

Frau Bundesrätin
Eveline Widmer-Schlumpf
Vorsteherin Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

8. Mai 2009

**Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG):
Sanierungsverfahren – Vernehmlassung**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 4. Februar 2009 haben Sie uns zur Vernehmlassung zum Vorentwurf für eine Teilrevision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) eingeladen. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme bedanken wir uns bestens.

Die Revision des Sanierungsrechts wird grundsätzlich begrüsst. Die angestrebte Erleichterung von Sanierungen von Unternehmen unter gleichzeitiger Verbesserung der Rechte der Gläubiger ist zu unterstützen. economiesuisse teilt die Meinung der Expertengruppe des Bundes, dass eine Totalrevision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes zur Erreichung des Ziels nicht nötig ist.

Die Revision enthält zahlreiche gesetzliche Erleichterungen zur Rettung von Unternehmen, die in finanzielle Schieflage geratenen sind. Unter diesem Aspekt werden insbesondere die vorgeschlagenen Erleichterungen von Betriebsübernahmen während der Nachlassstundung sowie im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung begrüsst.

Die Vorlage führt auch zu einer Verbesserung der Mitsprache- und Entscheidungsrechte der Gläubiger, was ebenfalls begrüsst wird. Abgelehnt wird hingegen die vorgeschlagene Beweislastumkehr bei der paulianischen Anfechtung. Zudem ist die Vorlage um eine gesetzliche Regelung von Sanierungsdarlehen zu ergänzen.

1. Vorbemerkung

Das bestehende Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz bietet grundsätzlich sachgerechte und praktikable Lösungsmöglichkeiten für eine Unternehmenssanierung. Eine Totalrevision erscheint uns daher als nicht nötig; diesbezüglich teilen wir die Meinung der vom Bund eingesetzten Expertengruppe.

In verschiedenen Punkten sieht die Revision vor, den zuständigen Gerichten mehr Kompetenzen als bisher einzuräumen und die Verfahren zu koordinieren und zu straffen. Neben dem in Art. 4a festgehaltenen Grundsatz der Verfahrenskoordination in Konzernkonkursen zeigt sich dies beispielsweise darin, dass das die provisorische Stundung bewilligende Gericht selbst zu prüfen hat, ob ein Nachlassvertrag erreicht werden kann oder darin, dass nach dem Scheitern eines Nachlassvertrags eine Konkurseröffnung von Amtes wegen erfolgt und damit ein entsprechendes Begehren hinfällig wird. Die Erleichterung von Verfahrensschritten für die Parteien ist zwar zu begrüßen, darf aber nicht zu kontraproduktiven Verfahrensverlängerungen durch die Gerichte führen.

2. Erleichterung des Gesuchs um Nachlassstundung

Die Integration des Konkursaufschubs in das Nachlassverfahren wird begrüsst. Die Lockerung der Voraussetzungen an ein Nachlassgesuch (Art. 293 Bst. a VE-SchKG) durch Angleichung an die Praxis zum Konkursaufschub stellt aus Sicht eines schuldnerischen Unternehmens eine Erleichterung auf dem Weg zu einer Sanierung dar. Missbräuche, bei denen Schuldner ohne wirkliche Bereitschaft zur Sanierung auf Zeitgewinn hinarbeiten, müssen aber verhindert werden. Entsprechend ist der Substantiierungspflicht erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. Dies gilt auch mit Blick auf den Entscheid des Nachlassgerichts über eine allfällige Ausschöpfung der viermonatigen Maximalfrist der provisorischen Stundung.

3. „Stille“ Nachlassstundung

Die Publikation einer Nachlassstundung kann das Vertrauen des Publikums in die betroffene Unternehmung nachhaltig negativ beeinträchtigen. Dass die Ankündigung eines beabsichtigten Nachlassverfahrens im konkreten Fall gar katastrophale Folgen haben kann, hat das Grounding der Swissair gezeigt. Die mit der Revision vorgeschlagene Möglichkeit einer „stillen Stundung“, d.h. ein Verzicht auf die Publikation einer provisorischen Stundung, wird deshalb grundsätzlich begrüsst. Die in Art. 293 Abs. 2 festgehaltene Gewährleistung des Schutzes Dritter muss aber eine stetige Bedingung für den Verzicht auf die Publikation sein. Zusätzlich sollte bei einer Nachlassstundung ohne Publikation zwingend ein provisorischer Sachwalter eingesetzt werden müssen. Sodann ist in Art. 293c Abs. 1 eine Präzisierung der Wirkungen der provisorischen Stundung nötig, indem klargestellt wird, dass eine provisorische Stundung *nach ihrer öffentlichen Bekanntmachung* die gleichen Wirkungen hat wie eine definitive Stundung.

4. Provisorische Nachlassstundung

Wird nach Bewilligung der provisorischen Stundung gegen den Schuldner eine Betreuung eingeleitet, kann dieser gemäss Begleitbericht die Fortsetzung der Betreuung mit SchKG-Beschwerde verhindern (Art. 293c Bst. a und b VE-SchKG). Dieses Prozess ist zu kompliziert. Bei einer SchKG-Beschwerde wird der Betreibende in ein formelles Verfahren einbezogen und zur Stellungnahme aufgefordert. Dies verursacht unnötigen Aufwand.

Nachdem die provisorische Stundung die gleichen, für die Gläubiger nicht unerheblichen Wirkungen wie eine definitive haben soll, ist der Ausschluss der Anfechtungsmöglichkeit für den Gläubiger (Art. 293d) nochmals einer Prüfung zu unterziehen. Gegebenenfalls liesse sich das Rechtsmittel auf Fälle beschränken, in denen die Stundung öffentlich bekannt gemacht wurde.

5. Definitive Nachlassstundung

5.1 Gläubigerausschuss

Die Möglichkeit der Einsetzung eines Gläubigerausschusses bereits während der Nachlassstundung (Art. 295a) sowie der Pflicht zur Einsetzung eines Gläubigerausschusses bei einer Verlängerung der Stundung über zwölf Monate hinaus (Art. 294a Abs. 2) ist im Sinne der Stärkung der Gläubigerrechte zu begrüssen.

5.2 Globalzession

Die in Art. 297 Abs. 2^{bis} vorgeschlagene Regelung für vor der Nachlassstundung vereinbarte Zessionen künftiger Forderungen erscheint problematisch. Anders als im Konkurs verliert der Schuldner seine Verfügungsfähigkeit bei der Nachlassstundung unter Vorbehalt der Handlungen gemäss Art. 298 SchKG nicht. Bei Berücksichtigung der vom Bundesgericht angewandten Durchgangstheorie werden die während der Nachlassstundung entstehenden Forderungen von der Zession erfasst. Die vorgeschlagene Regelung sollte unter diesem Aspekt und unter Prüfung der Notwendigkeit für die Zielerreichung der Revision nochmals einer vertieften Prüfung unterzogen werden.

5.3 Dauerschuldverhältnisse

Der Vorentwurf schlägt in Art. 297a eine grundlegende Neuerung für die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen in der Nachlassstundung vor. Demzufolge soll es dem Schuldner ermöglicht werden, ein Dauerschuldverhältnis jederzeit ausserordentlich zu kündigen. Die Gegenpartei ist dabei zwar zu entschädigen. Allerdings gilt die entsprechende Entschädigung als blosser Nachlassforderung. Weil diese nur dividendenmässig befriedigt wird, muss die Gegenseite durch die Vertragsauflösung im Regelfall einen Verlust in Kauf nehmen. Dieses ausserordentliche Kündigungsrecht greift erheblich in das Prinzip der Vertragstreue ein. Eine Minderheit unserer sich an der internen Konsultation beteiligenden Mitglieder lehnt diese Neuerung deshalb ab. In einer Gesamtbeurteilung gilt es aber zu beachten, dass bestehende Verpflichtungen aus Dauerschuldverhältnissen eine effektive Sanierung in der Praxis faktisch verhindern können. Auflösbar sollen deshalb zumindest jene Dauerverträge sein, die eine Sanierung verhindern oder massgeblich behindern. An diesem Kriterium soll sich auch der Sachwalter bei seiner Entscheidung über die Zustimmung zur Auflösung eines entsprechenden Vertrags orientieren müssen.

Art. 211a Abs. 3 VE-SchKG ist zu streichen. Ob ein Vertragsverhältnis durch den Schuldner persönlich weitergeführt werden kann, ist materiellrechtlich im Verhältnis zum Gläubiger zu regeln.

6. Bestätigung des Nachlassvertrags: Verzicht auf Sicherstellung des Vollzugs

Die heutige Pflicht zur Sicherstellung des Vollzugs erschwert in der Praxis häufig das Zustandekommen eines Nachlassvertrags. Die Pflicht blockiert Mittel, die für die Sanierung benötigt würden. Aus diesem Blickwinkel ist der in Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 vorgeschlagene Verzicht auf die Sicherstellung des Vollzugs des Nachlassvertrags und damit der Befriedigung der Drittklassforderungen zu begrüßen. Für die Gläubiger dieser Forderungen bedeutet dies allerdings eine Schwächung ihrer Interessen. Deshalb sollte der Richter bei der Entscheidung über die Bestätigung des Nachlassvertrags allenfalls auch mitberücksichtigen müssen, ob und inwiefern die Dividenden für die Drittklassgläubiger beispielsweise durch zukünftige Erträge erwirtschaftet werden können.

7. Betriebsübernahmen

7.1 Wahlrecht des Erwerbers

Neu soll ein Arbeitsverhältnis bei einer Betriebsübernahme während der Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung nur noch auf den Erwerber übergehen, wenn sich die involvierten Parteien auf einen solchen Übergang einigen (Art. 333b). In Zukunft wird der Erwerber eines Betriebes damit bestimmen können, mit wie vielen und mit welchen Arbeitnehmern er weiter arbeiten will. Dieses Wahlrecht des Erwerbers ist zu begrüßen. Es vereinfacht oder macht es erst möglich, dass eine Sanierung eines in Konkurs gefallenen Unternehmens gelingt, indem die rentablen Betriebsteile einer Unternehmung weiter am Leben erhalten werden.

7.2 Solidarhaftung

Die auf Seite 21 des Begleitberichts erwähnte Solidarhaftung des Erwerbers eines Betriebes aus einer Konkursmasse ist abzulehnen. Eine solche Regelung könnte zu einem Hindernis für eine Sanierung werden. Da der bisherige Arbeitgeber mit der Lohnzahlung oft stark im Rückstand ist, müsste der Erwerber die angefallenen Forderungen begleichen. Der Arbeitnehmerschutz bleibt auch ohne Solidarhaftung genügend gewahrt. Die Arbeitnehmer bzw. die Arbeitslosenkasse bei Surrogation der Rechte können im Falle eines Konkurses die Lohnforderungen im Insolvenzverfahren geltend machen. Diese sind als Erstklassforderungen privilegiert (Art. 219 SchKG) und somit ausreichend geschützt. Dem Erwerber eines Betriebes aus einer Konkursmasse muss es möglich sein einen Neuanfang ohne Altlasten zu machen.

Das Bundesgericht hat sich in BGE 129 III 335 mit der Solidarhaftung im Sinne von Art. 333 Abs. 3 OR umfassend auseinandergesetzt. Es hat festgehalten, dass Sinn und Zweck des Artikels in der früheren Version der Schutz der Arbeitnehmer vor einem neuen Arbeitgeber war, dessen Bonität sie nicht kannten. Auch die Revision von 1993 brachte diesbezüglich keine Neuerung. Insbesondere wollte man damals keine zusätzliche Sicherheit zum Konkursprivileg des Arbeitnehmers (Art. 219 SchKG) schaffen. Es leuchtet nicht ein, weshalb daran etwas geändert werden soll.

Das Argument, die Arbeitnehmer vor unlauteren Machenschaften ihres bisherigen Arbeitgebers zu schützen, greift nicht. Schliesslich ist der Erlös der Unternehmensverwertung im Konkursverfahren der freien Verfügungsmacht des Arbeitgebers entzogen und dient der Befriedigung der Konkursgläubiger (BGE 129 III 335 E. 5.4.2). Eine Solidarhaftung würde die Situation der Arbeitnehmer nicht verbessern, im Gegenteil: Offene Lohnrechnungen würden einen potentiellen Investor abschrecken, dadurch möglicherweise das Scheitern der Übernahme des in Konkurs gefallenen Unternehmens verursachen und somit zum definitiven Wegfall des Arbeitsplatzes führen. Dies würde dem Ziel der Rettung sanierungsfähiger Unternehmen widersprechen. Zudem würde eine Differenzierung zwischen «übernommenen» und «abgelehnten» Arbeitnehmer zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger innerhalb der gleichen Klasse führen. Schliesslich sind Befürchtungen unbegründet, dass bei einer fehlenden Solidarhaftung des Erwerbers

Lohnkosten im Rahmen einer Sanierung missbräuchlich auf die Arbeitslosenversicherung abgewälzt würden. Durch die Übernahme des in Konkurs gefallenen Betriebs können nämlich Arbeitsplätze erhalten und somit Arbeitslosigkeit verhindert werden. Das hat zur Folge, dass die Arbeitslosenversicherung im Ergebnis weniger Taggelder auszahlen muss und so entlastet wird.

8. Massentlassung

Die Präzisierung des Verfahrens im Falle einer Massentlassung (Art. 335e Abs. 2 VE-OR) aufgrund eines Konkurses ist zu unterstützen. Das Konsultationsverfahren bezweckt unter anderem, dass Arbeitnehmer Vorschläge machen können, wie Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt werden können. Wird aber ein Unternehmen liquidiert, macht ein solches Mitwirkungsrecht keinen Sinn mehr.

9. Beweislastumkehr bei der paulianischen Anfechtung

Die Vorlage sieht bei der Schenkungs- und Deliktspauliana eine Beweislastumkehrung zu Lasten des Begünstigten und Beklagten vor (Art. 286 Abs. 3 und 288 Abs. 2). Dieser soll gemäss Vorlage beweisen müssen, dass keine Schenkung, resp. keine Begünstigungsabsicht bei der Übertragung eines Vermögenswerts des Schuldners vorlag. Der Beweis einer negativen Tatsache ist grundsätzlich systemwidrig. Unklar ist zudem die Wirkung der Beweislastumkehr im SchKG auf die strafrechtliche Beurteilung entsprechender Sachverhalte. In der Praxis könnte sich die vorgeschlagene Beweislastumkehr kontraproduktiv auf die Kreditgewährung auswirken, was zu einer Kreditverknappung und im Ergebnis zu einer Erschwerung von Sanierungen führen würde. Mit den prozessualen Mitteln, den Beklagten zur Edition von Dokumenten über eine strittige Transaktion verpflichtet zu lassen, ist es dem Kläger bereits unter geltendem Recht möglich, das Vorliegen des Tatbestandes der paulianischen Anfechtung zu beweisen. Auf die vorgeschlagene Änderung der Art. 286 und 288 SchKG ist deshalb zu verzichten.

10. Sanierungsdarlehen

Der Vorentwurf enthält keinen Vorschlag zur Regelung von Sanierungsdarlehen. Die gesetzliche Regelung von Sanierungsdarlehen ist aber ein Anliegen der Praxis. Das geltende Recht kann dazu führen, dass mit der Beschaffung neuer Geldmittel bis nach der Bewilligung der Nachlassstundung zugewartet werden muss. Das macht wenig Sinn, vor allem mit Blick auf Darlehen, mit deren Gewährung ein Nachlassverfahren vermieden werden könnte. Es ist widersinnig, wenn frühzeitige Leistungen im Hinblick auf eine künftige Sanierung schlechter behandelt werden als spätere Leistungen während der Nachlassstundung. Der Vorentwurf ist deshalb um eine gesetzliche Regelung von Sanierungsdarlehen zu ergänzen.

11. Zuteilung von Aktien

Die in Art. 314 Abs. 1^{bis} und 318 Abs. 1 Ziff. 1 VE-SchKG vorgeschlagene Regelung betreffend die Zuteilung von Aktien wird seitens der Banken insbesondere mit Blick auf nicht kotierte Gesellschaften in Frage gestellt. Eine Bank kann oder will in der Regel nicht selber Aktionärin sein, und ein Weiterverkauf nicht kotierter Titel kann sich je nach Umständen schwierig gestalten. Auf der anderen Seite wird die unter diesem Titel vorgeschlagene Neuerung seitens der Unternehmen auch ausdrücklich begrüsst.

Abschliessend danken wir Ihnen, Frau Bundesrätin, nochmals für die gebotene Gelegenheit zur Stellungnahme sowie für die Berücksichtigung unserer Anliegen bei der weiteren Bearbeitung dieser Gesetzesrevision.

Freundliche Grüsse
economiesuisse

Dr. Pascal Gentinetta
Direktor

Urs Furrer
stv. Leiter Wettbewerb & Regulatorisches

CC:

Bundesamt für Justiz, Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 3003 Bern
(vorab per E-Mail: emanuella.gramegna@bj.admin.ch)