

Isaak Meier / Felix Rutschmann

Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG (gelungene Sanierung vor Ablauf der Stundung)

Nach revidiertem SchKG kann die Nachlassstundung bei gelungener Sanierung aufgehoben werden. Seit Inkrafttreten 2014 kam es bei Unternehmen zu lediglich 5 Aufhebungen. In Analogie zum Konkursaufschub genügt es nach den Verfassern, dass realistische und nachvollziehbare Aussichten auf Fortführung des Unternehmens bestehen. Wichtig ist, dass die Stundung davor still erfolgen kann. Entgegen der Gerichtspraxis wird die viermonatige Frist für die stille/provisorische Stundung durch die Dauer des Beschwerdeverfahrens bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung verlängert. Der Gesetzgeber sollte jedoch diese Frist um weitere 4 Monate verlängern.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: SchKG; Aktienrecht

Zitiervorschlag: Isaak Meier / Felix Rutschmann, Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG, in: Jusletter 24. Juni 2019

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen und Entstehungsgeschichte
- II. Praktische Bedeutung von Art. 296a SchKG seit Inkrafttreten
 1. Allgemeines
 2. Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG mit laufendem Betrieb
- III. Voraussetzungen für die Aufhebung der Nachlassstundung, falls die Sanierung «gelingt» (Art. 296a Abs. 1 SchKG)
 1. Einleitung
 2. Wahrscheinlichkeitsgrad der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens für die Beendigung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG im Lichte der Prüfung der analogen Frage beim Konkursaufschub
 3. Zentrale Bedeutung der Feststellungen der Revisionsstelle und des Berichtes des Sachwalters
 4. Beizug von Gutachten durch Gericht und/oder Sachwalter
 - 4.1. Problemstellung
 - 4.2. Gerichtliches Gutachten durch Nachlassgericht
 - 4.3. Beizug eines Gutachters durch den Sachwalter
 5. Behandlung von umstrittenen Forderungen
- IV. Rechtslage für Handlungen während der Nachlassstundung nach ihrer Aufhebung nach Art. 296a SchKG
- V. Rechtsmittelfragen: Problematik der stillen provisorische Nachlassstundung und aufschiebende Wirkung
 1. Problemstellung
 2. Verlängerung der stillen/provisorischen Nachlassstundung bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens durch Erteilung der aufschiebenden Wirkung
 3. Abschliessende Bemerkungen

I. Vorbemerkungen und Entstehungsgeschichte

[Rz 1] Vor etwas mehr als fünf Jahren trat das revidierte Nachlassverfahrensrecht in Kraft. Ziel der Revision war, echte Sanierungen von Unternehmen, d.h. unter Erhalt ihrer wirtschaftlichen und juristischen Einheit, zu erleichtern. Unter altem Recht hatte das Nachlassverfahren, wie auch das Konkursverfahren, meist in der Liquidation geendet. Der Gesetzgeber hatte dabei das Chapter 11 des amerikanischen Insolvenzrechts im Auge.¹ Neben der «stillen» Nachlassstundung, der Vereinfachung der Stellung eines Nachlassgesuchs und der Option zur Aufhebung von sanierungshinderlichen Dauerschuldverhältnissen wurde mit Art. 296a SchKG auch die gesetzliche Grundlage geschaffen, um unter dem Schutz der Nachlassstundung eine aussergerichtliche Sanierung zu erreichen und das Nachlassverfahren danach aufzuheben. Die neue Regelung war das Resultat von zwei unabhängigen Überlegungen.

[Rz 2] Zunächst wurde damit eine Entwicklung der Praxis kodifiziert. Die Rechtsprechung hatte schon unter altem Recht die Aufhebung der Nachlassstundung bei gelungener Sanierung ohne Abschluss eines Nachlassvertrages im Rahmen einer richterlichen Lückenfüllung zugelassen (Cargologic AG).² Der Hauptgedanke des Gesetzgebers war jedoch, mit Art. 296a SchKG das im OR aufgenommene Institut des Konkursaufschubes nach Art. 725a OR in das Nachlassver-

¹ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010 (BBl 2010 6455, S. 6460) und namentlich Vorentwurf zur Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) sowie Begleitbericht zum Vorentwurf vom Dezember 2008.

² STÖCKLI KURT/BLUNSCHI EDITH, Die Aufhebung der Nachlassstundung zufolge Sanierung, IWR 3/2002, 87 ff.

fahren zu integrieren. Das Nachlassverfahren sollte damit zum exklusiven Sanierungsverfahren werden.¹ Bis heute ist allerdings der Konkursaufschub im OR nicht gestrichen worden. Die umfangreiche Aktienrechtsrevision von 2016, in der die Aufhebung des Konkursaufschubs als Teil des Paketes «Sanierung im Obligationenrecht» enthalten war,³ ist im letzten Jahre nach Behandlung in den Räten zur «Verschlankung» an die Rechtskommission des Ständerates zurückgewiesen worden. Zu erwarten ist, dass der Konkursaufschub nach Art. 725a OR und der Ausstieg aus dem Nachlassverfahren infolge Sanierung nach Art. 296a SchKG somit noch lange nebeneinander bestehen werden.

[Rz 3] In diesem Aufsatz sollen namentlich folgende Fragen behandelt werden:

- Praktische Bedeutung von Art. 296a SchKG (II.).
- Voraussetzungen für die Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a Abs. 1 SchKG (III.).
- Rechtslage für Handlungen während der Nachlassstundung nach ihrer Aufhebung nach Art. 296a SchKG (IV.).
- Rechtsmittelfragen: Problematik der stillen provisorischen Nachlassstundung und aufschiebende Wirkung (V.).

II. Praktische Bedeutung von Art. 296a SchKG seit Inkrafttreten

1. Allgemeines

[Rz 4] Von besonderem Interesse ist, ob und in welchen Fällen Art. 296a SchKG seit seinem Inkrafttreten zur Anwendung gelangt ist. Recherchen der Verfasser im SHAB-Archiv ergaben, dass die Nachlassstundung zwischen dem 01.01.2014 und Ende März 2019 insgesamt in 11 Fällen gestützt auf Art. 296a SchKG aufgehoben worden ist. Fünf davon waren private Schuldner, sechs Verfahren betrafen juristische Personen (fünf Aktiengesellschaften und eine Stiftung). Aus den Einträgen im SHAB ist nicht ersichtlich, in wievielen Fällen die Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG von den Gerichten abgelehnt wurde. Die betroffenen fünf privaten Schuldner bestätigen die grosse Bedeutung des Nachlassverfahrens für natürliche Personen, welche die Verfasser bereits in einer anderen Publikation gestützt auf eine umfassende Auswertung der Einträge im SHAB zum Nachlassverfahren festgestellt haben.⁴

[Rz 5] Alle sechs juristischen Personen, bei denen die Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG aufgehoben wurde, sind noch heute aufrechtstehend, womit deren Sanierung offenbar gelungen ist. Von den fünf Aktiengesellschaften waren drei Beteiligungsgesellschaften (Holding) und somit nicht operativ tätig. Letzteres zeigt, dass das Nachlassverfahren für operative Gesellschaften nach wie vor problematisch ist (siehe hierzu unter II.2).

[Rz 6] Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, ob die neue Möglichkeit von Art. 296a SchKG den Konkursaufschub nach Art. 725a OR verdrängt hat. Kurze Recherchen beim Bezirksgericht Zürich lassen vermuten, dass der Konkursaufschub noch immer häufiger vorkommt als

³ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016 (BBl 2017 399, S. 462 ff.).

⁴ RUTSCHMANN FELIX/MEIER ISAAC, Neues Sanierungsrecht: Das Ziel wurde verfehlt, in: «Neue Zürcher Zeitung» vom 3. Dezember 2018, (<https://www.nzz.ch/schweiz/neues-sanierungsrecht-das-ziel-wurde-verfehlt-ld.1441376>), zuletzt besucht am 13. Juni 2019.

ein Nachlassverfahren mit Antrag auf Aufhebung nach Art. 296a SchKG. Nach Auskunft des zuständigen Vizepräsidenten gab es zwar am BGZ in den ersten drei Jahren nach Inkrafttreten des neuen Sanierungsrechts keine gutgeheissenen Anträge auf Konkursaufschub mehr. 2017 und 2018 waren es dann aber doch wieder vier. Mit einer einzigen Ausnahme endeten aber seit 2010 alle in einer Konkurseröffnung.

2. Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG mit laufendem Betrieb

[Rz 7] Nach Ansicht der Autoren krankt auch das neue Nachlassverfahrensrecht in der Praxis daran, dass sich die Liquiditätsproblematik der betroffenen operativen Gesellschaften im Nachlassverfahren meist noch verschärft. Lieferanten verlangen Vorauszahlungen, Debitoren verzögern ihre Zahlungen aus Angst vor Garantieverlust und Gläubiger mit Globalzessionen sind gezwungen, diese zu ziehen. Die «stille», d.h. ohne Publikation erfolgende, Nachlassstundung wäre – insbesondere in Kombination mit Art. 296a SchKG – sehr geeignet, diesen grossen Nachteil zu beseitigen. Es stellen sich dabei jedoch zwei Problemkreise: Erstens kann die «stille» Nachlassstundung nicht über die viermonatige Maximaldauer der provisorischen Stundung verlängert werden, zweitens ist unklar, welche Voraussetzungen an eine Aufhebung der Stundung infolge «gelungener Sanierung» zu stellen sind. Um die Problematik aufzuzeigen, wird von nachfolgendem anonymisiertem Fall ausgegangen, den die Verfasser vertreten hatten und bei dem die Aufhebung der Stundung scheiterte.

[Rz 8] Die international im Anlagebau operativ tätige X AG kommt infolge hier nicht interessierender Umstände in wirtschaftliche Schwierigkeiten und sucht den Schutz eines Insolvenzverfahrens. Zur Aufrechterhaltung des Geschäfts der Schuldnerin ist es unabdingbar, dass ein Insolvenzverfahren «still» erfolgen kann. Die X AG leidet unter massiven Liquiditätsproblemen und hohem Fremdkapital. Eine Überschuldung zu Fortführungswerten besteht gemäss aktuellem Revisionsbericht nicht. Die Auftrags- und Ertragslage ist gut, allerdings ist es ausserordentlich schwierig, verlässliche Angaben zur zukünftigen Liquiditätsentwicklung abzugeben. Die Inbetriebnahme der komplexen Anlagen und damit der zukünftige Zahlungsfluss hängen von kaum beeinfluss- und voraussehbaren Faktoren ab. Bei plangemäsem Geschäftsgang wäre die X AG mittelfristig in der Lage, die fälligen Verpflichtungen wieder zu erfüllen und das Fremdkapital zu reduzieren.

[Rz 9] Unter dem Druck von überfälligen Verpflichtungen entschliesst sich die X AG, ein Nachlassverfahren mit stiller/provisorischer Nachlassstundung einzuleiten, und beabsichtigt einen raschen Ausstieg nach Art. 296a SchKG. Die provisorische Nachlassstundung wird als stille Stundung bewilligt und ein Sachwalter eingesetzt. Während der provisorischen Nachlassstundung gelingt es, mit den wesentlichen Gläubigern Stundungs- und Abzahlungsvereinbarung zu treffen, mit der ausdrücklichen Bestätigung, dass sie die Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG unterstützen.

[Rz 10] Kurz vor Ablauf der provisorischen viermonatigen Nachlassstundung beantragt die X AG deren Aufhebung nach Art. 296a SchKG. Sie legt namentlich dar, dass die wesentlichen Gläubiger die Vorgehensweise unterstützen, Stundungszusagen und auch Forderungsverzichte unter der Bedingung der Aufhebung der Nachlassstundung abgegeben hatten und damit an die Zukunft des Unternehmens glauben. Der Sachwalter unterstützt das Begehren der Schuldnerin ebenfalls, weist jedoch auch darauf hin, dass kaum verlässliche Prognosen über den zukünftigen Geschäftsgang möglich sind, was auch ein von ihm beigezogener Sachverständiger dem Gericht bestätigt.

Das Nachlassgericht prüft in der Folge eingehend, ob die Sanierung im Sinne von Art. 296a SchKG gelungen ist, verneint dies aber letztlich und weist das Begehren um Aufhebung der Nachlassstundung ab. Es heisst jedoch den eventualiter gestellten Antrag auf definitive Nachlassstundung gut und veranlasst die Publikation im SHAB.

[Rz 11] Die X AG erhebt gegen die Entscheidung unverzüglich Beschwerde ans Obergericht. Sie beantragt im Rahmen der aufschiebenden Wirkung die vorläufige Weitergeltung der Nachlassstundung als stille Stundung und die Anweisung an die Vorinstanz, mit der Publikation bis zum definitiven Entscheid zuzuwarten. Das Obergericht weist das Begehren um aufschiebende Wirkung noch gleichentags mit der Begründung ab, dass die provisorische stille Nachlassstundung auch im Rechtsmittelverfahren nicht über die gesetzliche Maximaldauer von 4 Monaten ausgedehnt werden könne. Das Obergericht tritt auf den Antrag, die Publikation bis zum definitiven Urteil zu verhindern, nicht ein. Unter diesen Umständen verzichtet die X AG auf die Weiterführung des Beschwerdeverfahrens und belässt es damit bei der definitiven Nachlassstundung.

III. Voraussetzungen für die Aufhebung der Nachlassstundung, falls die Sanierung «gelingt» (Art. 296a Abs. 1 SchKG)

1. Einleitung

[Rz 12] Nach dem Gesetzeswortlaut hebt das Nachlassgericht die Nachlassstundung auf, wenn die Sanierung vor Ablauf der Stundung «gelingt» (Art. 296a Abs. 1 SchKG). Nach herrschender Meinung ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn die Überschuldung nachhaltig beseitigt ist und die Fortführung des Unternehmens gesichert erscheint. Für Letzteres muss der Schuldner wieder in der Lage sein, seinen Verpflichtungen in absehbarer Zeit, d.h. mindestens während den nächsten 12 Monaten nachzukommen⁵ (going concern, vgl. auch Art. 958a OR). Die vor und während der Nachlassstundung entstandenen und fälligen Forderungen sind somit wieder fristgemäss zu erfüllen, soweit die betreffenden Gläubiger nicht auf die Forderung verzichtet oder diese gestundet haben. Nicht erforderlich hingegen ist, wie der Gesetzeswortlaut suggeriert, dass die Sanierung vollständig umgesetzt und abgeschlossen ist.⁶ Letzteres ist allenfalls bei Beteiligungsgesellschaften möglich, bei operativen Betrieben aber realitätsfremd.

[Rz 13] Umstritten und unklar ist hingegen, wie im Einzelnen dieser Nachweis erbracht werden kann bzw. muss und mit welcher Wahrscheinlichkeit die Fortführung des Unternehmens gesichert und eine allfällige Überschuldung nachhaltig beseitigt sein muss. Zur Fortführungsfähigkeit und zur Beseitigung der Überschuldung stellen sich nachfolgende Fragen:

- Wie sicher muss die Prognose für die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens und der nachhaltigen Beseitigung der Überschuldung sein? Zur Beantwortung dieser Frage sollen dabei namentlich Parallelen zum Konkursaufschub gezogen werden (2.).
- Bedeutung der Feststellungen der Revisionsstelle und des Berichtes des Sachwalters für den Nachweis der Fortführungsfähigkeit und der Beseitigung der Überschuldung (3.).

⁵ UMBACH-SPAHN BRIGITTE/KESSELBACH STEPHAN/BURKHALTER ROLAND, in: Kostkiewicz Jolanta Kren/Vock Dominik (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Auflage, Zürich 2017, Art. 296a N. 4 f. (zit. SK SchKG-AUTOR/-IN).

⁶ Eingehend hierzu: BAUER THOMAS, Sanierungsrecht im Umbruch, in: Der Schweizer Treuhänder 1-2/14, 53 ff.

- Kann/soll/muss das Gericht und/oder der Sachwalter betreffend die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens einen Gutachter beiziehen (4.)?
- Wie ist mit vom Schuldner bestrittenen Forderungen zu verfahren (5.)?

2. **Wahrscheinlichkeitsgrad der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens für die Beendigung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG im Lichte der Prüfung der analogen Frage beim Konkursaufschub**

[Rz 14] Bei den vorhin genannten Kriterien für die Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG, insbesondere die nachhaltige Beseitigung der Überschuldung und die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens in absehbarer Zeit (nachfolgend wird kurz von der Überlebensfähigkeit gesprochen), handelt es sich um schwierige Zukunftsprognosen. Für die Anwendung von Art. 296a SchKG in der Praxis stellt sich dabei die Frage, wie sicher und zuverlässig diese Prognosen sein müssen. Dabei fallen namentlich drei Stufen in Betracht:

1. Stufe: Die Überlebensfähigkeit erscheint gestützt auf die vorgelegten Unterlagen und Beweismittel als plausibel, d.h. realistisch und nachvollziehbar.
2. Stufe: Die Überlebensfähigkeit ist überwiegend wahrscheinlich gegeben.
3. Stufe: Die Überlebensfähigkeit kann gestützt auf die vorgelegten Unterlagen und Beweismittel als mit hoher Wahrscheinlichkeit gesichert gelten.

[Rz 15] Vorerst ist klar, dass aus dem Wortlaut von Art. 296a SchKG für die Beantwortung der hier zur Diskussion stehenden Frage nichts gewonnen werden kann. Wie der erstgenannte Verfasser als Mitglied der Expertenkommission «Revision Nachlassverfahren» bestätigen kann, wollte der Gesetzgeber mit der Formulierung in Art. 296a SchKG «*Gelingt die Sanierung vor Ablauf der Stundung ...*» keine Voraussetzung für die Aufhebung statuieren, sondern lediglich kurz und griffig den Tatbestand umschreiben, dass das Unternehmen im Laufe der Nachlassstundung in einen wirtschaftlichen Zustand gelangt, in dem die Weiterführung auch ohne Abschluss eines Nachlassvertrages möglich ist. Über den Intensitätsgrad der Überlebensfähigkeit sollte damit jedoch keine Aussage gemacht werden.

[Rz 16] Aufschlussreich für die Beantwortung dieser Frage ist jedoch, wie Lehre und Praxis die analoge Frage beim Konkursaufschub beantwortet haben. Das erklärte Ziel des Gesetzgebers war es bekanntlich, mit Art. 296a SchKG den Konkursaufschub nach Art. 725a OR in das Nachlassverfahren zu integrieren, sodass dieser gestrichen werden kann. Nach Ansicht der Verfasser war somit beabsichtigt, dass ein Unternehmen unter den gleichen Voraussetzungen wie beim Konkursaufschub nach Art. 725a Abs. 1 OR aus der Nachlassstundung aussteigen kann.

[Rz 17] Verfolgt man diesen Ansatz, ergibt sich ein überraschendes Resultat: Offensichtlich war und ist die Prüfung der Frage, ob ein Unternehmen saniert bzw. überlebensfähig ist, bei der Aufhebung des Konkursaufschubs schlichtweg kein Thema! Im Grundlagenwerk zum Konkursaufschub von ROGER GIROUD ist nicht ein Satz zum Entscheid des Konkursrichters über die Aufhebung des Konkurses nach erfolgreichem Konkursaufschub zu lesen.⁷ Auch in der aktienrechtlichen Literatur lassen sich hierzu soweit ersichtlich keinen näheren Ausführungen finden. Ge-

⁷ Vgl. GIROUD ROGER, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Zürich, 1986.

schrieben wird über die Voraussetzungen zur Gewährung des Konkursaufschubs, nicht aber zu dessen Aufhebung.⁸ Aus der Gerichtspraxis kamen die Verfasser immerhin zu einem Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich, in dem in einem «dass-Satz» kurz festgestellt wurde, dass die «Lebensfähigkeit (gemeint des Unternehmens) wiederhergestellt und die Überschuldung beseitigt» sei.⁹ Eine substantiellere Prüfung findet beim Konkursaufschub hingegen bei der Bewilligung des Konkursaufschubes statt. Hier muss allerdings nach Art. 725a Abs. 1 OR lediglich eine «Aussicht auf Sanierung» bestehen.¹⁰ In Anwendung der vorhin genannten Einteilung der Intensitätsgrade der Prognose handelt es sich hier um die Stufe 1. D.h. die Sanierung und damit die Überlebensfähigkeit des Unternehmens müssen als plausibel (nachvollziehbar und realistisch) erscheinen. Praxis des Zürcher Bezirksgerichts war und ist (?) laut einem umfassend recherchierten Aufsatz von 2002, dass die Frage, ob Aussicht auf Sanierung besteht, auch bei der Bewilligung des Konkursaufschubes nicht näher geprüft werden müsse.¹¹ Vielmehr könne und müsse sich das Gericht auf die Frage beschränken, ob Aussichten bestehen, dass die Überschuldung beseitigt werden könne.¹² Begründet wird dies namentlich damit, dass der Konkursrichter mangels betriebswirtschaftlicher Kenntnisse nicht in der Lage sei, die Überlebensfähigkeit zu prüfen.¹³

[Rz 18] Für die Auslegung von Art. 296a SchKG können hieraus folgende Erkenntnisse gewonnen werden: Soll das gesetzgeberische Ziel der Integration des Konkursaufschubes in das Nachlassverfahren gelingen, dürfen auch für die Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG keine wesentlich strengeren Voraussetzungen verlangt werden, als sie für den Konkursaufschub galten und gelten. D.h. es genügt, wenn der Schuldner nachweisen kann, dass das Unternehmen während des Moratoriums in einen Zustand gelangt ist, in welchem wieder plausible, d.h. realistische und nachvollziehbare Aussichten auf Fortführung gegeben sind. Bezogen auf die eingangs erwähnte Skala handelt es sich damit um die Stufe 1.

[Rz 19] Wie nachfolgend sogleich näher auszuführen sein wird, soll sich das Nachlassgericht für seinen Entscheid primär auf den Sachwalter und die Revisionsstelle stützen (3.). Wichtige Hinweise bieten zusätzlich das Verhalten und allfällige Stellungnahmen von Gläubigern. Sind wichtige Gläubiger bereit, zur Unterstützung einer Aufhebung der Nachlassstundung bilaterale Stundungs- oder Forderungsverzichte einzugehen, ist dies ein weiteres wichtiges Indiz, dass die Fortführungsfähigkeit wieder hergestellt ist (ohne Notwendigkeit des Abschlusses eines Nachlassvertrages).

⁸ Vgl. etwa: WÜSTINER HANSPETER, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Zürich, 5. Auflage, 2016, Art. 725a N. 2 ff. (zit.: BSK OR-AUTOR/-IN); SUNARIC PREDRAG, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkomentar zum Obligationenrecht, Basel, 2014, Art. 725a N. 3 ff. (zit.: KUKO OR-AUTOR/-IN); FORSTMOSE PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern, 1996, § 50 N. 273 f.; BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage, Basel, 2009, S. 1886 N. 830 ff.; VON DER CRONE HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern, 2014, § 13 N. 21 ff.

⁹ Unveröffentlichter Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich, EK1211000-L/U vom 13. August 2013.

¹⁰ Eingehend hierzu: GIROUD (FN 7), 112 ff.; BSK OR-WÜSTINER (FN 8), Art. 725a N. 6; KUKO OR-SUNARIC (FN 8), Art. 725a N. 4.

¹¹ KRAMPF MICHAEL/SCHULER ROLF, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich zur Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002 1060 ff., S. 1068.

¹² KRAMPF/SCHULER (FN 11), a.a.O.

¹³ KRAMPF/SCHULER (FN. 11), a.a.O.

3. Zentrale Bedeutung der Feststellungen der Revisionsstelle und des Berichtes des Sachwalters

[Rz 20] Für die Beantwortung der Frage, ob es plausibel und nachvollziehbar erscheint, dass die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens wieder gegeben und die Überschuldung nachhaltig beseitigt ist, kann und muss das Gericht in erster Linie auf die Erklärungen der Revisionsstelle und den Bericht des Sachwalters abstellen (sowie solche eingesetzt sind). In diesem Sinne handelt es sich um eine «arbeitsteilige» Entscheidung, an der neben dem Gericht der unabhängige Sachwalter und ebenso die Revisionsstelle, welche ebenfalls zur Unabhängigkeit verpflichtet ist (Art. 728 OR), beteiligt sind.

[Rz 21] Fach- und Gewährsperson des Nachlassgerichts für die Beantwortung von wirtschaftlichen Fragen zum Schuldner ist in allen gerichtlichen Verfahren des Nachlassverfahrensrechts primär der Sachwalter. In der provisorischen Stundung kann das Nachlassgericht den Sachwalter mit dem Auftrag einsetzen, die Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrages zu prüfen (Art. 293b SchKG). Im Hinblick auf die Bestätigung des Nachlassvertrages hat der Sachwalter die Bestätigung oder Ablehnung des Nachlassvertrages zu empfehlen und näher zu begründen (Art. 304 Abs. 1 SchKG). Auch bei der Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG hat das Nachlassgericht in erster Linie auf die Meinung und Beurteilung des Sachwalters abzustellen.

[Rz 22] Entscheidend für das Gericht zur Beurteilung der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens und der nachhaltigen Beseitigung der Überschuldung sind auch die Erklärungen der Revisionsstelle zu diesen Fragen. U.E. ist unerlässlich, dass die Revisionsstelle des Unternehmens, welche auch sonst die Jahresrechnung prüft, einen kurz vor dem Antrag auf Aufhebung Nachlassstundung erstellten Zwischenabschlusses revidiert und sich in diesem Rahmen zur Überschuldung und Fortführungsfähigkeit ausspricht.¹⁴ Bringt die Revisionsstelle hierzu Vorbehalte an, muss das Gericht unter Beizug der Stellungnahme des Sachwalters entscheiden, ob trotz dieser Vorbehalte die Fortführungsfähigkeit und die fehlende Überschuldung im Sinne der genannten Standards als gegeben erscheinen.

4. Beizug von Gutachten durch Gericht und/oder Sachwalter

4.1. Problemstellung

[Rz 23] Bei den vorhin genannten Voraussetzungen für eine Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a Abs. 1 SchKG handelt es sich, wie schon gesagt, um komplexe wirtschaftliche Standards, welche nur mit einschlägigem Sachverstand und meist vertieften Abklärungen beim Schuldner beantwortet werden können. Namentlich für das Nachlassgericht, aber auch für den Sachwalter kann sich daher die Frage stellen, ob für die Prüfung der Voraussetzungen ein Gutachten angeordnet werden soll/muss. In dem von den Verfassern erwähnten Fall zog der Sachwalter einen Gutachter bei und beantragte dem Nachlassgericht, diesen formell mit der Erstellung eines Gutachtens zu beauftragen und die Sicherstellung der Kosten durch den Schuldner anzuordnen.

¹⁴ Gl.M.: HUNKELER DANIEL, in: Hunkeler Daniel (Hrsg.), *Kurzkommentar zum Schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG)*, 2. Auflage, Basel, 2014, Art. 296a N. 5 (zit.: KUKO SchKG-AUTOR/-IN), für die Beseitigung der Überschuldung; a.A. SK SchKG-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER, Art. 296a (FN 5) N. 4.

Das Nachlassgericht hiess die Sicherstellung der Kosten mit der Begründung gut, dass der Beizug des Gutachters «aufgrund der Komplexität der Buchhaltung» des Schuldners berechtigt sei. Den Antrag auf Einsetzung des Gutachters durch das Gericht lehnte es jedoch mit der Begründung ab, dass die Bestellung eines Gutachters im Ermessen des Sachwalters liege.

4.2. Gerichtliches Gutachten durch Nachlassgericht

[Rz 24] Für das gerichtliche Verfahren betr. Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG gelten die allgemeinen Regeln des Beweisrechts nach Art. 150 ff. ZPO. Damit wäre an sich auch die Anordnung eines Gutachtens nach Art. 183 ff. ZPO denkbar. U.E. kommt aber eine solche Anordnung im hier zur Diskussion stehenden Verfahren wegen der besonderen Stellung des Sachwalters und der Revisionsstelle, aber auch aus Gründen der Verfahrensökonomie, nicht in Frage.

[Rz 25] Wie bereits ausgeführt hat der Sachwalter in erster Linie die Aufgabe, gegenüber dem Nachlassgericht als «Experte» für die wirtschaftliche Situation des Schuldners zu amten (hierzu 3.). Eine «Gewährsstelle» für den Richter zur Beurteilung der Fragen der Fortführungsfähigkeit und der Überschuldung ist sodann die Revisionsstelle. Für ein Gerichtsgutachten bleibt damit kein Raum mehr. Abgesehen davon würde ein solches Gutachten auch das Verfahren in untragbarer Weise verzögern und verteuern.

4.3. Beizug eines Gutachters durch den Sachwalter

[Rz 26] Nach Ansicht der Verfasser kommt höchstens der Beizug eines ergänzenden Gutachters auf Anordnung des Sachwalters wie im erwähnten Fall der X AG in Frage. Angesichts der ohnehin meist hohen Sachwalterkosten und der Tendenz jedes Gutachters, seine Aussagen mit zahlreichen Vorbehalten zu relativieren, ist grösste Zurückhaltung angebracht. Grundsätzlich muss ein Sachwalter ausgewählt werden, der in der Lage ist, das Geschäft des Schuldners selber zu beurteilen und zuhanden des Gerichtes die erforderlichen Berichte zu erstellen.

5. Behandlung von umstrittenen Forderungen

[Rz 27] Im Zusammenhang mit der Frage, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG gegeben sind, ist auch unklar, wie mit hohen bestrittenen Forderungen umzugehen ist. Muss der Nachlassschuldner für den Nachweis einer «gelungenen» Sanierung zeigen, dass er auch diese Forderungen in angemessener Zeit erfüllen kann? Im Fall Cargologics, in dem das Nachlassgericht schon vor Einführung von Art. 296a SchKG eine Aufhebung der Nachlassstundung infolge Sanierung bewilligt hat, ist das Nachlassgericht (offenbar) davon ausgegangen, dass vom Schuldner und Sachwalter bestrittene Forderungen ausseracht gelassen werden können. Als Begründung führt es an, dass es für diese Gläubiger auf jeden Fall besser sei, diese Forderungen gegenüber einem aufrechtstehenden Schuldner gerichtlich geltend machen zu können, statt sie im Nachlassverfahren eingeben zu müssen.¹⁵

¹⁵ STÖCKLI/BLUNSCHI (FN 2), 87 ff.

[Rz 28] U.E. ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen. Vielmehr hat das Nachlassgericht in analoger Anwendung von Art. 305 Abs. 3 SchKG zu entscheiden, ob die Forderungen in den Sanierungsplan einbezogen werden müssen. Bejaht dies das Nachlassgericht, ist vom Schuldner der Nachweis zu verlangen, dass er auch diese Forderungen erfüllen kann bzw. bei der Frage der Fortführungsfähigkeit diese berücksichtigt sind.

IV. Rechtslage für Handlungen während der Nachlassstundung nach ihrer Aufhebung nach Art. 296a SchKG

[Rz 29] Während der Nachlassstundung gelten für die Vornahme von Rechtshandlungen, auch wenn der Schuldner von Anfang an einen Ausstieg nach Art. 296a SchKG anstrebt, die allgemeinen Regeln des Nachlassrechts. Kommt es später zur Aufhebung nach Art. 296a SchKG, stellt sich die Frage, ob und inwiefern während der Nachlassstundung eingetretene Rechtswirkungen weiterhin bestehen bleiben.

[Rz 30] Nach bisherigen Äusserungen in der Literatur sind die wichtigsten Fragen in diesem Zusammenhang wie folgt zu beantworten:

- Hat der Schuldner nach Art. 297a SchKG mit Zustimmung des Sachwalters ein Dauerschuldverhältnis gekündigt, bleibt die Kündigung auch nach einer Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG bestehen.¹⁶ Dem Vertragspartner des Schuldners bleibt jedoch die Entschädigungsforderung, welche der nun uneingeschränkt gegenüber dem Schuldner geltend machen kann. Der Vorteil von Art. 297a SchKG geht damit dem Schuldner verloren. Analoges gilt nach einem Autor für die Umwandlung von Realverpflichtungen in Geldforderungen nach Art. 297 Abs. 9 SchKG.¹⁷
- Nach Art. 297 Abs. 4 SchKG entfalten vor Nachlassstundung abgetretene zukünftige Forderungen während der Nachlassstundung keine Wirkung. Der Schuldner kann die während der Nachlassstundung entstehenden Forderungen trotz Abtretung somit für sich verwenden. Mit der Aufhebung der Nachlassstundung lebt die Zession für später entstehende Forderungen wieder auf. Die Zahlungseingänge der während der Nachlassstundung entstandenen Forderungen verbleiben jedoch beim Schuldner.¹⁸
- Anderes gilt demgegenüber nach den bisherigen Literaturäusserungen für den Zinsenlauf. Mit der Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG soll der während der Nachlassstundung unterbrochene Zinsenlauf wieder vollständig, d.h. auch mit Wirkung für die Dauer der Nachlassstundung aufleben.¹⁹

¹⁶ SK SchKG-UMBRACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER (FN 5), Art. 296a N. 10; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 14), Art. 296a N.16.

¹⁷ KUKO SchKG-HUNKELER (FN 14), Art. 297 N. 58 f.

¹⁸ SK SchKG-UMBRACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER (FN 5), Art. 297 N. 11.

¹⁹ STAEHELIN DANIEL, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, in: AJP 12/2013 1735 ff., S. 1740; SK SchKG-UMBRACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER (FN 5), Art. 296a N. 8; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 14), Art. 296a N. 17.

[Rz 31] Die Verfasser stimmen diesen Ansichten mit nachfolgender Ausnahme zu: Wenn die während der Nachlassstundung eingetretenen Rechtsänderungen in allen anderen Fällen aufrechterhalten bleiben sollen, muss dies auch für den Zinsenlauf gelten.

[Rz 32] Die rückwirkende Aufhebung des Zinsstopps wird damit begründet, dass der Schuldner bei einer Aufhebung nach Art. 296a SchKG in der Lage sein müsse, seine vor der Nachlassstundung bestehenden Verpflichtungen vollumfänglich zu erfüllen.²⁰Falls dieser Grundsatz tatsächlich bestehen sollte, müssten auch sämtliche anderen «Eingriffe» der Nachlassstundung in die Rechte der Gläubiger, wie die Kündigung der Dauerschuldverhältnisse etc., ex tunc rückgängig gemacht werden.

[Rz 33] Unseres Erachtens ist der Umstand, dass das Gesetz betreffend die Wirkungen der Nachlassstundung bei ihrer Aufhebung nach Art. 296a SchKG keine besonderen Regelungen vorsieht, so zu interpretieren, dass der Gesetzgeber durch definitive Geltung der allgemeinen Bestimmungen eine Sanierung während der Nachlassstundung ohne Abschluss eines Nachlassvertrags gerade erleichtern und begünstigen wollte. Praktisch bedeutsam für das Gelingen einer Sanierung ohne Nachlassvertrag können insbesondere die für die Dauer der Nachlassstundung definitive Suspendierung einer Forderungszession oder aber auch die dauerhafte Möglichkeit der Umwandlung einer Realleistungspflicht in eine Ersatzforderung sein. Sehr hilfreich wird aber meist auch der (definitive) Unterbruch des Zinsenlaufs für die Dauer der Nachlassstundung sein.

[Rz 34] Eine bisher in der Literatur nicht untersuchte Frage ist, wie es sich bei Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG mit der Begründung von Massverbindlichkeiten nach Art. 310 Abs. 2 SchKG verhält. U.E. ist klar, dass die betreffenden Forderungen mit der Aufhebung der Nachlassstundung zu normalen ungesicherten Forderungen werden. Dabei bleibt es, auch wenn kürzere Zeit später trotz «gelungener» Sanierungen im Sinne von Art. 296a SchKG der Konkurs eröffnet oder erneut ein Nachlassverfahren eingeleitet werden muss. Für den Vertragspartner des Schuldners, welcher während der Nachlassstundung gerade im Hinblick darauf, dass seine Forderungen nach Art. 310 Abs. 2 SchKG zu Massverbindlichkeiten werden, ein Darlehen gewährt oder sonstige Vorleistungspflichten eingeht, stellt sich immerhin die Frage, ob er für den Fall des Ausstiegs des Schuldners nach Art. 296a SchKG Vorkehrungen treffen kann. In Betracht gezogen werden könnte etwa eine Vertragsklausel, dass Schuldner und Sachwalter einen Antrag auf Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG nur mit Zustimmung des Darlehensgläubigers stellen können. U.E. sollte eine solche Klausel vor Art. 27 ZGB (Verbot von übermässigen Bindungen) auch bei natürlichen Personen standhalten.

V. Rechtsmittelfragen: Problematik der stillen provisorische Nachlassstundung und aufschiebende Wirkung

1. Problemstellung

[Rz 35] Gegen den Entscheid zur Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG kann die ZPO-Beschwerde ergriffen werden. Die Verfasser greifen hierzu eine Frage heraus, die sich typischerweise im Zusammenhang mit der Beendigung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG stellt und auch in dem von ihnen vertretenen Fall ein zentrales Thema war.

²⁰ Vgl.: KUKO SchKG-HUNKELER (FN. 14), Art. 296a N. 17.

[Rz 36] Ein Schuldner, welcher ein Nachlassverfahren im Hinblick auf eine (privatrechtliche) Sanierung und eine Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 296a SchKG einleitet, wird meist eine stille provisorische Nachlassstundung nach Art. 293c SchKG beantragen. So kann vermieden werden, dass seine geschäftliche Tätigkeit durch das Nachlassverfahren weiter beeinträchtigt wird, etwa zufolge zusätzlichen Liquiditätsbedarfs, Reputationsschadens etc. Aufgrund der nicht verlängerbaren stillen provisorischen Stundung muss die Sanierung im Sinne von Art. 293c SchKG, inkl. des richterlichen Aufhebungsentscheids, somit innerhalb dieser vier Monate gelingen.

[Rz 37] Da erfahrungsgemäss für die notwendigen Massnahmen zur Aufhebung infolge gelungener Sanierung die ganzen vier Monate benötigt werden, kann das Gesuch nach Art. 296a SchKG erst gegen Ende gestellt werden. Falls das Nachlassgericht das Begehren auf Aufhebung der Stundung vor oder nach Ablauf der vier Monate abweist, stellen sich folgende Fragen: Muss mit Ablauf der provisorischen Stundung eine Publikation erfolgen, auch wenn das Obergericht später zur Auffassung gelangen sollte, dass das Nachlassgericht die Nachlassstundung hätte aufheben müssen? Bleibt allgemein die provisorische Stundung während dieser Zeit bestehen oder muss diese von Amtes wegen in eine definitive Stundung umgewandelt oder sogar gänzlich aufgehoben werden?

2. Verlängerung der stillen/provisorischen Nachlassstundung bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens durch Erteilung der aufschiebenden Wirkung

[Rz 38] Die Beschwerde hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides nicht. Die Rechtsmittelinstanz kann jedoch auf Parteienantrag oder von Amtes wegen die Vollstreckung aufschieben und nötigenfalls sichernde Massnahmen anordnen (Art. 325 Abs. 2 ZPO).

[Rz 39] Für das Gelingen einer Sanierung ist in vielen Fällen entscheidend, dass die (provisorische) Nachlassstundung als stille Stundung gewährt wird. Fällt diese Wirkung während des Rechtsmittelverfahrens weg, besteht die akute Gefahr, dass die Sanierung daran scheitert. Der betreffenden Partei erwächst damit ein nicht wieder gutzumachender Nachteil (vgl. Art. 325 Abs. 2 ZPO).

[Rz 40] Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren gegen einen negativen Aufhebungsentscheid muss nach Ansicht der Verfasser per se zur Folge haben, dass der bisherige Rechtszustand, nämlich die stille provisorische Nachlassstundung, bis zum Entscheid über ihre Aufhebung hinaus weiter gilt und zwar unabhängig davon, ob die maximale viermonatige Frist der provisorischen Stundung abgelaufen ist oder nicht.

[Rz 41] Der Sinn einer aufschiebenden Wirkung besteht darin, die betreffende Partei so zu stellen, dass ihr bis zum neuerlichen Entscheid kein Nachteil aus dem angefochtenen Entscheid erwächst, falls sich dieser später als unrichtig erweist. Der Beschwerdeführer hat dazu die Voraussetzungen wie positive Hauptsachen- und Nachteilsprognose der Beschwerdeinstanz darzulegen. Bei der hier zur Diskussion stehenden Konstellation hätte sich der Schuldner bei erstinstanzlicher Gutheissung seines Antrags auf Aufhebung der Nachlassstundung nach Art. 295a SchKG im Rahmen einer stillen Nachlassstundung sanieren können. Diesen Vorteil muss er mit Erteilung der aufschiebenden Wirkung erhalten können. Konkret muss die Beschwerdeinstanz mit Erteilung

der aufschiebenden Wirkung anordnen, dass die provisorische Nachlassstundung, und zwar als stille Stundung im Sinne von Art. 293 Abs. 2 SchKG, weiter gilt, auch wenn die Maximalfrist von Art. 293a Abs. 2 SchKG abgelaufen ist.

[Rz 42] Dass gesetzliche Maximalfristen durch Rechtsmittelverfahren verlängert werden können, ist übrigens nichts, was dem Nachlassverfahrensrecht sonst unbekannt wäre. Eine analoge Situation kann bei der zeitlich begrenzten definitiven Nachlassstundung eintreten. Für sie gilt nach Art. 295b Abs. 1 SchKG eine Maximalfrist von 24 Monaten. Hier ist klar, dass die Nachlassstundung sich um die Dauer des Rechtsmittelverfahrens verlängert, wenn gegen die Bestätigung oder Ablehnung des Nachlassvertrages durch das Nachlassgericht eine Beschwerde nach Art. 307 SchKG ergriffen wird. Da die Beschwerde nach Abs. 2 dieser Bestimmung automatisch aufschiebende Wirkung hat, sofern die Rechtsmittelinstanz nichts anderes verfügt, ist hier ein entsprechender Antrag allerdings entbehrlich.

3. Abschliessende Bemerkungen

[Rz 43] Die Verfasser sind in einer bereits erwähnten früheren Publikation aufgrund ihrer SHAB-Recherchen zur Auffassung gelangt, dass das Ziel der SchKG Revision von 2014, die Sanierung von Unternehmen zu erleichtern, nur sehr beschränkt erreicht worden ist. Als unbeabsichtigter Nebeneffekt wurde dagegen das Nachlassverfahren für Privatpersonen attraktiver, indem auf diesem Weg, wesentlich vereinfacht zu früher, eine Restschuldbefreiung erreicht werden kann.²¹

[Rz 44] Die mit der Revision von 2014 neu eingeführte stille Nachlassstundung beseitigt viele Nachteile der bis anhin zwingend publizierten Nachlassstundung. Vorübergehend geschützt vor Gläubigeransprüchen (und späteren Klagen aus Konkursverschleppung) kann der Schuldner mit Unterstützung eines neutralen Sachwalters versuchen, mit seinen Gläubigern und allenfalls bereitstehenden Investoren eine aussergerichtliche Sanierung zu erreichen. Die Erfahrungen zeigen aber, dass in vielen Fällen vier Monate für die Umsetzung eines solchen Plans, inkl. Einreichung eines fundierten Antrags auf Aufhebung der Stundung, nicht reichen. Die Autoren plädieren dafür, eine Verlängerung der provisorischen Stundung um maximal weitere vier Monate im Gesetz einzufügen²² – und den Konkursaufschub im Obligationenrecht, unabhängig von der Aktienrechtsrevision, zu streichen.

RA Prof. ISAAK MEIER und RA FELIX RUTSCHMANN sind Partner bei Rutschmann Schwaibold Partner und unter anderem spezialisiert auf Sanierungsrecht.

²¹ Vgl.: RUTSCHMANN/MEIER (FN 4), NZZ vom 13.12.2018, S. 8.

²² Im Rahmen der nunmehr auf die «lange Bank» geschobenen Aktienrechtsrevision von 2016 wurde bereits eine solche Verlängerung vorgeschlagen. Art. 296a Abs. 2 SchKG sollte wie folgt lauten: Art. 293a Abs. 2: «Die Dauer der provisorischen Stundung darf vier Monate nicht überschreiten. Auf Antrag des Sachwalters oder, wenn kein solcher eingesetzt wurde, des Schuldners kann die provisorische Stundung in begründeten Fällen um höchstens vier Monate verlängert werden». Vgl. hierzu Botschaft Revision Aktienrecht 2016, BBl 2017 399, S. 634 f. U.E. sollte diese Änderung unabhängig vom Schicksal der Aktienrechtsrevision in das SchKG eingefügt werden.