

Daniel Hunkeler

Gesetzgeberische Fehler im neuen Sanierungsrecht

Im neuen Sanierungsrecht gemäss SchKG (Teilrevision des SchKG vom 21. Juni 2013; in Kraft seit 1. Januar 2014) gibt es verschiedene Unzulänglichkeiten. Die meisten von ihnen sind darauf zurückzuführen, dass das Parlament im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten abweichend von der bundesrätlichen Botschaft beschlossen hatte, den Konkursaufschub gem. Art. 725a OR als eigenständiges Institut nebst dem gerichtlichen Nachlassverfahren im OR beizubehalten, ohne die dafür notwendigen Anpassungen von Bestimmungen des SchKG vorzunehmen. Zu fordern ist eine Korrektur durch die Praxis und bei nächster Gelegenheit durch den Gesetzgeber.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Handelsrecht; SchKG; OR besonderer Teil

Zitiervorschlag: Daniel Hunkeler, Gesetzgeberische Fehler im neuen Sanierungsrecht, in: Jusletter 2. Juni 2014

[Rz 1] Bei den Gesetzgebungsarbeiten zum neuen Sanierungsrecht nach SchKG («**neues Sanierungsrecht**»)¹ war im Vorentwurf der Expertengruppe² und in der Botschaft des Bundesrats³ noch vorgesehen, den Konkursaufschub gem. Art. 725a OR aufzuheben und dessen wesentlichen Regelungsgehalt in das neue Sanierungsrecht zu integrieren.⁴

[Rz 2] Im Laufe der parlamentarischen Beratungen wurde jedoch entschieden, den Konkursaufschub unverändert im OR beizubehalten. Dabei wurden einerseits die in den Gesetzesentwurf zum neuen Sanierungsrecht integrierten wesentlichen Elemente des Konkursaufschubs beibehalten. Andererseits wurden auch die von der Expertengruppe bzw. vom Bundesrat vorgängig in den jeweiligen Entwürfen zum revidierten SchKG vorgenommenen Anpassungen (Streichungen) von gesetzlichen Bestimmungen des SchKG mit Bezug zum Konkursaufschub nicht wieder rückgängig gemacht, sondern grundsätzlich unverändert in der Gesetzesvorlage zum neuen Sanierungsrecht belassen.⁵

[Rz 3] Einerseits bestehen mit dem Konkursaufschub gem. OR und mit dem Nachlassverfahren gem. SchKG daher zwei eigenständige, sich funktional in wesentlichen Punkten überschneidende Sanierungsverfahren. Das Nachlassverfahren kann dabei weitgehend alle Funktionen eines Konkursaufschubs erfüllen. Umgekehrt vermag der Konkursaufschub dem Nachlassverfahren funktional auch nicht annähernd das Wasser zu reichen.⁶ In vielen Fällen wird das neue Nachlassverfahren den Konkursaufschub daher inskünftig wohl ablösen bzw. braucht es den Konkursaufschub gem. OR nicht mehr.⁷

[Rz 4] Andererseits sind heute verschiedene Bestimmungen des neuen Sanierungsrechts **offensichtlich mangelhaft**. Dabei handelt es sich jeweils um ein offensichtliches Versehen des Gesetzgebers, nachdem es das Parlament unbewusst versäumt hatte, die aufgrund der beschlossenen Beibehaltung des Konkursaufschubs erforderlichen Anpassungen im Gesetzestext des SchKG vorzunehmen. Aus den parlamentarischen Beratungen lassen sich keine Hinweise dafür finden, dass der Gesetzgeber bewusst legiferiert (bzw. eben gerade nicht legiferiert) hätte.⁸ Betroffen sind jedenfalls die **nachfolgenden Bestimmungen**⁹, bezüglich welchen u.E. eine Korrektur durch die

¹ Bundesgesetz vom 21. Juni 2013, in Kraft seit 1. Januar 2014; AS 2013 4111.

² Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008; <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/ber-expertengruppe-d.pdf>.

³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010; BBl 2010 6455, inkl., dazugehörigem Gesetzesentwurf; BBl 2010 6507.

⁴ Vgl. etwa BBl 2010 6456, 6460 f., 6502, 6521 sowie ausführlicher HUNKELER, Kurzkomentar SchKG (zit.: KUKO SchKG), 2. Aufl., Basel 2014 [soeben erschienen], Vor Art. 293–336 N 22, 51 ff., m.w.H.; LORANDI, Sanierung mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung – Alte und neue Handlungsoptionen, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V (Hrsg.: SPRECHER/UMBACH-SPAHN/VOCK), Zürich 2014, 29 f.

⁵ Vgl. ausführlicher: HUNKELER, zit. in Fn. 4, Vor Art. 293–336 N 51 ff., m.w.H.; LORANDI, zit. in Fn. 4, a.a.O.

⁶ Insb. sind unter neuem Sanierungsrecht gem. SchKG ebenfalls eine Sanierung ohne Nachlassvertrag («Moratorium»; vgl. Art. 296aSchKG), eine stille Sanierung (ohne öffentliche Bekanntmachung der provisorischen Nachlassstundung; vgl. Art. 293cAbs. 2 SchKG) und eine Sanierung ohne einen Sachwalter (vgl. Art. 293bAbs. 2 SchKG) möglich. Ausführlicher dazu sowie zu Abgrenzungsfragen zwischen Nachlassverfahren und Konkursaufschub: HUNKELER, zit. in Fn. 4, Vor Art. 293–336 N 23, m.w.H., Art. 293 N 31 ff.; LORANDI, zit. in Fn. 4, 32 ff.

⁷ HUBER, in: KUKO SchKG, zit. in Fn. 4, Art. 192 N 25; HUNKELER, zit. in Fn. 4, Art. 293 N 40 f., m.w.H.; LORANDI, zit. in Fn. 4, 50 f.; NAEGELI/SCHWALLER, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Licht des neuen Sanierungsrechts, in: Tagungsunterlagen einer Veranstaltung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen (IRP-HSG) zum neuen Sanierungsrecht vom 8. November 2013 in Zürich, III./C.

⁸ HUNKELER, zit. in Fn. 4, Vor Art. 293–336 N 52.; LORANDI, zit. in Fn. 4, 30 Fn. 4.

⁹ Vgl. dazu auch HUNKELER, zit. in Fn. 4, Vor Art. 293–336 N 52 ff., m.w.H.; vgl. ferner bereits HUNKELER, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, in: Jusletter 8. Juli 2013, Rz. 4 und Fn. 10.

Praxis und (zur Wahrung des Legalitätsprinzips) bei nächster Gelegenheit auch durch den Gesetzgeber zu fordern ist:

[Rz 5] **Art. 219 Abs. 5 Ziff. 2 SchKG**, welcher bei der Berechnung der für die privilegierten Forderungen der ersten und der zweiten Klasse relevanten Fristen die Dauer vorausgegangener Verfahren und Prozesse als nicht massgebend erklärt, erwähnt die Dauer eines vorausgegangenen Konkursaufschubs nach den Art. 725a, 764, 817 oder 903 OR nicht mehr. Aufgrund eines offensichtlichen gesetzgeberischen Versehens ist zu fordern, dass die entsprechende Regelung, wie sie vor der Revision des Sanierungsrechts galt (vgl. Art. 219 Abs. 5 Ziff. 2 aSchKG: «Bei den in der ersten und zweiten Klasse gesetzten Fristen werden nicht mitberechnet: ... 2. die Dauer eines Konkursaufschubes nach den Artikeln 725a, 764, 817 oder 903 des Obligationenrechts... »), weiterhin sinngemäss Anwendung findet (sinngemäss insoweit, als der frühere Art. 817 OR zwischenzeitlich in Art. 820 OR untergebracht ist).¹⁰

[Rz 6] **Art. 288a Abs. 1 Ziff. 2 SchKG** erklärt bei den jeweiligen paulianischen Anfechtungshandlungen für die Fristenberechnung im Zusammenhang mit der sogenannten «période suspecte» die Dauer eines vorausgegangenen Konkursaufschubs nicht mehr als unbeachtlich. Aufgrund eines offensichtlichen gesetzgeberischen Versehens ist zu fordern, dass die entsprechende gesetzliche Regelung, wie sie vor der Revision des Sanierungsrechts galt (vgl. Art. 288a Ziff. 2 aSchKG: «Bei den Fristen der Art. 286–288 werden nicht mitberechnet: ... 2. die Dauer eines Konkursaufschubes nach den Artikeln 725a, 764, 817 oder 903 des Obligationenrechts... »), weiterhin sinngemäss gilt (sinngemäss insoweit, als der frühere Art. 817 OR zwischenzeitlich in Art. 820 OR untergebracht ist).¹¹ Dasselbe ist zu fordern für Art. 331 Abs. 2, wonach bei der Regelung der paulianischen Anfechtung in der Nachlassliquidation die Dauer eines vorausgegangenen Konkursaufschubes wiederum nicht mehr als unmassgeblich erklärt wird.¹²

[Rz 7] In **Art. 297 Abs. 8 SchKG**, bei dem für die Zulässigkeit der Verrechnung auf die Bewilligung der Stundung als massgebenden Zeitpunkt abgestellt wird, findet sich der bisherige Zusatz der gleichlautenden Bestimmung des Art. 297 Abs. 4 Satz 2 aSchKG nicht mehr, wonach der massgebende Zeitpunkt ggf. die Bekanntmachung des vorausgegangenen Konkursaufschubs nach den Art. 725a, 764, 817 oder 903 OR ist. Aufgrund eines offensichtlichen gesetzgeberischen Versehens ist zu fordern, dass dieser Zusatz weiterhin sinngemäss gilt (sinngemäss insoweit, als der frühere Art. 817 OR zwischenzeitlich in Art. 820 OR untergebracht ist). Dadurch werden die Einschränkungen des Verrechnungsrechts auf die Phase eines vorausgegangenen (publizierten) Konkursaufschubs ausgedehnt.¹³

[Rz 8] **Art. 679 Abs. 2 OR** wurde mit der Revision des Sanierungsrechts aufgehoben. Diese aktienrechtliche Bestimmung über die Pflicht von Mitgliedern des Verwaltungsrats zur Rückerstattung von Tantiemen, die diese in den letzten drei Jahren vor Konkurseröffnung erhalten haben, erklärte die Zeit zwischen Konkursaufschub und Konkurseröffnung bei der Fristberechnung als unmassgeblich («Die Zeit zwischen Konkursaufschub und Konkurseröffnung zählt bei der Berechnung der Frist nicht mit.»). Aufgrund eines offensichtlichen gesetzgeberischen Versehens ist zu fordern, dass Art. 679 Abs. 2 aOR, wie er vor der Revision des Sanierungsrechts galt, weiterhin

¹⁰ Vgl. auch Stöckli/Possa, in: KUKO SchKG, zit. in Fn. 4, Art. 219 N 40 f.

¹¹ Vgl. dazu auch Umbach-Spahn, in: KUKO SchKG, zit. in Fn. 4, Art. 288a N 11.

¹² Vgl. dazu auch Rothenbühler/Wüthrich, in: KUKO SchKG, zit. in Fn. 4, Art. 331 N 6.

¹³ Vgl. dazu auch Hunkeler, zit. in Fn. 4, Art. 297 N 53.

zur Anwendung gelangt (Art. 679 Abs. 2 aOR).

[Rz 9] Bei der Regelung der einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung findet sich in **Art. 334 SchKG** eine offensichtliche Unzulänglichkeit. Abs. 4 dieser Bestimmung verweist bez. der Rechtsmittel auf Art. 294 Abs. 3 und Abs. 4 («Der Entscheid des Nachlassrichters wird den Gläubigern mitgeteilt; Artikel 294 Absätze 3 und 4 gilt sinngemäss.»), obwohl es den Art. 294 Abs. 4 unter revidiertem Recht gar nicht mehr gibt und Art. 294 Abs. 3 neuerdings nicht mehr das Rechtsmittel regelt, sondern eine allfällige Konkursöffnung v.A.w. Das neue Recht hat gegenüber Art. 294 Abs. 3 und 4 aSchKG die Rechtsmittelmöglichkeiten der Gläubiger während einer Nachlassstundung neu geregelt: Bezüglich der Bewilligung der prov. Stundung und der Einsetzung eines prov. Sachwalters ist der richterliche Entscheid nicht mehr mit einem Rechtsmittel anfechtbar (Art. 293d). Demgegenüber ist der richterliche Entscheid im Zusammenhang mit der Bewilligung der definitiven Stundung gem. Art. 295c mit Beschwerde nach der ZPO anfechtbar, wobei grundsätzlich alles angefochten werden kann, was das Nachlassgericht im Bewilligungsentscheid verfügt.¹⁴ Bis anhin konnten die Gläubiger nur die Einsetzung des Sachwalters anfechten (Art. 294 Abs. 4 aSchKG). Da es sich bei Art. 334 um ein offensichtliches Versehen des Gesetzgebers handelt, muss unseres Erachtens verlangt werden, dass der Verweis in Art. 334 Abs. 4 analog dem bisherigen Recht für die neue Rechtsmittelregelung des Art. 295c gilt, mit der Folge der analogen Anwendbarkeit von Art. 295c (mit den damit verbundenen erweiterten Rechtsmittelmöglichkeiten der Gläubiger) im einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigungsverfahren.¹⁵

[Rz 10] Bei der Regelung der Notstundung wurde der bisherige **Art. 350 aSchKG** aufgehoben, welcher das Verhältnis der Notstundung zum Konkursaufschub regelte («Ist einer Aktiengesellschaft eine Notstundung bewilligt worden, so darf ihr innerhalb eines Jahres seit deren Beendigung kein Konkursaufschub gemäss Artikel 725 des Obligationenrechts gewährt werden». [Abs. 1] «Hat der Richter einer Aktiengesellschaft auf Grund von Artikel 725 des Obligationenrechts einen Konkursaufschub bewilligt, so darf ihr innerhalb eines Jahres seit dessen Beendigung keine Notstundung gewährt werden». [Abs. 2] «Diese Bestimmungen gelten auch beim Konkursaufschub der Kommanditaktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Genossenschaft [Art. 764, 817 und 903 OR]». [Abs. 3]). Aufgrund eines offensichtlichen gesetzgeberischen Versehens ist zu fordern, dass die entsprechende bisherige Regelung weiterhin sinngemäss gilt, wie bereits vor der Revision (sinngemäss insoweit, als der frühere Art. 817 OR zwischenzeitlich in Art. 820 OR untergebracht ist).¹⁶

[Rz 11] Losgelöst von der unzulänglichen gesetzlichen Integration des Konkursaufschubs in das neue Sanierungsrecht (Rz. 4 ff.), finden sich im neuen Sanierungsrecht auch sonst einige Auffälligkeiten. Davon können an dieser Stelle etwa erwähnt werden:

[Rz 12] **Art. 295 Abs. 3 aSchKG** bestimmte bei den Aufgaben des Sachwalters folgendes: «Auf die Geschäftsführung des Sachwalters sind die Artikel 8, 10, 11, 14, 17–19, 34 und 35 sinngemäss anwendbar». Auf die Geschäftsführung des Sachwalters waren nebst anderen Bestimmungen aufgrund des ausdrücklichen gesetzlichen Verweises daher auch die Normen über die Protokollpflicht und das Einsichtsrecht (Art. 8 und 8a SchKG), über die Ausstandspflicht und das

¹⁴ Vgl. ausführlicher HUNKELER, zit. in Fn. 4, Art. 295c N 3 f.

¹⁵ Vgl. auch RONCORONI, in: KUKO SchKG, zit. in Fn. 4, Art. 343 N 13.

¹⁶ Vgl. auch MUSTER, in: KUKO SchKG, zit. in Fn. 4, Vor Art. 373–350 N 13.

Selbstkontrahierungsverbot (Art. 10 und 11 SchKG) sowie über Mitteilungen und öffentliche Bekanntmachungen (Art. 34 und 35 SchKG) sinngemäss anwendbar. Die Expertengruppe übernahm die bisherige Verweisungsnorm wörtlich in ihren Vorentwurf vom Juni 2008.¹⁷ Vom Bundesrat wurde die Verweisungsnorm demgegenüber in der Botschaft weggelassen, freilich ohne jegliche Begründung und insb. ohne irgendwelche Hinweise auf ein bewusstes Streichen. Es muss u.E. klarerweise von einem Versehen des Bundesrats bzw. in der Folge des Parlaments und somit des Gesetzgebers ausgegangen werden. Ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes liegt gerade nicht vor, zumal die Materialien keine diesbezüglichen Hinweise liefern, in den verwiesenen Normen mit der Revision des Sanierungsrechts nichts geändert wurde und die sinngemässe Anwendbarkeit dieser Normen auf die Geschäftsführung des Sachwalters materiell-rechtlich weiterhin gerechtfertigt ist. Es ist daher zu fordern, dass die entsprechenden Normen auch ohne gesetzliche Verweisungsnorm weiterhin sinngemäss Anwendung finden.¹⁸

[Rz 13] **Art. 308 SchKG** stellt für die Verbindlichkeit des Nachlassvertrages auf dessen Vollstreckbarkeit ab. Mit dem Eintritt der Vollstreckbarkeit erfolgt die Mitteilung des Nachlassvertrages an die betroffenen Ämter und gegebenenfalls an das Handelsregisteramt und wird der Entscheid über den Nachlassvertrag öffentlich bekannt gemacht (Art. 308 Abs. 1 SchKG). Zudem fallen mit der Vollstreckbarkeit des Entscheids die Wirkungen der Stundung dahin (Art. 308 Abs. 2 SchKG). Demgegenüber stellt **Art. 319 Abs. 1 SchKG** für den Eintritt der Wirkungen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung noch immer auf die Rechtskraft der Bestätigung des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung ab (Rechtskraft des richterlichen Bestätigungsentscheids) und lässt mit diesem Zeitpunkt das Verfügungsrecht des Schuldners und die Zeichnungsbefugnis der bisher Berechtigten erlöschen. Die Norm wurde unverändert dem bisherigen SchKG übernommen, und es wurde vergessen, sie mit Art. 308 SchKG abzustimmen. Unseres Erachtens ist auch bei den Wirkungen des Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung in Art. 319 SchKG entgegen dem Gesetzeswortlaut auf die Vollstreckbarkeit und nicht auf die Rechtskraft des richterlichen Bestätigungsentscheids abzustellen.¹⁹

[Rz 14] **Art. 315 SchKG** bestimmt weiterhin, dass das Nachlassgericht bei der Bestätigung des Nachlassvertrages den Gläubigern mit bestrittenen Forderungen eine Frist von 20 Tagen zur Einreichung der Klage am Ort des Nachlassverfahrens ansetzt, unter Androhung des Verlustes der Sicherstellung der Dividende im Unterlassungsfall. Die Bestimmung macht für Nachlassgläubiger insoweit keinen Sinn mehr, als die bisherige gesetzliche Pflicht des Schuldners zur Sicherstellung von Nachlassdividenden gem. Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG (gegenüber Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 aSchKG) entfallen ist. Lediglich soweit Dividenden aufgrund einer Regelung im Nachlassvertrag sicherzustellen sind (oder bei bestrittenen privilegierten Forderungen), behält die Norm ihre bisherige Bedeutung.²⁰

Dr. iur. DANIEL HUNKELER, LL.M., Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden (www.bhlaw.ch); Mitglied der Expertengruppe zum neuen Sanierungsrecht (vgl. dazu Rz. 1 und Fn. 2); Leiter der

¹⁷ Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008, Art. 295 Abs. 2 lit. c; vgl. <https://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/schkg/entw-expertengruppe-d.pdf>.

¹⁸ Vgl. dazu auch HUNKELER, zit. in Fn. 4, vor Art. 293–363, N 57, Art. 295 N 16.

¹⁹ Ausführlicher: HUNKELER, zit. in Fn. 4, Art. 308 N 3, 15; vgl. ferner ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH, in: KUKO SchKG, zit. in Fn. 4, Art. 319 N 1.

²⁰ Vgl. ausführlicher HUNKELER, zit. in Fn. 4, Art. 315 N 3 ff.

Fachgruppe SchKG des Zürcher Anwaltsverbandes (ZAV); Herausgeber und Co-Autor des soeben erschienen «Kurzkomentar SchKG» (zit.: KUKO SchKG), 2. Aufl., Basel 2014, im welchem u.a. auch das neue Sanierungsrecht einlässlich kommentiert wird; vgl. http://www.bhlaw.ch/uploads/tx_bhlawdb/HLV_S2_SchKG_lay4.pdf.