

Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?

Thesen und Vorschläge aus der Sicht der
Unternehmenssanierung

Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren

Bern, im April 2005

INHALTSVERZEICHNIS

Allgemeiner Teil.....	1
I. Kontext und Gegenstand des Berichts.....	1
1. Parlamentarische Vorstösse	1
2. Einsetzung und Auftrag der Expertengruppe	1
3. Zusammensetzung und Arbeitsweise der Expertengruppe.....	2
II. Grundsätzliches zum Reformbedarf des Sanierungsrechts.....	2
III. Die wichtigsten Vorschläge und Thesen im Überblick.....	5
1. Verfahrensrechtliche Fragen.....	5
2. Materiellrechtliche Fragen.....	8
3. Besondere Regeln für Grossinsolvenzen.....	10
IV. Vorschläge zum weiteren Vorgehen	11
Besonderer Teil	12
I. Grundlagen für ein Sanierungsverfahren.....	12
A. Ausgangslage	12
1. Ungenügende Insolvenzantragspflicht	12
2. Parallelität von Konkursaufschub und Nachlassstundung	13
3. Nachlassverfahren ungleich Sanierungsverfahren	14
B. Vorschläge der Expertengruppe	15
1. Ausbau und Konkretisierung der Insolvenzantragspflicht	15
2. Ausrichtung des Nachlassverfahrens auf die Sanierung.....	17
3. Rasches Nachlassverfahren	20
C. Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen.....	20
1. Sanierung um jeden Preis.....	20
2. Zeitliches Vorverlegen der Insolvenzantragspflicht.....	21
3. Pflicht zur mehrmaligen Prüfung der finanziellen Lage pro Jahr	22
4. Änderung der Rechtslage bei Gläubigerantrag.....	22
D. Weiter zu verfolgende Fragen.....	22
1. Motivation / Zwang für die Ergreifung von Sanierungsmassnahmen	22
2. Restschuldbefreiung	23
3. Kosten des summarischen Konkursverfahrens.....	24
II. Ablauf des Nachlassverfahrens	24
A. Ausgangslage	24
1. Wirkungen der Nachlassstundung	25
2. Ungenügendes Mitspracherecht der Gläubiger	25
3. Bestätigung des Nachlassvertrages	26
B. Vorschläge der Expertengruppe	26
1. Wirkungen der Stundung: Tendenz in Richtung full stop	26
2. Stärkung der Mitwirkung der Gläubiger.....	27
3. Voraussetzungen für die Bestätigung des Nachlassvertrages.....	29
C. Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen.....	30
1. Automatic stay	30
2. Bildung von Gläubigergruppen	30
3. Cram down-Verfahren.....	31
D. Weiter zu verfolgende Fragen.....	31

1.	Massgebender Zeitpunkt für die Wirkungen der Nachlassstundung.....	31
2.	Betreibungsrecht der Grundpfandgläubiger	31
3.	Nachlassstundung ohne Sachwalter.....	32
4.	Herabsetzung der Gläubigerquoten.....	32
III.	Dauerschuldverhältnisse	32
A.	Ausgangslage	32
B.	Vorschläge der Expertengruppe	33
1.	Ausserordentliches Kündigungsrecht	33
2.	Cherry picking bei Betriebsübernahme im Insolvenzfall	35
3.	Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer im Insolvenzfall	35
C.	Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen.....	36
1.	Automatische Vertragsauflösung durch Verfahrenseröffnung.....	36
D.	Weiter zu verfolgende Fragen.....	36
1.	Vertragsübertragung	36
2.	Kriterien für die ausserordentliche Kündigung	36
IV.	Gleichbehandlung der Gläubiger	37
A.	Ausgangslage	37
B.	Vorschläge der Expertengruppe	38
1.	Beschränkung der Wirkungen der Globalzession	38
2.	Abschaffung des Retentionsrechts des Vermieters	38
3.	Reduktion und Beschränkung der Privilegien	39
4.	Voraussetzungen für die Zurücksetzung von Sanierungsdarlehen.....	41
C.	Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen.....	41
1.	Beeinträchtigung der Pfandrechte	41
2.	Vorwegbefriedigung von Kleingläubigern von Gesetzes wegen	42
D.	Weiter zu verfolgende Fragen.....	43
1.	Privilegierung von Sanierungsdarlehen	43
2.	Artikel 52 AHVG.....	43
V.	Anlehensobligationen	43
A.	Ausgangslage	43
B.	Vorschläge der Expertengruppe	44
1.	Individuelle Rechtswahrung	44
2.	Vertretung im Gläubigerausschuss.....	45
C.	Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen.....	45
1.	Auflösung der Anlehensgemeinschaft.....	45
2.	Zwangsvertretung mit opting out.....	45
VI.	Konzernkonkurs	46
A.	Ausgangslage	46
1.	Begriffe	46
2.	Rechtslage in der Schweiz.....	46
3.	Gründe für die Schaffung eines Konzernkonkursrechts.....	47
B.	Vorschläge der Expertengruppe	48
1.	Grundsatz: keine generelle materielle Konsolidierung	48
2.	Materielle Konsolidierung in Ausnahmefällen	49
3.	Verfahrensrechtliche Konsolidierung	53
4.	Präzisierung der Kooperationspflicht	54
C.	Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen.....	54
1.	Generelle Verfahrenskonzentration bei staatlichen Organen.....	54
2.	Einführung einer Konzernpauliana.....	54

D.	Weiter zu verfolgende Fragen.....	55
1.	Gleichbehandlung interner und externer Gläubiger	55
2.	Normierung von richterlichen Haftungserweiterungsinstrumenten.....	56
VII.	Einzelfragen	56
A.	Ausgangslage	56
1.	Unzulänglichkeiten bei den Anfechtungsklagen.....	56
2.	Verfahrenswechsel	56
B.	Vorschläge der Expertengruppe	56
1.	Paulianische Anfechtungsklagen	56
2.	Wechsel zwischen den Insolvenzverfahren	58

Allgemeiner Teil

I. Kontext und Gegenstand des Berichts

1. Parlamentarische Vorstösse

Nach dem Zusammenbruch der Swissair¹ verlangten zahlreiche parlamentarische Vorstösse die Abklärung des Revisionsbedarfs des schweizerischen Insolvenzrechts. Im Brennpunkt des Interesses stand das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG²). Dieses habe sich - vor allem in Bezug auf Grossinsolvenzen - als unzulänglich erwiesen. Von den Vorstössen zu nennen sind insbesondere:

- 03.446 Parlamentarische Initiative Lombardi. SchKG. Verstärkter Schutz gegen die Gläubiger
- 03.438 Parlamentarische Initiative Strahm. SchKG. Verstärkter Schutz gegen die Gläubiger
- Postulat 4 der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S)³: Schaffung eines Sanierungsverantwortlichen, der die allenfalls divergierenden Interessen im Sanierungsprozess bündelt und auf den Sanierungszweck ausrichtet
- Postulat 5 der GPK-S⁴: Ausrichtung des SchKG auf das Sanierungsziel
- 02. 3045 Postulat Wicki. Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels
- 01.3673 Motion Lombardi. Nach der Swissair-Krise. Änderung des SchKG?
- 01.3715 Motion Strahm. Reform des Konkursrechts
- 97.407 Motion Gross Jost. Massenentlassung. Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen⁵.

2. Einsetzung und Auftrag der Expertengruppe

Im Sommer 2003 setzte das Bundesamt für Justiz eine Expertengruppe ein mit dem Auftrag, als *Groupe de réflexion* den Reformbedarf des Insolvenzrechts abzuklären. Gemäss Auftrag standen drei Fragenkomplexe im Vordergrund:

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

¹ Vgl. zur Chronologie der Ereignisse den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) vom 19.9.2002, Die Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise (BBl 2003 V 5403 ff., bes. 5475 ff.).

² SR 281.1.

³ Bericht der GPK-S (Fussnote 1), S. 5471.

⁴ Bericht der GPK-S (Fussnote 1), S. 5472.

⁵ Dieser Vorstoss hat zwar keinen direkten Zusammenhang mit dem Swissair-Debakel. Er greift aber ein zentrales Thema des Insolvenzrechts auf (Arbeitnehmerschutz bei Veräusserungen des Betriebes, Art. 333 OR), weshalb er in die Überlegungen der Expertengruppe einbezogen wurde.

- Prüfung von Wünschbarkeit und Möglichkeiten eines so genannten Konzernkonkursrechts.

Bei der Evaluation des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs sollte dem Sanierungsgedanken Priorität zukommen. Lösungen ausländischer Verfahren - wie etwa des Chapter 11 des amerikanischen Bankruptcy Codes, neuerer europäischer Insolvenzordnungen (z.B. Deutschlands) sowie der einschlägigen Empfehlungen der UNCITRAL⁶ - sollten in die Abklärungen mit einbezogen werden.

Im März 2005 lieferte die Expertengruppe ihren Bericht zum Handlungsbedarf dem Bundesamt für Justiz ab.

3. Zusammensetzung und Arbeitsweise der Expertengruppe

Dem Auftrag entsprechend wurde die Expertengruppe mehrheitlich durch anerkannte Sanierungspraktiker zusammengesetzt, die Erfahrungen auch in Grossinsolvenzen aufzuweisen haben.

Der Expertengruppe gehörten folgende Personen an:

- Dr. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, Zürich und Baden;
- PD Dr. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen;
- Prof. Dr. Isaak Meier, Rechtsanwalt, Zürich, Ordinarius an der Universität Zürich;
- Prof. Dr. Henry Peter, Rechtsanwalt, Lugano, Professor an der Universität Genf;
- Prof. Dr. Daniel Staehelin, Advokat und Notar, Basel, Professor an der Universität Basel;
- Rechtsanwalt Karl Wüthrich, Zürich;
- Rechtsanwältin Monique Albrecht, Bundesamt für Justiz, Bern;
- Fürsprecher Dominik Gasser, Bundesamt für Justiz Bern, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern (Vorsitz).

Für die arbeitsrechtlichen Fragen zog die Expertengruppe Dr. Rémy Wyler, Rechtsanwalt, Lausanne, Lehrbeauftragter an den Universitäten Lausanne und Fribourg, bei.

Das Sekretariat wurde vom Bundesamt für Justiz besorgt.

Die Expertengruppe hielt ihre erste Sitzung am 3. November 2003 ab. In der Folge traf sie sich zu insgesamt 10 halbtägigen Sitzungen in Bern, zuletzt am 16. Dezember 2004.

II. Grundsätzliches zum Reformbedarf des Sanierungsrechts

Das schweizerische Insolvenzrecht ist besser als sein Ruf - auch als Sanierungsrecht. Diese gewiss pauschale Aussage mag mit Blick auf die jüngste Wirtschaftsgeschichte überraschen - doch zufällig ist sie nicht. Bereits anlässlich der umfassenden

⁶ Die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) hat Empfehlungen zur Legiferierung im Insolvenzrecht verabschiedet (vgl. Legislative Guide on Insolvency Law: www.uncitral.org/en-index.htm).

Revision des SchKG von 1994 nämlich war die Unternehmenssanierung ein zentrales Thema. Schon damals wurde eine besondere Expertengruppe eingesetzt, um das Nachlassverfahren (Art. 293 ff. SchKG) besser auf das Sanierungsziel auszurichten⁷.

Unser Recht ist vom Grundkonzept her (Nachlassstundung, Genehmigung des vom Schuldner vorgeschlagenen Nachlassvertrages durch die Gläubiger, Einsetzung eines Sachwalters etc.) durchaus mit ausländischen Sanierungsverfahren vergleichbar⁸. Andererseits weist es aber gegenüber diesen Verfahren - etwa dem Verfahren nach Chapter 11 - auch wesentliche Unterschiede auf⁹. In den Fachkreisen gilt unser Recht durchaus als modern. Grundsätzlich positiv gewürdigt wird es etwa in einem Test des KMU-Forums, der erst kürzlich durchgeführt wurde¹⁰. Gute Noten erhielt es auch im Meeting der Swiss-American Chamber of Commerce vom Februar 2003. Es erstaunt daher nicht, dass der Bundesrat *dringenden* Handlungsbedarf des Gesetzgebers bisher verneint hat¹¹.

Auch die Expertengruppe ist der Auffassung, dass das schweizerische Sanierungsrecht *keiner Gesamtüberprüfung und Generalüberholung* bedarf. Aus der Sicht der Praxis bietet es im Allgemeinen genügend Spielraum und Möglichkeiten für sinnvolle und befriedigende Lösungen. Diese Feststellung ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Verneinung jeglichen Handlungsbedarfs. Seit dem Inkrafttreten des revidierten Rechts (am 1.1.1997) hat das vorher eher marginale Nachlassverfahren einen eigentlichen Boom erlebt, so dass sich in den letzten Jahren wiederholt Gelegenheit bot, an Hand konkreter Fälle Schwächen und Lücken zu erkennen. Die Unzulänglichkeiten sind zwar nur punktueller Natur, doch führen sie teilweise zu erheblicher Rechtsunsicherheit in der Praxis und erschweren oder verteuern sachgerechte Sanierungslösungen (so vor allem direkte Sanierungen)¹².

Die aufgetretenen Probleme sind jedoch nicht auf eigentliche Systemfehler des Gesetzes zurückzuführen, vielmehr betreffen sie - bildlich gesprochen - die *Feineinstellung* des Regelwerks. Mit verhältnismässig *geringem legislatorischem Aufwand* könnte ihnen rasch und wirksam begegnet werden.

Das Insolvenzrecht ist wegen Zusammenbrüchen prominenter Unternehmen (Grosskonzerne, Sportclubs) ins Zentrum des öffentlichen Interesses gerückt. Die involvierten - meist entgegenstehenden - Interessen der Arbeitnehmer, Aktionäre, Obligationäre, Zulieferunternehmen, Kunden, des Fiskus und der betroffenen Wirtschaftsregion traten deutlich ins Bewusstsein des Publikums und werden heute poli-

⁷ Diese Expertengruppe wurde von Prof. Dr. Lutz Krauskopf, Direktor des Bundesamtes für Polizeiwesen, geleitet. Mitglieder waren: Prof. Dr. Peter Böckli, Basel; Prof. Dr. Louis Dallèves, Sion; Hans Ulrich Hardmeier, Rechtsanwalt, Zürich; Ursula Nordmann, Bundesrichterin, Lausanne. Ihr Bericht kann beim Bundesamt für Justiz bezogen werden.

⁸ HUNKELER DANIEL, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Freiburg 1996.

⁹ MEIER ISAAK, Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in: BASEDOW/MEIER/SCHNYDER/EINHORN/GIRSBERGER (Hrsg.), Privat Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague 2000, S. 445 ff.

¹⁰ BALASTÈR PETER/SENN DOMINIK, Erfahrungen von KMU im Betreibungs- und Konkursfall, in: Die Volkswirtschaft 2004, S. 59 ff. Das SchKG wurde dort auf seine KMU-Tauglichkeit geprüft.

¹¹ So in der Stellungnahme zur Pa.Iv. Strahm (01.3715. Reform des Konkursrechts) sowie in der Stellungnahme zum Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (zit. in Fussnote 1), BBl 2003 IV 4293 ff., bes. 4310 f.

¹² Damit sind Sanierungen gemeint, bei denen der ursprüngliche Rechtsträger des Unternehmens nicht untergeht. Dazu MEIER ISAAK/PEYER JÜRIG/RUTSCHMANN FELIX, Auffangesellschaft als Lösung, in: NZZ vom 19. Oktober 2001, S. 15.

tisch, wissenschaftlich und medial diskutiert¹³. Das Insolvenzrecht - einst als trockene und technische Materie wahrgenommen - ist "arenatauglich" geworden¹⁴. Von daher mag ein gewisser Druck bestehen, möglichst viele und spektakuläre Thesen zu propagieren, um die Erwartungen der Öffentlichkeit - "Es muss etwas geschehen!" - zu erfüllen¹⁵.

Gesetzgeberischer Aktivismus kann jedoch nicht die Lösung sein. Vielmehr ist nüchternes Handwerk angesagt, das die Probleme und Bedürfnisse der Praxis kennt und auf den zahlreichen Möglichkeiten auf- und weiterbaut, die das geltende Recht bereits bietet. Mit dem vorliegenden Bericht definiert die Expertengruppe den Handlungsbedarf des Gesetzgebers aus der wenig spektakulären und tendenziell neutralen Sicht der Praxis - allerdings nicht allein unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung und des Schuldnerschutzes. Auch dem Gläubigerschutz kommt ein hoher Stellenwert zu, denn eine Sanierung um jeden Preis ist ganz klar abzulehnen. Auf diese Grundaussage legt die Expertengruppe grossen Wert. Sonst würden zuletzt auch der freie Wettbewerb und der freie Markt ausser Kraft gesetzt.

Die Expertengruppe beschränkt sich somit nicht nur auf sanierungsrechtliche Fragen. Sie befasst sich auch mit den Liquidationsverfahren (Konkurs und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung), zumal bei einer Restrukturierung von Unternehmen Sanierung und Liquidation meist miteinander einhergehen.

Die Schaffung eines eigentlichen *Sonderrechts für Grossinsolvenzen* hält die Expertengruppe als nicht sachgerecht (Stichwort "Konzernkonkurs"). Vielmehr ist am heutigen System festzuhalten, wonach auch beim Zusammenbruch von Konzernen das allgemeine Verfahrensrecht anzuwenden ist. Doch ist es entsprechend flexibel auszugestalten. Nur wo es der Schutz des Publikums und die rationelle Abwicklung des Verfahrens in besonders hohem Masse erfordern, kann und soll wie bisher branchenspezifisches Sonderrecht greifen - jeweils formuliert in einem Spezialerlass¹⁶.

Nach der Überzeugung der Expertengruppe ist somit insgesamt *punktuellem Handlungsbedarf* des Gesetzgebers gegeben. Im Sinne eines Leitfadens empfiehlt sie, die pragmatische Arbeit der SchKG-Revision von 1994 fortzusetzen - im Lichte der seitherigen praktischen Erfahrungen im Sanierungsrecht. Anders als damals darf die Prüfung also nicht auf rein verfahrensrechtliche Fragen reduziert werden, sondern es sind die damit verbundenen materiellrechtlichen Kernprobleme mit einzubeziehen. Dabei ist - in gut eidgenössischer Art - jeweils nach einem vernünftigen Interessenausgleich zu suchen.

¹³ Vgl. etwa den NZZ-Focus Nr. 19 (März 2004): Checks and Balances in Unternehmen, das auch der so genannten "Abzockermentalität" gebührend Raum schenkt.

¹⁴ Erinnert sei an die zahlreichen Fernsehdiskussionen zum Zusammenbruch der Swissair, sodann an die Direktübertragung der betreffenden Sondersession des Eidgenössischen Parlamentes bis tief in die Nacht.

¹⁵ Nach dem Motto "It is more important that a proposition be interesting than that it be true", WHITEHEAD A.N. (1861-1947), *Adventures of Ideas*.

¹⁶ So für die *Banken* das besondere Sanierungs- und Liquidationsverfahren nach dem erst kürzlich revidierten Bankengesetz (vgl. Art. 24 ff. BankG [SR 952.0], in Kraft seit dem 1.7.2004). Vgl. sodann für die *Versicherungen* Art. 51 ff. des neuen Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17.12.2004, gegen das zurzeit noch die Referendumsfrist läuft (BBl 2004 VII 7289 ff.). Beiden Ordnungen ist gemeinsam, dass die betroffenen Branchen besonderen Eigenmittelvorschriften und einer ausgebauten staatlichen Aufsicht unterstehen. Der zuständigen Aufsichtsbehörde kommen sodann Leitungsfunktionen bei der Sanierung und Liquidation zu.

Fast noch wichtiger als die nachträgliche Bewältigung bzw. Behebung (Reparation) sind nach Meinung der Expertengruppe *Verhinderung und Früherkennung von Insolvenzen (Prophylaxe)*. Diese ausserordentlich facettenreiche Problematik ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Auftrages, sondern wird im Rahmen der Gesetzgebung zur Rechnungslegung (Stichwort "true and fair view")¹⁷, Corporate Governance sowie der Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht¹⁸ behandelt. Direkte Berührungspunkte bestehen jedoch bei der so genannten Insolvenzantragspflicht¹⁹, so dass hier eine Koordination der Reformen stattzufinden hat.

Bei jeder Gesetzgebung im Insolvenzrecht sollte aber eines nicht vergessen werden. In aller Regel sind die Unternehmenskrisen hausgemacht²⁰. Die betroffenen Unternehmen scheitern grundsätzlich an den Fehlern ihrer Verantwortlichen. Die Krisen haben ihre Ursache somit nicht in einer angeblich unzulänglichen Rechtsordnung, sondern sind die Konsequenz verfehlter Unternehmensführung und -strategie. Oft wird die Situation erst dadurch hoffnungslos, dass sich die Verantwortlichen nach Eintritt der Krise weiterhin falsch verhalten und die notwendigen - aussergerichtlichen oder gerichtlichen - Sanierungsschritte zu spät oder gar nicht einleiten. Gegen diese Fatalität kann auch das beste Verfahrensrecht nichts ausrichten. Unternehmerischer Misserfolg ist mit dem System einer freien Wirtschaft untrennbar verbunden. Schliesslich darf Sanierung nicht ein Selbstzweck sein. Damit sich die Wirtschaft erneuern und international konkurrenzfähig bleiben kann, müssen strukturell erfolglose Unternehmen eliminiert werden.

III. Die wichtigsten Vorschläge und Thesen im Überblick

In folgenden Punkten bejaht die Expertengruppe legislatorischen Handlungsbedarf im Sinne einer punktuellen Präzisierung oder Ergänzung des Gesetzes. Fragen der konkreten Umsetzung sind dabei oft kontrovers geblieben; sie sind in einer späteren Phase auszudiskutieren²¹.

1. Verfahrensrechtliche Fragen

a) Einleitung des gerichtlichen Sanierungsverfahrens

- i) Grundsätzlich soll jedes Unternehmen - unabhängig seiner Rechtsform - gesetzlich verpflichtet werden, ein Insolvenzverfahren zu beantragen, wenn es überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat (*allgemeine Antragspflicht des Schuldners*)²². Kontrovers blieb die Antragspflicht für Einzelfirmen und Personengesellschaften.

¹⁷ Vgl. dazu Vorentwurf und Begleitbericht zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision (VE RRG) vom 29.6.1998.

¹⁸ Botschaft vom 23. Juni 2004 des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (BBI 2004 IV 3969 ff.).

¹⁹ Benachrichtigung des Konkursrichters wegen Überschuldung (Art. 725 und 725a OR).

²⁰ Vgl. die NZZ vom 8.3.2004 mit Hinweis auf die Studie von Gilbert Probst/Sebastian Raisch (Universität Genf), publiziert im Harvard Business Manager 2004. Untersucht wurden die 100 grössten Unternehmenszusammenbrüche der letzten 5 Jahre in Europa und in den USA.

²¹ Vgl. die Vorschläge zum weiteren Vorgehen (nachfolgend IV).

²² Kontrovers blieb die Antragspflicht für Einzelfirmen und Personengesellschaften.

Neu soll die Antragspflicht also nicht nur bei *Überschuldung* (Art. 725 OR), sondern auch bei *qualifizierten Liquiditätsproblemen*²³ spielen.

- ii) Die *rechtzeitige Eröffnung des Verfahrens* liegt vor allem im Interesse der Gläubiger (Gläubigerschutz). Dennoch soll das Unternehmen nicht in ein Insolvenzverfahren gedrängt werden. Vielmehr hat das Gesetz die Voraussetzungen zu umschreiben, bei denen mit dem Insolvenzantrag zugewartet werden darf (bei Möglichkeit einer nachhaltigen *aussergerichtlichen Sanierung*)²⁴.
- iii) Der *Konkursaufschub* (Art. 725a OR) soll als eigenständiges, aber zu rudimentäres Verfahren abgeschafft werden. Seine Vorteile sind in das Nachlassverfahren einzubauen und damit *allen Unternehmensformen* zugänglich zu machen (*einheitliches Verfahren* zwecks Vereinfachung und Herstellung von Rechtssicherheit):
 - Es ist eine Nachlassstundung mit reiner Moratoriumsfunktion einzuführen;
 - Zu prüfen ist, ob die Nachlassstundung auch ohne Einsetzung eines Sachwalters gewährt werden könne (ähnlich dem *debtor in possession* nach US-Recht)
- iv) Die Bewilligung der *provisorischen Stundung* soll erheblich erleichtert werden (niederschwelliger Zugang):
 - Die Stundung ist immer provisorisch zu bewilligen, sofern zum Schutz der Gläubiger keine sofortige Konkurseröffnung angezeigt ist;
 - es braucht kein Entwurf eines Nachlassvertrages vorzuliegen;
 - die provisorische Stundung soll bis 4 Monate dauern können;
 - sie braucht nicht zwingend publiziert zu werden;
 - die Gläubiger sollen die Gewährung der provisorischen Stundung nicht anfechten dürfen.
- v) Vorgerichtliches Verfahren

Für die Ausarbeitung des Vertragsentwurfs soll eine Fachperson beigezogen werden können. Die Funktion dieser Fachperson wären:

 - Erarbeiten eines spruchreifen Nachlassvertrages mit den so genannten *key creditors*;
 - Die Fachperson soll anschliessend - während der Stundung - das Amt des Sachwalters einnehmen. Vorteil: Sie hat bereits einen Überblick über die finanziellen Verhältnisse des Schuldners.
 - Allenfalls (ist noch zu prüfen) Genehmigung neuer Verbindlichkeiten schon in der vorgerichtlichen Phase und damit Erleichterung der Refinanzierung sowie der Weiterführung des Betriebes²⁵.

²³ So auch Art. 63 des VE RRG (oben Fussnote 17); vgl. sodann Art. 25 BankG (SR 952.0), Art. 84a ZGB (Revision Stiftungsrecht, BBl 2004 V 5436) und UNCITRAL-Guide, Recommendation Nr. 15.

²⁴ Dies im Sinne der (nicht unbestrittenen) Praxis des Bundesgerichts; BGE 4C.366/2000; BGE 116 II 533. Eine gesetzliche Einbettung der aussergerichtlichen Sanierung kennt der UNCITRAL-Guide, Recommendations Nr. 160-168.

²⁵ Art. 310 Abs. 2 SchKG würde so in gewissem Sinne vorwirken.

b) *Nachlassstundung*

- i) Die Wirkungen der Nachlassstundung ist gesetzlich zu verstärken in Richtung eines *full stops* (ähnlich dem US-Recht und der Situation im Konkurs):
 - Betreibungsverbot auch für die privilegierten Forderungen;
 - Arrestverbot;
 - Sistierung von Prozessen.
- ii) Die *paulianische Anfechtbarkeit* von Rechtshandlungen, die entweder vom Nachlassgericht oder vom Gläubigerausschuss genehmigt wurden, ist gesetzlich auszuschliessen.
- iii) Die *Mitwirkungsrechte der Gläubiger* während der Nachlassstundung sind zu verstärken, namentlich zum Schutz vor vorschnellen Liquidationshandlungen²⁶:
 - Für komplexe Verfahren soll das Gesetz einen repräsentativen *Gläubigerausschuss* schon während der Nachlassstundung vorsehen (als Genehmigungs-, Informations- und Konsultationsorgan);
 - es ist immer eine *Gläubigerversammlung* abzuhalten vor Ablauf des 9. Monats einer verlängerten Nachlassstundung (als Wahl-, Informations- und Konsultationsorgan);
 - die Gläubiger sollen nicht nur die Einsetzung des Sachwalters, sondern auch die definitive Stundung selbst *anfechten* können (ohne aufschiebende Wirkung);
 - bei Scheitern der Sanierung ist der *Konkurs von Amtes wegen zu eröffnen* (ohne vorschusspflichtigen Antrag eines Gläubigers);
 - den Gläubigern soll auch im Konkurs ein *Vorschlagsrecht* für einen Nachlassvertrag zukommen.

c) *Erleichterung der Bestätigung des Nachlassvertrages*

- i) Die oft prohibitiv wirkende *Sicherstellungspflicht* soll beschränkt werden:
 - Sie ist abzuschaffen hinsichtlich des Vollzuges des Nachlassvertrages (keine Sicherstellung der Dividenden);
 - hingegen ist sie beizubehalten für die angemeldeten privilegierten Forderungen (insb. der Arbeitnehmer) und für die Masseverbindlichkeiten.
- ii) Die *Konkursprivilegien* sind zu beschränken, weil sie das Zustandekommen eines Nachlassvertrages (Sicherstellungspflicht) massiv erschweren.
 - Grundsätzlich soll das Gesetz einzig Personen privilegieren, die zum Schuldner in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis stehen und auf volle Befriedigung existenziell angewiesen sind (Arbeitnehmer, Ali-

²⁶ Zum "Ausverkauf" während einer Nachlassstundung KRAMPF MICHAEL, *Swissair: Nachlassrichter überfordert*, in: *plädoyer* 2003, S. 20 f.

mentengläubiger, Unfallversicherte)²⁷. Das Arbeitnehmerprivileg ist immerhin zeitlich und betragsmässig zu beschränken²⁸.

- Die Privilegien der öffentlichen Hand und der Sozialversicherungen sind grundsätzlich abzuschaffen. Das Privileg der Personalvorsorgestiftungen ist zu erhalten, aber auf die Beitragsforderungen zu begrenzen.

2. Materiellrechtliche Fragen

a) *Materielle Vorrechte bestimmter Gläubiger*

- i) Die *Pfandrechte* müssen "insolvenzfest" bleiben. Das Insolvenzverfahren (Konkurs und Nachlassverfahren) hat sie zu respektieren, denn als dienendes Recht ordnet es sich dem materiellen Recht unter. Eine Missachtung der Pfandrechte hätte zudem unabsehbare wirtschaftliche Konsequenzen.
- ii) Das *Retentionsrecht bei Geschäftsmiete* (Art. 268 ff. OR) ist abzuschaffen.
 - Es behindert Sanierungen massiv²⁹;
 - Es ist unnötig, denn der Vermieter kann sich anderweitig absichern³⁰;
 - es ist ungerecht in Bezug auf die ungesicherten Gläubiger.
- iii) Eine *Globalzession* (Sicherungszession, Abtretung aller künftigen Forderungen) soll zulässig bleiben, doch ist im Gesetz klarzustellen, dass ihre Wirkung mit der Bewilligung der Nachlassstundung endet. Nach der Stundung lebt die Zession wieder auf, es sei denn, die Stundung führe ohne Unterbruch in den Konkurs oder in einen Liquidationsvergleich.

b) *Behandlung der Dauerschuldverhältnisse im Insolvenzverfahren*

Die Dauerschuldverhältnisse sollen durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht eo ipso aufgehoben sein. Hingegen ist ein *ausserordentliches gesetzliches Kündigungsrecht* zu Gunsten der insolventen Partei zu schaffen:

- einheitlich *für alle Dauerschuldverhältnisse* (auch für solche mit besonderen gesetzlichen Kündigungsfristen);
- einheitlich *für alle Insolvenzverfahren* (Konkurs, Nachlassverfahren);

²⁷ So auch die ursprüngliche Absicht der SchKG-Revision von 1994 (vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 8. Mai 1991, S. 127 ff.). Durch die Wiedereinführung der Konkursprivilegien der Sozialversicherungen auf den 1.1.2001 wurde dieses Kernanliegen wieder zunichte gemacht (BGE 127 III 470 [soziale Krankenkasse], 129 III 476 [Pensionskasse]). Die Wiedereinführung des Privilegs für die Sozialversicherungen blieb nicht unwidersprochen, vgl. SPÜHLER KARL, Braucht es neue Konkursprivilegien? Wenn scheinbar Soziales die Mehrheit benachteiligt, in: NZZ vom 29.6.1999 (Nachdruck in BISchK 1999, S. 121 ff.).

²⁸ Vgl. auch die parlamentarische Initiative von Herrn Nationalrat Roberto Zanetti, eingereicht am 21. Juni 2002 (02.440): "SchKG. Begrenzung des Konkursprivilegs für Arbeitnehmerforderungen"; die in der ersten Klasse privilegierten Forderungen sollen auf den doppelten Höchstbetrag des versicherten Verdienstes gemäss UVG begrenzt werden. Vgl. auch MÜLLER ROLAND, Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, in: SJZ 2004, S. 553 ff., 561 f.

²⁹ Lahmlegung des Produktionsbetriebs, Erschwerung der Gründung einer Auffanggesellschaft durch Sacheinlage.

³⁰ Durch Verlangen einer Kautions (Art. 257e OR), dank Vorauszahlung der Miete, durch fristlose Kündigung im Falle des Mieterkonkurses (Art. 266h OR).

- auszuüben im Konkurs durch die Konkursverwaltung bzw. im Nachlassverfahren durch den Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters;
- der Kündigungstermin soll frei festgelegt werden können (auch eine sofortige Auflösung soll möglich sein).

Zum Schutz der betroffenen Gegenpartei ist gesetzlich vorzusehen:

- erstens eine *angemessene* (nicht volle) Entschädigung im Sinne einer Konkursbeziehungsweise Nachlassforderung;

Bei der ausserordentlichen Auflösung eines Arbeitsvertrages hingegen soll dem Arbeitnehmer weiterhin eine volle Entschädigung zustehen (kein Rückbau des sozialen Privatrechts).

- zweitens die Entstehung einer *Masseverbindlichkeit* für die Zeit, in der die Konkursmasse oder der Schuldner in Nachlassstundung die Leistung noch beansprucht;
- drittens sollen vertragliche *Insolvenzklauseln* (Default-Klauseln) gesetzlich nicht ausgeschlossen werden³¹.

c) Arbeitnehmerschutz bei Betriebsübergang und Massenentlassung

i) Mitwirkungsrechte (Art. 333a und 335f-g OR)

- Die Mitwirkungsrechte sollen im Nachlassverfahren - d.h. während der provisorischen und definitiven Nachlassstundung und bei Abwicklung eines ordentlichen Nachlassvertrages - voll zur Anwendung kommen;
- in der Generalexekution hingegen - d.h. im Konkurs und Liquidationsvergleich - sollen sie ausgeschlossen sein³².

ii) Schicksal der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübergang (Art. 333 OR)

Bei dieser Frage ist der legislatorische Handlungsbedarf besonders dringend³³.

- Die Arbeitsverträge sollen *nicht automatisch* auf den Erwerber des Betriebes übergehen, vielmehr soll er (entsprechend dem früheren Recht) eine Auswahl treffen können. Soweit er die Arbeitnehmer übernimmt, tritt er in das bestehende Arbeitsverhältnis inklusive der gesamtarbeitsvertraglichen Verpflichtungen ein.
- Jedem übernommenen Arbeitnehmer soll ein Ablehnungsrecht zukommen.
- Der Erwerber des Betriebes soll für ungedeckte Forderungen der übernommenen Arbeitnehmer solidarisch mit dem Veräusserer haften.

³¹ In Bezug auf diesen dritten Punkt besteht kein Handlungsbedarf des Gesetzgebers, denn das geltende Recht entspricht dem erwünschten Zustand. Danach sind reine Auflösungsklauseln zulässig, Klauseln über Mehrleistungen an die solvente Partei hingegen unzulässig. Näheres dazu bei STAEHELIN DANIEL, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, in: AJP 2004, S. 363 ff.

³² Diese Thesen entsprechen der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 130 III 108), doch sollte eine Klarstellung im Gesetz erfolgen.

³³ In der Lehre ist die Frage höchst umstritten und das Bundesgericht konnte nur wenig zur Klärung beitragen (es hatte sich bis anhin nur mit dem Teilaspekt der Solidarhaftung bei Betriebsübergang im Konkurs zu befassen, BGE 129 III 335). Entsprechend gross ist die Rechtsunsicherheit in der Praxis.

- Diese Regelung soll *einheitlich* für alle Insolvenzverfahren gelten (Konkurs, Nachlassstundung, Liquidationsvergleich).

d) *Behandlung der Anteilseigner ("Eigentümer" des Unternehmens)*

- i) Das Gesetz hat die *Priorität des Fremd- vor dem Eigenkapital* klarzustellen. Bei der Bestätigung eines Dividendenvergleichs soll das Nachlassgericht prüfen, ob der *Beitrag der Eigner an die Sanierung* angemessen ist (Präzisierung von Art. 306 SchKG im Sinne der *absolute priority rule* des US-Rechts).
- ii) Sanierungsdarlehen
 - Im Gesetz sind die *Voraussetzungen einer Subordination* zu definieren.
 - Die heutige Lehre und Praxis sind abzulehnen, wonach Sanierungsdarlehen der Eigner oder nahe stehender Personen pauschal als Eigenkapital qualifiziert und subordiniert werden³⁴ (Erschwerung aussergerichtlicher Sanierungen).
 - Zu prüfen ist sogar eine Privilegierung solcher Darlehen³⁵.

3. **Besondere Regeln für Grossinsolvenzen**

a) *Insolvenz von Konzernen*

- i) Bei Insolvenz eines Konzerns soll *grundsätzlich keine Konsolidierung* stattfinden - weder eine materielle (*substantive consolidation by pooling of assets*) noch eine verfahrensmässige (*administrative consolidation*). Insofern ist kein besonderes Konkurs- und Nachlassverfahren für Konzerne zu schaffen.

Vielmehr ist jede Konzerngesellschaft auch im Insolvenzfall grundsätzlich *einzeln* zu betrachten (*atomistic approach*).
 - Die *Einzelbetrachtung* ist durch das materielle Recht vorgegeben (das Insolvenzrecht darf die Haftungsordnung des materiellen Rechts nicht einfach umstossen);
 - sie gilt als Prinzip auch in anderen Rechtsordnungen (so auch im US-Recht);
 - sie hat den Effekt einer Art "corporate governance" im Prozess (dezentrale Verfahren);
 - für die *Standortkantone* der Konzerne könnte die Konsolidierung ein Klumpenrisiko in Bezug auf Kosten und Kapazitäten schaffen.
- ii) Trotz Festhaltens am heutigen System besteht jedoch *punktuellem Rege-lungsbedarf*. Zu Gunsten der Rechtssicherheit sollte das Insolvenzrecht konzernspezifisch präzisiert werden:
 - Die Mehrheit der Expertengruppe ist der Ansicht, dass die *materielle Konsolidierung* nicht absolut - sondern nur im Prinzip - ausgeschlossen bleiben darf. In *Ausnahmefällen* soll sie *gerichtlich angeordnet*

³⁴ Vgl. zu dieser Praxis VOGEL ALEXANDER, Kapitalersetzende Darlehen im Konzern, in: SZW 93, S. 299 ff.

³⁵ Diese Frage blieb in der Expertengruppe kontrovers.

werden können. Die in Betracht fallenden *Ausnahmen* sind gesetzlich zu umschreiben³⁶.

- Die *verfahrensmässige* Konsolidierung ist bereits nach geltendem Recht möglich³⁷, doch sollte das Gesetz die näheren Umstände definieren.
- iii) Paulianische Anfechtung konzerninterner Vorgänge (intragroup transactions)
 - Grundsätzlich besteht kein Bedürfnis nach einer besonderen "*Konzernpauliana*".
 - Doch soll die *Deliktspauliana* (Art. 288 SchKG) in Bezug auf konzerninterne Handlungen erleichtert werden (durch Einführung einer gesetzlichen Vermutung des subjektiven Tatbestandes).
 - Ferner ist ganz allgemein zu prüfen, ob die Anfechtungsklage auch im Rahmen eines *ordentlichen Nachlassvertrages* zuzulassen ist³⁸.

b) *Anleihensobligationen*

Die Obligationäre sind gleich wie alle andern Gläubiger zu behandeln.

- Sie sollen ihre Rechte in allen Insolvenzverfahren individuell wahren (die besondere Versammlung der Obligationäre ist abzuschaffen, weil sie das Verfahren verteuert, verlängert und kompliziert).
- Die Obligationäre sollen aber einen gesetzlichen Anspruch auf Repräsentation in einem Gläubigerausschuss haben.

c) *Vorwegbefriedigung von kleinen Gläubigern*

Es besteht kein Bedarf für eine Sonderregel im Sinne des revidierten Bankengesetzes³⁹, denn das geltende Recht ist flexibel genug⁴⁰.

IV. Vorschläge zum weiteren Vorgehen

Angesichts der kurzen Zeit, die für die komplexen Fragen zur Verfügung stand, hat sich die Expertengruppe notgedrungen auf die Formulierung von Thesen beschränken müssen; sie verstehen sich als eine Art *Traktandenliste* für den Gesetzgeber.

In einem *zweiten Schritt* wird es nun darum gehen, diese Thesen - soweit ihnen gefolgt werden kann - in konkrete Normtexte umzugliessen. Die Expertengruppe wäre

³⁶ Die Ausnahmen blieben in der Expertengruppe inhaltlich höchst kontrovers und sind daher noch weiter zu diskutieren (z.B. Bildung gesetzlicher Fallgruppen nach der Art des US-Rechts, wie etwa: 1. Hindrance or fraud on creditors, 2. creditors' reliance on the group as whole, 3. intermingling and intertwining of corporate estates, 4. grossly undercapitalised companies, 5. well understood interest of the creditors etc.).

³⁷ Durch Wahl einer gemeinsamen ausseramtlichen Konkursverwaltung bzw. durch Einsetzung eines gemeinsamen Sachwalters, jeweils mit Stellvertretungen für den Fall von Interessenkollisionen (dadurch einheitliche Leitung des Konzerns auch im Insolvenzfall)

³⁸ Gleiches gilt für die gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeitsklage.

³⁹ Art. 37a BankG (SR 952.0) lautet: (1) Soweit sie erreichbar sind, werden Einleger ... mit einer fälligen Gesamtforderung von 5000 Franken oder weniger ausserhalb der Kollokation und unter Ausschluss jeglicher Verrechnung möglichst rasch befriedigt. (2) Die Bankkommission kann diesen Betrag herabsetzen.

⁴⁰ BGE 5P.164/2003, E.4.6; BGE 111 III 86.

bereit, auch diese zweite Etappe in Angriff zu nehmen. Dabei erachtet sie die weitere Zusammenarbeit von Bundesamt für Justiz und Praxis als notwendig und sinnvoll. Etliche Fragen sind noch offen und bedürfen noch vertiefter Prüfung (so die Fälle materieller Konsolidierung im Konzernkonkurs, die Statuierung von Ausnahmen von der Insolvenzantragspflicht, die Kompetenzordnung der neuen Gläubigerorgane während der Nachlassstundung und die Möglichkeit einer Verwertung von Verträgen [*assignments of contracts*]). Gesetzgebung im Bereich des Insolvenzrechts ist ohne direkte Mitwirkung der Praxis kaum möglich.

Schliesslich sollte die anstehende Teilrevision des SchKG nicht auf den Aspekt der Unternehmenssanierung beschränkt werden. Vielmehr müsste auch das System des Konkursverlustscheins und des neuen Vermögens (Art. 265 ff. SchKG) überdacht und die Einführung einer so genannten *Restschuldbefreiung* diskutiert werden⁴¹. Die Restschuldbefreiung gehört zwar im Wesentlichen zum "sozialen Insolvenzrecht" (Überschuldung von Konsumenten und Privathaushalten); sie hat jedoch einen unmittelbaren Bezug zur Unternehmenssanierung: Zu denken ist an Einzelfirmen, die nach durchgeführtem Konkurs mit Verlustscheinen konfrontiert sind⁴². Die Dauerverschuldung Privater ist ein absolutes Kernproblem des heutigen Insolvenzrechts⁴³. Aus diesen Gründen würde es sich im Sinne einer Gesamtbetrachtung aufdrängen, auch die "*Privatsanierung*" in die Revision einzubeziehen.

Besonderer Teil

I. Grundlagen für ein Sanierungsverfahren

A. Ausgangslage

1. Ungenügende Insolvenzantragspflicht

Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft hat, wenn die Aktiven die Hälfte des Aktienkapitals und der Reserven nicht mehr decken, die Generalversammlung einzuberufen und im Falle einer Überschuldung die Bilanz zu deponieren (Art. 725 OR). Entsprechendes gilt für die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft (Art. 764 Abs. 2, 817 und 903 OR). Von der Benachrichtigung des Richters kann von Gesetzes wegen abgesehen werden, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Gemäss Lehre kann an Stelle eines Antrags auch ein Gesuch um Nachlassstundung gestellt werden⁴⁴.

Die Insolvenzantragspflicht stellt ein Instrument zum Schutz der Gläubiger dar: Bei Überschuldung soll das betroffene Unternehmen seine Tätigkeit nicht zu Lasten der bestehenden und zukünftigen Gläubigern weiterführen, sondern liquidiert oder saniert werden. Die Liquidation soll in einem Zeitpunkt erfolgen, in welchem die vor-

⁴¹ Vgl. dazu die Studie von MEIER ISAAK/ZWEIFEL PETER/ZABOROWSKI CHRISTOPH/JENT-SOERENSEN INGRID, Lohnpfändung - Optimales Existenzminimum und Neuanfang?, Zürich 1999. Vgl. zudem UNCITRAL-Guide, Recommendations Nr. 194-196.

⁴² Die faktische Unverjährbarkeit der Verlustscheine wird auch vom erwähnten KMU-Test kritisiert (Fussnote 10).

⁴³ Rund die Hälfte aller Konkursfälle betrifft sog. Insolvenzerklärungen (Art. 191 SchKG), die vornehmlich von Privatpersonen abgegeben werden.

⁴⁴ SCHÖNENBERGER BEAT, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR, in: BISchK 2002, S. 161 ff., 164 m.w.H.

handenen Gläubiger noch weitgehend befriedigt werden können. Die Praxis zeigt jedoch, dass diese Norm ihr Ziel verfehlt:

- Die Antragspflicht entfaltet ihre Wirkungen erst sehr spät: Liegt bereits eine Überschuldung vor, ist das Unternehmen in der Regel nicht mehr in der Lage, die für eine Sanierung notwendigen liquiden Mitteln zu beschaffen⁴⁵. Infolgedessen kommt es entweder zu einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder zu einem Konkursverfahren, wobei für letzteres sogar oft die Mittel fehlen: Die meisten Konkursverfahren werden mangels Aktiven eingestellt oder allenfalls im summarischen Verfahren durchgeführt; das ordentliche Konkursverfahren kommt selten zur Anwendung.
- Das Management wird verleitet, (zu) lange – bis zum Eintritt des hälftigen Kapitalverlustes beziehungsweise der Überschuldung – die Zahlen zu beschönigen und mit Sanierungsmassnahmen zuzuwarten⁴⁶. Sofern der Geschäftsgang stagniert oder Finanzprobleme auftauchen, sollte jedoch unverzüglich reagiert werden.

Diese Problematik wird zudem durch die Praxis verschärft, dass von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters abgesehen werden kann, sofern Aussicht auf Sanierung besteht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt die Verwaltung "nicht schuldhaft, wenn sie unverzüglich saniert, statt sich an den Richter zu wenden, und in einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden darf". Da jedoch die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet und somit nicht schlechter gestellt werden dürften, als wenn der Richter benachrichtigt würde, müssten zumindest die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Artikel 725a OR vorliegen. Es müsse die dauerhafte Gesundung der Gesellschaft erwartet und deren Ertragskraft wiederhergestellt werden können. Sofern derartige Sanierungsaussichten bestehen, liege keine Gefährdung der Gläubigerforderungen vor. Die Sanierung bleibe dann zulässig, selbst wenn sich die Sanierungsbemühungen im Nachhinein als unfruchtbar erweisen würden. Unzulässig seien hingegen Massnahmen, welche auf Kosten der Gläubiger lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern würden⁴⁷.

Diese Rechtsprechung blieb nicht unbestritten. So äussern sich RUEDIN und PIAGET ablehnend dazu mit den Argumenten, dass der Gesetzeswortlaut eine entsprechende Auslegung nicht zulasse und dass eine strikte Handhabung von Artikel 725 Absatz 2 OR zum Schutze der Gläubiger geboten sei⁴⁸. Auch SCHÖNENBERGER stellt sich dieser Praxis entgegen, da sich der Verwaltungsrat damit die Beantwortung der von Gesetzes wegen vom Gericht zu beantwortenden Frage der Sanierungsaussicht selber anmasse⁴⁹.

2. Parallelität von Konkursaufschub und Nachlassstundung

Ein vom Konkurs bedrohtes Unternehmen sucht nach Alternativen. Die Eröffnung des Konkurses hätte nicht nur die Liquidation des Unternehmens zur Folge, sondern auch negative Auswirkungen auf Arbeitnehmer und Zulieferbetriebe. Das Gesetz trägt diesem Bedürfnis nach Alternativen zur sofortigen Konkurseröffnung im

⁴⁵ VON DER CRONE CASPAR, Markt und Intervention – Erste Folgerungen aus der aktuellen Krise, in: SZW 2003, S. 57 ff., 59.

⁴⁶ Sanierung als Managementaufgabe, in: NZZ vom 16.3.2002.

⁴⁷ BGE 4C.366/2000/rnd, E.4.b); BGE 116 II 533, E.5.a) je mit Hinweisen auf die Lehre.

⁴⁸ RUEDIN ROLAND/PIAGET EMMANUEL, Le moment de l'avis au juge, in: AJP 2003, S. 1329 ff., 1337.

⁴⁹ SCHÖNENBERGER (Fussnote 44), S. 166 m.w.H.

Wesentlichen mittels zweier Instrumentarien Rechnung: Einerseits handelt es sich um den im SchKG detailliert geregelten Nachlassvertrag mit vorgängiger Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG). Andererseits findet sich im Gesellschaftsrecht die Möglichkeit des Konkursaufschubs (Art. 725a OR).

Der Konkursaufschub ist das einfachere, gegenüber den Gläubigern weniger eingreifende Verfahren. Für die Bewilligung muss kein Sanierungsplan vorgelegt werden, was dem Schuldner eine vorgängige Konsultation der Gläubiger erspart. Die unmittelbaren Wirkungen des Konkursaufschubes beschränken sich darauf, dem Schuldner eine Atempause zu gewähren. Der Aufschub hat aber keine unmittelbaren Eingriffe in die Gläubigerstellung zur Folge. Im Gegensatz zur Nachlassstundung wird der Zinsenlauf nicht gestoppt, können weiterhin Betreibungen eingeleitet werden und ist eine Beeinträchtigung der Gläubigerrechte mittels Zustimmung einer Gläubigermehrheit nicht möglich (vgl. Art. 297 und 305 SchKG). Der Konkursaufschub wird - im Unterschied zur Nachlassstundung - im Gesetz jedoch lediglich rudimentär geregelt. Das Gericht kann einen Sachwalter bestellen, wobei es gleichzeitig dessen Kompetenzen festzulegen hat. Im Gegensatz zur Nachlassstundung (Art. 295 und 298 SchKG) legt das Gesetz diesbezüglich keine Spielregeln fest. Ebenso überlässt es den Entscheid über die Publikation des Konkursaufschubes dem Ermessen des Gerichts (Art. 725a Abs. 3 OR). Diese fehlende Reglementierung bringt zwar eine Flexibilität mit sich, die für die Sanierung vorteilhaft sein kann, hinterlässt aber ein beträchtliches Potenzial an Rechtsunsicherheit.

Der Konkursaufschub und die Nachlassstundung dienen demselben Zweck: der Sanierung. Sie stehen insofern in einem Konkurrenzverhältnis. Zudem sind diese zwei Verfahren nicht aufeinander abgestimmt: Sie begründen eine unkoordinierte Doppelspurigkeit, welche zur Überlegung führt, ob diese effektiv notwendig und erwünscht ist. Diese Frage drängt sich auch deshalb auf, weil die praktische Relevanz des Konkursaufschubes bescheiden ist. In der Deutschschweiz ist seine Bedeutung gering, insbesondere in Basel-Stadt wird er fast gar nie gewährt; eine grössere Rolle scheint er (noch) in der Westschweiz zu spielen⁵⁰.

3. Nachlassverfahren ungleich Sanierungsverfahren

Obwohl das Nachlassverfahren als Instrument der Sanierung gedacht ist, endet es mehrheitlich in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung und somit mit der Liquidation des Unternehmens. Dieser Umstand führt dazu, dass das Vertrauen des Publikums in das Nachlassverfahren als Sanierungsinstrument fehlt. Befindet sich ein Unternehmen in der Stundung, wird automatisch mit einer späteren Liquidation gerechnet. Diese Folgerung erschwert es dem betroffenen Unternehmen, weiterhin Geschäftspartner zu finden und die Geschäftstätigkeit aufrecht zu erhalten, was seinerseits den Untergang des Unternehmens fördert. Insofern besteht ein Teufelskreis. Sofern das Nachlassverfahren tatsächlich seiner Funktion als Sanierungsinstrument gerecht werden will, ist dieser Teufelskreis zu unterbrechen. Die bewilligte Nachlassstundung sollte das berechtigte Vertrauen auf Sanierung wecken, was das Weiterwirtschaften und somit die Sanierung des Unternehmens wiederum unterstützen würde.

Die Nachlassverfahren dauern generell zu lange. Das Eruiere der finanziellen Situation des Schuldners durch den Sachwalter, das Aushandeln eines Vertragsentwurfes zwischen Sachwalter, Gläubiger und Schuldner sowie das Zustimmungsver-

⁵⁰ SCHÖNENBERGER (Fussnote 44), S. 184 und 187 m.w.H.

fahren beanspruchen oft viel Zeit. Dazu kommt die notorische gerichtliche Überlastung, welche zu Verzögerungen bei der Bewilligung der Stundung und der Bestätigung des Nachlassvertrages führen kann. Die lange Verfahrensdauer macht es schwierig, rasch, das heisst zu Beginn der Stundung oder sogar vorher, die für die Sanierung notwendigen Investoren zu finden.

B. Vorschläge der Expertengruppe

1. Ausbau und Konkretisierung der Insolvenzantragspflicht

a) Insolvenzantragspflicht für sämtliche Unternehmensformen

Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision vom 29. Juni 1998 (VE RRG) sieht in Artikel 64 die Benachrichtigung des Richters vor, sofern die Organisation überschuldet oder zahlungsunfähig ist. Unter dem Begriff "Organisation" versteht der Vorentwurf Einzelfirmen, Personengesellschaften und juristische Personen, die im Handelsregister eingetragen sind oder sich eintragen lassen müssen, sowie Vereine und Stiftungen auch ohne Eintrag oder Eintragungspflicht, sofern ihre Grösse oder die Art ihrer Tätigkeit die Buchführung und Rechnungslegung erforderlich machen (Art. 2 Abs. 1 VE RRG). Dieser Vorschlag basiert auf der Überlegung, dass das Risiko der Gläubiger, bei Überschuldung des Schuldners einen Verlust zu erleiden, nicht von der Rechtsform des Unternehmens abhängt. Dementsprechend soll die Pflicht, den Konkurs anzumelden, nicht von der Rechtsform, sondern von der Bedeutung des entsprechenden Unternehmens im Wirtschaftsleben abhängig sein. Die Insolvenzantragspflicht wird daher grundsätzlich für sämtliche Rechtsformen von Unternehmen vorgeschlagen.

Die Expertengruppe kann sich dem Ansatz des VE RRG in grundsätzlicher Hinsicht anschliessen. Uneinigkeit herrscht jedoch in Bezug auf die Frage, ob die Insolvenzantragspflicht auch für Einzelfirmen und Personengesellschaften einzuführen ist. Dagegen wird angeführt, dass mit einer solchen Pflicht die Wirtschaftstätigkeit von KMUs pönalisiert werde. Zudem sei es ein Leerlauf, da die Verletzung der Pflicht nicht sanktioniert und die betroffene Person nicht daran gehindert werden könne, am nächsten Tag einen neuen (gleichen) Betrieb zu eröffnen. Für die Antragspflicht spricht jedoch der Gedanke des Gläubigerschutzes.

b) Zusätzliches Kriterium: "Zahlungsunfähigkeit"

Kapitalgesellschaften haben den Richter zu benachrichtigen, sofern sich aus einer Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten des Unternehmens gedeckt sind. Die entsprechende Prüfung knüpft ausschliesslich am Bilanztest an. In der Praxis erweist sich dieser Test jedoch als ungenügend. Es kann durchaus vorkommen, dass die Forderungen gemäss Bilanz zwar gedeckt sind, das Unternehmen sich aber mit Liquiditätsproblemen konfrontiert sieht und seinen Verpflichtungen daher nicht mehr nachkommen kann. Sofern die Gläubigerbefriedigung auf längere Zeit nicht gewährleistet ist, sind deren Interessen aber zumindest genau so tangiert, wie wenn die Bilanz eine Überschuldung aufzeigt.

Um den in der Insolvenzantragspflicht inhärenten Gedanken des Gläubigerschutzes zu Ende zu denken und umzusetzen, bedarf es des zusätzlichen Kriteriums der Zahlungsunfähigkeit, welches ebenso die Pflicht zur Konkursanmeldung begründen soll. Dabei ist zu beachten, dass nicht jede Zahlungsschwierigkeit - wie beispiels-

weise ein Verzug von wenigen Tagen - die Gläubigerinteressen massgebend beeinträchtigt. Vielmehr wäre es kontraproduktiv, wenn das Unternehmen bei der kleinsten vorübergehenden Illiquidität die Bilanz deponieren müsste. Diese Pflicht soll lediglich dann bestehen, wenn die Liquiditätsprobleme nicht in absehbarer und angemessener Zeit behoben werden können. Nur in diesem Fall kann von einer Zahlungsunfähigkeit gesprochen werden, die den Gang zum Richter gebietet. Wann diese im Einzelfall vorliegt, hat das Management unter Berücksichtigung der Umstände, insbesondere der bestehenden und voraussichtlich zukünftigen Gläubiger sowie der bevorstehenden Geschäfte, zu beurteilen. Alternativ zum Bilanztest ist daher das Kriterium der "Zahlungsunfähigkeit" einzuführen, welches ebenso die Benachrichtigung des Richters gebietet.

Dieses Kriterium ist keine neue Erfindung, sondern bereits verschiedentlich anzutreffen. So ermächtigt das Bankengesetz die Bankenkommission, bei Vorliegen einer Insolvenzgefahr verschiedene Massnahmen zu ergreifen; gemäss Artikel 25 BankG liegt eine Insolvenzgefahr insbesondere bei ernsthaften Liquiditätsproblemen vor⁵¹. In ähnlicher Weise hält das - noch nicht in Kraft getretene - neue Stiftungsrecht für den Fall, dass die Verbindlichkeiten längerfristig nicht erfüllt werden können, als ultima ratio mit Verweis auf das Aktienrecht eine Insolvenzantragspflicht fest (neuer Art. 84a ZGB)⁵². Ebenso nimmt der VE RRG das Kriterium der Liquiditätsprobleme auf, welcher in Artikel 64 VE RRG vorsieht, dass die Organisation nicht nur bei Überschuldung, sondern auch bei Zahlungsunfähigkeit das Gericht zu benachrichtigen hat (Art. 64 Abs. 1 VE RRG). Auch im Ausland ist dieses Kriterium bekannt: So wird in Deutschland für Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung vorgeschrieben, dass sie bei Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen haben (§ 92 Abs. 2 AktG, § 64 Abs. 1 GmbHG).

c) Zuwarten mit dem Insolvenzantrag

Zu Recht wird kritisiert, dass der von der Lehre zum Teil befürworteten und vom Bundesgericht gehandhabten Praxis, dass bei Aussicht auf Sanierung von der sofortigen Benachrichtigung des Gerichts abgesehen werden darf, die gesetzliche Grundlage fehlt. Zu Gunsten der Rechtssicherheit bedarf es einer gesetzlichen Präzisierung, unter welchen Umständen wie lange mit dem Insolvenzantrag zugewartet werden darf, obwohl die Voraussetzungen von Artikel 725 Absatz 2 OR erfüllt sind. Das Zuwarten mit der sofortigen Benachrichtigung des Richters ist dabei an folgende Voraussetzungen zu knüpfen:

- Wie es das Bundesgericht präzisierte, müssen konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen. Die Gläubiger dürfen durch den Sanierungsversuch nicht schlechter gestellt werden, als wenn das Gericht sofort benachrichtigt würde. Es müssen zumindest die Voraussetzungen für den Konkursaufschub erfüllt sein sowie gute Prognosen vorliegen. Insbesondere dürfen die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet werden.
- Das Management muss sich effektiv darum bemühen, die Situation zu verbessern. Es sind konkrete Massnahmen zu ergreifen, die objektiv geeignet sind, das Unternehmen nachhaltig zu sanieren. Eine rein bilanztechnische Beseitigung der Überschuldung würde diese Voraussetzung nicht erfüllen.

⁵¹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, SR 952.0.

⁵² BBl 2004 V 5436 ff.

- Die zulässige Zeitspanne des Zuwartens ist zu Gunsten der Rechtssicherheit zu begrenzen. Diese Frist ist in einer Zeitspanne von drei Wochen⁵³ bis zu zwei Monaten⁵⁴ denkbar.

Unter diesen Voraussetzungen wäre das Management berechtigt, jedoch nicht verpflichtet, während der gesetzlichen Maximalfrist von der Benachrichtigung des Gerichts abzusehen und sich stattdessen um die Sanierung seines Unternehmens zu bemühen. Wird hingegen mit der Bilanzdeponierung zugewartet, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind, soll dies die Verantwortlichkeit der entsprechenden Organe begründen. Können innert der massgebenden Frist die Tatbestände, welche die Insolvenzantragspflicht begründet haben, beseitigt werden, so ist von der Benachrichtigung des Gerichts abzusehen. Im anderen Fall hat die Bilanzdeponierung spätestens nach Ablauf der gesetzlichen Maximalfrist zu erfolgen.

2. Ausrichtung des Nachlassverfahrens auf die Sanierung

Das Nachlassverfahren ist in grundsätzlicher Hinsicht vermehrt auf die Sanierung auszurichten. Primär soll das Bewusstsein des Publikums geändert werden: Statt bei Bewilligung der Nachlassstundung auf den Untergang des Unternehmens oder auf einen Liquidationsvertrag zu schliessen, soll das Vertrauen in das Nachlassverfahren als Sanierungsinstrument gestärkt werden. Dieses Vertrauen kann nur gewonnen werden, wenn das Nachlassverfahren derart ausgestaltet und gehandhabt wird, dass es die Sanierung effektiv und innert vernünftiger Zeit begünstigt.

a) Grundsatz: Insolvenzantrag des Schuldners führt in provisorische Stundung als Moratorium

Das geltende Recht geht zwar von einer strikten Trennung des Konkurs- und des Nachlassverfahrens aus, bleibt diesem System aber nicht treu. So kann einerseits das Gericht bei Aussicht auf Sanierung einen Konkursaufschub bewilligen (Art. 725a OR) oder die Akten dem Nachlassgericht zur allfälligen Bewilligung einer Nachlassstundung überweisen (Art. 173a Abs. 2 SchKG). Andererseits führt das Nachlassverfahren selten zu einer effektiven Sanierung, sondern mehrheitlich zu einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung und somit zu einer Generalliquidation oder allenfalls zu einer Sanierungslösung mit einer Auffanggesellschaft, was ebenfalls die Liquidation des bisherigen Unternehmensträgers mit sich bringt.

Anstatt an der anfänglichen Trennung zwischen Konkurs- und Nachlassverfahren mit den genannten Verwässerungen festzuhalten, sollte jedem durch den Schuldner beantragten Insolvenzverfahren gleichermassen eine Stundungsphase vorangehen - unabhängig davon, ob der Antrag auf Grund einer gesetzlichen Pflicht (Art. 725 OR) oder freiwillig erfolgt (Art. 191 SchKG). Dieser Stundungsphase kommt eine Moratoriumsfunktion zu: Dem Schuldner soll Ruhe vor den Gläubigern gewährt werden, damit in dieser Zeitspanne sowohl seine finanzielle Situation als auch die Möglichkeiten, wie darauf zu reagieren ist, geprüft werden können. Sie dient als Evaluationsphase und soll dementsprechend auf eine effektive Sanierung hoffen oder zumindest den Ausgang des Verfahrens als offen erscheinen lassen und nicht - wie dies bei der heutigen provisorischen Stundung auf Grund der gemachten Erfahrungen oft der Fall ist - bereits die Vorzeichen für eine Liquidation setzen. Gleichzeitig soll die direkte Konkurseröffnung durch den Schuldner - ohne vorgängige Stundungsphase - einge-

⁵³ Vgl. das deutsche Recht, § 64 Abs. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 AktG.

⁵⁴ Vgl. Art. 64 Abs. 2 lit. b VE RRG.

schränkt werden: Sie soll lediglich noch für diejenigen Fälle bestehen, in welchen eine Sanierung offensichtlich nicht möglich ist; der entsprechende Entscheid ist vom Gericht zu fällen.

b) Aufhebung des Konkursaufschiebs und Integration dessen Vorteile in die Nachlassstundung

Die Existenz des Konkursaufschiebs neben der Nachlassstundung ist unbefriedigend. An Stelle dieser Doppelspurigkeit soll sich der Gesetzgeber auf eine Art der Stundung beschränken und diese den Bedürfnissen entsprechend normieren. Der Konkursaufschieb ist daher abzuschaffen, dessen Vorteile sind aber in die provisorische Stundung zu übernehmen.

Der wesentliche Vorteil des Konkursaufschiebs besteht aus dessen Möglichkeit, den Aufschub stillschweigend zu gewähren: Seine Publikation erfolgt nicht zwingend, sondern nur, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist (Art. 725a Abs. 3 OR). Ein Verzicht auf Publikation bringt den Vorteil mit sich, dass das Vertrauen des Publikums in das betroffene Unternehmen nicht beeinträchtigt wird; dies kann für die weitere wirtschaftliche Tätigkeit und somit die angestrebte Sanierung von ausschlaggebender Bedeutung sein. Diesem Umstand werden auch die Voraussetzungen des Konkursaufschiebs gerecht: Gefordert wird lediglich eine Sanierungsaussicht, aber nicht - im Gegensatz zur Nachlassstundung - das Vorlegen eines Sanierungsplans durch den Schuldner; dies erspart ihm eine vorgängige Absprache mit seinen Gläubigern und somit ein Offenlegen seiner finanziellen Schwierigkeiten. Diese Vorteile sind in die provisorische Stundung zu integrieren.

c) Ausgestaltung der provisorischen Stundung

Entsprechend den erfolgten Ausführungen soll der provisorischen Stundung eine Moratoriumsfunktion zukommen, die einerseits die Vorteile des aufzuhebenden Konkursaufschiebs übernimmt und andererseits als Evaluationsphase für das weitere Verfahren dient. Dementsprechend ist ihre Ausgestaltung wie folgt anzupassen:

- Die provisorische Stundung ist voraussetzungslos zu bewilligen. Ihre Alternative - die sofortige Konkurseröffnung - soll nur dann zur Anwendung kommen, wenn jegliche Hoffnung auf Sanierung verloren ist. Das massgebende Kriterium ist das Gläubigerinteresse: An Hand dessen ist zu prüfen, ob eine sofortige Konkurs-eröffnung geboten ist oder ob die provisorische Stundung bewilligt werden kann. Grundsätzlich soll der Zugang zur Stundung einfach und leicht sein; insbesondere muss der Schuldner dem Gesuch um Stundung - im Gegensatz zum geltenden Recht (Art. 293 Abs. 1 SchKG) - keinen Entwurf eines Nachlassvertrages beilegen.
- Während der provisorischen Stundung sind die finanziellen Verhältnisse des Schuldners zu prüfen, damit an deren Ende entschieden werden kann, wie fortzufahren ist. Die nach geltendem Recht vorgesehene Maximalfrist von zwei Monaten (Art. 293 Abs. 3 SchKG) ist für eine angemessene Prüfung in komplexen Fällen zu knapp bemessen. Da die Pflicht des Schuldners, mit dem Begehren um Stundung einen Entwurf eines Nachlassvertrages beizulegen, entfällt, muss für die Abklärung der Verhältnisse entsprechend mehr Zeit gewährt werden. Die Maximalfrist der provisorischen Stundung ist daher auf vier Monate auszudehnen.

- Die Möglichkeit, dass eine Stundung still und somit ohne Publikation erfolgen kann, ist beizubehalten⁵⁵. Die provisorische Stundung soll daher nicht mehr zwingend publiziert werden müssen (Art. 293 Abs. 4 i.V.m. Art. 296 SchKG). Vielmehr ist die Frage der Publikation dem Ermessen des Gerichts zu überlassen. Wird anfänglich von einer Publikation abgesehen, stellt sich aber im Verlauf der provisorischen Stundung heraus, dass eine solche geboten ist, so hat das Gericht die Publikation nachträglich anzuordnen. Sofern von einer Publikation abgesehen wird, sind die Gläubiger anlässlich des Bewilligungsverfahrens für die provisorische Stundung nicht anzuhören (Art. 294 Abs. 1 Satz 2 SchKG): Die Idee, dass die Stundung stillschweigend erfolgen und vertraulich sein soll, wäre ansonsten illusorisch.

Trotz Verzicht auf Publikation der Nachlassstundung sind allfällige Interessen Dritter zu wahren (vgl. heute Art. 725a Abs. 3 OR). So haben insbesondere börsennotierte Gesellschaften nach best practice an die Öffentlichkeit zu gelangen und diese über die Stundung zu informieren. Zudem ist - entsprechend der jüngeren Gesetzgebungen - die Nachlassstundung allenfalls im Grundbuch anzumerken (vgl. die am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Art. 176 Abs. 2 und Art. 296 Abs. 2 SchKG).

- Im Rahmen der provisorischen Stundung sollen den Gläubigern keine Rechtsmittel zur Verfügung stehen, weder gegen die Bewilligung der Stundung als solche noch gegen die Person des ernannten Sachwalters.

Die provisorische Stundung kann - je nach Ergebnissen der Abklärungen - folgendermassen enden:

- i) bei Aussicht auf Sanierung ist die definitive Nachlassstundung zu bewilligen;
- ii) bei fehlender Aussicht auf Sanierung ist der Konkurs zu eröffnen;
- iii) das Verfahren ist einzustellen, sofern das Unternehmen bereits während der provisorischen Stundung saniert wurde.

d) Definitive Stundung bei Aussicht auf Sanierung

Zeigt sich am Ende der provisorischen Stundung, dass Aussicht auf eine Sanierung besteht, ist die definitive Stundung zu bewilligen. Anschliessend kommt es zum Nachlassverfahren, wie es bereits das geltende Recht kennt.

Während der definitiven Stundung, die maximal immerhin 24 Monate dauern kann, sind die Gläubigerinteressen genügend zu wahren. Spätestens deren Bewilligung ist daher zwingend öffentlich bekannt zu machen (vgl. Art. 296 SchKG). Zudem ist den Gläubigern die Möglichkeit zu gewähren, sowohl gegen die Bewilligung der definitiven Stundung als auch gegen die Ernennung des Sachwalters ein Rechtsmittel ohne aufschiebende Wirkung zu ergreifen.

Sofern das betroffene Unternehmen während der definitiven Stundung saniert wird, ist die Stundung aufzuheben. Das Gesetz ist mit einer entsprechenden Exit-Regelung zu ergänzen.

⁵⁵ Diese Ansicht wird allerdings nicht von allen Mitgliedern der Expertengruppe geteilt. Vgl. hierzu MEIER ISAAK, Confidentiality and publicity in insolvency law - is a secret court-based rescue procedure desirable?, Erscheint demnächst in einem Sammelband.

3. Rasches Nachlassverfahren

Generell ist die Möglichkeit, das Nachlassverfahren möglichst rasch abzuwickeln, zu fördern. Potential, Zeit zu gewinnen, besteht insbesondere bei der Ausarbeitung des Nachlassvertrages und dem Zustimmungsverfahren. Zu denken ist an folgende Möglichkeiten:

- Der Schuldner arbeitet mit den Hauptgläubigern vor Begehren um Stundung einen Nachlassvertrag aus, so dass bei Bewilligung der Stundung bereits ein Vertragsentwurf vorliegt, der breite Akzeptanz findet.
- Für die Ausarbeitung des Vertragsentwurfs kann eine Fachperson beigezogen werden, welche anschliessend - während der Stundung - das Amt des Sachwalters einnimmt. Bei einem solchen Vorgehen muss sich der Sachwalter nach Bewilligung der Stundung nicht mehr neu in die finanziellen Verhältnisse des Schuldners einarbeiten. Um die Identität von Fachperson und Sachwalter zu gewährleisten, ist gesetzlich vorzusehen, dass es für deren Ernennung der gerichtlichen Zustimmung bedarf oder dass sie anschliessend - allenfalls unter gewissen Voraussetzungen - zum Sachwalter zu ernennen ist.
- Nach Bewilligung der definitiven Nachlassstundung hat der Schuldenruf zu erfolgen, wobei die bekannten Gläubiger persönlich informiert werden (Art. 232 f. SchKG). Mit dem Schreiben an die einzelnen Gläubiger wird der Entwurf des Nachlassvertrages versandt, verbunden mit der Aufforderung an die Gläubiger, einerseits ihre Forderungen anzumelden und andererseits bereist ihre Zustimmung oder Ablehnung zum beigelegten Nachlassvertrag zu erklären.

Dieses rasche Nachlassverfahren ist gedacht als Ergänzung zum ordentlichen Nachlassverfahren, welches ohne Vorlegen eines Vertragsentwurfes eingeleitet werden kann (im Gegensatz zum geltenden Recht, Art. 293 Abs. 1 SchKG; vgl. Ausführungen unter I.B.2.c)). Ob das rasche Verfahren effektiv zügig abläuft, hängt primär von der Ausgestaltung des Vertragsentwurfs sowie von der bereits vor Stundung vorliegenden Akzeptanz seitens der Gläubiger ab.

Die Expertengruppe war sich einig, dass die Zeitersparnis während dem Verfahren nicht auf Kosten der Gläubigerrechte gehen darf. Sie lehnt daher eine Beeinträchtigung derselben einstimmig ab. Ebenso war sie der Ansicht, dass Behandlungsfristen für das Nachlassgericht nicht angebracht sind.

C. Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen

1. Sanierung um jeden Preis

Das Scheitern von Unternehmen ist - so banal das auch klingen mag - eine logische Konsequenz einer freien Marktwirtschaft. Es kann daher nicht das Ziel sein, sämtlichen insolventen Unternehmen die Sanierung zu garantieren. Vielmehr gehört es zum freien Wettbewerb, dass unrentable Unternehmen untergehen und Platz machen für Newcomer. Von diesem System gibt es keine Ausnahme und dementsprechend wird auch kein Unternehmen als konkursresistent angesehen. Spätestens seit der Swissair-Krise ist sich jedermann bewusst, dass das Schlagwort "too big to fail" als Grundlage allenfalls die Angst vor den wirtschaftlichen Konsequenzen hat, ansonsten aber jeglicher Verankerung im schweizerischen Wirtschafts- und Rechtssystem, so auch im Insolvenzrecht, entbehrt. Die Möglichkeit und auch die Notwendigkeit des Scheiterns von Unternehmen sind daher für das schweizerische System

nicht in Frage zu stellen⁵⁶. Zu prüfen ist lediglich, inwiefern die Rahmenbedingungen für die Sanierung von - in finanzieller Hinsicht - grundsätzlich sanierungswürdigen Unternehmen den aktuellen Umständen anzupassen und zu verbessern sind.

Entsprechend diesem Grundsatz ist eine zeitlich weitgehend unbeschränkte Stundung und ein damit verbundener "ewiger" Schutz vor den Gläubigern, wie ihn das Chapter 11 der USA ermöglicht, abzulehnen. Die Möglichkeit, sich unter den Schutz des Chapter 11 zu stellen und somit längere Zeit ohne Druck der Gläubiger tätig zu sein, mag zwar verlockend tönen und dem betroffenen Unternehmen die benötigte Zeit für eine Sanierung gewähren, benachteiligt aber ungerechtfertigt die anderen Marktteilnehmer und kann schliesslich zu bedeutenden Marktverzerrungen führen. Von dieser Kritik bleibt auch das Chapter 11 nicht verschont⁵⁷.

Schliesslich ist anzufügen, dass es bei allen gesetzgeberischen Sanierungsbemühungen primär auf die Praxis ankommt. Es liegt im Aufgabenbereich des Managements, das Unternehmen umsichtig zu führen. Dazu gehören auch die Planung, wie im Falle der Insolvenz vorzugehen ist, sowie das rechtzeitige Reagieren beziehungsweise die sofortige Einleitung von Sanierungsmassnahmen. Ohne die Möglichkeiten und die Verantwortung des Gesetzgebers schmälern zu wollen, ist einzugehen, dass er diesbezüglich an seine Grenzen stösst, denn Verantwortungsbewusstsein lässt sich nur begrenzt erzwingen⁵⁸.

2. Zeitliches Vorverlegen der Insolvenzantragspflicht

Obwohl die Insolvenzantragspflicht nach Artikel 725 Absatz 2 OR in der Praxis tendenziell spät greift, wird ein zeitliches Vorverlegen dieser Pflicht durch eine Verschärfung der bestehenden Kriterien abgelehnt.

Die Benachrichtigung des Richters führt mehrheitlich zu einem beträchtlichen Wertverlust der Aktiven und somit zu einer entsprechenden Schmälerung der Aktivmasse. Dieser Umstand ist jedoch nur in einem begrenzten Rahmen auf das Einleiten des Insolvenzverfahrens zurückzuführen. Die Ursache liegt vielmehr darin, dass die Unternehmen die Tendenz haben, die Bilanz zu beschönigen und die Aktivposten zu positiv darzustellen beziehungsweise mit einem eher zu hohen Wert zu bilanzieren. Kommt es zu einer Überschuldung und somit zur Benachrichtigung des Richters, wird spätestens die Konkursverwaltung die Aktivposten einer realen Bewertung unterziehen. In einer Mehrheit der Fälle kommt spätestens in diesem Zeitpunkt eine Diskrepanz zum Vorschein, die den genannten Wertverlust begründet. Der Konkurs ist insofern weniger ein Wertvernichter, sondern eher ein Spiegel der Wahrheit.

Die primär zu ergreifende Massnahme sollte daher nicht darin bestehen, die geltenden Kriterien für die Insolvenzantragspflicht zu verschärfen, sondern die Vorschriften der Buchführung zu überarbeiten: Es ist zu gewährleisten, dass die Aktiven zu ihrem effektiven Wert verbucht und Bilanzbeschönigungen weitgehend unterbunden werden (true and fair view). Geboten ist eine Reglementierung, welche Rahmenbedingungen für eine anständige Buchführung setzt und somit den dargestellten Wertverlust weitgehend verhindert. Diese Thematik fällt jedoch nicht in den Aufgabebereich der Expertengruppe, sondern vielmehr in den Bereich der Rechnungslegungsvorschriften. Es ist daher auf die entsprechenden Gesetzgebungsarbeiten zu verweisen, die das Ziel der getreuen Darstellung der wirtschaftlichen Lage der

⁵⁶ Vgl. auch VON DER CRONE (Fussnote 45), S. 57 und 64.

⁵⁷ Vgl. Chapter 11 als Wettbewerbsvorteil, in: NZZ vom 22./23.3.2003.

⁵⁸ Sanierung als Managementaufgabe, in: NZZ vom 16.3.2002.

Unternehmen aufgenommen haben⁵⁹. Es ist aber zu beachten, dass ein perfektes System und somit eine vollkommene true and fair view-Darstellung der Vermögenslage des Unternehmens nicht gewährleistet werden kann. Dies gilt es im Bewusstsein zu behalten, ansonsten läuft man die Gefahr, Erwartungen zu wecken, die nicht erfüllt werden können⁶⁰.

3. Pflicht zur mehrmaligen Prüfung der finanziellen Lage pro Jahr

Da das geltende Recht pro Geschäftsjahr nur einen Abschluss verlangt (Art. 662 OR), kann oft nicht festgestellt werden, in welchem Zeitpunkt die Überschuldung eingetreten ist. Es stellt sich daher die Frage, ob die Pflicht, mehrmals pro Jahr - monatlich oder quartalsweise - zu bilanzieren, einzuführen ist.

Diese Idee wurde aus zwei Gründen verworfen. Einerseits würde der Vorteil einer öfteren Überprüfung der finanziellen Situation den damit verbundenen Mehraufwand nicht rechtfertigen. Speziell den KMUs, die sich schon unter geltendem Recht über den kaum mehr zu bewältigenden administrativen Aufwand beklagen, soll eine solche Zusatzarbeit nicht zugemutet werden. Andererseits wird die bestehende gesetzliche Regelung, welche eine Jahresrechnung sowie eine Prüfung der finanziellen Lage nach Bedarf vorschreibt, als genügend angesehen. So hat insbesondere der Verwaltungsrat die Aufgabe, die Finanzlage ständig zu überwachen (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) sowie bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellen zu lassen (Art. 725 Abs. 2 OR).

4. Änderung der Rechtslage bei Gläubigerantrag

Sofern das Insolvenzverfahren durch einen Gläubiger eingeleitet wird, soll am geltenden Recht nichts geändert werden. Insbesondere ist es diesfalls nicht angebracht, generell eine provisorische Stundung als Moratorium vorzusehen: Diese hätte zur Folge, dass ein allfälliger Konkurs erst mit entsprechender Verzögerung eröffnet würde; die Aufzwingung einer solchen Verzögerung gegenüber einem Gläubiger, der das Konkursverfahren einzuleiten beabsichtigt, lässt sich aber nicht rechtfertigen.

Dem Gläubiger sollen daher dieselben Möglichkeiten wie nach geltendem Recht verbleiben: So kann er einerseits das Konkursbegehren stellen (sei es anschliessend an das Einleitungsverfahren oder auf Grund eines materiellen Konkursgrundes), wobei die Möglichkeit der Überweisung der Akten durch das Konkurs- an das Nachlassgericht weiterhin bestehen bleibt (Art. 173a Abs. 2 SchKG). Andererseits ist er befugt, ein Gesuch um Nachlassstundung einzureichen (Art. 293 Abs. 2 SchKG).

D. Weiter zu verfolgende Fragen

1. Motivation / Zwang für die Ergreifung von Sanierungsmassnahmen

Die Expertengruppe ist sich einig, dass das Management bei den ersten Anzeichen von finanziellen Schwierigkeiten reagieren sollte. Mit - auch nur präventiven - Sanierungsmassnahmen sollte nicht zugewartet werden. Um dies zu fördern, ist die Unternehmensleitung mit positiven Anreizen zu motivieren, allenfalls auch mit Zwang zu verpflichten, Massnahmen zur Erhaltung und Rettung des Unternehmens rechtzeitig zu ergreifen. Wie solche Anreize konkret aussehen oder welche Art von Zwang dien-

⁵⁹ VE RRG und entsprechender Bericht der Expertengruppe "Rechnungslegungsrecht" vom 29. Juni 1998, insbesondere S. 63 f.

⁶⁰ Gl.M. VON DER CRONE (Fussnote 45), S. 61.

lich sein könnte, hat die Expertengruppe nicht abschliessend diskutiert. Als Möglichkeiten, die aber noch einer vertieften Prüfung bedürfen, wurden folgende Punkte angesprochen.

- Zu prüfen sind Steuervorteile für Sanierungskredite sowie für Umstrukturierungen, die einer Sanierung dienen.
- Die Verantwortlichkeitsklagen (Art. 752 ff. OR) sind grundsätzlich taugliche Instrumente, die entsprechenden Organe in die Pflicht zu nehmen. In der Praxis ist eine entsprechende Klage jedoch oft zum Scheitern verurteilt oder sie wird auf Grund der schwierigen Beweisführung gar nicht erhoben. Insbesondere das Vorliegen einer Pflichtverletzung, die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden sowie die Schadensberechnung selbst bereiten erhebliche Schwierigkeiten. Es wäre daher abzuklären, ob diesbezüglich nicht Erleichterungen zu schaffen sind.
- Es ist zu prüfen, ob die strafrechtlichen Sanktionen den heutigen Gegebenheiten entsprechen oder ob sie allenfalls zu verschärfen oder zu ergänzen sind. In Betracht zu ziehen wäre insbesondere eine Norm, welche die Missachtung der Insolvenzantragspflicht explizit unter Strafe stellt.

Es ist jedoch zu beachten, dass die Betreibungs- und Konkursdelikte zwar einen notwendigen Hintergrund für das Insolvenzrecht darstellen, doch dürfen ihre Wirkungen nicht überschätzt werden. Der Beitrag der Strafnormen zur Verhinderung von Insolvenzfällen beziehungsweise zur Förderung einer vernünftigen und rentablen Unternehmensführung wird von der Expertengruppe als gering eingeschätzt.

2. Restschuldbefreiung

Die Restschuldbefreiung, welche es dem Schuldner ermöglicht, von den nach einem Konkursverfahren verbleibenden Schulden befreit zu werden, ist dem schweizerischen Recht als besonderes Institut unbekannt. Dieses baut vielmehr auf dem System auf, dass die Restforderung nach Abschluss des Konkursverfahrens erst wieder geltend gemacht werden kann, wenn der Schuldner zu neuem Vermögen gekommen ist (Art. 265 Abs. 2 SchKG). Diese Regelung soll dem Schuldner einen Neuanfang ermöglichen und gleichzeitig die Gläubiger an der finanziellen Erholung des Schuldners teilhaben lassen. Die Praxis zeigt jedoch, dass dieses System oft scheitert:

- Die Einschränkung, dass eine Betreuung für eine alte Forderung erst bei neuem Vermögen zulässig ist, verleitet den Schuldner dazu, die finanzielle Erholung nicht oder nur mit halber Kraft anzustreben.
- Der Umstand, dass Konkursforderungen nicht untergehen, sondern latent weiter bestehen, bedeutet vor allem für selbständige Personen eine enorme Hypothek. Wer seriös kalkuliert, muss diese Passiven bereits ab Beginn des Neustarts vollumfänglich einrechnen: Bei einer finanziellen Sanierung werden sie sich sofort realisieren.
- Das Verfahren zur Feststellung des neuen Vermögens ist kompliziert und dessen Ausgang ist unsicher. Die entsprechenden Kosten leistet ein Gläubiger - ganz nach dem Motto, man soll dem schlechten Geld kein gutes Geld nachwerfen - nur sehr zurückhaltend.

Die Restschuldbefreiung würde dagegen verschiedene Vorteile mit sich bringen. Für viele Schuldner sehen die Chancen, aus eigener Kraft wieder schuldenfrei zu wer-

den, sehr schlecht aus. Die Möglichkeit der privaten Schuldenbereinigung (Art. 333 ff. SchKG) hilft dabei nicht weiter, da für deren Zustandekommen sämtliche Gläubiger zustimmen müssen.

Gegen deren Notwendigkeit spricht die Tatsache, dass das Nachlassverfahren auch natürlichen Personen offen steht und dieses zu einer Befreiung der restlichen, nicht beglichenen Schulden führt. Mit der Einführung eines raschen und somit auch kostengünstigeren Nachlassverfahrens (vgl. Ausführungen unter I.B.3.) wird dieses Verfahren insbesondere auch für natürliche Personen attraktiver. Zudem bringt die Restschuldbefreiung gewisse Risiken mit sich wie insbesondere eine Verschlechterung der Schuldnermoral und damit verbunden eine Beeinträchtigung der Bereitschaft zur Kreditgewährung beziehungsweise die allgemeine Verteuerung von Krediten.

Das Institut der Restschuldbefreiung wurde in der Expertengruppe kontrovers beurteilt. Sie ist der Ansicht, dass diese Frage einer vertieften Prüfung bedarf. Da dieses Institut im Ausland bereits bekannt ist (so in den USA, in Deutschland und in Österreich), ist rechtsvergleichend zu arbeiten, wobei speziell die unterschiedlichen Voraussetzungen zu berücksichtigen sind.

3. Kosten des summarischen Konkursverfahrens

Ein Grossteil der Konkursverfahren wird nicht durchgeführt, sondern mangels Aktiven eingestellt. Für die Konkursgläubiger ist ein solcher Verfahrensausgang äusserst unbefriedigend. Es ist daher zu prüfen, ob die Zahlung der Kosten zumindest für das summarische Konkursverfahren gewährleistet werden kann. Die Expertengruppe denkt dabei an eine Kausalhaftung für die Kosten des summarischen Konkursverfahrens der letzten Verwaltungsräte, die vor der Konkurseröffnung für das Unternehmen verantwortlich waren.

- Die Durchführung des summarischen Konkursverfahrens wäre gewährleistet, was sich insbesondere für die Konkursgläubiger positiv auswirken würde.
- Eine solche Haftung dürfte eine generalpräventive Wirkung haben: Wenn eine "stille Beerdigung" (Einstellung mangels Aktiven) nicht mehr möglich ist, werden die verantwortlichen Organe aus eigenem Interesse dafür besorgt sein, rechtzeitig zu reagieren, das heisst entweder Sanierungsmassnahmen einzuleiten oder in einem Zeitpunkt die Bilanz zu deponieren, in welchem das Unternehmen noch selber für die Kosten des Konkursverfahrens aufkommen kann.
- Die finanzielle Belastung für die Organe wäre vertretbar, da die Kosten für das summarische Konkursverfahren relativ gering sind (Fr. 3'000.- bis 8'000.-).

Eine solche Kausalhaftung mit ihrer generalpräventiven Wirkung würde eines der Hauptanliegen der Expertengruppe unterstützen, nämlich dass mit der Einleitung des Sanierungs- oder Insolvenzverfahrens nicht zu lange zugewartet werden soll.

II. Ablauf des Nachlassverfahrens

A. Ausgangslage

Das Nachlassstundung lässt sich in drei Phasen aufteilen: die Bewilligung der Stundung, das Vorgehen während der Stundungsphase und der Abschluss der Stundung mit Zustimmung der Gläubiger und gerichtlicher Bestätigung des Nachlassvertrages.

Die Praxis zeigt, dass alle drei Abschnitte nicht zur vollen Befriedigung ausgestaltet sind, sondern in verschiedener Hinsicht punktuelle Schwierigkeiten und Unzulänglichkeiten mit sich bringen.

1. Wirkungen der Nachlassstundung

Mit der Bewilligung der Nachlassstundung stellen sich zwei Fragen: einerseits welche Wirkungen der Stundung zukommen beziehungsweise zukommen sollen, andererseits in welchem Zeitpunkt die Wirkungen eintreten.

Die Wirkungen der Nachlassstundung gehen sowohl auf Schuldner- wie auch Gläubigerseite bedeutend weniger weit als diejenigen des Konkurses. So wird einerseits die Verfügungsbefugnis des Schuldners nur begrenzt tangiert (Art. 298 SchKG), andererseits werden Betreibungshandlungen der Gläubiger nicht vollumfänglich ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 2 SchKG). Unklar sind die Auswirkungen der Stundung auf hängige Prozesse: Gemäss Gesetzeswortlaut werden diese nicht tangiert. Für die Wahrung der Forderung genügt aber eine entsprechende Anmeldung; ein Rechtsinteresse an der Fortführung des Prozesses dürfte daher nicht mehr bestehen.

Ob die Wirkungen der Nachlassstundung mit deren Bewilligung oder erst mit der Publikation eintreten, ist unklar. In genereller Hinsicht lässt der Gesetzeswortlaut eher auf die Bewilligung als entscheidender Zeitpunkt schliessen. In Einzelfällen äussert sich das Gesetz explizit, wobei es differenziert: So ist für den Stopp des Zinsenlaufs die Bewilligung, für die Einschränkung von Verrechnungen hingegen die Bekanntmachung massgebend (Art. 297 Abs. 3 und 4 SchKG). Soweit das Gesetz keine ausdrückliche Regelung aufstellt, ist die Frage in der Lehre umstritten⁶¹.

2. Ungenügendes Mitspracherecht der Gläubiger

Die Leitung des Nachlassverfahrens liegt grundsätzlich beim Sachwalter. Den Gläubigern kommen keine speziellen Mitwirkungsrechte zu. Ihre Teilnahme beschränkt sich weitgehend darauf, dass sie vom Sachwalter zu orientieren sind (Art. 295 Abs. 1 lit. c SchKG). Eine Gläubigerversammlung findet in der Regel erst statt, wenn der Entwurf eines Nachlassvertrages erstellt wurde und es zum Zustimmungsverfahren kommt (Art. 301 Abs. 1 SchKG). Zudem ist die Einsetzung eines Gläubigerausschusses während der Nachlassstundung vom Gesetz nicht vorgesehen.

Die Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass häufig bereits während der Stundung das schuldnerische Unternehmen - allenfalls mit Zustimmung des Gerichts (Art. 298 Abs. 2 SchKG) - in grossem Stil liquidiert wird. Diese vorgezogene Liquidation geht oft so weit, dass im Zeitpunkt, in welchem die Gläubiger zur Sprache kommen, keine zu liquidierenden Aktivposten mehr vorhanden sind. Der Entscheid über das weitere Vorgehen wird somit de facto bereits im Vorfeld vom Sachwalter gefällt: Soweit die notwendigen Aktiven für die Weiterführung des schuldnerischen Unternehmens während der Stundung veräussert werden und somit im Zeitpunkt der Gläubigerversammlung nicht mehr vorhanden sind, ist es den Gläubigern faktisch verwehrt, einen Nachlassvertrag, der die Fortführung des Unternehmens vorsieht, zu bestätigen; es verbleibt die Variante des Liquidationsvertrages.

⁶¹ VOLLMAR ALEXANDER, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Basel/Genf/München 1998, Art. 296 Rz 9, Art. 297 Rz 3 und Art. 298 Rz 13 je m.w.H.

3. Bestätigung des Nachlassvertrages

Die "Rettung" des schuldnerischen Unternehmens erfolgt heutzutage - wenn überhaupt - oft über einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kombiniert mit der Gründung einer Auffanggesellschaft: Die zu sanierende Gesellschaft gründet eine Tochtergesellschaft und überträgt zwecks Liberierung des Aktienkapitals durch Sacheinlage ihre frei verfügbaren Aktiven auf die neue Tochtergesellschaft. Anschliessend wird über die Muttergesellschaft das Nachlassverfahren eröffnet, welches in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung endet. Im Normalfall sieht dieser die Veräusserung der Aktien der Tochtergesellschaft sowie die Verteilung des daraus resultierenden Erlöses an die Gläubiger vor. Dabei stellt sich aber die Frage, ob es - wie es bereits auch gehandhabt wird - zulässig ist, dass der Nachlassvertrag an Stelle der Veräusserung der Aktien sowie der Verteilung des Erlöses die Befriedigung der Gläubiger direkt mittels Aktien der Tochtergesellschaft vorsieht. Für diejenigen Gläubiger, welche dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt haben, führt ein solches Vorgehen zu einer zwangsweisen Aktionärsstellung. Bei börsenkotierten Gesellschaften ist diese Konsequenzen weniger heikel, da die Aktien in der Regel weiterveräussert werden können. Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften kann die Versilberung der Aktien unter Umständen aber sehr schwierig sein.

Die Bestätigung des Nachlassvertrages setzt unter anderem voraus, dass die Gläubiger mit bestimmten Quoren dem Vertrag zugestimmt haben (Art. 305 SchKG) und dass der Vollzug des Nachlassvertrages, die Forderungen der privilegierten Gläubiger sowie die Masseverbindlichkeiten hinlänglich sichergestellt sind (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Diese Voraussetzungen führen oft zum Scheitern des Nachlassvertrages. Einerseits kann es bereits am Erreichen der gebotenen Quoren mangeln. Andererseits führt die Sicherstellungspflicht zur Blockade massgebender finanzieller Mittel, welche für die Sanierung benötigt würden.

Jeder Nachlassvertrag führt in der Regel dazu, dass die Rechte der Gläubiger beschnitten werden: Sie verzichten auf einen Teil ihrer Forderung beziehungsweise gewähren Stundung zu Gunsten einer Sanierung oder verlieren im Rahmen des Liquidationsvergleichs einen Teil ihres Anspruchs. Dagegen sieht das Gesetz keinen Beitrag der Anteilseigner vor. Führt der Nachlassvertrag zur Sanierung, bleiben die Anteilseigner Inhaber ihrer - in keiner Art und Weise tangierten - Rechte am betroffenen Unternehmen. Beim Dividendenvergleich, welcher für die Gläubiger einen Verzicht auf einen Teil ihrer Forderungen, für die Anteilseigner aber keine Beeinträchtigung zur Folge hat, ist diese Rechtslage stossend.

B. Vorschläge der Expertengruppe

1. Wirkungen der Stundung: Tendenz in Richtung full stop

Die Expertengruppe ist der Ansicht, dass zu Gunsten der Sanierungschancen die Wirkungen der Nachlassstundung in Bezug auf die Gläubigerrechte denjenigen des Konkurses anzunähern sind. Konkret soll während der Stundungsphase Folgendes gelten:

- Die Pfändung und Verarrestierung von schuldnerischen Vermögenswerte, die in die Nachlassmasse fallen, ist ausgeschlossen.
- Das Recht der Erstklassen Gläubiger, eine Betreibung einzuleiten oder fortzusetzen (Art. 297 Abs. 2 SchKG), ist aufzuheben. Die Befriedigung der Forderungen der

ersten Klasse muss für die Bestätigung des Nachlassvertrages sichergestellt sein. Es ist daher nicht ersichtlich, weshalb den entsprechenden Gläubiger zusätzlich noch das Recht zur Betreibung zu gewähren ist.

- Soweit Betreibungshandlungen ausgeschlossen sind, hat dies auch für Prozesse zu gelten: Entsprechend der Rechtslage im Konkurs sind Prozesse während der Nachlassstundung zu sistieren. Es gelten dieselben Vorbehalte wie im Konkurs (vgl. Art. 207 SchKG).

Der daraus resultierende Rechtsstillstand gilt nur für Nachlassforderungen, welche dem Nachlassvertrag unterliegen. Für Masseverbindlichkeiten hingegen sind Betreibungshandlungen weiterhin, wie nach geltendem Recht, zuzulassen.

2. Stärkung der Mitwirkung der Gläubiger

Es sind die Gläubiger, welche die Folgen der Insolvenz effektiv zu spüren bekommen. Daher ist es angebracht, dass sie über das Geschehen während der Nachlassstundung informiert werden. Zudem sollen ihnen in einem gewissen Rahmen Mitspracherechte zukommen. Die Stellung der Gläubiger ist in diesem Sinne zu stärken.

a) Gläubigerausschuss während der Stundung

Es ist dem Sachwalter während der Nachlassstundung aus zwei Gründen nicht zumutbar, jeweils sämtliche Gläubiger persönlich zu informieren beziehungsweise zu konsultieren. Erstens sind die Gläubiger anfangs der Stundungsphase noch nicht bekannt. Zweitens würde das individuelle Informieren und Konsultieren für den Sachwalter einen beträchtlichen administrativen Zusatzaufwand bedeuten. Die Gläubiger sollen ihre Mitspracherechte vielmehr über ein besonderes Organ ausüben: über den Gläubigerausschuss.

Zumindest bei grösseren Unternehmen ist vorzusehen, dass bereits während der Nachlassstundung ein Gläubigerausschuss seine Tätigkeit aufnehmen kann. Eingesetzt werden soll er durch das Nachlassgericht; die Gläubigerversammlung eignet sich dafür nicht, da sie erst im späteren Verlauf des Verfahrens abgehalten wird. Ob ein Ausschuss effektiv zu ernennen ist oder nicht, liegt im Ermessen des Gerichts, wobei vor allem die Komplexität der Verhältnisse massgebend ist. Der entsprechende Entscheid hat das Gericht mit Bestätigung der definitiven Stundung zu fällen, wobei ein späteres Einsetzen nicht ausgeschlossen ist. Der Gläubigerausschuss ist jedoch nicht für die provisorische Stundung gedacht: Einerseits soll diese still, das heisst ohne Information der Gläubiger, stattfinden können und andererseits hat das Gericht bei Bewilligung der provisorischen Stundung noch keinen Überblick über die Gläubiger.

b) Repräsentative Zusammensetzung des Gläubigerausschusses

Die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses muss repräsentativ sein: Jede "Gläubigergruppe" soll angemessen vertreten sein. Zu denken ist insbesondere an eine Vertretung der Arbeitnehmer, der Sozialversicherungen, der Pensionskasse, der Banken, der Lieferanten beziehungsweise der Dienstleistungserbringer, des Staates und der Anleihensgläubiger. Damit eine entsprechende Zusammensetzung des Ausschusses gewährleistet ist, hat eine unabhängige Instanz, das Nachlassgericht, die einzelnen Mitglieder zu ernennen. Dabei ist darauf zu achten, dass die Anzahl der Mitglieder den Verhältnissen angepasst und nicht zu gross ist: Dem Sachwalter soll es möglich sein, mit dem gesamten Ausschuss regelmässig Kontakt zu haben, was

bei einem Ausschuss von mehr als 8 Personen bereits schwierig sein dürfte. Die Kompetenzen und Rechte des Gläubigerausschusses sind im Gesetz abschliessend zu nennen:

- Der Gläubigerausschuss hat das Recht auf regelmässige Information über den Stand und die möglichen Ausgänge des Verfahrens. Unter anderem ermöglicht ihm dies, den Sachwalter bei seiner Tätigkeit in einem gewissen Rahmen zu überwachen: Gewinnt der Ausschuss den Eindruck, dass der Sachwalter seinen Pflichten nicht nachkommt, so kann - von jedem Gläubiger einzeln - ein Rechtsmittel gegen die Ernennung des Sachwalters erhoben werden (vgl. die Ausführungen unter I.B.2.d)).
- Dem Gläubigerausschuss kommt - an Stelle des Nachlassgerichtes - die Kompetenz der Ermächtigungserteilung für die mitwirkungsbedürftigen Geschäfte nach Artikel 298 Absatz 2 SchKG zu. Diese Kompetenz gewährleistet insbesondere das Mitspracherecht der Gläubiger bei Verfügungen über das schuldnerische Anlagevermögen.
- Ob der Gläubigerausschuss generell bei wichtigen Fragen zu konsultieren ist, wurde kontrovers beurteilt. Der Begriff "wichtige Fragen" ist nicht klar abgrenzbar, was für den Sachwalter entsprechende Schwierigkeiten mit sich bringt.
- Abgelehnt wird ein Veto- und Instruktionsrecht in Bezug auf die Handlungen des Sachwalters. Eine solche Befugnis würde den Sachwalter bei seiner Tätigkeit zu sehr beeinträchtigen.

c) Gläubigerversammlung innert neun Monaten

Die definitive Nachlassstundung kann de lege lata vier bis sechs Monate andauern, wobei eine Verlängerung auf 12 oder 24 Monate möglich ist (Art. 295 Abs. 1 und 4 SchKG). Für die einzelnen Gläubiger hat eine Verlängerung zur Folge, dass sie während einer relativ langen Zeit hingehalten werden, ohne zu wissen, wie die finanziellen Verhältnisse des Schuldners konkret aussehen und welcher Verfahrensausgang angestrebt wird. Diese Ungewissheit soll ihnen nicht über derart lange Zeit zugemutet werden. Sofern es zu einer Verlängerung kommt, sind die Gläubiger zu informieren, wie der Stand der Dinge ist. Der Sachwalter hat daher nach Bewilligung der Verlängerung eine Gläubigerversammlung einzuberufen, welche vor Ablauf von neun Monaten seit Bewilligung der definitiven Stundung stattzufinden hat. Je nach Verfahrensstand hat diese Gläubigerversammlung unterschiedliche Kompetenzen:

- als ordentliche Gläubigerversammlung im Sinne von Artikel 302 SchKG: Der Sachwalter informiert über den Entwurf des Nachlassvertrages und leitet das Zustimmungsverfahren.
- neu als "ausserordentliche" Gläubigerversammlung: Kann noch nicht zum Zustimmungsverfahren geschritten werden, fallen der Gläubigerversammlung folgende Kompetenzen zu:
 - i) Der Sachwalter informiert die Gläubiger über den Stand der Dinge und das weitere Vorgehen.
 - ii) Die Gläubigerversammlung bestätigt den Sachwalter oder setzt einen neuen ein.
 - iii) Sie bestätigt den vom Nachlassgericht eingesetzten Gläubigerausschuss oder ersetzt einzelne oder alle Mitglieder.

- iv) Die Expertengruppe hat es offen gelassen, wie weit die Gläubigerversammlung in Bezug auf wichtige Fragen zu konsultieren ist und ob ihr allenfalls gewisse Entscheidungsbefugnisse zukommen.

3. Voraussetzungen für die Bestätigung des Nachlassvertrages

a) Befriedigung der Gläubiger mittels Aktien der Auffanggesellschaft

Damit eine Auffanggesellschaft Chancen hat, sich im Geschäftsleben zu etablieren, ist sie auf die Übernahme der Vermögenswerte der ehemaligen Gesellschaft angewiesen. Eine Befriedigung der Gläubiger mittels Bargeld ist daher nur in sehr beschränktem Masse möglich und verantwortbar, wenn das Risiko eines neuen Insolvenzfalles nicht provoziert werden soll. Die Praxis suchte daher nach einem anderen Weg, die Gläubiger zu befriedigen und fand diesen in folgender, bereits erwähnten Vorgehensweise: Die zu sanierende Gesellschaft gründet eine Tochtergesellschaft, deren Aktienkapital durch Sacheinlage der frei verfügbaren Aktiven der Muttergesellschaft liberiert wird. Das anschliessend über die Muttergesellschaft eröffnete Nachlassverfahren resultiert in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Dieser sieht vor, dass die Gläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen Aktien der Tochtergesellschaft - und somit der Auffanggesellschaft - erhalten.

Diese Vorgehensweise stellt eine praktikable und vernünftige Möglichkeit dar, das schuldnerische Unternehmen in eine neue Gesellschaft überzuführen und somit de facto (teilweise) zu retten. Die Expertengruppe ist daher der Ansicht, dass ein solches Vorgehen weiterhin möglich sein soll beziehungsweise dass es zweifelsfrei für zulässig zu erklären ist. Es ist jedoch zu beachten, dass dabei diejenigen Gläubiger, welche dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt haben, zwangsweise Aktionär der Auffanggesellschaft werden. Um den Interessen dieser Gläubigern gerecht zu werden, ist vorzusehen, dass das Gericht einen entsprechenden Nachlassvertrag nur dann bestätigen darf, wenn es sich davon überzeugt hat, dass ein solches Vorgehen für die nicht zustimmenden Gläubiger eine angemessene Lösung ist.

b) Keine Sicherstellung für Drittklassforderungen

Die umfassende Sicherstellungspflicht (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG) erschwert das Zustandekommen eines Nachlassvertrages in massgebender Weise. Sie ist daher zu Gunsten der Sanierungschancen einzuschränken: Es soll der Vollzug des Nachlassvertrages und somit die Befriedigung der Drittklassforderungen (Nachlassdividen-den) nicht mehr sichergestellt werden müssen⁶².

An der Sicherstellungspflicht bezüglich Masseverbindlichkeiten sowie der privilegierten Forderungen ist nichts zu ändern. Masseverbindlichkeiten sind weiterhin sicherzustellen, weil es ansonsten schwierig werden dürfte, die für die Sanierung oft benötigten Investoren zu finden sowie während der Nachlassstundung die Geschäftstätigkeit aufrecht zu halten. An der Sicherstellung der privilegierten Forderungen ist festzuhalten, da ansonsten die Drittklassgläubiger dem Nachlassvertrag kaum zustimmen würden: Sofern die Befriedigung der privilegierten Gläubigern nicht gewährleistet ist, bleibt für die Drittklassgläubiger allenfalls gar nichts mehr übrig; unter diesem Umstand werden die Drittklassgläubiger dem Nachlassvertrag kaum zustimmen.

⁶² Eine Minderheit der Expertengruppe möchte auf die Sicherstellung der Nachlassdividende nicht vollumfänglich verzichten, sondern lediglich die Anforderungen an dieselbe im Vergleich zum geltenden Recht reduzieren. So würde es beispielsweise genügen, wenn dargelegt wird, dass die Dividen-den durch zukünftige Erträge erwirtschaftet werden können.

c) *Angemessener Sanierungsbeitrag der Anteilseigner*

Die Gläubiger sollen nicht zu Gunsten der Anteilseigner auf einen Teil ihrer Forderung verzichten. Entsprechend dem Grundsatz, dass Anteilseigner erst etwas erhalten sollen, wenn die Gläubiger vollumfänglich befriedigt sind (Fremdkapital hat dem Eigenkapital vorzugehen), sollen für die Sanierung nicht allein die Gläubiger, sondern auch die Anteilseigner einen Beitrag leisten. Das Gesetz bedarf einer entsprechenden Ergänzung, wobei diese nur den Dividendenvergleich betrifft: Beim Stundungsvergleich werden die Gläubiger vollumfänglich befriedigt; beim Liquidationsvergleich hingegen wird die Gesellschaft aufgelöst, so dass die Anteilseigner ihre entsprechenden Rechte verlieren.

Die Expertengruppe schlägt vor, für die Bestätigung des Dividendenvergleichs einen angemessenen Beitrag der Anteilseigner zur Sanierung vorauszusetzen: Das Nachlassgericht darf den Dividendenvergleich nur dann bestätigen, wenn diese Voraussetzung erfüllt ist. Ein möglicher Beitrag wäre insbesondere eine Kapitalerhöhung. Allenfalls könnte von einem solchen Beitrag abgesehen werden, sofern die Interessen der Gläubiger gemäss Dividendenvergleich auch ohne Beitrag der Anteilseigner besser gewahrt würden als dies im Konkurs der Fall wäre.

C. Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen

1. Automatic stay

Gemäss amerikanischem Chapter 11 treten die Wirkungen der Stundung bereits mit dem Antrag des Schuldners für ein Verfahren nach Chapter 11 ein (automatic stay) und nicht erst mit der entsprechenden richterlichen Bewilligung (order for relief). Die Expertengruppe lehnt den automatic stay für die schweizerische Rechtsordnung aus folgenden Gründen ab:

- Mit der Möglichkeit der provisorischen Stundung ist der zeitliche Unterschied zwischen Antragsstellung und gerichtlicher Bewilligung sehr klein.
- Das Risiko des Schuldners besteht darin, dass ein Gläubiger zwischen Antragsstellung und Bewilligung der Nachlassstundung ein Konkursbegehren stellt. Diesem Risiko wird aber mit der Möglichkeit, den Entscheid über das Konkursbegehren bis zum Entscheid über das Gesuch um Nachlassstundung auszusetzen, genügend entgegengetreten (Art. 173a Abs. 1 SchKG).
- Die Missbrauchsgefahr ist zu gross: Ein Schuldner könnte - ohne auch nur geringe Chancen auf Bewilligung der Nachlassstundung zu haben - das Gesuch um Nachlassstundung stellen und so sofort zumindest bis zur Abweisung des Gesuchs in den Genuss der Stundung kommen.

2. Bildung von Gläubigergruppen

Das Chapter 11 sieht die Bildung verschiedener Gläubigergruppen vor, die unterschiedlich behandelt werden können. So kann beispielsweise eine Gruppe eine Dividende von 50 %, eine andere von lediglich 30 % erhalten. Dabei dürfen in dieselbe Klasse nur Rechte eingeteilt werden, die "im wesentlichen gleich" sind. Diese Gläubigerklassen stimmen unter Berücksichtigung bestimmter Quoren separat - klassenintern - über den Reorganisationsplan ab. Für die Annahme des Plans bedarf es grundsätzlich der Zustimmung sämtlicher betroffener Klassen (vorbehalten bleibt das cram down-Verfahren).

Die Expertengruppe lehnt die Einführung von solchen Gläubigergruppen für das schweizerische Sanierungsrecht ab. Die Bildung von Gläubigergruppen schafft praktische Schwierigkeiten. Insbesondere bringt die Voraussetzung der "im wesentlichen gleiche Rechte" erhebliche Abgrenzungsprobleme und entsprechende Auseinandersetzungen mit sich, was auch die Erfahrungen in den USA zeigen. Zudem führt dieses Vorgehen zu einem administrativen Mehraufwand und zu einer Verkomplizierung des Verfahrens. Die Gläubiger sollen daher weiterhin eine Gläubigergruppe bilden (Privilegien vorbehalten).

3. Cram down-Verfahren

Das in Chapter 11 vorgesehene cram down-Verfahren ermöglicht dem Richter, den Reorganisationsplan auch dann zu bestätigen, wenn eine oder mehrere Gläubigerklassen nicht zugestimmt haben. Der Plan kann somit auch dann Geltung erhalten, wenn ihn die Mehrheit der Gläubiger abgelehnt hat. Das cram down-Verfahren kommt nur zur Anwendung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Zu letzteren gehört insbesondere der Umstand, dass der Plan für die ablehnenden Klassen „fair and equitable“ ist.

Das SchKG setzt für die gerichtliche Bestätigung des Nachlassvertrages voraus, dass dieser von einer qualifizierten Mehrheit der Gläubiger angenommen wurde (Art. 305 SchKG). Fehlt es an dieser Zustimmung, kann der Richter – im Gegensatz zum cram down-Verfahren – den Vertrag nicht bestätigen. Die Regelung im SchKG entspricht der schweizerischen Tradition: Sie stellt darauf ab, dass – wenn auch unter Umständen nach zähen Verhandlungen – ein Kompromiss gefunden wird, welcher von einer Mehrheit akzeptiert wird. Sofern keine Einigung erzielt werden kann, kommt kein Vertrag zustande. Ein richterliches Diktat eines Nachlassvertrages würde dem schweizerischen Rechtsempfinden widersprechen und ist daher abzulehnen.

D. Weiter zu verfolgende Fragen

1. Massgebender Zeitpunkt für die Wirkungen der Nachlassstundung

Die Expertengruppe ist sich zwar einig, dass die Nachlassstundung ihre Wirkungen grundsätzlich mit Bewilligung - und nicht erst mit Publikation - zu entfalten hat. Es bestehen aber Differenzen, ob und wie weit dieser Grundsatz einzuschränken ist - insbesondere für die Beschränkung der schuldnerischen Verfügungsfähigkeit sowie der Zulässigkeit von Verrechnungen. Des Weiteren stellt sich die Frage, inwiefern für die Fälle der Publikation sowie der Nicht-Publikation der provisorischen Stundung unterschiedliche Regelungen geboten sind. Dabei gilt es zu beachten, dass eine solche differenzierte Normierung dazu führen kann, dass der provisorischen und der definitiven Stundung unterschiedliche Wirkungen zukommen.

2. Betreibungsrecht der Grundpfandgläubiger

Offen gelassen wurde die Frage, ob das Recht der Grundpfandgläubiger, während der Nachlassstundung Betreibungshandlungen vorzunehmen, aufzuheben ist. Die Streichung dieses Rechts erscheint nicht als notwendig, da bereits das geltende Recht Betreibungshandlungen nur bis vor die Verwertung zulässt; die Verwertung des Grundpfandes während der Stundung ist hingegen ausgeschlossen (Art. 297 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

3. Nachlassstundung ohne Sachwalter

Je nach Stand der finanziellen Verhältnisse des Schuldners bedarf es für eine Sanierung lediglich einer vorübergehenden Atempause gegenüber den drängenden Gläubigern und keiner Umstrukturierungen, Verzichtserklärungen der Gläubiger oder anderer Sanierungsmassnahmen. In einer solchen Konstellation ist dem Schuldner bereits mit der Bewilligung der Stundung gedient. Sobald der Schuldner seinen Verpflichtungen nachgekommen ist, kann die Stundung in Folge erfolgreicher Sanierung aufgehoben werden. Sowohl die Einsetzung eines Sachwalters als auch die Ausarbeitung eines Nachlassvertrages erübrigen sich dabei. Für solche Konstellationen ist zu prüfen, ob in der Nachlassstundung zwingend ein Sachwalter einzusetzen ist oder ob davon nicht abgesehen werden kann.

4. Herabsetzung der Gläubigerquoten

Im Rahmen der Diskussion, welche Anforderungen für die gerichtliche Bestätigung des Nachlassvertrages zu stellen sind, wurden auch die Gläubigerquoten angesprochen (Art. 305 Abs. 1 SchKG). Unabhängig davon, wie die notwendigen Quoten festgesetzt werden, kann der Nachlassvertrag immer mangels deren Erreichens scheitern. Dabei ist die Festlegung der gesetzlichen Schwellen eine Ermessenfrage.

III. Dauerschuldverhältnisse

A. Ausgangslage

De lege lata werden Dauerschuldverhältnisse im Insolvenzfall nicht generell aufgehoben⁶³, sondern je nach Insolvenzverfahren unterschiedlich abgewickelt: In der Generalexekution kann das zuständige Organ - die Konkursverwaltung oder der Liquidator - in die Verträge eintreten mit der Folge, dass die entsprechenden Forderungen zu Masseverbindlichkeiten werden. Unterbleibt der Eintritt, so werden die nicht auf eine Geldzahlung lautenden Ansprüche in Geldforderungen von entsprechendem Wert umgewandelt; massgebend ist das positive Vertragsinteresse⁶⁴. Während der Nachlassstundung und im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrages gelten die Verträge hingegen unverändert weiter.

Dauerschuldverhältnisse wie Arbeitsverträge, langfristige Mietverträge und kostspielige Leasingverträge können in jeder Insolvenzsituation ein Handicap darstellen. Im Rahmen der Generalexekutionen führen sie zu Eingaben exorbitanter Forderungen mit der Konsequenz, dass die Dividende für sämtliche Gläubiger entsprechend gekürzt werden muss. Wird hingegen eine Sanierung angestrebt, stehen sie dieser oft entgegen. Eine erfolgreiche Sanierung erfordert eine Änderung in der Unternehmensstruktur: Der Betrieb wird verkleinert (was die Entlassung von Arbeitnehmern sowie ein reduziertes Platzbedürfnis mit sich bringt), es wird ein anderer Standort gewählt (z.B. an einem in mietrechtlicher Hinsicht günstigeren Lage), es werden neue - kostengünstigere - Lieferanten gesucht. Mangels Möglichkeit, sich der beste-

⁶³ Punktuell werden die Verträge je nach Insolvenzfall von Gesetzes wegen aufgehoben, so der Pachtvertrag (Art. 297a OR), der Auftrag (Art. 405 Abs. 1 OR), der Agenturvertrag (Art. 418s Abs. 1 OR), die Leibrente (Art. 518 Abs. 3 OR) sowie die einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

⁶⁴ Art. 211 SchKG. AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003, § 42 Rz 33 sowie § 55 Rz 33.

henden Vertragsverhältnisse zu entledigen, fehlt es aber in der Regel an den Mitteln, die für die Sanierung gebotenen Massnahmen einzuleiten.

Auf Grund dieser Problematik stellt sich die Frage, ob an der geltenden Rechtslage - keine generelle Beeinträchtigung von Verträgen im Insolvenzfall - festgehalten werden soll oder sich nicht zu Gunsten der anderen Gläubiger sowie insbesondere einer allfälligen Sanierung eine Änderung aufdrängt. Die Expertengruppe hat dabei folgende Möglichkeiten diskutiert:

- automatische Aufhebung von Verträgen durch die Konkurseröffnung und die Bewilligung der Nachlassstundung;
- ausserordentliches Kündigungsrecht für die Konkursverwaltung und den Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters;
- Verfügungsrecht der Parteien über das Schicksal der Verträge im Insolvenzfall (Gültigkeit von Insolvenzklauseln);
- Vertragsübertragung auf Dritte (assignment of contracts).

Zu dieser Grundsatzfrage, wie Dauerschuldverhältnisse im Insolvenzfall behandelt werden sollen, gesellt sich die spezielle Problematik bezüglich des Schicksals von Arbeitsverträgen bei Betriebsübernahme im Konkurs und im Nachlassverfahren (Art. 333 OR). Rechtsunsicherheit besteht einerseits für den Umfang der Pflicht, Arbeitsverträge zu übernehmen, sowie andererseits in Bezug auf die Solidarhaftung. In einem beschränkten Rahmen hat das Bundesgericht für Klarheit gesorgt, in dem es entschieden hat, dass die Solidarhaftung nach Artikel 333 Absatz 3 OR bei Erwerb eines Betriebs aus der Konkursmasse nicht zur Anwendung kommt⁶⁵. Die anderen Aspekte sind aber nach wie vor umstritten⁶⁶. Im Zusammenhang mit dieser Frage hat sich die Expertengruppe auch den Mitwirkungsrechten der Arbeitnehmer bei Betriebsübertragungen und Massenentlassungen (Art. 333a und 335f-g OR) gewidmet.

B. Vorschläge der Expertengruppe

1. Ausserordentliches Kündigungsrecht

Die Expertengruppe ist aus den genannten Gründen der Ansicht, dass die zuständigen Organe die Möglichkeit haben sollen, "ungünstige" Verträge loszuwerden und "sauber" liquidieren zu können. Sie befürwortet daher die Einführung eines besonderen (ausserordentlichen) Kündigungsrechts, das für sämtliche Insolvenzverfahren (Konkurs, Nachlassstundung, ordentlicher Nachlassvertrag, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) gleichermassen Geltung hat. Dieses Kündigungsrecht soll generell für alle Dauerschuldverhältnisse gelten mit Ausnahme von Mietverträgen für die persönliche Wohnung, sofern der Schuldner eine natürliche Person ist⁶⁷.

Im Konkurs wird das Kündigungsrecht vom Konkursamt⁶⁸, im Nachlassverfahren vom Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters ausgeübt⁶⁹. Das zuständige Organ kann die Kündigung frei, das heisst ohne Bindung an vertragliche oder gesetzliche Kündi-

⁶⁵ BGE 129 III 335, E.5.8.

⁶⁶ Vgl. die Auseinandersetzung mit der Lehre in BGE 129 III 335, E.2.2.

⁶⁷ Der Schuldner soll die Möglichkeit haben, diesen Mietvertrag auf eigene Rechnung - aus konkursfreien Aktiven - weiterzuführen.

⁶⁸ Entsprechend Art. 240 SchKG.

⁶⁹ Vgl. Art. 298 SchKG.

gungsfristen oder Termine aussprechen: Je nachdem, wie lange die Masse die Gegenleistung noch konsumieren will, kann der Vertrag somit per sofort oder mit einer vom zuständigen Organ festgesetzten Frist gekündigt werden. Diese flexible Lösung ermöglicht es, die bestmögliche Variante zu wählen.

Das ausserordentliche Kündigungsrecht tangiert die vertragliche Rechtsstellung der Gegenpartei und den Grundsatz "pacta sunt servanda" in beträchtlichem Ausmass. Die entsprechenden Bedenken an einer solchen Regelung werden aber in doppelter Hinsicht berücksichtigt:

- In Folge einer ausserordentlichen Kündigung soll der Gegenpartei eine Entschädigung zustehen, die jedoch lediglich eine angemessene sein soll. Eine volle Entschädigung (positives Vertragsinteresse) würde die Möglichkeit, Verträge mittels Kündigung zu liquidieren, in finanzieller Hinsicht ausgleichen und de facto keine Änderung zum geltenden Recht darstellen⁷⁰; die Entschädigung hat daher nur angemessen - unter Berücksichtigung des Wegfalls der Pflicht zur Gegenleistung, der Schadensminderungspflicht sowie der Umstände des Einzelfalls - zu erfolgen. Es ist jedoch hinsichtlich der Arbeitsverträgen eine Ausnahme zu machen: Die Arbeitnehmer, denen in Folge eines Insolvenzfalls ausserordentlich gekündigt wird, sollen vollumfänglich entschädigt werden. Diesbezüglich soll gegenüber dem geltenden Recht kein Rückschritt gemacht werden. Das Privileg der ersten Klasse für Arbeitnehmerforderungen wegen "vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses" (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG) ist aber zu begrenzen (vgl. dazu IV.3.a)).

Die Forderung auf Entschädigung ist grundsätzlich eine Konkurs- beziehungsweise eine Nachlassforderung. Wird jedoch nicht per sofort, sondern unter Wahrung einer bestimmten Frist gekündigt und somit die Gegenleistung während einer bestimmten Zeitspanne konsumiert, stellt die entsprechende Gegenforderung für diese beschränkte Nutzungszeit eine Masseforderung dar. Dabei ist zu beachten, dass Masseverbindlichkeiten erst für die Zeit nach Konkurseröffnung beziehungsweise Bewilligung der Nachlassstundung entstehen sollen: Die (befristete) Weiterführung des Vertrages soll nicht zur Folge haben, dass sämtliche Forderungen aus diesem Vertrag (so auch diejenigen, die vor den genannten Zeitpunkten entstanden) zu Masseforderungen werden. Insofern soll die geltende Praxis, dass bei Vertragseintritt sämtliche Forderungen aus dem entsprechenden Vertrag - auch diejenigen, die vor Konkurseröffnung oder Bewilligung der Nachlassstundung entstanden - zu Masseverbindlichkeiten werden, geändert werden⁷¹.

- De lege lata haben die Vertragsparteien - entsprechend der Vertragsfreiheit - das Recht, für den Insolvenzfall die Aufhebung des Vertrages oder ein Kündigungsrecht für die eine oder andere Partei vorzusehen (default-Klauseln)⁷². Entgegen den Empfehlungen der UNCITRAL⁷³ ist am geltenden Recht und an der heute gehandhabten Praxis nichts zu ändern. Die Parteien sollen daher weiterhin die Möglichkeit haben, in beschränktem Rahmen für den Insolvenzfall eine eigene Regelung zu treffen. Dies ist als Korrelat zum neu zu schaffenden ausserordent-

⁷⁰ Vgl. Art. 211 Abs. 1 SchKG: Massgebend für die Umwandlung ist das positive Vertragsinteresse. AMONN/WALTHER (Fussnote 64), § 42 Rz 33 und § 55 Rz 33.

⁷¹ PLENIO MARTIN, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, Dissertation St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 194 m.w.H.

⁷² Vgl. zur geltenden Rechtslage STAEHELIN DANIEL (Fussnote 31), S. 363 ff.

⁷³ UNCITRAL-Guide (Fussnote 6), Recommendations 69-86.

lichen Kündigungsrecht und somit zur ausgeglichenen Interessenwahrung beider Vertragsparteien geboten.

2. Cherry picking bei Betriebsübernahme im Insolvenzfall

Entsprechend dem vorgeschlagenen ausserordentlichen Kündigungsrecht ist die Expertengruppe der Ansicht, dass Arbeitsverträge bei Betriebsübernahme aus der Konkurs- oder Nachlassmasse nicht automatisch auf den Erwerber des Betriebes übergehen sollen (keine Geltung von Art. 333 Abs. 1 OR im Insolvenzfall). Vielmehr soll dieser das Recht zum cherry picking haben: Er kann die zu übernehmenden Arbeitsverträge frei aussuchen. Den Arbeitnehmern steht dabei - wie nach geltendem Recht - ein Ablehnungsrecht zu (opting out).

Soweit der Erwerber die Arbeitnehmer übernimmt, tritt er vollumfänglich in die Arbeitsverträge inklusive allfällige Gesamtarbeitsverträge ein. Für ungedeckte Forderungen trifft ihn zusammen mit dem Veräusserer eine Solidarhaftung; die Mitglieder der Expertengruppe waren sich aber nicht einig, ob diese Solidarhaftung unbeschränkt oder beschränkt (z.B. Forderungen, die innert 6 Monaten vor Erwerb des Betriebes entstanden) gelten soll; sie liessen diese Frage offen. Hingegen war sich die Expertengruppe einig, dass für die nicht übernommenen Arbeitsverträge den Erwerber keine Haftung trifft (Einschränkung des Geltungsbereichs von Art. 333 Abs. 3 OR).

Diese Regelung soll einheitlich für alle Insolvenzverfahren Anwendung finden (Konkurs, Nachlassstundung, Liquidationsvergleich).

3. Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer im Insolvenzfall

Nach geltendem Recht hat der Arbeitgeber, der einen Betrieb(-steil) auf einen Dritten überträgt, die Arbeitnehmer(-vertretung) rechtzeitig vor dem Vollzug darüber zu informieren. Sofern auf Grund der Übertragung Massnahmen beabsichtigt sind, welche die Arbeitnehmer betreffen, sind diese beziehungsweise deren Vertretung zu konsultieren (Art. 333a OR). Zudem sind die Arbeitnehmer vor einer Massenentlassung zu konsultieren, es sei denn, sie erfolgt auf Grund einer Betriebseinstellung, die auf einer gerichtlichen Entscheidung basiert (Art. 335f-g OR).

Das Interesse der Arbeitnehmer an Mitsprache ist auch im Rahmen von Insolvenzverfahren zu wahren. Dabei ist jedoch zu beachten, dass im Falle des Konkurses auf die Anwendung von Artikel 335d ff. OR verzichtet werden kann: Die Arbeitnehmer verfügen im Konkursverfahren als Gläubiger über Einflussmöglichkeiten, die über die Mitwirkungsrechte gemäss Artikel 335d ff. OR hinausgehen, weshalb es kaum sinnvoll ist, parallel zum Konkursverfahren noch ein besonderes Konsultationsverfahren gemäss Artikel 335d ff. OR durchzuführen⁷⁴. Anders liegt die Sachlage im Nachlassverfahren: Die Arbeitnehmer können - wie alle Gläubiger - erst im Rahmen des Zustimmungsverfahrens ihre Interessen wahren, wobei zu beachten ist, dass die Arbeitnehmer im Umfang der Privilegierung weder für ihre Person noch für ihre Forderung für die Zustimmung zum Nachlassvertrag mitgezählt werden⁷⁵. Dementsprechend hat das Bundesgericht entschieden, dass die Mitwirkungsrechte gemäss Artikel 335d ff. OR während der provisorischen Nachlassstundung umfassend zur Anwendung kommen⁷⁶.

⁷⁴ BGE 130 III 102, E.3.1.; BGE 123 III 176, E.3.a).

⁷⁵ Art. 305 Abs. 2 SchKG.

⁷⁶ BGE 130 III 102, E.3.1.

Die Mehrheit der Expertengruppe möchte an dieser Praxis festhalten. So sollen die Mitwirkungsrechte je nach Insolvenzfall unterschiedlich gehandhabt werden, wobei der Konkurs und der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gleich behandelt werden sollen. Führt das Verfahren in die Liquidation des Betriebes (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) sollen die Informations- und Konsultationsrechte nicht zur Anwendung kommen. Im Rahmen einer Nachlassstundung oder eines ordentlichen Nachlassvertrages hingegen sollen die Mitspracherechte keine Beeinträchtigung erfahren. Dieser Vorschlag ist zu Gunsten der Rechtssicherheit gesetzlich zu verankern.

C. Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen

1. Automatische Vertragsauflösung durch Verfahrenseröffnung

Die generelle und automatische Aufhebung von Dauerschuldverhältnissen durch die Konkurseröffnung und die Bewilligung der Nachlassstundung wird von der Expertengruppe abgelehnt. Eine solche Regelung würde zwar sofort klare Verhältnisse schaffen, je nach Ausgestaltung des Vertrages würde sie aber nicht im Interesse auch nur einer der beteiligten Parteien liegen: Die Gegenpartei müsste sich einen grundlegenden Eingriff in ihre vertragsrechtliche Stellung gefallen lassen, der Schuldner beziehungsweise die Insolvenzmasse würden es unter Umständen bevorzugen, den Vertrag aufrecht zu erhalten (insbesondere wenn es für die Masse ein günstiger Vertrag oder die Gegenleistung noch erwünscht ist). Eine automatische Aufhebung von Verträgen ohne Berücksichtigung der Konstellation des Einzelfalls ist daher abzulehnen.

D. Weiter zu verfolgende Fragen

1. Vertragsübertragung

Nach geltendem Recht ist es nicht möglich, Verträge gegen den Willen der Vertragspartei auf Dritte zu übertragen. Aus sanierungsrechtlicher Sicht ist dies aber eine interessante Option: Im Zusammenhang mit den durch die Sanierung gebotenen Umstrukturierungen kann es sich ergeben, dass an einem zu guten Bedingungen abgeschlossenen Vertrag kein Bedarf mehr besteht. Für die Sanierung wäre es förderlich, wenn dieser Vertrag "verwertet", das heisst an eine Drittperson "verkauft" werden könnte.

Es stellt sich die Frage, ob die Vertragsübertragung auf Dritte unter bestimmten Voraussetzungen gegen den Willen der Vertragspartei ermöglicht werden soll. Die Expertengruppe hat diese Frage offen gelassen. Die Prüfung, inwiefern eine solche Möglichkeit erwünscht ist, hat mit Blick auf die entsprechenden Voraussetzungen zu erfolgen: Die Interessen der Gegenpartei wären auf alle Fälle angemessen zu wahren. Die UNCITRAL empfiehlt, unter bestimmten Voraussetzungen eine entsprechende Möglichkeit vorzusehen⁷⁷.

2. Kriterien für die ausserordentliche Kündigung

Die Expertengruppe empfiehlt die Einführung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts des Schuldners beziehungsweise der Masse (vgl. Ausführungen unter B.1.). Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob das Kündigungsrecht an bestimmte Kriterien

⁷⁷ UNCITRAL-Guide (Fussnote 6), Recommendations 83-85.

wie "im Interesse der Sanierung" oder "im Interesse der übrigen Gläubiger" geknüpft werden soll. Die Expertengruppe hat die Frage offen gelassen.

Für den Fall, dass solche Kriterien vorausgesetzt werden, ist sich die Expertengruppe in Bezug auf die Bedeutung derselben einig: Wird die ausserordentliche Kündigung ausgesprochen, obwohl die vorausgesetzten Kriterien nicht erfüllt sind, soll die Kündigung trotzdem gültig sein. Es handelt sich dabei um die Ausübung eines Gestaltungsrechts. Die Gegenpartei soll die Kündigung nicht anfechten können. Hingegen soll ihr bei unrechtmässiger Kündigung nicht nur eine angemessene (wie von der Expertengruppe bei ausserordentlicher Kündigung grundsätzlich vorgeschlagen, vergleiche die Ausführungen unter B.1.), sondern eine volle Entschädigung zustehen.

IV. Gleichbehandlung der Gläubiger

A. Ausgangslage

Ein Gesetzgeber, der das Insolvenzrecht revidieren will, kommt nicht darum herum, Vorrechte (Pfandrechte und dergleichen) und Privilegien auf deren Berechtigung hin zu überprüfen. Diese bilden oft Hindernisse für eine Sanierung und sind ein Hauptgrund für die "Armut" der Masse. Abgesehen davon tangieren sie das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung. Eine Rechtsordnung, die auf jegliche Gläubigbevorzugung verzichtet, wäre daher aus Sicht des Insolvenzrechts der Idealzustand. Jedoch ist das Insolvenzrecht nur ein Bestandteil der Rechtsordnung. Es hat sich in das gesamte System einzufügen und insbesondere auf das soziale und ökonomische Gefüge Rücksicht zu nehmen. So ist einerseits bei besonderen Verhältnissen auf sachlich gerechtfertigte Interessen einzelner Gläubiger Rücksicht zu nehmen: Die materielle Gerechtigkeit kann eine Bevorzugung und somit eine Ungleichbehandlung nicht nur rechtfertigen, sondern sogar gebieten. Andererseits ist zu vermeiden, dass auf Grund fehlender Privilegien erlittene Verluste auf die Allgemeinheit überwältzt werden.

Mit dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung vertragen sich auch Benachteiligungen einzelner Gläubiger schlecht. Die herrschende Praxis setzt diejenigen Gläubiger zurück, welche Darlehen gewähren in einem Zeitpunkt, in einem Umfang und zu Konditionen, wie sie von einem unabhängigen Dritten nicht gewährt worden wären (Drittmannstest) oder welche Darlehen leisten in einem Zeitpunkt, in welchem an sich eine Sanierung durch die Leistung einer Kapitaleinlage notwendig gewesen wäre (Sanierungstest). In diesen Konstellationen wird davon ausgegangen, dass der Leistende der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindenden Gesellschaft unter die Arme greifen wollte und sich gleichzeitig des Risikos eines Konkurses bewusst war. Solche Leistungen sind geeignet, den Konkurs zu verschleppen und das Haftungssubstrat im Ergebnis zum Nachteil der übrigen Gläubiger zu verkleinern. Eine normale Kollokation der entsprechenden Forderungen erscheint daher ihnen gegenüber nicht fair. Solche Darlehen werden folglich entweder in Eigenkapital umqualifiziert, was eine Eingabe im Konkurs ausschliesst, oder subordiniert (stillschweigender Rangrücktritt)⁷⁸.

⁷⁸ Vgl. Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 19. Januar 1993 bezüglich ein kapitalersetzendes "Sanierungs"-Darlehen im Konzern (nicht veröffentlicht), besprochen von VOGEL ALEXANDER, in: SZW 1993, S. 299 ff.; siehe auch BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, § 13 Rz 779 ff. m.w.H.

B. Vorschläge der Expertengruppe

1. Beschränkung der Wirkungen der Globalzession

Bereits innerhalb der Expertengruppe war kontrovers, ob nach geltendem Recht eine Globalzession während der Nachlassstundung ihre Wirkungen entfaltet oder nicht. Einigkeit herrscht aber insofern, als dass die Globalzession dem Schuldner Mittel entzieht, welche für eine Sanierung notwendig, unter Umständen sogar unerlässlich sind. Zu Gunsten der Sanierungschancen ist die Expertengruppe daher der Ansicht, dass der Globalzession ab Bewilligung der Nachlassstundung keine Wirkungen mehr zukommen sollen. Eine solche Regelung würde der Rechtslage im Konkurs, wie sie auf Grund der bundesgerichtlichen Durchgangstheorie besteht, entsprechen⁷⁹.

Da bei der Nachlassstundung die geltende Rechtslage unsicher ist, ist eine gesetzliche Präzisierung angebracht, wobei der Vollständigkeit halber eine entsprechende Regelung auch für den Konkurs zu treffen wäre. Die Globalzession würde somit ab Bewilligung der Nachlassstundung keine Wirkungen mehr entfalten. Führt die Stundung in einen ordentlichen Nachlassvertrag oder wird sie in Folge einer Sanierung aufgehoben, soll die Globalzession wieder wirksam werden; dies jedoch lediglich ex nunc, das heisst erst ab Ende der Stundungsphase: Während der Stundung hätte die Globalzession keine Wirkung. Kommt es anschliessend an die Nachlassstundung hingegen ohne Unterbruch zu einem Konkurs oder zu einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, sollen die Wirkungen der Globalzession nicht wieder aufleben.

2. Abschaffung des Retentionsrechts des Vermieters

Dem Vermieter von Geschäftsräumen steht an bestimmten beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden, ein Retentionsrecht zu (Art. 268 OR). Dieses Retentionsrecht kann zur Blockade von Anlage- und Umlaufvermögen und somit zur Lahmlegung des Unternehmens führen⁸⁰. Zudem verbirgt bereits das latente, aber noch nicht ausgeübte Retentionsrecht Risiken, insbesondere in Bezug auf eine allfällige Sanierung: Sofern die Sanierung über eine Auffanggesellschaft realisiert werden soll, behindert das Retentionsrecht eine Sacheinlagegründung: Bei einer Dislokation von Fahrnis muss - im Falle der Inanspruchnahme des Retentionsrechts - mit einem Rückschaffungsbegehren gerechnet werden (Art. 268b OR). Im Übrigen ist es fraglich, ob sich der Vermieter effektiv auf das Retentionsrecht verlässt. Da er nicht weiss, welche konkreten Objekte der Retention unterliegen werden, ist das entsprechende Recht für ihn mit Unsicherheiten behaftet. Es ist daher davon auszugehen, dass er sich bereits nach geltendem Recht zusätzlich mit einer Kautio (Art. 257e OR) absichert, was schliesslich auf eine übermässige Absicherung des Vermieters hinauslaufen kann.

Aus diesen Gründen ist die Expertengruppe der Ansicht, dass das Retentionsrecht des Vermieters bei Geschäftsmiete abzuschaffen ist. Dasselbe gilt für das Retentionsrecht des Verpächters. Die Artikel 268 - 268b und 299c OR sowie die Artikel 283 f. SchKG sind daher aufzuheben.

⁷⁹ BGE 111 III 73, E.3.b) und c) m.w.H.

⁸⁰ Mögliche Retentionsgegenstände: Maschinen, Warenvorräte, Heizöl im Tank, Gemälde einer Galerie sowie (Geschäfts-)Autos in der Garage oder auf dem Parkplatz; WEBER ROGER, in: HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003, Art. 268-268b Rz 3.

Es ist zu beachten, dass sich die Abschaffung des Retentionsrechts allenfalls insofern negativ auswirken könnte, als dass die Vermieter als Kompensation höhere Kautionen verlangen werden. Dies würde zu einer höheren Belastung der Mieterseite sowie zur Blockierung der entsprechenden finanziellen Mittel führen; beide Konsequenzen wären nicht erwünscht. Es ist jedoch nicht nachgewiesen, dass heutzutage die verlangten Kautionen dank dem Retentionsrecht tiefer liegen. Die Expertengruppe schätzt dieses Risiko als eher klein ein und ist daher der Ansicht, dass es in Kauf zu nehmen ist.

3. Reduktion und Beschränkung der Privilegien

a) Begrenzung des Arbeitnehmerprivilegs (erste Klasse lit. a)

Das Arbeitnehmerprivileg ist das klassische Privileg schlechthin und findet als solches in der Expertengruppe einstimmig Zustimmung. Zudem privilegiert es allfällige Regressansprüche von Arbeitslosenversicherungen bezüglich den Insolvenzent-schädigungen (Art. 54 AVIG⁸¹). Eine Streichung des Privilegs würde - soweit die Insolvenzversicherung wie bis anhin belassen wird (was von der Expertengruppe nicht in Frage gestellt wird) - auf den Sozialstaat und schliesslich auf den Steuerzahler zurückfallen. Dies gilt es zu vermeiden.

Das Arbeitnehmerprivileg war ursprünglich gedacht für Personen, die wegen ihrer schwachen sozialen Stellung und wirtschaftlichen Abhängigkeit von ihrem Arbeitgeber nicht in der Lage waren, ihre Lohnansprüche durchzusetzen⁸². Von diesem Grundgedanken wurde immer mehr abgewichen. Heute wird nur noch vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer zu seinem Arbeitgeber in einem Unterordnungsverhältnis steht. Auf die formelle Stellung des Arbeitnehmers kommt es dabei nicht an, so dass durchaus auch Personen in Kaderpositionen juristischer Personen in den Genuss des Arbeitnehmerprivilegs kommen⁸³. Diese Ausdehnung hat zur Folge, dass die Masse oft nicht einmal für die Deckung sämtlicher Erstklasseforderungen ausreicht.

Um die Aushöhlung der Masse zu verhindern, soll der privilegierte Anspruch jedes einzelnen Arbeitnehmers in zweierlei Hinsicht beschränkt werden:

- i) Der Umfang der privilegierten Forderung ist in zeitlicher Hinsicht zu begrenzen. Wie das Privileg für Forderungen, die vor Konkurseröffnung entstehen, zeitlich begrenzt ist, soll es auch für Forderungen, die nach Konkurseröffnung wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Folge des Konkurses des Arbeitgebers entstehen, zeitlich limitiert werden.
- ii) Zusätzlich soll der Anspruch, welcher in den Genuss des Privilegs der ersten Klasse kommt, betragsmässig begrenzt werden. Bei welchem Betrag diese Grenze zu ziehen ist, liegt im Ermessen des Gesetzgebers. Die Expertengruppe tendiert dazu, das Privileg der ersten Klasse bis zu einem Gesamtbetrag von maximal Fr. 100'000.- bis 150'000.- pro Arbeitnehmer zuzulassen⁸⁴.

Zudem stellt sich die Frage, ob das Arbeitnehmerprivileg mit der Insolvenzversicherung nicht in dem Sinne zu koordinieren ist, als dass beide Beträge deckungsgleich definiert werden.

⁸¹ SR 837.0.

⁸² Vgl. BGE 118 III 46, E.2.a).

⁸³ BGE 118 III 46, E.2.c).

⁸⁴ Vgl. die parlamentarische Initiative Zanetti (Fussnote 28) sowie MÜLLER (Fussnote 28), S. 561 f.

b) Begrenzung des Privilegs der Versicherten aus nicht obligatorischer beruflicher Vorsorge (erste Klasse lit. b)

Nach geltendem Recht sind die Ansprüche der Versicherten aus der nicht obligatorischen beruflichen Vorsorge in der ersten Klasse privilegiert. Dies gilt unabhängig von der Deckung ihrer Ansprüche durch den Sicherheitsfonds gemäss Artikel 56 BVG^{85, 86}. Dies führt dazu, dass sich das Erstklasseprivileg und die Leistungen des Sicherheitsfonds überschneiden.

Diese Doppelspurigkeit basiert auf der fehlenden Koordination zwischen den Revisionen SchKG und BVG⁸⁷. Soweit der Sicherheitsfonds die Ansprüche aus der nicht obligatorischen beruflichen Vorsorge begleicht, ist das Privileg nicht gerechtfertigt. Es ist daher auf diejenigen Ansprüche zu begrenzen, die vom Sicherheitsfonds nicht erfasst werden. Dass der Sicherheitsfonds damit das entsprechende, ihm in Folge der Legalzession zukommende Privileg verliert, ist dabei zu Gunsten der Drittklassengläubiger hinzunehmen.

c) Begrenzung des Privilegs von Personalvorsorgeeinrichtungen (erste Klasse lit. b)

In der ersten Klasse sind auch Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen gegenüber angeschlossenen Arbeitgebern privilegiert. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden von diesem Privileg alle Forderungen von Personalvorsorgeeinrichtungen erfasst, unabhängig ihrer rechtlichen Grundlage⁸⁸.

Das Privileg der Personalvorsorgeeinrichtungen ist die Fortsetzung des Arbeitnehmerprivilegs: Es sichert die Altersvorsorge des Arbeitnehmers. Dementsprechend ist die Expertengruppe der Ansicht, dass dieses Privileg auch nur im Bereich der Altersvorsorge Geltung haben soll: Es ist auf Beitragsforderungen gemäss Artikel 66 Absatz 2 BVG⁸⁹ zu begrenzen; sonstige Forderungen, wie Schadenersatzforderungen oder Forderungen aus Darlehen, sollten davon nicht erfasst werden. Das geltende Recht bedarf daher einer entsprechenden Korrektur durch den Gesetzgeber.

d) Weitgehende Abschaffung der Privilegien der Sozialversicherungen und der öffentlichen Hand (zweite Klasse lit. b und d)

Das Schicksal der Sozialversicherungen hat in den vergangenen 10 Jahren verschiedene Kurswechsel erlebt. Im Rahmen der Revision des SchKG 1994 wurde die Privilegienordnung einer straffen Kürzung unterzogen; davon blieben auch die Sozialversicherungen nicht verschont: Sie verloren ihr Privileg. Doch dieser Zustand war nicht von Dauer: Bereits drei Jahre später wurden die sozialversicherungsrechtlichen Privilegien wieder eingeführt.

Der Entscheid über die Privilegierung der Sozialversicherungen hängt von der politischen Einstellung sowie der Gewichtung der verschiedenen Interessen ab⁹⁰. Die

⁸⁵ SR 831.40.

⁸⁶ BGE 2A.409/2000, E.3.c).

⁸⁷ Vgl. BGE 2A.409/2000, E.2.b) und 3.c) m.w.H.

⁸⁸ BGE 129 III 468, E.3.5.

⁸⁹ SR 831.40.

⁹⁰ Vgl. dazu folgende Materialien: Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991 (BBl 1991 III 1, 130 ff.); Bericht der Expertengruppe für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative

Mitglieder der Expertengruppe legen das Schwergewicht auf die Sanierungschancen der Unternehmen und befürworten daher generell die Streichung verzichtbarer Privilegien. Sie plädiert daher für die Streichung der Privilegien der Sozialversicherungen (zweite Klasse lit. b) und des Privilegs der Familienausgleichskasse (zweite Klasse lit. d).

e) Beibehaltung der übrigen Privilegien

Folgende Privilegien sollen - vorerst - unangetastet bestehen bleiben:

- Privileg der Unfallversicherten (erste Klasse lit. b)
- Alimentenprivileg (erste Klasse lit. c)
- Privileg des Kindesvermögens (zweite Klasse lit. a)
- Privileg der Krankenkassen (zweite Klasse lit. c)

Der Expertengruppe ist bewusst, dass die Sozialversicherungen dadurch unterschiedlich behandelt werden, doch nimmt sie dies vorerhand in Kauf.

4. Voraussetzungen für die Zurücksetzung von Sanierungsdarlehen

Die Expertengruppe kritisiert die herrschende Praxis, wonach Sanierungsdarlehen in Folge eines mit Rechtsunsicherheiten bestückten Drittmanns- und Sanierungstestes in Eigenkapital umqualifiziert oder subordiniert werden. Zwar ist sie nicht der Ansicht, dass die Möglichkeiten der Umqualifizierung oder Subordination ersatzlos abgeschafft werden soll. Jedoch plädiert sie einstimmig dafür, dass die Voraussetzungen, die eine solche Benachteiligung zur Folge haben, konkret zu umschreiben sind. Die Umqualifizierung beziehungsweise die Subordination darf nicht die Regel sein, sondern soll lediglich unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zur Anwendung kommen.

C. Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen

1. Beeinträchtigung der Pfandrechte

Gemäss amerikanischem Bankruptcy Code⁹¹ können über Pfandobjekte auch während der Nachlassstundung verfügt werden, sofern "adequate protection" geleistet wird. Dies ermöglicht es dem Schuldner, das Pfandobjekt frei zu bekommen und es für Sanierungszwecke einzusetzen. Insbesondere kann er es zur Beschaffung eines Kredits weiterverpfänden. Eine adequate protection kann geleistet werden mittels Barzahlung oder periodischer Abschlagszahlung, Bestellung zusätzlicher oder anderer Pfänder sowie mittels einer Erklärung der pfandgesicherten Forderung zur Masseverbindlichkeit oder einer anderweitigen Massnahme, beispielsweise die Bestellung einer Drittsicherheit.

Die amerikanische Regelung des Freikaufs eines Pfandobjektes durch adequate protection findet seine Begründung im materiellen Pfandrecht. Das US-Pfandsystem kennt das besitzlose Mobiliarpfand. Von dieser Möglichkeit wird regen Gebrauch gemacht, so dass die Unternehmen in der Regel ihr sämtliches Mobiliar (Einrichtungen, Warenlager, Umlaufvermögen) verpfänden. Da das Pfandobjekt im Besitz

"Konkursprivileg und Sozialversicherungen" (99.420; BBl 1999 VIII 9126 ff.) sowie die Stellungnahme des Bundesrates (BBl 1999 VIII 9547 ff.).

⁹¹ Title 11 Bankruptcy Code, §§ 361 ff.

des Pfandbestellers bleiben kann, wird das Geschäftsleben dadurch nicht tangiert. Kommt es jedoch zur Insolvenz des Unternehmens, muss dieses zumindest solange, wie eine Sanierung noch in Betracht gezogen wird, davor geschützt werden, dass die Pfandgläubiger von ihrem Pfandrechtsgebrauch machen und dem Unternehmen dadurch für die Geschäftstätigkeit massgebende Objekte entziehen: Ein solches Vorgehen der Pfandgläubiger würde eine Sanierung von vornherein vereiteln. Die Regelung der adequate protection gewährt dem Schuldner die Möglichkeit, die Pfandobjekte weiter zu nutzen und eliminiert somit das Risiko, dass ihm diese Objekte in Folge einer Pfandverwertung entzogen werden.

Das schweizerische Pfandrechtssystem kennt das besitzlose Mobiliarpfand grundsätzlich nicht. Den Unternehmen ist es verwehrt, ihre Mobilien zu verpfänden und diese gleichzeitig für die Geschäftstätigkeit in ihrem Besitz zu behalten. Verpfändet werden können die Mobilien nur soweit, wie dem Pfandgläubiger Besitz an ihnen eingeräumt wird (Art. 884 Abs. 1 ZGB). Das für Unternehmen in den USA dargestellte Risiko besteht daher für Unternehmen in der Schweiz nicht. Im Bereich des Fahrnispfandes bedarf es daher der adequate protection nicht. In Bezug auf das Grundpfandrecht ist anzufügen, dass die Verwertung von einem als Pfand haftenden Grundstück für eine bestimmte Zeitspanne eingestellt werden kann (Art. 306a SchKG). Dem Risiko, dass schuldnerische Grundstücke von allfälligen Pfandberechtigten beansprucht werden und dadurch eine Sanierung vereitelt wird, wird damit im geltenden Recht genügend Rechnung getragen.

Das bestehende Pfandrechtssystem sollte nicht tangiert werden. Insbesondere müssen die Pfandrechte konkursresistent bleiben. Sie ermöglichen ein Kreditwesen, das sich über Jahrzehnte etabliert und bewährt hat. Eine Änderung der Pfandhaft oder Beeinträchtigung der Pfandrechte im Insolvenzfall hätten wirtschaftliche Auswirkungen, die nicht abzuschätzen sind (u.a. Verschärfung und Verteuerung des Kreditwesens).

2. Vorwegbefriedigung von Kleingläubigern von Gesetzes wegen

Die Expertengruppe lehnt es ab, ein generelles Privileg für "Kleingläubiger", welche rasch und formlos vorweg zu befriedigen sind, einzuführen (vgl. Art. 37a BankG).

Das Bundesgericht hat die formlose Vorwegbefriedigung von Kleingläubigern im Rahmen eines Liquidationsvergleiches gutgeheissen⁹². Dieses Ergebnis resultierte aus einer Gegenüberstellung der Prinzipien der Gläubigergleichbehandlung und der Kostenersparnis. Diese Rechtsprechung bringt in Bezug auf die Spezialbehandlung von Kleingläubigern im Rahmen eines Nachlassvertrages genügend Flexibilität, weshalb sich eine gesetzliche Regelung nicht aufdrängt. Im Bereich des Konkursverfahrens hingegen ist eine entsprechende Vorwegbefriedigung nicht erwünscht: Im Konkurs haben die Gläubiger keine Möglichkeit, über das Vorgehen der Konkursverwaltung abzustimmen. Zudem fehlt es hier an einem Sanierungsinteresse. Die mit der Vorwegbefriedigung verbundene Ungleichbehandlung der Gläubiger lässt sich daher für den Konkurs - mögliche Kostenersparnis hin oder her - nicht rechtfertigen.

⁹² BGE 111 III 86, E.2.f); BGE 5P.164/2003, E.4.6.

D. Weiter zu verfolgende Fragen

1. Privilegierung von Sanierungsdarlehen

In der Expertengruppe wurde die Frage diskutiert, ob Darlehen, die vor Einleitung eines Insolvenzverfahrens zum Zwecke der Sanierung geleistet werden, im Falle der Insolvenz privilegiert behandelt werden sollen. Die Idee hinter einer solchen Privilegierung ist die Förderung aussergerichtlicher Sanierungsmassnahmen. Da nicht sämtliche Darlehen, die vor Einleitung des Insolvenzverfahrens geleistet werden, in den Genuss der Privilegierung kommen sollen, wären die Voraussetzungen der Privilegierung gesetzlich zu verankern. Vorauszusetzen wäre insbesondere, dass das Darlehen in dem Zeitpunkt und Umfang, wie es geleistet wurde, effektiv geeignet war, einen massgebenden Beitrag zur Sanierung beizutragen. Ein Gericht hätte die entsprechende Prüfung vorzunehmen und das Darlehen, sofern es von der Privilegierung profitieren soll, zu genehmigen.

Gegen eine solche Privilegierung wurde von verschiedenen Mitgliedern der Expertengruppe eingewendet, dass der Schuldner, der sich refinanzieren möchte, das Nachlassverfahren einzuleiten habe; während der Nachlassstundung können Darlehen als Masseverbindlichkeiten und somit privilegiert abgeschlossen werden. Abgesehen davon bringe die Privilegierung solcher Darlehen das Risiko mit sich, dass die Einleitung von Insolvenzverfahren verschleppt würde. Zudem kämen insbesondere Anteilseigner, die ein solches Darlehen ausrichten, zu einer win-win-Situation: Entweder gelingt die Sanierung oder die Darlehensforderung ist privilegiert. Schliesslich sei nicht ersichtlich, weshalb nur Darlehen privilegiert behandelt werden sollen; es gäbe auch andere Verträge, die für eine Sanierung entscheidend sein können, ohne dass für die daraus resultierenden Forderungen eine Privilegierung vorgesehen sei.

2. Artikel 52 AHVG

Im Zusammenhang mit der Abschaffung des Privilegs der Alters- und Hinterlassenversicherung ist Artikel 52 AHVG⁹³ zu überdenken. Die Rechtsprechung entwickelte die entsprechende Haftung zu einer Kausalhaftung mit Exkulpationsmöglichkeit. Für Verwaltungsräte hat dies ein enormes, ungerechtfertigtes Risiko zur Folge, welches nicht gerechtfertigt ist und die Übernahme von Verwaltungsratsmandaten nicht fördert. Es ist daher zu prüfen, ob diese Entwicklung eines korrigierenden Eingriffes bedarf⁹⁴.

V. Anleihensobligationen

A. Ausgangslage

Im Konkurs des Schuldners können die Gläubiger einer Anleihensobligation einen Anleihensvertreter wählen und ihm Vollmacht zur einheitlichen Wahrung ihrer Rechte erteilen (Art. 1183 OR). Für die Wahl eines gemeinsamen Vertreters bedarf es der Zustimmung eines gesetzlich definierten Gläubigerquorums (Art. 1180 OR). Dem Vertreter obliegt es, das gesamte Anleihen namens der Anleihensgemeinschaft bei der Konkursverwaltung anzumelden. Dabei braucht er die einzelnen Namen der

⁹³ SR 831.10.

⁹⁴ Vgl. BÖCKLI (Fussnote 78), § 13 Rz 572 m.w.H.

Anleihensgläubiger nicht zu nennen; im Kollokationsplan wird vielmehr die Gemeinschaft als solche aufgeführt, wodurch die Anonymität der einzelnen Gläubiger gewahrt wird. Des Weiteren ist der Vertreter zuständig für die Führung allfälliger Kollokationsprozessen. Schliesslich vertritt er die Anleihensgläubiger an der zweiten Gläubigerversammlung.

Die Wahl eines Anleihensvertreters im Konkurs ist fakultativ. Unterbleibt seine Ernennung, nimmt jeder Anleihensgläubiger seine Rechte selbständig wahr. Diesfalls haben sie ihre Forderungen einzeln im Konkurs anzumelden, sind für die Erhebung von Kollokationsklagen sowie die Verteidigung gegen entsprechende Klagen anderer Gläubiger selber verantwortlich und üben ihr Stimmrecht an den Gläubigerversammlungen eigenhändig aus. Beim Fehlen einer Vertretung erfahren die Anleihensgläubiger somit eine gleiche Behandlung wie die anderen Gläubiger.

Für das Nachlassverfahren ist die Möglichkeit der gemeinsamen Vertretung und somit der kollektiven Rechtswahrung von Gesetzes wegen nicht vorgesehen. Die einzelnen Anleihensgläubiger haben ihre Rechte vielmehr individuell wahrzunehmen (Art. 1184 OR).

B. Vorschläge der Expertengruppe

1. Individuelle Rechtswahrung

Die Möglichkeit der Anleihensgläubiger, mit einem bestimmten Mehr einen Vertreter einzusetzen und die Rechte somit kollektiv zu wahren, führt zu folgenden Unzulänglichkeiten:

- Die Vertretung nach Artikel 1183 OR läuft für diejenigen Anleihensgläubiger, welche ihr nicht zustimmen, auf eine Zwangsvertretung hinaus. Die Notwendigkeit einer Zwangsvertretung ist aber nicht ersichtlich. Vielmehr kann eine solche Übertragung der Ausübung der individuellen Rechte auf einen Vertreter in Bezug auf die überstimmte Minderheit heikel sein, weil innerhalb der Anleihensgemeinschaft verschiedene Interessen bestehen können.
- Die Vertretung der Anleihensgemeinschaft führt dazu, dass die einzelnen Gläubiger anonym bleiben. Dies verunmöglicht es der Konkursverwaltung, eine allfällige Verrechnung zu erklären. Hingegen haben die einzelnen Anleihensgläubiger trotz Vertretung die Möglichkeit zur Verrechnung. Diese Regelung führt somit einerseits zu einer ungleichen Positionierung der Konkursverwaltung und der Anleihensgläubiger und andererseits zu einer bevorzugten Behandlung der Letzteren gegenüber den anderen Gläubigern.
- Die Einsetzung eines Vertreters kann zwar vordergründig zur Vereinfachung des Verfahrens beitragen. Sie führt aber gleichzeitig zu Doppelspurigkeiten und Schwierigkeiten der Kompetenzabgrenzungen zwischen Konkursverwaltung und Anleihensvertreter.
- Die Anleihensgläubiger bilden im Insolvenzfall nicht die einzige Gruppe. Daneben bestehen die Gläubigergruppen der Konkursprivilegien (Art. 219 SchKG), insbesondere die Gruppe der Arbeitnehmer. Da aber lediglich für eine Gruppe die Möglichkeit zur Zwangsvertretung vorgesehen ist, werden die verschiedenen Gläubigergruppen ohne Notwendigkeit ungleich behandelt.
- Schliesslich ist keine Begründung ersichtlich, weshalb die Anleihensgemeinschaft im Konkurs und Nachlassverfahren unterschiedlich behandelt wird.

Auf Grund dieser Ausführungen kommt die Expertengruppe zum Schluss, dass die Möglichkeit einer Vertretung, wie sie in Artikel 1183 OR vorgesehen ist, aufzuheben ist und die Regelungen von Artikel 1183 und 1184 OR einander anzugleichen sind. Die Anleihensgläubiger sollen ihre Rechte sowohl im Konkurs wie auch im Nachlassverfahren individuell wahren, wobei es ihnen - wie allen anderen Gläubigern auch - offen steht, sich vertraglich vertreten zu lassen. Die Anleihensgläubiger sollen im Insolvenzfall die gleiche Behandlung erfahren wie andere Gläubiger. Eine solche Regelung entspricht dem betreibungsrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.

2. Vertretung im Gläubigerausschuss

Trotz Ablehnung einer Vertretung zur kollektiven Rechtswahrung ist zu gewährleisten, dass die Anleihensgläubiger in das Verfahren einbezogen werden und ihre Rechte angemessen wahrnehmen können. Nach den Vorstellungen der Expertengruppe soll der Gläubigerausschuss eines der massgebenden Instrumentarien sein, um die Mitspracherechte der Gläubiger und somit auch deren Interessenwahrung zu gewährleisten. Den Anleihensgläubigern ist daher das Recht einzuräumen, über dieses Forum ihre Interessen zu verteidigen. Sie sollen einen Anspruch auf angemessene Vertretung im Gläubigerausschuss erhalten (zur Zusammensetzung des Gläubigerausschusses vgl. II.B.2.b)).

C. Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen

1. Auflösung der Anleihensgemeinschaft

Verfahrensrecht ist dienendes Recht und hat sich daher mit Eingriffen in das materielle Recht zurückzuhalten. Dementsprechend soll das Insolvenzrecht die Anleihensgemeinschaft als solche nicht tangieren. So führt weder die Konkurseröffnung noch die Bewilligung einer Nachlassstundung zur zivilrechtlichen Aufhebung dieser Gemeinschaft.

In Bezug auf die Anleiensvertretung ist zu beachten, dass nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens keine mehr ernannt wird. Sofern bereits vor Verfahrenseröffnung eine Vertretung eingesetzt wurde, sollte Folgendes gelten: Im Konkursverfahren wird die Vertretung ab Konkurseröffnung suspendiert. Im Nachlassverfahren übt die Vertretung bis zur Wahl des Gläubigerausschusses ihre Aufgabe weiterhin aus. Nach der Einsetzung des Gläubigerausschusses werden die Interessen der Anleihensgläubiger durch diesen gewahrt. Während des Nachlassverfahrens ist die Anleiensvertretung daher suspendiert; sie nimmt ihre Tätigkeit nach Abschluss des Verfahrens wieder auf, sofern die Sanierung erfolgreich war und keine Liquidation der Anleihe erfolgte.

2. Zwangsvertretung mit opting out

Zur Diskussion stand die Variante, die Möglichkeit der Vertretung nach Artikel 1183 OR beizubehalten, den nicht zustimmenden Anleihensgläubigern jedoch das Recht einzuräumen, sich von der Vertretung auszuklammern und ihre Rechte selber wahrzunehmen (Zwangsvertretung mit opting out). Es sollte damit die Verfahrensteilnahme der Anleihensgläubiger, insbesondere der entsprechenden Kleingläubiger, gewährleistet, gleichzeitig aber niemand des Rechts beraubt werden, die eigenen Interessen selber zu wahren.

Dagegen sprechen jedoch teilweise die oben angeführten, generell gegen die Zwangsvertretung sprechenden Gründe. Zudem wird das Verfahren mit der opting out-Möglichkeit komplizierter und unübersichtlicher: So würden die Interessen der Anleiensgläubiger grundsätzlich von der Vertretung gewahrt; parallel dazu würden aber gewisse Anleiensgläubiger eigenhändig vorgehen. Die Alternative, die Wahrung der Interessen durch eine angemessene Vertretung im Gläubigerausschuss zu gewährleisten, erscheint dagegen einfacher und zweckmässiger.

VI. Konzernkonkurs

A. Ausgangslage

1. Begriffe

Der Begriff "Konzernkonkurs" betrifft die Frage, inwiefern eine Konsolidierung stattfinden soll, wenn über eine oder mehrere Gesellschaften des gleichen Konzerns ein Insolvenzverfahren eröffnet wird. Dabei ist zwischen der materiellen und der verfahrensrechtlichen Konsolidierung zu unterscheiden.

Die materielle Konsolidierung führt zur Vereinigung sowohl der Aktiven als auch der Passiven sämtlicher betroffener Konzerngesellschaften zu einer einzigen Masse. Anstatt die Vermögensverhältnisse der Konzerngesellschaften A und B separat zu liquidieren, wird ein einziger Topf gebildet. Ein solches Vorgehen bedingt die Ignorierung der juristischen Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften. Sofern die Konsolidierung eine umfassende ist, werden sämtliche Konzerngesellschaften davon erfasst. Denkbar ist aber auch eine partielle, so dass nur bestimmte - zum Beispiel nur die insolventen - Gesellschaften in die Konsolidierung einbezogen werden. Die materielle Konsolidierung hat zur Folge, dass die Gläubiger der verschiedenen Konzerngesellschaften Gläubiger einer einheitlichen Masse werden, sowie dass allfällige Ansprüche und Forderungen, die zwischen den betroffenen Konzerngesellschaften bestehen, infolge von Konfusion dahinfallen.

Die verfahrensrechtliche Konsolidierung führt zur Konzentration der Verfahren an einem Ort: Für sämtliche betroffenen Gesellschaften ist dasselbe Gericht, dieselbe Konkursverwaltung, derselbe Sachwalter etc. zuständig.

2. Rechtslage in der Schweiz

Abgesehen von den Vorschriften über die Konzernrechnung (Art. 663e ff. OR) wird der Konzern in der schweizerischen Rechtsordnung nicht reglementiert. Dementsprechend lassen sich auch im Insolvenzrecht keine konzernrechtlichen Normen finden. An dieser Rechtslage ändern auch die von der Rechtsprechung aus dem Rechtsmissbrauchstatbestand abgeleiteten Haftungstatbestände wie der Durchgriff und die Vertrauenshaftung nichts. Einerseits fehlt es diesen beiden Instituten an einer expliziten gesetzlichen Verankerung, andererseits finden sie nicht nur im Konzern, sondern generell bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen Anwendung. So stellt die Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen lediglich einen Teilaspekt der Vertrauenshaftung dar.

3. Gründe für die Schaffung eines Konzernkonkursrechts

a) *Wirtschaftliche Einheit*

Der Zusammenschluss rechtlich selbständiger Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung bringt in wirtschaftlicher Hinsicht diverse Vorteile. Der zentral gesteuerte Einsatz von Kapital, Wissen und Arbeit ermöglicht die Optimierung der einzelnen Mittel. Dies erlaubt, die Kosten zu senken und somit die Erträge zu steigern. Des Weiteren verstärkt der Zusammenschluss zu einem Konzern die wirtschaftliche Macht, welche im Rechtsverkehr als Druckmittel eingesetzt werden kann. Nicht zuletzt sprechen auch steuerrechtliche und kartellrechtliche Gründe für die Bildung eines Konzerns⁹⁵. Soweit die einzelnen Konzerngesellschaften von der Konzernzugehörigkeit profitieren, stellt sich die grundsätzliche Frage, ob es nicht gerechtfertigt wäre, dass sie sich auch in schlechten Zeiten gegenseitig finanziell beistehen müssen.

b) *Vertrauensschutz*

Je nach Auftritt des Konzerns im Rechtsverkehr ist dem Publikum primär der Konzern bekannt und lediglich sekundär – wenn überhaupt – die einzelnen Konzerngesellschaften. Dieser Umstand kann dazu beitragen, dass sich der Dritte im Vertrauen auf den Konzern als solchen auf Rechtsverhältnisse mit einer einzelnen Konzerngesellschaft einlässt⁹⁶. Im Falle des Konkurses dieser Gesellschaft kann dies zu bösen Überraschungen führen: Die Konzerngesellschaft ist eine eigene juristische Person, welche grundsätzlich ausschliesslich und alleine für ihre Verpflichtungen haftet. Der Konzern kann nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Der Dritte, welcher auf die Solvenz des Konzerns vertraute, wird insofern enttäuscht. Der Gedanke, ob und inwiefern das Vertrauen des Publikums in den Konzern als solchen nicht auch im Konkurs einer Konzerngesellschaft zu schützen ist, liegt daher nahe.

c) *Kostenersparnis*

Die verschiedenen Konzerngesellschaften sind oft derart miteinander verflochten, dass diverse gegenseitige Verpflichtungen und Ansprüche bestehen. Im Konkurs einer Konzerngesellschaft sind sämtliche Aktiven und Passiven der konkursiten Gesellschaft zu entflechten. Im Verhältnis zu den anderen Konzerngesellschaften kann dies zu aufwendigen und kostspieligen Verfahren führen. Diese Problematik steigert sich, wenn sich mehrere Gesellschaften des Konzerns gleichzeitig im Konkurs befinden.

Bei einer materiellen Konsolidierung stellt sich diese Problematik nicht. Den Gläubigern steht eine einzige Masse zur Verfügung, bestehend aus sämtlichen Aktiven aller erfassten Konzerngesellschaften. Dies erübrigt eine Zuweisung der Aktiven auf die einzelnen Gesellschaften sowie die Klärung und Begleichung der Forderungen zwischen den Gesellschaften. Es bleiben mühsame Abklärungen sowie Verfahren und somit entsprechende Kosten erspart.

⁹⁵ Ausführlich dazu VON BÜREN ROLAND, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: GROSSEN JACQUES-MICHEL/MEIER-HAYOZ ARTHUR/PIOTET PAUL/TERCIER PIERRE/VISCHER FRANK/VON BÜREN ROLAND/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/6, Basel und Frankfurt am Main 1997, S. 32 ff.

⁹⁶ Vgl. dazu den Leadingcase Wibru Holding AG c. Swissair Beteiligungen AG, BGE 120 II 331.

B. Vorschläge der Expertengruppe

1. Grundsatz: keine generelle materielle Konsolidierung

Bevor auf die Vorschläge betreffend den Konzernkonkurs näher eingegangen wird, ist die Basis, auf welche sich die weiteren Überlegungen abstützen, darzulegen: Eine materielle Konsolidierung, die generell und somit nicht nur in bestimmten, näher zu definierenden Spezialfällen zur Anwendung kommt, ist abzulehnen. Diesen Grundsatz, der als Ausgangslage für die weitere Behandlung der Thematik Konzernkonkurs dient, wurde von der Expertengruppe einstimmig und ohne Zweifel beschlossen.

a) Im Konkurs

Eine materielle Konsolidierung führt zu beträchtlichen Beeinträchtigungen von grundlegenden Instituten und Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung. Ihr stehen daher wesentliche Bedenken entgegen:

- Das Zusammenlegen der Konkursmassen führt dazu, dass die Gläubiger faktisch nicht mehr mit dem Schuldner konfrontiert werden, mit dem sie ursprünglich das Rechtsgeschäft abgeschlossen haben. Dies stellt einen gravierenden Eingriff in die Privatautonomie dar.
- Das ohnehin schwer abschätzbare Insolvenzrisiko wäre noch schwieriger zu kalkulieren. Da nicht voraussehbar ist, ob im Falle des Konkurses durch das Zusammenlegen verschiedener Vermögensmassen die betroffenen Forderungen (noch weiter) entwertet werden, wäre jegliche Risikobewertung von Rechtsgeschäften mit Konzerngesellschaften so gut wie unmöglich. Dies würde zu einer wirtschaftlichen Unsicherheit führen, die - da deren Konsequenzen nicht abschätzbar sind - nicht hingenommen werden kann.
- De lege lata können einzelne Geschäftsbereiche auf verschiedene, juristisch selbständige Gesellschaften übertragen werden. Die Möglichkeit, die mit der Unternehmenstätigkeit verbundenen Risiken aufzuteilen, stellt für die wirtschaftliche Entfaltung eine wesentliche Erleichterung dar. Die Einführung einer materiellen Konsolidierung würde diese Risikoaufteilung de facto verunmöglichen und somit dem Unternehmertum entgegenstehen. Die entsprechende Behinderung von wirtschaftlichen Tätigkeiten ist abzulehnen.
- Sofern die materielle Konsolidierung umfassend wäre und auch die solventen Gesellschaften des Konzerns einbeziehen würde, käme es zu einer Liquidation finanziell intakter Gesellschaften. Dies kann soweit gehen, dass auf Grund der Insolvenz einer oder einzelner Konzerngesellschaften ein ansonsten wirtschaftlich intakter Unternehmensverbund in die Insolvenz gezogen würde. Ein solches Szenario ist aus volkswirtschaftlichen Gründen zu vermeiden.
- Das schweizerische Gesellschaftsrecht basiert auf der juristischen Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften. Diese im materiellen Recht festgelegte Struktur ist vom Verfahrensrecht als dienendes Recht zu respektieren. Sofern die materielle Konsolidierung ermöglicht werden soll, wären zuerst im materiellen Gesellschaftsrecht die entsprechenden Grundlagen zu schaffen: Die Fragen von Haftung und haftendem Vermögen gehören zu den zentralen Elementen bei der Ausgestaltung der verschiedenen Gesellschaftsformen. Es obliegt daher dem materiellen Recht festzulegen, welche Vermögenswerte einer Gesellschaft welchen Gläubigern haften.

Aus diesen Gründen ist eine materielle Konsolidierung, die generell zur Anwendung kommen soll, abzulehnen. Dies gilt unabhängig davon, ob alle oder nur die insolventen Konzerngesellschaften erfasst würden. Die juristische Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften ist vielmehr auch im Insolvenzfall zu respektieren (atomistic approach), was dem Charakter des Konzerns als Verbund mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen entspricht. Vorbehalten bleibt die materielle Konsolidierung in Einzelfällen, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (siehe Ausführungen unter B.2.).

b) Im Nachlassverfahren

Eine materielle Konsolidierung kann unter Umständen die Sanierung der betroffenen Konzerngesellschaften erleichtern. Anstatt jede Gesellschaft separat zu sanieren, wäre ein gekoppeltes Vorgehen möglich. Doch die Nachteile der Konsolidierung überwiegen - wie im Konkurs - auch hier. Sie ist daher aus denselben Gründen abzulehnen. Es soll vielmehr weiterhin von der juristischen Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften ausgegangen und von der Einzelbetrachtung nicht abgewichen werden.

Im Gegensatz zum Konkursverfahren ist die materielle Konsolidierung im Nachlassvertragsrecht generell abzulehnen. Es besteht ein Unterschied, ob lediglich noch das vorhandene Geld verteilt oder ob ein Unternehmen saniert wird. So führt das Nachlassverfahren oft dazu, dass die Gesellschaften weiterhin - allenfalls in einer anderen Form - existieren. Allfällige Umstrukturierungen haben dabei unter Beachtung der materiellen Vorschriften des Gesellschaftsrechts zu erfolgen. Es obliegt nicht dem Zwangsvollstreckungsrecht, für sanierungstechnische Reorganisationen Spezialregeln einzuführen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung in Bezug auf das Resultat - Generalliquidation - dem Konkurs sehr nahe steht. Sofern im Konkurs in bestimmten Konstellationen die materielle Konsolidierung befürwortet wird (dazu siehe das folgende Kapitel), ist daher zu prüfen, wie weit diese auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung einzuführen ist.

Theoretisch können die Gläubigermehrheiten einen Nachlassvertrag annehmen, welcher die materielle Konsolidierung mit bestimmten anderen Gesellschaften vorsieht. Sofern die anderen Gesellschaften denselben Vertrag absegnen, stellt sich die Frage, ob das Gericht solche Verträge, die schliesslich zu einer materiellen Konsolidierung der entsprechenden Gesellschaften führt, bestätigen darf. Diese Frage blieb kontrovers. Doch kann es wohl nicht den Gläubigermehrheiten überlassen werden, eine andere Haftungsordnung zu errichten, als sie das materielle Recht vorsieht.

2. Materielle Konsolidierung in Ausnahmefällen

Bereits die Diskussion über die Grundsatzfrage, ob es Konstellationen gibt, in welchen eine materielle Konsolidierung gerechtfertigt sein könnte, verlief in der Expertengruppe äusserst kontrovers. Die Mehrheit der Expertenkommission war der Ansicht, dass ein Konzern derart ausgestaltet sein und im Rechtsverkehr auftreten kann, dass im Konkursfall einer oder mehrerer Konzerngesellschaften eine materielle Konsolidierung unter Umständen angebracht ist. Nachdem dieser Grundsatzentscheid gefällt war, folgte die Erörterung, welche Umstände oder Kriterien für die materielle Konsolidierung entscheidend sein sollen. Auch diese Frage war von grossen Meinungsunterschieden geprägt. Dabei ist zu betonen, dass die Expertengruppe die Frage der materiellen Konsolidierung bei weitem nicht abschliessend erörtert hat.

Vielmehr ist es ihr ein zentrales Anliegen, dass diese Diskussion fortgesetzt wird und die sich stellenden Fragen und Probleme einer vertieften Überprüfung unterzogen werden.

a) *Befürwortete Kriterien für die materielle Konsolidierung*

i) *Rechtsmissbrauch*

Sofern die Konzernkonstruktion oder einzelne Konzerngesellschaften rechtsmissbräuchlich errichtet oder verwendet werden, ist es unbefriedigend, im Insolvenzfall an der juristischen Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften festzuhalten. Der Rechtsmissbrauchstatbestand ist dabei nicht mit einer bestimmten Verhaltensweise verknüpft, vielmehr kann er ganz verschiedene Facetten haben. So kann er erfüllt sein, wenn der Konzern "zu Lebzeiten" ohne Rücksicht auf die juristische Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften verwaltet oder wenn er systematisch für betrügerische oder andere strafrechtlich relevante Machenschaften missbraucht wird. Die Konzernstruktur eignet sich für entsprechende Vorgehen gut, da sich innerhalb des Konzerns relativ einfach Vermögenswerte hin und her schieben lassen und somit rasch rechtlich unklare Verhältnisse begründet werden können.

Der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs ist in Artikel 2 ZGB verankert. Auf ihn abgestützt entwickelte die Rechtsprechung das konzernrechtlich relevante Instrument des Durchgriffs. Dieser ist mit der materiellen Konsolidierung vergleichbar mit dem Unterschied, dass der Durchgriff einseitig (die Gläubiger der Gesellschaft A können auf das Vermögen der Gesellschaft B greifen, aber nicht umgekehrt), die Konsolidierung dagegen allseitig ist (das Vermögen der Gesellschaften A und B werden zu einer Masse verschmolzen; die Gläubiger beider Gesellschaften werden Gläubiger dieser einen Masse). Wird das Institut des Durchgriffs jedoch auch in umgekehrter Richtung gewährt, kommt es de facto zur Konsolidierung. Diese stellt somit im Ergebnis nichts anderes als einen wechsel- beziehungsweise allseitigen Durchgriff dar. Dementsprechend ist die materielle Konsolidierung bei rechtsmissbräuchlichem Vorgehen bereits de lege lata denkbar. In der Praxis wird aber kaum ein Gericht allein mit dieser Rechtsgrundlage eine materielle Konsolidierung anordnen. Sofern ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen effektiv zu einer materiellen Konsolidierung führen soll, bedürfte es daher wohl eines ausdrücklichen Hinweises im Gesetz.

ii) *Auftritt des Konzerns als ein Unternehmen*

Je nach Auftritt des Konzerns in der Öffentlichkeit, sehen die Gläubiger den Konzern als solchen und vertrauen auf ihn als ein einziges Unternehmen. Sie sind sich der Aufteilung der Geschäftstätigkeit auf verschiedene Gesellschaften und somit der entsprechend beschränkten Haftung der einzelnen Gesellschaften nicht bewusst⁹⁷. Bei finanziell eng verflochtenen Konzerngesellschaften, bei denen auch das operative Geschäft unter einheitliche Leitung gestellt ist, liegt zudem bei der Verteilung von Aktiven und Passiven oft ein aleatorisches Element mit im Spiel. Die Höhe der Dividenden hängt somit mehr oder weniger von Zufälligkeiten ab. Geht

⁹⁷ Vgl. den Leadingcase Wibu Holding AG c. Swissair Beteiligungen AG, BGE 120 II 331.

man von der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns aus, befriedigt die für jede einzelne Gesellschaft individuelle Abwicklung der Konkursverfahren mit den daraus resultierenden unterschiedlichen Dividenden nicht, da die konzernmässige Verknüpfung der Unternehmenseinheiten unbeachtet bleibt.

Die Kommission tendiert dazu, die materielle Konsolidierung zu befürworten, sofern der Auftritt des Konzerns im Rechtsleben effektiv derart ausgestaltet ist, dass primär der Konzern wahrgenommen wird und die einzelnen Gesellschaften nicht bekannt sind. Massgebend ist, dass das Vertrauen in den Konzern als solchen nicht nur bei einzelnen Gläubigern vorliegt, sondern davon auszugehen ist, dass es zumindest bei einer eindeutig überwiegenden Mehrheit der Gläubiger besteht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Vertrauen nicht nur auf den Konzern als solchen gerichtet sein kann, sondern auch umgekehrt auf die juristische Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften; dieses Vertrauen würde im Falle einer materiellen Konsolidierung enttäuscht werden. Für die Beurteilung, ob zu konsolidieren ist oder nicht, ist daher die Art und Weise des Auftritts des Konzerns "zu seinen Lebzeiten" im Rechtsalltag massgebend.

iii) Kostenersparnis

Je nach Ausgestaltung des Konzerns und des Vorgehens des Managements wird im Rechtsleben die juristische Selbständigkeit der einzelnen Konzerngesellschaften nicht vollumfänglich berücksichtigt. Es kommt zu Verschiebungen von Vermögenswerten zwischen den Gesellschaften, ohne dass Klarheit darüber herrscht, welcher Gesellschaft die einzelnen Werte effektiv gehören. Zudem sind die konzerninternen Operationen wie Rechtsgeschäfte und Transaktionen oft zahlreich und komplex. Die Verfahren, um die Rechtsverhältnisse, die Forderungen sowie die Vermögenswerte den jeweils beteiligten beziehungsweise berechtigten Konzerngesellschaften zuzuteilen, dauern deshalb lange und sind entsprechend kostspielig. Diese Situation verschärft sich, je mehr Konzerngesellschaften insolvent werden, und erreicht ihren Höhepunkt, wenn der Konzern als solcher in sich zusammenbricht.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt kein Verstoß gegen die Grundregeln der Zwangsvollstreckung vor, wenn der Grundsatz der Kostenersparnis gegenüber dem der Gleichbehandlung der Gläubiger vorgezogen wird. So hat das Bundesgericht in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die Vorwegbefriedigung von Kleingläubigern geschützt. Die durch den damit vermiedenen administrativen Aufwand ersparten Kosten würden den benötigten Betrag für die Befriedigung der Kleingläubigern ausgleichen oder ihm wenigstens nahe kommen; da somit die verbleibende Summe praktisch keine Veränderung erfahre, würden die übrigen Gläubigern nicht geschädigt werden⁹⁸. Sofern die Idee hinter dieser Rechtsprechung weiterverfolgt und auf den Konzern übertragen wird, kann bei Vorliegen von Vermögensvermischungen innerhalb eines Konzerns die materielle Konsolidierung gerechtfertigt sein. Diesbezüglich ist vorauszusetzen, dass das mit der Vermeidung der entsprechenden Verfahren und Abklärungen gesparte Geld dazu führt, dass die Gläubiger der einzelnen Konzerngesellschaften auf Grund der Konsolidierung de facto

⁹⁸ BGE 111 III 86, E.2.f).

(fast) nicht schlechter gestellt werden, als wenn die Insolvenzverfahren separat abgewickelt würden. Resultiert aus der Konsolidierung für die Gläubiger sogar eine finanzielle Besserstellung, ist sie ernsthaft in Betracht zu ziehen; denn für sie spricht zusätzlich der mit den vermiedenen Abklärungen und Verfahren verbundene Zeitgewinn. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die Fragen der finanziellen Schlechterstellung und des Zeitgewinns aus der ex ante-Sicht oft nicht eindeutig beantworten lassen.

b) Abgelehnte Kriterien für die materielle Konsolidierung

i) Unterkapitalisierung

Abgesehen von krassen Fällen kann in der Regel nicht festgestellt werden, ob eine Gesellschaft unterkapitalisiert war oder nicht. Dieser Begriff ist mangels allgemeingültiger Eigenmittelvorschriften nicht justiziabel und kann daher auch nicht als Kriterium für eine Konsolidierung dienen. Sofern die unterkapitalisierte Gesellschaft aus rechtsmissbräuchlichen Gründen errichtet oder rechtsmissbräuchlich verwendet wurde, wird der entsprechende Sachverhalt jedoch bereits vom Kriterium des Rechtsmissbrauchs erfasst.

ii) Gläubigeridentität

Sofern sämtliche Gläubiger der in die Konsolidierung mit einbezogenen Konzerngesellschaften identisch sind, besteht hinsichtlich des Gläubigerschutzes kein Grund, die Konkursverfahren separat abzuwickeln. Liegt lediglich eine überwiegende Gläubigeridentität vor, könnte der Gläubigerschutz insofern gewährleistet werden, als dass bei Forderungen, für die nicht alle einbezogenen Gesellschaften haften, die Konkursdividende angemessen reduziert wird.

Die Situation, dass umfassende Gläubigeridentität vorliegt, ist theoretisch denkbar, dürfte aber in der Praxis nicht vorkommen. Selbst eine überwiegende Gläubigeridentität ist wohl kaum je anzutreffen. Dieses Kriterium ist daher mehr theoretischer Natur als von praktischer Relevanz. Zudem wäre die Korrekturmöglichkeit der angemessenen Dividendenreduktion kompliziert und unsicher: Anstatt das Verfahren zu vereinfachen, bringt diese Möglichkeit das Risiko mit sich, dass es innerhalb des Konkursverfahrens zum Prozess über die Dividendenreduktion kommt.

c) Einbezug solventer Konzerngesellschaften

Sofern eine materielle Konsolidierung zugelassen wird, stellt sich die Frage, ob davon nur die insolventen oder auch die solventen Konzerngesellschaften erfasst werden sollen. Die Expertengruppe tendiert dazu, dass nicht die Insolvenz entscheidend sein soll, sondern der Umstand, ob eine Gesellschaft zum Konzern gehört oder nicht: Ist Letzteres zu bejahen, soll sie von der Konsolidierung erfasst werden. Für diese Lösung spricht auch die Problematik, dass im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung oft nicht klar ist, welche Gesellschaften solvent und welche insolvent sind. Bei Verfahrensbeginn sind die Forderungen gegen die verschiedenen Gesellschaften oft (noch) nicht gerichtlich festgestellt, so dass die Passivmasse noch gar nicht definitiv feststeht. Dass zuerst entschieden werden müsste, ob und in welcher Höhe Forderungen bestehen, damit die Frage der Insolvenz der einzelnen Gesellschaften

beantwortet werden kann, und erst anschliessend das eigentliche Insolvenzverfahren mit der materiellen Konsolidierung eröffnet wird, würde aber zu unzumutbaren Verzögerungen führen.

d) Entscheidende Instanz bezüglich Konsolidierung

Als entscheidende Instanz, ob materiell zu konsolidieren ist, kommen grundsätzlich das Gericht, die Gläubigerversammlungen der einzelnen Konzerngesellschaften sowie kumulativ das Gericht und die Gläubigerversammlungen in Frage.

Den Entscheid den Gläubigerversammlungen zu überlassen, würde zwar das Prinzip der Privatautonomie bewahren. Es würde aber zugleich den Gläubigerversammlungen die Kompetenz eingeräumt werden, eine vom materiellen Gesellschaftsrecht abweichende Haftungsordnung anzuordnen. Ein solcher Entscheid sollte aber nicht allein den Gläubigern überlassen werden. Er ist vielmehr von einer unabhängigen Instanz zu fällen. Die Expertengruppe spricht sich daher dafür aus, die Frage über die materielle Konsolidierung im Einzelfall dem Gericht zu überlassen; allenfalls kann die Zustimmung der Gläubigerversammlungen als Voraussetzung vorgesehen werden.

3. Verfahrensrechtliche Konsolidierung

a) Verfahrensrechtliche Konsolidierung bei materieller Konsolidierung

Soweit verschiedene Konkursverfahren materiell zusammengelegt werden, soll auch eine verfahrensmässige Konsolidierung stattfinden: Das Verfahren ist für sämtliche betroffenen Konzerngesellschaften an einem Konkursort zu konzentrieren, welcher massgebend ist für die Bestimmung der zuständigen Organe wie das Konkursgericht, die Konkursverwaltung sowie die Aufsichtsbehörde.

b) Verfahrenskonzentration bei einer ausseramtlichen Konkursverwaltung

Bereits nach geltendem Recht kann eine ausseramtliche Konkursverwaltung für die Verfahren mehrerer Konzerngesellschaften zuständig sein. Diese Möglichkeit soll auch weiterhin bestehen unabhängig davon, ob im konkreten Fall eine materielle Konsolidierung stattfindet oder nicht. Eingesetzt wird die ausseramtliche Konkursverwaltung - wie bereits nach geltendem Artikel 237 Absatz 2 SchKG - von der Gläubigerversammlung. Zu einer gemeinsamen ausseramtlichen Konkursverwaltung kommt es somit nur, wenn einerseits der Konkurs im ordentlichen Verfahren durchgeführt wird und andererseits die Gläubigerversammlungen der verschiedenen Gesellschaften effektiv dieselbe Konkursverwaltung einsetzen. Die gemeinsame ausseramtliche Konkursverwaltung führt dazu, dass mehrere selbständige Konkursverfahren (materielle Konsolidierung vorbehalten) unter einheitlicher Leitung abgewickelt werden. Die einheitliche Leitung entspricht dem Kerngedanken des Konzerns zu Lebzeiten (Art. 663e OR); dieser wird mit der gemeinsamen Konkursverwaltung in der Liquidationsphase beibehalten.

Für den Fall, dass die ausseramtliche Konkursverwaltung durch ihre Verantwortung für verschiedene Konkursverfahren in einen Interessenkonflikt geraten könnte, haben die Gläubigerversammlungen prophylaktisch einen Stellvertreter einzusetzen. Im Unterlassungsfalle wird die Stellvertretung vom Gläubigerausschuss - sofern vorhanden - oder von der Aufsichtsbehörde ernannt.

c) Gemeinsamer Sachwalter im Nachlassverfahren

Wie im Konkursverfahren die ausseramtliche Konkursverwaltung für mehrere Gesellschaften zuständig sein kann, kann auch in der Nachlassstundung der Sachwalter bereits nach geltendem Recht für mehrere Gesellschaften verantwortlich sein. Diese Möglichkeit soll weiterhin beibehalten werden, unabhängig von der Frage der materiellen Konsolidierung.

4. Präzisierung der Kooperationspflicht

Sofern über mehrere Konzerngesellschaften Insolvenzverfahren eröffnet werden und keine verfahrensmässige Konsolidierung stattfindet, sind Doppelspurigkeiten zu vermeiden und das Vorgehen zu vereinfachen. So kann es sinnvoll sein, wenn zusammenhängende Vermögenskomplexe - auch wenn sie rechtlich gesehen verschiedenen Konzerngesellschaften gehören - gemeinsam verwertet werden; eine zentrale Durchführung der Verwertung durch eine Konkursverwaltung im Auftrag der anderen betroffenen Konkursverwaltungen würde dies ermöglichen. Ebenso kann die zentrale Abklärung bestimmter Rechtsverhältnisse, an welchen mehrere Konzerngesellschaften beteiligt sind, ein doppelspuriges Vorgehen vermeiden.

Es sollte deshalb eine besondere Kooperationspflicht gesetzlich verankert werden: Artikel 4 SchKG, welcher bereits die Rechtshilfe zwischen den Betreibungs- und Konkursämtern regelt, ist entsprechend zu präzisieren. Zudem ist er insofern zu ergänzen, als dass die Kooperationspflicht nicht nur die Ämter, sondern ebenso die Gerichte erfassen sollte. Eine Absprache unter den Gerichten wäre überall dort von Nutzen, wo für bestimmte Rechtshandlungen die richterliche Einwilligung benötigt wird (vgl. Art. 298 Abs. 2 SchKG). Keine Pflicht, sich abzusprechen, kann und soll dagegen im Rahmen der richterlichen Rechtsprechung begründet werden.

C. Von der Expertengruppe abgelehnte Reformen

1. Generelle Verfahrenskonzentration bei staatlichen Organen

Eine Verfahrenskonzentration ist nur dann angebracht, wenn entweder eine materielle Konsolidierung stattfindet oder eine ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt wird. Abgesehen von diesen zwei Konstellationen ist die verfahrensmässige Konsolidierung abzulehnen, da die Konzentration verschiedener Verfahren an einem Ort und somit bei einem Konkursgericht, bei einer Konkursverwaltung sowie bei einer Aufsichtsbehörde die Kapazitäten und Ressourcen der einzelnen Organe rasch überlasten kann. Abgesehen davon sorgen die dezentralen Zuständigkeiten für eine gewisse Machtverteilung und, da jede Gesellschaft von der für sie zuständige Konkursverwaltung betreut wird, eine bessere Wahrung der Interessen der verschiedenen Konzerngesellschaften ("Corporate Governance" im Verfahrensrecht).

2. Einführung einer Konzernpauliana

Rechtshandlungen zwischen Konzernunternehmen sind grundsätzlich gültig, sofern zwischen den gegenseitigen Leistungen kein Missverhältnis besteht. Dasselbe gilt, wenn ein solches mit Blick auf den einzelnen Leistungsaustausch zwar vorliegt, aber unter Berücksichtigung sämtlicher konzerninternen Verschiebungen und der aus der Konzernzugehörigkeit resultierenden Vorteilen eine angemessene Gegenleistung

erfolgt (Saldotheorie)⁹⁹. Auf Grund der zahlreichen und oft verworrenen Rechtsverhältnisse innerhalb eines Konzerns ist es jedoch oft kompliziert, sämtliche Verbindungen auseinander zu halten. Dementsprechend schwierig ist es, allfällige Missverhältnisse aufzudecken¹⁰⁰.

Auf Grund dieser Umstände prüfte die Expertengruppe die Frage, ob eine spezielle Konzernpauliana einzuführen ist. Abgestützt auf diese sollten konzerninterne Transaktionen, die nicht auf der gleichen Basis wie Geschäfte mit Dritten erfolgten, angefochten werden können, ohne dass zusätzlich subjektive Tatbestandselemente nachzuweisen sind. Zudem wurde diskutiert, ob für den Zustand der Unterkapitalisierung eine spezielle Anfechtungsmöglichkeit einzuführen ist. Schliesslich wurde auch eine Verlängerung der Verdachtsfristen bei Rechtshandlungen zwischen nahe stehenden Personen - und somit auch zwischen Konzerngesellschaften - in Betracht gezogen.

Eine konzernspezifische Ergänzung der Anfechtungsrechte wird jedoch abgelehnt. Insbesondere ist eine Anfechtung bei Unterkapitalisierung abzulehnen; der Begriff der Unterkapitalisierung lässt sich nicht klar abgrenzen und ist somit nicht justiziabel. Auch eine Verlängerung der Verdachtsfristen wurde verworfen. Sie hätte zur Folge, dass während einer längeren Zeit das Damoklesschwert der Anfechtung über den einzelnen Rechtshandlungen schweben würde. Da die einzelnen Rechtsgeschäfte zivilrechtlich grundsätzlich gültig sind, hat sich aber das Zwangsvollstreckungsrecht mit Anfechtungsmöglichkeiten Zurückhaltung aufzuerlegen (Rechtssicherheit). Zum selben Ergebnis kam auch der Bundesrat in seiner Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991¹⁰¹. Hingegen ist die Expertengruppe der Auffassung, dass für Rechtshandlungen generell zwischen nahe stehenden Personen gewisse Beweiserleichterungen geboten sind; diesbezüglich wird auf die Ausführungen unter VII.B.1.b) verwiesen.

D. Weiter zu verfolgende Fragen

1. Gleichbehandlung interner und externer Gläubiger

Für die Verhältnisse innerhalb eines Konzerns wird generell die Frage gestellt, ob interne gegenüber externen Gläubigern nicht umfassend oder teilweise (z.B. im Umfang von erteilten Sanierungsdarlehen) nachrangig zu behandeln sind. Dies kann angebracht sein, wenn eine Konzerngesellschaft von anderen Konzerngesellschaften bewusst mit zuwenig Mitteln ausgestattet oder systematisch geplündert wird. Dabei ist jedoch zu beachten, dass durch die nachrangige Behandlung der entsprechenden Forderungen die Situation für die Gläubiger der Konzerngesellschaften insgesamt nicht verbessert wird; vielmehr bewirkt es eine aleatorische Umverteilung der noch vorhandenen Mittel. Zudem würde eine Differenzierung zwischen internen und externen Gläubigern den konkursrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung tangieren.

⁹⁹ VON BÜREN (Fussnote 95), S. 447.

¹⁰⁰ VON BÜREN (Fussnote 95), S. 450.

¹⁰¹ BBl 1991 III 177 ff.

2. Normierung von richterlichen Haftungserweiterungsinstrumenten

Die Rechtsprechung hat aus dem Rechtsmissbrauchstatbestand (Art. 2 ZGB) die Haftungsgrundlagen des Durchgriffs und der Vertrauenshaftung abgeleitet. Beiden Instrumenten fehlt jedoch eine konkrete gesetzliche Normierung.

Sofern der Rechtsmissbrauchstatbestand als massgebendes Kriterium für die materielle Konsolidierung befürwortet wird und er eine entsprechende Konkretisierung erfährt, wäre zu prüfen, ob nicht auch der Durchgriff und die Vertrauenshaftung eine konkrete gesetzliche Grundlage erhalten sollten. Gegebenfalls wäre für den Durchgriff zu entscheiden, ob er auch in umgekehrter Richtung (von der Mutter- auf die Tochtergesellschaft) und auf horizontaler Ebene (zwischen Schwesterngesellschaften) explizit anzuerkennen ist.

VII. Einzelfragen

A. Ausgangslage

1. Unzulänglichkeiten bei den Anfechtungsklagen

Die Rechtslage im Bereich der Anfechtungsklagen ist in verschiedener Hinsicht unbefriedigend. Ein grundlegendes Problem besteht in der Rechtsunsicherheit, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Rechtshandlungen vom Sachwalter beziehungsweise solche, die von ihm und allenfalls vom Nachlassgericht (Art. 298 Abs. 2 SchKG) genehmigt werden, anfechtbar sind. Bei der Durchsetzung der Ansprüche - insbesondere im Rahmen der Absichtsanfechtung - bestehen zudem beträchtliche Schwierigkeiten in der Beweisführung, welche oft dazu beitragen, dass entsprechende Klagen gar nicht erhoben werden. Schliesslich bestehen im Bereich der Fristen gewisse gesetzliche Ungenauigkeiten.

2. Verfahrenswechsel

Zwischen dem Nachlass- und dem Konkursverfahren besteht zu wenig Flexibilität. Nach Eröffnung eines der beiden Verfahren ist der Weg in die entsprechende Richtung grundsätzlich festgelegt. Zwischen dem Konkurs- und Nachlassverfahren besteht keine Verknüpfung, welche einen jederzeitigen Verfahrenswechsel zulassen würde. Lediglich der Schuldner, jedoch nicht die Gläubiger, kann via Vorschlag eines Nachlassvertrages einen Wechsel vom Konkurs- in das Nachlassverfahren beantragen (Art. 332 SchKG). Ein Wechsel in umgekehrter Richtung - vom Nachlass- in das Konkursverfahren - ist hingegen nicht vorgesehen. Es kann zwar zum Widerruf der Nachlassstundung kommen (Art. 295 Abs. 5 und 298 Abs. 3 SchKG), doch führt dieser nicht automatisch in das Konkursverfahren; ein solches ist neu einzuleiten.

B. Vorschläge der Expertengruppe

1. Paulianische Anfechtungsklagen

a) Anfechtungsobjekt

Zu Gunsten der Rechtssicherheit ist zu klären, dass Rechtshandlungen des Schuldners mit Zustimmung des Sachwalters beziehungsweise des Sachwalters, die entweder vom Nachlassgericht oder vom Gläubigerausschuss genehmigt wurden, nicht

anfechtbar sind. Dies betrifft insbesondere die gemäss Artikel 298 Absatz 2 SchKG genehmigungsbedürftigen Geschäfte.

b) Beweiserleichterung für die Absichtsanfechtung

Die in Artikel 288 SchKG verankerte Absichtsanfechtung setzt objektiv eine Schädigung der Gläubiger durch Verminderung des haftenden Vermögens voraus. In subjektiver Hinsicht wird zweierlei verlangt: Einerseits muss der Schuldner in einer Schädigungs- beziehungsweise Begünstigungsabsicht gehandelt haben; andererseits muss diese Absicht seinem Vertragspartner erkennbar gewesen sein.

Da es sich bei den subjektiven Voraussetzungen um innere Tatsachen handelt ist für die Beweisführung auf Indizien abzustellen. Dabei ist die Schädigungsabsicht nicht nur dann als vorhanden zu betrachten, wenn die Schädigung geradezu den Zweck des Rechtsgeschäftes bildet, sondern schon dann, wenn dieser Erfolg als natürliche Konsequenz der Rechtshandlung vom Schuldner normalerweise vorausgesehen werden kann und in Kauf genommen wird. Einen wesentlichen Hinweis für das Vorliegen dieser Absicht liefert insbesondere eine effektive missliche Vermögenslage des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung¹⁰². Zudem wird die Kenntnis der Absicht bei nahen verwandtschaftlichen oder sonstigen engen Verbindungen auf Grund der faktisch (und allenfalls auch rechtlich) bestehenden Möglichkeit, sich über die Vermögenslage des Schuldners zu informieren, vermutet¹⁰³.

Die gehandhabte Praxis in Bezug auf die Erkennbarkeit der Absicht bei engen Verbindungen sollte gesetzlich umgesetzt werden. Artikel 288 SchKG ist daher so zu ergänzen, dass bei nahe stehenden Personen das subjektive Tatbestandselement der Erkennbarkeit vermutet wird. Gegen diese Vermutung kann der Entlastungsbeweis geführt werden. Für Rechtshandlungen zwischen nahe stehenden Personen würde somit eine Beweislastumkehr gesetzlich verankert. Dabei ist der Begriff "nahe stehende Personen" - im Gegensatz zum deutschen Recht (Art. 138 Insolvenzordnung) - nicht näher zu definieren. Es können davon natürliche sowie juristische Personen erfasst werden, so dass diese Beweislastumkehr insbesondere auch konzernintern zur Anwendung kommen kann. Als nahe stehende Personen kommen beispielsweise Verwandte, Insider sowie Gross- und Mehrheitsaktionäre in Frage.

Des Weiteren wäre die Frage einer Beweiserleichterung in Bezug auf das Vorliegen der Absicht des Schuldners selbst zu prüfen. Dabei ist primär an die gesetzliche Verankerung der heutigen Praxis zu denken und insofern zu normieren, dass die Schädigungsabsicht vermutet wird, sofern der Schuldner die schädigende Handlung in einem Zeitpunkt vornimmt, in welchem seine finanzielle Situation bereits bedenklich war. Zu Gunsten der Rechtssicherheit müsste aber die finanzielle Situation, welche zur entsprechenden Beweislastumkehr führt, klar definiert werden. Ein Begriff wie "missliche Vermögenslage" oder "Unterkapitalisierung" erfüllt dieses Kriterium nicht.

c) Fristen im Anfechtungsrechts

Gemäss Artikel 292 verwirkt das Anfechtungsrecht nach Ablauf von zwei Jahren. Es dürfte sich dabei um ein gesetzgeberisches Versehen handeln: Es sollte eine Verjäh-

¹⁰² STAEHELIN ADRIAN, in: STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse, Basel/Genf/München 1998, Art. 288 Rz 15 f.

¹⁰³ STAEHELIN ADRIAN (Fussnote 102), Art. 288 Rz 20.

rungs-, keine Verwirkungsfrist sein. Das Gesetz ist entsprechend zu korrigieren. Ebenso ist Artikel 331 Absatz 2 SchKG für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zu präzisieren: Angesprochen sind dort nur die Verdachtsfristen, jedoch nicht die Klagefrist.

2. Wechsel zwischen den Insolvenzverfahren

Zwischen Konkurs- und Nachlassverfahren soll Durchlässigkeit herrschen, so dass jederzeit ohne grössere Umstände vom einen in das andere Verfahren gewechselt werden kann. Dementsprechend soll im Konkurs nicht nur der Schuldner (Art. 332 SchKG), sondern neu auch die Gläubiger das Recht haben, einen Wechsel in das Nachlassverfahren initiieren zu können.

Gleichermassen ist ein nahtloser Übergang vom Nachlass- in das Konkursverfahren zu gewährleisten. Nach Bewilligung der Nachlassstundung soll es unter folgenden Umständen zur Konkurseröffnung kommen:

- i) wenn sich am Ende der provisorischen Stundung zeigt, dass keine Aussicht auf Sanierung besteht und die definitive Stundung daher nicht gerechtfertigt ist;
- ii) wenn es sich im Verlauf der - provisorischen oder definitiven - Stundung ergibt, dass eine Sanierung oder ein Nachlassvertrag offensichtlich nicht zustande kommen werden (vgl. Art. 295 Abs. 5 SchKG);
- iii) wenn das Zustandekommen eines Nachlassvertrages gescheitert ist.

In diesen Konstellationen hat die Eröffnung des Konkurses von Amtes wegen zu erfolgen. Es werden dadurch ein fliegender Wechsel vom Nachlass- in das Konkursverfahren gewährleistet und allfällige Verzögerungen vermieden. Ein Gläubigerantrag, wie ihn der geltende Artikel 309 SchKG verlangt, ist nicht sachgemäss.

Die Expertengruppe hat diesen Bericht im Zirkulationsverfahren einstimmig genehmigt.

Zürich, Basel, Bern, Genf, Lugano, im April 2005

(Daniel Hunkeler)

(Franco Lorandi)

(Isaak Meier)

(Henry Peter)

(Daniel Staehelin)

(Karl Wüthrich)

(Dominik Gasser)

(Monique Albrecht)

Le droit suisse de l'assainissement doit-il être révisé?

Thèses et propositions au regard de
l'assainissement des entreprises

**Rapport du groupe d'experts chargé de réexaminer la procédure
concordataire**

Berne, avril 2005

TABLE DES MATIERES

Partie générale.....	1
I. Contexte et objet du rapport.....	1
1. Interventions parlementaires.....	1
2. Institution et mandat du groupe d'experts.....	1
3. Composition et mode de travail du groupe d'experts.....	2
II. Les principales raisons de réformer le droit de l'assainissement	3
III. Aperçu des propositions et thèses les plus importantes	6
1. Questions de procédure.....	6
2. Questions de droit matériel.....	8
3. Règles particulières applicables à l'insolvabilité de grandes entreprises ...	11
IV. Marche à suivre proposée	12

Partie générale

I. Contexte et objet du rapport

1. Interventions parlementaires

Après la débâcle de Swissair¹, de nombreuses interventions parlementaires ont demandé d'examiner la nécessité de réviser le droit suisse de l'exécution forcée (ou de l'insolvabilité). La loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP²) était particulièrement visée. Celle-ci aurait fait état de lacunes – principalement dans le domaine du traitement de l'insolvabilité de grandes entreprises. Parmi les interventions parlementaires déposées à ce sujet, il y a lieu de mentionner notamment les suivantes:

- 03.446 Initiative parlementaire Lombardi. LP. Protection renforcée contre les créanciers
- 03.438 Initiative parlementaire Strahm. LP. Protection renforcée contre les créanciers
- Postulat 4 de la Commission de gestion du Conseil des Etats (CdG-E)³: Créer une fonction de « commissaire » responsable de l'assainissement qui serait chargé de rapprocher les intérêts divergents en présence dans un processus d'assainissement et de les coordonner en fonction du but de l'assainissement
- Postulat 5 de la CdG-E⁴: Ajustement de la LP en faveur de la procédure d'assainissement
- 02. 3045 Postulat Wicki. Expertise juridique suite à la débâcle de Swissair
- 01.3673 Motion Lombardi. Après Swissair. Modifier la LP ?
- 01.3715 Motion Strahm. Réforme du droit de la faillite
- 97.407 Motion Gross Jost. Licenciements collectifs. Défense des intérêts des travailleurs⁵

2. Institution et mandat du groupe d'experts

En été 2003, l'Office fédéral de la justice a institué un groupe d'experts en tant que *groupe de réflexion* en lui confiant le mandat d'examiner la nécessité de réviser le droit de l'insolvabilité. Trois groupes de questions se dégagent en toile de fond du mandat :

- Examiner si et dans quelle mesure la procédure concordataire peut et doit continuer à se développer dans le sens de la procédure d'assainissement.

¹ Pour la chronologie des événements, voir le rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats (CdG-E) du 19.9.2002, Le rôle du Conseil fédéral et de l'administration fédérale en relation avec la crise de Swissair (FF 2003 V 4885 ss, notamment 4955 ss).

² RS 281.1.

³ Rapport de la CdG-E (note 1), p. 4956.

⁴ Rapport de la CdG-E (note 1), p. 4957.

⁵ Cette intervention n'a certes pas de rapport direct avec la débâcle de Swissair. Elle traite toutefois un élément important du droit de l'exécution forcée (protection des travailleurs en cas de vente de l'entreprise, art. 333 CO), raison pour laquelle elle a été intégrée dans les réflexions du groupe d'experts.

- Analyser les points de contact entre le droit de l'assainissement et le droit matériel. Il s'agissait en particulier d'examiner comment traiter les droits préférentiels de certains créanciers (droits de garantie et privilèges) ainsi que les contrats de durée (avant tout les contrats de travail, de bail et de leasing) dans une procédure d'exécution forcée, de manière à ce qu'ils ne fassent pas obstacle à l'assainissement de l'entreprise.
- Examiner s'il est opportun de créer un droit spécial s'appliquant à la faillite de groupes de sociétés et quelles en sont les possibilités.

L'évaluation du besoin de légiférer s'est axée sur le problème de l'assainissement. Le groupe d'experts devait prendre en compte dans ses réflexions les solutions retenues par les procédures étrangères – telles que par exemple celles du Chapter 11 du Bankruptcy Code américain ou de nouveaux systèmes européens régissant l'insolvabilité (allemand par ex.) ainsi que celles des recommandations de l'UNCITRAL⁶.

Le groupe d'experts a remis son rapport sur le besoin de légiférer en mars 2005 à l'Office fédéral de la justice.

3. Composition et mode de travail du groupe d'experts

Pour donner suite au mandat, le groupe d'experts a été constitué dans sa majorité par des praticiens reconnus dans le domaine de l'assainissement qui faisaient également état d'expériences dans l'insolvabilité de grandes entreprises.

Le groupe d'experts était composé des personnes suivantes :

- Daniel Hunkeler, avocat et docteur en droit, Zurich et Baden ;
- Privat-docent Franco Lorandi, avocat et docteur en droit, Zurich, chargé de cours à l'Université de St. Gall ;
- Professeur Isaak Meier, avocat et docteur en droit, Zurich, professeur ordinaire à l'Université de Zurich ;
- Professeur Henry Peter, avocat et docteur en droit, Lugano, professeur à l'Université de Genève ;
- Professeur Daniel Staehelin, avocat, notaire et docteur en droit, Bâle, professeur à l'Université de Bâle ;
- Karl Wüthrich, avocat, Zurich ;
- Monique Albrecht, avocate, Office fédéral de la justice, Berne ;
- Dominik Gasser, avocat, Office fédéral de la justice Berne, chargé de cours à l'Université de Lucerne (président).

Pour les questions relevant du droit du travail, le groupe d'experts s'est assuré le concours de Rémy Wyler, avocat et docteur en droit, Lausanne, chargé de cours aux Universités de Lausanne et de Fribourg.

L'Office fédéral de la justice s'est chargé du secrétariat.

⁶ La Commission on International Trade Law (UNCITRAL) des Nations Unies a adopté des recommandations pour légiférer dans le domaine du droit de l'exécution forcée (cf. Legislative Guide on Insolvency Law: www.uncitral.org/en-index.htm).

Le groupe d'experts a tenu sa première séance le 3 novembre 2003. Il s'est réuni par la suite à dix reprises à Berne (séances d'une demi-journée), la dernière fois le 16 décembre 2004.

II. Les principales raisons de réformer le droit de l'assainissement

Le droit suisse de l'insolvabilité vaut mieux que la réputation qu'on lui a faite, sous l'angle du droit de l'assainissement également. Cette affirmation quelque peu sommaire peut surprendre au regard des événements économiques qu'a connus récemment la Suisse. Elle n'est toutefois pas aléatoire. L'assainissement de l'entreprise avait en effet déjà constitué un sujet central de la révision de la LP de 1994. A l'époque déjà, on avait constitué un groupe d'experts chargé de concevoir une procédure concordataire (art. 293 ss LP) plus favorable à l'assainissement⁷.

Dans sa conception fondamentale (sursis concordataire, signature par les créanciers du concordat proposé par le débiteur, nomination d'un commissaire, etc.), notre droit est assez comparable aux procédures d'assainissement étrangères⁸. Mais il fait également état de différences essentielles par rapport à ces procédures, notamment par rapport à la procédure prévue par le Chapter 11⁹. Notre droit est plutôt considéré comme moderne par les milieux spécialisés. Il a par exemple été apprécié positivement dans ses principes lors d'un test du Forum PME réalisé récemment¹⁰. Il a également été bien noté lors du meeting de la Swiss-American Chamber of Commerce de février 2003. Il n'est dès lors pas étonnant que le Conseil fédéral a nié jusqu'ici un besoin *urgent* de légiférer¹¹.

Le groupe d'experts est également d'avis que le droit suisse de l'assainissement ne requiert pas un *réexamen global et une révision générale*. Au regard de la pratique, il offre en général suffisamment de marge de manœuvre et de possibilités pour trouver des solutions judicieuses et satisfaisantes. Une telle constatation ne signifie pas pour autant qu'il faille nier tout besoin d'agir. Depuis l'entrée en vigueur du droit révisé (le 1^{er} janvier 1997), la procédure concordataire, qui était plutôt marginale jusqu'alors, a connu un véritable boom, ce qui a permis à diverses reprises ces dernières années de déceler des faiblesses et des lacunes sur la base de cas concrets. Les insuffisances ne sont toutefois que ponctuelles; il n'en demeure pas moins qu'elles provoquent parfois une grande insécurité juridique dans la pratique et qu'elles

⁷ Ce groupe d'experts était dirigé par le professeur Lutz Krauskopf, Directeur de l'Office fédéral de la police. En étaient membres: le professeur Peter Bockli, Bâle; le professeur Louis Dallèves, Sion; Hans Ulrich Hardmeier, avocat, Zurich; Ursula Nordmann, juge fédéral, Lausanne. On peut obtenir leur rapport auprès de l'Office fédéral de la justice.

⁸ HUNKELER DANIEL, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, avec une présentation des systèmes juridiques des USA, de la France et de l'Allemagne, Fribourg 1996.

⁹ MEIER ISAAK, Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in: BASEDOW/MEIER/SCHNYDER/EINHORN/GIRSBERGER (éditeurs), Privat Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, La Haye 2000, p. 445 ss

¹⁰ BALASTÈR PETER/SENN DOMINIK, Erfahrungen von KMU im Betreibungs- und Konkursfall, in: Die Volkswirtschaft 2004, p. 59 ss. La LP y est examinée quant à sa fiabilité vis-à-vis des PME.

¹¹ Dans sa prise de position sur l'initiative parlementaire Strahm (01.3715. Réforme du droit de la faillite) ainsi que dans sa prise de position sur le rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats (cité dans la note 1), FF 2003 IV 3841 ss, notamment 3858 s.

rendent plus difficiles ou plus chères des solutions appropriées en matière d'assainissement (principalement les assainissements directs)¹².

Les problèmes qui ont surgi ne sont toutefois pas dus à de véritables carences du système légal. Ils se situent plutôt – en langage imagé - au niveau du *réglage de détail* de la loi. Il serait possible de régler rapidement et efficacement ces problèmes en procédant à des *modifications législatives relativement mineures*.

Le droit de l'insolvabilité est devenu un grand sujet d'intérêt public depuis que des entreprises de grande envergure (grands groupes, clubs sportifs) se sont écroulées. Les intérêts en jeu – souvent contraires – des travailleurs, actionnaires, obligataires, entreprises sous-traitantes, clients, du fisc et de la région économique touchée sont entrés dans la conscience collective et font l'objet de débats politiques, scientifiques et médiatiques¹³. Le droit de l'insolvabilité – souvent considéré comme une matière aride et technique – est devenu un sujet largement débattu sur la place publique¹⁴. Il existe de ce fait une certaine pression pour que l'on diffuse des propositions aussi nombreuses et spectaculaires que possible en vue de répondre aux attentes du public. « Il faut que quelque chose se passe »¹⁵.

L'activisme législatif n'est toutefois pas la solution. Il s'agit plutôt de construire un ouvrage sobre qui tienne compte des problèmes et des besoins de la pratique et qui s'articule sur les nombreuses possibilités qu'offre déjà le droit actuel tout en les développant. Dans le présent rapport, le groupe d'experts définit le besoin de légiférer au regard peu spectaculaire et tendanciellement neutre de la pratique – mais pas uniquement sous le point de vue de l'assainissement de l'entreprise et de la protection du débiteur. Il s'agit en effet d'accorder également une grande importance à la protection des créanciers. Un assainissement à tout prix doit être clairement rejeté. Le groupe d'experts tient à mettre en exergue cette déclaration de base. La libre concurrence et le libre marché deviendraient sinon lettre morte.

Le groupe d'experts ne se limite dès lors pas à examiner les questions ressortissant au droit de l'assainissement. Il s'occupe également des procédures de liquidation (faillite et concordat par abandon d'actifs), ce d'autant plus qu'en cas de restructuration d'une entreprise, assainissement et liquidation vont généralement de pair.

Le groupe d'experts estime qu'il n'est pas indiqué d'aménager un véritable *droit spécial régissant l'insolvabilité de grandes entreprises* (mot-clé : « faillite de groupes de sociétés »). Il convient plutôt de s'en tenir au système actuel et d'appliquer également le droit général de procédure à la débâcle de groupes. Il s'agira toutefois de l'assouplir là où cela s'avère nécessaire. Comme ce fut le cas jusqu'à maintenant, ce n'est que lorsque la protection du public et le déroulement rationnel de la

¹² Il s'agit d'assainissements dans lesquels l'ayant droit originel de l'entreprise reste en place. Cf. à ce sujet MEIER ISAAK/PEYER JÜRIG/RUTSCHMANN FELIX, *Auffanggesellschaft als Lösung*, in: NZZ du 19 octobre 2001, p. 15.

¹³ Cf. par exemple NZZ-Focus no 19 (mars 2004): *Checks and Balances in Unternehmen*, qui traite également largement le problème de la mentalité de « combinards ».

¹⁴ On rappellera les nombreux débats télévisés consacrés à la débâcle de Swissair ainsi que la retransmission directe, jusque tard dans la nuit, de la session spéciale du parlement fédéral sur ce sujet.

¹⁵ Selon la devise "It is more important that a proposition be interesting than that it be true", WHITEHEAD A.N. (1861-1947), *Adventures of Ideas*.

procédure l'exigent dans une mesure particulièrement forte qu'un droit spécifique à une branche peut et doit être créé dans une loi spéciale¹⁶.

Le groupe d'experts est ainsi convaincu qu'un *besoin ponctuel* de légiférer est donné. Comme fil conducteur, il recommande de poursuivre le travail pragmatique effectué lors de la révision de la LP de 1994, à la lumière des expériences pratiques faites depuis lors dans le domaine du droit de l'assainissement. Contrairement à ce qui s'est fait à l'époque, il conviendra toutefois de ne pas limiter l'examen à de pures questions de procédure mais d'y inclure les problèmes importants de droit matériel qui y sont liés. Ce faisant, il s'agira, selon la méthode helvétique avérée, de chercher des solutions comprenant un équilibre raisonnable des intérêts en jeu.

Selon l'avis du groupe d'experts, il est encore plus important d'*empêcher la survenance d'insolvabilités et de procéder à leur dépistage précoce (prévention)* que de les redresser après coup (réparation). Cette problématique à facettes extraordinairement multiples ne fait toutefois pas l'objet du présent mandat. Elle est en effet traitée dans le cadre de la législation sur l'établissement des comptes (mot-clé : « true and fair view »)¹⁷, le gouvernement d'entreprise ainsi que l'obligation de révision dans le droit des sociétés¹⁸. Il existe toutefois des points de contact directs entre cette matière et l'obligation d'annoncer l'insolvabilité¹⁹, de sorte qu'il y a lieu de coordonner les réformes sur ce point.

Un élément ne doit toutefois pas être oublié dans toute législation touchant au droit de l'insolvabilité : en règle générale, les entreprises provoquent leurs crises elles-mêmes²⁰. L'échec des entreprises concernées est en principe dû aux erreurs commises par leurs dirigeants. Les crises trouvent ainsi leur origine non pas dans un système juridique prétendument insuffisant mais sont la conséquence d'une conduite et d'une stratégie entachées d'erreurs. La situation devient souvent sans espoir du fait que les responsables continuent à prendre de mauvaises décisions après la survenance de la crise et prennent trop tard ou ne prennent pas les mesures requises en matière d'assainissement – extrajudiciaires ou judiciaires -. Le meilleur droit de procédure ne peut rien contre une telle fatalité. L'échec d'une entreprise est indissociable d'un système fondé sur la liberté économique. Un assainissement ne doit en définitive pas être un but en soi. Les entreprises structurellement démunies de chances de succès doivent être éliminées afin que l'économie puisse se renouveler et rester concurrentielle sur le plan international.

¹⁶ C'est le cas pour les *banques* avec la procédure spéciale d'assainissement et de liquidation prévue par la loi sur les banques, récemment révisée (cf. art. 24 ss [RS 952.0], en vigueur depuis le 1.7.2004). Cf. également, pour ce qui est des *assurances*, art. 51 ss de la nouvelle loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurances, au sujet de laquelle court encore le délai référendaire (FF 2004 VII 6825 ss). Dans les deux systèmes, on constate que les branches concernées sont soumises à des prescriptions particulières sur les fonds propres ainsi qu'à une surveillance étatique étendue. L'autorité de surveillance compétente dispose notamment de fonctions dirigeantes lors de l'assainissement et de la liquidation.

¹⁷ Cf. à ce sujet l'avant-projet et le rapport explicatif pour une loi fédérale sur l'établissement et le contrôle des comptes annuels (LECCA) du 29 juin 1998.

¹⁸ Message du Conseil fédéral du 23 juin 2004 concernant la modification du Code des obligations et la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (FF 2004 IV 3745 ss).

¹⁹ Avis de surendettement au juge de la faillite (art. 725 et 725a CO).

²⁰ Cf. NZZ du 8.3.2004, avec référence à l'étude de Gilbert Probst/Sebastian Raisch (Université de Genève), publiée in Harvard Business Manager 2004. Y sont analysées les cent plus grandes débâcles d'entreprises des cinq dernières années en Europe et aux USA.

III. Aperçu des propositions et thèses les plus importantes

Le groupe d'experts reconnaît un besoin de légiférer sur les différents points énumérés ci-dessous dans le sens d'une précision ponctuelle ou d'un complément de la loi. Les questions relevant de la mise en œuvre concrète sont souvent restées controversées ; elles seront discutées lors d'une phase ultérieure²¹.

1. Questions de procédure

a) Ouverture de la procédure judiciaire d'assainissement

- i) Toute entreprise – quelle que soit sa forme juridique – doit en principe être tenue de par la loi de demander l'ouverture d'une procédure pour insolvabilité lorsqu'elle est surendettée ou qu'elle connaît d'importants problèmes de liquidités (*obligation générale d'aviser du débiteur*)²².

Désormais l'obligation de demander l'ouverture de la procédure ne doit pas uniquement s'appliquer en cas de *surendettement* (art. 725 CO), mais également en cas de *problèmes de liquidités qualifiés* ²³.

- ii) *L'ouverture de la procédure à temps* est avant tout dans l'intérêt des créanciers (protection des créanciers). L'entreprise ne doit dès lors pas être précipitée dans une procédure de faillite. La loi doit plutôt décrire les conditions auxquelles il est possible de surseoir à l'avis d'insolvabilité (en cas de possibilité de procéder à un *assainissement extrajudiciaire durable*)²⁴.
- iii) *L'ajournement de la faillite* (art. 725a CO) doit être supprimé, en tant que procédure autonome trop rudimentaire. Ses avantages doivent être intégrés dans la procédure concordataire de sorte qu'ils profiteront à *toutes les formes d'entreprises (procédure uniforme* dans un but de simplification et de sécurité du droit) :
 - Il y a lieu d'introduire un sursis concordataire faisant office de moratoire.
 - Il y a lieu d'examiner si le sursis concordataire pourrait également être accordé sans la nomination d'un commissaire (système du *debtor in possession* selon le droit américain).
- iv) L'octroi du *sursis provisoire* doit être grandement facilité (abaissement du seuil d'accès):
 - Le sursis doit toujours être accordé provisoirement tant qu'une ouverture immédiate de la faillite n'est pas indiquée pour protéger des créanciers.
 - Il n'est pas nécessaire de présenter un projet de concordat.

²¹ Cf. marche à suivre proposée (ch. IV ci-après).

²² La question de l'obligation d'aviser des raisons individuelles et des sociétés de personnes est restée controversée.

²³ Cf. également l'art 63 LCCA (note 17 ci-dessus) ; art. 25 de la loi sur les banques (RS 952.0), art. 84a CC (révision du droit des fondations, FF 2004 V 5095) et UNCITRAL-Guide, Recommandation no 15.

²⁴ Dans le sens de la jurisprudence (non incontestée) du Tribunal fédéral ; ATF 4C.366/2000 ; ATF 116 II 533. L'assainissement extrajudiciaire légal est prévu par l'UNCITRAL-Guide, Recommandations nos 160-168.

- Le sursis provisoire doit pouvoir être accordé pour une durée allant jusqu'à quatre mois.
- Il ne doit pas être obligatoirement publié.
- Les créanciers ne doivent pas pouvoir attaquer le sursis provisoire.

v) Procédure extrajudiciaire préalable

Il doit être possible de faire appel à un ou une spécialiste qui élaborera un projet de concordat. Cette personne serait investie des tâches suivantes :

- élaborer un concordat complet avec les créanciers principaux ;
- le ou la spécialiste doit ensuite – pendant le sursis – revêtir la fonction de commissaire. Avantage : il ou elle a déjà un aperçu de la situation financière du débiteur ;
- éventuellement (question qui doit encore être examinée), acceptation de nouvelles dettes contractées au cours de la phase extrajudiciaire préalable déjà, ce qui faciliterait le refinancement et la continuation de l'entreprise²⁵.

b) *Sursis concordataire*

- i) Les effets du sursis concordataire doivent être légalement renforcés dans le sens d'un *full stop* (par analogie avec le droit américain et la situation dans la faillite) :
 - interdiction de poursuite également pour les créances privilégiées ;
 - interdiction de séquestre ;
 - suspension des procès éventuels.
- ii) La loi doit exclure la *possibilité d'intenter l'action révocatoire* contre des actes juridiques qui ont été approuvés par le juge du concordat ou par la commission de surveillance.
- iii) Il y a lieu de renforcer les *droits de participation des créanciers* pendant le sursis concordataire, notamment pour éviter des actes de liquidation précipités²⁶:
 - pour les procédures complexes, la loi doit prévoir une *commission de surveillance* représentative pendant le sursis concordataire déjà (en qualité d'organe d'approbation, d'information et de consultation) ;
 - une *assemblée des créanciers* doit toujours avoir lieu avant l'expiration du 9^e mois d'un sursis concordataire prolongé (en qualité d'organe de nomination, d'information et de consultation) ;
 - les créanciers doivent pouvoir *contester* eux-mêmes (sans effet suspensif) non seulement la désignation du commissaire mais également le sursis définitif ;
 - en cas d'échec de l'assainissement, la *faillite doit être ouverte d'office* (sans réquisition d'un créancier soumise au versement d'une avance) ;

²⁵ L'art. 310 al. 2 LP exercerait ainsi dans un certain sens des effets préalables.

²⁶ A propos de « soldes » pendant un sursis concordataire KRAMPF MICHAEL, Swissair : Nachlassrichter überfordert, in: plädoyer 2003, p. 20 s.

- les créanciers doivent également disposer dans la faillite d'un *droit de proposer un concordat*.

c) *Homologation facilitée du concordat*

- i) *L'obligation de garantie*, qui exerce souvent des effets prohibitifs, doit être restreinte :
 - elle doit être abolie en ce qu'elle concerne l'exécution du concordat (aucune garantie de dividende) ;
 - elle doit en revanche être maintenue pour les créances privilégiées annoncées (en particulier des travailleurs) ainsi que pour les dettes de la masse.
- ii) Il y a lieu de restreindre les *privilèges en cas de faillite* parce qu'ils entravent considérablement l'aboutissement d'un concordat (obligation de garantie).
 - La loi ne doit en principe privilégier que les personnes qui se trouvent dans un rapport de dépendance particulier avec le débiteur et qui ont besoin, pour des raisons vitales, que leurs prétentions soient pleinement satisfaites (travailleurs, créanciers de pensions alimentaires, assurés contre les accidents)²⁷. Le privilège des travailleurs doit toutefois être limité dans le temps et dans le montant garanti²⁸.
 - Les privilèges des pouvoirs publics et des assurances sociales doivent être en principe abolis. Le privilège des fondations de prévoyance en faveur du personnel doit être maintenu mais limité aux créances de cotisations.

2. Questions de droit matériel

a) *Privilèges de droit matériel de certains créanciers*

- i) Les *droits de gage* ne doivent pas être touchés. La procédure pour insolvabilité (procédure de faillite et de concordat) doit les respecter du fait qu'elle procède d'un droit auxiliaire qui doit se soumettre au droit matériel. L'inobservation des droits de gage aurait en outre des conséquences économiques imprévisibles.
- ii) Le *droit de rétention du bailleur de locaux commerciaux* (art. 268 ss CO) doit être aboli.

²⁷ La révision de la LP de 1994 avait également cette intention à l'origine (cf. Message du Conseil fédéral du 8 mai 1991, FF 1991 III 147 ss). La réintroduction au 1^{er} janvier 2001 des privilèges des assurances sociales dans la faillite a de nouveau anéanti cet impératif primordial (ATF 127 III 470 [assurance-maladie sociale], 129 III 476 [caisse de pension]). La réintroduction du privilège des assurances sociales n'est pas contestée, cf. SPÜHLER KARL, Braucht es neue Konkursprivilegien? Wenn scheinbar Soziales die Mehrheit benachteiligt, in : NZZ du 29.6.1999 (article reproduit dans le Bulletin des poursuites et faillites 1999, p. 121 ss).

²⁸ Cf, également l'initiative parlementaire de Monsieur le Conseiller national Roberto Zanetti, déposée le 21 juin 2002 (02.440) : « LP. Limiter le privilège des créances accordé aux salariés » ; on ne peut considérer comme des créances de première classe que les créances ne dépassant pas le double du montant maximal du gain assuré au sens de la loi fédérale sur l'assurance-accidents. Cf. également MÜLLER ROLAND, Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, in : SJZ 2004, p. 553 ss, 561 s.

- Il constitue un sérieux obstacle aux assainissements²⁹ ;
 - il n'est pas nécessaire puisque le bailleur peut prendre d'autres dispositions pour se garantir³⁰ ;
 - il est inéquitable par rapport aux autres créanciers ne bénéficiant pas de garantie.
- iii) Une *cession globale* (cession à titre de garantie, cession de toutes les créances futures) doit rester autorisée mais il y a lieu de bien préciser dans la loi que ses effets prennent fin avec l'octroi du sursis concordataire. La cession renaît après le sursis à moins que le sursis ne débouche sans interruption sur la faillite ou sur un concordat par abandon d'actifs.

b) Traitement des contrats de durée dans la procédure d'assainissement

L'ouverture de la procédure d'exécution forcée ne doit pas invalider eo ipso les contrats de durée. Il y a en revanche lieu de créer un *droit de résiliation légal extraordinaire* en faveur de la partie insolvable :

- sans exception pour *tous les contrats de durée* (également pour les contrats prévoyant des délais de résiliation légaux particuliers) ;
- sans exception pour *toutes les procédures en cas d'insolvabilité* (faillite, procédure concordataire) ;
- il sera exercé dans la faillite par l'administration de la faillite et dans la procédure concordataire par le débiteur avec l'assentiment du commissaire ;
- le délai de résiliation doit pouvoir être fixé librement (une résiliation immédiate du contrat doit être également possible).

Il y a lieu de prévoir dans la loi, pour la protection de l'autre partie concernée :

- premièrement une indemnité *équitable* (partielle) sous la forme d'une créance dans la faillite ou dans le concordat ;
 en revanche, en cas de résiliation extraordinaire d'un contrat de travail, le travailleur doit pouvoir bénéficier d'une indemnité pleine et entière (pas d'atteinte portée au droit social privé) ;
- deuxièmement la naissance d'une *dette de la masse* pour la période au cours de laquelle la masse en faillite, ou le débiteur dans un sursis concordataire, bénéficie encore la prestation ;
- troisièmement les *clauses contractuelles pour les cas d'insolvabilité* (clauses dites « default ») ne doivent pas être exclues par la loi³¹.

²⁹ Neutralisation de l'exploitation, création d'une société supplétive par des apports en nature rendue plus difficile.

³⁰ En exigeant une caution (art. 257e CO), grâce au paiement anticipé du loyer, par une résiliation avec effet immédiat en cas de faillite du locataire (art. 266h CO).

³¹ Le législateur n'a pas besoin d'agir à propos de ce troisième point. En effet, le droit en vigueur correspond déjà à la situation souhaitée. Il admet des clauses qui ne prévoient que la résiliation ; des clauses prévoyant des prestations supplémentaires en faveur de la partie solvable ne sont par contre pas admissibles. Pour d'autres détails à ce sujet cf. STAEHELIN DANIEL, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, in : AJP 2004, p. 363 ss.

- c) *Protection des travailleurs en cas de transfert de l'entreprise et de licenciement collectif*
- i) Droits de participation (art. 333a et 335f et g CO)
 - Les droits de participation doivent pouvoir s'exercer pleinement dans la procédure concordataire – à savoir pendant le sursis concordataire provisoire ou définitif et lors de l'exécution d'un concordat ordinaire - ;
 - ils doivent en revanche être exclus dans l'exécution forcée générale – à savoir dans la faillite et le concordat par abandon d'actifs³².
 - ii) Sort des contrats de travail en cas de transfert de l'entreprise (art. 333 CO)

Il est particulièrement urgent de légiférer sur cette question³³.

 - Les rapports de travail ne doivent pas pouvoir passer *automatiquement* à l'acquéreur de l'entreprise. Ce dernier doit au contraire pouvoir opérer un choix, comme c'était le cas dans l'ancien droit. S'il reprend les contrats de travail, il devra respecter les rapports de travail existants ainsi que les obligations relevant d'une convention collective de travail.
 - Chaque travailleur doit disposer d'un droit d'opposition.
 - L'acquéreur de l'entreprise doit répondre solidairement avec l'aliénateur des créances non recouvrées des travailleurs repris.
 - Cette réglementation doit s'appliquer *de manière uniforme* à toutes les procédures d'exécution forcée (faillite, sursis concordataire, concordat par abandon d'actifs).
- d) *Traitement des détenteurs de parts (« propriétaires » de l'entreprise)*
- i) La loi doit clairement spécifier la *priorité des capitaux de tiers par rapport aux fonds propres*. En cas d'homologation d'un concordat-dividende, le juge du concordat doit examiner si la *contribution des détenteurs de parts à l'assainissement* est appropriée (précision de l'art. 306 LP dans le sens de l'*absolute priority rule* du droit américain).
 - ii) Prêts d'assainissement
 - Il y a lieu de définir dans la loi les *conditions d'une subordination*.
 - Il convient de rejeter la doctrine et la jurisprudence actuelles selon lesquelles les prêts d'assainissement des détenteurs de parts ou de personnes qui s'en rapprochent sont considérés et subordonnés globalement comme du capital propre³⁴ (assainissements extrajudiciaires rendus plus difficiles).

³² Ces thèses correspondent à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 130 III 108), mais devraient être clairement explicitées dans la loi.

³³ Cette question est très controversée dans la doctrine et le Tribunal fédéral a peu contribué à sa clarification (il n'a jusqu'ici dû traiter que l'aspect partiel de la responsabilité solidaire en cas de reprise d'une entreprise survenue à la suite de la faillite du précédent employeur, ATF 129 III 335). L'insécurité juridique reste donc élevée dans la pratique.

³⁴ Cf. au sujet de cette pratique VOGEL ALEXANDER, Kapitalersetzende Darlehen im Konzern, in : SZW 93, p. 299 ss.

- Il convient même d'examiner si de tels prêts ne devraient pas être privilégiés³⁵.

3. Règles particulières applicables à l'insolvabilité de grandes entreprises

a) *Insolvabilité de groupes*

- i) En cas d'insolvabilité d'un groupe, il n'y a en principe pas lieu de procéder à une *consolidation* – que ce soit d'ordre matériel (*consolidation matérielle par intégration des actifs et passifs*) ou procédural (*consolidation administrative*). Il n'y a donc pas lieu de créer une procédure de faillite ou concordataire particulière pour les groupes de sociétés.

Toute société du groupe doit au contraire faire l'objet d'une procédure *indépendante* en cas d'insolvabilité (*approche atomiste*).

- Ce *traitement atomiste* est dicté par le droit matériel (le droit de la faillite ne peut pas rendre caduc le régime du droit matériel en matière de responsabilité) ;
 - il est également érigé en principe dans d'autres ordres juridiques (par ex. dans le droit américain) ;
 - il a l'effet d'une sorte de gouvernement d'entreprise dans le procès (procédures décentralisées) ;
 - la consolidation pourrait créer une accumulation de risques pour les cantons d'implantation des groupes, pour ce qui concerne les frais et les ressources humaines.
- ii) Il faut donc s'en tenir au système en vigueur mais il n'en demeure pas moins qu'il est nécessaire de procéder à des ajustements ponctuels. Pour des motifs relevant de la sécurité juridique, le droit de l'insolvabilité devrait préciser certains points en fonction de la spécificité des groupes :
 - La majorité du groupe d'experts estime que la *consolidation matérielle* ne doit rester exclue qu'en principe mais pas dans un sens absolu. Dans des *cas exceptionnels*, elle doit pouvoir être *ordonnée par le juge*. Les *exceptions* entrant en ligne de compte doivent être énumérées dans la loi³⁶.
 - La consolidation *procédurale* est déjà possible dans le droit en vigueur³⁷, mais la loi devrait en définir les conditions avec plus de précision.
 - iii) Action révocatoire contre des transactions internes au groupe

³⁵ Cette question est restée controversée au sein du groupe d'experts.

³⁶ Les exceptions sont restées très controversées au sein du groupe d'experts et doivent dès lors encore être discutées (par ex. constitution de groupes de cas prévus par la loi selon le modèle du droit des USA tels que : 1. Hindrance or fraud on creditors (obstruction ou fraude vis-à-vis des créanciers), 2. creditors' reliance on the group as whole (confiance des créanciers dans le groupe en tant qu'entité globale), 3. intermingling and intertwining of corporate estates (détention croisées ou entremêlées des biens de l'entreprise, 4. grossly undercapitalised companies (entreprises manifestement sous-capitalisées), 5. well understood interest of the creditors (intérêt bien compris des créanciers), etc.).

³⁷ Par la nomination d'une administration commune non officielle de la faillite ou par la mise en place d'un commissaire commun, en prévoyant des suppléances pour les cas de collusions d'intérêts (dès lors direction uniforme du groupe également en cas d'insolvabilité)

- Il n'existe en principe aucun besoin de créer une action révocatoire particulière pour les groupes.
- Il y a pourtant lieu de faciliter l'usage de l'action révocatoire au sens de l'article 288 LP en rapport avec des actes internes au groupe (par l'introduction d'une présomption légale selon laquelle les éléments constitutifs subjectifs sont donnés).
- Il convient en outre d'examiner de manière générale si l'action révocatoire doit également être recevable dans le cadre d'un *concordat ordinaire*³⁸.

b) *Emprunts obligataires*

Les obligataires doivent être traités comme tous les autres créanciers.

- Ils doivent défendre leurs droits à titre individuel dans toutes les procédures d'exécution forcée (l'assemblée particulière des obligataires doit être supprimée, car elle renchérit, prolonge et complique la procédure).
- Les obligataires doivent toutefois bénéficier d'une prétention légale à être représentés dans une commission de créanciers.

c) *Désintéressement préalable des petits créanciers*

Il n'existe aucun besoin de créer une règle spéciale au sens de la loi révisée sur les banques³⁹, le droit en vigueur étant suffisamment souple à cet égard⁴⁰.

IV. Marche à suivre proposée

Compte tenu du peu de temps dont il a disposé pour examiner ces questions complexes, le groupe d'experts a dû se contenter de formuler des thèses qui doivent être comprises comme une espèce *d'ordre du jour* pour le législateur.

Dans une *deuxième phase*, il s'agira de transformer ces thèses en normes concrètes – dans la mesure où il sera possible de leur donner une suite. Le groupe d'experts serait disposé à se charger également de cette deuxième étape. Il estime à cet égard que la collaboration de l'Office fédéral de la justice et de la pratique restera nécessaire et judicieuse. Des questions délicates restent ouvertes et requièrent encore un examen approfondi (par exemple les cas de consolidation matérielle dans la faillite de groupes de sociétés, l'institution d'exceptions à l'obligation de donner l'avis d'insolvabilité, l'ordre de compétences des nouveaux organes des créanciers pendant le sursis concordataire et la possibilité de céder des droits et des obligations découlant de contrats [*assignments of contracts*]). Il n'est guère possible de légiférer dans le domaine du droit de l'insolvabilité sans la participation directe de la pratique.

En définitive, la révision partielle de la LP qu'il convient d'entreprendre ne doit pas être uniquement axée sur l'assainissement de l'entreprise. Il conviendra également de repenser le système de l'acte de défaut de biens dans la faillite et du retour à

³⁸ Il en va de même pour l'action en responsabilité relevant du droit des sociétés.

³⁹ L'art. 37a LB (RS 952.0) est libellé comme suit : (1) Dans la mesure où il est possible de les contacter, les déposants..... qui disposent d'une créance totale exigible de 5000 francs au plus sont désintéressés hors de la collocation aussi rapidement que possible, toute compensation étant exclue. (2) La Commission des banques peut abaisser ce montant.

⁴⁰ ATF 5P.164/2003, cons. 4.6 ; ATF 111 III 86.

meilleure fortune (art. 265 ss LP) et de discuter de l'introduction d'une *libération du solde de la dette*⁴¹. Certes la libération du solde de la dette fait-elle pour l'essentiel partie du « droit social de l'insolvabilité » (surendettement de consommateurs et de ménages privés) ; il n'en demeure toutefois pas moins qu'elle a un rapport direct avec l'assainissement d'une entreprise : pensons notamment aux raisons individuelles qui sont confrontées aux actes de défaut de biens après une faillite⁴². L'endettement durable de particuliers constitue un problème central du droit actuel de l'insolvabilité⁴³. Pour ces raisons, il serait également nécessaire d'englober dans la révision « *l'assainissement privé* » dans le sens d'un réexamen général.

⁴¹ Cf. à ce sujet l'étude de MEIER ISAAK/ZWEIFEL PETER/ZABOROWSKI CHRISTOPH/JENT-SOERENSEN INGRID, *Lohnpfändung - Optimales Existenzminimum und Neuanfang ?*, Zurich 1999. Cf. également UNCITRAL-Guide, Recommendations nos 194-196.

⁴² L'imprescriptibilité de fait des actes de défaut de biens est également critiquée par le test PME déjà évoqué (note 10).

⁴³ La moitié environ de tous les cas de faillite sont la conséquence de déclarations d'insolvabilité (art. 191 LP) faites avant tout par des particuliers.