

Daniel Hunkeler / Georg J. Wohl / Zeno Schönmann

Nachlassstundung: Keine Beschwerdelegitimation für Gläubiger bei Unternehmensverkäufen

**BGer 5A_827/2019 vom 18. März 2021 (zPv) –
Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des
Kantons Bern, 2. Zivilkammer, vom 16. September 2019
(ZK 19 280)**

Das Bundesgericht hielt in einem zur amtlichen Publikation vorgesehenen Entscheid wichtige Grundsätze zur Nachlassstundung und zur Betriebsveräusserung während einer Nachlassstundung fest. Insbesondere wurde festgehalten, dass Gläubiger nicht zur Anfechtung einer richterlichen Bewilligung betr. Veräusserung von Anlagevermögen während der Nachlassstundung gem. Art. 298 Abs. 2 SchKG legitimiert sind. Gläubiger haben bei der Betriebsveräusserung anders als im Konkurs auch kein Recht zum Höhergebot.

Beitragsart: Urteilsbesprechungen
Rechtsgebiete: SchKG

Zitiervorschlag: Daniel Hunkeler / Georg J. Wohl / Zeno Schönmann, Nachlassstundung: Keine Beschwerdelegitimation für Gläubiger bei Unternehmensverkäufen, in: Jusletter 31. Mai 2021

Inhaltsübersicht

- I. Übersicht über den Entscheid des Bundesgerichts
- II. Zusammenfassung Sachverhalt und Prozessgeschichte
- III. Aus den Erwägungen des Bundesgerichts
- IV. Würdigung des Entscheids

I. Übersicht über den Entscheid des Bundesgerichts

[1] Das Bundesgericht entschied im Urteil 5A_827/2019 vom 18. März 2021 im Sinne eines Präzedenzfalles zum revidierten Nachlassvertragsrecht gem. der SchKG-Revision von 1994/1997, dass Gläubiger nicht zur Anfechtung eines richterlichen Ermächtigungsentscheids gem. Art. 298 Abs. 2 SchKG legitimiert sind. Es hielt fest, dass zum Verkauf von Anlagevermögen während der (prov.) Stundung weder eine Anhörungspflicht noch ein Recht der Gläubiger (oder Dritter) zur Anhörung bzw. Mitwirkung oder zum Höhergebot vorgesehen ist. Die Nichtanfechtbarkeit des Entscheids des Nachlassgerichts betr. Bewilligung zur Veräusserung von Anlagevermögen gem. Art. 298 Abs. 2 SchKG schliesst gemäss Bundesgericht indes nicht aus, dass der Entscheid mit Nichtigkeitsmängeln behaftet sein könnte, wie dies auch für einen richterlichen Entscheid über die Bewilligung oder Verlängerung der provisorischen Stundung gem. Art. 293d SchKG gilt, der ebenfalls nicht anfechtbar ist. Im Übrigen machte das Bundesgericht weitere interessante Ausführungen zur richterlichen Bewilligung oder Verlängerung einer (prov.) Nachlassstundung und zum richterlichen Ermächtigungsentscheid gem. Art. 298 Abs. 2 SchKG im Zusammenhang mit der Veräusserung eines Geschäftsbetriebs.

II. Zusammenfassung Sachverhalt und Prozessgeschichte

[2] Am 11. Dezember 2018 stellte die B. AG ein Gesuch um Nachlassstundung mit dem unmittelbaren Ziel, kurz nach Bewilligung der prov. Stundung den gesamten Geschäftsbetrieb zu verkaufen (sog. Prepack-Sanierungslösung).¹ Die Nachlassschuldnerin war in der Software/IT-Branche tätig und beschäftigte 70 Mitarbeiter. Mit Verfügung vom 13. Dezember 2018 bewilligte das Regionalgericht Bern-Mittelland als Nachlassgericht die provisorische Stundung für zwei Monate. Das Nachlassgericht setzte als provisorischen Sachwalter C. ein und ordnete den Verzicht auf die öffentliche Bekanntmachung bzw. die «stille Stundung» an.

[3] Bereits einige Tage später (am 19. Dezember 2018) gelangte der Sachwalter an das Nachlassgericht und beantragte insbesondere, dass die Nachlassschuldnerin zu ermächtigen sei, die Aktien (100 %) der einige Tage vor Einreichung des Nachlassstundungsgesuchs (am 7. Dezember 2018) gegründeten Tochtergesellschaft zu verkaufen und bestimmte Aktiven und Passiven auf die Tochtergesellschaft zu übertragen. Der Sachwalter erläuterte das bereits im Stundungsgesuch präsentierte, ohne seine Mitwirkung entwickelte, weit ausgereifte Sanierungskonzept mit Veräusserung des laufenden Betriebes (sog. Betriebssanierung).

¹ Vgl. zu einer solchen etwa JOS VANDEBROEK/DANIEL HUNKELER, Übertragende Sanierung unter dem neuen Sanierungsrecht [...], SJZ 2017, S. 399 ff.; LUKAS MÜLLER/GEORG J. WOHL, Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung, ZZZ 2020, S. 146 ff.; DANIEL HUNKELER/ZENO SCHÖNMAN, Grundriss des Prepacks, in: Thomas Sprecher, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX, Neue Entwicklungen, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 45 ff.; DANIEL HUNKELER/ZENO SCHÖNMAN, in: Klagen und Rechtsbehelfe im Schuldbetriebs- und Konkursrecht, 2017, Rz. 11.38, 11.49, 11.67.

[4] Mit Verfügung vom 19. Dezember 2018 nahm das Nachlassgericht vom Antrag des Sachwalters inklusive Beilagen Kenntnis und ermächtigte die Nachlassschuldnerin, 100 % der Aktien ihrer neu gegründeten Tochtergesellschaft (B.) an die E. AG zum Preis von Fr. 1.3 Mio. (gemäss Vertragsentwurf vom 18. Dezember 2018) zu verkaufen. Weiter wurde die Nachlassschuldnerin ermächtigt, ausgewählte Aktiven und Passiven auf diese Auffanggesellschaft zu übertragen und mit dieser einen Geschäftsführungsvertrag betreffend Fortführung von ausgewählten Projekten, Übernahme von Verträgen bzw. Kundenbeziehungen und Angestellten abzuschliessen. Das Nachlassgericht eröffnete den Entscheid der Nachlassschuldnerin und dem Sachwalter und verzichtete mit Hinweis auf die stille Stundung auf die Publikation.

[5] Am 29. Januar 2019 ordnete das Nachlassgericht die Verlängerung der provisorischen Stundung um weitere zwei Monate (bis am 12. April 2019) an.

[6] Die Gerichtsverhandlung zum Entscheid über die definitive Stundung fand am 2. April 2019 statt. Nach dem Bericht des Sachwalters bestand Aussicht auf Abschluss eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung, weshalb die definitive Stundung zu gewähren sei. Die A. AG behauptete, Gläubigerin zu sein und verlangte die Konkurseröffnung. Ausserdem beantragte sie den rückwirkenden Widerruf der provisorischen Stundung sowie der richterlichen Verkaufsermächtigungen (vom 19. Dezember 2018).

[7] Mit Entscheid vom 2. April 2019 bewilligte das Nachlassgericht die definitive Nachlassstundung für die Dauer von sechs Monaten und setzte den bereits bestellten Sachwalter definitiv ein.

[8] Gegen die definitive Stundung erhob die A. AG Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern. Sie verlangte im Wesentlichen die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügungen des Nachlassgerichts (provisorische und definitive Stundung, Ermächtigung zum Verkauf des Anlagevermögens). Eventualiter beantragte sie die Aufhebung der definitiven Stundung bzw. die Absetzung des Sachwalters.

[9] Mit Entscheid vom 16. September 2019 hiess das Obergericht die Beschwerde teilweise gut. Es hob die gewährte definitive Nachlassstundung auf und eröffnete mit Wirkung vom gleichen Tag über die Nachlassschuldnerin gestützt auf Art. 294 Abs. 3 SchKG den Konkurs. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab.

[10] Mit Eingabe vom 17. Oktober 2019 erhob die A. AG Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Die Beschwerdeführerin verlangte die Abänderung des obergerichtlichen Entscheides dahingehend, dass der Konkurs über die B. AG bereits per 13. Dezember 2018 (Datum des erstinstanzlichen Entscheides über das Nachlassgesuch) zu eröffnen sei und verlangte insbesondere die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügungen des Nachlassgerichts vom 13. Dezember 2018 (provisorische Nachlassstundung), vom 19. Dezember 2018 (Ermächtigung zum Verkauf von Anlagevermögen) und vom 29. Januar 2019 (Verlängerung der provisorischen Stundung), eventualiter sei die betreffende Ermächtigung zu verweigern. Subeventualiter sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III. Aus den Erwägungen des Bundesgerichts

[11] Vorab hielt das Bundesgericht fest (in E. 1.1.), dass der Entscheid des Obergerichts als Rechtsmittelinstanz über den Entscheid der definitiven Nachlassstundung unabhängig eines Streitwertes der Beschwerde in Zivilsachen unterliegt (Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG), und

dass die Beschwerdeführerin als mutmassliche Gläubigerin vom obergerichtlichen Entscheid hinreichend berührt ist, um Beschwerde in Zivilsachen zu führen (Art. 76 Abs. 2 BGG).

[12] Weiter stellte das Bundesgericht klar (in E. 1.2.), dass die Entscheidung, mit welcher der Richter die definitive Stundung nicht bewilligt und von Amtes wegen den Konkurs eröffnet (Art. 294 Abs. 3 SchKG), ebenso wenig eine provisorische Massnahme im Sinne von Art. 98 BGG ist wie die Konkurseröffnung zufolge Nichtbewilligung der provisorischen Stundung gem. Art. 293a Abs. 3 SchKG,² und dass das Gleiche für den Ermächtigungsentscheid des Nachlassgerichts gem. Art. 298 Abs. 2 SchKG gilt, weil in endgültiger Weise darüber entschieden wird, ob Handlungen des Nachlassschuldners zwangsvollstreckungsrechtlich beachtlich sind.³ Mit der von der Beschwerdeführerin erhobenen Beschwerde gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) konnte insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG; vgl. E. 1.3.).

[13] In der Folge gab das Bundesgericht die Kernerwägungen der Vorinstanz wieder (in E. 2.). Das Obergericht habe (mit Hinweis auf Art. 293d SchKG) festgehalten, dass gegen die Bewilligung und Verlängerung der provisorischen Stundung vom 13. Dezember 2018 bzw. 29. Januar 2019 laut Gesetz kein Rechtsmittel gegeben sei, und es habe die Nichtigkeit dieser Gerichtsentscheide verneint. Was den Ermächtigungsentscheid des Nachlassgerichts gem. Art. 298 Abs. 2 SchKG vom 19. Dezember 2019 betrifft, so habe die Vorinstanz offen gelassen, ob ein Gläubiger überhaupt zur Anfechtung legitimiert sei; Nichtigkeit liege jedenfalls nicht vor und liesse sich als Rechtsfolge nicht rechtfertigen.

[14] Hernach fasste das Bundesgericht den Anlass der Beschwerde in Zivilsachen zusammen (in E. 3. und 3.1.): Die Vorinstanz habe die Nichtigkeit der Entscheide des Nachlassgerichts verkannt und den Konkurs erst per Datum der Verweigerung der definitiven Stundung anstatt bereits per 13. Dezember 2018 (Datum des erstinstanzlichen Entscheides über das Nachlassstundungsgesuch) eröffnet. Das Bundesgericht rief in Erinnerung, dass die Bewilligung der provisorischen Stundung nicht anfechtbar sei (Art. 293d SchKG), ebenso wenig die Verlängerung. Die Nichtanfechtbarkeit dieser Entscheide des Nachlassgerichts schliesse indes nicht aus, dass sie mit Nichtigkeitsmängeln behaftet sein könnten (E. 3.1.1.).⁴

[15] Zur Nichtigkeit führte das Bundesgericht namentlich aus, dass nach der Rechtsprechung fehlerhafte Entscheide nichtig seien, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer sei, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweise und wenn die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werde. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung – so das Bundesgericht weiter – führten nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe würden vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht fallen (E. 3.1.2.).⁵ Fehle einer Entscheidung in diesem Sinne jegliche Rechtsverbindlichkeit, so sei dies durch jede Behörde, die mit der Sache befasst sei, jederzeit und von Amtes wegen zu beachten (E. 3.1.2.).⁶

² Mit Verweis auf BGE 142 III 364 E. 2.3, 2.4 und auf Urteil 5A 495/2016 vom 11. November 2016 E. 1.2.

³ Mit Verweis auf WALTER A. STOFFEL/ISABELLE CHABLOZ, Voies d'exécution, 3. Aufl. 2016, § 12 Rz. 112, sowie E. 4.3.1 a.E.

⁴ Mit Verweis auf BRIGITTE UMBACH-SPAHN/STEPHAN KESSELBACH/STEFAN FINK, in: Schulthess Kommentar SchKG, 2017, N. 10 zu Art. 293d SchKG.

⁵ Mit Verweis auf BGE 145 III 436 E. 4; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Bd. II, 2. Aufl. 2010, § 9 Rz. 546 ff.

⁶ Mit Verweis auf BGE 137 I 273 E. 3.1.

[16] Das Bundesgericht äusserte sich weiter zu den Unterschieden hinsichtlich der Prognosen, die für die Bewilligung einer provisorischen bzw. einer definitiven Nachlassstundung erforderlich sind (in E. 3.1.3.). Während für die definitive Stundung «Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages» erforderlich sei (Art. 294 Abs. 1 und 2 SchKG), d.h. im Sinne einer positiven Prognose ein Gelingen der Sanierung erwartet werden dürfte bzw. ein Nachlassvertrag realistische Chancen habe,⁷ sei die provisorische Stundung einzig zu verweigern und der Konkurs zu eröffnen, wenn «offensichtlich keine Aussicht» auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages bestehe (Art. 293a Abs. 3 SchKG). Mithin seien an die Bewilligung der provisorischen Stundung keine hohen Anforderungen zu stellen und sei sie zu bewilligen, sofern nicht von Beginn an klar erkennbar sei, dass keine Aussichten auf eine Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages bestehen würden.⁸ Nur in aussichtslosen bzw. hoffnungslosen Fällen solle das Nachlassgericht keine provisorische Stundung bewilligen, wobei zur Beurteilung ein Ermessen bestehe.⁹

[17] Davon ausgehend war für das Bundesgericht (in E. 3.1.4.–5.) Nichtigkeit der provisorischen Stundung in casu nicht erkennbar, ebenso wenig wie zuvor schon für das Obergericht. Auch ging gemäss Bundesgericht die Rüge der Beschwerdeführerin fehl, wonach die Beschwerdeführerin bei der Bewilligung der provisorischen Stundung hätte angehört werden müssen. Vielmehr habe das Nachlassgericht bei dieser Entscheid ein Ermessen, wenn es «unverzüglich» (Art. 293a Abs. 1 SchKG) und ohne Anhörung der Gläubiger zu entscheiden habe,¹⁰ auch wenn freilich eine gerichtliche Anhörung nicht ausgeschlossen sei.¹¹

[18] In der Folge hielt das Bundesgericht fest (in E. 3.2. und 3.2.1.–2.), dass und weshalb die Konkurseröffnung durch das Obergericht zu Recht ex nunc per Datum seines Entscheides und nicht rückwirkend (per Datum der Stundungsbewilligung) erfolgte.

[19] Hernach erfolgte die Auseinandersetzung des Bundesgerichts mit der Frage der Anfechtbarkeit einer gerichtlichen Ermächtigung nach Art. 298 Abs. 2 SchKG, welche Norm mit der SchKG-Revision von 1994/1997 einer Teilrevision unterzogen wurde (in E. 4.1., 4.2. und v. a. 4.3.1.–4.). Das Bundesgericht gab den Inhalt von Art. 298 Abs. 2 SchKG wieder, wonach ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts oder des Gläubigerausschusses während der Stundung nicht (mehr) in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens veräussert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden können. Weiter hielt das Bundesgericht fest, dass es sich (soweit ersichtlich) mit der Frage der Anfechtbarkeit solcher Entscheide noch nicht befasst habe.¹²

[20] Die Frage, ob die Beschwerdeführerin die – vom Obergericht im angefochtenen Entscheid offen gelassene – Möglichkeit zur Beschwerde gegen den richterlichen Ermächtigungsentscheid

⁷ Mit Verweis auf DANIEL HUNKELER, in: Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl. 2014, N. 6, 8, 13 zu Art. 294 SchKG.

⁸ Mit Verweis auf Urteil 5A 495/2016 vom 11. November 2016 E. 3.1.

⁹ Mit Verweis auf HUNKELER (Fn. 7), N. 20, 21 zu Art. 293 SchKG; NICOLAS JEANDIN, Les nouveautés du droit de l'assainissement, in: Gesellschaftsrecht und Notar/La société au fil du temps, 2016, S. 326.

¹⁰ Mit Verweis auf die Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des SchKG (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455 S. 6480.

¹¹ Mit Verweis auf HUNKELER (Fn. 7), N. 10, 12 zu Art. 293a SchKG.

¹² Mit Verweis auf eine kantonale Rechtsprechung, welche die Möglichkeit zur Beschwerde nach ZPO von Seiten des Gläubigers verneint; Urteil ZK 2019 442 des Obergerichts des Kantons Bern vom 7. November 2019, CAN 2020 Nr. 38 S. 109.

gem. Art. 298 Abs. 2 SchKG hat, verneinte das Bundesgericht mit einer ausführlichen Begründung (E. 4.3.1.–4.).

[21] Einleitend (in E. 4.3.1.) erläuterte das Bundesgericht den Hintergrund, weshalb auch während der Nachlassstundung bereits Anlagevermögen (Art. 298 Abs. 2 SchKG) oder ein ganzer Betrieb verkauft werden kann (vgl. Art. 333b OR). Dies sei namentlich dann von Bedeutung, wenn die Verkaufsverhandlungen in fortgeschrittenem Stadium seien und von einer sofortigen Veräusserung ein besseres Ergebnis für die Gläubiger zu erwarten sei.¹³ Daran habe die Revision des Sanierungsrechts nichts geändert, und dies gelte auch für die provisorische Stundung.¹⁴

[22] Weiter erklärte das Bundesgericht (in E. 4.3.2.), dass sich am Verfahren zur Ermächtigung gem. Art. 298 Abs. 2 SchKG mit der Revision des Sanierungsrechts nichts wirklich geändert habe.¹⁵ Die Bestimmung über die richterliche Ermächtigung sehe in Art. 298 Abs. 2 SchKG zwar kein Rechtsmittel vor,¹⁶ doch sei der Weiterzug an ein oberes kantonales Nachlassgericht möglich.¹⁷ Im Sinn eines Zwischenfazits hielt das Bundesgericht entsprechend fest, dass Ermächtigungsentscheide nach Art. 298 Abs. 2 SchKG damit der *Beschwerde* nach Art. 319 ZPO unterliegen.¹⁸

[23] Damit war aber noch nichts dazu gesagt, *wer* zur Einlegung eines Rechtsmittels legitimiert ist. Das Bundesgericht führte in diesem Sinn aus, dass unabhängig davon, ob der Ermächtigungsentscheid mit der definitiven Stundung kombiniert¹⁹ oder (wie hier) während der provisorischen Stundung getroffen werde, die Beschwerdelegitimation zu klären sei. Hierzu erklärte das Bundesgericht, dass für die Bejahung der Legitimation zur Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO notwendig sei, dass der Beschwerdeführer beschwert, d.h. unmittelbar betroffen sei.²⁰

[24] Nach diesen allgemeinen Ausführungen zur Beschwerdelegitimation erinnerte das Bundesgericht (in E. 4.3.3.) an den Zweck der Nachlassstundung, den Schuldner vor dem Angriff der Gläubiger zu schützen, damit er in Ruhe unter Aufsicht des Sachwalters die notwendigen Schritte zur Sanierung oder Ausarbeitung eines Nachlassvertrages unternehmen kann.²¹ Insbesondere verwies das Bundesgericht dabei auf den Umstand, dass der Schuldner (anders als im Konkurs) während der Stundung seine Geschäftstätigkeit grundsätzlich weiterführen kann und im Rahmen der erlaubten Tätigkeit bzw. gestützt auf die richterliche Ermächtigung befugt ist (Art. 298 Abs. 1 und 2 SchKG), über sein Vermögen zu verfügen.²² Diese Überlegungen führten das Bundesgericht zum Schluss, dass sich die gerichtliche Zustimmung gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG auf

¹³ Mit Verweis auf BGE 137 II 136 E. 3.2; ALEXANDER VOLLMAR, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. 2010, N. 17, 19 zu Art. 298 SchKG.

¹⁴ Mit Verweis auf BRIGITTE UMBACH-SPAHN/STEPHAN KESSELBACH/ROLAND BURKHALTER, in: Schulthess Kommentar SchKG, 2017, N. 11 zu Art. 293 SchKG; HUNKELER/SCHÖNMANN (Fn. 1), Rz. 11.64.

¹⁵ Mit Verweis auf JEANDIN, (Fn. 9), S. 333, Fn. 66.

¹⁶ Mit Verweis auf LUCIEN GANI, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 17 zu Art. 298 SchKG.

¹⁷ Mit Verweis auf FRANCO LORANDI, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG), ZZZ 2004, S. 100.

¹⁸ Mit Verweis auf BRIGITTE UMBACH-SPAHN/STEPHAN KESSELBACH/STEFAN BOSSART, in: Schulthess Kommentar SchKG, 2017, N. 15 zu Art. 298; HUNKELER (Fn. 7), N. 38 zu Art. 298 SchKG.

¹⁹ Mit Verweis auf HUNKELER/SCHÖNMANN (Fn. 1), Rz. 11.40, 11.76.

²⁰ Mit Verweis auf ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 2019, § 26 Rz. 30.

²¹ Mit Verweis auf JEANDIN (Fn. 9), S. 333; vgl. OLIVIER HARI, Assainissement d'un débiteur: le sursis provisoire et le rôle du commissaire, in: Jusletter 29. Mai 2017, Rz. 12.

²² Mit Verweis auf BGE 137 II 136 E. 3.2; HARI (Fn. 21), Rz. 14.

den Schuldner bezieht; Gegenstand der gerichtlichen Genehmigung sei eine Rechtshandlung des Schuldners.²³

[25] Mit Blick auf das bisherige Recht hielt das Bundesgericht fest (in E. 4.3.3.), dass bereits vor Inkrafttreten des neuen Sanierungsrechts die Legitimation der Gläubiger zur Anfechtung des gerichtlichen Ermächtigungsentscheides verneint worden sei, weil diese dadurch nur mittelbar tangiert seien, indem der Deckungsgrad ihrer Forderung beeinflusst werden könne.²⁴ In diesem Sinne könne nach der Lehre daher nur vom *Schuldner* Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO erhoben werden, wenn diesem entgegen dessen Antrag (oder dem Antrag des Sachwalters) eine Veräusserung oder Belastung von Anlagevermögen nicht (oder nur teilweise) bewilligt worden sei; die Legitimation der *Gläubiger* zur Beschwerde gegen den gutheissenden Ermächtigungsentscheid wurde verneint.²⁵

[26] In der Folge setzte sich das Bundesgericht (in E. 4.3.4.) auch mit kritischen Stimmen in der Lehre auseinander. Der Umstand, dass die Gläubiger keine Mitentscheidungsrechte während der Nachlassstundung betreffend Vermögensdispositionen hätten,²⁶ sei bereits vor Beginn der Ausarbeitung der Revision des Sanierungsrechts kritisiert worden.²⁷

[27] Dem entgegnete das Bundesgericht indessen (ebenfalls in E. 4.3.4.), dass mit der Revision die Mitwirkung der Gläubiger verstärkt worden sei, indem ein repräsentativer Gläubigerausschuss mit Informations- und Aufsichtsrechten und Ermächtigungsbefugnis (Art. 298 Abs. 2 SchKG) eingesetzt werden könne, jedoch fakultativ und erst während der definitiven Stundung (Art. 295a SchKG), oder bei verlängerter definitiver Stundung eine ausserordentliche Gläubigerversammlung einzuberufen sei (unter Berufung auf Art. 295b Abs. 2 SchKG).²⁸ Zudem könne – so das Bundesgericht weiter – die provisorische Stundung ohne Information der Gläubiger bzw. «still», wie im vorliegenden Fall, stattfinden, um dem Schuldner die Ruhe vor den Gläubigern zu gewährleisten und weil der Überblick über die Gläubiger noch fehle.²⁹ Hingegen sei zum Verkauf von Anlagevermögen weder eine Anhörungspflicht noch ein Recht der Gläubiger (oder Dritter) zur Anhörung bzw. Mitwirkung oder zum Höhergebot (vgl. im Konkurs, Art. 256 Abs. 3 SchKG) vorgeschrieben.³⁰ Ein Gläubiger sei zum Antrag auf Veräusserung von Anlagevermögen nach Art. 298 Abs. 2 SchKG nicht berechtigt, und das Verfahren richte sich nicht gegen die Gläubiger,³¹ weil der Schuldner im Stundungsverfahren über sein Vermögen grundsätzlich verfügen könne. Vor diesem Hintergrund zog das Bundesgericht das Fazit, es sei nicht ersichtlich, dass eine Legitimation der Gläubiger bestehen solle, den Ermächtigungsentscheid anzufechten, weshalb diese auch nicht angehört werden müssten.

[28] Schliesslich verneinte das Bundesgericht auch die Nichtigkeit des richterlichen Ermächtigungsentscheids nach Art. 298 Abs. 2 SchKG und folgte auch in diesem Punkt dem Obergericht

²³ Mit Verweis auf LORANDI (Fn. 17), S. 92, 98.

²⁴ Mit Verweis auf LORANDI (Fn. 17), S. 101.

²⁵ Mit Verweis auf HUNKELER/SCHÖNMAN (Fn. 1), Rz. 11.69, 11.80; VANDEBROEK/HUNKELER (Fn. 1), S. 399.

²⁶ Mit Verweis auf VOLLMAR (Fn. 13), N. 20 zu Art. 298; LORANDI (Fn. 17), S. 92.

²⁷ Mit Verweis auf MICHAEL KRAMPF, *Swissair-Ausverkauf: Die Rolle des Nachlassrichters*, in: Jusletter 3. März 2003, Rz. 4, 7, 9; SYLVAIN MARCHAND/OLIVIER HARI, *Le sursis concordataire [...]*, in: *Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin*, 2006, S. 114.

²⁸ Mit Verweis auf Botschaft (Fn. 10), 6461 Ziff. 1.4.1, 6484 f. Ziff. 2.8.

²⁹ Mit Verweis auf die Botschaft (Fn. 10), 6482 Ziff. 2.7, 6484 Ziff. 2.8.

³⁰ Mit Verweis auf VANDEBROEK/HUNKELER (Fn. 1), S. 398.

³¹ Mit Verweis auf HUNKELER/SCHÖNMAN (Fn. 1), Rz. 11.72 f.

(in E. 4.4.). Nach den Erwägungen des Bundesgerichts (in E. 4.4.1.) werde davon ausgegangen, dass der vom Nachlassrichter oder Gläubigerausschuss genehmigte Verkauf die Interessen der Gläubiger bestmöglich berücksichtige,³² wobei nicht ausgeschlossen sei, dass ein Ermächtigungsentscheid an derart schweren inhaltlichen Mängeln leide, welche die Nichtigkeitsfolge nach sich ziehen würden (mit Verweis auf die allgemeinen Ausführungen zur Nichtigkeit unter E. 3.1.2.). Von Anhaltspunkten zur Nichtigkeit könne hier aber keine Rede sein (E. 4.4.2.).

[29] Im konkreten Fall habe sich das Nachlassgericht zur Frage der Ermächtigung auf den Antrag (samt Beilagen) des provisorischen Sachwalters abgestützt. Der Sachwalter habe erläutert, dass der Nachlassschuldnerin durch den Verkauf kurz nach Bewilligung der prov. Stundung direkt Fr. 1,3 Mio. cash zufließen würden, wobei das Angebot zum Kauf bis zum 21. Dezember 2018 befristet sei. Es bestehe zeitliche Dringlichkeit, da mit der verspäteten Lohnauszahlung die wertvollen Mitarbeiter schlimmstenfalls kündigen könnten und damit gegenüber Kaufinteressenten Vertrauen und Goodwill verloren gehe. Das Kaufangebot sei aus mehreren Angeboten hervorgegangen, wobei für das Bieterverfahren in sachgerechter Weise eine Spezialistin beigezogen worden sei. Der Sachwalter hätte die Angemessenheit des höchstangebotenen Preises erläutert und im Einzelnen das Sanierungsprojekt mit der Alternative «Konkurs» aus Gläubigersicht verglichen. Da der gesamte Goodwill (d.h. der Geschäftsbetrieb) der Nachlassschuldnerin in der Tochtergesellschaft aufgefangen sei, könne dieser durch den Verkauf der Auffanggesellschaft versilbert werden. Mit der Ermächtigung zur Veräusserung könne unter Umständen eine Dividende zugunsten der Nachlassgläubiger nicht ausgeschlossen werden. Ausgeschlossen sei, dass in einem unmittelbaren Konkurs ein gleichwertiges Ergebnis erzielt werden könne, und selbst bei einem nachfolgenden Konkurs hätte die Aktivmasse flüssige Mittel von Fr. 1,3 Mio. dazugewonnen (vgl. E. 4.4.3.).

[30] Abschliessend erklärte das Bundesgericht (in E. 4.4.4.), das Nachlassgericht habe vorliegend nach der Bewilligung der Stundung und gestützt auf den begründeten Antrag des Sachwalters und dessen Prüfung, was die Vorteilhaftigkeit für die Gläubiger betrifft, entschieden. Sodann habe der Sachwalter die zeitliche Dringlichkeit gerechtfertigt und diese dem Nachlassgericht erläutert. Dass das Nachlassgericht gestützt auf das bereits im Nachlassgesuch detailliert bezeichnete Vorgehen und die Analyse des (unstrittig qualifizierten) Sachwalters von vornherein nicht in der Lage gewesen sein soll, sich innert Wochenfrist ein genügend fundiertes Bild über das zu genehmigende Geschäft zu machen (Verkauf eines Informatikunternehmens mit 70 Mitarbeitern), sei nicht ersichtlich. Sodann sei mit Blick auf das durchgeführte Bieterverfahren mit mehreren Angeboten nicht nachvollziehbar, inwieweit die Beschwerdeführerin eine Unsicherheit betreffend den angemessenen Preis darlegen wolle, welche die Nichtigkeit rechtfertigen solle.

IV. Würdigung des Entscheids

[31] Der Entscheid ist u.E. richtig und wichtig. Er bestätigt die von kantonalen Nachlassgerichten seit Einführung des neuen Sanierungsrechts 2014 entwickelte Praxis bei übertragenden Betriebsanierungen.

³² Mit Verweis auf HUNKELER/SCHÖNEMANN (Fn. 1), Rz. 11.78; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- & Konkursrecht, 3. Aufl. 2018, Rz. 1831.

[32] Für Gläubiger (oder Dritte) kann gemäss der gesetzlichen Regelung im Anwendungsbereich von Art. 298 Abs. 2 SchKG keine Beschwerdemöglichkeit gegeben sein. Eine solche Beschwerdemöglichkeit wäre auch unpraktisch und sanierungsfeindlich. Insbesondere im Fall von stillen Stundungen kann es nicht sein, dass u.U. noch lange Zeit nach dem richterlichen Ermächtigungsentscheid Anfechtungsmöglichkeiten bestehen bzw. mit der Kenntnisnahme solcher Ermächtigungen im Rahmen der definitiven Stundung (nach Bekanntmachung der Stundung) erst entstehen würden.

[33] Aber auch bei öffentlich bekannt gemachten Stundungen würde eine Rechtsmittelmöglichkeit für Gläubiger gegen gerichtliche Ermächtigungsentscheide nach Art. 298 Abs. 2 SchKG dazu führen, dass zwischen der richterlichen Ermächtigung und der rechtskräftigen Erledigung des dagegen erhobenen Rechtsmittels u.U. während längerer Zeit Ungewissheit bestehen würde, ob das Geschäft nun gültig ist oder nicht. Nur schon das Bestehen einer Rechtsmittelmöglichkeit würde Sanierungen erheblich behindern, zumal das Damoklesschwert einer allfälligen Anfechtung bzw. eines korrigierenden Entscheides der Rechtsmittelinstanz abschreckende Wirkung auf die Beteiligten hätte, v. a. auch auf Käufer und Investoren.

[34] Bei Unternehmensverkäufen ist es sodann wichtig, dass der zu übernehmende Betrieb oder Betriebsteil reibungslos weitergeführt werden kann. Zu beachten ist dabei, dass unmittelbar nach einer gerichtlichen Ermächtigung gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG im Vorfeld der Transaktion (namentlich im Rahmen eines sog. Prepacks) sorgfältig vorbereitete Massnahmen umgesetzt und Fakten geschaffen werden, die in der Regel kaum oder nur noch mit grossen Verlusten rückgängig gemacht werden können. Auch die Kommunikation gegenüber den Mitarbeitenden, Kunden und weiteren Stakeholdern muss gut geplant und klar sein. Sie darf nicht torpediert werden können beispielsweise durch einen unterlegenen Mitbieter bzw. Kaufinteressenten, der sich erhoffen könnte, nach einer durch ihn ausgelösten rechtlichen Eskalation die erfolgte Betriebsveräusserung post festum zu Fall zu bringen und/oder ev. doch noch und nun aufgrund von zerstörtem Goodwill u.U. erheblich günstiger zum Zug zu kommen.

[35] Wichtig ist sodann auch vor diesem Hintergrund die Klarstellung durch das Bundesgericht, dass Gläubiger weder bei der Bewilligung oder Verlängerung der provisorischen Stundung noch beim richterlichen Ermächtigungsentscheid nach Art. 298 Abs. 2 SchKG ein *Recht* auf Anhörung haben. Ebenfalls zu begrüssen ist die im selben Zusammenhang erfolgte höchstrichterliche Feststellung, wonach es beim Verkauf von Anlagevermögen der Nachlassschuldnerin kein Recht der Gläubiger (oder Dritter) auf anderweitige Mitwirkung oder auf ein Höhergebot gibt.

[36] Im Rahmen seines Ermessens *kann* das Nachlassgericht freilich gewisse oder alle Gläubiger anhören. Nachlassschuldnerin und Sachwalter bleiben zudem verpflichtet, ein optimales Verwertungsergebnis zu erzielen, und es kann im Einzelfall sinnvoll sein, mehrere Offerten einzuholen oder gar ein Bieterverfahren durchzuführen. Insbesondere bei stillen Stundungen wird solches indessen oft nicht möglich sein und kann ungewollte Publizität zu grossem Schaden führen (Lieferanten stellen auf Vorkasse um, Banken sperren Limiten, Kunden wenden sich ab etc.), obwohl das Unternehmen bzw. dessen Geschäftsbetrieb u.U. bei Schaffung der richtigen Rahmenbedingungen und Eingliederung in die passende Unternehmensstruktur oder -gruppe intakte Überlebenschancen hätte, was sich auf die Veräusserungsmöglichkeit und damit auf das Verwertungssubstrat zu Gunsten der Gläubiger positiv auswirkt. Auch hier gilt wieder, dass im ganzen Sanierungs- und Übernahmekonzept die Kommunikationshoheit eine wichtige Rolle spielt, die in der Regel nicht durch eine öffentliche Anhörung und/oder ein Bieterverfahren unter Miteinbezug der Gläubiger ausgehebelt werden soll.

[37] Es ist zwar selbstredend zutreffend, dass auch bei gerichtlichen Ermächtigungsentscheiden nach Art. 298 Abs. 2 SchKG die Geltendmachung von *Nichtigkeit* durch einen Gläubiger oder einen Dritten möglich ist. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang indessen daran erinnert, dass fehlerhafte Entscheide nur dann nichtig sind, wenn erstens der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich zweitens als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und wenn drittens die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Diese Voraussetzungen müssen mithin kumulativ erfüllt sein, was in der Praxis kaum je der Fall sein wird.

[38] Weil inhaltliche Mängel nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit führen, worauf im Entscheid ebenfalls mit Nachdruck hingewiesen wird, scheiterte die Nichtigkeit im vorliegenden Fall bereits an dieser ersten Voraussetzung und musste sich das Bundesgericht nicht weiter mit der geltend gemachten Nichtigkeit befassen. Angesichts des erheblichen gerichtlichen Ermessens dürfte ein solch schwerer inhaltlicher Mangel bzw. unhaltbarer Entscheid denn auch kaum je vorliegen, zumindest soweit der Sachwalter das Geschäft geprüft und begründeten Antrag auf Genehmigung gestellt hat, wie dies im beurteilten Fall zutraf. Es handelte sich um eine sog. Prepack-Sanierung, welche als reine Betriebssanierung vorab zum Ziel hatte, den Gläubigern im Vergleich zu einer sofortigen Konkursöffnung ein besseres Verwertungsergebnis zu sichern und Arbeitsplätze zu retten. Namentlich sollte durch dieses Vorgehen der sog. Goodwill versilbert werden, was bei einem Konkurs praktisch unmöglich ist.³³ Das Bundesgericht hat das genannte Vorgehen aufgrund der konkreten Umstände in keiner Weise bemängelt, zumal für die Bewilligung der prov. Stundung jedenfalls nicht offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags bestehe (vgl. Rz. 16 f. hiervor), weshalb nunmehr bzgl. Prepacks ein erster höchstrichterlicher Entscheid vorliegt, was für die weitere Entwicklung des schweizerischen gerichtlichen Sanierungsverfahrens wichtig ist. Z.B. können Prepacks auch die Grundlage für eine Überbrückungsfinanzierung sein, um während der prov. Stundung den Geschäftsbetrieb fortzuführen und den wirtschaftlichen Goodwill des Unternehmens zu sichern bzw. zu erhöhen.

[39] Sollte ausnahmsweise doch einmal von einem entsprechend gravierenden inhaltlichen Mangel eines Ermächtigungsentscheids auszugehen sein, wären immer noch die beiden weiteren genannten Voraussetzungen zu prüfen. Insbesondere das Erfordernis, dass die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet werden darf, dürfte bei Betriebsverkäufen während einer (prov.) Stundung nach dem Gesagten ebenfalls oft nicht erfüllt sein. So können während der (prov.) Stundung erfolgte Betriebssanierungen regelmässig nicht ohne Weiteres rückgängig gemacht werden bzw. nur unter Inkaufnahme erheblichen Schadens, was oftmals nicht im Interesse der Gläubiger ist.

[40] Zusammenfassend hat das Bundesgericht mit dem vorliegenden Entscheid einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit in der Sanierungspraxis geleistet, wovon letztendlich nicht nur Schuldner und mögliche Investoren, sondern namentlich auch die Gläubiger profitieren dürften.

Dr. iur. DANIEL HUNKELER, Rechtsanwalt, LL.M.

GEORG J. WOHL, Rechtsanwalt, LL.M., lic. iur.

³³ MÜLLER/WOHL (Fn. 1), S. 157.

ZENO SCHÖNMANN, Rechtsanwalt, EMBA HSG, lic. iur.

Die Autoren sind Mitglieder des Sanierungs- und Insolvenzrechtsteams der Kanzlei Baur Hürlimann AG, Zürich und Baden (www.bhlaw.ch).

Im besprochenen Entscheid vor Bundesgericht vertrat die Kanzlei die obsiegende Beschwerdegnerin und hatte diese auch im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung der Betriebsanierung beraten.