand Kammer Chambre Fiduciaire Camera Fiduciaria
Treuhand Suisse	Schweizerischer Treuhänderverband Union Suisse des Fiduciaires Unione Svizzera dei Fiduciari
UNIL	Université de Lausanne
uspi	Union suisse des professionnels de l'immobilier
veb	Schweizerischer Verband der dipl. Experten in Rechnungslegung und Controlling und der Inhaber des eidg. Fachausweises im Finanz- und Rechnungswesen
VSKB	Verband Schweizerischer Kantonalbanken Union des Banques Cantonales Suisses Unione delle Banche Cantionali Svizzere
VSKF	Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute
VSI	Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute Association Suisse des Sociétés Fiduciaires de Recouvrement Associazioni degli Uffici Fiduciari d'Incasso Svizzeri
ZEK	Verein zur Führung einer Zentralstelle für Kreditinformation Association pour la gestion d'une centrale d'information de crédit Associazione per la gestione d'una centrale per informazioni di credito
Übrige Teilnehmer / Autres Participants / Altri Partecipanti	
SW	Schellenberg Wittmer Avocats
WP	Wenger Plattner Rechtsanwälte