



## Der Wechsel vom Konkursverfahren in ein Nachlassverfahren nach der Konkurseröffnung

### Sanieren, was saniert werden kann

ROGER ABEGG\*

KIM NGUYEN\*\*



*Stellt eine insolvente Gesellschaft nicht gleichzeitig mit dem Begehren um Konkurseröffnung ein Gesuch um Nachlassstundung, so ist ein späterer Wechsel vom Konkurs- in ein Nachlassverfahren nicht möglich – selbst wenn die Voraussetzungen für ein Sanierungsverfahren erfüllt wären. Insbesondere im Beschwerdeverfahren gegen die Konkurseröffnung ist ein Wechsel vom Konkurs- in ein Nachlassverfahren mangels Aktivlegitimation sowie aufgrund der Novenregelung in Art. 174 SchKG ausgeschlossen. Das Nachlassverfahren als Sanierungsinstrument ist noch zu wenig bekannt, was zu Konkursen sanierungsfähiger Gesellschaften führt. Mögliche Lösungen ergeben sich aus der im neuen Sanierungsrecht verankerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise des SchKG: eine Praxisänderung zur Beschwerdelegitimation der Schuldnerin im Konkursverfahren und zur Novenregelung des Art. 174 SchKG, eine stärkere Wahrnehmung der Frage- und Prüfpflichten durch die Gerichte sowie Gesetzesänderungen zur Stärkung des Nachlassverfahrens.*

*Si une société insolvable ne présente pas la requête de sursis concordataire en même temps que la requête de faillite, un passage ultérieur de la procédure de faillite à la procédure concordataire n'est plus possible, même si les conditions d'une procédure d'assainissement sont remplies. En particulier dans la procédure de recours dirigée contre une ouverture de faillite, un changement de la procédure de faillite en procédure concordataire est exclu faute de légitimation active et en raison de la règle de l'art. 174 LP relative aux nova. La procédure concordataire en tant qu'instrument d'assainissement est encore relativement peu connue, ce qui conduit à la faillite de sociétés qui seraient susceptibles d'être assainies. Des solutions peuvent être envisagées en se fondant sur l'approche économique de la LP, concrétisée par le nouveau droit de l'assainissement : un changement de pratique concernant la qualité du débiteur pour recourir dans la procédure de faillite et la règle des nova prévue à l'art. 174 LP, un meilleur respect des devoirs d'interpellation et d'examen de la part des tribunaux ainsi que des modifications légales visant à renforcer la procédure concordataire.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage, Problematik und Fragestellung
- II. Beschwerdelegitimation bei Beschwerde gegen eine Konkurseröffnung auf eigenes Begehren
  - A. Juristische Betrachtungsweise
  - B. Wirtschaftliche Betrachtungsweise
- III. Konkursaufschub und Nachlassstundung im Lichte der Novenregelung von Art. 174 SchKG
  - A. Geltende Praxis zu Art. 174 Abs. 2 SchKG
  - B. Kritik an der geltenden Praxis, Befürwortung einer Praxisänderung
- IV. Konkrete Lösungsvorschläge für die Problematik nicht notwendiger Konkurseröffnungen
  - A. Gerichtliche Frage- und Prüfpflichten bei der Einleitung von Konkursverfahren verstärken
  - B. Praxisänderungen betreffend Novenregelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG
  - C. De lege ferenda: Schaffung eines weiteren Konkurswiderrufsgrundes i.S.v. Art. 195 SchKG
  - D. Berichterstattungspflicht über Sanierungschancen
- V. Fazit

#### I. Ausgangslage, Problematik und Fragestellung

Auslöser der nachfolgenden Überlegungen ist der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (KGer SG) «BES.2020.14-EZS1» vom 12. März 2020.<sup>1</sup> In diesem hier zugrundeliegenden Fall war die Schuldnerin ein grösseres Industrieunternehmen mit knapp 200 Angestellten, welches in finanzielle Schieflage geraten war. Die Gesellschaft reichte dem zuständigen Gericht eine Insolvenzerklärung ein (Konkurseröffnung auf eigenes Begehren i.S.v. Art. 191 Abs. 1 SchKG), ohne das in der Praxis vorhandene Sanierungspotenzial geltend zu machen. Nach der Konkurseröffnung wurde die Konkursitin auf das Sanierungsinstrument der Nachlassstundung aufmerksam und war überzeugt, dass eine Sanierung auf diesem Wege möglich wäre. Deshalb ersuchte die Gesellschaft das Gericht im Beschwerdeverfahren gegen die erstinstanzliche Konkurseröffnung, die Konkurskenntnis auszusetzen und ihr die provisorische Nachlassstundung zu gewähren – beantragt wurde somit faktisch ein Wechsel vom Konkurs- in ein (provisorisches) Nachlassverfahren. Auf die Beschwerde wurde jedoch mangels Aktivlegitimation der Gesellschaft nicht eingetreten.<sup>2</sup> Anschliessend begründe-

\* ROGER ABEGG, stud. iur. (MLaw), Girschweiler Partner AG, Stäfa.

\*\* KIM NGUYEN, MLaw, Wicki Partners AG, Zürich.  
Dieser Beitrag entstand in Zusammenarbeit mit der Girschweiler Partner AG und der Wicki Partners AG. Ein besonderer Dank gebührt Herrn Jürg Girschweiler, Herrn lic. iur. Edward Salib sowie Herrn RA Balthasar Wicki.

<sup>1</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020.

<sup>2</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 4.

te das Gericht in einem obiter dictum, warum es die Beschwerde auch materiell abgewiesen hätte.<sup>3</sup>

Die Entscheidung des KGer SG, die Beschwerde abzuweisen, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin konnte nicht überzeugend darlegen, dass sie sich zum Zeitpunkt der Einreichung der Insolvenzerklärung in einem Irrtum über mögliche Sanierungschancen befand und deswegen zur Beschwerde über die Konkurseröffnung auf eigenes Begehren legitimiert wäre.<sup>4</sup>

Das erwähnte Urteil zeigt jedoch exemplarisch auf, dass durch die heutige Rechtsanwendung in der Schweiz der Konkurs über Unternehmen eröffnet wird, welche eigentlich überlebens- und sanierungsfähig wären. Dies ist ein im Konkurs- und Sanierungsrecht bekanntes Problem: Viele Verwaltungsräte, Revisoren und Berater<sup>5</sup> sind mit dem seit dem 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Sanierungsrecht inklusive des rechtlichen Sanierungsinstruments der Nachlassstundung<sup>6</sup> (noch) zu wenig vertraut. Dies führt dazu, dass in manchen Fällen eine Bilanzdeponierung i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR mit anschliessender Konkurseröffnung oder – wie im vorliegenden Fall – sogar eine Konkurseröffnung auf eigenes Begehren i.S.v. Art. 191 SchKG erfolgt, ohne dass das Gericht vorgängig um Gewährung einer Nachlassstundung i.S.v. Art. 293 ff. SchKG ersucht wurde.

Durch das Konkursverfahren und die Betriebsschliessung können bestehende Aufträge nicht fertiggestellt und potenzielle Aktiven nicht mehr realisiert werden – dies stellt die Gläubiger oftmals schlechter als im Falle eines kontrollierten Herunterfahrens des Betriebs sowie der Weiterführung und des Verkaufs der rentablen Betriebsteile im Rahmen eines Nachlassverfahrens.<sup>7</sup>

Es stellt sich somit die Frage, ob es zulässig sein sollte, dass eine Gesellschaft auch nach Konkurseröffnung – bspw. im Beschwerdeverfahren gegen die erstinstanzliche Konkurseröffnung – dem Gericht ein Gesuch um Nachlassstundung stellen darf, sofern die erforderlichen Sanierungsaussichten dafür bestehen. Dies wurde vom KGer

SG vorliegend mit Verweis auf die Novenregelung in Art. 174 SchKG verneint.<sup>8</sup>

Nachfolgend wird den Ausführungen des Gerichts, wonach ein Wechsel vom Konkurs- in das Nachlassverfahren aus Gründen der fehlenden Beschwerdelegitimation generell ausgeschlossen sei, unter Erörterung alternativer Betrachtungsweisen zugunsten einer solchen Beschwerdelegitimation widersprochen. Des Weiteren wird dargelegt, weshalb ein Übergang vom Konkursverfahren in die Nachlassstundung mit einem entsprechenden Gesuch im Rahmen des Novenrechts von Art. 174 SchKG möglich sein sollte. Abschliessend werden konkrete Lösungsvorschläge für das Problem von vermeidbaren Konkursöffnungen skizziert.

## II. Beschwerdelegitimation bei Beschwerde gegen eine Konkurseröffnung auf eigenes Begehren

Im vorliegenden Fall erfolgte die Konkurseröffnung auf eigenes Begehren (Art. 191 SchKG). Deshalb stellt sich zuerst die prozessrechtliche Frage, ob der Antragsteller der Insolvenzerklärung überhaupt zur Beschwerde gegen das Konkursdekret legitimiert ist.

### A. Juristische Betrachtungsweise

Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass der Schuldner selbst grundsätzlich nicht zur Beschwerde gegen den Konkurseröffnungsentscheid nach einer Insolvenzerklärung auf eigenes Begehren legitimiert ist.<sup>9</sup> Dies folgt aus den allgemeinen Rechtsprinzipien der Einheit des Verfahrens sowie aus Treu und Glauben (Art. 2 ZGB): Es widerspricht diesen juristischen Maximen fundamental, wenn der Antragsteller erstinstanzlich vom Gericht eine Konkurseröffnung und im Beschwerdeverfahren deren Aufhebung verlangt, ohne dass ein Widerrufgrund für den Konkurs nach Art. 195 Abs. 1 SchKG vorliegt. Immerhin wird die Beschwerdelegitimation bejaht, wenn sich der Schuldner bei Abgabe der Insolvenzerklärung

<sup>3</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 5b; vgl. KGer NE, 1. Zivilgericht, 27.10.2010, in: RJN 2010, 527 ff.

<sup>4</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 4.

<sup>5</sup> Zur sprachlichen Vereinfachung werden in diesem Beitrag ausschliesslich männliche/weibliche Wortformen verwendet, was aber bedeutungsmässig alle Geschlechter miteinschliesst.

<sup>6</sup> Vgl. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Änderung vom 21.6.2013, AS 2013 4111 ff.

<sup>7</sup> LUKAS MÜLLER/GEORG J. WOHL, Bewilligung der Nachlassstundung mit dem Ziel der Betriebsübertragung, ZZZ 2020, 146 ff., 157; vgl. KUKO SchKG-HUNKELER, Vor Art. 293–336 N 1, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, Kurzkomentar, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-Verfasser).

<sup>8</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 5b.

<sup>9</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 4; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 191 N 30, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II (Art. 159–352 SchKG), Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Verfasser) m.w.H.; vgl. SK SchKG-TALBOT, Art. 191 N 26, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK – Schulthess Kommentar, 4. A., Zürich 2017 (zit. SK SchKG-Verfasser).

in einem wesentlichen Irrtum befunden hat.<sup>10</sup> Sofern ein Schuldner den wesentlichen Irrtum nicht nachweisen kann, ist der Konkurs jedoch rechtsgültig eröffnet und die Gesellschaft darf trotz vorhandenem Sanierungspotenzial weder einen Konkursaufschub begehren noch ein Gesuch auf provisorische Nachlassstundung stellen. Das Unwissen bezüglich der Sanierungsinstrumente führt damit zu einem prozessualen Fehler seitens des Schuldners, wodurch das Konkursverfahren vollzogen wird. In der Regel führt das zur sofortigen Stilllegung und Zerschlagung des Unternehmens, wodurch etwaig vorhandene Sanierungschancen der Gesellschaft gänzlich vernichtet werden.<sup>11</sup>

Im Volksmund heisst es: «Unwissenheit schützt nicht vor Strafe.» Dieses Sprichwort ist hier nicht unpassend: Selbstverständlich wäre es die Pflicht der Verwaltungsräte, der Revisoren und der Berater, das Instrument der Nachlassstundung zu kennen und eine solche unter Geltendmachung entsprechender Sanierungsaussichten zu beantragen, statt das Gericht aus Unwissen oder Irrtum um eine Konkurseröffnung zu ersuchen. Allfällige Konsequenzen aus diesem prozessrechtlichen Fehler muss die Gesellschaft unter einer rein juristischen Betrachtungsweise tragen.

## B. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

An dieser Stelle muss jedoch ein «aber» folgen: Normalerweise entsteht nach fehler- oder mangelhaften gerichtlichen Eingaben einer Partei nur der betroffenen Partei selbst ein Nachteil. Im Falle einer vermeidbaren Konkurseröffnung einer Gesellschaft sind die Auswirkungen jedoch wesentlich weitreichender: Es entsteht oftmals ein riesiger finanzieller Schaden bei allen Gläubigern, da noch vorhandene Aktiven durch die Konkurseröffnung massiv an Wert einbüßen. Darüber hinaus verlieren unzählige Arbeitnehmer ihre Arbeitsstelle und viele Familien eine (Haupt-)Einnahmequelle. Zudem können viele Handelspartner nicht mehr auf ihren Zulieferer oder Abnehmer von Waren und Dienstleistungen zurückgreifen. Kurzum: Die sozialen und wirtschaftlichen Schäden für ganze Wirtschaftsregionen sind enorm.<sup>12</sup> In Anbetracht der Auswirkungen, die ein aus Unwissen oder Irrtum er-

öffneter Konkurs über eine Gesellschaft auf die gesamte (regionale oder sogar nationale) Wirtschaft hat, sollte über die Beschwerdelegitimation im Beschwerdeverfahren gegen eine Konkurseröffnung auf eigenes Begehren nicht nur aus einer rein juristischen Sicht, sondern auch aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise heraus entschieden werden.

Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise spiegelt sich bereits heute in den gesetzlichen Regelungen betreffend Konkurs und Sanierung im SchKG wider. Ausschlaggebend für die Revision des Sanierungsrechts per 1. Januar 2014 war nämlich das eben genannte gesamtwirtschaftliche Schutzbedürfnis vor unbedachten Konkurseröffnungen. Mit der Revision sollte die Sanierung von Unternehmen erleichtert werden,<sup>13</sup> was durch Aufwertung der Nachlassstundung zum eigentlichen Sanierungsgefäss sowie durch Einführung diverser Erleichterungen für die Sanierung während der Nachlassstundung unter gerichtlicher Aufsicht erreicht wurde.<sup>14</sup> Für die Bewilligung einer provisorischen Nachlassstundung reicht es seither gemäss Art. 293a SchKG aus, dass die vage Aussicht auf Sanierung oder die Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht.<sup>15</sup> Das Nachlassgericht soll bloss in von vornherein aussichts- bzw. hoffnungslosen Fällen keine provisorische Stundung bewilligen, da eine solche Stundung nur Zeit- und Mittelverschwendung zum Nachteil der Gläubiger bedeuten würde und über den Schuldner früher oder später ohnehin der Konkurs eröffnet werden müsste.<sup>16</sup>

Die Nachlassstundung als Sanierungsinstrument ist also genau für Konstellationen wie jene im Ausgangsfall geschaffen worden, in welchen ein Konkurs gesamtwirtschaftlich und sozial nicht sinnvoll wäre und eine Sanierung nicht unmöglich scheint. Es wird dem Sinn und Zweck des revidierten Sanierungsrechts somit nicht gerecht, einer Gesellschaft im Konkurs die Beschwerdelegitimation nach einer Konkurseröffnung auf ihr eigenes Begehren abzuerkennen; insbesondere wenn nicht die blosser Aufhebung des Konkurses, sondern eine vom Gesetzgeber genau für solche Fälle geschaffene Nachlassstundung beantragt wird.

Zuletzt verlangen auch Art. 191 Abs. 2 SchKG sowie Art. 725a OR vom Gericht, dass dieses bei einer vom Schuldner beantragten Konkurseröffnung zuerst die

<sup>10</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 4; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER (FN 9), Art. 191 N 30 m.w.H.; BSK SchKG EB-STAEHELIN, Art. 191 ad N 30, in: Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2017 (zit. BSK SchKG EB-Verfasser).

<sup>11</sup> ANDRES BAUMGARTNER, Fortführung eines Unternehmens nach Konkurseröffnung, Diss. Freiburg 1987, 78; MÜLLER/WOHL (FN 7), 157.

<sup>12</sup> Vgl. BAUMGARTNER (FN 11), 78; vgl. MÜLLER/WOHL (FN 7), 157.

<sup>13</sup> Vgl. Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455 ff., 6456.

<sup>14</sup> BSK SchKG EB-BAUER (FN 10), Art. 293 N 13 f.

<sup>15</sup> KUKO SchKG-HUNKELER (FN 7), Art. 293 N 18; SK SchKG-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BURKHALTER (FN 9), Art. 293 N 13; vgl. BSK SchKG EB-BAUER (FN 10), Art. 293 ad N 23: «Intakte Aussichten auf den Abschluss eines Nachlassvertrages».

<sup>16</sup> KUKO SchKG-HUNKELER (FN 7), Art. 293 N 20.

Aussicht auf eine Sanierung prüft – und statuieren somit, dass Sanierungen gesamtwirtschaftlich sinnvoller sind als Konkursöffnungen und diesen vorgehen sollten. Daraus ergeben sich in einem Konkursöffnungsverfahren erhöhte Anforderungen an die gerichtliche Fragepflicht i.S.v. Art. 56 ZPO. Durch deren entschiedener Anwendung könnten irrtums- oder unwissenheitsbedingte Konkursöffnungen zusätzlich verhindert werden.

Zusammenfassend müsste dem Schuldner nach der hier vertretenen Meinung im Beschwerdeverfahren gegen die Konkurseröffnung auf eigenes Begehren auch ohne wesentlichen Irrtum die Beschwerdelegitimation aufgrund der sozialen und wirtschaftlichen Betrachtungsweise zuerkannt werden.

### III. Konkursaufschub und Nachlassstundung im Lichte der Novenregelung von Art. 174 SchKG

Bei Konkursöffnungen, welche aufgrund vorhandenen Sanierungspotenzials nicht notwendig wären und damit gesamtwirtschaftlich betrachtet schädlich sind, stellt sich neben dem eben behandelten Themenkomplex der Beschwerdelegitimation auch die prozessrechtliche Frage, zu welchen Verfahrenszeitpunkten ein Konkursaufschub oder ein Gesuch um provisorische Nachlassstundung überhaupt geltend gemacht werden kann.

#### A. Geltende Praxis zu Art. 174 Abs. 2 SchKG

Das Nachlassverfahren erfüllt seit der Revision des Sanierungsrechts per 1. Januar 2014 grundsätzlich alle Funktionen des Konkursaufschubs i.S.v. Art. 725a OR und führt dazu, dass dem Konkursaufschub in der Praxis nur noch eine geringe Bedeutung zukommt.<sup>17</sup> Beide Instrumente werden deshalb bei der Anwendung von Art. 174 SchKG von Lehre und Rechtsprechung prozessual implizit als Sanierungsanträge und damit gleichartig behandelt.<sup>18</sup>

Wann Sanierungsanträge prozessual geltend gemacht werden können, bemisst sich nach der besonderen Novenregelung des SchKG. Unechte Noven, also Tatsachen, welche schon vor dem erstinstanzlichen Entscheid eingetreten sind, dürfen nach Art. 174 Abs. 1 SchKG unbegrenzt geltend gemacht werden. Betreffend echte Noven, also Tatsachen, welche erst nach dem erstinstanzlichen

Entscheid eingetreten sind, sieht Art. 174 Abs. 2 SchKG hingegen einen abschliessenden Katalog an zulässigen Vorbringen vor.<sup>19</sup> Ein Antrag auf Konkursaufschub oder ein Gesuch um Gewährung einer provisorischen Nachlassstundung sind zwar keine «Tatsachen», sondern prozessuale Anträge. Trotzdem ist der Rechtsprechung und Lehre zuzustimmen, dass es sich bei diesen Anträgen doch implizit um echte Noven i.S.v. Art. 174 Abs. 2 SchKG handelt.<sup>20</sup>

Sofern der Katalog echter Noven nach Art. 174 Abs. 2 SchKG als abschliessend verstanden wird, so fällt die Novenschranke bei Konkursöffnungen bereits im erstinstanzlichen Verfahren. Im Rechtsmittelverfahren können Sanierungsanträge als echte Noven nicht mehr gestellt werden.<sup>21</sup> Von dieser Anschauung geht ein grosser Teil der Lehre und der Rechtsprechung bei der Geltendmachung des Konkursaufschubs im Falle einer Überschuldungsanzeige (Art. 192 SchKG i.V.m. Art. 725a OR) aus.<sup>22</sup> Werden die entsprechenden Gesetzesartikel strikt nach dem Wortlaut ausgelegt, ist dies zweifellos korrekt.<sup>23</sup>

Auffallend ist jedoch, dass der Begründung der geltenden bzw. bisherigen Praxis zu Art. 174 Abs. 2 SchKG eine Art «Weiterverweisungskette» zugrunde liegt: So verwies das KGer SG im jüngsten Entscheid auf ein Urteil des OGer ZH aus dem Jahr 2015. Das OGer ZH zitiert dort einen älteren, eigenen Entscheid aus dem Jahr 2008, welcher schliesslich die Praxis für Sanierungsanträge

<sup>17</sup> KUKO SchKG-HUNKELER (FN 7), Art. 293 N 40 m.w.H.

<sup>18</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 5b; OGer ZH, II. Zivilkammer, PS150150-O/U, 22.9.2015, E. 3.2; KUKO SchKG-HUNKELER (FN 7), Art. 293 N 42.

<sup>19</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 5a; BGer, 5A\_625/2015, 18.1.2016, E. 3.6.1; OGer ZH, II. Zivilkammer, PS150150-O/U, 22.9.2015, E. 3.2; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER (FN 9), Art. 192 N 24; BSK SchKG II-GIROUD (FN 9), Art. 174 N 20; KUKO SchKG-HUBER (FN 7), Art. 192 N 33.

<sup>20</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 5b; OGer ZH, II. Zivilkammer, PS150150-O/U, 22.9.2015, E. 3.2; OGer ZH, II. Zivilkammer, 3.7.2008, E. 8, in: ZR 2009, 48; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 5, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015 (zit. BSK OR II-Verfasser); CR CO II-PETER/CAVADINI, Art. 725a N 10b, 16, in: Pierre Tercier/Rita Trigo Trindade/Marc Amstutz (Hrsg.), Code des obligations II, Commentaire romand, 2. A., Basel 2017 (zit. CR CO II-Verfasser); KUKO SchKG-HUBER (FN 7).

<sup>21</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 5b; OGer ZH, II. Zivilkammer, PS150150-O/U, 22.9.2015, E. 3.2; OGer ZH, II. Zivilkammer, 3.7.2008, E. 8, in: ZR 2009, 48; CJGE, 227/04, 26.2.2004, E. 2a; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER (FN 9), Art. 192 N 16; KUKO SchKG-HUBER (FN 7), Art. 192 N 33.

<sup>22</sup> KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 5a; BGer, 5A\_625/2015, 18.1.2016, E. 3.6.1; OGer ZH, PS150150-O/U, 22.9.2015, E. 3.2; BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER (FN 9), Art. 192 N 16; BSK SchKG EB-STAEHELIN (FN 10), Art. 192 N 16; KUKO SchKG-HUBER (FN 7), Art. 192 N 33.

<sup>23</sup> Vgl. BGer, 5A\_625/2015, 18.1.2016, E. 3.6.1 m.w.H.

im Rahmen der SchKG-Novellenregelung festlegte.<sup>24</sup> Alle erwähnten Urteile und Kommentare basieren somit auf einem Gerichtsentscheid, welcher zwar Art. 174 Abs. 2 SchKG als abschliessend erachtet, jedoch vor dem Inkrafttreten der Revision des Sanierungsrechts erging und sogar selbst explizit darauf hinweist, dass trotz dieses Urteils anderslautende kantonale Entscheide gefällt wurden und werden.<sup>25</sup>

## B. Kritik an der geltenden Praxis, Befürwortung einer Praxisänderung

Die Praxis, welche Art. 174 Abs. 2 SchKG als abschliessend ansieht, ist somit noch unter dem alten Sanierungsrecht entstanden und war bereits damals umstritten. So hielten PETER/CAVADINI und WÜSTINER fest, dass Art. 174 Abs. 2 SchKG mit Blick auf die ratio legis keinesfalls abschliessend sein könne<sup>26</sup> und auch die Gerichte bereits Kritik an der bisherigen Praxis geäussert und teilweise sogar anders entschieden hätten.<sup>27</sup> Auch HUNKELER beschreibt die enge Auslegung der SchKG-Novellenregelung als «unbefriedigend».<sup>28</sup>

Die Auslegung der SchKG-Novellenregelung sollte deshalb zwingend im Hinblick auf die soziale und die wirtschaftliche Betrachtungsweise vorgenommen werden.<sup>29</sup> Der Grundgedanke «retten, was gerettet werden kann» bzw. «sanieren, was saniert werden kann» ist unter anderem in Art. 293a Abs. 3 SchKG (tiefe Hürden für die Bewilligung einer Nachlassstundung) sowie in Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG (Widerruf des Konkurses bei Zustandekommen eines Nachlassvertrages) verankert. Diesem Rechtsprinzip kommt nach der hier vertretenen Auffassung eine Strahlkraft ins gesamte prozessuale und materielle Vollstreckungsrecht zu. Art. 174 Abs. 2 SchKG muss deshalb zwingend in Anbetracht der von Art. 293a

SchKG kodifizierten ratio legis betrachtet werden, nach welcher immer die beste Lösung für die Gläubigergesamtheit, die Arbeitnehmerschaft, die Zulieferer und Kunden und schliesslich für den gesamten betroffenen wirtschaftlichen Markt gesucht werden soll.

## IV. Konkrete Lösungsvorschläge für die Problematik nicht notwendiger Konkursöffnungen

Nach den vorstehenden Ausführungen kann zusammengefasst werden, dass das Problem nicht notwendiger Konkursöffnungen von den Gerichten und Stimmen in der Literatur grundsätzlich erkannt wurde. Trotzdem führt die aktuelle Praxis zur Novellenregelung des Art. 174 Abs. 2 SchKG nach wie vor dazu, dass mit der erstinstanzlichen Insolvenzerklärung sämtliche Sanierungschancen vernichtet werden, da von diesem Verfahrenszeitpunkt an kein Gesuch um Gewährung der provisorischen Nachlassstundung oder um Konkursaufschub und damit kein Wechsel in ein Sanierungsverfahren mehr möglich ist. Für diese Problematik werden an dieser Stelle mehrere Lösungsvorschläge skizziert.

### A. Gerichtliche Frage- und Prüfpflichten bei der Einleitung von Konkursverfahren verstärken

Der erste Lösungsvorschlag zur Vermeidung gesamtwirtschaftlich nicht sinnvoller Konkursöffnungen wurde bereits oben angetönt:<sup>30</sup> Die Problematik könnte über die gerichtlichen Frage- und Prüfpflichten entschärft werden.

Sowohl Art. 191 Abs. 2 SchKG als auch Art. 725a OR sehen vor, dass eine Konkursöffnung nur dann erfolgen soll, wenn keine Sanierungsaussichten bestehen. Das Gericht ist somit gehalten, über die gerichtliche Fragepflicht nach Art. 56 ZPO eine (zumindest oberflächliche) Prüfung der Sanierungschancen vorzunehmen. Innerhalb dieser Abklärung haben die Richter die Möglichkeit, vorliegende Konkursgründe abzuklären, das Sanierungspotenzial grob zu analysieren und den Schuldner auf die Alternative einer Sanierung hinzuweisen. Dabei hat das Gericht einen grossen Ermessensspielraum. Bei einer Bilanzdeponierung i.S.v. Art. 725a OR i.V.m. Art. 192 SchKG kann das Gericht deshalb auch ohne Antrag auf Gewährung einer provisorischen Nachlassstundung von Amtes wegen eine Sanierung des Unternehmens veranlassen.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> Diese «Weiterverweisungskette» präsentiert sich wie folgt: KGer SG, BES.2020.14-EZS1, 12.3.2020, E. 5b; verweist weiter auf: OGer ZH, PS150150-O/U, 22.9.2015, E. 3.2; verweist wiederum auf: BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER (FN 9), Art. 192 N 16, sowie auf den folgenden Entscheid, auf welchen auch der BSK verweist: OGer ZH, II. Zivilkammer, Beschluss vom 3.7.2008, E. 8, in: ZR 2009, 48.

<sup>25</sup> OGer ZH, II. Zivilkammer, 3.7.2008, E. 8, in: ZR 2009, 48.

<sup>26</sup> BSK OR II-WÜSTINER (FN 20), Art. 725a N 5; CR CO II-PETER/CAVADINI (FN 20), Art. 725a N 10b, 16.

<sup>27</sup> Anders entschieden: CJ GE, 1293/01, 13.1.2001; kritisch bereits: CJ GE, 7.5.1997, E. 1b, in: BLSchK 1999, 192; Hinweis auf entsprechende kantonale und zürcherische Entscheide in: OGer ZH, II. Zivilkammer, 3.7.2008, E. 8, in: ZR 2009, 48; ausführliche Diskussion in: OGer ZH, II. Zivilkammer, PS110058, 15.7.2011, E. III.1.

<sup>28</sup> KUKO SchKG-HUBER (FN 7), Art. 192 N 34.

<sup>29</sup> Oben II.B.

<sup>30</sup> Oben II.B.

<sup>31</sup> BSK SchKG II-BRUNNER/BOLLER (FN 9), Art. 192 N 15.

Es wäre wünschenswert, dass die Gerichte in entsprechenden Fällen von der Option, die Sanierungschancen grob abzuklären und den Schuldner für ein Sanierungsverfahren an das Nachlassgericht zu überweisen, vermehrt Gebrauch machen und so unnötige Konkurse noch vor deren Eröffnung verhindern.

## B. Praxisänderungen betreffend Novenregelung von Art. 174 Abs. 2 SchKG

Die zweite Möglichkeit zur Verhinderung vermeidbarer Insolvenzen betrifft die Novenregelung in Art. 174 Abs. 2 SchKG. Die dazu existierende Gerichtspraxis ist, wie ausführlich dargelegt, nicht mehr zeitgemäss, da sich die ratio legis des neuen Sanierungsrechts – «sanieren, was saniert werden kann» – darin nicht widerspiegelt.<sup>32</sup>

Es ist somit an den Gerichten, die Novenregelung des SchKG nach Sinn und Zweck des Gesetzes auszulegen und entgegen dem Wortlaut des Art. 174 Abs. 2 SchKG im Beschwerdeverfahren Anträge auf einen Konkursaufschub oder auf Gewährung einer provisorischen Nachlassstundung zuzulassen, um einzelfall- und sachgerechte Lösungen zu erzielen.

## C. De lege ferenda: Schaffung eines weiteren Konkurswiderrufsgrundes i.S.v. Art. 195 SchKG

Die ersten beiden Lösungsvorschläge hängen sehr stark von der Bereitschaft der Gerichte ab, ihre Ermessensspielräume vermehrt zu nutzen und eine langjährige Praxis zu ändern. Entsprechend besteht die Gefahr, dass eine uneinheitliche neue Rechtsprechung entsteht. Um dies zu verhindern, wird an dieser Stelle eine Gesetzesanpassung vorgeschlagen.

Aktuell kann der Konkurs nach Art. 195 Abs. 1 SchKG widerrufen werden, wenn der Schuldner die Tilgung oder Stundung sämtlicher Forderungen oder das Zustandekommen eines Nachlassvertrags nachweist. Das Instrument des Widerrufs eines Konkurses gleicht jenem der Revision in Art. 328 ZPO, wobei sich die Faktenlage seit der erstinstanzlichen Insolvenzerklärung so stark verändert hat, dass das Urteil über die Konkurseröffnung faktisch rückgängig gemacht werden muss.

Um auch nach der Insolvenzerklärung Sanierungen in Verfahren mit gerichtlicher Aufsicht zu ermöglichen, wird an dieser Stelle die Idee vorgebracht, Art. 195 SchKG um einen weiteren Konkurswiderrufsgrund zu ergänzen. So könnte zu Beginn des Konkursverfahrens noch in eine

(provisorische) Nachlassstundung gewechselt werden, sofern die Voraussetzungen eines entsprechenden Verfahrens erfüllt sind. Zu einem späteren Zeitpunkt würde das Sanierungspotenzial durch die Schliessung des Betriebes und den damit verbundenen Wertverlust wohl fehlen und eine Nachlassstundung verunmöglichen. Dem Schuldner soll die grundlegende Möglichkeit gegeben werden, seine Gläubiger in einem Sanierungsverfahren, statt in einem Konkursverfahren, zu befriedigen. Die entsprechende Gesetzesanpassung soll den Rechtsprechungsorganen ein Instrument gegen nicht notwendige Konkurseröffnungen in die Hand geben und den Wechsel vom Konkurs- in das Nachlassverfahren explizit ermöglichen. Die geänderte Rechtsnorm könnte dabei wie folgt formuliert werden:

Art. 195 SchKG

<sup>1</sup> Das Konkursgericht widerruft den Konkurs und gibt dem Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen zurück, wenn:

1. er nachweist, dass sämtliche Forderungen getilgt sind;
2. er von jedem Gläubiger eine schriftliche Erklärung vorlegt, dass dieser seine Konkurs eingabe zurückzieht; oder
3. ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

<sup>2</sup> Der Widerruf des Konkurses kann vom Ablauf der Eingabefrist an bis zum Schlusse des Verfahrens verfügt werden.

<sup>2bis</sup> Das Konkursgericht widerruft den Konkurs auch, wenn dem Schuldner zwischen Konkurseröffnung und Schlusse des Verfahrens der Konkursaufschub oder die provisorische Nachlassstundung gewährt wurde.

<sup>3</sup> Der Widerruf des Konkurses wird öffentlich bekanntgemacht.

## D. Berichterstattungspflicht über Sanierungschancen

Obwohl die eben vorgeschlagene Rechtsnorm im hier zugrundeliegenden Fall einen Wechsel vom Konkurs- in ein Nachlassverfahren ermöglichen würde, löst sie die tieferliegende Problematik – nämlich dass der Konkurs in der Praxis oftmals ohne Abklärung der Sanierungschancen eröffnet wird – nur bedingt. Ergänzend zum eben dargelegten neuen Konkurswiderrufsgrund wäre also auch eine Gesetzesanpassung wünschenswert, welche dies verhindert. An dieser Stelle wird folgende zusätzliche Gesetzesänderung vorgeschlagen:

Art. 194 SchKG

<sup>1</sup> Die Artikel 169, 170 und 173a–176 sind auf die ohne vorgängige Betreuung erfolgten Konkurseröffnungen anwendbar. Bei Konkurseröffnung nach Artikel 192 ist jedoch Artikel 169 nicht anwendbar.

<sup>2</sup> Die Mitteilung an das Handelsregisteramt (Art. 176) unterbleibt, wenn der Schuldner nicht der Konkursbetreuung unterliegt.

<sup>3</sup> Entfaltet die Konkurseröffnung nach den Artikeln 190–192 beim Schuldner potenziell dieselben Wirkungen wie eine Massenentlassung nach Art. 335d ff. OR, so muss der Schuldner

<sup>32</sup> Oben III.B.

*dem Gericht einen summarischen Bericht eines zugelassenen Revisionsexperten vorlegen, welcher die Sanierungschancen des Schuldners insbesondere in einem Nachlassverfahren nach Artikel 293 ff. einschätzt.*

Dabei wird auf den Tatbestand der Massenentlassung i.S.v. Art. 335d ff. OR abgestellt, wodurch nur Unternehmen erfasst werden, welche mindestens 20 Arbeitnehmer beschäftigen und somit eine gewisse Grösse aufweisen. Der Konkurs eines solchen Schuldners wird in der Praxis durch die Kündigung der Arbeitsverhältnisse potenziell die Wirkungen einer Massenentlassung entfalten und zumindest kleinräumig negative Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft haben. Um dies möglichst zu vermeiden, müsste in der Praxis der Verwaltungsrat eines Unternehmens mit beispielsweise 50 Arbeitnehmern nach der vorgeschlagenen Rechtsnorm gleichzeitig mit der Bilanzdeponierung oder dem Antrag auf Konkurseröffnung einen Bericht eines zugelassenen Revisionsexperten vorlegen, in welchem allfällige Sanierungschancen beleuchtet und beurteilt werden. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die Sanierung nicht aussichtslos und damit eine wichtige Voraussetzung nach Art. 293 SchKG erfüllt ist und ob die Verfahrenskosten eines Nachlassverfahrens überhaupt gedeckt werden können.

Diese Berichtspflicht wird den Schuldner dazu bewegen, sich mit der Revisionsstelle über allfällige Sanierungsmöglichkeiten auszutauschen und diese anschliessend zu nutzen bzw. gerichtlich geltend zu machen. Dadurch – so die Überlegung der Autoren – würden finanziell angeschlagene Unternehmen in der Praxis dem Gericht viel öfter anstelle des Konkursbegehrens oder gleichzeitig mit der Bilanzdeponierung ein Gesuch um Nachlassstundung übermitteln. Zumindest würde der Schuldner die Behörde auf allfällige Sanierungschancen hinweisen (müssen).

Zudem würde es dem Gericht aufgrund der Zielsetzung der Norm ermöglicht, den Antrag auf Konkurseröffnung eines Schuldners bei einem Bericht, welcher ihm Sanierungspotenzial attestiert, abzulehnen. Im Hinblick auf die mehrfach postulierte wirtschaftliche Betrachtungsweise des SchKG müsste es nach dem Sinn und Zweck des neuen Art. 194 Abs. 3 SchKG sowie Art. 191 Abs. 2 SchKG sogar möglich sein, den Antrag auf Konkurseröffnung eines Schuldners mit Sanierungspotenzial i.S.v. Art. 191 Abs. 1 SchKG in ein (unvollständiges) Gesuch um Nachlassstundung gem. Art. 297 SchKG umzudeuten.

Dadurch gäbe es für das Problem von verhinderbaren Konkurseröffnungen eine gesetzliche Lösung, welche gleichzeitig das Instrument der Nachlassstundung weiter fördern und so dem Grundgedanken «sanieren, was saniert werden kann» endgültig zum Durchbruch verhelfen würde.

## V. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das schweizerische Konkursrecht grundsätzlich nicht auf die Sanierung, sondern auf die Liquidation von finanziell angeschlagenen Unternehmen ausgerichtet ist. Für Sanierungen kennt die Schweiz das separate Instrument des Nachlassverfahrens. Diese Zweiteilung des SchKG in Konkurs- und Nachlassverfahren führt aktuell zum verfahrensrechtlichen Problem, dass nach erfolgter Konkurseröffnung kein Wechsel in ein Nachlassverfahren mehr möglich ist, selbst wenn Sanierungsmöglichkeiten bestehen würden und letzteres Verfahren gesamtwirtschaftlich sinnvoller wäre.

Durch die in diesem Beitrag erläuterte wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche sich bereits heute im SchKG widerspiegelt, muss es nach der hier vertretenen Ansicht möglich sein, bei Unternehmen als Schuldner die Anforderungen an die Beschwerdelegitimation bei einer Konkurseröffnung auf eigenes Begehren i.S.v. Art. 191 SchKG ausnahmsweise zu senken, um ein Sanierungsverfahren zu ermöglichen.

Zudem soll ein Konkursaufschub oder ein Gesuch um (provisorische) Nachlassstundung auch nach der erfolgten Konkurseröffnung möglich sein: Es ist nicht zielführend, einem Schuldner aufgrund der grammatikalischen Auslegung der Novenregelung in Art. 174 Abs. 2 SchKG den Zugang zu einem gerichtlich überwachten Sanierungsverfahren zu verwehren, wenn der Gesetzgeber mit der Revision des Sanierungsrechts vermeidbare Konkurse verhindern und genau solche Sanierungsverfahren fördern wollte.

Die Gerichte werden deshalb ermutigt, ihren weiten Handlungsspielraum zu nutzen und die beschriebenen Probleme durch die verstärkte Wahrnehmung ihrer Frage- und Prüfpflichten sowie durch eine Praxisänderung bei der Beschwerdelegitimation sowie bei der SchKG-Novenregelung zu entschärfen.

In der Zukunft könnte im SchKG zudem eigens ein neuer Konkurswiderrufsgrund für Sanierungsverfahren geschaffen und eine Berichterstattungspflicht über Sanierungschancen für gewisse Schuldner eingeführt werden. Dadurch würde auch die Stellung des Nachlassverfahrens als Instrument zur Gläubigerbefriedigung gestärkt.