

Dr. Daniel Hunkeler

Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014

In der Sommersession 2013 haben die Eidgenössischen Räte überraschend schnell das revidierte SchKG verabschiedet. Vermutetes Inkrafttreten dürfte der 1. Januar 2014 sein. Die Vorlage bringt beachtliche Neuerungen im Sanierungsrecht und insbesondere auch bei den obligationenrechtlichen Bestimmungen zum Arbeitsrecht.

Rechtsgebiet(e): SchKG; Beiträge

Zitiervorschlag: Daniel Hunkeler, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, in: Jusletter 8. Juli 2013

[Rz 1] Nach dem Zusammenbruch des Swissair-Konzerns im Oktober 2001 setzte das Bundesamt für Justiz eine **Expertengruppe**¹ zur Überprüfung der **Revisionsbedürftigkeit des Sanierungsrechts** ein. Diese gelangte zum Schluss, dass dem geltenden Recht kein Mitverschulden am «Grounding» der «Swissair» zukomme, doch schlug sie in ihrem Bericht vom April 2005² immerhin eine Optimierung des Sanierungsrechts durch partielle Gesetzesänderung (Teilrevision) vor. Der **Bundesrat** folgte in seiner Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010³ weitgehend dem vorangegangenen Vorentwurf⁴ und dem dazugehörigen Begleitbericht⁵ der Expertengruppe vom Juni/Dezember 2008 und nahm aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens noch einige Änderungen vor.⁶

[Rz 2] In der Folge schien die Vorlage im **Parlament** zu scheitern: Die SVP sah keine Notwendigkeit für eine Gesetzesrevision, und der SP war die Vorlage ein Dorn im Auge, weil die Regelung betreffend Schutz der Arbeitnehmer bei Betriebsübernahmen (Art. 333 OR) aufgeweicht werden sollte. Der Nationalrat als Erstrat beschloss – den Empfehlungen seiner Kommission folgend – am 29. September 2011 Nicht-eintreten auf die Vorlage. Demgegenüber trat der Ständerat und ihm folgend später schliesslich auch der Nationalrat ein, doch blieb lange Zeit ungewiss, ob die Vorlage mehrheitsfähig sei. Für viele überraschend, wurden die Gesetzgebungsarbeiten in den letzten Monaten intensiv vorangetrieben und die Differenzen schlussendlich bereinigt. Anlässlich der

Schlussabstimmung vom 21. Juni 2013⁷ wurde das neue Recht⁸ verabschiedet.

[Rz 3] Nachfolgend soll ein **Überblick über die wichtigsten Neuerungen** gemäss der Referendumsvorlage⁹ gegeben werden:

[Rz 4] Die Expertengruppe und der Bundesrat schlugen noch vor, den **Konkursaufschub** (als reines Moratorium) gemäss Art. 725a OR formell abzuschaffen und in seinem wesentlichen Regelungsgehalt in das neue Nachlassvertragsrecht gemäss Art. 293 ff. rev. SchKG zu integrieren. Die parlamentarischen Beratungen führten jedoch dazu, dass an der geltenden Regelung des Konkursaufschubs festgehalten wird, freilich ohne dass dabei die aus dem Konkursaufschub ins neue Nachlassvertragsrecht übernommenen Elemente aufgehoben wurden (was, nebenbei gesagt, teilweise zu redaktionellen Fehlern im Gesetzestext gemäss Referendumsvorlage führte¹⁰). Als Folge davon stehen notleidenden Unternehmungen heute sowohl der Konkursaufschub wie auch das neue Nachlassverfahren als sich funktionell teilweise überschneidende Sanierungsinstrumente zur Verfügung, was die Handlungsoptionen im Sanierungsprozess und die fachlichen Anforderungen in der Sanierungsberatung erhöht.

[Rz 5] Ein gerichtliches Nachlassverfahren beginnt gemäss neuem Recht immer mit der Bewilligung einer **provisorischen Nachlassstundung** (Art. 293a–293d rev. SchKG i.V.m. Art. 294 rev. SchKG). Eine solche (vom Gesetz mehrheitlich provisorische «Stundung» genannt) soll ein Schuldner einfacher und rascher als bisher bewilligt erhalten, angenähert an die Regelung des sogenannten «automatic stay» des US-amerikanischen «Chapter 11», wonach (noch weitergehend) bereits die Antragstellung durch einen Schuldner automatisch den Gläubigerschutz auslöst.¹¹ Während einer

¹ Schuldbetreibung und Konkurs – Mitglieder der Expertengruppe; abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG/expertengruppe.html> (zuletzt besucht am 5. Juli 2013).

² Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? – Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren vom April 2005; abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/ber-sanierungsrecht-d.pdf> (zuletzt besucht am 5. Juli 2013).

³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010 (BBl 2010 6455); abrufbar unter: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2010/6455.pdf> (zuletzt besucht am 5. Juli 2013).

⁴ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008; abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/entw-expertengruppe-d.pdf> (zuletzt besucht am 5. Juli 2013).

⁵ Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Begleitbericht zum Vorentwurf vom Dezember 2008; abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/vn-ber-d.pdf> (zuletzt besucht am 5. Juli 2013).

⁶ Vgl. ausführlich zum Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten und zu den wesentlichen dazugehörigen Dokumenten die Webseite des Bundesamts für Justiz: <http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/SchKG.html> (zuletzt besucht am 5. Juli 2013) sowie die Webseite des Parlaments unter nachfolgender Fn.

⁷ Vgl. ausführlich zur Chronologie und den dazugehörigen Unterlagen die Webseite des Parlaments: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100077 (zuletzt besucht am 5. Juli 2013).

⁸ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) Änderung vom 21. Juni 2013 (BBl 2013 4747); abrufbar unter: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/4747.pdf> (zuletzt besucht am 5. Juli 2013).

⁹ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) Änderung vom 21. Juni 2013 (BBl 2013 4747); abrufbar unter: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/4747.pdf> (zuletzt besucht am 5. Juli 2013).

¹⁰ Die von Expertengruppe und Bundesrat vorgeschlagene Aufhebung des Konkursaufschubs hat dazu geführt, dass an verschiedenen Stellen im Entwurf des Gesetzestextes entsprechende Anpassungen vorgenommen wurden. Mit der vom Parlament in der Folge beschlossenen Beibehaltung von Art. 725a OR wurden diese Anpassungen dann allerdings nicht oder nur teilweise wieder rückgängig gemacht, so dass der **Gesetzestext** (gemäss Referendumsvorlage) diesbezüglich zurzeit **mangelhaft** ist. Dies gilt insbesondere für den Art. 219 Abs. 5 Ziff. 2 rev. SchKG, Art. 288a Ziff. 2 rev. SchKG, Art. 331 Abs. 2 rev. SchKG sowie Art. 679 Abs. 2 rev. OR. Es handelt sich bei ihnen eindeutig um ein **Versehen des Gesetzgebers** und nicht um gewollte materielle Änderungen.

¹¹ Vgl. dazu dem Grundsatz nach bereits HUNKELER Daniel, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands, Diss. Freiburg 1996, 2. unv.

provisorischen Stundung von maximal vier Monaten soll die Sanierungsfähigkeit näher abgeklärt werden, damit der Nachlassrichter hernach über die Bewilligung der definitiven Nachlassstundung entscheiden kann. Insbesondere muss eine Nachlassstundung, ob provisorisch oder definitiv, nicht mehr zwingend in einem Nachlassvertrag oder, falls die Sanierung misslingt, in einem Konkurs enden, sondern sie kann richterlich wieder aufgehoben werden, wenn während der Stundung die Sanierung ohne Nachlassvertrag gelingt (z.B. durch einvernehmliche Einigung mit den Hauptgläubigern oder durch den Zuschuss neuer Mittel).

[Rz 6] Die Nachlassstundung kann daher wie der Konkursaufschub neu auch als reines Moratorium dienen. Analog der Regelung im Konkursaufschub (vgl. Art. 725a Abs. 2 OR) muss während der provisorischen Stundung auch nicht mehr zwingend ein Sachwalter eingesetzt werden (vgl. Art. 293b i.V.m. Art. 293c Abs. 2 lit. d rev. SchKG), und es kann in begründeten Fällen auf eine öffentliche Bekanntmachung verzichtet werden (Art. 293c Abs. 2 rev. SchKG), was bei der definitiven Stundung nach wie vor ausgeschlossen bleibt (vgl. Art. 295 und 296 rev. SchKG).

[Rz 7] Ansprüche aus **Dauerschuldverhältnissen** können gemäss einem neuen Art. 211a SchKG ab Konkurseröffnung als Konkursforderungen höchstens bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin oder bis zum Ende der festen Vertragsdauer geltend gemacht werden. Der Gläubiger muss sich allfällige Vorteile, die er für diese Dauer erlangt hat, anrechnen lassen (Abs. 1). Soweit die Konkursmasse die Leistungen aus dem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat, gelten die entsprechenden Gegenforderungen, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, als Masseverbindlichkeiten (Abs. 2). Während der Nachlassstundung kann gemäss Art. 297a rev. SchKG der Schuldner ein Dauerschuldverhältnis mit Zustimmung des Sachwalters unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen, sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde. Die Entschädigung der Gegenpartei gilt vorbehältlich besonderer Bestimmungen über die Auflösung von Arbeitsverträgen als Nachlassforderung. Soweit der Schuldner während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters Leistungen aus einem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat, sind die daraus entstandenen Verbindlichkeiten in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder in einem nachfolgenden Konkurs Masseverbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 rev. SchKG).

[Rz 8] An den zulässigen **Arten** und am grundsätzlichen **Inhalt eines Nachlassvertrages** (ordentlicher Nachlassvertrag und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) ändert sich nichts. Allerdings müssen in einem ordentlichen Nachlassvertrag (Stundungs- oder Dividendenvergleich) neu auch die Anteilsinhaber einen angemessenen Sanierungsbeitrag

leisten, damit der Nachlassvertrag richterlich bestätigt werden kann (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 rev. SchKG). Neu zugelassen wird vom Gesetz sodann der in der Praxis bisher umstrittene und demzufolge selten anzutreffende sogenannte Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung, mit welchem den Gläubigern keine Nachlassdividenden in Geld, sondern in der Form von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten am Nachlassschuldner oder an einer Auffanggesellschaft ausgerichtet werden (Art. 314 Abs. 1^{bis} rev. SchKG sowie Art. 318 Abs. 1^{bis} rev. SchKG). Diese zusätzliche Möglichkeit erhöht die Gestaltungsmöglichkeiten im Sanierungsprozess und ist ein Grund dafür, dass keine gesetzliche Sicherstellungspflicht der Nachlassdividenden mehr besteht (vgl. Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 rev. SchKG).

[Rz 9] Das sanierungsfeindliche, erst kürzlich (per 1. Januar 2010)¹² eingeführte **Konkursprivileg** für Forderungen der **Mehrwertsteuer** in der zweiten Klasse (gemäss Art. 219 Abs. 4 lit. e SchKG) wird wieder aufgehoben.

[Rz 10] Auch im Recht der **paulianischen Anfechtung** gibt es Neuerungen: Ausdrücklich klargestellt wird zunächst, dass Rechtshandlungen nicht anfechtbar sind, die während einer Nachlassstundung vom Nachlassrichter (oder von einem vom Nachlassrichter ausnahmsweise bereits während der Nachlassstundung eingesetzten Gläubigerausschuss: Art. 295a rev. SchKG) genehmigt worden sind (Art. 285 Abs. 3 rev. SchKG). Bei der Schenkungs- und Absichtspauliana erfolgt sodann bei Rechtsgeschäften zu Gunsten einer nahestehenden Person eine Umkehr der Beweislast: Im Anfechtungsprozess trägt die nahestehende Person des Schuldners (als Begünstigte) neuerdings die Beweislast dafür, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt (Schenkungs-pauliana; Art. 286 Abs. 3 rev. SchKG) bzw. dass sie die Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht erkennen konnte (Absichtspauliana, Art. 288 Abs. 2 rev. SchKG). Dabei gelten ausdrücklich auch Gesellschaften eines Konzerns als nahestehende Personen. Rechtsgeschäfte zwischen nahestehenden Personen (beispielsweise auch zwischen Hauptaktionär bzw. Verwaltungsratsmitgliedern und einer Aktiengesellschaft) während der sogenannten «période suspecte» unterliegen neu somit erhöhter Sorgfaltspflicht und erfordern insbesondere eine gehörige Dokumentation. Schliesslich wurde die Frist zur Geltendmachung des Anfechtungsrechts in Art. 292 rev. SchKG neu als (unterbrechbare) Verjährungsfrist statt wie bisher als (nicht unterbrechbare) Verwirkungsfrist ausgestaltet, und es wurde in Art. 292 Abs. 1 Ziff. 3 rev. SchKG klargestellt, dass das Anfechtungsrecht in der Nachlassliquidation nach Ablauf von zwei Jahren seit Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung verjährt.

[Rz 11] Die arbeitsrechtliche Neuregelung eines

Aufl. 1999, S. 94 f.

¹² Einführung durch das Mehrwertsteuergesetz vom 12. Juni 2009, in Kraft seit 1. Januar 2010 (AS 2009 5203; BBl 2008 6885).

Betriebsübergangs bei Insolvenz gemäss Art. 333b rev.

OR (im Anhang zur Revisionsvorlage des SchKG) lautet wie folgt: «Wird der Betrieb oder der Betriebsteil während einer Nachlassstundung im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung übertragen, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, wenn dies mit dem Erwerber so vereinbart wurde und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Im Übrigen gelten die Art. 333, ausgenommen dessen Abs. 3, und Art. 333a sinngemäss». Ein automatischer Betriebsübergang des Arbeitsverhältnisses mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber für den Fall, dass der Arbeitnehmer einverstanden ist, gibt es also nicht mehr. Vielmehr kann ein Betriebsübernehmer bei einer Betriebsübernahme im Rahmen eines Konkurses oder eines gerichtlichen Sanierungsverfahren inskünftig selber entscheiden, welche Arbeitsverhältnisse er übernehmen will (sogenanntes «cherry picking»), womit Sanierungen durch Betriebsübernahmen zweifellos vereinfacht werden. Ebenso entfällt nach dem Gesagten in solchen Fällen die bisherige zwingende Solidarhaftung des Erwerbers mit dem Veräusserer für alle im Zusammenhang mit dem übernommenen Betrieb oder Betriebsteil bestehenden offenen Arbeitnehmerforderungen gemäss geltendem Art. 333 Abs. 3 OR. Der neu geschaffene Art. 335e Abs. 2 OR stellt schliesslich klar, dass die Bestimmungen über die Massenentlassung gemäss Art. 335d ff. OR bei Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheide sowie bei Massenentlassungen im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht gelten.

[Rz 12] Neu und einmalig für das schweizerische Recht wurden – als Gegengewicht zur Neuregelung des Art. 333 OR und im Sinne eines politischen Kompromisses – mit den Art. 335h ff. rev. OR Bestimmungen über den **Sozialplan** geschaffen. Ein «Sozialplan» ist gemäss Art. 335h rev. OR «eine Vereinbarung, in welcher der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer die Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden», ohne dass der Fortbestand des Betriebes dadurch gefährdet wird. Wenn ein Arbeitgeber üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt und zudem beabsichtigt, innert 30 Tagen (oder bei zeitlich verteilten Kündigungen, die auf dem gleichen betrieblichen Entschcheid beruhen, auch innert einer längeren Frist) mindestens 30 Arbeitnehmern aus Gründen zu kündigen, die in keinem Zusammenhang mit ihrer Person stehen, muss er mit den Arbeitnehmern Verhandlungen aufnehmen, mit dem Ziel, einen Sozialplan aufzustellen (Art. 335i rev. OR). Der Arbeitgeber verhandelt dabei mit den am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmerverbänden, wenn er Partei dieses Gesamtarbeitsvertrages ist, mit der Arbeitnehmervertretung oder direkt mit den Arbeitnehmern, wenn es keine Arbeitnehmervertretung gibt (Art. 335i Abs. 3 rev. OR).

[Rz 13] Die grosse Besonderheit liegt darin, dass nicht nur eine Verhandlungspflicht der betroffenen Arbeitgeber

besteht, sondern effektiv eine **Einigung** (Sozialplan) erzielt werden muss. Können sich die Parteien nicht auf einen Sozialplan einigen, so muss gemäss Art. 335j rev. OR ein **Schiedsgericht** bestellt werden, das den Sozialplan durch verbindlichen Schiedsspruch aufstellt. Da detailliertere Ausführungen zum Minimalinhalt eines Sanierungsplans fehlen, ist schwierig abzuschätzen, welche Konzessionen zu Gunsten der betroffenen Arbeitnehmer schlussendlich im Einzelfall zu machen sind. Klargestellt wird vom Gesetz immerhin, dass es bei Massenentlassungen während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens keine Sozialplanpflicht gibt, es sei denn, es gelingt die Sanierung während der Nachlassstundung ohne den Abschluss eines Nachlassvertrags (Art. 335k rev. OR; vgl. dazu Rz. 5 hiervor).

[Rz 14] Die Veröffentlichung der Referendumsvorlage ist soeben erfolgt.¹³ Sofern die am 10. Oktober 2013 ablaufende **Referendumsfrist** unbenutzt verstreicht (was nach heutigem Kenntnisstand eher zu erwarten ist), setzt der Bundesrat das Inkrafttreten fest, vermutlich wohl bereits per 1. Januar 2014.

[Rz 15] Gemäss der einzigen **Übergangsbestimmung** ist das bisherige Recht noch auf das Nachlassverfahren anwendbar, wenn ein Gesuch um Nachlassstundung vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingereicht wurde. Weitere übergangsrechtliche Vorschriften fehlen. Fragen zum Übergangsrecht werden daher wohl noch einiges Kopfzerbrechen bereiten, so etwa im Recht der paulianischen Anfechtung.

Dr. iur. Daniel Hunkeler, LL.M., Partner bei BAUR HÜRLI-MANN AG, Zürich und Baden (www.bhlaw.ch); Mitglied der Expertengruppe zum neuen Sanierungsrecht (vgl. dazu Rz 1); Leiter der Fachgruppe SchKG des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV).

* * *

¹³ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Änderung vom 21. Juni 2013 (BBl 2013 4747); abrufbar unter: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2013/4747.pdf> (zuletzt besucht am 5. Juli 2013).