

Christoph Mutti

Konkursaufschub gemäss Art. 725a des Schweizerischen Obligationenrechts

Der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie der Genossenschaft kann der Richter im Falle der Überschuldungsanzeige auf Antrag hin einen Konkursaufschub nach Obligationenrecht gewähren. Der Konkursaufschub weist massgebende Unterschiede zum gerichtlichen Nachlassverfahren auf, sowohl für die betroffene Gesellschaft als auch für deren Gläubiger. In der nachfolgenden Darstellung soll auf einige Punkte näher eingegangen werden.

1. Vorbemerkungen

Den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft trifft im Falle der Überschuldung – somit wenn sich aus der Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungsnach noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind – die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters. Unter Umständen kann diese Benachrichtigung unterbleiben, wenn im notwendigen Ausmasse Gesellschaftsgläubiger im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.¹

Der Richter hat auf entsprechende Benachrichtigung hin (sog. Deponierung der Bilanz) den Konkurs zu eröffnen, sofern ein Antrag um Konkursaufschub seitens des Verwaltungsrates der Gesellschaft oder eines Gläubigers vorliegt, hat er vorgängig zu prüfen, ob eine Sanierung möglich ist.²

2. Einige Bemerkungen zu den Voraussetzungen und zur Bewilligung des Konkursaufschubes

Voraussetzungen zur allfälligen Bewilligung eines Konkursaufschubes ist die Vor-

legung der *Überschuldungsanzeige* der betroffenen Gesellschaft und ein *Antrag* des Verwaltungsrates oder – was selten der Fall sein dürfte – eines Gläubigers der Gesellschaft um Gewährung eines Konkursaufschubes. Der Konkursrichter hat nun zu prüfen, ob eine Sanierung möglich ist und ob er den Konkurs, den er zufolge der vorliegenden Überschuldungsanzeige eigentlich aussprechen müsste, aufgeschoben werden kann. In diesem Zusammenhang soll noch der Hinweis erfolgen, dass sich bei allen anderen Verfahren, bei welchen es um die Konkurs-

eröffnung geht, die Frage nach einem Konkursaufschub erst gar nicht stellt, so z.B. bei der Abgabe der Insolvenzerklärung durch den Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, bei der Anzeige der Überschuldung durch die Revisionsstelle der Aktiengesellschaft und bei der formellen Konkursbetreibung durch einen Gläubiger. In diesen Fällen kann der Konkurs bzw. die Eröffnung desselben nur noch durch die Bewilligung einer Nachlassstundung auf Begehren eines Gläubigers oder von Amtes wegen vermieden werden.³

Liegt hingegen der vorstehend beschriebene Antrag im Zusammenhang mit einer Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrates vor, so hat der Konkursrichter zu prüfen, ob eine Sanierung möglich ist. Zweck der gesetzlichen Anordnung ist die Vermeidung von Konkursöffnungen über sanierungsfähige Gesellschaften. Hintergrund ist somit die Überlegung, dass ein Konkursverfahren für die best-



Christoph Mutti
lic. iur.
Transliq AG, Bern/Zürich

¹ Art. 725 Abs. 2 OR

² Art. 725a Abs. 1 OR, für die Kommanditaktiengesellschaft: Art. 764 Abs. 2 OR, für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung: Art. 817 Abs. 1 OR, für die Genossenschaft: Art. 903 Abs. 2 OR

³ vgl. Art. 173a Abs. 1 und 2 SchKG

mögliche Wahrung der Gläubigerinteressen nicht immer optimal ist.

Damit der Richter dem Antrag um Konkursaufschub entsprechen kann, muss *Aussicht auf Sanierung* bestehen. Das heisst, dass die Gesellschaft innert angemessener Frist wieder auf eine gesunde finanzielle Basis gestellt werden kann und dass Erträge erwirtschaftet werden können, welche eine Fortführung der Unternehmung auch über einen längeren Zeitraum als möglich erscheinen lassen. Es bedarf somit zur Begründung des Antrages eines konkreten Sanierungskonzepts mit Nennung der vorgesehenen Massnahmen auf finanzieller, struktureller und organisatorischer Ebene mit Angaben dazu, wann voraussichtlich welche Massnahme welche Resultate zeitigt und bis wann die Überschuldung voraussichtlich vollständig beseitigt werden kann.⁴ Mit anderen Worten: das vorgelegte Konzept (unter Umständen bereits mit entsprechenden Belegen wie Zusicherungen von Mitteleinschüssen durch Dritte, Forderungsverzichtserklärungen einzelner Gläubiger, eingeleiteten Rationalisierungs- und Kosteneinsparungsmassnahmen, Verkauf von Vermögensgegenständen usw.) sollte eine ausreichende und dauerhafte Sanierung des Unternehmens beinhalten und diese plausibilisieren.

Der Konkursrichter hat den Sanierungsplan und die einzelnen Massnahmen zu prüfen, dabei hat er zu beachten, dass die Gläubiger durch einen Konkursaufschub nicht schlechter gestellt werden dürfen als durch die sofortige Konkurseröffnung. Eine günstige Prognose kann dabei unter Umständen gestellt werden, wenn der Antragsteller nachweist, dass viele Bestellungen für sein Produkt vorliegen, dass er dieses innert nützlicher Frist kostendeckend herstellen kann usw.

Gewährt der Konkursrichter den Konkursaufschub, so hat er gleichzeitig dessen Dauer und die notwendigen vermögenserhaltenden Massnahmen (Art. 725a Abs. 2 OR) anzuordnen. Dabei wird sich der Richter an den Besonderheiten des konkreten Einzelfalls orientieren, mögliche Massnahmen sind Verfügungsbeschränkungen, Weisungen an den Verwaltungsrat, die Einsetzung eines Sachwalters

unter gleichzeitiger Umschreibung seiner Aufgaben u.a.m. Auf die einzelnen Massnahmen soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.⁵

Gelingt die Sanierung innert allenfalls erstreckter Konkursaufschubfrist nicht, so muss der Konkurs ausgesprochen werden (vgl. unten, Fussnote 9). Denkbar ist auch die Einreichung eines Gesuches um gerichtliche Nachlassstundung (i.S.v. Art. 293 ff. SchKG), welches im Falle der Gutheissung dazu führt, dass sich dem (erfolglosen) Konkursaufschubverfahren ein Nachlassverfahren anschliesst.

3. Wirkungen und Hinweise auf Unterschiede im Nachlassverfahren

In diesem Abschnitt soll auf einige Wirkungen des Konkursaufschubes und den damit verbundenen Konsequenzen für die sanierungsbedürftige Gesellschaft eingegangen werden. Mindestens punktuell sollen Verweise zum gerichtlichen Nachlassrecht erfolgen, um die Unterschiede noch besser hervorheben zu können.

Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR bedeutet für die (gegenwärtig konkursreife) Gesellschaft nicht mehr und nicht weniger als eine Atempause⁶. In der Fachliteratur wird zuweilen von einem aktienrechtlichen Moratorium gesprochen. Die Gesellschaft unter Konkursaufschub soll in einem geschützten Rahmen – während der Dauer des Konkursaufschubes ist die Konkurseröffnung ausgeschlossen⁷ – die Sanierung vorbereiten bzw. vollziehen können.

Dies bedeutet aber auch, dass die Rechte der Gläubiger in keiner Art und Weise tangiert werden: die Forderungen bleiben unberührt, die Zinsen laufen weiter, die Fälligkeiten bleiben bestehen. Soll ein Gläubiger auf einen Teil seiner Forderungen oder auf die Verzinsung verzichten, so muss dies mit ihm individuell ausgehandelt werden. Sollten als Teil einer erfolgreichen Sanierung Forderungsverzichte von Gläubigern vorgesehen sein, so reicht die Weigerung eines Gläubigers aus, um das ganze Sanierungskonzept zum Scheitern zu bringen. Die oder einzelne Gläu-

biger leisten somit entweder einen freiwilligen Forderungsverzicht oder die Forderungen der Gläubiger sind vollumfänglich zu befriedigen. Die Gesellschaft hat im letzten Fall zu berücksichtigen, dass die Passiven unverändert (hoch) bleiben und dass während der Dauer des Konkursaufschubes noch weitere Forderungen entstehen werden, da der Betrieb ja weitergeführt wird.

In diesem Zusammenhang ergeben sich klare Unterschiede zum Nachlassrecht, welches für die nicht pfandgesicherten Forderungen mit der Bewilligung der Stundung den Zinsenlauf aufhören lässt und bei der Zustimmung der Gläubiger gewisse Quoren vorsieht, bei deren Erreichen der Nachlassvertrag nach richterlicher Bestätigung für alle Gläubiger – eben auch für die nicht zustimmenden – verbindlich ist. Im weiteren erfolgt im Nachlassverfahren ein Schuldenruf, welcher der betroffenen Gesellschaft bzw. dem eingesetzten Sachwalter ein in aller Regel doch recht zuverlässiges Bild über die Passivseite der Unternehmung gibt.

Der Gläubiger erfährt unter Umständen (vorerst) gar nichts vom gewährten Konkursaufschub, denn eine Publikation ist gemäss Art. 725a Abs. 3 OR nur dann vorgesehen, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist. Hintergrund dieser Regelung ist der Gedanke, dass die Publikation des Konkursaufschubes die Sanierungsbemühungen der betroffenen Gesellschaft beeinträchtigen könnte.⁸

Für den Gläubiger einer fälligen Forderung kann dies bedeuten, dass er die Gesellschaft betreibt und unter Umständen – sofern kein Betreibungsverbot erlassen worden ist – erst bei der Stellung des Konkursbegehrens vom gewährten Konkursaufschub erfährt.

Während laufendem Konkursaufschubverfahren ist keine Beschlussfassung

⁴ HARDMEIER HANS ULRICH im Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Rz 1316 ff. zu Art. 725a OR

⁵ vgl. aber dazu und zum richterlichen Entscheid: HERTEL CHRISTINE, *Ajournement de la faillite*, IWIR 3/1998

⁶ vgl. BÖCKLI PETER, *Das neue Aktienrecht*, Rz 1712

⁷ vgl. BGE 101 III 106

⁸ vgl. HARDMEIER HANS ULRICH im Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Rz 1341 zu Art. 725a OR

durch die Gläubiger oder eine sonstige Mitwirkung derselben vorgesehen, es finden keine Gläubigerversammlungen statt usw. Die Gläubiger sind grundsätzlich kaum informiert bzw. sie müssen sich bei der betreffenden Gesellschaft oder beim allenfalls eingesetzten Sachwalter jeweils über den aktuellen Stand eines unter Umständen wesentlich länger als sechs Monate dauernden Verfahrens erkundigen. Der Gläubiger ist damit zum Abwarten gezwungen: betreiben bzw. die Gesellschaft in Konkurs stossen kann er nicht und über längere Zeit weiss er nicht, ob eine Sanierung denn tatsächlich möglich ist, oder ob der – unter Umständen noch um Monate verlängerte – Konkursaufschub nicht doch noch in ein Konkursverfahren mündet.

Auch in diesem Punkt ergeben sich unübersehbare Unterschiede zum Nachlassverfahren: die Publikation der Bewilligung der (provisorischen oder definitiven) Stundung ist zwingend, ebenso die Gläubigerversammlung, im weiteren werden die Gläubiger üblicherweise mit Rundschreiben über den Gang des Verfahrens und den Stand der Aktiven und Passiven sowie über die Sanierungsschritte orientiert.

Ein allenfalls eingesetzter Sachwalter hat diejenigen Aufgaben wahrzunehmen, die der Richter in seinem Entscheid näher umschreibt. Zentrale Aufgaben dürften in der Regel die Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft und die Erhaltung des Vermögens derselben sein. Der Sachwalter wird auch den Gang der Sanierung bzw. die Umsetzung der einzelnen Schritte begleiten, doch ist sein Einfluss beschränkt, wenn der Mittelfluss gemäss Sanierungsplan nicht oder verspätet erfolgt. Sieht der Sachwalter die Interessen der Gläubiger als ernsthaft gefährdet an, so kann er beim zuständigen Richter den Widerruf des Konkursaufschubes beantragen. Wird dieser Antrag vom Richter gutgeheissen, so wird der Konkurs über die Gesellschaft sofort eröffnet.⁹

In dieser Hinsicht schreibt das Nachlassrecht mit den im Gesetz umschriebenen Aufgaben des Sachwalters, dem chronologischen Ablauf mit Schuldeneruf, Inventaraufnahme, Erstellen eines Status, Vorbereitung einer Gläubigerversammlung usw. ein formell strenges und klares Verfahren vor.

4. Schlussbemerkungen

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen, welche keinesfalls Anspruch auf Vollständigkeit erheben, ergibt sich insbesondere, dass der Konkursaufschub in weiten Teilen wenig strukturiert ist und dass die Gläubiger keinerlei Mitwirkungsrechte haben.

Aber auch die (notleidende) Gesellschaft muss sich von Anfang an im klaren sein, dass das Fremdkapital grundsätzlich in seinem vollen Umfange bestehen bleibt und dass ein Scheitern der vorgesehenen Sanierungsschritte zur Konkursöffnung führen wird, es sei denn, es werde vor Ablauf der Konkursaufschubfrist noch ein Gesuch um Nachlassstundung gestellt. Da die notwendigen Mittel unter Umständen nicht bereitgestellt werden können, zusätzliche (berechtigte) Forderungen im Lauf des Verfahrens auftauchen oder die Sanierungsmassnahmen gemäss Konzept nicht die gewünschten Erfolge bringen, ist unter Umständen doch noch die Stellung eines Nachlassstundungsgesuches angezeigt bzw. zur Vermeidung des Konkurses notwendig.

In diesem Zusammenhang ist sicher auch zu bedenken, dass Gesellschaften oder Einzelpersonen, welche zur Leistung von Sanierungsbeiträgen bereit sind, oftmals die Bedingung stellen, dass auch (alle) anderen Gläubiger einen Beitrag in Form eines Teilforderungsverzichts leisten. Im weiteren wird in der Regel vorausgesetzt, dass die Sanierung auch gelingt und dass die Passiven bzw. die offenen Forderungen klar feststehen. Diesen

Anforderungen kann aber das Konkursaufschubverfahren kaum gerecht werden, diesfalls tritt viel mehr das gerichtliche Nachlassverfahren mit Schuldeneruf sowie Annahme und gerichtlicher Bestätigung des Nachlassvertrages – und damit der Gewissheit, dass die alten Forderungen erledigt sind – in den Vordergrund.

Der Konkursaufschub bedingt grundsätzlich bereits bei der Beantragung die Vorlage eines konkreten Sanierungskonzeptes, mangels Zwangsmitteln gegenüber den Gläubigern am besten ohne Forderungsverzichte derselben. Sollen bzw. können aber alle Forderungen vollumfänglich beglichen werden, so geht es primär darum, dass die Begleichung der offenen Forderungen nicht sofort bzw. nicht fristgerecht erfolgen kann, da die Sanierungsmassnahmen gemäss Konzept zuerst Platz greifen müssen und die benötigten Mittel erst nach einiger Zeit bereitgestellt werden können.

Bei dieser Konstellation stellt sich aber die Frage, ob diesfalls anstelle des Konkursaufschubverfahrens nicht ein – allerdings zu publizierendes – gerichtliches Nachlassverfahren mit Vorlegung eines Nachlassvertrages mit Stundungsvergleich (vollständige Tilgung der Forderungen der Gläubiger nach einem bestimmten Zeitplan) treten könnte, welches aufgrund des Schuldenerufs auch noch Klarheit bezüglich der offenen Forderungen bringen würde.

⁹ vgl. BÖCKLI PETER, Das neue Aktienrecht, Rz 1721; HARDMEIER HANS ULRICH im Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Rz 1325 zu Art. 725a OR; AMONN KURT/GASSER DOMINIK, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 1997, § 57, Rz 15, letztere mit Verweis auf Art. 192 SchKG, woraus sich ergibt, dass der Konkursaufschub eben nur eine Aufschiebung der Verfügung der Konkursöffnung darstellt, haben sich die Sanierungsmöglichkeiten zerschlagen, muss die Aussprechung des Konkurses über die überschuldete Gesellschaft erfolgen.