

Der Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren

Konkurs und Nachlassverfahren des SchKG,
Konkursaufschub des OR sowie Chapter 11 des US
Bankruptcy Code

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

par

Hubert GMÜNDER

Jury :

Prof. Sylvain MARCHAND
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel et de Genève
Co-Directeur de thèse

Prof. Olivier HARI
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Co-Directeur de thèse

Prof. Daniel Staehelin
Faculté de droit de l'Université de Bâle
Rapporteur externe

Mots-clés français

Vente d'entreprise ; vente d'urgence ; réalisation urgente ; vente de priorité ; vente de gré à gré ; enchères publiques ; asset deal ; procédure d'insolvence ; faillite en procédure ordinaire ; faillite en procédure sommaire ; suspension de la faillite faute d'actif ; procédure concordataire ; ajournement de la faillite ; sursis concordataire ; concordat ordinaire ; concordat par abandon d'actif ; distressed M&A ; chapter 11 ; reorganizing chapter 11 ; liquidating chapter 11 ; § 363 sale ; plan sale ; stalking horse ; processus de soumission ; révocation ; garanties ; continuation de l'entreprise malgré l'ouverture de la faillite ; transfert des rapports de travail ; droit des créanciers d'offrir un prix supérieur

Mots-clés allemand

Betriebsverkauf ; Notverkauf ; dringende Verwertung ; Dringlichkeitsverkauf ; Freihandverkauf ; Öffentliche Steigerung ; Asset Deal ; Insolvenzverfahren ; ordentliches Konkursverfahren ; summarisches Konkursverfahren ; Konkurs-einstellung mangels Aktiven ; Nachlassverfahren ; Konkursaufschub ; Stundung ; ordentlicher Nachlassvertrag ; Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ; distressed M&A ; Chapter 11 ; Reorganizing Chapter 11 ; Liquidating Chapter 11 ; § 363 Sale ; Plan Sale ; Stalking Horse ; Bidding Procedures ; Paulianische Anfechtung ; Gewährleistungen ; Weiterführung des Betriebs trotz Konkurseröffnung ; Übergang der Arbeitsverhältnisse ; Höhergebotsrecht der Gläubiger

Mots-clés anglais

Sale of companies ; fire sale ; urgent realization ; urgent sale ; private sale ; public auction ; asset deal ; insolvency proceeding ; ordinary bankruptcy proceeding ; summary bankruptcy proceeding ; cessation of bankruptcy proceeding due to lack of assets ; composition proceeding ; adjournment of bankruptcy proceedings ; composition moratorium ; ordinary composition agreement ; composition agreement with assignment of assets ; distressed M&A ; Chapter 11 ; reorganizing Chapter 11 ; liquidating Chapter 11 ; § 363 sale ; plan sale ; stalking horse ; bidding procedures ; revocation ; representations and warranties ; continuation of the company despite opening of bankruptcy proceedings ; transfer of employees ; creditor's right to submit a better offer

Résumé français

En cas de faillite ou autre procédure d'insolvabilité, les possibilités de la société, de ses organes ou des autorités sont, en règle générale, très restreintes. Dans tous les cas faut-il examiner une vente d'entreprise ou d'une partie de l'entreprise. L'auteur classe et décrit la vente d'entreprise – pour chaque procédure d'insolvabilité voir pour chaque type de concordat (faillite en procédure sommaire, faillite en procédure ordinaire, suspension de la faillite faute d'actif, ajournement de la faillite, sursis concordataire, concordat ordinaire, concordat par abandon d'actif) – selon des critères homogènes. Il explique l'inclusion adaptée de la société elle-même, mais aussi des créanciers et des actionnaires et propose une structure de transaction judiciaire. Les résultats obtenus, lors de deux semestres de recherche à la Harvard Law School concernant la vente d'entreprise selon le chapitre 11 américain, sont particulièrement instructifs.

Résumé allemand

Im Falle eines Konkurses oder eines anderen Insolvenzverfahrens sind die Möglichkeiten einer Gesellschaft resp. der zuständigen Organe oder Ämter in der Regel beschränkt. Immer zu prüfen ist mitunter auch der Verkauf des Betriebs oder eines Betriebsteils. In der vorliegenden Arbeit wird der Betriebsverkauf – für jedes Insolvenzverfahren resp. jede Art von Nachlassvertrag (summarisches Konkursverfahren, ordentliches Konkursverfahren, Konkurseinstellung mangels Aktiven, Konkursaufschub, Stundung, ordentlicher Nachlassvertrag, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) – anhand einheitlicher Kriterien klassifiziert und beschrieben. Der Autor erläutert, wie die Gesellschaft selber, aber auch die Gläubiger und Aktionäre einzubeziehen sind und wie die Transaktion sinnvollerweise zu strukturieren ist. Von besonderem Interesse sind die während zweier Forschungssemester an der Harvard Law School gewonnenen Erkenntnisse zum Betriebsverkauf im US-amerikanischen Chapter 11.

Résumé anglais

In case of a bankruptcy or another insolvency proceeding the leeway of the company, its corporate bodies or the competent authorities is generally very limited. The sale of the company or parts of it is an option always to consider. The author describes and classifies the sale of a company on the basis of consistent criteria in each insolvency proceeding or composition agreement (summary bankruptcy proceeding, ordinary bankruptcy proceeding, cessation of bankruptcy proceeding due to lack of assets, adjournment of bankruptcy proceedings, composition moratorium, ordinary composition agreement, composition agreement with assignment of assets). He explains how to involve the company itself, but also the creditors and shareholders and proposes a meaningful deal structure. Particularly interesting are the insights acquired at Harvard Law School concerning the sale of distressed companies in an American Chapter 11 bankruptcy proceeding.

Ich bedanke mich an erster Stelle bei meinen beiden co-directeurs de thèse, Prof. Dr. Olivier Hari und Prof. Dr. Sylvain Marchand, welche mich wohlwollend und mit viel Interesse unterstützt haben. Ihnen habe ich es zu verdanken, dass ich zusammen mit meiner Familie zwei wunderbare Forschungssemester an der Harvard Law School verbringen durfte. Ein besonderer Dank gilt Prof. Mark Roe, Harvard Law School, welcher meine Studien zum amerikanischen Recht zugleich förderte und kritisch hinterfragte, wobei er stets und sehr unkompliziert zur Verfügung stand. Prof. Dr. Daniel Staehelin danke ich herzlich für die Übernahme des « rapporteur externe » und das damit verbundene Interesse an meiner Arbeit. Dem Schweizerischen Nationalfonds danke ich für das sehr grosszügige Stipendium.

Viele Freunde haben mich während der Entstehung dieser Arbeit begleitet. Besonders danken möchte ich Dr. Jakob Tybus und Dr. Marc Fritze für den fachlich-freundschaftlichen Austausch an der Harvard Law School (und danach). Philipp Possa danke ich für viele sehr hilfreiche « Praxisproben ». Den Humor und Arbeitsethos von Dr. Christoph Reut und Dr. Georg Rempfler anlässlich der klösterlichen Kolloquien werde ich vermissen. Meine Familie hat das Manuskript kritisch und zum Teil in verdankenswerter Tiefe gelesen. Ich danke Marianne, Chasper, Lorenz und Hubert Gmünder herzlich. Meinen Eltern danke ich für eine äusserst sorglose Jugend, die Inspiration für akademische Studien und die Anleitung, das Wesentliche im Leben nicht zu verpassen.

Der grösste Dank gebührt meiner Frau Léonie, welche mich und diese Arbeit mit viel Vertrauen unterstützt hat und nach einer Denkfrist von 30 Sekunden für ein Jahr in die USA gezogen ist. Sie hat wiederholt bewiesen, welch wundervolle Frau und Mutter sie ist.

Léonie, Hannah und Filippa
und
meinen Eltern

In Erinnerung an meine verstorbene
Mutter

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Materialien	XXXVII
US-amerikanische Erlasse / Guidelines / Report	XL
Einleitung	1
Erster Teil : Allgemeines	5
Kapitel 1 : Definition von Betrieb und Unternehmen	7
I. In den Rechtswissenschaften	7
A. Betrieb.....	7
B. Unternehmen.....	8
C. Unterschiede in den amtlichen Sprachversionen	9
D. Uneinheitliche Begriffsverwendung durch das Bundesgericht.....	10
II. In den Wirtschaftswissenschaften.....	11
A. Einleitende Bemerkungen	11
B. Definitionen	12
1. Betrieb	12
2. Unternehmen	13
III. Fazit.....	13
Kapitel 2 : Anwendbare Insolvenzverfahren	15
I. Konkursverfahren	15
A. Vorbemerkungen.....	15
B. Wirkungen der Konkurseröffnung.....	16
C. Typischer Ablauf.....	16
1. Ordentliches Verfahren.....	17
a. Erste Gläubigerversammlung	17
b. Zweite Gläubigerversammlung	18
c. Verteilung	19
2. Summarisches Verfahren	19
a. Einfach, rasch, formlos und sehr häufig in der Praxis	19
b. Verwertung ohne Beizug der Gläubiger.....	20
c. Keine ausseramtliche Konkursverwaltung	20

3.	Konkurseinstellung mangels Aktiven.....	21
D.	Rechtsmittel	21
II.	Konkursaufschub.....	22
A.	Zweck, Wirkungen und Grenzen	22
B.	Voraussetzungen und Sanierungsmassnahmen	23
C.	Ausgestaltung	26
1.	Dauer	26
2.	Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens.....	26
a.	Sachwalter	27
b.	Verzicht auf Veröffentlichung	28
3.	Keine Mitwirkungsrechte der Gläubiger	28
D.	Rechtsmittel	29
III.	Nachlassverfahren	30
A.	Ziel und Zweck	30
B.	Provisorische Stundung	32
1.	Bewilligung.....	32
2.	Anordnung von vermögenserhaltenden Massnahmen	32
a.	Sachwalter	33
b.	Verzicht auf Veröffentlichung.....	33
3.	Keine Mitwirkungsrechte der Gläubiger	34
4.	Wirkungen.....	35
5.	Rechtsmittel.....	35
C.	Definitive Stundung.....	36
1.	Bewilligung.....	36
2.	Anordnung von vermögenserhaltenden Massnahmen	37
a.	Sachwalter	37
b.	Zwingende Veröffentlichung.....	38
c.	Gläubigerausschuss	38
3.	Verfahrensablauf.....	39
4.	Wirkungen.....	40
5.	Rechtsmittel.....	40
	Kapitel 3 : Klassifizierung des Betriebsverkaufs in den Insolvenzverfahren	43
I.	Erstes Kriterium: Privat- oder öffentlichrechtlich	43
II.	Zweites Kriterium: Transaktionsstruktur.....	44
A.	Privatrechtliche Asset Deals	46
1.	(Klassischer) Asset Deal nach OR.....	46
a.	Verpflichtungsgeschäft.....	46
b.	Verfügungsgeschäft.....	47

2. Asset Deal nach Art. 181 OR.....	49
B. Öffentlichrechtliche Asset Deals	50
1. Öffentliche Steigerung	50
2. Freihandverkauf.....	50
III. Drittes Kriterium: Mit oder ohne Gläubigerschädigung	51
Zweiter Teil: Betriebsverkauf im Rahmen eines Konkursverfahrens	53
Kapitel 1 : Allgemeines	55
I. Einstweilige Weiterführung des Betriebs zwecks anschliessendem Verkauf.....	55
A. Allgemeines	55
1. Grundsatz: Schliessung des Betriebs.....	55
2. Ausnahme: Einstweilige Weiterführung des Betriebs.....	55
3. Zuständigkeit	57
B. Weiterführung auf Rechnung der Konkursmasse	57
1. Mögliche „Betriebsweiterführer“	57
2. Betriebsweiterführungsvertrag	58
3. Eintritt in laufende Verträge	59
4. Fazit	59
C. Weiterführung auf Rechnung eines Dritten	60
1. Mögliche „Betriebsweiterführer“	60
2. Betriebsweiterführungsvertrag	60
3. Eintritt in laufende Verträge	61
4. Fazit	61
II. Übergang der Arbeitsverhältnisse.....	62
A. Grundsätze	62
1. Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen	62
2. Keine Anwendung der Bestimmungen zur Massenentlassung	62
3. Keine Sozialplanpflicht.....	63
B. Vertragliche Übernahme von Arbeitsverhältnissen	64
1. Vereinbarung zwischen Veräusserer und Erwerber	64
2. Ablehnungsrecht der betroffenen Arbeitnehmer	65
3. Relativ zwingender Charakter.....	66
C. Informations- und Konsultationsrechte (Art. 333a OR)	67
1. Allgemeines	67
a. Sinngemässe Anwendbarkeit während des Konkurses.....	67
b. Zweck und Abgrenzung	68
c. Verpflichtete	68
d. Berechtigte	69

	e. Sanktionslosigkeit.....	69
2.	Information.....	70
	a. Grund und Folgen des Übergangs.....	70
	b. Zeitpunkt und konkrete Umsetzung.....	70
3.	Konsultation	71
	a. Massnahmen, welche die Arbeitnehmer betreffen	71
	b. Einleitung des Konsultationsverfahrens durch Information	71
	c. Frist zur Unterbreitung von Vorschlägen.....	72
	d. Auseinandersetzung mit den eingereichten Vorschlägen.....	73
	e. Abschluss.....	73
4.	Kritik und eigener Vorschlag.....	73
III.	Anfechtungsrisiken	75
IV.	Rechtsnatur und Modalitäten.....	76
	A. Rechtsnatur	76
	1. Öffentlich-rechtliche Zwangsvollstreckungshandlung	76
	2. Anwendbare Normen und relevante Interessen	76
	B. Öffentliche Steigerung	78
	1. Allgemeines.....	78
	2. Zuschlag	79
	a. bei Fahrnis	79
	(i) Wirkung	79
	(ii) Zahlungsmodalitäten	80
	(iii) Verrechnung des Zuschlagspreises («Credit Bidding»).....	80
	b. bei Grundstücken.....	81
	3. Eignung für den Betriebsverkauf.....	82
	C. Freihandverkauf.....	83
	1. Allgemeines.....	83
	2. Verfahren.....	83
	3. Freihandverkaufsverfügung.....	84
	a. Inhalt.....	84
	b. Wirkung.....	85
	c. Zahlungsmodalitäten.....	86
	4. Eignung für den Betriebsverkauf.....	86
	D. Abgabe von Gewährleistungen	87
	1. Grundsatz: keine Gewährleistungen	87
	2. Erste Ausnahme: Besondere Zusicherungen gemäss Art. 234 Abs. 1 OR	89
	a. Zulässigkeit von besonderen Zusicherungen	89
	b. Begriff der besonderen Zusicherungen gemäss Art. 234 Abs. 1 OR... 91	

(i)	Tatsachen mit Bezug auf die Gegenwart oder die Vergangenheit.....	91
(ii)	Explizite Aufführung in der öffentlich-rechtlichen Verfügung.....	92
(iii)	Keine Kausalität zwischen Zusicherung und Kaufentschluss	93
c.	Rechtsfolgen	94
3.	Zweite Ausnahme: Absichtliche Täuschung der Bietenden	94
4.	Garantie?.....	95
5.	Eigener Vorschlag.....	96
V.	Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.....	98
A.	Nichtigkeit.....	98
1.	Allgemeines	98
2.	Faktische Heilung infolge Zeitablaufs?.....	99
B.	Anfechtbarkeit.....	100
1.	Allgemeines	100
2.	Anfechtungsobjekt	101
3.	Beschwerdelegitimation.....	102
4.	Beschwerdegegner	103
5.	Beschwerdegründe.....	103
6.	Beschwerdefrist	105
a.	Relative Frist.....	105
b.	Absolute Frist.....	105
c.	Schranken der Anfechtbarkeit.....	106
7.	Rechtsmittel.....	107
C.	Folgen von Nichtigkeit und erfolgreicher Anfechtung	108
1.	Allgemeines	108
2.	Rückabwicklung des Betriebsverkaufs	109
a.	Grundsatz: Praktischer Verfahrenszweck.....	109
b.	Umsetzung	110
(i)	Rückgabe der noch vorhandenen Aktiven	110
(ii)	Erstattung des Kaufpreises.....	110
c.	Problemfelder.....	111
(i)	Mögliche neue Erwerber haben nur Interesse am Gesamtpaket..	111
(ii)	Fehlende Kooperation des Erwerbers	111
d.	Wann ist eine Rückabwicklung noch möglich?.....	112
3.	Mehrwertabschöpfung des weiterverkauften Betriebs oder Betriebsteils.....	113
a.	Ausgangslage	113
b.	Prüfung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs	114
(i)	Voraussetzungen.....	114

(ii) Rechtsfolge: Erstattung (lediglich) des bezahlten Preises.....	114
c. Prüfung eines Anspruchs nach Geschäftsführung ohne Auftrag	115
(i) Voraussetzungen	115
(ii) Rechtsfolge: Herausgabe des Netto- Weiterveräußerungsgewinns	116
d. Ergebnis.....	117
4. Beispiele	117
a. Beispiel 1 Bösgläubiger Weiterveräußerer	117
b. Beispiel 2 Gutgläubiger Weiterveräußerer.....	119
Kapitel 2 : Betriebsverkauf vor dem Schuldenruf	121
I. Ausgangslage	121
II. Notverkauf zur Finanzierung eines ordentlichen oder summarischen Konkursverfahrens	121
III. Vorzeitige Verwertung im Hinblick auf die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven.....	122
Kapitel 3 : Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Konkursverfahrens	125
I. Notverkauf	125
A. Begriff.....	125
1. Dringende Verwertung ohne Aufschub	125
2. Quantifizierung der Dringlichkeit.....	125
B. Zeitpunkt des Notverkaufs	126
C. Objekte des Notverkaufs.....	127
1. Schnelle Wertverminderung, kostspieliger Unterhalt oder unverhältnismässige Aufbewahrungskosten	127
2. Einschränkungen	129
a. Laufendes Kollokationsverfahren	129
b. Aussonderungsverfahren und Eigentumsvorbehalt	130
D. Zuständigkeit	131
1. Konkursamt	131
2. Rolle der Gläubiger	131
E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG	132
1. Höhergebotsrecht der Gläubiger.....	132
a. Gründe für zwingenden Charakter.....	132
b. Ausnahme: Vollständige Befriedigung sämtlicher Gläubiger.....	134
c. Sonderfragen.....	134
(i) Adressaten.....	134
(ii) Bezifferung des „bedeutenden“ Werts.....	135
(iii) Angebotsfrist.....	136
(iv) Unbeachtlichkeit zu spät eingegangener Höhergebote	137

	d. Gedanken zum Höhergebotsrecht der Gläubiger und zum Konsultationsrecht der Arbeitnehmer beim Notverkauf.....	138
	2. Vetorecht der Pfandgläubiger	139
II.	Dringlichkeitsverkauf	140
	A. Begriff.....	140
	1. Erledigung duldet keinen Aufschub.....	140
	2. Quantifizierung der Dringlichkeit.....	141
	B. Zeitpunkt des Dringlichkeitsverkaufs.....	142
	1. Anlässlich der ersten Gläubigerversammlung.....	142
	2. Zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung	142
	a. Anlässlich einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung	142
	b. Kein Opportunitätsverkauf.....	143
	C. Objekte des Dringlichkeitsverkaufs.....	144
	1. Schnelle Wertverminderung, kostspieliger Unterhalt oder unverhältnismässige Aufbewahrungskosten	144
	2. Einschränkungen.....	144
	D. Zuständigkeit.....	145
	1. Bei Beschlussfähigkeit der Gläubigerversammlung.....	145
	a. Erste Gläubigerversammlung	145
	b. Ausserordentliche Gläubigerversammlung	145
	2. Bei Beschlussunfähigkeit der Gläubigerversammlung	146
	a. Erste Gläubigerversammlung	146
	b. Ausserordentliche Gläubigerversammlung	146
	3. Bei vollständiger Befriedigung sämtlicher Gläubiger	146
	E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG	147
	1. Höhergebotsrecht der Gläubiger	147
	2. Vetorecht der Pfandgläubiger	147
III.	„Ordentlicher“ Verkauf nach der zweiten Gläubigerversammlung.....	148
	A. Begriff.....	148
	B. Zeitpunkt der zweiten Gläubigerversammlung resp. Verwertung	148
	C. Objekte der ordentlichen Verwertung	148
	1. Versilberung der Aktiven.....	148
	2. Einschränkungen.....	149
	D. Zuständigkeit.....	150
	1. Bei Beschlussfähigkeit der zweiten Gläubigerversammlung	150
	2. Bei Beschlussunfähigkeit der zweiten Gläubigerversammlung	150
	3. Bei vollständiger Befriedigung sämtlicher Gläubiger	151
	E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG	151

Kapitel 4 : Betriebsverkauf im Rahmen eines summarischen Konkursverfahrens	153
I. Keine Unterscheidung von Not- und Dringlichkeitsverkauf.....	153
II. Notverkauf	154
A. Begriff.....	154
B. Zeitpunkt des Notverkaufs	154
C. Objekte des Notverkaufs.....	155
D. Zuständigkeit	155
E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG	155
III. „Ordentlicher“ Verkauf.....	156
A. Begriff.....	156
B. Zeitpunkt.....	156
C. Objekte des ordentlichen Verkaufs	156
1. Versilberung der Aktiven	156
2. Einschränkungen	157
D. Zuständigkeit	157
E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG	158
Kapitel 5 : Verwertung bei Konkurseinstellung mangels Aktiven	159
I. Allgemeines	159
II. Verwertung auf Antrag eines Pfandgläubigers.....	160
A. Spezialliquidation in der Generalliquidation.....	160
B. Schicksal eines etwaigen Überschusses	161
III. Übertragung auf den Kanton	162
IV. Verwertung bei Ablehnung durch den Kanton	163
V. Erkenntnisse für einen potentiellen Erwerber.....	164
A. Kauf von Grundstücken	164
B. Kauf von Mobilien, Forderungen und andern Rechten	165
1. Belastete Aktiven	165
2. Lastenfreie Aktiven	165
Dritter Teil: Betriebsverkauf im Rahmen eines Konkursaufschubs	167
Kapitel 1 : Allgemeines	169
I. Rück- und Ausblick zum Konkursaufschub	169
II. Konkursaufschub und Stundung im Vergleich.....	172
A. Sicht der Schuldnerin.....	172
1. Vorteil	172
2. Nachteile	172
B. Sicht der Gläubiger	173
C. Sicht des potentiellen Erwerbers eines Betriebs.....	174
D. Fazit.....	175

Kapitel 2 : Betriebsverkauf	177
I. Zulässigkeit	177
A. Teilverkauf	177
B. Gesamtverkauf	178
1. Bei Gläubigerschädigung	178
2. Bei vollständiger Befriedigung der Gläubiger	179
II. Zuständigkeit	180
A. Externe Kompetenzordnung: Schuldnerin / Richter / Sachwalter	180
1. Auswirkungen der Verfügungsbeschränkung auf den Betriebsverkauf	180
a. Stufen der Verfügungsbeschränkung	180
b. Betriebsverkauf gegen den Willen der Schuldnerin?	181
2. Rechtsfolgen eines Verkaufs trotz fehlender Zustimmung	183
a. Fehlende Zustimmung des Richters oder Sachwalters bei richterlicher Anordnung	183
(i) Vollstreckungsrechtliche (Un)Wirksamkeit	183
(ii) Zivilrechtliche Gültigkeit	184
b. Fehlende Zustimmung des Sachwalters bei sachwalterischer Anordnung	184
B. Interne Kompetenzordnung: Verwaltungsrat und Generalversammlung	184
1. Grundsatz: Kein Einfluss des Konkursaufschiebs auf die interne Kompetenzordnung	184
2. Interne Kompetenzordnung ausserhalb von Insolvenzverfahren	185
a. Subsidiäre Kompetenz des Verwaltungsrats für sämtliche Geschäfte	185
b. Ausnahmsweise Kompetenz der Generalversammlung	186
(i) Betriebsverkauf ist vom Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen	186
(ii) Betriebsverkauf führt zur faktischen Liquidation	186
c. Sonderfall: Gesellschaft ist konkursreif	187
(i) Bundesgerichtliche Rechtsprechung	187
(ii) Begriff „Konkursreife“	188
(iii) Dilemma betreffend Pflicht zur Bilanzdeponierung	189
3. Kompetenz zum Betriebsverkauf während des Konkursaufschiebs	190
a. Ausgangslage	190
b. Zuständigkeiten	191
(i) Teilverkauf	191
(ii) Gesamtverkauf	192
c. Kein Betriebsverkauf bei Konkursreife	192
(i) Ausgangslage	192

	(ii) Konkursreife im Konkursaufschub.....	193
	(iii) Ergebnis	193
	C. Rolle der Gläubiger.....	194
	D. Exkurs: Pflicht zur Benachrichtigung des Richters	194
	1. Handlungspflichten des Verwaltungsrats	194
	2. Dauer der Toleranzfrist.....	195
	3. Eigener Vorschlag	196
III.	Übergang der Arbeitsverhältnisse	198
	A. Automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen.....	198
	B. Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Massenentlassung	198
	C. Sozialplanpflicht.....	199
IV.	Anfechtungsrisiken	199
	A. Allgemeines	199
	B. Allgemeine Voraussetzungen	200
	1. Betriebsverkauf innerhalb der période suspecte	200
	2. Gläubigerschaden / Gläubigerbevorzugung	200
	3. Keine Verjährung	201
	C. Besondere Voraussetzungen	202
	1. Schenkungsanfechtung	202
	2. Überschuldungsanfechtung	203
	3. Absichtsanfechtung	203
	D. Rechtsfolgen einer erfolgreichen Anfechtung.....	205
	1. Restitution des Betriebs in natura oder Wertersatz	205
	2. Erstattung des Kaufpreises	206
	E. Vermeidung des Anfechtungsrisikos	206
	1. Bezahlung des Marktpreises.....	206
	a. Beschränkte Bedeutung der theoretischen Bewertung des Betriebs..	207
	b. Bestimmung des Marktpreises in einem fairen Verkaufsverfahren...	208
	2. Einbezug des Sachwalters	209
	3. Vorsicht bei Verrechnung des Kaufpreises.....	209
	4. Überprüfung der Verwendung des Kaufpreises durch die Schuldnerin	210
V.	Rechtsnatur und Modalitäten.....	211
	A. Allgemeines	211
	B. Privatrechtlicher Betriebsverkauf.....	211
	C. Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf.....	212
VI.	Beschwerdemöglichkeiten.....	212
	A. Privatrechtlicher Asset Deal nach OR.....	212
	B. Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf.....	213

Vierter Teil: Betriebsverkauf im Rahmen eines Nachlassverfahrens	215
Kapitel 1 : Betriebsverkauf während der Stundung	217
I. Voraussetzungen des Betriebsverkaufs während der Stundung	217
A. Problematik	217
1. Lückenhafte Regelung	217
2. Verkehrte Zuständigkeiten	217
3. Unzureichender Schutz der Gläubiger	218
a. Gläubigerschutz beim Betriebsverkauf im und ausser Konkurs	218
b. Gläubigerschutz beim Betriebsverkauf während der Stundung	219
4. Unzureichender Schutz der Aktionäre	220
a. Aktionärsschutz beim Betriebsverkauf im und ausser Konkurs	220
b. Aktionärsschutz beim Betriebsverkauf während der Stundung	221
5. Unbestrittene Notwendigkeit	222
6. Fazit	223
B. Erster Lösungsvorschlag: Zulässigkeit des Betriebsverkauf in der Stundung analog Notverkauf im Konkurs	224
1. Kriterien gemäss Lehre und Praxis	224
2. Konkretisierung	225
a. Dringlichkeit analog Notverkauf im Konkurs	225
b. Quantifizierung der Dringlichkeit	226
C. Zweiter Lösungsvorschlag: Verstärkter Einbezug der Gläubiger	227
1. Vorschläge aus Lehre und Praxis	227
2. Konkretisierung	227
a. Höhergebotsrecht der Gläubiger analog Art. 256 Abs. 3 SchKG	227
b. Keine erste Gläubigerversammlung in der Stundung	229
D. Dritter Lösungsvorschlag: Verstärkter Einbezug der Aktionäre	230
1. Vorschlag Jeanneret / Peyrot	230
2. Konkretisierung	231
a. Stundung im Hinblick auf einen Liquidationsvergleich	231
(i) Ziel der Stundung	231
(ii) Inhalt des Nachlassvertrags	232
b. Stundung im Hinblick auf einen ordentlichen Nachlassvertrag	232
(i) Ziel der Stundung	232
(ii) Inhalt des Nachlassvertrags	232
c. Reines Moratorium	232
d. Bezüglich Betriebsverkauf	233
(i) Stundung im Hinblick auf einen Liquidationsvergleich	233
(ii) Stundung im Hinblick auf einen ordentlichen Nachlassvertrag ..	233

(iii) Reines Moratorium.....	233
E. Fazit.....	234
1. Fünf Voraussetzungen eines Betriebsverkaufs bei Gläubigerschädigung....	234
2. Zwei Voraussetzungen eines Betriebsverkaufs ohne Gläubigerschädigung	235
II. Zuständigkeiten.....	236
A. Externe Kompetenzordnung: Schuldnerin / Sachwalter / Richter.....	236
1. Eingeschränkte Verfügungsberechtigung (Art. 298 Abs. 1 SchKG).....	236
a. Stufe eins.....	236
b. Stufe zwei.....	236
c. Stufe drei.....	237
d. Stufe vier.....	237
2. Verfügungsverbot mit richterlichem Erlaubnisvorbehalt (Art. 298 Abs. 2 SchKG).....	238
a. Betriebsverkauf als zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft.....	238
b. Zeitpunkt der Zustimmung.....	239
c. Zustimmungskriterien.....	240
(i) Wahrung der Gläubigerinteressen.....	240
(ii) Art. 305 und 306 SchKG.....	241
3. Anwendung auf den Betriebsverkauf.....	241
a. Verfügungsbeschränkung Stufe eins.....	242
b. Verfügungsbeschränkung Stufe zwei.....	242
c. Verfügungsbeschränkung Stufe drei.....	242
d. Verfügungsbeschränkung Stufe vier.....	243
e. Betriebsverkauf gegen den Willen der Schuldnerin?.....	243
(i) Zulässigkeit.....	243
(ii) Anordnung und Umsetzung.....	243
4. Rechtsfolgen eines Betriebsverkaufs trotz fehlender Zustimmung.....	244
a. Fehlende Zustimmung des Richters.....	244
(i) Vollstreckungsrechtliche (Un)Wirksamkeit.....	244
(ii) Schicksal der Gegenleistung.....	245
(iii) Zivilrechtliche Gültigkeit.....	246
b. Fehlende Zustimmung des Sachwalters bei richterlicher Anordnung.....	247
c. Fehlende Zustimmung des Sachwalters bei sachwalterischer Anordnung.....	248
B. Interne Kompetenzordnung: Verwaltungsrat und Generalversammlung.....	248
1. Grundsätzlich kein Einfluss der Stundung auf die interne Kompetenzordnung.....	248
2. Kompetenz zum Betriebsverkauf während der Stundung.....	249

	a.	Stundung im Hinblick auf einen Liquidationsvergleich	249
	b.	Stundung im Hinblick auf einen ordentlichen Nachlassvertrag.....	250
	c.	Reines Moratorium	251
	3.	Kein Betriebsverkauf bei Konkursreife.....	251
	a.	Ausgangslage	251
	b.	Konkursreife während der Stundung.....	251
	c.	Ergebnis	252
	C.	Rolle der Gläubiger	253
III.		Übergang der Arbeitsverhältnisse.....	253
	A.	Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen.....	253
	B.	Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Massenentlassungen.....	254
	1.	Massenentlassung	254
	2.	Anwendbarkeit während der Stundung	255
	3.	Konsultation gemäss Art. 335f OR	255
	C.	Doppelte Konsultation Art. 333a / Art. 335f OR.....	256
	1.	Gemeinsamkeiten und Unterschiede	256
	2.	Vorschlag.....	257
	a.	Kombiniertes Konsultationsverfahren.....	257
	b.	Umfassendes Konsultationsverfahren	258
	D.	Sozialplanpflicht bei reinem Moratorium.....	259
IV.		Anfechtungsrisiken.....	260
V.		Rechtsnatur und Modalitäten	261
	A.	Klassifizierung	261
	1.	Privat- oder öffentlichrechtlich	261
	2.	Mit oder ohne Gläubigerschädigung	262
	B.	Privatrechtlicher Betriebsverkauf mit Gläubigerschädigung	262
	1.	Anwendbare Normen.....	262
	2.	Abgabe von Gewährleistungen	263
	a.	Ziel ordentlicher Nachlassvertrag	263
	b.	Ziel Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung	264
	C.	Privatrechtlicher Betriebsverkauf ohne Gläubigerschädigung.....	264
	1.	Anwendbare Normen.....	264
	2.	Abgabe von Gewährleistungen	265
	D.	Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf	266
VI.		Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Betriebsverkauf	266
		Kapitel 2 : Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags	269
I.		Allgemeines	269
	A.	Zum ordentlichen Nachlassvertrag.....	269

B.	Strukturierungsvarianten.....	270
1.	Kein Gesamtverkauf.....	270
2.	Betriebsverkauf ist Teil des ordentlichen Nachlassvertrags.....	271
3.	Grundsatzbeschluss im ordentlichen Nachlassvertrag.....	271
II.	Zulässigkeit.....	272
III.	Zuständigkeit.....	273
A.	Externe Kompetenzordnung: Schuldnerin / Sachwalter / Vollzieher / Richter....	273
1.	Koppelung von Nachlassvertrag und Betriebsverkauf.....	273
2.	Einsetzung eines Vollziehers.....	274
a.	Mit Überwachungsbefugnissen.....	274
b.	Mit Liquidationsbefugnissen.....	275
3.	Keine Einsetzung eines Vollziehers.....	275
B.	Interne Kompetenzordnung: Verwaltungsrat und Generalversammlung.....	275
1.	Genehmigung durch die Generalversammlung.....	275
2.	Neue Sanierungsbeitragspflicht des Aktionärs.....	276
a.	Abkehr vom pflichtfreien Aktionär?.....	276
b.	Praktische Umsetzung der Sanierungsbeitragspflicht.....	277
(i)	Generalversammlung und Gläubigerversammlung am gleichen Tag.....	277
(ii)	Folgen für ablehnende Aktionäre.....	278
(iii)	Höhe des Sanierungsbeitrags.....	278
C.	Rolle der Gläubiger.....	279
IV.	Übergang der Arbeitsverhältnisse.....	279
A.	Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen.....	279
B.	Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Massenentlassung.....	281
C.	Keine Sozialplanpflicht.....	281
V.	Anfechtungsrisiken.....	281
VI.	Rechtsnatur und Modalitäten.....	282
A.	Allgemeines.....	282
B.	Privatrechtlicher Betriebsverkauf.....	282
C.	Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf.....	284
VII.	Beschwerdemöglichkeiten.....	284
A.	Rechtsmittel gegen den ordentlichen Nachlassvertrag.....	284
B.	Rechtsmittel gegen den Betriebsverkauf.....	285
1.	Privatrechtlicher Asset Deal nach OR.....	285
2.	Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf.....	285
Kapitel 3 : Betriebsverkauf im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung		287
I.	Allgemeines.....	287

A.	Unterscheidung nach Umfang der Vermögensabtretung	288
1.	Nachlassvertrag mit vollständiger Vermögensabtretung	288
2.	Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung	288
B.	Unterscheidung nach Empfänger des abgetretenen Vermögens	289
1.	Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger	289
a.	Erster Schritt: Einräumung des Verfügungsrechts	289
b.	Zweiter Schritt: Verwertung nach Art. 322 ff. SchKG	289
2.	Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten	290
a.	Direkte Verschaffung des Eigentums	290
b.	Umsetzung der Vermögensabtretung	290
(i)	Abgeschlossene Verhandlungen mit dem Dritten	290
(ii)	Noch nicht begonnene oder noch laufende Verhandlungen mit dem Dritten: Vermögensabtretung an die Gläubiger	291
3.	Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an eine Auffanggesellschaft	292
a.	Zur Auffanggesellschaft	292
b.	Vermögensabtretung an die Auffanggesellschaft	293
(i)	Auffanggesellschaft Gläubigerin oder Dritte i.S.v. Art. 317 Abs. 1 SchKG?	293
(ii)	Umsetzung der Vermögensabtretung	295
c.	Fazit	295
C.	Gemischter Nachlassvertrag	296
II.	Zulässigkeit	297
A.	Allgemeines	297
B.	Vermögensabtretung an die Gläubiger	297
C.	Vermögensabtretung an einen Dritten	297
D.	Vermögensabtretung an eine Auffanggesellschaft	297
III.	Zuständigkeit	298
A.	Externe Kompetenzordnung: Liquidator	298
B.	Interne Kompetenzordnung: Generalversammlung	298
C.	Rolle der Gläubiger	299
IV.	Übergang der Arbeitsverhältnisse	300
A.	Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen	300
B.	Keine Anwendung der Bestimmungen zur Massenentlassungen	301
C.	Keine Sozialplanpflicht	301
V.	Anfechtungsrisiken	301
VI.	Rechtsnatur und Modalitäten	301
A.	Privat- oder öffentlichrechtlich	301
1.	Verwertungshandlungen nach Art. 322 ff. SchKG	301
2.	Vereinbarung mit dem Dritten	302

B.	Privatrechtlicher Betriebsverkauf.....	303
C.	Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf.....	304
VII.	Beschwerdemöglichkeiten gegen den Verkauf.....	304
A.	Vermögensabtretung an die Gläubiger.....	304
1.	Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO.....	304
2.	Beschwerde nach Art. 320 Abs. 2 und Art. 17 ff. SchKG	306
B.	Vermögensabtretung an einen Dritten.....	306
1.	Beschwerdemöglichkeiten der Gläubiger	307
a.	Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO	307
b.	Folgen einer Beschwerde bezüglich der Veräußerung an den Dritten	307
2.	Beschwerdemöglichkeiten des Dritterwerbers.....	308
a.	Zivilprozess	308
b.	Folgen einer Beschwerde bezüglich des Nachlassvertrags	308
3.	Beschwerdemöglichkeiten der Schuldnerin.....	309
C.	Vermögensabtretung an eine Auffangesellschaft.....	309
	Fünfter Teil: Betriebsverkauf in den US-amerikanischen Konkursverfahren	311
	Kapitel 1 : Einleitung	313
I.	Ausgangslage	313
II.	Rechtsgrundlagen.....	315
A.	Bankruptcy Code und Federal Rules of Bankruptcy Procedure	315
B.	State Law	317
C.	Gerichtsentscheide / Literatur	318
III.	Verfahren	319
A.	Allgemeines	319
B.	Chapter 7.....	320
C.	Chapter 11.....	322
1.	Einleitung	322
2.	Arten	322
a.	Reorganizing Chapter 11	322
b.	Liquidating Chapter 11	323
3.	Who runs the Show?.....	323
a.	Bankruptcy Court	323
b.	Debtor in Possession (DIP).....	324
c.	Trustee.....	324
d.	Gläubigerausschuss	325
4.	Reorganisationsplan	326
a.	Begriff	326

b.	Vorschlagsrecht.....	326
c.	Klassifizierung der Gläubiger und Shareholder	327
d.	Disclosure	328
e.	Annahme des Reorganisationsplans.....	328
f.	Gerichtliche Bestätigung des Reorganisationsplans	329
(i)	Angenommener Reorganisationsplan	329
(ii)	Cram Down	329
(iii)	Nichtbestätigung.....	331
5.	Besondere Chapter 11 Verfahren	331
a.	Prepackaged Chapter 11	331
b.	Prearranged Chapter 11.....	332
Kapitel 2 : „§ 363 Sale“		335
I.	Allgemeines	335
A.	Verkauf ausserhalb des ordentlichen Geschäftsgangs und ausserhalb eines Reorganisationsplans	335
1.	§ 363 Sale im Chapter 7.....	336
2.	§ 363 Sale im Chapter 11	336
B.	Typischer Ablauf eines § 363 Sale.....	337
1.	Phase 1: Stalking Horse und Bidding Procedures	338
a.	Abschluss eines Stalking Horse Agreement	338
b.	Vereinbarung der Bidding Procedures	338
(i)	Grundsatz: Public Auction.....	338
(ii)	Ausnahme: Private Sale.....	339
2.	Phase 2: Sale Motion	340
3.	Phase 3: Sale Procedures Order	341
4.	Phase 4: Auction	341
5.	Phase 5: Sale Order.....	342
6.	Phase 6: Vollzug	342
II.	Zulässigkeit	343
A.	Problematik	343
B.	Sound Business Justification	345
1.	„Perishable Standard“ und „Emergency Doctrine“ unter früheren Konkursgesetzen	345
2.	Heutige „Lionel Standard“ oder „Business Justification Test“	345
C.	Sub Rosa Objection.....	346
1.	„Braniff Standard“	346
2.	„Continental Makeshift“	347
D.	Weitere Voraussetzungen.....	348
1.	Adequate Notice	348

	2. Adequate Marketing Efforts / Fair and Reasonable Price	348
	3. Good Faith	350
III.	Zuständigkeit	350
	A. DIP und Konkursgericht	350
	B. Rolle der Gläubiger und Shareholder	350
IV.	Arbeitsverhältnisse beim § 363 Sale	351
	A. Kündigung von Arbeitsverhältnissen in- und ausserhalb eines Konkursverfahrens	351
	B. „Normale“ Arbeitsverhältnisse im § 363 Sale	352
	C. Collective Bargaining Agreements beim § 363 Sale	353
V.	Anfechtungsrisiken	354
VI.	Besonderheiten	354
	A. Credit Bidding	354
	1. Begriff	354
	2. Grenzen	356
	B. Gewährleistungen	358
	1. Grundsätzliche Zulässigkeit	358
	2. Gewährleistungsarten	359
	3. Zeitliche Gültigkeit	360
	4. Sicherheit für Schadloshaltung im Fall einer Verletzung	360
VII.	Einsprache gegen den bestätigten und vollzogenen Verkauf / Sale Order	361
	A. Grundsatz: Endgültigkeit des bestätigten Verkaufs	361
	B. Ausnahmen	363
	1. Stay Pending Appeal	363
	2. Bad Faith Purchaser	364
	Kapitel 3 : „Plan Sale“	367
I.	Allgemeines	367
	A. Verkauf im Rahmen eines Reorganisationsplans	367
	B. Typischer Ablauf	368
	1. Phase 1: Stalking Horse und Bidding Procedures	368
	2. Phase 2: Motion ans Konkursgericht	368
	3. Phase 3: Sale Procedures Order / Disclosure Statement Order	369
	4. Phase 4: Auktion	369
	5. Phase 5: Bestätigung des Reorganisationsplans und Sale Order	369
	6. Phase 6: Vollzug	369
II.	Zulässigkeit	370
III.	Zuständigkeit	370
	A. DIP und Konkursgericht	370

	B. Rolle der Gläubiger und Shareholder	370
IV.	Übergang der Arbeitsverhältnisse.....	371
V.	Anfechtungsrisiken.....	371
VI.	Besonderheiten	371
	A. Credit Bidding.....	371
	B. Gewährleistungen.....	372
VII.	Beschwerdemöglichkeiten gegen den Verkauf	372
Sechster Teil : Synthese		375
I.	Grafische Darstellung des Betriebsverkaufs in den Schweizerischen und den US-amerikanischen Insolvenzverfahren.....	377
II.	Gedanken zur Rechtslage in der Schweiz und den USA.....	382
	A. Im Allgemeinen.....	382
	B. Im Besonderen	384

Abkürzungsverzeichnis

a	alt
a.A.	anderer Ansicht
AB	Amtliches Bulletin
ABC	Assignment for the Benefit of Creditors
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft; Kanton Aargau
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964, SR 822.11
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
Aufl.	Auflage
BAP	Bankruptcy Appellate Panel
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BK	Berner Kommentar
Bkrty.E.D.N.Y.	United States Bankruptcy Court Eastern District of New York
Bkrty.E.D.Pa.	United States Bankruptcy Court Eastern District of Pennsylvania
Bkrty.E.D.Va.	United States Bankruptcy Court Eastern District of Virginia
Bkrty.D.Ariz.	United States Bankruptcy Court District of Arizona

Bkrty.D.Del.	United States Bankruptcy Court District of Delaware
Bkrty.D.Idaho	United States Bankruptcy Court District of Idaho
Bkrty.D.Mass.	United States Bankruptcy Court District of Massachusetts
Bkrty.D.N.H.	United States Bankruptcy Court District of New Hampshire
Bkrty.N.D.Ill.	United States Bankruptcy Court Northern District of Illinois
Bkrty.S.D.Fla.	United States Bankruptcy Court Southern District of Florida
Bkrty.S.D.N.Y.	United States Bankruptcy Court Southern District of New York
Bkrty.S.D.Ohio	United States Bankruptcy Court Southern District of Ohio
Bkrty.S.D.Tex.	United States Bankruptcy Court Southern District of Texas
Bkrty.W.D.Tex.	United States Bankruptcy Court Western District of Texas
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
B.R.	Bankruptcy Reporter
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen / Revue du droit de la construction et des marchés publics
BSK	Basler Kommentar
bzw.	Beziehungsweise
C.D.Ill.	United States District Court Central District of Illinois
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Cir.	Circuit Court of Appeals
CO	Code des obligations du 30 mars 1911, SR 220
CR	Commentaire romand
CSO	Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève
d/b/a	doing business as
d.h.	das heisst
DCSO	Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève

DIP	Debtor in Possession
Diss.	Dissertation
EB	Ergänzungsband
EHRA	Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101
Erw.	Erwägung
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
et al.	et alia
f.	und folgende Seite, Note, und folgender Artikel
F.	Federal Reporter
Fed.Appx.	Federal Appendix
ff.	und folgende Seiten, Noten, Artikel
FN	Fussnote
frz.	französisch
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003, SR 221.302
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GebV SchKG	Gebührenverordnung zum Bundesgesetz über Schuld- betreibung und Konkurs vom 23. September 1996, SR 281.35
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
gl. M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPK	Geschäftsprüfungskommission
GVP	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
Habil.	Habilitation
Hk	Handkommentar
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber
i.e.	id est
i.e.S.	im engeren Sinne

inkl.	inklusive
In re	In the matter of
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
ital.	italienisch
i.V.m.	in Verbindung mit
IWIR	Zeitschrift für Insolvenz- und Wirtschaftsrecht
i.w.S.	im weiteren Sinne
JdT	Journal des Tribunaux
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995, SR 251
KOV	Verordnung des Bundesgerichts über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911, SR 281.32
km	Kilometer
Komm.	Kommentierung
KUKO	Kurzkommentar
lit.	Litera
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1
M&A	Mergers & Acquisitions
m.E.	meines Erachtens
Mia.	Milliarde(n)
Mio.	Million(en)
mp	Zeitschrift für schweizerisches Mietrecht
MSchG	Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben vom 28. August 1992, SR 232.11
m.V.a.	mit Verweis auf
m.v.H.	mit weiteren Hinweisen
m.W.	meines Wissens
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911, SR 220
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954, SR 232.14

PKG	Praxis des Kantonsgerichts des Kantons Graubünden
publ.	publiziert
REPRAX	Zeitschrift für Rechtssetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
resp.	respektive
Rz	Randziffer
S.	Seite(n)
SA	Société anonyme
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (ab 1990: SZW)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, SR 281.1
SchlT	Schlusstitel
S.Ct.	Supreme Court of the United States
S.D.N.Y.	Southern District of New York
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SJ	Semaine judiciaire
SJK	Schweizerische juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	so genannt
SR	Systematische Rechtssammlung des Bundesrechts; Ständerat
SSRN	Social Science Research Network
ST	Der Schweizer Treuhänder (heute: EXPERT FOCUS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TREX	Der Treuhandexperte
u.	und
u.a.	unter anderem
ÜBest	Übergangsbestimmungen
U.S./US/USA	United States/United States of America
U.S.C./USC	United States Code
USD	US Dollar
u.U.	unter Umständen

v.	versus
VE-OR	Vorentwurf des Bundesrats für eine Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), publiziert am 28. November 2014
vgl.	vergleiche
VZG	Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920, SR 281.42
W.D.S.C.	District Court of the Western District of South Carolina
WL	Westlaw
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
z.H.	zu Handen
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung vom 13. Juli 1911
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Materialien

Begleitbericht des Bundesamts für Justiz zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung (HRegV), abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/gmbh/ber-entw-vo-hregv-d.pdf>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Begleitbericht Totalrevision HRegV (2007)]

Bericht des Bundesamts für Justiz über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) vom August 2009, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1652/Ergebnis.pdf>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Bericht Vernehmlassung SchKG (2009)]

Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 19. September 2002 über die Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise, BBl 2003 5403 ff. [zit. Bericht GPK Ständerat zur Swissair-Krise (2002)]

Bericht I der Expertengruppe Nachlassverfahren vom April 2005 („Ist das schweizerische Sanierungsrecht sanierungsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung“), abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/schkg/ber-sanierungsrecht-d.pdf>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Bericht I der Expertengruppe Nachlassverfahren (2005)]

Bericht II der Expertengruppe Nachlassverfahren vom Juni 2008 („Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren“), abrufbar unter: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/schkg/ber-expertengruppe-d.pdf>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Bericht II der Expertengruppe Nachlassverfahren (2008)]

Bericht des Bundesamts für Justiz vom 17. September 2015 zur Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligatio-

nenrechts (Aktienrecht), abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/ve-ber-d.pdf>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Bericht Vernehmlassung Aktienrecht (2015)]

Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III 1 ff. [zit. Botschaft SchKG (1991)]

Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff. [zit. Botschaft FusG (2000)]

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010 6455 ff. [zit. Botschaft Sanierungsrecht (2010)]

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), verabschiedet vom Bundesrat am 23. November 2016, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/399.pdf>> (zuletzt besucht am 25. März 2018) [zit. Botschaft Aktienrecht (2016)]

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff. [zit. Botschaft Aktienrecht (2007)]

Entwurf des Bundesrats für eine Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), publiziert am 23. November 2016, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/683.pdf>> (zuletzt besucht am 25. März 2018) [zit. Entwurf OR (2016)]

Erläuternder Bericht des Bundesrats zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), publiziert am 28. November 2014, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-d.pdf>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Erläuternder Bericht Revision Aktienrecht (2014)]

Medienmitteilung des Bundesrats vom 4. Dezember 2015, abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2015/ref_2015-12-04.html> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Medienmitteilung des Bundesrats vom 4. Dezember 2015]

Protokoll Ständeratssitzung vom 31. Mai 2012 betreffend das neue Sanierungsrecht, AB 2012 352 ff. [zit. AB 2012]

Stellungnahme der Universität Neuchâtel vom 15. März 2015 im Rahmen der Vernehmlassung zum Vorentwurf vom 28. November 2014 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/stgn-universitaeten.pdf>> [zuletzt besucht: 25. März 2018] (zit. Stellungnahme Universität Neuchâtel (2015))

Vorentwurf des Bundesrats für eine Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), publiziert am 28. November 2014, abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vorentwurf.pdf>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. VE-OR (2014)]

Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse des EJPD zum Vorentwurf zur Totalrevision der Handelsregisterverordnung vom 28. März 2007, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1399/Ergebnis.pdf>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Vernehmlassungsergebnisse HRegV (2007)]

US-amerikansiche Erlasse / Guidelines / Report

Bankruptcy Code vom 6. November 1978, 11 U.S.C., zu finden unter <uscode.house.gov> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Bankruptcy Code]

Federal Rules of Bankruptcy Procedure, angepasst am 3. Januar 2016, zu finden unter <uscode.house.gov> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Federal Rules]

Local Bankruptcy Rules for the Southern District of New York, angepasst am 1. Dezember 2017, zu finden unter <<http://www.nysb.uscourts.gov/court-info/local-rules-and-orders/local-rules>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Local Rules New York]

Local Rules for the United States Bankruptcy Court District of Delaware, angepasst am 1. Februar 2018, zu finden unter <<http://www.deb.uscourts.gov/local-rules-and-orders>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Local Rules Delaware]

Guidelines for the Conduct of Asset Sales for the United States Bankruptcy Court Southern District of New York vom 5. September 2006, General Order M-331, zu finden unter <<http://www.nysb.uscourts.gov/court-info/local-rules-and-orders/general-orders>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Guidelines Asset Sales New York]

Procedural Guidelines for Prepackaged Chapter 11 Cases for the United States Bankruptcy Court Southern District of New York vom 28. Juni 2013, General Order M-454, zu finden unter <<http://www.nysb.uscourts.gov/procedural-guidelines-and-policies>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Guidelines Prepackaged Chapter 11 New York]

Final Report and Recommendations of the American Bankruptcy Institute Commission to Study the Reform of Chapter 11, veröffentlicht: 8. Dezember 2014, zu finden unter <<http://commission.abi.org/full-report>> (zuletzt besucht: 25. März 2018) [zit. Report Reform of Chapter 11 (2014)]

Literatur

ADLER BARRY E., Chapter 11 at the Crossroads: Does Reorganization Need Reform?: A Reassessment of Bankruptcy Reorganization after Chrysler and General Motors, *American Bankruptcy Institute Law Review* 2010, 305–318

AMBERG PETER, Der ausseramtliche Konkursverwalter im summarischen Konkursverfahren: Kritische Auseinandersetzung mit einem neueren Bundesgerichtsentscheid, *BlSchK* 1996, 1–11

AMONN KURT / WALTHER FRIDOLIN, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Aufl., Bern 2013

AMSTUTZ MARC / REINERT MANI (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Kartellgesetz*, Basel 2010 [zit. BEARBEITER, in: BSK KG (2010), N zu Art.]

ANDERSON ANNE M. / MA YUNG-YU, Acquisitions in Bankruptcy: 363 Sales Versus Plan Sales and the Existence of Fire Sales, *American Bankruptcy Institute Law Review* 2014, 1–33

ANDERSON ERIC W. / LEWIS JOSHUA J., The Philadelphia Story: Third Circuit Denies Lenders' Credit-Bid Rights, *American Bankruptcy Institute Journal* 2010, 14, 61–63

ANNEN PHILIPP / HÄBERLIN WALTER / KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA / KUHN GERHARD / SCHÖBER ROGER / ZOPFI MARKUS (Hrsg.), *Kurzkomentar zur Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG)*, Wädenswil 2011 [zit. BEARBEITER, in: KUKO VZG (2011), N zu Art.]

BACHMANN ROLAND, Arbeitsrechtliche Paradigmenwechsel des neuen Sanierungsrechts, in: BÄNI/OBRIST (Hrsg.), *Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Zürich 2014, 1–24

BAHAR RASHID, *Le rôle du conseil d'administration lors des fusions et acquisitions*. Diss., Publications du Centre de droit bancaire et financier, Genf/Zürich/Basel 2004

BAIRD DOUGLAS G. / RASMUSSEN ROBERT K., The End of Bankruptcy, *Stanford Law Review* 2002, 751–789

BAIRD DOUGLAS G. / RASMUSSEN ROBERT K., Reply: Chapter 11 at Twilight, *Stanford Law Review* 2003, 673–699

BÄNI EVA-MARIA, Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungserchts auf das Arbeitsrecht, ArbR 2013, 79–103

BAUMGARTNER ANDRES, Fortführung des Unternehmens nach Konkursöffnung. Diss., Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Bd. 77, Freiburg 1987

BAUMGARTNER ANDRES, Das Unternehmen im Konkurs: Ein Diskussionsbeitrag zur derzeitigen Revision des Schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, SJZ 1988, 241–246

BEA FRANZ XAVER / HELM ROLAND / SCHWEITZER MARCELL, BWL-Lexikon, Stuttgart 2009

BERMAN GEOFFREY L., An Overview of Assignments for the Benefit of Creditors, in: FRIEDLAND/HAMMEKE/VANDESTEER (Hrsg.), Strategic Alternatives for and against Distressed Businesses, 3. Aufl., Eagan MN 2015, 141–148

BERNSTEIN STAN / SEABURY SUSAN H. / WILLIAMS JACK F., Business Bankruptcy Essentials, Chicago IL 2009

BERWANGER JÖRG / WICHERT JOACHIM / HARIC PETER, Gabler Wirtschaftslexikon: Stichwort: Unternehmung, online im Internet, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/2675/unternehmung-v15.html>, veröffentlicht: 2015, zuletzt geprüft: 7. Dezember 2015

BIERI RAPHAEL / KILCHMANN JÖRG, Risiko einer paulianischen Anfechtung bei Unternehmenskäufen, in: LENGAUER/REZZONICO (Hrsg.), Chancen und Risiken rechtlicher Neuerungen 2009/2010, Zürich 2010, 30–37

BINDER ANDREAS, Wege, Irrwege und Umwege für Umstrukturierungen: Situation de lege lata und Vorschläge de lege ferenda, GesKR 2007, 123–132

BÖCKLI PETER, Gewährleistungen und Garantien in Unternehmenskaufverträgen, in: TSCHÄNI (Hrsg.), Mergers & Acquisitions, Zürich 1998, 61–111

BÖCKLI PETER, Das Ende legitimer Amtsführung des Verwaltungsrats bei Eintritt der Überschuldung, in: BOHNET/WESSNER (Hrsg.), Droit des sociétés. Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Basel/Genf/München 2006, 163–181

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009

- BÖCKLI PETER, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2015, 1–7
- BOGGS DOUGLAS C., Structure Options for Acquisitions of Distressed Companies, in: FALLS (Hrsg.), M&A Strategies for Bankruptcy and Distressed Companies, Boston MA 2009, 33–42
- BOWSER DAVID K. / CARMODY RICHARD P. / SHELTON HENRY C. / FREEMAN ANDREW B., Perspectives: Buyers, in: FRIEDLAND/HAMMEKE/VANDESTEEG (Hrsg.), Strategic Alternatives for and against Distressed Businesses, 3. Aufl., Eagan MN 2015, 313–335
- BRÜHWILER JÜRIG, Einzelarbeitsvertrag: Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014
- BUCCOLA VINCENT S.J. / KELLER ASHLEY C., Credit Bidding and the Design of Bankruptcy Auctions, George Mason Law Review 2010, 99–124
- BUFFORD SAMUEL L., Chapter 11 Case Management and Delay Reduction: An Empirical Study, American Bankruptcy Institute Law Review 1996, 85–118
- BÜHLER CHRISTOPH B., Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft: Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen der Sanierung de lege ferenda, ST 2010a, 444–453
- BÜHLER CHRISTOPH B., Sanierung nach Aktienrecht de lege lata et ferenda, Zürich/Basel/Genf 2010b
- Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl., Basel 2017 [zit. BEARBEITER, in: BSK SCHKG EB (2017), N zu Art.]
- CHRIST BENEDICT F., Was bringt eigentlich Chapter 11? Eine anerkannte Form der Unternehmenssanierung, BLSchK 2004, 17–19
- CIRIGLIANO LUCA, Ausgewählte Fragen des neuen Sanierungsrechts: Inhalte von Sozialplänen, staatliche Schlichtungsstellen als Schiedsgerichte, GAV und Sozialplan, Jusletter vom 29. September 2014
- COUNTRYMAN VERN, Executory Contracts in Bankruptcy, Minnesota Law Review 1972–1973, 439–491
- DALLÈVES LOUIS, L'assainissement des entreprises insolvable, SJ 1992, 345–356

DALLÈVES LOUIS / FOËX BÉNÉDICT / JEANDIN NICOLAS (Hrsg.), Commentaire Romand de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, Basel/Genf/München 2005 [zit. BEARBEITER, in: CR LP (2005), N zu Art.]

DAWSON ANDREW B., Labor Activism in Bankruptcy, American Bankruptcy Law Journal 2015, 97–131

DE COULON YVES, La préservation de l'entreprise du failli et sa vente d'urgence, BISchK 2008, 205–217

DEILLON-SCHEGG BETTINA, Übergang des Grundeigentums und Untergang von Grundpfandrechten infolge Zwangsversteigerung, ZBGR 2000, 89–120

DEUTSCH DOUGLAS E. / DISTEFANO MICHAEL G., The Mechanics of a § 363 Sale, American Bankruptcy Institute Journal 2011, 48–49, 77

DRUEY JEAN NICOLAS / DRUEY JUST EVA / GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015

DUBACH ALEXANDER, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ 1998, 149–160

DUC NICOLAS, Nouvel (?) avant-projet de révision du droit de la société anonyme, Jusletter vom 19. Oktober 2015

EIDGENÖSSISCHES AMT FÜR DAS HANDELSREGISTER, Kurzkomentar zu den Bestimmungen der Handelsregisterverordnung zum Fusionsgesetz vom 11. Oktober 2004, REPRAX 2004, 1–39

EPSTEIN DAVID G., Bankruptcy and Related Law, 8. Aufl., St. Paul MN 2013

ERENS BRAD B. / NEFF KELLY M., Confidentiality in Chapter 11, Emory Bankruptcy Developments Journal 2005, 47–94

FARSACI ALESSANDRO / DAUWALDER PETER, Empirische Studie zum neuen Sanierungsrecht, Jusletter vom 29. Mai 2017

FERRIELL JEFFREY T. / JANGER EDWARD J., Understanding Bankruptcy, 3. Aufl., New Providence NJ/San Francisco CA 2013

FEUZ ANDREAS, Trotz Konkurs geöffnet: Die Weiterführung von Betrieben im Konkurs kann erhebliche Werte retten, IWIR 1998, 14–16

FEUZ ANDREAS, Liquidation von Aktiven trotz Einstellung des Konkurses mangels Aktiven?, IWIR 2002, 49–51

FEUZ-RAMSEYER ANDREAS, Sanierungsrecht 2014, TREX 2014, 25–27

FISCHER ALEXANDER / TROST ANDREA, Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, Jusletter vom 19. Mai 2014

FISCHER MARC PASCAL, Die Kompetenzverteilung zwischen Generalversammlung und Verwaltungsrat bei der Vermögensübertragung, Diss., Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 262, Zürich 2007

FISCHER ROLAND / DELLI COLLI FLAVIO, Sanierungsbemühungen bei Überschuldung: Besprechung des Urteils 4A_251/2013 des schweizerischen Bundesgerichts vom 11. November 2013 sowie des zugrunde liegenden Urteils HG100052 des Handelsgerichts Zürich vom 7. März 2013, GesKR 2014, 255–263

FORSTMOSER PETER / MEIER-HAYOZ ARTHUR / NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996

FORSTMOSER PETER, Der Richter als Krisenmanager? Überlegungen zu Art. 725 f. OR, in: FORSTMOSER/HONSELL/WIEGAND (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 263–291

FRAZIER KELLY K. / BRADY ERIN N. / CHO SHIRLEY S. / ITKIN ROBBIN L. / SINANYAN LORI / SPIEGEL BENNETT L. / WYNNE RICHARD L. / ZARLENGA LISA, A Comparison Shopping Guide for 363 Sales, Alexandria, VA 2009

FUCHS URSULA, Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten. Diss., Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe A, Privatrecht Bd. 48, Basel/Genf/München 1999

FULD STÉPHANIE / DEPIERRE OLIVIER, Condensé de la nouvelle institution du plan social en droit du travail (art. 335h à 335k CO), Jusletter vom 29. September 2014

GASSER DOMINIK, Die Liquidation nach Artikel 230a SchKG, in: ANGST/COMETTA/GASSER (Hrsg.), Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel. Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München 2000, 51–62

GASSER DOMINIK, Neues Nachlassverfahren - praktische Konsequenzen für die Betreibungs- und Konkursämter, BISchK 2014, 1–14

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER / EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil Band II, 10. Aufl., Zürich 2014

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER / SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil Band I, 10. Aufl., Zürich 2014

GEISER THOMAS, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsverfahren, in: HASENBÖHLER/SCHNYDER (Hrsg.), Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht - Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Zürich 1997, 101–121

GEISER THOMAS, Massenentlassung, in: MÜNCH/METZ (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, 2. Aufl., Basel 2012, 77–115

GIGER HANS, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 184 - 215, Bern 1979 [zit. GIGER, in: BK OR (1979), N zu Art.]

GIGER HANS, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Besondere Arten des Kaufs und Tauschvertrag, Art. 222 - 238 OR, Bern 1999 [zit. GIGER, in: BK OR (1999), N zu Art.]

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite: Articles 1-88, Lausanne 1999 [zit. Gilliéron (1999), N zu Art.]

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite: Articles 89-158, Lausanne 2000 [zit. Gilliéron (2000), N zu Art.]

GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite: Articles 159-270, Lausanne 2001 [zit. Gilliéron (2001), N zu Art.]

GILSON STUART / HOTCHKISS EDITH / OSBORN MATTHEW, Cashing out: The Rise of M&A in Bankruptcy. SSRN, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2547168, veröffentlicht: 15.08.2015, zuletzt geprüft: 22. Dezember 2015

GIROUD ROGER, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft. Diss., Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 50, 2. Aufl., Zürich 1986

GLANZMANN LUKAS, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: ROBERTO (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, 19–102

GLANZMANN LUKAS, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: KUNZ/JÖRG/ARTER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 247–286

GOFFMAN JAY M. / ST. CLAIR GREGORY JAY / THAU ANDREW M. / TURETSKY DAVID M., Prepackaged Bankruptcies, in: FRIEDLAND/HAMMEKE/VANDESTEER (Hrsg.), Strategic Alternatives for and against Distressed Businesses, 3. Aufl., Eagan MN 2015, 49–94

GRAF-SCHELLING CLAUDIUS, Know-how zum Konkursaufschub nach Art. 725a OR, SJZ 1999, 109–112

GRAHAM-SIEGENTHALER BARBARA, Vorzeitige Verwertung und Freihandverkauf im Konkurs, BLSchK 2000, 81–87

GROCHLA ERWIN, Betrieb, Betriebswirtschaft und Unternehmung, in: WITTMANN/KERN/KÖHLER/KÜPPER/WISOCKY V. (Hrsg.), Handwörterbuch der Betriebswirtschaft (HWB), 5. Aufl., Stuttgart 1993, 374–390

GRÜSKE KARL-DIETER / SCHNEIDER FRIEDRICH, Wörterbuch der Wirtschaft, 13. Aufl., Stuttgart 2003

GULICH FRANK, Rechtliche Aspekte bei der Gründung einer Auffanggesellschaft i.w.S. Diss., Zürich 1993

HAAB ROBERT / SIMONIUS AUGUSTUS / SCHERRER WERNER / ZOBL DIETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eigentum, Art. 641 - 729 ZGB, Zürich 1977 [zit. BEARBEITER, in: ZK ZGB (1977), N zu Art.]

HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016

HANDELSREGISTERAMT DES KANTONS ZÜRICH, Fragen und Antworten zum neuen Fusionsgesetz, http://www.hra.zh.ch/dam/justiz_innern/hra/FAQ/faq-fusg.pdf, veröffentlicht: 14.09.2012, zuletzt geprüft: 22. Dezember 2015

HANDSCHIN LUKAS, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, ZBJV 2000, 433–448

HARDMEIER HANS ULRICH, Das aktienrechtliche Moratorium und der gerichtliche Nachlassvertrag als Sanierungsinstrumente, in: MEIER/RIEMER/WEIMAR (Hrsg.), Recht und Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 503–514

HARI OLIVIER, Le droit à l'information et de participation des actionnaires d'une société anonyme dans une procédure d'assainissement ordinaire ou bancaire, in: FOËX/HIRSCH (Hrsg.), Transparence et secret dans l'ordre juridique. Liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret, Genf 2010a, 93–106

HARI OLIVIER, Le commissaire au sursis dans la procédure concordataire (art. 293 ss LP). Diss., Centre de droit commercial, fiscal et de l'innovation, Neuenburg 2010b

HARI OLIVIER / GMÜNDER HUBERT, Das neue Sanierungsrecht, GesKR 2013, 570–578

HARI OLIVIER, Assainissement d'un débiteur: le sursis provisoire et le rôle du commissaire, Jusletter vom 29. Mai 2017

HARIC PETER / BERWANGER JÖRG, Gabler Wirtschaftslexikon: Stichwort: Unternehmen, online im Internet, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/2942/unternehmen-v11.html>, veröffentlicht: 2015, zuletzt geprüft: 7. Dezember 2015

HARWELL DREW / BOGAGE JACOB, What Trump didn't say about his four big bankruptcies. The Washington Post, https://www.washingtonpost.com/business/economy/what-trump-didnt-say-about-his-four-big-business-bankruptcies/2015/08/07/bc054e64-3d12-11e5-9c2d-ed991d848c48_story.html, veröffentlicht: 07.08.2015, zuletzt geprüft: 22. Dezember 2015

HÄUSERMANN MARKUS, Freihandverkauf im Umbruch, IWIR 1998, 3–9

HÄUSSERMANN LUTZ, Sanierung der Aktiengesellschaft gemäss Chapter 11 des amerikanischen Bankruptcy Code aus schweizerischer Sicht. Diss., Zürich 1986

HELBLING CARL, Unternehmensbewertung und Steuern, 9. Aufl., Düsseldorf 1998

HERBERT MICHAEL J., Understanding Bankruptcy, New York NY 1995

HIS EDUARD, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung, Art. 927 - 964, Bern 1940 [zit. HIS, in: BK OR (1940), N zu Art.]

HOMBURGER ERIC, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726, Zürich 1997 [zit. HOMBURGER, in: ZK OR (1997), N zu Art.]

HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM P. / GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457 - 977, 5. Aufl., Basel 2015 [zit. BEARBEITER, in: BSK ZGB-II (2015), N zu Art.]

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM P. / WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1 - 529, 6. Aufl., Basel 2015 [zit. BEARBEITER, in: BSK OR-I (2015), N zu Art.]

HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM P. / WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530 - 964 OR, 5. Aufl., Basel 2016 [zit. BEARBEITER, in: BSK OR-II (2016), N zu Art.]

HUNKELER DANIEL, Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg, Schweiz Bd. 158, Freiburg 1996

HUNKELER DANIEL, Recht zum Höherangebot beim Freihandverkauf im Konkurs: Kommentar zum Bundesgerichtsentscheid vom 20. November 2001 (7B.220/2001), Jusletter vom 11. Februar 2002

HUNKELER DANIEL, Neues Sanierungsrecht verabschiedet - voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, Jusletter vom 8. Juli 2013

HUNKELER DANIEL, Gesetzgeberische Fehler im neuen Sanierungsrecht, Jusletter vom 2. Juni 2014

HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 [zit. BEARBEITER, in: KUKO SCHKG (2014), N zu Art.]

HURTER HANS, Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung. Diss., Bern 1988

IANNI SARA, Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts. Diss., Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Bd. 19, Zürich 2014

JAEGER CARL / WALDER HANS ULRICH / KULL THOMAS / KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs: Band III, Art. 293-352, 4. Aufl., Zürich 2001 [zit. JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2001), N zu Art.]

JAEGER CARL / WALDER HANS ULRICH / KULL THOMAS / KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs: Band II, Art. 89-158, 5. Aufl., Zürich 2006 [zit. JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2006), N zu Art.]

JAEGER CARL / WALDER HANS ULRICH / KULL THOMAS M. / KOTTMANN MARTIN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs: Band II, Art. 159-292, 4. Aufl., Zürich 1999 [zit. JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N zu Art.]

JAEGER ERNST, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 8. Aufl., Berlin 1932

JEANNERET VINCENT / PEYROT LAURE, Procédures concordataires et faillite - Quelle est la protection des actionnaires?, ST 2002, 514–518

JEANNERET VINCENT, Prepack Insolvency: le bonheur est dans le "pre", Anwaltsrevue 2010, 159–162

KÄFER KARL, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Die kaufmännische Buchführung, Art. 958 - 964 OR, Bern 1981 [zit. KÄFER, in: BK OR (1981), N zu Art.]

KÄNZIG PHILIPP / GEIGER GAUDENZ, Fristen im Sanierungsrecht - ausgewählte Aspekte, in: SPRECHER (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV, Zürich 2014, 113–142

KASPER SABINA, Information-Governance im Arbeitsverhältnis. Diss., Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht Bd. 68, Bern 2008

KEACH ROBERT J., Chapter 11 as a Liquidation Tool: Legal, Tactical and Practical Considerations for Debtors, Lenders and Buyers, in: RESNICK/SOMMER (Hrsg.), Collier Guide to Chapter 11, New Providence, NJ 2010-2014

KLING JOSEPH A., Rethinking 363 Sales, Stanford Journal of Law, Business & Finance 2012, 258–309

- KNUPP RALPH, Die Anordnung der Unternehmensweiterführung im Konkurs. Diss., Zürich 1988
- KOLBECK ROSEMARIE, Unternehmen und Betrieb, in: ALBERS/BORN/DÜRR/HESSE/KRAFT/LAMPERT/ROSE/RUPP/SCHERF/SCHMIDT/WITTMANN (Hrsg.), Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft. Achter Band, Stuttgart 1980, 65–71
- KRADOLFER DEAN ANDREAS, Der Betriebsübergang - Auswirkungen auf das Individualarbeitsverhältnis. Diss., Le droit du travail en pratique Bd. 28, Genf 2008
- KRAMPF MICHAEL / SCHULER ROLF, Die aktuelle Praxis des Konkursrichters am Bezirksgericht Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002, 1060–1076
- KRAMPF MICHAEL, Swissair: Nachlassrichter überfordert, plädoyer 2003, 20–21
- KRAMPF MICHAEL, Neues Sanierungsrecht: Kein grosser Wurf, plädoyer 2014, 26–29
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014
- KUNZ PETER V., Sanierungen von Kapitalgesellschaften: Wann und wie kann oder muss saniert werden?, recht 2014, 175–185
- LEWIS PAUL B., 203 N. LaSalle Five Years Later: Answers to the Open Questions, The John Marshall Law Review 2004, 61–96
- LODERER CLAUDIO / WÄLCHLI URS, Handbuch der Bewertung, Band II: Unternehmen, 5. Aufl., Zürich 2010
- LOPUCKI LYNN M., Courting Failure: How Competition for Big Cases Is Corrupting the Bankruptcy Courts, Ann Arbor MI 2005
- LOPUCKI LYNN M. / DOHERTY JOSEPH W., Bankruptcy Fire Sales, Michigan Law Review 2007, 1–59
- LORANDI FRANCO, Der Freihandverkauf im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Diss., St. Gallen 1993
- LORANDI FRANCO, Mietverträge im Konkurs des Mieters, mietrechtspraxis/mp 1998, 1–20

LORANDI FRANCO, Einstellung des Konkurses über juristische Personen mangels Aktiven (Art. 230a SchKG), AJP 1999, 41–44

LORANDI FRANCO, Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit: Kommentar zu den Artikeln 13–30 SchKG, Basel/Genf/München 2000a (zit. LORANDI (2000a), N zu Art.)

LORANDI FRANCO, Durchführung der Verwertung in der Zwangsvollstreckung durch Privatpersonen, AJP 2000b, 846–856

LORANDI FRANCO, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG), ZZZ 2004, 73–116

LORANDI FRANCO, Die Wirkungen des Konkursaufschubs (Art. 725a OR): Ausgewählte Fragen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht, in: RIE-MER/KUHN/VOCK/GEHRI (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht. Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005

LORANDI FRANCO, Freihandverkauf von Grundstücken in Betreibungs- und Konkursverfahren, BISchK 2006, 1–12

LORANDI FRANCO, Sanierung mittels Konkursaufschub oder Nachlassstundung - Alte und neue Herausforderungen, in: SPRECHER/UMBACH-SPAHN/VOCK (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Zürich 2014a, 29–51

LORANDI FRANCO, Verwertungshandlungen im Bankeninsolvenzrecht, SZW 2014b, 408–412

MABILLARD RAMON, Konkursaufschub: Provisorische Nachlassstundung ohne Sachwalter?, ZZZ 2008/09, 363–379

MALACRIDA RALPH, Neuer Wind im Restrukturierungsrecht: Kurswechsel im Gläubigerschutz?, GesKR 2007, 236–255

MALLON CHRISTOPHER, Chapter 11: Relevant Beyond the U.S., in: PETER/JEANDIN/KILBORN (Hrsg.), The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zürich 2006, 399–405

MARCHAND SYLVAIN, Das Nachlassverfahren: Erster Teil: Von der Stundung bis zur Bestätigung, SJK 24 2004, 1–48

MARCHAND SYLVAIN / HARI OLIVIER, Le sursis concordataire, vecteur de transfert des entreprises commerciales, in: BOHNET/WESSNER (Hrsg.), Droit des sociétés. Mélanges en l'honneur de Roland Ruedin, Basel/Genf/München 2006, 99–116

MARCHAND SYLVAIN, Transfer of the Debtor's Enterprise during the Composition Moratorium, in: PETER/JEANDIN/KILBORN (Hrsg.), The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zürich 2006, 425–439

MARCHAND SYLVAIN, La compensation dans la procédure de poursuite, JdT 2012, 61–79

MARCHAND SYLVAIN, Précis de droit des poursuites, 2. Aufl., Genf 2013

MAUCHLE YVES / VON DER CRONE HANS CASPAR, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?: Bundesgerichtsurteil 4A_251/2013 vom 11. November 2013 und Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. März 2013 (HG100052-O), SZW 2014, 227–239

MAYNARD MICHELINE, Automakers' Swift Cases in Bankruptcy Shock Experts, New York Times 2009, B1 and B4

MEIER ISAAK, Konkursrecht, Neuerungen des revidierten Rechts und aktuelle Fragen aus Lehre und Praxis, in: MEIER/BRÖNNIMANN/OT-TOMANN/STÄUBLI/WALDER (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts nach revidiertem Recht, Basel/Frankfurt a.M 1996, 97–131

MEIER ISAAK, Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in: BASEDOW/MEIER/SCHNYDER/EINHORN/GIRSBERGER (Hrsg.), Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr, Den Haag/Zürich 2000, 445–463

MEIER ISAAK, Die Weiterführung des Unternehmens nach Konkurseröffnung, BISchK 2003, 1–29

MEIER ISAAK / EXNER CHRISTIAN, Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, ARV 2004, 213–233

MEIER ISAAK, "Prepackaged chapter 11" - eine nachahmenswerte Form der Sanierung von Unternehmungen?, ZZZ 2004, 499–512

MEIER ISAAK, Helvetischer Weg zum Chapter 11: Bericht und Stellungnahme zu den Thesen und Vorschlägen der Expertengruppe zur Überprüfung des Nachlassverfahrensrechts, ST 2005, 688–691

MEIER ISAAK, "Prepackaged Chapter 11 Plan" - Chances and Limits of a Prenegotiated Reorganization in the Existing and Future Swiss Insolvency Law, in: PETER/JEANDIN/KILBORN (Hrsg.), The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zürich 2006, 407–415

MEIER-HAYOZ ARTHUR / FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012

MILLER HARVEY R. / MEISES MICHELE J. / MARCUS CHRISTOPHER, The State of the Unions in Reorganizations and Restructuring Cases, American Bankruptcy Institute Law Review 2007, 465–498

MÜLLER LUKAS, Das neue Sanierungsrecht aus empirischer Perspektive: Was sind die kritischen Erfolgsfaktoren einer Sanierung?: Was Unternehmer, Sanierer und Gerichte aus dem "Chapter 11" des U.S. Bankruptcy Code für das revidierte SchKG lernen können, AJP 2014, 187–204

MÜLLER ROLAND A., Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999

MÜLLER ROLAND A., ArG: Kommentar Arbeitsgesetz, 7. Aufl., Zürich 2009

NESVOLD H. PETER / ANAPOLSKY JEFFREY / LAJOUX ALEXANDRA REED, The Art of Distressed M & A: Buying, Selling, and Financing Troubled and Insolvent Companies, New York 2011

OLGIATI LORENZO, Terminierbarkeit von Verfügungsgeschäften beim Unternehmenskauf, in: ZINDEL/PEYER/SCHOTT (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung. Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, 65–83

OSER HUGO / SCHÖNENBERGER WILHELM (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Zivilrecht, Art. 184-418 OR, Zürich 1936 [zit. OSER / SCHÖNENBERGER, in: ZK OR (1936), N zu Art.]

PESTALOZZI ANTON, Der Steigerungskauf, Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229-236 OR, Zürich 1997

PETER HENRY / PEYROT AUDE, L'ajournement de la faillite (article 725a) dans la jurisprudence des tribunaux genevois, SJ 2006, 43–90

PICHONNAZ PASCAL, Besprechung von BGE 129 III 18, BR/DC 2003, 74

POSSA PHILIPP, Die Freihandverkaufsverfügung: Die Auswirkungen der Liegenschaftsverwertung mittels Freihandverkaufsverfügung auf den Eigentumsübergang im Konkurs- und Nachlassverfahren, IWIR 2003, 69–72

POSSA PHILIPP / KREUTZ DENISE, Massenentlassungen im Nachlassstundungsverfahren, Jusletter vom 4. Januar 2010

RAY DOUGLAS E. / SHARPE CALVIN WILLIAM / STRASSFELD ROBERT N., Understanding Labor Law, The understanding series, 4. Aufl., New Providence NJ 2014

RAYKIN ALLA, Section 363 Sales: Mooting Due Process?, Emory Bankruptcy Developments Journal 2012, 91–144

REHBINDER MANFRED, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002

REHBINDER MANFRED / STÖCKLI JEAN-FRITZ (Hrsg.), Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Aufl., Bern 2014 [zit. BEARBEITER, in: BK OR (2014), N zu Art.]

REISS JOHN M. / KAUTZ MATTHEW J. / LAURIA THOMAS E. / UZZI GERARD H., Important Tools in Distressed M&A Transactions, in: FALLS (Hrsg.), M&A Strategies for Bankruptcy and Distressed Companies, Boston MA 2009, 7–32

Resnick, Alan N. / Sommer, Henry J., Collier on Bankruptcy, 16. Aufl., Providence NJ, 2009-2015 [zit: RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶]

REUT CHRISTOPH, Nicht jeder Mist rollt, AJP 2014, 1346–1350

REUT CHRISTOPH, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Diss., Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht Bd. 24, Zürich 2017

REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Aufl., Bern 2007

ROE MARK J. / CHUNG JOO-HEE, How the Chrysler Reorganization Differed from Prior Practice, Journal of Legal Analysis 2013, 399–436

ROE MARK J. / SKEEL DAVID A., Assessing the Chrysler Bankruptcy, Michigan Law Review 2010, 727–771

ROE MARK J., Bankruptcy and Corporate Reorganization, 3. Aufl., New York NY 2011

ROHDE THOMAS, Wem darf eine überschuldete Gesellschaft was, wofür und wie zahlen?, in: SPRECHER (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV, Zürich 2014, 143–179

ROSE ELISABETH B., Chocolate, Flowers, and § 363(B): The Opportunity for Sweetheart Deals Without Chapter 11 Protections, *Emory Bankruptcy Developments Journal* 2006, 249–284

RÜD ANDREAS, Sanierung durch Betriebsübertragung. Diss., Basel 2003

RUDINICKI JAMES, An Overview of Business Bankruptcy, in: FRIEDLAND/HAMMEKE/VANDESTEEG (Hrsg.), *Strategic Alternatives for and against Distressed Businesses*, 3. Aufl., Eagan MN 2015, 35–48

RUEDIN ROLAND / PIAGET EMMANUEL, Le moment de l'avis au juge, *AJP* 2003, 1329–1337

SAHLI PETER, Verwertung von Immobilien während des Nachlassverfahrens, *ST* 2005, 387–391

SCHAFFNER MARC, Die Auffanggesellschaft aus rechtlicher Sicht, *ST* 1995, 493–498

SCHENKER URS, Unternehmensverkauf vor Nachlass- oder Konkursverfahren, in: TSCHÄNI (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions V*, Zürich 2003, 145–186

SCHENKER URS, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, *SJZ* 2009a

SCHENKER URS, Post Closing Litigation, in: KUNZ/ARTER/JÖRG (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV*, Bern 2009b, 75–110

SCHENKER URS, Verkauf von Unternehmen in Krisensituationen, in: KUNZ/JÖRG/ARTER (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V*, Bern 2010

SCHENKER URS, Unternehmensverkäufe unter dem neuen Sanierungsrecht, in: TSCHÄNI (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions XVII*, Zürich 2015, 257–291

SCHMID JÖRG, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419–424 OR, 3. Aufl., Zürich 1993 [zit. SCHMID, in: *ZK OR* (1993), N zu Art.]

SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, Bern 2013 [zit. SCHMIDLIN, in: *BK OR* (2013), N zu Art.]

SCHMIDT KATRIN / VOIGT KAI-INGO / DAUTZENBERG NORBERT / DENNERLEIN BIRGITTA / WICHERT JOACHIM / KRUMME JAN-HENDRICK / HARIC PETER,

Gabler Wirtschaftslexikon: Stichwort: Betrieb, online im Internet, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/326/betrieb-v15.html>, veröffentlicht: 2015, zuletzt geprüft: 7. Dezember 2015

SCHNECK OTTMAR, Lexikon der Betriebswirtschaft: 3500 grundlegende und aktuelle Begriffe für Studium und Beruf, 8. Aufl., München 2011

SCHÖNENBERGER BEAT, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR, BLSchK 2002, 161–189

SCHÖNLE HERBERT / HIGI PETER (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Kauf und Schenkung, Art. 192 - 204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005 [zit. SCHÖNLE / HIGI, in: ZK OR (2005), N zu Art.]

SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, 7. Aufl., Bern 2016

SIFFERT RINO / TURIN NICHOLAS (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Bern 2013 [zit. BEARBEITER, in: HK-HREGV (2013), N zu Art.]

SKEEL DAVID A., From Chrysler and General Motors to Detroit, Widener Law Journal 2015, 121–148

SPRECHER THOMAS, Der Gläubigerausschuss im schweizerischen Konkursverfahren und im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung. Diss., Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 136, Zürich 2003

SPRECHER THOMAS / SOMMER CHRISTA, Sanierung nach Aktienrecht, ST 2014, 551–556

SPROSS JEFF, What Donald Trump gets right about bankruptcy. The Week, <http://theweek.com/articles/570640/what-donald-trump-gets-right-about-bankruptcy>, veröffentlicht: 10.08.2015, zuletzt geprüft: 22. Dezember 2015

STAEHELIN ADRIAN, Nachlassstundung und Nachlassvertrag, BLSchK 1982, 201–212

STAEHELIN ADRIAN, Freihandverkauf: Rechtsnatur und Anfechtung, in: RIE-MER/KUHN/VOCK/GEHRI (Hrsg.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht. Festschrift für Karl Spühler zum 70. Geburtstag, Zürich 2005, 397–406

STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 - 330a OR, Zürich 2006 [zit. STAEHELIN, in: ZK OR (2006), N zu Art.]

STAEHELIN ADRIAN / BAUER THOMAS / STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1 - 158, 2. Aufl., Basel 2010 [zit. BEARBEITER, in: BSK SCHKG-I (2010), N zu Art.]

STAEHELIN ADRIAN / BAUER THOMAS / STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Art. 159 - 352, 2. Aufl., Basel 2010 [zit. BEARBEITER, in: BSK SCHKG-II (2010), N zu Art.]

STAEHELIN ADRIAN, Betriebsübergang bei Insolvenz des Arbeitgebers nach neuem Recht: Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse, in: BÄNI/OBRIST (Hrsg.), Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli, Zürich 2014a, 567–581

STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b - 355, Art. 361 - 362 OR, Zürich 2014 [zit. STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N zu Art.]

STAEHELIN DANIEL, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, AJP 2013, 1735–1740

STAEHELIN DANIEL, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, ST 2014b, 61–66

STEINAUER PAUL HENRI, Les droits réels: Tome II, 4. Aufl., Bern 2012

STÖCKLI KURT, Der Verkauf von Betriebsteilen während der Nachlassstundung, Anwaltsrevue 2010, 67–69

STOFFEL WALTER A. / CHABLOZ ISABELLE, Voies d'exécution: Poursuite pour dettes, exécution de jugements et faillite en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2016

STOFFEL WALTER A. / TERCIER PIERRE, Das Gesellschaftsrecht 1987/88 / Le droit des sociétés 1987/88, SAG 1988, 160–170

STREIFF ULLIN / VON KAENEL ADRIAN / RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012

SUMMERS CLYDE W., Employment At Will in the United States: The Divine Rights of Employers, *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law* 2000, 65–86

TERCIER PIERRE, Le point sur la partie spéciale du droit des obligations, *SJZ* 2003, 301–304

TERCIER PIERRE / AMSTUTZ MARC (Hrsg.), Commentaire Romand sur le code des obligations II, Art. 530 - 1186 CO, Genf 2008 [zit. BEARBEITER, in: CR CO-II (2008), N zu Art.]

TERCIER PIERRE / FAVRE PASCAL G., Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf 2009

THÉVENOZ LUC / WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand sur le code des obligations I, Art. 1 - 529 CO, 2. Aufl., Basel 2012 [zit. BEARBEITER, in: CR CO-I (2012), N zu Art.]

TRIGO TRINDADE RITA / GRIESSEN COTTI ANNIE, FusG - Echo aus der Praxis, *GesKR* 2007, 144–152

TSCHÄNI RUDOLF (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions V*, Zürich 2003

TSCHÄNI RUDOLF, Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz und auf anderen Wegen, *GesKR* 2007, 170–175

TSCHÄNI RUDOLF / DIEM HANS-JAKOB / WOLF MATTHIAS, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich 2013

TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014

UMBACH-SPAHN BRIGITTE, Pauliana und Sanierung, in: SPRECHER (Hrsg.), *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen*, Zürich 2011, 157–180

VANDEBROEK JOS, Chapter 11 oder Prepack?: Praktische Auswirkungen des revidierten SchKG auf Firmensanierungen, *ST* 2014, 712–715

VANDENBERGHE ANN-SOPHIE, Employment contracts, in: DAU-SCHMIDT/LOBEL/HARRIS (Hrsg.), *Labor and Employment Law and Economics Bd. 2*, 2. Aufl., Northampton, MA 2009, 61–95

VERKERKE J. H., Discharge, in: DAU-SCHMIDT/LOBEL/HARRIS (Hrsg.), *Labor and Employment Law and Economics Bd. 2*, 2. Aufl., Northampton, MA 2009, 447–479

VISCHER DANIEL, Sozialplanpflicht und Arbeitnehmerrechte, in: SPRECHER/UMBACH-SPAHN/VOCK (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen V, Zürich 2014, 121–131

VISCHER FRANK (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Zürich 2012 [zit. BEARBEITER, in: ZK FUSG (2012), N zu Art.]

VISCHER MARKUS, Unternehmenserwerb aus dem Konkurs, SZW 2002, 151–160

VISCHER MARKUS, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen: Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 129 III 18 (4C.197/2002 vom 10. Oktober 2002 i.S. A. [Kläger und Beschwerdeführer] gegen B. AG [Beklagte und Beschwerdegegnerin]), SZW 2003, 335–340

VISCHER MARKUS, Die Sicherstellung der Lieferung von Aktien im Unternehmenskaufvertrag, in: TSCHÄNI (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XIII, Zürich 2010, 142–169

VISCHER MARKUS, Unternehmensübertragungsvertrag: Besprechung des Urteils 4A_601/2009 des Bundesgerichts vom 8. Februar 2010, GesKR 2011, 81–87

VISCHER MARKUS, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, 325–333

VOGT HANS-UELI, Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung: Die neuere Bundesgerichtspraxis zur Absichtsanfechtung nach Art. 288 SchKG, GesKR 2009, 163–190

VON KAENEL ADRIAN, Der neue Art. 333b OR: Ausnahmen vom gesetzlichen Übergang der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsübergang in der Sanierung, Jusletter vom 29. September 2014

VON TUHR ANDREAS, Streifzüge im revidierten Obligationenrecht, SJZ 1921/22, 383–388

VON TUHR ANDREAS / PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1979

VONDER MÜHLL GEORGES, Der wirtschaftlich begründete Dringlichkeitsverkauf von Mobilien im Konkurs, BISchK 1995, 1–7

VOUILLOZ FRANÇOIS, La suspension de la faillite faute d'actif (art. 230 et 230a LP), BLSchK 2001, 41–57

WALDER-BOHNER HANS ULRICH / FRITZSCHE HANS, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht: Band I, 3. Aufl., Zürich 1984

WALDER-BOHNER HANS ULRICH / FRITZSCHE HANS, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht: Band II, 3. Aufl., Zürich 1993

WARREN ELIZABETH, Business Bankruptcy, Washington DC 1993

WARREN ELIZABETH / WESTBROOK JAY LAWRENCE, The Law of Debtors and Creditors, 6. Aufl., New York NY 2009

WATTER ROLF, Unternehmensübernahmen. Habil., Zürich 1990

WATTER ROLF / VOGT NEDIM P. / TSCHÄNI RUDOLF / DAENIKER DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar zum Fusionsgesetz, 2. Aufl., Basel 2015 [zit. BEARBEITER, in: BSK FUSG (2015), N zu Art.]

WEBER ROLF H., Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Beziehungen zu Dritten, Art. 110 - 113 OR, Bern 2002 [zit. WEBER, in: BK OR (2002), N zu Art.]

WIDMER LAURA, Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR, Jusletter vom 29. September 2014

WIEGAND WOLFGANG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003, ZBJV 2004, 828–871

WILDHABER ISABELLE, Der Tatbestand des Betriebs(teil)übergangs gemäss Art.333 Abs. 1 OR, ZSR 2007, 463–495

WILDHABER ISABELLE, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen. Habil., Zürich 2011

WÜTHRICH KARL, Sanierung über eine Auffanggesellschaft in der Schweiz, in: DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V. (Hrsg.), Unternehmenssanierung, Köln 1998, 29–50

WYLER RÉMY / HEINZER BORIS, Droit du travail, 3. Aufl., Bern 2014

WYSS CLAUDIA, Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs- und Nachlassverfahren. Diss., Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Bd. 175, Zürich/Basel/Genf 2013

ZILTENER FELIX, Sanierung - die Sicht eines Richters, in: SPRECHER (Hrsg.),
Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2011, 181–201

Einleitung

Ziel und Aufbau

Der Verkauf eines Betriebs oder Betriebsteils ist generell ein äusserst vielschichtiger Vorgang. Findet der Verkauf während eines laufenden Insolvenzverfahrens statt, verstärken verschiedene Komponenten die Komplexität erheblich. Solche Komponenten sind etwa die erhöhte zeitliche Dringlichkeit, der drohende (Total-)verlust, eine nervöse Belegschaft, vorsichtige Lieferanten, zurückhaltende Kunden, derogierende Kompetenzen von Sachwalter, Konkursamt und Richter sowie überforderte weil mit Insolvenzverfahren nicht vertraute Manager und Organe. 1

Ziel dieser Arbeit ist, Licht ins Dunkel oder zumindest Halbdunkel des Betriebsverkaufs in Insolvenzverfahren bringen. Im *ersten Teil* folgt nach generellen Ausführungen zu den Insolvenzverfahren (Konkurs, Konkursaufschub und Nachlassverfahren) ein Vorschlag betreffend eine mögliche Klassifizierung des Betriebsverkaufs in den genannten Verfahren (Unterscheidung nach Rechtsnatur, Transaktionsstruktur und Gläubigerschädigung). In den *Teilen zwei bis vier* werden die grundsätzlichen Fragen (Zulässigkeit und Voraussetzungen, Zuständigkeit, Folgen für Arbeitnehmer, Rechtsnatur, Beschwerdemöglichkeiten und Anfechtungsrisiken) für jedes Verfahren getrennt dargestellt, wobei auf Besonderheiten jeder Verfahrensart eingegangen wird. 2

Betreffend den Betriebsverkauf im Konkurs (*Teil zwei*), der eigentlichen Grundform des Betriebsverkaufs in Insolvenzverfahren, seien die Ausführungen zur Abgrenzung vom Not- und Dringlichkeitsverkauf sowie zur Rückabwicklung des Verkaufs besonders erwähnt. In den Ausführungen zum Betriebsverkauf während des Konkursaufschubs (*Teil drei*) stehen die paulianische Anfechtung (welche nunmehr nur im Konkursaufschub eine echte „Gefahr“ darstellt) sowie die Abgrenzung der Kompetenzen von Verwaltungsrat und Generalversammlung im Vordergrund. Im *Teil vier* betreffend den Betriebsverkauf während des Nachlassverfahrens plädiere ich für einen erhöhten Schutz der Gläubiger sowie der Aktionäre und stelle die Kompetenzordnung von Art. 298 SchKG dar (Betriebsverkauf während der Stundung). Von den Ausführungen zum Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags seien 3

jene zur (neuen) Sanierungsbeitragspflicht des Aktionärs besonders hervorgehoben. Beim Betriebsverkauf im Rahmen eines Liquidationsvergleichs steht die klare Abgrenzung der verschiedenen Typen (Vermögensabtretung an die Gläubiger, einen Dritten oder eine Auffanggesellschaft) im Vordergrund.

- 4 Der *fünfte Teil*, geschrieben während eines vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützten Forschungsaufenthalts an der Harvard Law School, behandelt den Betriebsverkauf nach dem sog. Chapter 11 des US-amerikanischen Konkursgesetzes. Nach einer kurzen Darstellung der Rechtsgrundlagen und Verfahren ist der (bereits vielsagende) typische Ablauf der beiden Hauptarten des Betriebsverkaufs im Chapter 11 („363-Sale“ und „Plan Sale“) beschrieben, wobei auf spannende Einzelfragen („Credit Bidding“, Gewährleistungen) detaillierter eingegangen wird. An dieser Stelle sei betont, dass keine klassische Rechtsvergleichung angestrebt wird; vielmehr sollen die amerikanischen Lösungsansätze punktuell in die Ausführungen zum Schweizer Recht einfließen.
- 5 Im *sechsten* und *letzten Teil* sind in fünf Grafiken die zentralen Aspekte der in den Teilen zwei bis fünf im Detail behandelten Betriebsverkäufe in den unterschiedlichen Insolvenzverfahren zusammengefasst. Sie leiten über zu einigen abschliessenden Gedanken zur Rechtslage in der Schweiz und den USA und acht konkreten Empfehlungen für Betriebsverkäufe in den schweizerischen Insolvenzverfahren.

Abgrenzungen und Begrifflichkeiten

- 6 Betriebsverkäufe in Insolvenzverfahren werden fast ausschliesslich mittels Asset Deal abgewickelt:
- 7 Zum *einen* ist i.d.R. nur der Asset Deal ein taugliches Sanierungsinstrument, da der insolventen Gesellschaft beim Asset Deal direkt neue Mittel zukommen. Da beim Share Deal der Verkaufserlös an die Aktionäre fliesst, ist die Gesellschaft selbst nicht besser gestellt¹. Folglich wird eine Konkursverwaltung, ein Sachwalter und/oder ein Gericht einem Share Deal nur zustimmen, wenn der neue Eigentümer ein überzeugendes Sanierungskonzept vorlegt und allenfalls bereit ist, zusätzliche Mittel in die insolvente Gesellschaft einzubringen.
- 8 Zum *anderen* besteht bei insolventen Gesellschaften fast begriffsnotwendig ein Problem auf der Passivseite der Bilanz. Der Asset Deal erlaubt eine flexible Übertragung nur der Aktiven (auch nur einzelner Aktiven), ohne gleichzeitig

¹ Anders nur wenn die insolvente Gesellschaft eine Tochtergesellschaft mittels Share Deal verkauft, um an neue Mittel zu gelangen. Auch bei diesem Vorgehen werden jedoch Assets (die Tochtergesellschaft) von einer insolventen Gesellschaft gelöst, weshalb auch von einem als Share Deal ausgestalteten Asset Deal gesprochen werden kann.

Passiven übernehmen zu müssen. Beim Share Deal hingegen gehen zwingend auch die Passiven auf den Erwerber über, weshalb ein Erwerb der Aktien einer insolventen Gesellschaft häufig unattraktiv ist.

Gegenstand dieser Arbeit ist daher *nur der Asset Deal* und zwar betreffend einen *Betrieb*². Trägerin und damit Verkäuferin ist (wie immer beim Asset Deal) die Gesellschaft (resp. deren Masse). In dieser Arbeit handelt es sich dabei stets um eine AG nach Art. 620 ff. OR, welche sich bereits in einem der drei Insolvenzverfahren befindet. Vor dem Hintergrund der laufenden Insolvenzverfahren und zur klaren Abgrenzung ist die Gesellschaft regelmässig als *Schuldnerin* bezeichnet.

In der Praxis hat sich erwiesen, dass die Instrumente des FusG für Gesellschaften mit finanziellen Schwierigkeiten und damit insbesondere auch in Insolvenzverfahren untauglich sind³. Die grössten Hindernisse bei der Spaltung und Vermögensübertragung sind die solidarische Haftung von Erwerber und Veräusserer sowie die Sicherstellungsansprüche der Gläubiger⁴. Schon bei einer finanziell angeschlagenen Gesellschaft ausserhalb eines Insolvenzverfahrens (und umso mehr nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens) läuft insbesondere die solidarische Haftung dem häufigsten Zweck eines Betriebsverkaufs, nämlich der Trennung von gesunden und kranken Betrieben oder Betriebsteilen, diametral entgegen⁵.

Nachdem auch die Sanierungsumwandlung gemäss Botschaft⁶ und Praxis des EHRA⁷ ausgeschlossen ist, steht einer überschuldeten Gesellschaft einzig die Möglichkeit einer Sanierungsfusion nach Art. 6 FusG offen. Allerdings ist auch die Sanierungsfusion in der Praxis mit guten Gründen kritisiert worden⁸. Eine Sanierungsfusion scheitert in Insolvenzverfahren schon häufig daran, dass eine Gesellschaft eine oder mehrere Gesellschaften (ohne deren Liquidation) über-

² Wie in Art. 333, 333a und 333b OR wird in dieser Arbeit der Begriff „Betrieb“ verwendet (vgl. Art. 333 Abs. 1, 333a Abs. 1 und 333b OR [frz.: „entreprise ou partie d’entreprise“] sowie sogleich N 29 i.f.).

³ HARI (2010b), N 384 ff.; BINDER (2007), S. 125 f.; TRIGO TRINDADE / GRIESSEN COTTI (2007), S. 150 ff.

⁴ Art. 46 und 47 FusG betreffend die Spaltung sowie Art. 75 FusG betreffend die Vermögensübertragung.

⁵ BINDER (2007), S. 125.

⁶ Botschaft FusG (2000), S. 4458.

⁷ Eidgenössisches Amt für das Handelsregister (2004), S. 18.

⁸ TRIGO TRINDADE / GRIESSEN COTTI (2007), S. 150 ff.; ERNI, in: BSK FUSG (2015), N 31a ff. (mit einer guten Übersicht).

nimmt, eine Liquidation der Gesellschaft jedoch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung und im Konkurs immer stattfindet⁹. Eine Sanierungsfusion (ohne Untergang einer Gesellschaft) ist aus Sicht des Erwerbers gegenüber dem Asset Deal (mit Liquidation der Veräusserin im Rahmen eines Konkursverfahrens oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung) infolge der Übernahme der Passiven klar nachteilig. Die Sanierungsfusion kommt deshalb grossmehrheitlich in Konzernverhältnissen zur Anwendung¹⁰, wo insbesondere aus Reputationsgründen ein Asset Deal in einem Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren ausscheidet. Die Instrumente des FusG sind aus diesen Gründen nicht Gegenstand dieser Arbeit.

⁹ HARI (2010b), N 384.

¹⁰ ERNI, in: BSK FUSG (2015), N 4 zu Art. 6; KUNZ (2014), S. 184 ; TRIGO TRINDADE / GRIESEN COTTI (2007), S. 145.

Erster Teil :

Allgemeines

Kapitel 1 : Definition von Betrieb und Unternehmen

I. In den Rechtswissenschaften

A. Betrieb

Der Begriff *Betrieb* kommt in verschiedenen Gesetzen vor¹¹. In den Bestimmungen zur AG im OR ist der Betrieb erstaunlicherweise nicht ein einziges Mal erwähnt. Abgesehen von Randbestimmungen zur Genossenschaft¹² und im Rechnungslegungsrecht¹³ ist im gesamten Gesellschaftsrecht nicht von Betrieben die Rede. Nach der Legaldefinition im Arbeitsgesetz liegt ein Betrieb vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind¹⁴. Das Arbeitsgesetz setzt folglich lediglich die Beschäftigung mindestens eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitgeber voraus. Nicht erforderlich sind dagegen besondere Einrichtungen, Räumlichkeiten oder eine wirtschaftliche Zielsetzung¹⁵. 12

Das Bundesgericht definiert den Betrieb als „eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt“¹⁶. Leicht divergierend dazu definieren STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH den Betrieb als „selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmende, organisatorische Zusammenfassung der persönlichen, materiellen und immateriellen Mittel zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen 13

¹¹ Z.B. Art. 1 Abs. 2 ArG, Art. 57a SchKG, Art. 333 OR, Art. 37 lit. b FusG.

¹² Z.B. Art. 850 OR.

¹³ Art. 959b Abs. 2 und 3 OR (allerdings lediglich als Adjektiv zur Beschreibung der einzelnen Positionen in der Erfolgsrechnung).

¹⁴ Art. 1 Abs. 1 1. Satz ArG.

¹⁵ MÜLLER (2009), N 1 zu Art. 1 Abs. 2 ArG; REHBINDER (2002), S. 202.

¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.193/2004 vom 30. Juli 2004 Erw. 2.2. Vgl. auch WILDHABER (2011), S. 75 f. und KRADOLFER (2008), S. 29 ff.

Zwecks über den Eigenbedarf hinaus“¹⁷. Gemäss REHBINDER handelt es sich bei einem Betrieb um eine Arbeitsorganisation, welche mehr als die Deckung des Eigenbedarfs bezweckt, wobei er unter Arbeitsorganisationen „arbeitsteilig organisierte Zusammenfassungen von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur Verfolgung eines arbeitstechnischen Zweckes“ versteht. Wird nur der Eigenbedarf gedeckt, liegt ein Haushalt vor¹⁸. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN schliesslich bezeichnen den Betrieb als eine funktionell und örtlich zusammengehörige Leistungseinheit, welche aber - anders als das Unternehmen - oft nicht selber auf das Auftreten am Markt ausgerichtet ist, sondern vielmehr Dienstleistungen für ein Gesamtunternehmen erbringt¹⁹.

- 14 Im Gegensatz zum Betrieb fehlt dem *Betriebsteil* die wirtschaftliche Selbständigkeit; er ist aber ebenfalls als organisatorische Leistungseinheit zu betrachten²⁰ und muss eine eigene, abgrenzbare Organisation darstellen, welche „innerhalb des betrieblichen Gesamtzwecks einen Teilzweck verfolgt“²¹. Nicht als Übertragung eines Betriebsteils gilt die Ausgliederung lediglich einzelner Aufgaben, die organisatorisch nicht zusammengehören²².
- 15 Nicht zu verwechseln ist der Betrieb- oder Betriebsteil mit der *Zweigniederlassung*. Bei der Zweigniederlassung handelt es sich gemäss Bundesgericht um einen „kaufmännischen Betrieb, der zwar rechtlich Teil einer Hauptunternehmung ist, von der er abhängt, der aber in eigenen Räumlichkeiten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie jene ausübt und dabei über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Unabhängigkeit verfügt“²³. Zweigniederlassungen sind verpflichtet, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen²⁴; zudem begründet der Handelsregistereintrag einen zusätzlichen Gerichtsstand²⁵.

B. Unternehmen

- 16 Das Schweizer Recht kennt keine Legaldefinition des *Unternehmens*²⁶, auch wenn die Begriffe *Unternehmen* oder *Unternehmung*²⁷ in diversen Gesetzen

¹⁷ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 4 zu Art. 333 OR.

¹⁸ REHBINDER (2002), S. 33.

¹⁹ DRUEY / DRUEY JUST / GLANZMANN (2015), § 1 N 62.

²⁰ Urteil des Bundesgerichts 4C.193/2004 vom 30. Juli 2004 Erw. 2.2.

²¹ WILDHABER (2007), S. 467.

²² STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 4 zu Art. 333 OR.

²³ BGE 117 II 85 Erw. 3.

²⁴ Art. 641 OR.

²⁵ Art. 12 ZPO.

²⁶ WATTER (1990), S. 59.

²⁷ Diese beiden Begriffe unterscheiden sich nicht.

häufig vorkommen. Die genaueste Umschreibung enthält wohl das Kartellgesetz, wonach als Unternehmen „sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform“ gelten²⁸. Dieser weite Unternehmensbegriff ist jedoch nur im Zusammenhang mit dem Kartellgesetz relevant²⁹.

Im Gesellschaftsrecht kommt dem Begriff des *nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes* resp. des *kaufmännischen Unternehmens* eine zentrale Bedeutung zu³⁰ (wobei Gewerbe und Unternehmen im schweizerischen Recht anders als in der Betriebswirtschaftslehre gleichzusetzen sind³¹). Gemäss Art. 934 Abs. 1 OR ist unter einem kaufmännischen Unternehmen *ein Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen* zu verstehen³². Generell sind die „Art des Betriebes, die Kapitalintensität, Zahl der Lieferanten und Kunden, der Reklameaufwand, die Beschränkung des Inhabers auf die Oberleitung, der Personalbestand und der Umsatz“³³ relevante Kriterien welche für oder gegen das Vorliegen eines kaufmännischen Unternehmens sprechen³⁴. Dem Unternehmen fehlt (wie auch dem Betrieb) die Rechtspersönlichkeit. Trägerin des Unternehmens ist (mit Ausnahme des Einzelunternehmens) eine Personen- oder Handelsgesellschaft.

17

C. Unterschiede in den amtlichen Sprachversionen

Betrieb und Unternehmen werden auf Französisch gemeinhin beide mit „entreprise“ übersetzt. Auch der französischsprachige Gesetzgeber verwendet zuweilen den Begriff „entreprise“ in Bestimmungen, in denen der deutsche Gesetzestext unterscheidet. So spricht beispielsweise der deutsche Art. 333 OR vom „Betrieb“ und „Betriebsteil“, während die französische Ausgabe von „entreprise“ und „partie d’entreprise“ redet³⁵. Demgegenüber definiert Art. 2 Abs. 1^{bis}

18

²⁸ Art. 2 Abs. 1 KG.

²⁹ LEHNE, in: BSK KG (2010), N 7 zu Art. 2.

³⁰ Wer ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt ist zur Eintragung im Handelsregister verpflichtet (Art. 934 Abs. 1 OR), muss eine Firma bilden (Art. 620 Abs. 1 und 626 Ziff. 1 OR) sowie besonderen Buchführungspflichten nachkommen (Art. 957 ff. OR).

³¹ MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER (2012), § 4 N 34.

³² MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER (2012), § 4 N 34.

³³ STOFFEL / TERCIER (1988), S. 161.

³⁴ Aus handelsregisterrechtlicher Sicht nicht als kaufmännische Unternehmen gelten - selbst bei einer enormen wirtschaftlichen Bedeutung - künstlerische Tätigkeiten und die sogenannten freien Berufe (BGE 106 Ib 311 Erw. 3c).

³⁵ In der italienischen Version wird der Begriff „azienda“ und „partie d’azienda“ verwendet.

KG den Begriff „Unternehmen“, während derselbe Terminus auf Französisch wiederum „entreprise“ heisst³⁶.

- 19 Spannend in diesem Zusammenhang ist auch die Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen. Schon im Titel, aber auch in Art. 1 Abs. 1 und damit in derselben Bestimmung kommen die Begriffe Unternehmen (frz.: „entreprise“; ital. „impresa“), Betrieb (frz.: „établissement“; ital.: „stabilimento“) und Betriebsteil (frz.: „partie d’établissement“; ital.: „parte di stabilimento“) vor.

D. Uneinheitliche Begriffsverwendung durch das Bundesgericht

- 20 Selbst das Bundesgericht verwendet die Begriffe Betrieb und Unternehmen - auch in deutschsprachigen Urteilen - uneinheitlich. So gehören gemäss Sachverhalt des Urteils 4C.193/2004 zur Unternehmensgruppe B die B. AG, die C. AG und die D. AG. Die B. AG wird als Betrieb bezeichnet, die C. AG und die D. AG ohne Begründung als Unternehmen³⁷. In einem anderen Entscheid heisst es „Der Zweck von Art. 333 Abs. 1 OR in der Fassung vom 25. Juni 1971 bestand ursprünglich nur darin, den Übergang von *Unternehmen* zu erleichtern und dem Erwerber des *Betriebes* die eingearbeiteten Arbeitskräfte nach Möglichkeit zu sichern [...]“³⁸.

³⁶ Ital.: „impresa“. Die folgenden Beispiele bestätigen die uneinheitliche Begriffsverwendung in den unterschiedlichen Sprachversionen: In Art. 181 OR findet sich der Begriff „Geschäft“, wobei die französische Ausgabe „entreprise“ verwendet (ital.: „azienda“). Art. 15 KOV bezieht sich ebenfalls auf den Verkauf des „Geschäfts“ im Konkurs, während der französischsprachige Gesetzgeber den Verkauf des „commerce“ regelt (ital.: „azienda“). Art. 238 SchKG behandelt die Fortsetzung des „Gewerbes oder Handels“ (Gewerbe und Unternehmen sind im Schweizer Recht gleichzusetzen, vgl. vorne N 17) resp. „industrie ou commerce“ auf Französisch (Ital: industria o commercio“). Derselbe Begriff (Gewerbe) in Art. 934 OR heisst dann aber in der italienischen Version wieder „impresa“ (frz.: „industrie“).

³⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.193/2004 vom 30. Juli 2004 Erw. 1.3.

³⁸ BGE 127 V 183 Erw. 4. b) (Hervorhebung hinzugefügt).

II. In den Wirtschaftswissenschaften

A. Einleitende Bemerkungen

Die in der Wirtschaftslehre vertretenen Definitionen der Begriffe Betrieb und Unternehmen gehen weit auseinander. KOLBECK spricht zu Recht von einer „verwirrenden Fülle von Definitionen“³⁹, während GROCHLA feststellt, dass es fast so viele Definitionen wie Wirtschaftswissenschaftler gibt und sich ein genereller Konsens nicht abzeichnet⁴⁰. Gemäss SCHNECK ist ein zeitgemässer Betriebsbegriff schwierig zu erfassen, weshalb interdisziplinäre Überlegungen angestrengt werden müssen⁴¹. Für die vorliegende Arbeit ist es dennoch von Interesse, einige der gängigeren Definitionen aufzuführen. 21

Das Verhältnis der beiden Begriffe Betrieb und Unternehmen ist eigenartig: Einmal werden sie als Synonyme verwendet (häufig in der Umgangssprache, aber nicht nur). Sodann wird Unternehmen als Oberbegriff und Betrieb als Unterbegriff verstanden, wobei ein Betrieb häufig auch als ein Teil des Unternehmens betrachtet wird; drittens gibt es aber auch den Ansatz, wonach das Unternehmen den Unterbegriff und der Betrieb den Oberbegriff darstellt. Schliesslich gibt es die Variante, wonach die beiden Begriffe nebeneinander unter einen gemeinsamen Oberbegriff⁴² gestellt werden, die Begriffe Betrieb und Unternehmen also rangmässig nicht zu differenzieren sind, sondern „in einem Sach- und Kausalzusammenhang stehen“⁴³. Bei dieser Herangehensweise wird z.B. der Betrieb als technisch-wirtschaftlicher Teil und die Unternehmung als juristisch-finanzielle Seite betrachtet⁴⁴. 22

Ob dieser Fülle eigentlich nicht überraschend ist, dass gewisse Autoren sich von beiden Begriffen lösen wollen und einen reinen Begriff für die Wirtschaftseinheit suchen. Zwei Richtungen lassen sich dabei unterscheiden: Einerseits werden die Begriffe durch den Grundbegriff „Privatwirtschaft“ ersetzt. Nach dieser Lehre werden nur gewinnorientierte Wirtschaftseinheiten in Privateigentum erfasst, nicht aber Haushalte, öffentlichrechtliche Betriebe oder auch gemeinnützige Organisationen. Andererseits wird aber auch postuliert, der reine Begriff 23

³⁹ KOLBECK (1980), S. 70.

⁴⁰ GROCHLA (1993), S. 376 f.

⁴¹ SCHNECK (2011), S. 122 f.

⁴² Solche Oberbegriffe sind z.B. Betriebswirtschaft, Produktivität der Wirtschaft, Produktiveinheit der Wirtschaft oder Organisation (KOLBECK (1980), S. 70; GROCHLA (1993), S. 383).

⁴³ GROCHLA (1993), S. 386.

⁴⁴ Zum Ganzen vgl. GROCHLA (1993), S. 384 ff. und KOLBECK (1980), S. 69 f.

sei möglichst weit zu fassen, um „sämtlichen Erscheinungsformen der Wirtschaftseinheit in allen Wirtschaftsordnungen“ gerecht zu werden. Als mögliche Begriffe sind „Einzelwirtschaft“ oder auch „Organisation“ genannt⁴⁵.

B. Definitionen

1. Betrieb

- 24 Aus betriebswirtschaftlicher Sicht kann der Betrieb definiert werden als „örtliche, technische und organisatorische Einheit zum Zwecke der Erstellung von Gütern und Dienstleistungen, charakterisiert durch einen räumlichen Zusammenhang und eine Organisation, die auf die Regelung des Zusammenwirkens von Menschen und Menschen, Menschen und Sachen sowie von Sachen und Sachen im Hinblick auf gesetzte Ziele gerichtet ist“⁴⁶. Diese Definition beinhaltet erstens eine technische Seite, welcher bei der Herstellung von Gütern natürlich eine grundlegende Bedeutung zukommt, zweitens eine soziale Ebene, da - mit Ausnahme des Einmannbetriebs - die Wertschöpfung durch die Kooperation mehrerer Menschen in Leistungsgemeinschaften erfolgt, drittens das Element der Organisation und Arbeitsteilung und viertens die ökonomische, i.d.R. gewinnorientierte, Komponente⁴⁷. Etwas kompakter ist der folgende, offenbar traditionelle Betriebsbegriff: Ein Betrieb ist demnach eine „technische, soziale, wirtschaftliche, organisatorische, umweltbezogene und evtl. rechtliche Einheit, die Güter zur Deckung eines Bedarfs erstellt, dazu selbständig Entscheidungen trifft und dafür die Risiken trägt“⁴⁸.
- 25 In der Volkswirtschaftslehre gilt der Betrieb etwa als „systemindifferenter Oberbegriff für Wirtschaftseinheiten, die mittels des Einsatzes von Produktionsfaktoren für Dritte Leistungen erstellen“⁴⁹. Im Gegensatz zum Unternehmen

⁴⁵ GROCHLA (1993), S. 382 f.

⁴⁶ SCHMIDT / VOIGT / DAUTZENBERG / DENNERLEIN / WICHERT / KRUMME / HARIC (2015), Version 15, I.1. Diese Definition geht zurück auf KOSIOL.

⁴⁷ GROCHLA (1993), S. 377 ff.

⁴⁸ SCHNECK (2011), S. 122. Sehr ähnlich auch die Definition von BEA / HELM / SCHWEITZER (2009), S. 39 (betreffend Betrieb) und 386 (betreffend Unternehmen); allerdings definieren sie Betrieb und Unternehmen identisch, mit der Ausnahme, dass der Betrieb als Oberbegriff in Unternehmen (Zweck: Fremdbedarfsdeckung) und Haushalte (Zweck: Deckung des Eigenbedarfs) unterteilt wird.

⁴⁹ SCHMIDT / VOIGT / DAUTZENBERG / DENNERLEIN / WICHERT / KRUMME / HARIC (2015), Version 15, II.

strebe der Betrieb nicht Rentabilität, sondern Wirtschaftlichkeit an und will damit zur Produktivität der Volkswirtschaft beitragen⁵⁰.

2. Unternehmen

Das Unternehmen hingegen kann als „wirtschaftlich-rechtlich organisiertes Gebilde, in dem nachhaltig Ertrag bringende Leistungen erzielt werden⁵¹“ oder noch kürzer als „die durch wirtschaftliche Einheit gekennzeichnete Zusammenfassung von Arbeit und Kapital⁵²“ definiert werden. Nach einer sehr weiten Definition handelt es sich beim Unternehmen um „einen selbständigen Erzeugungsbetrieb, der das mit der ökonomischen Arbeitsteilung verbundene Marktrisiko bei der Fremdbedarfsdeckung freiwillig übernimmt⁵³“. Unbestritten ist, dass die Begriffe Unternehmung und Unternehmen inhaltlich dasselbe bedeuten⁵⁴.

26

III. Fazit

Für die Wirtschaftswissenschaften kann zusammenfassend festgehalten werden, dass beim Unternehmen im Gegensatz zum Betrieb die rechtliche Form miterfasst wird (das Unternehmen also Rechtsträger ist)⁵⁵ und tendenziell der finanzielle Aspekt⁵⁶ resp. der Kapitaleinsatz stärker betont wird. Diese Tatsache deutet an, dass das Unternehmen eher als Oberbegriff und der Betrieb als Unterbegriff oder als Teil des Unternehmens verstanden wird. Dennoch gibt es gute Gründe, auch den Betrieb als Oberbegriff⁵⁷ zu betrachten. Häufig werden sie zudem als Synonyme verwendet.

27

⁵⁰ GRÜSKE / SCHNEIDER (2003), S. 65.

⁵¹ BERWANGER / WICHERT / HARIC (2015), Version 15, I.

⁵² GRÜSKE / SCHNEIDER (2003), S. 545.

⁵³ GROCHLA (1993), S. 381.

⁵⁴ BERWANGER / WICHERT / HARIC (2015), Version 15, II.3.; GROCHLA (1993), S. 381.

⁵⁵ HARIC / BERWANGER (2015), Version 11, I.1.; KOLBECK (1980) S. 70. Der juristische Unternehmensbegriff enthält die rechtliche Form gerade nicht. Wie vorne (vgl. N 17) dargelegt fehlt dem Unternehmen die Rechtspersönlichkeit, welche - sofern es von einer Handelsgesellschaft gehalten wird - nur der Unternehmensträgerin zukommt.

⁵⁶ So auch GROCHLA (1993), S. 381, wonach die finanzielle Seite oft als das entscheidende Merkmal für den Unternehmensbegriff betrachtet wird.

⁵⁷ Damit können auch Dienststellen der Behörden erfasst werden (BERWANGER / WICHERT / HARIC (2015), Version 15, II.1.

- 28 Die wichtigste Erkenntnis aus der Untersuchung der Begriffe Betrieb und Unternehmen in verschiedenen Disziplinen, Gesetzen als auch in den unterschiedlichen Sprachversionen ist, dass der verwendete Begriff alleine wenig aussagekräftig ist. Für das vorliegende Thema - den Betriebs- oder Unternehmenskauf in Insolvenzverfahren - kommt der Unterscheidung zwischen Betrieb und Unternehmen keine praktische Bedeutung zu.
- 29 Wichtige und diffizile Abgrenzungsfragen stellen sich vielmehr bei der Zugehörigkeit gewisser Arbeitnehmer, Aktiven oder Verbindlichkeiten zum einen oder anderen Betrieb oder Betriebsteil⁵⁸. Dies kann bei der Übertragung des Betriebs- oder Betriebsteils erhebliche Rechtsfolgen nach sich ziehen, weshalb die saubere Abgrenzung der Betriebe oder Unternehmen voneinander relevant ist⁵⁹. Unerheblich ist, ob es sich dabei um ein Unternehmen, Betrieb, Unternehmens- oder Betriebsteil handelt. In dieser Arbeit wird auf den in Art. 333, Art. 333a und Art. 333b OR verwendeten Begriff (Betrieb) abgestellt⁶⁰.

⁵⁸ Diese Fragestellung liegt dem Urteil des Bundesgerichts 4C.193/2004 vom 30. Juli 2004 zugrunde: So gehört der CFO einer Gruppe, der formell von einer Gruppengesellschaft angestellt ist und von dieser den Lohn bezieht, aber auch für weitere Gruppengesellschaften tätig ist, durchaus zum Betrieb der formellen Arbeitgeberin, wenn ihm aufgrund der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der formellen Arbeitgeberin gekündigt worden war (Erw. 1.3).

⁵⁹ WILDHABER (2007), S. 467. Allerdings gilt dies vorab bei Betriebsverkäufen *ausserhalb* von Insolvenzverfahren, da aufgrund des zwingenden Art. 333 OR zu einem gewissen Betrieb gehörende Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Erwerber übergehen und dieser für die offenen Forderungen aus den übergehenden Arbeitsverhältnissen solidarisch haftbar wird. Seit Inkrafttreten von Art. 333b OR am 1. Januar 2014 findet beim Betriebsverkauf im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens gerade kein automatischer Übergang von Arbeitsverhältnissen statt. Art. 333b OR ist nach der hier vertretenen Ansicht beim Betriebsübergang im Rahmen eines Konkursaufschubs nicht anwendbar (vgl. hinten N 503), so dass der genauen Erfassung des Betriebsbegriffs und der Dazugehörigkeit von Arbeitsverhältnisse dort nach wie vor Bedeutung beizumessen ist.

⁶⁰ Vgl. vorne N 11.

Kapitel 2 : Anwendbare Insolvenzverfahren

I. Konkursverfahren

A. Vorbemerkungen

„Der Konkurs ist ein Wertvernichter schlimmster Art und obendrein das teuerste Schuldentilgungsverfahren⁶¹.“ „Selbst das beste Konkursgesetz vermag die Nachteile nicht auszugleichen, die der Konkurs jeder grösseren Unternehmung für die unmittelbar Beteiligten, aber auch für weitere Verkehrskreise im Gefolge hat⁶².“ Für die betroffene Gesellschaft bedeutet die (rechtskräftige) Konkurseröffnung regelmässig Endstation und geht für die Aktionäre in aller Regel mit einem Totalverlust einher. Nebst etwaigen Arbeitnehmern (welche ihre Stelle verlieren) sind vor allem auch die Gläubiger stark von einem Konkurs betroffen; sie müssen ihre Forderungen grösstenteils abschreiben und auf eine Konkursdividende hoffen. 30

Auf der anderen Seite nimmt der Konkurs eine gesamtwirtschaftlich wichtige Funktion wahr, indem er dauerhaft unrentable und illiquide Gesellschaften vom Markt „nimmt“. Dies schafft Vertrauen, weil die langfristig am Markt auftretenden Gesellschaften gerade nicht dauerhaft unrentabel und illiquid sein können. Gleichzeitig sind Unternehmer und Investoren nur dank der Möglichkeit, eine (gescheiterte) Gesellschaft im Rahmen eines Konkursverfahrens auf effiziente Art und Weise zu liquidieren, bereit eine Gesellschaft zu gründen oder in eine Gesellschaft zu investieren. 31

Nachfolgend sind einleitend die Wirkungen des Konkurses, die verschiedenen Konkursverfahren und die Rechtsmittel dargestellt. 32

⁶¹ JAEGER (1932), S. 216.

⁶² JAEGER (1932), S. 16.

B. Wirkungen der Konkursöffnung

- 33 Das gesamte Vermögen⁶³ der Schuldnerin bildet ab Konkursöffnung eine einzige Masse, die Konkursmasse, welche liquidiert und deren Erlös unter die einzelnen Gläubiger nach Massgabe ihres Rangs und der Höhe ihrer Forderung verteilt wird (sog. Konkursdividende)⁶⁴. Mit der Konkursöffnung verliert die Schuldnerin die Verfügungsbefugnis über die Vermögensstücke der Konkursmasse, sämtliche Schulden (Ausnahme: grundpfandrechtlich gesicherte Schulden) werden fällig, der Zinsenlauf hört auf, Realforderungen werden in Geldforderungen umgewandelt und alle Betreibungen gegen die Schuldnerin sind aufgehoben⁶⁵. Sodann erhält die Konkursverwaltung resp. das Konkursamt das Recht, in nicht oder nur teilweise erfüllte zweiseitige Verträge anstelle der Schuldnerin einzutreten und zu erfüllen⁶⁶. Ein spezielles Kündigungsrecht für Dauerschuldverhältnisse kennt der Konkurs - im Gegensatz zur Stundung⁶⁷ - allerdings nicht.

C. Typischer Ablauf

- 34 Kurz zusammengefasst gestaltet sich der Ablauf eines Konkursverfahrens wie folgt: Unmittelbar nach Erhalt der Mitteilung betreffend die Konkursöffnung durch das Konkursgericht inventarisiert das Konkursamt das Vermögen der Schuldnerin, trifft notwendige Sicherungsmassnahmen (typischerweise Schliessung und Versiegelung des Betriebs; seltener Weiterführung des Betriebs unter Aufsicht⁶⁸; vorläufige Konkursanzeige im SHAB) und nimmt eine Schätzung vor⁶⁹. Die Schuldnerin resp. deren Organe sind auskunfts-, herausgabe- und mitwirkungspflichtig⁷⁰. Erst mit dem Abschluss des Inventars erhält das Konkursamt Aufschluss über das vorhandene Vermögen. Je nach Vermögensstand wird der Konkurs in einem unterschiedlichen Verfahren fortgeführt⁷¹.

⁶³ Ausnahme bilden grundsätzlich nur die unpfändbaren Vermögenswerte gemäss Art. 92 SchKG. Rechtliche Schranken bestehen sodann aufgrund der staatlichen Souveränität für im Ausland gelegenes Vermögen der Schuldnerin, vgl. AMONN / WALTHER (2013), § 40 N 7. Da das gesamte pfändbare Vermögen der Verwertung unterliegt wird der Konkurs auch als Generalexécution bezeichnet (WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 35 N 1).

⁶⁴ Art. 197 Abs. 1 und 219 SchKG.

⁶⁵ Art. 204, 208 Abs. 1, 209 Abs. 1, 211 Abs. 1 und 206 Abs. 1 SchKG.

⁶⁶ Art. 211 Abs. 2 SchKG.

⁶⁷ Art. 297a SchKG.

⁶⁸ Vgl. zur einstweiligen Betriebsweiterführung hinten N 117 ff.

⁶⁹ Art. 221, 223 und 227 SchKG.

⁷⁰ Art. 222, 228 und 229 SchKG.

⁷¹ AMONN / WALTHER (2013), § 44 N 17 ff.

Zwei, eigentlich drei Konkursverfahren sind zu unterscheiden: Das ordentliche Verfahren (Art. 221 - 270 SchKG), das summarische Verfahren (Art. 231 SchKG) und die Konkurseinstellung mangels Aktiven (Art. 230 SchKG). Letzere ist eine eigene Verfahrensart; das Konkurserkennntnis bleibt bestehen, doch reichen die vorhandenen Mittel nicht aus, um ein Konkursverfahren durchzuführen⁷². In der Praxis ist es freilich so, dass die allermeisten Konkurse im summarischen Verfahren abgewickelt werden. Das ordentliche Verfahren stellt damit (entgegen der Bezeichnung „ordentlich“) nicht das Regel-, sondern das Ausnahmeverfahren dar⁷³. 35

Sobald feststeht, ob der Konkurs in einem ordentlichen oder einem summarischen Verfahren durchgeführt wird, macht das Konkursamt die Konkursöffnung mittels Schuldenruf öffentlich bekannt⁷⁴. Der Schuldenruf bezweckt die Komplettierung des Inventars mit noch unbekannten Aktiven, die Feststellung der Konkursforderungen und die Information über das weitere Verfahren⁷⁵. Auch die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven ist zu veröffentlichen⁷⁶. 36

1. Ordentliches Verfahren

a. Erste Gläubigerversammlung

Im ordentlichen Verfahren hat spätestens 20 Tage nach dem Schuldenruf eine erste Gläubigerversammlung stattzufinden. Typischerweise finden die ersten Gläubigerversammlungen rund drei Monate nach Konkursöffnung statt⁷⁷. 37

Teilnahmeberechtigt sind zunächst sämtliche Gläubiger, aber auch Mitschuldner, Bürgen oder Gewährspflichtige⁷⁸. Ein sog. Büro bestehend aus in der Regel zwei Gläubigern (mit möglichst unbestrittenen Forderungen) entscheidet über 38

⁷² Urteil des Bundesgerichts 5A_592/2015 vom 10. Dezember 2015 Erw. 1.2.

⁷³ WYSS (2013), S. 50 ff.; STOFFEL / CHABLOZ (2016), § 11 N 33; SCHÖBER, in: KUKO SCHKG (2014), N 8 zu Art. 231.

⁷⁴ Art. 232 Abs. 1 SchKG. Vgl. zur sog. vorläufigen Konkursanzeige vorne N 34.

⁷⁵ Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2, 4 und 5 SchKG.

⁷⁶ Art. 230 Abs. 2 1. Satz SchKG.

⁷⁷ Gemäss meiner Untersuchung von 20 ordentlichen Konkursverfahren, welche zwischen Januar 2014 und November 2015 im SHAB (<<http://www.shab.ch>>) publiziert wurden, finden die ersten Gläubigerversammlungen durchschnittlich etwas weniger als drei Monate nach Konkursöffnung statt (schnellstes Verfahren: Alphonse Pellet SA, Sion, zwei Wochen; langsamstes Verfahren: Les Rochers SA, Sion, sechs Monate). Diese Zahlen stimmen mit jenen von VONDER MÜHLL aus den 1990er Jahren überein (VONDER MÜHLL (1995), S. 2).

⁷⁸ Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG.

die Zulassung von Gläubigern, deren Forderungen nicht aus den Büchern ersichtlich sind, die sich aber sonst wie als Gläubiger ausweisen. Die Versammlung ist beschlussfähig, wenn ein Viertel der bekannten Gläubiger anwesend ist⁷⁹. In der Gläubigerversammlung gilt das Kopfstimmprinzip, d.h. jeder Gläubiger hat, unabhängig von der Höhe seiner Forderung, eine Stimme.

- 39 Hauptaufgabe der ersten Gläubigerversammlung ist, nebst der Information der Anwesenden, die Bestellung einer amtlichen (Einsetzung des Konkursamtes) oder einer ausseramtlichen (Einsetzung von spezialisierten Dritten) Konkursverwaltung und eines Gläubigerausschusses⁸⁰. Die Konkursverwaltung ist zuständig für sämtliche Angelegenheiten der Konkursmasse (etwa Vertretung der Masse vor Gericht, Aussonderung und Admassierung, Forderungseinzug, Kollokation, Durchführung der Verwertung, Verteilung⁸¹); sie steht unter der Aufsicht des Gläubigerausschusses und kann diesem einzelne Fragen vorlegen⁸². Zudem kann die erste Gläubigerversammlung bei besonders dringlichen Fragen bereits Beschlüsse fassen, so insbesondere über die Weiterführung des schuldenrischen Betriebs sowie die Vornahme von freihändigen Betriebsverkäufen⁸³.

b. Zweite Gläubigerversammlung

- 40 Nach Auflage des Kollokationsplans beruft die Konkursverwaltung die Gläubiger zur zweiten Gläubigerversammlung ein, anlässlich derer den Gläubigern Bericht über den Gang des Verfahrens sowie über den Stand der Aktiven und Passiven erstattet wird. Die zweite Gläubigerversammlung beschliesst über die Bestätigung der eingesetzten Konkursverwaltung und über sämtliche weiteren Belange für die Durchführung des Konkurses⁸⁴, namentlich über die Verwertung. Die Gläubiger entscheiden insbesondere über den Verwertungsmodus (öffentliche Steigerung oder Freihandverkauf) und ob die Masse strittige Rechtsansprüche geltend machen soll⁸⁵. Die Konkursverwaltung ist für die konkreten Verwertungshandlungen im Anschluss an die zweite Gläubigerversammlung zuständig.

⁷⁹ Art. 235 Abs. 2 und 3 SchKG.

⁸⁰ Art. 237 Abs. 2 und 3 SchKG.

⁸¹ Art. 240 ff. SchKG.

⁸² Art. 237 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG.

⁸³ Art. 238 Abs. 1 SchKG (sog. Dringlichkeitsverkauf, vgl. dazu hinten N 354 ff.).

⁸⁴ Art. 252 ff. SchKG.

⁸⁵ Art. 256 Abs. 1 und 260 SchKG.

c. Verteilung

Nach Erhalt des ganzen Verwertungserlöses (Bereinigung der Aktiven) und nachdem die Höhe und der Rang aller Forderungen rechtskräftig im Kollokationsplan festgelegt sind (Bereinigung der Passiven), legt die Konkursverwaltung die Verteilungsliste und Schlussrechnung während zehn Tagen auf. Danach beginnt die Konkursverwaltung mit der Verteilung unter die Gläubiger und das Gericht erklärt das Verfahren mittels Schlusserkenntnis für geschlossen⁸⁶. Das Gesetz sieht vor, dass Konkursverfahren innerhalb eines Jahres nach der Eröffnung zu beenden sind, was allerdings bei grösseren Verfahren unrealistisch ist. Entsprechend kann diese Ordnungsfrist durch die Aufsichtsbehörde verlängert werden⁸⁷.

41

2. Summarisches Verfahren

a. Einfach, rasch, formlos und sehr häufig in der Praxis

Der Konkurs wird in einem einfachen, raschen und weitgehend formlosen⁸⁸ sog. summarischen Verfahren durchgeführt, sofern der gemäss Inventar zu erwartende Erlös die Kosten des ordentlichen Verfahrens voraussichtlich nicht zu decken vermag *oder* sofern die Verhältnisse einfach sind⁸⁹. Sofern keine expliziten Sonderregeln bestehen, wird das summarische Verfahren nach den Vorschriften über das ordentliche Verfahren durchgeführt⁹⁰. Im Unterschied zum ordentlichen Verfahren finden im summarischen Verfahren in der Regel keine Gläubigerversammlungen statt⁹¹; entsprechend gibt es auch keinen Platz für Gläubigerausschüsse⁹². Die Masse spart ohne Gläubigerversammlungen und Gläubigerausschuss erhebliche Kosten ein⁹³. Zudem führen Letzteres und andere Besonderheiten des summarischen Verfahrens zu einer erheblichen Verfahrensbeschleunigung im Vergleich zum ordentlichen Verfahren. Konkurse

42

⁸⁶ Art. 261, 263, 264 und 268 SchKG.

⁸⁷ Art. 270 SchKG.

⁸⁸ Urteil des Bundesgerichts 7B.27/2003 vom 12. Mai 2003 Erw. 4.1.

⁸⁹ Art. 231 Abs. 1 SchKG.

⁹⁰ Art. 231 Abs. 3 SchKG.

⁹¹ Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG; Urteil des Bundesgerichts 7B.27/2003 vom 12. Mai 2003 Erw. 4.1.

⁹² AMONN / WALTHER (2013), § 49 N 9.

⁹³ Dies obwohl die Mitglieder des Gläubigerausschusses nur bescheiden entschädigt werden, vgl. Art. 46 und 47 GebV SchKG.

werden in der Praxis in den allermeisten Fällen im summarischen Verfahren abgewickelt⁹⁴.

b. Verwertung ohne Beizug der Gläubiger

- 43 In der Praxis variiert die Dauer zwischen Konkurseröffnung und Schuldenruf bei anschliessendem summarischen Verfahren stark; während der Schuldenruf bereits innert weniger Tage nach Konkurseröffnung publiziert werden kann, dauert es in anderen Fällen mehrere Monate oder gar Jahre⁹⁵. Einen Monat nach dem Schuldenruf soll das Konkursamt zur Verwertung schreiten⁹⁶, wobei es ohne Konsultation der Gläubiger über die Art der Verwertung und die Modalitäten bestimmen kann⁹⁷. Dem Konkursamt kommt damit beim Verkauf eines Betriebs im summarischen Verfahren, insbesondere auch betreffend den Zeitpunkt, ein grosser Ermessensspielraum zu.

c. Keine ausseramtliche Konkursverwaltung

- 44 Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen dem summarischen und dem ordentlichen Verfahren liegt darin, dass die Konkursämter gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung sämtliche summarischen Verfahren selbst durchführen müssen, sie also keine ausseramtliche Konkursverwaltung einsetzen können. Die Einsetzung einer ausseramtlichen Konkursverwaltung im summarischen Konkursverfahren ist geradezu nichtig⁹⁸.

⁹⁴ Vgl. vorne N 35.

⁹⁵ So das Ergebnis meiner Auswertung von 20 Schuldenrufen, welche im Oktober und November 2015 im SHAB (<<http://www.shab.ch>>) publiziert worden sind. Kürzeste Dauer von den genannten 20 summarischen Konkursverfahren: Bühler Schreinerei AG, Brugg AG, 10 Tage.

⁹⁶ Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 i.V.m. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

⁹⁷ Art. 256 Abs. 1 SchKG ist im summarischen Verfahren nicht anwendbar (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG e contrario), bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 7B.27/2003 vom 12. Mai 2003 Erw. 4.1.

⁹⁸ BGE 121 III 142. Vgl. die berechtigte Kritik zu diesem Entscheid von AMBERG (1996), S. 1 ff.; ebenfalls nicht einverstanden LUSTENBERGER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 41 ff. zu Art. 231 sowie VOUILLOZ, in: CR LP (2005), N 24 zu Art. 231.

3. Konkurseinstellung mangels Aktiven

Ein in der Praxis sehr häufiges Szenario⁹⁹ ist die sog. Konkurseinstellung mangels Aktiven. Sind nicht genügend Mittel zur Durchführung des summarischen Verfahrens vorhanden, wird kein Konkursverfahren durchgeführt und der Konkurs eingestellt¹⁰⁰. Die Einstellung bewirkt, dass die Schuldnerin, auch wenn konkursfähig¹⁰¹, während zwei Jahren auf Pfändung betrieben werden kann¹⁰². Für Pfandgläubiger einer juristischen Person ist eine (erneute) Betreibung entbehrlich; sie können direkt die Verwertung verlangen. Wird dies nicht verlangt oder sind keine Pfänder bestellt worden, überträgt das Konkursamt sämtliche Aktiven nach Abzug der Verfahrenskosten lastenfrei auf den Kanton, wobei diesem ein Ablehnungsrecht zusteht. Eine Verwertung findet jedoch auch im Falle einer Ablehnung durch den Kanton statt¹⁰³. Die Gesellschaft wird drei Monate nach der Veröffentlichung der Konkurseinstellung mangels Aktiven von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht¹⁰⁴.

45

D. Rechtsmittel

Die Konkurseröffnung und die Aussetzung der Konkurseröffnung¹⁰⁵ können innert zehn Tagen mit Beschwerde nach Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO angefochten werden¹⁰⁶. Beschwerdelegitimiert sind die Schuldnerin sowie jene Gläubiger, welche am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt waren¹⁰⁷. Die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven kann ebenfalls mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden, wobei Art. 174 SchKG gerade nicht anwendbar ist¹⁰⁸.

46

⁹⁹ Vgl. STOFFEL / CHABLOZ (2016), § 11 N 45, wonach im Jahr 2014 55% aller Konkurse mangels Aktiven eingestellt wurden.

¹⁰⁰ Art. 230 Abs. 1 SchKG. Vgl. vorne N 35.

¹⁰¹ AMONN / WALTHER (2013), § 44 N 27.

¹⁰² Art. 230 Abs. 3 SchKG.

¹⁰³ Art. 230a Abs. 2 - 4 SchKG. Vgl. zur Verwertung vor und nach der Konkurseinstellung mangels Aktiven hinten N 309 ff. resp. N 399 ff.

¹⁰⁴ Art. 159 Abs. 3 i.V.m. Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV.

¹⁰⁵ Der Entscheid des Konkursgerichts in Art. 174 Abs. 1 SchKG umfasst die Konkurseröffnung wie auch die Aussetzung (Sistierung) des Entscheids durch das Konkursgericht gemäss Art. 173 f. SchKG, vgl. AMONN / WALTHER (2013), § 36 N 54.

¹⁰⁶ REUT (2017), S. 210, mit überflüssigen Varianten.

¹⁰⁷ GIROUD, in: BSK SCHKG-II (2010), N 14 zu Art. 174.

¹⁰⁸ Urteil des Bundesgerichts 5A_592/2015 Erw. 3.2. Zur Beschwerdelegitimation siehe Erw. 3.2.1. - 3.4.3. des zit. Entscheids.

- 47 Verfügungen des Konkursamtes und der amtlichen oder ausseramtlichen Konkursverwaltung sind sodann mit Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG anfechtbar¹⁰⁹.

II. Konkursaufschub

A. Zweck, Wirkungen und Grenzen

- 48 Mittels Konkursaufschub kann eine erwiesenermassen überschuldete Gesellschaft, welche aufgrund der gesetzlichen Anzeigepflicht¹¹⁰ an den Richter gelangt ist, trotz Vorliegen eines Konkursgrundes die sofortige Konkurseröffnung verhindern¹¹¹. Der Konkursaufschub erlaubt es einer Gesellschaft, Zeit zu gewinnen für eine dauerhafte privatrechtliche Sanierung¹¹² ihrer selbst, nicht etwa nur des Betriebs¹¹³. Die Schutzwirkungen sind allerdings begrenzt: Während eines Konkursaufschubs können, nebst des Ausschlusses einer Konkurseröffnung, lediglich keine Konkurs- und Verwertungsbegehren bewilligt werden; Betreibungen jedoch sind nach wie vor möglich. Auch hat der Konkursaufschub keinen Einfluss auf Verträge, die Fälligkeit von Forderungen und den Zinsenlauf¹¹⁴.
- 49 Der Konkursaufschub ist ein zivilrechtliches Institut¹¹⁵, was sich schon aus seiner Zugehörigkeit zum OR ergibt. Entsprechend handelt es sich nicht um eine Verfahrensart, auf welche besondere SchKG-Verfahrensvorschriften und andere Normen anwendbar wären. Der Konkursaufschub ist vielmehr in einem einzigen Artikel (Art. 725a OR) bestehend aus drei relativ kurzen Absätzen geregelt. Diese äusserst lückenhafte Bestimmung¹¹⁶ sollte im Rahmen der jüngsten Sanierungsrechtsrevision ersatzlos gestrichen und ins funktional passende SchKG-Nachlassverfahren integriert werden¹¹⁷. Das Parlament entschied überraschenderweise, den Konkursaufschub beizubehalten, so dass wir heute zwei

¹⁰⁹ Zur Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG vgl. hinten N 244 ff.

¹¹⁰ Art. 725 Abs. 2 OR.

¹¹¹ Art. 725a OR.

¹¹² BGE 101 III 99 Erw. 4.

¹¹³ DUBACH (1998), S. 155.

¹¹⁴ Vgl. zum Ganzen: LORANDI (2005), S. 220 f.; WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 9 zu Art. 725a.

¹¹⁵ PETER, in: CR CO-II (2008), N 4 zu Art. 725a; PETER / PEYROT (2006), S. 45.

¹¹⁶ So schon WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 35 N 43.

¹¹⁷ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6456.

sich teilweise überschneidende Sanierungsinstrumente zur Verfügung haben, den Konkursaufschub gemäss OR und das SchKG-Nachlassverfahren¹¹⁸.

B. Voraussetzungen und Sanierungsmassnahmen

Der Richter kann einen Konkursaufschub bei Vorliegen folgender vier Voraussetzungen gewähren¹¹⁹: *Erstens*, Überschuldungsanzeige¹²⁰ und Antrag auf Konkursaufschub¹²¹ sowie eine tatsächliche Überschuldung¹²²; *zweitens*, keine Schlechterstellung der Gläubiger im Vergleich zu einer sofortigen Konkursöffnung¹²³ und keine Gläubigerbevorzugung; *drittens*, konkrete Aussicht auf dauerhafte Sanierung¹²⁴ und volle Befriedigung der Gläubiger und, *viertens*,

50

¹¹⁸ Vgl. zum Verhältnis von Konkursaufschub und Nachlassverfahren sowie zur weiteren Entwicklung hinten N 420 ff.

¹¹⁹ Folgende Unterlagen sind beim Gericht einzureichen: Überschuldungsanzeige (sofern vom Verwaltungsrat eingereicht ein entsprechender Verwaltungsratsbeschluss), Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten, Bericht der Revisionsstelle über die Prüfung der Zwischenbilanz, Handelsregisterauszug, Konkursaufschubsbegehren (sofern vom Verwaltungsrat eingereicht ein entsprechender Verwaltungsratsbeschluss), Sanierungsplan (KRAMPF / SCHULER (2002), S. 1061 und 1066; PETER / PEYROT (2006), S. 46 ff.; DUBACH (1998), S. 153 ff.).

¹²⁰ Legitimiert hierzu sind einzig der Verwaltungsrat (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR) und, subsidiär, die Revisionsstelle (Art. 728c Abs. 3 resp. Art. 729c OR).

¹²¹ Das Begehren um Konkursaufschub kann vom Verwaltungsrat oder einem Gläubiger ausgehen (Art. 725a Abs. 1 OR). Die Revisionsstelle und die Generalversammlung sind hierzu nicht legitimiert (PETER / PEYROT (2006), S. 48).

¹²² Ist eine Gesellschaft nicht überschuldet, schreibt das Gericht das Verfahren ab (KRAMPF / SCHULER (2002), S. 1066); vgl. auch DUBACH (1998), S. 154.

¹²³ BGE 120 II 425 Erw. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 Erw. 4b m.w.H.

¹²⁴ Gemäss Urteil des Bundesgerichts 5P.466/1999 vom 11. April 2000 Erw. 3.b besteht Aussicht auf Sanierung „lorsque les mesures d'assainissement proposées permettront selon toute vraisemblance d'éliminer le surendettement dans le délai prévu et de restaurer à moyen terme la capacité de gain, qui seule laisse entrevoir des perspectives d'avenir“. Vgl. zur Sanierungsaussicht beim Konkursaufschub weiter PETER / PEYROT (2006), S. 55 ff. (mit dem Hinweis, dass die Genfer Gerichte die Sanierungsaussicht z.T. bereits bejahen, wenn die Sanierung „nicht ausgeschlossen“ ist) sowie DUBACH (1998), S. 154 ff., wonach die Wahrscheinlichkeit der Sanierungschancen deutlich über 50% betragen muss. Gemäss KRAMPF / SCHULER ist der Richter allerdings nicht in der Lage, die zukünftige Ertragskraft abzuschätzen. Es sei daher einzig auf die Beseitigung der Überschuldung abzustellen, d.h. ein Konkursaufschub ist nach dieser Ansicht bereits dann zulässig, wenn die Überschuldung dank der Sanierungsmassnahmen mit grosser Gewissheit beseitigt werden kann (KRAMPF / SCHULER (2002), S. 1068; a.A. PETER / PEYROT (2006), S. 59).

konkreter und umsetzbarer Sanierungsplan¹²⁵ mit entsprechenden Sanierungsmassnahmen. In der Praxis werden Begehren um Konkursaufschub tendenziell bewilligt¹²⁶; sie kommen in der Romandie relativ häufig vor, während die Bedeutung des Konkursaufschubs in der Deutschschweiz marginal ist¹²⁷.

- 51 Die im Sanierungsplan vorgesehenen Sanierungsmassnahmen können finanzieller, organisatorischer oder struktureller Natur sein¹²⁸. Denkbar sind beispielsweise die Einbringung neuer Mittel im Rahmen einer Kapitalerhöhung oder eines Zuschusses in die Reserven oder der (freiwillige) Verzicht auf Forderungen durch gewisse (Gross-)Gläubiger¹²⁹. Auch die Erschliessung neuer Märkte, die Entwicklung neuer Produkte, die Entlassung von Mitarbeitern oder des Managements können wirksame Massnahmen darstellen¹³⁰. Nicht nötig ist, dass jede Massnahme direkt zur Beseitigung der Überschuldung beitragen muss¹³¹. Der Richter ist nicht in der Lage, eigene Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen und umzusetzen; vielmehr muss er prüfen, ob die ihm vorgelegten Massnahmen tatsächlich zu einer konkreten Sanierung geeignet sind¹³². Der Sanierungsplan ist kein starres Gebilde; vielmehr kann und muss er an die neuen Gegebenheiten angepasst werden. Spätestens bei der Beantragung einer Verlängerung der Stundung ist er in aktualisierter Form wiederum dem Richter vorzulegen.

¹²⁵ BGE 130 V 196 Erw. 5.4: „[...] un plan d'assainissement exposant les mesures propres à assainir la société. Ledit plan se prononcera sur les mesures à prendre, telles qu'une postposition par les créanciers de la société, la conversion de créances en actions, des cautionnements ou garanties bancaires, des souscriptions fermes d'actionnaires pour une augmentation de capital, ainsi que le délai dans lequel le surendettement sera éliminé.“

¹²⁶ Gemäss PETER / PEYROT ist die Genfer Praxis tendenziell grosszügig mit Unternehmen in Schwierigkeiten; in Genf wird ein Konkursaufschub in aller Regel gewährt (PETER / PEYROT (2006), S. 45). Gemäss einer bei DUBACH (1998), FN 13 zitierten von STG- Coopers & Lybrand (heute PwC) in den 1990er Jahren durchgeführten Studie lag die Bewilligungsquote bei 90%.

¹²⁷ DUBACH (1998), S. 150, insbesondere FN 13; GRAF-SCHELLING (1999), S. 109; KRAMPF / SCHULER (2002), S. 1069; siehe aber auch MEIER (2003), S. 5, wonach die Bedeutung des Konkursaufschubes wegen der geringen Voraussetzungen und der grossen Flexibilität wieder zugenommen hat. Vgl. auch hinten N 420 ff.

¹²⁸ PETER / PEYROT (2006), S. 59 f.

¹²⁹ Für einen Überblick über die möglichen privatrechtlichen Sanierungsinstrumente siehe SCHENKER (2009a), S. 487 ff. und SPRECHER / SOMMER (2014), S. 552 ff.

¹³⁰ Vgl. PETER / PEYROT (2006), S. 59 f. mit weiteren Beispielen.

¹³¹ So aber wohl KRAMPF / SCHULER (2002), S. 1068, wonach „das Auswechseln des Managements [...] die Überschuldung nicht beseitigt“, weshalb es sich dabei um eine untaugliche Sanierungsmassnahme handelt. Deren Meinung ist insofern konsequent, als sie bei der Prüfung der Sanierungsaussicht einzig auf die Beseitigung der Überschuldung abstellen (vgl. vorne FN 124).

¹³² WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 7 zu Art. 725a.

- Als Sanierungsmassnahme kann - in dieser Arbeit von besonderem Interesse - auch ein Teilbetriebsverkauf vorgenommen werden. Von vornherein ausgeschlossen ist hingegen die Veräusserung des gesamten Betriebs, weil damit die Schuldnerin ihres Zwecks beraubt wird und letztlich liquidiert werden muss. Der Konkursaufschub bezweckt generell die Sanierung der Schuldnerin als Gesellschaft und nicht den Fortbestand des Betriebs; saniert werden muss die bisherige AG¹³³. Sanierungsmassnahmen nach Art. 725a OR dürfen damit nicht auf die Liquidation der Schuldnerin abzielen, auch wenn dies für die Gläubiger vorteilhafter wäre¹³⁴. 52
- Grundsätzlich handelt es sich bei einem Rangrücktritt um ein untaugliches Sanierungsinstrument, da der Schuldnerin weder neue Mittel zufließen noch die Verbindlichkeiten reduziert werden¹³⁵. Der Rangrücktritt hat eine grosse Bedeutung bei der Überschuldungsanzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR¹³⁶ (und damit indirekt auch für den Konkursaufschub¹³⁷). Aber auch bei der Prüfung der Sanierungsaussichten im Hinblick auf einen Konkursaufschub darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass durch einen Rangrücktritt die übrigen Gläubiger besser gestellt werden¹³⁸. Im Rahmen eines Gesamtpakets von Sanierungsmassnahmen kann ein Rangrücktritt insbesondere von Hauptgläubigern daher durchaus zum besseren Gesamtbild beitragen. 53
- Jegliche Sanierungsmassnahmen im Konkursaufschub müssen zwingend auf Freiwilligkeit der Leistenden oder Verzichtenden basieren. Eine zwangsweise Anordnung etwa durch den Richter oder die Gläubigermehrheit ist - im Gegensatz zum Nachlassverfahren - ausgeschlossen. 54

¹³³ DUBACH (1998), S. 155.

¹³⁴ Urteil des Bundesgerichts 5P.466/1999 vom 11. April 2000 Erw. 3b; GIROUD (1986), S. 117; DALLÈVES (1992), S. 350 f.; PETER / PEYROT (2006), S. 59 f.

¹³⁵ PETER, in: CR CO-II (2008), N 35 zu Art. 725a.

¹³⁶ Der Verwaltungsrat kann auf den Gang zum Richter verzichten, wenn Gläubiger in genügendem Ausmasse Forderungen hinter die Forderungen aller anderen Gläubiger stellen (Art. 725 Abs. 2 i.f. OR). Zur Frage des notwendigen Umfangs des Rangrücktritts vgl. BÖCKLI (2009), § 13 N 803 ff.

¹³⁷ Ohne Überschuldungsanzeige kein Konkursaufschub resp. erfolgt bei späterer Überschuldungsanzeige auch ein allfälliger Konkursaufschub entsprechend später.

¹³⁸ PETER / PEYROT (2006), S. 60.

C. Ausgestaltung

1. Dauer

- 55 Auch bei den konkreten Anordnungen betreffend den Konkursaufschub ist der Richter frei: Schon die Dauer des Konkursaufschubs, ein absolut zentraler Aspekt, ist nicht gesetzlich geregelt und steht im Ermessen des Richters¹³⁹. Gesichert ist immerhin, dass der Konkursaufschub zeitlich befristet sein muss¹⁴⁰; eine Verlängerung der Frist ist möglich, sofern die Sanierung noch möglich scheint und keine Gläubigerinteressen die sofortige Eröffnung des Konkurses erfordern¹⁴¹. Je später gewisse Sanierungsmassnahmen gemäss Sanierungs(zeit)plan greifen sollen, desto höher ist das Risiko des Nichterreichens einzuschätzen, was der Richter bei der Beurteilung der Sanierungsaussichten zu berücksichtigen hat¹⁴². In der Genfer Praxis wird der Konkursaufschub erstmals in der Regel für drei bis sechs Monate¹⁴³ gewährt, wobei Fälle mit einer Gesamtdauer von über drei Jahren bekannt sind (inkl. Verlängerungen)¹⁴⁴.

2. Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens

- 56 Bei jedem Konkursaufschub hat der Richter sodann Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens¹⁴⁵ und zur gleichmässigen Befriedigung der Gläubiger¹⁴⁶ zu treffen, welche streng von den Sanierungsmassnahmen der Schuldnerin im Rahmen des Sanierungsplans zu trennen sind. Denkbar sind zunächst die Einschränkung der Verfügungs- und Vertretungsmacht der Organe, aber auch die Auferlegung gewisser Reportingpflichten, die Einsetzung eines Gläubigerausschusses oder eines Sachwalters¹⁴⁷.

¹³⁹ PETER / PEYROT (2006), S. 61.

¹⁴⁰ SCHÖNENBERGER (2002), S. 178.

¹⁴¹ WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 8 zu Art. 725a.

¹⁴² Urteil des Bundesgerichts 5P.466/1999 vom 11. April 2000 Erw. 4. c).

¹⁴³ Gemäss KRAMPF / SCHULER und GRAF-SCHELLING beträgt die Dauer des Konkursaufschubs in der Regel drei bis vier Monate (KRAMPF / SCHULER (2002), S. 1069; GRAF-SCHELLING (1999), FN 10).

¹⁴⁴ PETER / PEYROT (2006), S. 62 f. und FN 109; in einem dort zitierten Fall wurde der Konkursaufschub bei einer Gesamtdauer von über drei Jahren in einem einzigen Entscheid um 19 Monate verlängert.

¹⁴⁵ Art. 725a Abs. 1 i.f. OR.

¹⁴⁶ BGE 120 II 425 Erw. 2b.

¹⁴⁷ BGE 120 II 425 Erw. 2b; vgl. für weitere mögliche Massnahmen DUBACH (1998), S. 158.

a. Sachwalter

Ein enger Zusammenhang besteht zwischen der Einsetzung eines Sachwalters und dem teilweisen oder kompletten Entzug der Vertretungs- und Verfügungsbefugnis des Verwaltungsrats¹⁴⁸. Sobald der Richter die Vertretungs- und Verfügungsbefugnis des Verwaltungsrats einschränkt¹⁴⁹, ist die Einsetzung eines Sachwalters zwingend, damit die Schuldnerin nicht handlungsunfähig wird. In der Praxis wird denn auch in aller Regel ein Sachwalter eingesetzt¹⁵⁰. Bei der Einsetzung des Sachwalters soll der Richter dessen Aufgaben und Kompetenzen möglichst genau umschreiben¹⁵¹. Generell hat der Sachwalter gleichsam die Interessen der Schuldnerin und der Gläubiger zu wahren¹⁵².

57

¹⁴⁸ Art. 725a Abs. 2 OR; gemäss WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 12 zu Art. 725a, ist der komplette Entzug der Verfügungsbefugnis allerdings nur zulässig, (1.) wenn der Verwaltungsrat vertrauensunwürdig und nicht fähig scheint, die Sanierung gemäss dem Sanierungsplan durchzuführen und (2.) ein Gläubiger den Konkurs beantragt hat.

¹⁴⁹ Der Richter kann beispielsweise bestimmen, dass gewisse Rechtsgeschäfte nur noch mit Zustimmung des Sachwalters ausgeführt werden können (Art. 725a Abs. 2 OR; dies kann durch die Anordnung eines Kollektivzeichnungsrechts von Sachwalter und Verwaltungsrat erreicht werden) oder dass sämtliche vorhandenen und zukünftigen liquiden Mittel auf ein besonderes Bankkonto überwiesen werden, worüber die Schuldnerin nur mit Zustimmung des Sachwalters verfügen kann (PETER / PEYROT (2006), S. 66 f.).

¹⁵⁰ DUBACH (1998), S. 157; PETER / PEYROT (2006), S. 64, 66 und FN 112, unter Hinweis auf einen Ausnahmefall, in dem ein erstinstanzliches Genfer Gericht auf die Einsetzung verzichten konnte. Das Gericht liess sich in diesem Fall vom Verwaltungsrat davon überzeugen, dass die Einsetzung eines Sachwalters ohne Kenntnisse der konkreten Verhältnisse zu einer Verzögerung der Sanierung geführt hätte. Im Gegenzug verpflichtete sich der Verwaltungsrat, dem Gericht sämtliche Ereignisse zu melden, welche den Rahmen des Alltäglichen sprengten und/oder den Konkursaufschub oder die Interessen der Gläubiger gefährdeten; vgl. auch BÖCKLI (2009), § 13 N 837.

¹⁵¹ Dies gilt selbstverständlich für sämtliche richterlichen Massnahmen im Konkursaufschub. Die Einsetzung eines rein beratenden Sachwalters ohne durchsetzbare Kompetenzen ist m.E. angesichts der inhärenten Risiken eines Konkursaufschubes nicht zu empfehlen. Auch wenn es der Wortlaut von Art. 725a Abs. 2 OR auszuschliessen scheint, kann der Richter - der auch keinen Sachwalter ernennen kann - a maiore ad minus einen rein beratenden Sachwalter einsetzen. Zur Vermeidung von Risiken ist es aber in einer solchen Situation angebracht, diesen „Berater“ nicht Sachwalter zu nennen, sondern als Teil der Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens nach Art. 725a Abs. 1 OR zu engagieren. Der Beizug eines derartigen Beraters ohne eigentliches Sachwaltermandat kann durchaus einem praktischen Bedürfnis entsprechen.

¹⁵² HARDMEIER, in: ZK OR (1997), N 1336 zu Art. 725a.

b. Verzicht auf Veröffentlichung

- 58 Der Konkursaufschub muss nicht zwingend veröffentlicht werden¹⁵³. Aus offensichtlichen Gründen ist das öffentliche Bekanntwerden der finanziellen Schwierigkeiten für eine Sanierung äusserst hinderlich. Der Richter muss die Interessen der Allgemeinheit an der Kenntnis der Überschuldung (was insbesondere für zukünftige Vertragspartner wichtig ist) gegenüber den Interessen der Gesellschaft an einer stillen und effizienten Sanierung abwägen. Bei einem Konkursaufschub von kurzer Dauer oder geringer Gefährdung von Gläubiger- oder Drittinteressen ist in der Regel keine Publikation nötig¹⁵⁴.
- 59 In der Praxis stellt die Veröffentlichung des Konkursaufschubs generell die Ausnahme dar¹⁵⁵. Die Genfer Gerichte haben einen interessanten Kompromiss gefunden: Während die Allgemeinheit in aller Regel nicht informiert wird, ordnet das Gericht zuweilen die Information der bestehenden und/oder der zukünftigen Gläubiger an, was vom Sachwalter überwacht wird¹⁵⁶.

3. Keine Mitwirkungsrechte der Gläubiger

- 60 Den Gläubigern, jenen also, welche die Folgen einer gescheiterten Sanierung zu tragen haben, stehen im Konkursaufschub keine Mitwirkungsrechte zu. Etwaige Beschlüsse von Gläubigerversammlungen und Gläubigerausschüssen oder Gläubigerzirkularbeschlüsse haben nur konsultative Wirkung, weshalb sie gemäss LORANDI konsequenterweise gar nicht abgehalten werden sollten¹⁵⁷. Der Gläubigerschutz beschränkt sich folglich auf den Richter, der deren Interessen bei der Gewährung des Konkursaufschubs¹⁵⁸ insbesondere durch die angeordneten Massnahmen zu schützen hat. Daneben steht den Gläubigern in einem späteren Konkurs die Möglichkeit offen, Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen¹⁵⁹, was bekanntlich einen Schutz mit hohen Hürden darstellt.

¹⁵³ Art. 725a Abs. 3 OR.

¹⁵⁴ HARDMEIER, in: ZK OR (1997), N 1342 zu Art. 725a.

¹⁵⁵ Dies ergibt sich schon aus dem „nur“ in Art. 725a Abs. 3 OR. Vgl. GASSER (2014), S. 14; PETER / PEYROT (2006), S. 68; DUBACH (1998), S. 160 FN 90; GRAF-SCHELLING (1999), S. 110; a.A. LORANDI (2014a), S. 36. Vgl. auch Botschaft Aktienrecht (2016), S. 68.

¹⁵⁶ PETER / PEYROT (2006), S. 68.

¹⁵⁷ LORANDI (2005), S. 237; siehe auch HARDMEIER, in: ZK OR (1997), N 1327 zu Art. 725a und WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 11 zu Art. 725a.

¹⁵⁸ Der Konkursaufschub darf nur gewährt werden, wenn die Gläubiger nicht schlechter gestellt sind als bei einer sofortigen Konkurseröffnung, vgl. vorne FN 123.

¹⁵⁹ Art. 757 i.V.m. Art. 754 OR.

D. Rechtsmittel

Der Entscheid des Konkursrichters kann betreffend Gewährung oder Nichtgewährung des Konkursaufschubs mit Beschwerde nach Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO angefochten werden¹⁶⁰. Dasselbe muss auch betreffend die angeordneten Massnahmen möglich sein. Beschwerdelegitimiert sind die Gesellschaft sowie Gläubiger, welche am erstinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben und deren Forderungen nicht durch Aktiven gedeckt sind¹⁶¹. 61

Beim Sachwalter handelt es sich nicht um ein Vollstreckungsorgan im Sinne des SchKG, sondern um ein - zwar öffentliches - Organ der Gesellschaft und des Staates¹⁶². Für Beschwerden gegen die Einsetzung eines Sachwalters (resp. gegen seine Person) sowie gegen dessen Anordnungen sind entsprechend nicht die Aufsichtsbehörden für Schuldbetreibung und Konkurs, sondern der Konkursrichter zuständig¹⁶³. Die Ernennung des Sachwalters kann mit Beschwerde i.S.v. Art. 319 ff. ZPO angefochten werden¹⁶⁴. Die Anordnungen des Sachwalters überprüft der Richter im summarischen Verfahren¹⁶⁵, wobei gegen den richterlichen Entscheid wiederum die Beschwerde i.S.v. Art. 319 ff. ZPO ergriffen werden kann. 62

¹⁶⁰ AMONN / WALTHER (2013), § 57 N 10; HARDMEIER, in: ZK OR (1997), N 1310 ff. zu Art. 725a; GIROUD, in: BSK SCHKG-II (2010), N 10 zu Art. 174.

¹⁶¹ Dies gilt nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung betreffend die Konkurseröffnung (Urteil des Bundesgerichts 5A_43/2013 vom 25. April 2013 Erw. 2) und muss nach m.E. zutreffender Ansicht von HARDMEIER (HARDMEIER, in: ZK OR (1997), N 1310 zu Art. 725a; a.M. GIROUD, in: BSK SCHKG-II (2010), N 14 zu Art. 174; GIROUD (1986), S. 152, m.w.H.) auch für den Konkursaufschub Geltung haben.

¹⁶² BGE 104 III 1 Erw. 3.b); LORANDI (2005), S. 231.

¹⁶³ BGE 98 III 41; KRAMPF / SCHULER (2002), S. 158; WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 13 zu Art. 725a OR.

¹⁶⁴ Art. 319 lit. b. Ziff. 7 ZPO analog (auch wenn sich die Zuständigkeit des Konkursrichters nicht direkt aus dem SchKG ergibt, kann aufgrund der Sachlage nur die Beschwerde zulässig sein).

¹⁶⁵ Art. 251 lit. a ZPO.

III. Nachlassverfahren

A. Ziel und Zweck

- 63 Das Nachlassverfahren ist das Sanierungsverfahren und damit das Sanierungsinstrument des Schweizer Rechts schlechthin. Einerseits steht das Nachlassverfahren allen Schuldnern (natürlichen und juristischen Personen¹⁶⁶) zur Verfügung, andererseits ist es nur mittels Nachlassverfahren möglich, Gläubiger (und beim ordentlichen Nachlassvertrag auch die Aktionäre¹⁶⁷) gegen ihren Willen an der Sanierung zu beteiligen¹⁶⁸. Letzteres verlangt nach einem austarierten Verfahren, welches die Interessen der Gläubiger, der Schuldnerin, der Arbeitnehmer und der Aktionäre aber auch der Allgemeinheit angemessen berücksichtigt.
- 64 Vorab sind der gerichtliche und der aussergerichtliche Nachlassvertrag zu unterscheiden. Beim aussergerichtlichen Nachlassvertrag handelt es sich um ein rein privatrechtliches Rechtsgeschäft zwischen der Schuldnerin und einem, mehreren oder auch sämtlichen Gläubigern, wobei der oder die Gläubiger i.d.R. auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten. Es handelt sich folglich um eine „Reihe privater Abmachungen“¹⁶⁹ oder genauer um eine „Summe von individuellen Schuldnerlassverträgen“¹⁷⁰. Der Inhalt des Vertrags kann entsprechend völlig frei vereinbart werden und untersteht keiner amtlichen oder gerichtlichen Kontrolle. Vollstreckungsrechtliche Grundsätze wie das Gleichbehandlungsprinzip kommen nicht zur Anwendung¹⁷¹. Wie bei allen privatrechtlichen Verträgen ist die Zustimmung der Vertragspartner, d.h. der Gläubiger, erforderlich. Die Möglichkeiten des aussergerichtlichen Nachlassvertrags sind folglich sehr beschränkt¹⁷²: Nur bei sehr überschaubaren Verhältnissen können alle Gläubiger an einen Tisch sitzen und eine für alle tragbare Lösung finden. Tragbar muss die Lösung dann für alle sein, wenn alle Gläubiger gleichmässig zur Sanierung des Schuldners beitragen sollen. Ist in einem solchen Fall nur ein Gläubiger nicht einverstanden, kommt der Nachlassvertrag nicht zustande. Dieser Gläubiger muss dann entweder befriedigt werden oder die Schuldnerin (und damit gewissermassen auch die partizipierenden Gläubiger) riskiert, dass sie weiter betrieblen wird.

¹⁶⁶ VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 15 zu Art. 293.

¹⁶⁷ Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

¹⁶⁸ HARDMEIER (1994), S. 510.

¹⁶⁹ BGE 75 III 65 Erw. 1.

¹⁷⁰ AMONN / WALTHER (2013), § 53 N 5.

¹⁷¹ BGE 50 II 504 Erw. 2.

¹⁷² WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 70 N 1.

Die Ausführungen in dieser Arbeit zum Nachlassvertrag beziehen sich stets ausschliesslich auf den gerichtlichen Nachlassvertrag. Auch mit Nachlassverfahren ist stets das gerichtliche Nachlassverfahren gemeint. Das Vorgehen mit dem Ziel, zwischen allen oder mehreren Gläubigern und der Schuldnerin einen aussergerichtlichen Nachlassvertrag zu erreichen kann zwar durchaus als aussergerichtliches Nachlassverfahren bezeichnet werden. Ein gesetzlich geregeltes aussergerichtliches Nachlassverfahren gibt es jedoch nicht. 65

Ein Nachlassverfahren kann unterschiedliche Zwecke verfolgen: 66

Zunächst ist denkbar, dass der Schuldnerin in einem Nachlassverfahren lediglich - im Sinne einer Atempause - Zeit zur Verfügung gestellt wird zu einer buchhalterischen, finanziellen, strukturellen oder organisatorischen Sanierung (sog. reines Moratorium). In einem derartigen Nachlassverfahren, welches in aller Regel von der Schuldnerin selbst initiiert werden dürfte, besteht das Ziel darin, die Sanierungsmassnahmen möglichst rasch umzusetzen um schliesslich - ohne Forderungsverzicht seitens der Gläubiger - die Stundung wieder aufzuheben. 67

Sodann kann ein Nachlassverfahren bereits im Hinblick auf den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags eingeleitet werden. Endziel ist auch in diesem Szenario die Sanierung der Schuldnerin, doch sollen dazu auch die Gläubiger mit Forderungsverzichten (sog. Prozent- oder Dividendenvergleich) oder verlängerten Zahlungsfristen (sog. Stundungsvergleich) beitragen. 68

Drittens besteht die Möglichkeit, ein Nachlassverfahren durchzuführen, wenn die Schuldnerin nicht saniert, sondern liquidiert werden soll (sog. Liquidationsvergleich). In diesem Fall mündet das Nachlassverfahren in den Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung. Dieser soll eine im Vergleich zum Konkurs geordnetere und effizientere Liquidation des schuldnerischen Vermögens ermöglichen, weil das streng normierte enge Korsett des Konkursverfahrens nicht beachtet werden muss. Beim Liquidationsvergleich handelt es sich folglich um eine „forme atténuée de la faillite“¹⁷³. 69

An dieser Stelle sei erwähnt, dass sich die Stundung auch bei unterschiedlichem Ziel (reines Moratorium, ordentlicher Nachlassvertrag oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) nicht grundsätzlich unterscheidet. Zudem ist zu Beginn der Stundung nicht selten unklar, mit welchem Ergebnis das Verfahren enden soll. Auch kann sich das angestrebte Ziel während der Stundung, je nach Verlauf der Sanierung und Effizienz der getroffenen Sanierungsmassnahmen, ändern und ein Nachlassverfahren beispielsweise - obwohl ursprünglich ein reines 70

¹⁷³ BGE 114 III 120; BGE 107 III 106 Erw. 3 a).

Moratorium angestrebt wurde - doch mit dem Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung enden¹⁷⁴. Allerdings gestalten sich die Sanierungsmassnahmen generell und der Betriebsverkauf im Besonderen anders, je nachdem ob die Schuldnerin im Anschluss an den Verkauf resp. das Nachlassverfahren weiterbestehen oder liquidiert werden soll.

B. Provisorische Stundung

1. Bewilligung

- 71 Unabhängig vom verfolgten Ziel beginnt jedes Nachlassverfahren mit einer provisorischen Stundung, welche von der Schuldnerin selbst, von einem Gläubiger oder von Amtes wegen¹⁷⁵ beim Gericht beantragt wird¹⁷⁶. Das Gericht bewilligt die provisorische Stundung unverzüglich, ausser es besteht keine Aussicht auf Sanierung (wobei die fehlende Aussicht „n’a pas besoin d’être manifeste“¹⁷⁷). In diesem Fall eröffnet das Gericht von Amtes wegen den Konkurs¹⁷⁸. Schon aus dem Gesetz, aber auch aus dem Ziel des revidierten Sanierungsrechts, Sanierungen zu erleichtern, ergibt sich, dass das Gericht die provisorische Stundung in aller Regel ohne weiteres bewilligen soll. Die Eintrittsbarriere zum Nachlassverfahren ist mit der jüngsten Revision zur Förderung von Sanierungen und Nachlassverfahren ganz bewusst tiefer angesetzt worden¹⁷⁹. Die provisorische Stundung kann für maximal vier Monate bewilligt werden (etwaige Verlängerungen inklusive)¹⁸⁰.

2. Anordnung von vermögenserhaltenden Massnahmen

- 72 Mit der Bewilligung der Stundung und damit konkret als Teil des Bewilligungsentscheides ordnet der Richter Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens

¹⁷⁴ JEANNERET / PEYROT (2002), S. 516. Ebenso ist es möglich, von einem Dividenden- in einen Liquidationsvergleich zu wechseln und umgekehrt.

¹⁷⁵ Der Konkursrichter kann bei Anhaltspunkten für das Zustandekommen eines Nachlassvertrags die Konkursöffnung aussetzen und beim Gericht die Einleitung eines Nachlassverfahrens beantragen (Art. 173a Abs. 2 SchKG).

¹⁷⁶ Art. 293 SchKG.

¹⁷⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A_950/2015 vom 29. September 2016 Erw. 8.3.1.

¹⁷⁸ Art. 293a und 293b SchKG.

¹⁷⁹ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6480. Anhaltspunkt hierfür war der sehr leichte Einstieg ins Chapter 11 mit automatischer Schutzwirkung (vgl. hinten N 869).

¹⁸⁰ Art. 293a Abs. 1 und 2 SchKG.

an¹⁸¹. Bei der Festsetzung der konkreten Massnahmen steht dem Richter ein weiter Ermessensspielraum zu¹⁸², wobei die Massnahmen stark vom verfolgten Ziel der Stundung (Sanierung mit oder ohne Nachlassvertrag, Liquidation) abhängig sein werden. Mögliche Massnahmen sind etwa die Einschränkung der Verfügungs- und Vertretungsmacht der Organe, die Auferlegung gewisser Reportingpflichten, die Einsetzung eines Sachwalters sowie die Nichtveröffentlichung¹⁸³.

a. Sachwalter

In der Praxis dürfte fast immer ein Sachwalter eingesetzt werden¹⁸⁴. *Erstens* schreibt schon das Gesetz vor, dass nur in begründeten (Ausnahme-)Fällen kein Sachwalter eingesetzt werden muss¹⁸⁵. Gemäss Botschaft liegen solche Ausnahmefälle insbesondere vor, wenn keine Drittinteressen gefährdet sind oder die mit dem Sachwalter verbundenen Kosten eine Sanierung von vornherein verhindern würden¹⁸⁶. *Zweitens* kann praktisch nur bei einem reinen Moratorium ein Ausnahmefall vorliegen. Bei der Stundung im Hinblick auf einen ordentlichen Nachlassvertrag oder einen Liquidationsvergleich drängt sich ein Sachwalter aufgrund der längeren Dauer, der erhöhten Komplexität und der vielschichtigen Interessenlage geradezu auf. *Drittens* ist in allen Fällen, bei denen auf die Veröffentlichung der Stundung verzichtet wird, von Gesetzes wegen zwingend ein Sachwalter einzusetzen¹⁸⁷.

73

b. Verzicht auf Veröffentlichung

Eine mögliche Massnahme kann auch die Nicht-Veröffentlichung der provisorischen Stundung darstellen, da die Publizität einer anstehenden Sanierung regelmässig mit diversen negativen Folgen für die Schuldnerin verbunden ist. Auf die öffentliche Bekanntmachung darf aber nur dann verzichtet werden, wenn

74

¹⁸¹ Art. 293a SchKG. Gemäss Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6480, ist die „provisorische Stundung [...] mit vermögenserhaltenden Massnahmen zu verbinden, sofern dies erforderlich ist.“ Vgl. auch HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 18 zu Art. 293.

¹⁸² VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 30 zu Art. 293.

¹⁸³ Die möglichen vermögenserhaltenden Massnahmen unterscheiden sich damit kaum von jenen im Konkursaufschub, vgl. vorne N 56 ff.

¹⁸⁴ Vgl. HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 1 und 5 zu Art. 293b.

¹⁸⁵ Art. 293b Abs. 2 SchKG.

¹⁸⁶ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6481.

¹⁸⁷ Art. 293c Abs. 2 lit. d SchKG.

der Schutz Dritter gewährleistet ist¹⁸⁸; sodann kann die geheime (oder stille) Stundung nie länger als vier Monate dauern¹⁸⁹, da die definitive Stundung zwingend zu veröffentlichen ist¹⁹⁰. Unterbleibt die öffentliche Bekanntmachung, ist in jedem Fall ein Sachwalter einzusetzen¹⁹¹. Im Gegensatz zum Konkursaufschub, wo die stille Sanierung die Regel darstellt¹⁹², ist die Stundung normalerweise zu veröffentlichen¹⁹³; dies könnte sich künftig ändern¹⁹⁴.

3. Keine Mitwirkungsrechte der Gläubiger

- 75 Den Gläubigern stehen während der provisorischen Stundung keine Mitwirkungsrechte zu. So kann während der provisorischen Stundung etwa kein Gläubigerausschuss eingesetzt werden¹⁹⁵. Der Schutz der Gläubiger beschränkt sich auf die vermögenserhaltenden Massnahmen¹⁹⁶ sowie die Rechtsmittel¹⁹⁷.

¹⁸⁸ Art. 293c Abs. 2 SchKG.

¹⁸⁹ Die Maximaldauer der geheimen Stundung soll künftig acht Monate betragen (Art. 293c Abs. 2 Entwurf SchKG (2016)); Botschaft Aktienrecht (2016), S. 67 f.

¹⁹⁰ Art. 296 und 293a Abs. 2 SchKG.

¹⁹¹ Art. 293c Abs. 2 lit. d SchKG.

¹⁹² Vgl. vorne N 58 f.

¹⁹³ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6482; LORANDI (2014a), S. 36; HARI / GMÜNDER (2013), S. 572; HUNKELER, in: KUKO SchKG (2014), N 10 zu Art. 293c; GASSER (2014), S. 5, wonach die Publikation nur unterbleiben kann, „[...] wenn bei Publikation zu befürchten ist, dass die Liquidität des Schuldners von heute auf morgen völlig zusammenbricht [...]“.

¹⁹⁴ Gemäss Botschaft zur Aktienrechtsrevision sollten künftig, d.h. bei einer Integration des Konkursaufschubs in das Nachlassverfahren, die (geringeren) Kriterien der Nichtveröffentlichung des Konkursaufschubs auch für die Stundung gelten (Botschaft Aktienrecht (2016), S. 68). Erste empirische Studien belegen diesen Trend: Gemäss FARSACI / DAUWALDER (2017), Rz 10 und 1 wurde in den Jahren 2014 und 2015 in rund einem Viertel der Nachlassstundungsgesuche ein Verzicht auf Veröffentlichung beantragt, wobei die Bewilligungsquote hohe rund 85% betrug.

¹⁹⁵ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6484; HUNKELER, in: KUKO SchKG (2014), N 3 zu Art. 295a; LORANDI (2014a), S. 41; WYSS (2013), S. 304.

¹⁹⁶ Vgl. vorne N 72 ff.

¹⁹⁷ Vgl. sogleich N 77 ff.

4. Wirkungen

Die provisorische Stundung bewirkt - wie die definitive Stundung¹⁹⁸ und stark dem Konkurs angenähert¹⁹⁹ - einen Schutz vor Betreibungen und Verwertungen, mit Ausnahme der Betreibungen auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen. Die Verwertung (auch des Grundpfandes) ist jedoch ausgeschlossen²⁰⁰. Weiter sind während der Stundung der Arrest und andere Sicherungsmassnahmen für Nachlassforderungen ausgeschlossen. Hängige Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren über Nachlassforderungen werden - dringende Fälle ausgenommen - sistiert²⁰¹ und die Abtretung künftiger Forderungen, welche vor Bewilligung der Stundung vereinbart wurde, ist wirkungslos, wenn die Forderung erst nach der Bewilligung der Stundung entsteht²⁰². Die Stundung stoppt sodann den Zinsenlauf, bewirkt den Stillstand der Verjährungs- und Verwirkungsfristen, erlaubt der Schuldnerin (mit Zustimmung des Sachwalters) die ausserordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen und dem Sachwalter die Umwandlung von Realforderungen in Geldforderungen²⁰³. Der Schutz der Schuldnerin vor den Gläubigern ist in der Stundung umfassend; dies trägt dazu bei, dass die Stundung das oftmals geeignete Sanierungsinstrument darstellt.

76

5. Rechtsmittel

Die Bewilligung der provisorischen Stundung, die Einsetzung des provisorischen Sachwalters und folglich auch sämtliche vom Richter angeordneten vermögenserhaltenden Massnahmen sind nicht anfechtbar²⁰⁴. Entgegen der Botschaft²⁰⁵ muss es jedoch möglich sein, die Einsetzung einer konkreten Person

77

¹⁹⁸ Die provisorische Stundung hat die gleichen Wirkungen wie die definitive Stundung (Art. 293c Abs. 1 SchKG).

¹⁹⁹ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6486.

²⁰⁰ Art. 297 Abs. 1 SchKG.

²⁰¹ Art. 297 Abs. 3 und 5 SchKG. Nachlassforderungen sind Forderungen, welche vor der Bewilligung der provisorischen Stundung entstanden sind oder die Schuldnerin seither entgegen den Weisungen des Sachwalters begründet hat. Auch als Nachlassforderungen gelten Pfandforderungen, soweit sie durch das Pfand nicht gedeckt sind sowie privilegierte Forderungen, sofern der Gläubiger auf das Sicherstellungsrecht verzichtet oder die Forderung nicht angemeldet hat (Art. 310 Abs. 1 SchKG; BGE 129 V 387 Erw. 4.2).

²⁰² Art. 297 Abs. 4 SchKG.

²⁰³ Art. 297 Abs. 6, 7 und 9 sowie Art. 297a SchKG.

²⁰⁴ Art. 293d SchKG; BGE 141 III 188 Erw. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 5A_950/2015 vom 29. September 2016 Erw. 8.2.3.

²⁰⁵ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6483.

als Sachwalter anzufechten (und zwar mittels Beschwerde i.S.v. Art. 319 ff. ZPO), beispielsweise bei Vorliegen von Interessenkonflikten²⁰⁶. Ebenso muss eine Schuldnerin die Bewilligung der provisorischen Stundung, welche von einem Gläubiger (und damit gegen ihren Willen) beantragt wurde, anfechten können²⁰⁷.

- 78 Die Nichtbewilligung der provisorischen Stundung mangels Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags und die damit einhergehende Konkursöffnung²⁰⁸ sind hingegen - wie dies bei der Nichtbewilligung der definitiven Stundung der Fall ist²⁰⁹ - mit Beschwerde nach Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO anfechtbar. Es gibt keinen Grund, die Nichtbewilligung der provisorischen und definitiven Stundung anders zu behandeln. Beschwerdelegitimiert sind sowohl die Schuldnerin als auch sämtliche Gläubiger²¹⁰.

C. Definitive Stundung

1. Bewilligung

- 79 Noch vor Ablauf der provisorischen Stundung bewilligt der Richter die definitive Stundung für weitere vier bis sechs Monate, sofern auch nach der provisorischen Stundung - oder als Folge der während dieser getroffenen Massnahmen - Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht²¹¹. Die definitive Stundung kann verlängert werden; in besonders komplexen Fällen auf maximal 24 Monate (inkl. provisorische Stundung). Dauert die Stundung mehr als zwölf Monate, hat der Sachwalter vor Ablauf des neunten Monats

²⁰⁶ BGE 141 III 188 Erw. 4.3; SCHWANDER (2013), S. 8, wonach sich die Möglichkeit solcher Einwände gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 1 zu Art. 293d; HARI / GMÜNDER (2013), S. 572.

²⁰⁷ HARI (2017), Rz 41.

²⁰⁸ Vgl. BGE 142 III 164 Erw. 2.3.; Urteil des Bundesgerichts 5A_950/2015 vom 29. September 2016 Erw. 8.2.1.

²⁰⁹ Vgl. hinten N 90.

²¹⁰ Vgl. hinten N 90. A.A. HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 2 zu Art. 293d, wonach Gläubiger ohne Parteistellung nur gegen den Entscheid betreffend die definitive Stundung ein Rechtsmittel ergreifen können. Er begründet dies mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes (Art. 293d und 295c SchKG) sowie dem Bewilligungsverfahren der provisorischen Stundung, in dem die Gläubiger nicht angehört werden müssen.

²¹¹ Art. 294 SchKG.

ab Beginn der definitiven Stundung eine (ausserordentliche²¹²) Gläubigerversammlung durchzuführen²¹³.

2. Anordnung von vermögenserhaltenden Massnahmen

Wie bei der provisorischen trifft das Gericht auch bei der Bewilligung der definitiven Stundung (grundsätzlich dieselben) vermögenserhaltenden Massnahmen²¹⁴.

80

a. Sachwalter

Bei der definitiven Stundung ist zwingend ein Sachwalter einzusetzen²¹⁵. Diesen Aufgaben sind explizit im Gesetz geregelt: Entwurf des Nachlassvertrags, Überwachung der Schuldnerin, Zustimmung zu gewissen Rechtsgeschäften der Schuldnerin, Inventaraufnahme, Pfandschätzung, Schuldenruf, Einberufung und Durchführung der Gläubigerversammlung, Berichterstattung an Gericht und Gläubiger, Analyse und ggf. Zustimmung zur ausserordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen und zur Umwandlung von Ansprüchen auf Sachleistung in Forderungen gemäss Art. 211 Abs. 1 SchKG²¹⁶. Das Gericht kann dem Sachwalter zusätzliche Aufgaben übertragen²¹⁷. Zu denken ist etwa an die Erstellung von Zwischenbilanzen zu Fortführungs- und Liquidationswerten²¹⁸, die Abklärung der Prozesschancen zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen aktuelle und ehemalige Verwaltungsratsmitglieder, die Rückforderung von Darlehen an Aktionäre oder Konzerngesellschaften, aber auch den Verkauf eines Betriebsteils²¹⁹. Jedenfalls sind die Aufgaben des Sachwalters, auch wenn sie gesetzlich geregelt sind, durch das Gericht im Entscheid betreffend die Bewilligung der definitiven Stundung möglichst genau zu konkretisieren²²⁰.

81

²¹² Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6485.

²¹³ Art. 295b SchKG.

²¹⁴ HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 6 zu Art. 294. Vgl. zu den vermögenserhaltenden Massnahmen bei der provisorischen Stundung vorne N 72 ff.

²¹⁵ Art. 295 und 296 SchKG.

²¹⁶ Art. 295 Abs. 2, 297 Abs. 9, 297a, 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

²¹⁷ Art. 295 Abs. 3 SchKG.

²¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 5A_950/2015 vom 29. September 2016 A.b.

²¹⁹ Der Verkauf eines Betriebsteils setzt in aller Regel die Zustimmung des Gerichts voraus (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Das Gericht kann einen Betriebsverkauf bereits bei der Einsetzung des Sachwalters anordnen und diesem damit zustimmen (vgl. hinten N 623). Vgl. für weitere Beispiele HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 12 zu Art. 295.

²²⁰ HARI (2010b), N 258.

b. Zwingende Veröffentlichung

- 82 Die definitive Stundung ist in jedem Fall zu veröffentlichen²²¹.

c. Gläubigerausschuss

- 83 Das Gesetz sieht neu vor, dass das Gericht bei der definitiven²²² Stundung einen Gläubigerausschuss einsetzen kann, wo es die Umstände erfordern²²³. Das Gericht entscheidet mit entsprechend grossem Ermessen, ob (und ab wann) es einen Gläubigerausschuss einsetzen möchte oder nicht. Entscheidend sind die Komplexität der Verhältnisse²²⁴, das Vorhandensein verschiedener Anspruchsgruppen mit unterschiedlichen Interessen (Arbeitnehmer, Gläubiger)²²⁵ aber auch die vorhandenen Mittel, die zusätzlichen Kosten, die zu erwartenden Aufgaben des Ausschusses resp. die anstehenden Entscheide²²⁶ und die voraussichtliche Dauer der Stundung²²⁷. WYSS schlägt vor, sich an den „einfachen Verhältnissen“ beim summarischen Konkursverfahren gemäss Art. 231 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG zu orientieren; liegen in der Stundung keine derartigen Verhältnisse vor, sei grundsätzlich ein Gläubigerausschuss einzusetzen²²⁸.
- 84 M.E. ist vorab nach der Art der Stundung zu unterscheiden: Bei einem reinen Moratorium ist grundsätzlich kein Gläubigerausschuss notwendig, beim Liquidationsvergleich in jedem Fall. Beim ordentlichen Nachlassvertrag sind die genannten Umstände heranzuziehen, wobei vor dem Hintergrund des erwarteten Schadens der Gläubiger im Zweifel immer ein Gläubigerausschuss einzusetzen ist. Unabhängig von der Art der Stundung dürfte die Einsetzung eines Gläubigerausschusses stets unentbehrlich sein, wenn ein (Teil-)Betriebsverkauf zur Diskussion steht²²⁹.
- 85 Die Aufgaben des Gläubigerausschusses hängen von denjenigen des Sachwalters ab, da Ersterer Letzteren beaufsichtigt und ihm Empfehlungen erteilen²³⁰

²²¹ Art. 296 SchKG.

²²² Nicht aber bei der provisorischen Stundung, vgl. vorne N 75.

²²³ Art. 295a Abs. 1 SchKG.

²²⁴ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6484.

²²⁵ SCHWANDER (2013), S. 10.

²²⁶ Vgl. zur Notwendigkeit eines Gläubigerausschusses im Konkursverfahren RUSSENBERGER, in: BSK SchKG-II (2010), N 26 zu Art. 237.

²²⁷ WYSS (2013), S. 307 unter Hinweis auf ein nicht veröffentlichtes Protokoll zur Sitzung der Expertengruppe Nachlassverfahren vom 26. April 2004.

²²⁸ WYSS (2013), S. 307 f.

²²⁹ In diesem letzten Punkt gl. M. WYSS (2013), S. 307.

²³⁰ Frz.: „elle peut lui faire des recommandations“.

kann. Ursprünglich war vorgesehen, dass der Gläubigerausschuss dem Sachwalter Weisungen²³¹ erteilen kann²³²; der Ständerat jedoch wollte keine „zwingenden Weisungen“, sondern „nichtverpflichtende Hinweise“²³³. Konsequenterweise hätte auch das Verb „erteilen“ angepasst werden müssen. Jedenfalls lässt sich aus der Tatsache, dass der Gläubigerausschuss Empfehlungen erteilen und nicht etwa nur unterbreiten kann, nicht ableiten, dass die Empfehlungen doch einen etwas verbindlicheren Charakter hätten. Die (für diese Arbeit) wichtigste Kompetenz des Gläubigerausschusses liegt jedoch darin, dass er - anstelle des Gerichts - die Ermächtigung zur Veräusserung des Betriebs- oder Betriebsteils erteilt²³⁴.

3. **Verfahrensablauf**

Der Sachwalter inventarisiert zuerst das Vermögen, führt die Pfandschätzung durch und macht einen Schuldenruf²³⁵. Nach Erstellung des Nachlassvertrags beruft er durch öffentliche Bekanntmachung eine Gläubigerversammlung ein; diese findet frühestens einen Monat nach der öffentlichen Bekanntmachung statt²³⁶. 86

In der Gläubigerversammlung orientiert der Sachwalter über die Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage der Schuldnerin und legt den anwesenden Gläubigern den Nachlassvertrag zur Unterzeichnung vor. Dieser ist angenommen, wenn ihm bis zur richterlichen Bestätigung die Mehrheit der Gläubiger, die mindestens zwei Drittel der Nachlassforderungen oder ein Viertel der Gläubiger, die mindestens drei Viertel der Nachlassforderungen vertreten, zustimmen. Erforderlich ist sodann die Bestätigung des Nachlassvertrags durch den Richter²³⁷. 87

²³¹ Frz.: „elle peut lui donner des instructions“.

²³² So noch im Entwurf, welcher der Botschaft vom 8. September 2010 zugrunde lag (BBl 2010 6507, S. 6512); vgl. auch Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6484.

²³³ Votum von Kommissionssprecher BISCHOF anlässlich der Ständeratssitzung vom 31. Mai 2012, AB 2012 353 ff.

²³⁴ Art. 295a Abs. 3 i.V.m. 298 Abs. 2 SchKG; vgl. dazu hinten N 617 ff.

²³⁵ Art. 299 und 300 SchKG.

²³⁶ Art. 301 Abs. 1 SchKG.

²³⁷ Art. 302, 305 und 306 SchKG.

4. Wirkungen

- 88 Die Wirkungen der definitiven Stundung unterscheiden sich nicht von denjenigen der provisorischen²³⁸.

5. Rechtsmittel

- 89 Schuldnerin und Gläubiger können den Entscheid betreffend die Bewilligung oder Verlängerung der definitiven Stundung (bei Aussicht auf Sanierung oder auf Abschluss eines Nachlassvertrags) resp. die Nichtbewilligung oder Nichtverlängerung der definitiven Stundung (infolge erfolgreicher Sanierung) mittels Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO anfechten. Mit dem gleichen Rechtsmittel sind auch der Entscheid betreffend die Einsetzung des Sachwalters und des Gläubigerausschusses (wobei auch nur die Wahl der als Sachwalter eingesetzten Person²³⁹ oder eines Mitglieds des Gläubigerausschusses²⁴⁰ gerügt werden kann) sowie sämtliche weiteren Anordnungen des Gerichts im Zusammenhang mit der definitiven Stundung anfechtbar²⁴¹.
- 90 Die Nichtbewilligung oder Nichtverlängerung der definitiven Stundung mangels Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags und die damit verbundene Konkursöffnung sind hingegen mit Beschwerde nach Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO anzufechten²⁴². Obwohl sich diese Beschwerde nach Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO und nicht direkt nach Art. 319 ff. ZPO richtet, sind m.E. sowohl die Schuldnerin als auch sämtliche Gläubiger beschwerdelegitimiert²⁴³. Folgende zwei Gründe sprechen dafür: Erstens der klare Wortlaut von Art. 295c Abs. 1 SchKG, wonach die Gläubiger den Entscheid des Gerichts anfechten können. Unter Entscheide des Gerichts fallen auch die Konkursöffnungen gemäss Art. 294 Abs. 3 SchKG²⁴⁴. Zweitens richtet sich die Beschwerde nach Art. 174 SchKG, um der Schuldnerin zu ermöglichen, den Konkurs gestützt auf die gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG zulässigen Noven zu verhindern. Keineswegs wollte damit aber eine Einschränkung der Gläubigerrechte erreicht werden.

²³⁸ Art. 293c Abs. 1 SchKG; vgl. hierzu vorne N 76 ff.

²³⁹ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6485.

²⁴⁰ SPRECHER (2003), N 407.

²⁴¹ Art. 295c Abs. 1 SchKG; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 3 zu Art. 295c.

²⁴² Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6485.

²⁴³ Gl. M. HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 10 zu Art. 295c. Zur Beschwerde nach Art. 174 SchKG sind hingegen nur jene Gläubiger, welche am erstinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben, legitimiert (GIROUD, in: BSK SCHKG-II (2010), N 6 zu Art. 174).

²⁴⁴ Dies ergibt sich auch aus der Gesetzessystematik.

Davon strikte zu unterscheiden sind die Rechtsmittel gegen den Bestätigungs- oder Ablehnungsentscheid betreffend den Nachlassvertrag. Gemäss Art. 307 SchKG kann dieser Entscheid mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden²⁴⁵, wobei der Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt. Damit dauern die Stundungswirkungen auch während des Rechtsmittelverfahrens an²⁴⁶. 91

Mit HUNKELER ist davon auszugehen, dass das Gericht im Entscheid betreffend die Ablehnung des Nachlassvertrags richtigerweise bereits auch die Konkursöffnung ausspricht, allerdings unter der Suspensivbedingung der Vollstreckbarkeit des Ablehnungsentscheids²⁴⁷. Die eigentliche Konkursöffnung kann damit nicht angefochten werden; vielmehr muss gegen den ablehnenden Entscheid betreffend den Nachlassvertrag Beschwerde geführt werden²⁴⁸. 92

²⁴⁵ Betreffend Beschwerdelegitimation vgl. HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 9 ff. zu Art. 307.

²⁴⁶ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6491; vgl. BGE 85 I 77 Erw. 2.

²⁴⁷ HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 15 ff. zu Art. 309 mit Hinweisen auf die Fehler in der Botschaft zum neuen Sanierungsrecht.

²⁴⁸ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6491.

Kapitel 3 : Klassifizierung des Betriebsverkaufs in den Insolvenzverfahren

Wie bereits dargestellt fällt die Definition und Abgrenzung des Begriffs Betrieb schon grundsätzlich schwer²⁴⁹; als zusätzliche Schwierigkeit kommt hinzu, dass das Schweizer Recht keine dingliche Einheitsbehandlung des Betriebs und damit kein Eigentum am Betrieb kennt. Der direkte Verkauf eines Betriebs als solchen oder etwa die Bestellung eines Pfandrechts am gesamten Betrieb ist folglich nicht möglich²⁵⁰. Dennoch kann ein Betrieb veräussert werden; untechnisch gesprochen auch „als Ganzes“, was aber nicht die Übernahme sämtlicher Aktiven und (in Insolvenzverfahren) schon gar nicht der Passiven voraussetzt²⁵¹. 93

Betriebsverkäufe gestalten sich je nach Insolvenzverfahrensart (Konkurs, Konkursaufschub oder Nachlassverfahren) und Verfahrensstadium (zu Beginn oder kurz vor Abschluss) unterschiedlich. Entscheidend ist weiter, ob die Gläubiger dabei voraussichtlich zu Schaden kommen oder nicht. Letztlich kommt auch den am Verkauf materiell und formell beteiligten Organen eine massgebende Rolle zu: Ob der Verkauf von der Konkursverwaltung, dem Sachwalter oder aber vom Verwaltungsrat verhandelt, unterzeichnet und vollzogen wird, ist mit weitreichenden praktischen Konsequenzen verbunden. 94

Nachfolgend wird eine auf drei Kriterien basierende Klassifizierung des Betriebsverkaufs für alle Insolvenzverfahren vorgeschlagen. 95

I. Erstes Kriterium: Privat- oder öffentlichrechtlich

Rechtsgeschäfte unter natürlichen Personen oder privaten Gesellschaften sind in aller Regel privatrechtlicher Natur. Nicht ausgeschlossen (aber höchst selten) 96

²⁴⁹ Vgl. vorne N 28 ff.

²⁵⁰ MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER (2012), § 5 N 13 f.

²⁵¹ In BGE 42 III 399 wird im Zusammenhang mit einem Betriebsverkauf in einem Konkursverfahren der Begriff „als Ganzes“ verwendet. Für ein jüngeres Beispiel vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_108/2016 vom 29. April 2016 Erw. 3.2.1.

ist, dass auch Private untereinander öffentlichrechtliche Rechtsgeschäfte (sog. verwaltungsrechtliche Verträge) abschliessen. Hierzu bedarf es einer expliziten gesetzlichen Grundlage, was auf den Betriebsverkauf in den Insolvenzverfahren nicht zutrifft²⁵².

- 97 Entsprechend liegt von vornherein immer dann ein privatrechtliches Rechtsgeschäft vor, wenn der Betriebsverkauf formell zwischen der Schuldnerin und dem Dritterwerber abgeschlossen wird²⁵³. Gemäss BGE 105 III 67 untersteht der Veräusserungsvertrag auch dann dem Privatrecht, wenn die Konkursverwaltung resp. der Sachwalter die Veräusserung ausnahmsweise Privaten übergibt, weil diese beispielsweise über besondere (Markt-)Kenntnisse und die notwendigen Kontakte verfügen²⁵⁴. In diesem Fall ist auch das Rechtsverhältnis zwischen Konkursverwaltung resp. Sachwalter und dem Dritten (der mit der Veräusserung beauftragte) privatrechtlicher Natur²⁵⁵.
- 98 Der Veräusserung des Betriebs an einen Dritterwerber kommt jedoch öffentlichrechtliche Rechtsnatur zu, sofern ein öffentliches Zwangsvollstreckungsorgan (Konkursamt, Konkursverwaltung, Sachwalter, Vollzieher oder Liquidator) den Betriebsverkauf infolge der nicht mehr vorhandenen resp. explizit entzogenen Verfügungsfähigkeit der Schuldnerin selbständig, d.h. ohne Zutun der Schuldnerin, vornimmt. Das Zwangsvollstreckungsorgan erlässt in diesem Fall eine öffentlichrechtliche Verfügung (Freihandverkaufsverfügung resp. Zuschlag bei der öffentlichen Steigerung)²⁵⁶.

II. Zweites Kriterium: Transaktionsstruktur

- 99 Ein Betriebsverkauf kann entweder als Asset Deal (Verkauf von zu einem Betrieb gehörenden Aktiven und allenfalls Passiven) oder als Share Deal (Verkauf von Anteilen an einer Gesellschaft, zu welcher ein Betrieb gehört) strukturiert sein.
- 100 Der Asset Deal ermöglicht den Parteien, die Aktiven und Passiven eines Betriebs (nicht aber den Betrieb) direkt zu veräussern resp. zu erwerben. Der Direkterwerb kann sodann auf gewisse zentrale Aktiven und Passiven, aber auch nur auf Aktiven, beschränkt werden. Im Gegensatz dazu erfolgt beim Share

²⁵² HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2016), § 18 N 1340 f. mit einigen Beispielen; TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER (2014), § 33 N 14.

²⁵³ LORANDI (2000b), S. 850.

²⁵⁴ Zustimmend: LORANDI (2000b), S. 846 ff.; AMONN / WALTHER (2013), § 26 N 15 und § 26 N 23. Ablehnend: VISCHER (2002), S. 154. Vgl. auch BGE 115 III 52.

²⁵⁵ BGE 105 III 67 Erw. 2.

²⁵⁶ LORANDI (2000b), S. 847.

Deal der Betriebsverkauf indirekt über den Erwerb der Anteile der bestimmenden Gesellschaft. Beim Share Deal ist keine Beschränkung auf gewisse Aktiven oder Betriebsteile möglich; beschränkt werden kann einzig der Umfang der übernommenen Anteile. In der Praxis unterscheiden sich Asset Deal und Share Deal betreffend Detaillierungsgrad und folglich betreffend Umfang kaum. Während beim Asset Deal die einzelnen Aktiven und Passiven genau umschrieben sind, nehmen beim Share Deal die Gewährleistungsbestimmungen viel Platz ein²⁵⁷. Überall geht es letztlich darum, das Vertragsobjekt mit seinen Beziehungen nach innen und aussen sowie die Verantwortlichkeiten ein- und abzugrenzen²⁵⁸.

Die rechtlichen Konsequenzen sind jedoch völlig unterschiedlich, was sich schon daraus ergibt, dass andere Vertragspartien (Verkäufer beim Share Deal: Aktionäre; Verkäuferin beim Asset Deal: Gesellschaft) und ein anderes Kaufobjekt (beim Share Deal: Aktien; beim Asset Deal: Aktiven und Passiven des Betriebs), vorliegen. Sodann ist die Haftung eine andere: Da sämtliche Verbindlichkeiten bei der erworbenen Gesellschaft verbleiben, übernimmt der Erwerber beim Share Deal wirtschaftlich die Haftung für sämtliche, auch die ihm unbekannten, Verbindlichkeiten²⁵⁹. Beim Asset Deal gehen nur die explizit vereinbarten Verbindlichkeiten auf den Erwerber über.

Alle Mechanismen des Verkaufs und der Übertragung eines Betriebs - egal ob der Verkauf privatrechtlich oder mittels öffentlichrechtlicher Verfügung abgewickelt wird - basieren letztlich auf diesen beiden Grundformen. Die Unterscheidung Asset Deal / Share Deal findet im Privat- und öffentlichen Recht gleichsam statt²⁶⁰.

²⁵⁷ Beim Share Deal stellen die Vertragsklauseln betreffend Zusicherungen den umfangreichsten Teil des Aktienkaufvertrags dar; um diese Klauseln wird in den Vertragsverhandlungen oft auch heftig gestritten (WATTER (1990), S. 243).

²⁵⁸ TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 145.

²⁵⁹ Ausser dies wird im Kaufvertrag explizit anders geregelt.

²⁶⁰ Die Unterschiede sind beim öffentlichrechtlichen Asset und Share Deal weniger frappant, weil in beiden Fällen ein öffentliches Organ den Verkauf vornimmt (Konkursamt, Konkursverwaltung, Sachwalter, Vollzieher oder Liquidator) und eine Haftung grundsätzlich ausscheidet. Der Hauptunterschied liegt im Kaufobjekt (beim Share Deal: Aktien; beim Asset Deal: Aktiven und Passiven des Betriebs).

A. Privatrechtliche Asset Deals

1. (Klassischer) Asset Deal nach OR

a. Verpflichtungsgeschäft

- 103 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich beim dem Asset Deal nach OR zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft um einen Vertrag sui generis²⁶¹. Auf diese als „contrat de remise de commerce“ (Geschäftsübertragungsvertrag²⁶², Geschäftsübernahmevertrag²⁶³, Unternehmensübertragungsvertrag²⁶⁴, Betriebsübertragungsvertrag oder Veräusserungsvertrag²⁶⁵) bezeichneten Verträge sind damit jene Bestimmungen anwendbar, welche auf die aus dem Vertragsverhältnis strittige Leistung den engsten funktionalen Bezug aufweisen. In der Regel wird es sich dabei um kaufrechtliche, aber auch um mietrechtliche Bestimmungen handeln²⁶⁶.
- 104 Ein Teil der Lehre ist mit der Qualifikation als Vertrag sui generis einverstanden²⁶⁷, während es sich nach Ansicht verschiedener Autoren beim Asset Deal um einen Kaufvertrag nach Art. 184 ff. OR handelt²⁶⁸. Die Qualifikation hat jedoch beschränkte praktische Konsequenzen, da gemäss Bundesgericht regel-

²⁶¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_297/2013 vom 4. September 2013 Erw. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2009 vom 8. Februar 2010 Erw. 3.2.1; BGE 129 III 18 Erw. 2.1; Urteil des Bundesgerichts C.294/1986 vom 10. Dezember 1986 Erw. 2.a), publiziert in SJ 1987, S. 177 ff.

²⁶² So die Regeste von BGE 129 III 18.

²⁶³ WIEGAND (2004), S. 861.

²⁶⁴ VISCHER (2011), S. 81.

²⁶⁵ MEIER / EXNER (2004), S. 218.

²⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2009 vom 8. Februar 2010 Erw. 3.2.1; BGE 129 III 18 Erw. 2.1; Urteil des Bundesgerichts C.294/1986 vom 10. Dezember 1986 Erw. 2.a), publiziert in SJ 1987, S. 177 ff.

²⁶⁷ TERCIER / FAVRE (2009), N 516; WIEGAND hält in seiner Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (konkret nimmt er Bezug auf BGE 129 III 18) fest, dass die Qualifizierung des Geschäftsübernahmevertrages als Vertrag sui generis allgemeiner Auffassung entspreche und keiner weiteren Erörterung bedürfe (WIEGAND (2004), S. 861); PICHONNAZ (2003), S. 74; kritisch gegenüber dem vom Bundesgericht verwendeten Schadensbegriff, aber einverstanden mit der Qualifikation des Geschäftsübernahmevertrags als Vertrag sui generis: TERCIER (2003), S. 303.

²⁶⁸ VISCHER (2011), S. 84; HONSELL (2010), S. 33 ff.; SCHENKER (2009b), S. 80; VISCHER (2003), S. 336 f.

mässig auch beim Geschäftsübertragungsvertrag die kaufrechtlichen Gewährleistungsbestimmungen die funktional passenden Bestimmungen darstellen, wenn Mängel von übertragenen Sachen geltend gemacht werden²⁶⁹.

Beim Asset Deal wird nur übertragen, was explizit im Geschäftsübertragungsvertrag aufgeführt ist. Entsprechend ist die Umschreibung des Kaufgegenstandes (resp. die Abgrenzung vom nicht Dazugehörigen) von höchster Wichtigkeit. In der Praxis werden dem Geschäftsübertragungsvertrag zu diesem Zweck regelmässig Bilanzen, Inventarlisten und Auszüge aus Registern angehängt²⁷⁰. 105

b. Verfügungsgeschäft

Beim Asset Deal werden sämtliche zu einem Betrieb gehörenden (resp. die zu übertragenden) Vermögenwerte (Grundstücke, Sachen wie Maschinen, Mobilien, Waren; Rechte wie Forderungen und Immaterialgüterrechte [Patente, Marken]; tatsächliche Beziehungen wie Verträge, Versicherungen, Arbeitsverhältnisse, Kundschaft, Geschäftsbücher²⁷¹, Goodwill, Firma, Ruf, Know-how, Chancen, Konzessionen, Bewilligungen) und (sofern zu übertragen) Verbindlichkeiten einzeln mittels Singularsukzession auf den Erwerber übertragen²⁷². 106

Für jeden Vermögenswert und für jede Verbindlichkeit sind folglich die vorgeschriebenen, individuellen Übertragungsmechanismen zu beachten (Zession für Forderungen²⁷³; Tradition resp. Traditionssurrogate für Sachen²⁷⁴; Indossament für gewisse Wertpapiere²⁷⁵; Grundbucheintrag für Grundstücke²⁷⁶; Zession und 107

²⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2009 vom 8. Februar 2010 Erw. 3.2.1; vgl. auch KOLLER, in: BSK OR-I (2015), N 12 zu Art. 184 sowie VISCHER (2011), S. 84.

²⁷⁰ TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 85.

²⁷¹ Vgl. Art. 15 Ziff. 1 KOV und den dazu vor 100 Jahren ergangenen BGE 42 III 399.

²⁷² MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER (2012), § 5 N 9 und 14; WATTER (1990), S. 59 f.; TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 83 ff.; BAUMGARTNER (1987), S. 166 ff.

²⁷³ Art. 165 OR.

²⁷⁴ Art. 714 i.V.m. Art. 922 ff. ZGB. Formen der Tradition: eigentliche Tradition (Art. 922 Abs. 1 ZGB) und uneigentliche Tradition (Art. 922 Abs. 1 i.f. ZGB, Verschaffung der Mittel zum Besitz, z.B. Schlüssel). Formen der Traditionssurrogate: Longa manu traditio (Art. 922 Abs. 2 ZGB), brevi manu traditio (auch Besitzwandlung), Besitzeskonstitut (Art. 924 Abs. 1 ZGB) und Besitzeinweisung (Art. 924 Abs. 2 ZGB). Vgl. zum Ganzen REY (2007), N 1712 ff.

²⁷⁵ Z.B. für Namenaktien (Ordrepapiere): Art. 967 Abs. 2 und 968 OR i.V.m. Art. 1003 OR. Bei vinkulierten Namenaktien ist zusätzlich ein Verwaltungsratsbeschluss betreffend Eintragung im Aktienbuch verlangt (Art. 685c Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. 686 OR).

²⁷⁶ Art. 656 Abs. 1 ZGB. Der Grundstückskaufvertrag (d.h. das Verpflichtungsgeschäft) muss zudem öffentlich beurkundet werden (Art. 216 Abs. 1 OR und Art. 657 ZGB).

[deklaratorischer] Registereintrag für Marken²⁷⁷ und Patente²⁷⁸). Fehlt für einen Vermögenswert eine besondere Übertragungsform, muss die Verkäuferin durch geeignete Massnahmen dafür sorgen, dass das Eigentum auf den Erwerber übergeht²⁷⁹. Dies trifft namentlich auf die Übertragung der Firma²⁸⁰, des Goodwills aber auch der Chancen auf Geschäftsabschlüsse zu. Mit Ausnahme der Miet- und Arbeitsverträge²⁸¹ verbleiben Verträge mit Drittparteien beim Veräusserer. Sollen gewisse Verträge übergehen, ist grundsätzlich die Zustimmung der Drittpartei einzuholen²⁸². Wichtig ist daher, den Vollzug gut zu orchestrieren und

²⁷⁷ Art. 17 Abs. 2 und 4 MSchG.

²⁷⁸ Art. 33 Abs. 2^{bis} - 4 PatG.

²⁷⁹ BAUMGARTNER (1987), S. 167.

²⁸⁰ Bezüglich der Übertragung der Firma gilt es gewisse Besonderheiten zu beachten. Gemäss Art. 953 Abs. 2 OR darf der Erwerber eines Betriebs (nur) mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung der früheren Inhaberin des Betriebs die bisherige Firma weiterführen. Dies gilt auch bei einer Betriebsübernahme im Rahmen eines Konkurs- (BGE 52 II 276 Erw. 2; HIs, in: BK OR (1940), N 13 zu Art. 953; ALTENPOHL, in: BSK OR-II (2016), N 2 zu Art. 953) oder eines anderen Insolvenzverfahrens (gemäss BGE 52 II 276 Erw. 2 ist Art. 874 aOR [entspricht dem heutigen Art. 953 OR] „applicable à tous les modes possibles de succession“). Die bisherige Inhaberin des Betriebs (der Klarheit halber sei erwähnt, dass es sich dabei um eine AG handelte) darf die Zustimmung nach der hier vertretenen Ansicht nur verweigern, falls der Familienname eines Aktionärs oder Verwaltungsrats in der Firma enthalten ist (wohl gl. M. BAUMGARTNER (1987), S. 177 ff.; a.A. (Verweigerung stets zulässig) HIs, in: BK OR (1940), N 23 zu Art. 953 und ALTENPOHL, in: BSK OR-II (2016), N 8 zu Art. 953). Ist der Familienname nicht in der Firma enthalten, darf von einer stillschweigenden Zustimmung zur Weiterführung der Firma ausgegangen werden (BAUMGARTNER (1987), S. 179 f.). Das Nachlassliquidationsverfahren von Swissmetal Industries AG ist ein gutes Beispiel aus der Praxis betreffend den Weitergebrauch der Firma nach einem Betriebsverkauf in einem Insolvenzverfahren. Die Erwerberin des Betriebs der Swissmetal Industries AG (und der Marke Swissmetal), die Schweizer Tochtergesellschaft der chinesischen Baoshida Holding Group Co. Ltd., nennt sich heute Baoshida Swissmetal AG. Zur Vermeidung von Verwechslungen wurde die Swissmetal Industries AG in *Weidenareal Metall AG* umbenannt (vgl. die Medienmitteilung des Sachwalters der Swissmetal Industries SA vom 14. Februar 2013 unter <http://www.liquidator-weidenareal.ch/uploads/media/SMI_Mitteilung_14.02.2013_d.pdf> [zuletzt besucht am 18. Dezember 2016]. Aus dem gleichen Grund firmierte auch die Mutter der Swissmetal Industries AG, die Swissmetal Holding AG, anlässlich deren ordentlicher Generalversammlung vom 28. Juni 2012, um. Sie nennt sich nun *Swmtl Holding AG in Liquidation* und ist unter dieser Firma nach wie vor an der Börse kotiert (vgl. Publikation im SHAB Nr. 130 vom 6. Juli 2012 sowie die Einladung zur Generalversammlung unter <http://www.swmtl.net/fileadmin/user_upload/releases/SHAB_78612_Swissmetal_Industries_SA_FINAL.pdf> [zuletzt besucht am 18. Dezember 2016].

²⁸¹ Art. 263 und 333 OR, wobei Letzterer allerdings in Insolvenzverfahren nicht zur Anwendung kommt (vgl. zur Übertragung von Arbeitsverhältnissen in Insolvenzverfahren Art. 333b OR und hinten N 140 ff.).

²⁸² TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 94 ff.

die Vornahme der einzelnen Übertragungshandlungen schriftlich festzuhalten²⁸³.

2. Asset Deal nach Art. 181 OR

Art. 181 OR ermöglicht die Globalübernahme der Passiven und regelt die weiterbestehende Solidarhaftung, enthält jedoch keine Bestimmung betreffend die Aktiven²⁸⁴. Es handelt sich folglich lediglich um eine spezielle Ausgestaltung der externen Schuldübernahme gemäss Art. 176 ff. OR, welche die Zustimmung der Gläubiger nicht voraussetzt²⁸⁵. Die Aktiven werden beim Asset Deal nach Art. 181 OR wie beim klassischen Asset Deal nach OR einzeln unter Einhaltung der jeweiligen Formvorschriften übertragen. 108

Mit Inkraftsetzung des FusG am 1. Juli 2004 wurde gleichzeitig der Anwendungsbereich von Art. 181 OR erheblich reduziert. Sämtliche im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften können ihre Passiven nicht mehr nach Art. 181 OR übertragen, weil der Passiven- (und Aktiven)übergang in diesen Fällen zwingend²⁸⁶ mittels Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG und damit mittels Universalsukzession zu erfolgen hat²⁸⁷. Trotz des klaren Wortlauts von Art. 181 Abs. 4 OR und der Botschaft²⁸⁸, lässt die herrschende Lehre²⁸⁹ und die Praxis²⁹⁰ jedoch die Übertragung von Aktiven und Passiven mittels Singularsukzession (und damit den Asset Deal nach OR) weiterhin zu. Ausgeschlossen ist hingegen jede Übertragung der Passiven nach Art. 181 OR, wenn gleichzeitig die Aktiven nach FusG²⁹¹ oder mittels Singularsukzession²⁹² übergehen sollen. 109

²⁸³ Beim Share Deal hingegen beschränkt sich das Verfügungsgeschäft auf die Übertragung der Aktien nach den je nach ihrer Art (Inhaber- oder Namenaktien, Verbriefung als Wertpapier oder nicht, bei Namenaktien: Vinkulierung oder nicht) erforderlichen Übertragungshandlungen (Übergabe, Zession, Eintrag im Aktienbuch) und ist damit deutlich weniger kompliziert als beim Asset Deal (vgl. TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 60 ff.).

²⁸⁴ Art. 181 Abs. 2 OR.

²⁸⁵ TSCHÄNI, in: BSK OR-I (2015), N 2 zu Art. 181.

²⁸⁶ Botschaft FusG (2000), S. 4492.

²⁸⁷ Art. 181 Abs. 4 OR.

²⁸⁸ Botschaft FusG (2000), S. 4492.

²⁸⁹ TSCHÄNI, in: BSK OR-I (2015), N 6 zu Art. 181; TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 85 f.; TSCHÄNI (2007), S. 175; MALACRIDA, in: BSK FUSG (2015), N 13 zu Art. 69; BERETTA, in: ZK FUSG (2012), N 37 zu Vor Art. 69-77; BÖCKLI (2009), § 3 N 373b; BINDER (2007), S. 126; a.A. FISCHER (2007), S. 31 f. und VISCHER (2010), S. 143 f.

²⁹⁰ HANDELSREGISTERAMT DES KANTONS ZÜRICH (2012), S. 11.

²⁹¹ In diesem Fall sind auch die Passiven nach FusG zu übertragen.

²⁹² In diesem Fall sind die Passiven nach Art. 175 ff. OR einzeln zu übertragen.

- 110 Praktisch kommt Art. 181 OR folglich nur noch bei veräussernden natürlichen Personen, Einzelfirmen, Vereinen und einfachen Gesellschaften, welche nicht im Handelsregister eingetragen sind resp. sich nicht eintragen können, zur Anwendung. Irrelevant ist die Rechtsform des Erwerbers²⁹³.

B. Öffentlichrechtliche Asset Deals

- 111 Das SchKG kennt in der Generalexekution zwei grundsätzliche Verwertungsarten, die öffentliche Steigerung gemäss Art. 257 ff. SchKG sowie den Freihandverkauf gemäss Art. 256 SchKG²⁹⁴. Beide können entweder einen Asset oder einen Share Deal zum Gegenstand haben und gelten nach mittlerweile unstrittiger Ansicht als öffentlichrechtliche Verfügungen²⁹⁵.

1. Öffentliche Steigerung

- 112 Die öffentliche Steigerung ist die typische Verwertungsart im Konkursverfahren. Möglichst viele Interessenten sollen sich gegenseitig mit höheren Angeboten überbieten, um einen möglichst hohen Erlös zu erzielen.
- 113 Bei der öffentlichen Steigerung bildet der Zuschlag gemäss Art. 258 SchKG sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft. Mit dem Zuschlag erwirbt der Erwerber das Eigentum am Steigerungsgegenstand, hier von Interesse an den verschiedenen Aktiven des Betriebs. Die beim Asset Deal nach OR erforderlichen Übertragungshandlungen wie Zession, Übergabe und Grundbucheintrag sind zwar ebenso vorzunehmen, doch kommt ihnen lediglich deklaratorischer Charakter zu²⁹⁶.

2. Freihandverkauf

- 114 Beim freihändigen Verkauf wird mit einem oder verschiedenen Interessenten eine individuelle Vereinbarung betreffend den Erwerb von Vermögenswerten

²⁹³ Botschaft FusG (2000), S. 4492.

²⁹⁴ Auch die Abtretung von Rechtsansprüchen gemäss Art. 260 SchKG ist eine mögliche Verwertungsart. Zur Frage ob auch ein Vergleich mit dem Drittschuldner bezüglich eines Aktivpostens als öffentlichrechtliche Verwertungshandlung zu qualifizieren ist, vgl. LORANDI (2014b), S. 411 f. (verneinend) und BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 12 und N 31 zu Art. 256 (bejahend).

²⁹⁵ Vgl. hinten N 176 f.

²⁹⁶ VISCHER (2002), S. 159; BAUMGARTNER (1987), S. 168. Vgl. zur öffentlichen Steigerung im Detail hinten N 181 ff.

ausgehandelt (sog. Freihandverkaufsverfügung). Sobald die Freihandverkaufsverfügung in Rechtskraft erwächst, geht das Eigentum am Betrieb auf den Erwerber über²⁹⁷. Die Freihandverkaufsverfügung ist damit gleichzeitig Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft²⁹⁸.

III. Drittes Kriterium: Mit oder ohne Gläubigerschädigung

In der Mehrheit der Insolvenzverfahren tragen die Gläubiger einen mehr oder weniger grossen Teil des Schadens; sie haben entsprechend Anspruch auf eine angemessene Beteiligung am Verfahren des Betriebsverkaufs, welcher oftmals die einzige oder mindestens die zentrale Verwertungshandlung darstellt. Ohne anderslautenden Hinweis wird in dieser Arbeit stets davon ausgegangen, dass die Gläubiger zu Schaden kommen²⁹⁹. 115

Sofern die Gläubiger vollständig und fristgerecht befriedigt werden, sind sie vom Betriebsverkauf nicht negativ tangiert. In diesem Idealfall kann ein Betriebsverkauf ohne Einbezug der Gläubiger vorgenommen werden. Dies ist insbesondere beim Betriebsverkauf während der Stundung denkbar. Entsprechend wird dort (aber nur dort) unterschieden zwischen dem Betriebsverkauf mit und ohne Gläubigerschädigung³⁰⁰. 116

²⁹⁷ BGE 128 III 104 Erw. 2 und 3; FOEX, in: CR LP (2005), N 20 zu Art. 256; AMONN / WALTHER (2013), § 28 N 75 und 79; BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 25 zu Art. 256; VISCHER (2002), S. 159; dieser Ansicht schon vor BGE 128 III 104: LORANDI (1993), S. 109 ff.

²⁹⁸ Vgl. zum Freihandverkauf im Detail hinten N 194 ff.

²⁹⁹ Gläubigerschädigung wird vermutet beim Konkurs, beim ordentlichen Nachlassvertrag sowie beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

³⁰⁰ Vgl. hinten N 602 ff., 700 ff., insbesondere 704 ff. und 709 ff.

Zweiter Teil:

Betriebsverkauf im Rahmen eines
Konkursverfahrens

Kapitel 1 : Allgemeines

I. Einstweilige Weiterführung des Betriebs zwecks anschliessendem Verkauf

A. Allgemeines

1. Grundsatz: Schliessung des Betriebs

Mit der Konkursöffnung ändert sich der Zweck der Schuldnerin; sie soll nicht mehr als Gesellschaft weitergeführt, sondern im Rahmen eines Konkursverfahrens liquidiert werden. Die Organe der Schuldnerin können nicht mehr über das Vermögen der Schuldnerin verfügen³⁰¹. Regelmässig stellt daher das zuständige Konkursamt unmittelbar nach der Konkursöffnung den schuldnerischen Betrieb ein, informiert etwaige Mitarbeiter und kündigt vorsorglich laufende Verträge, vorab Arbeits- und Mietverträge³⁰². Der Verkauf des operativen Betriebs mit Übernahme von Arbeitsverhältnissen und laufenden Aufträgen ist bei diesem Vorgehen schon nach wenigen Tagen oder Wochen kaum mehr denkbar³⁰³. 117

2. Ausnahme: Einstweilige Weiterführung des Betriebs

Im Moment der Konkursöffnung werden die Gläubiger wirtschaftlich Eigentümer der Schuldnerin und ihres Betriebs. Eine einstweilige Weiterführung des Betriebs nach Konkursöffnung muss entsprechend aus Sicht der Gläubiger vorteilhaft sein, m.a.W. muss für die Gläubigersamtheit dank der einstweiligen Betriebsweiterführung eine höhere Konkursdividende resultieren³⁰⁴. Nicht relevant sind etwa die Interessen der Arbeitnehmer oder der Allgemeinheit am 118

³⁰¹ Art. 204 Abs. 1 SchKG.

³⁰² Art. 223 SchKG.

³⁰³ WÜTHRICH (1998), S. 49 f.; VISCHER (2002), S. 151 f.; DE COULON (2008), S. 208; JEANNERET (2010), S. 161.

³⁰⁴ DE COULON (2008), S. 207.

Erhalt von Arbeitsplätzen³⁰⁵. Ob die Weiterführung im Interesse der Gläubiger sein wird, ist letztlich eine betriebswirtschaftliche Frage und bei Konkurseröffnung regelmässig schwer abschätzbar.

- 119 Nichtsdestotrotz ist es einleuchtend, dass ein laufender Betrieb unter Erhalt von Know-how (insbesondere der Arbeitnehmer), Goodwill, Immaterialgüterrechten usw. mehr Wert haben kann (aber keineswegs muss) als der Erlös aus einer Liquidation aller Einzelteile. Insbesondere das Know-how der Arbeitnehmer und der Goodwill lassen sich nicht einzeln liquidieren. Freilich kommen in der Praxis einstweilige Betriebsweiterführungen und anschliessende Veräusserungen im Konkursverfahren selten vor³⁰⁶.
- 120 Eine einstweilige Betriebsfortführung kann insbesondere vorteilhaft sein, wenn, *erstens*, ein Verkauf des operativen Betriebs im Verlauf des Konkursverfahrens realistisch scheint und, *zweitens*, sich eine Einstellung des operativen Betriebs (bis zum Vollzug des Verkaufs) nachteilig auf den Verkaufserlös auswirken würde. Die erwarteten (Gesamt-)Kosten der Betriebsweiterführung müssen in einem angemessenen Verhältnis zum Nettomindererlös, der ohne Weiterführung des Betriebs mutmasslich resultieren würde, stehen³⁰⁷. In aller Regel ist freilich schon eine relativ kurze Betriebseinstellung hinderlich, da sich der Verkauf erfahrungsgemäss schwieriger gestaltet, je länger der Betrieb eingestellt war³⁰⁸. Als Richtwert für das Verhältnis zwischen anfallenden Kosten und budgetiertem Mehrerlös können die für die Dringlichkeit beim Notverkauf anwendbaren 20 - 30 % herangezogen werden: Dank der Weiterführung des Betriebs sollte ein (netto) Mehrerlös von mindestens 20 - 30 % gegenüber dem erwarteten Erlös bei sofortiger Betriebseinstellung resultieren³⁰⁹.
- 121 Eine einstweilige (teilweise) Weiterführung des Betriebs kann sich auch aufdrängen, um angefangene Arbeiten zu beenden (etwa Fertigstellung von Eigentumswohnungen und Abschluss laufender Verkaufsverhandlungen). Auf diese Weise kommen der Konkursmasse zusätzliche Mittel zu und gleichzeitig werden Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung verhindert³¹⁰. Letztlich aber wird die Schuldnerin liquidiert (und nicht deren Betrieb veräussert), weshalb

³⁰⁵ MEIER (2003), S. 6 f.

³⁰⁶ DE COULON (2008), S. 215; MEIER (2003), S. 1.

³⁰⁷ Vgl. Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève du 23 octobre 2006 DCSO/609/06 Erw. 4.b.; DE COULON (2008), S. 208.

³⁰⁸ BAUMGARTNER (1988), S. 244; SCHAFFNER (1995), S. 493; FEUZ (1998), S. 14; vgl. auch FN 1094.

³⁰⁹ Vgl. hinten N 314 ff.

³¹⁰ BAUMGARTNER (1988), S. 244; BAUMGARTNER (1987), S. 117 f.

auf diese Art der Betriebsweiterführung, auch Sicherungsweiterführung genannt, nicht weiter eingegangen wird³¹¹.

3. Zuständigkeit

Der Entscheid betreffend die Schliessung oder die einstweilige Weiterführung eines Betriebs muss möglichst rasch nach Konkurseröffnung getroffen werden. Zu diesem Zeitpunkt ist noch keine (amtliche oder ausseramtliche) Konkursverwaltung bestellt, weshalb die Entscheidkompetenz beim zuständigen Konkursamt liegt³¹². Bei der Entscheidungsfindung stellen sich vorab betriebswirtschaftliche Fragen; nicht selten sind Branchenkenntnisse vonnöten. Das Konkursamt ist entsprechend gehalten, Fachpersonen beizuziehen, welche über die verlangten Kenntnisse verfügen³¹³. 122

Im ordentlichen Verfahren kann das Konkursamt die Weiterführung längstens bis zur ersten Gläubigerversammlung anordnen; für die Zeit danach sind die Gläubiger zuständig³¹⁴. Im summarischen Verfahren gibt es mangels Gläubigerversammlung keine solche Schranke. Die Dauer der Weiterführung ist unter Berücksichtigung der Gläubigerinteressen festzulegen. 123

Die Betriebsweiterführung kann entweder auf Rechnung der Konkursmasse oder eines Dritten erfolgen. Diese beiden Varianten sind nachfolgend dargestellt. 124

B. Weiterführung auf Rechnung der Konkursmasse

1. Mögliche „Betriebsweiterführer“

Mögliche Personen, welche den Betrieb namens und auf Rechnung der Konkursmasse weiterführen, sind das bisherige Management oder spezialisierte 125

³¹¹ Vgl. dazu im Detail MEIER (2003), S. 25 ff. sowie KNUPP (1988), S. 5 ff.

³¹² Zur Vorbereitung einer Betriebsweiterführung resp. eines Betriebsverkaufs nach Konkurseröffnung gehen die Organe der Schuldnerin nicht selten bereits vor der Bilanzdeponierung auf das zuständige Konkursamt zu (so geschehen etwa im Fall, der dem Urteil des Bundesgerichts 4C.193/2004 vom 30. Juli 2004 zugrunde liegt). MEIER (2003), S. 13, weist darauf hin, dass Absprachen zwischen der Schuldnerin und dem Konkursamt vor Konkurseröffnung rechtlich problematisch sind. Insbesondere könnten Ratschläge des Konkursamts betreffend das weitere Vorgehen als Zusicherungen des Konkursamts gelten und allenfalls eine Staatshaftung nach Art. 5 SchKG begründen. Vgl. auch FEUZ (1998), S. 15.

³¹³ MEIER (2003), S. 11 f.

³¹⁴ Art. 238 Abs. 1 SchKG. Vgl. vorne N 39.

Dritte, etwa Turnaround Manager, Unternehmensberater oder Anwälte. Es dürfte sich damit stets um Private und nicht um ein öffentliches Amt handeln.

- 126 Eine Weiterführung durch das bisherige Management (oder einen Teil davon) hat den Vorteil, dass es den Betrieb bereits kennt und keine Ressourcen für die Transition benötigt werden. Das Management kann zudem einen besonderen Anreiz haben, den Betrieb - im Hinblick auf eine mögliche Anstellung unter der neuen Eigentümerschaft - erfolgreich weiterzuführen. Allerdings ist die Schuldnerin unter dem bestehenden Management gescheitert - je nach Ursache sind daher bereits für die einstweilige Weiterführung neue, nicht vorbefasste Personen gefragt.

2. Betriebsweiterführungsvertrag

- 127 Das Konkursamt schliesst namens der Konkursmasse mit einem oder mehreren der eben genannten Personen einen Betriebsweiterführungsvertrag ab. Die Weiterführer werden für ihre Leistungen aus der Konkursmasse entschädigt; ihre Forderungen sind Massaforderungen i.S.v. Art. 262 Abs. 1 SchKG.
- 128 Der Zweck des Betriebsweiterführungsvertrags ist die einstweilige Weiterführung des Betriebs im Hinblick auf dessen Verkauf im Rahmen des (laufenden) Konkursverfahrens an einen bereits bekannten oder noch unbekannten Dritten. Mit dem Abschluss des Betriebsweiterführungsvertrags wird der spätere Verkauf vorbereitet resp. durch die Verhinderung einer längeren Betriebseinstellung gerade erst ermöglicht; jedoch geht damit noch keine faktische Übertragung und damit Verwertung des Betriebs einher. Die Betriebsweiterführung gehört damit zu den sog. administrativen Hilfstätigkeiten des Staates³¹⁵. Der Betriebsweiterführungsvertrag gilt entsprechend als privatrechtlicher Vertrag³¹⁶.
- 129 Führt das bisherige Management den Betrieb weiter, gilt der Abschluss des Betriebsweiterführungsvertrags in der Regel als Eintritt in den bestehenden Arbeitsvertrag gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG, was nach neuem Recht aus Sicht der Konkursmasse allerdings unproblematisch ist³¹⁷. Übernimmt ein Dritter die Weiterführung, wird der Vertrag i.d.R. vor allem Elemente des Auftrags beinhalten.
- 130 Im Betriebsweiterführungsvertrag wird dem oder den Weiterführern vom Konkursamt die einstweilige Weiterführung des Betriebs ermöglicht, insbesondere

³¹⁵ Vgl. dazu HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2016), § 19 N 1384 f. und LORANDI (1993), S. 44.

³¹⁶ A.A. MEIER (2003), S. 15.

³¹⁷ Selbst wenn der Abschluss des Betriebsweiterführungsvertrags als Vertragseintritt gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG gilt, entstehen nur für erbrachte Leistungen nach dem Vertragseintritt Massaverbindlichkeiten i.S.v. Art. 262 Abs. 1 SchKG.

durch Gewährung von Zugang zum Betrieb und Erlaubnis zum Gebrauch der Maschinen, Geschäftsunterlagen, Immaterialgüterrechte und Weiterbeschäftigung gewisser oder sämtlicher Arbeitnehmer. Die Betriebsweiterführung ist zeitlich beschränkt und nicht auf Dauer ausgerichtet; entsprechend sind Bestimmungen betreffend die Beendigung des Vertragsverhältnisses zu integrieren³¹⁸.

3. Eintritt in laufende Verträge

Zur Weiterführung des Betriebs ist in aller Regel die Weiterbeschäftigung zumindest eines Teils der Arbeitnehmer sowie Zugang zu und Nutzung der Räumlichkeiten erforderlich. Nach neuem Recht ist die einstweilige Weiterbeschäftigung aller oder einzelner Arbeitnehmer aus Sicht der Konkursmasse unproblematisch, weil trotz Weiterbeschäftigung (welche zweifelsohne als Vertragseintritt gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG gilt) für die Ansprüche vor Konkurseröffnung keine Masseverbindlichkeiten entstehen³¹⁹. Das Konkursamt kann damit bisherige Arbeitnehmer auf Voll- oder Teilzeitbasis weiterbeschäftigen, wobei einzig für geleistete Arbeit nach Vertragseintritt Lohnansprüche entstehen. Gleich verhält es sich bezüglich der Mietverträge. Das Konkursamt kann entscheiden, in sämtliche oder gewisse Mietverhältnisse vollständig oder nur in gewissem Umfang (etwa nur ein statt bisher zwei Stockwerke) einzutreten. Dem Vermieter stehen einzig im Umfang der nach Vertragseintritt beanspruchten Leistungen Massverbindlichkeiten zu³²⁰.

131

4. Fazit

Die einstweilige Betriebsweiterführung auf Rechnung der Konkursmasse ist insbesondere vorteilhaft, wenn bis zum Verkauf eine neutrale, den späteren Verkauf nicht vorwegnehmende Weiterführung des Betriebs gesucht ist. Dies kann insbesondere der Fall sein, wenn mehrere potentielle Erwerber Interesse bekundet haben, der Verkaufsprozess aber (u.U. gerade wegen der diversen Interessen) eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt.

132

³¹⁸ MEIER (2003), S. 13 ff.

³¹⁹ Art. 211a Abs. 2 SchKG.

³²⁰ Art. 211a Abs. 2 SchKG. Dem Vermieter ist natürlich unbelassen, das Mietverhältnis infolge Konkurs des Mieters zu kündigen, sofern dies im Mietvertrag vorgesehen ist (LORANDI (1998), S. 5). Sodann steht ihm das Retentionsrecht gemäss Art. 268 ff. OR zu.

C. Weiterführung auf Rechnung eines Dritten

1. Mögliche „Betriebsweiterführer“

- 133 Möglicher Betriebsweiterführer ist vorab der voraussichtliche spätere Erwerber. Dabei kann es sich um das bisherige Management, einen Konkurrenten oder auch um einen Investoren handeln³²¹.

2. Betriebsweiterführungsvertrag

- 134 Im Unterschied zum Betriebsweiterführungsvertrag auf Rechnung der Konkursmasse handelt der hier behandelte Betriebsweiterführer auf eigene Rechnung. Er erhält keine Entschädigung für seine Leistung, sondern bezahlt der Konkursmasse ein Entgelt (eine Pauschale oder einen monatlichen Zins) für die einstweilige Weiterführung des Betriebs. Faktisch geht mit der Überlassung des Betriebs zur einstweiligen Weiterführung oftmals eine fast schon irreversible Betriebsübertragung einher, da sich der Weiterführer bereits auf dem Markt positioniert sowie neue Miet-, Arbeits- und andere Verträge eingeht³²².
- 135 Aufgrund der weitergehenden Bedeutung dieser Betriebsweiterführung, welche oft bereits die faktische Verwertung darstellt, handelt es sich bei diesem Betriebsweiterführungsvertrag gemäss MEIER um einen öffentlichrechtlichen Vertrag³²³. Gemäss BAUMGARTNER hingegen liegt bei der einstweiligen Betriebsweiterführung auf Rechnung eines Dritten ein Pachtvertrag nach OR vor³²⁴. M.E. ist der Vertrag jedenfalls privatrechtlicher Natur, da ja gerade verhindert werden will, dass damit bereits eine (faktische) öffentlichrechtliche Verwertung einhergeht.
- 136 Unabhängig von der Qualifikation wird der Vertragspartei vom Konkursamt die einstweilige Weiterführung des Betriebs ermöglicht, was wiederum die Gewährung von Zugang zum Betrieb und Erlaubnis zum Gebrauch der Maschinen, Geschäftsunterlagen, Immaterialgüterrechte und Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer etc. beinhaltet. Da auch diese Betriebsweiterführung nur einstweilig erfolgen soll (bis zur definitiven Übertragung an den Weiterführer oder aber

³²¹ Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève DCSO/647/06 du 9 novembre 2006 Erw. 3.a.

³²² MEIER (2003), S. 15.

³²³ MEIER (2003), S. 15.

³²⁴ BAUMGARTNER (1987), S. 158.

auch an einen Dritten), sind Bestimmungen betreffend die Rückgabe des Betriebs unerlässlich³²⁵.

3. Eintritt in laufende Verträge

Zum Eintritt in laufende Verträge kann grundsätzlich auf die Ausführungen betreffend Weiterführung auf Rechnung der Konkursmasse verwiesen werden³²⁶. Allerdings ist dem Betriebsweiterführer (vertraglich) zu untersagen, Verträge mit Drittparteien (wie etwa dem Vermieter) einzugehen, welche die Rückabwicklung verunmöglichen, sollte nicht er, sondern eine Drittpartei den Betrieb definitiv erwerben. Die Rückabwicklung darf durch den Weiterführer nicht verunmöglicht werden, indem er Tatsachen schafft³²⁷. 137

4. Fazit

Aus Sicht einiger Stakeholder des Betriebs, etwa der Arbeitnehmer, Lieferanten und Kunden mag diese Vorgehensweise vorteilhaft sein, weil schneller wieder auf einen scheinbaren Normalbetrieb umgestellt werden kann. Dies ist allerdings insofern täuschend, als der Weiterführer (noch) nicht Eigentümer des Betriebs ist. Für den Weiterführer mag es sodann interessanter sein, von Anfang an auf eigene Rechnung wirtschaften zu können. 138

Aus Sicht der Gläubiger - und deren Interessen sind im Konkursverfahren zentral - ist letztlich die Höhe der Konkursdividende entscheidend. Kann trotz oder dank der einstweiligen Weiterführung durch einen potentiellen Erwerber im Rahmen eines Not-, Dringlichkeitsverkaufs oder der ordentlichen Verwertung der Marktpreis erzielt werden (welcher aufgrund eines echten Auktionsverfahrens ermittelt wird), ist diese Art der Weiterführung auch im Interesse der Gläubiger. Kommt allerdings von vornherein nur ein einziger Erwerber in Betracht, sollte direkt eine definitive Übertragung - im Rahmen eines Notverkaufs möglichst noch vor dem Schuldenruf³²⁸ - angestrebt werden. 139

³²⁵ Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève DCSO/647/06 du 9 novembre 2006 Erw. 3.a.; MEIER (2003), S. 13 ff.

³²⁶ Vgl. vorne N 131 ff.

³²⁷ Vgl. die Kritik von MEIER betreffend der faktischen Diktierung des Kaufpreises durch den einstweiligen Betriebsweiterführer sowie dessen vorgeschlagene „Fairness-rule“ (MEIER (2003), S. 16 f.).

³²⁸ Vgl. zum Notverkauf vor dem Schuldenruf hinten N 303 ff.

II. Übergang der Arbeitsverhältnisse

A. Grundsätze

1. Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen

140 Lange Zeit war heftig umstritten, ob und inwiefern Art. 333 und 333a OR in Konkurs- und Nachlassverfahren anwendbar sind, d.h. ob und mit welchen Konsequenzen Arbeitsverhältnisse beim Erwerb eines Betriebs im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens zwingend von Gesetzes wegen mitübertragen werden³²⁹. Diese Fragestellung ist mit Inkrafttreten des neuen Art. 333b OR am 1. Januar 2014 obsolet geworden.

141 Gemäss Art. 333b OR findet beim Betriebsübergang während einer Stundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung kein automatischer Übergang irgendwelcher Arbeitsverhältnisse statt. Damit hat der Gesetzgeber ein grosses Hindernis für erfolgreiche Sanierungen beseitigt. Oftmals hat in der Vergangenheit die zwingende Übernahme sämtlicher Arbeitsverhältnisse einen Erwerber davon abgehalten, einen an sich sanierungswürdigen Betrieb tatsächlich zu erwerben. Ohnehin hat auch der zwingende Übergang der Arbeitsverhältnisse keine Arbeitsplatzsicherung bewirken können, da eine Entlassung der ungewollt übernommenen Mitarbeiter zulässig war³³⁰.

2. Keine Anwendung der Bestimmungen zur Massentlassung

142 Im Rahmen der jüngsten Sanierungsrechtsrevision hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Geltungsbereich der Bestimmungen über die Massentlassung (Art. 335d ff. OR) Eingang ins Gesetz gefunden. Gemäss Art. 335e Abs. 2 OR sind Art. 333d ff. OR bei Massentlassungen im Konkurs (entspricht der Rechtslage seit BGE 123 III 176) und bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht anwendbar. Den Bestimmungen zur Massentlassung, insbesondere den besonderen Konsultationspflichten, kommt nur noch beim

³²⁹ Vgl. Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6494 ff.; BGE 129 III 335; BGE 134 III 102; BGE 137 III 487; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. September 2003, publ. in: ZR 4004, Nr. 71, S. 276 ff.; Urteil der kantonalen Schiedskommission für Arbeitslosenversicherung des Kantons Basel Stadt vom 22. April 1999, publ. in: BLSchK 1999, S. 232 ff.

³³⁰ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6495.

Betriebsverkauf während der Stundung eine gewisse Bedeutung zu, weshalb dort darauf eingegangen wird³³¹.

3. Keine Sozialplanpflicht

Nach neuem Recht müssen Arbeitgeber mit mindestens 250 Mitarbeitern, welche beabsichtigen, innert 30 Tagen mindestens 30 Mitarbeitern aus betrieblichen Gründen zu kündigen, einen Sozialplan aufstellen (Art. 335h ff. OR). Diese Sozialplanpflicht besteht nun aber gerade nicht bei Massenentlassungen, die während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgen, sofern tatsächlich ein Nachlassvertrag zustande kommt³³². Folglich ist nur dann von Gesetzes wegen ein Sozialplan aufzustellen, wenn die Massentlassung während einer Stundung erfolgt, welche als reines Moratorium ohne Nachlassvertrag wieder aufgehoben werden sollte^{333,334}. Auch in diesem Fall dürfte aber nur selten ein Sozialplan notwendig sein³³⁵.

143

³³¹ Vgl. hinten N 680 ff.

³³² Art. 335k OR.

³³³ GL.M. BACHMANN (2014), S. 10; HUNKELER (2013), Rz 13; STAEHELIN (2013), S. 1740. A.A. STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 7 zu Art. 335g (Abschnitt zum neuen Sanierungsrecht), wonach während der bewilligten Stundung die Bestimmungen über den Sozialplan ohne Weiteres anwendbar sind sowie, das andere Extrem, GASSER (2014), S. 13, wonach die Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen im Rahmen eines Nachlassverfahrens nicht greift. Unklar FISCHER / TROST ANDREA (2014), Rz 18. Vgl. auch hinten N 693.

³³⁴ Folgt auf die Stundung die Konkurseröffnung (weil die Sanierung scheiterte), besteht keine Sozialplanpflicht, auch wenn dies der Wortlaut in Art. 335k i.f. OR („[...] das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird.“) vermuten lässt (schliesslich wird auch bei Konkurseröffnung kein Nachlassvertrag abgeschlossen). Einerseits wollte der Gesetzgeber gerade bei Konkursen keine Sozialplanpflicht (deshalb Art. 335k OR), andererseits besteht bei Konkurseröffnung auch keine Missbrauchsgefahr (LORANDI (2014a), S. 48). Abenteuerlich ist die Argumentation von BACHMANN (welche er selber verwirft), der Relativsatz in Art. 335k OR „das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird“ könnte allenfalls bedeuten, dass beim Nachlassvertrag im Konkurs keine Sozialplanpflicht besteht (BACHMANN (2014), S. 9).

³³⁵ Vgl. zur Sozialplanpflicht hinten N 693 ff.

B. Vertragliche Übernahme von Arbeitsverhältnissen

1. Vereinbarung zwischen Veräusserer und Erwerber

- 144 Der Erwerber wird regelmässig interessiert sein, einzelne oder seltener gar sämtliche Arbeitsverhältnisse zu übernehmen. Hierfür ist nunmehr eine spezielle Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräusserer (Konkursamt resp. Konkursverwaltung)³³⁶ notwendig. Der Erwerber übernimmt auch in Bezug auf die übernommenen Arbeitnehmer keine solidarische Haftung für vor dem Betriebsübergang aufgelaufene Forderungen aus dem jeweiligen Arbeitsverhältnis (Art. 333 Abs. 3 OR ist nicht anwendbar)³³⁷. Zwingend anwendbar sind hingegen die übrigen Bestimmungen des Art. 333 OR, so auch Abs. 1^{bis}, wonach ein auf die übergehenden Arbeitsverhältnisse anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag während maximal eines Jahres zu berücksichtigen ist. In jedem Fall steht dem betroffenen Arbeitnehmer frei, den Übergang abzulehnen³³⁸.
- 145 Entsprechend können der Erwerber und die Konkursverwaltung ohne weiteres vereinbaren, dass beispielsweise zwei Drittel der betroffenen Arbeitsverhältnisse (idealerweise unzweideutig spezifiziert³³⁹) auf den Erwerber übergehen und die verbleibenden Arbeitsverhältnisse nicht, wobei Letztere ordentlich gekündigt werden müssen (was rechtlich nunmehr zulässig ist). Folglich wird keine Gesetzesumgehung mehr vorliegen, wenn bestimmte Arbeitnehmer einzig mit der Begründung entlassen werden, der Erwerber wolle sie nicht übernehmen³⁴⁰. Die Übernahme eines (bedeutenden) Teils der Arbeitsverhältnisse wird die Position des Erwerbers bei den Verkaufsverhandlungen (insbesondere betreffend Preis) stärken, da dadurch bei der Konkursmasse weniger (zumal privilegierte) Verbindlichkeiten entstehen.

³³⁶ Veräusserer eines Betriebs im Konkurs ist die Konkursmasse. Für die Konkursmasse handelt das Konkursamt oder, je nach Verfahrensstadium, die Konkursverwaltung. Nachfolgend wird der Einfachheit halber einzig die Konkursverwaltung genannt.

³³⁷ Noch der der Botschaft zugrunde liegende Entwurf sah vor, dass - sofern es zum (freiwilligen) Übergang eines bestimmten Arbeitsverhältnisses kommt - der Erwerber auch für die Forderungen des betroffenen Arbeitnehmers vor dem Übergang solidarisch haftbar wird. Entsprechend wäre Art. 333 Abs. 3 OR anwendbar gewesen, was seit BGE 129 III 335 (vgl. Erw. 5.8) zumindest beim Betriebsverkauf aus der Konkursmasse nicht mehr der Fall war (Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6496).

³³⁸ Art. 333b 1. Satz i.f. OR.

³³⁹ Der Erwerber kann eine beliebige Auswahl treffen und folglich auch gerade ältere, teure oder kranke Arbeitnehmer nicht übernehmen (IANNI (2014), S. 59). Schranken ergeben sich (nur) aus der verbotenen Geschlechterdiskriminierung (VON KAENEL (2014), Rz 16).

³⁴⁰ So aber noch (unter altem Recht) explizit in BGE 136 III 552 Erw. 3.3 i.f.

Ein Erwerber wird vielleicht interessiert sein, gewisse Arbeitsverhältnisse nur zu schlechteren Bedingungen zu übernehmen. Aus dem Wortlaut von Art. 333b OR („[...] so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über [...]“) ergibt sich, dass die übernommenen Arbeitsverträge nicht verschlechtert werden dürfen³⁴¹; vorbehalten bleibt eine Vertragsanpassung unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist³⁴². M.a.W. kommt Art. 333 OR (ausgenommen Abs. 3) für die übernommenen Arbeitsverhältnisse zur Anwendung.

Wirtschaftlich liesse sich dasselbe Ziel (schlechtere Arbeitsbedingungen) erreichen, indem der Erwerber bewusst keine (oder wenige) Arbeitsverhältnisse übernimmt, den (oder einzelnen) nicht übernommenen Arbeitnehmern jedoch auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs Arbeitsverträge mit schlechteren Konditionen anbietet. Ein derartiges Vorgehen ist nicht zulässig und Art. 333 OR (wiederum mit Ausnahme der Solidarhaftung gemäss Abs. 3) auch auf die unabhängig von einer Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräusserer übernommenen Arbeitsverhältnisse anwendbar³⁴³.

Damit ist gleichzeitig gesagt, dass grundsätzlich die Weiterbeschäftigung gewisser Arbeitnehmer auch ohne Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräusserer möglich ist; dies zu verneinen käme - bei fehlender Vereinbarung zwischen Erwerber und Veräusserer - einem Arbeitsverbot von (u.U. langgedienten) Arbeitnehmern beim Erwerber gleich, was nicht gewollt sein kann. Vorausgesetzt ist freilich eine Vereinbarung zwischen Erwerber und Arbeitnehmer, welche (aus Sicht des Arbeitnehmers) insgesamt nicht schlechter ausfällt als jene bei der bisherigen Arbeitgeberin³⁴⁴.

2. Ablehnungsrecht der betroffenen Arbeitnehmer

In Bezug auf die Möglichkeit, die Modalitäten (Form, Adressat, Frist) und die Folgen der Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer hat sich mit der

³⁴¹ IANNI (2014), S. 56 ff.

³⁴² Vgl. zur Zulässigkeit einer Vertragsanpassung mit Lohnreduktion während des Arbeitsverhältnisses STAEHELIN, in: ZK OR (2006), N 44 zu Art. 322 und STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 5d und 5e zu Art. 341 OR sowie zur sog. Änderungskündigung STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 6 f. zu Art. 335.

³⁴³ Vgl. die überzeugende Begründung bei VON KAENEL (2014), Rz 17 f. und IANNI (2014), S. 56 ff.; ihnen folgend: PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 9 zu Art. 333b. A.A. wohl STAEHELIN (2014b), S. 66; STAEHELIN (2014a), S. 574 und FISCHER / TROST ANDREA (2014), Rz 4.

³⁴⁴ BRÜHWILER (2014), N 2 zu Art. 333b OR.

jüngsten Revision nichts geändert. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat der Arbeitnehmer seine Ablehnung innerhalb einiger Wochen³⁴⁵ ab Kenntnis des Betriebsübergangs, mithin bei frühzeitiger Information vor dem tatsächlichen Übergang, jedenfalls aber nachdem der Arbeitgeber seine Informations- und allenfalls Konsultationspflichten gemäss Art. 333a OR erfüllt hat³⁴⁶, zu erklären. Die Erklärung kann formfrei und an die Konkursverwaltung oder den Erwerber erfolgen³⁴⁷. Bei fristgerechter Ablehnung endet das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist, welche kürzer oder länger als die vertragliche Frist sein kann. Einen effektiven Übergang während der Restdauer der gesetzlichen Kündigungsfrist kann der Arbeitnehmer folglich nur verhindern, wenn er vor Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist³⁴⁸ vom geplanten Betriebsübergang Kenntnis nimmt. Ist ein Übergang unzumutbar, bleibt dem Arbeitnehmer immer noch die fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR³⁴⁹.

3. Relativ zwingender Charakter

- 150 Art. 333, 333a und 333b OR sind, mit Ausnahme von Art. 333 Abs. 3 OR, weder im Katalog der relativ noch der absolut zwingenden Bestimmungen von Art. 361 resp. 362 OR aufgeführt. Aus dem Schutzzweck ergibt sich jedoch, dass, nebst Art. 333 Abs. 3 OR, auch Art. 333 Abs. 1 und 1^{bis} sowie Art. 333a OR relativ zwingend sind, d.h. nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden können³⁵⁰. Der erste Satz von Art. 333b OR überlässt die Weiter-

³⁴⁵ BGE 137 V 463 Erw. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_616/2011 vom 21. März 2012 Erw. 3.3. Damit einverstanden wohl STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 11 zu Art. 333 OR, welche für eine dem konkreten Einzelfall angemessene Frist plädieren. A.A. PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 28 zu Art. 333, welche aus Gründen der Rechtssicherheit eine feste Frist von einem Monat für vernünftig halten; STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 13 zu Art. 333, wonach die Frist in Anlehnung an die Probezeit gemäss Art. 335b OR ebenfalls einen Monat betragen sollte; AUBERT, in: CR CO-I (2012), N 12 zu Art. 333 (ebenfalls für eine Monatsfrist); IANNI (2014), S. 61, wonach die Frist aufgrund der besonderen Dringlichkeit in Insolvenzverfahren maximal zwei Wochen betragen soll.

³⁴⁶ Erst dann wird der Arbeitnehmer sichere Kenntnis des Betriebsübergangs haben (Urteil des Bundesgerichts 4A_616/2011 vom 21. März 2012 Erw. 3.3.).

³⁴⁷ PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 26 f. zu Art. 333; STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 13 zu Art. 333; STAEHELIN (2014a), S. 570.

³⁴⁸ Art. 335a - c OR.

³⁴⁹ PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 32 zu Art. 333.

³⁵⁰ BGE 132 III 32 Erw. 4.2; REHBINDER / STÖCKLI, in: BK OR (2014), N 21 zu Art. 333 und N 1 zu Art. 333a; gemäss STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 23 zu Art. 333 ist auch Art. 333 Abs. 2 OR relativ zwingend.

geltung des Arbeitsverhältnisses dem Erwerber und dem Arbeitnehmer; diesbezüglich ist die Frage, ob der Bestimmung zwingender oder relativ zwingender Charakter zukommt, irrelevant. Hingegen muss der zweite Satz von Art. 333b OR relativ zwingend sein, weil ansonsten die sinngemässe Anwendung der (relativ zwingenden) Art. 333 Abs. 1^{bis} und 3 und Art. 333a OR ausgehebelt werden könnte und der vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutz ins Leere laufen würde³⁵¹. Nicht zielführend ist folglich die Argumentation, dass ein Arbeitgeber, der einen Übergang des Arbeitsverhältnisses verhindern kann (also kündigen kann), a maiore ad minus auch lediglich die Anwendung eines GAV ausschliessen oder einen Übergang unter (verschlechterten) Bedingungen vereinbaren kann. Eine derartige Interpretation von Art. 333b kann nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen³⁵².

Daraus folgt, dass beim Betriebsverkauf während eines Konkursverfahrens nicht zuungunsten der Arbeitnehmer von der sinngemässen Anwendung von Art. 333 Abs. 1, 1^{bis} und 2 und Art. 333a OR abgewichen werden darf, mithin Art. 333b als relativ zwingend zu betrachten ist.

151

C. Informations- und Konsultationsrechte (Art. 333a OR)

1. Allgemeines

a. Sinngemässe Anwendbarkeit während des Konkurses

Gemäss ausdrücklichem Verweis in Art. 333b OR gelten die in Art. 333a OR statuierten Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer beim Betriebsübergang während der Stundung, im Rahmen eines Konkurses oder Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung sinngemäss³⁵³. Auch diese Regelung bringt Klarheit und beendet einen langjährigen Theorienstreit, war doch - nicht

152

³⁵¹ BÄNI (2013), S. 101; REHBINDER / STÖCKLI, in: BK OR (2014), N 11 zu Art. 333b; PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 10 zu Art. 333b.

³⁵² Vgl. vorne N 147.

³⁵³ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich Informations- und Konsultationsrechte auch aus einem GAV oder einer Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer(-vertretung) ergeben können. Diese dürften jedoch selten über die im OR statuierten Rechte hinausgehen. Gleich verhält es sich bei den Informations- und Mitwirkungsrechten gemäss Art. 9 und 10 Mitwirkungsgesetz (vgl. zum Ganzen MEIER / EXNER (2004), S. 223 ff.).

überraschend - auch die Anwendung von Art. 333a OR in Insolvenzverfahren strittig³⁵⁴.

b. Zweck und Abgrenzung

- 153 Die Informations- und die Konsultationsrechte (resp. Pflichten, je nach Optik des Betrachters) sind scharf zu trennen. Die Arbeitnehmer sind - unabhängig von weiteren Voraussetzungen - bei jedem Betriebsübergang während eines Konkursverfahrens gemäss Art. 333b i.V.m. Art. 333a Abs. 1 OR zu informieren. Zusätzlich zur Information hat sie der Arbeitgeber gemäss Art. 333b i.V.m. Art. 333a Abs. 2 OR zu konsultieren, sofern der Betriebsübergang für die Mitarbeiter mit negativen Folgen verbunden ist (das Gesetz spricht von Massnahmen). Das Gesetz ist diesbezüglich etwas verwirrend. Die Konsultation ist keine Alternative zur Information, sondern beinhaltet eine vorgängige (qualifizierte) Information. Sind die Arbeitnehmer zu konsultieren, kann die Information entsprechend als erster Schritt im Rahmen des Konsultationsverfahrens betrachtet werden³⁵⁵.
- 154 Der Zweck der Information und ggf. Konsultation besteht darin, die Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, einen bewussten Entscheid für oder gegen den Verbleib im übergehenden Betrieb zu fällen³⁵⁶. Das Konsultationsverfahren soll den Mitarbeitern zudem ermöglichen, ähnlich wie bei der Massenentlassung, Vorschläge einzubringen, wie die beabsichtigten negativen Folgen für die Mitarbeiter vermieden, beschränkt oder gemildert werden können³⁵⁷.

c. Verpflichtete

- 155 Zu beachten ist, dass allein der veräussernde Arbeitgeber (mithin die Konkursverwaltung) informationspflichtig ist (dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 333a OR), der Konsultationspflicht jedoch derjenige Arbeitgeber untersteht, welcher entsprechende Massnahmen beabsichtigt. Dies kann auf die Konkursverwaltung, den Erwerber wie auch auf beide zutreffen³⁵⁸.

³⁵⁴ Vgl. MEIER / EXNER (2004), S. 216 sowie KASPER (2008), N 223 ff., je mit Hinweis auf die vertretenen Positionen.

³⁵⁵ Unklar m.E. auch die Verwandlung der Informations- zur Konsultationspflicht bei STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 6 1. Satz zu Art. 333a OR.

³⁵⁶ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 2 zu Art. 333a OR.

³⁵⁷ Vgl. Art. 335f Abs. 2 OR; MEIER / EXNER (2004), S. 219.

³⁵⁸ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 6 i.f. zu Art. 333a OR.

d. Berechtigte

Ein Entscheid für oder gegen den Verbleib im übergehenden Betrieb wird unter neuem Recht nicht mehr jedem Mitarbeiter offenstehen, da nunmehr, wie bereits ausgeführt, die Möglichkeit besteht, nur noch einzelne Arbeitnehmer zu übernehmen. Das Informationsverfahren ist deswegen aber keinesfalls auf die übernommenen (oder die nicht übernommenen) Mitarbeiter beschränkt. Dies ergibt sich nur schon daraus, dass die Konkursverwaltung, welche auf den Übergang keinen (oder nur einen beschränkten) Einfluss hat, informationspflichtig ist. 156

Anders verhält es sich in Bezug auf das Konsultationsverfahren. Dem Zweck des Konsultationsverfahrens entsprechend sind generell nur diejenigen Arbeitnehmer konsultationsberechtigt, welche von den beabsichtigten Massnahmen tatsächlich betroffen sind. Plant die Konkursverwaltung Massnahmen, sind davon regelmässig alle Mitarbeiter betroffen, vorab wohl jene, die nicht übergehen. Die Massnahmen des Erwerbers dürften dagegen oftmals nur die übergehenden (sowie die dort bereits angestellten) Mitarbeiter betreffen³⁵⁹. 157

Sofern eine Arbeitnehmervertretung bestellt ist³⁶⁰, ist diese zu informieren resp. zu konsultieren. Die Mitarbeiter haben in diesem Fall keinen eigenen Anspruch auf Information resp. Konsultation³⁶¹. 158

e. Sanktionslosigkeit

Die Verletzung sowohl der Informations- als auch der Konsultationsrechte gemäss Art. 333a OR ist - im Unterschied zur Information und Konsultation gemäss Art. 335f OR bei einer Massenentlassung³⁶² - gesetzlich nicht sanktioniert³⁶³. Denkbar ist hingegen eine Schadenersatzklage wegen Verletzung des Arbeitsvertrags sowie eine Klage auf Erfüllung und Feststellung³⁶⁴. 159

³⁵⁹ VON KAENEL (2014), Rz 27.

³⁶⁰ Mitarbeiter in Betrieben mit mindestens 50 Mitarbeitern können eine oder mehrere Vertretungen bestellen. Auf Verlangen eines Fünftels der Mitarbeiter ist durch eine geheime Abstimmung festzustellen, ob die Mehrheit der Stimmenden sich für eine Arbeitnehmervertretung ausspricht. In Betrieben mit mehr als 500 Mitarbeitern ist die Abstimmung durchzuführen, wenn 100 von ihnen eine solche verlangen. Befürwortet die Mehrheit der Stimmenden eine Arbeitnehmervertretung, ist eine solche zu wählen (Art. 3 und 5 Mitwirkungsgesetz).

³⁶¹ PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 3 und 10 zu Art. 333a.

³⁶² Vgl. hinten N 686.

³⁶³ GASSER (2014), S. 12; IANNI (2014), S. 71.

³⁶⁴ MEIER / EXNER (2004), S. 225; KASPER (2008), N 246.

2. Information

a. Grund und Folgen des Übergangs

160 Das Gesetz sieht vor, dass der Arbeitgeber (die Konkursverwaltung) die Mitarbeiter rechtzeitig vor dem Vollzug des Betriebsübergangs mindestens über den Grund des Übergangs sowie die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die Arbeitnehmer zu informieren hat³⁶⁵. Die Arbeitnehmer haben auch Anspruch, dass Ihnen der geplante Zeitpunkt des Übergangs offengelegt wird³⁶⁶.

161 Der Grund des Übergangs dürfte beim Verkauf während eines Konkursverfahrens auf der Hand liegen, nämlich das Konkursverfahren selbst resp. die finanziellen Schwierigkeiten der Schuldnerin. Erklärungsbedarf besteht etwa bezüglich der Wahl des Erwerbers (sofern mehrere zur Verfügung standen) und eventuell auch betreffend dessen (Sanierungs-)Strategie. Da bei der reinen Information zwingend keine negativen (vorab wirtschaftlichen und sozialen) Folgen für die Arbeitnehmer verbunden sein werden (ansonsten eine Konsultation durchzuführen ist), beschränken sich die Erklärungen vorab auf die rechtlichen Folgen, insbesondere auf die Rechte der Mitarbeiter im Zusammenhang mit Art. 333 OR und einem u.U. anwendbaren GAV. Das Informationsrecht umfasst weiter ein Auskunftsrecht, mindestens wenn die Frage auf die in Art. 333a Abs. 1 OR aufgeführten Themengebiete abzielt³⁶⁷. Beim Teilverkauf sind die Mitarbeiter auch bezüglich der Folgen für den nicht übertragenen Betriebsteil (und dessen Mitarbeiter) zu informieren.

b. Zeitpunkt und konkrete Umsetzung

162 Die Information kann unmittelbar vor dem Vollzug, d.h. am selben Tag, durchgeführt werden. Erfolgt der Betriebsverkauf mittels Freihandverkauf, hat die Information nicht vor Erlass der Freihandverkaufsverfügung oder vor der Begrüssung der Gläubiger zwecks Abgabe eines Höhergebots gemäss Art. 256

³⁶⁵ Art. 333a Abs. 1 OR.

³⁶⁶ MEIER / EXNER (2004), S. 217, m.V.a. auf Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001.

³⁶⁷ PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 6 zu Art. 333a; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 4 zu Art. 333a OR.

Abs. 3 SchKG zu erfolgen³⁶⁸; daran nichts zu ändern vermag die Tatsache, dass den Vollzugshandlungen lediglich deklaratorischer Charakter zukommt³⁶⁹. Die Arbeitnehmer haben keinen Anspruch, bei der Entscheidungsfindung und Verhandlung einbezogen zu werden³⁷⁰.

Der Konkursverwaltung ist anheimgestellt, wie sie die Mitarbeiter informieren möchte. Aus Beweisgründen drängt sich oftmals ein kurzes Informationsschreiben an die Mitarbeiter auf. Unproblematisch ist, dass bei der schriftlichen Information etwaige Fragen der Mitarbeiter erst nach dem Vollzug beantwortet werden können. Die Konkursverwaltung kommt ihrer Informationspflicht schon mit der Zustellung des Schreibens nach³⁷¹.

163

3. Konsultation

a. Massnahmen, welche die Arbeitnehmer betreffen

Ein Konsultationsverfahren ist durchzuführen, sofern - die Konkursverwaltung oder der Erwerber - infolge des Betriebsübergangs Massnahmen beabsichtigen, welche die Arbeitnehmer betreffen³⁷². Solche Massnahmen sind etwa Kündigungen, Versetzungen, Umschulungen, Kurzarbeit, Lohnreduktionen, Bezahlung des Lohns in einer Fremdwährung, Verlängerung der Arbeitszeit, Änderung der Stundenpläne, Vertragsänderungen, Änderungen in der beruflichen Vorsorge etc³⁷³.

164

b. Einleitung des Konsultationsverfahrens durch Information

Sind derartige Massnahmen beabsichtigt, besteht für die Mitarbeiter ein weitergehendes, qualifiziertes Informationsbedürfnis. Das Konsultationsverfahren wird durch die entsprechende Information der Mitarbeiter eingeleitet. Auch bei der Information im Rahmen des Konsultationsverfahrens müssen Erläuterungen zum Grund des Übergangs und den rechtlichen Auswirkungen erfolgen, doch stehen die (veränderten) sozialen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen im

165

³⁶⁸ MEIER / EXNER (2004), S. 218. Gleich verhält es sich bei einem Betriebsverkauf mittels öffentlicher Steigerung: Die Information kann nach der öffentlichen Steigerung, aber muss vor dem Vollzug erfolgen.

³⁶⁹ Vgl. vorne N 111 ff.

³⁷⁰ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 5 zu Art. 333a OR.

³⁷¹ Vgl. zum Ganzen STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 4 zu Art. 333a OR.

³⁷² Art. 333a Abs. 2 OR.

³⁷³ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 6 zu Art. 333a OR; weitere Beispiele bei MEIER / EXNER (2004), S. 218.

Vordergrund. Mit anderen Worten müssen die „Massnahmen, welche die Arbeitnehmer betreffen“ im Detail erklärt werden. Sodann sind der Zeitplan der Transaktion und der vorgesehene Ablauf des mit der Information ausgelösten Konsultationsverfahrens zu erläutern.

c. Frist zur Unterbreitung von Vorschlägen

- 166 Insbesondere soll den Arbeitnehmern eine Frist angesetzt werden, binnen derer sie bezüglich der beabsichtigten Massnahmen Vorschläge einbringen können³⁷⁴. Die Länge der Frist ist in Abhängigkeit der Komplexität der Verhältnisse sowie der Dringlichkeit³⁷⁵ und der Schwere der beabsichtigten Massnahmen festzusetzen. Nicht relevant sein kann, ob die Vorschläge der Arbeitnehmer überhaupt berücksichtigt werden (können). 24 Stunden sind jedenfalls zu kurz³⁷⁶, ebenso fünf Tage (wobei ein Wochenende dazwischen lag)³⁷⁷, vier bis sechs Wochen sind zu lang³⁷⁸. Dazwischen wird ziemlich alles vertreten: drei bis fünf Arbeitstage³⁷⁹, drei bis fünf Tage bei einfachen Verhältnissen³⁸⁰, zehn Tage³⁸¹, mindestens zehn Tage, wobei maximal ein Wochenende enthalten sein darf³⁸², zwei Wochen im Minimum³⁸³, etwa zwei Wochen³⁸⁴, zwei Wochen in einem durchschnittlichen Fall³⁸⁵, in komplexen Verhältnissen 14 Tage³⁸⁶, zwei bis drei Wochen³⁸⁷.

³⁷⁴ Vgl. BGE 123 III 176 Erw. 4.b) für das (betreffend die hier behandelten Fragen identische) Konsultationsverfahren bei einer Massenentlassung.

³⁷⁵ BGE 123 III 176 Erw. 4.b); BGE 130 III 102 Erw. 4.3. Die dort entwickelten Grundsätze betreffend der Frist sind mutatis mutandis für das Konsultationsverfahren nach Art. 333a Abs. 2 OR anwendbar (MEIER / EXNER (2004), S. 219).

³⁷⁶ BGE 123 III 176 Erw. 4.c).

³⁷⁷ BGE 130 III 102 Erw. 4.3. i.f.

³⁷⁸ BGE 123 III 176 Erw. 4.c).

³⁷⁹ GEISER (2012), S. 99, mit dem Hinweis, dass dies in komplexen Fällen zu kurz sein kann.

³⁸⁰ MEIER / EXNER (2004), S. 219.

³⁸¹ MEIER / EXNER (2004), S. 219; WYLER / HEINZER (2014), S. 457.

³⁸² AUBERT, in: CR CO-I (2012), N 3 zu Art. 333a i.V.m. N 7 zu Art. 335f.

³⁸³ STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 8 zu Art. 333a OR.

³⁸⁴ REHBINDER / STÖCKLI, in: BK OR (2014), N 5 zu Art. 333a.

³⁸⁵ PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 13 zu Art. 333a.

³⁸⁶ MEIER / EXNER (2004), S. 219; WYLER / HEINZER (2014), S. 457.

³⁸⁷ STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 3 zu Art. 333a.

d. Auseinandersetzung mit den eingereichten Vorschlägen

Erst in einem zweiten Schritt, nach Ablauf der gesetzten Frist und Eingang der Vorschläge der Arbeitnehmer, folgt die eigentliche Konsultation, d.h. die Auseinandersetzung der Konkursverwaltung mit den seitens der Arbeitnehmer eingereichten Vorschlägen. Das Konsultationsverfahren ist auf eine Einigung der Arbeitnehmer mit der Konkursverwaltung ausgerichtet³⁸⁸, weshalb von der Konkursverwaltung zumindest verlangt werden kann, dass sie sich ernsthaft mit den Vorschlägen auseinandersetzt und eine etwaige Nichtbefolgung auch begründet³⁸⁹. Dies ist nur schon deshalb sachgerecht, weil sich die Konkursverwaltung nicht an die Vorschläge halten muss³⁹⁰. 167

e. Abschluss

Das gesamte Konsultationsverfahren dauert entsprechend nach Ablauf der den Arbeitnehmern gesetzten Frist noch einige (wenige) Tage. Die Konkursverwaltung muss genügend Zeit haben, die Vorschläge zu prüfen, eventuell zu verhandeln und eine Nichtbefolgung zu begründen³⁹¹. Das Konsultationsverfahren muss in jedem Fall gesamthaft abgeschlossen sein, bevor die Konkursverwaltung die entsprechenden Massnahmen verbindlich beschliesst³⁹². 168

Vor diesem Hintergrund ist beim Verkauf im Konkurs das Konsultationsverfahren mittels Information der Mitarbeiter und Ansetzung einer Frist zur Einreichung von Vorschlägen einzuleiten und komplett zu durchlaufen, *bevor* die Konkursverwaltung die Freihandverkaufsverfügung erlässt und die Gläubiger zur Abgabe eines Höhergebots gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG einlädt resp. bei der öffentlichen Steigerung die Steigerungsbedingungen zur Einsicht auflegt³⁹³. 169

4. Kritik und eigener Vorschlag

In der Lehre wird die nunmehr gesetzlich vorgeschriebene sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 333a OR im Konkursverfahren z.T. kritisiert. Einerseits 170

³⁸⁸ MÜLLER (1999), S. 230 ff.

³⁸⁹ PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 12 zu Art. 333a; MÜLLER (1999), S. 230 f.; MEIER / EXNER (2004), S. 219. A.M. STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 7 zu Art. 333a OR; KASPER (2008), N 215.

³⁹⁰ STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 3 zu Art. 333a.

³⁹¹ PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 14 zu Art. 333a.

³⁹² BGE 130 III 102 Erw. 4.2.

³⁹³ Die Steigerungsbedingungen sind mindestens zehn Tage vor der öffentlichen Steigerung zu jedermanns Einsicht aufzulegen (Art. 259 i.V.m. Art. 134 Abs. 2 SchKG).

wird bemängelt, dass infolge der oftmals grossen Dringlichkeit (Notverkauf) ein gehöriger Einbezug der Arbeitnehmer nicht möglich sei³⁹⁴. Andererseits fehle dem Arbeitgeber resp. der Konkursverwaltung die Verfügungsbefugnis, um etwaige Vorschläge überhaupt zu beachten. Zudem sei das Verfahren aufwändig und zeitintensiv³⁹⁵. Schliesslich seien die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer als Gläubiger im Konkursverfahren ohnehin gewahrt. Die Gläubigerrechte im Konkurs gingen über die Informations- und Konsultationsrechte nach Art. 333a OR hinaus, weshalb auf Letztere ersatzlos verzichtet werden könne³⁹⁶. Auch die Expertengruppe Nachlassverfahren hat aus dem letztgenannten Grund vorgeschlagen, Art. 333a OR im Konkurs nicht anzuwenden³⁹⁷, was jedoch in der Botschaft nicht übernommen wurde³⁹⁸.

- 171 GASSER ist daher der Meinung, Art. 333a OR soll möglichst „flexibel“ sinngemäss zur Anwendung kommen³⁹⁹. Gemäss VANDEBROEK könnten Unternehmen im übergeordneten Interesse versucht sein (was seiner Ansicht nach wohl zulässig wäre), die Konsultation hinauszuzögern oder ganz zu unterlassen⁴⁰⁰. IANNI schlägt eine differenzierte Lösung vor: Ihrer Ansicht nach kann die Konsultation dann unterbleiben, wenn sie vom bisherigen Arbeitgeber, mithin der Schuldnerin, vorzunehmen wäre (was der Fall ist, sofern sie die entsprechenden Massnahmen beabsichtigt⁴⁰¹), nicht aber wenn der Erwerber konsultationsverpflichtet ist. Eine gehörige Information sei immer geboten und auch praktikabel⁴⁰².
- 172 Auf der anderen Seite bringen MEIER / EXNER zu Recht vor, dass bei einer Betriebsweiterführung in aller Regel auch ein Spielraum besteht, in welchem Umfang und in welcher Form dies geschehen soll. Sie sind weiter der Ansicht, dass die Gläubigerrechte im Konkurs die Mitwirkungsrechte nach Art. 333a OR nicht zu kompensieren vermögen. Nach Ansicht dieser Autoren kann daher keinesfalls auf das Konsultationsverfahren verzichtet oder Letzteres zeitlich aufgeschoben werden⁴⁰³. Der Aufsatz von MEIER / EXNER datiert vom Jahr 2004

³⁹⁴ GASSER (2014), S. 11 f.; ähnlich VANDEBROEK (2014), S. 714 f.

³⁹⁵ IANNI (2014), S. 70 f.

³⁹⁶ So unter altem Recht GEISER (1997), S. 111 und 113 und KASPER (2008), N 245.

³⁹⁷ Bericht II der Expertengruppe Nachlassverfahren (2008), S. 23; Art. 333b Abs. 2 Vorentwurf OR (2008).

³⁹⁸ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6496.

³⁹⁹ GASSER (2014), S. 11 f.

⁴⁰⁰ VANDEBROEK (2014), S. 714 f.

⁴⁰¹ Vgl. vorne N 155.

⁴⁰² IANNI (2014), S. 71 ff.

⁴⁰³ MEIER / EXNER (2004), S. 215 f. und 220.

und erging damit noch unter altem Recht. Deren Hauptaussagen gelten allerdings nach wie vor resp. nach neuem Recht umso mehr, nachdem das Gesetz in deren Sinne angepasst worden ist. Ebenfalls für eine uneingeschränkte (sinngemässe) Anwendbarkeit von Art. 333a OR im Konkursverfahren treten VON KAENEL und WYLER / HEINZER ein⁴⁰⁴.

M.E. ist nicht zu verkennen, dass ein umfassendes Konsultationsverfahren nicht auf einen Betriebsverkauf im Konkurs zugeschnitten ist⁴⁰⁵. Andererseits wird eine absolute Unmöglichkeit der Konsultation selten eintreffen, zumal die seitens der Arbeitnehmer eingereichten Vorschläge nicht beachtet werden müssen. Das Problem bei der Umsetzung der Konsultation ist damit vielmehr zeitlicher als inhaltlicher Natur. Vor diesem Hintergrund ist die sinngemässe Anwendung von Art. 333 Abs. 2 OR im Konkurs nach der hier vertretenen Ansicht so zu verstehen, dass das Konsultationsverfahren in jedem Fall durchzuführen ist, allerdings - sofern sachlich gerechtfertigt - innert kürzerer Zeit. M.E. kann daher die den Arbeitnehmern gewährte Frist zur Einreichung von Vorschlägen u.U. bis auf 48 Stunden reduziert werden⁴⁰⁶. 173

Die Information gemäss Art. 333a Abs. 1 OR ist dagegen immer durchzuführen. Soweit ersichtlich ist dies unbestritten⁴⁰⁷. 174

III. Anfechtungsrisiken

Generell sind nur vor der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlungen paulianisch anfechtbar⁴⁰⁸. Die hier behandelten Betriebsverkäufe erfolgen jedoch stets im Anschluss an die Konkurseröffnung. Anfechtungsrisiken scheiden damit von vornherein aus. 175

⁴⁰⁴ VON KAENEL (2014), Rz 24 ff.; WYLER / HEINZER (2014), S. 458.

⁴⁰⁵ Dieser Meinung war bezüglich des (sehr ähnlichen) Konsultationsverfahrens bei einer Massenentlassung (Art. 335f OR) auch der Gesetzgeber. Bei einer Massenentlassung im Konkurs muss daher gerade kein Konsultationsverfahren durchgeführt werden (Art. 335e Abs. 2 OR).

⁴⁰⁶ Vgl. zur Fairness dieser Verkürzung auch hinten N 348 f.

⁴⁰⁷ Obwohl GASSER (2014), S. 11 f., die pauschale Anwendung der Mitwirkungsrechte kritisiert, meint er damit wohl vorab das Konsultationsverfahren gemäss Art. 333a Abs. 2 OR.

⁴⁰⁸ Art. 285 Abs. 1, 286 Abs. 1 und 288 Abs. 1 SchKG.

IV. Rechtsnatur und Modalitäten

A. Rechtsnatur

1. Öffentlich-rechtliche Zwangsvollstreckungshandlung

- 176 Einem Betriebsverkauf kommt - den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen entsprechend - öffentlichrechtliche Natur zuteil, wenn er von einem öffentlichen Organ gestützt auf eine öffentlichrechtliche Norm in Ausübung einer öffentlichen Aufgabe erlassen wird⁴⁰⁹. Jeder Betriebsverkauf im Rahmen eines Konkursverfahrens (öffentliches Organ: Konkursverwaltung; Grundlage: Art. 252 ff. SchKG; öffentliche Aufgabe: Abwicklung des Konkursverfahrens) gilt damit als öffentlichrechtliche Zwangsvollstreckungshandlung.
- 177 Der Betriebsverkauf kann im Rahmen einer öffentlichen Steigerung oder eines Freihandverkaufs abgewickelt werden⁴¹⁰. Während der Zuschlag bei der öffentlichen Steigerung seit jeher als öffentlichrechtliche Verfügung gilt⁴¹¹, gilt dies mittlerweile auch für den Freihandverkauf (womit auch die Qualifikation als verwaltungsrechtlicher Vertrag ausscheidet)^{412,413}.

2. Anwendbare Normen und relevante Interessen

- 178 Der Betriebsverkauf im Konkursverfahren stellt gewissermassen die Grundform sämtlicher Betriebsverkäufe in Insolvenzverfahren dar. So kommen diverse auf den öffentlichrechtlichen Betriebsverkauf anwendbare Normen auch

⁴⁰⁹ Vgl. vorne N 98.

⁴¹⁰ Art. 256 Abs. 1 SchKG.

⁴¹¹ BGE 38 I 312, S. 314; VISCHER (2002), S. 156; DEILLON-SCHEGG (2000), S. 90.

⁴¹² BGE 131 III 237 Erw. 2.2; BGE 128 III 104 Erw. 3.a); BGE 106 III 79 Erw. 4; STAEHELIN (2005), S. 398 ff.; AMONN / WALTHER (2013), § 26 N 22 und § 47 N 1; AMACKER / KÜNG, in: KUKO SCHKG (2014), N 8 zu Art. 256; RUOSS / GOLA, in: BSK OR-I (2015), N 11 zu Vorbemerkungen zu Art. 229 - 236; BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 16 zu Art. 256; POSSA (2003), S. 69 ff.; LORANDI (1993), S. 17 ff.; LORANDI (2000b), S. 847; HÄUSERMANN (1998), S. 3; Botschaft SchKG (1991), S. 236.

⁴¹³ Damit ist auch klar, dass der Freihandverkauf - trotz der unbestrittenen Nähe zum privatrechtlichen Vertrag - der Beschwerde unterliegt (Art. 132a Abs. 1 SchKG; BGE 106 III 79 Erw. 4.), der Zivilrichter also nicht angerufen werden kann (STAEHELIN (2005), S. 398) und keine privatrechtliche Gewährspflicht besteht (Art. 234 Abs. 1 OR; BGE 120 III 136 Erw. 2.).

auf die privatrechtlichen Betriebsverkäufe in Insolvenzverfahren analog zur Anwendung⁴¹⁴.

Beim Betriebsverkauf im Konkursverfahren sind die Bestimmungen im SchKG, insbesondere betreffend die Verwertung (Art. 252 ff. SchKG, aber auch Art. 122 ff. SchKG), und seine Nebenerlasse anwendbar. So gilt für die Konkursverwaltung und die Mitglieder des Gläubigerausschusses die Ausstandspflicht⁴¹⁵ und das Verbot, in eigener Sache Rechtsgeschäfte mit der Schuldnerin abzuschliessen⁴¹⁶. Weiter sind Protokollierungs- und Zustellungsbestimmungen des SchKG zu beachten⁴¹⁷. Vor allem im Zusammenhang mit dem im SchKG nur rudimentär geregelten Freihandverkauf trifft man in der Praxis oft auf Lücken, welche - je nach Natur der sich stellenden Frage - entweder in analoger Anwendung der Bestimmungen zur öffentliche Steigerung (etwa betreffend Zahlungsmodalitäten⁴¹⁸ und Eigentumsübergang) oder des OR, insbesondere des Kaufrechts (etwa betreffend die Mängelrüge bei besonderen Zusicherungen⁴¹⁹) zu füllen sind⁴²⁰.

Bei der Verwertung im Konkursverfahren sind die Interessen der Gläubigersamtheit an einer möglichst hohen (und rasch verfügbaren) Konkursdividende von primärer Bedeutung; gänzlich hintanstellen müssen die vom Betriebsverkauf ebenfalls betroffenen Interessen der Arbeitnehmer oder der Öffentlichkeit am Erhalt der Arbeitsstellen (sofern sie nicht gleichzeitig Gläubiger sind) oder der Lieferanten und Kunden am Erhalt ihrer Geschäftspartnerin⁴²¹. Nicht selten divergieren die Interessen einzelner Gläubiger von jenen der Gläubigersamtheit. Sofern diese Partikularinteressen dem Konkursverfahren nicht zweckfremd sind (zweckfremd wäre etwa die Einsprache gegen einen Betriebsverkauf, nur um einen Konkurrenten vom Markt fernzuhalten), sind sie ebenfalls angemessen zu berücksichtigen⁴²².

⁴¹⁴ Vgl. hinten N 704 ff.

⁴¹⁵ Art. 10 SchKG.

⁴¹⁶ Art. 11 SchKG.

⁴¹⁷ Art. 8 ff. und 34 f. SchKG.

⁴¹⁸ Vgl. hinten N 187 f.

⁴¹⁹ Vgl. hinten N 225.

⁴²⁰ Vgl. LORANDI (1993), S. 39 ff. sowie generell zur Lückenfüllung Urteil des Bundesgerichts 4A_238/2014 vom 19. Januar 2015 Erw. 2.5.1.

⁴²¹ Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève du 4 août 2006 DCSO/487/06 Erw. 3.b.; DE COULON (2008), S. 212; MEIER (2003), S. 7.

⁴²² So wurde etwa die Beschwerde einer privilegierten Gläubigerin gegen einen Betriebsverkauf im Konkursverfahren gutgeheissen, weil die Aufsichtsbehörde nicht abschliessend feststellen konnte, ob und in welchem Umfang ein Drittklassgläubiger vom Betriebsverkauf überproportional profitierte, auch wenn der Verkauf insgesamt im Interesse der Gläubigersamtheit lag

B. Öffentliche Steigerung

1. Allgemeines

- 181 Die öffentliche Steigerung⁴²³ ist in Art. 257 ff. SchKG geregelt, wobei für die Steigerungsbedingungen dank explizitem Verweis in Art. 259 SchKG diverse Bestimmungen des Pfändungsverfahrens sinngemäss zur Anwendung kommen⁴²⁴. Daneben enthalten vor allem die VZG und die KOV diverse relevante Bestimmungen⁴²⁵.
- 182 Das Gesetz geht davon aus, dass bei der öffentlichen Steigerung und der damit einhergehenden Publizität das Missbrauchspotential deutlich geringer ist (im Vergleich zum Freihandverkauf) und entsprechend keine besonderen Schutzmechanismen notwendig sind. Die öffentliche Steigerung als ordentliche Verwertungsart ist an keine besonderen Bedingungen geknüpft; sie setzt weder einen Gläubigerbeschluss noch die Zustimmung der Pfandgläubiger voraus und kennt auch kein Höhergebotsrecht der Gläubiger.
- 183 Die Steigerungsbedingungen, sowie bei Grundstücken zusätzlich das Lastenverzeichnis, bilden die Grundlage der öffentlichen Steigerung. Die Konkursverwaltung hat sie so aufzustellen, dass ein möglichst gutes Ergebnis resultiert, wobei ihm ein gewisses Ermessen zukommt⁴²⁶. Er ist für die Organisation und den ordnungsgemässen Ablauf der öffentlichen Steigerung zuständig und hat die praktisch notwendigen Informationen betreffend die Steigerung (Zeit und Ort) sowie bei Grundstücken einen Hinweis auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme der Steigerungsbedingungen mittels Publikation im SHAB und im kantonalen Amtsblatt öffentlich bekannt zu machen⁴²⁷. Bei Fahrnis sind die Steigerungsbedingungen folglich nicht zur Einsicht aufzulegen. Es genügt, wenn sie anlässlich der Steigerung erläutert werden⁴²⁸.

(Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève du 4 août 2006 DCSO/487/06 Erw. 5.c. und d.).

⁴²³ Die Begriffe (öffentliche) Steigerung und Versteigerung werden verständlicherweise oftmals uneinheitlich verwendet. In Anlehnung an Art. 125 Abs. 1 SchKG („öffentliche Steigerung“) und die Überschrift zu Art. 125 SchKG („Versteigerung“) wird nachfolgend stets der Begriff „öffentliche Steigerung“ verwendet, wobei dort Vermögenswerte „versteigert“ werden, mithin eine „Versteigerung“ stattfindet.

⁴²⁴ Betreffend Verweisungslücken vgl. BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 5 ff. zu Art. 259.

⁴²⁵ Insbesondere Art. 25 - 78a und 122 - 132 VZG sowie Art. 71 - 80 KOV.

⁴²⁶ Urteil des Bundesgerichts 5A_307/2015 vom 20. Juli 2015 Erw. 2.1.

⁴²⁷ Art. 257 i.V.m. Art. 35 SchKG.

⁴²⁸ RUTZ / ROTH, in: BSK SCHKG-I (2010), N 7 zu Art. 125.

Die öffentliche Bekanntmachung hat bei der öffentlichen Steigerung von Grundstücken mindestens einen Monat vor der effektiven öffentlichen Steigerung zu erfolgen⁴²⁹. Diese Frist kann auch bei Einverständnis der Pfandgläubiger sowie bei Vorliegen eines entsprechenden Beschlusses der Gläubigerversammlung nicht verkürzt werden⁴³⁰. Das Gesetz nennt keine Mindestfrist für die öffentliche Bekanntmachung der Versteigerung von Fahrnis. Implizit ergibt sich aus Art. 125 Abs. 3 SchKG jedoch, dass die öffentliche Steigerung von Fahrnis mindestens drei Tage im Voraus bekannt zu machen ist⁴³¹. Eine Verletzung dieser Dreitagesfrist stellt jedoch keinen Verstoß gegen eine absolut zwingende Norm des Steigerungserfahrens dar und führt somit nicht zur Nichtigkeit der öffentlichen Steigerung gemäss Art. 22 SchKG⁴³².

184

2. Zuschlag

Den Zuschlag erhält, wer nach dreimaligem Aufruf das höchste Angebot eingereicht hat⁴³³. Beim Zuschlag handelt es sich um eine öffentlichrechtliche Verfügung⁴³⁴.

185

a. bei Fahrnis

(i) Wirkung

Bei Fahrnis bewirkt der Zuschlag den unmittelbaren Übergang des (lastenfreien) Eigentums an den Meistbietenden, wobei die Übergabe erst nach Bezahlung des Kaufpreises erfolgt⁴³⁵. Der Zuschlag ersetzt ein zusätzliches Verfügungsgeschäft wie es unter Privaten notwendig wäre; er ist damit gleichzeitig Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft⁴³⁶. Kann die Übergabe des Objekts jedoch nicht erfolgen, weil die Konkursverwaltung nicht im Besitze des Objektes ist, findet - trotz Art. 235 Abs. 1 OR - auch kein Eigentumsübergang statt. Da

186

⁴²⁹ Art. 257 Abs. 2 SchKG.

⁴³⁰ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 4 zu Art. 257 SchKG.

⁴³¹ Dies hat das Bundesgericht schon vor über 100 Jahren in seinem Kreisschreiben (Circulaire) Nr. 2 vom 7. November 1912 (publiziert in BGE 54 III 78) festgehalten.

⁴³² BGE 130 III 407 Erw. 2.3.2.

⁴³³ Art. 258 SchKG.

⁴³⁴ Vgl. vorne N 177.

⁴³⁵ Art. 235 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 129 Abs. 2 SchKG.

⁴³⁶ Vgl. vorne N 113.

Art. 129 Abs. 2 SchKG den Sachwalter nicht nur zur Übertragung des Eigentums, sondern auch zur Übergabe des Objekts verpflichtet, kann der Sachwalter ein nicht vorhandenes Objekt nicht verwerten⁴³⁷. Die Konkursverwaltung muss mit anderen Worten in der Lage sein, das Objekt im Zeitpunkt des Zuschlags tatsächlich zu übergeben.

(ii) *Zahlungsmodalitäten*

- 187 Bei der öffentlichen Steigerung muss die Zahlung grundsätzlich unmittelbar vor Ort erfolgen, ausnahmsweise kann eine Zahlungsfrist von maximal 20 Tagen gewährt werden. Bis zum Betrag von CHF 100'000 ist Barzahlung möglich; höhere Beträge (resp. der CHF 100'000 übersteigende Teil des Kaufpreises) müssen zwingend über einen der Geldwäschereigesetzgebung unterstehenden Finanzintermediär abgewickelt werden⁴³⁸. Wird dem Erwerber eine Zahlungsfrist gewährt, gehen Nutzen und Gefahr sowie das Eigentum auch ohne Übergabe der Sache⁴³⁹ mit dem Zuschlag auf den Erwerber über⁴⁴⁰.

(iii) *Verrechnung des Zuschlagspreises («Credit Bidding»)*

- 188 In der Praxis kommt nicht selten vor, dass der Gewinner der Steigerung den Zuschlagspreis zumindest teilweise mittels Verrechnung einer im Konkursverfahren angemeldeten Forderung gegenüber der Schuldnerin begleicht⁴⁴¹. Dabei handelt es sich nicht um eine Verrechnung i.S.v. Art. 120 ff. OR, sondern lediglich um eine sog. unechte Verrechnung⁴⁴², da - wie bei der Ersteren vorausgesetzt - nicht dieselben Parteien gleichzeitig Gläubiger und Schuldnerin sind (Gläubiger der Zuschlagsforderung: Konkursmasse; Schuldner der Zuschlagsforderung: Gewinner der Steigerung / Gläubiger der Konkursforderung: Schuldnerin; Schuldnerin der Konkursforderung: Gewinner der Steigerung)⁴⁴³.
- 189 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt diese unechte Verrechnung voraus, dass in liquider Art und Weise feststeht, dass der Gewinner der Steigerung den bezahlten Zuschlagspreis umgehend zurückerstattet erhalte. In einer

⁴³⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A_407/2008 vom 23. Oktober 2008 Erw. 2.2; RUOSS / GOLA, in: BSK OR-I (2015), N 1 zu Art. 235.

⁴³⁸ Art. 259 i.V.m. Art. 129 SchKG.

⁴³⁹ Die Übergabe kann erst nach Bezahlung erfolgen, vgl. Art. 129 Abs. 2 und Art. 137 SchKG.

⁴⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A_407/2008 vom 23. Oktober 2008 Erw. 2.3.

⁴⁴¹ MARCHAND (2012), S. 75. Vgl. zum in den USA weit verbreiteten (aber nicht unbestrittenen) sog. Credit Bidding hinten N 948 ff.

⁴⁴² Urteil des Bundesgerichts 7B.148/2000 vom 22. August 2000 Erw. 1.

⁴⁴³ BGE 111 III 56 Erw. 2; MARCHAND (2012), S. 75 f.

solchen Situation gebiete der „[...] allgemeine Rechtsgrundsatz, dass eine Leistung, durch die der Empfänger zu sofortiger Rückgewähr des Empfangenen verpflichtet würde, nicht erbracht zu werden gebraucht, sondern unter Hinweis auf diesen Sachverhalt abgelehnt werden darf“⁴⁴⁴.“ Eine umgehende Rückerstattungspflicht liegt beispielsweise vor, wenn nur ein einziger Gläubiger vorhanden ist (in der Generalexekution freilich schwer vorstellbar) oder der Gewinner der öffentlichen Steigerung gegenüber allen anderen Gläubigern (z.B. infolge eines Pfandrechts) privilegiert ist⁴⁴⁵. An der erforderlichen Liquidität mangelt es insbesondere, wenn die Forderung, welche der Gewinner der Steigerung mit dem Zuschlagspreis verrechnen möchte, bestritten ist⁴⁴⁶. Sodann muss der Gewinner der öffentlichen Steigerung, selbst wenn er den gesamten Zuschlagspreis mittels unechter Verrechnung tilgen kann und seine Konkursforderung nicht vollständig untergeht (ihm folglich noch ein Anspruch auf eine Konkursdividende zusteht), die Verwertungskosten mittels Barzahlung begleichen⁴⁴⁷.

b. bei Grundstücken

Anders als Art. 235 Abs. 1 OR vermuten lässt, führt der Zuschlag auch zum Eigentumsübergang beim Grundstück⁴⁴⁸, wozu es keines speziellen Verfügungsgeschäfts, d.h. keiner öffentlichen Beurkundung bedarf⁴⁴⁹. Der Ersteigerer kann jedoch erst nach dem Grundbucheintrag über das Grundstück verfügen⁴⁵⁰. Wie betreffend Fahrnis ist auch bei Grundstücken grundsätzlich Barzahlung unmittelbar vor Ort verlangt, wobei ausnahmsweise eine Zahlungsfrist von

190

⁴⁴⁴ BGE 79 III 20 Erw. 1 S. 22; BGE 111 III 56 Erw. 2; Urteil des Bundesgerichts 7B.148/2000 vom 22. August 2000 Erw. 1. Damit steht fest, dass sich diese unechte Verrechnung weder auf Art. 47 VZG noch auf Art. 120 ff. OR stützt (BGE 79 III 119 S. 121). Vgl. auch KUHN, in: KUKO VZG (2011), N 2 zu Art. 47.

⁴⁴⁵ BGE 79 III 20 Erw. 1 S. 23; BGE 111 III 56 Erw. 2.

⁴⁴⁶ BGE 79 III 119 S. 121.

⁴⁴⁷ BGE 111 III 56 Erw. 2; MARCHAND (2012), S. 77.

⁴⁴⁸ Art. 656 Abs. 2 ZGB. Einer Beschwerde gegen den Zuschlag kommt allerdings von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 66 VZG; BGE 129 III 100 Erw. 3); vgl. AMONN / WALTHER (2013), § 28 N 62.

⁴⁴⁹ BGE 128 III 104 Regeste und Erw. 3.c) i.f.

⁴⁵⁰ Art. 656 Abs. 2 ZGB. Gemäss Art. 66 Abs. 1 VZG darf die Grundbucheintragung erst vorgenommen werden, wenn der Zuschlag nicht mehr mit Beschwerde angefochten werden kann oder eine Beschwerde endgültig abgewiesen wurde. Auch soll damit zugewartet werden, bis der gesamte Zuschlagspreis sowie die Kosten der Eigentumsübertragung bezahlt worden sind (Art. 66 Abs. 2 VZG).

sechs Monaten (im ordentlichen Verfahren) oder drei Monaten (im summarischen Verfahren) gewährt werden kann⁴⁵¹.

- 191 Im Unterschied zur Versteigerung von Fahrnis werden bei Grundstücken nicht fällige Pfandforderungen und andere Belastungen gemäss Lastenverzeichnis von Gesetzes wegen auf den Erwerber übertragen, sofern sie vom Kaufpreis gedeckt sind⁴⁵². Andernfalls gehen sie mit dem Zuschlag unter.

3. Eignung für den Betriebsverkauf

- 192 Die öffentliche Steigerung will möglichst viele Nachfrager ansprechen, welche sich gegenseitig überbieten und auf diese Weise einen möglichst hohen Erlös generieren sollen. Verhandlungen über Details des Verkaufs sind naturgemäss nicht möglich - die einzige unbekannte Komponente ist der Preis, welcher an der öffentlichen Steigerung selbst durch die Bietenden festgelegt wird. Erst die Reduktion der Parameter auf den Kaufpreis macht die öffentliche Steigerung überhaupt möglich⁴⁵³.
- 193 Daraus wird ersichtlich, dass die öffentliche Steigerung von komplexen Gebilden wie Betrieben mit einem naturgemäss beschränkten Kreis von Nachfragern ungeeignet ist. Es werden nur sehr selten mehrere potentielle Käufer bereit sein, mit geschlossenen Augen um eine Blackbox zu bieten und innert kürzester Zeit (nach dreimaligem Aufruf) zu entscheiden, einen Betrieb zu vorgegebenen Bedingungen zu erwerben, auch wenn diese zur Einsicht aufgelegt sind. Ein echter Bieterwettbewerb ist kaum vorstellbar; dies ist aber eine zentrale Voraussetzung für eine erfolgreiche öffentliche Steigerung. Damit soll aber nicht gesagt sein, dass die öffentliche Steigerung dem Betriebsverkauf völlig verschlossen ist⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Art. 259 i.V.m. Art. 136 SchKG und Art. 96 lit. b KOV. Vgl. betreffend Verrechnung des Zuschlagspreises die Ausführungen zur öffentlichen Steigerung von Fahrnis vorne N 188 f.

⁴⁵² Art. 259 SchKG i.V.m. Art. 135 SchKG und Art. 45 ff. VZG; AMONN / WALTHER (2013), § 47 N 23 und § 28 N 23; LORANDI (1993), S. 82.

⁴⁵³ LORANDI (1993), S. 55.

⁴⁵⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_108/2016 vom 29. April 2016 C. (Beschwerdeführer verlangt die Versteigerung seines Weinbaubetriebs [anstelle eines Freihandverkaufs]); BGE 95 III 25 Erw. 2.a) i.f. und 2.c) (Anordnung einer Versteigerung eines Betriebs); DE COULON (2008), S. 210 f. FN 22 (Versteigerung einer (operativen) Bäckerei in Genf [„Décision non publiée de la CSO en prolongation du délai de liquidation cause A/4611/2006“]).

C. Freihandverkauf

1. Allgemeines

Der Freihandverkauf ist im Gesetz nur rudimentär geregelt. Die zentralen Bestimmungen hierzu sind Art. 256 SchKG (in der Generalexekution) und Art. 130 SchKG (in der Spezialexekution), welche jedoch beide nur vorsehen, unter welchen Voraussetzungen ein Freihandverkauf anstelle der öffentlichen Steigerung vorgenommen werden kann. Die Voraussetzungen eines Freihandverkaufs (Gläubigerbeschluss, Zustimmung der Pfandgläubiger, Höhergebotsrecht der Gläubiger) variieren erheblich, je nachdem ob er im Rahmen eines Notverkaufs⁴⁵⁵, eines Dringlichkeitsverkaufs⁴⁵⁶ oder der ordentlichen Verwertung nach der zweiten Gläubigerversammlung⁴⁵⁷ zur Anwendung kommt. Das Verfahren, der Inhalt, die Rechtsnatur und die Konsequenzen sind gesetzlich nicht geregelt⁴⁵⁸. 194

Im Unterschied zur starren öffentlichen Steigerung kann beim Freihandverkauf mit einem oder verschiedenen potentiell interessierten Erwerbern eine individuelle Vereinbarung (sog. Freihandverkaufsverfügung) ausgehandelt werden. Damit können die unterschiedlichen Bedürfnisse der Erwerber angemessen berücksichtigt werden. 195

2. Verfahren

Die Konkursverwaltung resp. das Konkursamt sind im konkreten Vorgehen völlig frei⁴⁵⁹; sie entscheiden über den Gang der Verhandlungen, wessen Angebote vertieft geprüft werden und letztlich, mit wem der Freihandverkauf abgeschlossen wird⁴⁶⁰. Sie müssen einzig das Verfahren fair gestalten und sich dabei stets an den Grundsatz von Treu und Glauben halten. So hat auch der potentielle Erwerber - eine besondere Anordnung vorbehalten - keinen Anspruch, sein ur- 196

⁴⁵⁵ Art. 256 Abs. 2 und 3 i.V.m. Art. 243 Abs. 2 SchKG sind zu beachten. Nicht nötig ist damit ein Gläubigerbeschluss (Art. 256 Abs. 1 SchKG ist nicht anwendbar).

⁴⁵⁶ Art. 256 Abs. 1 - 3 i.V.m. Art. 238 Abs. 1 SchKG sind zu beachten.

⁴⁵⁷ Art. 256 Abs. 1 - 3 SchKG sind zu beachten.

⁴⁵⁸ LORANDI (1993), S. 1; STAEHELIN (2005), S. 404.

⁴⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts 5A_461/2013 vom 13. August 2013 Erw. 3.1.2. Vgl. demgegenüber das detailliert geregelte Verkaufsverfahren im Chapter 11 hinten N 905 ff.

⁴⁶⁰ Urteil der Rekurskommission des Kantons Thurgau vom 8. Februar 1974, publ. in: BLSchK 1978, N 11 S. 48 f.

sprünglich eingereichtes, mittlerweile von einem Gläubiger oder Dritten überbotene Angebot, nachzubessern und einen eigentlichen Bieterprozess zu verlangen⁴⁶¹. Zum Teil sehen jedoch Freihandverkaufsverfügungen (und die Mitteilung an die Gläubiger, wonach sie zur Abgabe eines höheren Angebots eingeladen werden) einen solchen Bieterprozess (sog. „interne Gant“⁴⁶² „interne Versteigerung“⁴⁶³ oder „interne Steigerung“⁴⁶⁴) vor, da dadurch in der Regel ein besserer Erlös erwartet werden kann. Diesbezüglich gibt es noch Potential in der Schweiz⁴⁶⁵.

- 197 Im Gegensatz zu einem privaten Verkäufer sind Konkursverwaltung/Konkursamt gehalten, das insgesamt beste Angebot anzunehmen⁴⁶⁶, wobei m.E. aber nicht nur der Preis berücksichtigt werden muss⁴⁶⁷.

3. Freihandverkaufsverfügung

a. Inhalt

- 198 Die Freihandverkaufsverfügung unterscheidet sich äusserlich - abgesehen von der sperrigen Bezeichnung - kaum von einem Kaufvertrag unter Privaten. Sie beinhaltet typischerweise die Aufführung der Parteien, eine Präambel, eine detaillierte Beschreibung des Kaufobjekts inklusive etwaiger Lasten⁴⁶⁸, den Preis,

⁴⁶¹ Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 11. Mai 2011 Erw. 12, publ. in: BLSchK 2013, S. 207 ff.

⁴⁶² Urteil des Bundesgerichts 5A_678/2012 vom 15. November 2012; AMONN / WALTHER (2013), § 47 N 25.

⁴⁶³ AMACKER / KÜNG, in: KUKO SCHKG (2014), N 9 zu Art. 256. Frz.: „enchères privées“ (vgl. Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève du 4 août 2006 DCSO/487/06 Erw. 6.b).

⁴⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 5A_461/2013 vom 13. August 2013 Erw. 3.1.2.

⁴⁶⁵ Vgl. das Pendant zur internen Gant im Chapter 11, die sog. Public Auction, hinten N 908 ff. sowie der Vorschlag hinten N 1008.

⁴⁶⁶ Art. 134 Abs. 1 SchKG analog.

⁴⁶⁷ Das Bundesgericht spricht in BGE 106 III 79 Erw. 4 vom „günstigsten Angebot“; AMONN / WALTHER (2013), § 27 N 44, sehen darin (ohne Begründung) die Pflicht, das „günstigste Preisangebot“ anzunehmen.

⁴⁶⁸ Vgl. hierzu sogleich N 201.

die Zahlungsmodalitäten⁴⁶⁹, Bestimmungen zum Übergang von Nutzen und Gefahr⁴⁷⁰, den Ausschluss der Gewährleistung⁴⁷¹, aber auch etwaige besondere Zusicherungen⁴⁷². Wie bei Betriebsverkäufen üblich werden in der Freihandverkaufsverfügung regelmässig auch die Modalitäten von Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft sowie bis dahin zu erfüllende Bedingungen geregelt. Trotz der öffentlichrechtlichen Natur erfolgt denn auch die Auslegung der Freihandverkaufsverfügung nach den allgemeinen Auslegungsregeln für privatrechtliche Verträge⁴⁷³.

b. Wirkung

Die lange strittige Frage, ob beim Freihandverkauf - wie in der öffentlichen Steigerung⁴⁷⁴ - ein spezielles Verfügungsgeschäft entbehrlich ist, wurde mit BGE 128 III 104 bejahend geklärt. Damit geht auch beim Freihandverkauf das Eigentum mit Rechtskraft der Verfügung auf den Erwerber über⁴⁷⁵. 199

Eine öffentliche Beurkundung des Grundstückkaufs ist ebenso wie die Übergabe der Sachen oder die Zession der Forderungen entbehrlich. Der Grundbucheintrag hat lediglich deklaratorischen Charakter⁴⁷⁶. Infolge Zusammenfallens von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft bleibt kein Platz für die Anwendung des dispositiven Art. 185 OR. Nutzen und Gefahr gehen gleichzeitig mit dem Eigentum auf den Erwerber über. Dies gilt auch, wenn die Freihandverkaufsverfügung suspensiv bedingt erlassen wird und ein separates Signing und Closing stattfinden, weil beispielsweise das Nichteintreffen eines höheren Angebots gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG festgestellt werden muss⁴⁷⁷. 200

⁴⁶⁹ Vgl. hierzu sogleich N 202.

⁴⁷⁰ Vgl. hierzu sogleich N 200.

⁴⁷¹ Vgl. hierzu sogleich N 204 ff.

⁴⁷² Vgl. hierzu sogleich N 210 ff.

⁴⁷³ BGE 131 III 280 Erw. 3.1. Entscheidend ist damit in erster Linie der gemeinsame, übereinstimmende Wille der Parteien. Kann dieser nicht erstellt werden, kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung.

⁴⁷⁴ Vgl. Art. 235 Abs. 1 OR.

⁴⁷⁵ Vgl. aber AMONN / WALTHER (2013), § 26 N 23 wonach der Eigentumsübergang beim Freihandverkauf analog der privatrechtlichen Regelung erfolgt. M.E. handelt es sich dabei um ein Versehen der Autoren.

⁴⁷⁶ BGE 128 III 104 Erw. 3.c).

⁴⁷⁷ LORANDI (1993), S. 118; Art. 185 Abs. 3 OR analog.

- 201 Wie bei der öffentlichen Steigerung erfolgt der Erwerb von Fahrnis auch beim Freihandverkauf lastenfrem, während Grundstücke mit den darauf haftenden Belastungen auf den Erwerber überbunden werden, sofern sie vom Kaufpreis gedeckt sind⁴⁷⁸.

c. Zahlungsmodalitäten

- 202 Auch beim Freihandverkauf besteht ein Bedürfnis nach zeitnaher Erledigung und gesicherter Abwicklung, weshalb die betreffend die öffentliche Steigerung gesetzlich geregelten Zahlungsmodalitäten⁴⁷⁹ beim Freihandverkauf analog anwendbar sind⁴⁸⁰. Eine Zahlungsfrist kann - im Rahmen der gesetzlichen Schranken⁴⁸¹ - dann gewährt werden, wenn dadurch ein besserer Erlös erzielt werden kann⁴⁸². Auch gelten die bezüglich Verrechnung des Zuschlagspreises (sog. „Credit Bidding“) bei der öffentlichen Steigerung gemachten Aussagen für den Freihandverkauf analog⁴⁸³.

4. Eignung für den Betriebsverkauf

- 203 Der Freihandverkauf ist dank seiner Flexibilität offensichtlich das passende Instrument für den Betriebsverkauf im Konkursverfahren. Ist beispielsweise ein Erwerber nur an einem bestimmten Betriebsteil interessiert, dafür aber bereit, sämtliche Arbeitnehmer dieses Teils zu übernehmen, kann dieser Umstand in der Freihandverkaufsverfügung berücksichtigt werden. U.U. ist ein solcher Teilverkauf insgesamt interessanter als die Angebote der übrigen potentiellen Erwerber betreffend den gesamten Betrieb. Die Konkursverwaltung kann auf diese Weise das Ergebnis optimieren. Für die Gläubiger sind Freihandverkäufe

⁴⁷⁸ Vgl. vorne N 191. Dies muss auch beim Freihandverkauf gelten (so ist BGE 64 III 191, S. 193, zu verstehen; LORANDI (1993), S. 80).

⁴⁷⁹ Vgl. vorne N 187.

⁴⁸⁰ BGE 64 III 191, S. 193; LORANDI (1993), S. 86 ; HÄUSERMANN (1998), S. 5; A.A. VISCHER (2002), S. 157.

⁴⁸¹ Art. 259 i.V.m. Art. 129 und 136 SchKG; Art. 96 lit. b KOV: Maximal 20 Tage (bei Fahrnis) oder drei resp. sechs Monate (bei Grundstücken).

⁴⁸² Art. 134 Abs. 1 SchKG; vgl. STÖCKLI / DUC, in: BSK SchKG-I (2010), N 6 zu Art. 136. Ohnehin dürfte aber beim Betriebsverkauf nur selten eine Zahlungsfrist gewährt werden, da eine sorgfältige Konkursverwaltung den Freihandverkauf nur vollziehen wird, wenn ihr der Käufer am Vollzugstag einen genügenden Zahlungsnachweis vorlegen kann (Zug um Zug).

⁴⁸³ Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Graubünden vom 21. Februar 2000, publ. in PKG 2000 Nr. 27 Erw. 4; MARCHAND (2012), S. 76. Vgl. vorne N 188 f.

nur schon vorteilhaft, da sie in der Praxis regelmässig zu höheren Erlösen als öffentliche Steigerungen führen⁴⁸⁴.

D. Abgabe von Gewährleistungen

1. Grundsatz: keine Gewährleistungen

Beim Betriebsverkauf ausserhalb von Insolvenzverfahren sind allgemein Gewährleistungen, Garantien und Zusicherungen von besonderer Bedeutung⁴⁸⁵. Gemäss Art. 234 Abs. 1 OR, welcher sowohl bei der öffentlichen Steigerung wie auch beim Freihandverkauf zur Anwendung kommt⁴⁸⁶, findet eine (gesetzliche) Sach- und Rechtsgewährleistung beim öffentlichrechtlichen Betriebsverkauf gerade nicht statt. Vorbehalten ist die Gewährleistung bei absichtlicher Täuschung des Erwerbers und bei vereinbarten besonderen Zusicherungen. Der Ausschluss der Gewährleistung ist in den Steigerungsbedingungen explizit aufzuführen⁴⁸⁷. Dasselbe empfiehlt sich auch beim Freihandverkauf dringendst⁴⁸⁸. In diesem Bereich liegt, nebst dem unterschiedlichen Beschwerdeweg⁴⁸⁹, der wohl grösste Unterschied zwischen einem öffentlichrechtlichen Betriebsverkauf innerhalb und einem (privatrechtlichen) Betriebsverkauf ausserhalb eines Insolvenzverfahrens.

Der gesetzliche Ausschluss der Gewährleistung beim öffentlichrechtlichen Betriebsverkauf ist grundsätzlich gerechtfertigt:

⁴⁸⁴ GRAHAM-SIEGENTHALER (2000), S. 81; SAHLI (2005), S. 390.

⁴⁸⁵ Vgl. VISCHER (2013), S. 325 ff.; BÖCKLI (1998), S. 86 f.; WATTER (1990), S. 242 ff.

⁴⁸⁶ LORANDI (1993), S. 87.

⁴⁸⁷ Art. 45 lit. g VZG (betreffend öffentliche Steigerung). Im Formular VZG 13B betreffend Steigerungsbedingungen (herausgegeben vom Verband der Gemeindeammänner und Betriebsbeamten des Kantons Zürich VGBZ, erarbeitet in Zusammenarbeit mit dem Betriebsinspektorat des Kantons Zürich) wird die Gewährleistung wie folgt ausgeschlossen: *Das Betriebsamt übernimmt bezüglich des Grundstückes und der Zugehör keinerlei Gewährleistung. In Bezug auf das Grundstück gilt dies auch für die Baurechtskonformität, insbesondere bezüglich der bestehenden Nutzungen* (Ziff. 16 des Formulars).

⁴⁸⁸ Gemäss LORANDI (1993), S. 87, ist dies zwingend, wobei er auf ein Formular VZG Nr. 13 verweist. Gemäss meinen Recherchen gibt es dieses Formular VZG betreffend den Freihandverkauf nicht mehr (und auch keine anderen Formulare betreffend den Freihandverkauf). Da der Freihandverkauf gerade kein Standardgeschäft ist und mit dem Erwerber individuell verhandelt wird, ist ein Formular auch wenig sinnvoll.

⁴⁸⁹ Bei der öffentlichen Steigerung ist natürlich auch die Abwicklung (Gant) und das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts (Zuschlag an den Meistbietenden) ein wesentlicher Unterschied.

- 206 *Erstens* kennt die namens der Schuldnerin handelnde Konkursverwaltung den Betrieb in aller Regel nicht oder nur sehr schlecht. Nicht selten kennt der Erwerber den Betrieb besser, so beispielsweise bei einem Kauf durch einen Geschäftsführer. Entsprechend wird die Konkursverwaltung die Folgen von Gewährleistungen nicht oder nur schwer abschätzen können.
- 207 *Zweitens* wären etwaige Gewährleistungen regelmässig wertlos, weil die insolvente Gesellschaft nicht dafür aufkommen kann⁴⁹⁰. Dieses Problem könnte praktisch dadurch gelöst werden, dass ein Teil des bezahlten Kaufpreises während der Dauer der Gewährleistungsfrist auf einem Escrow Account platziert wird⁴⁹¹. Die daraus resultierende Verzögerung ist jedoch problematisch, wie so gleich aufgezeigt wird.
- 208 *Drittens* führten langjährige Auseinandersetzungen über Gewährleistungsansprüche zu einer enormen Verzögerung der Verwertung und damit des Konkursverfahrens. Sie verhindern den in der Zwangsverwertung angestrebten „clean break“ und stellen einen Fremdkörper im Zwangsverwertungsverfahren dar. Eine Verzögerung ist weder im Interesse der Schuldnerin noch der Gläubiger. Zu den Zielen der Zwangsverwertung gehört auch, dass die Gläubiger rasch zu ihrem Geld kommen⁴⁹². Konkursverfahren sollen von Gesetzes wegen innerhalb eines Jahres nach der Eröffnung durchgeführt sein⁴⁹³.
- 209 Eine Einschränkung des Objekts und damit der Gewährleistung (keine Haftung für etwas, das gar nicht Gegenstand der öffentlichen Steigerung / des Freihandverkaufs war) ergibt sich auch aus Art. 234 Abs. 2 OR, wonach das Objekt nur mit den Rechten und Lasten entsprechend den öffentlichen Büchern, Steigerungsbedingungen oder von Gesetzes wegen übertragen wird, d.h. im sicht- und verwertbaren Zustand im Zeitpunkt der Verwertung⁴⁹⁴. Für den Betriebsverkauf scheint Art. 234 Abs. 2 OR auf den ersten Blick erhebliche Auswirkungen zu haben. Allerdings kann Art. 234 Abs. 2 OR nicht ohne die Bestimmungen des SchKG betrachtet werden. So übernimmt der Erwerber von Fahrnis ohnehin keine Lasten; bei Grundstücken gelten zwingend Art. 135 SchKG und Art. 128 VZG⁴⁹⁵. Sodann gehen beim Asset Deal ohnehin nur die explizit genannten Ver-

⁴⁹⁰ So schon treffend OSER / SCHÖNENBERGER, in: ZK OR (1936), N 4 zu Art. 234: „Wer sollte aus dieser Gewährleistung haften?“

⁴⁹¹ Vgl. zur Gewährleistung beim § 363 Sale im Chapter 11 hinten N 957 ff. sowie insbesondere N 961 betreffend Sicherheiten für die Bezahlung etwaiger Verpflichtungen infolge von vereinbarten Gewährleistungen.

⁴⁹² Vgl. Urteil des Bundesgerichts 7B.142/2004 vom 22. Juli 2004 Erw. 2.2.1.

⁴⁹³ Art. 270 Abs. 1 SchKG. Vgl. dazu vorne N 41.

⁴⁹⁴ GIGER, in: BK OR (1999), N 37 und 41 zu Art. 234.

⁴⁹⁵ BGE 107 III 88 Erw. 1; vgl. hinten N 323 f.

mögenswerte auf den Erwerber über. Entsprechend werden die Freihandverkaufsverfügung resp. die Steigerungsbedingungen mit Vorteil eine detaillierte Beschreibung des Betriebs mit allen übergehenden resp. nicht übergehenden Rechten und Pflichten enthalten. Eine Klausel, wonach nicht explizit genannte Gegenstände oder Rechte (seltener Pflichten), welche funktional zu den genannten Gegenständen und Rechten gehören, auch auf den Erwerber übergehen sollen, müssen m.E. trotz Art. 234 Abs. 2 OR möglich sein⁴⁹⁶.

2. Erste Ausnahme: Besondere Zusicherungen gemäss Art. 234 Abs. 1 OR

a. Zulässigkeit von besonderen Zusicherungen

Durchaus lässt aber das Gesetz eine flexible Lösung zu, wo es die Umstände ermöglichen. Gemäss Art. 234 Abs. 1 OR sind besondere Zusicherungen der Schuldnerin resp. der für sie handelnden staatlichen Organe explizit zulässig. Implizit vorausgesetzt ist, dass sich durch die Abgabe einer besonderen Zusicherung ein höherer Preis erzielen lässt (vgl. Art. 134 SchKG)⁴⁹⁷. 210

Die Möglichkeit, besondere Zusicherungen abzugeben, wurde insbesondere in der älteren Literatur kritisiert⁴⁹⁸. Unverkennbar ist, dass die wesentlichen Gründe, welche gegen eine gesetzliche Gewährleistung sprechen⁴⁹⁹, gleichermassen auch betreffend besondere Zusicherungen Geltung haben. Zuweilen wird angeführt, Art. 45 Abs. 1 lit. g VZG, wonach in den Steigerungsbedingungen explizit der Ausschluss der Gewährleistung aufzuführen ist, schliesse die Abgabe von besonderen Zusicherungen gemäss Art. 234 OR bei der Zwangsverwertung von Liegenschaften von vornherein aus⁵⁰⁰. Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Art. 45 Abs. 1 VZG listet allgemein nur den Mindestinhalt der Steigerungsbedingungen auf. Entsprechend verlangt Art. 45 Abs. 1 lit. g VZG lediglich, dass die Steigerungsbedingungen einen Hinweis auf die Wegbedingung der Gewährspflicht enthalten müssen, nicht jedoch ein implizites Verbot 211

⁴⁹⁶ Art. 234 Abs. 2 OR ist m.E. nicht zwingend. Wohl gleicher Meinung ist GIGER, welcher Art. 234 Abs. 1 OR als zwingend erachtet, sich zur zwingenden oder dispositiven Natur von Art. 234 Abs. 2 OR aber nicht äussert (GIGER, in: BK OR (1999), N 7 zu Art. 234).

⁴⁹⁷ Ein höherer Erlös ist auch Voraussetzung für die Gewährung einer Zahlungsfrist (STÖCKLI / DUC, in: BSK SCHKG-I (2010), N 6 zu Art. 136). Die Interessenlage ist vergleichbar mit der Gewährung von besonderen Zusicherungen. Ebenso VISCHER (2002), S. 158.

⁴⁹⁸ VON TUHR (1921/22), S. 384; OSER / SCHÖNENBERGER, in: ZK OR (1936), N 4 zu Art. 234.

⁴⁹⁹ Siehe vorne N 205 ff.

⁵⁰⁰ PESTALOZZI (1997), N 1110 zu Art. 234 OR.

besonderer Zusicherungen. Hinzu kommt, dass es sich bei der VZG lediglich um eine Verordnung des Bundesgerichts handelt. Solange Art. 234 Abs. 1 OR mit diesem klaren Wortlaut in Kraft ist, müssen besondere Zusicherungen zulässig sein⁵⁰¹.

- 212 Daran ändert auch der widersprüchliche BGE 95 III 21 nichts⁵⁰². In diesem Entscheid stellt das Bundesgericht einleitend (Erwägungen 2 und 3) klar, dass im konkreten Fall - trotz der klaren Wegbedingung der Gewährleistung in den Steigerungsbedingungen - eine Gewährspflicht aufgrund einer „Bemerkung“, „Aussage“ resp. „Angabe“ im Lastenverzeichnis besteht⁵⁰³. Damit erkannte das Bundesgericht - ohne es zu sagen und ohne dass sich der Erwerber darauf berief⁵⁰⁴ - nichts anderes als eine besondere Zusicherung gemäss Art. 234 Abs. 1 OR. Genau diese besondere Zusicherung führte dazu, dass der Erwerber seinen Grundlagenirrtum erfolgreich geltend machen konnte. Wie das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 91 II 275 Erw. 2. b) richtig erkannte, schliesst die Wegbedingung der Gewährleistung *unter Umständen* auch die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums mit Bezug auf Eigenschaften der Kaufsache aus⁵⁰⁵. Im Ergebnis ergibt sich aus BGE 95 III 21, dass dies genau dann nicht gilt, wenn eine besondere Zusicherung gemacht wird⁵⁰⁶.
- 213 Im klaren Widerspruch zu den Erwägungen 2 und 3 schliesst das Bundesgericht in Erwägung 4. a) dann aber jegliche Zusicherungen scheinbar kategorisch aus: „Irgendwelche Zusagen dürfen bei der Zwangsversteigerung überhaupt nicht in die Steigerungsbedingungen aufgenommen werden. Die Aufnahme solcher Zusagen ist ein Verfahrensfehler, der zur Aufhebung des Zuschlags im Beschwerdeverfahren führen kann.“ Diese Aussage kann eigentlich - stünde sie nicht im

⁵⁰¹ GIGER, in: BK OR (1999), N 24 f. zu Art. 234.

⁵⁰² Vgl. die Kritik zu diesem Entscheid bei GIGER, in: BK OR (1999), N 24 f. zu Art. 234; kritisch ebenso VISCHER (2002), FN 109 S. 158. Mit dem Entscheid offenbar einverstanden sind BERNHEIM / KÄNZIG, in: KUKO SCHKG (2014), N 24 zu Art. 135; KUHN, in: KUKO VZG (2011), N 11 zu Art. 45; RUTZ / ROTH, in: BSK SCHKG-I (2010), N 7 und 25 zu Art. 126; STÖCKLI / DUC, in: BSK SCHKG-I (2010), N 31 zu Art. 135.

⁵⁰³ Das Lastenverzeichnis war den Steigerungsbedingungen beigelegt und als deren Bestandteil zu betrachten.

⁵⁰⁴ BGE 95 III 21 Erw. 2 i.f. Der Erwerber machte einen Grundlagenirrtum geltend.

⁵⁰⁵ BGE 95 III 21 Erw. 3.

⁵⁰⁶ Dies ergibt sich e contrario auch aus BGE 91 II 275 Erw. 2. b): „Wird mit Bezug auf bestimmte Eigenschaften der Kaufsache die Gewährleistung eindeutig und in nach Art. 199 OR zulässiger Weise wegbedungen oder die Abgabe einer Zusicherung abgelehnt, so nimmt der Käufer, der den Vertrag gleichwohl abschliesst, die Gefahr in Kauf, dass die betreffenden Eigenschaften fehlen. Er darf deshalb ihr Vorhandensein nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht als notwendige Grundlage des Kaufvertrags betrachten, so dass ein Irrtum über diesen Punkt nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR nicht als wesentlich gelten kann.“

Widerspruch zu den vorangehenden Erwägungen - nur dahingehend interpretiert werden, als dass in der Zwangsverwertung trotz des klaren Wortlauts von Art. 234 Abs. 1 OR keine besonderen Zusagen gemacht werden dürfen. Diese Feststellung hat das Bundesgericht wohl nicht beabsichtigt, ansonsten der Entscheidung eine echte Begründung und nicht nur zwei Sätze hierzu enthielte.

Als Bestätigung dieser Interpretation lässt sich dem deutlich jüngeren BGE 120 III 136 immerhin entnehmen, dass das Bundesgericht besondere Zusagen gemäss Art. 234 Abs. 1 OR in der Zwangsvollstreckung für möglich erachtet, wenngleich sie im konkreten Fall verneint wurden. 214

b. Begriff der besonderen Zusicherungen gemäss Art. 234 Abs. 1 OR

(i) *Tatsachen mit Bezug auf die Gegenwart oder die Vergangenheit*

Damit stellt sich die Frage, wann eine besondere Zusicherung vorliegt resp. was als besondere Zusicherung i.S.v. Art. 234 Abs. 1 OR gilt. Nur schon vor dem Hintergrund der in der Lehre geäusserten Skepsis gegenüber den besonderen Zusicherungen und deren unzweifelhaften Nachteilen (Verzögerung, Unsicherheit betreffend Erlös) im Zwangsverwertungsverfahren soll nicht leichthin von einer besonderen Zusicherung gemäss Art. 234 OR ausgegangen werden. 215

Gegenstand einer besonderen Zusicherung können objektiv feststellbare Tatsachen, Merkmale und Eigenschaften des Betriebs sein, sofern diese bestimmt oder bestimmbar sind und sich auf die Gegenwart oder die Vergangenheit beziehen⁵⁰⁷. Künftige Eigenschaften wie der erwartete Ertrag sind nicht zusicherungsfähig, sondern allenfalls mittels Garantieabrede abzusichern⁵⁰⁸. 216

Eine besondere Zusicherung kann m.E. theoretisch auch darin bestehen, dass das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht als direkt anwendbar erklärt wird (allerdings zeitlich beschränkt⁵⁰⁹). Dasselbe Ergebnis wäre mittels genauer Beschreibung der besonderen Tatsachen, Merkmale und Eigenschaften auch zu erreichen. Sind besondere Zusicherungen zulässig, kann der in Art. 234 Abs. 1 OR statuierte Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistung nicht zwingend sein⁵¹⁰. 217

⁵⁰⁷ SCHÖNLE / HIGL, in: ZK OR (2005), N 85 zu Art. 197; GIGER, in: BK OR (1979), N 34 ff. zu Art. 197; BÖCKLI (1998), S. 90 f.; VISCHER (2011), S. 85; WATTER (1990), S. 171 ff.

⁵⁰⁸ HONSELL, in: BSK OR-I (2015), N 17 zu Art. 197; BÖCKLI (1998), S. 93; GIGER, in: BK OR (1979), N 39 zu Art. 197. Zur (in der Zwangsverwertung nicht zulässigen) Garantieabrede vgl. hinten N 227 ff.

⁵⁰⁹ M.E. zwischen zwei und sechs Monaten, vgl. hinten N 232 ff.

⁵¹⁰ So aber (vorsichtig) GIGER, in: BK OR (1999), N 7 zu Art. 234.

(ii) Explizite Aufführung in der öffentlich-rechtlichen Verfügung

- 218 Im Gegensatz zu den zugesicherten Eigenschaften gemäss Art. 197 Abs. 1 OR genügt zur Begründung einer zugesicherten Eigenschaft gemäss Art. 234 Abs. 1 OR m.E. nicht schon eine reine Wissenserklärung⁵¹¹, sondern es bedarf vielmehr einer verbindlichen Willensklärung, d.h. einer ausdrücklichen Erklärung, für die gemachten Zusicherungen auch tatsächlich eintreten zu wollen.
- 219 Als besondere Zusicherungen gelten daher folgerichtig nur explizite Erklärungen (resp. Bemerkungen, Aussagen, Angaben⁵¹²) der Konkursverwaltung oder des Steigerungsbeamten, welche zudem an die Form der öffentlichen Steigerung resp. des Freihandverkaufs gebunden sein müssen⁵¹³. Eine besondere Zusicherung liegt entsprechend nur vor, wenn sie in den Steigerungsbedingungen resp. in der Freihandverkaufsverfügung explizit enthalten ist. Dies ergibt sich betreffend die öffentliche Steigerung auch daraus, dass möglichst klare Verhältnisse vorliegen müssen und jede Möglichkeit der Irreführung der Steigerungsteilnehmer zu vermeiden ist⁵¹⁴.
- 220 Besondere Zusicherungen können nicht mündlich erteilt werden, was sich auch aus Beweisgründen aufdrängt. Macht der Steigerungsbeamte anlässlich der öffentlichen Steigerung wesentliche Aussagen zum Objekt oder gibt er Abweichungen von den Steigerungsbedingungen bekannt, ist dies ins Steigerungsprotokoll aufzunehmen, welches vom Steigerungsbeamten wie vom Ersteigerer zu unterzeichnen ist⁵¹⁵. Auf diese Weise können mündliche Aussagen zu verbindlichen besonderen Zusicherungen erhoben werden. Beim Freihandverkauf bedürfen besondere Zusicherungen der Aufnahme in die Freihandverkaufsverfü-

⁵¹¹ Gemäss h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei den zugesicherten Eigenschaften gemäss Art. 197 Abs. 1 OR um Wissenserklärungen („Vorstellungsausserungen“), welche nicht Vertragsbestandteil werden. Dies hat zur Folge, dass die Haftung eine gesetzliche ist (BGE 71 II 239 Erw. 4; vgl. HONSELL, in: BSK OR-I (2015), N 14 zu Art. 197 m.w.H.; a.A. GIGER, in: BK OR (1979), N 6 ff., insbesondere N 8 ff. zu Art. 197).

⁵¹² BGE 95 III 21; vgl. dazu vorne N 212.

⁵¹³ Dies im Unterschied zur Zusicherung gemäss Art. 197 Abs. 1 OR, welche nach h.L. und Rechtsprechung nicht der Einhaltung der für das fragliche Geschäft vereinbarten oder von Gesetzes wegen vorgeschriebenen Form bedarf (SCHÖNLE / HIGI, in: ZK OR (2005), N 94 zu Art. 197; GIGER, in: BK OR (1979), N 21 zu Art. 197; kritisch hierzu HONSELL, in: BSK OR-I (2015), N 15 zu Art. 197). Allerdings ist auch beim normalen Betriebsverkauf Schriftlichkeit von Vorteil. Was nicht schriftlich zugesichert wird, gilt im Zweifel nicht als besondere Zusicherung, sondern als unverbindliche und nicht zum Vertrag gehörende Angabe (BÖCKLI (1998), S. 87).

⁵¹⁴ BGE 95 II 21 Erw. 3.

⁵¹⁵ Vgl. Art. 61 Abs. 2 VZG.

gung. Werden beispielsweise im Rahmen von Verkaufsverhandlungen Unterlagen wie Informationsschreiben an potentielle Erwerber verteilt und will der Erwerber die Konkursverwaltung auf gewissen Aussagen behaften, muss er darauf bestehen, dass die Aussagen explizit in die Freihandverkaufsverfügung übernommen werden oder das Informationsschreiben zum integrierenden Bestandteil derselben erklärt wird⁵¹⁶.

(iii) *Keine Kausalität zwischen Zusicherung und Kaufentschluss*

Damit der Erwerber eine Haftung aufgrund einer besonderen Zusicherung gemäss Art. 197 Abs. 1 OR geltend machen kann, muss die Zusicherung gemäss h.L. und Rechtsprechung für den Kaufentschluss des Erwerbers erkennbar kausal gewesen sein⁵¹⁷. Fraglich ist, ob dies auch bei der besonderen Zusicherung gemäss Art. 234 Abs. 1 OR gilt. 221

Für die Kausalität (und damit eine restriktive Haltung gegenüber Zusicherungen) spricht, dass besondere Zusicherungen im Zwangsverwertungsverfahren einen Fremdkörper darstellen und nicht leichthin angenommen werden dürfen. Andererseits bilden die besonderen Zusicherungen im Zwangsverwertungsverfahren - im Unterschied zum normalen Kaufvertrag - Bestandteil der öffentlich-rechtlichen Verfügung (sie sind explizit aufzuführen). Damit einigen sich die Parteien implizit auf die Kausalität zwischen Zusicherung und Kaufentschluss⁵¹⁸. Es kann nicht sein, dass bei Fehlen einer in der Verfügung festgehaltenen Zusicherung jeweils noch die Frage gestellt werden muss, ob der fragliche Passus für den Erwerber nun kausal war oder nur einen Nebenpunkt darstellte. 222

Entsprechend komme ich zum Schluss, dass das Fehlen einer besonderen Zusicherung gemäss Art. 234 Abs. 1 OR auch dann geltend gemacht werden kann, 223

⁵¹⁶ Dasselbe gilt auch beim normalen Betriebsverkauf: Um an den Käufer verteilte ausservertragliche Dokumente nicht bloss als Auslegungshilfe, sondern als Zusicherung qualifizieren zu können, sind sie dem Vertrag als integrierender Bestandteil anzuhängen (BÖCKLI (1998), S. 87).

⁵¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2009 vom 8. Februar 2010 Erw. 3.2.2; BGE 102 II 97 Erw. 2.a); BGE 87 II 244 Erw. 2.a); BGE 71 II 239 Erw. 4; SCHÖNLE / HIGI, in: ZK OR (2005), N 95 zu Art. 197; HONSELL, in: BSK OR-I (2015), N 14 zu Art. 197, m.w.H.; A.A. GIGER, in: BK OR (1979), N 31 ff., insbesondere N 33 zu Art. 197, m.w.H.; VISCHER (2011), S. 85.

⁵¹⁸ BÖCKLI (1998), S. 88.

wenn dies für den Erwerber nicht kausal für den Kaufentschluss gewesen war⁵¹⁹.

c. Rechtsfolgen

- 224 Die Rechtsbehelfe des Erwerbers bei Fehlen von besonders zugesicherten Eigenschaften sind in der öffentlichrechtlichen Verfügung selbst möglichst präzise zu regeln⁵²⁰. Mangels expliziter Regelung in der öffentlichrechtlichen Verfügung kommt das dispositive Kaufrecht (d.h. Wandelung und Minderung) analog zur Anwendung, weil Art. 234 Abs. 1 OR das allgemeine Kaufrecht nicht verdrängt, sondern lediglich modifiziert⁵²¹. Eine Rückabwicklung (Wandelung) soll dabei nur im Ausnahmefall zur Anwendung kommen⁵²². Im Regelfall wird eine Preisminderung das probate Mittel darstellen⁵²³.
- 225 Dasselbe gilt auch für die Frage, wie und in welcher Frist der Erwerber das Fehlen von besonders zugesicherten Eigenschaften geltend zu machen hat. Wiederum empfiehlt sich eine explizite Regelung in der öffentlichrechtlichen Verfügung, ansonsten die kaufrechtlichen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten zur Anwendung kommen⁵²⁴.

3. Zweite Ausnahme: Absichtliche Täuschung der Bietenden

- 226 Die absichtliche Täuschung gemäss Art. 234 Abs. 1 OR unterscheidet sich nicht von der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 28 OR⁵²⁵. Darunter ist stets die

⁵¹⁹ Allerdings dürfte sich das Problem in der Praxis nicht stellen: Erstens sind Konkursverwaltungen bei der Gewährung von besonderen Zusicherungen erfahrungsgemäss sehr zurückhaltend. Werden aber solche besonderen Zusicherungen gewährt, dann ohnehin regelmässig nur mit Bezug auf für den Erwerber wesentliche und für dessen Kaufentscheid kausale Eigenschaften des Objekts. Drittens beinhaltet eine schriftliche besondere Zusicherung wie gesagt eine implizite Anerkennung der Kausalität für den Kaufentschluss.

⁵²⁰ VISCHER (2002), S. 158.

⁵²¹ GIGER, in: BK OR (1999), N 11 zu Art. 234.

⁵²² Vgl. zu den Nachteilen der Wandelung im Betriebsverkauf allgemein BÖCKLI (1998), S. 81. Die Folgen sind beim Betriebsverkauf in der Zwangsverwertung wohl noch gravierender. Zudem scheidet eine Wandelung bei einem Betriebsverkauf i.d.R. schon aufgrund von Art. 207 Abs. 3 OR aus (Umgestaltung des Betriebs durch den Käufer).

⁵²³ WATTER (1990), S. 175; FUCHS (1999), S. 119 f.

⁵²⁴ Art. 201 OR. Diese Bestimmung ist anerkanntermassen beim Kauf und insbesondere beim Betriebsverkauf verfehlt; betreffend Gewährleistungen in der Zwangsverwertung ist sie jedoch äusserst passend.

⁵²⁵ Dies scheint logisch und ergibt sich indirekt aus BGE 123 III 165, wo das Bundesgericht betreffend den Begriff der absichtlichen Täuschung gemäss Art. 234 Abs. 3 OR (und damit

(absichtliche) Vorspiegelung falscher Tatsachen oder das (absichtliche) Verschweigen vorhandener Tatsachen zu verstehen⁵²⁶.

4. Garantie?

Nachdem das Gesetz in Art. 234 Abs. 1 OR besondere Zusicherungen zulässt, stellt sich die Frage, wie es sich in der Zwangsverwertung mit den beim normalen Betriebsverkauf sehr häufig vorkommenden Garantieabreden (i.S.v. Art. 111 OR) verhält⁵²⁷. Ob konkret eine Garantieabrede oder (nur) eine besondere Zusicherung vorliegt, liegt oftmals nicht auf der Hand und ist unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln⁵²⁸. 227

Mittels Garantieabrede können Eigenschaften, welche über die Beschreibung des Betriebs und dessen Vertragsmässigkeit hinausgehen (und damit nicht zusicherungsfähig sind⁵²⁹), mithin auch zukünftige Entwicklungen, abgesichert werden⁵³⁰. Bei einer Garantieabrede präzisiert der Verkäufer nicht den Betrieb resp. dessen Eigenschaften, sondern verpflichtet sich, bei Eintritt / Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses den vereinbarten Betrag zu bezahlen⁵³¹. Garantieabreden sind damit, im Gegensatz zu den besonderen Zusicherungen gemäss Art. 234 Abs. 1 OR, vom dispositiven Kaufrecht losgelöst. Entsprechend gelten die Art. 197 ff. OR nicht, was praktisch sehr bedeutsam ist. So kommt Art. 199 OR nicht zur Anwendung, weshalb die Garantie bei Grobfahrlässigkeit nicht webgedungen werden kann (Art. 100 Abs. 1 OR). Sodann gelten für die Garantie nicht die strengen (für die Zwangsverwertung aber passenden) kaufrechtlichen Prüfungs- und Rügeobliegenheiten gemäss Art. 201 OR und statt der kurzen Verjährungsfristen von Art. 210 OR kommt die ordentliche Zehnjahresfrist 228

in einer freiwilligen öffentlichen Steigerung) mehrmals auf das absichtliche Verhalten gemäss Art. 28 OR und die Literatur zu dieser Bestimmung abstellte. Dasselbe muss auch für die absichtliche Täuschung gemäss Art. 234 Abs. 1 OR in der Zwangsverwertung gelten.

⁵²⁶ BGE 116 II 431 Erw. 3.a). Vgl. für weitere Details beispielsweise SCHMIDLIN, in: CR CO-I (2012), N 5 ff. zu Art. 29; SCHMIDLIN, in: BK OR (2013), N 12 ff. zu Art. 28; SCHWENZER, in: BSK OR-I (2015), N 3 ff. zu Art. 28.

⁵²⁷ Zu den diversen Garantien im Betriebskaufvertrag vgl. VISCHER (2013), S. 325 ff., insbesondere S. 328. Siehe zur Garantie i.S.v. Art. 111 OR im Unternehmenskauf auch WEBER, in: BK OR (2002), N 25 zu Art. 111.

⁵²⁸ HONSELL, in: BSK OR-I (2015), N 17 zu Art. 197; VISCHER (2013), S. 329.

⁵²⁹ Vgl. vorne N 215 ff.

⁵³⁰ GIGER, in: BK OR (1979), N 20 zu Art. 197.

⁵³¹ BÖCKLI (1998), S. 92.

gemäss Art. 127 OR zur Anwendung. Im Ergebnis ist eine selbständige Garantie im Vergleich zur besonderen Zusicherung für den Käufer äusserst vorteilhaft⁵³².

- 229 Ist schon für besondere Zusicherungen in der Zwangsverwertung wenig Raum, kann für selbständige Garantieabreden, welche zudem während zehn Jahren als Damoklesschwert über der Verwertung hängen - kein Platz sein. Ein anderes Ergebnis ist mit der ratio legis von Art. 234 Abs. 1 OR und dem Zweck der Zwangsverwertung nicht vereinbar.

5. Eigener Vorschlag

- 230 Besondere Zusicherungen stellen einen Fremdkörper in der Zwangsverwertung dar und können ein Verfahren erheblich verzögern⁵³³. Ebenso klar ist aber, dass die Gewährung von besonderen Zusicherungen einen höheren Erlös und u.U. dem Erwerber den nötigen *comfort* geben können, die Transaktion überhaupt abzuschliessen. Unbestritten ist weiter, dass besondere Zusicherungen möglich sind, solange Art. 234 Abs. 1 OR nicht geändert wird⁵³⁴.
- 231 Besondere Zusicherungen sollten nur ausnahmsweise gewährt werden und sowieso nur dann, wenn die Konkursverwaltung den Betrieb in groben Zügen kennt und das mit den besonderen Zusicherungen verbundene Risiko in etwa abschätzen kann. Auch muss dadurch ein wesentlicher Mehrerlös generiert werden können. Die Konkursverwaltung muss das Verhältnis zwischen generiertem Mehrerlös und eingegangenem Risiko prüfen und abwägen.
- 232 Die Lösung des noch nicht ausdiskutierten⁵³⁵ Zielkonfliktes liegt m.E. darin, die Dauer, während der die Verkäuferin für besondere Zusicherungen einzustehen haben, möglichst zu begrenzen und zwar deutlich unter die Frist von zwei Jahren gemäss dispositivem Kaufrecht (Art. 210 OR).
- 233 Die Gewährleistungsfrist sollte jedenfalls so lange bemessen sein, dass der Erwerber in der Lage ist, das Vorhandensein resp. Nichtvorhandensein der besonderen Zusicherungen auch tatsächlich zu überprüfen. Bei einem Betriebskauf sicherlich zu kurz sind die rund zwei Wochen gemäss BGE 107 II 419⁵³⁶. Mit BÖCKLI ist davon auszugehen, dass eine einigermaßen solide Prüfung des Ist-

⁵³² BÖCKLI (1998), S. 95 f. und 101.

⁵³³ Vgl. vorne N 204 ff.

⁵³⁴ Vgl. vorne N 210 ff.

⁵³⁵ So GIGER, in: BK OR (1999), N 23 zu Art. 234.

⁵³⁶ Bei diesem Entscheid (BGE 107 II 419 Erw. 2) ging es allerdings um die Prüfungs- und Rückgeobliegenheit gemäss Art. 201 OR.

Zustands des erworbenen Betriebs mindestens das Vorhandensein eines Monatsabschlusses verlangt. Unter Berücksichtigung der notwendigen Zeit für Erstellung des Abschlusses und der Prüfung sind mindestens zwei Monate erforderlich⁵³⁷. Anhaltspunkte für mögliche maximale Gewährleistungsfristen finden sich in Art. 129 Abs. 2 und Art. 136 SchKG sowie Art. 96 lit. b KOV, welche maximale Zahlungsfristen von 20 Tagen (bei Mobilien), drei Monaten (bei Grundstücken im summarischen Verfahren) und sechs Monaten (bei Grundstücken im ordentlichen Verfahren) vorsehen⁵³⁸. Wird eine Zahlungsfrist gewährt und eine besondere Zusicherung gegeben, kann es sachgerecht sein, die Fristen parallel anzusetzen, d.h. bei Ablauf der Zahlungsfrist auch die Gewährleistung enden zu lassen.

Vor diesem Hintergrund plädiere ich für Gewährleistungsfristen zwischen mindestens zwei und maximal sechs Monaten, wobei auch die erwartete (ohnehin) verbleibende Verfahrensdauer berücksichtigt werden kann⁵³⁹. Wenn möglich ist die Gewährleistungsfrist an die Zahlungsfrist anzugleichen⁵⁴⁰. 234

Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass eine derartige Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist beim Betriebskauf im Zwangsverwertungsverfahren zulässig ist. Gemäss Art. 210 Abs. 4 OR, welcher für die Frage der Verjährung der Gewährleistungsansprüche auch in der Zwangsverwertung anwendbar ist⁵⁴¹, ist eine Verkürzung der Gewährleistungsfrist unter zwei Jahre (bei ungebrauchten Sachen) resp. ein Jahr (bei gebrauchten Sachen) bei Konsumentenverträgen unzulässig. Selbst wenn eine Privatperson einen Betrieb erwirbt, wird dieser nie für den persönlichen oder familiären Gebrauch gemäss Art. 210 Abs. 4 lit. b. OR bestimmt sein. E contrario ist eine beliebige Verkürzung der Gewährleistungsfrist zulässig⁵⁴². 235

⁵³⁷ BÖCKLI (1998), S. 71.

⁵³⁸ Vgl. vorne N 187.

⁵³⁹ Vgl. VISCHER (2002), S. 158, der verlangt, dass die Haftung „innert kurzer Frist“ erledigt ist.

⁵⁴⁰ Vgl. zur (weitaus grosszügigeren) Praxis betreffend Gewährleistungen beim Betriebsverkauf im Chapter 11 hinten N 957 ff.

⁵⁴¹ Zur Komplettierung der Gewährleistung sind Art. 197 ff. OR heranzuziehen (GIGER, in: BK OR (1999), N 11 zu Art. 234; vgl. vorne N 224).

⁵⁴² Dieses Resultat müsste sich bereits aus der Tatsache, dass die Gewährleistung komplett ausgeschlossen werden kann (resp. dies sogar die Regel ist, vgl. Art. 234 OR) und - a maiore ad minus - auch eine Verkürzung unter die gesetzliche Frist möglich sein muss, ergeben. Allerdings haben wir im Kaufrecht tatsächlich die Situation, dass die Gewährleistung vollständig wegbedungen werden kann (unter Vorbehalt von Arglist, vgl. Art. 199 OR), sie jedoch - bei Konsumentenverträgen - nicht unter ein Jahr (bei gebrauchten Sachen) resp. zwei Jahre (bei ungebrauchten Sachen) verkürzt werden kann. Zur strittigen Frage der vertraglichen Verkürzung der gesetzlichen Verjährung im Allgemeinen vgl. GAUCH / SCHLUEP / EMMENEGGER (2014), N 3373 ff. und DÄPPEN, in: BSK OR-I (2015), N 5 zu Art. 129.

V. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit

A. Nichtigkeit

1. Allgemeines

- 236 Gemäss Art. 22 Abs. 1 SchKG sind öffentlichrechtliche Verfügungen, welche gegen Vorschriften verstossen, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, nichtig. Eine Verfügung ist - entsprechend den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen - nichtig, wenn sie (i) einen besonders schweren Mangel aufweist, welcher (ii) offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und (iii) die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet, wobei eine Abwägung des Interesses an der Aufrechterhaltung der Verfügung und des Interesses an der korrekten Rechtsanwendung vorzunehmen ist⁵⁴³.
- 237 Die Nichtigkeit einer öffentlichrechtlichen Verfügung kann jederzeit⁵⁴⁴ von jedermann, der zumindest in seinen tatsächlichen Interessen betroffen ist⁵⁴⁵, geltend gemacht werden. Die Aufsichtsbehörden können die Nichtigkeit einer öffentlichrechtlichen Verfügung bei Kenntnis von Amtes wegen feststellen⁵⁴⁶. Eine nichtige öffentlichrechtliche Verfügung konnte schon bei Erlass keinerlei Wirkungen entfalten⁵⁴⁷. Sie ist rechtlich so zu behandeln, als hätte sie nie bestanden (wirkungslos *ex tunc*). Da sie nie bestanden hat, braucht sie auch nicht formell aufgehoben zu werden⁵⁴⁸.
- 238 Aufgrund dieser drastischen Rechtsfolgen ist eine öffentlichrechtliche Verfügung nur ausnahmsweise als nichtig zu betrachten. Eine normale Rechtsverletzung ist nicht ausreichend; die entsprechende Verfügung kann in diesem Fall lediglich angefochten werden. Diesen schwammigen Nichtigkeitsbegriff abstrakt zu konkretisieren ist schwierig; letztlich muss in jedem Einzelfall eine

⁵⁴³ BGE 122 I 97, Erw. 3.a)aa); HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2016), § 15 N 1098; TSCHANEN / ZIMMERLI / MÜLLER (2014), § 31 N 16 ff.; STAEHELIN (2005), S. 401; COMETTA / MÖCKLI, in: BSK SchKG-I (2010), N 8 zu Art. 22.

⁵⁴⁴ Vgl. zu den zeitlichen Schranken aber sogleich N 239 ff.

⁵⁴⁵ Mangels eines solchen tatsächlichen Interesses kann die Eingabe höchstens im Sinne einer Anzeige entgegengenommen werden, welche u.U. ein Eingreifen von Amtes wegen rechtfertigt. Keinesfalls soll bei Vorliegen einer Nichtigkeit eine Populärbeschwerde möglich sein (BGE 112 III 1 Regeste und Erw. 1 d).

⁵⁴⁶ Art. 22 Abs. 1 SchKG; BGE 115 III 24 Erw. 1.

⁵⁴⁷ BGE 112 III 65 Erw. 3.

⁵⁴⁸ AMONN / WALTHER (2013), § 6 N 35.

sorgfältige Abwägung erfolgen. Für die umfangreiche Kasuistik sei auf die Spezialliteratur verwiesen⁵⁴⁹.

2. Faktische Heilung infolge Zeitablaufs?

Ein mit Mängeln behafteter Betriebsverkauf kann gemäss Art. 132a SchKG innerhalb eines Jahres nach der Verwertung angefochten werden - danach ist das Beschwerderecht verwirkt und der Mangel faktisch geheilt⁵⁵⁰. Diese Verwirkung trägt erheblich zur Rechtssicherheit bei. Gerade ein Betriebsverkauf kann schon nach kurzer Zeit (oftmals nach deutlich weniger als einem Jahr) kaum oder nur verbunden mit erheblichem Aufwand rückabgewickelt werden⁵⁵¹. 239

Fraglich ist, ob die absolute Frist von einem Jahr gemäss Art. 132a SchKG auch bei Nichtigkeit (analog) zur Anwendung kommt. Ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht bei nichtigen öffentlichen Steigerungen und Freihandverkaufsverfügungen gleichermassen. Aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 132a Abs. 3 SchKG gilt die Jahresfrist jedoch nur für die Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG, nicht aber bei behaupteter Nichtigkeit⁵⁵². 240

In BGE 98 III 57 hat das Bundesgericht die Frage, ob ein nichtiger Zuschlag ab einer gewissen Zeit nicht mehr aufgehoben werden kann, explizit offen gelassen. Im konkreten Fall wurde die Aufhebung eines nichtigen Zuschlags nach über 13 Monaten für rechtmässig befunden, obwohl die Ersteigerin für den Nichtigkeitsgrund nicht verantwortlich war. Da die Gültigkeit des Zuschlags schon innerhalb eines Jahres seit der Versteigerung im Rahmen eines behördlichen Verfahrens in für die Ersteigerin erkennbarer Weise ernsthaft in Frage gestellt worden war, konnte sie sich nicht mit Grund darauf berufen, sie habe sich in ihrem Besitze sicher fühlen dürfen⁵⁵³. Eine Aufhebung der öffentlichrechtlichen Verfügung nach mehr als zwölf Monaten setzt sodann voraus, dass (i) die Feststellung der erkannten Nichtigkeit zeitnah erfolgt und (ii) der Kauf noch rückgängig gemacht werden kann⁵⁵⁴. 241

⁵⁴⁹ COMETTA / MÖCKLI, in: BSK SCHKG-I (2010), N 7 und 11 ff. zu Art. 22; AMONN / WALTHER (2013), § 6 N 37 f.; LORANDI (2000a), N 22 ff. zu Art. 22 SchKG; ERARD, in: CR LP (2005), N 22 f.

⁵⁵⁰ Vgl. dazu hinten N 255 ff., insbesondere N 258 ff.

⁵⁵¹ Vgl. die Skepsis des Bundesgerichts betreffend einer möglichen Rückabwicklung des Freihandverkaufs schon wenige Monate nach der Verwertung im Urteil des Bundesgerichts 5A_27/2013 vom 22. März 2013 Erw. 1.1 - 1.4.

⁵⁵² STAEHELIN (2005), S. 405 f.; LORANDI (1993), S. 205.

⁵⁵³ BGE 98 III 57 Erw. 2.

⁵⁵⁴ Vgl. die Regeste zu BGE 98 III 57 sowie dessen Erw. 2.

- 242 M.E. lässt sich diesem Entscheid entnehmen, dass ein nichtiger Zuschlag (wie auch eine nichtige Freihandverkaufsverfügung) nach Ablauf eines Jahres nicht mehr aufgehoben werden kann, wenn sich der Erwerber *bis dahin mit Grund in seinem Besitze sicher sein durfte*. Der Erwerber darf sich in seinem Besitze dann sicher fühlen, wenn er nicht selbst die Nichtigkeit herbeiführte und von der Nichtigkeit weder wusste noch hätte wissen müssen⁵⁵⁵. Ohnehin muss aber auch ein nichtiger Freihandverkauf resp. ein nichtiger Zuschlag faktisch noch rückgängig gemacht werden können. Beides dürfte bei einem Betriebsverkauf nach Ablauf eines Jahres nach Erlass der Freihandverkaufsverfügung resp. des Zuschlags in den meisten Fällen nicht mehr möglich sein.
- 243 Dieses Resultat führt zur gewünschten Rechtssicherheit. Innerhalb eines Jahres muss der Erwerber mit einer Aufhebung rechnen; danach nur noch dann, wenn er bereits davor an der Gültigkeit des Erwerbs zweifeln musste. Auch bleibt ein erheblicher Unterschied zum bloss anfechtbaren Erwerb, da dieser nach Ablauf von zwölf Monaten unter keinen Umständen aufgehoben werden kann⁵⁵⁶.

B. Anfechtbarkeit

1. Allgemeines

- 244 Der Betriebsverkauf (resp. die diesem zugrunde liegende Freihandverkaufsverfügung oder Steigerungszuschlag) kann als öffentlichrechtliche Verfügung mittels betriebsrechtlicher Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG (auch SchKG-Beschwerde) bei der Aufsichtsbehörde angefochten werden⁵⁵⁷. Der SchKG-Beschwerde kommt auf besondere Anordnung der Aufsichtsbehörde aufschiebende Wirkung zu⁵⁵⁸. Das Beschwerdeverfahren ist kostenlos und es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Ähnlich RUTZ / ROTH, in: BSK SCHKG-I (2010), N 6 zu Art. 132a; kritisch STAEHELIN (2005), S. 406.

⁵⁵⁶ Vgl. zur Beschwerdefrist bei einem anfechtbaren Zuschlag resp. Freihandverkauf hinten N 255 ff.

⁵⁵⁷ Ausgeschlossen ist die Beschwerde immer dann, wenn das SchKG eine gerichtliche Klage vorschreibt, was betreffend der hier interessierenden Verwertung jedoch nicht der Fall ist (vgl. Art. 132a Abs. 1 SchKG).

⁵⁵⁸ Art. 36 SchKG. Als Ausnahme davon hat die Beschwerde gegen den Zuschlag eines Grundstücks automatisch aufschiebende Wirkung (Art. 66 VZG; BGE 121 III 197 Erw. 2, bestätigt in BGE 129 III 100 Erw. 3). Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb beim freihändigen Verkauf von Grundstücken eine andere Regelung gelten soll.

⁵⁵⁹ Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV.

Die SchKG-Beschwerde ist nur zulässig, wenn sie einen praktischen Verfahrenszweck verfolgt, was voraussetzt, dass auf die angefochtene Handlung noch zurückgekommen werden kann. Beim Verfahren vor Bundesgericht kann das Erfordernis des praktischen Verfahrenszwecks mit dem schutzwürdigen Interesse gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b. BGG gleichgesetzt werden⁵⁶⁰. Unzulässig ist die Beschwerde hingegen immer dann, wenn der Beschwerdeführer damit lediglich Pflichtwidrigkeiten festgestellt haben will, um gestützt darauf später Schadenersatzforderungen geltend zu machen⁵⁶¹. Kein praktischer Verfahrenszweck liegt beispielsweise vor, wenn der Ersteigerer eines Betriebs diesen weiterverkauft und der Dritterwerber aufgrund seines guten Glaubens geschützt ist. In diesem Fall kann die öffentliche Steigerung nicht mehr rückgängig gemacht werden. Die Aufsichtsbehörde kann auf die SchKG-Beschwerde nicht eintreten⁵⁶².

2. Anfechtungsobjekt

Anfechtungsobjekt ist die öffentlichrechtliche Verfügung, mit der die Behörde den Betrieb auf den Erwerber überträgt, mithin der Zuschlag bei der öffentlichen Steigerung oder die Freihandverkaufsverfügung beim freihändigen Verkauf⁵⁶³.

Darüber hinaus können in einem Verwertungsverfahren aber sämtliche öffentlichrechtlichen Verfügungen angefochten werden, welche das Verfahren vorantreiben oder beenden und eine Aussenwirkung zeitigen⁵⁶⁴, mithin also auch Zwischenentscheide, da ansonsten u.U. gewisse Verfahrensschritte wiederholt werden müssten, was Verzögerungen zur Folge hätte⁵⁶⁵. Anfechtbar sind beispielsweise die Steigerungsbedingungen, das Lastenverzeichnis oder der Beschluss der Gläubigerversammlung, einen Gegenstand nicht zu versteigern,

⁵⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A_27/2013 vom 22. März 2013 Erw. 1.1.

⁵⁶¹ Urteil des Bundesgerichts 5A_27/2013 vom 22. März 2013 Erw. 1.1, m.w.H. In diesem Fall hat das Bundesgericht die Frage, ob ein aktuelles Interesse vorliegt, stark angezweifelt (Weiterverkauf resp. Zerstörung eines wesentlichen Teils der erworbenen Gegenstände), jedoch nicht abschliessend beantworten müssen, da die Beschwerde aus anderen Gründen abgewiesen werden konnte (vgl. Erw. 1.4.).

⁵⁶² BGE 107 III 20 Erw. 3.

⁵⁶³ Art. 132a Abs. 1 SchKG.

⁵⁶⁴ BGE 116 III 91 Erw. 1.

⁵⁶⁵ RUTZ / ROTH, in: BSK SCHKG-I (2010), N 1 zu Art. 132a.

sondern freihändig zu verkaufen⁵⁶⁶. Ebenfalls anfechtbar sind Beschlüsse des Gläubigerausschusses⁵⁶⁷.

3. Beschwerdelegitimation

- 248 Gemäss den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ist beschwerdelegitimiert, wessen rechtlich geschützte oder tatsächliche Interessen durch eine öffentlichrechtliche Verfügung eines Vollstreckungsorgans angeblich verletzt sind. Vorausgesetzt sind weiter ein aktuelles und konkretes Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der angefochtenen Verfügung⁵⁶⁸. Regelmässig beschwerdelegitimiert sind die Schuldnerin⁵⁶⁹ und die Gläubiger⁵⁷⁰, aber auch Dritte wie beispielsweise Teilnehmer einer öffentlichen Steigerung⁵⁷¹.
- 249 Betreffend Beschwerdelegitimation ergibt sich ein Unterschied zwischen Freihandverkauf und öffentlicher Steigerung. Der übergangene Bieter bei der öffentlichen Steigerung kann den einem anderen Bieter erteilten Zuschlag anfechten, weil er - bei Abgabe des höchsten Angebots - einen Rechtsanspruch auf den Zuschlag hat⁵⁷². Anders verhält es sich beim Freihandverkauf, wo der Konkursverwaltung bei der Wahl des Erwerbers ein gewisses Ermessen zusteht⁵⁷³.

⁵⁶⁶ Vgl. die Kasuistik bei COMETTA / MÖCKLI, in: BSK SCHKG-I (2010), N 21 f. zu Art. 17.

⁵⁶⁷ Allerdings handelt es sich beim Gläubigerausschuss gemäss BGE 95 III 25 (lediglich) um ein fakultatives gesetzliches Hilfsorgan ohne vollziehende Gewalt, dessen Beschlüsse erst mit der Umsetzung durch die Konkursverwaltung Aussenwirkung zeitigen und damit erst bei der Umsetzung durch die Konkursverwaltung - das meint das Bundesgericht - anfechtbar werden (BGE 95 III 25 Erw. 2. b); anders noch u.a. BGE 83 III 120; BGE 27 I 123 Erw. 4). Diese Rechtsprechung wird zu Recht kritisiert; mit der herrschenden Lehre (AMONN / WALTHER (2013), § 6 N 9 und § 45 N 18; SPRECHER (2003), N 778; GILLIÉRON (1999), N 10 zu Art. 17 SchKG; LORANDI (2000a), N 57 und 71 zu Art. 17 SchKG; RUSSENBERGER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 10 zu Art. 239) ist deshalb davon auszugehen, dass auch Beschlüsse des Gläubigerausschusses mit Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG angefochten werden können.

⁵⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts 7B.60/2005 vom 24. Mai 2005 Erw. 2.1 m.w.H.

⁵⁶⁹ Gegenbeispiel: Die Schuldnerin ist nicht beschwerdelegitimiert, wenn sie sich in einer Beschwerde gegen die Weiterführung des Betriebs auf einen angeblichen den Gläubigern zugefügten oder drohenden Nachteil, nicht aber auf eigene Rechte oder Interessen, beruft (BGE 95 III 25 Erw. 2).

⁵⁷⁰ BGE 129 III 595 Erw. 3.2.

⁵⁷¹ Vgl. Art. 230 OR; BGE 95 III 21 Erw. 1. Für weitere Beispiele vgl. AMONN / WALTHER (2013), § 6 N 28.

⁵⁷² Art. 258 Abs. 1 SchKG; LORANDI (1993), S. 199.

⁵⁷³ Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 11. Mai 2011 Erw. 10, publ. in: BISchK 2013, S. 207; Décision de l'autorité supérieure de surveillance en matière LP du canton de Valais du 5 juillet 1985, publ. in: ZWR 1985, S. 315 ff.; Urteil der Rekurskommission des Kantons

Kommt ein Kaufinteressent trotz höherem Angebot nicht zum Zug, kann die Freihandverkaufsverfügung deswegen nicht angefochten werden. Den Gläubigern bleibt nur die Möglichkeit, ihren Schaden gestützt auf Art. 5 SchKG gegenüber dem Staat geltend zu machen. Dem höchstbietenden Kaufinteressenten ist auch diese Möglichkeit verwehrt⁵⁷⁴.

4. Beschwerdegegner

Beschwerdegegner oder Gegenpartei ist immer das Vollstreckungsorgan, welches die öffentlichrechtliche Verfügung erlassen hat⁵⁷⁵. Dies kann beim Freihandverkauf speziell erscheinen, wenn beispielsweise ein Gläubiger den Betriebsverkauf an einen anderen Interessenten anfechtet und dieser entsprechend von der Beschwerde ungemein stärker betroffen ist als die verfügende Konkursverwaltung. Einer solchen Situation kann insofern Rechnung getragen werden, als der Dritterwerber wenn nicht als Partei, immerhin als Verfahrensbeteiligter sein rechtliches Gehör wahren kann⁵⁷⁶. 250

5. Beschwerdegründe

Im Gegensatz zur Nichtigkeit ist keine qualifizierte Rechtsverletzung verlangt. Vielmehr kann, nebst der (normalen) Gesetzesverletzung, auch (nur) die Unangemessenheit der Verfügung geltend gemacht werden⁵⁷⁷. Die Aufsichtsbehörde führt in diesen Fällen m.a.W. auch eine Ermessenskontrolle aus. Sie setzt ihr eigenes Ermessen an die Stelle jenes der verfügenden Behörde⁵⁷⁸. 251

Insbesondere beim Freihandverkauf steht dem Vollstreckungsorgan ein erheblicher Ermessensspielraum zu, da im Gesetz nur die Voraussetzungen, nicht 252

Thurgau vom 8. Februar 1974, publ. in: BLSchK 1978, N 11 S. 48 f.; WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 47 FN 39; vgl. auch vorne N 196.

⁵⁷⁴ Ein übergangener Kaufinteressent ist aber beschwerdelegitimiert, wenn ihm das Konkursamt die Gelegenheit zur Abgabe eines nochmaligen, höheren Angebots verbindlich versprochen hatte und dem nicht nachgekommen ist. Seine Beschwerdelegitimation ergibt sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (für einen ähnlich gelagerten Fall vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 11. Mai 2011 Erw. 12, publ. in: BLSchK 2013, S. 208 ff.).

⁵⁷⁵ COMETTA / MÖCKLI, in: BSK SCHKG-I (2010), N 47 zu Art. 17; siehe jedoch den Hinweis auf die neue Praxis des Obergerichts Luzern von STAEHELIN, in: BSK SCHKG EB (2017), ad N 47 zu Art. 17.

⁵⁷⁶ WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1984), § 8 N 17.

⁵⁷⁷ Art. 17 Abs. 1 SchKG.

⁵⁷⁸ AMONN / WALTHER (2013), § 6 N 17.

aber Inhalt und Verfahren geregelt sind⁵⁷⁹. Das Vollstreckungsorgan ist aber auch beim Freihandverkauf verpflichtet, ein für die Gläubiger möglichst günstiges Ergebnis zu erzielen⁵⁸⁰. Der in der Freihandverkaufsverfügung festgelegte Preis muss insgesamt als fair erscheinen, was mit Beschwerde auf Angemessenheit überprüft werden kann⁵⁸¹. Entsprechend kann eine Freihandverkaufsverfügung auch mit der Begründung angefochten werden, der Erlös sei zu tief, weil die Behörde nicht alle angesichts der konkreten Umstände (Wert des Objekts, Kosten, Vorhandensein weiterer potentieller Interessenten) zumutbaren Anstrengungen unternommen habe⁵⁸².

- 253 Typische Gesetzesverletzungen bei der Verwertung sind die Verletzung von Verfahrensvorschriften, namentlich auch der VZG. Wird beispielsweise ein Betrieb freihändig verkauft, ohne dass sämtlichen Gläubigern die Abgabe eines Höhergebots gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG ermöglicht wurde, ist die entsprechende Verfügung infolge Gesetzesverletzung anfechtbar. Ebenfalls anfechtbar ist der Zuschlag bei einer öffentlichen Steigerung, wenn der Schuldnerin vorgängig Ort und Zeit (vgl. Art. 125 Abs. 3 SchKG) nicht mitgeteilt wurden⁵⁸³ oder die Steigerungsbedingungen keinen Hinweis auf das anwendbare BGBB enthielten⁵⁸⁴. Der Steigerungszuschlag oder die Freihandverkaufsverfügung kann sodann gestützt auf Willensmängel angefochten werden, und zwar auch dann, wenn die Behörde vorgängig keine Aufklärungspflichten verletzt⁵⁸⁵ und keine unzutreffenden Angaben betreffend das Kaufobjekt macht⁵⁸⁶. Der Willensmangel für sich alleine ist ausreichend⁵⁸⁷. Einen besonderen Willensmangel zum Gegenstand hat Art. 230 OR, wonach eine öffentliche Steigerung angefochten werden kann, wenn die Versteigerung aufgrund eines widerrechtlichen

⁵⁷⁹ Vgl. vorne N 194.

⁵⁸⁰ Art. 134 Abs. 1 SchKG analog. Vgl. vorne N 196.

⁵⁸¹ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PS120211 vom 13. Dezember 2012 Erw. 5.2.3.

⁵⁸² Urteil des Bundesgerichts 5A_108/2016 vom 29. April 2016 Erw. 3.2.; STAEHELIN (2005), S. 404; a.A. LORANDI (1993), S. 200.

⁵⁸³ BGE 106 III 21.

⁵⁸⁴ BGE 128 III 339 Erw. 5.a).

⁵⁸⁵ So in BGE 79 III 114. An der Gant selber liess es der Gantleiter freilich „an der nach den Umständen gebotenen Pflicht zur Aufklärung des Gantpublikums fehlen“ (BGE 79 III 114 Erw. 2).

⁵⁸⁶ So in BGE 95 III 21. Vgl. zu diesem umstrittenen Entscheid vorne N 212 ff. Im Urteil des Bundesgerichts vom 16. Juli 2007 5A_219/2007 Erw. 2 wurde das Vorliegen eines Grundlagenirrtums betreffend das Lastenverzeichnis bei einer öffentlichen Steigerung mangels Erkennbarkeit für die Gegenpartei verneint.

⁵⁸⁷ STAEHELIN (2005), S. 403 mit Hinweis auf BGE 129 III 363.

oder sittenwidrigen Täuschungsmanövers (*pactum de licitando* resp. *pactum de non licitando*) beeinflusst wird⁵⁸⁸.

6. Beschwerdefrist

a. Relative Frist

Die Beschwerde ist innerhalb von zehn Tagen⁵⁸⁹ ab Kenntnis der Verfügung, d.h. ab Kenntnis des Freihandverkaufs resp. der öffentlichen Steigerung, bei der Aufsichtsbehörde einzureichen⁵⁹⁰. 254

b. Absolute Frist

Art. 132a SchKG beschränkt diese relativen Beschwerdefristen im Interesse der Rechtssicherheit auf ein Jahr ab der Verwertung, mithin ein Jahr nach dem Zuschlag bei der öffentlichen Steigerung⁵⁹¹ resp. dem Erlass der Freihandverkaufsverfügung⁵⁹². 255

Wird ein Betrieb mittels Freihandverkauf verwertet, wird die Freihandverkaufsverfügung regelmässig unter Suspensivbedingungen erlassen resp. von den Parteien unterzeichnet und später vollzogen⁵⁹³. Damit stellt sich die Frage, ob die Jahresfrist ab Unterzeichnung oder ab Vollzug oder, je nach Vereinbarung in der Freihandverkaufsverfügung, gar noch früher, beispielsweise ab Konkursöffnung, zu laufen beginnt. 256

Zur Beantwortung dieser Frage sind grundsätzliche sachenrechtliche Prinzipien heranzuziehen. Eine rückwirkende Übertragung des Eigentums an einer Sache, 257

⁵⁸⁸ SCHMIDLIN, in: BK OR (2013), N 144 ff. zu Art. 28; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2006), N 8 zu Art. 132a SchKG.

⁵⁸⁹ Es handelt sich auch hierbei um eine Verwirkungsfrist, welche als solche nicht erstreckbar ist (Art. 31 SchKG i.V.m. Art. 144 Abs. 1 ZPO), vgl. COMETTA / MÖCKLI, in: BSK SCHKG-I (2010), N 50 zu Art. 17.

⁵⁹⁰ Art. 17 Abs. 1 - 3 SchKG. Beschlüsse der ersten Gläubigerversammlung im Konkurs müssen aufgrund der besonderen Dringlichkeit innerhalb von fünf Tagen ab Kenntnis des Beschlusses mittels Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde angefochten werden (Art. 239 Abs. 1 SchKG).

⁵⁹¹ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2006), N 10 zu Art. 132a SchKG.

⁵⁹² LORANDI (1993), S. 204.

⁵⁹³ Eine typische Bedingung ist, dass kein Gläubiger ein höheres Angebot gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG einreicht.

einem Grundstück oder einer Forderung ist ausgeschlossen⁵⁹⁴. Sieht die Freihandverkaufsverfügung vor - was zulässig ist -, dass der Erwerber den Betrieb mit Wirkungen per Unterzeichnung oder gar per Konkurseröffnung übernimmt, so hat dies lediglich obligatorischen Charakter inter partes⁵⁹⁵. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Freihandverkaufsverfügung betreffend Beginn der Wirkungen des Betriebsverkaufs ist die Verwertung mit dem Eigentumsübergang vollendet. Der Eigentumsübergang ist daher als der für den Beginn der Frist gemäss Art. 132a SchKG relevante Zeitpunkt zu betrachten. Geht das Eigentum gestützt auf die Freihandverkaufsverfügung erst post Vollzug über⁵⁹⁶, gilt die Verwertung erst zu diesem Zeitpunkt als vollendet, welcher wiederum der für den Beginn des Fristenlaufs relevante Moment darstellt.

c. Schranken der Anfechtbarkeit

- 258 Während eines Jahres muss der Erwerber mit einer Anfechtung und dem Entzug des Eigentums am erworbenen Objekt rechnen⁵⁹⁷. Er kann sich vor Ablauf dieser Frist nicht auf seinen guten Glauben berufen⁵⁹⁸, und zwar auch nicht in Bezug auf das Eigentum der Schuldnerin an der an einer öffentlichen Steigerung oder mittels Freihandverkauf erworbenen Sache oder Grundstücks⁵⁹⁹.
- 259 Dies ist angesichts der besonderen Verhältnisse bei einer Zwangsvollstreckung gerechtfertigt: *Erstens* sind bei einer insolventen Gesellschaft Maschinen, Autos etc. regelmässig geleast, womit für den guten Glauben des Erwerbers wenig Raum bleibt. Der Erwerber muss das Risiko eines Drittspruchs gewissermassen einkalkulieren oder - wenn es für ihn derart zentral ist - eine besondere Zusicherung verlangen⁶⁰⁰. *Zweitens* sind die Eigentumsverhältnisse für die Konkursverwaltung - zumindest in grösseren Fällen - nicht rasch überblickbar. Könnte unter diesen Umständen ein gutgläubiger Erwerb stattfinden, würden

⁵⁹⁴ VON TUHR / PETER (1979), S. 153; OLGATI (2008), S. 70 ff. m.w.H.

⁵⁹⁵ OLGATI (2008), S. 70 und 82.

⁵⁹⁶ Dies ist im Gegensatz zur rückwirkenden Übertragung grundsätzlich zulässig (OLGATI (2008), S. 70 ff.).

⁵⁹⁷ Art. 132a Abs. 3 SchKG; BGE 106 III 23 Erw. 2.a).

⁵⁹⁸ LORANDI (1993), S. 204. Könnte sich der Erwerber auf seinen guten Glauben berufen, müsste er sich eine Rückgängigmachung des Verkaufs nicht gefallen lassen. Damit verlöre die Beschwerde jeden praktischen Zweck und wäre unzulässig.

⁵⁹⁹ So aber der Vorschlag von RUTZ / ROTH, in: BSK SCHKG-I (2010), N 13 zu Art. 132a.

⁶⁰⁰ Vgl. zu den besonderen Zusicherungen vorne N 210 ff.

die berechtigten Interessen des rechtmässigen Eigentümers über Gebühr strapaziert⁶⁰¹.

Eine Anfechtung ist jedoch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch vor Ablauf der Jahresfrist bereits ausgeschlossen, wenn der Erwerber die Sache inzwischen an einen gutgläubigen Dritten weiterverkauft hat⁶⁰². Da dessen guter Glaube geschützt ist (was m.E. auch dann gelten muss, wenn der Dritte weiss, dass die Sache vorgängig im Rahmen einer Zwangsverwertung erworben wurde), kann der Verkauf nicht mehr rückgängig gemacht werden, womit das Beschwerdeverfahren jeden praktischen Zweck verliert⁶⁰³. 260

7. Rechtsmittel

Sofern der betroffene Kanton zwei Aufsichtsbehörden kennt, kann der Entscheid der unteren Aufsichtsbehörde gemäss Art. 18 SchKG innert zehn Tagen an die obere kantonale Aufsichtsbehörde weitergezogen werden. Das zweite kantonale Verfahren ist - wie das vorangehende - grundsätzlich kostenlos und führt zu keinen Parteientschädigungen⁶⁰⁴. 261

Der Entscheid der oberen resp. einzigen kantonalen Aufsichtsbehörde kann - unabhängig vom Streitwert - mit Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG ans Bundesgericht weitergezogen werden⁶⁰⁵. Im Unterscheid zu den kantonalen Verfahren ist das Verfahren vor Bundesgericht kostenpflichtig; der Beschwerdeführer hat einen Kostenvorschuss zu leisten und die obsiegende Partei erhält eine Entschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren⁶⁰⁶. 262

⁶⁰¹ Das passiert genau in den USA, wo aufgrund der sog. Per Se Rule mit dem Vollzug praktisch und rechtlich nichts mehr dagegen unternommen werden kann (vgl. hinten N 962 ff.).

⁶⁰² Urteil des Bundesgerichts 5A_27/2013 vom 22. März 2013 Erw. 1.1; BGE 107 III 20 Erw. 3; BGE 106 III 21 Erw. 2.c), BGE 73 III 139 Erw. 2; vgl. auch BGE 106 III 79 Erw. 5.

⁶⁰³ Vgl. dazu auch vorne N 245.

⁶⁰⁴ Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a. und 62 Abs. 2 GebV.

⁶⁰⁵ Vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. a. und 74 Abs. 2 lit. c. BGG.

⁶⁰⁶ Anwendbar sind bezüglich Kosten- und Parteientschädigung Art. 62 - 68 BGG. Vgl. LEVANTE, in: BSK SCHKG-I (2010), N 95 ff. zu Art. 19.

C. Folgen von Nichtigkeit und erfolgreicher Anfechtung

1. Allgemeines

- 263 Die nichtige öffentlichrechtliche Verfügung ist von Anfang an ungültig und wirkungslos (ex tunc)⁶⁰⁷. Das Eigentum am verkauften Betrieb ist rechtlich nie auf den Erwerber übergegangen. Die Feststellung der Nichtigkeit hat bloss deklaratorische Bedeutung.
- 264 Wird ein Zuschlag einer öffentlichen Steigerung oder eine Freihandverkaufsverfügung erfolgreich angefochten und aufgehoben, so hat dies zur Folge, dass das Eigentum mit Wirkung ex tunc an den ursprünglichen Eigentümer zurückfällt⁶⁰⁸. Anders als bei Vorliegen einer nichtigen Freihandverkaufsverfügung resp. eines nichtigen Zuschlags ist der Erwerber tatsächlich Eigentümer geworden. Im einen wie im anderen Fall sind die ursprünglichen Verhältnisse wiederherzustellen, d.h. der Erwerber ist so zu stellen, wie wenn die öffentliche Steigerung resp. der Freihandverkauf nie stattgefunden hätte. Der Erwerber hat das Objekt im Zustand zurückzugeben, wie er es erworben hat und er erhält den bezahlten Kaufpreis erstattet⁶⁰⁹.
- 265 Bei einem ersteigerten Fahrrad mag diese Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes (sog. Rückabwicklung) relativ einfach zu bewerkstelligen sein. Die Rückabwicklung einer komplexen Organisation wie eines Betriebs hingegen, vor allem wenn sie erst nach einer gewissen Zeit erfolgen soll, stellt einen überaus komplexen Vorgang dar. In der Zwischenzeit wurden u.U. bereits die Medien und wichtige Kunden über die Akquisition und Weiterführung des Betriebs informiert, Mitarbeiter entlassen, einzelne Verträge gekündigt und neue eingegangen, Maschinen und Patente veräußert sowie Tochtergesellschaften fusioniert. Die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands ist in diesem Fall illusorisch.

⁶⁰⁷ Vgl. dazu vorne N 237.

⁶⁰⁸ AMONN / WALTHER (2013), § 6 N 74.

⁶⁰⁹ GILLIÉRON (2000), N 51 zu Art. 132a SchKG; BGE 39 I 445 Erw. 4.

2. Rückabwicklung des Betriebsverkaufs

a. Grundsatz: Praktischer Verfahrenszweck

Eine Beschwerde ist, wie gesehen, nur zulässig, sofern ein Zurückkommen auf die angefochtene Verfügung noch möglich ist, ansonsten auf die Beschwerde mangels praktischen Verfahrenszwecks nicht einzutreten ist⁶¹⁰. Die Frage, ob eine Rückabwicklung noch möglich ist, ist deshalb bei jeder Anfechtung eines Betriebsverkaufs von zentraler Bedeutung⁶¹¹. 266

Zwischen dem klassischen Beispiel des Totalverkaufs an einen gutgläubigen Dritten (Rückabwicklung ausgeschlossen) und der Situation, in der der Betrieb unverändert belassen wurde (Rückabwicklung möglich), dürfte es aber zahlreiche Konstellationen geben, in denen unklar ist, ob nun eine Rückabwicklung noch möglich ist. Damit stellt sich die Frage, wo die Grenze zu setzen ist resp. ab welcher konkreten Schwelle eine Rückabwicklung ausgeschlossen ist. 267

Immerhin dürfte klar sein, dass nicht bereits der Weiterverkauf von Handelswaren oder vom Betrieb zum Verkauf hergestellte Produkte eine Rückabwicklung ausschliesst, da der Erlös an deren Stelle tritt (sog. Surrogat)⁶¹² und dieser ohne weiteres (zusammen mit den noch vorhandenen Aktiven) zurückgegeben werden kann. Auch klar ist, dass die Vornahme eines Weiterverkaufs nur um diesen „dingfest“ zu machen, beispielsweise der Weiterverkauf an eine Konzerngesellschaft oder eine nahestehende Person, eine Rückabwicklung nicht ausschliesst. In einer solchen Konstellation gilt der Zweiterwerber nicht als gutgläubig⁶¹³. 268

⁶¹⁰ Vgl. dazu vorne N 245 und 260.

⁶¹¹ Beispiel eines erfolgreich angefochtenen Betriebsverkaufs mit angeordneter Rückabwicklung: Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève du 4 août 2006 DCSO/487/06 Erw. 1.c. („Une annulation de la vente impliquerait que les parties au contrat se rétrocèdent réciproquement les prestations qu’elles ont échangées; et cela apparaît encore possible.“) und Erw. 9.b. („L’annulation de la vente litigieuse implique que l’Office doit agir en vue de la rétrocession des actifs cédés [...]“).

⁶¹² VON TUHR / PETER (1979), S. 503; SCHULIN, in: BSK OR-I (2015), N 4 zu Art. 64; SCHWENZER (2016), N 58.05.

⁶¹³ BGE 73 III 139 Erw. 1; BGE 107 III 20 Erw. 3.

b. Umsetzung

(i) *Rückgabe der noch vorhandenen Aktiven*

- 269 Wie dargestellt bewirkt der Zuschlag bei der öffentlichen Steigerung wie auch der Erlass der Freihandverkaufsverfügung ohne weiteres den Übergang des Eigentums am Betrieb. Etwaige Verfügungsgeschäfte wie die Übergabe der Sachen, Grundbuch- oder Registereinträge sowie Anzeigen an Drittschuldner sind zwar vorzunehmen, haben aber bloss deklaratorische Wirkung⁶¹⁴. Dasselbe gilt - einfach in umgekehrter Richtung - bei Nichtigkeit oder Aufhebung. Der Erwerber hat den Betrieb samt und sonders zurück zu übertragen und alle deklaratorischen Verfügungsgeschäfte vorzunehmen resp. dabei zu kooperieren. Das Eigentum war von Anfang an nie beim Erwerber (bei Nichtigkeit) resp. fällt mit Wirkung ex tunc an die Veräusserin zurück (bei erfolgreicher Anfechtung).
- 270 Bei einem Betriebskauf muss für jedes Aktivum gesondert entschieden werden, ob es noch rückübertragen resp. rückzediert werden kann. Aktiven können in der Zwischenzeit etwa gebraucht, verkauft, zerstört, verschenkt werden oder durch Zufall untergehen. Sofern möglich ist jedoch eine Rückübertragung resp. Rückzession an die Konkursmasse vorzunehmen.

(ii) *Erstattung des Kaufpreises*

- 271 Falls für jedes Aktivum (resp. alle Aktiven derselben Gattung) ein individueller Preis vereinbart worden ist, gibt der Erwerber die noch vorhandenen Aktiven zurück und erhält den dafür bezahlten Kaufpreis erstattet⁶¹⁵. Für die bereits veräusserten Waren tritt der Erlös an deren Stelle, der mit dem Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises verrechnet werden kann⁶¹⁶. Auch der Kaufpreis für inzwischen gutgläubig zerstörte, verschenkte oder durch Zufall untergegangene Waren muss dem Erwerber erstattet werden. Da der Erwerb ex tunc aufgehoben wird, trägt diesen Schaden die Konkursmasse.
- 272 Falls lediglich ein Gesamtpreis vereinbart wurde, hat der Erwerber Anspruch auf den bezahlten Gesamtpreis, abzüglich des aus dem Weiterverkauf generierten Erlöses.

⁶¹⁴ Vgl. vorne N 113 sowie betreffend die öffentliche Steigerung N 185 ff. resp. betreffend den Freihandverkauf N 199 f.

⁶¹⁵ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2006), N 9 zu Art. 132a SchKG.

⁶¹⁶ Zur Frage, was bei einem Mehr- oder Mindererlös geschieht siehe sogleich N 281 ff.

c. Problemfelder

(i) *Mögliche neue Erwerber haben nur Interesse am Gesamtpaket*

In vielen Fällen dürfte eine teilweise Rückabwicklung wie eben beschrieben zwar praktisch umsetzbar sein, jedoch mit Verlusten für die Konkursmasse und damit die Gläubiger einhergehen, da für neue potentielle Erwerber nur das Gesamtpaket interessant ist. Infolge der nunmehr fehlenden weil nicht rückübertragbaren Aktiven, erfolgter Entlassungen oder sonstiger Vertragsauflösungen sowie des durch die Rückabwicklung entstandenen (Reputations-)Schadens wird ein neuerlicher Verkauf wenn nicht verunmöglicht, so doch regelmässig einen negativen Einfluss auf den noch erzielbaren Preis ausüben. 273

(ii) *Fehlende Kooperation des Erwerbers*

Als weiteres Problem kommt hinzu, dass der Erwerber bei der Rückabwicklung kooperieren muss. Insbesondere muss er die sachenrechtlichen Verfügungsgeschäfte vornehmen (auch wenn er sein Eigentum ex tunc verlor⁶¹⁷). 274

Immerhin dürfte bei Schweizer Erwerbern die Rückabwicklung zumindest rechtlich durchsetzbar sein, da die Aufsichtsbehörde die deklaratorischen Verfügungsgeschäfte anordnen kann (Herausgabe von Fahrnis, Löschung im Grundbuch, Anzeige an Drittschuldner)⁶¹⁸. 275

Handelt es sich beim Erwerber jedoch um einen Ausländer, ist die Rechtsdurchsetzung ungemein komplizierter und oftmals mit erheblichen Verzögerungen verbunden. Da ein Zweiterwerber das Risiko von jahrelangen und ungewissen Prozessen im Ausland kaum tragen wollen⁶¹⁹, kann ein nicht kooperierender Ausländer eine Rückabwicklung praktisch verunmöglichen⁶²⁰. So hat auch 276

⁶¹⁷ Vgl. vorne N 269.

⁶¹⁸ GILLIÉRON (2000), N 51 zu Art. 132a SchKG; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2006), N 9 zu Art. 132a SchKG; BGE 53 III 145 Erw. 2 und 3 (betreffend eine Versteigerung); das Gesagte gilt zweifelsohne - entgegen dem mittlerweile überholten BGE 106 III 79 Erw. 7 (vgl. BGE 128 III 104 Erw. 3 i.f.) - nicht nur für die öffentliche Steigerung, sondern auch für den Freihandverkauf.

⁶¹⁹ Das Risiko darf keinesfalls von den Gläubigern getragen werden müssen, siehe sogleich N 279 f.

⁶²⁰ Gemäss einem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich kann aber die Tatsache, dass der Freihandverkauf in einer Schweizer Anwaltskanzlei vollzogen wurde, als Indiz für eine Kooperation des ausländischen Erwerbers bei einer Rückabwicklung angesehen werden (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PS 120211 vom 13. Dezember 2012 Erw. 3.3 i.f.).

das Bundesgericht bei einem Notverkauf von u.a. Immaterialgüterrechten aus einer Konkursmasse festgehalten, dass eine Rückabwicklung „im Prinzip nicht mehr erfolgen kann“, weil die Rechtsdurchsetzung der Rückübertragung aus dem Ausland praktisch nicht zu bewerkstelligen sei⁶²¹.

d. Wann ist eine Rückabwicklung noch möglich?

- 277 Für die eingangs gestellte Frage, ab welcher konkreten Schwelle eine Rückabwicklung (trotz teilweiser Veräusserung an gutgläubige Dritte und weiteren nicht rückgängig machbaren Tatsachen) noch möglich ist, ist m.E. einzig auf den beim Weiterverkauf des Betriebs *erzielbaren Erlös* abzustellen:
- 278 Ist ein Neuerwerber bereit, den infolge der Rückabwicklung reduzierten und geschädigten Betrieb zu einem Preis zu übernehmen, der die an den Ersterwerber zu erstattende Zahlung deutlich übersteigt (wozu sich der Neuerwerber verbindlich zu verpflichten und entsprechende Sicherheiten zu leisten hat), so ist die Rückabwicklung möglich⁶²².
- 279 Ist dies jedoch nicht der Fall, muss eine Rückabwicklung ausgeschlossen sein, weil ansonsten letztlich die Gläubiger für die Rückabwicklung aufkommen müssten resp. deren Folgen tragen würden.
- 280 Dieses Ergebnis steht nicht in Widerspruch zu BGE 106 III 21, wonach nicht leichthin auf eine Wiederholung der öffentlichen Steigerung verzichtet werden kann, nur weil u.U. der Erlös tiefer ausfallen könnte. Im Gegenteil müsse bei Verfahrensfehlern die öffentliche Steigerung grundsätzlich wiederholt werden, wobei „il faut assumer le risque que le produit soit inférieur“⁶²³. Einerseits war das fragliche Objekt (ein Motorboot) in der Zwischenzeit nicht weiterveräußert worden, so dass eine *vollständige* Rückabwicklung, zumal innerhalb eines Monats nach der Versteigerung, ohne weiteres möglich schien. Andererseits schien

⁶²¹ Urteil des Bundesgerichts 5A_27/2013 vom 22. März 2013 Erw. 1.2 und 1.3. Letztlich konnte das Bundesgericht die Frage, ob eine Rückabwicklung im konkreten Fall möglich gewesen wäre, allerdings offen lassen.

⁶²² Ein Schulbeispiel findet sich im Urteil der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons St. Gallen vom 22. November 1999, publ. in: BISchK 2000, S. 65 ff.: Infolge der zwischen Vollzug und Anordnung der Rückabwicklung vergangenen knapp drei Monate konnte nicht mehr der gleiche Wertgegenstand in die Konkursmasse rückübertragen werden (für die fraglichen 9000 Hühner bedeuteten drei Monate „einen nicht unerheblichen Teil ihrer Lebensdauer“). Da jedoch selbst unter Berücksichtigung dieses erheblichen Wertverlusts ein „substantiell besseres Verwertungsergebnis als das erzielte“ erwartet werden konnte, wurde der Freihandverkauf aufgehoben (vgl. zit. Urteil S. 68 i.f.).

⁶²³ BGE 106 III 21 Erw. 2.c).

das Interesse der Gläubiger an einem möglichst hohen Erlös nicht tangiert (es handelte sich nicht um eine Generalexekution, sondern um eine Betreibung auf Pfandverwertung, wobei der betreibende Gläubiger sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligte). Unter den gegebenen Umständen gewichtete das Bundesgericht das Interesse des Schuldners an einem korrekten Verfahrensablauf (m.E. zu Recht) höher als jenes des Erwerbers am Erhalt des Eigentums⁶²⁴. Sobald die Interessen der Gläubigergesamtheit tangiert sind, muss das Pendel jedoch auf die andere Seite schwenken.

3. Mehrwertabschöpfung des weiterverkauften Betriebs oder Betriebsteils

a. Ausgangslage

Hat der Erwerber, bevor die Nichtigkeit des Zuschlags oder der Freihandverkaufsverfügung festgestellt oder die öffentlichrechtliche Verfügung aufgehoben worden ist, gewisse Gegenstände an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert, tritt grundsätzlich der Erlös an die Stelle der Sache und dieser ist mit der Forderung auf Rückerstattung des Kaufpreises zu verrechnen⁶²⁵. Soweit ersichtlich äussert sich niemand zur Frage, wie es sich verhält, wenn der Weiterverkauf nicht zum selber bezahlten Preis, sondern zu tief (mit Verlust) oder mit Gewinn erfolgt⁶²⁶. 281

Ähnliche Szenarien sind auch ausserhalb von Insolvenzverfahren denkbar, weshalb eine analoge Anwendung der entsprechenden Regelung im OR zu prüfen ist. Wer gestützt auf einen nichtigen Vertrag Leistungen erbringt, kann diese grundsätzlich mittels Kondiktion zurückfordern⁶²⁷. Dasselbe gilt auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Führt eine nichtige oder aufgehobene öffentlichrechtliche Verfügung zu einer Vermögensvermehrung, kommt ein Bereicherungsausgleich in Betracht⁶²⁸. 282

⁶²⁴ BGE 106 III 21 Erw. 2.c).

⁶²⁵ Vgl. vorne N 271.

⁶²⁶ BGE 53 III 145 lag ein Weiterverkauf mit Gewinn nach einer öffentlichen Steigerung zugrunde, allerdings war die Herausgabe des Nettoerlöses vor Bundesgericht nicht Streitgegenstand. In jenem Fall war der Zweiterwerber kaum gutgläubig, handelte es sich doch um den betriebenen Schuldner selbst.

⁶²⁷ Art. 62 ff. OR; BGE 90 II 34 Erw. 5.

⁶²⁸ SCHULIN, in: BSK OR-I (2015), N 2 zu Art. 62.

b. Prüfung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs

(i) Voraussetzungen

- 283 Die Voraussetzungen eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs dürften bei einem Weiterverkauf über dem anlässlich der öffentlichen Steigerung oder gemäss Freihandverkaufsverfügung bezahlten Preis regelmässig gegeben sein:
- 284 Verlangt sind einerseits eine Bereicherung (Erzielung eines Weiterverkaufsgewinns) und andererseits eine Entreicherung. Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist allerdings keine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen Bereicherungsgläubiger (konkret wäre das die Konkursmasse) und Bereicherungsschuldner (Erwerber) verlangt⁶²⁹. Erforderlich ist lediglich ein Sachzusammenhang zwischen Bereicherung und Entreicherung⁶³⁰. Ein solcher Sachzusammenhang dürfte aufgrund der öffentlichen Steigerung oder der Freihandverkaufsverfügung gegeben sein. Schliesslich muss die Leistung ohne Grund erfolgt sein. Auch dieses Kriterium ist regelmässig erfüllt, hat doch bei Nichtigkeit ein Grund nie bestanden resp. fällt der Grund bei Aufhebung des Zuschlags oder der Freihandverkaufsverfügung ex tunc dahin⁶³¹.

(ii) Rechtsfolge: Erstattung (lediglich) des bezahlten Preises

- 285 Die Bereicherung ist in vollem Umfang auszugleichen⁶³², d.h. der Erwerber hat grundsätzlich die vom gutgläubigen Dritterwerber erhaltene Gegenleistung zu erstatten⁶³³. Im Gegenzug erhält er den Zuschlagspreis resp. den gemäss Freihandverkaufsverfügung vereinbarten Kaufpreis erstattet. Erfolgte die Weiterveräußerung mit Gewinn, kommt dies de facto einer Gewinnabschöpfung gleich, wozu das Bereicherungsrecht keine Hand bietet⁶³⁴. Bei einem Weiterverkaufsgewinn ist daher bloss Wertersatz zu leisten⁶³⁵. Wertersatz ist immer in

⁶²⁹ BGE 129 III 422 Erw. 4 m.w.H.; SCHWENZER (2016), N 55.09 und 57.10.

⁶³⁰ SCHULIN, in: BSK OR-I (2015), N 9 zu Art. 62.

⁶³¹ SCHWENZER (2016), N 56.04.

⁶³² GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (2014), N 1516.

⁶³³ SCHULIN, in: BSK OR-I (2015), N 22 zu Art. 62.

⁶³⁴ GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (2014), N 1517c; SCHULIN, in: BSK OR-I (2015), N 22 zu Art. 62; SCHWENZER (2016), N 59.16 f.

⁶³⁵ So explizit SCHWENZER (2016), N 58.05; SCHULIN, in: BSK OR-I (2015), N 22 zu Art. 62; ähnlich VON TUHR / PETER (1979), S. 503 und insbesondere FN 18, allerdings mit der Einschränkung, dass der Weiterverkaufsgewinn herauszugeben ist, wenn der Bereicherungsgläubiger denselben Gewinn auch hätte erzielen können. A.A. BGE 71 II 90 Erw. 5 (kritisiert bei VON TUHR / PETER (1979), FN 18 S. 503).

der Höhe des objektiven, d.h. des Verkehrs- oder Marktwerts zu leisten⁶³⁶, wobei die Tatsache, dass der Erwerb im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens stattgefunden hat, zu berücksichtigen ist.

Beim massgebenden objektiven Wert handelt es sich folglich um den anlässlich der öffentlichen Steigerung oder im Rahmen des Freihandverkaufs bezahlten Preis. Ist Wertersatz zu leisten, kann nur der tatsächlich bezahlte Preis massgebend sein. Keinesfalls kann mit der Begründung, der Verkehrswert (ausserhalb eines Insolvenzverfahrens) sei höher als der effektiv bezahlte Preis, ein höherer Ersatz verlangt werden, was wiederum einer (teilweisen) Gewinnabschöpfung gleichkäme. Natürlich impliziert (oder vielmehr beweist) die Tatsache, dass ein Weiterverkaufsgewinn erzielt wurde⁶³⁷, dass das fragliche Objekt bei einem Verkauf ausserhalb eines Insolvenzverfahrens tatsächlich mehr Erlös erzielen kann. Nach dem Gesagten muss dies irrelevant sein.

286

c. Prüfung eines Anspruchs nach Geschäftsführung ohne Auftrag

(i) Voraussetzungen

Als mögliche Anspruchsgrundlage für die Herausgabe des Weiterverkaufsgewinns verbleibt damit einzig Art. 423 OR (sog. *unechte Geschäftsführung ohne Auftrag* oder *Geschäftsanmassung*)⁶³⁸. Mit der h.L. und der neusten Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass nur bei Bösgläubigkeit des Weiterverkäufers eine Geschäftsanmassung überhaupt in Frage kommt⁶³⁹. Der Weiterverkäufer ist bösgläubig⁶⁴⁰, wenn ihm die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der öffentlich-rechtlichen Verfügung bekannt war oder hätte bekannt sein müssen oder sie in seiner Person oder seinem Verhalten gründet⁶⁴¹. Theoretisch muss der Erwerber innerhalb der ersten zwölf Monate stets mit einer Anfechtung rechnen⁶⁴². Diese

287

⁶³⁶ SCHWENZER (2016), N 58.09.

⁶³⁷ Ohne Weiterverkaufsgewinn stellt sich die Frage der Gewinnabschöpfung nicht.

⁶³⁸ GAUCH / SCHLUEP / SCHMID (2014), N 1517c.

⁶³⁹ BGE 129 III 422 Erw. 4; BGE 126 III 69 Erw. 2.a) ff.; Urteil des Bundesgerichts 4C.290/2005 vom 12. April 2006 Erw. 3.1.; SCHWENZER (2016), N 59.17; SCHMID, in: ZK OR (1993), N 21 ff., insbesondere 34 ff. zu Art. 423; WEBER, in: BSK OR-I (2015), N 8 zu Art. 423; a.A. HONSELL (2010), S. 347.

⁶⁴⁰ Vgl. zum Begriff der Bösgläubigkeit generell SCHMID, in: ZK OR (1993), N 22 ff. zu Art. 423 m.w.H.

⁶⁴¹ Dieselben Kriterien sind relevant für die Frage, ob eine nichtige öffentlich-rechtliche Verfügung auch nach Ablauf von zwölf Monaten (analog Art. 132a Abs. 3 SchKG) als geheilt betrachtet werden kann. Die Interessenlage ist durchaus vergleichbar. Vgl. dazu vorne N 242.

⁶⁴² Vgl. vorne N 258.

Tatsache allein reicht für eine Bösgläubigkeit selbstverständlich nicht aus. Vielmehr muss resp. müsste er konkrete Beschwerdegründe für eine potentielle Anfechtung kennen⁶⁴³. Alles andere käme de facto einem Veräusserungsverbot während der ersten zwölf Monate ab Erwerb gleich.

- 288 Objektive Voraussetzungen der Geschäftsanmassung i.S.v. Art. 423 OR sind - nebst der zentralen Bösgläubigkeit - die Besorgung eines fremden Geschäfts (Weiterverkauf des Betriebs) im eigenen Interesse. Verlangt sind sodann ein widerrechtlicher Eingriff in das Vermögen des Geschäftsherrn (Verkauf fremden Eigentums) sowie Kausalität zwischen dem Fremdgeschäft und dem Gewinn⁶⁴⁴. Typische Beispiele einer Geschäftsanmassung i.S.v. Art. 423 OR sind die unerlaubte Veräusserung einer anvertrauten Sache durch den Mieter, eines Faustpfandes durch den Pfandgläubiger oder einer retinierten Sache durch den Retentionsgläubiger⁶⁴⁵. Entsprechend muss auch beim Weiterverkauf eines Betriebs durch den zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs (bösgläubig) nicht Verkaufsberechtigten eine Geschäftsanmassung vorliegen. Die Sachverhalte sind durchaus vergleichbar.

(ii) *Rechtsfolge: Herausgabe des Netto-Weiterveräusserungsgewinns*

- 289 Sind die Voraussetzungen einer Geschäftsanmassung erfüllt, hat der Erwerber den gesamten Netto-Weiterveräusserungsgewinn herauszugeben⁶⁴⁶. Zudem unterliegt er der verschärften Haftung gemäss Art. 420 OR.
- 290 Beim Netto-Weiterveräusserungsgewinn handelt es sich um den „Bruttogewinn plus Zinsen minus Aufwendungen“⁶⁴⁷, d.h. Weiterverkaufspreis abzüglich des an der öffentlichen Steigerung oder gemäss Freihandverkaufsverfügung bezahlten Preises minus der mit dem Weiterverkauf zusammenhängenden Aufwendungen (Gestehungskosten). Mit SCHMID ist davon auszugehen, dass - vor dem Hintergrund der Bösgläubigkeit des Weiterveräusserers - Aufwendungen nur zurückhaltend abzugsfähig sind, er mithin kein eigenes Honorar abziehen kann und auch etwaige unnütze Ausgaben zu seinen Lasten gehen⁶⁴⁸.

⁶⁴³ Beschwerdegründe sind Gesetzesverletzungen und Unangemessenheit, vgl. dazu vorne N 251 ff.

⁶⁴⁴ Vgl. WEBER, in: BSK OR-I (2015), N 5 ff. zu Art. 423.

⁶⁴⁵ Beispiele bei SCHMID, in: ZK OR (1993), N 70 zu Art. 423.

⁶⁴⁶ BGE 129 III 422 Erw. 4.; SCHMID, in: ZK OR (1993), N 95 zu Art. 423; SCHULIN, in: BSK OR-I (2015), N 4a zu Art. 64; WEBER, in: BSK OR-I (2015), N 14 zu Art. 423.

⁶⁴⁷ SCHMID, in: ZK OR (1993) N 102 zu Art. 423.

⁶⁴⁸ SCHMID, in: ZK OR (1993) N 116 ff. zu Art. 423 m.w.H.

d. Ergebnis

Zusammenfassend ergibt sich folgendes: Ist sich der Weiterverkäufer seiner unsicheren Stellung als Eigentümer bewusst und verkauft er trotzdem (oder gerade deswegen) den Betrieb oder einzelne Aktiven weiter, hat er einen etwaigen Veräusserungsgewinn u.U. gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR herauszugeben. Der gutgläubige Weiterveräusserer hingegen schuldet lediglich Wertersatz gemäss Art. 62 OR, womit ihm der Netto-Veräusserungserlös zusteht⁶⁴⁹. 291

Denkbar ist sodann, dass der Erwerber bei der Weiterveräusserung einen Verlust erfährt, d.h. unter dem Zuschlagspreis resp. Preis gemäss Freihandverkaufsverfügung an einen gutgläubigen Dritten verkauft. Ist der Erwerber gutgläubig, muss er lediglich den vom Dritten erhaltenen Preis erstatten⁶⁵⁰. Bei Bösgläubigkeit wird er aufgrund Art. 420 Abs. 3 OR schadenersatzpflichtig. 292

Erfolgt die Weiterveräusserung verschiedener Bestandteile des Betriebs an unterschiedliche (gutgläubige) Dritterwerber und werfen die Geschäfte unterschiedlich hohe Gewinne und Verluste ab, drängt sich m.E. eine Gesamtbetrachtung auf. Dementsprechend muss der gutgläubige Erwerber bei einem kumulierten Gewinn insgesamt den selber bezahlten Preis und bei einem kumulierten Verlust sämtliche von den Dritten erhaltenen Erlöse erstatten. Der bösgläubige Erwerber muss den kumulierten Netto-Gewinn erstatten resp. wird für den kumulierten Verlust schadenersatzpflichtig gemäss Art. 420 Abs. 3 OR. 293

4. Beispiele

Zur Verdeutlichung der vorangehenden Ausführungen mögen folgende Beispiele hilfreich sein: 294

a. Beispiel 1 Bösgläubiger Weiterveräusserer

Sachverhalt: A erwirbt aus der Konkursmasse der X AG einen Betrieb für CHF 200'000 (Freihandverkauf). Rund einen Monat später erfährt Gläubiger B vom Verkauf und ficht diesen fristgerecht (Art. 17 Abs. 2 SchKG) mit der Begründung an, der erzielte Kaufpreis sei deutlich zu tief⁶⁵¹. Er selber macht ein 295

⁶⁴⁹ SCHMID, in: ZK OR (1993) N 164 zu Art. 423.

⁶⁵⁰ SCHULIN, in: BSK OR-I (2015), N 22 zu Art. 62.

⁶⁵¹ Die Unangemessenheit des erzielten Preises ist ein zulässiger Beschwerdegrund, vgl. dazu vorne N 252 und insbesondere FN 582.

Angebot in der Höhe von CHF 300'000 und leistet eine entsprechende Sicherheit⁶⁵². Als A von der Anfechtung erfährt, verkauft er den Betrieb kurzerhand an den gutgläubigen C zum Preis von CHF 400'000, weil er der Beschwerde gute Chancen einräumt.

- 296 Lösung: Mit dem Weiterverkauf an C verliert die Beschwerde jeglichen praktischen Verfahrenszweck. Die Aufsichtsbehörde kann nicht auf die Beschwerde eintreten⁶⁵³. Da A beim Weiterverkauf bösgläubig war, hat er jedoch den Netto-Veräusserungsgewinn (CHF 200'000 abzüglich Aufwendungen) herauszugeben. Dieser Anspruch ist vom der Konkursverwaltung beim Zivilrichter geltend zu machen. B bleibt sodann die Möglichkeit, gegenüber dem Staat Schadenersatz geltend zu machen (Art. 5 SchKG).
- 297 Variante: A verkauft den Betrieb nicht an den gutgläubigen C, sondern an seine Ehefrau D für CHF 400'000.
- 298 Lösung: Ehefrau D gilt nicht als gutgläubig, womit das Rechtsgeschäft zwischen A und D u.U. aufgehoben werden kann. Da B selber ein Angebot in der Höhe von CHF 300'000 macht und die entsprechende Sicherheit leistet, ist eine Rückabwicklung möglich, ohne dass die Gläubiger zu Schaden kommen⁶⁵⁴. Damit sind die Voraussetzungen, um auf die angefochtene Verfügung zurückzukommen, gegeben, weshalb die Aufsichtsbehörde auf die Beschwerde eintreten kann. Kommt die Aufsichtsbehörde zum Ergebnis, dass der von A bezahlte Preis von CHF 200'000 unter den gegebenen Umständen tatsächlich unangemessen tief war, kann sie die von der Konkursverwaltung erlassene Freihandverkaufsverfügung ex tunc aufheben und die Rückabwicklung anordnen⁶⁵⁵. Damit hat D den Betrieb der Konkursmasse zurückzugeben und erhält dafür die CHF 400'000 von A erstattet. A seinerseits erhält von der Konkursmasse CHF 200'000 erstattet.
- 299 Die Aufsichtsbehörde hat sich sodann zu entscheiden, wie sie den Betrieb neu verwerten will. Normalerweise wird sie erneut einen Freihandverkauf anstreben. Sie könnte beispielsweise ein Bieterverfahren zwischen A, B und D organisieren, wobei die von B gebotenen CHF 300'000 zu überbieten sind. Aus

⁶⁵² Im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde war eine Rückabwicklung noch möglich, weil ein Neuerwerber bereit war, die dem Ersterwerber zu erstattende Zahlung deutlich zu überbieten (und dies mit einer Sicherheit belegt hat). Damit war bei Einreichung der Beschwerde ein praktischer Verfahrenszweck (noch) gegeben. Vgl. dazu vorne N 266 ff., insbesondere N 277 ff.

⁶⁵³ Vgl. dazu vorne N 245 und insbesondere FN 562.

⁶⁵⁴ Vgl. dazu vorne N 266 ff., insbesondere N 277 ff.

⁶⁵⁵ Vgl. dazu vorne N 275.

praktischen Gründen kann die Aufsichtsbehörde die Durchführung des Bieterverfahrens vor der Rückabwicklung anordnen, da - bei Obsiegen von D - eine Rückabwicklung nicht nötig wird.

b. Beispiel 2 Gutgläubiger Weiterveräusserer

Sachverhalt: A erwirbt einen Teilbetrieb aus der Konkursmasse der X AG für CHF 60'000 (Freihandverkauf). Der Teilbetrieb besteht aus einer Produktionshalle mit diversen Maschinen sowie aus einem (dazugehörigen) Handelsgeschäft. Die Maschinen sind in der Freihandverkaufsverfügung mit CHF 30'000 veranschlagt, das Handelsgeschäft mit CHF 20'000 und die Produktionshalle mit CHF 10'000. A verkauft sämtliche Maschinen zwei Wochen später für CHF 50'000 an den gutgläubigen B und vermietet diesem die Produktionshalle für CHF 1'000 pro Monat. Das Handelsgeschäft führt er selber weiter. Rund zwei Monate später erfährt Gläubiger C vom Freihandverkauf und ficht diesen fristgerecht (Art. 17 Abs. 2 SchKG) bei der Aufsichtsbehörde mit der Begründung an, er habe keine Gelegenheit zur Abgabe eines Höhergebots erhalten (Art. 256 Abs. 3 SchKG). C ist bereit, das Handelsgeschäft sowie die Produktionshalle - ohne die verkauften Maschinen - für CHF 100'000 zu übernehmen und hinterlegt eine entsprechende Sicherheit. 300

Lösung: Da C selber ein Angebot in der Höhe von CHF 100'000 macht und die entsprechende Sicherheit leistet, ist eine Rückabwicklung möglich, ohne dass die Gläubiger zu Schaden kommen⁶⁵⁶. A ist Eigentümer des Handelsgeschäfts sowie der Produktionshalle geblieben. Er kann sich während der Anfechtungsfrist von Art. 132a SchKG nicht auf seinen guten Glauben berufen⁶⁵⁷. Damit sind die Voraussetzungen, um auf die angefochtene Verfügung zurückzukommen, gegeben, weshalb die Aufsichtsbehörde auf die Beschwerde eintreten kann. 301

Kommt die Aufsichtsbehörde zum Ergebnis, die Freihandverkaufsverfügung sei mangelhaft, da C das Höhergebotsrecht zu Unrecht nicht gewährt wurde⁶⁵⁸, kann sie die von der Konkursverwaltung erlassene Freihandverkaufsverfügung ex tunc aufheben und die Rückabwicklung anordnen⁶⁵⁹. Damit hat A der Konkursmasse die Produktionshalle sowie das Handelsgeschäft zurückzugeben und erhält die dafür bezahlten CHF 30'000 (CHF 10'000 für die Produktionshalle und CHF 20'000 für das Handelsgeschäft) erstattet. Den mit dem Weiterverkauf der Maschinen erzielten Gewinn in der Höhe von CHF 20'000 kann er behalten. 302

⁶⁵⁶ Vgl. dazu vorne N 266 ff., insbesondere N 277 ff.

⁶⁵⁷ Vgl. dazu vorne N 258.

⁶⁵⁸ Vgl. zum Höhergebotsrecht im Konkurs hinten N 331 ff.

⁶⁵⁹ Vgl. dazu vorne N 275.

Eine Gewinnabschöpfung gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR scheidet infolge Gutgläubigkeit von A aus.

Kapitel 2 : Betriebsverkauf vor dem Schuldenruf

I. Ausgangslage

Bei Konkurseröffnung ist oftmals nicht klar, ob der Konkurs im Rahmen eines ordentlichen oder summarischen Verfahrens abgewickelt werden soll oder ob er mangels Aktiven eingestellt werden muss. Die Verfahrensart hängt in erster Linie vom Wert der Konkursmasse ab⁶⁶⁰. Erst nach der Inventarisierung wird sich das Konkursamt den notwendigen Überblick über die vorhandenen Mittel verschafft haben und dem Konkursgericht die Durchführung des ordentlichen oder summarischen Verfahrens oder die Einstellung mangels Aktiven beantragen können. Sobald das Gericht entschieden hat, macht das Konkursamt die Eröffnung des Konkurses und die gewählte Verfahrensart oder aber deren Einstellung mangels Aktiven mittels Schuldenruf öffentlich bekannt⁶⁶¹. 303

II. Notverkauf zur Finanzierung eines ordentlichen oder summarischen Konkursverfahrens

Da sich die Verfahrensart nach den vorhandenen Mitteln bestimmt, kann ein Betriebsverkauf (resp. der Erlös) für die Wahl der Verfahrensart von grosser Bedeutung sein. In der Praxis kommt es daher zuweilen vor, dass ein Betriebsverkauf vor dem Schuldenruf und damit vor Bekanntwerden der Verfahrensart vorgenommen wird, um die Durchführung eines (ordentlichen oder summarischen) Konkursverfahrens überhaupt zu ermöglichen⁶⁶². 304

⁶⁶⁰ Vgl. vorne N 34 ff.

⁶⁶¹ Art. 230 Abs. 2 und 232 Abs. 1 SchKG.

⁶⁶² Vgl. Urteil der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons St. Gallen vom 22. November 1999, publ. in: BLSchK 2000, S. 66; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PS120211 vom 13. Dezember 2012 Erw. 5.2.2; Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève DCSO/647/06 du 9 novembre 2006, Q. Vgl. ferner SCHÖBER, in: KUKO SCHKG (2014), N 31 zu Art. 221, der

- 305 Umgekehrt ist die mutmassliche Verfahrensart auch für den Betriebsverkauf vor dem Schuldenruf von zentraler Bedeutung, weil die Voraussetzungen je nach angestrebter Verfahrensart für den Betriebsverkauf vor dem Schuldenruf völlig unterschiedlicher Natur sind:
- 306 Generell ist der Betriebsverkauf vor dem Schuldenruf im Hinblick auf ein ordentliches oder summarisches Konkursverfahren nur bei Vorliegen einer Notverkaufssituation zulässig⁶⁶³. Ob das Verfahren anschliessend ordentlich oder summarisch fortgeführt wird, ist insofern relevant, als die Dringlichkeit resp. der durch den Notverkauf erzielte Nettomehrerlös nach anderen Kriterien bestimmt wird:
- 307 Im *ordentlichen Verfahren* wird normalerweise nach der zweiten Gläubigerversammlung, ausnahmsweise bereits nach der ersten Gläubigerversammlung, verwertet⁶⁶⁴. Entsprechend muss der Mehrerlös bei einem Notverkauf vor dem Schuldenruf im Vergleich zu einem Verkauf im Anschluss an die erste Gläubigerversammlung wesentlich sein.
- 308 Im *summarischen Verfahren* findet die Verwertung normalerweise nach Ablauf der Eingabefrist von einem Monat statt⁶⁶⁵, weshalb der Mehrerlös bei einem Notverkauf vor dem Schuldenruf im Vergleich zu einem Verkauf zu diesem Zeitpunkt wesentlich höher ausfallen muss⁶⁶⁶.

III. Vorzeitige Verwertung im Hinblick auf die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven

- 309 Nach einer Konkurseinstellung mangels Aktiven schliesslich gibt es keine Möglichkeit, im Rahmen eines Notverkaufs irgendwelche Vermögenswerte (und erst Recht einen Betrieb) vorzeitig zu verwerten. Die Verwertung erfolgt strikte nach den Kaskaden von Art. 230a Abs. 2 - 4 SchKG⁶⁶⁷.

u.a. dank der Möglichkeit, ganze Betriebe vor dem Schuldenruf zu verkaufen, im „auf innovative Art“ summarisch durchgeführten Konkursverfahren eine echte Alternative zum Nachlassverfahren sieht.

⁶⁶³ Vgl. zum Notverkauf sogleich N 313 ff.

⁶⁶⁴ Art. 256 und 238 Abs. 1 SchKG, vgl. hinten N 359 und N 377.

⁶⁶⁵ Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 i.V.m. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG, vgl. hinten N 388.

⁶⁶⁶ Für sämtliche weiteren Aspekte kann auf die Ausführungen zum Notverkauf im ordentlichen (hinten N 313 ff.) resp. im summarischen Verfahren (hinten N 389 ff.) verwiesen werden, welche mutatis mutandis auch für die Notverkäufe im Hinblick auf ein ordentliches resp. summarisches Verfahren gelten

⁶⁶⁷ Vgl. hinten N 402.

Aus diesem Grund wird die Ansicht vertreten, dass sofort liquidierbare Aktiven - unabhängig von einer Notverkaufssituation - vor der Einstellung mangels Aktiven verwertet werden sollen, damit (erneut) betreibenden Gläubigern⁶⁶⁸ mehr Substrat zur Verfügung steht⁶⁶⁹. Dieser Meinung schliesse ich mich an; sie scheint mir angesichts der Tatsache, dass der Erlös aus der Verwertung nach Einstellung des Konkurses (nach der hier vertretenen Ansicht) einzig den Pfandgläubigern und dem Staat zugutekommt⁶⁷⁰, sachgerecht.

Die Verwertung nach der Konkurseinstellung mangels Aktiven erfolgt in analoger Anwendung der Bestimmungen des summarischen Verfahrens⁶⁷¹, was auch für die Verwertung im Hinblick auf die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven zu gelten hat.

⁶⁶⁸ Vgl. Art. 230 Abs. 3 SchKG.

⁶⁶⁹ SCHÖBER, in: KUKO SCHKG (2014), N 18 i.f. zu Art. 230. Ein Betriebsverkauf ist bei dieser Ausgangslage nur theoretisch denkbar, da der bei einem Verkauf des Betriebs erzielbare Erlös regelmässig die Durchführung zumindest des summarischen Verfahrens ermöglichen dürfte.

⁶⁷⁰ So bei der Verwertung nach Art. 230a Abs. 3 und 4 SchKG (vgl. hinten N 409 ff. und N 412 f.). Einzig der Überschuss bei einer Verwertung auf Antrag eines Pfandgläubigers nach Art. 230a Abs. 2 SchKG kommt nach der hier vertretenen Ansicht zuerst dem Konkursamt (zwecks Befriedigung von betreibenden Gläubigern) und subsidiär dem Kanton zu (vgl. hinten N 405 ff.).

⁶⁷¹ Vgl. hinten N 401 und FN 829.

Kapitel 3 : Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Konkursverfahrens

Der Betriebsverkauf im ordentlichen Konkursverfahren ist - abhängig vom Zeitpunkt des Verkaufs - an unterschiedliche Bedingungen geknüpft. Je früher im Verfahrensstadium der Verkauf vorgenommen werden soll (Notverkauf vor Dringlichkeitsverkauf vor Verkauf nach der zweiten Gläubigerversammlung), desto höher sind die Anforderungen. Sodann unterscheiden sich die Zuständigkeiten erheblich. 312

I. Notverkauf

A. Begriff

1. Dringende Verwertung ohne Aufschub

Nach der Konkurseröffnung sollen ohne Aufschub Gegenstände vorzeitig verwertet werden, wenn dadurch im Interesse der Gläubiger entweder eine Wertverminderung oder Unterhalts- resp. Aufbewahrungskosten vermieden werden können. Das Gesetz bezeichnet diese dringende Verwertung ohne Aufschub in der Marginalie zu Art. 243 SchKG als Notverkauf. 313

2. Quantifizierung der Dringlichkeit

Ein Notverkauf setzt eine Dringlichkeit voraus, welche die frühzeitige Verwertung (und die damit einhergehende Abweichung von der grundsätzlichen Kompetenz der Gläubiger, über die Verwertung zu bestimmen⁶⁷²) rechtfertigt. Dringlichkeit liegt immer dann vor, wenn bei einer späteren Verwertung nur ein 314

⁶⁷² Vgl. hinten N 328.

wesentlich geringerer Nettoerlös erzielt werden könnte⁶⁷³. Rein wirtschaftliche Kriterien sind ausreichend und massgebend⁶⁷⁴.

- 315 Die zentrale Frage ist, wie hoch der wesentliche Mindererlös ausfallen muss, bis von einer schnellen Wertverminderung die Rede ist und ab welchem Betrag der Unterhalt als kostspielig und die Aufbewahrungskosten als unverhältnismässig gelten. Entscheidend sind nicht die konkret anfallenden Kosten oder die betragsmässig erwartete Wertverminderung, sondern das Verhältnis zwischen Aufwand und Wert des Gegenstandes⁶⁷⁵. Da wirtschaftliche (betragsmässig bezifferbare) Kriterien massgebend sind, lassen sich zumindest die Grundlagen für die Feststellung der Dringlichkeit relativ einfach ermitteln (schwierig dürfte vielmehr die vorzunehmende Einschätzung der konkreten Erlöse sein). Ist der erwartete Mindererlös bei einem Verkauf zum frühestmöglichen Zeitpunkt im Vergleich zu einem Verkauf im Anschluss an die erste Gläubigerversammlung (resp. die zweite Gläubigerversammlung, sofern die erste bereits abgehalten wurde) wesentlich, liegt die für den Notverkauf erforderliche Dringlichkeit vor.
- 316 Mit LORANDI ist davon auszugehen, dass eine den Notverkauf rechtfertigende Dringlichkeit vorliegt, wenn die Wertverminderung bei einem Zuwarten bis zur ersten Gläubigerversammlung (resp. bis zur zweiten Gläubigerversammlung, sofern die erste bereits abgehalten wurde) etwa 20 - 30 % beträgt resp. wenn die Kosten des Unterhalts resp. die Aufbewahrungskosten sich auf etwa den genannten Prozentsatz des Gesamtwerts belaufen⁶⁷⁶. Unverhältnismässig sind beispielsweise Aufbewahrungskosten von CHF 1'800 pro Monat bei einem Warenwert von CHF 5'000⁶⁷⁷.

B. Zeitpunkt des Notverkaufs

- 317 Der Notverkauf ist die frühest mögliche Verwertungsart; er kann theoretisch bereits am Tag der Konkurseröffnung durchgeführt werden⁶⁷⁸. Der typische Notverkauf wird aufgrund der Gesetzessystematik nach Bekanntwerden der Verfahrensart und dem entsprechenden Schuldenruf, aber noch vor Abhalten

⁶⁷³ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 6 zu Art. 238 SchKG.

⁶⁷⁴ LORANDI (1993), S. 269.

⁶⁷⁵ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 5 zu Art. 243 SchKG.

⁶⁷⁶ LORANDI (1993), S. 269 m.w.H.

⁶⁷⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A_256/2012 vom 26. Juni 2012 Erw. 3. Auch muss der Aufwand im Zusammenhang mit der Durchführung des Notverkaufs angemessen sein. Werbekosten in der Höhe von CHF 4'700 bei einem erwarteten Erlös von unter CHF 18'000 gelten als unverhältnismässig i.S.v. Art. 243 Abs. 2 SchKG (Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève du 23 octobre 2006 DCSO/609/06 Erw. 4.c).

⁶⁷⁸ Vgl. zum Notverkauf vor dem Schuldenruf vorne N 303 ff.

der ersten Gläubigerversammlung beschlossen und umgesetzt. Kann hingegen bis zur ersten Gläubigerversammlung gewartet werden, kommt einzig ein Dringlichkeitsverkauf gemäss Art. 238 Abs. 1 SchKG in Frage⁶⁷⁹.

Theoretisch ist nun aber auch denkbar, dass zu Beginn des Konkursverfahrens keine Notverkaufssituation und auch anlässlich der ersten Gläubigerversammlung keine Umstände, welche einen Dringlichkeitsverkauf rechtfertigen würden, vorliegen, dass im Nachgang aber ein befristetes, für die Gläubiger lukratives Kaufangebot eingeht. Ist ein Zuwarten bis zur zweiten Gläubigerversammlung nicht möglich (resp. würde dadurch mutmasslich ein wesentlicher Mindererlös resultieren), muss auch zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung eine Verwertung möglich sein; allerdings scheint mir eine auch noch so dringende Verwertung in diesem Verfahrensstadium (bereits durchgeführte erste Gläubigerversammlung) ohne (erneuten) Beizug der Gläubiger unzulässig. Entsprechend ist nach der ersten Gläubigerversammlung nur noch ein Dringlichkeitsverkauf möglich⁶⁸⁰.

318

C. Objekte des Notverkaufs

1. Schnelle Wertverminderung, kostspieliger Unterhalt oder unverhältnismässige Aufbewahrungskosten

Sämtliche Gegenstände, die einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind, einen kostspieligen Unterhalt erfordern oder unverhältnismässig hohe Aufbewahrungskosten verursachen, sind potentielle Objekte eines Notverkaufs⁶⁸¹. Der Anwendungsbereich ist damit nicht auf klassische Notverkaufssituationen oder irgendwelche Gegenstände, welche der Gesetzgeber seinerzeit vermutlich vor Augen hatte (verderbliche Lebensmittel, kranke Tiere), beschränkt (Art. 243 SchKG datiert von 1889 und wurde nur einmal, 1994, unwesentlich erweitert⁶⁸²). Verlangt ist lediglich, dass die Voraussetzungen von Art. 243 Abs. 2 SchKG erfüllt sind.

319

Die Aufzählung in Art. 243 Abs. 2 SchKG ist abschliessend, jedoch sind die einzelnen Voraussetzungen weit zu verstehen. Sofern eines der drei genannten Kriterien erfüllt ist, liegt eine Notverkaufssituation vor. In der Praxis trifft auf

320

⁶⁷⁹ Vgl. zum Dringlichkeitsverkauf hinten N 354 ff.

⁶⁸⁰ Vgl. zum Dringlichkeits- und Opportunitätsverkauf zwischen erster und zweiter Gläubigerversammlung hinten N 360 ff.

⁶⁸¹ Art. 243 Abs. 2 SchKG.

⁶⁸² Botschaft SchKG (1991), S. 149.

einen Gegenstand regelmässig mehr als ein Kriterium oder gar alle drei zu. Wenn deren Intensität insgesamt auf eine Notverkaufssituation schliessen lässt, ist dies ausreichend, auch wenn jedes Kriterium einzeln betrachtet keine Notverkaufssituation begründet⁶⁸³.

- 321 Eine schnelle Wertverminderung beinhaltet insbesondere auch den Mindererlös, der bei einer späteren Verwertung resultiert. Nebst verderblichen Nahrungsmitteln und kranken Tieren⁶⁸⁴ gehören dazu insbesondere auch ganze Betriebe oder beliebige Aktiven, für welche ein zeitlich befristetes Kaufangebot vorliegt⁶⁸⁵. Die Übernahme von Arbeits- und Mietverhältnissen führt in der Regel zu einer erheblichen Reduktion der Passiven, weshalb insbesondere bei einem Betriebsverkauf mit nahtloser Fortführung der Arbeits- und Mietverhältnisse eine schnelle Wertverminderung i.S.v. Art. 243 Abs. 2 SchKG verhindert wird; dies ist aber keineswegs eine zwingende Voraussetzung⁶⁸⁶. Eine schnelle Wertverminderung liegt auch vor, wenn u.a. bezüglich (teilweise bald ablaufender) Immaterialgüterrechte, mehrerer beinahe konkursiter Tochtergesellschaften im Ausland und eines Lagerbestandes an Schuhen ein zeitlich befristetes Kaufangebot vorliegt⁶⁸⁷ oder der Erwerber bereit ist, in langfristige Abonnementsverträge mit Klienten einzutreten, womit Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung verhindert werden können⁶⁸⁸.

⁶⁸³ LORANDI (1993), S. 269.

⁶⁸⁴ Zur Feststellung von Schmerzen und Leiden von Tieren vgl. REUT (2014), S. 1349.

⁶⁸⁵ BGE 131 III 280 Erw. 2.1; Entscheid der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt des Kantons Basel-Stadt vom 17. Juni 1994 Erw. 1.b), publ. in: BISchK 1995, S. 22 ff.; VONDER MÜHLL (1995), S. 5 f.; RUSSENBERGER, in: BSK SchKG-II (2010), N 10 zu Art. 243; A.A: JEANDIN / FISCHER, in: CR LP (2005), N 15 zu Art. 243.

⁶⁸⁶ Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève du 4 août 2006 DCSO/487/06 Erw. 3.b.

⁶⁸⁷ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PS120211 vom 13. Dezember 2012 Erw. 5.2.2.

⁶⁸⁸ Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève du 4 août 2006 DCSO/487/06 Erw. 3.a.

2. Einschränkungen

a. Laufendes Kollokationsverfahren

Aufgrund der Tatsache, dass der Notverkauf zu einem Zeitpunkt stattfindet, in dem noch nicht sämtliche Ansprüche der Gläubiger geklärt sind⁶⁸⁹, ergeben sich sodann folgende Schranken für die Verwertung: 322

Bis zum Abschluss des Kollokationsverfahrens betreffend beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken gilt ein grundsätzlicher Verwertungsstopp. Gemäss Art. 128 Abs. 1 VZG ist - selbst bei Vorliegen einer Notverkaufssituation - mit der Verwertung bis nach Abschluss des Kollokationsverfahrens und der rechtskräftigen Erledigung allfälliger Kollokationsprozesse zuzuwarten (das Lastenverzeichnis ist Bestandteil des Kollokationsplanes⁶⁹⁰). Dies ist sachgerecht, gehen doch bei Grundstücken (im Gegensatz zu Fahrnis) die Lasten mit dem Grundstück auf den Erwerber über⁶⁹¹, so dass ein Verkauf ohne genaue Kenntnis der Lasten keinen Sinn macht⁶⁹². 323

Eine Ausnahme besteht allerdings gemäss Art. 128 Abs. 2 VZG bei Vorliegen einer sog. Überdringlichkeit⁶⁹³, d.h. wenn sich ein vorzeitiger Verkauf trotz unbekannter Lasten aufdrängt, weil der durch Preiszerfall oder laufende Kosten resultierende Verlust massiv ins Gewicht fällt⁶⁹⁴. Ein Mehrerlös von CHF 641'000 bei einem Verkauf zu CHF 11 Mio. wurde als nicht ausreichend betrachtet, zumal es sich nur um Schätzungen handelte⁶⁹⁵. Das Bundesgericht bejahte eine solche Überdringlichkeit bei einer von einem Brand heimgesuchten Liegenschaft, die in den Wintermonaten ohne die Erstellung eines Schutzdaches weiter Schaden genommen hätte, wofür die Brandversicherungsanstalt nicht 324

⁶⁸⁹ Der Notverkauf kann theoretisch bereits am Tag der Konkurseröffnung erfolgen, vgl. vorne N 317.

⁶⁹⁰ Art. 247 Abs. 2 SchKG.

⁶⁹¹ Art. 135 Abs. 1 i.V.m. Art. 259 SchKG; LORANDI (1993), S. 299 und FN 65.

⁶⁹² BGE 107 III 88 Erw. 1.; vgl. SCHÖBER, in: KUKO VZG (2011), N 1 zu Art. 128.

⁶⁹³ Dieser Begriff wird verwendet in BGE 119 III 85 Erw. 4.a). Vgl. dazu auch SCHÖBER, in: KUKO VZG (2011), N 11 zu Art. 128; LORANDI (1993), S. 341; BÜRGI, in: KUKO SCHKG (2014), N 8 zu Art. 243.

⁶⁹⁴ Entgegen dem klaren Wortlaut der Bestimmung muss die Ausnahme in Art. 128 Abs. 2 VZG nicht nur für die öffentliche Steigerung, sondern auch für den Freihandverkauf gelten (vgl. die Begründung bei LORANDI (1993), S. 347; Gl. M. ohne Begründung MEIER (2003), S. 17 und SCHÖBER, in: KUKO VZG (2011), N 5 zu Art. 128).

⁶⁹⁵ BGE 119 III 85 Erw. 4.a.).

aufkommen wollte⁶⁹⁶. Die vorzeitige Verwertung eines Grundstückes vor Abschluss des Kollokationsverfahrens war auch bezüglich einer Liegenschaft zulässig, deren Hypothekarzinsen die Mietzinseinnahmen deutlich überstiegen und für die eine rechtskräftige Baubewilligung vorlag, die bald verfallen wäre⁶⁹⁷.

- 325 Fahrnis kann hingegen auch während eines laufenden Kollokationsverfahrens verwertet werden, da keine Lasten überbunden werden und Art. 128 VZG nicht analog anwendbar ist⁶⁹⁸. Dasselbe gilt für unbelastete Grundstücke, da Lasten begriffsnotwendig fehlen⁶⁹⁹.

b. Aussonderungsverfahren und Eigentumsvorbehalt

- 326 Ohne Einfluss auf einen Notverkauf bleibt ein etwaiges Aussonderungsverfahren gemäss Art. 242 SchKG, da der Verwertungserlös ohne weiteres an die Stelle des Gegenstandes tritt⁷⁰⁰. Ein gänzlich Verwertungsverbot (nicht nur betreffend einen Notverkauf) gilt hingegen für Gegenstände, an denen rechtsgültig ein Eigentumsvorbehalt bestellt und dieser von der Konkursverwaltung anerkannt wurde. Diese Gegenstände gehören nicht zur verwertbaren Masse⁷⁰¹.

⁶⁹⁶ BGE 75 III 100 Erw. 2.

⁶⁹⁷ BGE 111 III 77 Erw. 2.

⁶⁹⁸ BGE 107 III 88 Erw. 1.

⁶⁹⁹ Art. 128 Abs. 1 VZG e contrario: Sofern gemäss Grundbuch keine Belastungen bestehen und auch nach dem öffentlichen Aufruf gemäss Art. 123 VZG keine Pfandrechte oder andere beschränkte dingliche Rechte geltend gemacht werden, kann - unabhängig von einer Dringlichkeit - ohne Abwarten des Kollokationsverfahrens verwertet werden.

⁷⁰⁰ LORANDI (1993), S. 298; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 2 zu Art. 256 SchKG; BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 7 zu Art. 256.

⁷⁰¹ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 7 zu Art. 256 SchKG. Ist der Eigentumsvorbehalt strittig, hat der vermeintliche Eigentümer einen Aussonderungsprozess gemäss Art. 242 SchKG anzustrengen (SCHERRER, in: ZK ZGB (1977), N 105 zu Art. 715/716; SCHWANDER, in: BSK ZGB-II (2015), N 9 zu Art. 715; STEINAUER (2012), N 2052, vgl. auch N 2051 sowie N 2056 f. betreffend stillschweigender Verzicht auf den Eigentumsvorbehalt sowie die diversen Optionen des Verkäufers unter Eigentumsvorbehalt im Falle von Betreibung und Konkurs).

D. Zuständigkeit

1. Konkursamt

Gemäss Art. 243 Abs. 2 SchKG liegt die Zuständigkeit zur Vornahme von Notverkäufen bei der Konkursverwaltung. Das Gesetz ist diesbezüglich unpräzise, ist doch bis zur ersten Gläubigerversammlung noch keine Konkursverwaltung eingesetzt⁷⁰². Der Notverkauf hingegen findet in den meisten Fällen vor der ersten Gläubigerversammlung statt. Zuständig zur Entscheidung und zur Durchführung eines Notverkaufs ist damit einzig das Konkursamt. Dem Konkursamt kommt ein breiter Ermessensspielraum zu⁷⁰³. 327

2. Rolle der Gläubiger

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass in einer Notverkaufssituation von der grundsätzlichen Kompetenz der Gläubiger zur Bestimmung der Verwertungsart (Art. 256 Abs. 1 SchKG) abgesehen wird. Dies ist aufgrund der besonderen Umstände gerechtfertigt. Im Unterschied zu Art. 256 Abs. 1 SchKG sind jedoch Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG auch in einer Notverkaufssituation zu beachten, d.h. eine Verwertung mittels Freihandverkauf bedarf grundsätzlich der Zustimmung der (nicht befriedigten⁷⁰⁴) Pfandgläubiger und stets muss den Gläubigern das Höhergebotsrecht gewährt werden, wenn ein Vermögenswert von bedeutendem Wert veräussert wird. Die Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG in einer Notverkaufssituation ist umstritten, weshalb darauf sogleich in einem separaten Abschnitt eingegangen wird⁷⁰⁵. 328

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Aktionäre, wie immer nach erfolgter Konkurseröffnung, keine Einflussmöglichkeiten haben. Dies gilt generell für alle Konkursverfahren. 329

⁷⁰² Art. 237 Abs. 2 SchKG. Auch ein Gläubigerausschuss kann in diesem Verfahrensstadium noch nicht gewählt sein (vgl. Art. 237 Abs. 3 SchKG).

⁷⁰³ Décision de la Commission de surveillance des Offices des poursuites et des faillites de Genève du 23 octobre 2006 DCSO/609/06 Erw. 4.b; Entscheid der Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt des Kantons Basel-Stadt vom 17. Juni 1994 Erw. 1.b), publ. in: BLSchK 1995, S. 22 ff.

⁷⁰⁴ BGE 88 III 28 Erw. 5; BGE 72 III 27 Erw. 2.

⁷⁰⁵ Vgl. sogleich N 330 ff.

E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG

1. Höhergebotsrecht der Gläubiger

- 330 Aus der eben beschriebenen Zuständigkeitsordnung wird ersichtlich, dass die Gläubiger beim Notverkauf in keiner Form beizuziehen sind. Nicht selten werden die Gläubiger von der Eröffnung des Konkursverfahrens geschweige denn vom geplanten Notverkauf überhaupt Kenntnis haben⁷⁰⁶. Insbesondere (aber nicht nur) beim Notverkauf des gesamten Betriebs ist stossend, dass die komplette Verwertung, das Kernelement und Ziel des Konkursverfahrens, vorweggenommen wird, ohne dass die Gläubiger etwas zu sagen haben.
- 331 Diese Lücke im Gläubigerschutz kann geschlossen werden, indem den Gläubigern in jedem Fall, d.h. gerade auch in einer Notverkaufssituation, die Gelegenheit zur Abgabe eines höheren Angebots gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG („Höhergebotsrecht“ oder „Offertrecht“) eingeräumt wird. Das Bundesgericht hat wiederholt explizit offengelassen, ob den Gläubigern das Höhergebotsrecht auch im Notverkauf zusteht⁷⁰⁷. Die Frage ist sowohl betreffend das summarische wie auch das ordentliche Verfahren unbeantwortet⁷⁰⁸; sie stellt sich jedoch nur, wenn der Notverkauf als Freihandverkauf abgewickelt wird (was in aller Regel der Fall ist⁷⁰⁹). Bei der öffentlichen Steigerung ist das Partizipationsrecht der Gläubiger unbestritten.

a. Gründe für zwingenden Charakter

- 332 M.E. ist den Gläubigern in jedem Fall - sowohl im ordentlichen wie im summarischen Verfahren - das Recht zur Abgabe eines Höherangebots einzuräumen⁷¹⁰:

⁷⁰⁶ Zwingend publiziert werden muss nur der Schuldenruf, welcher u.U. erst mehrere Monate nach der Konkurseröffnung erfolgt (vgl. vorne N 37 und 43). Ein Betriebsverkauf kann durchaus vor dem Schuldenruf erfolgen (vgl. vorne N 303 ff.). Gerade bei Verzögerungen des Schuldenrufs dürfte sich zwar eine vorläufige Konkursanzeige aufdrängen; eine gesetzliche Pflicht besteht jedoch nicht (vgl. vorne N 34). Auch bei einer vorläufigen Konkursanzeige besteht selbstverständlich keine Gewähr, dass alle Gläubiger davon Kenntnis nehmen.

⁷⁰⁷ Urteil des Bundesgerichts 5A_27/2013 vom 22. März 2013 Erw. 3.1; BGE 131 III 280 Erw. 2.1; BGE 105 III 72 Erw. 3b; BAUER, in: BSK SCHKG EB (2017), ad N10 zu Art. 243.

⁷⁰⁸ Die Frage stellte sich im ordentlichen Verfahren (BGE 105 III 72), im summarischen Verfahren (BGE 131 III 280) und bevor die Art des Verfahrens überhaupt bekannt war (Urteil des Bundesgerichts 5A_27/2013 vom 22. März 2013).

⁷⁰⁹ Vgl. vorne N 203.

⁷¹⁰ Gl. M.: Obergericht des Kantons Zürich (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PS120211 vom 13. Dezember 2012 Erw. 5.2.3); MEIER (1996), S. 108; MEIER (2003),

- Erstens* spricht der Wortlaut von Art. 256 Abs. 3 SchKG dafür. 333
- Zweitens* führt das Höhergebotsrecht im Idealfall zu einem höheren Erlös im Interesse der Gläubiger. Dies zum einen, wenn das Angebot tatsächlich überboten wird; zum anderen mag der Erwerber angehalten sein, von Anfang an ein gutes Angebot einzureichen, um gar nicht erst überboten zu werden. Letzteres gilt umso mehr, als der potentielle Erwerber - eine besondere Anordnung des Konkursamtes vorbehalten - keinen Anspruch hat, sein ursprünglich eingereichtes, mittlerweile von einem Gläubiger oder Dritten überbotene Angebot, nachzubessern und einen eigentlichen Bieterprozess zu verlangen⁷¹¹. Das Risiko eines tieferen Erlöses kann ausgeschlossen werden, indem dem Erwerber ein Rücktritt vom Kauf nur bei Eingang eines höheren Angebots ermöglicht wird, so dass aus Sicht der Konkursmasse eine hohe Transaktionssicherheit besteht. 334
- Drittens* können die Verzögerungen, welche sich infolge der Einräumung des Höhergebotsrechts ergeben, grösstenteils korrigiert werden⁷¹². So kann der Betrieb einstweilen auf Rechnung der Konkursmasse oder eines Dritten weitergeführt werden, bis die Angebotsfrist abgelaufen ist⁷¹³. Hier sind in der Praxis kreative Lösungen und gute Verhandlungen mit dem Käufer gefordert. 335
- Schliesslich* sind der Gläubigerschutz und die Gläubigerdemokratie wichtige Maximen des Konkursverfahrens, welche grundsätzlich nicht beschnitten werden sollten. Auch wenn die grosse Mehrheit der Gläubiger davon nicht Gebrauch machen⁷¹⁴, hat dieses Recht für die Gläubiger, welche im Konkurs ohnehin zu Verlust kommen, einen Wert. 336

S. 17 f. (allerdings weniger deutlich als noch im vorgenannten Aufsatz). Differenzierend: LORANDI (1993), S. 350; GILLIÉRON (2001), N 26 zu Art. 243 SchKG, welcher das Höhergebotsrecht der Gläubiger nur im summarischen Verfahren nicht als zwingend erachtet (e contrario aber im ordentlichen Verfahren) sowie DE COULON (2008), S. 215 f., welcher die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 3 SchKG befürwortet, aber in sehr seltenen Extremfällen („vente d’extrême urgence“) den Verzicht darauf als zulässig erachtet. Widerspruchlich: RÜD (2003), S. 77 (Höhergebotsrecht beim Notverkauf bejaht) und S. 78 f. (Höhergebotsrecht beim Notverkauf verneint). A.A.: VONDER MÜHLL (1995), S. 6 f.; VISCHER (2002), S. 155; GRAHAM-SIEGENTHALER (2000), S. 85.

⁷¹¹ Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 11. Mai 2013 Erw. 12, publ. in: BISchK 2013, S. 207 ff.; vgl. auch vorne N 196.

⁷¹² Ohnehin müssen nicht selten weitere Vollzugsbedingungen erfüllt werden (was ebenfalls Zeit beansprucht), so dass wegen des Höhergebotsrechts alleine gar keine Verzögerung resultiert.

⁷¹³ Vgl. zur einstweiligen Betriebsweiterführung im Hinblick auf den anschliessenden Verkauf vorne N 117 ff.

⁷¹⁴ VONDER MÜHLL (1995), S. 7.

b. Ausnahme: Vollständige Befriedigung sämtlicher Gläubiger

- 337 Die Gläubiger haben bei vollständiger Befriedigung ihrer Forderungen in aller Regel keinen Anspruch auf das Höhergebotsrecht, da sie nicht mehr als die volle Deckung verlangen können. Der Anspruch auf Abgabe eines höheren Angebots kann sich aber u. U. aus dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung ergeben. Es ist unzulässig, nur einzelne Gläubiger zur Abgabe eines Höhergebots einzuladen. Selbst wenn ein Nicht-Gläubiger den fraglichen Vermögenswert erwirbt und sämtliche Gläubiger vollständig befriedigt werden, ist allen Gläubigern das Höhergebotsrecht zu gewähren, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Nicht-Gläubiger mit gewissen Gläubigern in Verbindung steht⁷¹⁵.

c. Sonderfragen

(i) Adressaten

- 338 Das Höhergebotsrecht steht aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 256 Abs. 3 SchKG einzig den Gläubigern, nicht aber Dritten, etwa Aktionären, zu. Vor dem Hintergrund, dass durch die Verwertung ein möglichst hoher Erlös erzielt werden soll, ist es jedoch zulässig und oftmals sehr sinnvoll, wenn auch Dritte, etwa Konkurrenten, Mitarbeiter, Aktionäre, Lieferanten oder Kunden zur Abgabe eines Höhergebots eingeladen werden⁷¹⁶. Das Konkursamt entscheidet entsprechend mit freiem Ermessen, ob und wen es zur Abgabe eines Höhergebots einlädt. Allerdings widerspricht es dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn das Konkursamt auch höhere Angebote von Dritten zulässt, sofern die vom Dritterwerber und dem Konkursamt unterzeichnete Freihandverkaufsverfügung als Vollzugsbedingung einzig das Nichtvorliegen höherer Angebote von Gläubigern vorsieht⁷¹⁷.
- 339 Können mit dem in der Freihandverkaufsverfügung vereinbarten Verkaufserlös voraussichtlich sämtliche Gläubiger befriedigt und ein Liquidationserlös an die Aktionäre ausgeschüttet werden, ist auch den - nunmehr vom Verkauf ebenfalls direkt betroffenen - Aktionären das Höhergebotsrecht zu gewähren⁷¹⁸.

⁷¹⁵ BGE 88 III 28 Erw. 6.

⁷¹⁶ BÜRGL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 23 zu Art. 256.

⁷¹⁷ BGE 131 III 280 Erw. 3.2 und 4.

⁷¹⁸ BGE 88 III 28 Erw. 6; BGE 88 III 68 Erw. 4.

(ii) *Bezifferung des „bedeutenden“ Werts*

Nicht restlos geklärt ist, ab wann ein Vermögenwert von „bedeutendem Wert“ i.S.v. Art. 256 Abs. 3 SchKG vorliegt. In der Lehre werden eine absolute⁷¹⁹ und eine relative⁷²⁰ Berechnungsmethode vertreten. Im Einklang mit der herrschenden Lehre hat sich in der Praxis die absolute Methode durchgesetzt⁷²¹; dem ist nur schon aufgrund der damit verbundenen höheren Rechtssicherheit zuzustimmen. Auch muss der fragliche Vermögenwert einen Mindestwert haben, damit sich der mit der Einholung von höheren Angeboten verbundene Aufwand rechtfertigt; dies gilt unabhängig von der Höhe der Konkursmasse und der Passiven⁷²². Gemäss Praxis dürfte die Grenze bei einem Verkehrswert von CHF 100'000 und damit bei einem (massgebenden) Liquidationswert von der Hälfte, d.h. CHF 50'000.- liegen⁷²³. Werden verschiedene Objekte als Paket verwertet (mithin nur ein Gesamtpreis offeriert), liegt die Grenze bei CHF 50'000.-, auch wenn dem einzelnen Objekt weniger Wert zukommt⁷²⁴.

340

Gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 27. November 2015 ist dagegen eine betragsmässige Untergrenze „nicht zu befürworten, da das Konkursamt im Rahmen seines Ermessens den konkreten Fall zu entscheiden hat“⁷²⁵.“ Allerdings musste sich das Bundesgericht nicht ernsthaft mit der Höhe des Betrags gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG auseinandersetzen, da das Höhergebotsrecht ohnehin gewährt wurde⁷²⁶. Dies hat es denn auch tatsächlich nicht getan, schliesslich

341

⁷¹⁹ FOËX, in: CR LP (2005), N 15 zu Art. 256; LORANDI (1993), S. 321; MEIER (1996), S. 106; BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 26b zu Art. 256.

⁷²⁰ GRAHAM-SIEGENTHALER (2000), S. 84 f.; AMACKER / KÜNG, in: KUKO SCHKG (2014), N 17 zu Art. 256.

⁷²¹ Urteil des Bundesgerichts 5A_678/2012 vom 15. November 2012 Erw. 4; Urteil des Bundesgerichts 5A_461/2013 vom 13. August 2013 Erw. 3.2; Urteil der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons St. Gallen vom 26. Juni 1998, publ. in: BLSchK 1999, S. 112 ff.; Urteil des Bundesgerichts 7B.97/2006 vom 17. August 2006 Erw. 3.1.

⁷²² BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 26b zu Art. 256.

⁷²³ Urteil des Bundesgerichts 5A_678/2012 vom 15. November 2012 Erw. 4; Urteil des Bundesgerichts 5A_461/2013 vom 13. August 2013 Erw. 3.2; Urteil der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs des Kantons St. Gallen vom 26. Juni 1998, publ. in: BLSchK 1999, S. 112 ff. (Liquidationswert von CHF 35'000 wurde als nicht ausreichend befunden). FOËX tritt für eine tiefere Schwelle von CHF 20'000 ein (FOËX, in: CR LP (2005), N 16 i.f. zu Art. 256; ihm folgend: DE COULON (2008), S. 214).

⁷²⁴ A.A. Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 6. Juni 2013 Erw. 3.2, zit in: GVP 2013, S. 188 ff., indirekt bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 5A_461/2013 vom 13. August 2013 Erw. 3.2. und 4.1.1.

⁷²⁵ Urteil des Bundesgerichts 5A_759/2015 vom 27. November 2015 Erw. 2.1. unter Hinweis auf AMACKER / KÜNG, in: KUKO SCHKG (2014), N 17 zu Art. 256.

⁷²⁶ Urteil des Bundesgerichts 5A_759/2015 vom 27. November 2015 Erw. 2.2.

blieben die in FN 721 zitierten Entscheide (welche eine betragsmässige Grenze nennen) allesamt unerwähnt. Damit bleibt offen, ob das Bundesgericht (im Unterschied zur Vorinstanz) die Gegenstände, welche zum Preis von CHF 8'000.- verkauft worden sind, als von bedeutendem Wert i.S.v. Art. 256 Abs. 3 SchKG betrachtete. Konsequenterweise müsste dies der Fall sein, denn einiges deutet darauf hin, dass die verkauften Gegenstände im Verhältnis zum Wert der gesamten Konkursmasse sehr bedeutend waren. Nur weil ein Gläubiger bereit war, die Kosten des summarischen Verfahrens sicherzustellen, konnte - nach bereits erfolgter Konkurseinstellung mangels Aktiven - überhaupt ein summarisches Konkursverfahren durchgeführt werden. Diese Rechtsauffassung wäre eine überraschende Wende (und ist m.E. abzulehnen); wäre dies tatsächlich gewollt, hätte es das Bundesgericht m.E. klarer zum Ausdruck gebracht⁷²⁷.

(iii) *Angebotsfrist*

- 342 Eine vom Gesetz leider nicht beantwortete Frage ist die der einzuräumenden Angebotsfrist. Die Vollstreckungsorgane haben die Frist nach ihrem Ermessen und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände festzusetzen⁷²⁸. Bei der Festsetzung der Frist sind die Höhe des gebotenen Kaufpreises, die Art des einzureichenden Angebots (blosses Kaufinteresse oder bindendes Kaufangebot inkl. Bankgarantie), etwaige vor Konkurs durchgeführte, bekannte (und gescheiterte) Verkaufsbemühungen (wobei potentielle Gläubiger mit Erwerbsinteresse u.U. bereits kontaktiert wurden) oder sonstige Vorkenntnisse sowie die Möglichkeiten, die Folgen der Verzögerung zu reduzieren, zu berücksichtigen⁷²⁹.
- 343 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Frist von zehn Tagen zur Abgabe eines Höherangebots und zur Einreichung eines Finanzierungsnachweises in der Höhe von CHF 17 Mio. jedenfalls dann ausreichend lang, wenn die Interessentin bereits vor Fristansetzung genügend Zeit zur Verfügung hatte, die notwendigen Abklärungen vorzunehmen und die Finanzierung sicherzustellen⁷³⁰. Es ist davon auszugehen, dass dieselbe Frist beim selben Kaufpreis für

⁷²⁷ Offenbar einverstanden mit dem Entscheid ist BAUER, in: BSK SCHKG EB (2017), ad N 26b zu Art. 256.

⁷²⁸ Urteil des Bundesgerichts 7B.220/2001 vom 20. November 2001 Erw. 3.

⁷²⁹ Vgl. zum Ganzen BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 23 zu Art. 256 und LORANDI (1993), S. 319.

⁷³⁰ Urteil des Bundesgerichts 7B.220/2001 vom 20. November 2001 Erw. 3.b); vgl. HUNKELER (2002), Rz 1 ff. welcher diesen Entscheid (zustimmend) kommentiert.

einen Gläubiger ohne Vorkenntnisse in der Tat zu kurz gewesen wäre. Standardmässig wird eine Frist von zehn⁷³¹ oder zwanzig⁷³² Tagen angesetzt. Auch acht Tage, unter Berücksichtigung des Wochenendes also sechs Werktagen, sind als ausreichend erachtet worden⁷³³. Gerade beim Notverkauf dürften auch kürzere Fristen ausreichend sein, sofern dies vor dem Hintergrund der konkreten Transaktion gerechtfertigt ist⁷³⁴.

Die Angebotsfrist ist wie alle behördlichen Fristen grundsätzlich erstreckbar⁷³⁵, wobei allerdings die Interessen des Käufers, dessen Angebot es zu überbieten gilt, angemessen berücksichtigt werden müssen. M.E. ist eine Erstreckung daher nur zulässig, wenn dies in der Freihandverkaufsverfügung explizit vorbehalten wurde. 344

(iv) *Unbeachtlichkeit zu spät eingegangener Höhergebote*

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung trägt die Angebotsfrist zur Rechtssicherheit bei, indem sie die Zeitspanne, während welcher höhere Angebote eingehen können, im Interesse aller Verfahrensbeteiligter limitiert⁷³⁶. Gleich im nächsten Satz der beiden zitierten Entscheide fügt das Bundesgericht jedoch an, dass das Konkursamt dennoch, im Interesse der Gläubiger, auch zu spät eingegangene Offerten annehmen kann⁷³⁷. 345

⁷³¹ LORANDI (2006), S. 11. Vgl. auch BGE 93 III 23 Erw. 4 i.f., wo das Bundesgericht die Konkursverwaltung anwies, den Gläubigern eine Frist von mindestens zehn vollen Tagen zur Abgabe eines Höhergebots und zur Sicherstellung des gebotenen Betrags einzuräumen.

⁷³² DE COULON (2008), S. 215.

⁷³³ Urteil des Bundesgerichts 5A_190/2010 vom 17. Juni 2010 Erw. 6.

⁷³⁴ Vgl. aber die Tendenz in den USA, Betriebsverkäufe zu zeitnah umzusetzen, weshalb gar ein Moratorium von 60 Tagen ab Konkurseröffnung vorgeschlagen wurde (siehe hinten N 857 und 1014).

⁷³⁵ LORANDI (2006), S. 11.

⁷³⁶ Möglichst wortgetreue Übersetzung aus dem Urteil des Bundesgerichts 7B.280/2001 vom 7. Januar 2002 Erw. 2.a), identisch aufgeführt im Urteil des Bundesgerichts 5A_190/2010 vom 17. Juni 2010 Erw. 6.

⁷³⁷ Urteil des Bundesgerichts 7B.280/2001 vom 7. Januar 2002 Erw. 2.a), unter Hinweis auf LORANDI (1993), S. 337 (welcher immerhin verlangt, dass zu spät eingegangene Offerten die bisherigen wesentlich übertreffen müssen), WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 51 N 5 und Entscheid der Aufsichtsbehörde des Kantons Basel-Landschaft vom 26. Juli 1979, publ. in: SJZ 1980, Nr. 41, S. 334 (gemäss welchem die Annahme eines zu spät eingereichten Höherangebots ohne nochmalige Konsultation aller Gläubiger grundsätzlich ausgeschlossen ist). Das Urteil des Bundesgerichts 7B.280/2001 vom 7. Januar 2002 wurde bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 5A_190/2010 vom 17. Juni 2010 Erw. 6. Vgl. ebenso Urteil des Bundesgerichts 7B.10/2006 vom 10. März 2006 Erw. 1.2.3., publ. in: BLSchK 2007, S. 103 - 106.

- 346 Weder die Argumentation des Bundesgerichts (sie beschränkt sich auf die zitierten beiden Sätze) noch das Ergebnis überzeugen. *Einerseits* wird die Rechtssicherheit als Zweck der Angebotsfrist genannt, um dann im nächsten Satz höchste Rechtsunsicherheit zuzulassen⁷³⁸. *Andererseits* werden zuerst (zu Recht) die Interessen aller Verfahrensbeteiligter genannt, um dann einzig im Interesse der Gläubiger die berechtigten Interessen des Erwerbers zu vernachlässigen. *Auch* steht das Ergebnis nicht im Einklang mit dem Ziel einer raschen Verwertung (insbesondere beim Notverkauf). Der Freihandverkauf soll möglichst kurz nach Ablauf der Angebotsfrist auch vollzogen werden. Zu spät eingegangene Offerten sind m.E. daher nicht zu beachten⁷³⁹.
- 347 Unbestrittenermassen sind höhere Angebote, welche nach Vollzug des Freihandverkaufs eingehen, unbeachtlich⁷⁴⁰. Sofern die Freihandverkaufsverfügung unter der aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wurde, dass innert einer gewissen Frist kein höheres Angebot eingeht, müssten sämtliche Angebote, welche nach Fristablauf eingehen, ohnehin unbeachtlich sein, da die Freihandverkaufsverfügung gleichzeitig Verpflichtungs- wie auch Verfügungsgeschäft darstellt (und mit Ablauf der Frist automatisch rechtswirksam wird)⁷⁴¹.

d. Gedanken zum Höhergebotsrecht der Gläubiger und zum Konsultationsrecht der Arbeitnehmer beim Notverkauf

- 348 Beim Notverkauf im Konkurs ist nach der hier vertretenen Ansicht den Gläubigern zwingend das Höhergebotsrecht gemäss Art. 243 Abs. 2 SchKG zu gewähren; die Frist beträgt dabei standardmässig zehn Tage (wobei gerade beim Notverkauf auch kürzere Fristen ausreichend sein dürften)⁷⁴². Ebenfalls bin ich der Meinung, dass das Konsultationsverfahren gemäss Art. 333a OR auch beim

⁷³⁸ In BGE 131 III 280 hat das Bundesgericht im Sinne der Rechtssicherheit (resp. des Grundsatzes von Treu und Glauben) entschieden, dass Angebote von Dritten nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn die Freihandverkaufsverfügung einzig unter dem Vorbehalt von höheren Angeboten seitens Gläubiger erlassen wurde. Die Sachlage ist mit zu spät eingegangenen Offerten durchaus vergleichbar.

⁷³⁹ Gleich verhält es sich in den USA, vgl. In re Quanalyze Oil & Gas Corp., 250 B.R. 83, 89 (Bkrcty.W.D.Tex. 2000) und hinten FN 1742.

⁷⁴⁰ Im Urteil des Bundesgerichts 5A_256/2012 vom 26. Juni 2012 Erw. 5.2, heisst es: „Une offre supérieure formulée postérieurement à la conclusion de la vente de gré à gré ne saurait quant à elle remettre celle-ci en cause.“ Der Freihandverkauf wurde am 23. Februar 2012 abgeschlossen; das höhere Angebot ging am 28. Februar 2012 beim Konkursamt ein. Obwohl im Urteil nicht explizit erwähnt (und der Begriff „conclusion“ gegen einen Vollzug spricht), ist davon auszugehen, dass der Freihandverkauf am 23. Februar 2012 auch vollzogen wurde.

⁷⁴¹ Vgl. vorne N 114.

⁷⁴² Vgl. vorne N 331 ff. (zum zwingenden Charakter) sowie N 342 ff. (zur Angebotsfrist).

Notverkauf im Konkurs zur Anwendung kommt, wobei die den Arbeitnehmern zu gewährende Frist bis auf 48 Stunden reduziert werden kann⁷⁴³. Ist diese scheinbare Besserstellung der Gläubiger (wozu die Arbeitnehmer freilich ebenfalls gehören) - zehn Tage gegenüber 48 Stunden - fair? Auf den ersten Blick vielleicht nicht, schliesslich verlieren die Arbeitnehmer ihre Stelle, die Gläubiger nur Geld.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem Höhergebotsrecht und dem Konsultationsverfahren besteht darin, dass beim Ersteren der Verkauf bereits verbindlich unterschrieben ist, mithin eine hohe Transaktionssicherheit besteht (bei Eingang eines höheren Angebots kommt der Verkauf ebenfalls, zu besseren Bedingungen, zu Stande). Das Konsultationsverfahren muss hingegen zwingend abgeschlossen sein, bevor der Verkauf verbindlich beschlossen wird. Der potentielle Erwerber kann jederzeit vom Kauf absehen. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, den Verkaufsprozess vor der Unterzeichnung möglichst zu beschleunigen. Es ist daher zulässig, das Konsultationsverfahren u.U. in deutlich kürzerer Zeit durchzuführen.

349

2. Vetorecht der Pfandgläubiger

Ebenso umstritten ist die Frage, ob beim freihändig vorgenommenen Notverkauf zwingend die Zustimmung der (nicht befriedigten⁷⁴⁴) Pfandgläubiger einzuholen ist, m.a.w. ob Art. 256 Abs. 2 SchKG auch im Notverkauf (im ordentlichen oder summarischen Verfahren) zwingend zur Anwendung kommt. Bei der öffentlichen Steigerung ist die Zustimmung der Pfandgläubiger nicht notwendig⁷⁴⁵.

350

Die Ausgangslage ist ähnlich wie beim Höhergebotsrecht; in beiden Fällen ist unklar, ob im Interesse der Gläubigergesamtheit an einer möglichst hohen und rasch verfügbaren Konkursdividende aufgrund besonderer Umstände (Dringlichkeit, gutes Angebot) zulasten der (Pfand)Gläubiger auf Schutzrechte (Höhergebot der Gläubiger resp. Vetorecht der Pfandgläubiger betreffend Verwertungsart) verzichtet werden kann.

351

Im Unterschied zu Ersterem erlaubt aber das Vetorecht, einem einzelnen Pfandgläubiger einen aus Sicht der Gläubigergesamtheit vorteilhaften Notverkauf erheblich (mindestens bis zur Abhaltung einer öffentlichen Steigerung) zu verzögern. Dabei dürfte oftmals nicht ausgeschlossen werden können, dass Motive

352

⁷⁴³ Vgl. vorne N 173 f.

⁷⁴⁴ BGE 88 III 28 Erw. 5; BGE 72 III 27 Erw. 2.

⁷⁴⁵ Art. 256 Abs. 2 SchKG.

ausserhalb des Konkursverfahrens (Schädigung durch Verzögerung) hinter der Ausübung des Vetorechts stehen. Weiter besteht keine Transaktionssicherheit, da ja gerade kein Freihandverkauf abgeschlossen wird, der dann lediglich überboten würde⁷⁴⁶. Im Gegenteil wird regelmässig ein hohes Risiko bestehen, dass ein tieferer Erlös resultieren wird (ansonsten das Konkursamt die für den Notverkauf notwendige Dringlichkeit kaum bejaht hätte). Kommt hinzu, dass die Pfandgläubiger durch das (zwingende) Höhergebotsrecht besonders geschützt sind, da sie mitbieten und bei Abgabe des höchsten Angebots ihre gesicherte Pfandforderung mit dem geschuldeten Kaufpreis verrechnen können⁷⁴⁷.

- 353 Ich komme damit zum Ergebnis, dass das Konkursamt beim Notverkauf auf die Einholung der Zustimmung der Pfandgläubiger gemäss Art. 256 Abs. 2 SchKG verzichten kann (aber keineswegs muss)⁷⁴⁸.

II. Dringlichkeitsverkauf

A. Begriff

1. Erledigung duldet keinen Aufschub

- 354 Die erste Gläubigerversammlung kann über Fragen, deren Erledigung keinen Aufschub duldet, beschliessen, so insbesondere über die Vornahme von freihändigen (Betriebs-)Verkäufen⁷⁴⁹. In Anlehnung an die Marginalie in Art. 238 SchKG und zwecks klarer Abgrenzung zum Notverkauf gemäss Art. 243 Abs. 2 SchKG ist der von der ersten Gläubigerversammlung beschlossene (und danach freihändig oder ausnahmsweise an einer öffentlichen Steigerung⁷⁵⁰ vorgenommene) Betriebsverkauf in dieser Arbeit stets als *Dringlichkeitsverkauf* bezeichnet.

⁷⁴⁶ Vgl. die entsprechenden Ausführungen zum Höhergebotsrecht vorne N 334 f.

⁷⁴⁷ Vgl. vorne N 188 f. sowie zum „Credit Bidding“ im Chapter 11 hinten N 948 ff.

⁷⁴⁸ Gl. M. VISCHER (2002), S. 155. Für erhöhte Anforderungen: LORANDI (1993), S. 353 und DE COULON (2008), S. 213 und 215 f. A.A. SCHÖBER, in: KUKO VZG (2011), N 10 zu Art. 128; GILLIÉRON (2001), N 10 zu Art. 243 SchKG (aber explizit nur für das ordentliche Verfahren); JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 6 zu Art. 243 SchKG.

⁷⁴⁹ Art. 238 Abs. 1 SchKG.

⁷⁵⁰ Die Kompetenz, einen Betrieb nicht freihändig zu verkaufen, sondern mittels öffentlicher Steigerung zu verwerten, ist von Art. 238 Abs. 1 SchKG ebenfalls erfasst (a minore ad maius), vgl. JEANDIN / FISCHER, in: CR LP (2005), N 12 zu Art. 238; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 6 zu Art. 238 SchKG.

2. Quantifizierung der Dringlichkeit

Ein Betriebsverkauf ist dringlich, wenn bei einer späteren Durchführung ein wesentlich geringerer Nettoerlös erzielt werden könnte⁷⁵¹. Die Beschränkung auf dringliche Verkäufe ist gerechtfertigt, da anlässlich der ersten Gläubigerversammlung noch nicht alle Gläubiger bekannt sind und ein dort gefällter Entscheid entsprechend zu einer Beschränkung der Gläubigerrechte führt⁷⁵². Die Beschränkung der Gläubigerrechte ist allerdings ungleich weniger gravierend als beim Notverkauf, wo das Konkursamt keine Gläubiger anhört und an deren statt entscheidet⁷⁵³. 355

Vor diesem Hintergrund unterscheiden sich m.E. - trotz des identischen Dringlichkeitsbegriffs - die Intensität der notwendigen Dringlichkeit beim Not- und Dringlichkeitsverkauf erheblich⁷⁵⁴. Beim Notverkauf ist eine höhere Dringlichkeit verlangt als beim Dringlichkeitsverkauf⁷⁵⁵, was sich aus der zeitlichen Komponente ergibt: 356

Ein Notverkauf, der vor der ersten Gläubigerversammlung durchgeführt werden will, muss in höherem Masse dringend sein, d.h. schon durch die Verzögerung um wenige Wochen oder Monate (abhängig vom erwarteten Datum der ersten Gläubigerversammlung) muss ein wesentlicher Mindererlös resultieren. Mit dem Dringlichkeitsverkauf kann hingegen bis zur ersten Gläubigerversammlung ohne grösseren Schaden zugewartet werden; der Mindererlös muss dann aber gegenüber einem Verkauf im Anschluss an die zweite Gläubigerversammlung wesentlich sein. Die Dringlichkeit ist in diesem Fall eine ganz andere. 357

Quantitativ ist wiederum der beim Notverkauf beschriebene Massstab anzuwenden, d.h. der Nettomehrerlös bei einem Verkauf im Anschluss an die erste 358

⁷⁵¹ JEANDIN / FISCHER, in: CR LP (2005), N 2 zu Art. 238; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 6 zu Art. 238 SchKG; vgl. denselben Dringlichkeitsbegriff beim Notverkauf vorne N 314 ff.

⁷⁵² RUSSENBERGER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 1 zu Art. 238.

⁷⁵³ Vgl. vorne N 328.

⁷⁵⁴ A.A. wohl RUSSENBERGER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 13 zu Art. 238 sowie BÜRGI, in: KUO SCHKG (2014), N 8 zu Art. 238 (vgl. aber dessen Abstufung der Dringlichkeit in N 7 betreffend die Fortsetzung schwebender Prozesse; dieselbe Abstufung gilt m.E. auch beim vorzeitigen Verkauf. Sodann implizieren auch seine Ausführungen in N 12 i.F. zu Art. 243 eine abgestufte Dringlichkeit); unklar JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 6 zu Art. 238 SchKG.

⁷⁵⁵ Ähnlich LORANDI (1993), S. 351. Vgl. auch BÜRGI, in: KUO SCHKG (2014), N 12 zu Art. 243.

Gläubigerversammlung im Vergleich zu einem Verkauf gestützt auf einen Beschluss der zweiten Gläubigerversammlung muss mindestens 20 - 30% betragen⁷⁵⁶.

B. Zeitpunkt des Dringlichkeitsverkaufs

1. Anlässlich der ersten Gläubigerversammlung

359 Der Dringlichkeitsverkauf muss grundsätzlich von und anlässlich der ersten Gläubigerversammlung beschlossen werden⁷⁵⁷. Typischerweise finden die ersten Gläubigerversammlungen und damit Dringlichkeitsverkäufe rund drei Monate nach Konkurseröffnung statt⁷⁵⁸.

2. Zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung

a. Anlässlich einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung

360 Allerdings ist durchaus denkbar, dass sich zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung eine befristete Verkaufsmöglichkeit ergibt und ein Zuzuwarten bis zur zweiten Gläubigerversammlung für die Gläubiger zu einem wesentlichen Mindererlös führen würde. Bleibt genügend Zeit, um eine ausserordentliche Gläubigerversammlung⁷⁵⁹ einzuberufen oder die Meinung der Gläubiger mittels Zirkularbeschluss in Erfahrung zu bringen, muss ein Dringlichkeitsverkauf auch nach Abhalten der ersten Gläubigerversammlung möglich sein.

⁷⁵⁶ Vgl. vorne N 314 ff.

⁷⁵⁷ Art. 238 Abs. 1 SchKG.

⁷⁵⁸ Vgl. vorne N 37 und insbesondere FN 77.

⁷⁵⁹ Weitere Gläubigerversammlungen gemäss Art. 255 SchKG knüpfen an die zweite Gläubigerversammlung an, weshalb auch deren Bestimmungen anzuwenden sind (WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 50 N 16; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 2 zu Art. 255 SchKG; BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 2 und 4 zu Art. 255). Zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung kann nur bei Dringlichkeit eine ausserordentliche Gläubigerversammlung einberufen werden (Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 2. Februar 2012 Erw. 5.2.2., publ. in: BLSchK 2013, S. 214.; GILLIÉRON (2001), N 7 zu Art. 255; vgl. auch BAUER, in: BSK SCHKG EB (2017) ad N 2 a und b zu Art 255).

b. Kein Opportunitätsverkauf

Strittig ist, ob - auch *ohne Vorliegen einer Dringlichkeit* (d.h. ohne dass ein Not- oder Dringlichkeitsverkauf in Frage kommt) - zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung verwertet werden kann⁷⁶⁰. 361

Das Bundesgericht hat in BGE 105 III 72 entschieden, dass ein Verkauf von Aktien „pas exposées à une dépréciation rapide“ zwischen erster und zweiter Gläubigerversammlung zulässig ist, sofern die Interessen der Gläubiger ausreichend gewahrt sind (Einberufung einer ausserordentlichen Gläubigerversammlung oder Einholung eines Gläubigerzirkularbeschlusses sowie Gewährung des Höhergebotsrechts) und ein besseres Ergebnis („des offres plus avantageuses“) erzielt werden kann⁷⁶¹. Das Bundesgericht setzte also auch bei dieser Verwertung einen besseren Erlös voraus, welcher aber - im Unterscheid zum Not- und Dringlichkeitsverkauf - nicht wesentlich zu sein braucht. 362

Im Ergebnis liess das Bundesgericht damit einen Kompromiss zu: Ein Verkauf zwischen erster und zweiter Gläubigerversammlung setzt einen geringeren Mehrerlös voraus als ein Not- oder Dringlichkeitsverkauf. Dafür müssen die Gläubiger wie beim Dringlichkeitsverkauf begrüsst werden, statt nur - wie beim Notverkauf - die Gelegenheit zur Abgabe eines höheren Angebots zu erhalten. Diese Art von vorzeitiger Verwertung könnte etwa „Opportunitätsverkauf“ bezeichnet werden. 363

Beim Studium des Entscheides wird man den Eindruck nicht los, dass das Bundesgericht die Beschwerde unbedingt abweisen wollte, was angesichts des konkreten Falles auch sachgerecht scheint. Eine allgemeine Gültigkeit ist jedoch abzulehnen da, wie richtig gesagt wird, die gesetzliche Kompetenzordnung „aus den Angeln gehoben“⁷⁶² und letztlich *contra legem*⁷⁶³ verwertet wird⁷⁶⁴. Zudem 364

⁷⁶⁰ Die Frage ist in der Praxis vorab bezüglich der freihändigen Verwertung von Fahrnis relevant, sie stellt sich jedoch gleichermassen im Zusammenhang mit der öffentlichen Steigerung. Bezüglich Grundstücken scheidet eine Verwertung vor der zweiten Gläubigerversammlung mit Ausnahme der Fälle von Überdringlichkeit aufgrund von Art. 128 Abs. 1 VZG aus. Vgl. dazu vorne N 324 f.

⁷⁶¹ BGE 105 III 72 Erw. 3.a) und b).

⁷⁶² MEIER (1996), S. 109.

⁷⁶³ LORANDI (1993), S. 312 f.

⁷⁶⁴ Auch das Obergericht des Kantons Zug spricht BGE 105 III 72 Allgemeingültigkeit ab, da das Bundesgericht infolge einer fehlenden Rüge das Handeln der Konkursverwaltung nicht näher auf seine Gesetzmässigkeit prüfte (Urteil des Obergerichts des Kantons Zug vom 2. Februar 2012 Erw. 5.5.1., publ. in: BLSchK 2013, S. 214). Mit dem Entscheid einverstanden: AMACKER / KÜNG, in: KUKO SCHKG (2014), N 5 zu Art. 256 und BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 8 zu Art. 256.

werden falsche Anreize gesetzt: Ein Konkursamt ist weniger interessiert, einen dringlichen Verkauf anlässlich der ersten Gläubigerversammlung zu präsentieren (und zu begründen), wenn sie nachher ohnehin jederzeit verwerten kann. Auch fehlen die Anreize, die zweite Gläubigerversammlung möglichst rasch durchzuführen, wenn bereits vorher - selbst in nicht dringenden Fällen - verwertet werden kann⁷⁶⁵.

C. Objekte des Dringlichkeitsverkaufs

1. Schnelle Wertverminderung, kostspieliger Unterhalt oder unverhältnismässige Aufbewahrungskosten

365 Gegenstand eines Dringlichkeitsverkaufs sind dieselben Objekte wie beim Notverkauf, mithin (sämtliche) Gegenstände, die schneller Wertverminderung ausgesetzt sind, einen kostspieligen Unterhalt erfordern oder hohe Aufbewahrungskosten verursachen⁷⁶⁶.

2. Einschränkungen

366 Die für den Notverkauf relevanten Einschränkungen gelten mutatis mutandis auch beim Dringlichkeitsverkauf⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Zu Recht weisen AMACKER / KÜNG, in: KUKO SCHKG (2014), N 2 zu Art. 252, darauf hin, dass die zweite Gläubigerversammlung zu einem Zeitpunkt stattfinden soll, in dem noch auf den weiteren Verfahrensablauf Einfluss genommen werden kann. Dies wird verunmöglicht, wenn die zweite Gläubigerversammlung erst stattfindet, wenn die Verwertung auch nicht dringlicher Vermögensgegenstände bereits abgeschlossen oder entschieden wurde.

⁷⁶⁶ JEANDIN / FISCHER, in: CR LP (2005), N 12 zu Art. 238; RUSSENBERGER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 13 zu Art. 238; BÜRGL, in: KUKO SCHKG (2014), N 8 zu Art. 238; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 6 zu Art. 238 SchKG; vgl. vorne N 319 ff.

⁷⁶⁷ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 6 zu Art. 238 SchKG; vgl. vorne N 322 ff.

D. Zuständigkeit

1. Bei Beschlussfähigkeit der Gläubigerversammlung

a. Erste Gläubigerversammlung

Der Dringlichkeitsverkauf wird grundsätzlich von und anlässlich der ersten Gläubigerversammlung beschlossen⁷⁶⁸. Mit der Umsetzung ist die von ihr eingesetzte amtliche oder ausseramtliche Konkursverwaltung betraut⁷⁶⁹. Sofern ein Gläubigerausschuss eingesetzt wird, sollte die Konkursverwaltung von der Gläubigerversammlung verpflichtet werden, den Dringlichkeitsverkauf vor Erlass der entsprechenden Verfügung Ersterem vorlegen zu müssen. Mit der Pflicht zur Vorlage von Dringlichkeitsverkäufen geht ein verbindliches Weisungsrecht des Gläubigerausschusses einher⁷⁷⁰. 367

Im Unterschied zum Notverkauf bestimmen damit die Gläubiger über die Verwertungsart beim Dringlichkeitsverkauf (Art. 238 Abs. 1 und Art. 256 Abs. 1 SchKG führen zur gleichen Zuständigkeit). 368

b. Ausserordentliche Gläubigerversammlung

Ausnahmsweise kann auch eine ausserordentliche Gläubigerversammlung zwischen der ersten und der zweiten Gläubigerversammlung einen Dringlichkeitsverkauf beschliessen⁷⁷¹. Mit der Umsetzung ist die anlässlich der ersten Gläubigerversammlung eingesetzte amtliche oder ausseramtliche Konkursverwaltung betraut, u.U. unter Einhaltung der Weisungen des Gläubigerausschusses. 369

⁷⁶⁸ Art. 238 Abs. 1 SchKG.

⁷⁶⁹ Art. 237 Abs. 2 SchKG.

⁷⁷⁰ SPRECHER (2003), N 540 f.

⁷⁷¹ Vgl. vorne N 360.

2. Bei Beschlussunfähigkeit der Gläubigerversammlung

a. Erste Gläubigerversammlung

- 370 Ist die erste Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig⁷⁷², kann ein Dringlichkeitsverkauf auch auf dem Zirkularweg beschlossen werden⁷⁷³. Zuständig für die Umsetzung ist mangels anderer Organe das Konkursamt⁷⁷⁴.

b. Ausserordentliche Gläubigerversammlung

- 371 Auch bei Beschlussunfähigkeit der ausserordentlichen Gläubigerversammlung kann ein Dringlichkeitsverkauf auf dem Zirkularweg beschlossen werden⁷⁷⁵. Zuständig für die Umsetzung sind - sofern anlässlich der ersten Gläubigerversammlung eingesetzt - die Konkursverwaltung und der Gläubigerausschuss⁷⁷⁶, andernfalls ebenfalls das Konkursamt.

3. Bei vollständiger Befriedigung sämtlicher Gläubiger

- 372 Können sämtliche Gläubiger vollständig befriedigt werden (ob dank des dringlichen Verkaufs oder aus anderen Gründen), ist es gerechtfertigt, einen dringlichen Verkauf auch ohne Beschluss der Gläubiger durchzuführen⁷⁷⁷. Zuständig für die Umsetzung ist das Konkursamt⁷⁷⁸.

⁷⁷² Art. 235 Abs. 3 SchKG; vgl. hierzu vorne N 37.

⁷⁷³ Art. 255a SchKG; BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 6 zu Art. 255a; AMACKER / KÜNG, in: KUKO SCHKG (2014), N 2 f. zu Art. 255a.

⁷⁷⁴ Das Konkursamt, welches die Masse bis zur zweiten Gläubigerversammlung verwaltet, wird deswegen nicht zur Konkursverwaltung (Art. 236 SchKG); ungenau ist diesbezüglich Art. 254 SchKG, welcher nur die bisherige Konkursverwaltung, nicht aber das Konkursamt erwähnt. Allerdings ist mit Konkursverwaltung zweifelsohne auch das Konkursamt gemeint, da dieses ja die (gleichen) Aufgaben anstelle einer eingesetzten Konkursverwaltung wahrnimmt.

⁷⁷⁵ Art. 255a SchKG.

⁷⁷⁶ Vgl. vorne N 367.

⁷⁷⁷ BGE 88 III 28 Erw. 5. Damit sind auch Gläubigerversammlungen entbehrlich.

⁷⁷⁸ Beim Notverkauf hat die Tatsache, dass die Gläubiger vollständig befriedigt werden können, keinen Einfluss auf die Zuständigkeit, da der Notverkauf immer ohne Beizug der Gläubiger entschieden und umgesetzt wird; vgl. vorne N 327 ff. (Zuständigkeit Notverkauf im ordentlichen Verfahren) sowie hinten N 397 f. (Zuständigkeit Notverkauf im summarischen Verfahren).

E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG

1. Höhergebotsrecht der Gläubiger

Wie beim Notverkauf stellt sich auch beim Dringlichkeitsverkauf (sofern als Freihandverkauf abgewickelt), die Frage, ob Art. 256 Abs. 3 SchKG zur Anwendung gelangt, d.h. ob auch bei Vorliegen einer Dringlichkeit gemäss Art. 238 Abs. 1 SchKG den Gläubigern Gelegenheit zur Abgabe eines Höherangebots eingeräumt werden muss. Zu Recht hat das Bundesgericht entschieden, dass das Höhergebotsrecht auch bei einem Dringlichkeitsverkauf zu gewähren ist⁷⁷⁹. 373

Die erste Gläubigerversammlung kann das Höhergebotsrecht m.E. nur dann verbindlich ausschliessen, wenn sämtliche Gläubiger zustimmen. Da aber auch nach der ersten Gläubigerversammlung noch bislang unbekannte Gläubiger Forderungen anmelden können, empfiehlt es sich in jedem Fall, den Gläubigern das Höhergebotsrecht zu gewähren. Die Gewährung des Rechts zur Abgabe eines Höherangebots verzögert den Verkauf ohnehin nur unwesentlich, nachdem bis zur ersten Gläubigerversammlung bereits einige Zeit verstrichen ist⁷⁸⁰. 374

2. Vetorecht der Pfandgläubiger

Den Pfandgläubigern steht beim Dringlichkeitsverkauf das Vetorecht gemäss Art. 256 Abs. 2 SchKG zu; da ohnehin bis zur ersten Gläubigerversammlung zugewartet werden konnte, gibt es keinen Grund, die Rechte der Pfandgläubiger zu beschränken⁷⁸¹. 375

⁷⁷⁹ BGE 105 III 72 Erw. 3.a). Gl. M. GILLIÉRON (2001), N 15 zu Art. 238; LORANDI (1993), S. 350. A. M. wohl JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 6 zu Art. 238 SchKG, welche explizit auf die Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 SchKG hinweisen, aber Art. 256 Abs. 3 SchKG unerwähnt lassen.

⁷⁸⁰ Für weitere Details zum Höhergebotsrecht sei auf die entsprechenden Ausführungen beim Notverkauf vorne N 331 ff. verwiesen.

⁷⁸¹ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 6 zu Art. 238; LORANDI (1993), S. 353.

III. „Ordentlicher“ Verkauf nach der zweiten Gläubigerversammlung

A. Begriff

- 376 Die Aktiven der Schuldnerin werden im Rahmen eines „ordentlichen“ Verkaufs nach der zweiten Gläubigerversammlung verwertet, sofern sie nicht Gegenstand eines vorangehenden Not- oder Dringlichkeitsverkaufs waren. Im Unterschied zum Not- und Dringlichkeitsverkauf ist für die ordentliche Verwertung gerade keine Dringlichkeit verlangt; vielmehr werden - notwendig für eine Generalexekution - in diesem Stadium alle noch vorhandenen Vermögenswerte gewissermassen voraussetzungslos verwertet.

B. Zeitpunkt der zweiten Gläubigerversammlung resp. Verwertung

- 377 Innert 60 Tagen nach Ablauf der Eingabefrist erstellt die Konkursverwaltung den Kollokationsplan und legt diesen beim Konkursamt zur Einsicht auf⁷⁸². Sie lädt die Gläubiger umgehend⁷⁸³ nach Auflage des Kollokationsplans zur zweiten Gläubigerversammlung ein⁷⁸⁴. Für die Durchführung der zweiten Gläubigerversammlung muss der Kollokationsplan nicht rechtskräftig sein; entsprechend müssen etwaige Kollokations- aber auch Aussonderungs- und Admassierungsverfahren grundsätzlich nicht abgewartet werden⁷⁸⁵. Die eigentliche Verwertung erfolgt dann im Anschluss an die zweite Gläubigerversammlung.

C. Objekte der ordentlichen Verwertung

1. Versilberung der Aktiven

- 378 In diesem Verfahrensstadium dürfte es aufgrund der fortgeschrittenen Zeitdauer für einen Verkauf des operativen Betriebs regelmässig zu spät sein. In Frage kommt in den meisten Fällen nur eine blosse Versilberung der Aktiven. Es steht

⁷⁸² Art. 247 Abs. 1 und 249 Abs. 1 SchKG. Die Eingabefrist beträgt einen Monat ab Publikation des Schuldenrufs (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG).

⁷⁸³ AMACKER / KÜNG, in: KUKO SCHKG (2014), N 2 zu Art. 252.

⁷⁸⁴ Art. 252 Abs. 1 SchKG.

⁷⁸⁵ AMONN / WALTHER (2013), § 47 N 7; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 2 zu Art. 252; SchKG; BÜRGLI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 16 zu Art. 252; AMACKER / KÜNG, in: KUKO SCHKG (2014), N 2 i.f. zu Art. 252.

im Ermessen der Konkursverwaltung, ob und welche Vermögensgegenstände einzeln oder paketweise versilbert werden sollen; für die Gläubiger soll ein möglichst hoher Nettoerlös erzielt werden.

2. Einschränkungen

Aufgrund der Tatsache, dass auch die zweite Gläubigerversammlung zu einem Zeitpunkt stattfindet, in dem noch nicht sämtliche Ansprüche geklärt sind⁷⁸⁶, ergeben sich folgende Schranken für die Verwertung: 379

So ist einerseits mit der Verwertung von Vermögenswerten, welche Gegenstand eines Aussonderungs- und erst recht eines Admassierungsverfahrens sind, zuwarten. Da der Erlös an die Stelle der Sache tritt, kann jedoch (aber nur) bei Dringlichkeit verwertet werden⁷⁸⁷. Andererseits untersagt Art. 128 Abs. 1 VZG die Verwertung von belasteten Grundstücken vor Abschluss des Kollokationsverfahrens (selbst bei Dringlichkeit). Eine Ausnahme muss bei Überdringlichkeit möglich sein, was jedoch in diesem Verfahrensstadium selten, aber nicht undenkbar ist (Beispiel: Kurz bevorstehendes Ablaufen einer Baubewilligung). Fahrnis hingegen kann nach der zweiten Gläubigerversammlung ohne Rücksicht auf das Kollokationsverfahren verwertet werden⁷⁸⁸. Mangels Zugehörigkeit zur Masse entfällt die Verwertung von Vermögenswerten, an denen rechtsgültig ein Eigentumsvorbehalt begründet und der anerkannt wurde⁷⁸⁹. 380

⁷⁸⁶ Kollokationsprozesse sowie Aussonderungs- und Admassierungsverfahren müssen nicht abgewartet werden, vgl. vorne N 377.

⁷⁸⁷ LORANDI (1993), S. 298; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 2 zu Art. 256 SchKG; BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 7 zu Art. 256. Verlangt ist folglich auch bei der Verwertung in diesem Verfahrensstadium, dass bei einer sofortigen Verwertung im Vergleich zu einer Verwertung im Anschluss an das Aussonderungs- resp. Admassierungsverfahren ein Nettomehrerlös von mindestens 20 - 30% erzielt werden kann (vgl. vorne N 316).

⁷⁸⁸ BGE 107 III 88 Erw. 1.

⁷⁸⁹ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 7 zu Art. 256 SchKG; vgl. zum Ganzen vorne N 322 ff.

D. Zuständigkeit

1. Bei Beschlussfähigkeit der zweiten Gläubigerversammlung

- 381 Die zweite Gläubigerversammlung ordnet alles Weitere für die Durchführung des Konkurses an und ist damit für alle nicht dringlichen Verwertungen zuständig⁷⁹⁰. Sie ist mithin das ordentliche Verwertungsorgan und hat als solches umfassende Kompetenzen⁷⁹¹; ihr obliegt der Entscheid, ob die Verwertung freihändig oder mittels öffentlicher Steigerung vorgenommen wird⁷⁹². Die Gläubiger können beispielsweise auch einen Mindestpreis oder andere Details anordnen.
- 382 Für die Umsetzung und damit die eigentlichen Verwertungshandlungen ist die Konkursverwaltung zuständig. Ist ein Gläubigerausschuss eingesetzt, sollte die Konkursverwaltung von der zweiten Gläubigerversammlung verpflichtet werden, die Verwertung der bedeutenden Vermögenswerte dem Gläubigerausschuss vorlegen zu müssen, womit ein Weisungsrecht einhergeht⁷⁹³.

2. Bei Beschlussunfähigkeit der zweiten Gläubigerversammlung

- 383 Ist die zweite Gläubigerversammlung nicht beschlussfähig⁷⁹⁴, orientiert die Konkursverwaltung die anwesenden Gläubiger - in gekürzter Form - gleichwohl über den Stand des Verfahrens. Die bisherige Konkursverwaltung und ein etwaiger Gläubigerausschuss bleiben im Amt und führen das Verfahren zu Ende⁷⁹⁵. Beschlüsse, welche von Gesetzes wegen von den Gläubigern gefällt werden müssen (wie etwa die Vornahme eines Freihandverkaufs anstelle einer öffentlichen Steigerung⁷⁹⁶), müssen auch bei Beschlussunfähigkeit der zweiten Gläubigerversammlung von den Gläubigern getroffen werden⁷⁹⁷. Möglich ist

⁷⁹⁰ Art. 253 Abs. 2 SchKG.

⁷⁹¹ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 4 zu Art. 253 SchKG.

⁷⁹² Art. 256 Abs. 1 SchKG. Ohne besonderen Entscheid der zweiten Gläubigerversammlung bleibt nur die öffentliche Steigerung.

⁷⁹³ SPRECHER (2003), N 540 f.

⁷⁹⁴ Die zweite Gläubigerversammlung ist, wie die erste Gläubigerversammlung, beschlussfähig, wenn ein Viertel der bekannten Gläubiger anwesend oder vertreten ist (Art. 252 Abs. 3 i.V.m. Art. 235 Abs. 3 SchKG).

⁷⁹⁵ Art. 254 SchKG.

⁷⁹⁶ Art. 256 Abs. 1 SchKG.

⁷⁹⁷ BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 10 zu Art. 254.

die Einberufung einer weiteren Gläubigerversammlung oder die Einholung eines Zirkularbeschlusses⁷⁹⁸.

3. Bei vollständiger Befriedigung sämtlicher Gläubiger

Können sämtliche Gläubiger vollständig befriedigt werden (ob dank des Betriebsverkaufs oder aus anderen Gründen), ist es gerechtfertigt, einen Betriebsverkauf auch ohne Beschluss der zweiten Gläubigerversammlung durchzuführen⁷⁹⁹. Für die Umsetzung ist die Konkursverwaltung zuständig. 384

E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG

Das Höhergebotsrecht der Gläubiger sowie das Vetorecht der Pfandgläubiger bei der freihändigen Verwertung von Vermögensgegenständen von bedeutendem Wert ist unbestrittenermassen zu respektieren⁸⁰⁰. 385

⁷⁹⁸ Art. 255 und 255a SchKG.

⁷⁹⁹ BGE 88 III 28 Erw. 5.

⁸⁰⁰ Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG; BGE 131 III 280 Erw. 2.1. Für weitere Details sei auf vorne N 330 ff. verwiesen.

Kapitel 4 : Betriebsverkauf im Rahmen eines summarischen Konkursverfahrens

I. Keine Unterscheidung von Not- und Dringlichkeitsverkauf

Die Unterschiede zwischen Not- und Dringlichkeitsverkauf im ordentlichen Verfahren beschränken sich auf den Zeitpunkt (vor oder anlässlich der ersten Gläubigerversammlung)⁸⁰¹ und die Zuständigkeit (Konkursamt resp. erste Gläubigerversammlung)⁸⁰². Im summarischen Verfahren findet die Verwertung grundsätzlich ohne Mitsprache der Gläubiger statt⁸⁰³; Gläubigerversammlungen werden in der Regel nicht einberufen⁸⁰⁴. Mangels Gläubigerversammlungen sind im summarischen Verfahren bei der dringenden Verwertung sowohl betreffend Zeitpunkt als auch betreffend Zuständigkeit keine Unterscheidungen notwendig. Damit wird die im ordentlichen Verfahren wesentliche Differenzierung zwischen Not- und Dringlichkeitsverkauf entbehrlich. Die dringende Verwertung im summarischen Verfahren beschränkt sich damit auf den Notverkauf⁸⁰⁵.

386

⁸⁰¹ Und damit einhergehend eine unterschiedliche Intensität der Dringlichkeit, vgl. vorne N 355 ff.

⁸⁰² Die Objekte (Gegenstände, welche einer schnellen Wertverminderung ausgesetzt sind, einen kostspieligen Unterhalt oder unverhältnismässige Aufbewahrungskosten verlangen), das Höhergebotsrecht der Gläubiger sowie die Einschränkungen aufgrund laufender Kollokations- sowie Aussonderungs- und Admassierungsverfahren sind hingegen identisch; vgl. zum Notverkauf vorne N 313 ff. und zum Dringlichkeitsverkauf vorne N 354 ff.

⁸⁰³ Art. 256 Abs. 1 SchKG ist im summarischen Verfahren nicht anwendbar (Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG e contrario), vgl. vorne N 42.

⁸⁰⁴ Art. 231 Abs. 3 Ziff. 1 SchKG.

⁸⁰⁵ Art. 238 Abs. 1 SchKG ist im Unterschied zu Art. 243 Abs. 2 SchKG im summarischen Verfahren grundsätzlich nicht anwendbar. Findet im summarischen Verfahren ausnahmsweise eine erste Gläubigerversammlung statt, ist auch ein Dringlichkeitsverkauf denkbar. Für diesen seltenen Fall sei auf die Ausführungen zum Dringlichkeitsverkauf im ordentlichen Verfahren verwiesen (vgl. vorne N 354 ff.).

II. Notverkauf

A. Begriff

- 387 Für den Begriff des Notverkaufs und die verlangte Dringlichkeit kann auf die Ausführungen im ordentlichen Verfahren verwiesen werden⁸⁰⁶.

B. Zeitpunkt des Notverkaufs

- 388 Die Verwertung im summarischen Verfahren beginnt grundsätzlich einen Monat nach dem Schuldenruf (d.h. nach Ablauf der Eingabefrist)⁸⁰⁷, mithin frühestens rund sechs Wochen ab Konkurseröffnung, nicht selten aber auch deutlich später⁸⁰⁸. Liegt eine Notverkaufssituation vor, muss jedoch vor Ablauf der Eingabefrist⁸⁰⁹, ja sogar vor dem Schuldenruf⁸¹⁰, mithin theoretisch auch unmittelbar ab Konkurseröffnung, verwertet werden können⁸¹¹.

⁸⁰⁶ Vgl. vorne N 313 ff.

⁸⁰⁷ Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 i.V.m. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

⁸⁰⁸ Vgl. vorne N 43 und insbesondere FN 95.

⁸⁰⁹ BGE 131 III 280 Erw. 2.1.

⁸¹⁰ Vgl. zum Betriebsverkauf vor dem Schuldenruf vorne N 304 ff.

⁸¹¹ Dies ergibt sich aus Art. 231 Abs. 3 i.V.m. Art. 243 Abs. 2 SchKG; BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 11 zu Art. 256; im Ergebnis wohl gl. M. MEIER (2003), S. 18, welcher eine Übertragung der Vermögenswerte von bedeutendem Wert an einen Dritten höchstens unter Vorbehalt zulässt. Der Vorbehalt müsse beinhalten, dass das Konkursamt den Verkauf widerrufen könne, sofern später höhere Angebote von Gläubigern eingereicht oder Pfand- oder sonstige Drittrechte angemeldet würden. Vgl. auch SCHÖBER, in: KU KO SCHKG (2014), N 15 zu Art. 231, welcher einen vorzeitigen Betriebsverkauf *unmittelbar ab Konkurseröffnung* nur für zulässig erachtet, sofern er „mit einer Zustimmungsbedingung der Gläubiger“ verbunden ist. Diese - vom Autor nicht begründete - Einschränkung ist m.E. abzulehnen. Erstens ergibt sich die Einschränkung nicht aus dem Gesetz. Zweitens sind die Interessen der Gläubiger auch ohne diese Zustimmungsbedingung gewahrt, da der Verkauf ohnehin nur vorgenommen werden darf, wenn er im Interesse der Gläubiger ist und das Höhergebotsrecht der Gläubiger in jedem Fall gewährt werden muss (worauf SCHÖBER selbst hinweist). Drittens würde diese Zustimmungsbedingung infolge der reduzierten Transaktionssicherheit und Verzögerung wohl oftmals den Preis drücken, was nicht im Interesse der Gläubiger sein kann. Vgl. auch VISCHER (2002), S. 156, der im summarischen Verfahren die Verwertung jeglicher Gegenstände ohne zeitliche Restriktionen zulässt.

C. Objekte des Notverkaufs

Bezüglich der möglichen Objekte eines Notverkaufs sowie der Einschränkungen kann mutatis mutandis auf die entsprechenden Ausführungen zum Notverkauf im ordentlichen Verfahren verwiesen werden⁸¹². Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Entscheid explizit erkannt, dass ein Betrieb oder Betriebsteil Gegenstand eines Notverkaufs im summarischen Verfahren sein kann⁸¹³. 389

D. Zuständigkeit

Das Konkursamt ist im summarischen Verfahren mangels Gläubigerversammlungen und Gläubigerausschüssen das einzige Organ und als solches für den Notverkauf zuständig⁸¹⁴. 390

E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG

Vorausgesetzt, es handelt sich um einen Vermögensgegenstand von bedeutendem Wert, ist den Gläubigern m.E. auch beim Notverkauf im summarischen Verfahren das Höhergebotsrecht gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG zu gewähren⁸¹⁵. Auf das Vetorecht der Pfandgläubiger gemäss Art. 256 Abs. 2 SchKG kann hingegen im summarischen Verfahren erst recht verzichtet werden⁸¹⁶. 391

⁸¹² Vgl. vorne N 319 ff.

⁸¹³ BGE 131 III 280 betrifft den Notverkauf eines Betriebs im summarischen Verfahren.

⁸¹⁴ Im summarischen Verfahren ist es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zulässig, eine ausseramtliche Konkursverwaltung einzusetzen (vgl. vorne N 44). Das Konkursamt wird im summarischen Konkursverfahren auch nicht zur (amtlichen) Konkursverwaltung (vgl. Art. 231 SchKG).

⁸¹⁵ Vgl. Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG. Diese Frage ist umstritten und wurde vom Bundesgericht mehrmals explizit offengelassen. Vgl. zur ausführlichen Begründung (welche sich auf das ordentliche und das summarische Verfahren bezieht) vorne N 330 ff.

⁸¹⁶ Vgl. zur Begründung des Verzichts auf das Vetorecht im ordentlichen Verfahren vorne N 350 ff. Bezüglich des summarischen Verfahrens gl. M. GILLIÉRON (2001), N 26 zu Art. 243 SchKG.

III. „Ordentlicher“ Verkauf

A. Begriff

- 392 Die Aktiven der Schuldnerin werden im Rahmen eines „ordentlichen“ Verkaufs verwertet, sofern sie nicht Gegenstand eines vorangehenden Notverkaufs waren. Im Unterschied zum Notverkauf ist für die ordentliche Verwertung gerade keine Dringlichkeit verlangt; vielmehr werden - notwendig für eine Generalexekution - in diesem Stadium alle noch vorhandenen Vermögenswerte gewissermaßen voraussetzungslos verwertet.

B. Zeitpunkt

- 393 Die Verwertung im summarischen Verfahren beginnt grundsätzlich einen Monat nach dem Schuldenruf⁸¹⁷, mithin mithin frühestens rund sechs Wochen ab Konkurseröffnung, nicht selten aber auch deutlich später⁸¹⁸.

C. Objekte des ordentlichen Verkaufs

1. Versilberung der Aktiven

- 394 Die Verwertung im summarischen Verfahren unterscheidet sich - abgesehen von der Zuständigkeit und vom Zeitpunkt - kaum vom ordentlichen Verfahren⁸¹⁹. Im Interesse der Gläubiger ist ein möglichst hoher Erlös zu erzielen, wobei es im freien Ermessen des Konkursamts steht, auf welche Art und zu welchem Zeitpunkt sie welchen Vermögenswert verwertet. Da die „ordentliche“ (nicht-dringliche) Verwertung im summarischen Verfahren im Vergleich zum ordentlichen Verfahren typischerweise früher stattfindet, können durchaus auch operative Betriebe „ordentlich“ verwertet werden⁸²⁰.

⁸¹⁷ Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 i.V.m. Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG.

⁸¹⁸ Vgl. vorne N 43 und insbesondere FN 95.

⁸¹⁹ Vgl. auch LUSTENBERGER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 16 und 33 ff. zu Art. 231.

⁸²⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_108/2016 vom 29. April 2016, welches den Verkauf eines „Weinbaubetriebs samt Inventar, Marke und Autokennzeichen“ im summarischen Konkursverfahren zum Gegenstand hat.

2. Einschränkungen

Aufgrund der Tatsache, dass die ordentliche Verwertung zu einem Zeitpunkt stattfindet, in dem noch nicht sämtliche Ansprüche geklärt sind⁸²¹, ergeben sich folgende Schranken für die Verwertung: 395

So ist einerseits mit der Verwertung von Vermögenswerten, welche Gegenstand eines Aussonderungs- und erst recht eines Admassierungsverfahrens sind, zu-
zuwarten. Da der Erlös an die Stelle der Sache tritt, kann nur bei Dringlichkeit
verwertet werden⁸²². Andererseits untersagt Art. 128 Abs. 1 VZG die Verwertung
von belasteten Grundstücken vor Abschluss des Kollokationsverfahrens
(selbst bei Dringlichkeit). Eine Ausnahme muss bei Überdringlichkeit möglich
sein, was jedoch in diesem Verfahrensstadium selten, aber nicht undenkbar ist
(Beispiel: Kurz bevorstehendes Ablaufen einer Baubewilligung). Fahrnis hingegen
kann ohne Rücksicht auf das Kollokationsverfahren verwertet werden⁸²³.
Mangels Zugehörigkeit zur Masse entfällt die Verwertung von Vermögenswerten,
an denen rechtsgültig ein Eigentumsvorbehalt begründet und der anerkannt
wurde⁸²⁴. 396

D. Zuständigkeit

Mangels anderer Organe ist das Konkursamt (alleine) für die Verwertung zuständig. Im Unterschied zum ordentlichen Verfahren ist im summarischen Verfahren Art. 256 Abs. 1 SchKG nicht anwendbar⁸²⁵; dies hat einen wesentlichen Einfluss auf die Verwertung, da das Konkursamt alleine - ohne Beizug der Gläubiger - über die Art und Weise der Verwertung beschliessen kann. Es steht in seinem Ermessen, ob im konkreten Fall ein Freihandverkauf oder eine öffentliche Steigerung durchgeführt wird. 397

⁸²¹ Vgl. vorne N 393.

⁸²² LORANDI (1993), S. 298; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 2 zu Art. 256 SchKG; BÜRGI, in: BSK SCHKG-II (2010), N 7 zu Art. 256. Verlangt ist folglich auch bei der Verwertung in diesem Verfahrensstadium, dass bei einer sofortigen Verwertung im Vergleich zu einer Verwertung im Anschluss an das Aussonderungs- resp. Admassierungsverfahren ein Nettomehrerlös von mindestens 20 - 30% erzielt werden kann (vgl. vorne N 316).

⁸²³ BGE 107 III 88 Erw. 1.

⁸²⁴ JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 7 zu Art. 256 SchKG; vgl. zum Ganzen vorne N 322 ff.

⁸²⁵ Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG verweist explizit nur auf Art. 256 Abs. 2 - 4 SchKG (welche dafür unbestrittenermassen anwendbar sind).

E. Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 2 und 3 SchKG

- 398 Unbestrittenermassen ist bei einem freihändigen Betriebsverkauf auch im summarischen Verfahren das Vetorecht der Pfandgläubiger gemäss Art. 256 Abs. 2 SchKG sowie das Höhergebotsrecht der Gläubiger gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG zu wahren⁸²⁶.

⁸²⁶ Art. 231 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG verweist direkt auf Art. 256 Abs. 2 - 4 SchKG; Urteil des Bundesgerichts 5A_108/2016 vom 29. April 2016 Erw. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 5A_678/2012 vom 15. November 2012; Urteil des Bundesgerichts 7B.27/2003 vom 12. Mai 2003 Erw. 4.1. i.f.; LUSTENBERGER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 36 f. zu Art. 231, m.w.H.

Kapitel 5 : Verwertung bei Konkurseinstellung mangels Aktiven

I. Allgemeines

Gemäss Art. 230 Abs. 1 SchKG verfügt das Konkursgericht die Einstellung des Konkurses mangels Aktiven, wenn aus der Konkursmasse auch die Kosten des summarischen Verfahrens nicht gedeckt werden können. Die Veräusserung des operativen Betriebs oder eines operativen Betriebsteils ist unter diesen Umständen undenkbar; darauf gehe ich mangels Relevanz nicht ein. 399

Die Verwertung bei Konkurseinstellung mangels Aktiven sei in den Grundzügen dennoch dargestellt, zum einen, weil auch in diesem Verfahren jegliche Arten von (wertvollen) Vermögensgegenständen wie Grundstücke, Maschinen etc. veräussert werden können und zum anderen, weil der Grat zwischen Durchführung des summarischen Konkursverfahrens, ja gar des ordentlichen Konkursverfahrens, und der Konkurseinstellung mangels Aktiven sehr schmal sein kann. In der Praxis kommt es zuweilen vor, dass bei Konkurseröffnung und einer ersten Sichtung der Aktiven eine Konkurseinstellung mangels Aktiven unvermeidbar scheint, ausser der Betrieb kann im Rahmen eines Notverkaufs (vor dem Schuldenruf) veräussert werden, um mit dem Erlös die Durchführung eines summarischen oder gar eines ordentlichen Verfahrens zu ermöglichen⁸²⁷. Das Konkursamt, aber auch der potentielle Erwerber, tun in einer solchen Situation gut daran, sich stets auch das Szenario der Konkurseinstellung mangels Aktiven vor Augen zu halten. 400

Trotz Einstellung des Konkurses (oder vielmehr: erst recht bei Einstellung des Konkurses) muss die Schuldnerin jedoch liquidiert und im Handelsregister gelöscht werden⁸²⁸. Zu diesem Zweck sieht das Gesetz die nachfolgend beschriebene, dreistufige Kaskade der Verwertung vor. Die Verwertung erfolgt nach 401

⁸²⁷ Vgl. zum Notverkauf zur Finanzierung eines Konkursverfahrens vorne N 304 ff.

⁸²⁸ Art. 159 Abs. 3 und 5 lit. a HRegV; BGE 113 III 116 Erw. 3.c).

den Bestimmungen des summarischen Verfahrens, d.h. Art. 231 i.V.m. Art. 256 Abs. 2 - 4 SchKG sind grundsätzlich anwendbar⁸²⁹.

- 402 An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass es *nach* Konkurseinstellung mangels Aktiven einen Not- oder Dringlichkeitsverkauf nicht gibt. Nach der richterlichen Einstellung des Konkursverfahrens kann einzig gemäss den in Art. 230a Abs. 2 - 4 SchKG festgelegten Verfahrensschritten verwertet werden⁸³⁰.

II. Verwertung auf Antrag eines Pfandgläubigers

A. Spezialliquidation in der Generalliquidation

- 403 Die Pfandgläubiger können die Verwertung ihrer Pfänder verlangen, wozu sie vom Konkursamt unter Ansetzung einer Frist von rund zehn bis 20 Tagen⁸³¹ und gegen Leistung eines entsprechenden Kostenvorschusses eingeladen werden⁸³². Es handelt sich dabei gewissermassen um eine Spezialliquidation (Pfandverwertung) im Rahmen einer Generalliquidation (das summarische Konkursverfahren ist anwendbar)⁸³³. Wie im summarischen Verfahren erfolgt die Verwertung nach den Grundsätzen von Art. 256 Abs. 2 - 4 SchKG: Eine freihändige Verwertung setzt die explizite Zustimmung der Pfandgläubiger voraus, ansonsten das Pfand versteigert wird. Die Gläubiger haben jedoch mangels tatsächlichen Interesses keinen Anspruch auf Abgabe eines Höhergebots⁸³⁴.
- 404 Verlangt ein Gläubiger die Verwertung seines *Grundpfandes*, hat das Konkursamt das Lastenbereinigungsverfahren durchzuführen. Ein Kollokationsver-

⁸²⁹ Urteil des Bundesgerichts 5A_896/2010 vom 11. März 2011 Erw. 4.2.3; BGE 130 III 481 Erw. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 7B.130/2003 Erw. 1.3.

⁸³⁰ Vgl. BGE 102 III 78 Erw. 3.a); SCHÖBER, in: KUKO SCHKG (2014), N 18 zu Art. 230. Vgl. zur vorzeitigen Verwertung im Hinblick auf die Konkurseinstellung mangels Aktiven vorne N 309 ff.

⁸³¹ BGE 131 III 481 Erw. 2.2; LORANDI (1999), S. 42; GASSER (2000), S. 59 FN 27.

⁸³² Art. 230a Abs. 2 i.V.m. Art. 68 Abs. 1 SchKG.

⁸³³ BGE 131 III 481 Erw. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_896/2010 vom 11. März 2011 Erw. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 5A_219/2007 vom 16. Juli 2007 Erw. 3.2; LORANDI (1999), S. 42.

⁸³⁴ GASSER (2000), S. 61.

fahren ist entbehrlich, da nur Grundpfandgläubiger von der Verwertung betroffen sind⁸³⁵ und ein etwaiger Überschuss nicht der Gläubigergesamtheit zukommt⁸³⁶. Im Unterschied dazu ist bei der Verwertung von *Faustpfändern* ein Kollokationsverfahren durchzuführen, doch ist zur Kollokationsklage nur zugelassen, wer ein dingliches Recht am Verwertungsgegenstand geltend macht⁸³⁷.

B. Schicksal eines etwaigen Überschusses

Ein etwaiger Überschuss kommt je nach Ansicht dem Staat (so GASSER⁸³⁸) oder dem Verwaltungsrat der Schuldnerin (so das Bundesgericht gestützt auf LORANDI⁸³⁹) zu. M.E. ist jedoch weder die eine noch die andere Ansicht überzeugend:

Kommt der Überschuss dem Staat zu, geht dies zulasten der ungesicherten Gläubiger, womit auch deren letzte, gesetzlich explizit vorgesehene Möglichkeit, nämlich die Betreibung auf Pfändung gemäss Art. 230 Abs. 3 und 4 SchKG, entsprechend aussichtsloser wird. Dem Staat soll der Überschuss daher nicht zukommen, weil - wie GASSER selbst einräumt - das Recht der Gläubiger vor dem Staat kommt⁸⁴⁰.

Auch der Verwaltungsrat der Schuldnerin ist nicht der richtige Empfänger des Überschusses, zum einen aus dem einfachen Grund, dass die Schuldnerin drei Monate nach der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht wird und tatsächlich liquidiert werden muss⁸⁴¹. Schon aus zeitlichen Gründen soll dem Verwaltungsrat daher nicht Vermögen zukommen, zumal eine Verteilung bei der Konkurseinstellung mangels Aktiven ja gerade nicht stattfindet. Zum anderen ist auch bei diesem Vorgehen nicht sichergestellt, dass die echten gemäss dem Gesetz Berechtigten, die

⁸³⁵ Urteil des Bundesgerichts 5A_219/2007 vom 16. Juli 2007 Erw. 3.2.

⁸³⁶ Bei der Konkurseinstellung mangels Aktiven wird kein Kollokationsplan erstellt und findet keine Verteilung statt. Vgl. zum Schicksal des Überschusses sogleich N 405 ff.

⁸³⁷ LORANDI (1999), S. 43. Betreffend Schicksal des Überschusses verhält es sich wie beim Grundpfand.

⁸³⁸ GASSER (2000), S. 61.

⁸³⁹ Urteil des Bundesgerichts 5A_896/2010 vom 11. März 2011 Erw. 4.2.3; Urteil des Bundesgerichts 7B.32/2004 vom 25. Mai 2004 Erw. 1 (nicht publizierte Erwägung des BGE 130 III 481) mit Verweis auf LORANDI (1999), S. 43 und VOUILLOZ (2001), S. 55. Die Tatsache, dass das Bundesgericht die hier interessierende Erw. 1 nicht publizierte (BGE 130 III 481 beginnt mit Erw. 2), impliziert wohl, dass sich die Richter der Sache nicht sicher waren und kein Präjudiz schaffen wollten.

⁸⁴⁰ GASSER (2000), S. 61 FN 36.

⁸⁴¹ Art. 159 Abs. 3 und 5 lit. a HRegV; BGE 113 III 116 Erw. 3.c).

betreibenden ungesicherten Gläubiger nämlich⁸⁴², zum Zuge kommen. Hinzu kommen erhebliche praktische Probleme, da in vielen Fällen der Verwaltungsrat bereits zurückgetreten ist und kaum mehr willens und fähig ist, irgendwelche Handlungen für die Schuldnerin vorzunehmen.

- 408 Beide Anliegen, d.h. die Schaffung von Substrat für die betreibenden Gläubiger sowie die tatsächliche Liquidation der Schuldnerin, sind berücksichtigt, wenn ein Überschuss einstweilen beim *Konkursamt* verwahrt und dann im Rahmen der Spezialexécutionen gemäss Art. 230 Abs. 3 und 4 SchKG an den oder die betreibenden Gläubiger verteilt wird. Subsidiär⁸⁴³ wird der Überschuss gemäss Art. 230a Abs. 3 SchKG an den Kanton übertragen.

III. Übertragung auf den Kanton

- 409 Verlangt kein Pfandgläubiger die Verwertung seines Pfandes gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG und lehnt die zuständige kantonale Behörde die Übertragung nicht ab, werden zum einen sämtliche belasteten Aktiven, mithin *belastete Grundstücke* auf den Kanton übertragen⁸⁴⁴.
- 410 Strittig ist, ob auch die *unbelasteten Aktiven* (Fahrnis und Grundstücke) an den Kanton übergehen - wiederum eine Ablehnung vorbehalten. Der Wortlaut von Art. 230a Abs. 3 SchKG lässt zweifelsohne beide Interpretationen zu: Einerseits werden „die Aktiven“ (mithin also belastete wie unbelastete) auf den Staat übertragen, andererseits „mit den darauf haftenden Lasten“, was für eine Beschränkung auf belastete Aktiven spricht. In der Sache aber ist die Übertragung auf den Kanton (oder nachfolgende Verwertung gemäss Art. 230a Abs. 4 SchKG) die passende Lösung, da nur auf diese Weise sichergestellt werden kann, dass die Schuldnerin trotz Einstellung des Verfahrens tatsächlich liquidiert wird⁸⁴⁵.

⁸⁴² Vgl. Art. 230 Abs. 3 und 4 SchKG. Der Gesetzgeber will in diesem Stadium - nachdem eine gleichmässige Verteilung an alle Gläubiger im Rahmen eines ordentlichen oder summarischen Konkursverfahrens gerade nicht möglich war - immerhin den aktiven, betreibenden Gläubigern eine Möglichkeit zur Befriedigung ihrer Forderungen verschaffen.

⁸⁴³ Die Spezialexécutionen gemäss Art. 230 Abs. 3 und 4 gehen der Übertragung an den Kanton gemäss Art. 230a Abs. 3 SchKG vor (GASSER (2000), S. 61).

⁸⁴⁴ Art. 230a Abs. 3 SchKG. Fahrnis scheidet aus, weil bei der Fahrnisverwertung im Konkurs kein Lastenverzeichnis erstellt und keine Lasten übergehen (BGE 107 III 88; BGE 71 III 72, S. 73; LORANDI (1999), S. 44).

⁸⁴⁵ Gl. M. AMONN / WALTHER (2013), § 44 N 24; SCHÖBER, in: KUKO SchKG (2014), N 6 zu Art. 230a und N 29 zu Art. 230; MARCHAND (2013), S. 144; GASSER (2000), S. 59; FEUZ (2002), S. 50; A.A. LORANDI (1999), S. 42 ff.; VOUILLOZ (2001), S. 55; VOUILLOZ, in: CR LP (2005), N 32 zu Art. 230a; KREN KOSTKIEWICZ (2014), N 1360.

Die Übertragung auf den Kanton erfolgt entschädigungslos gestützt auf eine (anfechtbare) Verfügung des Konkursamtes⁸⁴⁶. Art. 256 SchKG ist nicht anwendbar. Zudem sei erneut darauf hingewiesen, dass die Übertragung an den Kanton erst erfolgt, nachdem etwaige Betreibungen gemäss Art. 230 Abs. 3 und 4 SchKG erledigt sind⁸⁴⁷.

411

IV. Verwertung bei Ablehnung durch den Kanton

Art. 230a Abs. 4 SchKG regelt die letzte Stufe in der Verwertungskaskade. Lehnt der Kanton die Übernahme ab, muss das Konkursamt grundsätzlich⁸⁴⁸ sämtliche (belasteten und unbelasteten⁸⁴⁹) Aktiven der Schuldnerin verwerten. Auch diese Verwertung erfolgt nach den Bestimmungen des summarischen Verfahrens, mithin grundsätzlich nach Art. 256 Abs. 2 - 4 SchKG. Mangels tatsächlichen Interesses ist den Gläubigern allerdings das Höhergebotsrecht gemäss Art. 256 Abs. 3 SchKG nicht zu gewähren. Ebenso unbeachtlich ist Art. 256 Abs. 2 SchKG, da die Pfandgläubiger bereits anlässlich der (nicht erfolgten) Verwertung gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG begrüsst worden sind. Die Pfandgläubiger haben damals auf ihr Recht, auf die Art der Verwertung Einfluss zu nehmen, nicht aber auf das Pfandrecht als solches, verzichtet⁸⁵⁰. Da die Verwertung gemäss Art. 230a Abs. 4 SchKG ohne Antrag der Pfandgläubiger erfolgt, kann das Konkursamt von Letzteren keinen Kostenvorschuss verlangen⁸⁵¹.

412

Der Erlös aus der Verwertung von Pfandobjekten kommt zuerst den Pfandgläubigern zu; ein etwaiger Überschuss geht - ebenso wie der Nettoerlös aus der Verwertung von unbelasteten Aktiven - nach der hier vertretenen Auffassung

413

⁸⁴⁶ LORANDI (1999), S. 44.

⁸⁴⁷ Vgl. vorne N 408 und insbesondere FN 843.

⁸⁴⁸ Die Verwertung kann allerdings unterbleiben, wenn ein Vermögenswert im Gewahrsam eines Drittpfandgläubigers ist und der mutmassliche Erlös die Pfandforderung nicht zu decken vermag (Notariatsinspektorat des Kantons Zürich, Weisung Nr. 49 vom 7. Juli 1997, S. 2). In diesem Fall hat der Kanton kein Interesse an der Verwertung; da der Vermögenswert sich nicht in der Konkursmasse befindet, drängt sich auch aus Sicht des Konkursamts eine Verwertung nicht auf.

⁸⁴⁹ Nach Ansicht jener Autoren, welche die Übertragung an den Kanton gemäss Art. 230a Abs. 3 SchKG auf belastete Aktiven beschränken, gilt die Einschränkung konsequenterweise auch für die Verwertung gemäss Art. 230a Abs. 4 SchKG (LORANDI (1999), S. 44; VOUILLOZ (2001), S. 56; VOUILLOZ, in: CR LP (2005), N 36 zu Art. 230a). Vgl. auch FN 845.

⁸⁵⁰ BGE 131 III 481 Erw. 2.2; LORANDI (1999), S. 43; VOUILLOZ (2001), S. 54; A.A. Notariatsinspektorat des Kantons Zürich, Weisung Nr. 49 vom 7. Juli 1997, S. 2.

⁸⁵¹ Dies im Unterschied zur Verwertung gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG. Vgl. LORANDI (1999), S. 44; GASSER (2000), S. 62 i.V.m. S. 58; FEUZ (2002), S. 51.

an den *Staat*⁸⁵². Die unterschiedliche Behandlung im Vergleich zum Überschuss nach einer Verwertung gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG ist gerechtfertigt, weil eine einstweilige Verwahrung durch das Konkursamt zwecks Schaffung von Substrat für die betreibenden Gläubiger in diesem Verfahrensstadium nicht mehr notwendig ist. Eine Verteilung an den Verwaltungsrat der - mittlerweile liquidierten - Schuldnerin ist bei der Verwertung gemäss Art. 230a Abs. 4 SchKG erst recht nicht angebracht⁸⁵³.

V. Erkenntnisse für einen potentiellen Erwerber

- 414 Ein potentieller Erwerber des (operativen) Betriebs ist gut beraten, diesen vor der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven als Notverkauf aus der Konkursmasse zu erwerben. Mit dem Erlös dürfte regelmässig zumindest das summarische Verfahren durchgeführt werden können. Ist eine Konkurseinstellung mangels Aktiven erfolgt, kommt nur noch der Kauf von belasteten oder unbelasteten Grundstücken oder Fahrnis, Forderungen sowie anderen Rechten in Frage.

A. Kauf von Grundstücken

- 415 Grundstücke sind bei Konkurseröffnung regelmässig stark belastet, was bei einer Konkurseinstellung mangels Aktiven ausnahmslos der Fall sein dürfte. Belastete Grundstücke werden gemäss Art. 230a Abs. 2 SchKG auf Antrag eines Pfandgläubigers verwertet, grundsätzlich mittels öffentlicher Steigerung oder, bei Einverständnis der Pfandgläubiger, auch mittels Freihandverkaufs. Entsprechend ist ein potentieller Erwerber interessiert, direkt mit den Pfandgläubigern Kontakt aufzunehmen und betreffend einen (freihändigen) Verkauf zu verhandeln. Wenn auch letztlich das Konkursamt die Freihandverkaufsverfügung erlässt, sind wirtschaftlich vielmehr die Pfandgläubiger als Verkäufer zu betrachten. Kann sich der Erwerber mit ihnen einigen (was vorab von der Deckung der Pfandforderungen abhängt) und ist der gebotene Preis angesichts der Umstände fair, dürfte auch das Konkursamt einverstanden sein.

⁸⁵² Gl. M. GASSER (2000), S. 62; FEUZ (2002), S. 51.

⁸⁵³ So aber LORANDI (1999), S. 44; VOUILLOZ (2001), S. 57; VOUILLOZ, in: CR LP (2005), N 37 zu Art. 230a; Notariatsinspektorat des Kantons Zürich, Weisung Nr. 49 vom 7. Juli 1997, S. 2 f., wonach der Überschuss erst dem Staat zukommen soll, wenn der Erlös dem Verwaltungsrat der Schuldnerin nicht übertragen werden kann und Betreibungen auf Pfändung gemäss Art. 230 Abs. 4 SchKG nicht mehr angehoben werden können.

Kommt eine Einigung mit den Pfandgläubigern nicht zu Stande und verlangen Letztere auch sonst nicht die Verwertung (mittels öffentlicher Steigerung), wird das Grundstück gemäss Art. 230a Abs. 3 SchKG auf den Staat übertragen; für den potentiellen Erwerber dürfte es in diesem Stadium für einen Erwerb zu spät sein. Ihm bleibt natürlich nicht verwehrt, dem Staat ein Angebot zu unterbreiten⁸⁵⁴, allerdings ist auch in diesem Fall das Einverständnis der Pfandgläubiger nötig, da deren Pfandrecht trotz der Übertragung auf den Staat Bestand hat.

Das Konkursamt verwertet das Grundstück gemäss Art. 230a Abs. 4 SchKG, sofern der Staat die Übertragung ablehnt. Das Konkursamt entscheidet ohne Rücksprache mit den Pfandgläubigern über die Art der Verwertung (öffentliche Steigerung oder Freihandverkauf); deren Zustimmung ist entbehrlich. Der Erlös nach Abzug der Verwertungskosten geht vorab an die Pfandgläubiger, so dass ein Erwerb in diesem letzten Stadium lastenfrei erfolgt.

B. Kauf von Mobilien, Forderungen und andern Rechten

1. Belastete Aktiven

Betreffend Erwerb von belasteten Aktiven kann auf die Ausführungen betreffend Grundstücke verwiesen werden⁸⁵⁵. Der einzige (aber wesentliche) Unterschied besteht darin, dass die Belastung bei einem Übergang an den Staat gemäss Art. 230a Abs. 3 SchKG untergeht⁸⁵⁶ (aber bei einer Ablehnung des Staates und anschliessender Verwertung gemäss Art. 230a Abs. 4 SchKG wieder zum Tragen kommt⁸⁵⁷).

2. Lastenfreie Aktiven

Lastenfreie Aktiven gehen vorbehältlich einer Ablehnung auf den Staat über. Zur Verwertung kommt es m.a.W. nur, wenn der Staat ablehnt⁸⁵⁸. Ist der Konkurs mangels Aktiven eingestellt, kann vor dieser Ablehnung durch den Staat nicht rechtsgültig verwertet werden⁸⁵⁹.

⁸⁵⁴ Wird der Interessent mit dem Staat handelseinig, erfolgt der Verkauf ausserhalb eines Insolvenzverfahrens. Der Staat tritt dabei wie ein privater Verkäufer auf.

⁸⁵⁵ Vgl. vorne N 415 ff.

⁸⁵⁶ Vgl. vorne N 409 ff, insbesondere FN 844: Fahrnis wird stets unbelastet auf den Kanton übertragen.

⁸⁵⁷ Vgl. vorne N 413.

⁸⁵⁸ Art. 230a Abs. 4 SchKG.

⁸⁵⁹ Vgl. vorne N 412.

Dritter Teil:

Betriebsverkauf im Rahmen eines
Konkursaufschubs

Kapitel 1 : Allgemeines

I. Rück- und Ausblick zum Konkursaufschub

Der Konkursaufschub bezweckt die direkte Sanierung der Schuldnerin als Gesellschaft und nicht etwa (nur) den Fortbestand des Betriebs unter neuer Trägerschaft. Er setzt u.a. eine effektive Überschuldung der Schuldnerin sowie eine Bilanzdeponierung durch den Verwaltungsrat voraus⁸⁶⁰. Aus Sicht der Schuldnerin handelt es sich beim Konkursaufschub um ein wenig einschneidendes Sanierungsinstrument⁸⁶¹ verbunden mit allerdings nur beschränktem Schutz vor den Gläubigern⁸⁶². Dank der flexiblen gesetzlichen Regelung kann ein Konkursaufschub für eine Schuldnerin dennoch eine durchaus interessante Sanierungsmöglichkeit darstellen. 420

Nichtsdestotrotz kam der Konkursaufschub in der jüngeren Vergangenheit unter Druck. So wird einerseits bemängelt, der Konkursaufschub stehe nur gewissen Schuldnerinnen (nämlich den Kapitalgesellschaften) zur Verfügung. Andererseits sei infolge der lückenhaften gesetzlichen Regelung die damit verbundene Rechtsunsicherheit gross, was nicht wünschenswert sei⁸⁶³. Hinzu kommt, dass der Konkursaufschub, mit Ausnahme der Romandie, in der Praxis eine geringe Rolle spielt⁸⁶⁴. 421

Die Expertengruppe Nachlassverfahren hat sich im Nachgang zum sog. Grounding der Swissair und im Hinblick auf die (mittlerweile in Kraft getretene) Revision des Sanierungsrechts eingehend mit dem Konkursaufschub auseinandergesetzt. Sie kam dabei zum Ergebnis, das Konkurrenzverhältnis von 422

⁸⁶⁰ Vgl. vorne N 50 ff.

⁸⁶¹ WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 35 N 43.

⁸⁶² Vgl. vorne N 48 ff.

⁸⁶³ LORANDI (2014a), S. 32 f.

⁸⁶⁴ DUBACH (1998), S. 150, insbesondere FN 13; GRAF-SCHELLING (1999), S. 109; KRAMPF / SCHULER (2002), S. 1069; zur Genfer Praxis siehe PETER / PEYROT (2006), S. 43 ff.; siehe aber auch MEIER (2003), S. 5, wonach die Bedeutung des Konkursaufschubes wegen der geringen Voraussetzungen und der grossen Flexibilität wieder zugenommen hat.

Konkursaufschub und Nachlassverfahren sei aufzuheben, da sie wenig aufeinander abgestimmt seien und zu ineffizienten und unkoordinierten Doppelspurigkeiten führten⁸⁶⁵. Die Vorteile des Konkursaufschubs sollten ins Nachlassverfahren integriert und der Konkursaufschub im OR ersatzlos gestrichen werden⁸⁶⁶. Schon anlässlich der grossen SchKG-Revision von 1997 wurde diskutiert, ob der Konkursaufschub nicht vom OR ins SchKG verschoben werden sollte⁸⁶⁷.

- 423 Auch in ihrem zweiten Bericht hielt die Expertengruppe Nachlassverfahren an diesem Vorschlag fest⁸⁶⁸, welcher auch in der Vernehmlassung mehrheitlich positiv aufgenommen wurde⁸⁶⁹ und schliesslich Eingang in die Botschaft und den Gesetzesentwurf fand⁸⁷⁰. Bekanntlich hat das Parlament dann überraschenderweise am Konkursaufschub festgehalten, so dass einer Schuldnerin heute nach wie vor zwei ähnliche, nicht abgestimmte Sanierungsverfahren zur Verfügung stehen. Die Vorarbeiten der Expertengruppe haben nicht nur nichts genützt, sondern dem SchKG und dem OR sogar geschadet: Verschiedene Anpassungen, welche aufgrund der Streichung des Konkursaufschubs in den beiden Gesetzen vorgenommen worden waren, wurden nicht rückgängig gemacht, sondern haben nach wie vor Bestand. Dabei handelt es sich um offensichtliche gesetzgeberische Fehler⁸⁷¹.
- 424 Trotz dieses jüngsten Festhaltens am Konkursaufschub ist gegenwärtig davon auszugehen, dass der Konkursaufschub mittelfristig abgeschafft werden wird. Sowohl der National- als auch der Ständerat haben am 3. Dezember 2012 zwei gleichlautende Motionen (12.3654 und 12.3403) angenommen, welche u.a. die Schaffung eines umfassenden Sanierungsverfahrens im OR, mithin ausserhalb von Insolvenzverfahren, verlangen. Dieses Teilrevisionsprojekt wurde in der Folge in die seit Jahren laufende grosse Aktienrechtsrevision eingebunden. Das Bundesamt für Justiz hat hierfür eine Expertenkommission eingesetzt, deren Ergebnisse in den Vorentwurf vom 28. November 2014 (VE-OR (2014) zur grossen Aktienrechtsrevision integriert wurden.

⁸⁶⁵ Bericht I der Expertengruppe Nachlassverfahren (2005), S. 14.

⁸⁶⁶ Vgl. Bericht I der Expertengruppe Nachlassverfahren (2005), S. 18.

⁸⁶⁷ Botschaft SchKG (1991), S. 14; LORANDI (2005), S. 209.

⁸⁶⁸ Bericht II der Expertengruppe Nachlassverfahren (2008), S. 6.

⁸⁶⁹ Bericht Vernehmlassung SchKG (2009), S. 5. Aus der Westschweiz (vorab der Kantone Genf und Waadt) kamen allerdings auch einige Vorbehalte.

⁸⁷⁰ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6456.

⁸⁷¹ Gemeint sind insbesondere Art. 219 Abs. 5 Ziff. 2, Art. 288 Abs. 1 Ziff. 2, Art. 297 Abs. 8, Art. 331 Abs. 2 SchKG und Art. 679 Abs. 2 OR (HUNKELER (2014), Rz 4 ff., LORANDI (2014a), FN 4; STAEHELIN (2013), S. 1737).

Die Expertenkommission schlägt kein umfassendes (Sanierungs-)Verfahren im OR vor, sondern eine „Neugestaltung der Frühwarnsysteme“ (Art. 725 - 725c VE-OR (2014)) vor⁸⁷². In diesem Zusammenhang soll der Konkursaufschub gestrichen werden, dafür aber bereits das erst am 1. Januar 2014 in Kraft getretene Nachlassverfahren punktuell (Verlängerung der provisorischen Stundung auf maximal acht Monate) angepasst werden⁸⁷³. Diesem Punkt wurde in der Vernehmlassung generell wenig Beachtung geschenkt⁸⁷⁴, wurde aber von den wenigen Kommentatoren positiv aufgenommen⁸⁷⁵. Die am 23. November 2016 verabschiedete Botschaft zur Aktienrechtsrevision und der zugrundeliegende Gesetzesentwurf halten am System der Frühwarnsysteme (Art. 725 - 725c Entwurf OR (2016)) wie auch an der Streichung des Konkursaufschubs fest⁸⁷⁶. Auch im Entwurf ist vorgesehen, dass die „stille“, nicht publizierte Stundung maximal acht Monate betragen kann⁸⁷⁷.

425

Ob überhaupt und wann die Aktienrechtsrevision Gesetz wird ist nicht abschätzbar. Jedenfalls wird es mit Sicherheit noch einige Jahre dauern⁸⁷⁸. Der Konkursaufschub wird also in jedem Fall noch für längere Zeit Realität bleiben. Nicht auszuschliessen, aber mittlerweile doch eher unwahrscheinlich ist, dass der Konkursaufschub, der bereits zwei Mal trotz Ankündigung nicht abgeschafft wurde, auch diese Revision unbeschadet überstehen wird.

426

⁸⁷² Erläuternder Bericht Revision Aktienrecht (2014), S. 51.

⁸⁷³ Die provisorische Stundung soll zukünftig maximal acht (statt aktuell maximal vier) Monate betragen (Art. 293a Abs. 2 VE-SchKG). Vgl. Erläuternder Bericht Revision Aktienrecht (2014), S. 53 f.

⁸⁷⁴ Bericht Vernehmlassung Aktienrecht (2015), S. 34.

⁸⁷⁵ So u.a. von der Universität Neuchâtel (vgl. Stellungnahme Universität Neuchâtel (2015), S. 31).

⁸⁷⁶ Botschaft Aktienrecht (2016), S. 67 f.

⁸⁷⁷ Art. 293a Abs. 2 Entwurf SchKG (2016); Botschaft Aktienrecht (2016), S. 67 f.

⁸⁷⁸ BÖCKLI (2015), S. 7; DUC (2015), Rz 44; KUNZ (2014), S. 184.

II. Konkursaufschub und Stundung im Vergleich

A. Sicht der Schuldnerin

1. Vorteil

427 Der Vorteil des Konkursaufschubs gegenüber dem Nachlassverfahren liegt in der Diskretion⁸⁷⁹. Während die Stundung spätestens nach vier Monaten öffentlich bekannt gemacht werden muss⁸⁸⁰, kann beim Konkursaufschub gänzlich und theoretisch während Jahren darauf verzichtet werden, sofern keine Dritinteressen gefährdet sind⁸⁸¹.

2. Nachteile

428 Die Gewährung des Konkursaufschubs ist an eine Reihe von Voraussetzungen geknüpft und setzt insbesondere eine von der Revisionsstelle testierte Überschuldung der Schuldnerin, die Bilanzdeponierung des Verwaltungsrats und die Aussicht auf Sanierung voraus⁸⁸². Auch wenn die Bewilligungsquote recht hoch ist⁸⁸³, ist der Aufwand bis zum bewilligten Konkursaufschub beträchtlich. Der Gesetzgeber hat die Problematik erkannt und im Rahmen der jüngsten Revision die Eintrittsbarriere zum Nachlassverfahren zur Förderung von Sanierungen ganz bewusst tiefer angesetzt⁸⁸⁴. Das Gericht soll die provisorische Stundung

⁸⁷⁹ Da auch beim Konkursaufschub in aller Regel ein Sachwalter eingesetzt wird (vgl. vorne N 57 und insbesondere FN 150) ergeben sich aus der Tatsache, dass beim Konkursaufschub (im Gegensatz zur definitiven Stundung, vgl. Art. 295 SchKG) nicht von Gesetzes wegen ein Sachwalter einzusetzen ist, kaum Vorteile.

⁸⁸⁰ Art. 293c Abs. 2 SchKG; Art. 293a Abs. 2 SchKG. Unterbleibt die Veröffentlichung ist in jedem Fall ein provisorischer Sachwalter einzusetzen; auch bleibt die Einleitung - nicht aber die Fortsetzung - einer Betreibung möglich (Art. 293c Abs. 2 SchKG). Vgl. zur Nicht-Publikation der provisorischen Stundung vorne N 74. Zukünftig soll die „geheime“ provisorische Stundung mit Sachwalter auf maximal acht Monate verlängert werden können (Art. 293a Abs. 2 VE-SchKG; Erläuternder Bericht Revision Aktienrecht (2014), S. 53 f.).

⁸⁸¹ Art. 725a Abs. 3 OR; vgl. zur Publikation des Konkursaufschubs vorne N 58 f.

⁸⁸² Vgl. zu den Voraussetzungen des Konkursaufschubs und den verlangten Unterlagen im Detail vorne N 50 ff.

⁸⁸³ Vgl. vorne N 50 und insbesondere FN 126.

⁸⁸⁴ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6480.

nur dann nicht gewähren, wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung besteht; nicht verlangt ist, dass die Schuldnerin überschuldet ist oder dass testierte Unterlagen eingereicht werden⁸⁸⁵.

Weiter geht mit einem Konkursaufschub nur ein äusserst beschränkter Schutz vor den Gläubigern einher. Während eines Konkursaufschubs ist zwar die Konkursöffnung ausgeschlossen, doch kann die Schuldnerin nach wie vor betrieben werden⁸⁸⁶. Demgegenüber ist der Schutz vor den Gläubigern in der Stundung umfassend⁸⁸⁷; eine Sanierung kann während der Stundung ohne relevante Einschränkungen durch die Gläubiger vorangetrieben werden. Auch entfalten während der Stundung etwaige frühere Abtretungen von künftigen Forderungen keine Wirkungen, falls die Forderung erst nach Bewilligung der Stundung entsteht⁸⁸⁸. Damit kann sich eine Schuldnerin etwaiger Globalzessionen von zukünftigen Forderungen zugunsten von Gläubigern entledigen, was regelmässig zu einer deutlich verbesserten Liquidität führt. Im Konkursaufschub besteht diese Möglichkeit nicht⁸⁸⁹. Sodann kann die Schuldnerin während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters unvorteilhafte Dauerschuldverhältnisse kündigen⁸⁹⁰, was während des Konkursaufschubs nicht möglich ist.

429

B. Sicht der Gläubiger

Die Gläubiger nehmen in aller Regel keinen Einfluss auf die Art des gewählten Insolvenzverfahrens. Regelmässig beschränken sie sich darauf, das Konkursbegehren zu stellen⁸⁹¹. Statt des Konkursbegehrens kann ein Gläubiger auch die Stundung beantragen, was allerdings die Ausnahme darstellt⁸⁹². Auch kann ein Gläubiger ein Konkursaufschubsbegehren stellen, doch muss dem zwingend eine Überschuldungsanzeige des Verwaltungsrats oder der Revisionsstelle vorangegangen sein⁸⁹³.

430

Der wesentliche Unterschied aus Sicht der Gläubiger liegt darin, dass die Gläubigermehrheit in der Stundung - im Unterschied zum Konkursaufschub - der Gläubigerminderheit einen Verzicht aufzwingen kann⁸⁹⁴. Die Gläubiger sind

431

⁸⁸⁵ Art. 293a Abs. 3 SchKG; vgl. dazu vorne N 71.

⁸⁸⁶ Vgl. dazu vorne N 48.

⁸⁸⁷ Art. 297 SchKG; vgl. dazu vorne N 76 ff.

⁸⁸⁸ Art. 297 Abs. 4 SchKG.

⁸⁸⁹ LORANDI (2014a), S. 38 f.

⁸⁹⁰ Art. 297a SchKG.

⁸⁹¹ Art. 166 ff. SchKG.

⁸⁹² Art. 293 lit. b SchKG i.V.m. Art. 166, 188 und 190 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG.

⁸⁹³ Vgl. vorne N 50 ff. und insbesondere FN 120 f.

⁸⁹⁴ Art. 305 SchKG; vgl. zur Freiwilligkeit jeglicher Verzichtes der Gläubiger im Konkursaufschub vorne N 54.

vorab an einer möglichst vollständigen und zeitnahen Begleichung ihrer Forderungen interessiert. Im Idealfall decken sich daher die Interessen von Schuldnerin und Gläubiger: Gelingt die Sanierung steht die Schuldnerin wieder aufrecht und die Gläubiger kommen nicht oder nur begrenzt zu Schaden. Das für die Schuldnerin vorteilhafte Verfahren liegt auch im Interesse der Gläubiger(gesamtheit); dies trifft meistens auf die Stundung zu (wenn auch damit die Gläubigerrechte beschnitten werden).

- 432 Der Richter hat sowohl bei der Bewilligung der Stundung wie auch des Konkursaufschubs im Interesse der Gläubiger von Amtes wegen vermögenserhaltende Massnahmen zu ergreifen⁸⁹⁵, welche sich - abgesehen vom Gläubigeraus-schuss bei der definitiven Stundung⁸⁹⁶ und der nicht zwingenden Publizität beim Konkursaufschub - kaum unterscheiden⁸⁹⁷. Aus Sicht des Gläubigerschutzes (nicht aber des Schutzes der Schuldnerin vor den Gläubigern⁸⁹⁸) ergeben sich folglich kaum Unterschiede.

C. Sicht des potentiellen Erwerbers eines Betriebs

- 433 Aus zwei zentralen Gründen ist es für den Erwerber deutlich vorteilhafter, einen Betrieb während der Stundung und nicht während eines Konkursaufschubs zu erwerben.
- 434 *Erstens* findet dank des neuen Art. 333b OR beim Betriebsübergang während der Stundung kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse statt, d.h. der Erwerber ist nicht gezwungen, mehr Arbeitnehmer zu übernehmen als er möchte. Auch übernimmt er keine solidarische Haftung für vor dem Betriebsübergang aufgelaufenen Forderungen aus den (übernommenen) Arbeitsverhältnissen. Der Gesetzgeber hat Art. 333b OR nicht auf den Konkursaufschub anwenden wollen, ansonsten er den Konkursaufschub in Art. 333b OR explizit aufgeführt hätte⁸⁹⁹. Damit kommt Art. 333 OR im Konkursaufschub integral zur

⁸⁹⁵ Art. 293a Abs. 1 und Art. 725a Abs. 1 SchKG.

⁸⁹⁶ Art. 295a SchKG.

⁸⁹⁷ Vgl. zu den Massnahmen im Konkursaufschub vorne N 56 ff. und in der Stundung 72 ff.

⁸⁹⁸ Vgl. für die diesbezüglichen Unterschiede zwischen Konkursaufschub und Stundung vorne N 429.

⁸⁹⁹ Gl. M. PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 4 zu Art. 333b OR; LORANDI (2014a), S. 50; VON KAENEL (2014), Rz 7; WYLER / HEINZER (2014), S. 454 und 456; FISCHER / TROST ANDREA (2014), Rz 10. Es liegt mithin keine Gesetzeslücke vor. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Konkursaufschub erst vom Parlament wieder in die Vorlage aufgenommen wurde und dem Gesetzgeber aus diesem Grund diverse Fehler unterlaufen sind (Gl. M. wohl auch HUNKELER (2014), Rz 4 ff. und STAEHELIN (2013), S. 1737, die Art. 333b

Anwendung: Sämtliche Arbeitsverhältnisse gehen *ex lege* auf den Erwerber über, welcher zudem für die vor dem Betriebsübergang aufgelaufenen Forderungen sämtlicher Arbeitnehmer solidarisch haftet⁹⁰⁰.

Zweitens besteht während der Stundung die Möglichkeit, den Betriebsverkauf vom Richter oder vom Gläubigerausschuss genehmigen zu lassen, womit etwaige paulianische Anfechtungsklagen ausscheiden⁹⁰¹. Der Betriebsverkauf während des Konkursaufschubs erfolgt hingegen - selbst bei Zustimmung des Sachwalters und Genehmigung des Richters - unter dem Damoklesschwert einer paulianischen Anfechtungsklage, sofern es später doch noch zum Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kommen sollte. 435

D. Fazit

Der - gesamtschweizerisch betrachtet - schon in der Vergangenheit eher selten angewandte Konkursaufschub wird unter dem neuen Recht tendenziell seltener zur Anwendung kommen. Eine echte Alternative zum Nachlassverfahren bietet er letztlich nur, wenn die Sanierung voraussichtlich länger als vier Monate dauern wird und eine Publikation unterbleiben soll⁹⁰². 436

OR nicht als Bestimmung mit einem gesetzgeberischen Fehler aufführen). A. M. BACHMANN (2014), S. 16.

⁹⁰⁰ Art. 333 Abs. 3 OR.

⁹⁰¹ Art. 285 Abs. 3 SchKG.

⁹⁰² Vgl. für weitere Anwendungsfälle HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 41 zu Art. 293, LORANDI (2014a), S. 51 und BAUER, in: BSK SCHKG EB (2017), N 13m zu Art. 293. Vgl. aber auch die lobenden Worte von PETER / PEYROT zum (Genfer) Konkursaufschub (PETER / PEYROT (2006), S. 74).

Kapitel 2 : Betriebsverkauf

I. Zulässigkeit

Für die Frage der Zulässigkeit des Betriebsverkaufs ist entscheidend, ob ein Teil des Betriebs (unter Fortführung des nicht veräusserten Betriebsteils) oder der gesamte Betrieb (mit anschliessender Liquidation der Gesellschaft) veräussert werden soll. 437

A. Teilverkauf

Während eines Konkursaufschubs kann ein Teil des Betriebs unter folgenden Voraussetzungen veräussert werden: 438

Erstens muss der bei der Schuldnerin verbleibende Betriebsteil weitergeführt werden können und auch tatsächlich weitergeführt werden. Der Verkauf darf mit anderen Worten nicht die faktische Liquidation der Schuldnerin zur Folge haben, da der Konkursaufschub nicht die Liquidation der Schuldnerin ausserhalb des Konkursverfahrens bezwecken darf⁹⁰³. Das passende Instrument hierfür ist ein Nachlassliquidationsverfahren, welches - im Gegensatz zum Konkursaufschub - auch die für eine Liquidation passenden Gläubigerschutzmechanismen vorsieht⁹⁰⁴. 439

Zweitens darf der Teilverkauf weder dem Sanierungsplan⁹⁰⁵ noch etwaiger richterlicher Anordnungen⁹⁰⁶ zuwiderlaufen. Idealerweise sieht der Sanierungsplan den Teilverkauf (als Sanierungsmassnahme) explizit vor und wird in Zusammenarbeit mit dem vom Richter mit konkreten Kompetenzen eingesetzten Sachwalter und im Einklang mit den im Sanierungsplan genannten Bedingungen 440

⁹⁰³ So explizit im Urteil des Bundesgerichts 5P.466/1999 vom 11. April 2000 Erw. 3.b.

⁹⁰⁴ Z.B. Gläubigerversammlung (Art. 301 f. SchKG); Annahme und Bestätigung des Nachlassvertrags (Art. 305 f. SchKG); Einsetzung eines Liquidators und eines Gläubigerausschusses (Art. 317 Abs. 2 SchKG).

⁹⁰⁵ Vgl. zum Sanierungsplan im Konkursaufschub vorne N 50 ff., insbesondere N 52 und FN 125.

⁹⁰⁶ Vgl. zu den richterlichen Anordnungen im Konkursaufschub vorne N 56 f.

(z.B. Mindestpreis) umgesetzt. Mangels Vorkehrung im Sanierungsplan kann ein Teilverkauf vorgenommen werden, sofern er insgesamt im Einklang mit Ersterem steht; er ist immer dann ausgeschlossen, falls dies der Richter explizit verbietet⁹⁰⁷.

- 441 *Drittens* muss als Folge des Verkaufs der Konkursaufschub entweder aufgehoben werden können (infolge erfolgreicher Sanierung) oder aber die bei der Bewilligung des Konkursaufschubs bestehende Aussicht auf Sanierung nach wie vor Bestand haben⁹⁰⁸.
- 442 Sind diese drei Voraussetzungen erfüllt, ist der Teilverkauf regelmässig im Interesse der Gläubiger wie auch der Aktionäre und daher zulässig.

B. Gesamtverkauf

1. Bei Gläubigerschädigung

- 443 Grundsätzlich ausgeschlossen ist hingegen die Veräusserung des gesamten Betriebs, weil damit die Schuldnerin ihres Zwecks beraubt und letztlich liquidiert wird. Der Konkursaufschub bezweckt die Sanierung der Schuldnerin als Gesellschaft und nicht den Fortbestand des Betriebs; saniert werden muss die bisherige Aktiengesellschaft⁹⁰⁹. Sanierungsmassnahmen nach Art. 725a OR dürfen nicht auf die Liquidation der Schuldnerin abzielen, auch wenn dies für die Gläubiger vorteilhafter wäre⁹¹⁰. Da ein Verkauf des gesamten Betriebs begriffsnotwendig mit der Liquidation der Schuldnerin einhergeht⁹¹¹, ist ein Gesamtverkauf im Rahmen eines Konkursaufschubs grundsätzlich unzulässig.
- 444 Auch wenn ein zeitlich befristetes, für die Gläubiger trotz Schädigung unter dem Strich vorteilhaftes Angebot vorliegt (mithin die Voraussetzungen eines Notverkaufs im Konkurs erfüllt sind⁹¹²), kann der Verkauf im Konkursaufschub nicht vorgenommen werden und zwar selbst dann nicht, wenn alle Beteiligten damit einverstanden sind. Die Gesellschaft soll beim Konkursaufschub allge-

⁹⁰⁷ Vgl. zur aktiven Rolle des Richters während des Konkursaufschubs GRAF-SCHELLING (1999), S. 111 f.

⁹⁰⁸ Vgl. zur erforderlichen Aussicht auf Sanierung vorne N 50 ff. und insbesondere FN 124.

⁹⁰⁹ DUBACH (1998), S. 155.

⁹¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 5P.466/1999 vom 11. April 2000 Erw. 3b; GIROUD (1986), S. 117; DALLÈVES (1992), S. 350 f.; PETER / PEYROT (2006), S. 59 f.

⁹¹¹ Hier mit der Liquidation gleichgestellt ist der Fortbestand des reinen Aktienmantels.

⁹¹² Vgl. zu den Voraussetzungen eines Notverkaufs im Konkurs vorne N 313 ff.

mein vor dem Untergang und nicht nur vor der Konkursöffnung gerettet werden⁹¹³. Soll der Verkauf in der beschriebenen Konstellation dennoch vorgenommen werden, ist zuerst der Konkurs zu eröffnen⁹¹⁴ und der Verkauf dann im Rahmen eines Notverkaufs gemäss Art. 243 Abs. 2 SchKG abzuwickeln. Auf diese Weise kann der Verkauf trotz Verfahrenswechsel innert weniger Tage umgesetzt werden.

2. Bei vollständiger Befriedigung der Gläubiger

Mit Eintritt der Überschuldung (die Überschuldung ist Voraussetzung für die Bewilligung eines Konkursaufschubs) werden die Gläubiger wirtschaftlich Eigentümer der Schuldnerin und Träger des vollen Unternehmerrisikos⁹¹⁵. Die Interessen der Gläubiger sind beim Konkursaufschub zentral, weshalb der Konkursaufschub nur bewilligt werden kann, wenn die Gläubiger nicht schlechter gestellt sind als bei einer sofortigen Konkursöffnung⁹¹⁶. Diese Interessen der Gläubiger (einer überschuldeten Gesellschaft) gebieten nun aber, dass ein Gesamtverkauf immer dann zulässig sein muss, wenn als Folge des Verkaufs resp. dank des Verkaufserlöses sämtliche Gläubiger vollständig befriedigt werden können⁹¹⁷. Da der Verwaltungsrat nur bei Vorliegen einer Überschuldung zur Bilanzdeponierung verpflichtet ist (womit ein Konkursaufschub erst möglich wird), müssen m.E. alle Massnahmen (auch ein Gesamtverkauf) zulässig sein, welche die Überschuldung der Gesellschaft direkt beseitigen.

445

⁹¹³ GIROUD (1986), S. 118.

⁹¹⁴ Die Konkursöffnung drängt sich ohnehin auf, weil in dieser Konstellation keine Aussicht auf Sanierung mehr besteht (vgl. Art. 725a Abs. 1 OR).

⁹¹⁵ MALACRIDA (2007), S. 237; MABILLARD (2008/09), S. 365.

⁹¹⁶ Vgl. zu den Voraussetzungen des Konkursaufschubs vorne N 50 ff. und zur Schlechterstellung der Gläubiger insbesondere FN 123.

⁹¹⁷ Dasselbe muss auch für den Teilverkauf mit damit einhergehender faktischer Liquidation gelten.

II. Zuständigkeit

A. Externe Kompetenzordnung: Schuldnerin / Richter / Sachwalter

1. Auswirkungen der Verfügungsbeschränkung auf den Betriebsverkauf

a. Stufen der Verfügungsbeschränkung

446 Wer einen Betriebsverkauf beschliessen und umsetzen kann ergibt sich aus der konkreten Ausgestaltung des Konkursaufschubs, der Einsetzung eines Sachwalters und der vom Richter angeordneten Verfügungsbeschränkung der schuldnerischen Organe. Der Richter muss die Aufgaben des Sachwalters in jedem Fall genau umschreiben⁹¹⁸. Denkbar sind folgende Szenarien⁹¹⁹:

447 *Stufe eins*: Verzicht auf die Einsetzung eines Sachwalters und auf die Anordnung von Verfügungsbeschränkungen der Schuldnerin. Da die Bewilligung des Konkursaufschubs alleine keine Beschränkung der Verfügungsbefugnis der Schuldnerin bewirkt⁹²⁰, bleibt die Schuldnerin alleine für einen Betriebsverkauf zuständig.

448 *Stufe zwei*: Einsetzung eines Sachwalters verbunden mit der richterlichen Anordnung, dass gewisse Geschäfte der Zustimmung des Sachwalters bedürfen⁹²¹. Bei der Umschreibung der zustimmungsbedürftigen Geschäfte besteht ein weiterer Spielraum. Selbst wenn es nicht aus der richterlichen Anordnung hervorgehen sollte, wird der Verkauf des Gesamtbetriebs oder eines Betriebsteils stets als zustimmungsbedürftiges Geschäft qualifizieren (a minori ad maius).

449 *Stufe drei*: Einsetzung eines Sachwalters verbunden mit der richterlichen Anordnung, dass gewisse Geschäfte der Zustimmung des Richters bedürfen. Der Richter kann mittels konkreter Anordnungen m.a.W. für den Konkursaufschub eine Regelung analog Art. 298 Abs. 2 SchKG in der Stundung schaffen. Die

⁹¹⁸ Art. 725a Abs. 2 OR.

⁹¹⁹ Vgl. zur schuldnereexternen Zuständigkeit während der Stundung hinten N 611 ff., welche ebenfalls vier (allerdings nicht identische) Stufen der Verfügungsbeschränkung kennt. Obwohl Art. 298 SchKG im Konkursaufschub auch nicht analog zur Anwendung kommt (HARDMEIER, in: ZK OR (1997), N 1322 zu Art. 725a; LORANDI (2005), S. 213 f.) sind die Zuständigkeiten beim Betriebsverkauf während der Stundung und im Konkursaufschub sehr ähnlich.

⁹²⁰ SCHÖNENBERGER (2002), S. 178.

⁹²¹ Vgl. Art. 725a Abs. 2 OR.

Schuldnerin wird in dieser Konstellation vor dem geplanten Verkauf des Betriebs oder eines Betriebsteils die richterliche Zustimmung einholen müssen. Der Sachwalter muss dem Verkauf nicht explizit zustimmen, er wird dem Richter aber eine positive oder negative (in beiden Fällen nichtbindende) Empfehlung abgeben.

Stufe vier: Einsetzung eines Sachwalters verbunden mit dem teilweisen oder vollständigen Entzug der Verfügungsbefugnis der Schuldnerin und Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf den Sachwalter⁹²². In dieser Konstellation sollte sich die Zuständigkeit für einen etwaigen Betriebsverkauf aus der richterlichen Anordnung ergeben. Zuständig ist grundsätzlich der Sachwalter, wobei die Schuldnerin als Eigentümerin des Betriebs⁹²³ zustimmen muss. U.U. will der Richter den Verkauf vorgängig absegnen (analog Art. 298 Abs. 2 SchKG).

b. Betriebsverkauf gegen den Willen der Schuldnerin?

Fraglich ist, ob auch gegen den Willen der Schuldnerin ein Betriebsverkauf vorgenommen werden kann.

Dagegen spricht, dass die Schuldnerin während des Konkursaufschubs in jedem Fall Eigentümerin des Betriebs bleibt. Allerdings hätte dies zur Folge, dass eine renitente Schuldnerin alleine durch die Verweigerung der Zustimmung - zum Schaden der Gläubiger - einen Betriebsverkauf verhindern kann. Dabei darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Schuldnerin im Konkursaufschub tatsächlich überschuldet ist und der Verwaltungsrat bereits an den Richter gelangt ist, welcher auch den Konkurs hätte eröffnen können. Sodann dürfen die

⁹²² Mangels Vorschrift in der Handelsregisterverordnung muss der Entzug der Verfügungsbefugnis nicht im Handelsregister eingetragen werden. Gestützt auf Art. 30 Abs. 1 HRegV können auch Tatsachen, deren Eintragung weder in einem Gesetz noch in der HRegV vorgesehen sind, ins Handelsregister aufgenommen werden, wenn die Eintragung dem Zweck des Handelsregisters entspricht und an der Bekanntgabe ein öffentliches Interesse besteht (Vgl. ZIHLER, in: HK-HREGV (2013), N 4 ff. zu Art. 30). Ein solcher Fall dürfte beim publizierten Konkursaufschub mit vollständigem oder teilweise Entzug der Verfügungsbefugnis der schuldnerischen Organe vorliegen. Hierbei handelt es sich m.E. um eine echte Lücke. Den Materialien (Begleitbericht Totalrevision HRegV (2007); Vernehmlassungsergebnisse HRegV (2007)) ist nichts zu entnehmen.

⁹²³ Die Vermögenswerte der Schuldnerin und damit der Betrieb fallen beim Konkursaufschub nicht (wie im Konkurs) in eine Masse. Art. 197 Abs. 1 SchKG ist beim Konkursaufschub nicht, auch nicht analog, anwendbar.

Gläubiger nicht schlechter gestellt sein als bei einer sofortigen Konkurseröffnung⁹²⁴. Ist ein Teilbetriebsverkauf insgesamt im Interesse der Gläubiger, muss ein Verkauf nur schon vorgenommen werden können, weil die Gläubiger ohne den Verkauf (im Konkursaufschub) schlechter gestellt wären als bei einem Notverkauf im Konkursverfahren⁹²⁵. Zudem kann der Richter den Konkursaufschub von Amtes wegen vorzeitig widerrufen und den Konkurs eröffnen, wenn dies zum Schutz des schuldnerischen Vermögens erforderlich ist⁹²⁶. Diese Voraussetzung dürfte bei Vorliegen eines befristeten, im Interesse der Gläubiger liegenden Kaufangebots während des Konkursaufschubs erfüllt sein.

- 453 Entsprechend komme ich zum Schluss, dass Sachwalter und Richter bei Entzug der schuldnerischen Verfügungsbefugnis kompetent sind, auch ohne Mitwirkung der Schuldnerin während des Konkursaufschubs einen Betriebsverkauf anzuordnen und durchzuführen, sofern dies unter Berücksichtigung aller Umstände im Interesse der Gläubiger liegt⁹²⁷. Erforderlich ist hierzu eine explizite richterliche Anordnung, welche bereits im Bewilligungsentscheid oder auch nachträglich, in der Regel auf Antrag des Sachwalters, erfolgen kann. In diesem Fall wird der Sachwalter mit der Umsetzung des Betriebsverkaufs beauftragt⁹²⁸.

⁹²⁴ Vgl. vorne N 50 und insbesondere die in FN 123 zitierten Entscheide des Bundesgerichts.

⁹²⁵ Ein Gesamtbetriebsverkauf während des Konkursaufschubs ist nur bei vollständiger Befriedigung aller Gläubiger zulässig, vgl. vorne N 443 ff.

⁹²⁶ HUNKELER (1996), N 292.

⁹²⁷ Ein Gesamtverkauf setzt die vollständige Befriedigung aller Gläubiger voraus, vgl. vorne N 445.

⁹²⁸ Theoretisch denkbar ist, dass Sachwalter und Richter nach einer gewissen Dauer des Konkursaufschubs auch bei einer Verfügungsbeschränkung der *Stufe zwei oder drei* einen Betriebsverkauf als bestmögliche Lösung sehen, die Schuldnerin hierzu aber nicht bereit ist. Auch in einem solchen Fall müsste der Richter der Schuldnerin die Verfügungsbefugnis entziehen und den Verkauf anordnen.

2. Rechtsfolgen eines Verkaufs trotz fehlender Zustimmung

a. Fehlende Zustimmung des Richters oder Sachwalters bei richterlicher Anordnung

(i) Vollstreckungsrechtliche (Un)Wirksamkeit

Die vollstreckungsrechtliche Wirksamkeit eines Betriebsverkaufs während des Konkursaufschubs, der ohne die richterlich angeordnete Zustimmung des Richters oder Sachwalters vorgenommen wurde⁹²⁹, hängt vom guten Glauben des Erwerbers ab. 454

Unterbleibt eine Publikation des Konkursaufschubs, der Einsetzung eines Sachwalters und der damit einhergehenden Verfügungsbefugnis (was den Regelfall darstellt⁹³⁰) und hat der Erwerber auch auf andere Weise nicht davon erfahren (ist der Erwerber also gutgläubig), bleibt der Betriebsverkauf vollstreckungsrechtlich (und ohnehin zivilrechtlich) gültig. Infolge der Diskretion beim Konkursaufschub dürfte der Erwerber nicht selten gutgläubig sein. 455

Der Verkauf an einen bösgläubigen Erwerber ist demgegenüber vollstreckungsrechtlich unwirksam⁹³¹, womit der Betrieb - ohne dass der bereits bezahlte Kaufpreis erstattet werden muss - zurückgeholt werden kann⁹³². Der (bösgläubige) Erwerber hat lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Rückerstattung des bezahlten Kaufpreises; während des Konkursaufschubs ist ihm nicht verwehrt, diesen auf dem Betreibungsweg geltend zu machen⁹³³. 456

⁹²⁹ Ob die Zustimmung des Richters oder des Sachwalters anordnungswidrig nicht eingeholt wurde ist irrelevant; entscheidend ist, dass der Verkauf in Verletzung einer richterlichen Anordnung erfolgt ist.

⁹³⁰ Vgl. vorne N 59.

⁹³¹ LORANDI (2005), S. 214. Ein Erwerber gilt als bösgläubig, falls der Konkursaufschub, die Einsetzung des Sachwalters und die damit einhergehende Verfügungsbeschränkung publiziert worden sind oder er auf andere Weise davon erfahren hat.

⁹³² Vgl. hinten N 641.

⁹³³ Vgl. demgegenüber die Kontroverse um das Schicksal der Gegenleistung des bösgläubigen Erwerbers beim vollstreckungsrechtlich unwirksamen Betriebsverkauf während der Stundung hinten N 642 ff.

(ii) *Zivilrechtliche Gültigkeit*

457 Für die zivilrechtliche Gültigkeit ist die Zustimmung des Richters oder Sachwalters irrelevant. Ein Betriebsverkauf während des Konkursaufschubs ist zivilrechtlich auch dann gültig, wenn er ohne Einholung der richterlich angeordneten Zustimmung erfolgt ist⁹³⁴.

b. Fehlende Zustimmung des Sachwalters bei sachwalterischer Anordnung

458 Wie die nicht publizierten richterlichen Anordnungen haben auch die nicht publizierten Weisungen des Sachwalters keinen Einfluss auf die zivil- und vollstreckungsrechtliche Gültigkeit eines Betriebsverkaufs, sofern der Erwerber nicht auf andere Weise davon erfahren hat. Ein Verkauf in Kenntnis der Weisungen des Sachwalters (ob ausnahmsweise publiziert oder nicht) muss hingegen ebenfalls als vollstreckungsrechtlich unwirksam gelten⁹³⁵.

B. Interne Kompetenzordnung: Verwaltungsrat und Generalversammlung

1. **Grundsatz: Kein Einfluss des Konkursaufschubs auf die interne Kompetenzordnung**

459 Grundsätzlich lässt der Konkursaufschub die schuldnernerinterne Kompetenzordnung unberührt. Die Zuständigkeiten von Verwaltungsrat und Generalversammlung sind davon nicht tangiert. De facto hat aber nur schon die Tatsache, dass die Kompetenzen der Schuldnerin durch die konkurrierenden Kompetenzen der schuldnereexternen Organe insgesamt beschränkt sind, einen Einfluss auf die Kompetenzabgrenzung von Verwaltungsrat und Generalversammlung. Je nach Intensität der Verfügungsbeschränkung durch den Richter bleibt mehr oder weniger Raum für die Zuständigkeiten von Verwaltungsrat und Generalversammlung.

⁹³⁴ LORANDI (2005), S. 214. Vgl. zur zivilrechtlichen Gültigkeit des vollstreckungsrechtlich unwirksamen Betriebsverkaufs während der Stundung hinten N 652.

⁹³⁵ Vgl. zur identischen Rechtslage beim Verkauf während der Stundung in Verletzung einer dem Erwerber bekannten Weisung des Sachwalters hinten N 655.

2. Interne Kompetenzordnung ausserhalb von Insolvenzverfahren

a. Subsidiäre Kompetenz des Verwaltungsrats für sämtliche Geschäfte

Die drei Organe der AG, Generalversammlung, Revisionsstelle und Verwaltungsrat, sind grundsätzlich gleichwertig mit je einem eigenen Kompetenzbereich⁹³⁶. Die Generalversammlung ist insofern „oberstes Organ“, als sie die beiden anderen Organe wählt und die zentralen Entscheide der AG in ihren alleinigen Zuständigkeitsbereich fallen⁹³⁷. 460

Der Verwaltungsrat ist gemäss Art. 716 Abs. 1 OR für alle Geschäfte zuständig, welche nicht aufgrund des Gesetzes oder der Statuten der Generalversammlung (oder - hier nicht relevant - der Revisionsstelle) vorbehalten sind. Entsprechend fällt der Betriebsverkauf ausserhalb von Insolvenzverfahren mangels anderslautender gesetzlicher Bestimmungen grundsätzlich in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrats. 461

Die Grenze der Zuständigkeit des Verwaltungsrats - und damit der Übergang zur alleinigen Zuständigkeit der Generalversammlung - ergibt sich aus dem Gesellschaftszweck⁹³⁸. Diese Grenze der verwaltungsrätlichen Zuständigkeit ist allerdings sehr weit zu verstehen. Der Verwaltungsrat kann einerseits alle üblichen und der Gesellschaft nützlichen Geschäfte vornehmen, andererseits aber durchaus auch ungewöhnliche Geschäfte tätigen, solange sie auch nur ansatzweise mit dem Gesellschaftszweck in Zusammenhang gebracht werden können⁹³⁹. 462

Nicht mehr im Kompetenzbereich des Verwaltungsrats liegen entsprechend nur Geschäfte, welche vom Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen sind⁹⁴⁰. Dem Verwaltungsrat sind weiter insofern Grenzen gesetzt, als er nicht befugt ist, Geschäfte abzuschliessen soweit dadurch der Betrieb nicht mehr fortgeführt werden kann, d.h. die Gesellschaft faktisch liquidiert würde⁹⁴¹. Letztlich handelt es sich auch in diesem Fall um eine Zweckverletzung, weil der Gesellschaftszweck - Führung eines Betriebs - nicht mehr erreicht werden kann⁹⁴². 463

⁹³⁶ BAHAR (2004), S. 41 f.

⁹³⁷ Art. 698 OR.

⁹³⁸ Vgl. Art. 718a Abs. 1 OR.

⁹³⁹ BGE 90 II 442 Erw. 3; WATTER, in: BSK OR-II (2016), N 3 zu Art. 718a.

⁹⁴⁰ BGE 90 II 442 Erw. 3; BGE 111 II 284 Erw. 3; BGE 116 II 320 Erw. 3. a); FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 21 N 5; PETER / CAVADINI, in: CR CO-II (2008), N 6 zu Art. 718a.

⁹⁴¹ TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 124.

⁹⁴² BÖCKLI (2009), § 13 N 499.

- 464 Entsprechend ist der Verwaltungsrat für sämtliche Betriebsverkäufe zuständig, ausser damit gehe, *erstens*, eine Verletzung des Gesellschaftszwecks oder, *zweitens*, die faktische Liquidation der Gesellschaft einher.

b. Ausnahmsweise Kompetenz der Generalversammlung

- 465 Die Kompetenz der Generalversammlung für Betriebsverkäufe ergibt sich ebenfalls aus dem Gesellschaftszweck, gewissermassen einfach von der anderen Seite betrachtet. Ein Betriebsverkauf muss immer dann zwingend von der Generalversammlung beschlossen werden, wenn er infolge seiner Bedeutung für die Gesellschaft die Grenzen der verwaltungsrätlichen Zuständigkeit überschreitet. Dies trifft, wie gesehen, auf die beiden folgenden Konstellationen zu:

(i) *Betriebsverkauf ist vom Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen*

- 466 Der Verkauf des Gesamtbetriebs oder aller wesentlicher Betriebsanlagen gilt gemeinhin als vom Gesellschaftszweck geradezu ausgeschlossen⁹⁴³. Beim Verkauf eines Betriebsteils ist entscheidend, ob der Zweck der Gesellschaft ohne den veräusserten Betriebsteil noch verfolgt werden kann (und dies auch beabsichtigt ist) oder nicht⁹⁴⁴. Ob die Gesellschaft eine neue Tätigkeit aufnimmt oder stillgelegt wird ist irrelevant⁹⁴⁵; abgestellt wird einzig auf den bislang verfolgten Zweck. Die Abgrenzung ist in der Praxis nicht einfach vorzunehmen; im Zweifel empfiehlt sich aufgrund der drastischen Rechtsfolge (Nichtigkeit), den Entscheid von der Generalversammlung fällen zu lassen⁹⁴⁶.

(ii) *Betriebsverkauf führt zur faktischen Liquidation*

- 467 Ein Betriebsverkauf kann, das liegt auf der Hand, dazu führen, dass die Gesellschaft nicht nur den bisherigen Zweck nicht mehr verfolgen kann, sondern vollständig stillgelegt wird, m.a.W. faktisch liquidiert wird. Eine faktische Liquidation liegt etwa vor, wenn „wesentliche, für die Fortführung des Unternehmens

⁹⁴³ BGE 116 II 320 Erw. 3. a) mit Hinweis auf ein unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 7. April 1989; BÖCKLI (2009), § 13 N 497 f.; WATTER, in: BSK OR-II (2016), N 4 zu Art. 718a; BAHAR (2004), S. 50.

⁹⁴⁴ TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 125; BAHAR (2004), S. 53.

⁹⁴⁵ Vgl. sogleich N 469.

⁹⁴⁶ Art. 698 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR; vgl. den leading case zur faktischen Zweckänderung BGE 100 II 384 Erw. 2 b) sowie hierzu im Detail BAHAR (2004), S. 49 ff. Vgl. zur Vorlage eines Geschäfts an die Generalversammlung zwecks einer nicht bindenden Konsultativabstimmung BÖCKLI (2009), § 12 N 58a ff.

im Bereich des Gesellschaftszwecks vitale Teile des Betriebsvermögens in liquide oder quasiliquide Form [überführt werden], ohne dass eine Neuinvestition im Tätigkeitsbereich der Gesellschaft beabsichtigt würde⁹⁴⁷.“

Geht nun mit einem vorgesehen Betriebsverkauf eine faktische Liquidation einher, hat darüber aufgrund von Art. 736 Ziff. 2 OR zwingend die Generalversammlung zu entscheiden⁹⁴⁸. Voraussetzung ist ein (beurkundeter) Liquidationsbeschluss der Generalversammlung⁹⁴⁹. Entscheidet der Verwaltungsrat in Eigenregie, ist der Verkauf nichtig⁹⁵⁰. 468

Ob nun ein konkretes Rechtsgeschäft „nur“ eine Verletzung des Gesellschaftszwecks oder gleichzeitig eine faktische Liquidation darstellt, ist irrelevant, da die Rechtsfolgen identisch sind: Das Rechtsgeschäft ist, sofern vom Verwaltungsrat beschlossen, mangels Vertretungsmacht des Verwaltungsrats *nichtig*; vorbehalten ist nur der - aufgrund von Art. 3 Abs. 2 ZGB praktisch unmögliche⁹⁵¹ - Schutz gutgläubiger Dritter. 469

c. Sonderfall: Gesellschaft ist konkursreif

(i) Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Von der dargestellten Kompetenzordnung (Grundsatz: Verwaltungsrat; Ausnahme: Generalversammlung) gibt es jedoch eine gewichtige Ausnahme zu machen in Bezug auf konkursreife Gesellschaften. Gemäss dem berühmten Bundesgerichtsentscheid i.S. Kammgarnspinnerei Interlaken AG ist der Verwaltungsrat dann zum Handeln über den Gesellschaftszweck hinaus ermächtigt, wenn der eigentliche Gesellschaftszweck zufolge Konkursreife ohnehin nicht mehr erreicht werden kann und „einerseits unverzügliches Handeln dringend geboten ist, andererseits aber besondere Umstände eine rechtzeitige Beschlussfassung durch die Generalversammlung als grundsätzlich zuständiges Organ verunmöglichen⁹⁵².“ M.a.W. gewichtet das Bundesgericht die Interessen vorab 470

⁹⁴⁷ BÖCKLI (2009), § 17 N 76.

⁹⁴⁸ Der Verwaltungsrat kann der Generalversammlung nicht nur die Liquidation, sondern, weniger drastisch, eine Zweckänderung beantragen, welche den Gesamt- oder Teilverkauf abdeckt. An der Kompetenz der Generalversammlung kommt der Verwaltungsrat auch bei diesem Vorgehen nicht vorbei (BÖCKLI (2009), § 17 N 79 i.f.).

⁹⁴⁹ Art. 736 Ziff. 2 OR.

⁹⁵⁰ BÖCKLI (2009), § 17 N 79; BAHAR (2004), S. 52.

⁹⁵¹ BÖCKLI (2009), § 17 N 79 FN 194.

⁹⁵² BGE 116 II 320 Erw. 3.a) i.f. Das Bundesgericht hat den Verkauf sämtlicher Aktiven durch den Verwaltungsrat in Eigenregie im konkreten Fall gutgeheissen. Zustimmend: MALACRIDA

der Gläubiger, aber auch der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit ab einem gewissen fortgeschrittenen Insolvenzstadium („Konkursreife“) höher als die Interessen der Aktionäre, über die zentralen Belange ihrer Gesellschaft zu befinden.

- 471 Diese Interessenabwägung ist m.E. gerechtfertigt. Einerseits wird den Aktionären nichts weggenommen, was ihnen innert Kürze (nämlich bei Konkurseröffnung) nicht ohnehin weggenommen würde. Andererseits sind sie nicht schutzlos; schliesslich handelt der von ihnen gewählte Verwaltungsrat, dessen Sorgfalts- und Treuepflichten nach wie vor gelten resp. in einer Krisensituation erst recht Bedeutung erlangen⁹⁵³.
- 472 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei Konkursreife weist einige offensichtliche Parallelen zum Notverkauf im Konkurs auf. Beim Notverkauf wird ebenfalls aufgrund von besonderer Dringlichkeit im Interesse der Gläubiger auf die Beschlussfassung durch das grundsätzlich zuständige Organ (erste oder zweite Gläubigerversammlung) verzichtet und im Gegenzug dem Konkursamt resp. der Konkursverwaltung erweiterte (Verwertungs-)Kompetenzen zugestanden⁹⁵⁴.

(ii) *Begriff „Konkursreife“*

- 473 Leider definiert das Bundesgericht den Begriff „Konkursreife“ nicht. Im Entscheid heisst es lediglich, die Gesellschaft sei unbestrittenermassen massiv überschuldet gewesen, womit davon ausgegangen werden könne, dass sie konkursreif war⁹⁵⁵. Tatsächlich wurde denn auch rund zehn Tage nach dem strittigen Beschluss des Verwaltungsrats über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet⁹⁵⁶. Nach dem Gesagten kann eine Gesellschaft als konkursreif betrachtet

(2007), S. 246. Wohl zustimmend BÖCKLI (2009), § 13 N 499 f. Kritisch WATTER, in: BSK OR-II (2016), N 4 zu Art. 718a; BAHAR (2004), S. 64 f.; WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 35 FN 5. Ohne Wertung HOMBURGER, in: ZK OR (1997), N 1158 zu Art. 718a, FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 21 N 5, insbesondere FN 4; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER (2012), § 16 N 394 sowie TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 124. Gemäss GULICH (1993), S. 104, beschränkt sich die Kompetenzerweiterung bei Konkursreife nur auf die Gründung einer Auffanggesellschaft und beinhaltet nicht die grundsätzliche Kompetenz, den Gesellschaftszweck zu ändern oder die Gesellschaft aufzulösen.

⁹⁵³ Vgl. zu den (erhöhten) Pflichten des Verwaltungsrats in Krisensituationen GLANZMANN (2014), S. 271 ff., insbesondere S. 280 f.; GLANZMANN (2003), S. 19 ff.; HANDSCHIN (2000), S. 433 ff.

⁹⁵⁴ Vgl. vorne N 313 ff.

⁹⁵⁵ BGE 116 II 320 Erw. 3. b).

⁹⁵⁶ BGE 116 II 320, A: Eine im August 1983 erstellte Zwischenbilanz zu Veräusserungswerten ergab eine Unterbilanz von fast CHF 5 Mio. Der Verwaltungsrat betrachtete eine Bilanzdeponierung als unausweichlich und beschloss an seiner Sitzung vom 13. - 15. August 1983

werden, sobald die Konkurseröffnung zwingend erscheint und nur noch der genaue Zeitpunkt der Bilanzdeponierung offen steht.

(iii) *Dilemma betreffend Pflicht zur Bilanzdeponierung*

Damit stellt sich aber folgendes Problem: Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR ist der Verwaltungsrat verpflichtet, unverzüglich⁹⁵⁷ den Richter zu benachrichtigen, sofern eine geprüfte Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten eine Überschuldung offenbart. Immerhin kann der Verwaltungsrat nach herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung trotz Vorliegen einer testierten Überschuldung während einer gewissen Toleranzfrist mit der Bilanzdeponierung zuwarten, sofern (i) konkrete und dauerhafte Sanierungsaussichten bestehen, (ii) der Verwaltungsrat wie ein vernünftiger Unternehmer handelt und (iii) die materiellen Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a OR gegeben sind, d.h. die Gläubiger nicht einem erhöhten Risiko ausgesetzt sind⁹⁵⁸.

474

Allerdings bestehen bei Konkursreife gerade keine Sanierungsaussichten (der Konkurs muss zwingend erscheinen) und folglich ist ein Zuwarten während einer Toleranzfrist - egal wie lange diese nach der neusten Rechtsprechung nun auch ist⁹⁵⁹ - von vornherein unzulässig⁹⁶⁰.

475

sämtliche Aktiven und einen Teil der Passiven auf eine Auffanggesellschaft zu übertragen. Am 24. August 1983 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet.

⁹⁵⁷ Art. 725 Abs. 2 OR nennt keine Frist. Dass die Bilanzdeponierung unverzüglich erfolgen muss, ergibt sich e contrario aus der Toleranzfrist bei Vorliegen von Sanierungsaussichten.

⁹⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 Erw. 4.b); BGE 132 III 564 Erw. 5.1; BGE 116 II 533 Erw. 5.a). Vgl. für weitere einschlägige Entscheide des Bundesgerichts die umfangreiche Kasuistik bei MAUCHLE / VON DER CRONE (2014), S. 231 ff. Gemäss BÖCKLI (2009), § 13 N 816a, gehört die Toleranzfrist zum gegenwärtigen Schweizer Rechtsbestand. Vgl. auch KÄNZIG / GEIGER (2014), S. 121 m.w.H.; WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 40a zu Art. 725; GLANZMANN (2014), S. 278; ZILTENER (2011), S. 187 f.; MALACRIDA (2007), S. 245 f.; SPRECHER / SOMMER (2014), S. 555 (mit Vorschlägen de lege ferenda); BÜHLER (2010a), S. 446 ff. und BÜHLER (2010b), S. 25 ff., jeweils mit Vorschlägen de lege ferenda; Botschaft Aktienrecht (2007), S. 1691. Gegen eine Toleranzfrist, auch bei konkreten, kurzfristigen Sanierungsaussichten: RUEDIN / PIAGET (2003), S. 1335.

⁹⁵⁹ Vgl. dazu hinten N 495 ff.

⁹⁶⁰ BGE 116 II 320 ist nicht zu entnehmen, weshalb der Verwaltungsrat der Kammgarnspinnerei Interlaken AG bei Erhalt der (wohl geprüften) Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten mit der Bilanzdeponierung noch mindestens zehn, eher aber 14 oder noch mehr, Tage zuwarten konnte. Die Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten wurde im August 1983 erstellt und wies eine Unterbilanz von CHF 5 Mio. aus (womit die Gesellschaft gemäss Bundesgericht massiv überschuldet war). Der Verwaltungsrat hielt dann vom

- 476 Das führt zu folgendem Dilemma: Ein Gesamtverkauf durch den Verwaltungsrat in Verletzung des Gesellschaftszwecks kann nur rechtmässig sein, wenn die Gesellschaft zwar konkursreif ist, aber der Verwaltungsrat die Bilanz (noch) nicht unmittelbar deponieren muss⁹⁶¹. Dieser Grat ist äusserst schmal. Art. 725 Abs. 2 OR gesteht dem Verwaltungsrat - der erwähnten Toleranzfrist vorangehend - implizit eine weitere Toleranzfrist zu, nämlich die Frist zur Erstellung und Prüfung einer Zwischenbilanz⁹⁶². Folglich ist beispielsweise denkbar, dass die Bilanz zu Fortführungs- und zu Liquidationswerten eine Überschuldung ausweist (womit die Konkursreife kaum in Frage steht), aber der Bericht der Revisionsstelle noch ausstehend ist (womit die Bilanz wohl noch nicht zwingend deponiert werden muss⁹⁶³). In dieser kurzen Zwischenphase fällt gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung m.E. auch ein Gesamtverkauf des Betriebs in den alleinigen Kompetenzbereich des Verwaltungsrats. Davor sind die Aktionäre zuständig, danach die Gläubiger.

3. Kompetenz zum Betriebsverkauf während des Konkursaufschubs

a. Ausgangslage

- 477 Die dargestellte interne Kompetenzordnung ausserhalb von Insolvenzverfahren kann nicht *tel quel* übernommen werden, wenn sich die Schuldnerin bereits im Konkursaufschub befindet. Zum einen weil der Verwaltungsrat und die Generalversammlung nicht mehr die einzigen potentiell zuständigen Organe sind. Zum anderen weil bereits eine Bilanzdeponierung erfolgt ist.
- 478 Ein Betriebsverkauf kann bei komplettem Verfügungsentzug und entsprechender richterlicher Anordnung vollständig ohne Verwaltungsrat und Generalversammlung abgewickelt werden⁹⁶⁴. Nachfolgend ist zu prüfen, unter welchen

13.-15. August 1983 eine Sitzung ab (vgl. FN 956). Der Konkurs wurde erst am 24. August 1983 eröffnet.

⁹⁶¹ Eine mögliche Lösung des Dilemmas ist, dem Verwaltungsrat auch bei Fehlen von Sanierungsaussichten eine Toleranzfrist zu gewähren, vgl. dazu hinten N 499 ff.

⁹⁶² Vgl. dazu hinten N 494 und FN 978.

⁹⁶³ Vgl. aber WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 39b zu Art. 725 und GLANZMANN (2003), S. 67, wonach bei offensichtlicher Überschuldung eine Konkurseröffnung auch ohne Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle möglich ist; dies bedingt natürlich eine vorangehende Bilanzdeponierung. Eine Pflicht zur Bilanzdeponierung vor Erhalt der geprüften Zwischenbilanzen ist dem Gesetz jedoch nicht zu entnehmen.

⁹⁶⁴ Vgl. zu dieser Möglichkeit vorne N 451 ff.

Umständen - abgesehen vom genannten Extremfall - der Verwaltungsrat eine Generalversammlung einzuberufen hat.

Gegen den Beizug der Aktionäre sprechen namentlich folgende beiden Gründe: 479
Erstens liegt bei der Beantragung des Konkursaufschubs zwingend eine Überschuldung vor, womit grundsätzlich die Wertlosigkeit der Aktien einhergeht. *Zweitens* hat der Verwaltungsrat mit der Bilanzdeponierung das Schicksal der Schuldnerin bereits einmal in die Hände des Richters gelegt (nachdem die von den Aktionären anlässlich einer Generalversammlung beschlossenen Sanierungsmassnahmen gemäss Art. 725 Abs. 1 OR nicht vom gewünschten Erfolg gekrönt waren), so dass sich ein erneuter Beizug der Aktionäre auch aus diesem Grund erübrigt.

Andererseits setzt ein Konkursaufschub gerade eine Aussicht auf dauerhafte Sanierung voraus; dies spricht immerhin für eine - wenn auch gewissermassen nur zukünftige - Werthaltigkeit der Aktien. Aus diesem Grund ist eine Schuldnerin im Konkursaufschub keineswegs konkursreif. Dies führt zu folgendem Ergebnis: 480

b. Zuständigkeiten

(i) *Teilverkauf*

Der Verwaltungsrat kann ohne Beizug der Aktionäre (aber unter Einhaltung der schuldnereexternen Kompetenzen) einen Teilverkauf beschliessen, sofern damit keine Zweckänderung oder faktische Liquidation der Schuldnerin einhergeht. Der Teilverkauf trägt zur Sanierung der Schuldnerin bei, welche alsdann den nicht veräusserten Betrieb weiterführen wird. 481

Geht mit dem Teilverkauf eine Zweckänderung der Schuldnerin einher, muss darüber zwingend die Generalversammlung befinden⁹⁶⁵. 482

Führt der Teilverkauf zur faktischen Liquidation der Schuldnerin darf er grundsätzlich nicht vorgenommen werden, es sei denn, sämtliche Gläubiger können befriedigt werden⁹⁶⁶. 483

⁹⁶⁵ Art. 698 OR; vgl. vorne N 439.

⁹⁶⁶ In diesem Fall verhält es sich bezüglich Zuständigkeiten wie beim Gesamtverkauf, da auch dort die (nicht nur faktische) Liquidation der Schuldnerin einhergeht, vgl. sogleich N 484 ff. sowie vorne FN 917.

(ii) *Gesamtverkauf*

- 484 Beim Gesamtverkauf kann der Zweck des Konkursaufschubs, die Sanierung der Schuldnerin als Gesellschaft, nicht mehr erreicht werden. Dies führt zu folgenden Zuständigkeiten:
- 485 Kommen die Gläubiger trotz des Gesamtverkaufs zu Schaden, ist ein Gesamtverkauf während des Konkursaufschubs von vornherein unzulässig, da der Konkursaufschub die Sanierung der Schuldnerin und nicht den Fortbestand des Betriebs (unter neuer Eigentümerschaft) bezweckt⁹⁶⁷.
- 486 Können mit dem Verkaufserlös sämtliche Gläubiger befriedigt werden, muss ein solcher nach der hier vertretenen Ansicht zulässig sein⁹⁶⁸. In diesem Fall muss der Verkauf zwingend von den Aktionären beschlossen werden und zwar aus folgenden Gründen: *Erstens* ist die Gesellschaft bei vollständiger Befriedigung der Gläubiger nicht mehr überschuldet, womit die Aktien einen gewissen Wert haben. *Zweitens* führt ein Gesamtverkauf zur Liquidation der Schuldnerin, was - bei Werthaltigkeit der Aktien - nur die Aktionäre beschliessen können⁹⁶⁹. Dieses Ergebnis ist auch im Vergleich zur bezüglich Nachlassverfahren bezogenen Position konsequent: Die Aktionäre sollen nach der hier vertretenen Ansicht auch im Nachlassverfahren über die Liquidation der Schuldnerin bestimmen können⁹⁷⁰.

c. Kein Betriebsverkauf bei Konkursreife

(i) *Ausgangslage*

- 487 Zu untersuchen ist, ob und allenfalls wie die eben dargestellte Rechtsprechung bezüglich der erweiterten Kompetenz des Verwaltungsrats der konkursreifen Schuldnerin im Konkursaufschub Anwendung findet.

⁹⁶⁷ Vgl. vorne N 443 ff.

⁹⁶⁸ Vgl. vorne N 445.

⁹⁶⁹ Art. 736 Ziff. 2 OR; vgl. vorne N 468.

⁹⁷⁰ Vgl. die Begründung hinten N 590 ff., insbesondere N 591.

(ii) Konkursreife im Konkursaufschub

Die Bewilligung des Konkursaufschubs setzt die konkrete Aussicht auf dauerhafte Sanierung und volle Befriedigung der Gläubiger voraus⁹⁷¹. Der Konkursaufschub kann nur bewilligt werden, wenn überhaupt Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht; er muss m.E. analog der Regelung in der Stundung vor Ablauf der bewilligten Dauer von Amtes wegen aufgehoben (und der Konkurs eröffnet) werden, wenn die Aussicht auf dauerhafte Sanierung und vollständige Befriedigung der Gläubiger dahinfällt⁹⁷². Dies bedeutet, dass die Schuldnerin als konkursreif zu gelten hat, sobald die dauerhafte Sanierung und die volle Befriedigung der Gläubiger unmöglich wird, mithin der Zweck des Konkursaufschubs nicht mehr erreicht werden kann. 488

(iii) Ergebnis

Während des Konkursaufschubs steht die Schuldnerin unter einem besonderen gesetzlichen Schutz, damit sie die Sanierung möglichst ungehindert vorantreiben kann⁹⁷³. Diesen Schutz verdient sie nicht mehr, sobald die dauerhafte Sanierung und vollständige Befriedigung der Gläubiger illusorisch geworden ist. Gleichzeitig entfällt auch die Handlungsbefugnis der Organe (intern und extern) für Geschäfte, welche auf den Zweck des Konkursaufschubs ausgerichtet sind. Mit Eintreten der Konkursreife können von allen Beteiligten entsprechend nur noch Handlungen im Hinblick auf die Konkurseröffnung vorgenommen werden. Keinesfalls darf ab Konkursreife noch kurzerhand ein Betriebsverkauf, auch nur ein Teilverkauf, durchgeführt werden. Dazu ist niemand mehr, auch nicht die Schuldnerin, der Sachwalter und der Richter zusammen, ermächtigt. Vielmehr ist umgehend der Konkurs zu eröffnen und der Betrieb danach ganz oder teilweise im Rahmen eines Notverkaufs im Konkurs zu veräußern oder ordentlich zu verwerten. 489

Diese Lösung drängt sich auch aus Sicht der Gläubiger auf, welche einen Anspruch darauf haben, dass der Konkursaufschub bei Aussichtslosigkeit umgehend aufgehoben wird. Letztlich sind es die Gläubiger, welche die Kosten eines zu langen Konkursaufschubs tragen. 490

⁹⁷¹ Vgl. vorne N 50 und insbesondere FN 124.

⁹⁷² Art. 296b Abs. 1 lit. b. SchKG analog; ähnlich PETER, in: CR CO-II (2008), N 62 zu Art. 725a; WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 8a zu Art. 725a.

⁹⁷³ Zu den (beschränkten) Schutzwirkungen des Konkursaufschubs vgl. vorne N 48.

- 491 Eine (analoge) Anwendung der Rechtsprechung zur Zuständigkeit des Verwaltungsrats der konkursreifen Gesellschaft ausserhalb eines Insolvenzverfahrens⁹⁷⁴ ist vor diesem Hintergrund mit dem Konkursaufschub nicht kompatibel. Bei Konkursreife beschränkt sich die Verfügungsbefugnis von Schuldnerin und Sachwalter auf Handlungen, welche auf die Konkurseröffnung abzielen. Damit erhält der Verwaltungsrat bei Konkursreife nicht erweiterte Kompetenzen (wie bei Konkursreife ausserhalb eines Insolvenzverfahrens), sondern - im Gegenteil - wird fast vollständig handlungsunfähig.

C. Rolle der Gläubiger

- 492 Den Gläubigern stehen beim Konkursaufschub generell und damit auch beim Betriebsverkauf während des Konkursaufschubs keine Mitwirkungsrechte zu. Die Gläubiger können damit keinen Einfluss auf den Betriebsverkauf nehmen⁹⁷⁵. Immerhin darf der Konkursaufschub nur bewilligt werden, wenn die Interessen der Gläubiger dadurch nicht gefährdet sind. Entsprechend sind auch Betriebsverkäufe während des Konkursaufschubs nur zulässig, wenn die Gläubigerinteressen gewahrt sind⁹⁷⁶.

D. Exkurs: Pflicht zur Benachrichtigung des Richters

1. Handlungspflichten des Verwaltungsrats

- 493 Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört die Pflicht, den Richter im Falle der Überschuldung zu benachrichtigen⁹⁷⁷. Konkretisiert ist diese Pflicht in Art. 725 Abs. 2 OR, wonach der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis der Reihe nach drei Handlungen vornehmen muss. Zuerst muss er eine Zwischenbilanz erstellen, diese sodann von einem zugelassenen Revisor überprüfen lassen, und schliesslich, wenn sich die befürchtete Überschuldung bewahrheitet, den Richter benachrichtigen und die Bilanz deponieren.

⁹⁷⁴ Vgl. vorne N 470 ff.

⁹⁷⁵ LORANDI (2005), S. 237; HARDMEIER, in: ZK OR (1997), N 1327 zu Art. 725a; WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 11 zu Art. 725a. Vgl. zum Gläubigerschutz während des Konkursaufschubs vorne N 60.

⁹⁷⁶ Vgl. vorne N 437 ff.

⁹⁷⁷ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

Alle drei Schritte kann der Verwaltungsrat unterschiedlich schnell in Angriff nehmen und vorantreiben. Die Erstellung der Zwischenbilanz ist umgehend in Auftrag zu geben, wobei die Erstellung gemäss BÖCKLI regelmässig einige Wochen beanspruchen wird und auch darf⁹⁷⁸. Ohne Verzug ist danach die Prüfung beim Revisor einzuleiten, welcher wiederum eine gewisse Zeit für die Prüfung benötigt. Ergibt die Zwischenbilanz, dass offensichtlich keine Überschuldung besteht, kann gegebenenfalls von der Prüfung abgesehen werden. Allerdings ist der Verwaltungsrat aus Haftungsgründen in der Regel gut beraten, auch in einer solchen Situation die Prüfung vornehmen zu lassen. Ergibt die geprüfte Zwischenbilanz nun aber eine Überschuldung sowohl zu Fortführungs- als auch zu Liquidationswerten und liegen nicht Rangrücktritte in der erforderlichen Höhe vor, hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen⁹⁷⁹. 494

2. Dauer der Toleranzfrist

Art. 725 Abs. 2 OR stipuliert nicht, innert welcher Frist der Verwaltungsrat - bei Vorliegen einer testierten Überschuldung - den Richter tatsächlich benachrichtigen muss oder, anders ausgedrückt, wie lange er damit ohne eine Pflichtverletzung zu begehren, zuwarten darf. 495

Bestehen keine Sanierungsaussichten ist wohl unbestritten, dass der Richter unverzüglich benachrichtigt werden muss. Bei konkreten Sanierungsaussichten hingegen sind sich Lehre und Rechtsprechung - abgesehen von wenigen Ausnahmen - einig, dass dem Verwaltungsrat eine gewisse sog. Toleranzfrist zusteht⁹⁸⁰. 496

Die Dauer der Toleranzfrist ist freilich umstritten: Während gewisse höchstgerichtliche Entscheide eine Toleranzfrist von höchstens wenigen Wochen erlauben⁹⁸¹, vertritt namentlich BÖCKLI⁹⁸² die Meinung, dass die Toleranzfrist vier bis sechs Wochen betrage. Andere Bundesgerichtsentscheide, insbesondere publizierte, sehen jedoch keine zeitliche Befristung vor, innert derer die Sanierung abgeschlossen sein muss⁹⁸³. FORSTMOSER vertritt gar die Auffassung, der Verwaltungsrat könne - solange Aussicht auf Sanierung besteht - den Gang zum 497

⁹⁷⁸ BÖCKLI (2009), § 13 N 770a; ihm folgend FISCHER / DELLI COLLI (2014), S. 262.

⁹⁷⁹ Art. 725 Abs. 2 2. Satz OR.

⁹⁸⁰ Vgl. vorne N 474 und insbesondere die Hinweise auf Rechtsprechung und Literatur in FN 958.

⁹⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 Erw. 5.2; Urteil des Bundesgerichts 9C_463/2011 vom 14. Juli 2011 Erw. 6.2.

⁹⁸² BÖCKLI (2009), § 13 N 816; BÖCKLI (2006), S. 169 f.

⁹⁸³ BGE 132 III 564 Erw. 5.1; BGE 116 II 533 Erw. 5.a).

Richter jahrelang hinausschieben⁹⁸⁴. So kommt denn auch das Handelsgericht des Kantons Zürich in einem bemerkenswerten, neuen Entscheid zum Schluss, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Dauer der Toleranzfrist unklar sei und „zwischen unbeschränkter Zeitgewährung und engster Fristanwendung“ schwanke, wobei „Letztere namentlich bei kleinen Gesellschaften, übersichtlichen Verhältnissen und bei völliger Inaktivität in punkto Sanierung angewandt wurde“⁹⁸⁵. Im konkreten Fall - betroffen war ein Konzern mit 3'000 Mitarbeitern und entsprechend komplexen Sanierungsvorgängen - sah das Handelsgericht im Zuwarten trotz Überschuldung während über acht Monaten keine Pflichtverletzung des Verwaltungsrats⁹⁸⁶.

- 498 Ob dieser Unsicherheit ist es begrüssenswert, dass sich der Gesetzgeber der Problematik angenommen hat. Gemäss Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 Entwurf OR (2016) beträgt die Toleranzfrist maximal 90 Tage ab Vorliegen der geprüften Zwischenbilanzen, sofern „Aussicht auf Behebung der Überschuldung besteht und sich der Betrag der Unterdeckung nicht wesentlich erhöht“⁹⁸⁷. Sind die 90 Tage nicht ausreichend, muss die Anzeige an den Richter erfolgen, wobei, so die Idee des Gesetzgebers, die begonnene Sanierung im Rahmen einer (möglicherweise stillen) provisorischen Stundung fortgesetzt werden kann⁹⁸⁸.

3. Eigener Vorschlag

- 499 Wie dargestellt setzt ein Zuwarten des Verwaltungsrats trotz Überschuldung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung u.a. voraus, dass Aussicht auf eine dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft besteht und deren Ertragskraft wieder hergestellt werden kann. Zusätzlich muss der Verwaltungsrat vernünftig sein und die Gläubiger dürfen durch das Zuwarten keinem erhöhten Schadensrisiko ausgesetzt sein⁹⁸⁹.
- 500 Selbst wenn die Gesellschaft hoffnungslos überschuldet und eine finanzielle Gesundung ausgeschlossen ist, kann es durchaus sinnvoll sein, eine beschränkte Zeit mit der Bilanzdeponierung zuzuwarten, um gewisse konkrete Projekte tat-

⁹⁸⁴ FORSTMOSER (2005), S. 280 f.

⁹⁸⁵ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG100052 vom 7. März 2013 Erw. 3.3.29.

⁹⁸⁶ Vgl. MAUCHLE / VON DER CRONE (2014), S. 234, welche offen lassen, ob diese Ansicht der bundesgerichtlichen Praxis entspricht; ebenso FISCHER / DELLI COLLI (2014), S. 261.

⁹⁸⁷ In der Botschaft wird betont, dass daran sehr strenge Anforderungen gestellt werden (Botschaft Aktirencht (2016), S. 180).

⁹⁸⁸ Botschaft Aktienrecht (2016), S. 181.

⁹⁸⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 Erw. 4.b). Vgl. vorne N 474 i.f.

sächlich abzuschliessen (beispielsweise die Fertigstellung eines Mehrfamilienhauses) und damit den Schaden der Gläubiger zu reduzieren⁹⁹⁰. Ist ein Weiterwirtschaften für eine beschränkte Zeit eindeutig im Interesse der Gläubiger muss m.E. ein Zuwarten möglich sein, da mit Eintritt der Überschuldung stets (und ausschliesslich) deren Interessen massgebend sind. Zugegebenermassen wird das Zuwarten und Weiterwirtschaften selten völlig risikolos sein. Der Verwaltungsrat muss das Verlustrisiko gegenüber den angestrebten Einsparungen abwägen und dann nach pflichtgemäsem Ermessen entscheiden⁹⁹¹.

M.E. kann daher trotz testierter Überschuldung und selbst wenn eine dauerhafte Sanierung ausgeschlossen ist, von der Bilanzdeponierung einstweilen abgesehen werden, sofern einerseits durch konkrete, zeitnahe Massnahmen für die Gläubiger erhebliche Einsparungen resultieren und das Risiko eines über die Einsparungen hinausgehenden Schadens als äusserst gering zu betrachten ist. Andererseits muss der Verwaltungsrat frei von Interessenkonflikten, kompetent und zeitlich verfügbar sein. Sodann muss eine Schädigung von Neugläubigern ausgeschlossen sowie die Gläubigergleichbehandlung gewährleistet sein. Mit Abschluss der Massnahmen hat der Verwaltungsrat unverzüglich die Bilanz zu deponieren.

501

Diese Betrachtungsweise löst auch das oben dargestellte Dilemma des Verwaltungsrats einer konkursreifen Gesellschaft, der den Gesamtbetrieb verkaufen will⁹⁹²: Ein Gesamtverkauf wäre unter den eben genannten Voraussetzungen (i. Betriebsverkauf als konkrete, zeitnahe Massnahme, dank der für die Gläubiger ein besseres Ergebnis resultiert; ii. geringes Risiko, Gläubigergleichbehandlung und keine Schädigung von Neugläubigern; iii. Verwaltungsrat zeitlich verfügbar und ohne Interessenkonflikte) ohne Beizug der Gläubiger und Aktionäre zulässig.

502

⁹⁹⁰ Dem Autor ist ein entsprechender Fall aus der Praxis bekannt.

⁹⁹¹ Diese Abschätzung muss der Verwaltungsrat übrigens auch dann vornehmen, wenn eine dauerhafte Sanierung angestrebt wird (vgl. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG100052 vom 7. März 2013 Erw. 3.1 und Erw. 3.3.3; der Verwaltungsrat ist zum Ergebnis gekommen, dass die unmittelbare Bilanzdeponierung einen Schaden von CHF 300 - 500 Mio. zur Folge gehabt hätte, wobei das Risiko für die Gläubiger bei einem späteren Scheitern lediglich auf CHF 20 - 30 Mio. geschätzt wurde).

⁹⁹² Vgl. vorne N 476.

III. Übergang der Arbeitsverhältnisse

A. Automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen

- 503 Der Konkursaufschub ist in Art. 333b OR nicht erwähnt und diesbezüglich besteht auch keine Lücke⁹⁹³. Art. 333 und 333a OR kommen damit bei einem Betriebsübergang im Konkursaufschub zwingend und uneingeschränkt zur Anwendung⁹⁹⁴. Mit dem Betriebsübergang während eines Konkursaufschubs werden gestützt auf Art. 333 Abs. 1 OR *ex lege* auch sämtliche Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten mitübertragen, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt⁹⁹⁵.

B. Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Massenentlassung

- 504 Wie in Art. 333b OR fand der Konkursaufschub auch keinen Eingang in Art. 335e Abs. 2 OR. Auch diesbezüglich liegt m.E. keine Lücke vor, weshalb die Bestimmungen zur Massenentlassung während eines Konkursaufschubs zur Anwendung gelangen⁹⁹⁶. Es gibt keinen Grund, die Stundung und den Konkursaufschub diesbezüglich anders zu behandeln⁹⁹⁷.

⁹⁹³ Vgl. vorne N 434.

⁹⁹⁴ Gl. M. PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 4 zu Art. 333b; WYLER / HEINZER (2014), S. 456; LORANDI (2014a), S. 50; VON KAENEL (2014), Rz 7; FISCHER / TROST ANDREA (2014), Rz 10. Gl. M. wohl auch HUNKELER (2014), Rz 4 ff. und STAEHELIN (2013), S. 1737, welche Art. 333b OR nicht als Bestimmung mit einem gesetzgeberischen Fehler aufführen. A. M. BACHMANN (2014), S. 16.

⁹⁹⁵ Für weitere Details zum automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse gemäss Art. 333 OR und die damit einhergehenden Informations- und Konsultationspflichten gemäss Art. 333a OR sei auf die Spezialliteratur verwiesen, namentlich STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), Komm. zu Art. 333 und 333a OR; WYLER / HEINZER (2014), S. 439 ff.; AUBERT, in: CR CO-I (2012), Komm. zu Art. 333 und 333a; PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), Komm. zu Art. 333 und 333a; STAEHELIN, in: ZK OR (2014), Komm. zu Art. 333 und 333a; WILDHABER (2007), S. 463 ff.; WILDHABER (2011), S. 75 ff.; KRADOLFER (2008), S. 23 ff.

⁹⁹⁶ Gl. M. BACHMANN (2014), S. 8; LORANDI (2014a), S. 46; FISCHER / TROST ANDREA (2014), Rz 18.

⁹⁹⁷ Zur Massentlassung in der Stundung vgl. hinten N 678 ff.

C. Sozialplanpflicht

Sodann fehlt der Konkursaufschub auch in Art. 335k OR, womit klargestellt ist, dass im Konkursaufschub keine Ausnahme zur allgemeinen Sozialplanpflicht besteht⁹⁹⁸. 505

IV. Anfechtungsrisiken

A. Allgemeines

Mittels der sog. paulianischen Anfechtungsklagen können Vermögenswerte, welche während einer Frist von einem resp. fünf Jahren vor Konkurseröffnung (resp. vor Bewilligung der Stundung beim Liquidationsvergleich) auf gläubigerschädigende Art und Weise entäussert worden sind, nachträglich zur Zwangsvollstreckung hinzugezogen werden⁹⁹⁹. Vorausgesetzt ist damit stets, dass die Gläubiger durch die angefochtene Handlung (vorliegend von Interesse: der Verkauf eines Betriebs oder Betriebsteils) zu Schaden kommen und die Schuldnerin eine gewisse Zeit nach der angefochtenen Handlung entweder im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahrens mindestens teilweise liquidiert wird. 506

Den paulianischen Anfechtungsklagen kommt beim Betriebsverkauf in- und ausserhalb der drei Insolvenzverfahren eine völlig unterschiedliche Bedeutung zu: 507

Aufgrund von Art. 298 Abs. 2 SchKG kann ein Betrieb oder Betriebsteil *während der Stundung* nicht ohne die Zustimmung des Richters oder des Gläubigerausschusses erfolgen. Stimmt der Richter oder der Gläubigerausschuss einem Betriebsverkauf während der Stundung zu, sind paulianische Anfechtungsklagen ausgeschlossen. Rechtsgeschäfte des *ordentlichen Nachlassvertrags* hat der Gesetzgeber bewusst vom Anwendungsbereich der paulianischen Anfechtungsklagen ausgenommen und Verkäufe im Rahmen eines *Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahrens* sind von vornherein ausgeschlossen, da nur Geschäfte, die *vor* Durchführung dieser beiden Verfahren getätigt wurden, tangiert sind. Ein echtes Risiko einer paulianischen Anfechtung besteht damit nur beim Betriebsverkauf im Rahmen eines *Konkursaufschubs*, weshalb die Thematik in diesem Kapitel behandelt ist. 508

⁹⁹⁸ LORANDI (2014a), S. 48.

⁹⁹⁹ Art. 285 ff. und 331 SchKG.

- 509 An dieser Stelle sei erwähnt, dass die paulianischen Anfechtungsklagen aber weit mehr noch bei Betriebsverkäufen von finanziell angeschlagenen Gesellschaften *ausserhalb eines Insolvenzverfahrens* zum Tragen kommen¹⁰⁰⁰. Da ausserhalb von Insolvenzverfahren kein Sachwalter eingesetzt ist, der den Betriebsverkauf aus einer neutralen Optik begleitet, ist das Risiko ungemein grösser. Auch mag das Bewusstsein der Parteien für die Problematik weniger ausgeprägt sein, wenn nicht schon ein Insolvenzverfahren in Gang gesetzt worden ist.

B. Allgemeine Voraussetzungen

1. Betriebsverkauf innerhalb der *période suspecte*

- 510 Ein Anfechtungsanspruch besteht erst, wenn über die Schuldnerin (Verkäuferin des Betriebs) innerhalb der sog. *période suspecte* oder Verdachtsfrist von einem Jahr resp. fünf Jahren nach Abschluss des Verkaufs ein Konkursverfahren eröffnet wird¹⁰⁰¹. Beim Liquidationsvergleich wird die Verdachtsfrist ab Bewilligung der Stundung (rückwärts) berechnet¹⁰⁰². Die Konkurseröffnung resp. die Bewilligung der Stundung stellen mit anderen Worten das Ende der Verdachtsfrist dar.
- 511 Die Verdachtsfrist beginnt mit dem Betriebsverkauf zu laufen. Fristauslösend ist stets der Zeitpunkt, in dem der Betriebsverkauf rechtswirksam wird, mithin der Moment des Eigentumsübergangs auf den Erwerber¹⁰⁰³. Da eine rückwirkende Übertragung des Eigentums ausgeschlossen ist¹⁰⁰⁴, ist es den Vertragsparteien (Schuldnerin und Erwerber) zu Recht verwehrt, mittels Abrede einen früheren (die Verdachtsfrist auslösenden) Zeitpunkt zu vereinbaren.

2. Gläubigerschaden / Gläubigerbevorzugung

- 512 Zweitens müssen die Gläubiger durch den Betriebsverkauf zu Schaden kommen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Schädigung

¹⁰⁰⁰ Vgl. statt vieler SCHENKER (2003), S. 146 ff.

¹⁰⁰¹ Art. 286 Abs. 1, Art. 287 Abs. 1 und Art. 288 Abs. 1 SchKG.

¹⁰⁰² Art. 331 Abs. 2 SchKG.

¹⁰⁰³ Vgl. STAEHELIN, in: BSK SCHKG-II (2010), N 4 und 8 zu Art. 286, N 16 zu Art. 287 sowie N 22a zu Art. 288.

¹⁰⁰⁴ VON TUHR / PETER (1979), S. 153 ff.; OLGATI (2008), S. 70 ff.; vgl. auch vorne N 257.

der Gläubiger vor, wenn „durch Beeinträchtigung der Exekutionsrechte ihre Befriedigung im Rahmen der General- oder Spezialexécution oder ihre Stellung im Vollstreckungsverfahren wegen der Bevorzugung des einen Gläubigers beeinträchtigt wird¹⁰⁰⁵.“ Da die Forderungen der Gläubiger sowohl beim Konkurs als auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht vollständig befriedigt werden können, wird die Schädigung der Gläubiger vermutet. Grundsätzlich liegt immer dann keine Gläubigerschädigung und -bevorzugung vor, sofern der Begünstigte (Erwerber) nachweisen kann, dass die anderen Gläubiger ohnehin zum gleichen Verlust gekommen wären, was namentlich der Fall ist, wenn die Leistung der Schuldnerin (Übertragung des Betriebs) und die Gegenleistung des Erwerbers (Kaufpreis) gleichwertig sind, der Betriebsverkauf mithin zu Marktbedingungen abgeschlossen worden ist¹⁰⁰⁶.

Trotz Bezahlung des Marktpreises kann ein Betriebsverkauf allerdings als gläubigerschädigend gelten. Dies zum einen, wenn die Schuldnerin beabsichtigt, den Verkaufserlös derart zu verwenden, dass ein oder einzelne Gläubiger gegenüber den übrigen bevorzugt werden. Zum anderen ist denkbar, dass die Schuldnerin den Erlös zum Nachteil der Gläubiger einzig in ihrem eigenen Interesse zu verwenden gedenkt (Beispiel aus der Praxis: Verwendung des Verkaufserlöses zur Flucht ins Ausland¹⁰⁰⁷). Sofern diese gläubigerschädigende Verwendung für den Erwerber erkennbar war, kann der Betriebsverkauf angefochten werden¹⁰⁰⁸. 513

Nach der hier vertretenen Auffassung ist ein Verkauf des gesamten Betriebs im Konkursaufschub nur zulässig, sofern die Gläubiger vollständig befriedigt werden¹⁰⁰⁹; in diesem Fall scheidet eine Anfechtung mangels Gläubigerschädigung aus. 514

3. Keine Verjährung

Schliesslich muss der Anspruch innerhalb von zwei Jahren seit der Konkursöffnung resp. Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung geltend gemacht werden, ansonsten er verjährt¹⁰¹⁰. 515

¹⁰⁰⁵ BGE 137 III 268 Erw. 4.1.

¹⁰⁰⁶ BGE 137 III 268 Erw. 4.1. mit Hinweisen auf verschiedene publizierte Urteile des Bundesgerichts.

¹⁰⁰⁷ BGE 79 III 174.

¹⁰⁰⁸ BGE 79 III 174; ROHDE (2014), S. 152 f.; STAEHELIN, in: BSK SchKG-II (2010), N 11a zu Art. 288.

¹⁰⁰⁹ Vgl. vorne N 445.

¹⁰¹⁰ Art. 292 Ziff. 2 und 3 SchKG; vgl. GASSER (2014), S. 9.

C. Besondere Voraussetzungen

1. Schenkungsanfechtung

- 516 Als Schenkung i.S.v. Art. 286 SchKG anfechtbar sind einerseits unentgeltliche Verfügungen (ohne Gegenleistung) und andererseits Rechtsgeschäfte bei denen die Leistung der Schuldnerin in einem Missverhältnis zur erhaltenen Gegenleistung steht (sog. gemischte Schenkungen). Ein solches Missverhältnis liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn die Leistung, die die Schuldnerin erhält, einen „erheblich geringeren“ wirtschaftlichen Wert aufweist als ihre eigene Leistung¹⁰¹¹. Typischer Anwendungsfall ist der Verkauf des Betriebs „erheblich“ unter dem Marktpreis¹⁰¹². Die *période suspecte* beträgt ein Jahr¹⁰¹³.
- 517 Nicht erforderlich ist eine Schädigungs- oder Begünstigungsabsicht der Schuldnerin. Auch kann die Schenkungsanfechtung gegenüber dem gutgläubigen Beschenkten (der etwa die finanzielle Schieflage und/oder das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht kannte noch hätte kennen müssen) geltend gemacht werden. Der gutgläubige Beschenkte ist insofern geschützt, als er nur im Umfang der noch bestehenden Bereicherung zur Rückerstattung verpflichtet ist¹⁰¹⁴.

¹⁰¹¹ BGE 95 III 47 Erw. 2. In der Praxis wurde beispielsweise ein Missverhältnis von mehr als 75% (Urteil des Bundesgerichts 5A_557/2008 vom 28. Januar 2009 Erw. 3.1.), rund 45% (Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 25. März 1969, publ. in ZR 1970 (69) Nr. 23, S. 72 ff.) aber auch von 10 % (BGE 45 III 151 Erw. 4 S. 169) als ausreichend betrachtet.

¹⁰¹² Zur Festlegung des Marktpreises vgl. hinten N 528 ff.

¹⁰¹³ Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG.

¹⁰¹⁴ Art. 291 Abs. 3 SchKG. Allerdings trägt der der Schuldnerin nahestehende Beschenkte nach neuem Recht die Beweislast dafür, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Nur wenn er dies beweisen kann, gilt er als gutgläubig. Als der Schuldnerin nahestehende Personen gelten Konzerngesellschaften, aber etwa auch Freunde und Verwandte sowie Grossaktionäre (Art. 288 Abs. 2 SchKG; Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6478).

2. Überschuldungsanfechtung

Ist die Schuldnerin im Zeitpunkt des Verkaufs (Zeitpunkt des Eigentumsübergangs¹⁰¹⁵) bereits überschuldet¹⁰¹⁶, sind (1.) die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, (2.) die Tilgung einer Geldschuld durch unübliche Zahlungsmittel sowie (3.) die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld anfechtbar i.S.v. Art. 287 SchKG. Vorausgesetzt ist sodann, dass der Begünstigte die Überschuldung nicht kannte und nicht hätte kennen müssen (Erkennbarkeit). Die *période suspecte* beträgt bei der Überschuldungsanfechtung ein Jahr. Typischer Anwendungsfall ist der Verkauf des Betriebs an einen Gläubiger bei (teilweiser) Verrechnung des Kaufpreises mit einer Gegenforderung des Käufers¹⁰¹⁷, wobei eine Verrechnung nicht in jedem Fall anfechtbar ist. Verlangt ist eine starke Koppelung des Betriebsverkaufs mit dem Gegengeschäft¹⁰¹⁸ oder m.a.W. dass der Betriebsverkauf nur wegen der ausstehenden (verrechneten) Forderung überhaupt zu Stande kommt. Unter die Überschuldungsanfechtung fällt aber auch die Bezahlung noch nicht fälliger Schulden aus dem (durch übliche Zahlungsmittel bezahlten) Verkaufserlös, sofern der Erwerber von der geplanten Verwendung wusste oder hätte wissen müssen¹⁰¹⁹.

Beweist der Erwerber, dass er die Überschuldung der Verkäuferin nicht kannte und sie auch nicht erkennbar war, ist eine Überschuldungsanfechtung ausgeschlossen¹⁰²⁰. Diese Besserstellung des gutgläubigen Erwerbers im Vergleich zum gutgläubigen Beschenkten ist vor dem Hintergrund, dass Leistung und Gegenleistung - im Unterschied zur Schenkungsanfechtung - in keinem Missverhältnis zueinander stehen, gerechtfertigt.

3. Absichtsanfechtung

Gemäss Art. 288 SchKG anfechtbar sind alle Rechtshandlungen, welche die Schuldnerin innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Konkurseröffnung (oder Bewilligung der Stundung bei einem bestätigten Nachlassvertrag mit Vermö-

¹⁰¹⁵ Vgl. vorne N 511.

¹⁰¹⁶ Die Überschuldung gemäss Art. 287 SchKG entspricht der Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR (PETER, in: CR LP (2005), N 14 zu Art. 287).

¹⁰¹⁷ SCHENKER (2010), S. 314.

¹⁰¹⁸ STAEHELIN, in: BSK SCHKG-II (2010), N 9 und 13 i.f. zu Art. 287; BGE 89 III 14 Erw. 3.

¹⁰¹⁹ SCHENKER (2010), S. 314.

¹⁰²⁰ Art. 287 Abs. 2 SchKG. Beim publizierten Konkursaufschub muss der Erwerber die Überschuldung allerdings kennen, da ein Konkursaufschub immer eine Überschuldung voraussetzt (vgl. vorne N 50 und insbesondere FN 122).

gensabtretung) in der Absicht vorgenommen hat, ihre Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen (Schädigungsabsicht). Die Schuldnerin muss ihre Gläubiger durch die angefochtene Handlung nicht direkt schädigen wollen; vielmehr genügt es, wenn sie eine mögliche Schädigung eventualvorsätzlich in Kauf nimmt¹⁰²¹. Die Schädigungsabsicht muss sodann für den Begünstigten (hier: Erwerber des Betriebs oder Betriebsteils) bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit ohne Fahrlässigkeit erkennbar gewesen sein¹⁰²².

- 521 Unter diesen Auffangtatbestand fallen sämtliche Transaktionen, durch welche den Gläubigern ausserhalb des ordentlichen Geschäftsgangs Substrat wesentlich entzogen wurde, um einzelne Gläubiger zu bevorzugen¹⁰²³. Mittels Absichtsanfechtung können Rechtsgeschäfte angefochten werden, welche die Voraussetzungen der Schenkungs- oder Überschuldungsanfechtung erfüllen, aber mehr als ein Jahr vor der Konkurseröffnung oder der Bewilligung der Stundung vorgenommen worden sind¹⁰²⁴. Erfolgt ein Betriebsverkauf drei Jahre vor Konkurseröffnung zu einem „erheblich“ zu tiefen Preis (liegt also eine gemischte Schenkung vor), ist gegebenenfalls eine Absichtsanfechtung möglich. Eine Absichtsanfechtung ist aber auch möglich, wenn der besagte Betriebsverkauf drei Jahre vor Konkurseröffnung zwar unter dem Verkehrswert, aber nicht in einem erheblichen Missverhältnis erfolgte. Für die Absichtsanfechtung ist m.a.W. einzig eine Gläubigerschädigung, nicht aber zusätzlich ein qualifiziertes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (wie bei der Schenkungsanfechtung) verlangt. Liegt eine gemischte Schenkung gemäss Art. 286 SchKG vor, ist die für eine Absichtsanfechtung erforderliche Gläubigerschädigung stets erfüllt¹⁰²⁵; das Umgekehrte gilt nicht.
- 522 Aus den Voraussetzungen der Absichtsanfechtung ergibt sich, dass der gutgläubige Erwerber immer dann geschützt ist, wenn er die Schädigungsabsicht der Schuldnerin weder kannte und diese für ihn unter Berücksichtigung aller Umstände auch nicht erkennbar war¹⁰²⁶.

¹⁰²¹ BGE 134 III 453 Erw. 4.1.

¹⁰²² BGE 134 III 453 Erw. 4.2. Vgl. weiterführend zur Schädigungsabsicht und zur Erkennbarkeit VOGT (2009), S. 179 ff. und 187 ff.

¹⁰²³ SCHENKER (2010), S. 315.

¹⁰²⁴ PETER, in: CR LP (2005), N 6 zu Art. 288.

¹⁰²⁵ BGE 65 III 142 Erw. 5.

¹⁰²⁶ Seit dem 1. Januar 2014 trägt der der Schuldnerin nahestehende (vermeintlich gutgläubige) Begünstigte nun allerdings die Beweislast dafür, dass er die Schädigungsabsicht weder kannte noch hätte kennen können (vgl. vorne FN 1014).

D. Rechtsfolgen einer erfolgreichen Anfechtung

1. Restitution des Betriebs in natura oder Wertersatz

Bei Obsiegen des Anfechtungsklägers¹⁰²⁷ hat der Erwerber den Betrieb in natura an die Masse zurückzugeben; er verliert dabei nicht das zivilrechtliche Eigentum am Betrieb, muss jedoch die amtliche Beschlagnahme und die Verwertung durch das Konkursamt oder durch die Liquidatoren dulden¹⁰²⁸. Im Ergebnis verliert er damit freilich auch das Eigentum. Mit dem Betrieb hat der Erwerber auch bezogene Gewinne oder andere Erträge herauszugeben; abziehen kann er seine Aufwendungen¹⁰²⁹. Hat der Erwerber den Betrieb mittlerweile an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert und ist somit eine Rückgabe in natura nicht mehr möglich, schuldet er Wertersatz in der Höhe des Verkehrswertes im Zeitpunkt der Weiterveräußerung¹⁰³⁰. Der Erwerber muss m.a.W. den Erlös des Weiterverkaufs erstatten; dies gilt auch wenn er den Betrieb über¹⁰³¹ oder unter¹⁰³² dem objektiven Verkehrswert weiterverkaufen konnte resp. musste. Beim Anspruch auf Wertersatz handelt es sich nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung um einen Schadenersatzanspruch nach Art. 97 ff. OR¹⁰³³. Gemäss PETER sollte auch immer dann Wertersatz möglich sein, wenn eine Rückgabe zwar theoretisch noch möglich ist (kein Weiterveräußerung an einen gutgläubigen Dritten), aber praktisch kaum mehr umsetzbar ist, beispielsweise weil der Betrieb vom Erwerber mittlerweile stark verändert worden ist¹⁰³⁴.

523

¹⁰²⁷ Aktivlegitimiert sind zunächst die Konkursverwaltung resp. die Liquidatoren, wobei sich einzelne Gläubiger die Anfechtungsansprüche zur gerichtlichen Geltendmachung abtreten können (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 i.V.m. Art. 260 SchKG resp. Art. 331 i.V.m. Art. 325 SchKG). Die Klage richtet sich stets gegen den Empfänger der anfechtbaren schuldnerischen Handlung, d.h. beim Betriebsverkauf gegen den Erwerber (Art. 290 SchKG).

¹⁰²⁸ Urteil des Bundesgerichts 5A_89/2015 vom 12. November 2015 Erw. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 5C.120/2006 vom 8. September 2006 Erw. 5; AMONN / WALTHER (2013), § 52 N 41; BAUER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 13 zu Art. 291.

¹⁰²⁹ PETER, in: CR LP (2005), N 8 ff. zu Art. 291; BAUER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 18 und 22 zu Art. 291.

¹⁰³⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A_748/2013 vom 25. November 2013 Erw. 5.1.; BGE 135 III 513 Erw. 9.2.

¹⁰³¹ BGE 98 III 44 Erw. 3.

¹⁰³² BGE 132 III 489 Erw. 3.4.

¹⁰³³ BGE 135 III 513 Erw. 9.6.1.

¹⁰³⁴ PETER, in: CR LP (2005), N 6 zu Art. 291; ähnlich UMBACH-SPAHN / BOSSART, in: KU KO SCHKG (2014), N 6 zu Art. 291 und TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 132 f.

2. Erstattung des Kaufpreises

- 524 Der vom Erwerber an die Schuldnerin bezahlte Kaufpreis ist ihm grundsätzlich zu erstatten¹⁰³⁵. Bei der Schuld zur Rückzahlung des Kaufpreises handelt es sich um eine Masseverbindlichkeit, welche als solche vorab, d.h. vor den privilegierten Gläubigern, zu befriedigen ist¹⁰³⁶. Allerdings ist die Rückzahlung beschränkt auf den Umfang des noch bei der Schuldnerin befindlichen Kaufpreises. Verfügt die Schuldnerin m.a.W. nicht mehr über den Kaufpreis - „weder faktisch noch wertmässig¹⁰³⁷“ - kann die Kaufpreisforderung lediglich als Drittklassforderung im Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren angemeldet werden.

E. Vermeidung des Anfechtungsrisikos

- 525 Die beschriebenen Rechtsfolgen sind vorab für den Erwerber dramatisch; dies selbst wenn ihm der gesamte Kaufpreis erstattet wird und obwohl er seine Aufwendungen in Abzug bringen kann. Dem Risiko einer paulianischen Anfechtung ist daher bei jeder Transaktion mit finanziell angeschlagenen Parteien, vorab des Verkäufers, besondere Beachtung zu schenken.
- 526 Der Käufer befindet sich regelmässig in einem Dilemma, da er grundsätzlich einen möglichst tiefen Kaufpreis bezahlen will. Angesichts des latenten Anfechtungsrisikos wird er den Preis noch weiter drücken oder mit bestehenden Forderungen verrechnen wollen, da er sich des Kaufs nicht sicher sein kann. Dadurch nimmt das Anfechtungsrisiko erst recht zu: Je tiefer der Kaufpreis ausfällt, desto grösser ist die Differenz zum Marktpreis und damit der Schaden der übrigen Gläubiger.
- 527 Folgende Massnahmen führen zu einer Reduktion des Anfechtungsrisikos:

1. Bezahlung des Marktpreises

- 528 Die sicherste Massnahme gegen eine spätere paulianische Anfechtung besteht darin, den Betrieb oder Betriebsteil zum Marktpreis zu erwerben. Erfolgt der

¹⁰³⁵ Art. 291 Abs. 1 Satz 2 SchKG.

¹⁰³⁶ Urteil des Bundesgerichts 5C.148/2004 vom 5. Januar 2005 Erw. 2.5; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 21 zu Art. 291 SchKG; AMONN / WALTHER (2013), § 52 N 52.

¹⁰³⁷ AMONN / WALTHER (2013), § 52 N 51.

Verkauf zum Marktpreis (stimmen also Leistung und Gegenleistung wertmässig überein), geht damit regelmässig keine Gläubigerschädigung einher¹⁰³⁸. Eine Gläubigerschädigung ist nur noch denkbar, wenn der Kaufpreis - zwar zum nominellen Marktwert - durch unübliche Zahlungsmittel (vorab durch Verrechnung) beglichen wird und/oder der erhaltene Kaufpreis von der Schuldnerin gläubigerschädigend verwendet wird¹⁰³⁹.

a. Beschränkte Bedeutung der theoretischen Bewertung des Betriebs

Bei Betriebsverkäufen ausserhalb von Insolvenzverfahren bewerten typischerweise Käuferin und Verkäuferin den Betrieb auf die eine oder andere Art¹⁰⁴⁰ um gestützt darauf im Rahmen der Preisverhandlungen die Möglichkeiten auszuloten. Je nach Art des Betriebs, der Finanzstruktur (Verhältnis von Eigenkapital und Fremdkapital) sowie der Aktiven (bspw. Liegenschaften, Immaterialgüterrechte) hat dieses oder jenes Verfahren Vor- und Nachteile. Bei Betriebsverkäufen in Insolvenzverfahren gestaltet sich auch die theoretische Bewertung schwieriger, da in aller Regel der grundsätzliche Fortbestand des Betriebs anzuzweifeln ist, mithin mit einer Einstellung des Betriebs oder Teilen davon innerhalb der nächsten zwölf Monate gerechnet und bei der Bilanzierung entsprechend auf die Liquidationswerte abgestellt werden muss¹⁰⁴¹. Dennoch wird der Betrieb ja gerade nicht eingestellt, sondern als *going concern* verkauft. Betriebe in Insolvenzverfahren sind entweder überschuldet, haben Liquiditäts- oder Ertragsprobleme, oftmals verbunden mit marktbedingten und/oder organisatorischen Schwierigkeiten (oder eine Kombination von alldem). Theoretische Bewertungen mögen auch unter diesen Voraussetzungen möglich sein, doch wird darauf beim Betriebsverkauf in Insolvenzverfahren grundsätzlich nicht abgestellt¹⁰⁴². Entscheidend ist einzig der erzielbare Marktpreis, welcher - wie auch ausserhalb von Insolvenzverfahren - in aller Regel vom Bewertungspreis abweicht¹⁰⁴³.

529

¹⁰³⁸ Urteil des Bundesgerichts 5A_358/2008 Erw. 2.1.1; BGE 134 III 452 Erw. 3.1.; BGE 65 III 142 Erw. 5.

¹⁰³⁹ VOGT (2009), S. 175. Zur Vermeidung dieser Risiken vgl. sogleich N 535 ff.

¹⁰⁴⁰ Für eine gute Übersicht und Erklärung der verschiedenen Bewertungsmethoden siehe das Lehrbuch von LODERER / WÄLCHLI (2010), insb. S. 23 ff. und 71 ff. sowie HELBLING (1998), S. 72 ff.

¹⁰⁴¹ Vgl. Art. 958a Abs. 2 OR.

¹⁰⁴² Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PS120211 vom 13. Dezember 2012 Erw. 5.2.3., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 5A_27/2013 vom 22. März 2013 Erw. 6.2.

¹⁰⁴³ LODERER / WÄLCHLI (2010), S. 4 f.; HELBLING (1998), S. 53 f.; TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 8.

b. Bestimmung des Marktpreises in einem fairen Verkaufsverfahren

- 530 Dieser (einzig relevante) erzielbare Marktpreis ergibt sich aus Angebot und Nachfrage, weshalb beim Betriebsverkauf (in- und ausserhalb von Insolvenzverfahren) idealerweise möglichst viele potentielle Erwerber kontaktiert und zur Abgabe eines Kaufangebots eingeladen werden, u.U. verbunden mit Zugang zu einer Due Diligence-Prüfung und anschliessender Auktion. Entscheidend ist das gewählte Verkaufsverfahren: Der (Markt)preis muss in einem fairen Verkaufsverfahren zustande kommen; er wird nicht abstrakt durch eine Bewertungsmethode, sondern durch ein faires Verkaufsverfahren bestimmt¹⁰⁴⁴. Genau gleich verhält es sich übrigens beim Betriebsverkauf im Chapter 11¹⁰⁴⁵.
- 531 Werden im Rahmen dieses Verkaufsprozesses mehrere seriöse Angebote eingereicht, kann davon ausgegangen werden, dass für den betreffenden Betrieb der Marktpreis tatsächlich eruiert werden konnte. Stehen sich Käufer und Verkäufer nicht nahe und erfolgt der Verkauf im Rahmen eines professionellen Verkaufsprozesses wird regelmässig auch ein einziges Angebot ausreichen; die Bezahlung des Marktpreises wird unter diesen Umständen gewissermassen vermutet¹⁰⁴⁶. Gerade in Insolvenzverfahren ist ein derartiges aufwändiges Vorgehen aufgrund des Zeitdrucks oftmals nicht möglich; nicht selten scheuen sodann potentielle Erwerber aufgrund der verschiedenen Unsicherheiten den mit einem Verkauf verbundenen Aufwand¹⁰⁴⁷. Ein abgekürztes aber noch immer professionelles und gut dokumentiertes Verkaufsverfahren muss im Interesse der Gläubiger und der Aktionäre aber auch im Konkursaufschub (und in allen anderen Insolvenzverfahren ebenso) durchgeführt werden.
- 532 Die potentiellen Erwerber werden regelmässig von der finanziell angeschlagenen Situation wissen (auch wenn der Konkursaufschub nicht publiziert worden ist), weshalb im Konkursaufschub kaum je der gleiche Preis wie ausserhalb eines Insolvenzverfahrens erzielbar ist. Der erhöhte zeitliche Verkaufsdruck aber namentlich auch die reduzierten Gewährleistungen werden (und dürfen) den

¹⁰⁴⁴ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PS120211 vom 13. Dezember 2012 Erw. 5.2.3. unter Berufung auf MEIER (2003), S. 17.

¹⁰⁴⁵ „Generell gilt ein Kaufpreis als fair, wenn adäquate Verkaufsbemühungen angestrengt wurden, die Bidding Procedures fair waren und die Auktion korrekt ablief“, denn, so der US Supreme Court, „the best way to determine value is exposure to market“ (vgl. hinten N 935). Allerdings gibt es US-amerikanische Urteile, welche einen fairen Preis bei 75 % des Schätzwerts festlegen (vgl. zitierte Urteile in FN 1671). Vgl. sodann die hinten in N 936 zitierten Studien zum Verhältnis des erzielten Kaufpreises zum Buchwert der Aktiven.

¹⁰⁴⁶ TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 129.

¹⁰⁴⁷ Im Chapter 11 sind potentielle Käufer eher bereit, eine Due Diligence und Verkaufsverhandlungen (mit entsprechenden Kosten) durchzuführen, da Ihnen diese Kosten - sofern der Betrieb an einen anderen Interessen veräussert wird - erstattet werden (vgl. hinten N 910).

Preis drücken; ein Erwerber darf m.a.W. seine starke Position ausspielen¹⁰⁴⁸. Die Grenze des Zulässigen kann nicht generell-abstrakt festgelegt werden. Sicherlich muss der Verkaufserlös deutlich über dem Liquidationswert im Konkurs liegen¹⁰⁴⁹. Der Kaufpreis muss in Anlehnung an MEIER unter Berücksichtigung aller Umstände insgesamt als fair erscheinen, worauf die Schuldnerin vor allem dann achten muss, wenn der Preis vom einzigen Interessierten faktisch diktiert werden kann¹⁰⁵⁰.

2. Einbezug des Sachwalters

Der Sachwalter vertritt gleichsam die Interessen der Schuldnerin und der Gläubigersamtheit. Er hat insbesondere dafür zu sorgen, dass die Gläubiger nicht ungleich behandelt werden¹⁰⁵¹. Vor diesem Hintergrund und der oftmals breiten Erfahrung der Sachwalter drängt sich dessen möglichst umfassender Einbezug in den gesamten Verkaufsprozess auf. 533

Erfolgt der Betriebsverkauf im Einverständnis mit dem Sachwalter (welcher den Kaufvertrag idealerweise mitunterschreibt) dürfte der Nachweis der Erkennbarkeit der Gläubigerschädigung für den Erwerber (und damit eine erfolgreiche Absichtsanfechtung) geradezu ausgeschlossen sein. Auch wird der Sachwalter einem Verkauf unter dem Marktpreis sowie durch Bezahlung unüblicher Zahlungsmittel nicht zustimmen, womit auch eine Schenkungs- und Überschuldungsanfechtung mit hohen Hürden verbunden sein dürften. 534

3. Vorsicht bei Verrechnung des Kaufpreises

Der Erwerber, welcher gleichzeitig Gläubiger der veräussernden Schuldnerin ist, wird versucht sein, den Kaufpreis oder einen Teil davon mit seiner Forderung gegenüber der Schuldnerin zu verrechnen. Dies ist insbesondere riskant, wenn der Betriebsverkauf nur wegen der Möglichkeit zur Verrechnung überhaupt zu stande kommt¹⁰⁵². Allerdings ist selbst in diesem Szenario durchaus möglich, dass die Transaktion keine Gläubigerschädigung zur Folge hat, etwa wenn gleichzeitig eine Barzahlung geleistet und/oder eine Verrechnung einer nominell grösseren Forderung an Zahlungsstatt erfolgt. Beahlt der Erwerber für einen Betrieb bei einem dem Marktwert entsprechenden Kaufpreis von 535

¹⁰⁴⁸ SCHENKER (2010), S. 318; WÜTHRICH (1998), S. 47; BIERI / KILCHMANN JÖRG (2010), S. 35 f.; UMBACH-SPAHN (2011), S. 173.

¹⁰⁴⁹ WÜTHRICH (1998), S. 40; TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), S. 130.

¹⁰⁵⁰ MEIER (2003), S. 16 f.

¹⁰⁵¹ HARDMEIER, in: ZK OR (1997), N 1322 und 1336 zu Art. 725a; vgl. auch vorne N 57.

¹⁰⁵² Vgl. vorne N 518.

CHF 100,000 beispielweise CHF 50,000 in bar und verrechnet im Restbetrag seine Forderungen von CHF 100,000 an Zahlungsstatt, so mag die Transaktion je nach erwarteter Konkursdividende durchaus im Interesse der Gläubigersamtheit liegen.

- 536 Aus Sicht der paulianischen Anfechtungsklagen unbedenklich ist die Verrechnung des Kaufpreises immer dann, wenn der Erwerber den bezahlten Kaufpreis im Verlauf des Verfahrens wieder zurückerstattet erhielte, weil er etwa der einzige Gläubiger ist oder gegenüber allen anderen Gläubigern privilegiert ist (typischerweise der Fall bei einem Pfandrecht)¹⁰⁵³. Diese Art der Zahlungstilgung, in der USA „Credit Bidding“ genannt, ist auch hierzulande zu fördern¹⁰⁵⁴.

4. Überprüfung der Verwendung des Kaufpreises durch die Schuldnerin

- 537 In einer Insolvenzsituation darf es dem Erwerber nicht egal sein, wie die Schuldnerin den Kaufpreis verwendet; kommt Letzterer nur einem oder gewissen Gläubigern zugute, führt dies in aller Regel zu einer Schädigung der übrigen Gläubiger. Ist diese beabsichtigte gläubigerschädigende Verwendung des Kaufpreises dem Erwerber bekannt, kann u.U. der Betriebsverkauf mit Erfolg angefochten werden¹⁰⁵⁵.
- 538 Allerdings darf nicht vergessen werden, dass die Einflussmöglichkeiten des Erwerbers - nach erfolgter Bezahlung des Kaufpreises - beschränkt sind, da die Schuldnerin Eigentümerin des Geldes wird. Es muss daher (aus Sicht des Erwerbers) genügen, dass sich die Schuldnerin (beispielsweise im Kaufvertrag) ihm gegenüber verpflichtet, den Kaufpreis unter Berücksichtigung der Interessen aller Gläubiger zu verwenden (und der Erwerber keine Indizien hat, dass diese Verpflichtung nicht eingehalten wird). Weitere Überwachungspflichten sind weder nötig noch möglich. Ein ganz vorsichtiger Erwerber wird darauf beharren, dass der Kaufpreis auf ein Sperrkonto der Schuldnerin, worüber Letztere nur gemeinsam mit dem Sachwalter verfügen kann, bezahlt wird¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵³ Vgl. vorne N 188 f.

¹⁰⁵⁴ Vgl. hinten N 1010 und zum Credit Bidding in den USA N 948 ff.

¹⁰⁵⁵ ROHDE (2014), S. 152 f.; SCHENKER (2010), S. 314.

¹⁰⁵⁶ Aus Sicht des Erwerbers empfiehlt sich in der Theorie die Bezahlung des Kaufpreises (oder eines grossen Teils) auf eine Sperrkonto, worüber erst nach Ablauf der *période suspecte* verfügt werden kann. Sollte es davor zu einer (erfolgreichen) Anfechtung kommen, wäre immerhin die Erstattung des Kaufpreises sichergestellt (vgl. Art. 291 Abs. 1 SchKG). In der Praxis scheitert dieses Vorgehen freilich am dringenden Liquiditätsbedarf der Schuldnerin, welche überhaupt zum Verkauf geführt hat.

V. Rechtsnatur und Modalitäten

A. Allgemeines

Der Betriebsverkauf während des Konkursaufschiebs wird in aller Regel von der Schuldnerin selber beschlossen (je nach Bedeutung entweder vom Verwaltungsrat oder der Generalversammlung) und vom Verwaltungsrat mit Unterstützung des Sachwalters umgesetzt¹⁰⁵⁷. Selbst wenn der Sachwalter von Anfang an miteinbezogen wird und er den Vertrag auch mitunterzeichnet, tritt letztlich einzig die Schuldnerin als Verkäuferin ihres Betriebs auf. Verkäuferin ist damit eine Privatperson, ebenso wie in aller Regel der Erwerber. Rechtsgeschäfte unter Privaten sind - abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen - privatrechtlicher Natur¹⁰⁵⁸. 539

Der Richter kann den schuldnerischen Organen während des Konkursaufschiebs die Verfügungsbefugnis vollständig entziehen und den Verkauf des Betriebs durch den Sachwalter anordnen¹⁰⁵⁹. Dem Betriebsverkauf zwischen der Schuldnerin (handelnd durch den Sachwalter) und dem Erwerber kommt in diesem (seltenen) Fall - den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen entsprechend - öffentlichrechtliche Rechtsnatur zu, da er von einem öffentlichen Organ gestützt auf eine öffentlichrechtliche Norm in Ausübung einer öffentlichen Aufgabe erlassen wird¹⁰⁶⁰. 540

B. Privatrechtlicher Betriebsverkauf

Der privatrechtliche Betriebsverkauf wird mittels eines Geschäftsübernahmevertrags sui generis zwischen der Schuldnerin (handelnd durch den Verwaltungsrat) und dem Erwerber abgeschlossen¹⁰⁶¹. Aufgrund des privatrechtlichen Charakters sind grundsätzlich keine zwangsvollstreckungsrechtlichen Vorschriften zu beachten und Gewährleistungen grundsätzlich zulässig; Art. 234 OR ist nicht direkt anwendbar. Einschränkungen betreffend Gewährleistungen ergeben sich allerdings aus der Tatsache, dass sich die (überschuldete) Verkäuferin im Konkursaufschieb befindet, was eine (konstante) Aussicht auf dauerhafte Sanierung voraussetzt¹⁰⁶². Auch nach dem Betriebsverkauf (oder gerade 541

¹⁰⁵⁷ Vgl. vorne N 446 ff. und 459 ff.

¹⁰⁵⁸ Vgl. vorne N 96.

¹⁰⁵⁹ Vgl. vorne N 451 ff.

¹⁰⁶⁰ Vgl. vorne N 98.

¹⁰⁶¹ Vgl. vorne N 103 ff.

¹⁰⁶² Vgl. vorne N 50 und insbesondere FN 124.

deswegen) muss folglich eine Aussicht auf dauerhafte Sanierung der Verkäuferin bestehen. Ist nun aber ein Betriebsverkauf mit einschneidenden Gewährleistungsklauseln verbunden, kann dies im Gewährleistungsfalle u.U. die Sanierung behindern oder verunmöglichen (so jedenfalls wenn erfolgreich Wandelung geltend gemacht wird). Diesen Umstand muss die Schuldnerin stets im Auge behalten.

- 542 Vor diesem Hintergrund sind auch beim privatrechtlichen Betriebsverkauf während des Konkursaufschiebs Gewährleistungen nur mit Zurückhaltung abzugeben. Sie sind umfangmässig stark zu begrenzen; eine Wandelung ist ganz auszuschliessen. Art. 234 Abs. 1 OR kommt m.a.W. analog zur Anwendung¹⁰⁶³.

C. Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf

- 543 Der (seltene) öffentlichrechtliche Betriebsverkauf während des Konkursaufschiebs dürfte mehrheitlich mittels Freihandverkauf abgewickelt werden¹⁰⁶⁴.

VI. Beschwerdemöglichkeiten

A. Privatrechtlicher Asset Deal nach OR

- 544 Bei Auseinandersetzungen betreffend den privatrechtlichen Betriebsverkauf steht sowohl der Schuldnerin wie auch dem Erwerber die Möglichkeit offen, einen Zivilprozess anzustrengen.
- 545 Den Gläubigern stehen keine Beschwerdemöglichkeiten zur Verfügung. Sie müssen darauf vertrauen, dass der Verwaltungsrat (sofern vorhanden unter Mitwirkung des Sachwalters) den Betrieb oder Betriebsteil unter Bedingungen veräussert, welche der Sanierung der Schuldnerin förderlich sind. Trifft dies zu, ist der Verkauf im direkten Interesse der Gläubiger, da ihre Forderungen bei erfolgreicher Sanierung werthaltig sind.
- 546 Sofern der Richter mit Bewilligung des Konkursaufschiebs den Verkauf des Betriebs oder eines Betriebsteils durch den Verwaltungsrat (mit oder ohne Mitwir-

¹⁰⁶³ Vgl. die ähnliche Ausgangslage beim privatrechtlichen Betriebsverkauf während der Stundung (N 706 ff. und 711 f.), beim ordentlichen Nachlassvertrag (N 766 ff.) sowie im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung (N 827 ff.).

¹⁰⁶⁴ Für die Modalitäten des Betriebsverkaufs mittels öffentlichrechtlicher Verfügung vgl. vorne N 179 ff., zum Freihandverkauf insbesondere N 194 ff.

kung des Sachwalters) anordnet, kann diese Anordnung (wie auch die Bewilligung des Konkursaufschiebs) nach Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO angefochten werden. Legitimiert sind einerseits die Schuldnerin selbst, andererseits jene Gläubiger, welche am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt gewesen sind¹⁰⁶⁵.

B. Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf

Sofern der Richter mit Bewilligung des Konkursaufschiebs den Verkauf des Betriebs oder eines Betriebsteils durch den Sachwalter anordnet, kann diese Anordnung (wie auch die Bewilligung des Konkursaufschiebs) nach Art. 174 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO angefochten werden. Legitimiert sind einerseits die Schuldnerin selbst, andererseits jene Gläubiger, welche am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt gewesen sind¹⁰⁶⁶. 547

Beim öffentlichrechtlichen Betriebsverkauf nimmt der Sachwalter die Veräußerung mittels öffentlichrechtlicher Verfügung anstelle der Schuldnerin vor. Für etwaige Beschwerden gegen die Verfügungen des Sachwalters ist der Konkursrichter (welcher den Sachwalter eingesetzt hat) und nicht - im Unterschied zum Nachlassverfahren - die Aufsichtsbehörde zuständig¹⁰⁶⁷. Beschwerdelegitimiert ist die Schuldnerin. Allerdings müsste m.E. selbst ein Gläubiger, welcher (sofern er denn vom geplanten Betriebsverkauf weiss) ein schutzwürdiges Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) am Betriebsverkauf nachweisen kann, beim Konkursrichter Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO erheben können¹⁰⁶⁸. Auch der Erwerber wird mitunter ein schutzwürdiges Interesse haben, etwa wenn Gewährleistungsansprüche strittig sind oder er vom Sachwalter oder der Schuldnerin getäuscht wurde. 548

¹⁰⁶⁵ Vgl. vorne N 61.

¹⁰⁶⁶ Vgl. vorne N 61.

¹⁰⁶⁷ BGE 98 III 41; WÜSTINER, in: BSK OR-II (2016), N 13 zu Art. 725a.

¹⁰⁶⁸ Gl. M. LORANDI (2005), S. 237.

Vierter Teil:

Betriebsverkauf im Rahmen eines
Nachlassverfahrens

Kapitel 1 : Betriebsverkauf während der Stundung

I. Voraussetzungen des Betriebsverkaufs während der Stundung

A. Problematik

1. Lückenhafte Regelung

Der Betriebsverkauf während der Stundung ist nur Gegenstand einer einzigen Bestimmung (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Die genannte Bestimmung regelt nicht etwa die Voraussetzungen, Modalitäten und das anwendbare Verfahren eines Betriebsverkaufs, sondern stipuliert einzig, dass die Schuldnerin Anlagevermögen nur mit Ermächtigung des Gerichts (resp. sofern vorhanden des Gläubigerausschusses) ganz oder teilweise veräussern oder belasten kann. Ebenso stiefmütterlich wie im Gesetz wird der Betriebsverkauf während der Stundung in der Lehre behandelt¹⁰⁶⁹ und kommt in der Praxis relativ selten vor¹⁰⁷⁰. 549

2. Verkehrte Zuständigkeiten

Zuständig für den Betriebsverkauf während der Stundung ist grundsätzlich die Schuldnerin selbst, wobei der Sachwalter, sofern vorhanden, dem Verkauf zustimmen muss. Zudem ist die Ermächtigung des Gerichts, oder, sofern vorhanden, des Gläubigerausschusses, einzuholen¹⁰⁷¹. 550

Mit dem (bedingungslosen) Betriebsverkauf während der Stundung werden Tatsachen geschaffen, welche in der Realität nicht mehr oder nur mit enormem Aufwand und Verlust rückgängig gemacht werden können. Im Falle einer Stundung im Hinblick auf den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags oder 551

¹⁰⁶⁹ MARCHAND (2006), S. 426; HARI (2010b), N 344.

¹⁰⁷⁰ Vgl. aber KRAMPF (2003), S. 20 f. wonach in den Swissair-Verfahren (zu) oft Anlagevermögen bereits während der Stundung veräussert wurde.

¹⁰⁷¹ Art. 298 Abs. 1 und 2 SchKG; Art. 295a Abs. 3 SchKG.

eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung genehmigt der Richter folglich mit der Zustimmung zum Verkauf gewissermassen im Voraus den Nachlassvertrag¹⁰⁷². Der Richter ist - unabhängig von der Art des angestrebten Nachlassvertrags - de facto gezwungen, bereits bei der Zustimmung zum Verkauf verbindlich festzustellen, ob die Voraussetzungen von Art. 305 und 306 SchKG erfüllt sind oder nicht. In jedem Fall haben weder die Gläubiger noch die Aktionäre Gelegenheit erhalten, sich zum Verkauf zu äussern¹⁰⁷³. In vielen Fällen werden sie gar nicht davon wissen.

- 552 Das Gesetz geht offensichtlich vom umgekehrten Ablauf aus: Die Gläubiger müssen dem Nachlassvertrag zustimmen, bevor der Richter den Nachlassvertrag genehmigt¹⁰⁷⁴. Die Aktionäre müssen beim ordentlichen Nachlassvertrag gar einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten, ansonsten der Richter den Nachlassvertrag nicht genehmigen kann¹⁰⁷⁵. Diesen Beitrag muss der Richter bei der Zustimmung zum Verkauf bereits berücksichtigen; bei einem Verkauf während der Stundung nun aber ohne, dass die Aktionäre Gelegenheit hatten, sich zum Betriebsverkauf, zur Sanierung, zu ihren finanziellen Möglichkeiten und zu ihrem Beitrag je zu äussern. Der Richter muss quasi blind entscheiden.

3. Unzureichender Schutz der Gläubiger

a. Gläubigerschutz beim Betriebsverkauf im und ausser Konkurs

- 553 Die Gläubiger sind beim Verkauf eines Betriebs oder Betriebsteils durch die Schuldnerin ausserhalb eines Konkursverfahrens (sowie eines anderen Insolvenzverfahrens) insofern geschützt, als die Forderungen nicht ohne Zustimmung der Gläubiger übertragen werden können, selbst wenn sie funktional zum verkauften Betrieb gehören¹⁰⁷⁶. Zudem sind Gläubiger auch dadurch geschützt, dass am Markt auftretende Aktiengesellschaften über das vorgeschriebene Mindestkapital von CHF 100'000 verfügen (sollten), woraus sie in jedem Fall vor den Aktionären befriedigt werden. Letztlich sind sämtliche Kapitalschutzbestimmungen Gläubigerschutzbestimmungen. Dazu zählt insbesondere auch

¹⁰⁷² HARI (2010b), N 345; MARCHAND / HARI (2006), S. 110; ähnlich KRAMPF (2003), S. 20.

¹⁰⁷³ STÖCKLI (2010), S. 67; KRAMPF (2003), S. 20.

¹⁰⁷⁴ Die Reihenfolge ergibt sich aus Art. 305 Abs. 1 SchKG.

¹⁰⁷⁵ Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

¹⁰⁷⁶ Art. 176 Abs. 1 OR.

Art. 725 OR, welcher den Verwaltungsrat verpflichtet, rechtzeitig die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, falls das Kapital der Gesellschaft gefährdet ist.

Im ordentlichen Konkursverfahren ist ein Betriebsverkauf grundsätzlich nur möglich, wenn die absolute Mehrheit der Köpfe in der zweiten Gläubigerversammlung einverstanden ist (Art. 253 Abs. 2, Art. 256 Abs. 1 und Art. 252 Abs. 3 i.V.m. Art. 235 SchKG)¹⁰⁷⁷. Immerhin bietet also dieses Mehrheitserfordernis einen gewissen Schutz¹⁰⁷⁸. Weiter sieht Art. 256 Abs. 3 SchKG vor, dass den Gläubigern beim Betriebsverkauf im Konkurs die Möglichkeit zum Höhergebot gewährt werden muss. Werden die Gläubiger von der Schuldnerin nicht befriedigt, weil diese in Konkurs fällt, stehen ihnen die paulianischen Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG zur Verfügung. Damit können zu Unrecht entzogene Vermögenswerte, beispielsweise ein verkaufter Betrieb, zumindest theoretisch zurückgeholt werden.

Den Gläubigern stehen folglich beim Betriebsverkauf in- und ausserhalb eines Konkurses Partizipations- und weitere Schutzrechte zu, sofern sie denn vom Verkauf überhaupt tangiert sind.

b. Gläubigerschutz beim Betriebsverkauf während der Stundung

Während der Stundung verhält es sich anders: Die Sanierungsmassnahmen, welche anlässlich einer Generalversammlung gemäss Art. 725 Abs. 1 OR beschlossen wurden, haben nicht gewirkt. Das Kapital ist grösstenteils oder vollständig aufgebracht und ihre Forderung würden die meisten Gläubiger noch so gerne auf den Erwerber übertragen, nur hat Letzterer in aller Regel lediglich Aktiven erworben. Das Recht zum Höhergebot kennt die Stundung nicht und auch paulianische Anfechtungsklagen dürften in der Stundung nur selten erfolgreich sein¹⁰⁷⁹.

Der Gesetzgeber hat das Schutzbedürfnis der Gläubiger erkannt; im Rahmen der am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Revision des Sanierungsrechts sollten daher die Mitwirkungsrechte der Gläubiger, namentlich zum Schutz vor vorschnellen Liquidationshandlungen, gestärkt werden¹⁰⁸⁰. Zu diesem Zweck kann das Gericht gemäss dem neuen Art. 295a SchKG für die Dauer der definitiven

¹⁰⁷⁷ BGE 129 III 335 Erw. 5.5.3.

¹⁰⁷⁸ MARCHAND / HARI (2006), S. 105.

¹⁰⁷⁹ Gemäss Art. 285 Abs. 3 SchKG sind Rechtshandlungen, welche von einem Gericht oder Gläubigerausschuss genehmigt worden sind, nicht anfechtbar, vgl. hinten N 696 ff.

¹⁰⁸⁰ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6456 und 6461.

Stundung einen Gläubigerausschuss einsetzen, wenn es dies für angebracht hält. Damit sind die Interessen der Gläubiger bei einem Betriebsverkauf aber keineswegs ausreichend geschützt und zwar nur schon, weil nur während der definitiven, nicht aber während der provisorischen Stundung ein Gläubigerausschuss eingesetzt werden kann¹⁰⁸¹. Betriebsverkäufe sind aber erfahrungsgemäss vorab zu Beginn der Stundung (d.h. während der provisorischen Stundung) interessant¹⁰⁸². Zudem ist das Gericht keineswegs verpflichtet, stets einen Gläubigerausschuss einzusetzen¹⁰⁸³.

- 558 Ein gewisser (aber keineswegs ausreichender¹⁰⁸⁴) Gläubigerschutz besteht sodann darin, dass der Richter resp. Gläubigerausschuss den Verkauf gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG genehmigen muss, wobei er sich beim Genehmigungsentscheid primär an den Interessen der Gläubiger zu orientieren hat¹⁰⁸⁵.

4. Unzureichender Schutz der Aktionäre

a. Aktionärsschutz beim Betriebsverkauf im und ausser Konkurs

- 559 Ausser Konkurs bieten die gesellschaftsrechtlichen Informations- und Partizipationsrechte der Aktionäre einen angemessenen Schutz vor einem voreiligen Betriebsverkauf: Geht mit dem Verkauf eine faktische Liquidation oder zumindest eine Zweckänderung einher, so ist zwingend eine Generalversammlung einzuberufen. Der Beschluss betreffend den Verkauf bedarf in diesem Falle der Zustimmung von mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte¹⁰⁸⁶. Ein weiterer Schutz bieten die gesetzlichen Sorgfalts- und Treuepflichten des Verwaltungsrats, welcher Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln hat¹⁰⁸⁷. Auch die Kapitalschutzbestimmungen und Art. 725 OR dienen dem Schutz der Aktionäre.

¹⁰⁸¹ Vgl. vorne N 75.

¹⁰⁸² Vgl. hinten N 565 f.

¹⁰⁸³ Gemäss Art. 295a Abs. 1 SchKG setzt das Gericht einen Gläubigerausschuss ein, „wo es die Umstände erfordern.“ Vgl. dazu vorne N 83 ff.

¹⁰⁸⁴ MARCHAND / HARI (2006), S. 110 oben. Sie geben hierfür sieben überzeugende Gründe an (vgl. FN 1099).

¹⁰⁸⁵ Vgl. hinten N 624 ff. sowie zu den beschränkten Mitwirkungsrechten der Gläubiger im Nachlassverfahren auch LORANDI (2005), S. 236.

¹⁰⁸⁶ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 und 8 OR.

¹⁰⁸⁷ Art. 717 Abs. 2 OR.

Im Konkurs bedarf der Aktionär keines Schutzes mehr, weil alles verloren und folglich nichts vorhanden ist, was überhaupt geschützt werden könnte. Werden ausnahmsweise alle Gläubiger vollständig befriedigt, kommt den Aktionären immerhin der Liquidationserlös zu. 560

b. Aktionärsschutz beim Betriebsverkauf während der Stundung

Während der Stundung haben die Aktionäre generell wenige Einflussmöglichkeiten; deren Informations- und Partizipationsmöglichkeiten sind stark eingeschränkt¹⁰⁸⁸. Sie haben insbesondere keinen Einfluss darauf, welches Ziel das Nachlassverfahren (reines Moratorium, Dividenden- oder Liquidationsvergleich) verfolgen soll. Auch zum Inhalt des Nachlassvertrags können sie sich nicht äussern, was beim Liquidationsvergleich sachgerecht scheint, nicht aber - und zwar schon unter altem Recht - beim ordentlichen Nachlassvertrag. Hinzu kommt, dass während der Stundung in der Praxis regelmässig keine Generalversammlungen mehr stattfinden. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass Aktionäre, die (zusammen) 10 % des Aktienkapitals oder Aktien im Nennwert von mindestens CHF 1 Mio. vertreten, eine ausserordentliche Generalversammlung einberufen¹⁰⁸⁹ und die Art des Nachlassverfahrens oder den Nachlassvertrag traktandieren; eine Pflicht des Verwaltungsrates, die Aktionäre mit einzubeziehen besteht jedoch nicht¹⁰⁹⁰. 561

Mindestens beim Liquidationsvergleich geht zweifelsohne eine Zweckänderung und wohl auch bereits bei der Festlegung des im Nachlassverfahren angestrebten Ziels (Liquidation) eine faktische Liquidation einher. In der Praxis bleibt offenbar unberücksichtigt, dass gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur die Generalversammlung einen Entscheid von derartiger Tragweite fällen kann¹⁰⁹¹. 562

Dagegen kann eingewendet werden, dass eine Gesellschaft niemals „freiwillig“ einen Liquidationsvergleich anstreben und folglich gar kein echter Entscheid 563

¹⁰⁸⁸ HARI (2010a), S. 99; MARCHAND / HARI (2006), S. 107 i.f.; JEANNERET / PEYROT (2002), S. 517.

¹⁰⁸⁹ Art. 699 Abs. 3 OR.

¹⁰⁹⁰ JEANNERET / PEYROT (2002), S. 516 f.

¹⁰⁹¹ Vgl. vorne N 465 ff. Anders verhält es sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur, wenn die Gesellschaft bereits konkursreif ist (BGE 116 II 320, vgl. dazu vorne N 470 ff.). Ist die Einleitung eines Nachlassverfahrens noch realistisch (nur dann muss ja über die Art des Nachlassverfahrens entschieden werden), kann die Gesellschaft allerdings (noch) nicht konkursreif sein.

gefällt wird, sondern die einzige Möglichkeit (abgesehen vom Konkurs) wahrgenommen wird¹⁰⁹². Auch dürfte die Frist zur Einberufung einer Generalversammlung von 20 Tagen¹⁰⁹³ oftmals nur schwer einzuhalten sein.

- 564 Dem muss jedoch entgegengebracht werden, dass finanzielle Probleme nicht von heute auf morgen auftreten und eine Sanierung aufgrund von Art. 725 Abs. 1 OR einige Zeit vor der Stundung in Angriff genommen werden musste. Auch dürfen die Interessen der Aktionäre und die Prinzipien des Aktienrechts nicht einfach aufgrund von Druck über den Haufen geworfen werden.

5. Unbestrittene Notwendigkeit

- 565 Es liegt auf der Hand, dass gerade in einer Insolvenzsituation ein Betriebsverkauf möglichst rasch durchgeführt werden muss, da mit fortschreitender Dauer stetig Wert verloren geht. Negative Publizität, Brain-Drain, Vertrauensverlust bei Kunden und Lieferanten sowie eine erhebliche Unsicherheit bezüglich der Zukunft ist das letzte, was eine Gesellschaft in Stundung brauchen kann. Ein Betriebsunterbruch ist idealerweise zu vermeiden oder auf möglichst kurze Zeit zu beschränken¹⁰⁹⁴. Die Stundung kann für eine Dauer von bis zu zwei Jahren bewilligt werden¹⁰⁹⁵. Während dieser Zeitspanne, vor allem natürlich zu Beginn der Stundung, können sich gute Verkaufsmöglichkeiten ergeben. Diese Möglichkeiten müssen im Interesse aller Stakeholder ergriffen werden können.
- 566 Die Zulässigkeit des Betriebsverkaufs während der Stundung war unter dem bis am 31. Dezember 1996 geltenden Recht umstritten; mehrheitlich wurde die Meinung vertreten, dass während der Stundung ein absolutes Veräusserungsverbot galt¹⁰⁹⁶. Schon damals bestand jedoch ein praktisches Bedürfnis nach Betriebsverkäufen auch während der Stundung¹⁰⁹⁷. Mit der Begründung, dass solche Verkäufe schon vor 1997 praktiziert wurden, befürwortet VOLLMAR auch die Zulässigkeit des Betriebsverkaufs unter dem SchKG, welches vom

¹⁰⁹² Eine Argumentation, die im Fall Kammgarnspinnerei Interlaken AG erfolgreich war und das Bundesgericht dazu bewog, dem Verwaltungsrat infolge Konkursreife der Gesellschaft einen erhöhten Handlungsspielraum zuzugestehen (BGE 116 II 320, vgl. dazu vorne N 470 ff.). Diese Rechtsprechung ist jedoch nicht mit der Stundung kompatibel, vgl. hinten N 667 ff.

¹⁰⁹³ Art. 700 Abs. 1 OR.

¹⁰⁹⁴ STÖCKLI (2010), S. 67; SCHAFFNER (1995), S. 493.

¹⁰⁹⁵ Art. 295b SchKG.

¹⁰⁹⁶ FUCHS (1999), S. 8 m.w.H.; STAEHELIN (1982), S. 211.

¹⁰⁹⁷ Botschaft SchKG (1991), S. 184.

1. Januar 1997 bis Ende 2013 in Kraft war¹⁰⁹⁸. Keineswegs wollte der Gesetzgeber mit der Revision von 1997 diese Möglichkeit einschränken, auch wenn der Wortlaut von Art. 317 Abs. 1 SchKG (in der heute noch gültigen Version) diese einschränkende Interpretation (Vermögensabtretung nur mittels Nachlassvertrag, nicht aber davor) durchaus zulässt.

Die Zulässigkeit von Betriebsverkäufen während der Stundung ergibt sich aber nicht nur aus der Tatsache, dass solche Verkäufe stets praktiziert wurden; seit 1. Januar 2014 ergibt sich dies vielmehr (in)direkt aus dem Gesetz. Art. 333b OR regelt die Folgen eines Betriebsverkaufs u.a. während einer Stundung in Bezug auf die betroffenen Arbeitsverhältnisse. An der grundsätzlichen Zulässigkeit des Betriebsverkaufs während der Stundung kann folglich nicht gezweifelt werden¹⁰⁹⁹.

567

6. Fazit

Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, sind die grundsätzliche Zulässigkeit und die wirtschaftliche Notwendigkeit des Betriebsverkaufs während der Stundung unbestritten. Ebenso deutlich hat sich ergeben, dass die Gläubiger

568

¹⁰⁹⁸ VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 17 und 19 zu Art. 298; a.A. JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (1999), N 13 zu Art. 298 SchKG.

¹⁰⁹⁹ Vgl. BGE 137 II 136 Erw. 3.2. Siehe aber auch MARCHAND / HARI (2006), S. 110 ff. welche den Betriebsverkauf während der Stundung grundsätzlich befürworten, aber sieben Gründe, welche gegen die Zulässigkeit des Betriebsverkaufs *ohne Beizug der Gläubiger* sprechen, aufführen. Die Gründe sind 1. Der Betriebsverkauf entspricht nicht dem Zweck der Stundung (Zweck: Weiterführung des Betriebs und Vorbereitung des Nachlassvertrags, aber nicht die Liquidation); 2. Im Konkurs entscheidet die Gläubigermehrheit über den Betriebsverkauf - dies kann in der Stundung nicht anders sein; 3. Der Richter hat eine beschränkte Befugnis in Bezug auf den Inhalt des Nachlassvertrags - er kann folglich während der Stundung nicht in Eigenregie eine derart wichtige Entscheidung, wie sie der Betriebsverkauf darstellt, fällen; 4. Der Richter ist ohne Schuldenruf und Inventar nicht in der Lage abzuschätzen, ob der Wert der angebotenen Leistungen im richtigen Verhältnis zu den schuldnerischen Möglichkeiten steht und die Gläubiger im Konkurs nicht besser gestellt wären (Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG); 5. Der Richter müsste zur Schätzung gemäss Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG eine Unternehmensbewertung vornehmen, wozu er nicht befähigt ist; 6. Ein durchgeführter Verkauf kann praktisch nicht mehr rückabgewickelt werden, d.h. mit dem Verkauf werden Tatsachen geschaffen, ohne dass die Gläubiger darauf Einfluss nehmen können; 7. Bei jedem Nachlassvertrag müssen die Gläubiger zuerst zustimmen - diese Zustimmung ist nach dem Verkauf hinfällig, weil der Verkauf nicht mehr rückabgewickelt werden kann. Gemäss MARCHAND (2006), S. 437, kommt als achter Grund hinzu, dass die Arbeitnehmer bei einer späteren Ablehnung des Nachlassvertrags weder von Art. 333 OR noch von der zwingenden Befriedigung sämtlicher privilegierter Forderungen profitieren würden. Vgl. auch HARI (2010b), N 353 ff.

unzureichend geschützt sind und auch die Rechte der Aktionäre gemäss heutiger Praxis unrechtmässig beschnitten werden. Ungeklärt ist damit insbesondere, auf welche Art und Weise der *Gläubigerschutz* effektiv erreicht werden kann. Offen ist weiter, wie die *Aktionäre* in der Stundung generell (bezüglich Wahl der Stundungsart und Inhalt des Nachlassvertrags) einbezogen werden können. Mit dem neuen Sanierungsrecht stellt sich sodann die Frage, inwiefern die Aktionäre beim Verkauf während der Stundung im Hinblick auf den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags beizuziehen sind, da sie einen Sanierungsbeitrag leisten und entsprechend (zumindest) angemessen informiert werden müssen.

- 569 Vor diesem Hintergrund ist nachfolgend zu prüfen, (i) unter welchen konkreten Auflagen ein Betriebsverkauf während der Stundung zulässig ist¹¹⁰⁰, (ii) inwiefern die berechtigten Interessen der Gläubiger¹¹⁰¹ und (iii) der Aktionäre¹¹⁰² berücksichtigt werden können.

B. Erster Lösungsvorschlag: Zulässigkeit des Betriebsverkauf in der Stundung analog Notverkauf im Konkurs

1. Kriterien gemäss Lehre und Praxis

- 570 Einigkeit besteht darin, dass ein Betriebsverkauf während der Stundung besondere Umstände voraussetzt:
- 571 Gemäss VOLLMAR muss ein sofortiger Verkauf *erstens* aufgrund einer zeitlichen Dringlichkeit gerechtfertigt und, *zweitens*, für die Gläubiger von Vorteil sein¹¹⁰³. Für BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH sowie gestützt darauf ebenso ROTHENBÜHLER/WÜTHRICH ist ein Betriebsverkauf während der Stundung „zweckmässig und zulässig, wo bei Zuwarten ein Wertzerfall droht¹¹⁰⁴.“ HARI seinerseits macht die Zulässigkeit des Verkaufs während der Stundung von den folgenden drei Voraussetzungen abhängig: *Erstens* verlangt er eine Dringlichkeit, welche den Verkauf während der Stundung erforderlich macht, *zweitens* müssen die Gläubigerinteressen berücksichtigt werden und *drittens* muss das

¹¹⁰⁰ Vgl. Erster Lösungsvorschlag, sogleich N 570 ff.

¹¹⁰¹ Vgl. Zweiter Lösungsvorschlag, hinten N 577 ff.

¹¹⁰² Vgl. Dritter Lösungsvorschlag, hinten N 589 ff.

¹¹⁰³ VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 20 zu Art. 298.

¹¹⁰⁴ BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 27 zu Art. 318 sowie N 10 zu Art. 317; ROTHENBÜHLER / WÜTHRICH, in: KUKO SCHKG (2014), N 18 zu Art. 318.

(Verkaufs-)Verfahren gewährleisten, dass sämtliche möglichen Erwerber die gleichen Chancen erhalten und der erzielte Erlös dem Marktpreis entspricht¹¹⁰⁵.

In der Praxis wird als zusätzliche Voraussetzung verlangt, dass der Erlös des Betriebsverkaufs höher ausfallen muss als bei einem Verkauf derselben Aktiven in einem anschliessenden Konkursverfahren. Ist dies nicht der Fall, kann der Verkauf während der Stundung nicht im Interesse der Gläubiger sein. Dies ist sachgerecht, muss doch auch die den Gläubigern beim ordentlichen Nachlassvertrag und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angebotene Leistung (Nachlassdividende) die mutmassliche Konkursdividende übertreffen¹¹⁰⁶.

572

2. Konkretisierung

a. Dringlichkeit analog Notverkauf im Konkurs

Die Verwertung im *Konkurs* obliegt grundsätzlich den Gläubigern¹¹⁰⁷. Liegen besondere Umstände vor, welche eine Beschlussfassung der Gläubiger verunmöglichen, kann jedoch - im Interesse der Gläubiger - vorzeitig verwertet werden. Das Gesetz sieht explizit vor, dass unter den strengen Voraussetzungen von Art. 243 Abs. 2 SchKG ein sog. Notverkauf durchgeführt und die im Konkursverfahren absolut zentralen Gläubiger(mitbestimmungs)rechte beschnitten werden können. Das Bundesgericht hat entschieden, dass auch ein Betrieb Gegen-

573

¹¹⁰⁵ HARI (2010b), N 392; vgl. ferner FUCHS (1999), S. 8, 134 f., 174 f. und insbesondere 128 ff., wonach „besondere Gründe“ wie etwa berechnete Interessen der Gläubiger, der Öffentlichkeit (insbesondere Erhalt von Arbeitsplätzen), Illiquidität der Schuldnerin oder des (einzigen) Erwerbers vorliegen müssen; JUNOD MOSER / GAILLARD, in: CR LP (2005), N 16 i.f. zu Art. 318; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 14 zu Art. 298; WÜTHRICH (1998), S. 43; MARCHAND (2013), S. 273; KRAMPF (2003), S. 20 f.; STÖCKLI (2010), S. 67 f.; JEANNERET (2010), S. 161.

¹¹⁰⁶ HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 11 ff. zu Art. 306. Vor der jüngsten Revision sah Art. 306 Abs. 1^{bis} aSchKG vor, dass die Nachlassdividende beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung höher ausfallen muss als die Konkursdividende (e contrario aber nicht beim ordentlichen Nachlassvertrag (MEIER (2003), S. 7)). Diese Bestimmung wurde ersatzlos gestrichen, weil sie als Teil des sog. *best interest tests* ohnehin in Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG enthalten ist (Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6490). Da sich Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG zweifelsohne auf alle Nachlassverträge bezieht, ist gleichzeitig gesagt, dass die Nachlassdividende auch beim ordentlichen Nachlassvertrag die Konkursdividende übertreffen muss.

¹¹⁰⁷ Die Verwertung obliegt grundsätzlich der zweiten Gläubigerversammlung, vgl. vorne N 40.

stand eines Notverkaufs sein kann. Vorausgesetzt ist, dass ein zeitlich befristetes Kaufangebot vorliegt und bei einem späteren Verkauf ein wesentlich tieferer Erlös erzielt würde¹¹⁰⁸.

- 574 Die Verwertung in der *Stundung* ist gesetzlich nicht geregelt. Dies ist damit zu erklären, dass eine Verwertung im Nachlassverfahren nur beim Liquidationsvergleich überhaupt notwendig ist und grundsätzlich auch dort erst nach der richterlichen Bestätigung des Nachlassvertrags stattfindet¹¹⁰⁹.
- 575 Auch in der Stundung besteht jedoch ein grosses praktisches Bedürfnis nach vorzeitigen, dringenden Verwertungen¹¹¹⁰. Die Ausgangslage und die sich stellenden Fragen bei einer dringenden Verwertung sind im Konkurs- und Nachlassverfahren vergleichbar: Beide erfolgen sie unter erhöhtem Zeitdruck, kennen befristete Verkaufsoportunitäten, sind mit einem drohenden Schaden für die Gläubiger sanktioniert und drängen die Organe zu raschem Handeln ausserhalb ihrer eigentlichen Zuständigkeiten. Damit drängt sich eine analoge Anwendung der Bestimmung zum Notverkauf im Konkurs (Art. 243 Abs. 2 SchKG) beim Betriebsverkauf während der Stundung auf¹¹¹¹.

b. Quantifizierung der Dringlichkeit

- 576 Ein Betrieb oder ein Betriebsteil kann Gegenstand eines Notverkaufs sein, sofern er schneller Wertverminderung ausgesetzt ist, einen kostspieligen Unterhalt erfordert oder unverhältnismässige Aufbewahrungskosten verursacht. Bei Betrieben vorab von Bedeutung ist, dass eine schnelle Wertverminderung auch den Mindererlös, der bei einer späteren Verwertung resultiert, umfasst. Darunter fallen insbesondere auch zeitlich befristete Kaufangebote. Dringlichkeit i.S.v. Art. 243 Abs. 2 SchKG liegt vor, wenn bei einem Zuwarten mit dem Verkauf resp. bei Nichtwahrnehmung eines zeitlich befristeten Kaufangebots mit einem Nettomindererlös im Umfang von 20 - 30 % gerechnet werden muss¹¹¹².

¹¹⁰⁸ BGE 131 III 280 Erw. 2.1. und Regeste; vgl. vorne N 321.

¹¹⁰⁹ Zuständig sind die Liquidatoren, welche im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss über die Art und den Zeitpunkt bestimmen (Art. 322 ff. SchKG). Die Art und Weise der Liquidation (=Verwertung) ist im Nachlassvertrag zu regeln (Art. 318 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG).

¹¹¹⁰ Vgl. vorne N 565 f.

¹¹¹¹ HARI (2010b), N 342 (Verweis auf Art. 243 SchKG); MARCHAND / HARI (2006), S. 114 (Verweis auf Art. 232, 235-238 und 255a SchKG); MARCHAND (2006), S. 438 f. (Verweis auf Art. 232, 235-238 und 255a SchKG).

¹¹¹² Vgl. vorne N 314 ff.

C. Zweiter Lösungsvorschlag: Verstärker Einbezug der Gläubiger

1. Vorschläge aus Lehre und Praxis

MARCHAND/HARI fordern, dass die Gläubiger beim Betriebserkauf während der Stundung angehört werden, wie dies in einem Konkursverfahren der Fall wäre. Die entsprechenden Bestimmungen zum Konkurs (Art. 235 - 238 SchKG) seien analog anzuwenden. So sei spätestens 20 Tage nach dem Schuldenruf eine erste Gläubigerversammlung einzuberufen, welche zum Verkauf des Betriebs Stellung nehmen soll. U.U. soll ein Zirkularbeschluss gemäss Art. 255a SchKG die Beschlussfassung beschleunigen. Sofern es sich um ein Nachlassverfahren im Hinblick auf den Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung handelt, sollen die Quoren von Art. 305 SchKG eingehalten werden¹¹¹³. KRAMPF schlägt vor, dass den Gläubigern in der Stundung das Höhergebotsrecht analog Art. 256 Abs. 3 SchKG gewährt wird¹¹¹⁴.

577

2. Konkretisierung

a. Höhergebotsrecht der Gläubiger analog Art. 256 Abs. 3 SchKG

Zunächst ist zu prüfen, ob die Lücke im Gläubigerschutz geschlossen werden kann, indem den Gläubigern beim Betriebsverkauf während der Stundung das Höhergebotsrecht analog Art. 256 Abs. 3 SchKG gewährt wird. Folgende vier Gründe sprechen dafür:

578

Erstens führt das Höhergebotsrecht im Idealfall zu einem höheren Erlös. Dies zum einen, wenn das Angebot tatsächlich überboten wird; zum anderen mag der Erwerber angehalten sein, von Anfang an ein gutes Angebot einzureichen, um gar nicht erst überboten zu werden. Letzteres gilt umso mehr, als der potentielle Erwerber - eine besondere Anordnung des Sachwalters vorbehalten - keinen Anspruch hat, sein ursprünglich eingereichtes, mittlerweile von einem Gläubiger oder Dritten überbotene Angebot, nachzubessern und einen eigentlichen

579

¹¹¹³ MARCHAND / HARI (2006), S. 114.

¹¹¹⁴ KRAMPF (2003), S. 21. Er schlägt u.a. weiter vor, dass die Gläubiger gegen einzelne Verkäufe beim Richter Einsprache erheben können sollten, was (ohne gesetzliche Änderung) aufgrund der grundsätzlich privatrechtlichen Rechtsnatur des Veräusserungsgeschäfts während der Stundung nicht möglich ist (vgl. dazu hinten N 720).

Bieterprozess zu verlangen¹¹¹⁵. Sodann kann der Sachwalter das Höhergebot durchaus auch Dritten gewähren (ohne dazu verpflichtet zu sein)¹¹¹⁶, beispielsweise Konkurrenten oder Geschäftspartnern der Schuldnerin, was ebenfalls zu einem höheren Erlös beitragen kann.

580 *Zweitens* werden mit dem Höhergebotsrecht gleichzeitig die Interessen des einzelnen Gläubigers (Möglichkeit zum Erwerb des Betriebs) sowie der Gläubigersamtheit (Erzielung eines möglichst hohen Erlöses) gefördert.

581 *Drittens* kann das Höhergebotsrecht den Gläubigern ohne grossen Aufwand gewährleistet werden. Ein Einschreiben an die bekannten Gläubiger mit einem Beschrieb des Kaufgegenstandes und unter Angabe des gebotenen Preises sowie den notwendigen Erläuterungen zum Vorgehen bei Interesse an einem Höherangebot (insbesondere Betrag, um den der gebotene Preis überboten werden muss und Möglichkeit, in die Akten Einsicht zu nehmen) ist ausreichend. Sollte die Stundung ausnahmsweise nicht veröffentlicht worden sein¹¹¹⁷ dürfte mit dem Abschluss des Verkaufs das Geheimhaltungsinteresse regelmässig entfallen, so dass auch diesbezüglich nichts gegen die Gewährung des Höhergebotsrechts spricht.

582 Effizient ist das Höhergebotsrecht *viertens* aber auch, weil die Verzögerung, welche durch die Gewährung des Höhergebotsrechts entsteht, grösstenteils behoben werden kann. Der einzige Nachteil erweist sich somit als nicht unüberwindbare Hürde¹¹¹⁸.

583 Ich komme zum Ergebnis, dass den Gläubigern das Höhergebotsrecht analog Art. 256 Abs. 3 SchKG zwingend (wie dies auch im ordentlichen und summarischen Konkursverfahren der Fall ist¹¹¹⁹) zu gewähren ist und die Gläubiger damit ausreichend geschützt sind.

¹¹¹⁵ Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 11. Mai 2013 Erw. 12, publ. in: BLSchK 2013, S. 207 ff.; vgl. auch vorne N 196.

¹¹¹⁶ Dies ergibt sich e contrario aus BGE 131 III 280 Erw. 3.2. und wird in der Praxis so gehandhabt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_27/2013 vom 22. März 2013, Sachverhalt B.). Vgl. zur Gewährung des Höhergebotsrechts an Dritte vorne N 338.

¹¹¹⁷ Vgl. vorne N 74.

¹¹¹⁸ Vgl. vorne N 335.

¹¹¹⁹ Vgl. vorne N 331 ff.

b. Keine erste Gläubigerversammlung in der Stundung

Bleibt zu prüfen, ob in der Stundung analog dem ordentlichen Konkursverfahren die erste Gläubigerversammlung über Betriebsverkäufe entscheiden und damit (zusätzlich zum zwingenden Höhergebotsrecht) die Lücke im Gläubigerschutz geschlossen werden soll. Dies ist m.E. aus folgenden drei Gründen zu verneinen: 584

Erstens findet im Nachlassverfahren eine erste (und abgesehen von langen Verfahren einzige) Gläubigerversammlung erst statt, nachdem der Entwurf des Nachlassvertrags erstellt ist¹¹²⁰, mithin regelmässig mehrere Monate nach der Bewilligung der Stundung (vielmehr kurz vor Ende des Nachlassverfahrens) und damit wesentlich später als die erste Gläubigerversammlung im ordentlichen Konkursverfahren¹¹²¹. Die beiden Gläubigerversammlungen unterscheiden sich auch durch ihre Bedeutung: Während die Gläubigerversammlung im Konkurs als Vollstreckungsorgan qualifiziert, handelt es sich bei der Gläubigerversammlung im Nachlassverfahren lediglich um eine Zusammenkunft zwecks Meinungsbildung¹¹²². 585

Zweitens passt ein Betriebsverkauf auch verfahrensmässig nicht in die Gläubigerversammlung der Stundung, da dort bereits der Nachlassvertrag vorgestellt und unterzeichnet werden soll. Für einen Betriebsverkauf ist es dann nicht nur zeitlich, sondern auch in der Sache zu spät: Entweder erfolgt der Verkauf zu Beginn der Stundung, im Rahmen des ordentlichen Nachlassvertrags oder nach der Stundung durch den wieder aufrecht stehenden Schuldner selbst oder die Liquidatoren gemäss Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Sicher erfolgt der Verkauf aber nicht im Anschluss an die Gläubigerversammlung, welche kurz vor dem Ende des Nachlassverfahrens stattfindet. Im Ergebnis müsste in der Stundung - im Gegensatz zum ordentlichen Konkursverfahren, wo die erste Gläubigerversammlung ohnehin und früh im Verfahrensstadium abgehalten werden muss - also eigens für den Betriebsverkauf eine Gläubigerversammlung einberufen werden¹¹²³. Dazu bräuchte es eine explizite gesetzliche Grundlage. 586

Drittens ist die Einberufung einer Gläubigerversammlung aus Sicht des Gläubigerschutzes entbehrlich, da in der Stundung - anders als im Konkursverfahren 587

¹¹²⁰ Art. 301 Abs. 1 und 295b Abs. 2 SchKG. Vgl. vorne N 86.

¹¹²¹ Die erste (von grundsätzlich zwei) Gläubigerversammlung im Konkursverfahren findet 20 Tage nach dem Schuldenruf statt (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG), vgl. vorne N 37.

¹¹²² MARCHAND (2013), S. 273; AMONN / WALTHER (2013), § 54 N 60 f.; STOFFEL / CHABLOZ (2016), § 12 N 73.

¹¹²³ Dies schlagen MARCHAND / HARI in Analogie zu Art. 235 - 238 SchKG vor (MARCHAND / HARI (2006), S. 114).

- der Richter (resp., sofern eingesetzt, der Gläubigerausschuss) den Betriebsverkauf genehmigen muss, wobei er seine Zustimmung vorab von der Berücksichtigung der Gläubigerinteressen abhängig zu machen hat¹¹²⁴. Der Sachwalter wird bei einem Betriebsverkauf externe Experten beiziehen, so dass Gewähr für einen professionellen Verkauf besteht. Die allermeisten Gläubiger wären ohnehin kaum in der Lage, an einer Gläubigerversammlung substantiell auf den Verkauf Einfluss zu nehmen, mit Ausnahme vielleicht jener Gläubiger, welche im selben Gebiet tätig sind¹¹²⁵.

- 588 Diese Ansicht hat zur Folge, dass in der Stundung der Unterscheidung zwischen Not- und Dringlichkeitsverkauf (wie dies auch im summarischen Konkursverfahren der Fall ist¹¹²⁶) keine Bedeutung zukommt. Mangels erster Gläubigerversammlung in der Anfangsphase der Stundung bleibt kein Platz für einen Dringlichkeitsverkauf analog Art. 238 Abs. 1 SchKG.

D. Dritter Lösungsvorschlag: Verstärkter Einbezug der Aktionäre

1. Vorschlag Jeanneret / Peyrot

- 589 Wie dargelegt werden die Informations- und Partizipationsrechte der Aktionäre bezüglich Ziel der Stundung und Inhalt des Nachlassvertrags in der Praxis stark und unrechtmässig eingeschränkt¹¹²⁷. JEANNERET/PEYROT schlagen aus diesem Grund vor, Art. 698 Abs. 2 OR um eine Ziff. 7 zu ergänzen, wonach die Generalversammlung zwingend über die Art des Nachlassverfahrens und die Modalitäten des Nachlassvertrags zu befinden hat¹¹²⁸. Der Vorschlag ist begrüßenswert und hat durch das neue Sanierungsrecht und die neue Sanierungsbeitragspflicht des Aktionärs beim ordentlichen Nachlassvertrag an Aktualität gewonnen. Mit der Wahl des angestrebten Nachlassvertrags (Dividenden- oder Liquidationsvergleich) wird - wie sie zu Recht sagen - über Leben oder Tod der Schuldnerin entschieden¹¹²⁹.

¹¹²⁴ Art. 298 Abs. 2 SchKG; vgl. dazu hinten N 624 ff.

¹¹²⁵ Diesen ist daher mit dem Höhergebotsrecht ein adäquates Partizipationsmittel zur Verfügung zu stellen, vgl. vorne N 578 ff.

¹¹²⁶ Vgl. vorne N 386 f.

¹¹²⁷ Vgl. vorne N 559 ff.

¹¹²⁸ JEANNERET / PEYROT (2002), S. 517.

¹¹²⁹ JEANNERET / PEYROT (2002), S. 516.

2. Konkretisierung

Die Informations- und Partizipationsrechte der Aktionäre werden - abhängig vom Ziel der konkreten Stundung (Liquidation oder Sanierung mit oder ohne Sanierungsbeitrag) - in unterschiedlichem Ausmass beschränkt. Diese Differenzen sind zu berücksichtigen. Vor dem Hintergrund, dass *nur* die Aktionäre (die Generalversammlung) über eine Zweckänderung oder eine faktische Liquidation der Gesellschaft beschliessen können¹¹³⁰, komme ich zu folgenden Ergebnissen:

a. Stundung im Hinblick auf einen Liquidationsvergleich

(i) Ziel der Stundung

Richtigerweise kann *nur die Generalversammlung* beschliessen, dass ein Nachlassverfahren in einem Liquidationsvergleich enden soll. Die Situation und Interessenlage ist durchaus mit einem Gesamtverkauf des Betriebs (und damit einhergehender faktischer Liquidation) vergleichbar, wozu ebenfalls zwingend die Generalversammlung zuständig ist¹¹³¹. Die Wahl der Stundungsart ist aus Sicht der Aktionäre gar noch von erhöhter Bedeutung als ein Gesamtverkauf des Betriebs ausserhalb eines Insolvenzverfahrens, da sie in letzterem Fall entschädigt werden (Anspruch auf Liquidationserlös). Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gehen die Aktionäre jedoch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit leer aus.

Die mit der zwingenden Konsultation der Aktionäre einhergehenden zeitlichen Probleme können relativ einfach gelöst werden: Der Verwaltungsrat beantragt die Stundung (womit die dringend notwendigen Schutzmechanismen der Stundung wirksam werden¹¹³²) und beruft gleichzeitig eine ausserordentliche Generalversammlung ein, anlässlich derer sich die Aktionäre für oder gegen ein Verfahren mit Ziel Liquidationsvergleich entscheiden können. Sprechen sich die Aktionäre für eine Sanierung der Gesellschaft (und damit gegen einen Liquidationsvergleich) aus, müssten sie bereits zu diesem Zeitpunkt über mögliche Sanierungsbeiträge befinden können.

¹¹³⁰ Vgl. vorne N 467 ff.

¹¹³¹ Vgl. vorne N 465 ff. Anmerkung: Die „jury de thèse“ bestehend aus den co-directeurs de thèse sowie dem rapporteur externe ist mit dieser Position nicht einverstanden. Zuständig sei – de lege lata – der Verwaltungsrat.

¹¹³² Art. 297 SchKG; vgl. dazu vorne N 76 ff.

(ii) *Inhalt des Nachlassvertrags*

- 593 Die Aktionäre sind dagegen vom konkreten Inhalt des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung nicht betroffen. Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann entsprechend vom Sachwalter und Verwaltungsrat ohne Abhalten einer Generalversammlung ausgehandelt und mit den Gläubigern vereinbart werden.

b. Stundung im Hinblick auf einen ordentlichen Nachlassvertrag

- 594 Genau umgekehrt verhält es sich bei der Stundung im Hinblick auf den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags:

(i) *Ziel der Stundung*

- 595 Mit der Stundung im Hinblick auf den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags geht keine Zweckänderung oder (faktische) Liquidation der Gesellschaft einher, vielmehr soll dies gerade verhindert werden. Der Verwaltungsrat kann entsprechend in alleiniger Kompetenz entscheiden, ob und wann er eine Stundung im Hinblick auf den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags beantragen will.

(ii) *Inhalt des Nachlassvertrags*

- 596 Der Inhalt des ordentlichen Nachlassvertrags ist für die Aktionäre von höchstem Interesse, da darin deren Sanierungsbeitrag geregelt ist. Der Entwurf des Nachlassvertrags (inkl. geforderter Sanierungsbeitrag) ist daher anlässlich einer Generalversammlung vorzustellen und von den Aktionären abzusegnen. Die Generalversammlung ist damit erst einige Zeit nach Beantragung der Stundung abzuhalten, nämlich anlässlich der Verhandlungen über den Nachlassvertrag (aber sicherlich vor der richterlichen Bestätigung desselben). Zeitliche Probleme sollten keine auftreten resp. sind diese einfach lösbar.

c. Reines Moratorium

- 597 Beim reinen Moratorium erübrigt sich ein Einbezug der Aktionäre vollständig, da weder eine Zweckänderung oder faktische Liquidation noch ein Nachlassvertrag angestrebt wird.

d. Bezüglich Betriebsverkauf

Werden die Aktionäre wie eben beschrieben begrüsst, entfalten die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Schutzschilder der Aktionäre auch in Bezug auf einen Betriebsverkauf¹¹³³ während der Stundung die gewünschte Wirkung. 598

(i) *Stundung im Hinblick auf einen Liquidationsvergleich*

Wie gesehen entscheiden richtigerweise die Aktionäre an einer Generalversammlung, ob ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angestrebt wird oder nicht¹¹³⁴. Entscheiden sich die Aktionäre für einen Liquidationsvergleich, genehmigen sie implizit jegliche Liquidationshandlungen (und damit Betriebsverkäufe) von Verwaltungsrat und Sachwalter. Angesichts der bevorstehenden Liquidation und des höchst wahrscheinlichen Totalverlusts der Aktionäre ist es ohnehin sachgerecht, Letztere - wie im Konkurs – in der Folge nicht mehr einzubeziehen. 599

(ii) *Stundung im Hinblick auf einen ordentlichen Nachlassvertrag*

Wird mit der Stundung ein ordentlicher Nachlassvertrag angestrebt, fällt ein Betriebsverkauf während der Stundung in die zwingende Kompetenz der Generalversammlung¹¹³⁵. Da die Aktionäre bezüglich des Inhalts des ordentlichen Nachlassvertrags zwingend beizuziehen sind¹¹³⁶, werden die Entscheide betreffend Betriebsverkauf und Inhalt des ordentlichen Nachlassvertrags idealerweise an derselben Generalversammlung traktandiert. 600

(iii) *Reines Moratorium*

Gleich verhält es sich während eines reinen Moratoriums, d.h. ein Betriebsverkauf muss zwingend von den Aktionären beschlossen werden¹¹³⁷. Mangels Nachlassvertrag (der an einer Generalversammlung behandelt werden muss) wird einzig hierfür eine Generalversammlung einzuberufen sein. 601

¹¹³³ Informations- und Partizipationsrechte an der Generalversammlung, Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats, Kapitalschutzbestimmungen (vgl. vorne N 559).

¹¹³⁴ Vgl. vorne N 591.

¹¹³⁵ Aus den gleichen Gründen wie ausser Konkurs, d.h. Art. 698 Abs. 2 und Art. 736 Ziff. 2 OR, vgl. hierzu vorne N 465 ff.

¹¹³⁶ Vgl. vorne N 594.

¹¹³⁷ Vgl. vorne N 465 ff.

E. Fazit

1. Fünf Voraussetzungen eines Betriebsverkaufs bei Gläubigerschädigung

- 602 Kommen die Gläubiger im Rahmen des Nachlassverfahrens zu Schaden, ist ein Betriebsverkauf während der Stundung bei Vorliegen folgender **fünf Voraussetzungen** zulässig:
- 603 *Erstens* ist eine Dringlichkeit analog dem Notverkauf im Konkurs (Art. 243 Abs. 2 SchKG) verlangt¹¹³⁸.
- 604 *Zweitens* müssen die Gläubiger auf den Betriebsverkauf Einfluss nehmen können. So ist den Gläubigern nach der hier vertretenen Ansicht beim Betriebsverkauf das Höhergebotsrecht analog Art. 256 Abs. 3 SchKG zu gewähren¹¹³⁹, sobald ein Gegenstand mit einem Liquidationswert von über CHF 50'000 veräußert werden soll¹¹⁴⁰. Sodann soll nach Möglichkeit ein Gläubigerausschuss eingesetzt werden¹¹⁴¹.
- 605 *Drittens* sind auch die Aktionäre angemessen in einen Betriebsverkauf einzubeziehen, wobei deren Mitbestimmungsrechte je nach Art der Stundung variieren: Beim Betriebsverkauf während einer Stundung im Hinblick auf den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags ist zwingend die Generalversammlung zuständig¹¹⁴², womit der Aktionär das (vor-)letzte Wort hat¹¹⁴³. Anders verhält es sich bei der Stundung im Hinblick auf einen Liquidationsvergleich, wo die Aktionäre angesichts des erwarteten Totalverlusts nicht vom Verkauf betroffen sind und entsprechend hierüber nicht entscheiden können¹¹⁴⁴.

¹¹³⁸ Vgl. Erster Lösungsvorschlag vorne N 570 ff. und N 314 ff.

¹¹³⁹ Vgl. Zweiter Lösungsvorschlag vorne N 578 ff.

¹¹⁴⁰ Vgl. zum Höhergebotsrecht im Konkurs vorne N 331 ff.

¹¹⁴¹ Ein Gläubigerausschuss ist m.E. zwingend einzusetzen, wenn die Gläubiger voraussichtlich zu Schaden kommen werden und ein Betriebsverkauf zur Diskussion steht. Vgl. vorne N 83 f.

¹¹⁴² Vgl. Dritter Lösungsvorschlag vorne N 600.

¹¹⁴³ Der Verkauf steht immer unter dem Vorbehalt der Zustimmung von Sachwalter und der Genehmigung des Richters/Gläubigerausschusses (Art. 298 Abs. 2 SchKG).

¹¹⁴⁴ Allerdings können nach der hier vertretenen Ansicht nur die Aktionäre beschliessen, dass die Stundung in einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung münden soll, vgl. vorne N 599. Vgl. sodann N 635 ff. zum Extremfall, wo Richter und Sachwalter einen Betriebsverkauf entgegen den Willen der Schuldnerin anordnen und durchsetzen.

Viertens muss der Verkaufsprozess allen Beteiligten gleiche Chancen gewähren und so ausgestaltet sein, dass ein möglichst hoher Erlös resultiert¹¹⁴⁵. 606

Fünftens muss der Erlös höher ausfallen als bei einem Verkauf in einem anschliessenden Konkursverfahren¹¹⁴⁶. 607

2. Zwei Voraussetzungen eines Betriebsverkaufs ohne Gläubigerschädigung

Die Gläubiger sind von einem Betriebsverkauf in der Stundung kaum betroffen, wenn deren Forderungen vollumfänglich befriedigt werden, d.h. die dauerhafte Sanierung der Schuldnerin ohne Verzicht der Gläubiger gelingt und die Stundung ohne Abschluss eines Nachlassvertrags und ohne Konkursöffnung wieder aufgehoben werden kann¹¹⁴⁷. Diese Tatsache hat zur Folge, dass ein Betriebsverkauf während der Stundung unter erleichterten Voraussetzungen zulässig ist; sämtliche Einschränkungen aufgrund des Gläubigerschutzes entfallen. Verlangt ist damit weder eine Notverkaufssituation, noch muss der Erlös möglichst hoch oder höher als im Konkurs ausfallen. Konsequenterweise haben die Gläubiger auch keinen Anspruch auf die Abgabe eines Höherangebots. Der Betriebsverkauf ist unter folgenden Voraussetzungen zulässig: 608

Erstens muss die Stundung dank des Verkaufs und/oder anderer Sanierungsmassnahmen direkt oder zeitnah wieder aufgehoben werden können. Im letzteren Fall ist der Betriebsverkauf zulässig, wenn er im Sanierungsplan vorgesehen ist und den dort gemachten Annahmen (insbesondere betreffend Erlös) entspricht. Der Betriebsverkauf muss letztlich der Sanierung förderlich sein. Die Sanierung muss nach dem Verkauf nach wie vor möglich resp. umso wahrscheinlicher sein. 609

Zweitens muss der Verkauf im mittel- und langfristigen Interesse der Gesellschaft liegen¹¹⁴⁸. Wird die Gesellschaft als Folge des Verkaufs des (gesamten) Betriebs nach Aufhebung der Stundung gemäss Art. 736 ff. OR liquidiert, kann 610

¹¹⁴⁵ Vgl. vorne N 571 und HARI (2010b), N 392. Die Tatsache, dass ein möglichst hoher Erlös erzielt werden muss, ergibt sich aus Art. 134 Abs. 1 SchKG analog sowie dem grundsätzlichen Interesse der Gläubiger an einem möglichst hohen Erlös (vgl. auch Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 11. Mai 2011 Erw. 12, publ. in: BLSchK 2013, S. 208).

¹¹⁴⁶ Vgl. vorne N 572.

¹¹⁴⁷ Bei dieser Art von Stundung handelt es sich folglich um ein reines Moratorium, vgl. hierzu vorne N 67.

¹¹⁴⁸ Art. 717 Abs. 1 OR; BÖCKLI (2009), § 13 N 598 f.; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 3 N 11. Vgl. zum Gesellschaftsinteresse auch WATTER / ROTH PELLANDA, in: BSK OR-II (2016), N 16 zu Art. 717 m.w.H.

der Verkauf insofern vom Gesellschaftsinteresse gedeckt sein, als auch die Verhinderung des eigenen Konkurses oder Nachlassvertrags im Gesellschaftsinteresse liegt. Die Interessen der Gläubiger gehen jenen der Aktionäre vor¹¹⁴⁹.

II. Zuständigkeiten

A. Externe Kompetenzordnung: Schuldnerin / Sachwalter / Richter

1. Eingeschränkte Verfügungsberechtigung (Art. 298 Abs. 1 SchKG)

611 Das Gesetz unterscheidet vier unterschiedliche Stufen der Verfügungsberechtigung der Schuldnerin während der Stundung in Bezug auf ihre Geschäftstätigkeit. Mit jeder Stufe wird die Verfügungsberechtigung weiter eingeschränkt:

a. Stufe eins

612 Beschliesst der Richter keine speziellen Anordnungen in Bezug auf die Verfügungsberechtigung der Schuldnerin und bestellt er auch keinen Sachwalter, ändert sich für die Schuldnerin wenig. Da die Bewilligung der Stundung die Verfügungsbefugnis der Schuldnerin unberührt lässt, kann die Schuldnerin, unter Vorbehalt der Einschränkungen von Art. 298 Abs. 2 SchKG, weiterhin sämtliche Geschäfte, nicht nur die Tagesgeschäfte, tätigen.

b. Stufe zwei

613 Der Richter kann einen Sachwalter bestellen, welcher die Schuldnerin bei der Geschäftstätigkeit beaufsichtigt¹¹⁵⁰. Die Schuldnerin bleibt in diesem Fall zur Fortführung der Geschäftstätigkeit befugt, allerdings kann sie ohne den Sachwalter nur noch jene Rechtsgeschäfte vornehmen, die zum Tagesgeschäft gehören¹¹⁵¹.

¹¹⁴⁹ FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 3 N 64.

¹¹⁵⁰ Art. 298 Abs. 1 1. Satz SchKG.

¹¹⁵¹ VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 3 und 22 zu Art. 298.

Nur schon die Einsetzung des Sachwalters alleine hat folglich eine Verfügungsbeschränkung der Schuldnerin zur Folge. Der Sachwalter ist gegenüber der Schuldnerin weisungsbefugt und kann ihr insbesondere gewisse Rechtsgeschäfte verbieten resp. verlangen, dass sie ihm vorgängig unterbreitet werden¹¹⁵². In der Regel besteht die Aufsicht weiter darin, dass die Schuldnerin dem Sachwalter regelmässig Bericht über den Geschäftsgang und die Finanzen erstattet. Der Sachwalter soll primär verhindern, dass die Gläubiger zu weiterem Schaden kommen¹¹⁵³. 614

c. Stufe drei

Der Richter kann sodann anordnen, dass gewisse Rechtsgeschäfte nur unter Mitwirkung des Sachwalters vorgenommen werden können¹¹⁵⁴. Derartige Anordnungen sind im Handelsregister einzutragen¹¹⁵⁵. Der Richter ist gehalten, die fraglichen Rechtsgeschäfte und die Form der Mitwirkung des Sachwalters möglichst genau zu umschreiben. Denkbar ist beispielsweise, dass Verträge über Rechtsgeschäfte ab einem gewissen Betrag vom Sachwalter mitunterzeichnet werden müssen¹¹⁵⁶ und die Schuldnerin nur mit Zustimmung des Sachwalters Arbeitnehmer entlassen oder einstellen kann. 615

d. Stufe vier

Gestützt auf Art. 298 Abs. 1 i.f. SchKG kann der Richter der Schuldnerin die Geschäftsführungsbefugnis quasi als ultima ratio teilweise oder komplett entziehen und dem Sachwalter übertragen. Die Schuldnerin bleibt Eigentümerin des Betriebs, sie kann jedoch nicht mehr (oder nicht mehr in allen Bereichen) darüber verfügen¹¹⁵⁷. Im Handelsregister muss ein Hinweis betreffend den kompletten oder teilweisen Entzug der Geschäftsführungsbefugnis eingetragen werden¹¹⁵⁸. 616

¹¹⁵² Vgl. Art. 298 Abs. 4 SchKG; HARI (2010b), N 300; HUNKELER, in: KUKO SchKG (2014), N 6 zu Art. 298.

¹¹⁵³ GANI, in: CR LP (2005), N 3 zu Art. 298; VOLLMAR, in: BSK SchKG-II (2010), N 3 ff. zu Art. 298.

¹¹⁵⁴ Art. 298 Abs. 1 2. Satz SchKG.

¹¹⁵⁵ Art. 160 Abs. 3 lit. c. HRegV.

¹¹⁵⁶ VOLLMAR, in: BSK SchKG-II (2010), N 7 zu Art. 298.

¹¹⁵⁷ GANI, in: CR LP (2005), N 7 zu Art. 298.

¹¹⁵⁸ Art. 160 Abs. 3 lit. c. HRegV.

2. Verfügungsverbot mit richterlichem Erlaubnisvorbehalt (Art. 298 Abs. 2 SchKG)

a. Betriebsverkauf als zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft

- 617 Gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG können Schuldnerin und Sachwalter gewisse Rechtsgeschäfte nur vornehmen, wenn der Richter, oder sofern vorhanden der Gläubigerausschuss, zustimmt¹¹⁵⁹. Es handelt sich dabei einerseits um die (teilweise) Veräusserung oder Belastung des Anlagevermögens und um die Verpfändung von Umlaufvermögen¹¹⁶⁰, d.h. um Rechtsgeschäfte, die potentiell die Fortführung der Geschäftstätigkeit und damit die Sanierung der Schuldnerin gefährden. Andererseits sind auch die Eingehung von Bürgschaften sowie unentgeltliche Verfügungen vom Richter abzuseggen. Grund dafür ist, dass solche Geschäfte aus Sicht der Gläubiger besonders schädlich sein können.
- 618 Für den Betriebsverkauf ist vorab das Veräusserungsverbot von Anlagevermögen relevant. Der Begriff Anlagevermögen kommt im SchKG nur in Art. 298 Abs. 2 vor. Massgeblich ist der entsprechende Begriff im Handelsrecht (Art. 960d und 959a Abs. 1 Ziff. 2 OR)¹¹⁶¹.
- 619 Beim Anlagevermögen handelt es sich um Aktiven, die dazu bestimmt sind, langfristig dem Betrieb zu dienen, wobei langfristig ein Zeitraum von mehr als zwölf Monaten bedeutet¹¹⁶²; sie sind weder zum Verkauf noch zum Verbrauch bestimmt, sondern werden wiederholt benutzt¹¹⁶³ oder sind zum langfristigen Halten erworben worden. Das Gesetz zählt auf, was zum Anlagevermögen gehört: Finanzanlagen, Beteiligungen, Sachanlagen, immaterielle Werte und nicht einbezahltes Grund-, Gesellschafter- oder Stiftungskapital¹¹⁶⁴. Ausschlaggebend ist immer die konkrete Absicht des Betriebs in Bezug auf das Objekt¹¹⁶⁵. Nicht entscheidend ist, ob das Aktivum tatsächlich bilanziert ist oder nicht¹¹⁶⁶.

¹¹⁵⁹ Nachfolgend ist der Einfachheit halber nur vom Richter die Rede, wobei das Geschriebene mutatis mutandis auch für den Gläubigerausschuss gilt. Vgl. zur Einsetzung eines Gläubigerausschusses vorne N 83 ff.

¹¹⁶⁰ LORANDI (2004), S. 86; a.A. wohl GANI, in: CR LP (2005), N 10 zu Art. 298.

¹¹⁶¹ LORANDI (2004), S. 83.

¹¹⁶² Art. 960d Abs. 2 OR.

¹¹⁶³ KÄFER, in: BK OR (1981), N 343 zu Art. 958 (alte Bestimmung).

¹¹⁶⁴ Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 lit. a.-e. OR.

¹¹⁶⁵ Botschaft Aktienrecht (2007), S. 1713.

¹¹⁶⁶ LORANDI (2004), S. 84.

Ein Betrieb wird i.d.R. mindestens aus Sachanlagen und immateriellen Werten bestehen¹¹⁶⁷. Sachanlagen sind „körperliche Werte, die für die Herstellung von Gütern, für die Erbringung von Dienstleistungen oder zu Anlagenzwecken bestimmt sind“¹¹⁶⁸. Darunter fallen etwa Gebäude, Liegenschaften, Maschinen, Fahrzeuge und Mobiliar. Als immaterielle Werte gelten nicht körperliche *Rechte* (Immaterialgüterrechte wie Patente, Marken aber auch Konzessionen) und nicht körperlich *Werte* (etwa Know-How, Goodwill, Kundendaten)¹¹⁶⁹. 620

Jedenfalls ist in aller Regel davon auszugehen, dass ein Betrieb oder Teilbetrieb zum schuldnerischen Anlagevermögen gehört und nur mit Zustimmung des Richters veräussert werden kann¹¹⁷⁰. In dieser Arbeit wird daher stets angenommen, dass die Veräusserung des Betriebs, auch eines Betriebsteils, Anlagevermögen betrifft und entsprechend gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG zustimmungsbedürftig ist. 621

b. Zeitpunkt der Zustimmung

Grundsätzlich ist die Zustimmung des Richters im Voraus einzuholen (dies ergibt sich schon aus dem Begriff „Ermächtigung“ in Art. 298 Abs. 2 SchKG). Die Zustimmung kann allerdings auch nachträglich erteilt werden, insbesondere wenn aufgrund Zeitdrucks keine Möglichkeit bestand, den Richter vorgängig beizuziehen¹¹⁷¹. 622

Die Zustimmung muss sodann nicht zwingend erst bei Vorliegen des ausgehandelten Vertrags, sondern kann bereits im Entscheid betreffend die Bewilligung der Stundung erteilt werden¹¹⁷². Da in diesem Stadium noch nicht alle Parameter bekannt sind, kann der Richter eine Zustimmung an die Einhaltung gewisser Bedingungen, z.B. das Erreichen eines Mindestkaufpreises, knüpfen¹¹⁷³. 623

¹¹⁶⁷ Vgl. vorne N 93 zur Schwierigkeit, einen Betrieb (als Ganzes) sachenrechtlich zu erfassen.

¹¹⁶⁸ Botschaft Aktienrecht (2007), S. 1706.

¹¹⁶⁹ Botschaft Aktienrecht (2007), S. 1706; vgl. auch LORANDI (2004), S. 84.

¹¹⁷⁰ FUCHS (1999), S. 126 f.; STÖCKLI (2010), S. 67.

¹¹⁷¹ GANI, in: CR LP (2005), N 11 zu Art. 298; HUNKELER (1996), N 782; LORANDI (2004), S. 90; VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 14 zu Art. 298.

¹¹⁷² VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 24 zu Art. 298; LORANDI (2004), S. 89; HUNKELER (1996), N 665.

¹¹⁷³ LORANDI (2004), S. 97.

c. Zustimmungskriterien

(i) *Wahrung der Gläubigerinteressen*

- 624 Damit bleibt die Frage zu beantworten, wovon sich der Richter beim Entscheid über die Zustimmung resp. (der Zustimmung vorangehend) bei der Prüfung der Zulässigkeit des Betriebsverkaufs leiten zu lassen hat. Oberstes Gebot ist die Wahrung der Gläubigerinteressen¹¹⁷⁴. Der Richter hat jedoch auch die berechtigten Interessen der Schuldnerin und diejenigen der Öffentlichkeit zu berücksichtigen¹¹⁷⁵; diese Interessen darf der Richter je nach Konstellation in einem gewissen (geringen) Masse gegenüber den Interessen der Gläubiger vorziehen¹¹⁷⁶. Dies ergibt sich aus dem Zweck des Nachlassverfahrens als Sanierungsinstrument, welches darauf abzielt, “wenn immer möglich das Überleben des schuldnerischen Unternehmens zu sichern¹¹⁷⁷“ und muss nur schon gelten, da auch im Konkurs die Interessen der Schuldnerin angemessen berücksichtigt werden müssen¹¹⁷⁸.
- 625 Der Richter hat sämtliche Umstände zu berücksichtigen. Relevant ist zunächst natürlich der gebotene Preis, aber auch der (Liquidations-)Wert des zu veräussernden Objektes, die Vereinbarkeit mit dem eingereichten Sanierungsplan und der Liquiditätsplanung der Schuldnerin¹¹⁷⁹, die Bedeutung des zu veräussernden Objektes für die zukünftige Geschäftstätigkeit der Schuldnerin, Kosteneinsparungen¹¹⁸⁰ sowie die allgemeine Aussicht auf Sanierung unter Berücksichtigung der weiteren Sanierungsmassnahmen. In zweiter Linie sind sodann die Erhaltung von Arbeitsplätzen und weiterer öffentlicher Interessen zu berücksichtigen.

¹¹⁷⁴ KREN KOSTKIEWICZ (2014), N 1736; STÖCKLI (2010), S. 67; LORANDI (2004), S. 94 f. unter Hinweis auf BGE 77 III 43 Erw. 2 i.f.

¹¹⁷⁵ VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 26 zu Art. 298; GANI, in: CR LP (2005), N 11 zu Art. 298.

¹¹⁷⁶ MEIER (2003), S. 7; a.A. LORANDI (2004), S. 95, wonach öffentliche oder sonstige private Drittinteressen nur mitberücksichtigt werden dürfen, wenn die Gläubigerinteressen dadurch nicht negativ tangiert sind.

¹¹⁷⁷ VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 1 zu Art. 298.

¹¹⁷⁸ MEIER (2003), S. 6.

¹¹⁷⁹ Art. 293 lit. a SchKG.

¹¹⁸⁰ LORANDI (2004), S. 95.

(ii) Art. 305 und 306 SchKG

Ein Betriebsverkauf während der Stundung (und der generierte Erlös) hat regelmässig entscheidenden Einfluss auf den weiteren Verlauf der Stundung (Aufhebung, ordentlicher Nachlassvertrag, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) und ist immer vor dem Hintergrund des entsprechenden Verfahrens zu prüfen. 626

Soll die Stundung voraussichtlich mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen werden, hat der Richter daher bereits bei der Prüfung des Betriebsverkaufs die Voraussetzungen von Art. 305 und 306 SchKG zu berücksichtigen und bei deren Nichtvorhandensein die Genehmigung zu verweigern. Der Richter muss mit anderen Worten im Genehmigungszeitpunkt überzeugt sein, dass die Gläubiger einem Nachlassvertrag mit dem erforderlichen Quorum zustimmen werden (Art. 305 SchKG) und er den Nachlassvertrag dannzumal wird genehmigen können (Art. 306 SchKG)¹¹⁸¹. 627

Um Letzteres abschätzen zu können, muss der Richter verschiedene Annahmen treffen. *Erstens* muss der im Nachlassvertrag voraussichtlich von den Gläubigern verlangte Verzicht geschätzt und diese Unbekannte ins richtige Verhältnis zu einer weiteren Unbekannten, den Möglichkeiten der Schuldnerin (wiederum im Zeitpunkt der potentiellen Genehmigung des Nachlassvertrags), gesetzt werden¹¹⁸². *Weiter* sind die erwartete Höhe der privilegierten Forderungen sowie der Nachlassforderungen einerseits zu kalkulieren und andererseits die Möglichkeit der Sicherstellung dieser Forderungen einzuschätzen¹¹⁸³. *Schliesslich* muss beim ordentlichen Nachlassvertrag der bereits geleistete¹¹⁸⁴ oder zukünftig zu leistende (idealerweise bereits ausgehandelte) Sanierungsbeitrag der Aktionäre als angemessen beurteilt werden¹¹⁸⁵. 628

3. Anwendung auf den Betriebsverkauf

Nachfolgend ist die Zuständigkeitsordnung zwischen Schuldnerin und schulderexternen Organen in Bezug auf den Betriebsverkauf während der Stundung 629

¹¹⁸¹ Vgl. MARCHAND / HARI (2006), S. 111 und vorne N 551 f.

¹¹⁸² Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.

¹¹⁸³ Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

¹¹⁸⁴ Mit HUNKELER, in: KÜKO SCHKG (2014), N 42 zu Art. 306, ist davon auszugehen, dass Aktionäre den angemessenen Sanierungsbeitrag bereits vor der Bestätigung des ordentlichen Nachlassvertrags leisten können.

¹¹⁸⁵ Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

dargestellt, mithin sowohl unter Berücksichtigung von Art. 298 Abs. 1 und 2 SchKG¹¹⁸⁶.

a. Verfügungsbeschränkung Stufe eins

- 630 *Kein Sachwalter/Keine richterliche Verfügungsbeschränkung:* Die Schuldnerin ist für den Betriebsverkauf alleine zuständig, jedoch muss sie gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG die Zustimmung des Richters einholen.

b. Verfügungsbeschränkung Stufe zwei

- 631 *Richter bestellt Sachwalter:* Auch in dieser Konstellation entscheidet die Schuldnerin über einen (Teil-)Betriebsverkauf. Ein solcher bedarf einerseits der Zustimmung des Sachwalters, da ein (Teil-)Betriebsverkauf nicht zum Tagesgeschäft gehört¹¹⁸⁷ sowie andererseits gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG der Zustimmung des Richters.
- 632 Konkret gibt der Sachwalter zuhanden des Richters eine Empfehlung betreffend den geplanten Betriebsverkauf ab. Diese Empfehlung, fällt sie denn positiv aus, beinhaltet die Zustimmung des Sachwalters zum Verkauf. Der Richter ist nicht an die Empfehlung des Sachwalters gebunden (womit der Betriebsverkauf theoretisch keiner Zustimmung des Sachwalters bedarf), doch dürfte ein Richter kaum je einen Verkauf bewilligen, wenn nicht der Sachwalter, welcher sich intensiv mit der Schuldnerin und dem geplanten Verkauf beschäftigt hat, eine positive Empfehlung abgibt¹¹⁸⁸.

c. Verfügungsbeschränkung Stufe drei

- 633 *Richter ordnet für gewisse Rechtsgeschäfte die Zustimmung des Sachwalters an:* Wie soeben beschrieben ist ein (Teil-)Betriebsverkauf bereits bei „Stufe zwei“ nicht ohne Zustimmung des Sachwalters möglich¹¹⁸⁹, sodass diesbezüglich eine Anordnung des Richters nichts ändert. Allerdings kann die Anordnung des Richters bereits eine Ermächtigung zum Verkauf i.S.v. Art. 298 Abs. 2 SchKG darstellen, was sich jedoch aus der Anordnung klar ergeben sollte.

¹¹⁸⁶ Die vier Stufen der Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 298 Abs. 1 SchKG sind weiter vorne N 611 ff. beschrieben.

¹¹⁸⁷ VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 22 zu Art. 298.

¹¹⁸⁸ HARI (2010b), N 273; WÜTHRICH (1998), S. 43; SAHLI (2005), S. 387.

¹¹⁸⁹ Vgl. vorne N 631 f.

d. Verfügungsbeschränkung Stufe vier

Entzug und Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis auf den Sachwalter: 634
 Mangels Verfügungsbefugnis sicherlich nicht mehr zuständig ist die Schuldnerin resp. deren Organe. Vielmehr gehört auch der Betriebsverkauf in den Zuständigkeitsbereich des Sachwalters, welcher die Zustimmung des Richters einholen muss¹¹⁹⁰. Die Schuldnerin bleibt zivilrechtlich Eigentümerin des Betriebs, weshalb sie resp. deren Organe dem Betriebsverkauf ebenfalls zustimmen müssen.

e. Betriebsverkauf gegen den Willen der Schuldnerin?

(i) Zulässigkeit

Damit stellt sich unweigerlich die Frage, ob ein Betriebsverkauf auch ohne Zustimmung resp. bei expliziter Ablehnung der Schuldnerin vorgenommen werden kann. 635

Gute Gründe sprechen dagegen. Einerseits bleibt die Schuldnerin während der Stundung in jedem Fall Eigentümerin und die Vermögenswerte fallen nicht etwa - wie im Konkurs - in eine Masse¹¹⁹¹. Andererseits umfasst die Geschäftsführungsbefugnis des Sachwalters selbst bei einem vollständigen Entzug der Verfügungsbefugnis nur das Tagesgeschäft, wozu ein (Teil-)Betriebsverkauf nicht gehört. 636

Allerdings führte dies dazu, dass eine renitente Schuldnerin alleine durch die Verweigerung der Zustimmung - zum Schaden der Gläubiger - einen Betriebsverkauf verhindern könnte. Vor dem Hintergrund, dass der Richter während der Stundung jederzeit und von Amtes wegen den Konkurs eröffnen kann¹¹⁹², ist dies nicht sachgerecht. Entsprechend müssen Sachwalter und Richter in der Lage sein, während der Stundung auch ohne Mitwirkung der Schuldnerin einen Betriebsverkauf anzuordnen und durchzuführen. 637

(ii) Anordnung und Umsetzung

Ein Betriebsverkauf während der Stundung entgegen dem Willen der Schuldnerin setzt eine explizite richterliche Anordnung gemäss Art. 298 Abs. 1 638

¹¹⁹⁰ Art. 298 Abs. 2 SchKG.

¹¹⁹¹ Art. 197 Abs. 1 SchKG ist im Nachlassverfahren nicht, auch nicht analog, anwendbar.

¹¹⁹² Art. 296b SchKG.

SchKG voraus, welche bereits im Bewilligungsentscheid oder auch nachträglich, in der Regel auf Antrag des Sachwalters, erfolgen kann¹¹⁹³. In diesem Fall wird der Sachwalter mit der Umsetzung des Betriebsverkaufs beauftragt¹¹⁹⁴.

4. Rechtsfolgen eines Betriebsverkaufs trotz fehlender Zustimmung

a. Fehlende Zustimmung des Richters

(i) Vollstreckungsrechtliche (Un)Wirksamkeit

- 639 Die vollstreckungsrechtliche Wirksamkeit eines Betriebsverkaufs während der Stundung, der ohne die notwendige Zustimmung des Richters vorgenommen wurde, hängt vom guten Glauben des Erwerbers ab.
- 640 Ist der Erwerber *gutgläubig*, d.h. wusste er entweder nicht von der Stundung oder vom Veräusserungsverbot und hätte er davon auch nicht wissen müssen, ist der Verkauf zivil- und vollstreckungsrechtlich wirksam¹¹⁹⁵. Für die Gutgläubigkeit des Erwerbers bleibt nach der öffentlichen Bekanntmachung der Stundung allerdings wenig Raum, zumal auch richterliche Anordnungen publiziert werden müssen¹¹⁹⁶ und Sachwalter regelmässig Websites unterhalten¹¹⁹⁷.
- 641 Der Verkauf an einen *bösgläubigen* Erwerber ist demgegenüber vollstreckungsrechtlich unwirksam¹¹⁹⁸. In einem solchen Fall kann der veräusserte Betrieb ohne Gegenleistung, d.h. ohne dass der Kaufpreis erstattet werden muss, wieder

¹¹⁹³ VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 6 zu Art. 298. Theoretisch denkbar ist, dass Sachwalter und Richter nach einer gewissen Stundungsdauer auch bei einer Verfügungsbeschränkung *Stufe zwei oder drei* einen Betriebsverkauf als bestmögliche Lösung sehen, die Schuldnerin hierzu aber nicht bereit ist. Auch in einem solchen Fall müsste der Richter der Schuldnerin die Verfügungsbefugnis komplett entziehen und den Verkauf anordnen.

¹¹⁹⁴ Sodann ist stets die Zustimmung gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG erforderlich (vgl. vorne N 617 ff.). Ist kein Gläubigerausschuss eingesetzt worden, ist die richterliche Genehmigung gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG bei der richterlichen Anordnung des Verkaufs gemäss Art. 298 Abs. 1 SchKG implizit enthalten.

¹¹⁹⁵ Art. 298 Abs. 3 SchKG; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 22 zu Art. 298.

¹¹⁹⁶ Art. 160 Abs. 3 lit. c HRegV; HARI (2010b), N 281.

¹¹⁹⁷ Vgl. HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 24 ff. und N 29 f. zu Art. 298.

¹¹⁹⁸ MARCHAND (2013), S. 273; AMONN / WALTHER (2013), § 54 N 42; LORANDI (2004), S. 77; VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 14 zu Art. 298; KREN KOSTKIEWICZ (2014), N 1740; BAUER, in: BSK SCHKG EB (2017), ad N 13 u. 16 zu Art. 298.

zurückgeholt werden¹¹⁹⁹. Ist der Verkauf allerdings bereits vollzogen worden, kann der Sachwalter den Betrieb nicht mittels amtlicher Verfügung oder polizeilichem Zwang zurückverlangen; vielmehr muss er mangels Besitzes den Prozessweg beschreiten¹²⁰⁰.

(ii) *Schicksal der Gegenleistung*

Betreffend das Schicksal der Gegenleistung des bösgläubigen Erwerbers werden unterschiedliche Meinungen vertreten: 642

VOLLMAR und gestützt darauf TSCHÄNI / DIEM / WOLF sind der Ansicht, dass der Erwerber den bereits bezahlten Kaufpreis als gewöhnliche Nachlassforderung anmelden und geltend machen kann¹²⁰¹. 643

MARCHAND schlägt eine differenzierte Lösung je nach Art des Nachlassvertrags vor: Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung können die Liquidatoren in analoger Anwendung von Art. 204 SchKG entscheiden, ob sie die veräusserten Aktiven gegen Erstattung der Gegenleistung zurückholen oder Letztere als Nachlassforderung kollozieren wollen (aus Sicht der Gläubiger dürfte sich in den meisten Fällen die zweite Vorgehensweise aufdrängen). Bei einem ordentlichen Nachlassvertrag schliesslich sei die Forderung als Nachlassforderung zu behandeln¹²⁰². 644

AMONN / WALTHER gehen demgegenüber davon aus, dass die Gegenforderung weder angemeldet noch in einem nachfolgenden Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren kolloziert werden könnte, „d.h. den Gläubigern gegenüber betreibungsrechtlich unbeachtlich [ist]“¹²⁰³. Der Nachlassschuldner muss den bezahlten Kaufpreis nach dieser Ansicht gemäss den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung erstatten¹²⁰⁴. 645

Im Ergebnis unterscheiden sich die drei Lehrmeinungen bei einem *nachfolgenden Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren* nicht wesentlich: 646

¹¹⁹⁹ Art. 204 SchKG ist analog anwendbar (MARCHAND (2013), S. 273; AMONN / WALTHER (2013), § 54 N 42 und § 41 N 8; KREN KOSTKIEWICZ (2014), N 1740; vgl. auch BGE 132 III 432 Erw. 2.4 und STÖCKLI / POSSA, in: KUKO SCHKG (2014), N 13 ff. zu Art. 204.

¹²⁰⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A_388/2014 vom 14. November 2014 Erw. 4.1.

¹²⁰¹ Bei der Gegenforderung handelt es sich demnach nicht um eine Masseverbindlichkeit, vgl. VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 14 zu Art. 298; TSCHÄNI / DIEM / WOLF (2013), N 175.

¹²⁰² MARCHAND (2004), N 94.

¹²⁰³ AMONN / WALTHER (2013), § 54 N 42; widersprüchlich: FUCHS (1999), S. 132 f.

¹²⁰⁴ Gemäss bilateraler Auskunft von WALTHER.

- 647 MARCHAND gesteht den Liquidatoren beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (oder einem nachfolgenden Konkurs) ein Wahlrecht zu, wobei in aller Regel die Anmeldung einer Nachlassforderung deutlich interessanter sein dürfte (womit die Meinungen von MARCHAND und VOLLMAR auf dasselbe Ergebnis hinauslaufen).
- 648 Auch wenn man der Meinung von AMONN / WALTHER folgt, muss der bösgläubige Erwerber seine Forderung in einem nachfolgenden Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren gestützt auf Art. 197 Abs. 2 SchKG kollozieren können¹²⁰⁵. Absolut ohne Einfluss auf die übrigen Gläubiger ist das Rechtsgeschäft also nicht.
- 649 Mündet die Stundung hingegen in einen *ordentlichen Nachlassvertrag*, wird der bösgläubige Erwerber über die ungerechtfertigte Bereicherung besser fahren, da er die gesamte Kaufpreisforderung zurückfordern kann (zumal die Schuldnerin dank des Nachlassvertrags und dem damit einhergehenden Verzicht der Gläubiger zahlungsfähig sein sollte)¹²⁰⁶.
- 650 Keine Unterschiede ergeben sich, wenn die Stundung nach erfolgreicher Sanierung *ohne Abschluss eines Nachlassvertrags* wieder aufgehoben werden kann (reines Moratorium), da die Gläubiger nicht auf ihre Forderungen verzichten müssen.
- 651 Da eine absolute vollstreckungsrechtliche Unwirksamkeit nicht möglich ist, ist es m.E. sachgerecht, die Gegenforderung als normale Nachlassforderung zu behandeln. Diese Lösung ist auch in der praktischen Umsetzung deutlich einfacher, da kein Umweg über die ungerechtfertigte Bereicherung konstruiert werden muss. Vor dem Hintergrund der Bösgläubigkeit des Erwerbers ist es auch gerechtfertigt, ihn gegenüber den anderen Gläubigern nicht besserzustellen (wie es etwa bei einem anschliessenden ordentlichen Nachlassvertrag der Fall wäre¹²⁰⁷).

(iii) *Zivilrechtliche Gültigkeit*

- 652 Zu guter Letzt sei darauf hingewiesen, dass auch bezüglich der zivilrechtlichen Gültigkeit eines Verkaufs an einen bösgläubigen Erwerber die Lehrmeinungen

¹²⁰⁵ Art. 197 SchKG gilt auch beim Liquidationsvergleich (BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTH-RICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 6 zu Art. 319).

¹²⁰⁶ Das ist gemäss MARCHAND (2004), N 94 eine schockierende Besserstellung des dem Nachlassvertrag entgehenden (zumal bösgläubigen) Gläubigers.

¹²⁰⁷ Vgl. vorne N 649.

auseinandergehen¹²⁰⁸. M.E. ist ein solches Geschäft lediglich vollstreckungsrechtlich unwirksam, nicht aber zivilrechtlich nichtig. Auf die vollstreckungsrechtliche Unwirksamkeit können sich entsprechend nur die Nachlassgläubiger, nicht aber der Erwerber, die Schuldnerin oder Dritte berufen¹²⁰⁹. Der gutgläubige Erwerber ist ohnehin geschützt, die Schuldnerin soll aus ihrem eigenen Fehlverhalten nicht profitieren können und die Interessen Dritter sind nicht so stark zu gewichten.

b. Fehlende Zustimmung des Sachwalters bei richterlicher Anordnung

Wie vorne dargestellt kann der Richter anordnen, dass gewisse Geschäfte der Zustimmung des Sachwalters bedürfen¹²¹⁰. Handelt die Schuldnerin trotz einer richterlichen Anordnung eigenmächtig, sind auch diese Rechtsgeschäfte vollstreckungsrechtlich unwirksam¹²¹¹. Die Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 298 Abs. 2 SchKG und einer Verletzung einer richterlichen Anordnung gestützt auf Art. 298 Abs. 2 SchKG unterscheiden sich demnach nicht¹²¹².

653

¹²⁰⁸ Absolute Nichtigkeit: HARI (2010b), N 274; GANI, in: CR LP (2005), N 12 zu Art. 298; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2001), N 19 zu Art. 298 SchKG. Zivilrechtliche Gültigkeit, aber Unwirksamkeit gegenüber den Gläubigern: LORANDI (2004), S. 77; MARCHAND (2013), S. 273; MARCHAND (2004), N 52 und 94; VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 14 zu Art. 298, welcher von einem gegenüber den Gläubigern suspensiv bedingten Rechtsgeschäft spricht; AMONN / WALTHER (2013), § 54 N 42; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 28 zu Art. 298.

¹²⁰⁹ Ebenso LORANDI (2004), S. 77; VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 14 zu Art. 298; AMONN / WALTHER (2013), § 54 N 42. A.A. GANI, in: CR LP (2005), N 12 zu Art. 298; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2001), N 19 zu Art. 298 SchKG; HARI (2010b), N 280 ff.

¹²¹⁰ Stufe drei der Verfügungsbeschränkung, vgl. vorne N 615.

¹²¹¹ MARCHAND (2013), S. 272 f.; AMONN / WALTHER (2013), § 54 N 43; VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 15 zu Art. 298; LORANDI (2004), S. 74; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 22 f. A.A. HARI (2010b), N 281 ff., der auch diese Geschäfte als „radicalement nul“ betrachtet; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2001), N 19 ff. zu Art. 298 SchKG.

¹²¹² So knüpfen den sämtliche in der vorangehenden FN 1211 zitierten Autoren dieselben Rechtsfolgen an die beiden Rechtsgeschäfte (vgl. die in FN 1211 und 1208 zitierten Lehrmeinungen). Einzig GANI, in: CR LP (2005), N 8 und N 12 zu Art. 298, unterscheidet zwischen „nullité relative“ (bei fehlender Zustimmung des Sachwalters bei richterlicher Anordnung) und „nullité absolue“ (bei fehlender Zustimmung des Richters betreffend von Art. 298 Abs. 2 SchKG erfasste Rechtsgeschäfte). Unbestrittenermassen ist der Betriebsverkauf an den gutgläubigen Erwerber zivilrechtlich gültig (vgl. vorne N 640).

c. Fehlende Zustimmung des Sachwalters bei sachwalterischer Anordnung

654 Der Sachwalter ist gegenüber der Schuldnerin unabhängig von einer richterlichen Anordnung generell weisungsbefugt¹²¹³. Für den Betriebsverkauf ist dies vorab in der vorne beschriebenen zweiten Stufe der Verfügungsbefugnis relevant¹²¹⁴. Verkauft die Schuldnerin ihren Betrieb oder einen Teil davon in Verletzung einer *sachwalterischen Weisung*, führt dies nicht zur vollstreckungsrechtlichen (und schon gar nicht zur zivilrechtlichen) Ungültigkeit des Betriebsverkaufs. Immerhin wird die Forderung des Erwerbers in einem nachfolgenden Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung mangels Zustimmung des Sachwalters nicht zur Masseforderung¹²¹⁵.

655 Die unterschiedliche Behandlung von Anordnungen des Richters und Sachwalters gründet im Verkehrsschutz, da die Weisungen des Sachwalters grundsätzlich nicht publiziert werden und ihnen nur verfahrensordnende Funktionen zukommen¹²¹⁶. Hat ein Erwerber aber ausnahmsweise Kenntnis von einer sachwalterischen Weisung und nehmen Schuldnerin und Erwerber den Verkauf trotzdem vor, ist Letzterer vollstreckungsrechtlich ebenfalls unbeachtlich¹²¹⁷.

B. Interne Kompetenzordnung: Verwaltungsrat und Generalversammlung

1. Grundsätzlich kein Einfluss der Stundung auf die interne Kompetenzordnung

656 Grundsätzlich lässt die Stundung die schuldnernerinterne Kompetenzordnung (primäre Zuständigkeit beim Verwaltungsrat, ausnahmsweise Zuständigkeit bei der Generalversammlung¹²¹⁸) unberührt. Wie soeben dargestellt kommen nun aber

¹²¹³ Vgl. Art. 298 Abs. 4 SchKG und vorne N 613.

¹²¹⁴ Vgl. vorne N 613.

¹²¹⁵ Art. 310 Abs. 2 SchKG e contrario; AMONN / WALTHER (2013), § 54 N 44; VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 16 zu Art. 298; LORANDI (2005), S. 213.

¹²¹⁶ VOLLMAR, in: BSK SCHKG-II (2010), N 16 zu Art. 298; LORANDI (2005), S. 213; vgl. aber HARI (2010b), N 301, der sich für eine Publikation der sachwalterischen Weisungen ausspricht.

¹²¹⁷ HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 23 zu Art. 298.

¹²¹⁸ Betreffend die Kompetenzabgrenzung von Verwaltungsrat und Generalversammlung sowie die Ausführungen zur konkursreifen Gesellschaft kann auf die entsprechenden Ausführungen zum Konkursaufschub vorne N 461 ff. verwiesen werden.

in der Stundung schulderexterne Organe (Sachwalter, Richter, Gläubigerausschuss) mit derogierenden Zuständigkeiten ins Spiel¹²¹⁹.

Generell sind gesellschaftsinterne Zuständigkeitsprobleme zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung während der Stundung in der Praxis wenig umstritten. Dies zum einen, weil in aller Regel ein Sachwalter bestellt ist, dessen Kompetenzen sich aus dem Gesetz, aber auch aus dem richterlichen Entscheid, klar ergeben sollten und der massgeblichen Einfluss auch auf die gesellschaftsinterne Willensbildung ausübt. Zum anderen betreffen Geschäfte, welche möglicherweise eine Zweckänderung oder eine faktische Liquidation zur Folge haben, stets Anlagevermögen i.S.v. Art. 298 Abs. 2 SchKG, womit nebst dem Sachwalter auch der Richter seine Zustimmung erteilen muss.

657

Für die gesellschaftsinterne Willensbildung bleibt damit insgesamt bedeutend weniger Raum als ausserhalb der Stundung. Dabei darf nicht vergessen werden, dass die interne Kompetenzordnung ausserhalb von Insolvenzverfahren grundsätzlich auch in der Stundung gültig ist, unter Berücksichtigung der im konkreten Fall erfolgten Verfügungsbeschränkung der Schuldnerin und der Kompetenzen von Sachwalter und Richter¹²²⁰. Die Kompetenzabgrenzung gestaltet sich wie folgt:

658

2. Kompetenz zum Betriebsverkauf während der Stundung

Ein Betriebsverkauf kann bei komplettem Entzug der Verfügungsbefugnis und entsprechender richterlicher Anordnung vollständig ohne Verwaltungsrat und Generalversammlung abgewickelt werden¹²²¹. Abgesehen vom genannten Extremfall kommt bei jedem Betriebsverkauf während der Stundung - nebst den schulderexternen Organen - immer der Verwaltungsrat und in gewissen Fällen auch die Generalversammlung ins Spiel. Abhängig vom verfolgten Ziel des Nachlassverfahrens ergeben sich folgende Zuständigkeiten:

659

a. Stundung im Hinblick auf einen Liquidationsvergleich

Wie gesehen entscheiden richtigerweise die Aktionäre an einer Generalversammlung, ob ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angestrebt wird oder nicht¹²²². Entscheiden sich die Aktionäre für einen Liquidationsvergleich genehmigen sie implizit jegliche Liquidationshandlungen (und damit Teil- oder

660

¹²¹⁹ Vgl. vorne N 611 ff.

¹²²⁰ HARI (2010a), S. 96.

¹²²¹ Vgl. zu dieser Möglichkeit vorne N 635 ff.

¹²²² Vgl. vorne N 591.

Gesamtverkäufe, mit oder ohne Zweckänderung oder faktischer Liquidation) von Verwaltungsrat (und Sachwalter). Angesichts der bevorstehenden Liquidation und des höchst wahrscheinlichen Totalverlusts der Aktionäre ist es ohnehin sachgerecht, Letztere - wie im Konkurs – in der Folge nicht mehr einzubeziehen.

b. Stundung im Hinblick auf einen ordentlichen Nachlassvertrag

- 661 Sofern ein ordentlicher Nachlassvertrag angestrebt wird, obliegt der Beschluss betreffend die Beantragung der Stundung dem Verwaltungsrat, da damit (noch) keine Zweckänderung oder faktische Liquidation einhergeht. Im Gegenzug sind die Aktionäre betreffend den Inhalt des Nachlassvertrags zu konsultieren¹²²³.
- 662 Nach Bewilligung der Stundung kann der Verwaltungsrat ohne Beizug der Aktionäre (aber unter Einhaltung der schuldnereexternen Kompetenzen) einen Teilverkauf beschliessen, sofern damit keine Zweckänderung oder faktische Liquidation der Schuldnerin einhergeht¹²²⁴.
- 663 Wenn mit dem Betriebsverkauf hingegen eine Zweckänderung oder faktische Liquidation einhergeht (was beim Gesamtverkauf stets zutrifft), ist in jedem Fall eine Generalversammlung einzuberufen¹²²⁵. Dies ergibt sich auch daraus, dass ein Betriebsverkauf mit Zweckänderung oder faktischer Liquidation einen erheblichen Einfluss auf den Inhalt des Nachlassvertrags hat, welcher nach der hier vertretenen Ansicht von den Aktionären zu genehmigen ist¹²²⁶.
- 664 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die schuldnernerinterne Zuständigkeit beim Betriebsverkauf während der Stundung im Hinblick auf den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags nicht von der Zuständigkeitsordnung ausserhalb eines Insolvenzverfahrens unterscheidet¹²²⁷.

¹²²³ Vgl. vorne N 594 ff.

¹²²⁴ Aus den gleichen Gründen wie ausserhalb von Insolvenzverfahren; vgl. zur Kompetenz des Verwaltungsrats vorne N 461 ff.

¹²²⁵ Aus den gleichen Gründen wie ausserhalb von Insolvenzverfahren, d.h. Art. 698 Abs. 2 OR und Art. 736 Ziff. 2 OR; vgl. hierzu vorne N 465 ff.

¹²²⁶ Vgl. vorne N 596.

¹²²⁷ Vgl. zur schuldnernerinternen Zuständigkeit ausserhalb von Insolvenzverfahren vorne N 460 ff.

c. Reines Moratorium

Der Beschluss betreffend die Beantragung der Stundung obliegt dem Verwaltungsrat, sofern kein Nachlassvertrag angestrebt wird, die Stundung der Schuldnerin mithin als reines Moratorium eine gewisse Atempause verschaffen soll. Mit der Beantragung eines reinen Moratoriums geht keinesfalls eine Zweckänderung oder faktische Liquidation einher. 665

Betreffend Kompetenzen von Verwaltungsrat und Generalversammlung bezüglich einen Betriebsverkauf während eines reinen Moratoriums verhält es sich wie ausserhalb eines Insolvenzverfahrens¹²²⁸. 666

3. Kein Betriebsverkauf bei Konkursreife

a. Ausgangslage

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erhält der Verwaltungsrat einer konkursreifen Gesellschaft ausserhalb resp. vor einem Insolvenzverfahren erweiterte Kompetenzen über den Gesellschaftszweck hinaus, wenn aufgrund einer besonders dringenden Situation nicht mehr rechtzeitig eine Generalversammlung einberufen werden kann¹²²⁹. Zu untersuchen ist, ob und allenfalls wie diese Rechtsprechung in der Stundung zur Anwendung kommt¹²³⁰. 667

b. Konkursreife während der Stundung

Die Stundung setzt während ihrer gesamten Dauer die Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags voraus. Sie kann nur bewilligt werden, wenn überhaupt Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht¹²³¹ und muss vor deren Ablauf von Amtes wegen aufgehoben (und der Konkurs eröffnet) werden, wenn die Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrags dahinfällt¹²³². Vor diesem Hintergrund hat die Schuldnerin als konkursreif zu gelten, sobald sowohl die Sanierung ohne Ver- 668

¹²²⁸ Vgl. zur schuldnerinternen Zuständigkeit ausserhalb von Insolvenzverfahren vorne N 460 ff.

¹²²⁹ BGE 116 II 320, vgl. vorne N 470 ff.

¹²³⁰ Vgl. die fast identische Begründung beim Konkursaufschub vorne N 487 ff.

¹²³¹ Respektive wird eine Konkurseröffnung von Amtes wegen vorgenommen, wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht (Art. 293a Abs. 3 SchKG, vgl. vorne N 71 ff.).

¹²³² Art. 296b Abs. 1 lit. b. SchKG.

zucht der Gläubiger unmöglich geworden ist, als auch keine Aussicht auf Bestätigung eines Nachlassvertrags (ordentlich oder mit Vermögensabtretung) mehr besteht¹²³³, mithin der Zweck der Stundung nicht mehr erreicht werden kann.

c. Ergebnis

- 669 Während der Stundung steht die Schuldnerin unter einem besonderen gesetzlichen Schutz¹²³⁴, damit sie die Sanierung und/oder den Abschluss eines Nachlassvertrags möglichst ungehindert vorantreiben kann. Diesen Schutz verdient sie nicht mehr, sobald der Zweck der Stundung - Sanierung und/oder Abschluss des Nachlassvertrags - illusorisch geworden ist. Gleichzeitig entfällt auch die Handlungsbefugnis der Organe (intern und extern) für Geschäfte, welche auf den Zweck der Stundung ausgerichtet sind. Mit Eintreten der Konkursreife können von allen Beteiligten entsprechend nur noch Handlungen im Hinblick auf die Konkursöffnung vorgenommen werden. Keinesfalls darf ab Konkursreife noch kurzerhand ein Betriebsverkauf, auch nur ein Teilverkauf, durchgeführt werden. Dazu ist niemand mehr, auch nicht die Schuldnerin, der Sachwalter und der Richter zusammen, ermächtigt. Vielmehr ist umgehend der Konkurs zu eröffnen und der Betrieb danach ganz oder teilweise im Rahmen eines Notverkaufs zu veräußern.
- 670 Diese Lösung drängt sich auch aus Sicht der Gläubiger auf, welche einen Anspruch darauf haben, dass die Stundung bei Aussichtslosigkeit umgehend aufgehoben wird. Letztlich sind es die Gläubiger, welche die Kosten einer zu langen Stundung tragen.
- 671 Eine (analoge) Anwendung der Rechtsprechung zur Zuständigkeit des Verwaltungsrats der konkursreifen Gesellschaft ist vor diesem Hintergrund mit der Stundung nicht kompatibel. Bei Konkursreife beschränkt sich die Verfügungsbefugnis von Schuldnerin und Sachwalter auf Handlungen, welche auf die Konkursöffnung abzielen. Damit erhält der Verwaltungsrat bei Konkursreife nicht erweiterte Kompetenzen (wie bei Konkursreife ausserhalb der Stundung), sondern - im Gegenteil - wird fast vollständig handlungsunfähig.

¹²³³ Wenn nur schon die fehlende Aussicht auf Sanierung ohne Verzicht der Gläubiger zur Konkursreife führte, befände sich die Schuldnerin, zumindest bei der Stundung im Hinblick auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, in einem permanenten Stadium der Konkursreife.

¹²³⁴ Zu den Schutzwirkungen der Stundung vgl. vorne N 76 ff.

C. Rolle der Gläubiger

Beim Betriebsverkauf während der Stundung offenbart sich deutlich, dass die Gläubiger über zu geringe Einflussmöglichkeiten verfügen¹²³⁵. Entsprechend den bereits gemachten Ausführungen sollte den Gläubigern beim Betriebsverkauf das Höhergebotsrecht gewährt werden, sofern sie zu Schaden kommen: 672

Die Gläubiger kommen zu Schaden, wenn immer die Stundung in einen Nachlassvertrag mündet. Sie müssen entsprechend schon auf den Betriebsverkauf während der Stundung Einfluss nehmen können. Nach der hier vertretenen Ansicht ist den Gläubigern daher das Höhergebotsrecht analog Art. 256 Abs. 3 SchKG zu gewähren, sofern der Liquidationswert mind. CHF 50'000 beträgt¹²³⁶. 673

Vom Betriebsverkauf während eines reinen Moratoriums sind die Gläubiger nicht (negativ) tangiert; vielmehr soll der Betriebsverkauf zur direkten oder zeitnahen Aufhebung der Stundung führen¹²³⁷. Entsprechend ist es gerechtfertigt, die Gläubiger nicht in den Betriebsverkauf einzubeziehen. Ihnen steht insbesondere kein Höhergebotsrecht zu. 674

III. Übergang der Arbeitsverhältnisse

A. Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen

Gemäss Art. 333b OR findet beim Betriebsübergang im Rahmen eines Nachlassverfahrens kein automatischer Übergang irgendwelcher Arbeitsverhältnisse statt. Möglich ist die vertragliche Übernahme von einzelnen oder sämtlichen Arbeitsverhältnissen¹²³⁸. Die Informations- und Konsultationsrechte resp. Pflichten gemäss Art. 333a OR gelten in Konkurs- und Nachlassverfahren gleichermassen¹²³⁹. 675

¹²³⁵ Vgl. vorne N 556 ff.

¹²³⁶ Vgl. die Ausführungen zum zweiten Lösungsvorschlag vorne N 577 ff. sowie 604.

¹²³⁷ Ist dies nicht der Fall wird die Schuldnerin einen Nachlassvertrag anstreben müssen.

¹²³⁸ Diesbezüglich kann auf die arbeitsrechtlichen Ausführungen zum Konkursverfahren verwiesen werden, welche mutatis mutandis auch für die Stundung gelten; vgl. vorne N 140 f. und 144 ff.

¹²³⁹ Art. 333b i.V.m. Art. 333a OR. Diesbezüglich kann auf die entsprechenden Ausführungen zum Konkursverfahren vorne unter N 152 ff. verwiesen werden.

- 676 Für die hier behandelte Stundung sei immerhin präzisiert, dass das Konsultationsverfahren komplett zu durchlaufen ist, bevor der Vertrag mit dem Erwerber unterzeichnet und der Richter seine Ermächtigung gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG erteilt hat¹²⁴⁰. Die Ermächtigung des Richters kann m.E. nicht vor Abschluss des Konsultationsverfahrens eingeholt werden, da der Richter ansonsten nicht die erforderliche Kenntnis der Verhältnisse in Bezug auf die Arbeitnehmer, oftmals sehr wichtige (privilegierte) Gläubiger und Stakeholder, hat¹²⁴¹. Die Zustimmung des Sachwalters ist theoretisch irrelevant, doch wird der Sachwalter beim Verkaufsprozess stark involviert sein und der Richter seine Zustimmung nicht ohne positive Empfehlung des Sachwalters erteilen¹²⁴².
- 677 Sodann sei betont, dass die vorne unter N 173 f. vertretene Ansicht betreffend die sinngemässe Anwendung von Art. 333a OR auch für die Stundung gilt. Das umfassende Konsultationsverfahren gemäss Art. 333a Abs. 2 OR ist in der Stundung gleichsam unpassend wie im Konkurs.

B. Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Massentlassungen

1. Massentlassung

- 678 Eine Massentlassung i.S. des Gesetzes (Art. 335d ff. OR) liegt vor, wenn ein Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen innert 30 Tagen (i) mindestens zehn Mitarbeitern in Betrieben mit 20 bis 99 Mitarbeitern oder (ii) mindestens 10 % der Mitarbeiter in Betrieben mit 100 bis 299 Mitarbeitern oder (iii) mindestens 30 Mitarbeitern in Betrieben mit mindestens 300 Mitarbeitern kündigt¹²⁴³.
- 679 Sog. gestaffelte Kündigungen, d.h. Kündigungen von einer gerade noch unter dem Schwellenwert liegenden Anzahl Mitarbeiter im Abstand von beispielsweise 31 Tagen ist grundsätzlich zulässig und im Hinblick auf die Wiedereingliederung der Entlassenen in den Arbeitsmarkt auch vorteilhaft¹²⁴⁴. Voraussetzung ist allerdings, dass sich ein derartiges Vorgehen betrieblich rechtfertigen lässt und nicht die Umgehung von Art. 335d ff. OR bezweckt. Etwaige Kündigungen durch Arbeitnehmer sind nicht zu berücksichtigen, selbst wenn sie vom

¹²⁴⁰ Vgl. zur Situation im Konkurs vorne N 169.

¹²⁴¹ Vgl. zu den für den Richter relevanten Zustimmungskriterien vorne N 624 ff. Gemäss MEIER / EXNER (2004), S. 221 ist allein entscheidend, „dass der Vertrag mit dem Verkäufer noch nicht definitiv abgeschlossen ist.“ Der definitive Abschluss des Vertrags wird wohl die Zustimmung des Richters beinhalten, so dass sich unsere Ansichten nicht unterscheiden.

¹²⁴² Vgl. vorne N 632 und insbesondere FN 1188; MEIER / EXNER (2004), S. 221.

¹²⁴³ Art. 335d OR.

¹²⁴⁴ AUBERT, in: CR CO-I (2012), N 8 zu Art. 335d.

Arbeitgeber provoziert wurden (ausser es liegt eine Gesetzesumgehung vor). Nicht zu berücksichtigen sind sodann Kündigungen durch den Arbeitgeber infolge schlechter Leistungen oder Fehlverhalten des betroffenen Mitarbeiters¹²⁴⁵.

2. Anwendbarkeit während der Stundung

Im Rahmen der jüngsten Sanierungsrechtsrevision hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Geltungsbereich der Bestimmungen über die Massentlassung (Art. 335d ff. OR) Eingang im Gesetz gefunden. Gemäss Art. 335e Abs. 2 OR sind Art. 333d ff. OR bei Massentlassungen im Konkurs (entspricht der Rechtslage seit BGE 123 II 176) und bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht anwendbar. Anders verhält es sich e contrario während der provisorischen Stundung (entspricht der Rechtslage seit BGE 130 III 102), was auch für die definitive Stundung zu gelten hat¹²⁴⁶. Sollen während einer Stundung (ob im Rahmen eines Betriebsverkaufs oder nicht) innert 30 Tagen eine gewisse Anzahl Kündigungen ausgesprochen werden, sind demzufolge die Bestimmungen zur Massentlassung und das entsprechende Konsultationsverfahren einzuhalten.

680

3. Konsultation gemäss Art. 335f OR

Beabsichtigt der Arbeitgeber eine solche Massentlassung vorzunehmen, hat er die Arbeitnehmervertretung, oder falls es keine gibt, die Arbeitnehmer - ähnlich wie bei beabsichtigten Massnahmen gemäss Art. 333a Abs. 2 OR, zu konsultieren¹²⁴⁷.

681

Der Arbeitgeber hat die Mitarbeiter über die Gründe der Massentlassung, die Anzahl der Kündigungen und die Anzahl der beschäftigten Mitarbeiter sowie den Zeitraum der Kündigungen erst zu informieren, und, dies der grosse Unterschied zur Konsultation gemäss Art. 333a Abs. 2 OR, dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie der Mitarbeiterinformation zuzustellen¹²⁴⁸.

682

Die Mitarbeiter müssen sodann die Möglichkeit haben, dem Arbeitgeber Vorschläge zur Vermeidung von sämtlichen oder einzelnen Kündigungen sowie zur

683

¹²⁴⁵ Vgl. zum Ganzen STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 3 ff. zu Art. 335d; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (2012), N 4 ff. zu Art. 335d OR.

¹²⁴⁶ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6497; MEIER / EXNER (2004), S. 215 ff.; LORANDI (2014a), S. 46. Dies war bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts jedoch strittig (vgl. die Darstellung der unterschiedlichen Lehrmeinungen bei POSSA / KREUTZ (2010), Rz 17 ff.).

¹²⁴⁷ Art. 335f Abs. 1 OR.

¹²⁴⁸ Art. 335f Abs. 4 OR.

Milderung der Folgen zu unterbreiten¹²⁴⁹. Dazu ist ihnen vom Arbeitgeber eine Frist anzusetzen¹²⁵⁰. Wie bei der Konsultation nach Art. 333a Abs. 2 OR hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmer anzuhören, sich ernsthaft mit den Vorschlägen auseinanderzusetzen und eine Nichtbefolgung auch zu begründen. Zu befolgen hat er sie nicht¹²⁵¹.

- 684 Das gesamte Konsultationsverfahren muss abgeschlossen sein, bevor der Arbeitgeber definitiv über die Kündigungen entscheidet¹²⁵². Den definitiven Entscheid über die beabsichtigte Massenentlassung hat der Arbeitgeber sodann dem kantonalen Arbeitsamt schriftlich anzuzeigen, mit Kopie an die Arbeitnehmervertretung resp. die Arbeitnehmer¹²⁵³. Das Arbeitsamt sucht spätestens dann, wohl aber bereits nach Erhalt der Kopie der Mitarbeiterinformation gemäss Art. 335f Abs. 4 OR¹²⁵⁴, nach Lösungen.

C. Doppelte Konsultation Art. 333a / Art. 335f OR

1. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

- 685 Für die vorliegende Arbeit ist die Massenentlassung dann relevant, wenn sie im Rahmen eines Betriebsverkaufs erfolgt. In diesem Fall ist gewissermassen eine doppelte Konsultation notwendig. Einerseits die Konsultation gemäss Art. 333a Abs. 2 OR, weil der Verkauf mit negativen Massnahmen für die Mitarbeiter verbunden ist (Entlassungen), andererseits die Konsultation gemäss Art. 335f OR.
- 686 Wie gesehen unterscheiden sich die beiden Konsultationsarten in wesentlichen Teilen nicht. Insbesondere sind Beginn und Ende, aber auch die Fristen sowie der Ablauf mit der Zweiteilung Information (mit Fristansetzung zur Einreichung von Vorschlägen) und eigentliche Konsultation (Anhörung, Auseinandersetzung, Begründung, Umsetzung) identisch.

¹²⁴⁹ Art. 335f Abs. 2 OR.

¹²⁵⁰ Vgl. zur Länge der Frist vorne N 166 f.

¹²⁵¹ Vgl. vorne N 167; POSSA / KREUTZ (2010), Rz 9; MEIER / EXNER (2004), S. 221; STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 3 zu Art. 335f.

¹²⁵² BGE 130 II 102 Erw. 4.2; vgl. vorne N 168.

¹²⁵³ Art. 335g Abs. 1 OR.

¹²⁵⁴ STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 3 zu Art. 335g.

Unterschiede ergeben sich hauptsächlich in Bezug auf den Inhalt der Information (vereinfacht dargestellt: Grund des Übergangs, Folgen und Massnahmen¹²⁵⁵ gegenüber Gründe der Massenentlassung, Anzahl der Kündigungen, Anzahl der Mitarbeiter, Zeitraum der Kündigungen¹²⁵⁶) sowie den Einbezug des kantonalen Arbeitsamts bei der Massentlassung. Zudem ist die Verletzung von Art. 335f OR - im Unterschied zur Information und Konsultation gemäss Art. 333a OR¹²⁵⁷ - gesetzlich sanktioniert¹²⁵⁸. 687

Zu beachten ist sodann, dass u.U. nicht dieselben Parteien konsultationsverpflichtet sind: Das Konsultationsverfahren gemäss Art. 333a Abs. 2 OR ist von demjenigen Arbeitgeber durchzuführen, der die entsprechenden Massnahmen plant, also möglicherweise auch vom Erwerber¹²⁵⁹. Die Massenentlassung und das damit verbundene Verfahren wird jedoch stets der bisherige Arbeitgeber durchführen. 688

Auch betreffend Konsultationsberechtigung können sich Unterschiede ergeben. Bei einer Konsultation im Rahmen einer Massenentlassung sind in jedem Fall sämtliche Arbeitnehmer (unabhängig ob ein Arbeitnehmer entlassen werden soll oder nicht) zu begrüssen¹²⁶⁰, wobei bei der Konsultation gemäss Art. 333a OR zu unterscheiden ist, wen die beabsichtigten Massnahmen betreffen¹²⁶¹. 689

2. Vorschlag

a. Kombiniertes Konsultationsverfahren

Vor diesem Hintergrund ist bei einem Betriebsverkauf während der Stundung, im Rahmen dessen eine Massenentlassung vorgenommen wird, nicht angezeigt, zwei separate Konsultationsverfahren durchzuführen. Vielmehr sind in einem 690

¹²⁵⁵ Art. 333a Abs. 1 und 2 OR.

¹²⁵⁶ Art. 335f Abs. 3 OR.

¹²⁵⁷ Vgl. vorne N 159.

¹²⁵⁸ Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses in Verletzung der Konsultationsrechte gemäss Art. 335f OR gilt als missbräuchlich mit Entschädigungsfolgen in der Höhe von maximal zwei Monatslöhnen (Art. 336 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 336a Abs. 3 OR). Sodann führt die Unterlassung der Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt zur Verlängerung der Kündigungsfrist auf unbestimmte Zeit (Art. 335g Abs. 4 OR). Das Arbeitsverhältnis geht damit weiter, wobei der Lohnanspruch durch Art. 324 OR begrenzt ist (AUBERT, in: CR CO-I (2012), N 6 zu Art. 335g).

¹²⁵⁹ Vgl. vorne N 155 i.f.

¹²⁶⁰ PORTMANN / RUDOLPH, in: BSK OR-I (2015), N 9 zu Art. 335f.

¹²⁶¹ Vgl. vorne N 157.

einziges Verfahren die Informationen gemäss Art. 333a und Art. 335f Abs. 2 OR zu vermitteln und die seitens der Arbeitnehmer eingegangenen Vorschläge anzuhören und deren Nichtbefolgung zu begründen. Dabei sollte klar ersichtlich sein, dass es sich um ein kombiniertes Konsultationsverfahren handelt. Wenn möglich sollten Veräusserer und Erwerber das Verfahren gemeinsam durchführen. U.U. kann es angebracht sein, dem kantonalen Arbeitsamt nur die für deren Zwecke notwendigen Informationen zukommen zu lassen.

b. Umfassendes Konsultationsverfahren

- 691 Wie bei der Konsultation gemäss Art. 333a OR, stellt sich auch bei der kombinierten Konsultation die berechnigte Frage, ob ein vollständiges Konsultationsverfahren in der Stundung sachgerecht ist¹²⁶².
- 692 Grundsätzlich sprechen die gleichen Gründe wie beim Konsultationsverfahren gemäss Art. 333a OR im Konkurs für oder gegen ein umfassendes Konsultationsverfahren während der Stundung¹²⁶³. Die Ausgangslage ist bei einem Betriebsverkauf mit damit einhergehender Massenentlassung allerdings speziell: Einerseits hat das (schwächere) Konsultationsverfahren gemäss Art. 333a OR einen weiteren Geltungsbereich (Konkurs- sowie Nachlassverfahren), dafür erfolgt die Anwendung nur sinngemäss¹²⁶⁴. Das (sanktionierte) Konsultationsverfahren gemäss Art. 335f OR hingegen gilt nur während der Stundung, dafür aber fehlt ein „sinngemäss“, welches eine reduzierte Anwendbarkeit rechtfertigen würde¹²⁶⁵. Aufgrund des klaren Wortlauts von Art. 335e Abs. 2 OR und der Botschaft¹²⁶⁶ muss daher - sobald eine Massenentlassung während der Stundung ansteht - ein umfassendes Konsultationsverfahren durchgeführt werden. Immer-

¹²⁶² Gemäss GASSER (2014), S. 13 ist ein Konsultationsverfahren während der Stundung mit Blick auf die neuen Gläubigerorgane (Gläubigerausschuss und ausserordentliche Gläubigerversammlung bei einer Stundungsdauer von mehr als zwölf Monaten) „Zuviel-des-Guten“, kompliziert und wenig praxisgerecht. IANNI (2014), S. 105 ff. betrachtet das Konsultationsverfahren bei einer Massenentlassung während der Stundung als wenig zweckmässig, jedoch dogmatisch gerechtfertigt. Vgl. auch die Argumente von POSSA / KREUTZ (2010), Rz 19 ff. (zwar unter altem Recht, aber immer noch gültig) gegen das Konsultationsverfahren während der der Stundung.

¹²⁶³ Vgl. vorne N 170 ff.

¹²⁶⁴ Art. 333b 2. Satz OR.

¹²⁶⁵ Vgl. Art. 335e Abs. 2 OR.

¹²⁶⁶ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6496 f. unter Hinweis auf BGE 130 III 102 Erw. 3.1.

hin wird die Dringlichkeit, die bei einem Betriebsverkauf während der Stundung zwingend vorliegen muss¹²⁶⁷, bei der konkreten Umsetzung des Konsultationsverfahrens bis zu einem gewissen Grad berücksichtigt werden dürfen¹²⁶⁸.

D. Sozialplanpflicht bei reinem Moratorium

Arbeitgeber mit mindestens 250 Mitarbeitern, welche beabsichtigen, innert 30 Tagen mindestens 30 Mitarbeitern aus betrieblichen Gründen zu kündigen, müssen nach neuem Recht einen Sozialplan aufstellen¹²⁶⁹. Diese Sozialplanpflicht besteht gerade nicht bei Massenentlassungen, die während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgen, sofern tatsächlich ein Nachlassvertrag zustande kommt¹²⁷⁰. Folglich ist nur dann von Gesetzes wegen ein Sozialplan aufzustellen, wenn die Massentlassung während einer Stundung erfolgt, welche als reines Moratorium ohne Nachlassvertrag wieder aufgehoben werden sollte¹²⁷¹. 693

Es kommt durchaus vor, dass zu Beginn einer Stundung nicht klar ist, ob die Sanierung mit oder ohne Nachlassvertrag erfolgen soll (und natürlich ob sie überhaupt gelingen wird)¹²⁷². Eine Massenentlassung wird aber regelmässig gleich zu Beginn oder zumindest in der Anfangsphase ausgesprochen werden. Folglich besteht in solchen Konstellationen eine erhebliche Unsicherheit, ob eine Sozialplanpflicht besteht (resp. nach Aufhebung der Stundung bestehen wird)¹²⁷³. Immerhin darf der Sozialplan den Fortbestand des Betriebs nicht gefährden¹²⁷⁴. 694

¹²⁶⁷ Der Betriebsverkauf während der Stundung ist - unter Vorbehalt der vollständigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger - nur bei Vorliegen einer Notverkaufssituation analog Art. 243 Abs. 2 SchKG überhaupt zulässig, vgl. vorne N 570 ff.

¹²⁶⁸ Nach dem Gesagten geht diese Berücksichtigung zu *einem gewissen Grad* allerdings deutlich weniger weit als das vorgeschlagene zeitlich verkürzte Konsultationsverfahren gemäss Art. 333a OR (vgl. dazu vorne N 173 f.).

¹²⁶⁹ Art. 335i Abs. 1 OR.

¹²⁷⁰ Art. 335k OR.

¹²⁷¹ Gl.M. BACHMANN (2014), S. 10; HUNKELER (2013), Rz 13; STAEHELIN (2013), S. 1740. A.A. STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 7 zu Art. 335g, wonach während der bewilligten Stundung die Bestimmungen über den Sozialplan ohne Weiteres anwendbar sind sowie, das andere Extrem, GASSER (2014), S. 13, wonach die Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen im Rahmen eines Nachlassverfahrens nicht greift. Unklar FISCHER / TROST ANDREA (2014), Rz 18. Vgl. auch vorne N 142 f.

¹²⁷² Vgl. vorne N 70.

¹²⁷³ LORANDI (2014a), S. 48; BACHMANN (2014), S. 9.

¹²⁷⁴ Art. 335h Abs. 2 OR.

- 695 Während der Stundung wird eine gewisse Gefährdung des Betriebs ohnehin vorliegen, weshalb m.E. mit guten Gründen regelmässig selbst dann auf einen Sozialplan verzichtet werden kann, wenn a priori kein Nachlassvertrag angestrebt wird¹²⁷⁵. In vielen Fällen wird eine Schuldnerin jedoch, umso mehr wenn eine drastische Massnahme wie eine Massentlassung notwendig ist, einen Nachlassvertrag anstreben. Ein Sozialplan wird beim Betriebsverkauf während der Stundung auch aus diesem Grund sehr selten aufgestellt werden müssen¹²⁷⁶.

IV. Anfechtungsrisiken

- 696 Mittels der sog. paulianischen Anfechtungsklage können Vermögenswerte, welche während einer (Verdachts-)Frist von einem resp. fünf Jahren vor Pfändung oder Konkurseröffnung auf gläubigerschädigende Art und Weise entäußert worden sind, nachträglich zur Zwangsvollstreckung hinzugezogen werden¹²⁷⁷. Anfechtungsklagen sind nur bei einem späteren Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung überhaupt möglich, nicht aber während der Stundung oder bei einem ordentlichen Nachlassvertrag¹²⁷⁸.
- 697 In der Vergangenheit waren die Risiken einer paulianischen Anfechtung gerade beim Verkauf des Betriebs während der Stundung besonders hoch, da ein späterer Konkurs der Verkäuferin angesichts der angespannten Situation nicht unwahrscheinlich oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gar beabsichtigt ist. Das Anfechtungsrisiko war selbst dann latent vorhanden, wenn sowohl der Richter als auch der Sachwalter dem Betriebsverkauf zustimmten¹²⁷⁹. Das Risiko war in der letztgenannten Situation angesichts einer gewissen Objektivität (Mitwirkung des neutralen Richters) zwar geringer, jedoch nicht auszuschliessen. Diese Rechtslage war der Transaktionssicherheit äusserst abträglich.
- 698 Eine der wesentlichen Änderungen des am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Sanierungsrechts besteht in Art. 285 Abs. 3 SchKG, wonach Rechtshandlungen

¹²⁷⁵ Vgl. BACHMANN (2014), S. 11, der einen Schritt weiter geht und die Streichung des Zusatzes „das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird“ in Art. 335k OR fordert.

¹²⁷⁶ Für weitere Details zum Sozialplan nach neuem Sanierungsrecht sei auf die Spezialliteratur verwiesen: STAEHELIN, in: ZK OR (2014), N 6 f. zu Art. 335g (Abschnitt zum neuen Sanierungsrecht); FISCHER / TROST ANDREA (2014), Rz 12 ff.; VISCHER (2014), S. 125 ff.; FULD / DEPIERRE (2014), Rz 1 ff. WIDMER (2014), Rz 20 ff.; CIRIGLIANO (2014), Rz 1 ff.

¹²⁷⁷ Art. 285 ff. SchKG.

¹²⁷⁸ BGE 134 III 273 Erw. 4.4.2.

¹²⁷⁹ BGE 134 III 273 Erw. 4.3.2 und 4.4.2.

während der Stundung, sofern sie von einem Gericht oder einem Gläubigerausschuss genehmigt wurden, nicht anfechtbar sind. Wie dargelegt sind (Teil-)Betriebsverkäufe während der Stundung aufgrund von Art. 298 Abs. 2 SchKG in aller Regel dem Richter resp. dem Gläubigerausschuss vorzulegen¹²⁸⁰, womit eine Anfechtungsklage entfällt, selbst wenn die Stundung in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung endet oder über die Verkäuferin gar der Konkurs eröffnet werden muss. Sollte mit einem (Teil-)Betriebsverkauf ausnahmsweise nicht die Veräußerung von Anlagevermögen einhergehen und dieser damit von Art. 298 Abs. 2 SchKG nicht erfasst sein, besteht nach zutreffender Ansicht dennoch die Möglichkeit, den Verkauf dem Richter resp. Gläubigerausschuss vorzulegen, eben um die gewünschte Transaktionssicherheit zu erhalten¹²⁸¹. Unabhängig ob eine Transaktion aufgrund Art. 298 Abs. 2 SchKG oder (nur) Art. 285 Abs. 3 SchKG vorgelegt wird, haben Richter und Gläubigerausschuss sich an denselben Kriterien für die Genehmigung zu orientieren¹²⁸².

Entsprechend kommen inskünftig beim Betriebsverkauf während der Stundung Anfechtungsklagen äusserst selten zum Tragen. Für Details zu den Anfechtungsklagen sei auf die entsprechenden Ausführungen im Kapitel zum Konkursaufschub verwiesen¹²⁸³.

699

V. Rechtsnatur und Modalitäten

A. Klassifizierung

Zur Bestimmung der konkreten Modalitäten und anwendbaren Normen ist der Betriebsverkauf zu klassifizieren:

700

1. Privat- oder öffentlichrechtlich

Der Betriebsverkauf während der Stundung wird in aller Regel von der Schuldnerin selber beschlossen (je nach Bedeutung entweder vom Verwaltungsrat oder der Generalversammlung) und vom Verwaltungsrat mit Unterstützung des Sachwalters umgesetzt. Selbst wenn der Sachwalter von Anfang an miteinbezogen wird und er den Vertrag auch mitunterzeichnet, tritt letztlich einzig die

701

¹²⁸⁰ Vgl. vorne N 617 ff.

¹²⁸¹ LORANDI (2014a), S. 41 f.

¹²⁸² Vgl. die relevanten Kriterien vorne N 624 ff.

¹²⁸³ Vgl. vorne N 506 ff.

Schuldnerin als Verkäuferin ihres Betriebs auf¹²⁸⁴. Verkäuferin ist damit eine Privatperson, ebenso wie in aller Regel der Erwerber. Rechtsgeschäfte unter Privaten sind - abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen - privatrechtlicher Natur¹²⁸⁵.

- 702 Der Richter kann den schuldnerischen Organen während der Stundung die Verfügungsbefugnis vollständig entziehen und den Verkauf des Betriebs durch den Sachwalter anordnen¹²⁸⁶. Dem Betriebsverkauf zwischen der Schuldnerin (handelnd durch den Sachwalter) und dem Erwerber kommt in diesem Fall - den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen entsprechend - öffentlichrechtliche Rechtsnatur zu, da er von einem öffentlichen Organ gestützt auf eine öffentlichrechtliche Norm in Ausübung einer öffentlichen Aufgabe erlassen wird¹²⁸⁷.

2. Mit oder ohne Gläubigerschädigung

- 703 Bei der Stundung im Hinblick auf einen Nachlassvertrag (ob ordentlich oder mit Vermögensabtretung) kommen die Gläubiger zu Schaden; entsprechend sind die Gläubiger auch vom Betriebsverkauf während dieser Verfahren tangiert und müssen miteinbezogen werden. Anders verhält es sich beim reinen Moratorium. Der Betriebsverkauf trägt im Idealfall direkt zur erfolgreichen Sanierung bei. Die Gläubiger kommen nicht zu Schaden und müssen nicht beigezogen werden.

B. Privatrechtlicher Betriebsverkauf mit Gläubigerschädigung

1. Anwendbare Normen

- 704 Der privatrechtliche Betriebsverkauf erfolgt mittels Asset Deal nach OR. Verpflichtungsgeschäft bildet ein Geschäftsübernahmevertrag sui generis. Die ein-

¹²⁸⁴ Vgl. vorne N 629 ff.

¹²⁸⁵ Vgl. vorne N 96.

¹²⁸⁶ Vgl. dazu vorne N 635 ff.

¹²⁸⁷ Vgl. vorne N 98. A.A. RÜD (2003), S. 86, wonach dem vom Sachwalter während der Stundung abgeschlossenen Betriebsverkauf (selbst wenn er gegen den Willen der Schuldnerin erfolgt) privatrechtliche Rechtsnatur zukommt.

zelen Aktiven werden anlässlich des Vollzugs mit den für ihren Typus entsprechenden (sachenrechtlichen) Übertragungsmodalitäten auf den Erwerber übertragen¹²⁸⁸.

Der privatrechtlichen Rechtsnatur zum Trotz kommen *diverse zwangsvollstreckungsrechtliche Normen analog* zur Anwendung. Ein Betriebsverkauf während der Stundung mit Gläubigerschädigung ist nur unter eingeschränkten Bedingungen überhaupt zulässig (Dringlichkeit analog Notverkauf im Konkurs, Art. 243 Abs. 2 SchKG). Sodann sind die Gläubiger einzuladen, ein Höhergebot einzureichen (Art. 256 Abs. 3 SchKG analog)¹²⁸⁹. Angesichts des erlittenen Gläubigerschadens sind sodann diverse Vorschriften betreffend Gläubigerschutz von grosser Bedeutung. Darunter fallen einmal Art. 305 und 306 SchKG, welche der Richter bei der Erteilung seiner Genehmigung gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG bereits (bejahend) zu berücksichtigen hat.

705

2. Abgabe von Gewährleistungen

Aufgrund der privatrechtlichen Natur ergeben sich keine gesetzlichen Einschränkungen betreffend Gewährleistungen. Gewährleistungen und Garantien sind demnach grundsätzlich zulässig; Art. 234 Abs. 1 OR ist auf den privatrechtlichen Betriebsverkauf während der Stundung nicht direkt anwendbar. M.E. kommt Art. 234 Abs. 1 OR aufgrund der besonderen Umstände in der Stundung jedoch immer analog zur Anwendung.

706

a. Ziel ordentlicher Nachlassvertrag

Soll die Stundung mittels ordentlichem Nachlassvertrag beendet und die Schuldnerin saniert werden, sind Gewährleistungen und Garantien zwar möglich, allerdings nicht uneingeschränkt, da die Schuldnerin in jedem Fall in der Lage sein muss, etwaige Ansprüche aus Gewährleistungen und Garantien nach Aufhebung der Stundung selbständig abzuwehren resp. dafür aufzukommen. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass die vereinbarten Gewährleistungen umfangsmässig begrenzt werden müssen, mindestens in dem Umfang, dass eine Wandelung durch den Erwerber mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Gerade angesichts des Schadens der Gläubiger und nicht zuletzt auch aufgrund des von den Aktionären geleisteten Sanierungsbeitrags muss vermieden werden, dass die Schuldnerin aufgrund von Gewährleistungsansprüchen gleich wieder in

707

¹²⁸⁸ Vgl. zum Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft beim Asset Deal nach OR vorne N 103 ff.

¹²⁸⁹ Vgl. zu den weiteren (insgesamt fünf) Voraussetzungen des Betriebsverkauf mit Gläubigerschädigung während der Stundung vorne N 602 ff. und die dort gemachten Verweise.

Schwierigkeiten gerät. Zeitliche Begrenzungen der Gewährleistungen sind nicht zwingend notwendig, da die Schuldnerin nach der Sanierung wieder für grundsätzlich unbeschränkte Zeit am Wirtschaftsleben teilnehmen soll.

b. Ziel Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

- 708 Eine analoge Anwendung von Art. 234 Abs. 1 OR drängt sich erst recht auf, wenn die Stundung in einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung münden soll, die Schuldnerin also liquidiert werden wird. In diesem Fall besteht die Gefahr, dass das Nachlassliquidationsverfahren durch Auseinandersetzungen infolge von unklaren Gewährleistungsansprüchen erheblich verzögert wird. Auch wären etwaige Gewährleistungsansprüche angesichts der bevorstehenden Liquidation der Schuldnerin regelmässig wertlos. Gewährleistungen sind daher mit Zurückhaltung, umfangmässig beschränkt und nur für eine relativ kurze Zeitspanne abzugeben.

C. Privatrechtlicher Betriebsverkauf ohne Gläubigerschädigung

1. Anwendbare Normen

- 709 Der Betriebsverkauf erfolgt mittels Asset Deal nach OR, wobei ein Geschäftsübernahmevertrag sui generis das Verpflichtungsgeschäft bildet. Die einzelnen Aktiven werden anlässlich des Vollzugs mit den für ihren Typus entsprechenden (sachenrechtlichen) Übertragungsmodalitäten auf den Erwerber übertragen¹²⁹⁰. Mangels Gläubigerschädigung ist der Betriebsverkauf auch ohne Vorliegen einer Notverkaufssituation, d.h. auch ohne Dringlichkeit, zulässig. Die Gläubiger sind nicht (negativ) tangiert und müssen nicht ins Verfahren einbezogen werden.
- 710 Aufgrund der Tatsache, dass sich die Verkäuferin in einem Nachlassverfahren befindet, ergeben sich einzig gewisse zeitliche Schranken für die Abwicklung des Verkaufs. Das Nachlassverfahren ist zeitlich befristet; dies gilt sowohl für die provisorische (maximal vier Monate) als auch für die definitive Stundung

¹²⁹⁰ Vgl. vorne N 103 ff.

(maximal 24 Monate)¹²⁹¹. Entsprechend muss der Verkauf vor Ablauf der konkret bewilligten Dauer abgeschlossen¹²⁹² und die Sanierung gelungen sein, damit der Richter die Stundung aufheben kann¹²⁹³ (andernfalls eine Verlängerung der Stundung, sofern noch unter der Maximaldauer, beantragt werden muss¹²⁹⁴).

2. Abgabe von Gewährleistungen

Aufgrund der privatrechtlichen Natur ergeben sich keine gesetzlichen Einschränkungen betreffend Gewährleistungen. Gewährleistungen und Garantien sind demnach grundsätzlich zulässig; Art. 234 Abs. 1 OR ist jedoch analog anwendbar. 711

Gewährleistungen und Garantien sind entsprechend nicht unbegrenzt zulässig, sondern nur unter der Voraussetzung, dass die Stundung im Anschluss an den Verkauf - unter angemessener Berücksichtigung etwaiger Gewährleistungsverpflichtungen gegenüber dem Erwerber - ohne Nachlassvertrag aufgehoben werden kann. Vorausgesetzt ist damit, dass die wieder aufrecht stehende Schuldnerin etwaige Gewährleistungsansprüche nach Aufhebung der Stundung selbständig abwehren resp. dafür aufkommen kann¹²⁹⁵. Auch hier gilt folglich, dass die vereinbarten Gewährleistungen die sanierte Schuldnerin, selbst wenn sie vom Erwerber vollständig in Anspruch genommen werden, nicht in ihrer Existenz gefährden darf. In jedem Fall sind die Gewährleistungen umfangmässig so zu begrenzen, dass eine Wandelung des Betriebsverkaufs ausgeschlossen ist. Eine Beschränkung der Gewährleistungsdauer ist nicht zwingend. 712

¹²⁹¹ Art. 293a Abs. 2 SchKG; Art. 295b Abs. 1 SchKG; vgl. dazu vorne N 71 und 79.

¹²⁹² Nicht der Abschluss der Transaktion ist verlangt, jedoch muss der Kaufpreis geflossen sein, damit die Gläubiger befriedigt werden können und die Sanierung als abgeschlossen gelten kann. Dies bedingt i.d.R. freilich den Abschluss der Transaktion.

¹²⁹³ Art. 296a Abs. 1 SchKG.

¹²⁹⁴ Art. 295b SchKG.

¹²⁹⁵ Bei einem Gesamtverkauf wird die Schuldnerin nach Aufhebung der Stundung nach Art. 736 ff. OR liquidiert. Auch in diesem Fall muss die Schuldnerin etwaige Gewährleistungsansprüche selbständig abwehren können resp. in der Lage sein, dafür aufzukommen. Dabei muss beachtet werden, dass die Liquidation während der Gewährleistungsdauer nicht abgeschlossen werden kann (Art. 744 Abs. 2 OR).

D. Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf

- 713 Der (seltene) öffentlichrechtliche Betriebsverkauf während der Stundung wird in aller Regel mittels Freihandverkauf abgewickelt¹²⁹⁶.

VI. Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Betriebsverkauf

- 714 Die Rechtsbehelfe, das anwendbare Verfahren und die Zuständigkeiten für Streitigkeiten gegen oder im Zusammenhang mit dem Betriebsverkauf unterscheiden sich grundlegend, je nachdem ob es sich beim Betriebsverkauf um ein privat- oder öffentlichrechtliches Rechtsgeschäft handelt. Die Freihandverkaufsverfügung resp. der Steigerungszuschlag sind als öffentlichrechtliche Verfügungen mittels SchKG-Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG anfechtbar¹²⁹⁷. Demgegenüber sind Auseinandersetzungen betreffend den privatrechtlichen Asset Deal nach OR in einem Zivilverfahren nach ZPO zu beurteilen¹²⁹⁸.
- 715 Kommt es zwischen der Schuldnerin und dem Erwerber zu einer Streitigkeit betreffend einen privatrechtlichen Asset Deal und kann diese nicht gütlich bereinigt werden, hat (in der Regel) der Erwerber eine Preisminderungsklage anzustrengen. Da sich der Anspruch des Verkäufers normalerweise auf die Kaufpreisforderung beschränkt, hat er in diesen Fällen den nicht oder nicht vollständigen bezahlten Kaufpreis klageweise geltend zu machen. Sowohl Erwerber (Preisminderungsklage) wie auch Verkäuferin (Klage auf Bezahlung des Kaufpreises) werden daher einen normalen Forderungsprozess anstrengen. Bei einem Streitwert bis Fr. 30'000 kommt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung, andernfalls das ordentliche¹²⁹⁹. Aufgrund der Tatsache, dass sich die Verkäuferin in der Stundung befindet, mag an der Zuständigkeit der Zivilgerichte und der Verfahren nach ZPO nichts ändern. Derartige Streitigkeiten sind aus folgenden Gründen allerdings selten:
- 716 *Erstens* weil Gewährleistungen auch beim privatrechtlichen Asset Deal nur mit Zurückhaltung zu gewähren sind und vor dem Hintergrund der finanziellen Probleme der Verkäuferin ohnehin einen beschränkten Wert haben, Gewähr-

¹²⁹⁶ Für die Modalitäten des Betriebsverkaufs mittels öffentlichrechtlicher Verfügung vgl. vorne N 179 ff., zum Freihandverkauf insbesondere N 194 ff.

¹²⁹⁷ Vgl. zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des öffentlichrechtlichen Betriebsverkaufs vorne N 236 ff.

¹²⁹⁸ LORANDI (2000b), S. 850; AMONN / WALTHER (2013), § 26 N 23.

¹²⁹⁹ Art. 219 und 243 Abs. 1 ZPO.

leistungsansprüche aber der weitaus häufigste Grund von Auseinandersetzungen darstellen. Selbst wenn Gewährleistungen vereinbart werden, müssen sie umfangmässig begrenzt werden, damit ein Anspruch auf Wandelung gar nicht erst entstehen kann¹³⁰⁰.

Zweitens wird der Verkauf während der Stundung in der Regel Zug um Zug gegen Bezahlung des gesamten Kaufpreises vollzogen, so dass die Verkäuferin in aller Regel zum Geld kommt und keinen Prozess anzustrengen braucht. Hierfür wird und muss der Sachwalter (sowie der Richter bei der Genehmigung gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG) auf jeden Fall besonders achten. 717

Drittens wird das professionelle Verkaufsverfahren, die enge Begleitung des Verkaufsprozesses durch den Sachwalter sowie die zwingende richterliche Genehmigung gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG dazu führen, dass der Betriebsverkauf resp. der von den Parteien unterzeichnete Geschäftsübertragungsvertrag kaum je nichtig i.S.v. Art. 20 OR sein wird¹³⁰¹. 718

Sodann sind Willensmängel auf Seiten des Erwerbers¹³⁰² höchst unwahrscheinlich, umso mehr als kaum Gewährleistungen abgegeben werden und wiederum auch durch den professionellen und mehrstufigen Verkaufsprozess Willensmängel verhindert werden. Mangels Gewährleistungen bleibt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kaum noch Raum für die Geltendmachung eines Grundlagenirrtums¹³⁰³. 719

Der *Hauptgrund* für die seltenen Streitigkeiten im Zusammenhang mit privatrechtlichen Betriebsverkäufen während der Stundung besteht jedoch darin, dass gestützt auf den Geschäftsübertragungsvertrag einzig die Vertragsparteien - die Schuldnerin (als Verkäuferin) und der Erwerber - überhaupt Ansprüche geltend machen können. Im Gegensatz zum öffentlichrechtlichen Betriebsverkauf scheiden damit insbesondere die Gläubiger als Kläger resp. Beschwerdeführer aus¹³⁰⁴. Beim öffentlichrechtlichen Betriebsverkauf sind es jedoch in aller Regel einzelne Gläubiger, welche Beschwerde führen, zumal die Verfahren kostenlos sind und keine Parteientschädigungen zugesprochen werden¹³⁰⁵. 720

¹³⁰⁰ Vgl. vorne N 706 ff. und 711 f.

¹³⁰¹ Vgl. vorne N 606 ff.

¹³⁰² Auf Seiten der veräussernden Schuldnerin sind Willensmängel ausgeschlossen.

¹³⁰³ BGE 91 II 275 Erw. 2. b).

¹³⁰⁴ LORANDI (2000b), S. 855. Dies sollte gemäss KRAMPF geändert werden (KRAMPF (2003), S. 21).

¹³⁰⁵ Art. 20 Abs. 2 Ziff. 5 SchKG, Art. 61 Abs. 2 lit. a und Art. 62 Abs. 2 GebV; vgl. auch vorne N 244 und 261.

- 721 Die Gläubiger sind vom Geschäftsübertragungsvertrag nur mittelbar betroffen und können mangels Aktivlegitimation keine Klage erheben (oder ein Rechtsmittel ergreifen). Vielmehr haben sie ihre Rechte anlässlich der Gläubigerversammlungen im Nachlassverfahren geltend zu machen. Die beschränkten Gläubigerrechte während der Stundung sind mit ein Grund dafür, dass ein Betriebsverkauf aus Sicht der Schuldnerin und des Erwerbers oftmals vorteilhafter ist als ein Verkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung¹³⁰⁶.
- 722 In dieser Arbeit wird nicht weiter auf die zivilrechtlichen Streitigkeiten eingegangen.

¹³⁰⁶ Vgl. sogleich N 727.

Kapitel 2 : Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags

I. Allgemeines

A. Zum ordentlichen Nachlassvertrag

Ziel eines ordentlichen Nachlassvertrags ist die Sanierung der Schuldnerin unter gleichmässigem, freiwilligem oder unfreiwilligem, Verzicht sämtlicher Gläubiger. Im Unterschied zum Konkurs und zum Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (aber gleich wie beim Konkursaufschub) wird nicht die Liquidation, sondern der Fortbestand der Schuldnerin angestrebt. 723

Ein ordentlicher Nachlassvertrag ist entweder als Dividenden- (resp. Prozent-) oder Stundungsvergleich ausgestaltet. Bei Ersterem verzichten die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderung (sie erhalten also, ähnlich wie im Konkurs, lediglich einen prozentualen Anteil ihrer Forderung, die sog. Nachlassdividende), bei Letzterem gewähren sie der Schuldnerin eine längere Zahlungsfrist, werden aber vollständig befriedigt¹³⁰⁷. Die beiden Typen können miteinander kombiniert werden, was in der Praxis häufig vorkommt¹³⁰⁸. 724

Das Gesetz sieht seit 1. Januar 2014 ausdrücklich vor, dass die Nachlassdividende ganz oder teilweise aus Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der Schuldnerin oder einer Auffanggesellschaft bestehen kann¹³⁰⁹. Folglich können die Gläubiger durch Mehrheitsbeschluss¹³¹⁰ gezwungen werden, Aktionäre der Schuldnerin oder einer Auffanggesellschaft zu werden. 725

¹³⁰⁷ Der Stundungsvergleich ist in der Praxis selten anzutreffen (GUGGISBERG / HARDMEIER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 18 zu Art. 314).

¹³⁰⁸ AMONN / WALTHER (2013), § 53 N 19.

¹³⁰⁹ Art. 314 Abs. 1^{bis} SchKG. Dieses Vorgehen war bereits unter altem Recht zulässig und wurde auch praktiziert (HARI / GMÜNDER (2013), S. 575; BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 5 i.f. zu Art. 318).

¹³¹⁰ Art. 305 SchKG.

- 726 Ein ordentlicher Nachlassvertrag beinhaltet von Gesetzes wegen zwingend den Verzicht der Gläubiger (prozentualer Anteil der Forderung und/oder gewährte längere Zahlungsfrist) und eine genaue Regelung der Pflichten (Zahlungsmodalitäten und insbesondere Zahlungsfrist) der Schuldnerin¹³¹¹. Bezüglich Regelungsgehalt eines ordentlichen Nachlassvertrags besteht folglich ein erheblicher Spielraum.
- 727 Klarerweise nicht zum typischen Inhalt eines ordentlichen Nachlassvertrags gehört jedoch ein Betriebsverkauf. Zum einen wird ein Teilbetriebsverkauf mit Vorteil schon während der Stundung vollzogen um danach aus dem Erlös den Gläubigern die im ordentlichen Nachlassvertrag vereinbarte Nachlassdividende zu bezahlen. Ein Verkauf während der Stundung ist rascher und einfacher zu bewerkstelligen, da Sachwalter und Verwaltungsrat die Verkaufsverhandlungen ohne Beizug der Gläubiger führen können und die Gläubiger dem Verkauf nicht zustimmen müssen¹³¹². Zum anderen wird ein ordentlicher Nachlassvertrag nicht selten mit einem Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung kombiniert¹³¹³. In einer solchen Konstellation ist der Verkauf des Betriebsteils immer Bestandteil des Nachlassvertrags mit teilweiser Vermögensabtretung und nicht des ordentlichen Nachlassvertrags¹³¹⁴. Damit ist aber keineswegs gesagt, dass ein Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags ausgeschlossen ist¹³¹⁵.

B. Strukturierungsvarianten

1. Kein Gesamtverkauf

- 728 Der Verkauf des gesamten Betriebs scheidet von vornherein aus, weil damit die für einen ordentlichen Nachlassvertrag unentbehrliche Fortführung des Betriebs verunmöglicht wird. Ein Gesamtverkauf ist daher, vorausgesetzt die Gläubiger

¹³¹¹ Art. 314 Abs. 1 SchKG.

¹³¹² Vgl. zu den Voraussetzungen eines Betriebsverkaufs während der Stundung (im Hinblick auf den Abschluss eines ordentlichen Nachlassvertrags, mithin mit Gläubigerschädigung) vorne N 602 ff.).

¹³¹³ HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 8 zu Art. 314.

¹³¹⁴ Vgl. hinten N 808.

¹³¹⁵ Das Pendant zum Betriebsverkauf im ordentlichen Nachlassvertrag ist der Plan Sale im Chapter 11, welcher die Grundform des Betriebsverkaufs in den US-amerikanischen Konkursverfahren darstellt, aber auch dort deutlich weniger verbreitet ist als dessen kleiner Bruder, der § 363 Sale (vgl. hinten N 972).

können nicht vollständig befriedigt werden¹³¹⁶, mittels Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abzuwickeln. Denkbar ist folglich einzig der Verkauf eines Betriebsteils.

2. Betriebsverkauf ist Teil des ordentlichen Nachlassvertrags

Der Verkauf eines Betriebsteils kann direkt im ordentlichen Nachlassvertrag geregelt sein¹³¹⁷. Angesichts der unterschiedlichen Parteien von Nachlassvertrag (Schuldnerin und Gläubiger) und Vertrag betreffend den Teilbetriebsverkauf (Schuldnerin und Dritterwerber) wird Letzterer dem Nachlassvertrag angehängt. Der Erlös aus dem Betriebsverkauf wird gemäss Regelung im Nachlassvertrag verwendet.

729

3. Grundsatzbeschluss im ordentlichen Nachlassvertrag

Denkbar ist aber auch, dass ein Teilbetriebsverkauf im ordentlichen Nachlassvertrag dem Grundsatz nach beschlossen wird, wobei die Umsetzung nach Bestätigung des Nachlassvertrags erfolgt. Im ordentlichen Nachlassvertrag können einzelne Parameter erwähnt sein, beispielsweise ein Mindestpreis sowie eine Frist zur Umsetzung¹³¹⁸. Dabei ist zu beachten, dass solche Parameter in den Verkaufsverhandlungen mit dem Dritterwerber nachteilig sein können, sofern der Drittwerber davon erfährt¹³¹⁹. Der Verkaufserlös ist anschliessend gemäss Nachlassvertrag an die Gläubiger und u.U. auch die Schuldnerin zu verteilen. Auf diese Weise kann dasselbe Ergebnis wie bei einer Kombination eines ordentlichen Nachlassvertrags mit einem Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung erzielt werden, ohne dass die schwerfällige und komplizierte Kombination notwendig wird.

730

¹³¹⁶ Können die Gläubiger vollständig befriedigt werden, kann die Stundung im Anschluss an den Betriebsverkauf ohne Abschluss eines Nachlassvertrags aufgehoben werden und die Schuldnerin ist nach Art. 736 ff. OR zu liquidieren. Die Stundung ist in diesem Fall ein reines Moratorium (vgl. zu diesem Szenario vorne N 67).

¹³¹⁷ Vgl. die Aufzählung verschiedener Eventualitäten bei HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 20 zu Art. 314, wonach Aktien einer Auffanggesellschaft an einen Dritten veräussert werden können und der Erlös an die Gläubiger verteilt wird. Ob nun Aktien einer Auffanggesellschaft oder direkt ein Teilbetrieb veräussert wird, spielt keine Rolle.

¹³¹⁸ Vgl. ROTHENBÜHLER / WÜTHRICH, in: KUKO SCHKG (2014), N 19 i.f. zu Art. 318, welche diese Möglichkeit für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung erwähnen. Dieses Vorgehen muss auch für den ordentlichen Nachlassvertrag möglich sein.

¹³¹⁹ Der Dritterwerber wird auf dem Mindestpreis beharren. Sodann wird dessen Position gegen Ende der Frist tendenziell stärker.

- 731 Von alldem strikte zu unterscheiden ist die erwähnte Möglichkeit, die Gläubiger in Form von Aktien der Schuldnerin oder einer Auffanggesellschaft zu befriedigen¹³²⁰. Bei diesem Vorgang handelt es sich lediglich um eine besondere Art der Schuldbegleichung (eine Art Tauschgeschäft - Tilgung einer Forderung gegen Erhalt von Aktien)¹³²¹, nicht aber um einen, hier interessierenden, Betriebsverkauf mittels Asset Deal. Auch findet bei diesem Vorgehen eng betrachtet kein Betriebsübergang statt, da der Austausch auf Stufe Aktionariat erfolgt. Der Betrieb verbleibt bei der Schuldnerin oder der Auffanggesellschaft¹³²². Darauf sei in diesem Kapitel nicht weiter eingegangen¹³²³.
- 732 Nachfolgend ist stets vom Verkauf eines Betriebsteils im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags die Rede, d.h. der Verkauf des Betriebsteils ist entweder Bestandteil des ordentlichen Nachlassvertrags (vgl. vorne N 729) oder wird im ordentlichen Nachlassvertrag angeordnet (vgl. vorne N 730). Zudem wird davon ausgegangen, dass die Schuldnerin den nicht veräussernden Betriebsteil fortführen wird¹³²⁴.

II. Zulässigkeit

- 733 Der Verkauf des Betriebsteils bildet Teil des Nachlassvertrags oder wird in dessen Rahmen beschlossen. Entsprechend ist die Zulässigkeit nicht gesondert für den Verkauf, sondern des Nachlassvertrags insgesamt zu prüfen.
- 734 *Formelle Voraussetzungen* des Nachlassvertrags sind die Annahme des Nachlassvertrags durch die Gläubiger unter Einhaltung der gesetzlichen Quoren sowie die Bestätigung durch das Gericht¹³²⁵.
- 735 *Materiell* muss der Verzicht der Gläubiger resp. (positiv formuliert) die den Gläubigern angebotene Nachlassdividende insgesamt im richtigen Verhältnis zu den schuldnerischen Möglichkeiten stehen, wobei auch Anwartschaften der Schuldnerin (bei einem bloss beschlossenen, aber noch nicht vollzogenen Teil-

¹³²⁰ Vgl. vorne N 725.

¹³²¹ HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 12 zu Art. 314, nennt sie eine Art „Naturalnachlassdividende“.

¹³²² Vgl. HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 9 ff. zu Art. 314.

¹³²³ Vgl. zum Betriebsverkauf an eine Auffanggesellschaft hinten N 794 ff.

¹³²⁴ Führt der Verkauf des Betriebsteils zu einer Einstellung des gesamten Betriebs, etwa weil der verbliebene Teil alleine nicht Bestand haben kann, ist ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung anzustreben.

¹³²⁵ Art. 305 und 306 SchKG.

betriebsverkauf gehört hierzu insbesondere der erwartete Verkaufserlös) berücksichtigt werden können¹³²⁶. Die Nachlassdividende muss in jedem Fall höher ausfallen als die erwartete Konkursdividende¹³²⁷. Ebenfalls mitberücksichtigt werden muss der zwingende Sanierungsbeitrag der Aktionäre sowie die Sicherstellung der Forderungen der privilegierten Gläubiger sowie der mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten¹³²⁸.

III. Zuständigkeit

A. Externe Kompetenzordnung: Schuldnerin / Sachwalter / Vollzieher / Richter

1. Koppelung von Nachlassvertrag und Betriebsverkauf

Infolge der Koppelung von Nachlassvertrag und Betriebsverkauf ist wie folgt zu unterscheiden: 736

Für die Ausarbeitung des ordentlichen Nachlassvertrags sind die Schuldnerin und der Sachwalter zuständig, wobei die Gläubiger und der Richter zustimmen müssen¹³²⁹. 737

¹³²⁶ Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG. Zum richtigen Verhältnis zwischen angebotener Leistung und den schuldnerischen Möglichkeiten vgl. MARCHAND, in: CR LP (2005), N 30 ff. zu Art. 306; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 5 ff. zu Art. 306; HARDMEIER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 10 ff. zu Art. 306; WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 74 N 10; JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2001), N 12 ff. zu Art. 306 SchKG; HUNKELER (1996), N 1001 f.

¹³²⁷ Trotz der Streichung von Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} aSchKG gilt dieser Grundsatz nunmehr zweifelsohne für jede Art von Nachlassvertrag (vgl. zum alten Recht noch BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 8 zu Art. 332) als Teil des sog. *best interest test* gemäss Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG (Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6490).

¹³²⁸ Art. 306 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 SchKG; vgl. zur Beitragspflicht des Aktionärs sogleich N 744 ff.

¹³²⁹ Art. 295, 305 und 306 SchKG; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 9 ff. zu Art. 295; vgl. auch vorne N 734.

- 738 Die Zuständigkeit für den Abschluss und¹³³⁰/oder¹³³¹ Vollzug des Teilbetriebsverkaufs ist im ordentlichen Nachlassvertrag selbst zu regeln, wobei die konkrete Zuständigkeit von der Einsetzung eines Vollziehers gemäss Art. 314 Abs. 2 SchKG abhängig ist.

2. Einsetzung eines Vollziehers

- 739 Dem Vollzieher können Überwachungs-, Geschäftsführungs- und Liquidationsbefugnisse übertragen werden¹³³². Beim Betriebsverkauf sind vorab Überwachungs- und Liquidationsbefugnisse relevant; infolge der Bedeutung eines Betriebsverkaufs für den ordentlichen Nachlassvertrag und der damit verbundenen Unsicherheiten (vorab wenn im ordentlichen Nachlassvertrag erst ein Grundsatzentschluss betreffend den Verkauf gefällt wird) drängt sich die Einsetzung eines Vollziehers regelmässig auf. In der Regel dürfte der ehemalige Sachwalter infolge der Dossierkenntnis mit dieser Aufgabe betraut werden, sofern keine zwingenden Gründe dagegen sprechen. Beim Vollzieher handelt es sich um ein atypisches (öffentlichrechtliches) Zwangsvollstreckungsorgan¹³³³.

a. Mit Überwachungsbefugnissen

- 740 Die Einsetzung eines Vollziehers mit reinen Überwachungsbefugnissen dürfte sinnvoll und ausreichend sein, wenn der Teilbetriebsverkauf im Zeitpunkt der Annahme des Nachlassvertrags durch die Gläubiger und Bestätigung durch das Gericht bereits unterschrieben ist¹³³⁴. Der Vollzug nach Eintreten dieser Bedingungen ist im Nachlassvertrag zu regeln und vom Vollzieher zu überwachen. Generell zuständig für den Vollzug ist damit die Schuldnerin (sie erhält mit Bestätigung des Nachlassvertrags wieder die volle Verfügungsberechtigung), welche eng mit dem Vollzieher zusammenarbeitet.

¹³³⁰ Abschluss *und* Vollzug falls im Nachlassvertrag erst vereinbart wird, dass ein Teilverkauf nach weiteren Verhandlungen vorgenommen werden soll (vgl. vorne N 729).

¹³³¹ *Nur* der Vollzug ist zu regeln, falls der unterzeichnete Vertrag mit dem Drittwerber dem Nachlassvertrag angehängt wird (vgl. vorne N 730).

¹³³² Art. 314 Abs. 2 SchKG.

¹³³³ HARI (2010b), N 43; HUNKELER, in: KuKo SchKG (2014), N 27 zu Art. 314; GUGGISBERG / HARDMEIER, in: BSK SchKG-II (2010), N 60 ff. zu Art. 314; JUNOD MOSER / GAILLARD, in: CR LP (2005), N 32 ff. zu Art. 314.

¹³³⁴ Unter der (aufschiebenden) Bedingung der Annahme durch die Gläubiger und Bestätigung durch das Gericht.

b. Mit Liquidationsbefugnissen

Den Verkaufsverhandlungen und dem Vollzug kommt hingegen höchste Bedeutung zu, sofern im ordentlichen Nachlassvertrag bloss die Tatsache, dass ein Teilverkauf angestrebt wird, geregelt ist. In einer solchen Situation wird u.U. aufgrund der verschiedenen Interessen die Einsetzung eines Vollziehers mit Liquidationsbefugnissen sinnvoll sein. Dieses Vorgehen hat nicht zuletzt den Vorteil, dass sich die Schuldnerin voll auf ihr (nicht verkauftes) Hauptgeschäft konzentrieren kann. Für den (Abschluss und Vollzug) Betriebsverkauf ist damit alleine der Vollzieher zuständig, wobei er selbstverständlich an die Vorgaben des Nachlassvertrags gebunden ist. Er wird für diverse Vollzugshandlungen sodann auf die Schuldnerin angewiesen sein. 741

3. Keine Einsetzung eines Vollziehers

Ohne Einsetzung eines Vollziehers ist - mangels schuldnerechter Organe nach Vollstreckbarkeit des Bestätigungsentscheids - die wieder vollständig handlungsfähige Schuldnerin alleine für den Teilbetriebsverkauf zuständig. 742

B. Interne Kompetenzordnung: Verwaltungsrat und Generalversammlung

1. Genehmigung durch die Generalversammlung

Der ordentliche Nachlassvertrag ist nach der hier vertretenen Ansicht zwingend von den Aktionären anlässlich einer Generalversammlung zu genehmigen¹³³⁵. Infolge der Koppelung von Nachlassvertrag und Betriebsverkauf genehmigt die Generalversammlung mit dem Nachlassvertrag immer auch den Betriebsverkauf. Für die konkrete Umsetzung resp. den Vollzug ist - abhängig davon ob und mit welchen Kompetenzen ein Vollzieher eingesetzt wird - der Verwaltungsrat zuständig¹³³⁶. 743

¹³³⁵ Vgl. vorne N 590 ff., insbesondere 594.

¹³³⁶ Vgl. vorne N 738 ff.

2. Neue Sanierungsbeitragspflicht des Aktionärs

a. Abkehr vom pflichtfreien Aktionär?

- 744 Nach neuem Recht kann der Richter einen ordentlichen Nachlassvertrag nur genehmigen, wenn auch die Aktionäre einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten¹³³⁷. Damit will der Gesetzgeber Situationen verhindern, in denen die Gläubiger auf einen erheblichen Teil ihrer Forderungen verzichten, ohne dass die Aktionäre (welche selbstredend von der Sanierung ihrer Gesellschaft direkt profitieren) zur Sanierung beitragen¹³³⁸. Die neue Regelung ist sachgerecht, nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund, dass die Gläubiger stets vor den Aktionären befriedigt werden müssen. Mögliche Sanierungsbeiträge der Aktionäre sind beispielsweise eine Kapitalherabsetzung bei gleichzeitiger Kapitalerhöhung, eine Kapitalerhöhung, Zuschüsse à fonds perdu, die Gewährung neuer Darlehen oder Rangrücktritte¹³³⁹.
- 745 Allerdings scheint die neue Regelung auf den ersten (und auch auf den zweiten) Blick den zentralen aktienrechtlichen Grundsatz, wonach dem Aktionär - abgesehen von der Liberierungspflicht - keine (Sanierungs-)Pflichten auferlegt werden können, abzuweichen¹³⁴⁰. Eine derart grundlegende Änderung des Aktienrechts war mit der Sanierungsrechtsrevision m.E. nicht beabsichtigt, ansonsten dies in den Materialien erwähnt und im Parlament diskutiert worden wäre. Nach der hier vertretenen Ansicht ergibt sich aus Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG lediglich, dass der Richter den vorgeschlagenen (und von den Gläubigern¹³⁴¹ und den Aktionären¹³⁴² angenommenen) ordentlichen Nachlassvertrag nicht genehmigen kann, wenn die Aktionäre keinen Sanierungsbeitrag geleistet haben und nicht zur Leistung eines Beitrags bereit sind. Die Aktionäre haben damit letztlich die Wahl, ihre Gesellschaft (mithilfe der Gläubiger) zu sanieren oder nicht. Sind sie dazu nicht bereit, hat der Richter gemäss Art. 309 SchKG von Amtes wegen den Konkurs zu eröffnen. Der Aktionär kann aber m.a.W. vom Richter

¹³³⁷ Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

¹³³⁸ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6490 f.

¹³³⁹ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6491; HUNKELER, in: KUKO SchKG (2014), N 40 zu Art. 306; SCHENKER (2015), S. 271; SPRECHER / SOMMER (2014), S. 553 f.; HARI / GMÜNDER (2013), S. 575; BAUER, in: BSK SchKG EB (2017), N 32 zu Art. 306.

¹³⁴⁰ Art. 680 Abs. 1 OR. Vgl. hierzu BGE 91 II 298 Erw. 6 a); BÖCKLI (2009), § 1 N 15 ff., insbesondere N 18 sowie FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL (1996), § 1 N 59 und § 42 N 8 ff.; MEIER-HAYOZ / FORSTMOSER (2012), § 16 N 153 ff.; KUNZ (2014), FN 106.

¹³⁴¹ Art. 305 SchKG.

¹³⁴² Vgl. vorne N 590 ff., insbesondere 594.

gestützt auf Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 OR nicht zu einem Sanierungsbeitrag verpflichtet werden¹³⁴³. Eine solche Verpflichtung wäre m.E. aufgrund von Art. 680 Abs. 1 OR nichtig.

b. Praktische Umsetzung der Sanierungsbeitragspflicht

Damit stellt sich die praktische Frage, wann, von wem und wie dieser angemessene Sanierungsbeitrag zu bestimmen ist. 746

(i) *Generalversammlung und Gläubigerversammlung am gleichen Tag*

Der Verwaltungsrat kann die Stundung ohne Beizug der Aktionäre einleiten, sofern ein ordentlicher Nachlassvertrag angestrebt wird; er muss aber gemäss der hier vertretenen Ansicht den Entwurf des Nachlassvertrags (und damit den Sanierungsbeitrag der Aktionäre) den Aktionären zwingend anlässlich einer Generalversammlung vorlegen¹³⁴⁴. Problematisch ist, dass ein Generalversammlungsbeschluss nicht ausreichend ist, da der Nachlassvertrag in jedem Fall auch von den Gläubigern genehmigt und vom Richter bestätigt werden muss¹³⁴⁵. 747

Idealerweise nehmen Verwaltungsrat und/oder Sachwalter im Vorfeld der Generalversammlung mit Grossaktionären und -gläubigern Kontakt auf, um deren Sanierungsbereitschaft abzuklären¹³⁴⁶. Denkbar wäre sodann, dass die General- und Gläubigerversammlung am selben Tag am selben Ort abgehalten werden, zuerst wohl die Generalversammlung. Bei Annahme durch die Generalversammlung kann den Gläubigern in deren Versammlung der Entwurf des Nachlassvertrags zur unterschriftlichen Genehmigung vorgelegt werden¹³⁴⁷. Können sich die Aktionäre nicht auf einen Sanierungsbeitrag einigen, wird dies - selbst 748

¹³⁴³ Ähnlich HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 41 zu Art. 306.

¹³⁴⁴ Vgl. vorne N 590 ff., insbesondere 594.

¹³⁴⁵ Art. 305 und 306 SchKG.

¹³⁴⁶ Diese Ungleichbehandlung der Aktionäre (Art. 717 Abs. 2 OR; BÖCKLI (2009), § 13 N 680 ff.) wie auch der Gläubiger (HARDMEIER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 8 zu Art. 305) ist zulässig, da sachlich gerechtfertigt. Die Kontaktaufnahme resp. die erteilten Informationen dürfen jedenfalls nicht zu einer finanziellen Bevorteilung führen (vgl. BÖCKLI (2009), § 13 N 703), sondern müssen sich darauf beschränken, die möglichen Eckpunkte des Nachlassvertrags auszuloten.

¹³⁴⁷ Art. 302 Abs. 3 SchKG.

wenn die Gläubiger danach den Nachlassvertrag annehmen - i.d.R. zur Konkursöffnung von Amtes wegen führen¹³⁴⁸.

(ii) *Folgen für ablehnende Aktionäre*

- 749 Stimmen die Aktionäre dem Beschluss nicht einstimmig zu, stellt sich die Frage, wie die ablehnenden Aktionäre zu behandeln sind. Aufgrund von Art. 680 Abs. 1 OR können sie wie gesagt nicht zum Beitrag verpflichtet werden (und wären hierzu vielleicht auch nicht in der Lage). Diese Aktionäre können nicht enteignet werden, sie müssen sich aber eine Verwässerung ihrer Beteiligung gefallen lassen (was, je nach Umfang, einer Enteignung nahe kommt)¹³⁴⁹. Beschliesst die Generalversammlung beispielsweise eine Kapitalerhöhung wird die Beteiligung der nicht partizipierenden Aktionäre entsprechend verwässert.

(iii) *Höhe des Sanierungsbeitrags*

- 750 Schliesslich stellt sich die Frage, wie hoch der Sanierungsbeitrag ausfallen muss, damit er noch als angemessen i.S.v. Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG gilt. Nicht erstaunlich ist, dass die Botschaft wie auch die zum neuen Recht bislang ergangene Literatur soweit ersichtlich keine konkreten Beträge oder Prozentsätze nennt¹³⁵⁰. Als Orientierungshilfe muss sicherlich der Verzicht der Gläubiger herangezogen werden. Denkbar ist, dass der von den Aktionären zu leistende Beitrag dem Gesamtverzicht der Gläubiger entspricht. Angesichts der Tatsache, dass die Aktionäre immer erst nach den Gläubigern entschädigt werden, mag dies sachgerecht scheinen. Allerdings darf nicht ausser Acht gelassen

¹³⁴⁸ Art. 309 SchKG. Gemäss Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6491 kann der ordentliche Nachlassvertrag auch ohne Sanierungsbeitrag genehmigt werden, sofern die Gläubiger bei einem Dividendenvergleich ohnehin besser gestellt sind als im Konkurs. Vgl. auch die Vorbehalte von HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 41 zu Art. 306, wonach der Richter einen Nachlassvertrag nur in stossenden Fällen ablehnen soll.

¹³⁴⁹ Gemäss SCHENKER (2015), S. 271, kann der von den Aktionären gemäss Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG zu leistende Sanierungsbeitrag darin bestehen, dass sie einer Verwässerung ihrer Aktien zustimmen.

¹³⁵⁰ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6491; WYSS (2013), S. 173 f.; HUNKELER (2013), Rz 8; STAEHELIN (2014b), S. 65; KRAMPF (2014), S. 29; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 40 zu Art. 306; SCHENKER (2015), S. 271; FEUZ-RAMSEYER (2014), S. 27; HARI / GMÜNDER (2013), S. 575.

werden, dass die Aktionäre neues Geld investieren müssen, während die Gläubiger - welche naturgemäss immer ein gewisses Ausfallrisiko eingehen - einen bestimmten Prozentsatz nicht erhalten. Dies ist ein wesentlicher Unterschied.

Vor diesem Hintergrund dürfte der Sanierungsbeitrag der Aktionäre m.E. regelmässig angemessen sein, wenn er auch (deutlich) unter dem Verzicht der Gläubigergesamtheit liegt. Stets sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, worunter u.a. die Höhe der Gesamtforderungen, die Höhe des Aktienkapitals sowie die in der jüngeren Vergangenheit bezahlten Dividenden fallen.

751

C. Rolle der Gläubiger

Die Gläubiger müssen den Nachlassvertrag (und damit den vorgesehenen Teilbetriebsverkauf) genehmigen¹³⁵¹. Der Richter wird den Nachlassvertrag danach nur bestätigen, sofern er insgesamt (vorab aus Sicht der Gläubiger) als fair erscheint. Die Gläubigerinteressen sind damit ausreichend geschützt; ihnen kommen daher im Zusammenhang mit dem Verkauf keine besonderen Rechte, insbesondere kein Höhergebotsrecht analog Art. 256 Abs. 3 SchKG¹³⁵², zu.

752

IV. Übergang der Arbeitsverhältnisse

A. Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen

Gemäss Art. 333b OR findet beim Betriebsübergang während einer Stundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung kein automatischer Übergang irgendwelcher Arbeitsverhältnisse statt. Der Betriebsübergang im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags ist in Art. 333b OR nicht erwähnt, womit eine Regelung betreffend den Übergang der Arbeitsverhältnisse fehlt. Der Botschaft zum neuen Sanierungsrecht ist diesbezüglich nichts zu entnehmen¹³⁵³.

753

Damit stellt sich die Frage, ob betreffend Betriebsübergang im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags eine Gesetzeslücke vorliegt oder der Gesetzgeber den ordentlichen Nachlassvertrag bewusst vom Anwendungsbereich des

754

¹³⁵¹ Art. 305 SchKG.

¹³⁵² Vgl. zur Begründung die (hier ebenfalls zutreffenden) Ausführungen beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung hinten N 817 f.

¹³⁵³ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6494 ff.

Art. 333b OR ausgenommen hat (sog. qualifiziertes Schweigen). Sicherlich ist, wie bereits gesagt, ein Betriebsübergang im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags untypisch¹³⁵⁴.

- 755 Beim neuen Art. 333b OR handelt es sich um einen „unabdingbaren Bestandteil eines effektiven Sanierungsrechts“¹³⁵⁵. „Die zwingende Übernahme der Arbeitsverhältnisse stellte im Sanierungsfall nur einen vermeintlichen Schutz der Arbeitnehmer dar und konnte vielmehr dazu führen, dass eine Sanierung gänzlich verhindert wird, womit auch die letzten Arbeitsplätze vernichtet werden“¹³⁵⁶. Diese unbefriedigende Rechtslage wurde durch den Erlass von Art. 333b OR für die Stundung, den Konkurs und den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung korrigiert.
- 756 Auch beim Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags liegt eine Sanierungssituation vor, welche sich aus Sicht der Arbeitnehmer und des Erwerbers nicht vom Betriebsverkauf während der in Art. 333b OR erwähnten Verfahren unterscheidet. Beim ordentlichen Nachlassvertrag handelt es sich vielleicht sogar um das typischste Sanierungsinstrument des Schweizer Rechts, da Gläubiger und Aktionäre allesamt einen Beitrag zur Sanierung der Schuldnerin leisten. Nur dank dieser Beiträge kann die Liquidation der Schuldnerin vermieden werden. Aufgrund des Zwecks von Art. 333b OR muss diese Bestimmung auch beim Betriebsübergang im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags anwendbar sein¹³⁵⁷.
- 757 Folglich liegt m.E. in Art. 333b OR in Bezug auf den ordentlichen Nachlassvertrag eine Gesetzeslücke vor. Angesichts der seltenen Betriebsübergänge im

¹³⁵⁴ Vgl. vorne N 726 ff.

¹³⁵⁵ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6495.

¹³⁵⁶ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6495 f.

¹³⁵⁷ Vgl. VON KAENEL, welcher den Geltungsbereich von Art. 333b OR einerseits auf Betriebsübergänge während einer Stundung, im Rahmen eines Konkurses oder Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung beschränkt und Betriebsübergänge in anderen Sanierungssituationen (private Sanierung, Konkursaufschub, Liquidation nach Art. 736 ff. OR) explizit ausschliesst. Bezüglich Anwendbarkeit von Art. 333b OR beim ordentlichen Nachlassvertrag beschränkt er sich auf den Hinweis, dass im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags kaum je Betriebsübergänge stattfinden (VON KAENEL (2014), Rz 7). Auch die Ausführungen von WYLER / HEINZER helfen nicht weiter, da sich deren Aussage bezüglich Nichtanwendung von Art. 333b OR lediglich auf „transferts d’entreprises qui interviennent *postérieurement* à l’homologation d’un concordat ordinaire“ beziehen (WYLER / HEINZER (2014), S. 456). Nach Abschluss des ordentlichen Nachlassvertrags steht die Schuldnerin wieder aufrecht und befindet sich nicht mehr in einem Insolvenzverfahren, weshalb Art. 333b OR zweifelsohne nicht zur Anwendung kommt. Zur Frage, wie es sich bei einem Betriebsübergang im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags verhält, nehmen sie keine Stellung.

Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags ist diese Lücke durchaus erklärbar; sie ist in der Praxis zu schliessen, indem Art. 333b OR (inkl. der Verweis auf Art. 333a OR) auch für den Betriebsverkauf im ordentlichen Nachlassvertrag analog angewendet wird.

Entsprechend komme ich zum Ergebnis, dass beim Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags auch die funktional zum übergehenden Teilbetrieb gehörenden Arbeitnehmer nicht automatisch auf den Erwerber übergehen¹³⁵⁸. 758

B. Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Massenentlassung

Beim Betriebsübergang im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags kommen die Bestimmungen zur Massenentlassung (Art. 335d ff. OR) zur Anwendung¹³⁵⁹. 759

C. Keine Sozialplanpflicht

Zweifelsohne besteht beim ordentlichen Nachlassvertrag keine Sozialplanpflicht¹³⁶⁰. 760

V. Anfechtungsrisiken

Paulianische Anfechtungsansprüche sind beim Betriebsverkauf während der Stundung ausgeschlossen, sofern der Verkauf von einem Gericht oder einem Gläubigerausschuss genehmigt worden ist¹³⁶¹. Bei einem Betriebsverkauf (ausserhalb einer Stundung) vor einem Konkurs oder vor einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestehen hingegen grundsätzlich Anfechtungsrisiken¹³⁶². In Bezug auf Anfechtungsansprüche für Geschäfte vor oder im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags liefert das Gesetz keine Antwort. 761

Anlässlich der Revision des SchKG von 1997 wurde diskutiert, ob Anfechtungsansprüche auch bei einem ordentlichen Nachlassvertrag ermöglicht werden sollten, was aber verworfen wurde. Entsprechend handelt es sich nicht um 762

¹³⁵⁸ Vgl. zum Ganzen die Ausführungen zum Arbeitsrecht im Konkursverfahren vorne N 140 ff.

¹³⁵⁹ Dies ergibt sich e contrario aus dem klaren Wortlaut von Art. 335e Abs. 2 OR; vgl. hierzu vorne N 680 ff.

¹³⁶⁰ Art. 335k OR.

¹³⁶¹ Art. 285 Abs. 3 SchKG.

¹³⁶² Art. 285 ff. resp. 331 SchKG.

eine Gesetzeslücke, sondern um ein qualifiziertes Schweigen¹³⁶³. Anfechtungsansprüche sind mit Bestätigung des ordentlichen Nachlassvertrags ausgeschlossen¹³⁶⁴.

VI. Rechtsnatur und Modalitäten

A. Allgemeines

763 Rechtsgeschäfte unter Privaten sind in aller Regel privatrechtlicher Natur¹³⁶⁵. Entsprechend handelt es sich beim Teilverkauf um einen privatrechtlichen Asset Deal, wenn er formell zwischen der Schuldnerin und dem Erwerber abgeschlossen wird¹³⁶⁶.

764 Anders verhält es sich, wenn der Teilverkauf im ordentlichen Nachlassvertrag beschlossen und von einem Vollzieher mit Liquidationsbefugnissen gemäß Art. 314 Abs. 2 SchKG nach Abschluss des ordentlichen Nachlassvertrags verhandelt und vollzogen wird¹³⁶⁷. Der Vollzieher nimmt den Verkauf damit gestützt auf den öffentlichrechtlichen ordentlichen Nachlassvertrag in seiner Funktion als öffentlichrechtliches Zwangsvollstreckungsorgan vor¹³⁶⁸. Dem Betriebsverkauf kommt damit öffentlichrechtliche Rechtsnatur zu.

B. Privatrechtlicher Betriebsverkauf

765 Der Betriebsverkauf wird mittels Geschäftsübernahmevertrags sui generis zwischen der Schuldnerin und dem Erwerber abgeschlossen. Die einzelnen Betriebsaktiven werden mit Singularsukzession auf den Erwerber übertragen¹³⁶⁹. Der Geschäftsübernahmevertrag ist immer dann suspensiv bedingt abzuschließen, wenn er dem ordentlichen Nachlassvertrag direkt angehängt wird. Der Vertrag wird im Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit des ordentlichen Nachlassvertrags

¹³⁶³ GUGGISBERG / HARDMEIER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 34 zu Art. 314 mit Verweis auf einen nicht publizierten Bericht der Expertengruppe Sanierungsrecht zu deren Entwurf an die Nationalratskommission vom 14. September 1992.

¹³⁶⁴ HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 3 zu Art. 314.

¹³⁶⁵ Vgl. vorne N 96.

¹³⁶⁶ Dies ist der Fall, wenn entweder kein Vollzieher eingesetzt wird (vgl. vorne N 742) oder dem eingesetzten Vollzieher lediglich Überwachungsbefugnisse zukommen (vgl. vorne N 740).

¹³⁶⁷ Vgl. vorne N 741.

¹³⁶⁸ HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 28 zu Art. 314.

¹³⁶⁹ Vgl. vorne N 103 ff.

wirksam. Enthält der ordentliche Nachlassvertrag eine Ermächtigung zum Verkauf, kann der Verkauf ebenfalls erst bindend abgeschlossen werden, wenn der ordentliche Nachlassvertrag vollstreckbar wird¹³⁷⁰.

Aufgrund der privatrechtlichen Natur ergeben sich keine gesetzlichen Einschränkungen betreffend Gewährleistungen. Gewährleistungen und Garantien sind demnach grundsätzlich zulässig. Art. 234 Abs. 1 OR ist auf den Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags nicht direkt anwendbar. Infolge der Koppelung des Nachlassvertrags und des Geschäftsübernahmevertrags mit dem Erwerber gilt es den Gewährleistungen (sowie deren möglichen Folgen für den Nachlassvertrag) besondere Beachtung zu schenken. Hat der Erwerber aufgrund eines Willensmangels oder eines Gewährleistungsfalles Anspruch auf eine Preisminderung oder gar eine Wandelung, bleibt dies nicht ohne Folgen für den von den Gläubigern angenommenen und vom Richter bestätigten Nachlassvertrag, da diesem ein (mängelfreier) Betriebsverkauf zugrunde lag. Kann die im Nachlassvertrag vorgesehene Betriebsübertragung an den Erwerber nicht vorgenommen werden (resp. wird diese rückgängig gemacht) oder bezahlt der Erwerber letztlich nur die Hälfte des im Nachlassvertrag vorgesehenen Preises, hat dies direkte (negative) Konsequenzen auf die Dividende der Gläubiger. Dies kann ihnen nicht ohne weiteres zugemutet werden¹³⁷¹.

766

Dieser Problematik kann (und muss) ausgewichen werden, indem Art. 234 Abs. 1 OR analog angewendet wird. Nur wenn durch die Abgabe einer besonderen Zusicherung oder durch den Verweis auf gesetzliche Gewährleistungen ein höherer Erlös generiert werden kann, sind Gewährleistungen überhaupt zulässig. Entsprechend sind Gewährleistungen von vornherein nur mit Zurückhaltung zu gewähren und im Nachlassvertrag explizit aufzuführen. Eine Wandelung ist im Gewährleistungsfalle komplett auszuschliessen; dem Erwerber soll nur eine Preisminderung zur Verfügung stehen. In jedem Fall sind Gewährleistungen und besondere Zusicherungen auf eine möglichst kurze Zeit zu begrenzen¹³⁷². Die Gläubiger (und der bestätigende Richter) müssen sodann explizit darauf aufmerksam gemacht werden, dass der vom Erwerber bezahlte Erlös im Gewährleistungsfalle um einen konkret genannten Maximalbetrag tiefer ausfallen kann. Nur bei diesem Vorgehen kann den Gläubigern auch im Gewährleistungsfalle ein Festhalten am Nachlassvertrag zugemutet werden.

767

¹³⁷⁰ Art. 308 SchKG. Vgl. hinten FN 1403.

¹³⁷¹ Vgl. FUCHS (1999), S. 122 f. (betreffend den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten).

¹³⁷² Gemäss meinem Vorschlag zwischen zwei und maximal sechs Monaten, vgl. vorne N 230 ff. und insbesondere N 234.

- 768 Niemals sollte sodann vor Ablauf der Gewährleistungsdauer mit der Verteilung des Erlöses an die Gläubiger begonnen werden, da die Gläubiger nicht zur Rückzahlung verpflichtet werden können¹³⁷³.

C. Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf

- 769 Der (seltene) öffentlichrechtliche Betriebsverkauf wird in aller Regel mittels Freihandverkauf abgewickelt¹³⁷⁴.

VII. Beschwerdemöglichkeiten

- 770 Infolge der Koppelung von ordentlichem Nachlassvertrag und Betriebsverkauf ist wie folgt zu unterscheiden:

A. Rechtsmittel gegen den ordentlichen Nachlassvertrag

- 771 Gegen den Bestätigungsentscheid betreffend den Nachlassvertrag (und damit indirekt gegen den Betriebsverkauf) kann Beschwerde gemäss Art. 307 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO erhoben werden¹³⁷⁵. Der Beschwerdegegenstand ist nicht auf den eigentlichen Entscheid betreffend den Nachlassvertrag beschränkt, sondern umfasst auch Anordnungen des Gerichts¹³⁷⁶. Darunter kann beispielsweise die Ermächtigung zum Betriebsverkauf oder die Einsetzung eines Vollziehers gemäss Art. 314 Abs. 2 SchKG fallen.
- 772 Als Beschwerdegründe kommen nur die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes in Frage¹³⁷⁷. Eine Ermessenskontrolle wie bei der Beschwerde nach Art. 17 SchKG ist ausgeschlossen¹³⁷⁸. Damit scheidet beispielsweise eine Beschwerde, welche einen zu tiefen Verkaufspreis gemäss dem Nachlassvertrag angehängter Freihandverkaufsverfügung oder einen zu tiefen Mindestverkaufspreis bei einer Ermächtigung im

¹³⁷³ Die Nachlassgläubiger werden mit Erhalt Eigentümer des Geldes und sind aufgrund von zwingenden sachenrechtlichen Vorschriften (Art. 714 Abs. 2 und 935 ZGB) nicht zur Zurückzahlung verpflichtet. Vgl. auch MARCHAND, in: CR LP (2005), N 20 zu Art. 313; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 11 zu Art. 313.

¹³⁷⁴ Für die Modalitäten des Betriebsverkaufs mittels öffentlichrechtlicher Verfügung vgl. vorne N 179 ff., zum Freihandverkauf insbesondere N 194 ff.

¹³⁷⁵ Vgl. vorne N 91.

¹³⁷⁶ HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 4 zu Art. 307.

¹³⁷⁷ Art. 320 ZPO.

¹³⁷⁸ Vgl. vorne N 251 ff.

Nachlassvertrag rügt, aus, es sei denn, dieser beruht auf einer offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhaltes oder der Ermessenmissbrauch qualifiziert als Rechtsverletzung¹³⁷⁹.

B. Rechtsmittel gegen den Betriebsverkauf

Die Rechtsbehelfe, das anwendbare Verfahren und die Zuständigkeiten für Streitigkeiten gegen oder im Zusammenhang mit dem konkreten Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags unterscheiden sich grundlegend, je nachdem ob dem Betriebsverkauf privat- oder öffentlichrechtliche Rechtsnatur zukommt. 773

1. Privatrechtlicher Asset Deal nach OR

Auseinandersetzungen betreffend den Asset Deal sind in einem Zivilverfahren nach ZPO zu beurteilen¹³⁸⁰; Streitgegenstand bildet der Geschäftsübernahmevertrag. Beschwerdelegitimiert sind die Parteien des Vertrags. Den Gläubigern ist es verwehrt, rechtliche Mittel gegen den eigentlichen Verkauf zu ergreifen, da sie mangels Parteistellung nicht in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Schuldnerin und Erwerber eingreifen können. Ihnen bleibt einzig das (indirekte) Rechtsmittel gegen den ordentlichen Nachlassvertrag¹³⁸¹. 774

2. Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf

Der öffentlichrechtliche Betriebsverkauf resp. dessen zugrundeliegenden Verfügungen hingegen unterliegen der Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG an die Aufsichtsbehörden¹³⁸². 775

¹³⁷⁹ Vgl. HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 4 zu Art. 307.

¹³⁸⁰ LORANDI (2000b), S. 850; AMONN / WALTHER (2013), § 26 N 23.

¹³⁸¹ Vgl. vorne N 771 f.

¹³⁸² Vgl. zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des öffentlichrechtlichen Betriebsverkaufs vorne N 236 ff.

Kapitel 3 : Betriebsverkauf im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung

I. Allgemeines

Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (auch Liquidationsvergleich) ist das passende Zwangsvollstreckungsinstrument, wenn, *erstens*, die Schuldnerin - trotz Forderungsverzichten der Gläubiger - nicht sanierungsfähig und eine Liquidation unumgänglich ist. *Zweitens* muss dank der während der Stundung gewonnenen Zeit und dem gegenüber dem Konkursverfahren flexibleren Verwertungsregime gemäss Art. 322 ff. SchKG für die Gläubiger ein im Vergleich zum Konkurs vorteilhaftes Ergebnis resultieren. 776

Vorteilhaft kann ein Liquidationsvergleich insbesondere sein, wenn gesunde Betriebsteile nahtlos fortgeführt werden können (was im Konkurs nicht ausgeschlossen, aber schwieriger ist¹³⁸³) um sie dann zum passenden Zeitpunkt zu einem entsprechend höheren Preis zu veräussern. In diesem Sinn ist ein Liquidationsvergleich auch ein Sanierungsinstrument¹³⁸⁴. Ziel ist nicht die Sanierung der Schuldnerin, sondern der Fortbestand eines Betriebs(teils) unter neuer Eigentümerschaft¹³⁸⁵. 777

Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann in folgende Kategorien unterteilt werden: 778

¹³⁸³ Vgl. zur Betriebsweiterführung im Konkurs vorne N 117 ff.

¹³⁸⁴ BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 25 zu Art. 318; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 9 zu Vor Art. 293-336; STÖCKLI (2010), S. 68.

¹³⁸⁵ Dies im Unterschied zum Konkursaufschub und dem ordentlichen Nachlassvertrag, wo die Schuldnerin als Gesellschaft gerettet werden soll.

A. Unterscheidung nach Umfang der Vermögensabtretung

1. Nachlassvertrag mit vollständiger Vermögensabtretung

- 779 Der Nachlassvertrag mit vollständiger Vermögensabtretung stellt den Normalfall dar. Das gesamte schuldnerische Vermögen wird vom Nachlassvertrag erfasst und auf den oder die Erwerber (Gläubiger, Dritte oder Auffanggesellschaft) übertragen. Nach Abschluss des Nachlassliquidationsverfahrens wird die Schuldnerin im Handelsregister gelöscht.

2. Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung

- 780 Beim Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung wird lediglich ein Teil des schuldnerischen Vermögens auf den oder die Erwerber (Gläubiger, Dritte oder Auffanggesellschaft) übertragen. Der Rest des Vermögens verbleibt bei der Schuldnerin, welche diesbezüglich mit Bestätigung des Nachlassvertrags wieder die vollständige Verfügungsmacht erhält. Entsprechend bleibt die Schuldnerin auch nach Abschluss des Nachlassverfahrens bestehen und nimmt weiterhin am Wirtschaftsleben teil. Ein Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung ist insbesondere sinnvoll, wenn die Schuldnerin gut trennbare Betriebsteile unterhält, wobei mindestens ein Teil alleine fortgeführt werden kann (derjenige, der bei der Schuldnerin verbleibt) und der andere, falls er verwertet werden soll, einen angemessenen Liquidationserlös generiert.
- 781 Die klare Abgrenzung des bei der Schuldnerin verbleibenden von dem übergehenden Vermögen ist von zentraler Bedeutung. Das Bundesgericht hat im Leitscheid zum Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung entschieden, dass der Nachlassvertrag eine Klausel enthalten muss, wonach Vermögensbestandteile, welche nicht eindeutig dem einen oder anderen Vermögen zugeordnet werden können, entweder bei der Schuldnerin verbleiben oder auf den oder die Erwerber übergehen¹³⁸⁶. Gemäss BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH dürfte angesichts des erlittenen Verlusts der Gläubiger ein Übergang auf die Gläubiger in der Regel sachgerecht sein¹³⁸⁷. Bei der (teilweisen) Vermögensabtretung an einen Dritten oder eine Auffanggesellschaft wird die Interessenlage u.U. anders sein.

¹³⁸⁶ BGE 122 III 176 Erw. 5b).

¹³⁸⁷ BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 44 zu Art. 318.

B. Unterscheidung nach Empfänger des abgetretenen Vermögens

1. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger

a. Erster Schritt: Einräumung des Verfügungsrechts

Gemäss Art. 317 Abs. 1 SchKG kann den Gläubigern durch den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung das Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen eingeräumt werden. Bereits aus dem Gesetz wird damit deutlich, dass nur das Verfügungsrecht, nicht aber das Eigentum am schuldnerischen Vermögen, auf die Gläubiger übergeht¹³⁸⁸. Die Gläubiger üben ihr Verfügungsrecht durch die beiden zwingenden Organe beim Liquidationsvergleich, die Liquidatoren und den Gläubigerausschuss, aus¹³⁸⁹. 782

b. Zweiter Schritt: Verwertung nach Art. 322 ff. SchKG

Die Hauptaufgabe der Liquidatoren beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger besteht darin, das schuldnerische Vermögen im Interesse der Gläubiger zu verwerten¹³⁹⁰ und schliesslich nach Massgabe ihrer Forderungen zu verteilen¹³⁹¹. Art und Zeitpunkt der Verwertung bestimmen die Liquidatoren im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss, wobei der Freihandverkauf der öffentlichen Steigerung (im Gegensatz zum Konkurs¹³⁹²) gleichgestellt ist¹³⁹³. 783

¹³⁸⁸ Bei der Abtretung des Vermögens an die Gläubiger gemäss Art. 317 Abs. 1 OR handelt es sich entsprechend nicht um eine zivilrechtliche Abtretung (des Eigentums); den Gläubigern wird lediglich das Verfügungsrecht abgetreten (BGE 122 III 176 Erw. 5f).

¹³⁸⁹ Art. 317 Abs. 2 und 318 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG.

¹³⁹⁰ Art. 319 Abs. 3 SchKG; vgl. ROTHENBÜHLER / WÜTHRICH, in: KUKO SCHKG (2014), N 19 zu Art. 319.

¹³⁹¹ Art. 326 ff. SchKG.

¹³⁹² Art. 256 Abs. 1 SchKG sieht als grundsätzlichen Verwertungsmodus die öffentliche Steigerung vor, während ein Freihandverkauf an besondere Voraussetzungen geknüpft ist (Art. 256 Abs. 1 - 3 SchKG; vgl. auch vorne N 182).

¹³⁹³ Art. 322 SchKG.

2. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten

a. Direkte Verschaffung des Eigentums

784 Als zweite Möglichkeit der Vermögensabtretung erlaubt Art. 317 Abs. 1 SchKG einer Schuldnerin explizit, ihr Vermögen mittels eines Nachlassvertrags mit (vollständiger oder teilweiser) Vermögensabtretung direkt, d.h. in einem Schritt, an einen Dritten abzutreten. Dritter können eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen sein, welche auch Gläubiger der Schuldnerin sein können¹³⁹⁴. Als Dritter nicht in Frage kommen die Gläubigergesamtheit¹³⁹⁵, der Sachwalter sowie die Schuldnerin selbst¹³⁹⁶. Zur Frage, ob eine Auffanggesellschaft als Dritte i.S.v. Art. 317 Abs. 1 SchKG qualifiziert vgl. sogleich N 796 ff.

785 Da die Schuldnerin mit Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung an einen Dritten Eigentum und Verfügungsbefugnis verliert¹³⁹⁷, kann sie den Vollzug der Vermögensabtretung nicht mehr selbst vornehmen. Das Gesetz sieht aus diesem Grund explizit vor, dass diese Aufgabe von den Liquidatoren zu übernehmen ist¹³⁹⁸.

b. Umsetzung der Vermögensabtretung

786 Bezüglich der konkreten Abwicklung der Vermögensabtretung an den Dritten (resp. der Abwicklung des Betriebsverkaufs) bestehen verschiedene Möglichkeiten:

(i) *Abgeschlossene Verhandlungen mit dem Dritten*

787 Die Vermögensabtretung an den Dritten kann einerseits direkt im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung geregelt sein. Da der Dritte nicht Partei des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung ist (Parteien des Nachlassvertrags sind die Schuldnerin und die Gläubiger¹³⁹⁹), ist die bereits unterzeichnete Vereinbarung

¹³⁹⁴ JUNOD MOSER / GAILLARD, in: CR LP (2005), N 7 zu Art. 317.

¹³⁹⁵ Dies ergibt sich aus Art. 317 Abs. 1 SchKG.

¹³⁹⁶ FUCHS (1999), S. 52 ff.

¹³⁹⁷ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 317 Abs. 1 SchKG.

¹³⁹⁸ Art. 319 Abs. 3 SchKG; ROTHENBÜHLER / WÜTHRICH, in: KUKO SCHKG (2014), N 6 zu Art. 317.

¹³⁹⁹ ROTHENBÜHLER / WÜTHRICH, in: KUKO SCHKG (2014), N 2 zu Art. 317.

zwischen der Schuldnerin und dem Dritten dem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung anzuhängen.

Denkbar ist aber auch, dass im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die wesentlichen Bedingungen der unterzeichneten Vereinbarung (insbesondere der Erlös) mit dem Dritterwerber lediglich zusammengefasst werden¹⁴⁰⁰. Der Erlös muss in diesem Fall genau beziffert werden¹⁴⁰¹. 788

Die Vereinbarung mit dem Dritten wird in beiden Fällen suspensiv bedingt abgeschlossen¹⁴⁰². Sie wird erst rechtswirksam, wenn der Nachlassvertrag vollstreckbar wird¹⁴⁰³. Der Vertrag mit dem Dritten muss gegenüber diesem mit Eintritt der Bedingungen (d.h. Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags) in jedem Fall rechtlich durchsetzbar sein, da der Richter für seine Bestätigung nach Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 SchKG auf den vereinbarten Erlös abstellen muss und auch den Gläubigern eine Zustimmung zum Nachlassvertrag nur bei Verbindlichkeit zuzumuten ist¹⁴⁰⁴. 789

(ii) *Noch nicht begonnene oder noch laufende Verhandlungen mit dem Dritten: Vermögensabtretung an die Gläubiger*

In der Praxis kommt es sodann vor, dass im Zeitpunkt der Annahme und Bestätigung des Nachlassvertrags noch keine definitive Einigung mit dem Dritten besteht, die Verhandlungen aber weit fortgeschritten sind. Der Nachlassvertrag kann in einer derartigen Konstellation eine Klausel enthalten, wonach die Li- 790

¹⁴⁰⁰ FUCHS (1999), S. 58; BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 27 zu Art. 318.

¹⁴⁰¹ Gl. M. FUCHS (1999), S. 61 f.; a.A. BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 28 zu Art. 318.

¹⁴⁰² FUCHS (1999), S. 58; BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 30 zu Art. 318.

¹⁴⁰³ Art. 308 SchKG. Vgl. zur fehlenden Abstimmung von Art. 308 SchKG (Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags) und Art. 319 SchKG (rechtskräftige Bestätigung des Nachlassvertrags) sowie der damit einhergehenden praktischen Probleme HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 3 zu Art. 318 und ROTHENBÜHLER / WÜTHRICH, in: KUKO SCHKG (2014), N 1 zu Art. 319.

¹⁴⁰⁴ FUCHS (1999), S. 67 f.

liquidatoren zum Verkauf ermächtigt werden. Je nach Stadium der Verhandlungen können bereits einige Parameter wie ein Mindestpreis oder Umsetzungsfristen enthalten sein.

- 791 Denkbar ist aber auch, dass noch keine Verhandlungen aufgenommen wurden und die Liquidatoren im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung lediglich ermächtigt werden, mit einem (bekannten oder unbekannten) Dritten einen Vertrag zu gewissen Mindestbedingungen zu verhandeln¹⁴⁰⁵.
- 792 In beiden Konstellationen kann mit der Bestätigung des Nachlassvertrags mangels Vorliegen einer Einigung mit dem Dritterwerber begriffsnotwendig noch *keine Vermögensabtretung an den Dritten* stattfinden. Vielmehr handelt es sich um einen (gewöhnlichen) *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger*, welcher jedoch konkrete Anordnungen bezüglich der Verwertung¹⁴⁰⁶ enthält¹⁴⁰⁷. Die Gläubiger werden im Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags Verfügungsberechtigt, während die Schuldnerin bis zum nachfolgenden Verkauf an den Dritten Eigentümerin bleibt.
- 793 Der Betriebsverkauf an den Dritten stellt eine normale Liquidationshandlung i.S.v. Art. 322 ff. SchKG dar, welche in den Zuständigkeitsbereich der Liquidatoren fällt. Bezüglich Art und Zeitpunkt des Verkaufs haben die Liquidatoren den Gläubigerausschuss nicht zu begrüssen, da sich die entsprechende Anordnung bereits direkt aus dem Nachlassvertrag ergibt. Bei dieser Betrachtungsweise wird auch klar, dass der Preis resp. Erlös im Nachlassvertrag noch nicht detailliert bezeichnet werden muss und kann. Wenn immer der Verkauf aber bereits im Nachlassvertrag an einen Dritten erfolgt, ist der Preis zwingend bekannt und ebenso zwingend im Nachlassvertrag aufzuführen.

3. Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an eine Auffanggesellschaft

a. Zur Auffanggesellschaft

- 794 Aus Art. 318 Abs. 1^{bis} i.V.m. Art. 317 Abs. 1 SchKG ergibt sich eine dritte potentielle Empfängerin des abgetretenen Vermögens, eine sog. Auffanggesellschaft. Der Begriff „Auffanggesellschaft“ wird verschieden definiert¹⁴⁰⁸. Für

¹⁴⁰⁵ ROTHENBÜHLER / WÜTHRICH, in: KUO SCHKG (2014), N 19 zu Art. 318; BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 29 zu Art. 318.

¹⁴⁰⁶ Art. 318 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.

¹⁴⁰⁷ GL. M. JUNOD MOSER / GAILLARD, in: CR LP (2005), N 18 zu Art. 318.

¹⁴⁰⁸ HURTER (1988), S. 36 ff.; RÜD (2003), S. 3 ff.; KUNZ (2014), S. 176.

die vorliegende Arbeit sei damit eine bereits vorbestehende oder neugegründete Kapitalgesellschaft gemeint, welche im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens die Übernahme gewisser Vermögenswerte der Schuldnerin, hier interessierend den Betrieb oder einen Betriebsteil, bezweckt¹⁴⁰⁹.

In der Regel wird die Auffanggesellschaft schon während der Stundung gegründet, womit im Nachlassvertrag vorab die Zuteilung und Übertragung des Vermögens auf die Auffanggesellschaft und der Verzicht der Gläubiger zu regeln sind. Andernfalls sind in den Nachlassvertrag zusätzlich Bestimmungen betreffend die Gründung der Auffanggesellschaft aufzunehmen¹⁴¹⁰.

795

b. Vermögensabtretung an die Auffanggesellschaft

(i) *Auffanggesellschaft Gläubigerin oder Dritte i.S.v. Art. 317 Abs. 1 SchKG?*

Wie dargestellt ergeben sich wesentliche, praktisch äusserst relevante Unterschiede, je nachdem ob der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger oder (direkt) an einen Dritten erfolgt¹⁴¹¹. Eine dritte, eigene Kategorie für die Auffanggesellschaft gibt es nicht; die Rechtsfolgen bestimmen sich einzig nach diesen beiden Kategorien.

796

Damit stellt sich die Frage, ob die Auffanggesellschaft als Gläubigerin oder als Dritte gilt oder mit anderen Worten ob sie bezüglich der Vermögensabtretung wie die Gläubigergesamtheit oder der Dritterwerber zu behandeln ist.

797

In der Lehre wird zwischen der Auffanggesellschaft im engeren und im weiteren Sinne unterschieden. An der Auffanggesellschaft i.e.S. sind ausschliesslich sämtliche unbefriedigten Gläubiger (d.h. keine zusätzlichen Drittinvestoren) beteiligt¹⁴¹². Wirtschaftlich betrachtet sind die Gläubiger (wie beim „normalen“

798

¹⁴⁰⁹ Vgl. auch HURTER (1988), S. 36 ff.; FUCHS (1999), S. 23 f.; WÜTHRICH (1998), S. 46 ff.; BAUMGARTNER (1987), S. 183.

¹⁴¹⁰ BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 24 zu Art. 318.

¹⁴¹¹ Übergang des Eigentums im Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags (bei Vermögensabtretung an einen Dritten) resp. beim effektiven Verkauf oder Verwertung (bei Vermögensabtretung an die Gläubiger); unterschiedliche Aufgaben der Liquidatoren; Preis ist zwingend im Nachlassvertrag aufzuführen (bei Vermögensabtretung an einen Dritten) resp. ist ein Mindestpreis oder eine generelle Ermächtigung zum Verkauf im besten Interesse der Gläubiger ausreichend (bei Vermögensabtretung an die Gläubiger). Vgl. vorne N 782 ff.

¹⁴¹² Vgl. aber GULICH (1993), S. 8, wonach Aussenstehende bei der Auffanggesellschaft i.e.S. höchstens eine Minderheitsbeteiligung halten können.

Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger) Empfänger des abgetretenen Vermögens, mit dem Unterschied, dass eine juristische Person dazwischengeschaltet ist. Aus diesem Grund wird die Auffanggesellschaft i.e.S. von der Lehre als Gläubigerin i.S.v. Art. 317 Abs. 1 SchKG bezeichnet¹⁴¹³.

- 799 Auf der anderen Seite handelt es sich immer dann um eine „Auffanggesellschaft i.w.S.“, wenn Drittinvestoren mit oder ohne gewissen oder sämtlichen Gläubigern daran beteiligt sind¹⁴¹⁴. Konsequenterweise bezeichnet die Lehre die Auffanggesellschaft i.w.S. als Dritte i.S.v. Art. 317 Abs. 1 SchKG¹⁴¹⁵.
- 800 Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise ist m.E. abzulehnen. Entscheidend ist vielmehr, ob der Auffanggesellschaft das Verfügungsrecht am schuldnerischen Vermögen eingeräumt (wie bei der Vermögensabtretung an die Gläubiger) oder das Eigentum direkt übertragen wird (wie bei der Vermögensabtretung an einen Dritten).
- 801 M.E. ist Letzteres der Fall. Der Wortlaut von Art. 317 Abs. 1 SchKG ist in dieser Hinsicht wenig hilfreich; Art. 318 Abs. 1^{bis} SchKG, wonach die Nachlassdividende auch aus Anteilsrechten an einer Auffanggesellschaft bestehen kann, macht hingegen nur Sinn, wenn die Auffanggesellschaft Eigentümerin des schuldnerischen Vermögens geworden ist. Auch darf die Auffanggesellschaft als juristische Person nicht einfach ignoriert werden. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei der Nachlassliquidationsmasse und dem den Gläubigern überlassenen schuldnerischen Vermögen (resp. dem Vermögen, worüber die Gläubiger bei der Vermögensabtretung an die Gläubiger verfügen können) lediglich um ein Sondervermögen ohne juristische Persönlichkeit¹⁴¹⁶. Auch aufgrund dieser Tatsache ist eine Differenzierung notwendig und sinnvoll.
- 802 Daraus erhellt, dass beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an eine Auffanggesellschaft Letzterer direkt das schuldnerische Vermögen zu Eigentum übertragen wird. Sie ist generell als „Dritte“ i.S.v. Art. 317 Abs. 1 SchKG zu behandeln.

¹⁴¹³ HURTER (1988), S. 42; FUCHS (1999), S. 55 f.

¹⁴¹⁴ GÜLICH (1993), S. 8.

¹⁴¹⁵ HURTER (1988), S. 41; FUCHS (1999), S. 56.

¹⁴¹⁶ AMONN / WALTHER (2013), § 55 N 22 i.V.m. § 40 N 1; HANDSCHIN / HUNKELER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 6 zu Art. 197; BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 5 zu Art. 317.

(ii) *Umsetzung der Vermögensabtretung*

Die Umsetzung der Vermögensabtretung gestaltet sich entsprechend wie bei der Vermögensabtretung an einen Dritten. Besteht bereits eine Vereinbarung mit der Auffanggesellschaft, kann diese dem Nachlassvertrag angehängt oder dort zusammengefasst werden¹⁴¹⁷. Sind die Verhandlungen noch am Laufen, ist es wohl praktischer, mit der Genehmigung und Bestätigung des Nachlassvertrags zuzuwarten; falls damit nicht zugewartet werden soll, handelt es sich um einen (normalen) Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger¹⁴¹⁸. 803

c. *Fazit*

Die Auffanggesellschaft ist, unabhängig ob Drittinvestoren daran beteiligt sind, bezüglich des Betriebsverkaufs grundsätzlich wie ein *Dritter* zu behandeln. Dies gilt für die Fragen der Zulässigkeit, der Rechtsnatur und Modalitäten wie auch bezüglich der Beschwerdemöglichkeiten¹⁴¹⁹. Keine Unterschiede zwischen der Vermögensabtretung an die Gläubiger, einen Dritten und damit auch an eine Auffanggesellschaft ergeben sich bezüglich Zuständigkeit, Übergang der Arbeitsverhältnisse wie auch der Anfechtungsrisiken¹⁴²⁰. 804

Entsprechend kommt der Unterscheidung zwischen Auffanggesellschaft i.e.S. und i.w.S. bezüglich des Betriebsverkaufs im Rahmen des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung keine praktische Bedeutung zu. Relevant ist die Unterscheidung allerdings bei der Festsetzung der zu bezahlenden Gegenleistung¹⁴²¹, da nur bei der Auffanggesellschaft i.w.S. die Leistung der Auffanggesellschaft (bezahlter Kaufpreis) mit dem Verzicht der Gläubiger verglichen werden muss. 805

¹⁴¹⁷ Vgl. vorne N 787 ff.

¹⁴¹⁸ Vgl. vorne N 790 ff.

¹⁴¹⁹ Vgl. hinten N 812, 826 und 849.

¹⁴²⁰ Vgl. hinten N 813 ff., 819 und 822.

¹⁴²¹ Sowie beim Betriebsverkauf während Stundung: Die Übertragung des Betriebs oder eines Betriebsteils auf die Auffanggesellschaft bereits während der Stundung ist grundsätzlich möglich. Handelt es sich um eine Auffanggesellschaft i.e.S. (während der Stundung wird es sich dabei um eine Tochtergesellschaft der Schuldnerin handeln, welche dann im Rahmen des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung an die Gläubiger übertragen werden soll), ist hierzu lediglich die Zustimmung des Richters resp. Gläubigerausschusses gemäss Art. 298 Abs. 2 SchKG erforderlich. Sind bereits während der Stundung Drittinvestoren an der Auffanggesellschaft beteiligt (handelt es sich also um eine Auffanggesellschaft i.w.S.), kommt der Verkauf während der Stundung einer vorzeitigen Liquidation gleich, was nur bei Vorliegen der fünf genannten Voraussetzungen zulässig ist (vgl. vorne N 603 ff.).

Diesbezüglich kommt auch der bei der richterlichen Bestätigung erforderlichen Schätzung der angemessenen Leistung eine erhöhte Bedeutung zu¹⁴²².

C. Gemischter Nachlassvertrag

- 806 Beim gemischten Nachlassvertrag handelt es sich um eine Kombination von Elementen des ordentlichen Nachlassvertrags und des Nachlassvertrags mit teilweiser Vermögensabtretung¹⁴²³. Die Gläubiger erhalten mit anderen Worten gleichzeitig eine Nachlassdividende (Komponente ordentlicher Nachlassvertrag) und das Verfügungsrecht über einen Teil des schuldnerischen Vermögens (Komponente Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger) resp. eine Nachlassdividende aus dem Verkauf an den Dritten (Komponente Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten) oder einen Anteil an einer Auffanggesellschaft (Komponente Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an eine Auffanggesellschaft). Während beim gemischten Nachlassvertrag die allgemeinen Bestimmungen zum Nachlassverfahren und -vertrag in Art. 293 - 313 SchKG ohne weiteres zur Anwendung gelangen, sind je nach Ausgestaltung entweder die besonderen Normen zum ordentlichen Nachlassvertrag (Art. 314 - 316 SchKG) oder zum Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 317 - 331 SchKG) heranzuziehen¹⁴²⁴.
- 807 Schon das Gesetz verlangt eine genaue Abgrenzung der Vermögenswerte voneinander im Nachlassvertrag¹⁴²⁵, woran gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung strenge Anforderungen zu stellen sind¹⁴²⁶. Dieser genauen Abgrenzung kommt beim gemischten Nachlassvertrag eine erhöhte Bedeutung zu.
- 808 Für den Betriebsverkauf ergeben sich beim gemischten Nachlassvertrag keine Unterschiede zum Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung. Der übertragene Betriebsteil gehört zwingend zur Komponente Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung¹⁴²⁷. Unterschiede ergeben sich folglich nur je nachdem, ob der der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger oder einen Dritten erfolgt.

¹⁴²² Art. 306 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG.

¹⁴²³ BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SchKG-II (2010), N 42 ff. zu Art. 318; HUNKELER, in: KUko SchKG (2014), N 9 zu Vor Art. 293-336.

¹⁴²⁴ MARCHAND (2013), S. 265.

¹⁴²⁵ Art. 318 Abs. 2 SchKG.

¹⁴²⁶ So explizit in BGE 122 III 176 Erw. 5 b).

¹⁴²⁷ Vgl. vorne N 781.

II. Zulässigkeit

A. Allgemeines

Für die Frage der Zulässigkeit des Betriebsverkaufs ist zu unterscheiden, ob der Verkauf direkt auf dem Nachlassvertrag basiert (so beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten oder an eine Auffanggesellschaft) oder - wie beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger - nach Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags als ordentliche Verwertungshandlung von den Liquidatoren nach Rücksprache mit dem Gläubigerausschuss erfolgt. 809

B. Vermögensabtretung an die Gläubiger

Der Betriebsverkauf beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger stellt eine ordentliche Verwertungshandlung gemäss Art. 322 ff. SchKG dar. Entsprechend ist der Verkauf immer dann zulässig, wenn er im Einklang mit dem vom Gläubigerausschuss und Liquidatoren festgelegten Prozedere erfolgt. Wie alle Verwertungshandlungen muss auch der Betriebsverkauf einen möglichst hohen Erlös erzielen. 810

C. Vermögensabtretung an einen Dritten

Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten basiert der Betriebsverkauf letztlich in allen Konstellationen auf dem Nachlassvertrag, ob nun die Vereinbarung betreffend den Verkauf dem Nachlassvertrag angehängt oder lediglich zusammengefasst ist. Der Betriebsverkauf ist folglich zulässig, wenn der Nachlassvertrag von den Gläubigern mit dem erforderlichen Quorum angenommen und vom Richter bestätigt worden ist¹⁴²⁸. Sodann müssen die u.U. im Nachlassvertrag genannten Bedingungen eingehalten werden. Werden Letztere nicht eingehalten, ist der Verkauf anfechtbar. 811

D. Vermögensabtretung an eine Auffanggesellschaft

Erfolgt die Vermögensabtretung an eine Auffanggesellschaft, ist der Übergang des Vermögens (und damit des Betriebs) auf die Auffanggesellschaft im Nachlassvertrag selbst zu regeln. Wie bei der Vermögensabtretung an einen Dritten 812

¹⁴²⁸ Art. 305 und 306 SchKG.

ist der Betriebsverkauf an die Auffanggesellschaft zulässig, wenn der Nachlassvertrag von den Gläubigern mit dem erforderlichen Quorum angenommen und vom Richter b¹⁴²⁹estätigt worden ist sowie alle weiteren nachlassvertraglichen Bedingungen eingehalten werden¹⁴³⁰. Der spätere Verkauf des Betriebs durch die Auffanggesellschaft erfolgt ausserhalb des Nachlassverfahrens und hat mit diesem nichts mehr zu tun¹⁴³¹.

III. Zuständigkeit

A. Externe Kompetenzordnung: Liquidator

- 813 Gestützt auf Art. 319 Abs. 3 SchKG ist grundsätzlich der Liquidator für die Verwertung gemäss Art. 322 ff. SchKG (und damit für den Betriebsverkauf beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger)¹⁴³² sowie zur Übertragung des abgetretenen Vermögens (und damit für Vollzug des Betriebsverkaufs beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten und an eine Auffanggesellschaft) zuständig. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der Sachwalter keine Rolle mehr spielt, da dessen Amt mit der Bestätigung des Nachlassvertrags endet. Ebenso enden die Kompetenzen des Richters in Bezug auf den Betriebsverkauf mit Bestätigung des Nachlassvertrags.

B. Interne Kompetenzordnung: Generalversammlung

- 814 Nach der hier vertretenen Ansicht kann nur die Generalversammlung rechtsgültig beschliessen, dass ein Nachlassverfahren in einen Liquidationsvergleich münden soll. Wird eine Stundung voraussichtlich mit einem Liquidationsvergleich enden, müssen die Aktionäre daher zu Beginn der Stundung Gelegenheit

¹⁴²⁹ GUGGISBERG / HARDMEIER, in: BSK SchKG-II (2010)

¹⁴³⁰ Art. 305 und 306 SchKG.

¹⁴³¹ Zuständig hierzu ist der Verwaltungsrat der Auffanggesellschaft resp. bei einer damit einhergehenden Zweckänderung oder faktischen Liquidation deren Aktionäre. Vgl. zum unterschiedlichen Kompetenzbereich von Verwaltungsrat und Generalversammlung beim Betriebsverkauf vorne N 460 ff.

¹⁴³² Wie bei jeder Verwertung nach Art. 322 ff. SchKG haben die Liquidatoren vorgängig die Zustimmung des Gläubigerausschusses betreffend die Art und den Zeitpunkt des Verkaufs einzuholen.

erhalten, anlässlich einer Generalversammlung über die die Art des angestrebten Nachlassvertrags zu befinden¹⁴³³. Stimmen die Aktionäre einem Nachlassverfahren im Hinblick auf den Abschluss eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung zu, genehmigen sie implizit auch jegliche Betriebsverkäufe¹⁴³⁴. Entsprechend sind sie beim eigentlichen Betriebsverkauf nicht mehr einzubeziehen.

Der Verwaltungsrat wird mit der Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags durch die Liquidatoren ersetzt und scheidet vollständig aus¹⁴³⁵.

815

C. Rolle der Gläubiger

Fraglich ist, inwiefern die Gläubigergesamtheit spezifisch für den Betriebsverkauf im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung beigezogen werden muss. Angesichts der bereits erfolgten Gläubigerversammlung während des Nachlassverfahrens, der Zustimmung der Gläubigermehrheit zum Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung sowie der richterlichen Bestätigung des Letzteren ist eine weitere Konsultation der Gläubiger keinesfalls notwendig und sinnvoll. Handelt es sich um einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten oder eine Auffanggesellschaft war der Betriebsverkauf bereits Gegenstand der Gläubigerversammlung (resp. des dort vorgelegten Nachlassvertrags)¹⁴³⁶. Sieht der Nachlassvertrag die Vermögensabtretung an die Gläubiger vor, so erfolgt der Verkauf zwingend erst nach Rücksprache mit dem Gläubigerausschuss, womit die Interessen der Gläubiger ebenfalls umfassend gewahrt sind¹⁴³⁷.

816

Denkbar wäre jedoch, den Gläubigern auch beim Freihandverkauf im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung das Höhergebotsrecht analog Art. 256 Abs. 3 SchKG zu gewähren. Diesbezüglich wird vertreten, Art. 256 Abs. 3 SchKG sei nicht analog anwendbar. Einerseits ergebe sich dies aus dem klaren Wortlaut von Art. 323 und 324 SchKG, andererseits handle es sich um

817

¹⁴³³ Vgl. vorne N 590 ff., insbesondere 591.

¹⁴³⁴ Vgl. vorne N 599.

¹⁴³⁵ Art. 319 Abs. 1 SchKG spricht zwar von rechtskräftiger Bestätigung des Nachlassvertrags, was aber zu Problemen führen kann, da Art. 308 SchKG auf die Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags abstellt (vgl. hierzu vorne N 789 und insbesondere FN 1403 m.w.H.).

¹⁴³⁶ Art. 302 Abs. 3 SchKG.

¹⁴³⁷ Vgl. vorne N 813 und FN 1432.

ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes, welches eine Flexibilität des Verwertungsverfahrens sicherstelle¹⁴³⁸.

- 818 Diese Ansicht überzeugt im Ergebnis. Ist ein Gläubiger am Kauf interessiert, bleibt ihm bei all den Verfahrensschritten genügend Zeit, rechtzeitig sein Kaufinteresse anzumelden. Ist sein Angebot insgesamt besser als die bereits vorliegenden, ist dasjenige des Gläubigers zu berücksichtigen. Im Unterschied zum Notverkauf im Konkurs sowie zum Betriebsverkauf während der Stundung (wo nach der hier vertretenen Ansicht den Gläubigern das Höhergebotsrecht zwingend zu gewähren ist¹⁴³⁹) besteht damit keine Gefahr, dass ohne Wissen der Gläubiger verwertet und dadurch vollendete Tatsachen geschaffen werden. Die Rechte der Gläubiger sind auch ohne Höhergebotsrecht gewahrt¹⁴⁴⁰.

IV. Übergang der Arbeitsverhältnisse

A. Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen

- 819 Art. 333b OR ist auf den Betriebsverkauf im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung anwendbar. Entsprechend ist der Erwerber nicht verpflichtet, irgendwelche Arbeitsverhältnisse zu übernehmen; die Arbeitsverhältnisse gehen nicht von Gesetzes wegen auf den Erwerber über¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁸ ROTHENBÜHLER / WÜTHRICH, in: KU KO SCHKG (2014), N 14 zu Art. 318; BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 22 zu Art. 322 und N 12 zu Art. 323; SAHLI (2005), S. 390; LORANDI (2000b), S. 855, insbesondere FN 157; LORANDI (1993), S. 385 ff.; RÜD (2003), S. 74. A.A. JAEGER / WALDER / KULL / KOTTMANN (2001), N 10 zu Art. 322 SchKG. Die Anwendbarkeit von Art. 256 Abs. 3 SchKG beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung noch offengelassen bei HARI (2010b), N 348.

¹⁴³⁹ Vgl. vorne N 331 ff. (Höhergebotsrecht beim Notverkauf) und N 578 ff. (Höhergebotsrecht während der Stundung).

¹⁴⁴⁰ Allerdings gilt das Höhergebotsrecht unbestrittenermassen auch bei der ordentlichen Verwertung im Anschluss an die zweite Gläubigerversammlung (vgl. vorne N 385), wo dies aufgrund der Gläubigerdemokratie und dem Risiko der voreiligen, heimlichen Verwertung zum Schaden der Gläubigergesamtheit ebenfalls nicht notwendig wäre. Dort haben wir aber eine klare gesetzliche Grundlage (Art. 256 Abs. 3 SchKG).

¹⁴⁴¹ Für die arbeitsrechtlichen Aspekte kann auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Betriebsverkauf im Konkursverfahren verwiesen werden (vgl. vorne N 140 ff.).

B. Keine Anwendung der Bestimmungen zur Massenentlassungen

Da die Stundung mit einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung endet, kommen die Bestimmungen zur Massenentlassung nicht zur Anwendung¹⁴⁴². 820

C. Keine Sozialplanpflicht

Bei einer Massenentlassung im Rahmen eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung ist ein Sozialplan entbehrlich¹⁴⁴³. 821

V. Anfechtungsrisiken

Generell sind nur vor der Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung vorgenommene Rechtshandlungen paulianisch anfechtbar¹⁴⁴⁴. Die hier behandelten Betriebsverkäufe erfolgen jedoch stets direkt gestützt auf einen bestätigten Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder im Rahmen der ordentlichen Verwertung des Vermögens nach Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung. Anfechtungsrisiken scheiden damit von vornherein aus. 822

VI. Rechtsnatur und Modalitäten

A. Privat- oder öffentlichrechtlich

1. Verwertungshandlungen nach Art. 322 ff. SchKG

Der von den Liquidatoren im Rahmen der ordentlichen Verwertung gemäss Art. 322 ff. SchKG vorgenommene Betriebsverkauf ist eine öffentlichrechtliche Zwangsvollstreckungshandlung, womit der Betriebsverkauf bei der Vermögensabtretung an die Gläubiger stets als öffentlichrechtliche Zwangsvollstreckungshandlung gilt¹⁴⁴⁵. 823

¹⁴⁴² Art. 335e Abs. 2 OR.

¹⁴⁴³ Art. 335k OR.

¹⁴⁴⁴ Art. 331 Abs. 1 i.V.m. Art. 285 - 292 SchKG.

¹⁴⁴⁵ Vgl. vorne N 782 f.

2. Vereinbarung mit dem Dritten

- 824 Weniger eindeutig präsentiert sich die Rechtslage, wenn die Vermögensabtretung direkt, in einem Schritt, an einen Dritten erfolgt¹⁴⁴⁶. Gemäss FUCHS ist der Vertrag mit dem Dritten eher privatrechtlicher Natur, weil der Schuldnerin bei der Ausarbeitung des Vertrags während der Stundung ein gewisser Gestaltungsspielraum zustehe (dies im Gegensatz zum Freihandverkauf bei der ordentlichen Verwertung nach Art. 322 ff. SchKG) und die Behörden bei der Ausarbeitung (wiederum während der Stundung) eine untergeordnete Rolle spielten¹⁴⁴⁷. Ohne weitere Begründung erfolgt der Betriebsverkauf während der Stundung gemäss MEIER/EXNER durch einen privatrechtlichen Veräusserungsvertrag, nach Konkurseröffnung durch eine öffentlichrechtliche Verfügung. Zur Rechtsnatur der Vereinbarung mit dem Dritten beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung äussern sie sich nicht¹⁴⁴⁸. Aus dem Umstand, dass BAUER/HARI/JEANNERET/WÜTHRICH die Vereinbarung mit dem Dritten als „Kaufvertrag“ bezeichnen, kann wohl geschlossen werden, dass sie diesem privatrechtliche Natur zugestehen¹⁴⁴⁹.
- 825 Im Ergebnis ist diesen Autoren zuzustimmen. Der privatrechtliche Charakter der Vereinbarung mit dem Dritten ergibt sich schon allein daraus, dass Letztere zwischen der Schuldnerin und dem Dritten abgeschlossen wird¹⁴⁵⁰, mithin kein öffentliches Organ Vertragspartei ist. Zwischen zwei privaten Parteien kann aber nur in Ausnahmefällen und gestützt auf eine gesetzliche Grundlage ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis begründet werden¹⁴⁵¹. Daran nichts zu ändern mag auch die Tatsache, dass der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung selber unbestrittenermassen als Instrument der Zwangsvollstreckung und trotz des Begriffs „Vertrag“ keineswegs als privatrechtliches Rechtsgeschäft gilt¹⁴⁵².
- 826 Damit handelt es sich beim Betriebsverkauf bei der Vermögensabtretung an einen Dritten und an eine Auffanggesellschaft stets um ein privatrechtliches Rechtsgeschäft.

¹⁴⁴⁶ Vgl. vorne N 784 ff.

¹⁴⁴⁷ FUCHS (1999), S. 66 f.; ebenso RÜD (2003), S. 87.

¹⁴⁴⁸ MEIER / EXNER (2004), S. 218.

¹⁴⁴⁹ BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 30 f. zu Art. 318.

¹⁴⁵⁰ FUCHS (1999), S. 64.

¹⁴⁵¹ Vgl. vorne N 96.

¹⁴⁵² BGE 114 III 120; BGE 107 III 106 Erw. 3a); WALDER-BOHNER / FRITZSCHE (1993), § 71 N 1; AMONN / WALTHER (2013), § 53 N 9 ff.; MARCHAND (2013), S. 264; BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 3 zu Art. 317.

B. Privatrechtlicher Betriebsverkauf

Beim Vertrag zwischen der veräußernden Schuldnerin und dem Dritten oder der Auffanggesellschaft handelt es sich um einen privatrechtlicher Asset Deal, genauer um einen Geschäftsübertragungsvertrag sui generis¹⁴⁵³. Er wird suspensiv bedingt abgeschlossen und erlangt erst mit der Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags Rechtswirksamkeit¹⁴⁵⁴. Aufgrund der privatrechtlichen Natur sind Gewährleistungen grundsätzlich zulässig und Art. 234 Abs. 1 OR nicht direkt anwendbar. Eine analoge Anwendung von Art. 234 Abs. 1 OR drängt sich jedoch der Sache nach auf.

Infolge der Koppelung des Nachlassvertrags und des Geschäftsübertragungsvertrags mit dem Dritten resp. der Auffanggesellschaft gilt es den Gewährleistungen (sowie deren möglichen Folgen für den Nachlassvertrag) besondere Beachtung zu schenken¹⁴⁵⁵. Hat der Dritterwerber oder die Auffanggesellschaft aufgrund eines Willensmangels oder eines Gewährleistungsfalles Anspruch auf eine Preisminderung oder gar eine Wandelung, bleibt dies nicht ohne Folgen für den von den Gläubigern angenommenen und vom Richter bestätigten Nachlassvertrag, da diesem die (mängelfreie) Vermögensabtretung zugrunde lag. Kann die im Nachlassvertrag vorgesehene Vermögensübertragung an den Dritten oder die Auffanggesellschaft nicht vorgenommen werden (resp. wird diese rückgängig gemacht) oder bezahlt der Dritte resp. die Auffanggesellschaft letztlich nur die Hälfte des im Nachlassvertrag vorgesehenen Preises, hat dies direkte (negative) Konsequenzen auf die Dividende der Gläubiger. Dies kann ihnen nicht ohne weiteres zugemutet werden¹⁴⁵⁶.

Dieser Problematik kann (und muss) ausgewichen werden, indem Art. 234 Abs. 1 OR analog angewendet wird. Nur wenn durch die Abgabe einer besonderen Zusicherung oder durch den Verweis auf gesetzliche Gewährleistungen ein höherer Erlös generiert werden kann, sind Gewährleistungen überhaupt zulässig. Entsprechend sind Gewährleistungen von vornherein nur mit Zurückhaltung zu gewähren und im Nachlassvertrag explizit aufzuführen. Eine Wandelung ist im Gewährleistungsfalle komplett auszuschliessen; dem Erwerber soll nur eine Preisminderung zur Verfügung stehen. In jedem Fall sind Gewährleis-

¹⁴⁵³ Vgl. vorne N 103 f. und N 824 f.

¹⁴⁵⁴ Vgl. vorne N 789.

¹⁴⁵⁵ Die Problematik ist von untergeordneter Bedeutung beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger, da dort die Verwertung getrennt vom Nachlassvertrag erfolgt (vgl. vorne N 782 f.).

¹⁴⁵⁶ FUCHS (1999), S. 122 f.

tungen und besondere Zusicherungen auf eine möglichst kurze Zeit zu begrenzen¹⁴⁵⁷. Die Gläubiger (und der bestätigende Richter) müssen sodann explizit darauf aufmerksam gemacht werden, dass der vom Dritten resp. der Auffanggesellschaft bezahlte Erlös im Gewährleistungsfalle um einen konkret genannten Maximalbetrag tiefer ausfallen kann. Nur bei diesem Vorgehen kann den Gläubigern auch im Gewährleistungsfalle ein Festhalten am Nachlassvertrag zugemutet werden.

- 830 Niemals sollte sodann vor Ablauf der Gewährleistungsdauer mit der Verteilung des Erlöses an die Gläubiger begonnen werden, da die Gläubiger nicht zur Rückzahlung verpflichtet werden können¹⁴⁵⁸.

C. Öffentlichrechtlicher Betriebsverkauf

- 831 Der öffentlichrechtliche Betriebsverkauf wird i.d.R. mittels Freihandverkaufsverfügung abgewickelt¹⁴⁵⁹.

VII. Beschwerdemöglichkeiten gegen den Verkauf

A. Vermögensabtretung an die Gläubiger

- 832 Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an die Gläubiger stehen zwei Beschwerdemöglichkeiten zur Verfügung.

1. Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO

- 833 Einerseits kann die richterliche Bestätigung oder Ablehnung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung gemäss Art. 307 SchKG mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO angefochten werden, wobei der Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt¹⁴⁶⁰. Eine Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG

¹⁴⁵⁷ Gemäss meinem Vorschlag zwischen zwei und maximal sechs Monaten, vgl. vorne N 230 ff. und insbesondere N 234.

¹⁴⁵⁸ Die Nachlassgläubiger werden mit Erhalt Eigentümer des Geldes und sind aufgrund von zwingenden sachenrechtlichen Vorschriften (Art. 714 Abs. 2 und 935 ZGB) nicht zur Zurückzahlung verpflichtet. Vgl. MARCHAND, in: CR LP (2005), N 20 zu Art. 313 und HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 11 zu Art. 313.

¹⁴⁵⁹ Art. 322 SchKG. Für die Modalitäten des Betriebsverkaufs mittels öffentlichrechtlicher Verfügung vgl. vorne N 179 ff., zum Freihandverkauf insbesondere N 194 ff.

¹⁴⁶⁰ Vgl. vorne N 91.

scheidet aus, weil diese als subsidiäres Rechtsmittel immer ausgeschlossen ist, wenn das Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt¹⁴⁶¹.

Mit Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO können nicht der Nachlassvertrag selbst oder einzelne Klauseln desselben angefochten werden. Beschwerdegegenstand sind der Entscheid sowie sonstige, explizite richterliche Anordnungen¹⁴⁶², worunter Klauseln des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung grundsätzlich nicht fallen. Sieht der Nachlassvertrag einen Mindestpreis vor, zu dem die Liquidatoren gewisse Vermögenswerte veräussern sollen, kann mittels Beschwerde beispielsweise nicht geltend gemacht werden, dieser Mindestpreis sei höher anzusetzen. Dies ist sachgerecht, da ein Gläubiger nicht einzelne Klauseln soll anfechten können, denen die Mehrheit der Gläubiger (Art. 305 SchKG) zugestimmt hat.

834

Als Beschwerdegründe können die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden¹⁴⁶³. Typische Beispiele sind die Verletzung von Art. 305 SchKG (korrekte Annahme durch eine ausreichende Anzahl Gläubiger) und Art. 306 SchKG (beim Nachlassvertrag mit teilweiser Vermögensabtretung sowie beim gemischten Nachlassvertrag vorab die Angemessenheit der schuldnerischen Leistung¹⁴⁶⁴).

835

Beschwerdelegitimiert ist grundsätzlich, wer am richterlichen Bestätigungsverfahren als Partei teilgenommen hat und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des ablehnenden oder bestätigenden Entscheides hat¹⁴⁶⁵. Darunter fällt regelmässig die Schuldnerin selbst¹⁴⁶⁶. Die Beschwerde ist grundsätzlich innerhalb von zehn Tagen seit der Zustellung des begründeten Entscheids einzureichen¹⁴⁶⁷.

836

¹⁴⁶¹ Art. 17 Abs. 1 1. Halbsatz SchKG.

¹⁴⁶² HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 4 zu Art. 307.

¹⁴⁶³ Art. 320 ZPO.

¹⁴⁶⁴ Beim Nachlassvertrag mit vollständiger Vermögensabtretung stellt sich die Frage der Angemessenheit der schuldnerischen Leistung nicht, da die Schuldnerin ihr gesamtes Vermögen abtritt und begriffsnotwendig nicht weitere Vermögenswerte abtreten kann (MARCHAND, in: CR LP (2005), N 31 zu Art. 306). Gemäss HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 6 zu Art. 306, ist ein Angebot (auch beim Nachlassvertrag mit vollständiger Vermögensabtretung) dann nicht mehr angemessen, wenn die Gläubiger bei einer Konkursöffnung besser gestellt wären.

¹⁴⁶⁵ Art. 59 Abs. 2 lit. a. ZPO.

¹⁴⁶⁶ Vgl. zur Beschwerdelegitimation der Schuldnerin sowie insbesondere der Gläubiger MARCHAND, in: CR LP (2005), N 7 ff. zu Art. 307; HARDMEIER, in: BSK SCHKG-II (2010), N 6 ff. zu Art. 307; HUNKELER, in: KUKO SCHKG (2014), N 9 ff. zu Art. 307.

¹⁴⁶⁷ Art. 321 Abs. 2 i.V.m. Art. 251 lit. a. ZPO.

- 837 Je nach Ergebnis des Beschwerdeverfahrens wird entweder von Amtes wegen der Konkurs eröffnet (bei Nichtbestätigung) oder der Nachlassvertrag wird für sämtliche Gläubiger verbindlich (bei Bestätigung)¹⁴⁶⁸. Mit Vollstreckbarkeit des bestätigenden Entscheids wird auch die Abtretung des Vermögens an die Gläubiger wirksam, womit die Liquidatoren mit der eigentlichen Verwertung, mithin dem Betriebsverkauf, beginnen können.

2. Beschwerde nach Art. 320 Abs. 2 und Art. 17 ff. SchKG

- 838 Andererseits können, zu einem späteren Zeitpunkt, auch die einzelnen Verwertungshandlungen der Liquidatoren und die Entscheide des Gläubigerausschusses angefochten werden, beispielsweise der Verkauf des Betriebs oder Betriebsteils. Verwertungshandlungen der Liquidatoren sind gemäss Art. 320 Abs. 2 SchKG mittels Einsprache innerhalb von zehn Tagen ab Kenntnis beim Gläubigerausschuss zu rügen. Die Verfügungen des Gläubigerausschusses können mittels Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG angefochten werden. Da Liquidatoren und Gläubigerausschuss bezüglich Verwertung zusammenarbeiten (das Gesetz besagt, dass die Liquidatoren im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss die Art und den Zeitpunkt der Verwertung bestimmen¹⁴⁶⁹), macht es dann keinen Sinn, eine Verfügung der Liquidatoren beim Gläubigerausschuss anzufechten, wenn die angefochtene Handlung im Einverständnis mit dem Gläubigerausschuss erfolgt ist. In diesem Fall kann direkt Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG bei der Aufsichtsbehörde erhoben werden¹⁴⁷⁰.
- 839 Da die einzelnen Verwertungshandlungen vom Nachlassvertrag unabhängig sind, hat auch eine erfolgreiche Anfechtung einer Verwertungshandlung keine Auswirkungen auf den von den Gläubigern genehmigten und vom Richter bestätigten Nachlassvertrag.

B. Vermögensabtretung an einen Dritten

- 840 Infolge der Koppelung des Nachlassvertrags und der Vereinbarung mit dem Dritten gestalten sich die Beschwerdemöglichkeiten gegen den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten komplizierter. Zu unterscheiden ist

¹⁴⁶⁸ Art. 309 und 310 SchKG.

¹⁴⁶⁹ Art. 322 Abs. 2 SchKG.

¹⁴⁷⁰ JUNOD MOSER / GAILLARD, in: CR LP (2005), N 15 zu Art. 320; BAUER / HARI / JEANNERET / WÜTHRICH KARL, in: BSK SCHKG-II (2010), N 22 zu Art. 320; ROTHENBÜHLER / WÜTHRICH, in: KUKO SCHKG (2014), N 12 zu Art. 320; für weitere Details betreffend die Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG vgl. vorne N 244 ff.

hiernach, ob die Gläubiger, der Dritterwerber oder die Schuldnerin den Rechtsweg einschlagen.

1. Beschwerdemöglichkeiten der Gläubiger

a. Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO

Den Gläubigern steht als Rechtsmittel gegen die richterliche Bestätigung oder Nichtbestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung wiederum die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zur Verfügung¹⁴⁷¹. Eine Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG scheidet aus, weil diese als subsidiäres Rechtsmittel immer ausgeschlossen ist, wenn das Gesetz den Weg der gerichtlichen Klage vorschreibt¹⁴⁷². 841

Nicht mit Beschwerde anfechtbar ist damit die Vereinbarung mit dem Dritten, auch wenn Letztere im richterlichen Bestätigungsentscheid mitbestätigt wird (was immer der Fall sein müsste), da die Gläubiger mangels Parteistellung nicht in das privatrechtliche Verhältnis zwischen der Schuldnerin und dem Dritten eingreifen können. 842

b. Folgen einer Beschwerde bezüglich der Veräußerung an den Dritten

Wie vorne dargestellt erfolgt die Veräußerung an den Dritten gestützt auf einen suspensiv bedingten Geschäftsübernahmevertrag. Als Bedingung ist die Vollstreckbarkeit des Nachlassvertrags vorausgesetzt¹⁴⁷³. Da der Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt¹⁴⁷⁴, hat bereits das Ergreifen einer Beschwerde unmittelbaren Einfluss auf die Veräußerung des Betriebs oder Betriebsteils an den Dritten. Sofern eine Beschwerde offensichtlich nur ergriffen wird, um die Veräußerung zu verzögern (und damit den Gläubigern, der Schuldnerin und/oder dem Erwerber Schaden anzurichten), ist ihr die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren. 843

¹⁴⁷¹ Art. 307 SchKG. Vgl. vorne N 833 ff. und 91.

¹⁴⁷² Art. 17 Abs. 1 1. Halbsatz SchKG.

¹⁴⁷³ Vgl. vorne N 96 ff., 789 und insbesondere FN 1403 m.w.H.

¹⁴⁷⁴ Art. 307 Abs. 2 SchKG.

- 844 Kommt es trotz oder dank der Beschwerde zu einer richterlichen Bestätigung des Nachlassvertrags, wird dieser im Zeitpunkt der Vollstreckbarkeit für sämtliche Gläubiger verbindlich¹⁴⁷⁵ und der Geschäftsübernahmevertrag rechtswirksam. Im umgekehrten Fall, d.h. der (richterlichen) Ablehnung des Nachlassvertrags, eröffnet das Gericht von Amtes wegen den Konkurs¹⁴⁷⁶. In diesem Fall wird der Geschäftsübernahmevertrag mangels Eintritt der Suspensivbedingung nicht wirksam.

2. Beschwerdemöglichkeiten des Dritterwerbers

a. Zivilprozess

- 845 Speziell gestaltet sich die Situation für den Dritterwerber, welcher u.U. ebenfalls ein Interesse an einer Beschwerde gegen den Verkauf resp. einzelne Aspekte desselben haben kann. Seine Beschwerdelegitimation dürfte regelmässig ausser Frage sein. Der Dritterwerber kann beispielsweise vom Sachwalter oder Verwaltungsrat getäuscht worden sein. Weiter können auch Gewährleistungsansprüche strittig sein. Im Gegensatz zu den Gläubigern wird der Dritterwerber in einer solchen Konstellation nicht den Entscheid über den Nachlassvertrag oder etwaige richterliche Anordnungen anfechten, sondern gestützt auf den Geschäftsübernahmevertrag vertragliche Ansprüche auf dem Weg des Zivilprozesses geltend machen.

b. Folgen einer Beschwerde bezüglich des Nachlassvertrags

- 846 Wie dargestellt ist infolge der Koppelung von Geschäftsübernahmevertrag und Nachlassvertrag das Risiko einer zukünftigen Auseinandersetzung betreffend den Geschäftsübernahmevertrag möglichst zu minimieren¹⁴⁷⁷. Entsprechend sind Gewährleistungen nur mit Zurückhaltung zu gewähren, womit auch kaum noch Platz für Willensmängel bleibt¹⁴⁷⁸.
- 847 Eine Wandelung ist damit nur noch theoretisch möglich und zwar falls der Erwerber vom Verwaltungsrat oder Sachwalter absichtlich über wesentliche Eigenschaften des Betriebs getäuscht worden ist. In diesem Fall ist m.E. angesichts der engen Verbindung zwischen der Veräusserung an den Dritten und

¹⁴⁷⁵ Art. 310 SchKG.

¹⁴⁷⁶ Art. 309 SchKG.

¹⁴⁷⁷ Vgl. vorne N 828 ff.

¹⁴⁷⁸ BGE 91 II 275 Erw. 2.b); vgl. vorne N 828 ff.

dem Nachlassvertrag ein Widerruf des Nachlassvertrags gemäss Art. 313 SchKG möglich¹⁴⁷⁹. Auch hier gilt allerdings, dass bereits erfolgte Zahlungen an die Gläubiger - trotz der Aufhebung des Nachlassvertrags ex tunc und mit Wirkung gegenüber allen Gläubigern - nicht zurückbezahlt werden müssen¹⁴⁸⁰.

3. Beschwerdemöglichkeiten der Schuldnerin

Der Schuldnerin kann i.d.R. sowohl eine Beschwerde nach Art. 307 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO (sofern ihr im richterlichen Bestätigungsverfahren Parteistellung zugekommen ist¹⁴⁸¹) als auch einen Zivilprozess betreffend vertragliche Ansprüche anstrengen. Für Details zu diesen beiden Verfahren und den Rechtsfolgen kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden¹⁴⁸². 848

C. Vermögensabtretung an eine Auffanggesellschaft

Bezüglich Beschwerdemöglichkeiten beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an eine Auffanggesellschaft verhält es sich wie beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung an einen Dritten. Wiederum ist zu unterscheiden, ob ein Gläubiger, die Auffanggesellschaft als Erwerberin oder die Schuldnerin als Verkäuferin Ansprüche geltend macht. Den Gläubigern steht die Beschwerde nach Art. 307 SchKG i.V.m. Art. 319 ff. ZPO gegen die richterliche Bestätigung des Nachlassvertrags offen, während die Auffanggesellschaft einen normalen Zivilprozess anstrengen kann. Der Schuldnerin selbst stehen beide Möglichkeiten offen¹⁴⁸³. 849

¹⁴⁷⁹ A.A. FUCHS (1999), S. 123.

¹⁴⁸⁰ MARCHAND, in: CR LP (2005), N 15 ff. zu Art. 313; HUNKELER, in: KUKO SchKG (2014), N 10 f. zu Art. 313; vgl. vorne FN 1373.

¹⁴⁸¹ Vgl. zur Beschwerdelegitimation der Schuldnerin vorne N 836 und die dortigen Verweise.

¹⁴⁸² Beschwerde nach Art. 307 SchKG i.V.m. Art. 319 ZPO: N 841 ff.; Zivilprozess: N 845 ff.

¹⁴⁸³ Vgl. vorne N 841 ff. (Beschwerdemöglichkeiten der Gläubiger), N 845 ff. (Beschwerdemöglichkeiten des Dritterwerbers) und N 848 ff. (Beschwerdemöglichkeiten der Schuldnerin).

Fünfter Teil:

Betriebsverkauf in den
US-amerikanischen
Konkursverfahren

Kapitel 1 : Einleitung

I. Ausgangslage

Das US-amerikanische Konkursrecht nimmt eine weltweite Vorreiterrolle ein; das Chapter 11 des US Bankruptcy Code gilt gemeinhin als wichtigster Export US-amerikanischen Rechts überhaupt¹⁴⁸⁴. So hat sich auch der Schweizer Gesetzgeber im Rahmen der jüngsten Revision des Sanierungsrechts massgeblich am Chapter 11 orientiert¹⁴⁸⁵. Die spektakulären Konkurse u.a. von Enron, Lehman Brothers, Chrysler, General Motors und diverser amerikanischer Fluggesellschaften haben das Chapter 11 auch in der Schweiz weit über Fachkreise hinaus bekannt gemacht. Den genannten Konkursen ist gemeinsam, dass die Schuldnerin während des laufenden Verfahrens ihren Betrieb oder wesentliche Teile davon innert kürzester Frist und ohne grösseren Unterbruch der Geschäftstätigkeit veräussern konnte. Im extremsten Fall, Lehman Brothers, wurde - innerhalb einer Woche nach Lehman Brothers' Konkursantrag - der Grossteil von dessen Investmentbank und Kapitalmarktgeschäft an Barclays verkauft¹⁴⁸⁶.

850

¹⁴⁸⁴ Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 2 und 8, insbesondere FN 7; STAEHELIN (2013), S. 1736; MALLON (2006), S. 401.

¹⁴⁸⁵ Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6455 ff., wo sich der Bundesrat einleitend explizit auf das übernommene Konzept des Chapter 11 bezieht. MEIER bezeichnet das Chapter 11 als „Das „Idealmodell“ eines Sanierungsrechts, das die Restrukturierung eines Unternehmens unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit ermöglicht [...]“ (MEIER (2005), S. 689).

¹⁴⁸⁶ In re Lehman Brothers Holding Inc., 445 B.R. 143 (Bkrty.S.D.N.Y. 2011). Der Verkauf von Chrysler und General Motors dauerte je rund 41 Tage (In re Chrysler LLC, 576 F.3d 108 (2nd Cir. 2009); In re General Motors Corp., 407 B.R. 463 (Bkrty.S.D.N.Y. 2009); Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 85 FN 323). Zum Vergleich: Vom Grounding der Swissair am 2. Oktober 2011 bis zur Übernahme des Flugbetriebs durch die Crossair/Swiss am 1. April 2002 dauerte es rund sechs Monate (vgl. Bericht GPK Ständerat zur Swissair-Krise (2002), S. 5410 f.).

- 851 Betriebsverkäufe während Konkursverfahren sind in den USA weit verbreitet. So endet mehr als ein Fünftel aller Konkursverfahren betreffend kotierte Gesellschaften in einem Verkauf des gesamten operativen Betriebs¹⁴⁸⁷. Die Häufigkeit von Betriebsverkäufen in Konkursverfahren ist auf folgende Gründe zurückzuführen:
- 852 *Verhinderung der Liquidation um (fast) jeden Preis.* Die ersten amerikanischen Konkursgesetze vom 19. Jahrhundert wurden als Reaktion auf den Zusammenbruch diverser Eisenbahngesellschaften erlassen. Aus volkswirtschaftlichen und politischen Gründen (Verbindung Ost-West) wurde damals ein System entwickelt, welches die Weiterführung dieser Eisenbahngesellschaften unter (fast) allen Umständen ermöglichte. Dieses Grundkonzept des „rescue and rehabilitate“ blieb bis heute bestehen¹⁴⁸⁸. Ist die Einstellung und Liquidation des Betriebs keine Option, bleiben entweder die Sanierung (Weiterführung des Betriebs durch die bisherige, sanierte Gesellschaft) oder der Verkauf (Weiterführung des Betriebs durch einen Dritten mit anschließender Liquidation der bisherigen Eigentümerin).
- 853 *Verkauf ist besser als eine Sanierung.* Ein Verkauf des Betriebs während eines laufenden Konkursverfahrens hat verschiedene Vorteile gegenüber einer Sanierung. Ein Verkauf ist viel schneller umsetzbar, mit deutlich geringerem Aufwand (nicht zuletzt auch für die Gerichte) und mit weniger Unsicherheiten verbunden als eine Sanierung. Sodann ist in den USA die Meinung oder vielmehr die Überzeugung, dass ein möglichst rascher Verkauf des Betriebs am Markt für die Gläubiger den höchsten Erlös generiert, weit verbreitet¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁷ Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 203. Siehe auch GILSON / HOTCHKISS EDITH / OSBORN MATTHEW (2015), S. 5, welche ausführen, dass in 21.4% der von ihnen untersuchten 350 Konkursverfahren von kotierten Gesellschaften in den Jahren 2002-2011 ein Gesamtverkauf des operativen Betriebs und in weiteren 31.6% immerhin ein Teilverkauf vorgenommen wurde; insgesamt hatten folglich 53% der Konkursverfahren einen Betriebsverkauf zum Gegenstand. Auf ähnlich Prozentsätze (56%) kommen BAIRD / RASMUSSEN (2003), S. 675.

¹⁴⁸⁸ Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 8 ff. Illustrativ ist der Entscheid *Central Bank & Trust Co. v. Greenville & W.R. Co.*, 248 F. 350, 351 (W.D.S.C. 1917), wo das Gericht aus politischen und volkswirtschaftlichen Gründen („[...] the present coal situation in Greenville is acute, and, unless the fuel supply can come from the mountains over the railroad, the people will suffer [...]”). Railroads in these modern days create business, encourage the building of enterprises along their lines, and foster the improvement of agriculture [...]“) die Weiterführung einer seit jeher unrentablen Eisenbahngesellschaft anordnete.

¹⁴⁸⁹ *Bank of Amer. v. 203 N. LaSalle St. Partnership*, 119 S.Ct. 1411, 1423 (1999); SKEEL (2015), S. 146; LOPUCKI / DOHERTY (2007), S. 9 f.; BAIRD / RASMUSSEN (2002), S. 756 und 786 ff. Tatsächlich bestehen denn diverse Private Equity und Hedge Funds, welche sich auf den Erwerb von konkursiten Betrieben resp. Schulden konkursiter Gesellschaften spezialisieren (vgl. die Auflistung bei NESVOLD / ANAPOLSKY / LAJOUX (2011), S. 92 ff.).

In diesem fünften und letzten Teil der vorliegenden Arbeit wird dieser so häufige und wichtige Betriebsverkauf in den US-amerikanischen Insolvenzverfahren erläutert. Im ersten Kapitel sind grundsätzliche Ausführungen zu den Rechtsgrundlagen und Verfahren dargestellt, bevor im zweiten und dritten Kapitel detaillierter auf die beiden Hauptformen des Betriebsverkaufs, die sog. „§ 363 Sale“ und „Plan Sale“ eingegangen wird. Zum Schluss folgen grundsätzliche Überlegungen zur Rechtslage in der Schweiz und den USA.

854

II. Rechtsgrundlagen

A. Bankruptcy Code und Federal Rules of Bankruptcy Procedure

Das US-amerikanische Konkursrecht¹⁴⁹⁰ gehört zum Bundesrecht („Federal Law“). Das Konkursgesetz, der „Bankruptcy Code“, findet sich im 11. Titel des „United States Code“¹⁴⁹¹. Die verfahrensrechtlichen Fragen richten sich nach den vom Supreme Court erlassenen „Federal Rules of Bankruptcy Procedure“¹⁴⁹². Für gerichtliche Eingaben sind sodann die „Official and Procedural

855

¹⁴⁹⁰ Das US-amerikanische Konkursrecht, namentlich das Chapter 11 des Bankruptcy Code, ist in der Schweizer Literatur in Dissertationen und Aufsätzen bereits eingehend behandelt worden, vgl. ohne Anspruch auf Vollständigkeit: HUNKELER (1996), N 301 ff.; HÄUSSERMANN (1986), S. 18 ff.; MEIER (2006), S. 408 ff.; MEIER (2005), S. 688 ff.; MEIER (2004), S. 499 ff.; MEIER (2000), S. 446 ff.; VANDEBROEK (2014), S. 712 ff.; MÜLLER (2014), S. 187 ff.; CHRIST (2004), S. 17 ff.

¹⁴⁹¹ Der United States Code ist eine Kodifikation aller „general and permanent laws“ der USA (d.h. aller Federal Laws), eingeteilt in gegenwärtig 54 Themenbereiche (sog. Titles). Er wird erstellt vom „Office of the Law Revision Counsel of the United States House of Representatives“ und kann auf dessen Website <<http://uscode.house.gov>> (zuletzt besucht am 18. Dezember 2016) konsultiert werden. Gesetze werden in der Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich zitiert. Section 363 des Bankruptcy Code etwa wird wie folgt zitiert: 11 U.S.C./USC/U.S. Code § 363; § 363 BC/Bankr.Code/Bankruptcy Code; BC/Bankr.Code/Bankruptcy Code § 363 oder gar section 363(b) of 11 U.S.C. §§ 101 et seq. Auch werden die Sections zuweilen mit Gross- oder Kleinbuchstaben geschrieben oder lediglich mit einem „§“ versehen (In re Lionel kommen alle drei Varianten im selben, relativ kurzen Urteil vor; siehe In re Lionel, 722 F.2d 1063 (1983), S. 1065 [section 363(b)], S. 1066 [§ 363(b)] und S. 1072 [Section 363(b)]). Gesetze sind in dieser Arbeit stets wie folgt zitiert: (1.) Sections des Bankruptcy Code lediglich mit „§“, d.h. § 363 bezieht sich auf 11 U.S.C. § 363; (2.) Sections aus anderen Gesetzen stets mit vollständiger U.S.C. Referenz, so z.B. 18 U.S.C. § 151; (3.) „Chapter 7“ oder „Chapter 11“ sofern auf das ganze entsprechende Chapter des Bankruptcy Code Bezug genommen wird.

¹⁴⁹² Sie sind damit nicht etwa Bestandteil der „Federal Rules of Civil Procedure“ (EPSTEIN (2013), S. 18).

Bankruptcy Forms“ von Relevanz¹⁴⁹³. Die strafrechtlichen Bestimmungen im Zusammenhang mit Konkursen sind im 18. Titel geregelt¹⁴⁹⁴.

- 856 Der Bankruptcy Code ist in verschiedene, aus historischen Gründen¹⁴⁹⁵ eigenartig nummerierte Kapitel (nachfolgend „Chapter“ oder „Chapters“) aufgeteilt¹⁴⁹⁶. Jedes Chapter ist in „Sections“ unterteilt, welche nicht selten mehrere Seiten umfassen, dennoch aber das Pendant zu unseren Gesetzesartikeln darstellen. Die Sections sind nicht durchnummeriert, sondern beginnen, für einmal übersichtlich, mit der Zahl des jeweiligen Chapters¹⁴⁹⁷. Die ersten drei Chapter des Bankruptcy Code (Chapter eins, drei und fünf) stellen den allgemeinen, generell anwendbaren Teil dar. Das erste und fünfte Chapter enthalten vorab Definitionen und Abgrenzungen sowie Normen betreffend die Rechte der Schuldnerin sowie der Gläubiger. Das dritte Chapter regelt die „case administration“ und, hier von besonderem Interesse, den (vorzeitigen) Verkauf von einzelnen oder allen Aktiven der Schuldnerin. Vom besonderen Teil interessieren in dieser Arbeit einzig das Chapter 7 („Liquidation“) und vorab das Chapter 11 („Reorganization“).
- 857 Der Bankruptcy Code wurde am 6. November 1978 erlassen und trat am 1. Oktober 1979 in Kraft. Er wurde seither mehrmals teilrevidiert, zuletzt im Jahr 2005¹⁴⁹⁸. Gegenwärtig wird eine substantielle Reform des Chapter 11 diskutiert, hauptsächlich weil sich das Chapter 11 in der Praxis, insbesondere für kleinere Unternehmen, als zu teuer und ineffizient erwiesen hat. Sodann besteht Anpassungsbedarf aufgrund veränderter gesellschaftlicher Strukturen und neuer Finanzprodukte. Auch wird moniert, die einstmals sorgfältige Abwägung von Gläubiger- und Schuldnerinteressen sei durch die verschiedenen Teilrevisionen aus dem Gleichgewicht geraten¹⁴⁹⁹. Nicht zuletzt haben auch die sehr schnellen

¹⁴⁹³ Veröffentlicht als Teil des „United States Code Annotated“, Title 11, 2015; zu finden auch unter <<http://www.uscourts.gov/forms/bankruptcy-forms>> (zuletzt besucht am 18. Dezember 2016).

¹⁴⁹⁴ 18 U.S.C. §§ 151-158.

¹⁴⁹⁵ WARREN / WESTBROOK (2009), S. 108.

¹⁴⁹⁶ Der Bankruptcy Code enthält folgende acht Kapitel: 1. „General Provisions“, 3. „Case Administrations“, 5. „Creditors, Debtors and the Estate“, 7. „Liquidation“, 9. Adjustment of Debts of a Municipality“, 11. „Reorganization“, 12. Adjustment of Debts of Family Farmers with Regular Annual Income“, 13. „Adjustment of Debts of an Individual With Regular Income“ und 15. „Ancillary and Other Cross-Border Cases“.

¹⁴⁹⁷ Sections 701 ff. für Chapter 7, Sections 1101 ff. für Chapter 11. Aber auch hier gilt, dass die Sections nicht durchnummeriert werden. Im Chapter 7 gibt es aktuell Sections 701 - 707, 721 - 727, 741 - 753, 761 - 767 und 781 - 784. Im Chapter 11 sind dies Sections 1101 - 1116, 1121 - 1129, 1141 - 1146, 1161 - 1174.

¹⁴⁹⁸ Zur Geschichte des Chapter 11 siehe Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 8 ff.

¹⁴⁹⁹ Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 8 ff.

Betriebsverkäufe in den eingangs erwähnten Konkursen von Grosskonzernen¹⁵⁰⁰ Mängel der bestehenden gesetzlichen Regelung resp. deren praktischer Umsetzung ans Tageslicht gebracht¹⁵⁰¹. Das American Bankruptcy Institute hat aus diesen Gründen eine „Commission to Study the Reform of Chapter 11“ eingesetzt, welche im Dezember 2014 ihren „Final Report and Recommendations“ veröffentlicht hat.

Interessant ist dabei, dass bei der Reform teilweise dieselben Themen, welche auch Gegenstand der jüngsten Schweizer Sanierungsrechtsrevision waren (und welche sich stark am Chapter 11 orientierten), im Vordergrund stehen. So sollen etwa die Eintrittsbarrieren in ein Konkursverfahren reduziert werden, u.a. indem Sanierungsdarlehen flexibler gestaltet werden können und der Schuldnerin zu Beginn des Verfahrens eine echte Atempause zur Abklärung des weiteren Vorgehens gewährt wird¹⁵⁰². Für die hier behandelte Thematik von besonderem Interesse ist, dass der Prozess zum vorzeitigen Verkauf von sämtlichen oder praktisch sämtlichen Aktiven standardisiert werden soll. Dabei sollen insbesondere die Gläubigerrechte gestärkt werden. Sodann soll ein Moratorium von 60 Tagen übereiligen Verkäufen vorbeugen¹⁵⁰³.

858

B. State Law

Schliesslich kommt auch das Recht der einzelnen US Staaten („State Law“) in Konkursverfahren zur Anwendung, da die Gerichte auch über Sachverhalte entscheiden, die dem State Law unterstehen, so etwa „Property Rights“ sowie gesellschafts- und vertragsrechtliche Fragen¹⁵⁰⁴. Beim Betriebsverkauf ist dies von grosser Bedeutung, da der Kaufvertrag, aber auch die gesellschaftsrechtlichen Vorgänge, jeweils vom State Law geregelt sind¹⁵⁰⁵.

859

¹⁵⁰⁰ Vgl. vorne N 850.

¹⁵⁰¹ Vgl. ROE / SKEEL (2010), S. 728 ff. und 766 f., welche den Chrysler-Verkauf heftig kritisieren und Reformvorschläge präsentieren. Ähnlich ADLER (2010), S. 306 ff. und 316 ff.

¹⁵⁰² Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 6. Die Reduktion der Eintrittsbarrieren zur Förderung frühzeitiger Verfahrenseröffnungen mit entsprechend besseren Sanierungschancen war ein Hauptanliegen der jüngsten Sanierungsrevision in der Schweiz (Botschaft Sanierungsrecht (2010), S. 6479).

¹⁵⁰³ Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 83 ff., insbesondere 87 und 201 ff.

¹⁵⁰⁴ RUDINICKI (2015), § 4:1 FN 1; EPSTEIN (2013), S. 18 f.

¹⁵⁰⁵ So untersteht etwa das Master Transaction Agreement zwischen FIAT S.p.A., New Carco Aquisition LLC, Chrysler LLC und deren Tochtergesellschaften vom 30. April 2009 betreffend den Verkauf von allen wesentlichen Aktiven der Chrysler Konkursmasse dem Recht des Staates New York (siehe Section 11.08 des vorgenannten Agreements, abrufbar auf der

- 860 Sodann gibt es auch „State Insolvency Proceedings“, welche ebenfalls die Liquidation¹⁵⁰⁶ oder Sanierung einer Schuldnerin zum Gegenstand haben. Deren Bedeutung ist allerdings gering, weil das Ergebnis nur im betreffenden Staat rechtswirksam ist¹⁵⁰⁷. Darauf gehe ich nicht weiter ein. Zu erwähnen ist weiter das sog. „Assignment for the Benefit of Creditors“ (oder abgekürzt „ABC“). Die Schuldnerin setzt dabei einen neutralen Sachwalter ein, welcher die Aktiven liquidiert und nach Massgabe der im State Law geregelten Privilegierung unter die Gläubiger verteilt. Das ABC wird in einigen Staaten gerichtlich kontrolliert und bewilligt; in anderen findet es vollständig ohne gerichtliche Mitwirkung statt. Bei der Liquidierung der Aktiven steht dem Sachwalter in jedem Fall ein sehr weiter Spielraum zu¹⁵⁰⁸. Angesichts der geringen praktischen Bedeutung des ABC generell und für den Betriebsverkauf im Besonderen gehe ich auch darauf nicht weiter ein.

C. Gerichtsentscheide / Literatur

- 861 Vier Instanzen können in Konkursangelegenheiten angerufen werden: Zunächst das spezialisierte Konkursgericht („Bankruptcy Court“), danach der „District Court“, anschliessend der „Circuit Court“ und schliesslich der „Supreme Court“. Von herausragender Bedeutung sind die beiden Konkursgerichte von Delaware und des Southern District of New York, welche zusammen die Mehrheit der grösseren Konkursverfahren abwickeln¹⁵⁰⁹.
- 862 Gerichtsentscheide (sog. „Opinions“) sind im amerikanischen Konkursrecht zweifelsohne von grosser Bedeutung. Das Verhältnis von Bankruptcy Code und Gerichtsentscheiden ist nach meiner Einschätzung jedoch durchaus vergleichbar wie im schweizerischen Rechtssystem; zuerst kommt der Bankruptcy Code,

Homepage des U.S. Department of the Treasury, <<http://www.treasury.gov/initiatives/financial-stability/TARP-Programs/automotive-programs/Documents/mta.pdf>> (zuletzt besucht am 18. Dezember 2016).

¹⁵⁰⁶ Siehe FRAZIER ET AL. (2009), S. 10 f. mit einem Beschrieb des Liquidationsverfahrens nach dem Recht des Staates Delaware.

¹⁵⁰⁷ NESVOLD / ANAPOLSKY / LAJOUX (2011), S. 60 f.

¹⁵⁰⁸ BERMAN (2015), § 8:2.

¹⁵⁰⁹ Möglich ist diese enorme Konzentration grosser Fälle auf lediglich zwei Gerichtskreise, da grössere Schuldnerinnen das zuständige Konkursgericht praktisch frei wählen können und aus naheliegenden Gründen Gerichte mit einer schuldnerfreundlichen Praxis wählen, wofür die beiden genannten Gerichte bekannt sind. Die Zuständigkeit der Konkursgerichte ist in 28 U.S.C. § 1408 ff. geregelt, wobei sich die grosse Auswahl an zuständigen Gerichten aus 28 U.S.C. § 1408(2) ergibt. Siehe die (überzeugende) Kritik bei LOPUCKI (2005), S. 9 ff., 123 ff. und LOPUCKI / DOHERTY (2007), S. 4, 12 und 40.

welcher (mindestens) gleich detailliert ist wie das SchKG, und Gerichtsent-scheide helfen (subsidiär) bei der Interpretation¹⁵¹⁰. Nicht wenige amerikani-sche Gerichtsent-scheide sind allerdings (unter Juristen) ziemlich bekannt, was auch damit zusammenhängt, dass sie mit dem Namen der Parteien zitiert wer-den¹⁵¹¹.

Der Literatur scheint mir in den USA nicht derselben Stellenwert zuzukommen wie in der Schweiz. In amerikanischen Gerichtsent-scheiden werden praktisch ausschliesslich andere Gerichtsent-scheide, höchst selten aber Aufsätze oder Monographien zitiert¹⁵¹². Dissertationen/Habilitationen gibt es nicht und auch Lehrbücher sind nicht selten reine Fallsammlungen¹⁵¹³. Damit sei aber keines-wegs gesagt, dass die Qualität der amerikanischen Literatur schlecht sei.

863

III. Verfahren

A. Allgemeines

Das amerikanische Insolvenzrecht kennt nur eine Art von Insolvenz, nämlich den Konkurs („Bankruptcy“). So beantragt denn die Schuldnerin, unabhängig, ob sie eine Liquidation, eine Sanierung oder einen Verkauf anstrebt, in jedem Fall die Konkursöffnung. Nicht selten ist zu diesem Zeitpunkt das (realisti-

864

¹⁵¹⁰ So wird denn auch im amerikanischen Konkursrecht eine bestehende (erwünschte) Rechtspre-chung kodifiziert (vgl. § 1129(b)(2), wo der Begriff „fair and equitable“ gestützt auf die bis-herige Rechtsprechung definiert ist) oder, sofern unerwünscht, vom Gesetzgeber korrigiert (§ 1113 wurde erlassen, um zukünftig Resultate wie im ungerecht empfundenen Bildisco-Entscheid (N.L.R.B. v. Bildisco and Bildisco, 104 S.Ct. 1188 (1984) zu verhindern). Vgl. aber MEIER (2000), S. 447, wonach Gerichtsent-scheide „trotz der - mit kontinentaleuropäischem Recht - vergleichbaren Kodifizierung [...] fast wichtiger als der Gesetzestext [sind].“

¹⁵¹¹ „According to the Chrysler Case“ oder „The Chrysler Court said“ bleibt einfacher in Erin-nerung als BGE 116 II 320. Umgekehrt ist das SchKG viel übersichtlicher; Art. 243 Abs. 2 SchKG zitiert sich leichter als § 363(b)(1)(B)(ii).

¹⁵¹² Ein gutes Beispiel ist Radlax Gateway Hotel v. Amalgamated Bank, 132 S.Ct. 2065 (2012), wo der Supreme Court einen vielbeachteten Grundsatzentscheid betreffend das Credit Bid-ding beim Verkauf im Rahmen eines Reorganisationsplans fällte, ohne eine einzige Literatur-stelle zu nennen, obwohl die relevante Rechtsfrage in verschiedenen Aufsätzen, z.T. sehr de-tailliert, behandelt wurde (vgl. BUCCOLA / KELLER (2010), S. 109 ff.; ANDERSON / LEWIS (2010), S. 61 ff.).

¹⁵¹³ Z.B. WARREN / WESTBROOK (2009).

sche) Ziel und das letztlich gewählte Verfahren (Chapter 7 oder 11) noch unklar¹⁵¹⁴. Oft resultiert auch eine Kombination der genannten Möglichkeiten¹⁵¹⁵. Sodann kann problemlos von einem Chapter 7 Verfahren in ein Chapter 11 Verfahren gewechselt werden und umgekehrt¹⁵¹⁶. Beide Verfahren können nicht geheimgehalten werden; „Bankruptcy is an ‚open book‘ process¹⁵¹⁷.“

865 Die beiden hier interessierenden Verfahren nach Chapter 7 und Chapter 11 sind nachfolgend in aller Kürze dargestellt.

B. Chapter 7

866 Das Chapter 7 Verfahren steht grundsätzlich allen Arten von Schuldnerinnen offen, natürlichen und juristischen Personen¹⁵¹⁸. Typischerweise stellt die Schuldnerin selber beim Konkursgericht einen Antrag („Voluntary Filing / Voluntary Petition“); damit ist gleichzeitig gesagt, dass auch die Gläubiger ein sog. „Involuntary Filing / Involuntary Petition“ vornehmen können¹⁵¹⁹. Mit dem Antrag auf Konkurseröffnung werden Gläubiger unmittelbar und ohne besondere Vorkehrungen an der erfolgreichen Ergreifung von Zwangsvollstreckungsmassnahmen gehindert¹⁵²⁰. Sodann bildet das gesamte schuldnerische Vermögen eine einzige Konkursmasse und die bisherigen Organe verlieren die Verfügungsbefugnis¹⁵²¹.

867 Im Chapter 7 Verfahren wird zwingend ein Sachwalter („Trustee“) ernannt, welcher die Verwaltung der Masse im Hinblick auf die Versilberung¹⁵²² und letztlich die Verteilung des Erlöses unter die Gläubiger nach Massgabe ihrer Forderungen¹⁵²³ übernimmt¹⁵²⁴. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zum

¹⁵¹⁴ Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 203, insbesondere FN 748.

¹⁵¹⁵ NESVOLD / ANAPOLSKY / LAJOUX (2011), S. 383.

¹⁵¹⁶ EPSTEIN (2013), S. 37; BERNSTEIN / SEABURY / WILLIAMS (2009), S. 46.

¹⁵¹⁷ ERENS / NEFF (2005), S. 47. Die allermeisten Eingaben ans Konkursgericht sind via Bloomberg Law und anderer Websites öffentlich zugänglich (vgl. ERENS / NEFF (2005), S. 48 FN 4).

¹⁵¹⁸ Ausgenommen sind einzig Eisenbahngesellschaften, Versicherungen und Banken (§ 109(b)). Nachfolgend wird stets davon ausgegangen, dass es sich bei der Schuldnerin um eine juristische Person handelt, welche unter das Chapter 7 (und Chapter 11) fällt.

¹⁵¹⁹ § 303(a).

¹⁵²⁰ Sog. „Automatic Stay“ (§ 362).

¹⁵²¹ §§ 541(a), 704, 721; RESNICK/SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 721.01; FERRIELL / JANGER (2013), S. 607.

¹⁵²² Nebst der Versilberung der Aktiven untersucht der Trustee auch die von den Gläubigern geltend gemachten Forderungen, bestreitet ungerechtfertigte Ansprüche und prüft Anfechtungsklagen (§ 704(a)(5); § 545 ff.).

¹⁵²³ §§ 726, 506 und 507.

¹⁵²⁴ § 704(a).

Chapter 11 dar¹⁵²⁵. Gläubigerversammlungen im Chapter 7 sind theoretisch möglich¹⁵²⁶, in der Praxis allerdings äusserst selten; deren Rolle ist rein beratend und daher beschränkt¹⁵²⁷.

Der Trustee entscheidet, ob er die Aktiven einzeln liquidieren oder den operativen Betrieb als Paket veräussern will. Letzteres bedingt in der Regel, dass der Betrieb ohne grösseren Unterbruch weitergeführt wird. § 721 sieht deshalb vor, dass das Konkursgericht dem Trustee (aber nur dem Trustee) erlauben kann, den Betrieb für eine (vom Gericht festgesetzte) beschränkte Dauer weiterzuführen, sofern dadurch ein höherer Erlös für die Gläubiger resultiert. Dies ist typischerweise der Fall, wenn der Verkauf des operativen Betriebs mehr Erlös verspricht als eine Liquidation der einzelnen Aktiven¹⁵²⁸. Ein weiterer Grund für die Weiterführung des Betriebs ist etwa die Fertigstellung von angefangenen Arbeiten, wenn der Verkauf des Endproduktes mehr Erlös einbringt als der Verkauf der bereits hergestellten Einzelteile¹⁵²⁹. Betriebsweiterführungen (und damit auch der Verkauf von operativen Betrieben) sind im Chapter 7 sehr selten¹⁵³⁰.

868

¹⁵²⁵ Im Chapter 11 wird nur in Ausnahmefällen ein Trustee bestellt, etwa wenn betrügerische Handlungen, Inkompetenz oder schweres Missmanagement der bisherigen Organe im Raum stehen (vgl. hinten N 878).

¹⁵²⁶ § 341; 705.

¹⁵²⁷ § 705(b); FERRIELL / JANGER (2013), S. 636 f., wonach die „key function of a creditors' committee in a Chapter 7 case is to make noise“.

¹⁵²⁸ In re Advanced Modular Power Systems, Inc., 413 B.R. 643, 668 (Bkrcty.S.D.Tex. 2009); In re Heissinger Resources Ltd., 67 B.R. 378, 384 (C.D.III. 1986); Matter of Quarter Moon Livestock Co. Inc., 116 B.R. 775, 782 (Bkrcty.D.Idaho 1990).

¹⁵²⁹ Reconstruction Finance Corp. v. Kaplan, 185 F.2d 791, 797 (1st Cir. 1950). Erstaunlicherweise kann die Weiterführung eines verlustbringenden Betriebs auch bewilligt werden, wenn dies nicht im Interesse der Gläubiger liegt, aber die sofortige Einstellung für die Allgemeinheit oder unschuldige Dritte eine grosse Härte darstellen würde (RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 721.02). So wurde etwa die Weiterführung einer seit jeher unrentablen Eisenbahngesellschaft angeordnet, weil dies für die Entwicklung der Region unabdingbar war (Central Bank & Trust Co. v. Greenville & W.R. Co., 248 F. 350, 352 (W.D.S.C. 1917), wo das Gericht sehr passend Shakespeare zitierte: „When I was a boy and lost an arrow, I sent another in the selfsame way“; dasselbe gelte auch bezüglich der fraglichen, unrentablen Eisenbahngesellschaft). In einem anderen Fall hätte die Schliessung eines Pflegeheims für unschuldige Dritte, nämlich dessen Patienten, eine grosse Härte bedeutet; die Weiterführung erfolgte zudem nicht auf Kosten der ungesicherten Gläubiger, da sie ohnehin keine Dividende erwarten konnten (In re 30 Top Hill Street Corp., 42 B.R. 517, 519, 521 (Bkrcty.D.Mass. 1984)).

¹⁵³⁰ KEACH (2010-2014), ¶ 4.02 [2].

C. Chapter 11

1. Einleitung

869 Das Konkursverfahren nach Chapter 11 steht natürlichen und juristischen Personen gleichsam zur Verfügung¹⁵³¹. Wie im Chapter 7 geht der Antrag ans Konkursgericht in aller Regel von der Schuldnerin selbst aus¹⁵³² und verschafft ihr automatisch die gewünschte Atempause¹⁵³³. Der wesentliche Unterschied zum Chapter 7 liegt in der Zielsetzung: Der operative Betrieb soll in keinem Fall eingestellt und liquidiert, sondern entweder saniert oder verkauft werden.

2. Arten

870 Abhängig vom verfolgten Ziel sind zwei Arten von Chapter 11 Verfahren zu unterscheiden:

a. Reorganizing Chapter 11

871 Beim sog. „Reorganizing Chapter 11“ strebt die Schuldnerin die „eigene“ Sanierung an, d.h. die Sanierung der Gesellschaft unter Mithilfe (resp. Verzicht) der Gläubiger. Das Verfahren zielt auf den Abschluss eines Reorganisationsplans zwischen der Schuldnerin, den Shareholdern¹⁵³⁴ und den Gläubigern ab, worin die Gläubiger auf einen Teil ihrer Forderung verzichten. Die Schuldnerin bleibt grundsätzlich in ihrer bisherigen Rechtsform bestehen.

872 Im Rahmen eines Reorganizing Chapter 11 kann ein Teil des Betriebs veräußert werden; dies kann entweder vor Abschluss des Reorganisationsplans („§ 363 Sale“) oder im Rahmen des Reorganisationsplans („Plan Sale“) erfolgen.

¹⁵³¹ Im Unterschied zum Chapter 7 steht das Chapter 11 auch Eisenbahngesellschaften und gewissen Banken zur Verfügung, nicht aber Börsen- und Rohstoffhändlern (§ 109(d)). Nachfolgend wird stets davon ausgegangen, dass es sich bei der Schuldnerin um eine juristische Person handelt, welche unter das Chapter 11 (und Chapter 7) fällt.

¹⁵³² ROE (2011), S. 10.

¹⁵³³ Sog. „Automatic Stay“ (§ 362).

¹⁵³⁴ Vgl. zur Verwendung des Begriffs „Shareholder“ in dieser Arbeit sogleich N 875 und insbesondere FN 1535.

b. Liquidating Chapter 11

Im Rahmen eines sog. „Liquidating Chapter 11“ bleibt lediglich der Betrieb bestehen, während die konkursite Gesellschaft untergeht. Zu diesem Zweck wird der Betrieb während des Verfahrens an einen Dritten verkauft. Mit dem Verkaufserlös wird das weitere Verfahren und insbesondere die Entschädigung der Gläubiger gemäss Reorganisationsplan finanziert. Die Schuldnerin wird danach liquidiert. 873

Typischerweise wird der gesamte Betrieb verkauft, in den allermeisten Fällen bevor der Reorganisationsplan angenommen und bestätigt wird (§ 363 Sale), aber z.T. auch erst im Rahmen des Reorganisationsplans (Plan Sale). Ein Teilverkauf ist denkbar, sofern der verbliebene Betriebsteil separat veräussert oder liquidiert wird. 874

In dieser Arbeit wird stets davon ausgegangen, dass der operative Betrieb Gegenstand der Teil- oder Gesamtverkäufe, ob im Rahmen eines § 363 Sale oder eines Plan Sale, darstellt. Auf US-amerikanisches Gesellschaftsrecht wird nicht eingegangen, weshalb die Rechtsform der Schuldnerin für diese Arbeit irrelevant ist¹⁵³⁵. 875

3. Who runs the Show?

a. Bankruptcy Court

Das Konkursgericht spielt eine äusserst wichtige Rolle im Chapter 11; für die zentralen Belange ist das Gericht zuständig oder muss eine gerichtliche Bewilligung eingeholt werden. Nebst der Eröffnung des Verfahrens bestimmt es u.a. ob Geschäfte ausserhalb des ordentlichen Geschäftsgangs vorgenommen werden dürfen. Sodann ist es für die Genehmigung des Reorganisationsplans zuständig¹⁵³⁶. Dem Konkursgericht steht vorab für administrative Aufgaben der sog. „U.S. Trustee“ zur Seite¹⁵³⁷. 876

¹⁵³⁵ Entscheidend ist, dass es sich um eine „Business Entity“ handelt, mithin nicht um eine natürliche Person oder einen „Partnership“. Anteilshaber dieser Business Entity werden in dieser Arbeit stets als „Shareholder“ bezeichnet.

¹⁵³⁶ §§ 363, 1104, 1108. Für weitere Aufgaben des Gerichts siehe BERNSTEIN / SEABURY / WILLIAMS (2009), S. 85 ff.

¹⁵³⁷ Die Aufgaben des U.S. Trustee im Chapter 11 sind vorab die Einberufung von Gläubigerversammlungen (§ 341(a)), die Einsetzung eines Gläubigerausschusses (§ 1102) und die Über-

b. Debtor in Possession (DIP)

877 Zur Sanierung, so die Konzeption des Chapter 11, sind die Organe der Schuldnerin am besten fähig, da sie den Betrieb bereits kennen. In den allermeisten Fällen wird der Betrieb daher, ohne dass hierzu eine besondere (gerichtliche) Anordnung notwendig wäre, durch dieselben Organe in alleiniger Kompetenz weitergeführt (sog. „Debtor in Possession“ oder „DIP“, d.h. „in possession“ der Konkursmasse¹⁵³⁸). Der DIP übernimmt zusätzlich zum Tagesgeschäft auch die Aufgaben, welche der Trustee wahrnehmen würde¹⁵³⁹, etwa die Prüfung der Ansprüche der Gläubiger, die Information der Gläubiger, die Prüfung der Aktiven und Passiven sowie der Sanierungschancen¹⁵⁴⁰. Dem DIP stehen sodann verschiedene Massnahmen zur Verfügung, den Betrieb neu auszurichten oder Altlasten zu beheben, etwa die Kündigung von unvorteilhaften Verträgen oder die Aufnahme neuer Mittel zur Finanzierung des operativen Geschäfts¹⁵⁴¹.

c. Trustee

878 Das Konkursgericht bestellt nur ausnahmsweise einen Trustee, etwa wenn betrügerische Handlungen, Inkompetenz oder schweres Missmanagement der Organe im Raum stehen¹⁵⁴². Wahlorgan der konkreten Person des Trustees ist der U.S. Trustee, sofern nicht eine hierzu einberufene Gläubigerversammlung den Trustee bestimmt¹⁵⁴³. Der Trustee ersetzt die Organe der Schuldnerin vollständig¹⁵⁴⁴. Er übernimmt grundsätzlich dieselben Aufgaben wie der Trustee im Chapter 7, mit dem wesentlichen Unterschied, dass er den Betrieb, ohne gegenteilige gerichtliche Anordnung, weiterführt¹⁵⁴⁵.

879 Sofern kein Trustee bestellt wird, kann das Gericht auf Antrag einen sog. „Examiner“ einsetzen, welcher aber nicht den Betrieb führt (wie dies der Trustee tun

wachung der Berater- und Anwaltshonorare (FERRIELL / JANGER (2013), S. 721). Zur beschränkten Rolle der Securities and Exchange Commission im Chapter 11 vgl. § 1109(a) und FERRIELL / JANGER (2013), S. 720.

¹⁵³⁸ ROE (2011), S. 11.

¹⁵³⁹ §§ 1107(a), 1108. Siehe zur Rolle des Trustee sogleich N 878.

¹⁵⁴⁰ § 1106(a).

¹⁵⁴¹ §§ 364(a) und 365.

¹⁵⁴² § 1104(a).

¹⁵⁴³ § 1104(b); EPSTEIN (2013), S. 292 f.

¹⁵⁴⁴ RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 1106.01.

¹⁵⁴⁵ §§ 1106, 1108. Nachfolgend ist stets nur der DIP erwähnt; sofern ein Trustee bestellt wurde, gilt das betreffend den DIP Ausgeführte mutatis mutandis für den Trustee.

würde), sondern eine Untersuchung durchführt, vorab betreffend die Kompetenz und Glaubwürdigkeit des Managements¹⁵⁴⁶.

d. Gläubigerausschuss

Der U.S. Trustee soll, ausser in „Small Business Cases“¹⁵⁴⁷, einen Gläubigerausschuss („Creditors‘ Committee“) der ungesicherten Gläubiger einsetzen; sofern es die Umstände rechtfertigen, setzt er zusätzliche Gläubigerausschüsse anderer Gläubigergruppen sowie der Shareholder ein¹⁵⁴⁸. In den meisten Chapter 11 Verfahren ist der Gläubigerausschuss freilich sehr passiv, womit dessen Aufgaben vom U.S. Trustee übernommen werden¹⁵⁴⁹. 880

Der Gläubigerausschuss hat folgende fünf Aufgaben resp. Kompetenzen: (1.) Austausch mit dem DIP betreffend die Organisation des Verfahrens; (2.) Untersuchung der Handlungen und finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin; (3.) Mitarbeit bei der Ausarbeitung des Reorganisationsplans sowie Vorschlagsrecht¹⁵⁵⁰; (4.) Beantragung der Einsetzung eines Trustees; (5.) Weitere Aufgaben im Interesse der vertretenen Gläubiger¹⁵⁵¹. 881

Weniger wichtig als der Gläubigerausschuss ist die Gläubigerversammlung. Der U.S. Trustee soll innert angemessener Zeit nach der Verfahrenseröffnung eine Gläubigerversammlung einberufen, welche den Gläubigern in erster Linie dazu dienen soll, das Management unter Eid in allen Angelegenheiten des Ver- 882

¹⁵⁴⁶ Ein Examiner kann eingesetzt werden, sofern die Schuldnerin mehr als USD 5. Mio. ungesicherte Verpflichtungen ausstehen hat oder sich die Einsetzung eines Examiners aus Sicht der Gläubiger, Shareholder oder der Konkursmasse aufdrängt. Wahlorgan ist der U.S. Trustee. Der Examiner reicht beim Gericht und dem Gläubigerausschuss einen Bericht der Untersuchung ein (§§ 1104(c), 1106(b); EPSTEIN (2013), S. 294).

¹⁵⁴⁷ FERRIELL / JANGER (2013), S. 714. Ein sog. „Small Business Debtor“ ist in § 101(51D)(A) definiert als eine am Geschäftsleben partizipierende Schuldnerin mit Schulden von maximal USD 2,490,925 per Datum des Antrags auf Eröffnung eines Chapter 11 Verfahrens; der massgebende Betrag in Dollar wird alle drei Jahre auf den 1. April neu festgesetzt, zuletzt am 1. April 2013.

¹⁵⁴⁸ § 1102(a).

¹⁵⁴⁹ EPSTEIN (2013), S. 290; FERRIELL / JANGER (2013), S. 714.

¹⁵⁵⁰ § 1121(c); siehe zum (subsidiären) Vorschlagsrecht des Gläubigerausschusses unten FN 1559.

¹⁵⁵¹ § 1103(c)(1) - (5).

fahrens zu befragen. Sodann kann die Gläubigerversammlung den Trustee wählen¹⁵⁵² und über das Verfahren beraten, ohne dass etwaigen Beschlüssen allerdings bindende Wirkung zukommen würde¹⁵⁵³.

4. Reorganisationsplan

a. Begriff

883 Beim Reorganisationsplan handelt es sich um einen Vertrag zwischen der Schuldnerin, den Shareholdern und den Gläubigern¹⁵⁵⁴. In einem Reorganizing Chapter 11 sind darin die neuen Eigentumsverhältnisse an der Schuldnerin (Gläubiger erhalten Anteile und/oder Bargeld; Shareholder partizipieren oder verschwinden) sowie Sanierungsmassnahmen wie ein Teilverkauf des Betriebs geregelt. Beim Liquidating Chapter 11 hingegen wird im Reorganisationsplan vorab die Verteilung des Nettoerlöses aus dem vorangehenden Verkauf des Betriebs unter die Gläubiger (seltener auch unter die Shareholder) festgehalten und die Schuldnerin anschliessend liquidiert.

b. Vorschlagsrecht

884 Dem DIP obliegt es, einen Reorganisationsplan auszuarbeiten und den Gläubigern sowie Shareholdern vorzuschlagen. Während 120 Tagen nach Eröffnung des Verfahrens¹⁵⁵⁵ steht das Recht, beim Gericht einen Reorganisationsplan einzureichen, einzig dem DIP zu („Period of Exclusivity“)¹⁵⁵⁶. Reicht er innert dieser Frist einen Vorschlag ein, kann bis zum 180. Tag nach Eröffnung des Verfahrens niemand einen anderen Reorganisationsplan vorschlagen¹⁵⁵⁷. Dem DIP stehen somit nach Einreichung des vorgeschlagenen Plans 60 weitere Tage zur

¹⁵⁵² Vgl. vorne N 878.

¹⁵⁵³ § 341; RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 341.01.

¹⁵⁵⁴ Ein Reorganisationsplan wird entsprechend nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung von Verträgen interpretiert (Miller v. U.S., 363 F.3d 999, 1004 (9th Cir. 2004)).

¹⁵⁵⁵ Auslöser der Frist ist der sog. „Order for Relief“, welcher bei einem freiwilligen Antrag automatisch erfolgt (§ 301(b)). Bei einem unfreiwilligen Antrag setzt das Gericht den Moment des „Order for Relief“ fest, allerdings nicht vor Ablauf der Rechtsmittelfrist von 21 Tagen ab dem Antrag (Federal Rules 1011 und 1013).

¹⁵⁵⁶ § 1121(b).

¹⁵⁵⁷ § 1121(c). Diese Fristen können vom Gericht verkürzt oder verlängert werden, allerdings auf maximal 18 resp. 20 Monate (§ 1121(d)).

Verfügung, während derer er die Zustimmung der Gläubiger und der Shareholder einholen kann¹⁵⁵⁸. Nach Ablauf dieser Fristen kann jede interessierte Partei einen Reorganisationsplan vorschlagen¹⁵⁵⁹, wobei auch mehrere Reorganisationspläne vorgeschlagen (und von den Gläubigern angenommen) werden können¹⁵⁶⁰.

Das alleinige Vorschlagsrecht gibt dem DIP eine enorme Verhandlungsmacht gegenüber den Gläubigern, da er die Verhandlungen jederzeit abbrechen und „auf Zeit spielen“ kann. Aufgrund des typischerweise hohen Zeitdrucks und fortlaufenden Wertverlusts sind die Gläubiger bei raschem Vorgehen oftmals bereit, auch gegenüber den Shareholdern Konzessionen einzugehen¹⁵⁶¹.

885

c. Klassifizierung der Gläubiger und Shareholder

Die Schuldnerin kann ihre Gläubiger in verschiedene Gruppen einteilen, wobei sie allerdings nur Gläubiger mit „substantially similar claims“ in dieselbe Gruppe einteilen darf¹⁵⁶². Umgekehrt bedeutet dies jedoch nicht, dass sie die Gläubiger mit „substantially similar claims“ auch in dieselbe Gruppe tun muss, d.h. sie kann Gläubiger mit gleichartigen Forderungen unterschiedlich kategorisieren, wobei sie für die unterschiedliche Einteilung gleichartiger Forderungen einen „legitimate reason“ darlegen muss (nicht als „legitimate reason“ gilt freilich die Einteilung einzig zur Einholung der Zustimmung aller Gruppen)¹⁵⁶³. Sodann besteht auch betreffend der Kategorisierung als „substantial similar claims“ ein gewisser Spielraum, den die Schuldnerin ausnützen kann. Bis zu einem gewissen Grad ist die Schuldnerin folglich dennoch in der Lage, die Einteilung derart vorzunehmen, dass möglichst alle Gruppen zustimmen¹⁵⁶⁴. Das

886

¹⁵⁵⁸ Die Frist von 120 und 180 Tagen beginnen beide mit dem „Order for Relief“ zu laufen; reicht die Schuldnerin vor Ablauf der 120 Tage einen Reorganisationsplan ein, verlängert sich entsprechend die Periode, während der sie die Zustimmung der Gläubiger einholen kann (EPSTEIN (2013), S. 317 FN 10).

¹⁵⁵⁹ Vgl. § 1121(c), wonach dieses Recht (nicht abschliessend) der Schuldnerin, dem Trustee, den Gläubiger- und Aktionärsausschüssen, Gläubigern und Shareholdern zusteht.

¹⁵⁶⁰ Nur ein Reorganisationsplan kann jedoch gerichtlich bestätigt werden (EPSTEIN (2013), S. 328). Vgl. *In re Made in Detroit, Inc.*, 414 F.3d 576, 579 (6th Cir. 2005), wo sich das Gericht für einen von zwei Reorganisationsplänen entscheiden musste.

¹⁵⁶¹ ROE (2011), S. 11.

¹⁵⁶² § 1122(a) und § 1123(a).

¹⁵⁶³ *In re Boston Post Road Ltd. Partnership*, 21 F.3d 477, 483 (2nd Cir. 1994); *In re LaFayette Hotel Partnership*, 227 B.R. 445, 449 (S.D.N.Y. 1998); *In re Adelphia Communications Corp.*, 368 B.R. 140, 246 f. (Bkrcty.S.D.N.Y. 2007).

¹⁵⁶⁴ ROSE (2006), S. 255; EPSTEIN (2013), S. 322.

Ausgeführte gilt auch für die Shareholder, welche in verschiedene „classes of interests“ eingeteilt werden können¹⁵⁶⁵.

d. Disclosure

- 887 Der Reorganisationsplan kann den Gläubigern und Shareholdern nur zur Abstimmung vorgelegt werden, wenn sie umfassend informiert sind und entsprechend ein „informed judgment about the plan“ fällen können¹⁵⁶⁶. § 1125(b) schreibt vor, dass den Gläubigern und Shareholdern eine Kopie des Reorganisationsplans oder eine Zusammenfassung sowie ein schriftliches „Disclosure Statement“ zugestellt wird. Letzteres muss das Gericht vorgängig, nach Abhalten einer Verhandlung, genehmigen. Ein Disclosure Statement wird genehmigt, sofern es „adequate information“ enthält, worunter Informationen in ausreichendem Detaillierungsgrad verstanden werden, welche den Gläubigern und Shareholdern das genannte „informed judgment about the plan“ ermöglichen. Der erforderliche Detaillierungsgrad der Informationen hängt von der Komplexität des Falles, aber auch vom Nutzen für die Gläubiger und Shareholder sowie von den Kosten ab¹⁵⁶⁷. Nicht allen Gläubiger- und Shareholdergruppen muss dasselbe Disclosure Statement abgegeben werden. Letzteres kann im Umfang, Detaillierungsgrad und Art der Informationen variieren. Innerhalb derselben Gläubiger oder Shareholdergruppe darf jedoch nicht differenziert werden¹⁵⁶⁸.

e. Annahme des Reorganisationsplans

- 888 Ein Reorganisationsplan ist von den Gläubigern angenommen, wenn ihm in jeder Gläubigergruppe mindestens die Hälfte der Köpfe mit mindestens zwei Dritteln der zugelassenen Forderungen zustimmt¹⁵⁶⁹. Die Zustimmung einer Shareholdergruppe liegt vor, wenn Shareholder mit mindestens zwei Dritteln der zugelassenen Anteile zustimmen¹⁵⁷⁰.

¹⁵⁶⁵ § 1122(a) und § 1123(a).

¹⁵⁶⁶ § 1125(a)(1).

¹⁵⁶⁷ § 1125(a) und (b).

¹⁵⁶⁸ § 1125(c).

¹⁵⁶⁹ §§ 1126(c), 1111, 502.

¹⁵⁷⁰ §§ 1126(a) und (d), 1111, 502. Bei den Shareholdern ist die Anzahl zustimmender Köpfe irrelevant.

f. Gerichtliche Bestätigung des Reorganisationsplans

(i) *Angenommener Reorganisationsplan*

Ein von jeder Gläubiger- und Shareholdergruppe angenommener Reorganisationsplan muss sodann vom Gericht bestätigt werden. Der Bankruptcy Code schreibt 16 Kriterien vor, welche erfüllt sein müssen, damit das Gericht einen Reorganisationsplan bestätigen kann¹⁵⁷¹; eines dieser 16 Kriterien ist die Zustimmung jeder Gläubiger- und Shareholdergruppe¹⁵⁷². Erwähnenswert ist vor allem der sog. „Best Interest Test“ nach § 1129(a)(7), wonach jeder ablehnende Gläubiger oder Shareholder, auch ablehnende Gläubiger oder Shareholder einer insgesamt zustimmenden Gruppe, eine Dividende erhalten muss, welche mindestens dem Betrag entspricht, den er im Fall einer Liquidation nach Chapter 7 erhalten würde¹⁵⁷³. Sodann können Gerichte nur Reorganisationspläne bestätigen, welche ihrer Ansicht nach auch tatsächlich umgesetzt werden können¹⁵⁷⁴. 889

In der Praxis bleiben die bisherigen Shareholder relativ häufig an der reorganisierten Schuldnerin beteiligt (wenn auch in deutlich geringerem Umfang als zuvor), auch wenn die Gläubiger nicht vollständig befriedigt werden. Dies ist zulässig, da eine Mehrheit der Gläubiger einer Verletzung der grundsätzlichen Rangordnung (Gläubiger vor Shareholder) mit Annahme des Reorganisationsplans zustimmt. 890

(ii) *Cram Down*

Auch wenn nicht sämtliche Gläubiger- und Shareholdergruppen mit den erforderlichen Mehrheiten zustimmen, kann das Gericht den Reorganisationsplan bestätigen (sog. „Cram Down“)¹⁵⁷⁵. Dies setzt, zusätzlich zu den 15 Kriterien zur Bestätigung eines angenommenen Reorganisationsplans¹⁵⁷⁶ voraus, dass (1.) mindestens eine nicht vollständig befriedigte Gläubigergruppe zugestimmt 891

¹⁵⁷¹ § 1129(a)(1) - (16).

¹⁵⁷² § 1129(a)(8).

¹⁵⁷³ Vgl. Bank of Amer. v. 203 N. LaSalle St. Partnership, 119 S.Ct. 1411, 1415 FN 13 (1999).

¹⁵⁷⁴ § 1129(a)(11).

¹⁵⁷⁵ § 1129(b).

¹⁵⁷⁶ Logischerweise nicht erforderlich ist das eine Kriterium der Zustimmung aller Gläubiger- und Shareholdergruppen.

hat¹⁵⁷⁷; (2.) der Reorganisationsplan ablehnende Gläubiger- und/oder Shareholdergruppen nicht unfair behandelt („not discriminate unfairly“)¹⁵⁷⁸ und (3.) der Reorganisationsplan „fair and equitable“ ist, mithin die sog. „Absolute Priority Rule“ (Gläubiger mit gesicherten Forderungen vor Gläubiger mit ungesicherten Forderungen vor Shareholdern) respektiert¹⁵⁷⁹.

- 892 Nach der Absolute Priority Rule dürfen Shareholder entsprechend nur dann an der Schuldnerin beteiligt bleiben, wenn sämtliche Gläubiger vollständig befriedigt werden¹⁵⁸⁰. Allerdings besteht eine gewichtige Ausnahme für den Fall, dass die Shareholder (nachträglich) einen Sanierungsbeitrag leisten. In einem obiter dictum hat der Supreme Court festgehalten, dass „where the debtor is insolvent, the stockholder’s participation must be based on a contribution in money or in money’s worth, reasonably equivalent in view of all the circumstances to the participation of the stockholder“¹⁵⁸¹. Diese sog. „New Value Corollary“ oder

¹⁵⁷⁷ § 1129(a)(10) bezieht sich offensichtlich nur auf das Cram Down von § 1129(b) (vgl. Bank of Amer. v. 203 N. LaSalle St. Partnership, 119 S.Ct. 1411, 1415 (1999) sowie RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 1129.02 [10] und das dortige Zitat aus In re 266 Washington Associates, 141 B.R. 275, 287 (Bkrcty.E.D.N.Y. 1992)). Die gerichtliche Bestätigung des Reorganisationsplans nach § 1129(a) setzt ohnehin die Zustimmung aller Gläubigergruppen voraus (§ 1129(a)(8)), so dass § 1129(a)(10) dort keine Bedeutung zukommen kann.

¹⁵⁷⁸ § 1129(b)(1). Ein Plan ist diskriminierend, wenn er eine Gläubiger- oder Shareholdergruppe gegenüber einer Gläubiger- oder Shareholdergruppe mit derselben „priority“ ungleich behandelt (FERRIELL / JANGER (2013), S. 794 ff.).

¹⁵⁷⁹ Der Begriff „fair and equitable“ ist in § 1129(b)(2) genau definiert, und zwar gesondert betreffend die Gläubiger mit gesicherten Forderungen (§ 1129(b)(2)(A)), die Gläubiger mit ungesicherten Forderungen (§ 1129(b)(2)(B)) und die Shareholder (§ 1129(b)(2)(C)). Kerngehalt der „Absolute Priority Rule“ ist, dass Gläubiger mit gesicherten Forderungen entweder (1.) deren Pfandrecht behalten und mit Zinszahlungen unter Berücksichtigung des Werts der gesicherten Forderung entschädigt werden („deferred cash payments totaling at least the allowed amount of such claim, of a value, as of the effective date of such plan“, vgl. § 1129(b)(2)(A)(i)(I)) oder (2.) den Erlös aus der Verwertung des Pfandgegenstandes erhalten (§ 1129(b)(2)(A)(i)(II)). Ein Reorganisationsplan ist aus Sicht von Gruppen ungesicherter Gläubiger „fair and equitable“ resp. im Einklang mit der „Absolute Priority Rule“, wenn sie entweder vollständig befriedigt werden (§ 1129(b)(2)(B)(i)) oder die Shareholder (Shareholder sind „junior to the claims of such class [of unsecured creditors]“) leer ausgehen (§ 1129(b)(2)(B)(ii)).

¹⁵⁸⁰ Oder die Gläubiger stimmen einer Verletzung der Rangordnung zu, vgl. vorne N 890.

¹⁵⁸¹ Case v. Los Angeles Lumber Products Co., 308 U.S. 106, 121 f. (1939).

„New Value Exception“ ist allerdings höchst umstritten¹⁵⁸², wird aber doch tendenziell eher als zulässig erachtet¹⁵⁸³.

(iii) *Nichtbestätigung*

Bei Nichtbestätigung des Reorganisationsplans durch das Konkursgericht schliesslich wird die Schuldnerin entweder nach Chapter 7 oder nach State Law liquidiert¹⁵⁸⁴. 893

5. Besondere Chapter 11 Verfahren

a. Prepackaged Chapter 11

In einem sog. „Prepackaged Chapter 11“ oder „Prepack“ wird der Reorganisationsplan vor Verfahrenseinleitung mit den Gläubigern und u.U. auch den Shareholdern verhandelt und darüber abgestimmt. Sobald die notwendigen Zustimmungen vorliegen, meldet die Schuldnerin den Konkurs an und reicht zeitgleich oder kurz danach den Reorganisationsplan und das Disclosure Statement ein¹⁵⁸⁵. § 1126(b) anerkennt solche Zustimmungen resp. Ablehnungen, sofern die Gläubiger und Shareholder adäquat informiert worden sind, wie dies in einem normalen, nicht Prepackaged Chapter 11 (sog. „Free-Fall“ Chapter 11¹⁵⁸⁶), 894

¹⁵⁸² Bank of Amer. v. 203 N. LaSalle St. Partnership, 119 S.Ct. 1411, 1422 (1999), wo der Supreme Court die Frage nach einer mehrseitigen Analyse offen lässt. Ein Richter vertrat die Meinung, dass es gestützt auf die „New Value Eexception“ möglich sein müsse, Shareholder an der sanierten Gesellschaft zu beteiligen (bei nicht vollständiger Befriedigung der Gläubiger), sofern deren Beteiligung „is based on adequate new value“ (vgl. dissenting opinion of Justice Stevens, S. 1426 ff. des zitierten Entscheides. Vgl. auch RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 1129.03[4][a][i][B].

¹⁵⁸³ In re Davis, 262 B.R. 791, 798 N. 9 (Bkrcty.D.Ariz. 2001); In re CGE Shattuck, LLC 1999 WL 33457789, at*5 f. (Bkrcty.D.N.H. 1999); LEWIS (2004), S. 83 f.; FERRIELL / JANGER (2013), S. 793 f.

¹⁵⁸⁴ WARREN (1993), S. 30.

¹⁵⁸⁵ GOFFMAN / ST. CLAIR / THAU / TURETSKY (2015), S. 51; Guidelines Prepackaged Chapter 11 New York, S. 3; vgl. auch MEIER (2004), S. 499 ff. und JEANNERET (2010), S. 159.

¹⁵⁸⁶ FRAZIER ET AL. (2009), S. 19.

der Fall wäre¹⁵⁸⁷. Auch im Prepackaged Chapter 11 ist ein Cram Down möglich¹⁵⁸⁸. Generell sind bei einem Prepackaged Chapter 11 dieselben Bestimmungen anwendbar; die verschiedenen Bedingungen müssen lediglich zu einem unterschiedlichen Zeitpunkt erfüllt sein¹⁵⁸⁹.

895 Die Vorteile eines solchen Vorgehens liegen auf der Hand: Die Schuldnerin kann einerseits die Verhandlungen mit den Gläubigern sowie den Prozess der Zustimmung zum ausgearbeiteten Reorganisationsplan ohne Einschränkungen durch das Gericht führen; dasselbe gilt für die Weiterführung des Betriebs. Ein Prepackaged Chapter 11 hat weiter den Vorteil, dass die Probleme der Schuldnerin nicht publik werden. Zudem wird das nachfolgende Chapter 11 Verfahren deutlich kürzer, womit weniger Kosten anfallen. Bei Verfahrenseinreichung besteht sodann bereits eine relativ hohe Transaktionssicherheit (ausstehend ist einzig die gerichtliche Genehmigung), was das Vertrauen der Vertragspartner stärkt¹⁵⁹⁰. Andererseits besteht noch kein Schutz vor den Gläubigern, welche ihre Forderungen ungehindert durchsetzen können und auch die weiteren Vorteile des Chapter 11, etwa die Möglichkeit, ungünstige Verträge zu kündigen, können erst angedroht, aber (noch) nicht umgesetzt werden¹⁵⁹¹. In der Praxis sind Prepackaged Chapter 11 vorab erfolgreich, wenn nicht das operative Geschäft, sondern die Kapitalstruktur am Ursprung der Probleme sind, mithin nur mit wenigen (Finanz-)Gläubigern effektiv verhandelt werden muss¹⁵⁹². Prepackaged Chapter 11 kommen allerdings, zumindest bei kotierten Gesellschaften, nicht sehr häufig vor¹⁵⁹³.

b. Prearranged Chapter 11

896 Bei einem sog. „Prearranged Chapter 11“ wird ein Reorganisationsplan vor der Beantragung des Konkurses verhandelt, aber erst danach darüber abgestimmt.

¹⁵⁸⁷ § 1126(b)(2) verweist auf die Definition der „adequate information“ in § 1125(a). Während die Gläubiger in sog. „Free-Fall“ Chapter 11 Verfahren normalerweise mehrere Wochen zur Verfügung haben, um die Zustimmung zu erteilen, wird den Gläubigern beim Prepack regelmässig eine deutlich kürzere Frist aufgezwungen. 25 Tage gelten in der Praxis als ausreichend, aber Gerichte haben (im Nachhinein) auch schon deutlich kürzere Fristen, etwa zwei, vier oder 13 Tage, bewilligt (GOFFMAN / ST. CLAIR / THAU / TURETSKY (2015), S. 75 FN 5). Federal Rule 3018(b) schreibt immerhin vor, dass die Frist nicht „unreasonably short“ sein darf.

¹⁵⁸⁸ GOFFMAN / ST. CLAIR / THAU / TURETSKY (2015), S. 91.

¹⁵⁸⁹ EPSTEIN (2013), S. 340.

¹⁵⁹⁰ FRAZIER ET AL. (2009), S. 16 f.

¹⁵⁹¹ §§ 362, 365.

¹⁵⁹² GOFFMAN / ST. CLAIR / THAU / TURETSKY (2015), S. 59 ff.; EPSTEIN (2013), S. 340 f.

¹⁵⁹³ GILSON / HOTCHKISS EDITH / OSBORN MATTHEW (2015), S. 11.

Es handelt sich damit gewissermassen um einen Mittelweg zwischen dem Pre-packaged Chapter 11 und dem Free-Fall Chapter 11; Prearranged Chapter 11 ist jedoch kein klar definierter Begriff und dessen Umsetzung variiert erheblich¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁹⁴ FRAZIER ET AL. (2009), S. 18 f.

Kapitel 2 : „§ 363 Sale“

I. Allgemeines

A. Verkauf ausserhalb des ordentlichen Geschäftsgangs und ausserhalb eines Reorganisationsplans

Zwei Kriterien kennzeichnen den § 363 Sale: Erstens gehört er infolge seiner Bedeutung nicht zur ordentlichen Geschäftstätigkeit der Schuldnerin¹⁵⁹⁵. Zweitens findet er zwar während des Konkursverfahrens statt, aber noch vor Abschluss des Reorganisationsplans (beim Chapter 11) oder, im Chapter 7, welches keinen Reorganisationsplan kennt, gänzlich ohne Bezug zu einem Reorganisationsplan. 897

Ob ein Geschäft ausserhalb des ordentlichen Geschäftsgangs liegt wird anhand zweier Kriterien geprüft. Erstens wird gefragt, ob die fragliche Transaktion bei ähnlichen Gesellschaften in derselben Industrie (mithin bei der Konkurrenz) zum Tagesgeschäft gehört (sog. „Horizontal Test“ oder „Industry-wide Test“). Zweitens ist relevant, ob die Schuldnerin ähnliche Transaktionen bereits vor der Konkurseröffnung regelmässig vorgenommen hatte (sog. „Vertical Test“)¹⁵⁹⁶. Sind beide Fragen zu verneinen, liegt ein Geschäft ausserhalb des ordentlichen Geschäftsgangs; solche Geschäfte verlangen eine vorgängige Information der Gläubiger sowie die Ermächtigung des Gerichts¹⁵⁹⁷. 898

¹⁵⁹⁵ § 363(b)(1).

¹⁵⁹⁶ DEUTSCH / DISTEFANO (2011), S. 48; BERNSTEIN / SEABURY / WILLIAMS (2009), S. 84.

¹⁵⁹⁷ § 363(b)(1). Vgl. zur Zuständigkeit hinten N 938. Rechtsgeschäfte im Rahmen des ordentlichen Geschäftsgangs kann der DIP ohne weiteres vornehmen; eine Information der Gläubiger und Ermächtigung des Gerichts sind nicht verlangt (§ 363(c)). Der Verkauf des operativen Betriebs oder eines Teils davon wird immer ausserhalb der ordentlichen Geschäftstätigkeit liegen; davon wird nachfolgend stets ausgegangen.

1. § 363 Sale im Chapter 7

- 899 § 363 gehört zum Chapter 3 des Bankruptcy Code und ist damit grundsätzlich im Chapter 7 und im Chapter 11 anwendbar. Auch im Chapter 7 ist ein Verkauf eines operativen Betriebs grundsätzlich möglich, doch kommt dies in der Praxis aus verschiedenen Gründen selten vor. *Erstens* wollen die Schuldnerin resp. deren Organe einen Verkauf im Chapter 7 vermeiden, weil sie mit Eröffnung eines Chapter 7 Verfahrens die Kontrolle an den zwingend eingesetzten Trustee verlieren (betreffend Verkaufsverhandlungen und Weiterführung des Betriebs). *Zweitens* bietet das Chapter 7 deutlich weniger Spielraum bezüglich des Verkaufsverfahrens, da die Weiterführung der Betriebstätigkeit vom Gericht bewilligt werden muss und die Bewilligung zeitlich zwingend zu befristen ist. Sodann ist die Weiterführung des Betriebs auch dadurch erschwert, dass infolge des (im Vergleich zu Chapter 11) ungleich grösseren Vertrauensverlusts Vertragspartner und Mitarbeiter rasch nach neuen Möglichkeiten suchen. *Drittens* geht nur schon mit der Eröffnung eines Chapter 7 Verfahrens oftmals ein erheblicher Wertverlust einher, weshalb Käufer den Preis mit Erfolg nach unten zu drücken vermögen¹⁵⁹⁸.
- 900 Abgesehen von den beiden eben genannten Besonderheiten (zwingende Einsetzung eines Trustees; Weiterführung des Betriebs bewilligungspflichtig und zeitlich beschränkt) unterscheiden sich der § 363 Sale im Chapter 7 und im Chapter 11 nicht wesentlich¹⁵⁹⁹.

2. § 363 Sale im Chapter 11

- 901 Der typische § 363 Sale findet im Rahmen eines Chapter 11 Verfahrens statt. Der DIP kann den Betrieb selber weiterführen und den Verkaufsprozess flexibel gestalten und bis zum Schluss kontrollieren, womit für die Gläubiger letztlich das beste Ergebnis erzielt werden soll.
- 902 Ein § 363 Sale im *Reorganizing Chapter 11* beschränkt sich typischerweise auf einen Betriebsteil. Dank des Verkaufserlöses wird im besten Fall die vollstän-

¹⁵⁹⁸ KEACH (2010-2014), ¶ 4.02 [3]; LOPUCKI / DOHERTY (2007), S. 5; vgl. vorne N 868 und insbesondere FN 1528.

¹⁵⁹⁹ Ein Verkauf nach Chapter 7 mag aus Sicht des Käufers vorteilhaft sein, wenn ein Gesamtarbeitsvertrag aufgelöst oder modifiziert werden soll und/oder hohe Ansprüche von Pensionierten ausstehend sind, da die entsprechenden Schutzvorschriften des Chapter 11 (§§ 1113 und 1114) im Chapter 7 nicht zur Anwendung kommen (RESNICK / SOMMER, *Collier on Bankruptcy* (2009-2015), ¶ 1113.02[1][b]).

dige Sanierung der Schuldnerin gelingen (als Folge davon das Chapter 11 Verfahren ohne Weiteres eingestellt wird¹⁶⁰⁰) oder zumindest die Finanzierung des Reorganisationsplans und die Weiterführung des nicht veräußerten Betriebsteils nach Bestätigung des Reorganisationsplans sichergestellt.

Bei einem Gesamtverkauf im Rahmen eines *Liquidating Chapter 11* wird der Verkaufserlös nach Abzug der Verfahrenskosten nach Massgabe des zu einem späteren Zeitpunkt ausgehandelten, von den Gläubigern angenommenen und vom Gericht bestätigten Reorganisationsplans unter die Gläubiger verteilt und die Schuldnerin liquidiert. Auch bei einem Teilverkauf wird die Schuldnerin liquidiert, sofern der nicht veräußerte Betriebsteil nicht selbständig weitergeführt werden kann oder soll. 903

Die nachfolgenden Ausführungen zum § 363 Sale beziehen sich stets auf den § 363 Sale im Chapter 11¹⁶⁰¹; ohne besonderen Hinweis unabhängig davon, ob die Schuldnerin letzten Endes liquidiert (so beim Liquidating Chapter 11) oder saniert (so beim Reorganizing Chapter 11) werden soll. Sie gelten mutatis mutandis auch für den Betriebsverkauf im Chapter 7. 904

B. Typischer Ablauf eines § 363 Sale

Das Verfahren eines § 363 Sale ist ziemlich standardisiert¹⁶⁰². Das Konkursgericht des Southern District of New York hat zwecks Vereinheitlichung der Praxis eigene „Guidelines for the Conduct of Asset Sales [under § 363(b)]“¹⁶⁰³ erlassen, welche den Standards anderer Gerichte entsprechen¹⁶⁰⁴. Für das Verkaufsverfahren sind nebst § 363(b) die Federal Rules 2002 und 6004 sowie die von den Gerichten zusätzlich erlassenen sog. „Local Rules“ von Bedeutung¹⁶⁰⁵. 905

Ein § 363 Sale wird durchschnittlich 95 Tage nach dem Konkursantrag vollzogen¹⁶⁰⁶, wobei deutlich schnellere Verkäufe auch grosser Betriebe bekannt sind; 906

¹⁶⁰⁰ FERRIELL / JANGER (2013), S. 723.

¹⁶⁰¹ Auch die Ausführungen zum Plan Sale beziehen sich stets auf das Chapter 11, da im Chapter 7 nur liquidiert und damit gerade kein Reorganisationsplan erstellt wird, vgl. hinten N 971 ff.

¹⁶⁰² FRAZIER ET AL. (2009), S. 21.

¹⁶⁰³ Vgl. die Hinweise im Erlassverzeichnis.

¹⁶⁰⁴ ROE / SKEEL (2010), S. 740.

¹⁶⁰⁵ Vgl. die Hinweise im Erlassverzeichnis betreffend die Local Rules der beiden wichtigsten Konkursgerichte (Southern District of New York und District of Delaware). Für den § 363 Sale sind vorab die Local Rules 6004-1 (New York und Delaware) und 6005-1 (New York) von Relevanz.

¹⁶⁰⁶ ANDERSON / MA (2014), Table 1, Figure 2. Vgl. die ähnlichen Zahlen im Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 86.

im Extremfall Lehman Brothers vergingen ab Konkursantrag bis zum Vollzug weniger als eine Woche¹⁶⁰⁷. Der typische § 363 Sale läuft wie folgt ab:

1. Phase 1: Stalking Horse und Bidding Procedures

a. Abschluss eines Stalking Horse Agreement

907 Der DIP bereitet den Betrieb für den Verkauf vor, kontaktiert potentielle Erwerber und schliesst mit einem Erwerber seiner Wahl, dem sog. „Stalking Horse“ oder „Stalking Horse Bidder“, einen bedingten Aktivenkaufvertrag (sog. „Stalking Horse Agreement“) ab.

b. Vereinbarung der Bidding Procedures

(i) Grundsatz: Public Auction

908 Gleichzeitig verhandeln der DIP und das Stalking Horse die sog. „Bidding Procedures“, d.h. das von ihnen gemeinsam vorgeschlagene weitere Verkaufsverfahren. Die Bidding Procedures sehen regelmässig vor, dass der Betrieb an einer Auktion (sog. „Public Auction“) versteigert wird. Sie beinhalten sodann detaillierte Regeln betreffend die Auktion, welche in folgende drei Kategorien eingeteilt werden können:

909 *Erstens*, die Voraussetzungen, um überhaupt zur Auktion zugelassen zu werden. Der potentielle Bieter muss darlegen, dass er wirtschaftlich in der Lage und willens ist, den Kauf zu den vorgegebenen Bedingungen (in der Regel sind nur geringe Anpassungen zum Stalking Horse Agreement zugelassen¹⁶⁰⁸) zu vollziehen. Oftmals muss er eine Sicherheit leisten, welche nicht erstattet wird, sofern er die Auktion gewinnt, aber den Kauf nicht vollzieht (sog. „Good Faith Deposit“).

910 *Zweitens*, die (äusserst umstrittenen) sog. „Stalking Horse Protections“. Die Bewertung eines Betriebs, eine Due Diligence sowie die Verhandlung des Stalking Horse Agreements (inkl. Abgabe eines seitens des Stalking Horse verbindlichen Kaufangebots) sind sehr zeitaufwändig und kostenintensiv. Als Entschädigung dafür, dass das Stalking Horse - sofern es überboten wird - leer ausgeht, ist der

¹⁶⁰⁷ Vgl. vorne N 850.

¹⁶⁰⁸ REISS / KAUTZ / LAURIA / UZZI (2009), S. 21 f.

DIP in der Regel bereit, gewisse Schutzklauseln in die Bidding Procedures aufzunehmen¹⁶⁰⁹. Typisch sind Entschädigungen infolge Nichtzustandekommens (sog. „Break-Up“ oder „Topping Fees“) und/oder Auslangenersatz (sog. „Expense Reimbursement“). Unter besonderen Umständen sind gar sog. „No-Shop“ resp. „No-Solicitation“ oder „Window-Shop Provisions“¹⁶¹⁰ zulässig, was jedoch in den seltensten Fällen mit dem Ziel, einen möglichst hohen Erlös zu erzielen, vereinbar ist. Die Bidding Procedures regeln weiter, um welchen Betrag das Angebot des Stalking Horse resp. das vorangehende Angebot überboten werden muss (sog. „Bidding Increments“) und ob, sofern das Stalking Horse mitbietet, es das Break-up oder Topping Fee zu seinem höheren Angebot hinzuzählen kann oder nicht¹⁶¹¹.

Drittens, das eigentliche Auktionsverfahren. Hierzu gehört einerseits die Wahl des Auktionsortes. Wenn immer die Auktion komplex und Auseinandersetzungen erwartet werden, empfiehlt es sich, die Auktion im Gericht durchzuführen¹⁶¹². Ansonsten sind die Büroräumlichkeiten der Anwaltskanzlei der Schuldnerin üblich. Unter Umständen kann es angezeigt sein, die Auktion von einem professionellen Versteigerer durchführen zu lassen, wobei ebenfalls Regeln, insbesondere betreffend Unabhängigkeit und Entschädigung, beachtet werden müssen¹⁶¹³.

911

(ii) *Ausnahme: Private Sale*

In der Praxis höchst selten sind Privatverkäufe (sog. „Private Sales“), d.h. der Verkauf an eine bestimmte Person ohne Auktion und unter Ausschluss von höheren Angeboten¹⁶¹⁴. Gerichte ziehen Auktionen den Privatverkäufen klar vor¹⁶¹⁵; Ausnahmen sind vorab möglich, wenn der Privatverkauf im Rahmen

912

¹⁶⁰⁹ DEUTSCH / DISTEFANO (2011), S. 49.

¹⁶¹⁰ „No-Shop“ oder „No-Solicitation Provisions“ verhindern, „No-Window Provisions“ beschränken die Annahme von konkurrenzierenden Angeboten (FRAZIER ET AL. (2009), S. 171 ff.).

¹⁶¹¹ Vgl. Guidelines Asset Sales New York, S. 5 f.; Local Rules Delaware 6004-1(c).

¹⁶¹² Guidelines Asset Sales New York, S. 6.

¹⁶¹³ Vgl. Federal Rule 6004 sowie Local Rules New York 6004-1 und 6005-1.

¹⁶¹⁴ In Federal Rule 6004(f) heisst es, „All sales not in the ordinary course of business may be by private sale or by public auction.“; KEACH (2010-2014), ¶ 4.04 [4]; REISS / KAUTZ / LAURIA / UZZI (2009), S. 20.

¹⁶¹⁵ In re Planned Systems, Inc., 82 B.R. 919, 923 (Bkrcty.S.D.Ohio 1988): „Although B.R. [Federal Rule] 6004(f)(1) permits the private sale of estate property, this Court generally favors a public sale of property of the estate as opposed to a private sale.“; FRAZIER ET AL. (2009), S. 49.

eines Reorganisationsplans den Gläubigern offengelegt und darüber abgestimmt wurde (es sich folglich um einen Plan Sale handelt)¹⁶¹⁶ oder sofern vorgängig öffentlich zur Abgabe von höheren Angeboten eingeladen wurde und der gebotene Preis ungefähr dem Marktwert entspricht¹⁶¹⁷.

2. Phase 2: Sale Motion

- 913 Das vorgeschlagene Stalking Horse Agreement und die Bidding Procedures werden alsdann dem Gericht im Rahmen einer sog. „Sale Motion“ eingereicht¹⁶¹⁸. Die Sale Motion muss allen interessierten Parteien, welche bereits in diesem Stadium in der Lage sind, Einwände geltend zu machen, zugestellt werden. Dazu gehören in jedem Fall die Gläubiger und Aktionäre¹⁶¹⁹. Die Einsprachefrist beträgt 21 Tage, kann aber vom Gericht auf begründeten Antrag verkürzt werden¹⁶²⁰. Gemäss den Local Rules New York sollten 14 Tage in der Regel ausreichen¹⁶²¹.

¹⁶¹⁶ In re Woods, 215 B.R. 623, 626 f. (10th Cir.BAP 1998).

¹⁶¹⁷ In re Planned Systems, Inc., 82 B.R. 919, 923 (Bkrty.S.D.Ohio 1988) hat das Gericht einen Privatverkauf trotz vorgängigen öffentlichen Marketings nicht genehmigt, weil es den Marktpreis nicht abschätzen konnte: „[...] it may be argued that, because the Property has been listed with a real estate broker since [rund sieben Monate bis zum Entscheid], [debtors'] marketing efforts were sufficient to provide adequate exposure of the Property [Zitat weggelassen]. The Court would be inclined to reach this conclusion if it had been presented with some evidence that the fair market value of the Property was in the \$ 200,000- 210,000 range [geboten wurden \$ 200,000 und 210,000] [...]. However, absent such evidence, the Court simply cannot conclude that a sale [...] is in the best interest of the estate.“ Das Gericht hat schliesslich eine Auktion angeordnet.

¹⁶¹⁸ Mit der Sale Motion werden gleichzeitig zwei separate Orders (welche Gegenstand zweier separater Gerichtsverhandlungen sind) beantragt, nämlich ein Sale Procedures Order und ein Sale Order (Guidelines Asset Sales New York, S. 2).

¹⁶¹⁹ Guidelines Asset Sales New York, S. 11 f.: „Notice should be limited to those parties-in-interest best situated to articulate an objection to the limited relief sought at this stage, including [Aufzählung (a) - (h)]. To provide additional marketing of the assets, the debtor also should send a copy of the [sales procedures] motion to entities known or reasonably believed to have expressed an interest in acquiring any of the assets offered for sale.“

¹⁶²⁰ Federal Rule 2002(a)(2).

¹⁶²¹ Local Rule New York 9006-1(b); vgl. auch Guidelines Asset Sales New York, S. 12 (wo noch auf die frühere 10-Tagesfrist hingewiesen wird).

3. Phase 3: Sale Procedures Order

Werden rechtzeitig Einwände geltend gemacht findet eine erste Gerichtsverhandlung betreffend die Bidding Procedures statt. Ohne Einwände entscheidet das Gericht direkt aufgrund der Akten¹⁶²². 914

Das Gericht stellt eine sog. „Sale Procedures Order“ aus, sofern die Bidding Procedures „as a matter of reasonable business judgment, [are] likely to maximize the sale price¹⁶²³“. Das (u.U. vom Gericht angepasste) Verfahren darf insbesondere nicht derart ausgestaltet sein, dass höhere Angebote verunmöglicht oder erschwert werden¹⁶²⁴. Der Sale Procedures Order kann nicht angefochten werden¹⁶²⁵. 915

4. Phase 4: Auction

Reicht nebst dem Stalking Horse mindestens ein weiterer Bieter ein Angebot ein, wird die Auktion nach den im Sale Procedures Order beschriebenen Verfahren durchgeführt. Der DIP wählt, in der Regel nach Rücksprache mit dem Gläubigerausschuss¹⁶²⁶, das beste Angebot nach seinem „sound business judgment“ und mit „great judicial deference“¹⁶²⁷. Sofern sich die Schuldnerin nicht für das Angebot mit dem höchsten Kaufpreis entscheidet, muss sie begründen, weshalb das gewählte Angebot insgesamt besser ist¹⁶²⁸. 916

¹⁶²² § 102(1)(B)(i); RAYKIN (2012), S. 100.

¹⁶²³ Guidelines Asset Sales New York, S. 3. Natürlich macht sich das Gericht schon im Rahmen des ersten Orders (Genehmigung der Bidding Procedures) Gedanken zur grundsätzlichen Zulässigkeit des § 363 Sale. Die Sale Motion, welche Grundlage des ersten Orders (Sale Procedures Order) ist, muss aus diesem Grund bereits auch den Sale Order beantragen und begründen. Kommt das Gericht zum Schluss, dass ein § 363 Sale ohnehin nicht zulässig ist, wird es effizienterweise bereits keinen Sale Procedures Order ausstellen (so geschehen In re Gulf Coast Oil Corp, 404 B.R. 407, 413, 428 (Bkrcty.S.D.Tex. 2009). Allerdings bedeutet die Ausstellung des Sale Procedures Order nicht automatisch, dass auch der Verkauf zulässig ist.

¹⁶²⁴ Guidelines Asset Sales New York, S. 3.

¹⁶²⁵ Hingegen kann die Nichtausstellung eines Sale Procedures Order angefochten werden, da damit bereits der Verkauf abgelehnt wird, vgl. In re Gulf Coast Oil Corp., 404 B.R. 407, 413, 428 (Bkrcty.S.D.Tex. 2009).

¹⁶²⁶ DEUTSCH / DISTEFANO (2011), S. 49.

¹⁶²⁷ In re Gulf States Steel, Inc. of Alabama, 285 B.R. 497, 516 (Bankr.N.D.Ala. 2002), wo das Gericht in diesem Zusammenhang auch ausführt, dass „the Trustee, not the Court, is selling this property“; In re Borders Group, Inc., 453 B.R. 477, 482 f. (Bankr.S.D.N.Y. 2011).

¹⁶²⁸ RAYKIN (2012), S. 99.

5. Phase 5: Sale Order

- 917 Bevor der Verkauf an den Gewinner der Auktion gerichtlich bestätigt werden kann, müssen interessierte Parteien und Amtsstellen¹⁶²⁹ umfassend über den Verkauf informiert und auf die Einspruchsmöglichkeit hingewiesen werden. Die Information sollte den Sale Procedures Order und den Kaufvertrag beinhalten sowie die verkauften Aktiven und die Struktur der Transaktion beschreiben¹⁶³⁰. Die Einspruchsfrist beträgt wiederum 21 Tage¹⁶³¹, welche nur in Ausnahmefällen verkürzt werden soll¹⁶³².
- 918 Gelangt das Gericht nach der Verhandlung (und unter Berücksichtigung der eingegangenen Einsprachen) zur Überzeugung, dass der Verkauf zulässig¹⁶³³ und die Bidding Procedures sowie weiteren Anordnungen des Sale Procedures Order eingehalten worden sind, stellt es den sog. „Sale Order“ aus. Im Sale Order genehmigt das Gericht typischerweise den Verkauf und den Kaufvertrag sowie die Übertragung der Aktiven auf den Erwerber¹⁶³⁴.

6. Phase 6: Vollzug

- 919 Der Verkauf kann grundsätzlich erst 14 Tage nach Ausstellung des Sale Order vollzogen werden, damit Gläubiger und andere Legitimierte genügend Zeit haben, einen sog. „Stay Pending Appeal“ (welcher den Vollzug bis auf Weiteres hemmt¹⁶³⁵) zu erwirken¹⁶³⁶. Der Richter kann diese Frist abkürzen oder gänzlich

¹⁶²⁹ Gemäss Guidelines Asset Sales New York, S. 13 f. verlangt der Verkauf (im Unterschied zur Sale Motion, vgl. vorne FN 1619) eine weitergehende Bekanntmachung (Aufzählung (a)-(k)). In grossen Fällen ist sodann ein „notice of the proposed sale in publications of national circulation or other appropriate publications“ verlangt. In jedem Fall sind zudem potentielle Erwerber zu informieren.

¹⁶³⁰ Federal Rules 2002 und 6004; Guidelines Asset Sales New York, S. 15.

¹⁶³¹ Federal Rule 2002(a)(2).

¹⁶³² Guidelines Asset Sales New York, S. 14.

¹⁶³³ Vgl. zur Zulässigkeit des § 363 Sale sogleich N 920 ff.

¹⁶³⁴ Guidelines Asset Sales New York, S. 6 ff. und 17.

¹⁶³⁵ Vgl. dazu hinten N 967.

¹⁶³⁶ Federal Rule 6004(h); Advisory Committee Note on Rules - 1999 Amendment betreffend Federal Rule 6004(g), welche mit dem 2008 Amendment neu zur Federal Rule 6004(h) wurde; In re Borders Group, Inc., 453 B.R. 477, 486 (Bkrcty. S.D.N.Y. 2011). Durch die 14-Tagesfrist soll verhindert werden, dass sich die antragstellende Partei (welche möglichst rasch einen „Stay Pending Appeal“ erreichen möchte) und die Schuldnerin (welche einen sofortigen Vollzug anstrebt, damit der Verkauf dank § 363(m) (vgl. hierzu hinten N 962 ff.) nicht mehr rückgängig gemacht werden kann) einem Wettlauf gegen die Zeit aussetzen (RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 6004.11 und ¶ 363.11).

davon absehen¹⁶³⁷; Letzteres insbesondere wenn im Verfahren bislang keine Einsprachen erfolgt sind. Sind im Laufe des Verfahrens bereits Einsprachen erhoben und abgelehnt worden, soll der Richter die Frist nur verkürzen, wenn der Verkauf aufgrund eines „sufficient business need“ früher vollzogen werden muss¹⁶³⁸. In der Praxis wird in aller Regel auf die Frist verzichtet, womit umgehend vollzogen werden kann¹⁶³⁹.

II. Zulässigkeit

A. Problematik

Nach Inkrafttreten des Bankruptcy Code war unklar, ob gestützt auf § 363(b) auch sämtliche oder sämtliche wesentlichen Vermögenswerte der Schuldnerin, mithin auch der gesamte operative Betrieb, vorzeitig veräußert werden können. Seit rund 30 Jahren ist dies nun aber unbestritten¹⁶⁴⁰ und kommt in der Praxis häufig vor; § 363 Sales haben Verkäufe im Rahmen eines Reorganisationsplans (Plan Sales) grösstenteils verdrängt¹⁶⁴¹. 920

Während die Vorteile eines raschen § 363 Sale überzeugen (u.a. Beschleunigung des Verfahrens, Erhalt von Wert, Verminderung von Kosten, Planungssicherheit) sind zweifelsohne erhebliche Nachteile damit verbunden. Einerseits besteht ein erhebliches Risiko, dass der Verkauf nicht zum Marktpreis erfolgt, insbesondere sofern Insider auf Käuferseite beteiligt sind¹⁶⁴². Andererseits geht mit jedem § 363 Sale eine starke Beschränkung der Gläubigerrechte einher, da die Gläubiger, im Konkurs die wirtschaftlichen Eigentümer der Aktiven, nicht 921

¹⁶³⁷ Federal Rule 6004(h).

¹⁶³⁸ In re Borders Group, Inc. 453 B.R. 477, 486 (Bkrcty. S.D.N.Y. 2011); RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 6004.11. Beim Verkauf von General Motors wurde die Frist auf vier Tage [der Sale Order vom 5. Juli 2009 sah vor, dass der Verkauf am 9. Juli 2009 um 12.00 Uhr oder später vollzogen werden konnte, vgl. In re Motors Liquidation Co., 428 B.R. 43, 50 (S.D.N.Y. 2010)], In re Borders Group, Inc. 453 B.R. 477, 486 (Bkrcty. S.D.N.Y. 2011) auf fünf Tage verkürzt.

¹⁶³⁹ RAYKIN (2012), S. 121.

¹⁶⁴⁰ In re Gulf Coast Oil Corp., 404 B.R. 407, 417 f. (Bkrcty.S.D.Tex. 2009); In re Lionel Corp., 722 F.2d 1063 (1983); RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 363.02[3].

¹⁶⁴¹ GILSON / HOTCHKISS EDITH / OSBORN MATTHEW (2015), S. 5 f., 11; SKEEL (2015), S. 125, 127; BOWSHER / CARMODY / SHELTON / FREEMAN (2015), § 16:7; ANDERSON / MA (2014), S. 4; ROE / CHUNG (2013), S. 9 f.; ROE / SKEEL (2010), S. 737; vgl. hinten N 972.

¹⁶⁴² KLING (2012), S. 261 ff.

über den Verkauf bestimmen können¹⁶⁴³. Immerhin müssen sie informiert werden und findet bei Einsprachen eine Gerichtsverhandlung statt; auch Letzteres ist aber kaum in geordneter Weise möglich, wenn der Verkauf innerhalb weniger als einer Woche vollzogen wird¹⁶⁴⁴.

- 922 Letztlich stellt sich folgender Zielkonflikt: Schnelligkeit des Verkaufs (im Extremfall innerhalb einer Woche; durchschnittlich 95 Tage¹⁶⁴⁵) bei reduziertem Gläubigerschutz (§ 363 Sale) gegenüber einem deutlich langsameren Verkauf (im Extremfall innerhalb eines Monats; durchschnittlich 233 Tage¹⁶⁴⁶) bei maximalem Gläubigerschutz (Plan Sale). Dabei darf nicht vergessen werden, dass Gläubigerschutz und Gläubigerinteressen nicht dasselbe bedeuten; die Gläubiger sind vorab an einer hohen Konkursdividende interessiert, wofür sie (bis zu einem gewissen Mass) bereit sind, auf Schutzmechanismen und Mitbestimmungsrechte zu verzichten¹⁶⁴⁷.
- 923 In der Praxis haben sich Kriterien herauskristallisiert, welche gewährleisten sollen, dass auch zeitkritische Verkäufe nur bewilligt werden, wenn sie im Interesse der Gläubiger sind. Dadurch soll einerseits die wirtschaftliche Notwendigkeit berücksichtigt und andererseits das Risiko von vorschnellen Verkäufen zu Schleuderpreisen auf Kosten der Gläubiger reduziert werden. Ein § 363 Sale ist demnach zulässig, wenn folgende fünf Voraussetzungen erfüllt sind: 1. „Sound Business Justification“, 2. Kein „Sub Rosa Plan“, 3. „Fair Price“, 4. „Adequate Notice“ und 5. „Good Faith“. Auf diese Voraussetzungen wird nachfolgend einzeln eingegangen.

¹⁶⁴³ Wird mit dem Verkauf zugewartet, mithin „ordentlich“, d.h. erst im Rahmen des Reorganisationsplans veräußert (Plan Sale), bestimmen die Gläubiger über den Verkauf.

¹⁶⁴⁴ So im Konkurs von Lehman Brothers, vgl. vorne N 850 sowie ROSE (2006), S. 259 f.

¹⁶⁴⁵ Vgl. vorne N 906.

¹⁶⁴⁶ KEACH (2010-2014), ¶ 4.04 [2]; ANDERSON / MA (2014), Table 1, Figure 2.

¹⁶⁴⁷ Vgl. aber ANDERSON / MA (2014), S. 3, 9 f., 16, welche gestützt auf ihre empirische Untersuchung zum Schluss gelangen, dass mehr Mitbestimmungsrechte der Gläubiger zu höheren Verkaufserlösen führen (vgl. hinten N 936 und insbesondere FN 1672).

B. Sound Business Justification

1. „Perishable Standard“ und „Emergency Doctrine“ unter früheren Konkursgesetzen

Bereits der Bankruptcy Act von 1867 kannte die vorzeitige Verwertung von Gegenständen „of a perishable nature, or liable to deteriorate in value“¹⁶⁴⁸. Obwohl der nachfolgende Bankruptcy Act von 1898 keine ähnliche Bestimmung mehr enthielt, entschied ein Gericht im Jahr 1913, dass der vorzeitige Verkauf von Taschentüchern und Bettwäsche zulässig sei, da gerade die Weihnachtsverkäufe begonnen hätten und der Preis danach zusammenfallen würde¹⁶⁴⁹. Gemäss § 116(3) des Chandler Act von 1938, der unmittelbaren Vorgängerin von § 363, war ein vorzeitiger Verkauf „upon cause shown“ zulässig. Gerichte liessen gestützt auf diese Bestimmung vorzeitige Verkäufe sämtlicher Aktiven zu, sofern erwiesenermassen eine Notsituation („Emergency“) vorlag, wonach die Aktiven an Wert verloren hätten, sofern sie nicht umgehend verkauft worden wären¹⁶⁵⁰. 924

2. Heutige „Lionel Standard“ oder „Business Justification Test“

Die Reform von 1978 führte zum heutigen § 363(b), welcher vom Wortlaut her keine Einschränkungen betreffend die vorzeitige Verwertung vorsieht¹⁶⁵¹. Dennoch gewährt § 363(b) dem Konkursrichter keine „Carte Blanche“ zur vorzeitigen Verwertung sämtlicher oder der wichtigsten Aktiven; verlangt ist gemäss *Lionel*, dem heute noch massgebenden Entscheid in dieser Frage, eine „Business Justification“¹⁶⁵². 925

Die Business Justification muss sich auf zwei separate Punkte beziehen: Einerseits auf den Verkauf sowie den Verkaufsprozess, andererseits aber insbeson- 926

¹⁶⁴⁸ Bankruptcy Act 1867, Section 25, General Clause 112.

¹⁶⁴⁹ In re Pedlow, 209 F. 841, 842 (2d Cir. 1913).

¹⁶⁵⁰ In re Solar Mfg. Corp., 176 F.2d 493, 494 (3d Cir. 1949); In re Pure Penn Petroleum Co., 188 F.2d 851, 854 (2d Cir. 1951).

¹⁶⁵¹ Vgl. In re Lionel Corp., 722 F.2d 1063, 1069 (1983): „Section 363(b) of the [Bankruptcy] Code seems on its face to confer upon the bankruptcy judge virtually unfettered discretion to authorize the use, sale or lease, other than in the ordinary course of business, of property of the estate“.

¹⁶⁵² In re Lionel Corp., 722 F.2d 1063, 1069 (1983).

dere auch auf die Tatsache, dass der Verkauf vorzeitig, d.h. ausserhalb des Reorganisationsplans, erfolgt¹⁶⁵³. Mögliche Kriterien zur Beurteilung der Business Justification sind: Wertverhältnis des verkauften Aktivums zur Masse; seit Verfahrenseröffnung vergangene Zeit; Wahrscheinlichkeit, dass in naher Zukunft ein Reorganisationsplan vorgeschlagen und bestätigt wird; Einfluss des Verkaufs auf zukünftige Reorganisationspläne; Verhältnis vom (vereinbarten) Verkaufserlös zur Bewertung des Aktivums; ob das Aktivum an Wert verliert oder nicht¹⁶⁵⁴. Das letzte Kriterium, gemäss dem Gericht das wichtigste, bringt zum Ausdruck, dass bei Vorliegen einer „Emergency“ oder bei „Perishable Goods“ grundsätzlich eine Business Justification für den vorzeitigen Verkauf besteht. In *Lionel* wurde eine Business Justification für den vorzeitigen Verkauf vom zentralen Aktivum denn auch vorab mit der Begründung verneint, dass dieses kein „Wasting Asset“ darstellte und mithin keine Notverkaufssituation vorlag¹⁶⁵⁵.

- 927 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Business Justification generell bejaht wird, wenn durch einen vorzeitigen Verkauf (1.) Verwaltungskosten vermieden werden können¹⁶⁵⁶; (2.) Zeitdruck besteht und mit dem Argument des „Melting Ice Cube“ resp. „Patient dying on the operation table“¹⁶⁵⁷, d.h. der schnellen Wertverminderung ohne rasches Handeln, eine Notverkaufssituation begründet werden kann; und/oder (3.) das operative Geschäft gerettet und gleichzeitig zusätzlicher Wertverlust für die Gläubiger vermieden als auch Arbeitsplätze erhalten werden können¹⁶⁵⁸.

C. Sub Rosa Objection

1. „Braniff Standard“

- 928 Wie erwähnt besteht bei jedem § 363 Sale, insbesondere wenn sämtliche Aktiven veräussert werden, ein inhärentes Risiko, dass dadurch Tatsachen geschaf-

¹⁶⁵³ In re Gulf Coast Oil Corp., 404 B.R. 407, 423 (Bkrcty.S.D.Tex. 2009).

¹⁶⁵⁴ In re Lionel Corp., 722 F.2d 1063, 1071 (1983).

¹⁶⁵⁵ In re Lionel Corp., 722 F.2d 1063, 1071 f. (1983).

¹⁶⁵⁶ Dies ist bei einem vorzeitigen Verkauf fast immer der Fall, da dadurch das Verfahren stark verkürzt wird und die Kosten direkt von der Länge des Verfahrens abhängen (BUFFORD (1996), S. 92; KLING (2012), S. 262 f.).

¹⁶⁵⁷ KEACH (2010-2014), ¶ 4.03 [3][d].

¹⁶⁵⁸ ROSE (2006), S. 269 ff.

fen werden und dem eigentlichen Konkursverfahren jeglicher Handlungsspielraum genommen wird. Dies ist umso problematischer, als die Gläubiger beim § 363 Sale nicht beigezogen werden müssen¹⁶⁵⁹.

Vor diesem Hintergrund hat das Gericht in *Braniff* die Zustimmung zu einem Verkauf verweigert, weil die Transaktion „is much more than the use, sale or lease of Braniff’s property authorized by § 363(b)“, da sie namentlich auch eine bedeutende Umstrukturierung der Gläubigerrechte beinhaltete und den Inhalt des Reorganisationsplans diktierte. Damit gehe die Transaktion über die Kompetenz des Konkursgerichts in diesem Verfahrensstadium hinaus. Das Gericht schloss mit folgendem, häufig zitiertem Satz: „The debtor and the Bankruptcy Court should not be able to short circuit the requirements of Chapter 11 for confirmation of a reorganization plan by establishing the terms of the plan *sub rosa* in connection with a sale of assets¹⁶⁶⁰.“

929

Ein § 363 Sale ist demnach unzulässig, wenn er über den reinen Verkauf hinausgehende Bestimmungen enthält und faktisch den Reorganisationsplan vorwegnimmt. Die Gläubiger müssen in jedem Fall die Möglichkeit haben, tatsächlich auf den Reorganisationsplan Einfluss zu nehmen; deren Rolle darf sich m.a.W. nicht darauf beschränken, vollendete Tatsachen pro forma abzusegnen.

930

2. „Continental Makeshift“

Liegt eine Business Justification vor (*Lionel Standard* erfüllt), aber geht die Transaktion über einen reinen Verkauf hinaus (*Braniff Standard* nicht erfüllt) bedeutet dies nicht, dass die Transaktion in jedem Fall scheitert. In einer derartigen Konstellation hat das *Continental* Gericht entschieden, dass der betroffene Gläubiger nachweisen muss, inwiefern seine Gläubigerrechte durch den konkreten § 363 Sale (im Vergleich zu einem Plan Sale) verletzt wurden¹⁶⁶¹. Sofern

931

¹⁶⁵⁹ Vgl. vorne N 921 f.

¹⁶⁶⁰ In re *Braniff Airways, Inc.*, 700 F.2d 935, 940 (1983) [Hervorhebung im Original]. Der Begriff „sub rosa“ wurde erstmals in diesem Urteil verwendet; Synonyme sind „creeping plan of reorganization“ (so etwa In re *Continental Air Lines, Inc.*, 780 F.2d 1223, 1227 (5th Cir. 1986)) oder „de facto plan“ (ROSE (2006), S. 265).

¹⁶⁶¹ In re *Continental Air Lines, Inc.*, 780 F.2d 1223, 1227 f. (5th Cir. 1986): „Undertaking reorganization piecemeal pursuant to § 363(b) should not deny creditors the protection they would receive if the proposals were first raised in the reorganization plan [Zitat weggelassen]. At the same time, we fully appreciate that post-petition, pre-confirmation transactions outside the ordinary course of business may be required and that each hearing on a § 363(b) transaction cannot become a mini-hearing on a plan confirmation. Balancing these considerations, we hold that when an objector to a proposed transaction under § 363(b) claims that it is being

das Gericht erkennt, dass tatsächlich Gläubigerrechte beschnitten wurden, „it may then consider fashioning appropriate protective measures modeled on those which would attend a reorganization plan¹⁶⁶².“

- 932 Die „Sub Rosa“-Diskussion ist sehr aktuell und war insbesondere einer der zentralen Streitpunkte im Verkauf von Chrysler¹⁶⁶³. Die gegenwärtig diskutierten Reformvorschläge streben denn auch eine verstärkte Angleichung der Gläubigerrechte beim § 363 Sale an die Gläubigerrechte beim Plan Sale an¹⁶⁶⁴.

D. Weitere Voraussetzungen

- 933 Die nachfolgenden Voraussetzungen des § 363 Sale hängen voneinander ab und überschneiden sich teilweise, auch mit den ersten beiden (eben dargestellten) Voraussetzungen. So hängt etwa das Vorliegen einer Business Justification u.a. vom erzielten (fairen) Erlös ab¹⁶⁶⁵. Sie sind dennoch aufgeführt, weil sie im Sale Order vom Konkursgericht explizit einzeln bejaht werden müssen¹⁶⁶⁶.

1. Adequate Notice

- 934 Zur erforderlichen Publikation des Sale Procedures Motion und des Sale Order sei auf die Ausführungen zum typischen Ablauf eines § 363 Sale verwiesen¹⁶⁶⁷.

2. Adequate Marketing Efforts / Fair and Reasonable Price

- 935 Die erforderlichen Verkaufs- und Werbebemühungen hängen selbstverständlich vom konkreten Betrieb ab; ebenso der faire Preis. Generell gilt ein Kaufpreis als fair, wenn adäquate Verkaufsbemühungen angestrengt wurden, die Bidding Procedures fair waren und die Auktion korrekt ablief¹⁶⁶⁸, denn, wie der

denied certain protection because approval is thought pursuant to § 363(b) instead of as part of a reorganization plan, the objector must specify exactly what protection is being denied.“

¹⁶⁶² In re Continental Air Lines, Inc., 780 F.2d 1223, 1228 (5th Cir. 1986).

¹⁶⁶³ In re Chrysler LLC, 576 F.3d 108, 112 ff. (2nd Cir. 2009); ROE / SKEEL (2010), S. 751 ff., insbesondere 766.

¹⁶⁶⁴ Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 201 und 205 f.; vgl. vorne N 857.

¹⁶⁶⁵ Vgl. vorne N 926.

¹⁶⁶⁶ Guidelines Asset Sales New York, S. 6 ff. und 15.

¹⁶⁶⁷ Vgl. vorne N 913 und 917.

¹⁶⁶⁸ FRAZIER ET AL. (2009), S. 44; REISS / KAUTZ / LAURIA / UZZI (2009), S. 20.

Supreme Court in ähnlichem Zusammenhang festhielt, „the best way to determine value is exposure to a market“¹⁶⁶⁹. „Bei Privatverkäufen werden an die Verkaufs- und Werbebemühungen sowie an die Begründung, dass der erzielte Preis „fair“ ist, (zu Recht) erhöhte Anforderungen gestellt“¹⁶⁷⁰. Immerhin gibt es diverse Entscheide, welche festhalten, dass - in einem Konkursverfahren - ein fairer und vernünftiger Preis bei 75 % des Schätzwertes („appraised value“) liegt¹⁶⁷¹.

Gemäss einer Studie aus dem Jahr 2014 entspricht der durchschnittliche Kaufpreis (bei § 363 Sales und Plan Sales) dem Wert von 42 % aller Aktiven („Total Pre-filing Assets“) resp. 59 % aller Sachwerte („Pre-filing Tangible Assets“) ¹⁶⁷². Eine ähnliche Studie aus dem Jahr 2007 stellte einen Durchschnittspreis von 35 % des Buchwertes („Book Value“) fest¹⁶⁷³. Nur auf 25.7 % des Buchwerts („Book Assets“) beläuft sich der durchschnittliche Kaufpreis beim § 363 Sale gemäss der jüngsten Studie aus dem Jahr 2015¹⁶⁷⁴.

936

¹⁶⁶⁹ Bank of Amer. v. 203 N. LaSalle St. Partnership, 119 S.Ct. 1411, 1423 (1999); vgl. auch BOWSER / CARMODY / SHELTON / FREEMAN (2015), § 16:8.

¹⁶⁷⁰ Vgl. vorne N 912, insbesondere FN 1617 mit dem Hinweis auf In re Planned Systems, Inc., 82 B.R. 919 (Bkrcty.S.D.Ohio 1988), wo ein Privatverkauf mangels Nachweis des Marktpreises abgelehnt und eine Auktion angeordnet wurde.

¹⁶⁷¹ In re Made in Detroit, Inc., 414 F.3d 576, 583 (6th Cir. 2005), wo das Gericht bei Bewertungen zwischen \$ 3.4 - 18 Mio. einen Preis von \$ 4.8 Mio. als „fair and reasonable“ bezeichnete; In re Gucci, 126 F.3d 380, 390 (2nd Cir. 1997); In re Snyder, 74 B.R. 872, 878 (Bkrcty.E.D.Pa. 1987); In re Abbotts Dairies of Pennsylvania, Inc., 788 F.2d 143, 149 (3rd Cir. 1986); In re Rock Industries Machinery Corp., 572 F.2d 1195, 1197 FN 1 (1978).

¹⁶⁷² ANDERSON / MA (2014), S. 9 f. und Tables 2 und 3. ANDERSON und MA untersuchten in ihrer Studie 163 § 363 Sales und Plan Sales betreffend alle oder alle wesentlichen Aktiven einer kotierten Gesellschaft an einen einzelnen Käufer während eines Konkursverfahrens in den Jahren 1996-2010. Nicht einbezogen wurden Finanzdienstleister und Versorgungsunternehmen sowie Gesellschaften mit Aktiven unter \$ 50 Mio. Spannend ist, dass Plan Sales im Vergleich zu § 363 Sales nach dieser Studie einen deutlich besseren Preis generieren, was die Autoren auf die beim Plan Sale deutlich stärkere Position der Gläubiger zurückführen (ANDERSON / MA (2014), S. 3, 9 f., 16).

¹⁶⁷³ LOPUCKI / DOHERTY (2007), S. 3. Gegenstand dieser Studie waren 30 Betriebsverkäufe (§ 363 Sales und Plan Sales) von kotierten Gesellschaften in Konkursverfahren zwischen 2000 und 2004. Im Gegensatz dazu schnitten Sanierungen von vergleichbaren Gesellschaften im selben Zeitraum deutlich besser ab („average fresh-start value of 80 % of book value“).

¹⁶⁷⁴ GILSON / HOTCHKISS EDITH / OSBORN MATTHEW (2015), Table 2, Panel B. Das Ergebnis ist im Aufsatz nicht kommentiert, ergibt sich jedoch aus der zitierten Stelle im Anhang. Die Autoren untersuchten 350 kotierte Gesellschaften, welche zwischen 2002 und 2011 ein Konkursverfahren initiierten. Von diesen 350 Gesellschaften verkauften 75 (21.4 %) alle oder alle wesentlichen Aktiven im Rahmen eines § 363 Sale. Der durchschnittliche Kaufpreis von 25.7 % des Buchwerts bezieht sich auf diese 75 § 363 Sales.

3. Good Faith

- 937 Einerseits muss die Transaktion „in good faith“ vorgeschlagen und verhandelt werden; andererseits ist verlangt, dass der DIP und der Erwerber die Transaktion „without collusion, in good faith, and from arm’s length bargaining positions“ abschliessen¹⁶⁷⁵. Good Faith ist insbesondere im Zusammenhang mit § 363(m) und der Frage, ob der Verkauf rückgängig gemacht werden kann, von Bedeutung. Für weitere Ausführungen zu Begriff und Beispielen sei dorthin verwiesen¹⁶⁷⁶.

III. Zuständigkeit

A. DIP und Konkursgericht

- 938 Der DIP ist für den § 363 Sale zuständig¹⁶⁷⁷, welcher allerdings die interessierten Parteien informieren und den Verkauf dem Gericht zur Bewilligung vorlegen muss¹⁶⁷⁸.

B. Rolle der Gläubiger und Shareholder

- 939 Die Gläubiger- und Shareholderrechte beschränken sich auf den Anspruch auf Information und das Teilnahmerecht an der Auktion und der Gerichtsverhandlung. Sie können jedoch nicht über den Verkauf abstimmen. Mit dem Teilnahmerecht an der Auktion geht die Möglichkeit einher, selber ein Angebot zum Erwerb des Betriebs einzureichen.

¹⁶⁷⁵ Guidelines Asset Sales New York, S. 7.

¹⁶⁷⁶ Vgl. hinten N 970.

¹⁶⁷⁷ § 363(b)(1) i.V.m. § 1107(a).

¹⁶⁷⁸ Das ergibt sich alles aus § 363(b); vgl. zur erforderlichen Bekanntmachung der Sale Procedures Motion vorne N 913 und FN 1619 sowie zur gerichtlichen Bestätigung (Sale Order) vorne N 917 f.

IV. Arbeitsverhältnisse beim § 363 Sale

A. Kündigung von Arbeitsverhältnissen in- und ausserhalb eines Konkursverfahrens

Das äusserst liberale US-amerikanische Arbeitsrecht ist stark von Arbeitgeberinteressen geprägt. Kennzeichnend sind ein geringer Kündigungsschutz und, auch bei langjährigen Arbeitsverhältnissen, äusserst kurze Kündigungsfristen¹⁶⁷⁹. Rund zwei Drittel aller US-Arbeitnehmer können gar ohne Angabe eines Grundes von einem Tag auf den anderen entlassen werden (sog. „Employees At-Will“)¹⁶⁸⁰. Tendenziell geniessen gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer dank sog. „Collective Bargaining Agreements“ (auch „Union Contracts“ oder „Labor Contracts“) einen erhöhten Kündigungsschutz; gegenwärtig sind rund 11 % aller US-Arbeitnehmer Mitglied einer Gewerkschaft¹⁶⁸¹. 940

Im Konkurs kann der DIP Arbeitsverträge, wie alle sog. „Executory Contracts“¹⁶⁸², bis zur Bestätigung des Reorganisationsplans kündigen¹⁶⁸³. Die ausstehenden Lohnforderungen sowie etwaige vertragliche Schadenersatz- resp. Lohnfortzahlungsansprüche infolge der Kündigung gelten bis zum Betrag 941

¹⁶⁷⁹ SUMMERS (2000), S. 65.

¹⁶⁸⁰ VERKERKE (2009), S. 449 f.; VANDENBERGHE (2009), S. 68 f. Immerhin ist auch bei diesen Arbeitsverhältnissen eine Kündigung illegal, wenn sie diskriminierend ist, d.h. aufgrund von Rasse, Alter, politischer Ansichten etc. erfolgt. Typisch für das amerikanische (Arbeits)Recht ist dabei, dass Klagen wegen einer sog. „Wrongful Termination“ selten erfolgreich sind; gewinnt der Arbeitnehmer jedoch den Prozess, kann er sich nicht selten über eine „astronomical“ Schadenersatzforderung freuen (RAY / SHARPE / STRASSFELD (2014), S. 55).

¹⁶⁸¹ Siehe die vom United States Department of Labor veröffentlichten Zahlen betreffend das Jahr 2014 unter <<http://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm>>, zuletzt besucht am 18. Dezember 2016.

¹⁶⁸² Der Begriff „Executory Contract“ ist im Bankruptcy Code nicht definiert. Die heute noch gängige Definition geht auf Harvard Professor COUNTRYMAN aus dem Jahr 1973 zurück: „[An executory contract for purposes of bankruptcy is] a contract under which the obligation of both the bankrupt and the other party to the contract are so far unperformed that the failure of either to complete performance would constitute a material breach excusing the performance of the other.“ (COUNTRYMAN (1972-1973), S. 460).

¹⁶⁸³ Executory Contracts können vom DIP - unter Vorbehalt gerichtlicher Bewilligung - bis zur Bestätigung des Plans entweder übernommen („assume“), gekündigt („reject“) oder übertragen („assign“) werden (§ 365, insbesondere § 365(a) und (d)(2)). Der Arbeitsvertrag gilt zweifelsohne als Executory Contract im Sinne des Bankruptcy Code (FERRIELL / JANGER (2013), S. 384 f.).

von USD 12'475 als privilegierte Konkursforderungen¹⁶⁸⁴. Auch Collective Bargaining Agreements sind im Konkurs grundsätzlich kündbar, jedoch muss in diesem Fall das Verfahren von § 1113 durchlaufen werden¹⁶⁸⁵.

B. „Normale“ Arbeitsverhältnisse im § 363 Sale

- 942 Vor diesem Hintergrund ist wenig erstaunlich, dass der DIP und Erwerber beim § 363 Sale sämtliche oder gewisse (normale, d.h. nicht einem Collective Bargaining Agreement unterstehende) Arbeitnehmer ohne weiteres entlassen oder weiterbeschäftigen können. Ohne gegenteilige Vereinbarung im Kaufvertrag ist der Erwerber nicht an die bestehenden Arbeitsverträge gebunden; er kann im Falle einer Wiederanstellung neue Bedingungen aufsetzen¹⁶⁸⁶.

¹⁶⁸⁴ § 507(a)(4). Vertragliche Schadenersatz- oder Lohnfortzahlungsansprüche können jedoch maximal im Umfang eines Jahressalärs angemeldet werden, auch wenn der vertragliche Anspruch höher ist (§ 502(b)(7)).

¹⁶⁸⁵ § 1113 privilegiert die unter einem Gesamtarbeitsvertrag geregelten Arbeitsverhältnisse insofern, als es Arbeitgeber und Arbeitnehmer (resp. deren Vertretung) dazu zwingt, ein Verfahren zu durchlaufen, welches in einem für beide Seiten akzeptablen Kompromiss münden soll (HERBERT (1995), S. 403). Grob zusammengefasst unterbreitet der Trustee oder DIP zuhanden der Arbeitnehmervertretung einen Vorschlag zur Anpassung des Gesamtarbeitsvertrags zusammen mit allen relevanten Informationen und der Begründung, warum dies für die Reorganisation der Schuldnerin notwendig ist (§ 1113(b)(1)(A)). Auf dieser Basis finden nachfolgend die Verhandlungen statt (§ 1113(b)(1)(B)). Finden Arbeitgeber und Arbeitnehmervertretung keinen Kompromiss, kann der Arbeitgeber den Gesamtarbeitsvertrag einseitig kündigen und durch neue Bedingungen ersetzen, was allerdings vom Gericht genehmigt werden muss. Das Gericht setzt innerhalb von 14 Tagen nach Erhalt des Antrags auf Genehmigung der Kündigung des Gesamtarbeitsvertrags eine Verhandlung an und entscheidet innerhalb von weiteren 30 Tagen (§ 1113(d)(1) und (2)). Die Kündigung kann nur genehmigt werden, sofern (1.) der von der Schuldnerin unterbereitete Vorschlag zuhanden der Arbeitnehmervertretung die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt, (2.) die Arbeitnehmervertretung diesen Vorschlag ohne guten Gründe ablehnt und (3.) die Kündigung unter den Umständen insgesamt klar gerechtfertigt ist (§ 1113(c)). Bei der Prüfung dieser dritten Voraussetzung werden u.a. folgende Kriterien herangezogen: 1. Die Wahrscheinlichkeit und Konsequenzen der Liquidation wenn die Kündigung [des Gesamtarbeitsvertrags] nicht erlaubt wird; 2. Die ungefähre Reduktion der Gläubigerforderungen wenn der Gesamtarbeitsvertrag in Kraft bleibt; 3. Die Wahrscheinlichkeit eines Streiks bei Kündigung (siehe Truck Drivers Local 907 v. Carey Transportation, Inc., 816 F.2d 82, 93 (2nd Cir. 1987); HERBERT (1995), S. 404; FERRIELL / JANGER (2013), S. 871 f.).

¹⁶⁸⁶ FRAZIER ET AL. (2009), S. 121 ff. mit diversen Beispielen aus der Praxis betreffend die Regelung der Entlassung und/oder Weiterbeschäftigung von Mitarbeitern in § 363 Sales.

C. Collective Bargaining Agreements beim § 363 Sale

Beim § 363 Sale eines Betriebs, welcher einem Collective Bargaining Agreement untersteht, sind im Zusammenhang mit § 1113 gewisse Besonderheiten zu beachten: 943

Unbestritten dürfte sein, dass (1.) § 1113 auch beim 363 Sale im Rahmen eines Liquidating Chapter 11 (und ohnehin bei einem Reorganizing Chapter 11¹⁶⁸⁷) zur Anwendung kommt und (2.) der Erwerber keine Haftung für Forderungen aufgrund eines im Einklang mit § 1113 gekündigten Collective Bargaining Agreements übernimmt, ausser dies wird explizit vereinbart¹⁶⁸⁸. 944

Weniger klar präsentiert sich die Rechtslage, sofern das Collective Bargaining Agreement (noch) nicht gekündigt wurde. Während ein Gericht einen Betriebsverkauf trotz ungekündigtem Collective Bargaining Agreement explizit „free and clear of certain liabilities, including any arising under union contracts“ bewilligte¹⁶⁸⁹, deuten andere Entscheide an, dass die Schuldnerin bei diesem Vorgehen gewisse Risiken eingeht¹⁶⁹⁰. 945

Dennoch sei darauf hingewiesen, dass die Angestellten, gerade sofern sie gewerkschaftlich organisiert sind, faktisch eine grosse Macht besitzen, insbesondere durch Streikdrohungen¹⁶⁹¹. Beim Verkauf von Chrysler etwa wurden die Arbeitnehmer äusserst grosszügig behandelt, allerdings eher aus politischen als aus juristischen Gründen¹⁶⁹². 946

¹⁶⁸⁷ Im Chapter 7 hingegen kommt § 1113 nicht zur Anwendung (vgl. vorne FN 1599).

¹⁶⁸⁸ In re Maxwell Newspapers, Inc., 981 F.2d 85, 88, 91 (2nd Cir. 1992); KEACH (2010-2014), ¶ 4.04 [6]. Zur Kündigung eines Gesamtarbeitsvertrags siehe vorne N 941 und insbesondere FN 1685.

¹⁶⁸⁹ In re Family Snacks, Inc., 257 B.R. 887, 897 f. (B.A.P. 8th. Cir. 2011).

¹⁶⁹⁰ American Flint Glass Workers Union v. Anchor Resolution Corp., 197 F.3d 76, 81 f. (3d Cir. 1999); KEACH (2010-2014), ¶ 4.04 [6].

¹⁶⁹¹ Gemäss DAWSON (2015), S. 110, sind Streikdrohungen ausserhalb eines Konkursverfahrens wenig verheissungsvoll, da Arbeitgeber streikende Mitarbeiter jederzeit entlassen und ersetzen können; im Konkurs ist Letzteres hingegen deutlich erschwert, weshalb Streikdrohungen im Konkurs wirkungsvoller seien. Vgl. ferner MILLER / MEISES MICHELE J. / MARCUS CHRISTOPHER (2007), S. 465 ff.

¹⁶⁹² Siehe ROE / SKEEL (2010), S. 733, 760.

V. Anfechtungsrisiken

947 Das amerikanische Pendant zur schweizerischen Pauliana findet sich einerseits im State Law¹⁶⁹³. Andererseits kennt der Bankruptcy Code diverse eigene Bestimmungen zur Anfechtung von Handlungen vor Verfahrenseröffnung („Preferences“, „Fraudulent Transfers“)¹⁶⁹⁴. In dieser Arbeit von Interesse sind einzig Transaktionen *nach* Verfahrenseröffnung, sog. „Postbankruptcy/Postpetition Transfers“, deren Anfechtung in § 549 geregelt ist. Wie gesehen setzt ein § 363 Sale die Zustimmung des Gerichts voraus¹⁶⁹⁵, was zur Folge hat, dass eine Anfechtungsklage von vornherein ausgeschlossen ist¹⁶⁹⁶. Aus diesem Grund, und weil Anfechtungen nach Verfahrenseröffnung ohnehin selten vorkommen¹⁶⁹⁷, sei nicht weiter darauf eingegangen.

VI. Besonderheiten

A. Credit Bidding

1. Begriff

948 Gemäss § 363(k) können Gläubiger mit ihren gesicherten Forderungen¹⁶⁹⁸ im Verkaufsverfahren mitbieten und bei Erhalt des Zuschlags den Kaufpreis mit der Forderung verrechnen, sofern das Gericht dies nicht explizit untersagt (sog. „Credit Bidding“). Credit Bidding ist nur beim Verkauf von Aktiven ausserhalb des ordentlichen Geschäftsgangs zulässig¹⁶⁹⁹.

949 Zur Veranschaulichung des Credit Bidding mögen folgende Beispiele dienen:

950 Beispiel 1: Gläubiger A hat eine Forderung gegenüber der Schuldnerin X in der Höhe von USD 1'000, welche durch ein Pfandrecht an deren Maschinenpark

¹⁶⁹³ § 544(b) sieht daher vor, dass der DIP auch nach State Law anfechtbare Handlungen anfechten kann. Vgl. zu den zum State Law gehörenden „Fraudulent Conveyance Laws“, „State Avoidance Laws“ und „Statutory Liens“ WARREN (1993), S. 105 ff.

¹⁶⁹⁴ §§ 544-548, 550-551.

¹⁶⁹⁵ § 363(b)(1); vgl. vorne N 938.

¹⁶⁹⁶ § 549(a)(2)(B).

¹⁶⁹⁷ EPSTEIN (2013), S. 148.

¹⁶⁹⁸ Auch wenn aus dem Wortlaut von § 363(k) nicht klar ersichtlich steht das Credit Bidding nicht nur Pfandgläubigern, sondern allen gesicherten Gläubigern zu (RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 363.09).

¹⁶⁹⁹ § 363(k) verweist lediglich auf § 363(b), nicht auf § 363(c).

gesichert ist. An der Auktion bieten A, Gläubiger B (seine Forderung ist ungesichert) sowie der Nichtgläubiger C um den Maschinenpark. Das Angebot von A in der Höhe von USD 1'500 wird nicht überboten. A kann den Kaufpreis mittels Verrechnung seiner Forderung sowie einer Barzahlung des Restbetrags von USD 500 begleichen.

Beispiel 2: Gläubiger A hat wiederum eine durch den Maschinenpark der Schuldnerin X gesicherte Forderung in der Höhe von USD 1'000. Im Unterschied zum ersten Beispiel hat nun Gläubiger B ebenfalls ein Pfandrecht am Maschinenpark in derselben Höhe und in demselben Rang, womit A und B je 50% der Pfandrechte halten. Gläubiger A und B sowie Nichtgläubiger C bieten um den Maschinenpark, wobei A mit dessen Angebot in der Höhe von USD 1'500 den Zuschlag erhält. Er kann seine Forderung wiederum mit dem Kaufpreis verrechnen, allerdings nur im Umfang seiner Sicherheit, d.h. zu 50%. A kann m.a.W. USD 750 durch Verrechnung begleichen; für die andere Hälfte des Kaufpreises muss er Bargeld aufbringen. Die von A bar bezahlten USD 750 gehen vollständig an B, womit dessen Pfandrecht (insbesondere im Verhältnis zu A) respektiert wird. Gewinnt C die Auktion, muss er den Kaufpreis bar begleichen, womit je USD 750 an A und B gehen.

951

Heikler als in den beiden Beispielen wird es dann, wenn ein Betrieb als Ganzes verkauft wird, der Gläubiger jedoch nur an gewissen Aktiven des Betriebs Pfandrechte hält. In diesem Fall muss das Gericht den Wert der belasteten und unbelasteten Aktiven bestimmen und das Credit Bidding entsprechen beschränken¹⁷⁰⁰. Hat der Gläubiger ein Pfandrecht an allen oder fast allen Aktiven eines Betriebs kann er mit seiner Forderung jedoch für den gesamten Betrieb bieten¹⁷⁰¹.

952

Ist das Pfandobjekt überbelastet, was mit dem im Konkurs einhergehenden Wertverlust nicht selten vorkommt, kommt auch der Sicherheit wirtschaftlich ein geringerer Wert zu. Dennoch können Pfandgläubiger nach konstanter Rechtsprechung mit dem Nominalwert (sog. „Full Face Value“) und nicht etwa mit dem reduzierten wirtschaftlichen Wert ihrer gesicherten Forderung bieten¹⁷⁰².

953

¹⁷⁰⁰ Siehe die Aufteilung In re The Free Lance-Star Publishing Co. of Fredericksburg, VA, 512 B.R. 798, 808 (Bkrcty.E.D.Va. 2014).

¹⁷⁰¹ NESVOLD / ANAPOLSKY / LAJOUX (2011), S. 392.

¹⁷⁰² Siehe die illustrative Begründung In re Submicron Sys. Corp., 432 F.3d 448, 460 (3d Cir. 2006): „Assume that Debtor has a single asset: a truck, T. Lender is a secured creditor that has loaned Debtor \$ 15, taking a security interest in T. Debtor is in Chapter 11 bankruptcy and has filed a § 363 motion to sell T to Bidder for \$ 10. Debtor argues that Lender can only

2. Grenzen

- 954 Credit Bidding kann einerseits sehr effizient und durchaus im Interesse der Gläubiger wie auch der Schuldnerin sein, weil dadurch mehr - zumal mit der Schuldnerin vertraute - potentielle Erwerber einen Anreiz haben, am Verkaufsverfahren teilzunehmen. Mehr potentielle Interessenten bedeuten mehr Wettbewerb, was zu einem tendenziell höheren Verkaufserlös führt. Zudem fallen geringere Transaktionskosten an, weil der Kaufpreis gar nicht oder nur teilweise mit neuem Geld finanziert werden muss¹⁷⁰³. Der pfandgesicherte Gläubiger kann dank Credit Bidding sodann verhindern, dass sein Pfand unter dem Wert veräussert wird¹⁷⁰⁴.
- 955 Credit Bidding ist jedoch kein absolutes Recht, sondern kann vom Gericht „for cause“ eingeschränkt werden¹⁷⁰⁵. „Cause“ liegt etwa vor, wenn Credit Bidding einen wirksamen Bieterwettbewerb verhindert. Nicht verlangt ist ein „inequitable conduct“ seitens des gesicherten Gläubigers¹⁷⁰⁶. Eine gewisse Ungleichheit liegt immer vor, da die Bieter nicht die gleichen neuen Mittel investieren

credit bid \$ 10 for T and must bid any excess in cash if it wishes to outbid B. This hypothetical reveals the logical problem with an actual value bid cap. If Lender bids \$ 12 for T, by definition \$ 12 becomes the value of Lender's security interest in T. In this way, until Lender is paid in full, Lender can always overbid Bidder [by using his credit]". Gemäss In re Suncruz Casinos LLC., 298 B.R. 833, 839 (Bkrcty.S.D.Fla. 2003) "the plain language of the statute [§ 363(k)] makes clear that the secured creditor may credit bid its *entire claim*, including any unsecured deficiency portion thereof [Hervorhebung im Original]." Siehe aber BUCCOLA / KELLER (2010), S. 107, welche eine Reduktion des zulässigen Credit Bidding Betrags gemäss einer gerichtlichen Schätzung des wirtschaftlichen Werts verlangen, sofern entweder eine echte Sanierung oder ein Verkauf, bei dem die Gläubiger nicht vom „Going Concern Value“ profitieren, vorliegt und KLING (2012), S. 276 ff., insbesondere S. 287, welcher vorschlägt, Credit Bidding komplett zu verbieten.

¹⁷⁰³ BUCCOLA / KELLER (2010), S. 100 und 119 ff.

¹⁷⁰⁴ Radlax Gateway Hotel v. Amalgamated Bank, 132 S. Ct. 2065, 2070 (2012); In re The Free Lance-Star Publishing Co. of Fredericksburg, VA, 512 B.R. 798, 804 f. (Bkrcty.E.D.Va. 2014).

¹⁷⁰⁵ § 363(k). Siehe In re Theroux, 169 B.R. 498, 499 FN 3 (Bankr.D.R.I. 1994), wonach „there is no absolute entitlement to credit bid.“

¹⁷⁰⁶ Siehe In re Philadelphia Newspapers, LLC, 599 F.3d 298, 316 FN 14 (3d Cir. 2010): „The Lenders argue that the “for cause” exemption under § 363(k) is limited to situations in which a secured creditor has engaged in inequitable conduct. That argument has no basis in the statute. A court may deny a lender the right to credit bid in the interest of any policy advanced by the Code, such as to ensure the success of the reorganization or to foster a competitive bidding environment.“

müssen, mithin mit ungleich langen Spiessen kämpfen. Dies alleine führt allerdings nicht per se zur Verhinderung eines wirksamen Wettbewerbs¹⁷⁰⁷.

Die Möglichkeit des Credit Bidding führt jedoch bisweilen dazu, dass potentielle Erwerber erst gar nicht an der Auktion teilnehmen¹⁷⁰⁸. Dieses Argument ist insbesondere dann stichhaltig, wenn ein Bieter, insbesondere ein Hedge Fund, im Vorfeld einer Auktion anderen Gläubigern Kredite abkauft (angesichts der Unsicherheit der Rückzahlung oftmals mit einem erheblichen Abschlag gegenüber der Nominalforderung), um dann mit dem Nominalwert zu bieten und zu verrechnen (sog. „Loan-to-own Strategy“)¹⁷⁰⁹. Aus diesem Grund haben Gerichte entschieden, dass bei gekauften Krediten nur in der Höhe des bezahlten

956

¹⁷⁰⁷ BUCCOLA / KELLER (2010), S. 122 f.

¹⁷⁰⁸ Siehe *In re Fisker Automotive Holdings, Inc.*, 510 B.R. 55, 60 (Bkrcty.D.Del. 2014), wonach „The evidence in this case is express and un rebutted that there will be no bidding - not just the chilling of bidding - if the Court does not limit the credit bid.“

¹⁷⁰⁹ NESVOLD / ANAPOLSKY / LAJOUX (2011), S. 397 ff. Ein aktuelles Beispiel für ein besonders aggressives Vorgehen eines professionellen Kreditkäufer liegt dem Entscheid *In re The Free Lance-Star Publishing Co. of Fredericksburg, VA*, 512 B.R. 798 (Bkrcty.E.D.Va. 2014) zugrunde. Das Investmentvehikel DSP Acquisition, LLC („DSP“) der auf den Kauf von illiquiden und komplexen Darlehen spezialisierten Sandton Capital Partners (siehe <<http://www.sandtoncapital.com>>, zuletzt besucht am 18. Dezember 2016) erwarb einen Kredit der Schuldnerin in der Höhe von rund USD 45 Mio. zu einem - auch auf Nachfragen des Gerichts - nicht offengelegten Kaufpreis. DSP machte kein Geheimnis daraus, dass sie den Kredit in der Absicht kaufte, die Schuldnerin zu übernehmen. „From the moment it bought the loan from [...], DSP pressed the Debtor „to walk hand in hand“ with it through an expedited bankruptcy sales process. It was a classic loan-to-own scenario. [...] It planned from the beginning to effect a quick sale under § 363 of the Bankruptcy Code at which it would be the successful bidder for all all the Debtors' assets utilizing a credit bid.“ (zit. Entscheid S. 806). DSP hat deshalb alles unternommen, den Wert der Aktiven der Schuldnerin tief zu halten. Sie stellte sich gegen die Bemühungen der Schuldnerin, deren Aktiven im Hinblick auf den Verkauf zu bewerben und einen Finanzberater zu engagieren. Sodann verlangte sie, dass der Verkauf innerhalb von kürzester Zeit umgesetzt wird und auf der Frontseite der Verkaufsunterlagen unrichtige Angaben über ihre Credit Bidding Rechte angefügt werden. Das Gericht führt aus „The Court finds that DSP did engage in inequitable conduct. The credit bid mechanism that normally works to protect secured lenders against the undervaluation of collateral sold at a bankruptcy sale does not always function properly when a party has bought the secured debt in a loan-to-own strategy in order to acquire the target company. In such a situation, the secured party may attempt to depress rather than to enhance market value. Credit bidding can be employed to chill bidding prior to or during an auction, or to keep prospective bidders from participating in the sales process. DSP's motivation to own the Debtors' business rather than to have the Loan repaid has interfered with the sales process. DSP has tried to depress the sales price of the Debtors' assets, not to maximize the value of those assets. A depressed value would benefit only DSP, and it would do so at the expense of the estate's other creditors. The deployment of DSP's loan-to-own strategy has depressed enthusiasm for the bankruptcy sale in the marketplace (zit. Entscheid S. 806)“.

Preises mitgeboten werden kann, wenn nur dadurch ein wirksamer Bieterwettbewerb hergestellt werden kann¹⁷¹⁰. In Unkenntnis des Kaufpreises hat ein Gericht den fürs Credit Bidding zulässigen Betrag gestützt auf eine vor Gericht gemachte Aussage des Finanzberaters der Schuldnerin in der Höhe festgesetzt „to foster a robust and competitive bidding environment“, wobei gleichzeitig „maintaining a fair credit bid amount“ verlangt war¹⁷¹¹. Letztlich verweigern die Gerichte in diesen Fällen Credit Bidding zum Nominalwert und beschränken den zulässigen Betrag auf den wirtschaftlichen Wert (wobei angenommen wird, dass der Kaufpreis dem wirtschaftlichen Wert entspricht).

B. Gewährleistungen

1. Grundsätzliche Zulässigkeit

957 Nicht überraschend geben Schuldnerinnen beim Betriebsverkauf im Rahmen eines Konkursverfahrens generell inhaltlich weniger umfangreiche und zeitlich kürzer befristete Gewährleistungen ab als ausserhalb von Konkursverfahren¹⁷¹². Typischerweise enthält der Kaufvertrag einen generellen Hinweis, dass der Betrieb „as-is, where-is“ verkauft wird und nur eine Haftung übernommen wird,

¹⁷¹⁰ In re Fisker Automotive Holdings, Inc., 510 B.R. 55, 61 (Bkrcty.D.Del. 2014), wo der Gläubiger, der eine gesicherte Forderung in der Höhe von USD 168.5 Mio. zu einem Preis von USD 25 Mio. erwarb, nur im Umfang der bezahlten USD 25 Mio. zum Credit Bidding zugelassen wurde.

¹⁷¹¹ Es handelt sich um den soeben in FN 1709 beschriebenen Fall In re The Free Lance-Star Publishing Co. of Fredericksburg, VA, 512 B.R. 798, 807 f. (Bkrcty.E.D.Va. 2014). Das Gericht kürzte den Betrag, welchen DSP bei der Auktion bieten und verrechnen konnte, von rund USD 45 Mio. auf USD 13.9 Mio. verteilt auf zwei verschiedene Gruppen von Aktiven. Die Schätzung scheint etwas willkürlich, wessen sich offenbar auch das Gericht bewusst war: „At the Court’s request, [the financial adviser] testified as to the best procedure for fashioning a competitive auction sale and credit bid price. [...]. The methodology [...] employed eliminated the unencumbered assets of the Debtors from the potential credit bid and applied a market analysis to develop an appropriate cap for a credit bid that would foster a competitive auction process. [...] The Court is satisfied that [the financial advisers] approach was appropriate and that her conclusions were based upon credible analysis.“ (zit. Entscheid S. 807.).

¹⁷¹² NESVOLD / ANAPOLSKY / LAJOUX (2011), S. 386; REISS / KAUTZ / LAURIA / UZZI (2009), S. 18 f.; BOGGS (2009), S. 39.

sofern dies explizit im Kaufvertrag vereinbart wurde¹⁷¹³. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass Gewährleistungen grundsätzlich zulässig sind¹⁷¹⁴.

2. Gewährleistungsarten

Eine sehr nützliche Übersicht über die Handhabung von Gewährleistungen in der Praxis ergibt sich aus einer von FRAZIER geleiteten empirischen Untersuchung von 60 verschiedenen § 363 Sales, welche in den Jahren 2000 - 2008 von Gerichten bewilligt worden sind. 47 der 60 untersuchten § 363 Sales erfolgten im Rahmen eines Liquidating Chapter 11, zehn im Rahmen eines Reorganizing Chapter 11 (es handelte sich demnach um Teilverkäufe), einer im Chapter 7 und in zwei Fällen konnte die Verfahrensart nicht festgestellt werden¹⁷¹⁵. Die Ergebnisse sind nachfolgend zusammengefasst:

59 der 60 untersuchten Kaufverträge enthielten Gewährleistungen der Verkäuferin, wobei sich die Gewährleistungen in sieben Fällen (mit einer Ausnahme allesamt eher kleinere Verkäufe) auf die elementaren Bereiche wie Organisation, Ermächtigung zum Verkauf, Zustimmungen, keine Interessenkonflikte und Eigentum beschränkten. In 16 Fällen kamen transaktionsspezifische Gewährleistungen etwa betreffend Mietverträge, Tochtergesellschaften, Inventar und Forderungen hinzu. Bei 35 Transaktionen war die Verkäuferin bereit (und die Gerichte waren einverstanden), in verschiedenen Geschäftsbereichen Gewährleistungen, etwa betreffend Prozesse, Bewilligungen, Umwelt, Arbeitnehmer, Immaterialgüterrechte, Immobilien, Versicherungen und Verträge abzugeben; im Umfang (nicht aber in der Sache) waren die Gewährleistungen jedoch

¹⁷¹³ FRAZIER ET AL. (2009), S. 179. Eine typische „as-is, where-is“-Klausel in einem §363 Sale lautet etwa wie folgt: „Purchaser acknowledges and agrees that purchaser is purchasing the acquired assets "as-is" "where-is" and "with all faults" without any warranties, representations or guarantees, either expressed or implied, of any kind, nature, or type whatsoever from, or on behalf of, seller, except as specifically set forth in this agreement. Purchaser acknowledges that it has had the opportunity to inspect the acquired assets, and that it is satisfied with the condition thereof, including, without limitation, the status of title to the acquired assets. Without limiting the generality of the foregoing, purchaser acknowledges and agrees that seller hereby expressly disclaims any and all implied warranties concerning the condition of the acquired assets and any portions thereof, including, but not limited to, environmental conditions and the implied warranties of habitability, merchantability, or fitness for a particular purpose.“ (FRAZIER ET AL. (2009), S. 179 FN 753).

¹⁷¹⁴ § 363 enthält keine Bestimmung betreffend Gewährleistungen.

¹⁷¹⁵ Die Autoren untersuchten 60 Asset Deals in 54 Konkursverfahren in mehr als 15 verschiedenen Jurisdiktionen verteilt über die USA. Der Kaufpreis bewegte sich zwischen USD 200'000 und USD 4 Mia. Der durchschnittliche Preis betrug USD 188 Mio., der Medianpreis USD 46 Mio. (FRAZIER ET AL. (2009), S. 1 f.).

auch in diesen 35 Fällen im Vergleich zum Verkauf ausserhalb eines Konkursverfahrens begrenzt¹⁷¹⁶.

3. Zeitliche Gültigkeit

960 Die besonderen Umstände des Konkursverfahrens verlangen eine enge Begrenzung der Gewährleistungsdauer. In der Mehrheit der untersuchten Verkäufe endete die Gewährleistung denn auch mit dem Vollzug. 26 Verträge sahen eine Geltung über den Vollzug hinaus vor, wobei in 18 Fällen spezifische, tendenziell eher kurze Fristen zwischen 60 Tagen und zwei Jahren vereinbart wurden; üblich sind offenbar zwölf Monate. Für Ansprüche aufgrund Umweltangelegenheiten war eine Schuldnerin bereit, während einer Dauer von fünf Jahren einzustehen. In einem Fall endete die Gewährleistungsdauer spätestens mit der Rechtswirksamkeit des Reorganisationsplans, was sinnvoll ist, da die Gläubiger spätestens zu diesem Zeitpunkt den Wert der zu verteilenden Masse kennen sollten¹⁷¹⁷.

4. Sicherheit für Schadloshaltung im Fall einer Verletzung

961 Angesichts der Tatsache, dass die Schuldnerin nach Abschluss des § 363 Sale in der Regel liquidiert und der Erlös nach Massgabe des Reorganisationsplans unter die Gläubiger verteilt wird¹⁷¹⁸, ist ein Gewährleistungsanspruch spätestens mit der Verteilung an die Gläubiger nicht mehr durchsetzbar. Überraschenderweise enthielten dennoch nur acht der 26 Kaufverträge, welche eine Gewährleistungsdauer über den Vollzug hinaus vorsahen, Bestimmungen betreffend Sicherheiten für etwaige Gewährleistungsansprüche. Bei vier Verkäufen wurde ein Escrow Account eingerichtet, auf den zwischen USD 1.75 Mio. und USD 20 Mio. einbezahlt wurden (was zwischen 1.4 und 4.2 % des Kaufpreises entsprach). Eine Schuldnerin stellte der Käuferin einen Letter of Credit in der Höhe von USD 5 Mio. aus (bei einem Kaufpreis von rund USD 50 Mio.) und in zwei Fällen wurde den Käufern ein Recht zur Verrechnung mit zukünftigen Verpflichtungen zugestanden. Im letzten Fall schliesslich musste die Konkursmasse USD 2.6 Mio. (entsprechend rund 17 % des Kaufpreises) bis zum Ablauf der Gewährleistungsdauer zurückbehalten¹⁷¹⁹.

¹⁷¹⁶ FRAZIER ET AL. (2009), S. 180 ff.

¹⁷¹⁷ FRAZIER ET AL. (2009), S. 182 ff.

¹⁷¹⁸ So beim Liquidating Chapter 11 (47 der 60 Fälle) und beim Chapter 7 (1 Fall).

¹⁷¹⁹ FRAZIER ET AL. (2009), S. 185 ff.

VII. Einsprache gegen den bestätigten und vollzogenen Verkauf / Sale Order

A. Grundsatz: Endgültigkeit des bestätigten Verkaufs

Wie vorne beschrieben haben Gläubiger und weitere betroffene Parteien die Möglichkeit, gegen die von der Schuldnerin vorgeschlagenen Bidding Procedures und dann ebenfalls gegen den Verkauf an den Gewinner der Auktion Einsprache zu erheben¹⁷²⁰. Diese Einsprachen müssen erledigt sein, andernfalls das Gericht den Verkauf nicht bestätigen und keinen Sale Order ausstellen kann¹⁷²¹. 962

Ist der Verkauf einmal bestätigt und vollzogen, kann er praktisch nicht mehr angefochten werden¹⁷²²: Gemäss § 363(m) hat die spätere Aufhebung oder Anpassung des Sale Order keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Verkaufs an einen gutgläubigen Erwerber, auch wenn der Erwerber von der Einsprache wusste (sog. „Statutory Mootness“). Nach Ansicht der meisten Gerichte ergibt sich aus § 363(m), dass eine Beschwerde (sofern ihr nicht ausdrücklich die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde) automatisch gegenstandslos wird (sog. „Per Se Rule“)¹⁷²³. Die Endgültigkeit des § 363 Sale ist ein wichtiger Aspekt seines Erfolgs in der Praxis. 963

Besonders deutlich kommt diese Endgültigkeit *In re Sax* zum Ausdruck, wo das Gericht festhielt, dass ein bestätigter Verkauf selbst gelten muss, wenn das Gericht unzuständig war¹⁷²⁴ oder das verkaufte Aktivum nicht zur Masse gehörte. Das Gericht hielt fest: „Section 363(m) does not say that the sale must be *proper* under § 363(b); it says the sale must be *authorized* unter § 363(b) [Hervorhebung im Original]¹⁷²⁵“. Und weiter: „Finality is important because it minimizes the chance that purchasers will be dragged into endless rounds of litigation to 964

¹⁷²⁰ Vgl. vorne N 913 und N 917 f.

¹⁷²¹ Beim Verkauf von General Motors musste das Konkursgericht (innert drei Tagen) 850 Einsprachen erledigen, bevor es den Sale Order ausstellen konnte, vgl. *In re General Motors Corp.*, 407 B.R. 463, 520 (Bkrcty S.D.N.Y. 2009); MAYNARD (2009), B4; RAYKIN (2012), S. 110, welche unter Hinweis auf die eben zitierte MAYNARD fälschlicherweise den Verkauf von Chrysler erwähnt).

¹⁷²² NESVOLD / ANAPOLSKY / LAJOUX (2011), S. 388. Zur Erinnerung: Der Verkauf von Lehman Brothers wurde innerhalb einer Woche bestätigt; Chrysler und General Motors erfolgten innert nur 41 resp. 42 Tagen (vgl. vorne N 850 und insbesondere FN 1486).

¹⁷²³ *In re Parker*, 499 F.3d 616, 621 (6th Cir. 2007) heisst es wörtlich: „A majority of our sister circuits construe § 363(m) as creating a per se rule automatically mootng appeals for failure to obtain a stay of the sale at issue.“

¹⁷²⁴ So ebenfalls *In re Ginter Trusts*, 238 F.3d 686, 689 (5th Cir. 2001).

¹⁷²⁵ *In re Sax*, 796 F.2d 994, 997 (7th Cir. 1986).

determine who has what rights in the property¹⁷²⁶. Oder anders ausgedrückt: „If purchasers at judicially approved sales of property of a bankrupt estate, and their lenders, cannot rely on the deed that they receive at the sale, it will be difficult to liquidate bankrupt estates at positive prices¹⁷²⁷.“

- 965 Diese strikte Rechtsprechung ist nicht unbestritten. Einige Gerichte lassen denn auch gewisse Einsprachen gegen Sale Order zu, sofern der eigentliche Verkauf davon nicht betroffen ist („not affecting the validity of the sale“)¹⁷²⁸. Generell wird die Gültigkeit des Verkaufs immer in Frage gestellt, sobald „anything on which the purchaser relied when agreeing to the purchase“ Gegenstand der Einsprache ist¹⁷²⁹. M.a.W. ist eine Einsprache gemäss § 363(m) unzulässig, sobald die angefochtene Bestimmung einen integralen Bestandteil des § 363 Sale betrifft; eine Bestimmung gilt als integraler Bestandteil, „if the provision is so closely linked to the agreement governing the sale that modifying or reversing the provision would adversely alter the parties’ bargained-for exchange¹⁷³⁰“. Einsprachen, welche den (angeblich zu tiefen) Kaufpreis zum Gegenstand haben (was häufig der Fall ist), sind daher auch bei Gerichten, welche die Per Se Rule ablehnen, unzulässig¹⁷³¹.
- 966 Heikel sind Fälle, in denen ein Gläubiger mit einer gesicherten Forderung nicht über den Verkauf informiert worden ist. Ein Gericht entschied, dass § 363(m) bei fehlender Information keinen Schutz biete. § 363(m) gelte nur, wenn ein Verkauf gestützt auf § 363(b) erfolge, was ein korrektes „notice and hearing“ voraussetze¹⁷³². Dem widersprechend hielt ein anderes Gericht fest, dass „to take away a person’s property - and a lien is property - without compensation or even notice is pretty shocking, but we have property rights on both sides of the equation here, since [Appellant] wants to take away property that [Purchaser] bought [...] without compensation for their loss. [...] The strong policy

¹⁷²⁶ In re Sax, 796 F.2d 994, 998 (7th Cir. 1986).

¹⁷²⁷ Matter of Edwards, 96 F.2d 641, 643 (7th Cir. 1992).

¹⁷²⁸ Siehe z.B. In re Telluride Income Growth LP, 364 B.R. 407, 413 f. (10th Cir.BAP 2007), wo die Beteiligung einiger Gesellschafter aus dem Verkaufserlös, nicht jedoch der Verkauf an sich, strittig war; siehe RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 363.11 sowie RAYKIN (2012), S. 116 FN 200 für weitere Beispiele.

¹⁷²⁹ RAYKIN (2012), S. 118 bezugnehmend auf In re Trism, Inc., 328 F.3d 1003, 1006-1007 (8th Cir. 2003).

¹⁷³⁰ In re Trism, Inc., 328 F.3d 1003, 1007 (8th Cir. 2003).

¹⁷³¹ Pittsburgh Food & Beverage Inc. v. Ranallo, 112 F.3d 645, 649 (3rd Cir. 1997); Krebs Chrysler-Plymouth Inc. v. Valley Motors, Inc., 141 F.3d 490, 499 (3rd Cir. 1998).

¹⁷³² In re Morberg Trucking, Inc., 112 B.R. 362, 363 (9th Cir. BAP 1990) heisst es wörtlich: „[...] §363(m) requires that the sale be authorized „under subsection (b)“. Subsection (b) specifically requires a „notice and hearing.“ Thus, § 363(m) mootness is not applicable when the Appellant seeks to attack the § 363 sale of estate property on the grounds of improper notice.“

of finality of bankruptcy sales embodied in section 363(m) provides, in turn, strong support for the principle that a bona fide purchaser [...] gets good title [...]. The policy would mean rather little if years after the sale a secured creditor could undo it by showing that through some slip-up he hadn't got notice of it¹⁷³³. Anzufügen ist, dass der Antragssteller im eben zitierten Fall erst mehr als ein Jahr nach dem Vollzug des Verkaufs davon erfahren hat und der Entscheidung im Ergebnis, wie das Gericht selber sagt, fair ist¹⁷³⁴. M.E. ist nicht einzusehen, weshalb ein Pfandgläubiger, der nicht informiert wurde, den Verkauf sollte rückgängig machen können, während dies bei mindestens ebenso krassen Ungereimtheiten (unzuständiges Gericht; Aktivum gehört nicht zur Masse¹⁷³⁵) nicht möglich ist.

B. Ausnahmen

1. Stay Pending Appeal

Sofern der Beschwerde explizit aufschiebende Wirkung (sog. „Stay Pending Appeal“) zugesprochen wurde, ist sie nicht gegenstandslos¹⁷³⁶; vielmehr hemmt der Stay Pending Appeal den Vollzug des § 363 Sale, weshalb - bei Obsiegen - darauf zurückgekommen werden kann. 967

Weder in § 363(m) noch in den Federal Rules ist geregelt, unter welchen Voraussetzungen ein Stay Pending Appeal gewährt werden soll¹⁷³⁷. Folgende vier Kriterien werden von den meisten Gerichten angewendet: (1.) Wahrscheinlichkeit, dass der Antragssteller in der Sachfrage obsiegt; (2.) ob der Antragssteller ohne Stay Pending Appeal einen nicht wieder gut zu machenden Schaden erleidet; (3.) ob die anderen Parteien durch den Stay Pending Appeal einen erheblichen Schaden erleiden; und (4.) ob der Stay Pending Appeal im öffentlichen Interesse liegt¹⁷³⁸. Die Beweislast für alle vier Kriterien liegt nach Auffassung der meisten Gerichte beim Antragssteller; die Hürden, einen Stay Pending Appeal zu erwirken, sind sehr hoch¹⁷³⁹. 968

¹⁷³³ Matter of Edwards, 96 F.2d 641, 645 (7th Cir. 1992).

¹⁷³⁴ Matter of Edwards, 96 F.2d 641, 642 und 645 (7th Cir. 1992).

¹⁷³⁵ Siehe vorne N 964.

¹⁷³⁶ § 363(m) i.f.: „[...] unless such authorization and such sale or lease were stayed pending appeal.“

¹⁷³⁷ Der Stay Pending Appeal ist Gegenstand der Federal Rule 8007; allerdings ist dort nur geregelt, wann und wo er eingereicht werden muss.

¹⁷³⁸ RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 8007.07.

¹⁷³⁹ RAYKIN (2012), S. 105 und 121.

969 Wird ein § 363 Sale trotz resp. während eines Stay Pending Appeal vollzogen, kann dieser - sofern der Beschwerdeführer obsiegt - grundsätzlich rückabgewickelt werden¹⁷⁴⁰. Der Vollzug erfolgt damit „at their [of the estate and the buyer] peril¹⁷⁴¹“. Die Folgen einer Rückabwicklung sind freilich schwer abschätzbar; im einen Fall ist besonders deutlich erkennbar, dass das Gericht eine Rückabwicklung unbedingt verhindern wollte¹⁷⁴².

2. Bad Faith Purchaser

970 § 363(m) schützt den bösgläubigen Erwerber nicht. Der Sale Order und damit der Verkauf kann rückgängig gemacht werden, sofern der Erwerber nicht „in good faith“ handelte. Das Gesetz definiert den „Good“ resp. „Bad Faith Purchaser“ nicht. Good Faith bezieht sich auf das Verhalten im Verkaufsprozess, wobei „fraud, collusion between the purchaser and other bidders or the trustee, or an attempt to take grossly unfair advantage of other bidders“ den Good Faith zerstören¹⁷⁴³. Als Good Faith Purchaser gilt wer die Aktiven „for value, in good faith, and without notice of adverse claims“ erwirbt¹⁷⁴⁴. Der Good Faith wird nicht vermutet¹⁷⁴⁵ und ist auch nicht implizit im Sale Order enthalten; vielmehr muss das (erstinstanzliche) Konkursgericht explizit festhalten, dass der Verkauf

¹⁷⁴⁰ In re Steffen, 552 Fed.Appx. 946, 949 f. (11th Cir. 2014): „[...] the district court could have invalidated the sale if [debtor] had obtained a stay.“; In re Quanalyze Oil & Gas Corp., 250 B.R. 83, 89 (Bkrcty.W.D.Tex. 2000): „[...] the sale order can be set aside - and with it the sale itself!“.

¹⁷⁴¹ In re Quanalyze Oil & Gas Corp., 250 B.R. 83, 88 (Bkrcty.W.D.Tex. 2000); In re Steffen, 552 Fed.Appx. 946, 950 (11th Cir. 2014); RESNICK / SOMMER, Collier on Bankruptcy (2009-2015), ¶ 6004.11 FN 3.

¹⁷⁴² Vgl. folgende Passage: „No end of litigation could then [in case the sale is set aside] be instigated, involving an angry buyer, a frustrated lender or two, a nervous chapter 11 trustee (and his bonding company), and a skittish title company“ (In re Quanalyze Oil & Gas Corp., 250 B.R. 83, 89 (Bkrcty.W.D.Tex. 2000)). Die Beschwerde wurde letztlich abgewiesen, weil der Beschwerdeführer keine Beschwerdelegitimation zukam und ein nachträglich eingegangenes höheres Kaufangebot ohnehin unbeachtlich ist (zit. Entscheid S. 89 ff.). Auch In re Steffen, 552 Fed.Appx. 946 (11th Cir. 2014) (siehe FN 1740 und 1741) war keine Rückabwicklung notwendig.

¹⁷⁴³ In re Abbotts Dairies of Pennsylvania, Inc., 788 F.2d 143, 147 (3rd Cir. 1986). Im fraglichen Entscheid wurde dem CEO der Schuldnerin vorgeworfen, die Konkursanmeldung bewusst verzögert zu haben, um das Gericht betreffend den Verkauf des Betriebs vor vollendete Tatsachen zu stellen. Das Gericht hat den Entscheid zur Klärung dieser Frage an die Vorinstanz zurückgewiesen. Vgl. auch In re M Capital Corp., 290 B.R. 743, 746 f. (9th Cir. BAP 2003) sowie In re Made in Detroit, Inc., 414 F.3d 576, 581 (6th Cir. 2005).

¹⁷⁴⁴ In re Rock Industries Machinery Corp., 572 F.2d 1195, 1197 (1978); In re Mark Bell Furniture Warehouse, Inc., 992 F.2d 7, 8 (1st Cir. 1993).

¹⁷⁴⁵ In re M Capital Corp., 290 B.R. 743, 748 (9th Cir.BAP 2003).

„in good faith“ erfolgt ist¹⁷⁴⁶. Auch wenn der Verkäufer betreffend seinen Good Faith beweisbelastet ist¹⁷⁴⁷, erweist es sich in der Praxis für Gläubiger mangels genauer Kenntnis der Umstände als äusserst schwierig, den Gegenbeweis zu erbringen, zumal in der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴⁶ Guidelines Asset Sales New York, S. 7; In re Abbotts Dairies of Pennsylvania, Inc., 788 F.2d 143, 149 f. (3rd Cir. 1986). Der Ninth Circuit differenziert diesbezüglich, weil das (erstinstanzliche) Konkursgericht in der Regel bei Ausstellung des Sale Order nicht in der Lage sei, eine abschliessende Einschätzung des „good faith“ abzugeben („The difficulty with the factual determination is that evidence genuinely probative of ‚good faith‘ is not commonly introduced, or even reasonably available, at the time a bankruptcy court approves a sale. To the contrary, the fact-intensive evidence regarding the buyer and relations with parties [in] interest that may indicate fraud, collusion, or unfair advantage - i.e. evidence suggesting lack of ‚good faith‘ - tends to emerge after the sale (In re Thomas, 287 B.R. 782, 785 (9th Cir.BAP 2002))“). Vor diesem Hintergrund schlägt der Ninth Circuit folgendes Vorgehen vor: „[...] a bankruptcy court may, in the absence of a well-developed factual record, prefer to take the cautious approach of either refusing to make ‘good faith’ findings or limiting remarks about ‘good faith’ to the nonspecific observation that the court has no reason to doubt that the parties are proceeding in ‘good faith.’” A bankruptcy court that does have a proper evidentiary basis for a finding of “good faith” is, of course, entitled to do so as part of the sale process (In re Thomas, 287 B.R. 782, 785 (9th Cir.BAP 2002)).“

¹⁷⁴⁷ In re M Capital Corp., 290 B.R. 743, 745 (9th Cir.BAP 2003).

¹⁷⁴⁸ RAYKIN (2012), S. 124.

Kapitel 3 : „Plan Sale“

I. Allgemeines

A. Verkauf im Rahmen eines Reorganisationsplans

Erfolgt ein Betriebsverkauf (erst) im Rahmen des Reorganisationsplans spricht man vom sog. Plan Sale. Ein Plan Sale ist nur im Chapter 11 möglich, da nur dort ein Reorganisationsplan abgeschlossen wird. In einem Reorganizing Chapter 11 kann mittels eines Plan Sale ein Teil des Betriebs veräußert werden; der verbleibende Betriebsteil wird von der Schuldnerin weitergeführt. Beim Plan Sale im Liquidating Chapter 11 wird regelmässig der gesamte Betrieb veräußert. Zumindest in diesem Szenario (Gesamtverkauf) macht der Plan Sale den zentralen Teil des Reorganisationsplans aus. 971

Der Plan Sale ist im Vergleich zum § 363 Sale deutlich langsamer (durchschnittlich 233 Tage¹⁷⁴⁹), teurer und mit mehr Unsicherheiten verbunden; er kommt deshalb (und auch weil nach einem § 363 Sale kein Platz für einen Plan Sale mehr bleibt) in der Praxis vergleichsweise selten vor¹⁷⁵⁰. Er stellt jedoch die Grundform des Betriebsverkaufs im Konkurs (resp. nach Auffassung des Gesetzgebers von 1978 die einzige Art des Betriebsverkaufs im Konkurs¹⁷⁵¹) dar. 972

Die Unterschiede zwischen dem § 363 Sale und dem Plan Sale sind bezüglich Ablauf, sowohl in zeitlicher Hinsicht wie auch betreffend der vorzunehmenden Schritte, enorm. Entscheidend ist, dass die Gläubiger und Shareholder den Reorganisationsplan (und damit den Plan Sale) genehmigen müssen. Juristisch betrachtet hingegen sind sie sich sehr ähnlich¹⁷⁵². 973

¹⁷⁴⁹ Vgl. vorne N 922. Zum Vergleich: Ein § 363 Sale kann in Extremfällen innerhalb weniger Tage vollzogen werden (siehe vorne N 850).

¹⁷⁵⁰ ANDERSON / MA (2014), S. 8 und Table 1; vgl. vorne N 920.

¹⁷⁵¹ Vgl. vorne N 920.

¹⁷⁵² Grundlagen des Plan Sales sind § 1123(a)(5)(D), § 1123(b)(4) sowie § 363.

- 974 Nachfolgend ist der typische Ablauf eines Plan Sale beschreiben, gefolgt von Ausführungen zur Zulässigkeit und Zuständigkeit. Die Ausführungen zum Arbeitsrecht, zum „Credit Bidding“, den Gewährleistungen und Beschwerdemöglichkeiten beleuchten die Unterschiede zum § 363 Sale.

B. Typischer Ablauf¹⁷⁵³

1. Phase 1: Stalking Horse und Bidding Procedures

- 975 Der DIP führt den Betrieb nach Verfahrenseröffnung weiter und bereitet parallel den Verkauf des Betriebs vor. Wie beim § 363 Sale schliesst der DIP mit einem Stalking Horse ein Stalking Horse Agreement ab und arbeitet Bidding Procedures aus. Gleichzeitig entwirft er einen Reorganisationsplan und das dazugehörige Disclosure Statement. Das Stalking Horse Agreement wird dem Reorganisationsplan angehängt, die gesamte Transaktion im Reorganisationsplan zusätzlich umfassend beschrieben und im Disclosure Statement zusammenfassend erläutert, so dass Gläubiger und Shareholder das geforderte „informed judgment about the plan“ und den Plan Sale fällen können¹⁷⁵⁴.

2. Phase 2: Motion ans Konkursgericht

- 976 Stalking Horse Agreement, Bidding Procedures, Reorganisationsplan und Disclosure Statement sind direkt voneinander abhängig, weshalb sie gleichzeitig beim Gericht eingereicht werden. Die genannten Dokumente sind u.a. den Gläubigern zuzustellen. Die Frist zur Geltendmachung von Einwänden gegen das Stalking Horse Agreement und die Bidding Procedures beträgt 21 Tage¹⁷⁵⁵. Einwände gegen das Disclosure Statement müssen innerhalb von 28 Tagen eingereicht werden¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁵³ Der nachfolgend beschriebene Ablauf ergibt sich aus der Analyse der Gerichtsunterlagen dreier Plan Sales: Boston Chicken (In re BCE West, L.P. et al., Case No. B98-12547-ECF-CGC through 98-12570-ECF-CGC (Bkrcty.D.Ariz.)); Frontier Airlines (In re Frontier Airlines Holdings, Inc., et al., Case No. 08-11298 (RDD) (Bkrcty.S.D.N.Y.)); River Plaza (In re River West Plaza-Chicago, LLC, d/b/a Joffco Square, Case No. 09-46258 (Bkrcty.N.D.Ill.)).

¹⁷⁵⁴ Vgl. vorne N 887.

¹⁷⁵⁵ Federal Rule 2002(a)(2).

¹⁷⁵⁶ Federal Rule 2002(b).

3. Phase 3: Sale Procedures Order / Disclosure Statement Order

Sofern das Konkursgericht mit dem vorgeschlagenen Stalking Horse Agreement sowie den Bidding Procedures einverstanden ist, stellt es den Sale Procedures Order aus und legt Ort und Datum der Auktion fest¹⁷⁵⁷. Infolge der längeren Einsprachefrist folgt rund eine Woche später die Genehmigung des Disclosure Statement. Mit der Genehmigung des Disclosure Statement setzt das Gericht auch die Fristen und die Modalitäten der Zustimmung zum Reorganisationsplan, die Fristen zur Geltendmachung von Einwänden gegen den Reorganisationsplan sowie den Zeitpunkt der gerichtlichen Bestätigungsverhandlung betreffend den Reorganisationsplan fest. 977

4. Phase 4: Auktion

Sofern nebst dem Stalking Horse weitere Interessenten vorhanden sind, findet danach am vom Gericht festgesetzten Termin und im Einklang mit dem Sale Procedures Order die Auktion statt. 978

5. Phase 5: Bestätigung des Reorganisationsplans und Sale Order

Stimmen die Gläubiger dem Reorganisationsplan (und damit dem Plan Sale) bis zum vom Gericht festgesetzten Termin mit den erforderlichen Mehrheiten zu und sind sämtliche Bestimmungen des Sale Procedures Order und des Disclosure Statement Order eingehalten worden, genehmigt das Gericht den Reorganisationsplan und stellt den Sale Order aus. 979

Lehnt mindestens eine Gläubigergruppe den Reorganisationsplan ab, kann Letzterer (und damit auch der Plan Sale) allenfalls in einem Cram Down Verfahren vom Gericht bestätigt werden¹⁷⁵⁸. 980

6. Phase 6: Vollzug

Gemäss Federal Rule 6004 kann der Plan Sale erst 14 Tage nach Ausstellen des Sale Order vollzogen werden, wobei mindestens in einem der untersuchten Fälle explizit darauf verzichtet und den Parteien der direkte Vollzug ermöglicht wurde¹⁷⁵⁹. 981

¹⁷⁵⁷ Bei Einsprachen findet eine Gerichtsverhandlung betreffend die Bidding Procedures statt; andernfalls entscheidet das Gericht aufgrund der Akten (§ 102(1)(B)(i)).

¹⁷⁵⁸ Vgl. vorne N 891.

¹⁷⁵⁹ River Plaza, Sale Order vom 22.12.2010, N 14, S. 4/53 (vgl. vorne FN 1753).

II. Zulässigkeit

- 982 Der Plan Sale ist zulässig, sofern der zugrunde liegende Reorganisationsplan zulässig ist. Ein von den Gläubigern angenommener Reorganisationsplan wird vom Gericht als zulässig befunden und genehmigt, sofern die 16 Kriterien von § 1129(a) erfüllt sind¹⁷⁶⁰. Die Hürden sind einiges höher, wenn der Reorganisationsplan und damit der Plan Sale von mindestens einer Gläubigergruppe abgelehnt wurde und ein Cram Down notwendig ist. In diesem Fall sind die 18 Voraussetzungen des § 1129(b) zu erfüllen¹⁷⁶¹.

III. Zuständigkeit

A. DIP und Konkursgericht

- 983 Auch die Zuständigkeit ergibt sich aus der Tatsache, dass der Plan Sale Teil des Reorganisationsplans ist. Der Plan Sale wird sowohl vom DIP verhandelt als auch unterzeichnet, allerdings unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Reorganisationsplan (und damit der Plan Sale) von den Gläubigern und Shareholdern angenommen und vom Gericht genehmigt wird. Beim Reorganizing Chapter 11 wird der Plan Sale auch vom DIP vollzogen¹⁷⁶². Beim Liquidating Chapter 11 müssen die Kompetenzen zum Vollzug im Reorganisationsplan geregelt werden. In einem der untersuchten Fälle wurde der DIP ab dem Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit des Reorganisationsplans von einem sog. „Plan Trustee“ ersetzt¹⁷⁶³.

B. Rolle der Gläubiger und Shareholder

- 984 Die Gläubiger und Shareholder sind beim Plan Sale dank des austarierten Reorganisationsverfahrens ausreichend geschützt. Sie sind aufgrund des zwingend vom Konkursgericht genehmigten Disclosure Statement adäquat informiert und können gestützt darauf entscheiden, ob sie den Plan Sale und den Reorganisationsplan annehmen wollen oder nicht. Sodann kann jeder Gläubiger und Shareholder ein Kaufangebot einreichen.

¹⁷⁶⁰ Vgl. vorne N 889.

¹⁷⁶¹ Vgl. vorne N 891.

¹⁷⁶² § 1142(a).

¹⁷⁶³ Boston Chicken, Reorganisationsplan vom 3.5.2000, S. 21/42 (vgl. vorne FN 1753).

IV. Übergang der Arbeitsverhältnisse

Betreffend Übergang der Arbeitsverhältnisse sei auf die Ausführungen zum § 363 Sale verwiesen¹⁷⁶⁴. 985

V. Anfechtungsrisiken

Der Plan Sale kann nur mit Genehmigung des Gerichts vorgenommen werden, womit Anfechtungsrisiken von vornherein ausgeschlossen sind¹⁷⁶⁵. 986

VI. Besonderheiten

A. Credit Bidding

Credit Bidding ist auch beim Plan Sale grundsätzlich möglich; § 1129(b)(2)(A)(ii) verweist explizit auf § 363(k), womit das diesbezüglich bereits ausgeführte auch für Credit Bidding im Plan Sale gilt¹⁷⁶⁶, unter Vorbehalt des Folgenden: 987

Credit Bidding kann im Reorganisationsplan explizit ausgeschlossen werden. Sofern Letzterer (dennoch) von allen Gläubigergruppen mit den erforderlichen Mehrheiten angenommen wird und die übrigen Voraussetzungen von § 1129(a) erfüllt sind, ist der Ausschluss des Credit Bidding nicht zu beanstanden. 988

Bis vor wenigen Jahren war umstritten, ob ein von den gesicherten Gläubigern verworfener Reorganisationsplan trotz Ausschluss des Credit Bidding bestätigt werden kann (mittels Cram Down), sofern die gesicherten Gläubiger das „indubitable equivalent“ ihrer Forderung erhalten¹⁷⁶⁷. Der Supreme Court hat im Jahr 2012 in einem vielbeachteten Entscheid festgehalten, dass ein Cram Down eines Reorganisationsplans gegenüber gesicherten Gläubigern nur möglich ist, sofern Credit Bidding erlaubt war¹⁷⁶⁸. 989

¹⁷⁶⁴ Siehe vorne N 940 ff.

¹⁷⁶⁵ § 549(a)(2)(B).

¹⁷⁶⁶ Vgl. vorne N 948 ff.

¹⁷⁶⁷ Strittig war, ob § 1129(b)(2)(A)(ii) und § 1129(b)(2)(A)(iii) beliebig austauschbar sind. Vgl. BUCCOLA / KELLER (2010), S. 108.

¹⁷⁶⁸ Radlax Gateway Hotel v. Amalgamated Bank, 132 S.Ct. 2065 (2012). Anders noch u.a.: In re Philadelphia Newspapers, LLC, 559 F.3d 298 (3rd Cir. 2010) sowie In re Pacific Lumber Co., 584 F.3d 229 (5th Cir. 2009).

B. Gewährleistungen

- 990 Eine generelle Aussage betreffend Gewährleistungen beim Plan Sale in der Praxis ist angesichts der seltenen Fälle nicht möglich; m.E. dürften die entsprechenden Erkenntnisse beim § 363 Sale auch beim Plan Sale gültig sein¹⁷⁶⁹. Unbestritten ist jedenfalls, dass Gewährleistungen zulässig sind. Beim Verkauf von Frontier Airlines endeten sämtliche, relativ umfangreichen Gewährleistungen mit dem Vollzug¹⁷⁷⁰.

VII. Beschwerdemöglichkeiten gegen den Verkauf

- 991 Nicht abschliessend geklärt ist, ob § 363(m) auch beim Plan Sale zur Anwendung kommt, mithin auch der Plan Sale mit Vollzug aufgrund der Statutory Mootness praktisch nicht mehr angefochten werden kann¹⁷⁷¹. Während gewisse Gerichte die Anwendbarkeit von § 363(m) beim Plan Sale explizit verneint haben¹⁷⁷², wenden andere Gerichte, auch drittinstanzliche, § 363(m) ohne weiteres auf den Plan Sale an¹⁷⁷³.
- 992 Auch wenn § 363(m) beim Plan Sale nicht anwendbar sein sollte, was eher unwahrscheinlich ist, geniesst der im Rahmen eines Reorganisationsplans richterlich genehmigte und vollzogene Verkauf aufgrund der sog. „Doctrine of Equitable Mootness“ einen relativ weitreichenden Schutz vor Klagen¹⁷⁷⁴. M.a.W.

¹⁷⁶⁹ Vgl. vorne N 957 ff.

¹⁷⁷⁰ Section 9.02 des Investment Agreement vom 22. Juni 2009 zwischen Frontier Airlines Holding, Inc. et al. und Lynx Aviation, Inc. Beim Verkauf des Geschäftsgebäudes in Chicago überdauernden lediglich Gewährleistungen betreffend Umweltangelegenheiten das Closing (vgl. Section 18.6 und 23.4(b) des Agreement of Purchase and Sale and Joint Escrow Instructions by and between River West Plaza-Chicago, LLC d/b/a Joffco Square as seller and Kenako Partners, LLC as buyer relating to Joffco Square, 555 West Roosevelt Road, Chicago, Illinois vom 4. Oktober 2010), vgl. vorne FN 1753.

¹⁷⁷¹ Vgl. vorne N 963 ff.

¹⁷⁷² *Miami Center Ltd. Partnership v. Bank of New York*, 838 F.2d 1547, 1553 (11th Cir. 1988): „The mootness standard is preserved in the present bankruptcy code at 11 U.S.C. § 363(m), but this provision applies only to the sale of the debtor’s property by the trustee pursuant to § 363(b) or (c). Section 363(m) does not apply where the debtor’s assets have been sold, as here, by a liquidating trustee pursuant to a plan of liquidation.“ Wohl ebenfalls dieser Meinung ist der 5th Circuit (siehe in re *Pacific Lumber Co.*, 584 F.3d 229, 240 N 15 (5th Cir. 2009)).

¹⁷⁷³ In re *Made in Detroit, Inc.*, 414 F.3d 576 (6th Cir. 2005); In re *River West Plaza-Chicago, LLC*, 664 F.3d 668 (7th Cir. 2011).

¹⁷⁷⁴ KEACH (2010-2014), ¶ 4.04 [3]; In re *Pacific Lumber Co.*, 584 F.3d 229, 240 (5th Cir. 2009) ist der Begriff wie folgt umschrieben: „Equitable mootness“ has evolved in bankruptcy appeals to constrain appellate review, and potential reversal, of orders confirming reorganization

mag eine Klage bei fehlender Statutory Mootness subsidiär an der Equitable Mootness scheitern¹⁷⁷⁵.

Die Gerichte haben verschiedene Kriterien entwickelt, welche für oder gegen die Equitable Mootness eines Reorganisationsplans (und damit eines Plan Sale) sprechen. Entscheidend ist u.a. ob der Reorganisationsplan vollzogen wurde, ein Stay Pending Appeal erwirkt wurde, die Interessen am Verfahren nicht Beteiligten tangiert sind, die Umsetzung des bestätigten Reorganisationsplans gefährdet wird und, nicht zuletzt, ob dadurch ein Ziel des Gesetzgebers, nämlich die grundsätzliche Rechtswirksamkeit von Entscheiden der Konkursgerichte, vereitelt wird¹⁷⁷⁶. 993

Unbestritten ist, dass Transaktionen aufgrund der Statutory Mootness weitergehender vor Klagen geschützt sind als lediglich unter der Equitable Mootness, weshalb der § 363 Sale insgesamt doch als ein weniger sicherer gilt¹⁷⁷⁷. 994

plans. Equitable mootness is a kind of appellate abstention that favors the finality of reorganizations and protects the interrelated multi-party expectations on which they rest. [...] equitable mootness applies when a judicial ruling might have too much effect on the parties to a confirmed reorganization.“ Gemäss *In re Motors Liquidation Co.*, 428 B.R. 43, 60 (S.D.N.Y. 2010) bedeutet Equitable Mootness im Konkurs, dass „[a]n appeal should also be dismissed as moot when, even though effective relief could conceivably be fashioned, implementation of that relief would be inequitable.“

¹⁷⁷⁵ Siehe *In re Motors Liquidation Co.*, 428 B.R. 43, 60 (S.D.N.Y. 2010), wo das Gericht eine Klage zuerst aufgrund der Statutory Mootness abweist, dann aber „for purposes of completeness“, auch darlegt, dass sich dasselbe Ergebnis auch gestützt auf die Equitable Mootness ergibt.

¹⁷⁷⁶ KEACH (2010-2014), ¶ 4.04 [3].

¹⁷⁷⁷ KEACH (2010-2014), ¶ 4.04 [3] i.f.

Sechster Teil :

Synthese

I. Grafische Darstellung des Betriebsverkaufs in den Schweizerischen und den US-amerikanischen Insolvenzverfahren

Nachfolgend sind die in dieser Arbeit in den verschiedenen Verfahren behandelten Betriebsverkäufe vereinfacht dargestellt; die Querverweise verweisen auf die detaillierten Ausführungen in den jeweiligen Kapiteln. Die ersten beiden Übersichten betreffen den Betriebsverkauf im Konkurs, dann folgt eine Darstellung des Betriebsverkaufs während der Stundung / im Rahmen eines Konkursaufschubs. Ebenfalls dargestellt sind der Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags / Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung sowie die beiden Betriebsverkäufe im Chapter 11 (§ 363 Sale und Plan Sale).

995

996 Betriebsverkauf im ordentlichen Konkursverfahren:

	Notverkauf	Dringlichkeitsverkauf	Ord. Verwertung
Zulässigkeit	Ja, bei qualifizierter Dringlichkeit (N 313-316)	Ja, bei Dringlichkeit (N 354-358)	Ja, bedingungslos (N 378)
Behörden	Konkursamt (N 327)	Konkursverwaltung (N 367-369) oder Konkursamt (N 370-372)	Konkursverwaltung (N 381-384)
Rolle Aktionäre	Keine (N 329)		
Rolle Gläubiger	• Höhergebotsrecht (N 330-349)	• Teilnahme 1. Gläubigerversammlung (N 367-372) • Gläubigerausschuss (N 367/371) • Höhergebotsrecht (N 373-374) • Veto Pfandgläubiger (N 375)	• Teilnahme 2. Gläubigerversammlung (N 377) • Gläubigerausschuss (N 382 f.) • Höhergebotsrecht (N 385) • Veto Pfandgläubiger (N 385)
Schutz Arbeitnehmer	• Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse • Bestimmungen zur Massenentlassung nicht anwendbar • Keine Sozialplanpflicht (N 140-143)		
Pauliana	Kein Anfechtungsrisiko (N 175)		
Gewährleistungen	Grundsätzlich keine, aber zulässig nach Art. 234 OR, sofern das Eintretensrisiko abschätzbar ist, dadurch ein wesentlicher Mehrerlös resultiert und die Gewährleistungsdauer zeitlich befristet ist (N 204-235).		

997 Betriebsverkauf im summarischen Konkursverfahren:

	Notverkauf	Ordentliche Verwertung
Zulässigkeit	Ja, bei qualifizierter Dringlichkeit (N 387)	Ja, bedingungslos (N 392)
Behörden	Konkursamt (N 390/397)	
Rolle Aktionäre	Keine (N 329)	
Rolle Gläubiger	• Höhergebotsrecht	• Höhergebotsrecht • Vetorecht der Pfandgläubiger (N 398)
Schutz Arbeitnehmer	• Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse • Bestimmungen zur Massenentlassung nicht anwendbar • Keine Sozialplanpflicht (N 140-143)	
Pauliana	Kein Anfechtungsrisiko (N 175)	
Gewährleistungen	Grundsätzlich keine, aber zulässig nach Art. 234 OR, sofern das Eintretensrisiko abschätzbar ist, dadurch ein wesentlicher Mehrerlös resultiert und die Gewährleistungsdauer zeitlich befristet ist (N 204-235).	

Betriebsverkauf während der Stundung / im Rahmen eines Konkursaufschubs:

998

	Stundung	Konkursaufschub
Zulässigkeit	Ja, unter • 5 Voraussetzungen bei Gläubigerschädigung: Dringlichkeit / Einbezug Gläubiger / Einbezug Aktionäre / fairer und effektiver Verkaufsprozess / Erlös höher als bei Betriebsverkauf im Konkurs (N 602-607); • 2 Voraussetzungen ohne Gläubigerschädigung: Betriebsverkauf muss der Sanierung förderlich sein / Betriebsverkauf muss im mittel- und langfristigen Interesse der Gesellschaft liegen (N 608-610).	Ja, • Teilverkauf unter 3 Voraussetzungen: der bei der Schuldnerin verbleibende Teilbetrieb wird weitergeführt / Betriebsverkauf erfolgt im Einklang mit dem Sanierungsplan und etwaigen richterlichen Anordnungen / Konkursaufschub kann aufgehoben werden oder Aussicht auf Sanierung besteht nach wie vor (N 438-442); • Gesamtverkauf nur bei vollständiger Befriedigung aller Gläubiger (N 443-445).
Behörden	• Richter (N 611-616) • Sachwalter je nach Anordnung des Richters (N 613-616)	• Richter • Sachwalter je nach Anordnung des Richters (N 446-450)
Rolle Aktionäre	Stundung in Hinblick auf: • Liquidationsvergleich: keine (N 660); • Ordentlicher Nachlassvertrag ◦ Gesamtverkauf muss an einer Generalversammlung beschlossen werden (N 663); ◦ Teilverkauf mit damit einhergehender faktischer Liquidation oder Zweckänderung muss an einer Generalversammlung beschlossen werden (N 663); • Reines Moratorium: keine (N 665 f.).	• Teilverkauf mit damit einhergehender faktischer Liquidation oder Zweckänderung muss an einer Generalversammlung beschlossen werden (N 481-483). • Gesamtverkauf muss an einer Generalversammlung beschlossen werden (N 484).
Rolle Gläubiger	Höhergebotsrecht sofern geschädigt (N 672-674)	Keine (N 492)
Schutz Arbeitnehmer	• Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse (N 675) • Bestimmungen zur Massenentlassung anwendbar (N 680) • Sozialplanpflicht nur bei reinem Moratorium (N 693-695)	• Automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse (N 503) • Bestimmungen zur Massenentlassung anwendbar (N 504) • Sozialplanpflicht (N 505)
Pauliana	Keine (N 696-699)	Anfechtungsrisiko (N 506-509)
Gewährleistungen	• Privatrechtlicher Betriebsverkauf: Art. 234 OR analog anwendbar (N 706-708; 711 f.) • Öffentlich-rechtlicher Betriebsverkauf: Art. 234 OR anwendbar (N 713) d.h. in beiden Fällen: Zulässig und geboten, sofern das Eintretensrisiko abschätzbar ist, dadurch ein wesentlicher Mehrerlös resultiert und die Gewährleistungsdauer zeitlich befristet ist (N 230-235).	• Privatrechtlicher Betriebsverkauf: Art. 234 OR analog anwendbar (N 541 f.) • Öffentlich-rechtlicher Betriebsverkauf: Art. 234 OR anwendbar (N 543) d.h. in beiden Fällen: Zulässig und geboten, sofern das Eintretensrisiko abschätzbar ist, dadurch ein wesentlicher Mehrerlös resultiert und die Gewährleistungsdauer zeitlich befristet ist (N 230-235).

999 Betriebsverkauf im Rahmen eines ordentlichen Nachlassvertrags / Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung:

	Ordentlicher Nachlassvertrag	Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung
Zulässigkeit	Nur Teilverkauf (N 728), unter 2 Voraussetzungen (Annahme des Nachlassvertrags durch die Gläubiger / Nachlassdividende steht im „richtigen“ Verhältnis zu den schuldnerischen Möglichkeiten) (N 733-735).	Ja. Verkauft wird entweder an die Gläubiger, einen Dritten oder an eine Auffanggesellschaft (N 809 -812).
Behörden	• Richter • Sachwalter • U.U. Vollzieher (N 736-741)	Liquidator (N 813)
Rolle Aktionäre	Betriebsverkauf muss zwingend an einer Generalversammlung beschlossen werden (N 743).	M.E. kann nur die Generalversammlung entscheiden, dass ein Nachlassverfahren mit Ziel Vermögensabtretung angestrebt wird. Für den Verkauf selber ist keine erneute Generalversammlung einzuberufen (N 814).
Rolle Gläubiger	• Gläubiger müssen den Nachlassvertrag und damit den Betriebsverkauf genehmigen. • Kein Höhergebotsrecht (N 752)	Die Gläubigerrechte sind durch Gläubigerversammlung, Zustimmung der Gläubigermehrheit zum Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung sowie der richterlichen Bestätigung des Letzteren ausreichend geschützt. Eine besondere Zustimmung zum Betriebsverkauf wie auch die Gewährung des Höhergebotsrechts sind entbehrlich (N 816-818).
Schutz Arbeitnehmer	• Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse (N 753-758) • Bestimmungen zur Massenentlassung anwendbar (N 759) • Keine Sozialplanpflicht (N 760)	• Kein automatischer Übergang der Arbeitsverhältnisse • Bestimmungen zur Massenentlassung nicht anwendbar • Keine Sozialplanpflicht (N 819-821)
Pauliana	Keine (N 761 f.)	Keine (N 822)
Gewährleistungen	• Privatrechtlicher Betriebsverkauf: Art. 234 OR analog anwendbar (N 763-768) • Öffentlich-rechtlicher Betriebsverkauf: Art. 234 OR anwendbar (N 769) d.h. in beiden Fällen: Zulässig und geboten, sofern das Eintretensrisiko abschätzbar ist, dadurch ein wesentlicher Mehrerlös resultiert und die Gewährleistungsdauer zeitlich befristet ist (N 230-235).	• Privatrechtlicher Betriebsverkauf: Art. 234 OR analog anwendbar (N 827-830) • Öffentlich-rechtlicher Betriebsverkauf: Art. 234 OR anwendbar (N 831) d.h. in beiden Fällen: Zulässig und geboten, sofern das Eintretensrisiko abschätzbar ist, dadurch ein wesentlicher Mehrerlös resultiert und die Gewährleistungsdauer zeitlich befristet ist (N 230-235).

§ 363 Sale / Plan Sale

1000

	363 Sale	Plan Sale
Zulässigkeit	Ja, sofern folgende 5 Voraussetzungen erfüllt sind: sound business justification; keine sub rosa objection; adequate notice; adequate marketing efforts / fair and reasonable price; good faith (N 920-937).	Ja, sofern der zugrundeliegende, von den Gläubigern angenommene, Reorganisationsplan die 16 Kriterien von § 1129(a) resp. der von den Gläubigern abgelehnte Reorganisationsplan die 18 Kriterien von § 1129(b) erfüllt (N 982 und 888).
Behörden	• Konkursrichter (N 876/938) • Trustee (N 878)	Konkursrichter (N 983)
Rolle Aktionäre / Rolle Gläubiger	Der § 363 Sale kann ohne Zustimmung der Aktionäre und Gläubiger entschieden und vollzogen werden. Die Aktionärs- und Gläubigerrechte beschränken sich auf den Anspruch auf Information und das Teilnahmerecht an der Auktion und der Gerichtsverhandlung. Jeder Aktionär und Gläubiger kann ein höheres Angebot einreichen (N 938 f.).	Den Aktionären und Gläubigern steht das Recht zu, einen Reorganisationsplan vorzuschlagen und beim Gericht einzureichen, sofern der DIP von diesem Recht während der sog. „Period of Exclusivity“ nicht oder nicht erfolgreich Gebrauch gemacht hat (N 884 f.). Die Aktionäre und Gläubiger werden im austarierten Reorganisationsverfahren umfassend informiert und können entscheiden, ob sie dem Reorganisationsplan (und damit dem Plan Sale) zustimmen wollen oder nicht. Bei Ablehnung kommt der Plan Sale nicht zustande, es sei denn er werde dennoch vom Gericht bestätigt (sog. „Cram Down“). Jeder Aktionär und Gläubiger kann sodann ein höheres Angebot einreichen. Vgl. N 983 f. und 891 f.
Schutz Arbeitnehmer	Kein Schutz (N 940-946)	Kein Schutz (N 985)
Pauliana	Keine (N 947)	Keine (N 986)
Gewährleistungen	Ja. Gewährleistungen sind generell zwar inhaltlich weniger umfangreich und zeitlich kürzer befristet als beim Betriebsverkauf ohne Bezug zum Chapter 11, dennoch absolut üblich (59 der 60 unter der Leitung von FRAZIER untersuchten § 363 Sales enthielten Gewährleistungen [N 959]). Die Gewährleistungen in den genannten § 363 Sales waren mehrheitlich bis zum Vollzug befristet; bei einer Gewährleistungsdauer über den Vollzug hinaus wurde z.T. ein gewisser Betrag auf ein Escrow Account einbezahlt, müsste die Verkäuferin einen bestimmten Prozentsatz des Kaufpreises zurückbehalten oder wurden andere, auf die konkreten Verhältnisse angepasste Sicherungsmöglichkeiten gefunden (N 957-961).	Ja (N 990)

II. Gedanken zur Rechtslage in der Schweiz und den USA

A. Im Allgemeinen

- 1001 Wiederholt sah ich mich während des Studiums des Chapter 11 und seiner Betriebsverkäufe an das „Ei des Kolumbus“ erinnert. Ich will damit nicht behaupten, dass der Betriebsverkauf in Insolvenzverfahren eine einfache Lösung für ein scheinbar unlösbares Problem darstellt (so die Ausgangslage beim berühmten Ei); im Gegenteil sind auch damit wieder neue Probleme verbunden. Das gilt sowohl für die Schweiz wie für die USA. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Rechtsordnungen besteht m.E. darin, dass der Betriebsverkauf in der einen sprichwörtlich an der Tagesordnung steht (USA)¹⁷⁷⁸, während er in der anderen ein Mauerblümchendasein fristet (Schweiz)¹⁷⁷⁹.
- 1002 Damit ist bereits gesagt, dass auch hierzulande die rechtlichen Möglichkeiten bestünden, Betriebe in Insolvenzverfahren zeitnah und effizient, aber dennoch unter angemessenem Einbezug der Gläubiger, durchzuführen¹⁷⁸⁰. Nur passiert es nicht oder nur sehr selten. Wesentliche Treiber des Betriebsverkaufs in den US-amerikanischen Insolvenzverfahren sind uns ebenfalls vertraut: Einstweilige Weiterführung des Betriebs nach Konkurseröffnung, einfacher Zugang zum Nachlassverfahren, sofortiger Schutz vor den Gläubigern, die Möglichkeit zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen und ein flexibles Arbeitsrecht.
- 1003 In den USA fördern sodann folgende Aspekte Chapter 11 Verfahren generell und Betriebsverkäufe im Besonderen¹⁷⁸¹: Erstens kommt der DIP, auch oder erst Recht nach Verfahrenseröffnung, relativ leicht an neue Kredite, da diese besonders privilegiert sind¹⁷⁸². Nicht zu unterschätzen ist sodann die Verhandlungsmacht des DIP (resp. der Manager) und damit indirekt auch der Aktionäre speziell zu Beginn der Chapter 11 Verfahren¹⁷⁸³. Sie können verschiedene Anreize haben, den Betrieb rasch zu verkaufen statt zu sanieren oder gar zu liquidieren; die Gläubiger sind aufgrund des Zeitdrucks oftmals bereit, auch den Aktionären entgegenzukommen¹⁷⁸⁴. Sicherlich tragen auch die stark spezialisierten

¹⁷⁷⁸ Vgl. vorne N 851 und insbesondere die in FN 1487 genannten statistischen Werte.

¹⁷⁷⁹ Vgl. vorne N 119 (betreffend das Konkursverfahren) und N 549 (betreffend die Stundung). Dasselbe gilt umso mehr für den äusserst seltenen Konkursaufschub (vgl. N 421) und den ordentlichen Nachlassvertrag (vgl. N 727).

¹⁷⁸⁰ Siehe die Darstellung und Vorschläge in dieser Arbeit.

¹⁷⁸¹ Vgl. auch vorne N 851 ff.

¹⁷⁸² FERRIELL / JANGER (2013), S. 296 ff.; MALLON (2006), S. 403; HUNKELER (1996), N 365.

¹⁷⁸³ Vgl. vorne N 884.

¹⁷⁸⁴ Vgl. vorne N 885.

Gerichte und Anwaltschaft sowie andere Berater zur Häufigkeit von Betriebsverkäufen bei. Dank des weitgehend standardisierten, hochentwickelten Verfahrens mit starkem Einbezug der Konkursgerichte¹⁷⁸⁵ sowie der Tatsache, dass vollzogene Verkäufe nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit bestand haben¹⁷⁸⁶, besteht eine grosse Transaktionssicherheit. Schliesslich gibt es in den USA dank diverser auf Chapter 11 Transaktionen spezialisierten Funds und anderer Investoren einen liquiden Markt für angeschlagene Betriebe¹⁷⁸⁷. Nicht zuletzt ist in den USA die Auffassung, dass ein rascher Verkauf des Betriebs im freien Markt für die Gläubiger unter dem Strich vorteilhaft ist, generell und insbesondere auch bei Gerichten weit verbreitet; diese Haltung fördert Betriebsverkäufe zweifelsohne¹⁷⁸⁸.

Entscheidend ist aber etwas ganz anderes: Die in der US-amerikanischen Kultur verankerte, ausgesprochen unverkrampfte Haltung gegenüber dem Scheitern generell¹⁷⁸⁹ und dem Konkurs im Wirtschaftsleben im Besonderen¹⁷⁹⁰. Ein Chapter 11 Verfahren ist fast schon Bestandteil des normalen Geschäftszyklus einer Gesellschaft oder m.a.W. eines von verschiedenen Mitteln, bestimmte Situationen zu meistern¹⁷⁹¹. Entsprechend ist auch die mit einem Chapter 11 Verfahren zwingend verbundene Transparenz¹⁷⁹² nicht sonderlich schädlich. Das Chapter 11 ist letzten Endes ein Schutzmechanismus für die Schuldnerin, weshalb es in den allermeisten Fällen von der Schuldnerin (und nicht etwa von druckausübenden Gläubigern) initiiert wird¹⁷⁹³. In der Flugbranche waren Chapter 11 Verfahren besonders häufig; zuweilen waren Fluggesellschaften, welche davon nicht Gebrauch machten, gar benachteiligt. Sinnbildlich war der Wahlkampf um die Nachfolge von Präsident Barack Obama. Donald Trump, Multimilliardär und neuer US-Präsident, antwortete anlässlich der ersten Fernsehdebatte der republikanischen Kandidaten mit der Tatsache konfrontiert, dass er vier Mal ein Konkursverfahren durchlaufen habe, nicht ohne Stolz, dass dies

1004

¹⁷⁸⁵ Vgl. vorne N 905 ff.

¹⁷⁸⁶ Vgl. vorne N 962 ff.

¹⁷⁸⁷ Vgl. vorne FN 1489 i.f.

¹⁷⁸⁸ Vgl. vorne N 853 und die dort gemachten Hinweise.

¹⁷⁸⁹ Dies fängt bereits im Vorschulalter an, wie ich am Beispiel meiner 3-jährigen Tochter in der amerikanischen Krippe selber miterlebte.

¹⁷⁹⁰ Vgl. zur Stigmatisierung des gescheiterten Unternehmers in der Schweiz MEIER (2000), S. 462 und HARI / GMÜNDER (2013), S. 577 f.

¹⁷⁹¹ So schon MEIER (2000), S. 448 f.

¹⁷⁹² Vgl. vorne N 864.

¹⁷⁹³ Vgl. vorne N 869. Während hierzulande eher die Gläubiger den Konkurs als Druckmittel gegenüber der Schuldnerin ausüben, ist es in den USA tendenziell umgekehrt.

ein normaler Teil der Geschäftswelt sei und ein guter Geschäftsmann auch damit umgehen können müsse¹⁷⁹⁴.

- 1005 Bei alldem darf jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass in den USA die Gläubiger letztlich in fast jedem Chapter 11 Verfahren eine hohe Zeche zahlen. Schutzbedürftig scheint jedoch eher die Schuldnerin: „Creditors tend to be rich, debtors poor“¹⁷⁹⁵. Die schwache Position der Gläubiger ergibt sich nur schon daraus, dass sich die Rolle und Einflussmöglichkeiten der Gläubiger und Aktionäre sowohl beim § 363 Sale als auch beim Plan Sale kaum unterschieden¹⁷⁹⁶. Immerhin werden die Gläubiger auch im Chapter 11 grundsätzlich vor den Aktionären befriedigt¹⁷⁹⁷. Wenn auch die Verfahren sehr rasch und professionell sein mögen; sie sind äusserst teuer¹⁷⁹⁸. Angesichts der Häufigkeit und Normalität von Chapter 11 Verfahren ist zumindest erstaunlich, dass es in den USA seit jeher, auch vor der aktuellen Tiefzinspolitik, ausgesprochen einfach war und ist, Schulden zu machen.

B. Im Besonderen

- 1006 Trotz der kulturellen, rechtlichen und wirtschaftlichen Unterschiede bin ich der Ansicht, dass folgende Aspekte des Betriebsverkaufs im Chapter 11 auch in der Schweiz zu einem Mehrwert führen könnten:
- 1007 *Mehr „exposure to a market“.* Der erzielbare Kaufpreis ergibt sich nicht aus theoretischen Bewertungen, sondern aus Angebot und Nachfrage¹⁷⁹⁹. Je mehr potentielle Erwerber ins Verkaufsverfahren einbezogen werden können, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein höheres Angebot erreicht werden kann (vorausgesetzt, das Verkaufsverfahren ist entsprechend aufgesetzt).

¹⁷⁹⁴ HARWELL / BOGAGE (2015), S. 1. Trump antwortete u.a.: „I’ve [just] used the laws of the country to my advantage (SPROSS (2015), S. 3).“ Er hatte bereits früher ähnliche Aussagen gemacht: „We’ll have the company. We’ll throw it into a chapter. We’ll negotiate with the banks. We’ll make a fantastic deal. [...] It’s not personal. It’s just business (HARWELL / BOGAGE (2015), S. 1).“

¹⁷⁹⁵ SPROSS (2015), S. 2. Oder um bei Trump und dessen Aussagen in der republikanischen Präsidentschaftsdebatte zu bleiben: „These lenders aren’t babies, [...] These are total killers (SPROSS (2015), S. 3).“

¹⁷⁹⁶ Vgl. vorne N 939 und 984.

¹⁷⁹⁷ Dennoch werden die Gläubiger oftmals faktisch gezwungen, auch gegenüber den Aktionären Konzessionen einzugehen, vgl. vorne N 885.

¹⁷⁹⁸ Vgl. vorne N 857.

¹⁷⁹⁹ Vgl. vorne N 529 ff. und N 935.

Vermehrter Einsatz sog. interner Steigerungen. Betriebsverkäufe im Chapter 11 werden praktisch ausschliesslich an sog. „Public Auctions“ abgewickelt¹⁸⁰⁰. Unser Pendant hierzu sind die sog. internen Steigerungen¹⁸⁰¹, welche (nach Eingang mindestens eines höheren Angebots innert Frist) ebenfalls standardmässig angewandt werden sollten. 1008

Entschädigung des überbotenen Kaufinteressenten. Ähnlich wie die sog. „Stalking Horse Protections“¹⁸⁰² könnte auch der in einem Schweizer Insolvenzverfahren überbotene Kaufinteressent für seine mit der Prüfung des Betriebs, und sofern relevant, der Verhandlung der Freihandverkaufsverfügung / des Geschäftsübernahmevertrags entstandenen Kosten entschädigt werden, falls er überboten wird. Dadurch könnte für potentielle Erwerber bei öffentlichen Steigerungen, bei freihändigen Betriebsverkäufen mit Höhergebotsrecht (vorab im Konkursverfahren) und insbesondere auch bei privatrechtlichen Betriebsverkäufen während der Stundung (wo das Höhergebotsrecht nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls zwingend zu gewähren ist) ein Anreiz geschaffen werden, den mitunter erheblichen Aufwand überhaupt zu tätigen. 1009

Mehr Credit Bidding. Auch wenn es hierzulande in der Praxis angewandt wird, ist das „Credit Bidding“ weitgehend unbekannt; bezeichnenderweise gibt es zumindest in der deutschen Sprache keinen Begriff hierfür¹⁸⁰³. Die Vorteile des Credit Bidding sind nicht von der Hand zu weisen und die damit verbundenen Probleme (Beseitigung von Wettbewerb, übermässige Privilegierung des verrechnenden Bieters) sind lösbar¹⁸⁰⁴. Credit Bidding ist in allen Verfahrensarten, unabhängig von der Rechtsnatur, zuzulassen. Schon vor mehr als 60 Jahren hat das Bundesgericht festgehalten: „Sonst [i.e. bei Verboten des Credit Bidding] kann es geschehen, dass ein wertvoller Gegenstand zu ihrer beiden [Gläubiger und Schuldner] Nachteil verschleudert wird, nur weil dem Gläubiger nicht genügend Bargeld zur Verfügung steht, während er andererseits eine Forderung hat, die den wirklichen Wert des versteigerten Gegenstandes vielleicht weit 1010

¹⁸⁰⁰ Vgl. vorne N 908 ff.

¹⁸⁰¹ Vgl. vorne N 196.

¹⁸⁰² Vgl. vorne N 910.

¹⁸⁰³ Erstaunlicherweise auch nicht in Deutschland, wo „Credit Bidding“, wie in den USA, weit verbreitet ist. Vgl. zur sog. unechten Verrechnung des Zuschlagspreises bei der öffentlichen Steigerung vorne N 188 f. (gilt ebenso beim Freihandverkauf, vgl. vorne N 202).

¹⁸⁰⁴ Vgl. vorne N 948 ff.

übersteigt und ihm bei Zulassung der „Verrechnung“ ein besseres Angebot erlaubt hätte¹⁸⁰⁵.“ Beim Credit Bidding handelt es sich gemäss Bundesgericht sogar um ein „unentziehbares Recht des Gläubigers¹⁸⁰⁶“, weshalb der Konkursverwaltung bei der Gewährung des Credit Bidding m.E. kein Ermessensspielraum zukommt¹⁸⁰⁷.

- 1011 *Mehr Mut zu Gewährleistungen.* Sind sie zeitlich beschränkt und überschaubar kann mit der Abgabe spezifischer Gewährleistungen ein höherer Erlös erzielt oder die Transaktion überhaupt erst zum Abschluss gebracht werden¹⁸⁰⁸.
- 1012 *Möglichst frühzeitige Beantragung der Stundung.* Nachdem die rechtlichen Voraussetzungen mit der jüngsten Sanierungsrechtsrevision geschaffen worden sind¹⁸⁰⁹, müssten, was selbstredend schwierig ist, die gesellschaftlichen oder kulturellen Hindernisse, dies auch umzusetzen, vermehrt überwunden werden¹⁸¹⁰.
- 1013 *Aktivere Gerichte.* In allen drei Insolvenzverfahren können Gerichte aus eigenem Antrieb Voraussetzungen für einen Betriebsverkauf schaffen oder diesen anordnen¹⁸¹¹.
- 1014 *Keine Angst vor dem (behaupteten) enormen Zeitdruck.* So rasch wie behauptet schmelzen die wenigsten Eiskwürfel / sterben die wenigsten Patienten auf dem Operationstisch¹⁸¹². Wo Raum für einen Betriebsverkauf besteht, bleibt meistens ein gewisser Spielraum¹⁸¹³. Der Trend geht denn in den USA auch in die umgekehrte Richtung: Betriebsverkäufe sollen nicht mehr möglichst rasch umgesetzt werden, da dies betriebswirtschaftlich oft nicht nötig ist. Ein überschneller Verkauf ist nicht selten einzig im Interesse des Erwerbers, da er, zusammen mit dem DIP, unter Darstellung von höchster Dringlichkeit ein Gericht dazu

¹⁸⁰⁵ BGE 79 III 20 Erw. 1 S. 23.

¹⁸⁰⁶ BGE 79 III 20 Erw. 1 S. 24.

¹⁸⁰⁷ A.A. Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 2001, publ. in: JdT 2001 II S. 87-89; MARCHAND (2012), S. 77 f., welcher mit dem vorgenannten Entscheid im Grundsatz (Ermessensspielraum der Behörde) einverstanden ist, das konkrete Ergebnis jedoch aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ablehnt.

¹⁸⁰⁸ Vgl. zu diesem Vorschlag vorne N 230 ff. sowie zu den Gewährleistungen im Chapter 11 N 957 ff.

¹⁸⁰⁹ Vgl. vorne N 71.

¹⁸¹⁰ „Mehr Trump“ wage ich angesichts dessen politischen Positionen nur in die Fussnoten zu schreiben.

¹⁸¹¹ Vgl. zur sehr wichtigen Rolle der US-amerikanischen Konkursgerichte (in mehreren Verfahrensständen) vorne N 907 ff., insbesondere betreffend die sog. „Sale Procedures Order“ (N 914) und „Sale Order“ (N 917).

¹⁸¹² Vgl. vorne N 927.

¹⁸¹³ So in anderem Zusammenhang MEIER / EXNER (2004), S. 215 (vgl. vorne N 172).

bewegen kann, den Verkauf ohne Detailprüfung abzusegnen (und ohne dass andere Erwerber ernsthaft die Möglichkeit hatten, sich mit dem Verkauf auseinanderzusetzen). Um genau dies zu verhindern, schlägt die vom American Bankruptcy Institute eingesetzte Kommission ein Verkaufs-Moratorium von 60 Tagen ab Konkurseröffnung vor¹⁸¹⁴.

Mehr Betriebsverkäufe in Insolvenzverfahren. Sie können Wert erhalten, Kosten reduzieren und sind schnell umsetzbar¹⁸¹⁵.

1015

¹⁸¹⁴ Report Reform of Chapter 11 (2014), S. 83 ff., insbesondere 87; vgl. vorne N 857.

¹⁸¹⁵ In dieser letzten Fussnote sei noch Folgendes erwähnt, weil es entweder abzulehnen oder aus anderen Gründen erwähnenswert ist: Abzulehnen ist die sehr strikte sog. „Statutory Mootness“, da Fehlentscheide faktisch und rechtlich nicht korrigiert werden können, womit den (erstinstanzlichen) Gerichtsverhandlungen (zu) grosse Bedeutung und dem Konkursgericht übermässige Kompetenzen zukommen (vgl. vorne N 962 ff.). Erstaunlich ist, dass in den USA die Unterscheidung zwischen Privat- und öffentlichem Recht nicht gemacht wird. Sehr erstaunlich und für ein entwickeltes Land geradezu schockierend ist sodann der inexistente Kündigungsschutz der Mehrheit der US Arbeitnehmer, und zwar nicht nur im tiefen Lohnbereich (vgl. vorne N 940 ff.).