

## In dieser Ausgabe:

### • ZInsO-Aufsätze

**Das schweizerische internationale Insolvenzrecht: Ein Überblick über das geltende Recht und die am 16.3.2018 beschlossene Reform – aus deutscher Perspektive** (S. 1429)

von Richter am Amtsgericht (Insolvenzgericht) Dr. Stephan Deyda, Köln

**Der Ablauf eines Konkursverfahrens in Österreich aus firmenbuchtechnischer Sicht** (S. 1440)

von Amtsdirektor/Regierungsrat Walter Szöky, Wien

**Die Unternehmenssanierung im Rahmen des Schweizer Nachlassrechts unter besonderer Berücksichtigung des ordentlichen Nachlassvertrags** (S. 1448)

von Philipp Possa, Transliq AG, Bern/Zürich

### • ZInsO-Rechtsprechungsreport

**Vorlage zur Vorabentscheidung; Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen; Insolvenzverfahren; Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf anhängige Rechtsstreitigkeiten über einen Gegenstand oder ein Recht der Masse; Begriff „anhängiger Rechtsstreit“; Verfahren zur Hauptsache, das die Anerkennung des Bestehens einer Forderung betrifft** (S. 1461)  
EuGH, Ur. v. 6. 6. 2018 – Rs. C-250/17

**Zur Bestimmung des Empfängers von Baugeld** (S. 1463)

BGH, Ur. v. 17. 5. 2018 – VII ZR 92/16

**Einwendungen gegen eine Grundschuld** (S. 1466)

BGH, Ur. v. 20. 4. 2018 – V ZR 106/17

**Untreue durch leitende Bankmitarbeiter wegen vorschriftswidriger Vergabe ungesicherter Darlehen; S & Cie. KGaA** (S. 1469)

BGH, Ur. v. 14. 3. 2018 – 2 StR 416/16

**(Keine) Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen bei Ansprüchen aus Insolvenzanfechtung** (S. 1472)

OLG Hamburg, Beschl. v. 12. 7. 2017 – 6 AR 14/17

**(Keine) Auskunftspflicht der Rechtsanwaltskammer hinsichtlich Versicherungsschutz in der Berufshaftpflicht des als Insolvenzverwalter tätigen Rechtsanwalts** (S. 1476)

VGH München, Beschl. v. 31. 1. 2018 – 21 C 17.1686

**(Keine) Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für PKH-Antrag wegen beabsichtigten Anspruchs auf Rückgewähr vom (ehemaligen) GmbH-Geschäftsführer aus Insolvenzanfechtung** (S. 1477)

LAG Köln, Beschl. v. 30. 4. 2018 – 9 TA 55/18

**Keine Anwendung des Sanierungserlasses auf Altfälle durch das BMF-Schreiben vom 27.4.2017 bzw. 29.3.2018** (S. 1479)

BFH, Beschl. v. 16. 4. 2018 – X B 13/18



## Herausgeber:

Prof. Dr. Christian Berger

RA Dr. Susanne Berner

Michael Bretz

RA Dr. Christian Brünkmans

RA Dr. Jan de Weerth

Prof. Dr. Ulrich Foerste

RA Dr. Michael C. Frege

RiAG Frank Frind

RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein

Prof. Dr. Hugo Grote

RA Dr. Andreas Henkel

WP/StB Michael Hermanns

Prof. Dr. Heribert Hirte

RiAG Martin Horstkotte

Präs. LG a.D. Prof. Dr. Michael Huber

RA Peter J. Hütten

RA Dr. Karen Kuder

RA Dr. Norbert Küpper

RiAG Dr. Peter Laroche

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

PD Dr. Sebastian Mock

RA Dr. Patrick Mückl

Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser

RA Dr. Manfred Obermüller

Vors. RiOLG Dr. Dietmar Onusseit

RA Prof. Dr. Klaus Pannen

RiBGH Prof. Dr. Gerhard Pape

RA Dr. Christoph Poertzgen

RA Stephan Ries

Prof. Dr. Thomas Rönnau

Prof. Dr. Jessica Schmidt

RiBGH a.D. Prof. Dr. Lutz Strohn

RiBGH a.D. Gerhard Vill

OStA Raimund Weyand

## Schriftleiter:

RA Prof. Dr. Hans Haarmeyer

**Schwerpunktausgabe  
zum 2. Bodensee-Forum**



schlusses keine Zwangsstrafverfügungen nach § 283 UGB zu erlassen (§ 285 Abs. 1 UGB).

Diese gesetzlich angeordnete Sistierung befreit die Masseverwalter also grds. von der Vorlage der Jahresabschlüsse an das zuständige Firmenbuchgericht während des Insolvenzverfahrens.

Sie befreit jedoch nicht von der gesetzlichen Verpflichtung, die entsprechenden Jahresabschlüsse aufzustellen (s. hierzu § 193 Abs. 2 UGB).

Diese Verpflichtung zur Aufstellung der Jahresabschlüsse durch den Masseverwalter ist u.a. auch deshalb unbedingt zu beachten, weil die während des Insolvenzverfahrens nicht vorzulegenden Jahresabschlüsse nach einer erfolgreichen Unternehmenssanierung sowie der Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft dem Firmenbuchgericht sehr wohl vorzulegen und bei Nichtvorlage eine Zwangsstrafe (jedoch gegen die vertretungsbefugten Organe und die Gesellschaft selbst) zu erlassen ist. Aus der Nichtbeachtung könnten sich für den Masseverwalter eventuell Haftungsfolgen (z.B. hinsichtlich der verhängten Zwangsstrafen) ergeben.

## Die Unternehmenssanierung im Rahmen des Schweizer Nachlassrechts unter besonderer Berücksichtigung des ordentlichen Nachlassvertrags

von Philipp Possa, Transliq AG, Bern/Zürich

### I. Überblick über die gesetzlichen Regelungen des Schweizer Insolvenz- und Sanierungsrechts

#### 1. Allgemeines

Die Liquidierung und Sanierung von Unternehmen werden vornehmlich im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) v. 11.4.1889 behandelt.<sup>1</sup> Nebst der Durchsetzung von Geldforderungen durch die Betreibung auf Pfändung<sup>2</sup> und von pfandgesicherten Forderungen mittels der Betreibung auf Pfandverwertung,<sup>3</sup> regelt das SchKG das Konkursverfahren<sup>4</sup> sowie das Nachlassverfahren<sup>5</sup> und deren jeweiligen Wirkungen, wie auch die einvernehmliche private Schuldenbereinigung.<sup>6</sup> Weitere Bestimmungen im Zusammenhang mit der finanziellen Restrukturierung, Liquidationen usw. sind im Bundesgesetz über das Obligationenrecht (OR) v. 30.3.1911 für die einfache Gesellschaft sowie für Handelsgesellschaften und Genossenschaften enthalten.<sup>7</sup> So finden sich insbesondere für die AG Bestimmungen über die „freiwillige“ Auflösung der AG,<sup>8</sup> über den Konkursaufschub,<sup>9</sup> die Überschuldung und die damit verbundene Anzeigepflicht beim Richter<sup>10</sup> und über die Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Organen.<sup>11</sup> Für die Sanierung oder Liquidation von Banken, Effektenhändlern, Versicherungen, kollektiven Kapitalanlagen usw. gelten die speziellen Regeln der Gesetzgebung im Bereich der Finanzmarktaufsicht.<sup>12</sup> Die Bestimmungen über die Wirkungen (insbesondere die Anerkennung) eines ausländischen Konkursdekrets oder Nachlassvertrags oder eines ähnlichen Verfahrens sind im Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) v. 18.12.1987 geregelt, welches sich zzt. in Revision befindet.<sup>13</sup>

#### 2. Konkursverfahren

Um die Vorteile des anschließend behandelten Nachlassverfahrens hervorzuheben, wird kurz das Konkursverfahren nach Schweizer Recht dargestellt. Das Konkursgericht eröffnet auf Antrag eines Gläubigers,<sup>14</sup> des Schuldners<sup>15</sup> oder, wenn das

Gesetz es vorsieht, von Amts wegen ohne vorgängige Betreibung<sup>16</sup> den Konkurs. Im Gegensatz zur Einzelexekution (Betreibung auf Pfändung und Betreibung auf Pfandverwertung),

1 SchKG SR (Systematische Rechtssammlung) 281.1.

2 Art. 89 ff. SchKG.

3 Art. 151 ff. SchKG.

4 Art. 197 ff. SchKG.

5 Art. 293 ff. SchKG.

6 Art. 333 ff. SchKG.

7 OR SR 220.

8 Art. 736 ff. OR.

9 Art. 725a OR.

10 Art. 725 OR.

11 Art. 754 ff. OR.

12 Insbesondere das Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz – FINMAG) v. 22.6.2007 (SR 956.1), das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz – BankG) v. 8.11.1934 (SR 952), die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA – BIV-FINMA) v. 30.8.2012 (SR 952.05), das Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG) v. 17.12.2004 (SR 961.01), die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Versicherungsunternehmen (Versicherungskonkursverordnung-FINMA – VKV-FINMA) v. 17.10.2012 (SR 961.015.2), das Bundesgesetz über die kollektiven Anlagen (Kollektivanlagegesetz – KAG) v. 23.6.2006 (SR 951.31), die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von kollektiven Anlagen (Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA – KAKV-FINMA) v. 6.12.2012 (SR 951.315.2) usw.

13 Art. 166 ff. IPRG (SR 291); *Deyda*, ZInsO 2018, 1429.

14 Der Antrag des Gläubigers kann nach durchlaufenem Betreibungsverfahren gestellt werden (Art. 159 ff. SchKG und insbesondere Art. 166 ff. SchKG) oder ohne vorgängige Betreibung, wenn die Voraussetzungen gem. Art. 190 SchKG erfüllt sind.

15 Art. 191 SchKG.

16 Art. 192 SchKG, wie z.B. in den Fällen von Art. 293a Abs. 3 und Art. 294 Abs. 3 SchKG (fehlende Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags im Nachlassverfahren), Art. 296b (Konkursöffnung vor Ablauf der Nachlassstundung), Art. 309 (Ablehnung des Nachlassvertrags) und im Rahmen der Überschuldungsanzeige der AG (Art. 725a OR), der KGaA (Art. 764 Abs. 2 OR), der GmbH (Art. 820 Abs. 1 OR) und der Genossenschaft (Art. 903 SchKG); Kurzkommentar SchKG, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (KUKO-SchKG)/*Huber*, 2. Aufl. 2014, Art. 192 Nr. 1.



bei welcher nur einzelne Vermögenswerte des Gemeinschuldners zwangsverwertet werden, fallen im Konkursverfahren sämtliche Vermögenswerte unter den Konkursbeschlagnahme und bilden eine einzige Masse (Konkursmasse),<sup>17</sup> weshalb in diesem Zusammenhang auch von Generalexekution gesprochen wird. Alle Gläubiger des Gemeinschuldners, unabhängig davon, ob sie gesicherte Forderungen haben oder nicht, nehmen an diesem kollektiven Vollstreckungsverfahren teil.<sup>18</sup> Der Gemeinschuldner verliert mit der Konkurseröffnung seine Verfügungsfähigkeit über seine Vermögenswerte.<sup>19</sup> Das Verfügungs- und Verpflichtungsrecht über das Vermögen geht auf die Konkursverwaltung über.<sup>20</sup> Mit der Konkurseröffnung wird das konkursite Unternehmen durch das Konkursamt grds. sofort stillgelegt<sup>21</sup> und sämtliche Mitarbeiter werden umgehend freigestellt. Die Konkursverwaltung nimmt sofort ein Inventar über sämtliche Aktiven auf, sichert, verwaltet und verwertet diese mittels öffentlicher Versteigerung oder freihändigem Verkauf<sup>22</sup> und erlässt einen Schuldenruf.<sup>23</sup> Die Konkurseröffnung bewirkt die Fälligkeit sämtlicher Schuldverpflichtungen des Schuldners.<sup>24</sup> Forderungen der Gläubiger werden, sofern die Konkursverwaltung nicht in die bestehenden Verträge eintritt,<sup>25</sup> mit der Konkurseröffnung in Geldforderungen umgewandelt. Die Forderungen werden gestützt auf den Schuldenruf im Rahmen des Kollokationsverfahrens in den Kollokationsplan (Insolvenztabelle)<sup>26</sup> aufgenommen und dort kolloziert und je nach Rechtslage teilweise oder ganz zugelassen oder aber abgewiesen. Der Verwertungserlös wird, nach Abzug der Verwertungs- und weiteren Massakosten, gemäß Kollokationsplan, welcher trotz dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger gewisse (gesetzlich bestimmte) Forderungskategorien<sup>27</sup> vorsieht, verteilt.<sup>28</sup> Für den ungedeckt gebliebenen Teil erhält jeder Gläubiger einen Verlustschein. Dieser ermöglicht es ihm, bei natürlichen Personen eine erneute Betreuung einzuleiten, sofern der Schuldner zu neuem Vermögen gelangt.<sup>29</sup> Die juristische Person wird nach durchgeführtem Konkursverfahren im Handelsregister gelöscht,<sup>30</sup> weshalb in diesem Fall der Verlustschein „wertlos“ ist.

## II. Nachlassverfahren

### 1. Allgemeines

Das Nachlassverfahren gem. Art. 293 ff. SchKG ist das eigentliche Sanierungsrecht der Schweiz und bildet eine Alternative zum Konkursverfahren. Mit dem Nachlassverfahren soll die Zwangsvollstreckung vermieden und die wirtschaftliche Existenz des Schuldners erhalten werden. Es bietet unter Berücksichtigung der Interessen des Schuldners, der Gläubiger, Lieferanten und Kunden optimale Möglichkeiten, eine Unternehmenssanierung vorzubereiten und umzusetzen.<sup>31</sup> Das Nachlassverfahren zielt auf die Sanierung oder auf die Bestätigung eines Nachlassvertrages ab, wobei eine Sanierung im weiteren Sinne auch im Rahmen des Nachlassvertrages erfolgen kann, auch wenn das Gesetz sprachlich zwischen Sanierung und Abschluss eines Nachlassvertrages unterscheidet. Obwohl das Gesetz nur eine Sanierung *i.e.S.* ohne Abschluss eines Nachlassvertrages als Sanierung bezeichnet, wird vom Gesetz selbstverständlich ebenfalls anerkannt, dass der Abschluss eines Nachlassvertrages eine Sanierungsform darstellt, wes-

halb eine Sanierung unabhängig davon, ob sie ohne oder mit dem Abschluss eines Nachlassvertrages erfolgt, als Sanierung (allenfalls *i.w.S.*) verstanden wird.<sup>32</sup> Das Nachlassverfahren wurde auf den 1.1.2014 hin teilweise revidiert. Die mit der Revision betraute Expertengruppe erhielt u.a. den Auftrag, bei der Evaluation des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs dem Sanierungsgedanken Priorität zukommen zu lassen.<sup>33</sup> „Die Nachlassstundung soll nach der neuen Konzeption – wie das Chapter 11/Verfahren des US-amerikanischen Rechts – nicht mehr zwingend in einem Nachlassvertrag oder Konkurs enden, sondern vermehrt auch lediglich zu reinen Sanierungszwecken bewilligt werden können.“<sup>34</sup> Dem wurde im revidierten Sanierungsrecht entsprechend Rechnung getragen und es wurde u.a. der Zugang zur Nachlassstundung und zum Nachlassvertrag erleichtert.<sup>35</sup> Weiter wurden punktuelle Änderungen zur Verbesserung der Sanierungsfähigkeit des Schuldners erlassen. So ist bspw. das MWSt-Privileg<sup>36</sup> aufgehoben worden und es wurden Bestimmungen zur Auflösung von Dauerschuldverhältnissen sowie zur Betriebsübernahme im Rahmen des Nachlassverfahrens erlassen. Die Aufgaben und Kompetenzen des Sachwalters sowie die Gläubigerrechte wurden erweitert und es wurde auch die Möglichkeit kodifiziert, die Nachlassstundung im Fall einer Sanierung ohne Abschluss eines Nachlassvertrages wieder aufzuheben.<sup>37</sup>

17 Art. 197 Abs. 1 SchKG.

18 *Amonn/Walther*, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 9. Aufl. 2013, § 35 Nr. 1 f.

19 Art. 204 Abs. 1 SchKG; KUKO-SchKG/*Stöckli/Possa* (Fn. 16), Art. 204 Nr. 1.

20 BGE 132 III 432 E. 2.4 (Urteil des Bundesgerichts); KUKO-SchKG/*Stöckli/Possa* (Fn. 16), Art. 204 Nr. 1.

21 *Hunkeler*, ZInsO 2000, 293 ff.; Art. 223 SchKG i.V.m. Art. 238 SchKG.

22 Art. 221 ff., 235, 243 und Art. 252 ff. SchKG, wobei auch der freihändige Verkauf einen Akt der Zwangsverwertung darstellt.

23 Art. 232 ff. SchKG.

24 Art. 208 SchKG, mit Ausnahme derjenigen, die durch seine Grundstücke pfandrechtl. gedeckt sind.

25 Art. 211 SchKG.

26 Art. 247 ff. SchKG.

27 Art. 219 Abs. 4 SchKG. So werden insbesondere die Forderungen der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis, die nicht früher als 6 Monate vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind, bis zu einer bestimmten Maximalhöhe in der 1. Klasse privilegiert. Weitere Privilegien in der 1. bzw. 2. Klasse genießen u.a. Forderungen im Zusammenhang mit den Sozialversicherungen. Alle übrigen, nicht privilegierten und ungesicherten Forderungen fallen in die 3. Klasse.

28 Art. 261 ff. SchKG.

29 Art. 265 SchKG.

30 Art. 158 ff. HRegV (Handelsregisterverordnung – HRegV) v. 17.10.2007 (HRegV SR 221.411).

31 *Possa*, Die Verwertung von Stockwerkanteilen im Insolvenzverfahren, in: Luzerner Tagung des Stockwerkeigentums, 2017, S. 123.

32 S. Art. 293a Abs. 3 SchKG e contrario; KUKO SchKG/*Hunkeler* (Fn. 16), vor Art. 293 - 336, Nr. 14 f.

33 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010, 6455, 6459.

34 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010, 6455, 6456.

35 KUKO-SchKG/*Hunkeler* (Fn. 16), vor Art. 293 - 335 Nr. 24 ff.

36 *Possa*, Gefährdung von Sanierungen durch ungerechtfertigte Privilegierung der MWSt im Schuldbetriebs- und Konkursrecht, 4.6.2012 in [www.accountingundcontrolling.ch](http://www.accountingundcontrolling.ch).

37 Art. 296a Abs. 1 SchKG.



Wie beim Konkurs handelt es sich um ein Verfahren zur kollektiven Bereinigung der schuldnerischen Verbindlichkeiten und, je nach Ausgestaltung, zur Verwertung und Verteilung der Aktiven des Schuldners bzw. des Verwertungserlöses an die Gläubiger.<sup>38</sup> Unter Mitwirkung und Aufsicht des Gerichts und eines Sachwalters werden mit Zustimmung einer bestimmten Mehrheit der Gläubiger die Schulden für alle Gläubiger in verbindlicher Weise getilgt.<sup>39</sup>

Das Nachlassverfahren beginnt mit der Nachlassstundung und endet meistens, aber nicht zwingend,<sup>40</sup> mit dem Abschluss eines Nachlassvertrags.<sup>41</sup> Das Nachlassverfahren gemäß SchKG und der daraus resultierende Nachlassvertrag hat nichts mit einem erbrechtlichen Nachlass oder einem privatrechtlichen Vertrag zu tun.<sup>42</sup> Wie es aber der Begriff „Nachlass“ indiziert, geht es um das „Nachlassen“ bzw. um das „Erlassen“ einer Schuld.

Anders als im Konkursverfahren, in welchem die Konkursöffnung zur sofortigen Stilllegung und Schließung des Unternehmens führt,<sup>43</sup> wird der Betrieb bzw. die Unternehmenstätigkeit auch nach Verfahrenseröffnung fortgeführt und gewährleistet.<sup>44</sup> Wie in Art. 298 Abs. 1 SchKG ausgeführt, kann der Schuldner seine Geschäftstätigkeit unter der Aufsicht des Sachwalters fortsetzen.

Selbst wenn eine eigentliche Sanierung und Fortführung der Gesellschaft letztendlich nicht gelingen und die Gesellschaft im Rahmen des sog. Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung<sup>45</sup> liquidiert werden sollte, so kann doch auf diesem Weg für die Gläubiger i.d.R. ein besseres Ergebnis erzielt werden, als dies im Konkursverfahren mit der sofortigen Betriebschließung der Fall wäre.

Das Nachlassverfahren bietet verschiedene Sanierungsmöglichkeiten und Nachlassverträge und Kombinationen davon an:

#### a) Sanierung vor Ablauf der Nachlassstundung ohne Nachlassvertrag gemäß Art. 296a SchKG

Gelingt eine Sanierung vor Ablauf der Nachlassstundung und kommt es gar nicht zum Zustimmungsverfahren über einen Nachlassvertrag, so hebt das Nachlassgericht die Nachlassstundung von Amts wegen auf.<sup>46</sup> In diesem Fall kommt der Nachlassstundung die Bedeutung eines Moratoriums zu.<sup>47</sup> Da das „Gelingen“ der Sanierung im Gesetz nicht genauer umschrieben ist, wird das Nachlassgericht im Einzelfall prüfen müssen, ob die Sanierung „gelingen“ ist. Wird z.B. das Gelingen einer Kapitalerhöhung bzw. einer Kapitalherabsetzung mit anschließender Kapitalerhöhung als Grund für das provisorische Nachlassstundungsgesuch angegeben, so muss der Nachweis der erfolgreichen Durchführung der Kapitalerhöhung bzw. Kapitalherabsetzung mit anschließender Kapitalerhöhung erbracht werden. Diese Maßnahmen werden häufig im Zusammenhang mit der Beseitigung der (drohenden) Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit durchgeführt.<sup>48</sup> Neben der Formulierung im provisorischen Sanierungsplan<sup>49</sup>

wird bei der Beurteilung, ob die Sanierung gelungen ist, auch die aktuelle wirtschaftliche Lage berücksichtigt werden.<sup>50</sup> Möglich ist auch, dass eine Sanierung aufgrund einer sog. „Prepack“-Lösung erreicht wird, wenn bspw. aus dem Verwertungserlös im Rahmen einer „Prepack“-Lösung die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung beseitigt werden kann bzw. damit die Gläubiger befriedigt werden können und der Fortbestand des Unternehmens weiterhin gewährleistet ist. Beim „Prepack“ geht es darum, dass eine Sanierungslösung schon vor der Nachlassstundung weitgehend vorbereitet wird. Diese kann bspw. die Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils vorsehen. Das mit „*allen erforderlichen Beteiligten geschnürte Paket (Prepack-Nachlass-Lösung) wird nach bewilligter Nachlassstundung unter Mitwirkung des Nachlassgerichts und des Sachwalters als verbindlich erklärt und vollzogen*“.<sup>51</sup>

Wurde die Gesuchseinreichung<sup>52</sup> mit einer bestehenden und dem Nachlassrichter angezeigten Überschuldung begründet, so wird dem Nachlassgericht eine aktuelle, geprüfte Zwischenbilanz des Schuldners vorgelegt werden, inklusive dem dazugehörigen Bericht der Revisionsstelle, aus welchem hervorgeht, dass die Überschuldung beseitigt worden ist. Falls bei der Gesuchseinreichung eine drohende Überschuldung geltend gemacht wurde, so muss dem Nachlassgericht nachgewiesen werden, dass die Bedrohung nicht mehr besteht. Es ist der Nachlassrichter, der letztendlich bestimmt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit er die Nachlassstundung aufheben kann.<sup>53</sup>

Wurde als Grund für das Gesuch um Gewährung einer provisorischen Nachlassstundung die eingetretene oder drohende Zahlungsunfähigkeit geltend gemacht, wird der Schuldner nachweisen müssen, dass diese weggefallen ist, falls er die Aufhebung der Nachlassstundung erreichen will. Dabei wird genügen, dass der Schuldner den Nachweis erbringt, dass er aufgrund der liquiden Mittel in der Lage ist, all seinen früheren Verpflichtungen nachzukommen und diese in absehbarer Zeit zu erfüllen. Die Verpflichtungen, die seit Gewährung der Nachlassstundung entstanden sind, müssen als

38 Hunkeler, ZInsO 2000, 293 ff.

39 Amonn/Walther (Fn. 18), § 53 Nr. 9.

40 Die Nachlassstundung wird aufgehoben, falls die Sanierung vor Ablauf der Nachlassstundung gelingt, weshalb es hier keines Nachlassvertrags bedarf (Art. 296a Abs. 1 SchKG).

41 Ianni, Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts, 2014, S. 4.

42 Hunkeler, ZInsO 2000, 293 ff.

43 S. Nr. I.2. und Fn. 21 hiavor.

44 Hunkeler, ZInsO 2000, 293 ff.

45 S. nachstehend Nr. II.1.c) und Nr. II.2.h).

46 Art. 296a Abs. 1 SchKG.

47 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 296a Nr. 2.

48 S. Nr. II.1.a).

49 Art. 293 lit. a i.f. SchKG.

50 Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK-SchKG EB)/Bauer, Ergänzungsbd. zur 2. Aufl. 2017, Art. 296a Nr. 4.

51 Vandebroek/Hunkeler, SJZ 113 (2017) Nr. 16/17, 389, 392.

52 Art. 293 lit. a oder b SchKG.

53 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 296a Nr. 5.



Masseverpflichtungen vollständig befriedigt oder sichergestellt sein. Falls eine drohende Zahlungsunfähigkeit geltend gemacht wurde, muss deren Wegfall nachgewiesen werden.<sup>54</sup>

Während der Dauer der Nachlassstundung gelingt eine Sanierung auch dann, wenn sämtliche Forderungen befriedigt werden können. Der Grund für die Einreichung des Gesuchs um Nachlassstundung könnte z.B. die vorübergehende Zahlungsunfähigkeit aufgrund einer Verzögerung eines größeren Geldeinganges sein. Nach Eingang dieses Geldbetrags können die Gläubiger vollständig bezahlt werden. Eine vollständige Bezahlung kann allenfalls auch aufgrund einer erfolgreichen Kapitalerhöhung oder „Prepack“-Lösung usw. erfolgen.

Mit Zustimmung sämtlicher Gläubiger (insbesondere auch der Arbeitnehmer mit privilegierten Forderungen) kann während der Nachlassstundung eine Sanierung umgesetzt werden, bei welcher die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderungen, ohne Abschluss eines gerichtlichen Nachlassvertrags, verzichten. Voraussetzung ist, dass sämtliche Gläubiger im gleichen Verhältnis befriedigt werden. Falls eine ungleichmäßige Befriedigung erfolgen soll, ist nebst der Zustimmung zum Forderungsverzicht auch die Zustimmung der Gläubiger notwendig, die weniger erhalten als andere Gläubigergruppen. Es kann z.B. vorgesehen sein, dass Forderungen unter 1.000 CHF vollständig befriedigt werden sollen und die anderen Gläubiger z.B. 30 % ihrer anerkannten Forderungen erhalten. Die zweite Kategorie Gläubiger muss somit nicht nur dem Forderungsverzicht in der Höhe von 70 % zustimmen, sondern auch der Regelung, dass die erste Kategorie Gläubiger vollständig befriedigt wird. Eine solche Sanierung lehnt sich stark an einen außergerichtlichen Nachlassvertrag an mit dem Vorteil, dass die Verhandlungen im geschützten Rahmen des Nachlassverfahrens geführt werden können. Aufgrund der Tatsache, dass sämtliche Gläubiger, welche nicht vollständig befriedigt werden, zustimmen müssen, kommt ein solches Verfahren nur bei einfachen Verhältnissen und einer kleinen Gläubigerzahl in Frage.

## b) Sanierung (i.w.S.) durch Abschluss eines Nachlassvertrags: Grundtypen des Nachlassvertrags

Um den wirtschaftlichen und tatsächlichen Gegebenheiten gerecht zu werden, sieht das Gesetz verschiedene Erscheinungsformen des Nachlassvertrags vor. Es werden drei Grundtypen unterschieden, wobei auch Kombinationen davon möglich sind.<sup>55</sup>

### aa) Stundungsvergleich

Der ordentliche Nachlassvertrag gem. Art. 314 SchKG kann in der Form eines *Stundungsvergleichs* ausgestaltet sein. In diesem Fall verzichten die Gläubiger grds. nicht auf ihre Forderungen, sondern nur auf deren Geltendmachung während einer bestimmten Zeit nach Bestätigung des Nachlassvertrags. Es wird die Fälligkeit der Forderung für eine bestimmte Zeit hinausgeschoben.<sup>56</sup> Dem Schuldner kann nebst der

Stundung der Zahlung auch die Möglichkeit von Ratenzahlungen gewährt werden. Statt einer Barzahlung besteht neu auch die Möglichkeit, dass der Schuldner den Gläubigern auch Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der Schuldnerin oder an einer Auffanggesellschaft ausrichtet, die wertmäßig der Höhe der jeweiligen Forderungen entsprechen müssen.<sup>57</sup>

### bb) Dividendenvergleich

Beim Dividendenvergleich, auch Prozentvergleich genannt, erhalten alle dem Nachlassvertrag unterliegenden Gläubiger eine im Nachlassvertrag genau festgelegte Dividende (Quote) ihrer ursprünglichen Forderung.<sup>58</sup> Nebst der genauen Angabe der Höhe des Verzichts in Prozent, muss der Nachlassvertrag auch erwähnen, wie die Verpflichtungen des Schuldners erfüllt und allenfalls sichergestellt werden.<sup>59</sup> Die Zahlung besteht in einem prozentualen Anteil der ausstehenden Forderung. Der Nachlassvertrag kann z.B. vorsehen, dass die Gläubiger 20 % auf den angemeldeten und anerkannten Forderungen erhalten und sich mit deren Bezahlung als vollständig befriedigt erklären und somit implizit per Saldo aller Ansprüche auf 80 % ihrer ursprünglichen Forderung verzichten. Ziel beim ordentlichen Nachlassvertrag ist die Sanierung des Schuldners und der Fortbestand der Unternehmung, weshalb es beim Dividendenvergleich nicht primär um die Verwertung des Betriebs oder von Betriebsteilen zwecks Sanierung geht, obwohl eine Verwertung von gewissen Aktiven zur Finanzierung der Sanierung ebenfalls möglich ist. Dies kann auch in Form einer „Prepack“-Lösung geschehen, falls der Fortbestand der Gesellschaft gewährleistet ist, anderenfalls den Gläubigern ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung<sup>60</sup> unterbreitet werden müsste. Eine mögliche Form der Sanierung kann auch darin bestehen, dass der Schuldner eine Auffanggesellschaft gründet und mit betriebsnotwendigen Aktiven und dem erforderlichen Personal ausstattet und an einen oder mehrere Investoren verkauft auch wenn dadurch ein Teil des Unternehmens an einen Dritten verkauft wird.<sup>61</sup> Wie beim hiervor erwähnten Stundungsvergleich kann die Nachlassdividende ganz oder teilweise aus Anteils- und Mitgliedschaftsrechten an der Schuldnerin oder an einer Auffanggesellschaft bestehen,<sup>62</sup> allenfalls auch in Form einer „Prepack“-Nachlasslösung.<sup>63</sup> Mit Abschluss des Nachlassvertrags verlieren die Gläubiger sowohl ihre aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe des Schuldners als auch ihre pau-

54 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 296a Nr. 6.

55 Amonn/Walther (Fn. 18), § 53 Nr. 14 ff.

56 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 314 Nr. 7; Amonn/Walther (Fn. 18), § 53 Nr. 15.

57 Art. 314 Abs. 1bis SchKG; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 314 Nr. 7.

58 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 314 Nr. 3; Amonn/Walther (Fn. 18), § 53 Nr. 16.

59 Art. 314 Abs. 1 SchKG.

60 S. Nr. II.1.cc).

61 BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 314 Nr. 6b und 6d.

62 Art. 314 Abs. 1bis SchKG; BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 314 Nr. 6d; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 314 Nr. 3.

63 Vandebroek/Hunkeler, SJZ 113 (2017) Nr. 16/17, 389, 392.



lianischen Anfechtungsansprüche gegen Begünstigte des Schuldners.<sup>64</sup>

### cc) Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Durch den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, auch Liquidationsvergleich genannt, wird den Gläubigern das Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen eingeräumt oder dieses Vermögen Dritten ganz oder teilweise abgetreten.<sup>65</sup> Das Schuldnervermögen soll somit dazu dienen, die Gläubiger aus dem Verwertungserlös zu befriedigen.<sup>66</sup> Die Gläubiger üben ihre Rechte durch die Liquidatoren und durch einen Gläubigerausschuss aus, welche anlässlich einer Gläubigerversammlung gewählt werden, wobei die Sachwalter Liquidatoren sein können.<sup>67</sup> Die Verwertung durch den Liquidator findet im Rahmen des sich an die Nachlassstundung anschließenden Nachlassliquidationsverfahrens statt. Sofern das Ziel des Nachlassverfahrens der Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung ist, sind verschiedene Ausgestaltungen möglich: Er kann „lediglich“ die Liquidation sämtlicher Vermögenswerte zum Ziel haben, welche durch das geordnete Herunterfahren des Betriebs (im Gegensatz zur sofortigen Schließung im Konkurs) die Optimierung des Liquidationsergebnisses zum Ziel hat, insbesondere auch durch die Reduktion von privilegierten Forderungen durch die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist. Möglich ist auch die Übernahme des Betriebs oder von Betriebsteilen durch eine bestehende oder neu zu gründende Auffanggesellschaft (was faktisch, durch den Fortbestand des Betriebs oder Betriebsteil in der Auffanggesellschaft, ebenfalls einer Sanierung i.w.S. gleichkommt). Eine Lösung im Rahmen einer Auffanggesellschaft kann mit Zustimmung des Nachlassrichters bzw., sofern ein solcher vorhanden ist, des Gläubigerausschusses bereits während der provisorischen oder definitiven Nachlassstundung erfolgen.<sup>68</sup> Die bereits hier vor erwähnten „Prepack“-Nachlass-Lösungen<sup>69</sup> sind insbesondere für Fälle prädestiniert, bei welchen bereits vor Gesuchseinreichung der Verkauf des Betriebs oder wesentlicher Betriebsteile während der Nachlassstundung geplant wird, mit dem Ziel der anschließenden Liquidation des Schuldners. Der Erlös aus dem Verkauf des Betriebs oder der Betriebsteile dient zusammen mit dem Erlös aus der Verwertung der allfälligen restlichen Vermögenswerte des Nachlassschuldners zur Zahlung einer Nachlassdividende an die Gläubiger.

## 2. Nachlassstundung

### a) Einleitung des Verfahrens

Das Nachlassverfahren kann durch Gesuch des Schuldners, eines Gläubigers oder von Amts wegen eingeleitet werden.<sup>70</sup>

Der Schuldner kann einen Antrag auf Gewährung einer provisorischen Nachlassstundung einreichen, auch wenn kein Insolvenzgrund (d.h. keine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit) vorliegt.<sup>71</sup> Lediglich einem missbräuchlichen Gesuch darf das Nachlassgericht nicht stattgeben.<sup>72</sup> Dem Gesuch sind eine aktuelle Bilanz, eine Erfolgsrechnung und Liquiditätsplanung oder entsprechende Unterlagen, aus denen

die derzeitige und künftige Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage des Schuldners ersichtlich ist, sowie ein provisorischer Sanierungsplan beizulegen.<sup>73</sup> An den Sanierungsplan sollten im Rahmen des Bewilligungsverfahrens nur geringe inhaltliche Anforderungen gestellt werden.<sup>74</sup> Entsprechend handelt es sich gemäß Wortlaut des Gesetzes um einen *provisorischen Sanierungsplan*.<sup>75</sup> Der Schuldner soll in diesem ausführen, wie er seine Sanierung bewerkstelligen will, d.h., ob er eine Sanierung mittels Abschluss eines Nachlassvertrags anstrebt oder eine Sanierung ohne einen Nachlassvertrag.<sup>76</sup> Genauere Aussagen über die allfällige Höhe der Nachlassdividende müssen nicht gemacht werden.<sup>77</sup> Der Schuldner ist auch nicht an diesen Sanierungsplan gebunden. Je nach Verlauf des Verfahrens kann z.B. von einer Sanierung ohne Nachlassvertrag ohne Weiteres auf eine solche mit einem Nachlassvertrag oder von einem ordentlichen Nachlassvertrag auf einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gewechselt werden.

Weniger hohe Anforderungen stellt das Gesetz an das Gesuch des Gläubigers. Er muss lediglich nachweisen, dass er berechtigt wäre, ein Konkursbegehren zu stellen,<sup>78</sup> und zwar auch dann, wenn seine Forderung privilegiert oder pfandgesichert ist.<sup>79</sup> Es genügt auch, wenn er die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung<sup>80</sup> verlangen kann. Er braucht kein begründetes Gesuch einzureichen, wie das noch unter altem Recht notwendig war.

Von Amts wegen kann das Konkursgericht den Entscheid über die Konkurserkenntnis aussetzen, wenn Anhaltspunkte für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags bestehen.<sup>81</sup> Dies ist auch möglich, wenn Aussicht auf Sanierung besteht, auch wenn dies im Gesetz nicht speziell erwähnt wird.<sup>82</sup>

64 Art. 752 ff. OR für Verantwortlichkeitsansprüche, Art. 285 ff. SchKG für paulianische Anfechtungsansprüche; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 314 Nr. 3.

65 Art. 317 Abs. 1 SchKG.

66 Amonn/Walther (Fn. 18), § 53 Nr. 17.

67 Art. 317 Abs. 2 SchKG.

68 Art. 298 Abs. 2 SchKG.

69 S. Nr. II.1.a); Vandebroek/Hunkeler, SJZ 113 (2017) Nr. 16/17, 389, 392.

70 Art. 293 SchKG.

71 Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreuung und Konkurs (BSK-SchKG)/Vollmer, 2. Aufl. 2010, Art. 293 Nr. 20; Oehri, Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Diss., 2018, Nr. 20; Hunkeler, ZInsO 2000, 293 ff.

72 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 293 Nr. 10; BGE 120 III 94.

73 Art. 293 lit. a SchKG.

74 Oehri (Fn. 71), Nr. 21.

75 Art. 293 lit. a SchKG.

76 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 293 Nr. 13; Oehri (Fn. 71), Nr. 21.

77 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 293 Nr. 16.

78 Art. 166, 188 und Art. 190 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SchKG; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 293 Nr. 44.

79 Art. 293 lit. b SchKG; BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 293 ad Nr. 24 ff. e.; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 293 Nr. 44.

80 Art. 190 SchKG.

81 Art. 293 lit. c SchKG und Art. 173a Abs. 2 SchKG.

82 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 293 Nr. 48; BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 293 ad Nr. 29a.



## b) Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung

Sofern das Gesuch um provisorische Nachlassstundung die Voraussetzungen gem. Art. 293 SchKG erfüllt, bewilligt das Nachlassgericht *unverzüglich* eine provisorische Stundung und trifft von Amts wegen weitere Maßnahmen, die zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens notwendig sind.<sup>83</sup> Es findet grds. keine Verhandlung statt und es müssen auch keine Gläubiger oder andere Drittpersonen durch das Gericht angehört werden.<sup>84</sup> Für die Bewilligung der provisorischen Stundung werden keine hohen Anforderungen gestellt.<sup>85</sup> Nur wenn *offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht*, eröffnet das Nachlassgericht von Amts wegen den Konkurs.<sup>86</sup> Die provisorische Nachlassstundung kann höchstens für die Dauer von 4 Monaten gewährt werden.<sup>87</sup> Das Nachlassgericht setzt i.d.R. einen oder mehrere provisorische Sachwalter ein, die die Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags prüfen sollen.<sup>88</sup> Der Sachwalter wird vor Ablauf der provisorischen Nachlassstundung einen provisorischen Sachwalterbericht zu Händen des Nachlassgerichts über seine Tätigkeit und das Ergebnis seiner Abklärungen verfassen. Er wird darlegen, ob Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht<sup>89</sup> und einen entsprechenden Antrag zu Händen des Gerichts stellen unter Beilage der entsprechenden Akten. Nebst den Maßnahmen des Nachlassgerichts, welches dem Sachwalter für deren Umsetzung oder Überwachung bereits (implizit) gewisse Aufgaben auferlegen kann, verweist das Gesetz für dessen Aufgaben generell auf die Bestimmungen der definitiven Nachlassstundung.<sup>90</sup> Hinsichtlich der Aufgaben des provisorischen Sachwalters kann deshalb auf die nachstehenden Ausführungen zur definitiven Nachlassstundung verwiesen werden.<sup>91</sup> In begründeten Fällen kann das Nachlassgericht auf die Einsetzung eines Sachwalters verzichten.<sup>92</sup> Grds. ist die provisorische Nachlassstundung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) sowie in den betroffenen kantonalen Amtsblättern zu publizieren. Die Publikation dient dem Schutz der Allgemeinheit und unbeteiligter Dritter.<sup>93</sup> Auf Antrag des Schuldners kann in begründeten Fällen darauf verzichtet werden, sofern Dritte, insbesondere die Gläubiger, genügend geschützt sind und ein provisorischer Sachwalter eingesetzt wurde.<sup>94</sup> Die Einsetzung des provisorischen Sachwalters und die Bewilligung der Stundung können nicht angefochten werden.<sup>95</sup> I.Ü. hat die provisorische Nachlassstundung die gleichen Wirkungen wie eine definitive Nachlassstundung, weshalb diesbezüglich ebenfalls auf die nachstehenden Ausführungen verwiesen werden kann.<sup>96</sup>

## c) Bewilligung der definitiven Nachlassstundung

Wenn sich während der *provisorischen* Nachlassstundung herausstellt, dass Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht, bewilligt das Nachlassgericht eine *definitive* Nachlassstundung für weitere 4 – 6 Monate.<sup>97</sup> Das Nachlassgericht entscheidet von Amts wegen vor Ablauf der provisorischen Nachlassstundung.<sup>98</sup> Anders als bei der provisorischen Nachlassstundung ist eine Vorladung des Schuldners (und ggf. des antragstellenden Gläubigers)

gesetzlich vorgeschrieben und das Nachlassgericht kann auch weitere Gläubiger anhören.<sup>99</sup> Der Sachwalter erstattet mündlich oder schriftlich Bericht,<sup>100</sup> wobei in der Praxis die Berichterstattung in den allermeisten Fällen schriftlich erfolgt. Das Nachlassgericht wird den provisorischen Sachwalter im Entscheid über die Gewährung der provisorischen Nachlassstundung anhalten, einen entsprechenden Bericht auf die Verhandlung hin für den Entscheid über die definitive Nachlassstundung einzureichen.

Das Nachlassgericht ernannt einen oder mehrere Sachwalter<sup>101</sup> und setzt, *wo es die Umstände erfordern*, einen Gläubigerausschuss ein, in welchem die verschiedenen Gläubigerkategorien angemessen vertreten sein müssen.<sup>102</sup> In diesen Fällen beaufsichtigt Letzterer den Sachwalter, kann Empfehlungen erteilen und anstelle des Nachlassgerichts genehmigungsbedürftige Geschäfte ermächtigen.<sup>103</sup> Das Nachlassgericht hat die *definitive* Nachlassstundung öffentlich bekannt zu machen und dem Betreibungs-, Handelsregister- und Grundbuchamt mitzuteilen.<sup>104</sup> Der Entscheid des Nachlassgerichts kann, anders als der Entscheid über die provisorische Nachlassstundung,<sup>105</sup> angefochten werden.<sup>106</sup> Falls keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht, eröffnet das Nachlassgericht den Konkurs von Amts wegen.<sup>107</sup>

Die gewährte definitive Nachlassstundung von 4 – 6 Monaten kann auf Antrag des Sachwalters auf 12, und in besonders komplexen Fällen auf maximal 24 Monate verlängert werden.<sup>108</sup> Falls die Verlängerung über 12 Monate hinaus-

83 Art. 293a Abs. 1 SchKG.

84 *Amonn/Walther* (Fn. 18), § 54 Nr. 12; KUKO-SchKG/*Hunkeler* (Fn. 16), Art. 293a Nr. 10 ff.; *Oehri* (Fn. 71), Nr. 22.

85 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BB1 2010, 6455, 6480; KUKO-SchKG/*Hunkeler* (Fn. 16), Art. 293a Nr. 5; BSK-SchKG *EB/Bauer* (Fn. 50), Art. 293a Nr. 5; *Oehri* (Fn. 71), Nr. 23.

86 Art. 293a Abs. 3 SchKG.

87 Art. 293a Abs. 2 SchKG.

88 Art. 293b Abs. 1 SchKG.

89 Art. 294 Abs. 1 SchKG.

90 Art. 293b Abs. 1 SchKG.

91 S. Nr. II.2.f).

92 Art. 293b Abs. 2 SchKG.

93 *Oehri* (Fn. 71), Nr. 27.

94 Art. 293c Abs. 2 und Abs. 2 lit. d SchKG; *Ianni* (Fn. 41), S. 5.

95 Art. 293d SchKG.

96 Art. 293c Abs. 1 SchKG; s. Nr. II.2.d).

97 Art. 294 Abs. 1 SchKG.

98 Art. 294 Abs. 1 i.f. SchKG.

99 Art. 294 Abs. 2 SchKG; KUKO-SchKG/*Hunkeler* (Fn. 16), Art. 294 Nr. 3.

100 Art. 294 Abs. 2 SchKG.

101 Art. 295 Abs. 1 SchKG.

102 Art. 295a Abs. 1 SchKG.

103 Art. 295a Abs. 2 und 3, Art. 298 Abs. 2 SchKG; s. Nr. II.2.e).

104 Art. 296 SchKG.

105 Art. 293d SchKG.

106 Art. 295c Abs. 1 SchKG.

107 Art. 294 Abs. 3 SchKG.

108 Art. 295b Abs. 1 SchKG.



geht, hat der Sachwalter eine (außerordentliche) Gläubigerversammlung durchzuführen, welche vor Ablauf des neunten Monats seit der Bewilligung der definitiven Nachlassstundung stattfinden muss.<sup>109</sup> Es finden die Bestimmungen der ordentlichen Gläubigerversammlung sinngemäß Anwendung.<sup>110</sup>

Von Amts wegen wird vor Ablauf der Stundung der Konkurs eröffnet, falls dies zur Erhaltung des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist, offensichtlich keine Aussicht mehr auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht oder der Schuldner Art. 298 SchKG<sup>111</sup> oder den Weisungen des Sachwalters zuwiderhandelt.<sup>112</sup>

#### d) Wirkungen der Nachlassstundung für die Gläubiger

Die Hauptwirkung der Nachlassstundung besteht darin, dass sie den Schuldner vor gewissen Handlungen seiner Gläubiger schützt. Die provisorische<sup>113</sup> und definitive Nachlassstundung haben insbesondere folgende Wirkungen:<sup>114</sup>

- Während der Nachlassstundung können gegen den Schuldner Beteiligungen weder neu eingeleitet noch fortgesetzt werden (mit Ausnahme der Beteiligung auf Pfandverwertung für Grundpfandgesicherte Forderungen, wobei die Verwertung des Grundpfandes ausgeschlossen bleibt).<sup>115</sup>
- Der Arrest und andere Sicherungsmaßnahmen sind nicht mehr möglich.<sup>116</sup>
- Die Abtretung zukünftiger Forderungen vor der Bewilligung der Nachlassstundung entfaltet keine Wirkung mehr.<sup>117</sup>
- Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren über Nachlassforderungen werden, mit Ausnahme dringlicher Fälle, sistiert.<sup>118</sup>
- Die Verjährungs- und Verwirkungsfristen stehen still.<sup>119</sup>
- Der Zinsenlauf steht, mit Ausnahme für die pfandgesicherten Forderungen, still.<sup>120</sup>
- Für die Verrechnungen gelten die Konkursbestimmungen von Art. 213 f. SchKG.<sup>121</sup> Grds. ist somit eine Verrechnung möglich.<sup>122</sup> Sie ist jedoch insbesondere ausgeschlossen, wenn ein Schuldner des Nachlassschuldners erst nach der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung dessen Gläubiger wird, außer er habe eine vorher eingegangene Verpflichtung erfüllt oder eine für die Schuld des Schuldners als Pfand haftende Sache eingelöst, an der ihm das Eigentum oder ein beschränkt dingliches Recht zusteht oder wenn ein Gläubiger des Nachlassschuldners erst nach Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung Schuldner desselben oder der Nachlassmasse wird.<sup>123</sup> Anfechtbar ist eine Verrechnung dann, wenn ein Schuldner des Nachlassschuldners, in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Nachlassschuldners, eine Forderung gegen denselben erworben hat, um sich oder einem anderen durch die Verrechnung einen Vorteil zu verschaffen, unter Beeinträchtigung der anderen Gläubiger bzw. der Nachlassmasse.<sup>124</sup>
- Wie auch im Konkursverfahren werden Forderungen von Gläubigern, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, in Geldforderungen umgewandelt, sobald der Sachwalter der Vertragspartei die Umwandlung der Forderung mitteilt.<sup>125</sup>
- Durch die Bewilligung der Nachlassstundung werden Dauerschuldverhältnisse, unter Vorbehalt von vertraglichen Abmachungen, grds. nicht tangiert bzw. aufgelöst.<sup>126</sup> Allerdings kann der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters Dauerschuldverhältnisse jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen. Allerdings darf die Kündigung nur ausgesprochen werden, wenn die Weiterführung des Dauerschuldverhältnisses den *Sanierungszweck vereiteln würde*.<sup>127</sup> Anstelle der vertragsgemäßen Forderung des Gläubigers tritt eine Entschädigungsforderung.<sup>128</sup> Diese Entschädigungsforderung gilt als Nachlassforderung, fällt somit unter den Nachlassvertrag und wird lediglich dividendenberechtigt sein.<sup>129</sup>
- Anders als im Konkursverfahren<sup>130</sup> führt die Bewilligung der Nachlassstundung nicht zur Fälligkeit aller Forderungen gegenüber dem Schuldner.<sup>131</sup>

109 Art. 295b Abs. 2 SchKG. Es handelt sich um eine reine Ordnungsvorschrift, deren Nichteinhaltung nicht die automatische Konkursöffnung zur Folge hat, so auch BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 295b Nr. 14; Kren Kostkiewicz, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl. 2014, Nr. 1698; andere Meinung KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 295b Nr. 7; Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs-SchKG (SK-SchKG)/Umbach/Kesselbach/Fink, 4. Aufl., basierend auf der 1911 erschienenen 3. Aufl. 2017, Art. 295b Nr. 8.

110 Art. 295b Abs. 2 i.f. SchKG i.V.m. Art. 301 SchKG.

111 Art. 296b lit. c SchKG, falls der Schuldner die gem. Art. 298 SchKG auferlegten Verfügungsbeschränkungen missachtet; s. Nr. II.2.e).

112 Art. 296b lit. c SchKG.

113 Art. 293c Abs. 1 SchKG.

114 Art. 297 f. SchKG; Possa (Fn. 31), S. 128.

115 Art. 297 Abs. 1 SchKG.

116 Art. 297 Abs. 3 SchKG.

117 Art. 297 Abs. 4 SchKG.

118 Art. 297 Abs. 5 SchKG.

119 Art. 297 Abs. 6 SchKG.

120 Art. 297 Abs. 7 SchKG.

121 Art. 297 Abs. 8 SchKG.

122 Art. 297 Abs. 8 SchKG i.V.m. Art. 213 Abs. 1 SchKG.

123 Art. 297 Abs. 8 SchKG i.V.m. Art. 213 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SchKG.

124 Art. 297 Abs. 8 SchKG i.V.m. Art. 214 SchKG.

125 Art. 297 Abs. 9 SchKG; BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 297 Nr. 15; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 297 Nr. 54 ff.

126 Art. 297a SchKG e contrario; BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 297a Nr. 3; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 297a Nr. 1.

127 Art. 297a SchKG; BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 297a Nr. 12 f.; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 297a Nr. 14 ff.

128 Art. 297a SchKG; BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 297a Nr. 20; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 297a Nr. 19 ff.

129 BSK-SchKG EB/Bauer (Fn. 50), Art. 297a Nr. 22; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 297a Nr. 21.

130 Art. 208 SchKG; s. Nr. I.2.

131 Ianni (Fn. 41), S. 6; Amonn/Walther (Fn. 18), § 54 Nr. 35.



### e) Verfügungsfähigkeit des Nachlassschuldners

Der Betrieb wird während der Nachlassstundung durch den Schuldner – unter der Aufsicht des Sachwalters – weitergeführt. Dies stellt bei allen möglichen Sanierungsvarianten einen großen Vorteil des Nachlassverfahrens gegenüber dem Konkursverfahren dar. Bei einem ordentlichen Nachlassvertrag ermöglicht der Weiterbetrieb allenfalls die Beschaffung weiterer Mittel, z.B. durch eine Kapitalerhöhung, bzw. es können in dieser Zeit die notwendigen Mittel erwirtschaftet werden, um eine Nachlassdividende zu finanzieren. Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung erlaubt es die Weiterführung des Geschäftsbetriebs bis zu dessen Liquidation, bestehende Aufträge und Projekte abzuschließen, was zu einer Verbesserung der Vermögenssituation führt (insbesondere auch durch die Reduktion privilegierter Forderungen). Der Weiterbetrieb ermöglicht allenfalls auch den Verkauf von laufenden Betriebsteilen, welche einen höheren Erlös erzielen als die Liquidation des entsprechenden Inventars. Der Schuldner kann seine Geschäftstätigkeit grds. wie bisher unter der Aufsicht des Sachwalters fortsetzen. Zur Umsetzung der Aufsicht erlässt der Sachwalter Weisungen an den Schuldner,<sup>132</sup> welche die Handlungsfreiheit des Schuldners einschränken bzw. ihm zusätzliche Aufgaben auferlegen können (z.B. Erstellung eines regelmäßigen Reportings, Unterbreitung von Bestellungen, Zahlungen nur noch mit Unterschrift und Freigabe des Sachwalters usw.).<sup>133</sup> Das Nachlassgericht kann das Verfügungsrecht bzw. die Geschäftsführungsbefugnis des Schuldners aber auch stufenweise einschränken. Es kann z.B. anordnen, dass gewisse Handlungen nur noch unter der Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können oder dass dem Schuldner die Geschäftsführung vollständig entzogen und diese dem Sachwalter übertragen wird.<sup>134</sup> Ohne Ermächtigung des Nachlassgerichts (oder allenfalls des Gläubigerausschusses) können während der Nachlassstundung Teile des Anlagevermögens nicht mehr in rechtsgültigerweise veräußert oder belastet, Pfänder bestellt, Bürgschaften eingegangen oder unentgeltliche Verfügungen getroffen werden.<sup>135</sup> Die Rechte gutgläubiger Dritter, insbesondere die Rechte der Gegenpartei bei solchen Geschäften, bleiben gewahrt.<sup>136</sup> Der Gutgläuberschutz entfällt aber mit der Publikation der Nachlassstundung.<sup>137</sup> Zum Anlagevermögen i.S.v. Art. 298 Abs. 2 SchKG gehören alle Sachwerte und Vermögenswerte, welche nicht zum Umlaufvermögen gehören, wie Liegenschaften, Produktionsanlagen, Finanzanlagen, Patente und andere immaterielle Anlagen sowie Beteiligungen am Kapital anderer Unternehmen usw.<sup>138</sup>

### f) Aufgaben des Sachwalters und der Ablauf der Nachlassstundung

Der Sachwalter ist das Bindeglied zwischen Schuldner, Gläubigern und dem Nachlassgericht und nimmt eine neutrale und objektive Position ein. Er ist der verlängerte Arm des Nachlassgerichts. Das Gesetz umschreibt seine Aufgaben,<sup>139</sup> wobei das Nachlassgericht ihm weitere Aufgaben zuweisen kann.<sup>140</sup> Der Sachwalter ist hoheitlich tätig.

Der Sachwalter überwacht während der Nachlassstundung die Handlungen<sup>141</sup> und insbesondere auch die Geschäftstätig-

keit des Schuldners<sup>142</sup> und erteilt ihm Weisungen.<sup>143</sup> Er erfüllt die in den Art. 298 – 302 und 304 SchKG bezeichneten Aufgaben (insbesondere Inventaraufnahme, Schuldenruf, Einberufung und Durchführung der Gläubigerversammlung, Verfassen Sachwalterberichte usw.).<sup>144</sup> Weiter erstattet er auf Anordnung des Nachlassrichters Zwischenberichte und orientiert die Gläubiger über den Verlauf der Stundung.<sup>145</sup> Sofern erforderlich entwirft er den Nachlassvertrag, wobei insbesondere die finanziellen Eckdaten mit dem Schuldner besprochen und abgestimmt werden.<sup>146</sup>

Nach seiner Ernennung nimmt der Sachwalter unverzüglich ein Inventar auf und schätzt dieses.<sup>147</sup> Der Schuldenruf erfolgt durch öffentliche Bekanntmachung und Anschreiben der bekannten Gläubiger. Diese werden aufgefordert, ihre Forderungen innert eines Monats anzumelden mit dem Hinweis, dass sie im Unterlassungsfall ihr Stimmrecht im Rahmen der Verhandlungen des Nachlassvertrags verlieren.<sup>148</sup> Anschließend holt er die Erklärungen des Schuldners über die eingegangenen Forderungen ein, wobei er nicht an diese gebunden ist.<sup>149</sup> Gestützt auf die Inventaraufnahme und Schätzung sowie den Schuldenruf erstellt der Sachwalter einen Status über die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten.

Neben der Überwachung bzw. Führung des Geschäftsbetriebs während des Nachlassverfahrens gilt es auch, das Nachlassverfahren selbst zu strukturieren und auf die Sanierung oder den Abschluss eines Nachlassvertrags hinzuarbeiten.<sup>150</sup> Die Sanierung kann jeglicher Art sein und verschiedene Maßnahmen vorsehen. Der Sachwalter kann den Schuldner auch bei Sanierungsbemühungen unterstützen, die keinen Nachlassvertrag zum Ziel haben. Der Nachlassvertrag wird vom Schuldner in Zusammenarbeit mit dem Sachwalter entworfen. Dieser kann, wie bereits erwähnt,<sup>151</sup> in der Form einer Stundung, eines Schuldenschnitts oder einer Vermögensabtretung oder einer Kombination davon ausgestaltet sein.

132 S. auch Art. 296b lit. c. SchKG und Art. 298 Abs. 4 SchKG.

133 *Possa* (Fn. 31), S. 128 f.

134 Art. 298 Abs. 1 SchKG; *Oehri* (Fn. 71), Nr. 34.

135 Art. 298 Abs. 2 SchKG.

136 Art. 298 Abs. 3 SchKG.

137 KUKO-SchKG/*Hunkeler* (Fn. 16), Art. 298 Nr. 30.

138 KUKO-SchKG/*Hunkeler* (Fn. 16), Art. 298 Nr. 14.

139 Art. 295 Abs. 2 SchKG.

140 Art. 295 Abs. 3 SchKG.

141 Art. 295 Abs. 2 lit. b SchKG.

142 Art. 298 Abs. 1 SchKG.

143 Art. 295 Abs. 2 lit. c, Art. 298 Abs. 1 SchKG; s. auch Art. 296b lit. c. SchKG und Art. 298 Abs. 4 SchKG.

144 Art. 295 Abs. 2 lit. c SchKG.

145 Art. 295 Abs. 2 lit. d SchKG.

146 Art. 295 Abs. 2 lit. a SchKG.

147 Art. 299 Abs. 1 SchKG.

148 Art. 300 Abs. 1 SchKG.

149 Art. 300 Abs. 2 SchKG.

150 *Oehri* (Fn. 71), Nr. 35; Art. 293a Abs. 3 SchKG e contrario und Art. 294 Abs. 1 SchKG.

151 S. Nr. 2.1.b).



Nachdem der Entwurf eines Nachlassvertrags steht, lädt der Sachwalter die Gläubiger zur Gläubigerversammlung ein. Die Einberufung erfolgt durch öffentliche Bekanntmachung einen Monat vor der Versammlung und mit Hinweis darauf, dass die Akten während 20 Tagen vor der Versammlung eingesehen werden können.<sup>152</sup> Zusammen mit der Einladung stellt der Sachwalter auch den Status zu, damit sich die Gläubiger ein Bild über die tatsächlichen Verhältnisse machen und den vorgeschlagenen Nachlassvertrag besser beurteilen können. Der Sachwalter erstattet anlässlich der Gläubigerversammlung, welche er leitet, Bericht über die Vermögens-, Ertrags-, oder Einkommenslage des Schuldners.<sup>153</sup> Ebenfalls wird der Nachlassvertrag zur schriftlichen Genehmigung vorgelegt.<sup>154</sup> Eine Abstimmung über den Nachlassvertrag findet anlässlich der Gläubigerversammlung nicht statt. Die Zustimmung kann bis zur gerichtlichen Verhandlung über die Bestätigung des Nachlassvertrags noch erteilt werden.<sup>155</sup> Für den Fall, dass ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vorgeschlagen wird, werden anlässlich der Gläubigerversammlung noch die Liquidationsorgane (Liquidator und Gläubigerausschuss) gewählt.<sup>156</sup>

Die Annahme des Nachlassvertrags bedingt, dass die Gläubiger ihm wie folgt zugestimmt haben:<sup>157</sup>

- die Mehrheit der Gläubiger (50 % plus eine Stimme), die zugleich mindestens 2/3 des Gesamtbetrags der Forderungen vertreten, oder
- 1/4 der Gläubiger, die mindestens 3/4 des Gesamtbetrags der Forderungen vertreten.

Zu berücksichtigen gilt es, dass die privilegierten Forderungen weder für ihre Person noch für ihre Forderungen mitgerechnet werden.<sup>158</sup> Dies hängt damit zusammen, dass die vollständige Befriedigung dieser Forderungen für die Bestätigung des Nachlassvertrags hinlänglich sichergestellt sein muss.<sup>159</sup> Pfandgesicherte Forderungen werden nur in dem Umfang mitgezählt, als sie gemäß Schätzung des Sachwalters ungedeckt sind, da pfandgesicherte Forderungen nicht dem Nachlassvertrag unterliegen.<sup>160</sup> Weiter wird der Nachlassrichter darüber befinden, ob und zu welchem Betrag bedingte Forderungen, solche mit einer ungewissen Verfallzeit sowie bestrittene Forderungen mitzuzählen sind,<sup>161</sup> wobei der Sachwalter in seinem Bericht diesbezüglich Ausführungen machen wird.

### g) Bestätigung des Nachlassvertrags

Im Bestätigungsverfahren überprüft der Nachlassrichter den von den Gläubigern mehrheitlich angenommenen Nachlassvertrag. Im Fall der Bestätigung erklärt er ihn durch Entscheid für alle Gläubiger verbindlich oder lehnt diesen ab.<sup>162</sup> Zu diesem Zweck reicht der Sachwalter dem Nachlassgericht vor Ablauf der Stundung seinen Sachwalterbericht ein, zusammen mit den Aktenstücken und orientiert darin über die bereits erfolgten Zustimmungen und empfiehlt die Bestätigung oder Ablehnung des Nachlassvertrags.<sup>163</sup> Es findet eine öffentliche Verhandlung statt, zu welcher der Schuldner und die Gläubiger eingeladen werden.<sup>164</sup> Ort und Zeit werden öffentlich bekanntgemacht und den Gläubigern wird angezeigt, dass sie Einwendungen gegen den Nachlassvertrag in der Verhandlung anbringen können.<sup>165</sup> Sie können aber auch schriftlich Stellung nehmen.<sup>166</sup> Das

Nachlassgericht entscheidet beförderlich anlässlich des Termins.<sup>167</sup> Es kann eine ungenügende Regelung im Nachlassvertrag auf Antrag oder von Amts wegen ergänzen.<sup>168</sup>

Die Bestätigung wird an die Voraussetzungen geknüpft, dass:<sup>169</sup>

- der Wert der angebotenen Leistungen im richtigen Verhältnis zu den Möglichkeiten des Schuldners steht;
- die vollständige Befriedigung der privilegierten Forderungen sowie die Erfüllung der während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten hinlänglich sichergestellt sind, da diese vollständig befriedigt werden müssen.

Beim *ordentlichen Nachlassvertrag*<sup>170</sup> müssen die Anteilsinhaber zudem einen angemessenen Beitrag an die Sanierung leisten.<sup>171</sup>

Beim *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* muss das Verwertungsergebnis höher erscheinen als der Erlös, der im Konkurs voraussichtlich erzielt würde.<sup>172</sup>

Der bestätigte Nachlassvertrag ist für sämtliche Gläubiger verbindlich, deren Forderungen vor der Bewilligung der Stundung oder seither ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind.<sup>173</sup> Er ist somit auch für diejenigen Gläubiger verbindlich, die dem Nachlassvertrag nicht zugestimmt haben. Der Nachlassvertrag wird somit zu einem Zwangsvergleich.<sup>174</sup> Der Schuldner wird aus dem Nachlassverfahren und der Aufsicht des Sachwalters entlassen. Mit der Bestätigung des Nachlassvertrags fallen alle vor der Stundung gegen den Schuldner eingeleiteten Betreibungen, mit Ausnahme der Pfandbetreibungen, dahin.<sup>175</sup> Nichtig sind Versprechen des Schuldners, durch welche er einem Gläubiger mehr zusichert, als ihm gemäß Nachlassvertrag zusteht.<sup>176</sup>

152 Art. 301 SchKG.

153 Art. 302 Abs. 1 SchKG.

154 Art. 302 Abs. 3 SchKG.

155 Art. 305 Abs. 1 SchKG; KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 305 Nr. 12.

156 Art. 317 Abs. 2 SchKG.

157 Art. 305 Abs. 1 SchKG.

158 Art. 305 Abs. 2 SchKG.

159 Art. 306 Abs. 1 Nr. 2 SchKG; Oehri (Fn. 71), Nr. 38.

160 Art. 305 Abs. 2 SchKG und Art. 310 Abs. 1 SchKG.

161 Art. 305 Abs. 3 SchKG.

162 Amonn/Walther (Fn. 18), § 54 Nr. 69.

163 Art. 304 Abs. 1 SchKG.

164 Amonn/Walther (Fn. 18), § 54 Nr. 71.

165 Art. 304 Abs. 3 SchKG.

166 Amonn/Walther (Fn. 18), § 54 Nr. 71.

167 Art. 304 Abs. 2 SchKG; Amonn/Walther (Fn. 18), § 54 Nr. 72.

168 Art. 306 Abs. 2 SchKG.

169 Art. 306 Abs. 1 SchKG.

170 Art. 314 ff. SchKG.

171 Art. 306 Abs. 1 Nr. 3 SchKG.

172 KUKO-SchKG/Hunkeler (Fn. 16), Art. 306 Nr. 11 ff.

173 Art. 310 Abs. 1 SchKG.

174 Oehri (Fn. 71), Nr. 40.

175 Art. 311 SchKG.

176 Art. 312 SchKG.



Werden die Quoren beim Zustimmungsverfahren nicht erreicht und kommt somit der Nachlassvertrag nicht zustande, eröffnet das Nachlassgericht den Konkurs von Amts wegen.<sup>177</sup> Der Entscheid des Nachlassgerichts kann mit Beschwerde gemäß ZPO<sup>178</sup> angefochten werden.

## h) Vollzug des Nachlassvertrags

Der Vollzug des ordentlichen Nachlassvertrags, sei es in Form des Stundungsvergleichs oder des Dividendenvergleichs, kann dem ehemaligen Sachwalter, was die Regel darstellt, oder einem Dritten übertragen werden. Diesem werden zur Durchführung und zur Sicherstellung der Erfüllung des Nachlassvertrags, je nach Ausgestaltung des Nachlassvertrags, Überwachungs-, Geschäftsführungs- und Liquidationsbefugnisse übertragen.<sup>179</sup> Beim Dividendenvergleich wird im Rahmen des Vollzugs die Auszahlung der Nachlassdividende an die Gläubiger vorgenommen. Wie bereits erwähnt, kann die Nachlassdividende beim ordentlichen Nachlassvertrag ganz oder teilweise aus Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten am Schuldner oder an einer Auffanggesellschaft bestehen.<sup>180</sup> Sofern einem Gläubiger gegenüber der Nachlassvertrag nicht erfüllt wird, kann er beim Nachlassgericht für seine Forderung die Aufhebung des Nachlassvertrags verlangen, ohne seine Rechte daraus zu verlieren.<sup>181</sup>

Der Vollständigkeit halber wird auch noch kurz der Vollzug des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung dargestellt: Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) hat der anlässlich der Gläubigerversammlung gewählte Liquidator (meistens handelt es sich um den Sachwalter) im Rahmen des Vollzugs sämtliche Geschäfte im Zusammenhang mit der Erhaltung, Verwaltung und Verwertung der Masse sowie zur allfälligen Übertragung des abgetretenen Vermögens gehörende Geschäfte vorzunehmen.<sup>182</sup> Die Abwicklung ähnelt dem Konkursverfahren bis auf die Möglichkeit, dass der Geschäftsbetrieb, je nach Situation, auch während der Liquidationsphase aufrechterhalten werden kann. Zusammen mit dem Gläubigerausschuss beschließt der Liquidator Art und Zeitpunkt der Verwertung.<sup>183</sup> Zu den Aktiven gehören auch allfällige Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsansprüche. Wie im Konkursverfahren erstellt der Liquidator einen Kollokationsplan (Insolvenztabelle).<sup>184</sup> Nachdem sämtliche Aktiven verwertet wurden und ein rechtskräftiger Kollokationsplan vorliegt, wird eine Verteilungsliste erstellt, aus welcher ersichtlich ist, welcher Anteil auf jeden einzelnen Gläubiger entfällt. Sobald die Verteilungsliste rechtskräftig ist, wird die Auszahlung der Nachlassdividende an die Gläubiger vorgenommen. Im Anschluss daran wird dem Nachlassgericht ein Schlussbericht eingereicht. Das Nachlassgericht schließt danach das Nachlassverfahren und die Gesellschaft wird im Handelsregister gelöscht.<sup>185</sup>

## III. Ordentlicher Nachlassvertrag anhand eines praktischen Beispiels<sup>186</sup>

### 1. Ausgangslage und Ablauf

Die Bergbahn AG betreibt in einem kleinen Skigebiet fünf Skilifte und eine Hauptsesselbahn. Im Jahr 2007 wurde die

Hauptsesselbahn durch eine neue Sesselbahn ersetzt. Der Bau wurde insbesondere mit einer Aktienkapitalerhöhung, einem Finanzierungsleasing und einem Investitionsdarlehen der öffentlichen Hand finanziert. Bis ins Jahr 2015 wurden die Amortisationszahlungen und Leasingraten normal bezahlt. Aufgrund der umsatzschwachen Wintersaisons (Schneemangel und ungünstige Witterungsverhältnisse) in den Jahren 2015 und 2016 geriet die Bergbahn AG immer mehr in finanzielle Schwierigkeiten. Durch die Zwischenbilanz per 30.4.2016 stellte sich heraus, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt waren.<sup>187</sup> Aufgrund ungenügender Liquidität wurden zudem Leasingraten für die Sesselbahn in der Höhe von rd. 300.000 CHF nicht mehr bezahlt. Der Leasingvertrag hatte noch eine Restlaufzeit bis zur Wintersaison 2017/2018. Durch die Zahlungsrückstände drohten die Kündigung des Leasingvertrags und die Rücknahme der Sesselbahn durch die Leasinggesellschaft. Es konnten aber auch diverse weitere Rechnungen von Lieferanten und Dienstleistungserbringern nicht mehr bezahlt werden. Bei der Hausbank war das Kontokorrentkonto bereits bis 200.000 CHF belastet.

In dieser Situation beantragte die Bergbahn AG eine provisorische Nachlassstundung, welche für 4 Monate gewährt wurde. Auf Antrag der Sachwalterin wurde anschließend eine definitive Nachlassstundung von 6 Monaten bewilligt. Die definitive Nachlassstundung wurde mehrmals verlängert und dauerte insgesamt 18 Monate. Der Betrieb der Bergbahn konnte während der gesamten Dauer der Nachlassstundung aufrechterhalten werden.

Während der Nachlassstundung zog die Nachlassschuldnerin in Absprache mit der Sachwalterin Experten aus der Bergbahnbranche bei, um die finanzielle und tatsächliche Situation der Bergbahn AG zu analysieren und ein entsprechendes Konzept zu erarbeiten mit dem Ziel einer nachhaltigen Sanierung der Bergbahn. Nebst Vorschlägen zum Betrieb der Bergbahn und Nutzung des Skigebietes selbst kam das Konzept zum Schluss, dass für eine nachhaltige Sanierung Forderungsverzichte der Gläubiger in der Höhe von 90 % und zur Beseitigung der Unterdeckung ein Aktienkapitalschnitt von 95 % und eine Kapitalerhöhung in einem ersten Schritt von 700.000 CHF und bis 2020 weitere Schritte von noch rd. 400.000 CHF notwendig waren. Weiter sollte die Sesselbahn durch die Leasinggesellschaft abgekauft werden. Aufgrund der prognostizierten Budgets waren, trotz

177 Art. 309 SchKG.

178 Bundesgesetz über die Schweizerische ZPO v. 19.12.2008 (SR 272).

179 Art. 314 Abs. 3 SchKG.

180 Art. 314 Abs. 1 bis SchKG, s. Nr. II.1.b) bb).

181 Art. 316 SchKG.

182 Art. 319 Abs. 3 SchKG.

183 Art. 322 Abs. 2 SchKG.

184 Art. 321 Abs. 1 SchKG.

185 Art. 161 Abs. 4 HregV.

186 Für den vorliegenden Aufsatz wurden gewisse Ereignisse und Angaben weggelassen.

187 Art. 725 Abs. 1 OR.



Einsparung der Leasingraten im Fall des Erwerbs der Sesselbahn, für die nächsten 5 Jahre à-fonds-perdu-Beiträge in der Höhe von rd. 170.000 CHF jährlich notwendig, um die notwendigen zukünftigen Investitionen tätigen zu können. Es fanden zahlreiche Gespräche mit Banken, der Standortgemeinde, Vertretern der Wirtschaftsförderung, in- und ausländischen Investoren, der Leasinggesellschaft usw. statt. Eine Schließung der Bergbahn hätte nicht nur für die direkt Betroffenen wirtschaftliche Konsequenzen gehabt, sondern für die gesamte Region, weshalb es auch in deren Interesse war, sich an einer Lösung für die Bergbahn zu beteiligen. Dank privaten lokalen Hauptinvestoren konnte schließlich eine Lösung gefunden werden. Diese sah wie folgt aus:

- den Gläubigern sollte ein ordentlicher Nachlassvertrag (Dividendenvergleich) unterbreitet werden;<sup>188</sup>
- die privilegierten Forderungen sollten, wie vom Gesetz verlangt, zu 100 % befriedigt werden;
- die Gläubiger mit Nachlassforderungen sollten eine Nachlassdividende von 10 % erhalten;
- der Nachlassvertrag sollte unter der Bedingung abgeschlossen werden, dass die (außerordentliche) Generalversammlung (GV) und somit die mehreren hundert Aktionäre/Anteilsinhaber einer Aktienkapitalherabsetzung um 95 % und einer anschließenden Kapitalerhöhung um mindestens 700.000 CHF zustimmen (die Beschlüsse der GV sahen ihrerseits vor, dass die Zustimmung unter der Bedingung der Genehmigung des Nachlassvertrags erfolgt).

Außerhalb des Nachlassverfahrens wurden zudem folgende weiteren Sanierungs- und Reorganisationsmaßnahmen getroffen:

- die erwähnte (außerordentliche) Generalversammlung sollte einer weiteren bedingten Aktienkapitalerhöhung in der Höhe von maximal 462.250 CHF zustimmen;
- die Standortgemeinde sollte zusammen mit privaten Geldgebern für 5 Jahre die notwendigen à-fonds-perdu-Beiträge in der Höhe von 170.000 sprechen;
- mit einem Teil der Mittel aus der Aktienkapitalerhöhung sollte die Sesselbahn von der Leasinggesellschaft zurückgekauft werden;
- die Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrats sollte erhöht und der Verwaltungsrat teilweise personell verändert werden, damit die neuen Hauptaktionäre und Investoren angemessen im Gremium vertreten sind.

Der Nachlassvertrag wurde mit großer Mehrheit angenommen und es wurden beide Quoren<sup>189</sup> problemlos erreicht. Die außerordentliche Generalversammlung stimmte ebenfalls in großer Mehrheit den hier vorerwähnten Beschlüssen zu. Die à-fonds-perdu-Beiträge wurden durch diverse Beteiligte auch zugesprochen. Die Kapitalerhöhung selbst kam dank den privaten Hauptinvestoren sowie Mitteln eines Vereins, der zum Zweck der Rettung der Bergbahn AG gegründet wurde und Gelder aus der Bevölkerung sammelte, zustande. Die Sesselbahn konnte von der Leasing-

gesellschaft zurück erworben und die Mittel für die Finanzierung des Nachlassvertrags bei der Sachwalterin sichergestellt werden. Das Nachlassgericht bestätigte in der Folge gestützt auf den Sachwalterbericht und die eingereichten Akten den ordentlichen Nachlassvertrag<sup>190</sup> und die Sachwalterin wurde gemäß Nachlassvertrag mit dem Vollzug des Nachlassvertrags betraut und zahlte in der Folge die Nachlassdividende aus. Im Vorfeld wurden auch die steuerrechtlichen Fragen mit der Steuerbehörde geklärt, damit die Sanierung auch unter diesem Aspekt problemlos abgewickelt werden konnte.

### **Beispiel des ordentlichen Nachlassvertrags der Bergbahn AG**

*Ordentlicher Nachlassvertrag zwischen Bergbahn AG in Nachlassstundung Adresse, Ort und ihren Gläubigern*

1. Die Bergbahn AG schließt mit ihren Gläubigern einen Nachlassvertrag mit Dividendenvergleich ab.
2. Die Mittel für die Dividendenzahlung werden im Rahmen einer Kapitalerhöhung zur Verfügung gestellt.
3. Die Forderungen der I. und II. Klasse werden zu 100 % beglichen.
4. Die Gläubiger der III. Klasse erklären sich mit einer Nachlassdividende von 10 % auf den angemeldeten und anerkannten Forderungen (Stand per Datum gerichtliche Bestätigung des Nachlassvertrags) als vollständig befriedigt.
5. Die während dem Nachlassstundungsverfahren auf den nicht pfandgesicherten Forderungen aufgelaufenen Zinsen, inklusive Verzugszinsen sowie Betriebs- und Rechtsverfolgungskosten, gelten als nachgelassen.
6. Das Zustandekommen des Nachlassvertrags steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass anlässlich der außerordentlichen Generalversammlung der Bergbahn AG (voraussichtlich im Januar 2018) die Aktionäre i.S.v. Art. 306 Abs. 1 Nr. 3 SchKG einer Kapitalherabsetzung um 95 %, d.h. von bisher 4.495.000 Mio. Aktienkapital auf neu 224.750 CHF sowie anschließender Erhöhung des Aktienkapitals um mindestens 700.000 CHF zustimmen.
7. Die Forderungen der I. und II. Klasse sowie die Nachlassdividende gem. Nr. 4 vorstehend werden innerhalb von 60 Tagen nach der rechtskräftigen Bestätigung des Nachlassvertrags ausbezahlt.
8. Mit dem Vollzug des Nachlassvertrags wird die bisherige Sachwalterin Transliq AG, Bern, betraut. Mit Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Nach-

188 S. Nr. III.2.

189 S. Nr. II.2.f).

190 S. Nr. III.2.



lassvertrags kann die Transliq AG über die von der Schuldnerin sichergestellten Beträge zur Begleichung der privilegierten Forderungen und zur Auszahlung der Nachlassdividende verfügen.

9. Als Publikationsorgane für sämtliche Mitteilungen gelten das SHAB sowie das Amtsblatt des Kantons AB.

10. Der vorliegende Nachlassvertrag tritt mit der rechtskräftigen Bestätigung durch die Nachlassbehörde in Kraft.

Ort, Datum Bergbahn AG in Nachlassstundung

Sig.

Sig.

## ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport\*

### Handbuch der Insolvenzrechnungslegung

Anne Basinski/Christoph Hillebrand/Martin Lambrecht, 2. Aufl. 2018, 265 S., 74 €, ZAP-Verlag

Nachdem die 1. Auflage 2013 überaus gut von den Insolvenzgerichten angenommen worden ist, nimmt die 2. Auflage die seither eingetretenen Entwicklungen auf und besticht besonders durch das aktualisierte Kontierungshandbuch für den seit 2012 eingeführten SKR-InsO, der sich in vielen Kanzleien und bei sehr vielen Gerichten inzwischen als Standard durchgesetzt hat und der aufgrund seiner Struktur insbesondere auch für die Prüfung von Schlussrechnungen wesentliche Erleichterungen mit sich bringt – was dann vielleicht auch den Erfolg bei den Gerichten erklärt. Das hervorragend gelungene Buch erfasst und erläutert in den ersten beiden Kapiteln sehr ausführlich sowohl die interne Rechnungslegung im Insolvenzverfahren als auch in Kapitel 3 die externe Rechnungslegung, fußend auf den Rechnungslegungspflichten nach dem HGB, dem IFRS und den steuerrechtlichen Verpflichtungen. Sehr anschaulich und intensiv werden die Besonderheiten der externen Rechnungslegung in der Krise mit den Alternativen „Going Concern“ oder „Break Up“ dargestellt. In Kapitel 4 schließen sich dann sehr instruktive Ausführungen zur Kassenprüfung an, die sich insbesondere der Prüfungsdurchführung und den verschärften Anforderungen des BGH widmet. Dem gleichen Gliederungssystem folgen dann im 5. Kapitel die

Erläuterungen zur Prüfung der Schlussrechnung mit einer detaillierten Darstellung der Erleichterung der Schlussrechnung durch Standardisierung, für die auf S. 247 ein sehr instruktives Muster vorgeschlagen wird, das im Rahmen des seit 2009 laufenden ZEFIS-Projektes gemeinsam mit den Insolvenzgerichten im OLG-Bezirk Zweibrücken zur Anwendung gebracht worden ist. Aus den ab S. 155 vorhandenen Anlagen sticht das bereits eingangs erwähnte Kontierungshandbuch zum SKR-InsO mit einer eingehenden Erläuterung zu den Sachkonten hervor, die wirklich jede aufkommende Frage beantwortet und daher auch für die Arbeit mit dem SKR-InsO unverzichtbar ist. Hinzu kommt der SKR-InsO selbst sowie verschiedene Muster und Fragenkataloge, die insbesondere bei der gerichtlichen Prüfung von großem Wert sind, aber auch jedem Sachbearbeiter ermöglichen, im Rahmen der Rechnungslegung Fehler zu vermeiden bzw. mögliche gerichtliche Fragen zu antizipieren.

Für alle Insolvenzgerichte und alle Sachbearbeiter in Insolvenzkanzleien ist das Handbuch auch in der 2. Auflage eine unverzichtbare Arbeitshilfe und es ist nur zu hoffen, dass der Gesetzgeber den Wunsch der Praxis nach einem gesetzlich geregelten einheitlichen Standard endlich auch in die Tat umsetzt. (H.H.)

\* Die Rezension dieser Ausgabe wurde erstellt von: Hans Haarmeyer (H.H.).

## Fachpresse – Kurzmeldungen\*

### Die Vergütung des Verfahrenskoordinators im Koordinationsverfahren gem. §§ 269a ff. InsO entsprechend dem aktuellen Rechtsstand

Thorsten Graeber, NZI 2018, 385 – 391

Graeber weist einleitend darauf hin, dass ab dem 21.4.2018 erstmalig die Möglichkeit besteht, Insolvenzverfahren von Schuldner, die derselben Unternehmensgruppe angehören, in besonderer Weise zu koordinieren. Hierzu sieht die InsO in den durch das Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen eingeführten §§ 269a – 269i InsO besondere Regelungen vor. Bestandteil des Koordinationsverfahrens ist u.a. die Einsetzung eines Verfahrenskoordinators gem. § 269e InsO. Dessen Vergütungsanspruch wird in § 269g InsO nur unzureichend geregelt. Der Autor skizziert im Folgenden die Aufgaben des Verfahrenskoordinators. Er legt dar, dass der Verfahrenskoordinator kein weiterer Verwalter neben den In-

solvenzverwalter der einzelnen Verfahren ist. Denn ihm steht eine Verwaltung von Insolvenzmassen oder Teilen davon nicht zu. Dementsprechend war die Streichung der ursprünglichen Bezeichnung als „Koordinationsverwalter“ nur sachgerecht.

Auf den Verfahrenskoordinator gehen keine Verwaltungs- oder Verfügungsrechte aus den einzelnen Insolvenzverfahren über. Graeber legt im nächsten Abschnitt dar, dass die Anspruchsgrundlage für die Vergütung als Verfahrenskoordinator sich in § 269g Abs. 1 Satz 1 InsO findet. Das Gesetz zieht also nicht die Anspruchsgrundlage des Insolvenzverwalters in § 63 Abs. 1 Satz 1 InsO entsprechend für den Verfahrenskoordinator heran. Dies ist insoweit auch richtig, als sich die Tätigkeit eines Ver-

\* Die Kurzbeiträge sind der Fachpresseauswertung des Verlages entnommen, in der online 107 Fachzeitschriften aus 37 Rechtsgebieten inhaltlich umfangreicher ausgewertet werden.