

Dominik Gasser\*, Daniel Hunkeler\*\*, Roger König\*\*\* und Tamara Pietsch-Kojan\*\*\*\*

## Entwicklung des Insolvenz- und Sanierungsrechts in den Jahren 2009 und 2010 (Teil I)

**Stichworte:** Bankenkonzurs- und Bankensanierung, Bucheffektengesetz, Einlegerschutz, Insolvenzrecht, Lugano-Übereinkommen, Mehrwertsteuergesetz, Nachlassrecht, Paulianische Anfechtung, Sanierungsrecht, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Too Big to Fail

Dieser Artikel basiert auf einem Vortrag, der im Rahmen des Schweizerischen Anwaltskongresses vom 23.–25. Juni 2011 in Luzern gehalten wurde, und auf dem im dazugehörigen elektronischen Tagungsband publizierten Manuskript. Im ersten Teil behandelt er die in Kraft getretenen Gesetzesrevisionen seit 2009 sowie die laufenden Gesetzesrevisionen – im zweiten Teil (in der Anwaltsrevue 10/2011) orientiert er über die aktuelle Rechtsprechung und gibt eine Übersicht über erschienene Literatur.

### I. In Kraft getretene Gesetzesrevisionen seit 2009

#### 1. Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – Auswirkungen auf das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG)

##### a) Vorbemerkung

Die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) – in Kraft seit dem 1. Januar 2011 – hat bedeutsame Auswirkungen auf das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG).<sup>1</sup> Die wesentlichen dieser Auswirkungen werden hier im Überblick dargestellt; angesprochen sind folgende Punkte:

- neue definitive Rechtsöffnungstitel (insb. die vollstreckbare öffentliche Urkunde; Art. 347 ff. ZPO)
- erleichterte interkantonale Fortsetzung der Betreuung
- Fristendruck bei gewissen SchKG-Klagen (Art. 198 ZPO)
- frühere Fortsetzung der Betreuung nach erteilter Rechtsöffnung

\* Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern ([www.bratschi-law.ch](http://www.bratschi-law.ch)).

\*\* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ([www.bhlaw.ch](http://www.bhlaw.ch)), Leiter der Fachgruppe Schuldbetreibungs- und Konkursrecht des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV).

\*\*\* MLaw, Rechtsanwalt und Betriebsökonom FH bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden ([www.bhlaw.ch](http://www.bhlaw.ch)).

\*\*\*\* MLaw, Rechtsanwältin, Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern ([www.bratschi-law.ch](http://www.bratschi-law.ch)).

1 Für einen Überblick s. insb. WALTHER: Die neue Schweizer ZPO und das SchKG – Zehn praxisrelevante Neuerungen, SZPZ 2008, S. 417 ff.; RÜETSCHI, njus.ch Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2009, Bern 2010 (zit. Entwicklungen 2009) sowie RÜETSCHI, njus.ch Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Entwicklungen 2010, Bern 2011 (zit. Entwicklungen 2010).

- Möglichkeit der Anerkennungsklage auch im Summarverfahren (Rechtsschutz in klaren Fällen; Art. 257 ZPO)
- besserer Rechtsschutz für kleinere Forderungen

Die (erheblichen) Auswirkungen auf das Arrestrecht werden separat dargestellt (hinten 2.), denn sie gehen auf das revidierte Lugano-Übereinkommen zurück.<sup>2</sup>

##### b) Neue definitive Rechtsöffnungstitel

###### aa) Vollstreckbare öffentliche Urkunde (Art. 347 ff. ZPO)

Die vollstreckbare öffentliche Urkunde unter neuer ZPO (Art. 347 ff. ZPO) ist kein autoritativer Titel, sondern im Grunde blosser Schuldanererkennung, denn die verurkundete Forderung ist nicht gerichtlich beurteilt. Dennoch stellt sie nach Gesetz einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar (Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1<sup>bis</sup> SchKG). Das verwundert umso mehr, als der Schuldner im Rechtsöffnungsverfahren mit allen (materiellen) Einreden zugelassen ist (Art. 81 Abs. 2 SchKG).

Doch ist die Position des Schuldners im Vergleich zur gewöhnlichen Schuldanererkennung erschwert: Für seine materiellen Einreden ist das Beweismass erhöht («sofortige Beweisbarkeit» statt bloss «sofortiges Glaubhaftmachen»), und bei Erteilung der definitiven Rechtsöffnung läuft die Betreuung weiter: dem Schuldner steht nicht die Aberkennungsklage zur Verfügung, sondern nur die Klage nach Art. 85a SchKG.

Von daher mag die vollstreckbare öffentliche Urkunde ein dogmatischer Sündenfall sein – die praktischen Vorteile für den Gläubiger liegen indessen auf der Hand. Es wird sich zeigen, auf welchen Märkten sich dieses neue Institut durchsetzen wird. Um seinen Vertragspartner zu einer sog. «Unterwerfungserklärung» (Art. 347 lit. a ZPO) bewegen zu können, bedarf es entsprechender Verhandlungs- und Marktmacht.

Nicht zu übersehen ist, dass die Urkunde – weil ein definitiver Rechtsöffnungstitel – zugleich ein Arrestticket darstellt (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG). Aufgrund ihrer Aufklärungspflicht ist die Urkundsperson daher gehalten, den Schuldner auch auf diese unliebsame Konsequenz hinzuweisen.

2 Dazu MEIER-DIETERLE, Arrestpraxis ab 1. Januar 2011, AJP/PJA 2010, S. 1211 ff.; STAEHELIN, Neues Arrestrecht ab 2011, Jusletter vom 11. Oktober 2010, S. 2; SCHWANDER, Arrestrechtliche Neuerungen im Zuge der Umsetzung des revidierten Lugano-Übereinkommens, ZBJV 9/2010, S. 641 ff.

### bb) Urteilsvorschlag (Art. 210 f. ZPO)

Sofern ein Urteilsvorschlag nicht abgelehnt wird, ist er ein vollstreckbarer Titel mit voller Rechtskraftwirkung. Er berechtigt zu definitiver Rechtsöffnung und Arrest (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG; zum Urteilsvorschlag vgl. auch hinten f)).

### cc) Verfügungsverfügungen

Verfügungen aller Stufen (Bund, Kanton, Gemeinde) waren schon unter bisherigem Recht definitive Rechtsöffnungstitel. Neu hingegen ist, dass sie in der ganzen Schweiz unter den gleichen Bedingungen vollstreckt werden können. Im interkantonalen Verhältnis stehen dem Schuldner die bisherigen Konkordats-Einreden nicht mehr zur Verfügung.

Dies ist als Fortschritt gewiss zu begrüssen. Die Neuerung gilt nicht nur für Verfügungen der Zentralverwaltung, sondern auch für die externen Träger öffentlicher Aufgaben (die sog. mittelbare Verwaltung) wie z.B. die Krankenkassen und die Billag.

Auch die Verfügungsverfügungen sind neu eigenständige Arresttickets (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG).

### dd) Erleichterte interkantonale Fortsetzung einer Betreuung

Bisher konnte der Schuldner gegenüber ausserkantonalen Titeln im Fortsetzungsstadium besondere Einreden erheben (sog. «Minirechtsöffnung» nach Art. 79 Abs. 2 SchKG). Diese Zusatzrunde entfällt unter dem neuen Recht.

### c) Besonderer Fristendruck bei gewissen Klagen aus dem SchKG

Grundsätzlich beginnt der zivilprozessuale Rechtsweg mit einem Schlichtungsgesuch (Art. 197 ZPO). Dieses begründet Rechtshängigkeit und wirkt fristwährend (Art. 64 Abs. 2 ZPO). Doch gibt es Ausnahmen, wo direkt Klage einzureichen ist. Das ist insbesondere der Fall bei den meisten Klagen, die im Rahmen einer Betreuung oder eines Konkurses auftreten (Art. 198 lit. e ZPO): In diesen Fällen (z.B. Aberkennungs-, Widerspruchs-, Kollokations- und Aussonderungsklage) ist binnen der nicht erstreckbaren (Art. 144 Abs. 1 ZPO) kurzen gesetzlichen Klagefrist Klage einzureichen.

Dies kann für die Anwaltschaft zur sportlichen Herausforderung werden: Was ist zu tun, wenn z.B. der Schuldner am letzten Tag der kurzen Klagefrist in der Kanzlei auftaucht und uns mit der Interessenwahrung mandatieren möchte? Wie kann innert Tagesfrist bspw. eine sorgfältige Aberkennungsklage ausgearbeitet und eingereicht werden? Also das Mandat gar nicht erst annehmen, um die Haftpflichtversicherung nicht zu strapazieren? Nein. Die auf den ersten Blick fast schon prohibitiv strenge ZPO hält uns andere Auswege bereit:

Der erste ist der einfachste: Wenn der Streitwert CHF 30 000 nicht übersteigt, genügt eine vereinfachte Klage (Art. 243 Abs. 1, 244 Abs. 2 ZPO). Eine solche ist im Handumdrehen erstellt, genügt es doch, das Rechtsbegehren zu formulieren, den Streitgegenstand stichwortartig zu umschreiben und die «verfügbaren» Urkunden zusammenzubinden. Anders ist es, wenn der Streitwert CHF 30 000 übersteigt. Dann ist – weil es zum ordentlichen Ver-

fahren kommt – eine substantiierte Klageschrift einzureichen (Art. 221 ZPO). Das ist innert weniger Tage natürlich kaum möglich. Doch fürchtet euch nicht: Die ZPO gibt jeder Partei Gelegenheit, sich im Prozess mindestens zweimal unbeschränkt zu äussern – sei das mündlich im Rahmen einer Instruktionsverhandlung (Art. 226 ZPO), sei das im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels (Art. 225 ZPO) oder sei es – allerletzte Gelegenheit – im ersten Parteivortrag an der Hauptverhandlung (Art. 229 Abs. 2 ZPO).<sup>3</sup> Es ist also nichts verloren, wenn nicht bereits die Klageschrift das Hinterste und Letzte vorbringt – Gelegenheit zur Ergänzung wird kommen. Die Gerichte werden diese zweite Behauptungsrunde grundsätzlich wohl schriftlich (zweiter Schriftenwechsel) abhalten, damit das Gerichtsprotokoll geschont und der Prozess in geordnete Bahnen gelenkt werden kann.

Hinter vorgehaltener Hand wird noch eine andere Möglichkeit zur Fristwahrung herum geboten: der sog. «Trick 63»: Wer für seine Eingabe das falsche Verfahren wählt, erhält zur Läuterung eine 1-monatige Notfrist (Art. 63 ZPO), um sich über den richtigen Weg Klarheit zu verschaffen. Was also läge näher, als trotz des Ausschlusses (Art. 198 ZPO) für eine Aberkennungs- oder Aussonderungsklage ein Schlichtungsgesuch zu stellen, dieses dann zu gegebener Zeit zurückzuziehen und die inzwischen vorbereitete Klage richtigerweise beim zuständigen Gericht einzureichen? Dieser Weg ist nicht ungefährlich – der Vorwurf «Handeln wider besseres Wissen» und «gegen Treu und Glauben» (Art. 52 ZPO) liegt in der Luft. Daher würde sich als Mittellösung – wenn überhaupt – wohl empfehlen, das «illegale» Schlichtungsgesuch durch die Klientschaft selber einreichen zu lassen (Laieneingabe) – denn welcher Laie kennt schon die Tücken von Art. 198 ZPO?

Trost mögen wir aus dem Umstand schöpfen, dass nicht alle «SchKG-Klagen» dem Regime von Art. 198 ZPO unterliegen. So beginnt der Anerkennungs- und Arrestprosequierungsprozess ganz gemächlich durch Schlichtungsgesuch beim Friedensrichter.

### d) Frühere Fortsetzung der Betreuung nach der Rechtsöffnung

Gegen die Erteilung der definitiven und provisorischen Rechtsöffnung stellt die ZPO als Rechtsmittel lediglich die Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) zur Verfügung (Art. 309 lit. b Ziff. 3 ZPO). Das bedeutet, dass der Rechtsöffnungsentscheid sofort rechtskräftig und vollstreckbar ist (Art. 325 Abs. 1 ZPO), es sei denn, der Beschwerde werde ausnahmsweise aufschiebende Wirkung erteilt.

Der Gläubiger kann somit bereits am Tag der Entscheideröffnung das Fortsetzungsbegehren stellen (bei definitiver Rechtsöffnung) bzw. die provisorische Pfändung oder das Güterverzeichnis verlangen (bei provisorischer Rechtsöffnung). Somit kann der Schuldner augenblicklich unter Druck gesetzt werden. Vor allem die Pfändungsschuldner werden dies zu spüren bekommen.

<sup>3</sup> Vgl. dazu GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkommentar, Zürich/St.Gallen 2010, Art. 198 N 6, 229 N 8.

Für den Schuldner erhöht sich der Druck auch insofern, als schon am Folgetag der provisorischen Rechtsöffnung die Frist zur Aberkennungsklage zu laufen beginnt (Art. 83 Abs. 2 SchKG). Kontrovers ist, ob die Klagefrist dann wieder stillsteht, sobald der Schuldner gegen den Rechtsöffnungsentscheid Beschwerde erhoben und um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht hat. Eigentlich wäre das vernünftig,<sup>4</sup> doch bleibt abzuwarten, was uns die Gerichtspraxis bringt. Für den Moment jedoch ist für eine sorgfältige Schuldnervertretung unbedingt davon auszugehen, dass die Aberkennungsklagefrist sofort zu laufen beginnt und unbeirrt weiterläuft.

#### e) Anerkennungsklage im Summarverfahren

Mit Art. 257 ZPO stellt uns das Prozessrecht ein Summarverfahren zur Verfügung, um in klaren Fällen zu einem vollwertigen Sachentscheid zu kommen. Ist ein Betreibungsgläubiger entsprechend dokumentiert (z.B. klare Dokumentenlage bezüglich eines Darlehens), so kann er nach dem Rechtsvorschlag des Schuldners – statt nur ein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung zu stellen – um Rechtsschutz in klaren Fällen ersuchen. Sein Rechtsbegehren ist dasselbe wie bei einer Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG): 1. Verurteilung zur Zahlung einer bestimmten Summe, 2. Beseitigung des Rechtsvorschlages. Dringt er damit durch, so hat er ein vollwertiges Leistungsurteil (mit *res iudicata*), das den Rechtsvorschlag definitiv beseitigt (Rechtsmittel vorbehalten).

Wenn der Schuldner in diesem Summarverfahren Einwendungen erhebt, so dass die Rechtslage nicht mehr klar und der Sachverhalt bestritten ist, dann wird das Rechtsschutz-Gesuch des Gläubigers nicht etwa abgewiesen (mit Rechtskraftwirkung), sondern es wird darauf einfach nicht eingetreten (Art. 257 Abs. 3 ZPO). Dem Gläubiger ist alsdann unbenommen, für seine Anerkennungsklage den einlässlichen Prozessweg einzuschlagen (je nach Streitwert das vereinfachte oder ordentliche Verfahren). Umstritten ist das Beweismass für die schuldnerischen Einreden, um das Rechtsschutz-Gesuch des Gläubigers zu Fall zu bringen: Sie dürfen nicht einfach haltlos sein – soweit besteht Einigkeit. Die Autoren gehen einen Schritt weiter: Der Schuldner muss seine Einreden glaubhaft machen.<sup>5</sup>

Der Rechtsschutz in klaren Fällen ist also der sprichwörtliche «kurze Prozess» – mit der Besonderheit, dass der Gläubiger in der Sache grundsätzlich nicht verlieren kann. Nur wenn der Schuldner seine Einwendungen im Summarverfahren voll zu beweisen vermag (z.B. durch Quittung des Gläubigers bzgl. Rückzahlung des Darlehens), darf das Gesuch in der Sache abgewiesen werden.

#### f) Verbesserter Rechtsschutz für kleine Forderungen

Welcher Gewerbe- und Dienstleistungsbetrieb und welche Privatperson hat nicht schon Leistungen erbracht, deren Gegenwert weniger als CHF 5 000 beträgt? Und wer hat nicht schon einmal seine Betreuung nach dem Rechtsvorschlag des Schuldners auf-

geben müssen, weil sich der Prozessweg nicht lohnte? Gerade im Bereich der kleinen Forderungen ist die Frustrationsrate in der Gläubigerschaft hoch. Die allermeisten Leistungen werden aufgrund mündlicher Verträge erbracht, so dass nach erfolgtem Rechtsvorschlag nur noch der Prozessweg offensteht (Anerkennungsklage). Und der Gang vor Gericht lohnt sich in der Regel eben nicht, weil der Aufwand zum möglichen Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis steht.

Hier nun bringt die ZPO interessante Möglichkeiten, die sich natürlich erst werden bewähren müssen. Die Schlichtungsbehörden (insb. also die Friedensrichterinnen und -richter) haben die Kompetenz, Fälle bis und mit Streitwert CHF 2 000 zu entscheiden (Art. 212 ZPO) und in Fällen bis und mit CHF 5 000 einen sog. Urteilsvorschlag zu erlassen (Art. 210 f. ZPO). Die Schlichtungsbehörden haben neu also auch richterliche Kompetenzen – und ihre «Gerichtsgebühr» ist vergleichsweise bescheiden.

Bei den Friedensrichterinnen und -richtern jedoch hält sich die Begeisterung darüber in Grenzen. Das ist verständlich, denn der «Juge de Paix» war bisher vor allem Schlichter. Richterliche Tätigkeit ist etwas völlig Anderes und Ungewohntes: Es sind bestimmte Regeln zu beachten und es besteht immer die Gefahr, einen Fehler zu begehen und anschliessend von der Rechtsmittelinstanz gemassregelt zu werden.

Beim Urteilsvorschlag besteht diese Gefahr freilich nicht: Der Urteilsvorschlag kann nicht angefochten, sondern nur abgelehnt werden (Art. 211 Abs. 1 ZPO). Die Rechtsmittelinstanz bekommt ihn somit nicht zu Gesicht. Bei Ablehnung wird nachträglich einfach die Klagebewilligung erteilt – die Parteien haben keinen Nachteil und können ihren Streit alsdann vor Gericht austragen. Die Friedensrichter seien daher ermutigt, dieses Instrument wirklich rege zu nutzen.

Anders mag es beim Entscheid sein (Art. 212 ZPO), denn dieser unterliegt der Beschwerde an die Rechtsmittelinstanz (Art. 319 ff. ZPO). Doch sollte auch von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden. Zu denken ist namentlich an den Fall, wo der Schuldner einer Vorladung der Schlichtungsbehörde keine Folge leistet – mit der dilatorischen Überlegung, dass dann dem Gläubiger die Klagebewilligung zu erteilen ist und er dann weitere gerichtliche Schritte unternehmen muss (was er aber wahrscheinlich nicht tun wird, weil es sich eben nicht lohnt). Gerade in solchen Fällen sollte der Friedensrichter bei gegebenem Streitwert die Streitigkeit entscheiden oder zumindest einen Urteilsvorschlag erlassen, vorausgesetzt natürlich, der Gläubiger vermag seinen Anspruch ordentlich zu substantiieren und zu belegen (z.B. durch Rechnung, Lieferschein, Arbeitsrapport usw.). Urteilsvorschlag und Entscheid sind auch in Abwesenheit des Schuldners ohne weiteres zulässig (Art. 147 Abs. 2, 206 Abs. 2 ZPO). Die friedensrichterlichen Vorladungen drohen diese Säumnisfolge denn auch ausdrücklich an. Der «kleine Gläubiger» kann so für eine niedrige Gebühr vollen Rechtsschutz erhalten – wenn denn die Friedensrichterinnen und -richter diese neuen Instrumente auch wirklich anwenden.

4 Vgl. GASSER/RICKLI, a.a.O., Art. 325 N 3.

5 Vgl. GASSER/RICKLI, a.a.O., Art. 257 N 7.

## 2. Das revidierte Lugano-Übereinkommen (LugÜ<sup>6</sup>) – Auswirkungen auf das SchKG

### a) Vorbemerkung

Am 1. Januar 2011 trat das revidierte Lugano-Übereinkommen (LugÜ)<sup>7</sup> über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 für die Schweiz in Kraft.<sup>8</sup> In den Grundzügen entspricht es dem bisherigen Recht (aLugÜ). Doch enthält es auch eine Reihe inhaltlicher Neuerungen und Änderungen<sup>9</sup>, welche vor allem in das Arrestrecht (Art. 271 ff. SchKG) eingreifen. Dabei gilt es zu beachten: Die LugÜ-bedingten Neuerungen des SchKG gelten *mutatis mutandis* jeweils auch für den «Binnengläubiger» (Gläubiger mit einem schweizerischen Titel). Die Novelle ist tiefgreifend: Sie betrifft die Arrestgründe, die Arrestzuständigkeit, den Arrestvollzug und die Prosequierung.

### b) Die Neuerungen

#### aa) Neuer Arrestgrund (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG)

Das revidierte LugÜ gewährt mit dem erstinstanzlichen Exequatur *einen unbedingten* Anspruch auf ein Sicherungsmittel – eine besondere Gläubigergefährdung ist nicht verlangt (Art. 47 Abs. 2 LugÜ).

Weil somit jeder Lugano-Gläubiger einen unbedingten Sicherungsanspruch hat, muss Gleiches auch für den «Binnengläubiger» gelten. Daher wurde ein neuer Arrestgrund geschaffen (Art. 271 lit. 1 Ziff. 6 SchKG): Jeder definitive Rechtsöffnungstitel (also nicht nur ein Lugano-Titel) ist zugleich ein Arrestticket.

Für das schweizerische Recht ist dieser neue Arrestgrund ein eigentlicher Paradigmawechsel: Bisher setzte «Sicherheit» eine entsprechende Gefährdung des Gläubigers voraus – nach der lapidaren Erkenntnis: Wo keine Gefahr besteht, braucht es keine Sicherheit (Arrest). Ab dem 1. Januar 2011 gilt diese Logik nicht mehr. Diese Lugano-bedingte SchKG-Novelle wird in der Praxis Konsequenzen haben – auch überraschende. So ist neu auch jeder gerichtliche Vergleich – weil ein definitiver Rechtsöffnungstitel – zugleich ein selbständiges Arrestticket. Damit unliebsame Arreste ausgeschlossen werden können, werden in Vergleichen künftig Zahlungsfristen und -pläne aufzunehmen sein, um die Fälligkeiten zu steuern.

#### bb) Neue Arrestzuständigkeit und neuer Arrestvollzug

LugÜ-bedingt ist auch die folgende Neuerung im Arrestrecht: In der Geldvollstreckung ist der Arrest das klassische Sicherungsmittel. Dies gilt neu nun einheitlich auch im Bereich des LugÜ. Der schweizerische Gesetzgeber hat sich also gegen die provisorische Pfändung und das Güterverzeichnis entschieden (Art. 271 Abs. 3 SchKG). Damit hat die uneinheitliche Praxis zum LugÜ-Sicherungsmittel ein Ende.

Zuständig für den Arrest war bisher exklusiv und zwingend das Gericht am Arrestort (aArt. 272 SchKG). Für das Exequatur verweist das LugÜ im Anhang II indessen auf die *sachliche* Zuständigkeit des «Vollstreckungsgerichts».<sup>10</sup> Dieses ist auch zuständig für die Sicherungsmassnahmen nach Art. 47 LugÜ, also für den Arrest. Die Zuständigkeit des «Vollstreckungsgerichts» geht weiter als die bisherige des Arrestrichters (Art. 339 ZPO). Daher war das Arrestforum entsprechend zu erweitern, einerseits um dem LugÜ nachzuleben, andererseits um neue Selbstdiskriminierungen zu vermeiden: Neu ist für den Arrest sowohl das Gericht am Ort des Arrestobjekts (wie bisher) als auch das Gericht am Betreuungsort (in der Regel Domizil des Schuldners) zuständig (Art. 272 Abs. 1 SchKG). Diese beiden Zuständigkeiten gelten alternativ. Insbesondere setzt das Forum am Betreuungsort nicht voraus, dass sich dort auch wirklich Vermögensgegenstände des Arrestschuldners befinden.<sup>11</sup>

Doch nicht nur die Arrestzuständigkeit wird ausgedehnt. Auch der Arrestvollzug wird erweitert. Beide Zuständigkeiten ermöglichen nämlich neu einen zentralen schweizweiten Arrest. Dies aus der Überlegung, dass es dem Lugano-Gläubiger nicht zumutbar sei, unter Umständen mehrere gleichzeitige Arrestverfahren durchzuführen. Das gilt auch für den «Binnengläubiger». Daher kann eines von möglicherweise mehreren Arrestgerichten Arrestbefehle an Betreibungsämter in der ganzen Schweiz erteilen, soweit in deren Kreisen Arrestgut angepeilt wird. Wenn das Arrestgut verstreut ist, bedarf es somit nicht mehr mehrerer Arrestgesuche. So ist bspw. denkbar, dass ein bernischer Arrestrichter (Betreuungsort) Arrest über Vermögenswerte in Zürich, Basel und Genf legt – die nicht-bernischen Arrestgerichte müssen nicht mehr bemüht werden. Aber auch jeder Arrestrichter am Lageort eines Arrestobjekts kann diesen schweizweiten Arrest verfügen. Wenn also mehrere Arrestgerichte zuständig sind (jene an den Lageorten von Arrestgut sowie neu jenes am gewöhnlichen Betreuungsort), so wird sich der Gläubiger das Gericht mit der arrestfreundlichsten Praxis aussuchen können («Arrestshopping»). Nur ein Arrest über Vermögenswerte im Ausland kann natürlich wie bisher nicht ausgesprochen werden.

Nach wie vor hat der Gläubiger das Arrestobjekt und dessen Lageort glaubhaft zu machen. In Bezug auf den Lugano-Gläubiger ist das zwar kontrovers – doch muss die Spezifizierungslast auch für ihn gelten, sollen die «Binnengläubiger» diesbezüglich nicht diskriminiert werden.

6 Die Gesetzesartikel werden in der Fassung, die ab 1. Januar 2011 in Kraft sind, benannt, weshalb bei der Zitierung auf die Bezeichnung «revLugÜ» verzichtet wird.

7 SR 0.275.12.

8 23. September 2009, AB 2009 S 960; 26. November 2009, AB N 2009 1958 ff.

9 Für einen Überblick über die Entwicklungsgeschichte sowie zu den Neuerungen des revLugÜ vgl. Botschaft des Schweizerischen Bundesrates vom 19. Februar 2009 zum revidierten Lugano-Übereinkommen, BBl 2009, 1777 ff.; s. sodann die Hinweise in der vorangegangenen Fussnote; s. ausserdem BOLLER, Der neue Arrestgrund von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 revSchKG, AJP/PJA 2010, S. 187 ff.; RODRIGUEZ, Sicherung und Vollstreckung nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, AJP/PJA 2009, S. 1550 ff.

10 BBl 2009 1821.

11 BBl 2009 1811.

Für den Lugano-Gläubiger besteht neu noch eine weitere Erleichterung: Er hat die Möglichkeit, das Exequatur mit dem Arrestentscheid zu verknüpfen (Art. 271 Abs. 3 SchKG). Für den Lugano-Gläubiger wird der Arrestrichter somit gleichzeitig zur Exequaturbehörde. Im Rahmen der Arrestprosekution kann der Schuldner das Exequatur nicht mehr in Frage stellen (Art. 81 Abs. 3 SchKG): Dies ist zugleich das Ende des viel kritisierten «doppelten Exequaturs».

Der Lugano-Gläubiger wird die Geldvollstreckung daher mit Vorteil mit einem Arrestgesuch – verbunden mit dem Begehren um Erteilung des Exequaturs – beginnen (Art. 271 Abs. 3 SchKG). Damit kann der «Überraschungseffekt», den das LugÜ mit aller Kraft hochhält, voll realisiert werden.

#### cc) Beginn der Prosequierungsfrist (Art. 279 SchKG)

Der erste Schritt der Arrestprosekution muss erst getan werden, wenn der Arrest rechtskräftig gelegt ist. Das gilt gleichermaßen für den Lugano- wie auch für den Binnengläubiger (Art. 279 Abs. 5 Ziff. 1 und 2 SchKG). Aus systematischen Gründen wurde diese Regel von Art. 278 Abs. 5 SchKG in den neuen Art. 279 Abs. 5 SchKG überführt.<sup>12</sup> Die Frist beträgt wie bisher 10 Tage. Dem Gläubiger bleibt es selbstverständlich freigestellt, die Prosektionsbetreibung schon früher einzuleiten und so den ersten Schritt gleichsam auf Vorrat zu unternehmen.

#### dd) Ausnahmsweise: Prosequierungsfrist 20 Tage (Art. 279 Abs. 3 SchKG)

Der neue Abs. 3 von Art. 279 SchKG lautet wie folgt: «Hat der Schuldner *keinen Rechtsvorschlag* erhoben, so muss der Gläubiger innert 20 Tagen, nachdem ihm das Gläubigerdoppel des Zahlungsbefehls zugestellt worden ist, das Fortsetzungsbegehren stellen. Wird der *Rechtsvorschlag nachträglich beseitigt*, so beginnt die Frist mit der rechtskräftigen Beseitigung des Rechtsvorschlags.»

Neu geregelt werden hier also zwei Tatbestände:

- Fall 1: Der Schuldner erhebt in der Prosektionsbetreibung *keinen Rechtsvorschlag*. Dann ist das Fortsetzungsbegehren künftig erst 20 Tage nach Zustellung des Gläubigerdoppels des Zahlungsbefehls (Art. 76 SchKG) zu stellen. Das ist insbesondere für Gläubiger mit Domizil im Ausland von Bedeutung,<sup>13</sup> gilt jedoch auch für die «Binnengläubiger».
- Fall 2: *Beseitigung des Rechtsvorschlages*. Auch in diesem Fall ist das Fortsetzungsbegehren erst binnen 20 Tagen ab Rechtskraft des Rechtsöffnungsentscheides zu stellen. Zu beachten ist hier, dass diese Frist bei Erteilung der Rechtsöffnung im Summarverfahren (Art. 80 ff. SchKG) bereits am Folgetag der Eröffnung zu laufen beginnt, denn diese Entscheide sind – weil nur der Beschwerde unterliegend (Art. 309 lit. b Ziff. 3, Art. 319 ff. ZPO) – sofort rechtskräftig. Gleiches gilt für Urteile im Anerkennungsprozess, die den geforderten Mindeststreitwert von CHF 10 000 für die Berufung nicht erreichen (Art. 305 Abs. 2 ZPO).

<sup>12</sup> BBI 2009 1823.

<sup>13</sup> BBI 2009 1824.

Diese längere Frist für das Fortsetzungsbegehren ist zu begrüssen. Doch aufgepasst: Für die übrigen Prosektionssschritte bleibt es bei der kurzen 10-Tage-Frist!

#### c) Ergebnis

Die Neuerungen des Arrestrechts steigern die Attraktivität des Arrests ganz beträchtlich. Das mag mit Genugtuung zur Kenntnis genommen werden. Hingegen ist der damit verbundene Paradigmenwechsel mit Blick auf die Interessenlage des Schuldners – Arrest auch ohne Gefährdung des Vollstreckungsanspruchs des Gläubigers – keineswegs unbedenklich. Es fragt sich, ob der Gesetzgeber sich dieser Radikalität der Novelle überhaupt bewusst gewesen war. Zudem wird der «schweizweite» Arrest in der Praxis nicht ohne Koordinationsprobleme vollzogen werden können.

### 3. Das neue Mehrwertsteuergesetz

Per 1. Januar 2010 trat das neue Mehrwertsteuergesetz (MWSTG) in Kraft,<sup>14</sup> das im Vergleich mit dem bisherigen Gesetz etliche Änderungen und Neuerungen erfährt.<sup>15</sup> Deren wichtigste finden sich in der Informationsbroschüre Nr. 01.01 der Eidgenössischen Steuerverwaltung.<sup>16</sup>

Steuerpflichtig sind nach Art. 10 Abs. 1 MWSTG grundsätzlich alle *Personen, die ein Unternehmen betreiben*. Eine wichtige Ausnahme bildet die Umsatzgrenze gemäss dessen Abs. 2, der Unternehmen von der Steuerpflicht befreit, die im Inland innerhalb eines Jahres weniger als CHF 100 000.– Umsatz aus steuerbaren Leistungen erzielen (lit. a). Für nicht gewinnstrebige, ehrenamtlich geführte Sport- oder Kulturvereine oder gemeinnützige Institutionen im Inland beträgt die massgebliche Grenze CHF 150 000.–; erreichen sie diese, unterliegen auch sie der Steuerpflicht (lit. c).

Eine Neuregelung erfuhren die Bestimmungen über den Einzug der Mehrwertsteuer (Art. 86–92 MWSTG). Die Forderungen aus Mehrwertsteuer werden gemäss Art. 89 Abs. 1 MWSTG mit Hilfe des Zwangsvollstreckungsverfahrens durchgesetzt (insbesondere: Betreibung auf Pfändung; vgl. Art. 43 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Neu hält Art. 89 Abs. 6 MWSTG ausdrücklich fest, dass die im Rahmen von Zwangsvollstreckungsverfahren anfallenden Steuern *Verwertungskosten* i.S.v. Art. 262 Abs. 1 SchKG darstellen.<sup>17</sup> Fast unbemerkt führte der Gesetzgeber zudem eine *Privilegierung von Steuerforderungen* nach dem neuen MSWTG in der 2. Klasse gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG ein, was vehement kritisiert wurde.<sup>18</sup> Zurzeit laufen Bestrebungen, diese sachfremde Privilegierung wieder aufzuheben.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (SR 641.20).

<sup>15</sup> Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./A./1.

<sup>16</sup> Abrufbar unter <http://www.estv.admin.ch/mwst/dokumentation/00130/00947/00948/index.html?lang=de>; Info-Nummer 605.510.01 – Übersicht über die wichtigsten Änderungen des neuen Mehrwertsteuergesetzes (PDF).

<sup>17</sup> RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./A./1.a).

<sup>18</sup> Vgl. (statt vieler) HUNKELER/ROTHENBÜHLER, Insolvenzzrechtliche Irrwege im Bereich der Mehrwertsteuer, Jusletter vom 29. November 2010, Rz 1; HUNKELER, Konkursrechtliche Privilegierung der Mehrwertsteuer, Jusletter vom 26. Oktober 2009.

<sup>19</sup> Vgl. hinten II./1./7. Abs. (punktuelle Anpassungen).

Auch wenn es anfänglich nicht danach aussah, wurden die Leistungen privater Unternehmungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren (Sachwalter, Liquidator usw.) von der Eidgenössischen Steuerverwaltung gemäss der «MWST-Branchen-Info 26, Betriebs- und Konkursämter, Januar 2010»<sup>20</sup> von der Mehrwertsteuerpflicht ausgenommen. Eigentlich hätte erwartet werden dürfen, dass diese Ausnahme auch für Bankenkursverfahren gilt, in welchen die Konkursliquidation durch von der FINMA eingesetzte Bankenkursliquidatoren besorgt wird. Die FINMA setzte sich gegenüber der Eidgenössischen Steuerverwaltung denn auch in diesem Sinne ein.<sup>21</sup> Vor einigen Monaten hat die FINMA jedoch den von ihnen eingesetzten Bankenkursliquidatoren mitgeteilt, dass sie ihre ab dem 1. Januar 2010 erbrachten Leistungen doch als mehrwertsteuerpflichtig abrechnen sollen. Ganz offensichtlich konnte sich die Eidgenössische Steuerverwaltung somit im Bereich des Bankenkurses doch noch eine Pfründe sichern.

#### 4. Das neue Bucheffektengesetz

Das am 1. Oktober 2009 in Kraft getretene Bucheffektengesetz (BEG)<sup>22</sup> regelt die Verwahrung von Wertpapieren durch Banken und andere Finanzintermediäre (sogenannte «mediatisierte Wertpapierverwahrung»)<sup>23</sup>. Was das Gesetz unter Bucheffekten versteht, definiert es in Art. 3 Abs. 1 BEG: Bucheffekten (...) sind vertretbare Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber dem Emittenten, die einem Effektenkonto gutgeschrieben sind und über welche die Kontoinhaberinnen und Kontoinhaber [nachfolgend Kontoinhaberinnen] nach den Vorschriften dieses Gesetzes verfügen können.

Besondere Erwähnung in Bezug auf das SchKG verdienen folgende Bestimmungen: einmal Art. 14 BEG, wonach eine Pfändung, eine Arrestlegung oder eine andere vorsorgliche Massnahme gegen eine Kontoinhaberin, die Bucheffekten zum Gegenstand hat, ausschliesslich bei der Verwahrungsstelle zu vollziehen ist.<sup>24</sup> Werden solche Massnahmen demgegenüber bei einer Drittverwahrungsstelle (zum Begriff vgl. Art. 5 lit. a BEG) vollzogen, sind sie nichtig. Weiter legt der 2. Abschnitt mit seinen Art. 17–20 BEG die Rechte der Kontoinhaberinnen in der Liquidation einer Verwahrungsstelle fest. Danach besteht ein weitgehendes «Absonderungsrecht» der Kontoinhaberinnen, das der Liquidator von Amtes wegen beachten muss. Schliesslich lässt das BEG die Bestellung von Sicherheiten an Bucheffekten zu (vgl. Art. 24 ff. BEG) und räumt dem Sicherungsnehmer eine weitgehende Verwertungsbefugnis ein (vgl. Art. 31 BEG). Diese bleibt nach Art. 31 Abs. 2 BEG auch in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen die Sicherungsgeberin sowie bei Anordnung von Sanierungs- oder Schutzmassnahmen jeglicher Art bestehen.

20 HUNKELER/ROTHENBÜHLER, a.a.O., Rz 2 ff.

21 HUNKELER/ROTHENBÜHLER, a.a.O., Rz 8 f.

22 Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 über Bucheffekten (SR 957.1).

23 Vgl. BBl 2006 9316.

24 Vgl. VON DER CRONE/BILEK, Aktienrechtliche Querbezüge zum geplanten Bucheffektengesetz (BEG), SZWRSDA 2/2008, S. 199.

Schliesslich ergänzte der Gesetzgeber auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des BEG den Art. 287 SchKG mit einem neuen Abs. 3. Danach ist die (Überschuldungs-)Pauliana ausgeschlossen, wenn zum Voraus die *Aufstockung einer Sicherheit* bei Änderungen im Wert der Sicherheit oder im Betrag der gesicherten Verbindlichkeit oder der Ersatz einer Sicherheit durch eine andere Sicherheit mit gleichem Wert vereinbart wird – auch wenn die Aufstockung beziehungsweise der Ersatz innerhalb der Verdachtsperiode erfolgt.<sup>25</sup>

## II. Laufende Gesetzesrevisionen

### 1. Die Revision des Sanierungsrechts (Nachlassverfahren)

Bereits früher hatten wir über die laufenden Arbeiten zur Revision des Sanierungsrechts (Nachlassverfahren) berichtet, wobei damals die Botschaft des Bundesrats noch nicht vorlag.<sup>26</sup> Zwischenzeitlich wurde diese Botschaft verabschiedet.<sup>27</sup> Sie beinhaltet beachtliche gesetzliche Neuerungen, mit welchen *Unternehmungssanierungen erleichtert* werden sollen.<sup>28</sup> Hervorzuheben in diesem Zusammenhang sind etwa folgende Vorschläge:

Bereits unter dem geltenden Recht konnte die Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG) Sanierungszwecken dienen,<sup>29</sup> wobei sie in der Folge jeweils in einen Nachlassvertrag oder in einen Konkurs mündete. Diese Konzeption will der Bundesrat ergänzen, indem Nachlassstundungen inskünftig vermehrt zu *reinen Stundungszwecken* bewilligt werden sollen. Hierfür unterscheidet der Entwurf SchKG (nachfolgend E-SchKG)<sup>30</sup> zwischen der provisorischen (Art. 293 lit. a–d E-SchKG) und der definitiven Nachlassstundung (Art. 294 ff. E-SchKG).

Erwähnenswert ist insbesondere die *provisorische Nachlassstundung*,<sup>31</sup> die keinen Nachweis eines speziellen Insolvenzgrundes verlangt. Mit ihr soll erreicht werden, dass sanierungsbedürftige Schuldner mit der Einleitung eines Nachlassverfahrens nicht bis zum letzten Moment zuwarten, sondern möglichst früh beim Nachlassgericht eine Stundungsbewilligung beantragen.<sup>32</sup> Im Rahmen der provisorischen Nachlassstundung besteht – im Gegensatz zur definitiven (vgl. Art. 296 SchKG) – die Möglichkeit, in begründeten Fällen auf eine öffentliche Bekanntmachung zu verzichten (Art. 293c Abs. 2 E-SchKG). Begründet wird diese *stille Sanierungsmöglichkeit* in zweierlei Hinsicht: Erstens soll das Vertrauen des Publikums in das betroffene Unternehmen nicht beeinträchtigt

25 Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./A./2./b)/ff).

26 HUNKELER, Entwicklung des Schuldbetriebs- und Konkursrechts in den Jahren 2007 und 2008, in: Fellmann/Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2009, Bern 2009, S. 1356–1358.

27 Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetriebung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455–6506.

28 HUNKELER, Umfassende Revision des Sanierungsrechts lanciert, Jusletter vom 13. September 2010.

29 STÖCKLI, Der Verkauf von Betriebsteilen während der Nachlassstundung, Anwaltsrevue 2/2010, S. 68.

30 Vgl. BBl 2010 6507–6518.

31 BBl 2010 6479–6483 Ziff. 2.7.

32 BBl 2010 6479 Ziff. 2.7.

werden, und zweitens darf die provisorische Nachlassstundung von Gesetzes wegen nur für maximal vier Monate bewilligt werden (bisher: zwei Monate; vgl. Art. 293a Abs. 2 E-SchKG gegenüber Art. 293 Abs. 2 SchKG).<sup>33</sup> Den Entscheid über die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung (und über die Anordnung damit zusammenhängender Massnahmen) trifft das Nachlassgericht ohne Anhörung der Gläubiger im summarischen Verfahren (Art. 293a Abs. 1 E-SchKG i.V.m. Art. 251 lit. a ZPO).

Die *definitive Nachlassstundung* entspricht der bisherigen Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG, wobei der Bundesrat einzelne Anpassungen und Ergänzungen vorschlägt.<sup>34</sup> Besondere Beachtung verdient die neue Bestimmung des Art. 296a Abs. 1 E-SchKG. Danach hebt das Nachlassgericht die Stundung von Amtes wegen auf, wenn die Sanierung vor Ablauf der Stundung gelingt.<sup>35</sup>

Im Falle einer Überschuldung muss der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft den Konkursrichter benachrichtigen (Bilanzdeponierung, vgl. Art. 725 Abs. 2 OR). Dieser eröffnet in der Folge entweder den Konkurs oder bewilligt einen Konkursaufschub, verbunden mit dazugehörigen Sicherungsmassnahmen (vgl. Art. 725a OR). Analoge Bestimmungen bestehen für die Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 2 OR), für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 820 OR) und für die Genossenschaft (Art. 903 OR). Diese obligationenrechtlichen Bestimmungen über den *Konkursaufschub* sollen *aufgehoben* und in das *SchKG integriert* werden.<sup>36</sup> Dabei übernimmt das SchKG das bisherige System: Der Verwaltungsrat kann anlässlich der Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 OR beim Richter ein Gesuch um Bewilligung der Nachlassstundung stellen (Art. 293 lit. a E-SchKG). Wird kein solches Gesuch gestellt, verfährt das Konkursgericht nach Art. 173a SchKG: Bei fehlender Aussicht auf Sanierung eröffnet es den Konkurs, bei Aussichten auf einen Nachlassvertrag überweist es die Akten an das Nachlassgericht zur Entscheidfällung über die Bewilligung der Nachlassstundung. Die vorgesehene Integration der obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Konkursaufschub in das Nachlassverfahren des SchKG hat zur Folge, dass *inskünftig sämtliche Unternehmensformen* von dieser Sanierungsmöglichkeit profitieren können, und nicht mehr nur die genannten juristischen Personen.<sup>37</sup>

Weiter sollen die Mitwirkungsrechte der Gläubiger während der Nachlassstundung gestärkt werden. Hierzu ist vorgesehen, dass in begründeten Fällen bereits während der Nachlassstundung die Einsetzung eines *repräsentativen Gläubigerausschusses* erfolgen kann, der den Sachwalter beaufsichtigt. Die Einsetzung dieses Gremiums wird die Ausnahme bilden; sie erfolgt gemäss E-SchKG nur dann, wenn das Gericht in Ausübung seines (pflichtgemässen) Ermessens zum Schluss kommt, dass die Massnahme auf Grund der Komplexität der konkreten Verhältnisse verhältnismässig ist (Art. 295a E-SchKG).

Schliesslich sollen etwa folgende *punktuellen Anpassungen* des Sanierungsrechts erfolgen:

Die *Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags* sollen *erleichtert* werden, indem dessen Genehmigung nicht mehr davon abhängt, dass die Befriedigung von Gläubigern mit Drittklassforderungen sichergestellt ist (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 E-SchKG). Damit eine gewisse Gleichbehandlung mit den Gläubigern gewährleistet wird, müssen bei einem ordentlichen Nachlassvertrag auch die Anteilinhaber einen angemessenen eigenen *Sanierungsbeitrag* leisten (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 E-SchKG). Das SchKG soll neu eine Regelung über das *Schicksal von Dauerschuldverhältnissen* (beispielsweise Miet- oder Leasingverträge) in der Insolvenz enthalten. Dabei soll das massgebende Unterscheidungskriterium inskünftig sein, ob ein Liquidationsfall (Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) oder eine Nachlassstundung zum Zwecke der Sanierung mit anschliessender Weiterführung des Unternehmens vorliegt. Im ersteren Fall soll kein ausserordentliches Kündigungsrecht der Konkurs- oder Liquidationsmasse bestehen. Im zweiten Fall hingegen soll der Schuldner das Dauerschuldverhältnis mit Zustimmung des Sachwalters ausserordentlich auflösen können, wobei die Gegenpartei voll zu entschädigen ist (Art. 211a E-SchKG betreffend Konkurs und Art. 297a E-SchKG hinsichtlich Nachlassstundung). Sodann soll die *Pflicht zur Übernahme* aller bisherigen *Arbeitsverhältnisse entfallen*, wenn ein Betrieb im Rahmen eines Nachlassverfahrens übernommen wird (Art. 333 Abs. 1 OR). Ob und inwieweit mit dem Betrieb auch die Arbeitsverträge übernommen werden, soll vielmehr im Einzelfall entschieden bzw. zwischen den Beteiligten verhandelt werden. Als Ausgleich dazu will der Bundesrat eine allgemeine *Sozialplanpflicht* einführen für Betriebe mit mehr als 250 Mitarbeitenden, die mehr als 30 Mitarbeitende entlassen wollen (Art. 335h, 335i E-OR). Schliesslich soll das per 1. Januar 2010 eingeführte *Konkursprivileg zweiter Klasse für Forderungen aus Mehrwertsteuer* wieder *aufgehoben* werden (vgl. vorne I./4 sowie Art. 111 MWSTG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e SchKG i.V.m. Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. e E-SchKG). Dieses Privileg erschwert oder verunmöglicht regelmässig Sanierungen, die unter früherem Recht hätten durchgeführt werden können. Seine Streichung bildet u.E. wesentliche Grundlage dafür, dass das Ziel der vorliegenden SchKG-Teilrevision erreicht werden kann.<sup>38</sup>

Unsere telefonischen Abklärungen bei der zuständigen Stelle im Bundesamt für Justiz<sup>39</sup> haben bezüglich der (möglichen) *weiteren Entwicklung* zunächst Folgendes ergeben: Die vorbereitende Rechtskommission des Nationalrats hat im Februar 2011 Eintreten auf die Vorlage beschlossen, im März 2011 Anhörungen durchgeführt (Befragung von vier Experten) und anschliessend ohne Gegenstimme Eintreten auf die Vorlage beschlossen.

Am 23. Juni 2011 (und somit nach Fertigstellung dieses Manuskripts) hat die vorbereitende Rechtskommission des National-

33 BBl 2010 6481 Ziff. 2.7.

34 BBl 2010 6483–6486 Ziff. 2.8.

35 BBl 2010 6486.

36 Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./C./1./b).

37 BBl 2010 6461 Ziff. 1.4.1.

38 HUNKELER, Umfassende Revision des Sanierungsrechts lanciert, Jusletter 13. September 2010.

39 Telefonische Auskünfte von David Rüetschi am 12. April 2011 gegenüber Daniel Hunkeler.

rats aufgrund eines Rückkommensantrags indes überraschend eine Kehrtwende vollzogen: Sie hat das früher bereits beschlossene Eintreten wieder aufgehoben und beschlossen, ihrem Rat Nichteintreten auf die bundesrätliche Vorlage zu beantragen. Das letzte Wort dazu ist aber noch keinesfalls gesprochen; die Vorlage wird nun voraussichtlich im Herbst in den Nationalrat kommen, und zwar beschränkt auf die Frage des Eintretens.<sup>40</sup>

## 2. Verstärkung des Einlegerschutzes

Auf Grund der Unsicherheiten der Finanzmarktkrise verstärkte das Parlament per 20. Dezember 2008 den Einlegerschutz, jedoch nur im Rahmen von dringlichen Massnahmen und befristet bis zum 31. Dezember 2010.<sup>41</sup> Die Massnahmen beinhalteten insbesondere eine Erhöhung der Einlagenprivilegierung nach Art. 219 Abs. 4 SchKG von bisher CHF 30 000.– auf neu CHF 100 000.–, was das Parlament (einstimmig) bis längstens 31. Dezember 2012 verlängerte.<sup>42</sup>

Mit der Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010<sup>43</sup> beantragte der Bundesrat beim Parlament die unbefristete gesetzliche Verankerung des Einlegerschutzes bei CHF 100 000.–.<sup>44</sup> Das Parlament verabschiedete das entsprechende Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Sicherung der Einlagen, nachfolgend rev-BankG) am 18. März 2011. Die Referendumsfrist lief am 7. Juli 2011 unbeantwortet ab<sup>45</sup> und die Änderungen traten per 1. September 2011 in Kraft. Demgemäss werden nach Art. 37a Abs. 1 rev-BankG «Einlagen, die auf den Namen des Einlegers lauten, sowie Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind, [...] bis zum Höchstbetrag von 100 000 Franken je Gläubiger der zweiten Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG zugewiesen». Mit der definitiven Verstärkung des Einlegerschutzes erhofft sich der Bundesrat eine Stärkung des Finanzsystems Schweiz.<sup>46</sup> Davon erfasst werden auch Einlagen in Fremdwährungen, was in vielen anderen Ländern nicht der Fall ist. Die Auszahlung der privilegierten Einlagen durch das Finanzinstitut muss innert zwanzig Arbeitstagen (bisher drei Monate) erfolgen, gezahlt ab der Anordnung bestimmter Sanierungsmassnahmen oder des Konkurses<sup>47</sup> – ohne Verrechnungsmöglichkeit nach Art. 120 ff. OR. Den Umfang der Auszahlung bestimmt die FINMA, unter Berücksichti-

gung der finanziellen Situation und insbesondere der Liquiditätslage der Bank (Art. 37b i.V.m. Art. 33 ff. rev-BankG). Soweit wirtschaftlich zumutbar, wird die FINMA in der Regel die Auszahlung des vollen Betrags anordnen.<sup>48</sup> Hervorzuheben bleibt, dass Einlagen bei Unternehmen, die ohne Bewilligung der FINMA als Banken tätig sind, nicht in den Genuss einer Privilegierung kommen (Art. 37a Abs. 3 rev-BankG).

## 3. Bankenkonkurs- und Bankensanierung

### 3.1. «Too Big to Fail»-Problematik

Bekanntlich geriet die privatrechtlich organisierte UBS AG während der Finanzkrise in ernsthafte finanzielle Schwierigkeiten, weshalb der Bund Steuergelder einsetzen musste, um sie zu retten. Dies vor dem Hintergrund, dass die Schiefelage einer der beiden Schweizer Grossbanken das Funktionieren des gesamten Finanzsystems bedrohen und damit die Schweizer Volkswirtschaft gefährden kann. Der Staat war praktisch gezwungen, rettend einzugreifen, da die Bank «too big to fail» war (TBTF: «zu gross, um zu scheitern»). Daraus manifestierte sich, dass die Bank implizite über eine Staatsgarantie verfügte und ein zentraler Sanktionsmechanismus des Marktes ausgehebelt war.<sup>49</sup> Nach dem Willen des Bundesrates soll es künftig keine Banken mehr geben, die zu gross sind, um vom Staat fallengelassen zu werden («too big to fail»<sup>50</sup>).<sup>51</sup> Hierfür schlägt er vier Kernmassnahmen vor:<sup>52</sup> Erstens eine Stärkung der Eigenmittelbasis (die Gesamtmittelanforderungen sollen sich auf insgesamt 19% belaufen – eine Verschärfung gegenüber Basel III<sup>53</sup>),<sup>54</sup> zweitens strengere Liquiditätsanforderungen,<sup>55</sup> drittens eine bessere Risikodiversifikation, die Verflechtungen innerhalb des Bankensektors verringert<sup>56</sup>, und viertens organisatorische Massnahmen, die auch eine Weiterführung von systemrelevanten Funktionen (beispielsweise Zahlungsverkehr) bei drohender Insolvenz gewährleisten. Die Vernehmlassungsfrist lief am 23. März 2011 ab und wurde von verschiedenen Seiten – sowohl Kantonen als auch Parteien und Verbänden – genutzt. Gespannt darf nun auf die Botschaft des Bundesrates (inkl. Gesetzesentwurf) und auf die weitere Entwicklung gewartet werden.

40 Vgl. dazu einlässlicher und zu Recht negativ über die Kehrtwende der vorbereitenden Rechtskommission: LORANDI, Vorgeschlagene Änderungen zum Sanierungsrecht, BLSchK 2011, S. 95 ff., 107 f.

41 Vgl. Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) (Verstärkung des Einlegerschutzes) vom 19. Dezember 2008, publiziert in der amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) 2009, S. 55 f.

42 Beschluss des Ständerates vom 17. Dezember 2010, AB 2010 S 1357; Beschluss des Nationalrates vom selben Datum, AB 2010 N 2186; vgl. AS 2010 6405.

43 BBl 2010 3993–4036.

44 Vgl. RÜETSCHI, Entwicklungen 2010, a.a.O., II./C./4.

45 BBl 2011 2743–2754; vgl. [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20100049](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100049).

46 Vgl. Stärkung des Finanzsystems Schweiz – Verstärkung des Einlegerschutzes, Eidgenössisches Finanzdepartement EFD (<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00607/01294/index.html?lang=de>).

47 BBl 2010 4022 und Art. 37h Abs. 3 Bst. a.

48 HUNKELER, Bankensanierung – insbesondere unter internationalen Aspekten, SZW/RSDA 6/2010, S. 484.

49 Änderung des Bankengesetzes (too big to fail, TBTF): Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 22. Dezember 2010, S. 2, Kernmassnahmen (nachfolgend Bericht vom 22. Dezember 2010; abrufbar unter [http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pcl/documents/1947/d\\_Bericht.pdf](http://www.admin.ch/ch/dl/gg/pcl/documents/1947/d_Bericht.pdf)).

50 Vgl. dazu neuerdings etwa (und statt vieler) KUNZ, TBTF – Überlegungen zur «Too big to Fail»-Problematik, Jusletter vom 17. Mai 2010.

51 Vgl. <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/dossiers/too-big-to-fail/Seiten/too-big-in-kuerze.aspx>.

52 Bericht vom 22. Dezember 2010, a.a.O., S. 2.

53 Vgl. den Erläuterungsbericht FINMA-Rundschreiben «Eigenkapitalpuffer und Kapitalplanung bei Banken» vom 31. Januar 2011, S. 7 f; vgl. die Grafik von ABEGGLEN/WEBER/BONO/HUBER, Too big to fail and Basle III: Switzerland at the forefront, in: PLC Capital Markets Handbook 2011, S. 8/11.

54 Bericht vom 22. Dezember 2010, a.a.O., S. 28 f.

55 Bericht vom 22. Dezember 2010, a.a.O., S. 29–32.

56 Bericht vom 22. Dezember 2010, a.a.O., S. 32–35.



### 3.2. Sanierung von Banken<sup>57</sup>

Das BankG stellt für die Sanierung von Banken eigene Regeln auf (vgl. Art. 25 ff. BankG), die denjenigen des SchKG als «lex specialis» vorgehen. In der zuvor genannten Botschaft vom 12. Mai 2010<sup>58</sup> (vgl. Ziff. 2 hiervor) sieht der Bundesrat auch einige punktuelle Änderungen zum Bankensanierungsverfahren vor,<sup>59</sup> die das Parlament am 18. März 2011 mit dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Sicherung der Einlagen) verabschiedete (vgl. wiederum Ziff. 2 hiervor).<sup>60</sup>

Der für das Sanierungsverfahren bisher vorgesehene Ablauf mit verschiedenen Zwischenschritten wird durch eine *flexiblere Regelung* ersetzt, indem die FINMA die für die Durchführung des Sanierungsverfahrens im *Einzelfall* notwendigen Anordnungen und Verfügungen erlassen kann.<sup>61</sup> Insbesondere ist nicht auszuschliessen, dass in bestimmten Fällen mit der Eröffnung des Sanierungsverfahrens auch bereits ein Sanierungsplan vorliegt, der zu genehmigen ist. Auf einen solchen Fall würde das geltende Recht nicht passen. Auch der Sanierungsplan ist folglich nicht mehr zwingend durch den Sanierungsbeauftragten auszuarbeiten, sondern nur noch dann, wenn dies im konkreten Fall notwendig und sinnvoll erscheint.<sup>62</sup> Anders als das geltende Recht sieht die Gesetzesnovelle weiter ausdrücklich die Möglichkeit vor, einzelne Bankdienstleistungen weiterzuführen und auf an-

dere Institute oder auf eine Übergangsbank («bridge bank») zu übertragen. Dadurch können Bankdienstleistungen (beispielsweise der Zahlungsverkehr von Geschäftskunden) neu auch bei einem allfälligen späteren Konkurs der Bank frühzeitig besser sichergestellt werden.<sup>63</sup> Der Gesetzesentwurf hält im Sinne einer Verankerung des aktiven Universalitätsprinzips überdies ausdrücklich fest, dass die Anordnungen der FINMA sämtliches Vermögen der Bank mit Aktiven und Passiven sowie die Vertragsverhältnisse umfassen, ungeachtet dessen, ob sie sich im In- oder im Ausland befinden.<sup>64</sup> Im Bereich der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Insolvenzmassnahmen sieht Art. 37g rev-BankG schliesslich begrüßenswerte Neuerungen vor.<sup>65</sup>

### 3.3. Neue Bankenkonzursverordnung

Die FINMA setzte im Jahr 2010 eine Arbeitsgruppe<sup>66</sup> ein, die den Entwurf einer (bisher nicht vorhandenen) Bankenkonzursverordnung erarbeiten soll. Die Arbeiten sollen insbesondere auch mit den laufenden Bestrebungen im Rahmen der «Too Big to Fail»-Problematik und der soeben erwähnten Gesetzesnovelle zur Sanierung von Banken abgestimmt werden. Die Arbeitsgruppe arbeitet intensiv am Entwurf dieser Verordnung, damit sie gegebenenfalls zeitnah in Kraft gesetzt werden kann. ■

57 Der nachfolgende Text stammt im Wesentlichen aus HUNKELER, Bankensanierung, a.a.O., S. 484 f. (5. Anstehende Neuerungen); vgl. zum Thema aber auch etwa ZULAUF, Schweizer Bankensanierungsrecht – geeignet für systemrelevante Banken? – Ein Vergleich mit den Vorschlägen in Deutschland, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht (Deutschland) 64 (2010), S. 1525 ff.

58 BBl 2010 3993–4036.

59 BBl 2010 4007 Ziff. 1.5.2.1.

60 BBl 2011 2743–2754.

61 Vgl. Art. 28 rev-BankG.

62 Vgl. BBl 2010 4007.

63 Vgl. dazu BBl 2010 4008 sowie Art. 30 rev-BankG.

64 Vgl. Art. 25 Abs. 4 rev-BankG.

65 HUNKELER, Bankensanierung, a.a.O., S. 484 f. (5. Anstehende Neuerungen) und S. 488 f.

66 Die Arbeitsgruppe setzt sich wie folgt zusammen: Dr. Urs Zulauf (FINMA, Bern; Vorsitz), Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone (Universität Zürich), Prof. Dr. Felix Dasser (Rechtsanwalt, Zürich), Bruno Dorner (Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF), Dr. Daniel Hunkeler (Rechtsanwalt, Zürich und Baden), Dr. Hans Kuhn (Schweizerische Nationalbank, Zürich), Dr. Daniel Roth (Eidg. Finanzdepartement, Bern), Dr. Reto Schiltknecht (FINMA, Bern), PD Dr. Christoph Winzeler (Schweizerische Bankiervereinigung, Basel), Brigitte Umbach-Spahn und Karl Wüthrich (Rechtsanwälte, Küssnacht).