

Sonderdruck aus

Europa Institut Zürich Band 147

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV

Herausgeber: Thomas Sprecher

Fristen im Sanierungsrecht – ausgewählte Aspekte

Philipp Känzig
Gaudenz Geiger

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV

Schulthess § 2014

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014
ISBN 978-3-7255-6970-0

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Abschluss der Revision des Sanierungsrechts im Juni 2013	7
<i>Dr. iur. et phil. Thomas Sprecher, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
Gestaltung einer Auffanggesellschaft als „Plan B“	11
<i>Markus Koch, MBA, Partner bei Deloitte Consulting AG, Zürich</i>	
Sanierung und Steuern	21
<i>Daniela Schmucki, Fürsprecherin, dipl. Steuerexpertin, Partnerin bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, und lic. iur. Andrea Nordin, dipl. Steuerexpertin, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich</i>	
IT in der Insolvenz	65
<i>Dr. iur. Ralph Wyss, Rechtsanwalt, Zürich</i>	
Die sanierungsbedürftige Gesellschaft im Prozess	79
<i>Dr. iur. Georg Naegeli, Rechtsanwalt, Partner bei Homburger AG, Zürich, und lic. iur. Julian Schwaller, Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich</i>	
Fristen im Sanierungsrecht – ausgewählte Aspekte	113
<i>lic. iur. Philipp Känzig, Rechtsanwalt, Partner bei Staiger Schwald & Partner AG, Zürich, und Gaudenz Geiger, Rechtsanwalt, Associate Staiger, Schwald & Partner AG, Zürich</i>	
Wem darf eine überschuldete Gesellschaft was, wofür und wie zahlen?	143
<i>lic. iur. Thomas Rohde, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Bär & Karrer AG, Zürich</i>	

Fristen im Sanierungsrecht – ausgewählte Aspekte

Philipp Känzig/Gaudenz Geiger

Inhalt

I.	Einleitung.....	114
II.	Pflichten nach Art. 725 OR.....	114
1.	Art. 725 Abs. 1 OR.....	115
a)	Unverzügliche Einberufung der Generalversammlung.....	115
b)	Paulianische Anfechtungsklagen.....	118
c)	Zwischenfazit.....	119
2.	Toleranzfrist gemäss Art. 725 Abs. 2 OR.....	120
a)	Problematik.....	122
aa)	Unklare Dauer der Toleranzfrist und Funktion der Revisionsstelle.....	122
bb)	Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates.....	127
b)	Zwischenfazit.....	132
III.	Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR.....	133
IV.	Fristen im Nachlassverfahren (de lege lata) und im „neuen“ Nachlassverfahren (de lege ferenda).....	135
1.	Fristen im Nachlassverfahren (de lege lata).....	135
a)	Provisorische Nachlassstundung.....	136
b)	Definitive Nachlassstundung.....	136
2.	Fristen im Nachlassverfahren (de lege ferenda).....	138
a)	Provisorische Nachlassstundung.....	138
b)	Definitive Nachlassstundung.....	140
V.	Fazit.....	141

I. Einleitung

Angesichts der kurz bevorstehenden Revision des Sanierungsrechts werden vorliegend Teilaspekte der Sanierung, bzw. der dortigen Fristen thematisiert. Namentlich die Pflichten gemäss Art. 725 OR und der Zeitpunkt der Erfüllung dieser Verpflichtungen, der Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR und dessen Dauer sowie die Fristen im Nachlassverfahren *de lege lata* und *de lege ferenda* gemäss Art. 293 ff. SchKG. Nicht thematisiert werden Verjährungs- und Verwirkungsfristen in Sanierungsverfahren.¹ Ebenfalls nicht umfasst vom vorliegenden Aufsatz werden vertragliche Fristen – etwa Kündigungsfristen – im Sanierungsverfahren.

II. Pflichten nach Art. 725 OR

Der einleitende Schritt im institutionalisierten Sanierungsverfahren ist in der Regel die Erkenntnis der finanziellen Schieflage des betroffenen Unternehmens. Wird die Schieflage frühzeitig erkannt, besteht mangels gegenteiliger gesetzlicher Vorgaben ein breiter Ermessensspielraum der betroffenen Unternehmen um den Missstand zu beheben.

Regelmässig wird die finanzielle Schieflage, bzw. zumindest deren Ernsthaftigkeit aber erst dann erkannt bzw. eingestanden, wenn bereits eine Situation besteht, in der die Unternehmung in ihren Bestrebungen zur finanziellen Sanierung nicht mehr frei, sondern an gesetzliche Vorgaben und Fristen gebunden ist. Die Wahrung dieser Fristen ist für die Verantwortlichen der sich in finanzieller Schieflage befindenden Unternehmen zentral. Das Nichteinhalten der vorgegebenen Fristen kann schwerwiegende Folgen haben, vom Scheitern der Sanierung aus formellen Gründen bis hin zur persönlichen Verantwortlichkeit etwa aufgrund einer verspäteten Konkursmeldung (ein

¹ Ein kurzer Überblick über diese Thematik kann gefunden werden in: LORANDI FRANCO, Die Wirkungen des Konkursaufschubs (Art. 725a OR): Ausgewählte Fragen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht, Ein Vergleich zum Konkurs- und zum Nachlassverfahren – mit Vorschlägen *de lege ferenda*, in: RIEMER/KUHN/VOCK/GEHRI (Hrsg.), Schweizerisches und Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, FS Karl Spühler, Zürich 2005, 233 ff.

Tatbestand, der beispielsweise im Zusammenhang mit den Nachlassverfahren der Swissair-Gesellschaften immer noch im Raume schwebt).

1. Art. 725 Abs. 1 OR

Vorab ist festzuhalten, dass Art. 725 Abs. 1 OR im Rahmen der Revision des Obligationenrechts – voraussichtlich – lediglich sprachlich und terminologisch angepasst werden wird.² Die nachfolgend geschilderte Problematik wird folglich auch nach in Kraft treten der Revision fortbestehen.

a) *Unverzügliche Einberufung der Generalversammlung*

Artikel 725 Abs. 1 OR bestimmt bei Kapitalverlust, dass *unverzüglich* eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen zu beantragen sind. Die Anzeige des Kapitalverlustes und die Einberufung einer Generalversammlung dienen in erster Linie dem Gesellschafts- und Aktionärschutz. Die Aktionäre haben einen Anspruch, über die gefährdete finanzielle Situation ihrer Gesellschaft und die Sanierungspläne des Verwaltungsrates informiert zu werden, bevor das gesamte Eigenkapital aufgebraucht ist. Die Anzeige des Kapitalverlustes schützt auch den Fortbestand der Gesellschaft und dient Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen.³

Es ist offenkundig, dass die benötigte Zeit zur Vorbereitung und Einberufung der Generalversammlung sowie zur Ausarbeitung und Traktandierung von Sanierungsmassnahmen je nach Gesellschaft unterschiedlich ist. Folglich kann nicht abstrakt bestimmt werden, ob eine Versammlung im Einklang mit Art. 725 Abs. 1 OR *unverzüglich* einberufen worden ist.

Die Rechtsprechung gibt lediglich vage Hinweise, wann eine Generalversammlung *unverzüglich* gemäss Art. 725 Abs. 1 OR einberufen worden ist. In BGE 93 II 28 hält das Bundesgericht fest, der Verwaltungsrat habe in

² Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008, 1589 ff., 1689.

³ BaK-WÜSTINGER, Art. 725 OR, N 3.

einer der ausserordentlichen Lage angepassten Eile die nötigen Abklärungen zu treffen und Varianten abzuwägen, und dann ohne Verzug zur ausserordentlichen Generalversammlung mit den nötigen Anträgen einzuladen. Zu berücksichtigen ist, dass zur Ausarbeitung von geeigneten Sanierungsmassnahmen in der Regel zumindest eine vorgängige Verwaltungsratssitzung erforderlich ist. In der Regel wird der Verwaltungsrat auch darauf angewiesen sein, externe Berater und die Revisionsstelle beizuziehen. Zudem gilt: Je komplizierter die Sanierungsbeschlüsse sind (Kapitalerhöhung durch Verrechnung, Kapitalherabsetzung und wieder -heraufsetzung, Änderung der Aktionärsstruktur), desto länger braucht der Verwaltungsrat zur Sicherstellung der nötigen Unterstützungszusagen und zur Festsetzung des Einberufungstextes.⁴

In der Lehre wird denn auch postuliert, dass soweit Zeit gebraucht wird um die Vermögenslage näher abzuklären oder um Sanierungsvorschläge auszuarbeiten, gewisse Verzögerungen bei der Einberufung und Traktandierung der Sanierungsversammlung zulässig sind.⁵ Grosszügig bezüglich der *unverzöglichen* Einberufung der Generalversammlung zeigt sich FORSTMOSER. Solange eine begründete Aussicht auf Sanierung besteht, muss es dem Verwaltungsrat grundsätzlich erlaubt sein, die Sanierungsbestrebungen weiter zu führen und mit der Einberufung der Generalversammlung zuzuwarten.⁶ Gemäss BÖCKLI soll – zumindest bei konkreten Aussichten auf ein Gelingen einer Sanierung – ein Aufschub zur Einberufung der Sanierungsversammlung von *vier bis sechs Wochen* statthaft sein. BÖCKLI legitimiert den Aufschub zur Einberufung der ausserordentlichen Generalversammlung mit einem Verweis auf die Praxis zur „Toleranzfrist“ zur Anrufung des Richters

⁴ BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13, N 753.

⁵ BaK-WÜSTINGER, Art. 725 OR, N 42 m.w.H.

⁶ BÜHLER CHRISTOPH B., Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft – Lösungsansätze zur Verbesserung der aktienrechtlichen Rahmenbedingungen der Sanierung de lege ferenda, ST 8/10, 444 ff., 446 mit Hinweis auf FORSTMOSER PETER, Der Richter als Krisenmanager? Überlegungen zu Art. 725 f. OR, in: FORSTMOSER/HONSELL/WIEGAND (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Methodenlehre und Privatrecht, Zivilprozess- und Wettbewerbsrecht, FS Hans Peter Walter, Bern 2005, 263 ff.

gemäss Art. 725 Abs. 2 OR. Die Zeitspanne muss jedoch umso länger sein, je komplexer der Vorgang und je sicherer die Erfolgsaussichten sind.⁷

Die vorgeschlagene Frist von *vier bis sechs Wochen* zur Einberufung der Sanierungsversammlung sollte nicht als vorgegebene und fixe Zeitspanne gesehen werden, sondern als blosser Richtlinie bei der Planung der Sanierung. Es scheint auch (sehr) fraglich, ob eine Frist von vier bis sechs Wochen zur Ausarbeitung eines Sanierungskonzepts und zur ordentlichen Einberufung der Generalversammlung in jedem Fall tatsächlich ausreichend ist. Insbesondere bei grösseren Gesellschaften mit internationalem Aktionariat und Geschäft und komplexer Sanierung wird dies regelmässig nicht der Fall sein. Die Bemühungen um eine komplexe Sanierung brauchen in der Praxis bis zum Entscheid über ihr Zustandekommen (bzw. bis zum Sanierungsbeschluss) regelmässig bedeutend länger, nämlich mehrere Monate, allenfalls sogar mehr als ein Jahr.

Eine flexible Auslegung des Terminus *unverzüglich* gemäss Art. 725 Abs. 1 OR, wie etwa von FORSTMOSER gefordert, ist auch deshalb gerechtfertigt, weil bei Gesellschaften – insbesondere Publikumsgesellschaften oder anderen stark beobachteten Gesellschaften – die mit der Einberufung der Sanierungsversammlung verbundene Offenlegung der finanziellen Schieflage dazu führt, dass Lieferanten verunsichert und Finanzgläubiger alarmiert werden. Hat die Einberufung der Sanierungsversammlung zur Folge, dass Lieferanten nur noch gegen Vorkasse leisten, oder dass Finanzgläubiger beispielsweise Kredite fällig stellen (Cross Default), ist dies regelmässig weder im Interesse der betroffenen Gesellschaft, noch deren Gläubiger oder Aktionäre. Es ist deshalb entscheidend, dass bei der Einberufung der Sanierungsversammlung bereits ein glaubwürdiger Sanierungsplan angekündigt wird, wenn immer möglich mit der Zusicherung seiner grundsätzlichen Unterstützung durch die kreditgebenden Banken. Dies kann – wie erläutert – mehr Zeit in Anspruch nehmen als vier bis sechs Wochen.

Handelt der Verwaltungsrat bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 725 Abs. 1 OR offenkundig nicht, so muss gemäss der herrschenden Lehre die Revisionsstelle zur Ersatzvornahme schreiten und selbst die Aktionäre *unverzüglich* einberufen. Die Abschlussprüfer sind nicht erst im Zustand der

⁷ BÖCKLI (FN 4), § 13, N 754.

offensichtlichen Überschuldung nach Art. 728c Abs. 3 OR zum Handeln aufgerufen.⁸ Somit besteht – analog der Situation bei Art. 725 Abs. 2 OR – ein Spannungsfeld zwischen den Pflichten des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle. Daher ist ratsam, wenn der Verwaltungsrat bei Vorliegen einer Situation im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR von Beginn an versucht, koordiniert mit der Revisionsstelle vorzugehen (regelmässig dürfte die Mitwirkung der Revisionsstelle bei der Erarbeitung eines Sanierungskonzepts ohnehin unerlässlich sein).

Wichtig ist ferner, dass der Verwaltungsrat früh handelt, wenn für ihn die Gefahr einer finanziellen Schieflage erkennbar wird. Dies wird in der Regel nicht erst dann sein, wenn die Jahresbilanz vorliegt oder gar revidiert worden ist. Führt der Verwaltungsrat regelmässig Sitzungen durch und lässt er sich dabei die finanzielle Lage der Gesellschaft von der Geschäftsleitung erörtern, wird er schon vor dem Vorliegen einer entsprechenden Jahresbilanz (Art. 725 Abs. 1 OR) das Risiko erkennen, welches ihn dannzumal zum Handeln zwingen könnte. Handelt er bereits zu diesem Zeitpunkt – ohne gemäss dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 1 OR dazu verpflichtet zu sein – wird er weniger Probleme damit haben, beim tatsächlichen Vorliegen einer Jahresbilanz mit einer Unterdeckung *unverzüglich* im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR zu handeln.

b) *Paulianische Anfechtungsklagen*

Möglichst frühzeitige Sanierungsbemühungen sind insbesondere auch mit Blick auf die Gefahr von späteren paulianischen Anfechtungsklagen wünschenswert. Es gilt bei sämtlichen Sanierungsbemühungen, insbesondere solchen die fremdfinanziert sind, die in Art. 285 ff. SchKG vorgesehenen Fristen (*periode suspecte*) zu beachten. Ist erst einmal eine Überschuldung eingetreten, verhindert Art. 287 SchKG (Überschuldungsanfechtung) regelmässig gängige Sanierungsmassnahmen. Wie in den Swissair-Nachlässen ersichtlich wurde, ist zudem stets auch die fünfjährige Anfechtungsfrist gemäss Art. 288 SchKG (Absichtspauliana) im Auge zu behalten. Als Faustregel kann gelten, je früher Sanierungsbemühungen an die Hand genommen

⁸ BÖCKLI (FN 4) § 13, N 754c mit (fraglichem) Hinweis auf BGE 121 III 426 und die h.L.

werden, desto grösser ist die Flexibilität bei der Ausgestaltung der Sanierung, und desto unwahrscheinlicher wird sein, dass in einem allfälligen späteren Gerichtsverfahren die „Absicht zur Gläubigerschädigung“ bzw. deren Erkennbarkeit für den Begünstigten festgestellt werden kann. Grössere fristenrelevante Änderungen in den Bestimmungen zur paulianischen Anfechtung ergeben sich im Zusammenhang mit der Revision des SchKG nicht. Es soll einzig darauf hingewiesen sein, dass Art. 292 Ziff. 3 E-SchKG ausdrücklich bestimmt, dass das paulianische Anfechtungsrecht nach Ablauf von zwei Jahren seit Bestätigung des Nachlassvertrages verjährt⁹, und dass darauf verzichtet worden ist, eine vom Bundesgericht obiter dictum in Aussicht gestellte Privilegierung von Sanierungsdarlehen oder Sanierungsdienstleistungen gesetzlich zu regeln.

c) *Zwischenfazit*

Zusammengefasst ist somit die regelmässig erste, im Sanierungszusammenhang zu beachtende „Frist“, jene der *unverzüglichen* Einberufung der Sanierungsversammlung gemäss Art. 725 Abs. 1 OR. Die Bedeutung von *unverzüglich* variiert je nach betroffener Gesellschaft sowie Art und Umfang der vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen. Die in der Lehre postulierte Frist von vier bis sechs Wochen taugt allenfalls als Richtlinie bei einfacheren und überschaubaren Verhältnissen, im Einzelfall muss aber davon abgewichen werden können. Aus Haftungsüberlegungen wäre grundsätzlich wünschenswert, wenn die Gerichte oder der Gesetzgeber nähere Anhaltspunkte geben würden, wann die Einberufung der Sanierungsversammlung unverzüglich ist. Angesichts der Unterschiede der betroffenen Unternehmen und der Vielzahl denkbarer Sanierungsmassnahmen wird dies aus praktischen Gründen aber kaum möglich sein. Wichtiger scheint es daher, dass die Gerichte – auch in Zukunft – Augenmass bei dieser Beurteilung walten lassen und sich nicht starr dogmatisch an der bis zur Einberufung verstrichenen Zeit orientieren.

⁹ Botschaft des Bundesrates vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010, 6455 ff., 6467; Kodifizierung der Exxon-Mobile Rechtsprechung (BGE 134 III 273).

2. Toleranzfrist gemäss Art. 725 Abs. 2 OR

Artikel 725 Abs. 2 OR wird voraussichtlich im Rahmen der Revision des OR angepasst werden.¹⁰ Die nachfolgend geschilderte Problematik bleibt aber auch unter dem revidierten OR relevant, denn die einschlägigen Art. 725c Abs. 4 und 5 E-OR befassen sich nicht mit der Frage, wann die Überschuldungsanzeige bei festgestellter Überschuldung zu erfolgen hat. Noch im Vorentwurf¹¹ wurde vorgesehen, dass der Verwaltungsrat das Gericht im Falle einer Überschuldung *unverzüglich* benachrichtigen müsse. In der Vernehmlassung wurde der Einwand erhoben, dass dem Verwaltungsrat eine bestimmte Zeitspanne einzuräumen sei, bevor er seiner Anzeigepflicht nachzukommen habe. Eine zwingende Verpflichtung zur sofortigen Benachrichtigung des Gerichts könne sogenannt „stille Sanierungen“ vereiteln. Der Entwurf kehrt daher zur heute gültigen Formulierung zurück.

Nicht Gegenstand dieses Aufsatzes ist die Frage, wann „begründete Besorgnis einer Überschuldung“ besteht. Es wird lediglich auf die Frage eingegangen, welche Fristen eingehalten werden müssen, wenn bereits eine Zwischenbilanz erstellt worden ist und sich daraus eine Überschuldungsposition im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR ergibt.

Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass eine Überschuldungssituation (nicht gleich zu setzen mit Zahlungsunfähigkeit gemäss Art. 291 SchKG) vorliegt, so hat der Verwaltungsrat – regelmässig (und sofern kein Rangrücktritt vereinbart wird) – den Richter zu benachrichtigen (Art. 725 Abs. 2 OR; Art. 725c Abs. 4 und 5 E-OR). Wann diese Meldung an den Richter zu erfolgen hat, ist gesetzlich nicht geregelt. Dies ist insofern problematisch, da nicht nur der Verwaltungsrat zur Meldung an den Richter verpflichtet ist, sondern gemäss Art. 728c Abs. 3 OR auch die Revisionsstelle, sofern die Gesellschaft offensichtlich überschuldet ist und der Verwaltungsrat die Mel-

¹⁰ BBl 2008, 1691.

¹¹ Vorentwurf und Begleitbericht zu einer Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts im Obligationenrecht vom 2. Dezember 2005, gefunden unter <<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision/vn-ber-d.pdf>>.

dung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR unterlassen hat¹². Art. 725 Abs. 2 OR dient unmittelbar dem Schutz der Gläubiger. Durch die Anzeige der Überschuldung soll eine gleichmässige Befriedigung der Gläubiger sichergestellt werden. Weiter soll verhindert werden, dass einzelne Gläubiger bevorzugt behandelt oder der Konkurs verschleppt wird, ein wirtschaftlich ungesundes Unternehmen zu noch grösseren Verlusten kommt und das Zwangsvollstreckungssubstrat der Gläubiger weiter geschmälert wird. Die Überschuldungsanzeige erfolgt aber auch zum Schutz der Allgemeinheit und der zukünftigen Kreditgeber.¹³

Es besteht grundsätzlich eine gefestigte Bundesgerichtspraxis, welche dem Verwaltungsrat erlaubt, selbst wenn die Überschuldung gemäss Art. 725 Abs. 2 OR festgestellt worden ist, die Benachrichtigung des Richters für eine verhältnismässig kurze Zeitspanne aufzuschieben, wenn eine vernünftige Aussicht auf eine kurzfristige Lösung des Problems besteht. Gemäss der herrschenden Lehre besagt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, dass die „verhältnismässig kurze Zeitspanne“ *vier bis sechs Wochen* beträgt.¹⁴

Drei Voraussetzungen müssen zu Inanspruchnahme der Toleranzfrist kumulativ erfüllt sein:¹⁵

- i) Es existiert eine konkrete, kurzfristig realisierbare Aussicht auf Sanierung (wobei kurzfristig – erneut – vier bis sechs Wochen meint).
- ii) Der Verwaltungsrat handelt in der entstandenen schwierigen Situation so, wie man es vernünftigerweise von einem Unternehmer erwarten darf, und dabei wird „das Risiko, das mit dem Versuch einer Sanierung naturgemäss verbunden ist, durch den ökonomischen Wert der Chance einer Sanierung aufgewogen.“¹⁶

¹² Vgl. dazu auch die Prüfstandards (PS) der Treuhandkammer, PS 290, Bestimmung HH.

¹³ BaK-WÜSTINGER, Art. 725 OR, N 4 f.

¹⁴ BÖCKLI (FN 4), § 13, N 816 mit Hinweis auf BGE 108 V 188; 116 II 541; 125 III 86; 127 IV 113; 128 III 180; 132 III 572; etc.

¹⁵ Zum Ganzen: BÖCKLI (FN 4), § 13, N 816a.

¹⁶ Urteil 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001.

- iii) Die Lage der Gläubiger wird nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der Finanzlage der Gesellschaft bedroht, d.h. die materiellen Voraussetzungen für einen Konkursaufschub sind an sich gegeben.¹⁷

Die Existenz dieser Toleranzfrist wird in der Lehre teilweise kritisiert, hat sie doch weder eine klare gesetzliche Grundlage, noch wurde sie vom Bundesgericht je einlässlich begründet.¹⁸ Trotz dieser Kritik ist die Toleranzfrist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und im Grossteil der Lehre fest verankert.¹⁹ Auch aus praktischer Sicht ist die Gewährung einer Toleranzfrist zu begrüßen. Dies insbesondere, wenn sie lediglich in Anspruch genommen wird, sofern die oben umschriebenen Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, das heisst, die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR gegeben wären.

a) *Problematik*

Obwohl die flexible Handhabung von Art. 725 Abs. 2 OR – etwa über die bundesgerichtliche Toleranzfrist – insbesondere aus Sicht des betroffenen Unternehmens im Grundsatz wünschenswert und sinnvoll ist, ergeben sich in der Praxis verschiedene Probleme.

aa) *Unklare Dauer der Toleranzfrist und Funktion der Revisionsstelle*

Gemäss der herrschenden Lehre beträgt die Toleranzfrist für die Benachrichtigung des Richters – wie erwähnt – *vier bis sechs Wochen*. Bei genauerer Betrachtung der diesem Grundsatz zu Grunde liegenden Rechtsprechung gilt es aber festzustellen, dass die Rechtsprechung keineswegs klar und eindeutig

¹⁷ Urteil 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001.

¹⁸ Kritisch in diesem Sinne etwa ZK-HOMBURGER, Art. 725 OR, N 1256 und 1260; PIAGET EMMANUEL/RUEDIN ROLAND, Le moment de l'avis au juge, AJP 11 (2003), 1329 ff.; vgl. BÖCKLI (FN 4), § 13, FN 2116 m.w.H.

¹⁹ In diesem Sinne etwa BÖCKLI (FN 4), § 13, N 816 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50, N 212; BaK-WÜSTINGER ART. 725 OR, N 40a; KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707-726, 754 OR und Spezialgesetze. Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005, N 2213 ff.

ist, wie es auf den ersten Blick den Anschein erweckt. Dies gilt insbesondere dann, wenn nicht nur die Toleranzfrist gemäss Art. 725 Abs. 2 OR betrachtet, sondern auch die Pflicht der Revisionsstelle gemäss Art. 728c Abs. 3 OR mit berücksichtigt wird.

Das Bundesgericht hat sich zu dieser Ausgangslage wie folgt geäussert.²⁰

BGE 116 II 533 E. 5a S. 540: Unter Berufung auf DUSS²¹ erlaubt das Bundesgericht dem Verwaltungsrat bei *unverzüglicher* Sanierung den Verzicht auf Bilanzdeponierung *ohne zeitliche Beschränkung*. Der Entscheid erging allerdings 1990, d.h. vor der Einführung der Überschuldungsanzeigepflicht der Revisionsstelle:

„Dabei wird zu beachten sein, dass die Auslegung von Art. 725 Abs. 3 OR, welcher die vorbehaltlose und unbedingte Pflicht der Verwaltung vorsieht, bei Überschuldung der Aktiengesellschaft den Richter zu benachrichtigen, in der jüngeren Lehre und Rechtsprechung erheblich relativiert worden ist. So vertritt etwa M. DUSS (Rangrücktritt des Gläubigers bei Überschuldung der Aktiengesellschaft, SAG 44/1972 S. 4) die Meinung, die Anzeige könne unterbleiben, solange Sanierungschancen beständen, es sei denn, Forderungen der Gesellschaftsgläubiger würden durch neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet. Auch nach FORSTMOSER (Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl. 1987, S. 249 Rz. 842) verletzt die Verwaltung ihre Pflicht nicht, wenn sie unverzüglich saniert, statt sich an den Richter zu wenden; jedenfalls handelt sie nicht schuldhaft, wenn sie in einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden darf (FORSTMOSER, a.a.O., Rz. 843). Diesen Auffassungen hat sich das Bundesgericht angeschlossen (BGE 108 V 188).“

Urteil 4C.117/1999 vom 16. November 1999: Das Bundesgericht hält fest, dass *für die Revisionsstelle eine Frist von vier bis sechs Wochen* ab Erkenntnis der offensichtlichen Überschuldung als angemessen gilt, um eine eigene Anzeige bei Gericht vorzunehmen. Sofern eine solche Anzeige indes im Widerspruch zu den laufenden Sanierungsbemühungen des Verwaltungsrates

²⁰ Zum Ganzen auch CAMPONOVO RICO A., Benachrichtigung des Konkursrichters durch die Revisionsstelle, ST 6-7/12, 400 ff.

²¹ DUSS MARKUS, Rangrücktritt des Gläubigers bei Überschuldung der Aktiengesellschaft, SAG 44/1972, 4.

steht, kann die Revisionsstelle darauf verzichten. Für den Verwaltungsrat hält das Bundesgericht fest, dass er nach Feststellung der Überschuldung die finanzielle Sanierung innert einer Frist von *maximal 60 Tagen* zu erwirken habe.²²

„Nachdem der Beklagten [die Revisionsstelle] die Überschuldung der Klägerin offensichtlich geworden war, hatte sie dem Verwaltungsrat zunächst zur Vornahme der Anzeige Frist anzusetzen, bedingt doch die Anzeigepflicht der Revisionsstelle gemäss Art. 729b Abs. 2 OR, dass der Verwaltungsrat die Anzeige pflichtwidrig unterlässt. Angemessen erscheint eine Frist von 4-6 Wochen (Camponovo, a.a.O., S. 217), so dass die Beklagte spätestens Ende September 1994 verpflichtet gewesen wäre, die Anzeige an den Richter selbst vorzunehmen. Dass der Verwaltungsrat im fraglichen Zeitpunkt noch Sanierungsbestrebungen unternahm, vermag daran nichts zu ändern. Wohl darf nach der neueren Praxis des Bundesgerichts der Verwaltungsrat einer überschuldeten Gesellschaft auf die Bilanzdeposition verzichten, wenn die Gesellschaft unverzüglich saniert werden kann (BGE 116 II 533 E. 5a S. 540 f. mit Hinweis), und muss unter solchen Umständen auch die Revisionsstelle auf die ersatzweise Vornahme der Anzeige verzichten dürfen, würde doch ansonsten die dem Verwaltungsrat eröffnete Sanierungsmöglichkeit zunichte gemacht. In Anlehnung an Art. 64 Abs. 2 lit. b des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision vom 29. Juni 1998 kann davon ausgegangen werden, dass der Verwaltungsrat nach der Feststellung der Überschuldung die finanzielle Sanierung innert einer Frist von maximal 60 Tagen zu erwirken hat.“

Unglücklich ist dieser Entscheid insbesondere deshalb, weil die Toleranzfrist zu Gunsten der Revisionsstelle offenbar rund vier bis sechs Wochen beträgt (allerdings startend bei Kenntnis der *offensichtlichen* Überschuldung), und damit kürzer ist, als die dem Verwaltungsrat zustehende Toleranzfrist von 60 Tagen. Dies obwohl das Bundesgericht auch im zitierten Entscheid festhält, dass die Anzeigepflicht der Revisionsstelle subsidiär zu jener des Verwaltungsrates ist. Mithin ist bei dieser Ausgangslage entscheidend, wann

²² Dazu auch: HUNKELER DANIEL, Die Sanierungsphase mit Blick auf ein nachfolgendes Insolvenzverfahren in: SPRECHER (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Zürich 2012, 19 ff., 23; LUTERBACHER THIERRY, Ein wegweisendes Bundesgerichts-Urteil zur Verantwortlichkeit der Revisionsstelle, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Revisionsstelle im Lichte des nicht publizierten BGE vom 16. November 1999 (4C.117/1999), ST 11/00, 1267 ff.

eine Überschuldung *offensichtlich* ist, und wann die Meldung durch die Revisionsstelle *im Widerspruch zu laufenden Sanierungsbemühungen des Verwaltungsrates* steht. Beide Fragen wurden vom Bundesgericht bis anhin nicht klar beantwortet. In der Praxis ist es regelmässig so, dass die Revisionsstelle – sobald sie Kenntnis von der Überschuldung erhält – dem Verwaltungsrat eine kurze Frist zur (erfolgreichen) Beseitigung der Überschuldung setzt, ansonsten sie eine eigene Überschuldungsanzeige vornehmen wird. Aus Haftungsüberlegungen (Art. 755 OR) ist dieses Verhalten der Revisionsstellen durchaus nachvollziehbar. Ob damit stets auch im Sinne der Gläubiger gehandelt wird, ist zumindest fraglich.

Urteil 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001: Das Bundesgericht erwähnt die Fristentheorie gemäss Urteil 4C.117/1999 vom 6. November 1999 nicht mehr. Stattdessen verweist das Bundesgericht wieder auf BGE 116 II 533 und gesteht dem Verwaltungsrat den Verzicht auf die Bilanzdeponierung *ohne zeitliches Limit* zu, sofern konkrete Aussichten auf Sanierung bestehen. Solange der Verwaltungsrat tut, was von ihm vernünftigerweise erwartet werden darf, muss er den Richter nicht benachrichtigen. Es genüge mithin, wenn die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a OR gegeben seien, da die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden sein dürften, als wenn der Richter benachrichtigt würde:

„Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können bei Überschuldung der Aktiengesellschaft konkrete Aussichten auf Sanierung rechtfertigen, von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR abzusehen, sofern die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet werden. Die Verwaltung handelt nicht schuldhaft, wenn sie unverzüglich saniert, statt sich an den Richter zu wenden, und in einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden darf (BGE 116 II 533 E. 5a S. 541).“²³

BGE 132 III 564, E. 5.1 vom 27. Juni 2006: Das Bundesgericht verweist erneut auf BGE 116 II 533 und das Urteil 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, d.h. jene Rechtsprechung die keine konkrete Dauer der Toleranzfrist vorgibt:

²³ Urteil 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b.

„Exceptionnellement, il peut être renoncé à un avis immédiat au juge, si des mesures tendant à un assainissement concret et dont les perspectives de succès apparaissent comme sérieuses sont prises aussitôt (ATF 116 II 533 consid. 5a p. 541, confirmé in arrêt du Tribunal fédéral 4C.366/2000 du 19 juin 2001, consid. 4b et les références citées).“

Urteil 4A_505/2007 vom 8. Februar 2007 und Urteil 4C.436/2006 vom 18. April 2007: Das Bundesgericht postuliert als Fristenende nicht mehr den „Tag der Überschuldungsanzeige“, sondern den „Tag der Konkursöffnung.“

BBl 2008, 1691: Der Bundesrat hält fest, dass die oberste Geschäftsführung auch unter dem revidierten Obligationenrecht – gestützt auf die bundesgerichtliche Praxis – die Benachrichtigung des Gerichts kurze Zeit hinauschieben darf, um Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, sofern ernsthaft mit einem Erfolg der Sanierung gerechnet werden darf. Ein Aufschieben der Benachrichtigung um mehr als *ca. vier bis sechs Wochen* dürfte – gemäss der Botschaft²⁴ – aber unzulässig sein. Zur Begründung verweist die Botschaft etwas überraschend auf BGE 116 II 533, notabene jenen Entscheid, in dem keine zeitliche Befristung der Toleranzfrist vorgesehen wird.

Urteil 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010: Das Bundesgericht attestiert dem Verwaltungsrat intensive Sanierungsbemühungen. Die maximale *Frist für Sanierungsbemühungen betrage indes 60 Tage*. Am Ende der Frist stehe der Tag der Überschuldungsanzeige:

„Die Anzeigepflicht des Verwaltungsrates bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung ist in Art. 725 OR geregelt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Verwaltungsrat bei Überschuldung die Benachrichtigung des Richters für eine kurze Zeitspanne aufschieben, wenn eine vernünftige Aussicht auf eine kurzfristige Lösung des Problems besteht (BGE 132 III 564 E. 5.1 S. 573). Angemessen erscheint eine auf wenige Wochen bemessene Frist (vgl. Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 Rz. 816 f. und 818, wonach die Frist auf 4 bis 6 Wochen festzulegen ist; ebenso Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts, BBl 2008 1691 Ziff. 2.1.32; Urteil 4C.117/1999 vom 16. November 1999 E. 1b/aa, das in Anlehnung an Art. 64 Abs. 2 lit. b des Vorentwurfes

²⁴ BBl 2008, 1691.

zu einem Bundesgesetz über die Rechnungslegung und Revision vom 29. Juni 1998 die Frist auf maximal 60 Tage bemisst). Es muss die dauerhafte finanzielle Gesundheit der Gesellschaft erwartet und deren Ertragskraft wiederhergestellt werden. Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung angebracht oder ist diese für die Gläubiger mit einem erhöhten Risiko verbunden, hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen. Übertriebene Erwartungen oder vage Hoffnungen reichen nicht aus (BGE 127 IV 110 E. 5a S. 113; Urteil 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 E. 4b).²⁵

Insgesamt besteht deshalb nach wie vor Unklarheit über die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Verwaltungsrat zustehende *Toleranzfrist* bei der Überschuldungsanzeige. Angesichts der bestehenden Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Toleranzfrist, bei gegebenen Voraussetzungen (siehe oben, II.2.), maximal 60 Tage dauert. Als Ende der Frist hat der Tag der Überschuldungsanzeige zu gelten. Der Tag der Überschuldungsanzeige ist, im Gegensatz zum Tag der Konkurseröffnung, vom verantwortlichen Verwaltungsrat bestimmbar.

Aus Gründen der Diligenz muss dem Verwaltungsrat indessen stets geraten werden, die Überschuldungsanzeige bereits vor Ablauf einer vier- bis sechswöchigen Frist einzureichen. Dies einerseits deshalb, weil die Botschaft zur Revision des OR²⁶ – eigentlich entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – von einer Toleranzfrist von vier bis sechs Wochen ausgeht. Andererseits, weil die bundesgerichtliche Rechtsprechung, sowohl im Hinblick auf die Dauer der Toleranzfrist (jüngst 60 Tage für den Verwaltungsrat, aber lediglich vier bis sechs Wochen für die Revisionsstelle), als auch im Hinblick auf das Ende dieser Frist (Überschuldungsanzeige oder Konkurseröffnung), alles andere als klar und eindeutig ist.

bb) Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Die bundesgerichtliche Toleranzfrist bei der Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 Abs. 2 OR birgt mannigfaltige Risiken und Probleme. Exemplarisch etwa ist auf die unterschiedlichen Interessen von Alt- und Neugläubigern

²⁵ Urteil 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010, E. 2.2.

²⁶ BBl 2008, 1691.

hinzuweisen (die Toleranzfrist mag dem Altgläubiger dienen, hat aber zur Folge, dass – mangels Publizität der wirtschaftlichen Schwierigkeiten – Neugläubiger angezogen werden, welche – bei Kenntnis der wirklichen finanziellen Lage – nicht oder nur gegen Vorkasse mit dem fallierenden Unternehmen kontrahiert oder geliefert hätten). Ferner besteht die Gefahr der fortschreitenden Verschlechterung der finanziellen Lage während der laufenden Toleranzfrist. Schliesslich birgt auch der Umstand, dass die Toleranzfrist nur gewährt wird, wenn sich die Lage der Gläubiger aufgrund des Aufschubes nicht verschlechtert Risiken.²⁷

Werden diese Probleme nüchtern analysiert, hat dies regelmässig zur Folge, dass das in Anspruch nehmen der Toleranzfrist gar nicht möglich ist oder zumindest (zu) viele Risiken in sich birgt. So dürfte es für den Verwaltungsrat einer fallierenden Gesellschaft in der Regel nicht möglich sein, mit genügender Sicherheit zu gewährleisten, dass sich die Lage der Gläubiger durch den Aufschub der Insolvenzanzeige nicht verschlechtert. Dies ist insbesondere im Hinblick auf neue Gläubiger zutreffend, also Dritte, die erst nach festgestellter Überschuldung, aber vor der Überschuldungsanzeige zu Gläubigern der Gesellschaft geworden sind.

Vorliegend soll lediglich die Problematik des steigenden Haftungsrisikos des Verwaltungsrates thematisiert werden: Nimmt der Verwaltungsrat die Toleranzfrist in Anspruch, entsteht ihm auch ein erhöhtes Risiko der persönlichen Haftung, sollte die von ihm beabsichtigte Sanierung schliesslich nicht erfolgreich sein und die Gesellschaft trotz aller Anstrengungen in ein Konkurs- oder Nachlassverfahren gehen. Verläuft die Sanierung erfolgreich, steht eine Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates regelmässig nicht (mehr) zur Debatte, fehlt es doch am Schaden für die Gesellschaft und/oder dessen Gläubiger und Aktionäre.

Scheitert der Verwaltungsrat bei einer Sanierung die ohne Benachrichtigung des Gerichts in Angriff genommen worden ist, wird schnell der Vorwurf im Raum stehen, der Verwaltungsrat habe die Hoffnungslosigkeit der Lage

²⁷ Dazu BÖCKLI (FN 4), § 13, N 817a ff.

pfllichtwidrig nicht erkannt²⁸ oder, dass er sich auf ein unrealistisches Sanierungskonzept eingelassen habe, was pfllichtwidrig sei²⁹.

Während der Toleranzfrist behält der Verwaltungsrat die schlechte finanzielle Lage der Gesellschaft (also die Überschuldung) vor den anderen Wirtschaftsteilnehmern geheim. Entsprechend dem weiteren Lauf der Geschäfte veranlasst der Verwaltungsrat eine Anzahl von alten und auch neuen Geschäftspartnern zu zusätzlicher Kreditgewährung an die bereits überschuldete Gesellschaft. Während die bereits bestehenden Forderungen der Altgläubiger erst im Lauf der Zeit marode geworden sind und die Kreditgewährung auf eine damals als vernünftig anzusehende Risikobeurteilung zurückzuführen ist, werden die Neugläubiger (wie auch diejenigen Altgläubiger, die weiterhin Geschäfte mit der Gesellschaft abschliessen) zusätzlich in ihrem Vertrauen getäuscht. Sie werden in die Irre geführt: Die Gegenleistung für die von ihnen erbrachte Leistung ist schon im Augenblick ihrer Erfüllung fast auf null entwertet – unter Vorbehalt lediglich einer Verbesserung dieser Situation, falls der geheim in Vorbereitung befindliche und ihnen ebenfalls vorenthaltene Sanierungsplan gelingen sollte.³⁰

Mit anderen Worten geht der Verwaltungsrat, der die Toleranzfrist zur Überschuldungsanzeige in Anspruch nimmt, ein Risiko ein, später – sofern die Sanierung scheitern sollte – persönlich in die Pflicht genommen zu werden. Mannigfaltige Pflichtverletzungen können dem Verwaltungsrat vorgeworfen werden, wie etwa der Vorwurf der Konkursverschleppung, der Vorwurf die (spätere) Konkursmasse zu Lasten einzelner Gläubiger geschädigt zu haben oder das Verursachen eines Fortführungsschadens durch die unterlassene Bilanzdeponierung.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das Bundesgericht durchaus ein gewisses Verständnis für die regelmässig sehr schwierige Lage des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen aufbringt. Im Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 hat das Bundesgericht beispielsweise erklärt, Gerichte

²⁸ BGer 4C.436/2006, E. 4.1, es darf sich „nicht um bloss übersteigerte Erwartungen oder vage Hoffnungen“ auf eine Sanierung handeln.

²⁹ BÖCKLI (FN 4), § 13, N 817 allerdings mit Hinweis auf eine „Gesetzeskonformität“.

³⁰ BÖCKLI (FN 4), § 13, N 817c.

hätten sich bei der Überprüfung von Sanierungsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen. Damit wurde mit Bezug auf eine wichtige Kategorie von Geschäftsentscheiden (namentlich Sanierungsentscheide) die *Business Judgment Rule* anerkannt.³¹

Charakteristisch für Entscheide in Sanierungssituationen ist, dass sie regelmässig unter Zeitdruck gefällt werden müssen, dass sie mit der klaren Absicht eines nachhaltigen *going concern* getroffen werden, dass der Entscheidungsspielraum des Verwaltungsrates gering ist, und dass die dem Verwaltungsrat zum Entscheid zur Verfügung stehenden Informationen vielfach unvollständig, bzw. die vorhandenen Informationen aufgrund der Dynamik einer Sanierungssituation oft nicht mehr aktuell sind. Regelmässig wird der Verwaltungsrat einzig die Möglichkeit haben, entweder die Überschuldungsanzeige vorzunehmen und damit den Konkurs der Gesellschaft faktisch herbeizuführen, oder andere – für die Gesellschaft vielfach ebenfalls nicht ideale, aber zur Sicherstellung des Überlebens notwendige Handlungen vorzunehmen. Schliesslich führen Entscheide in der Sanierung fast zwangsläufig dazu, dass Interessen anderer, auch Anderer in derselben Gesellschaft, tangiert werden. Das verantwortungsrechtliche Risiko wird schliesslich dadurch erhöht, dass in Verantwortlichkeitsprozessen die Verlockung gross ist, das damalige Verhalten der Verwaltungsräte anhand des erst später gewonnenen Wissens (etwa betreffend die falschen Sanierungshoffnungen) zu würdigen.

Zurückhaltung bei der gerichtlichen Überprüfung ist deshalb bei Sanierungsentscheiden von besonderer Bedeutung. Eine Sanierungsmassnahme, oder ein Entscheid eine bestimmte Massnahme nicht zu ergreifen ist nicht bereits deshalb in pflichtwidriger Weise unsorgfältig getroffen worden, weil später der Konkurs eröffnet wird. Die Konkursöffnung ist kein Indiz für die Unsorgfalt. Unsorgfältig entschieden haben die Verantwortlichen auch nicht bereits deshalb, weil sie die Sanierungsaussichten zu lange positiv eingeschätzt haben.³²

³¹ VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL: Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff., 623.

³² VOGT/BÄNZIGER (FN 31), 623.

Zusätzliches Gewicht dürfte der *Business Judgment Rule* im Sanierungszusammenhang in Zukunft zukommen. In einem jüngst ergangenen Entscheid³³ ist das Obergericht Zürich den beklagten Verwaltungsräten sehr weit entgegen gekommen, wobei ein eigentliches Swiss-finish der Business Judgment Rule entwickelt und diese vom US-Verständnis der Business Judgment Rule abgegrenzt worden ist³⁴:

- Geschäftsentscheide, die auf einer angemessenen Information beruhen und einem angemessenen Entscheidungsprozess folgen, gelten selbst dann nicht als pflichtwidrig, wenn sie sich nachträglich als falsch erweisen. Mit anderen Worten, sind die Organe in formeller Hinsicht bei der Entscheidungsfindung sorgfältig vorgegangen, das heisst, haben sie sich ausreichend informiert und alternative Möglichkeiten geprüft, allenfalls Experten beigezogen und inhaltlich in guten Treuen zur bestmöglichen Wahrung der Interessen der Gesellschaft gehandelt, ist von einem valablen – pflichtmässigen – business judgment auszugehen. Geschäftsführungsentscheide, die auf einer angemessenen Informationsbasis beruhen und denen eine ernsthafte Entscheidungsfindung vorangeht, stellen selbst dann keine Pflichtverletzung dar, wenn das angerichtete „Desaster“ noch so gross ist.³⁵
- Wurde ein Entscheid in Missachtung der Entscheidungsfindungsregeln getroffen, so kommt dem fehlerbehafteten Entscheidverfahren dennoch keine verantwortlichkeitsrechtliche Bedeutung zu, wenn der Entscheid des Verwaltungsrates inhaltlich vertretbar war.

Entwickelt sich dieses Verständnis der Schweizer Business Judgment Rule zur ständigen und höchstrichterlichen Rechtsprechung, dürfte dies dem Verwaltungsrat im Sanierungsszenario entgegen kommen. Im vorliegend relevanten Zusammenhang der Inanspruchnahme der Toleranzfrist zur Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 Abs. 2 OR kann der Verwaltungsrat demnach (versuchen) sicherzustellen, dass die Formalien bei der Entscheidungsfindung gewahrt werden, dies entsprechend dokumentiert wird, und dass die

³³ Urteil LB090080/U vom 25. März 2013.

³⁴ Ebenda in E. 4.3 (S. 55).

³⁵ Urteil LB090080/U vom 25. März 2013, E. 4.3 (S. 67 f.).

vorhandenen Informationen Berücksichtigung finden. Zieht der Verwaltungsrat vor der Entscheidfindung noch externe spezialisierte Berater bei, was in der Praxis der Standard sein dürfte, wird die Wahrscheinlichkeit rapide steigen, dass sein Verhalten unter der Schweizer Business Judgment Rule in einem allfälligen Verantwortlichkeitsprozess als nicht pflichtwidrig gelten wird. Dies selbst dann, wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt zeigen sollte, dass die Hoffnungen auf eine Sanierung ungerechtfertigt waren und aus der verzögerten Überschuldungsanzeige ein beträchtlicher Schaden entstanden ist.

b) Zwischenfazit

Das Fazit zur gesetzlich nicht vorgesehenen, in der Rechtsprechung aber akzeptierten Toleranzfrist für die Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 Abs. 2 OR fällt zwiespältig aus.

Aus wirtschaftlicher Sicht ist es durchaus wünschenswert, dass die Überschuldungsanzeige nicht unmittelbar mit der Kenntnis um die Überschuldung vorgenommen werden muss. Dies insbesondere, weil ansonsten eine Sanierung nach festgestellter Überschuldung faktisch unmöglich wird. Einerseits wird eine Bilanzdeponierung als Zeichen dafür genommen, dass eine Gesellschaft objektiv nicht fortführungs- bzw. sanierungsfähig ist. Andererseits, dass deren Organe subjektiv nicht willens oder fähig sind, eine Sanierung durchzuführen, was in der Regel eine Sanierung in nützlicher Frist zum vornherein faktisch ausschliesst.³⁶

Aus rein rechtlicher Sicht ist dem Verwaltungsrat jedoch in aller Regel von einer Ausschöpfung der Toleranzfrist abzuraten. Dies weil etwa die Voraussetzung, dass durch die verzögerte Meldung der Überschuldung keine Gläubiger – auch keine Neugläubiger – schlechter gestellt werden dürfen als bei sofortiger Überschuldungsanzeige, kaum je mit genügender Sicherheit erfüllt sein dürfte. Damit besteht ein latentes Risiko der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Im Zweifel ist deshalb zu raten, dass der Verwaltungsrat den Richter anruft und Konkursaufschub oder provisorische Nachlassstundung beantragt. Danach lassen sich die Sanierungsmassnahmen unter der Obhut

³⁶ BaK-WÜSTINGER, Art. 725 OR, N 39b.

des Richters und geschützt vor den Zwangsmassnahmen der Gläubiger mit wesentlich geringerem Risiko durchführen.³⁷

Sollte sich die Schweizer Business Judgment Rule³⁸ höchstrichterlich etablieren, und wäre es in Zukunft daher möglich, sich durch eine dilligente Entscheidungsfindung, allenfalls in Kombination mit dem Beizug externer Berater, mit grosser Sicherheit von einer allfälligen Verantwortlichkeit für die späte Überschuldungsanzeige zu schützen, würde dies die Attraktivität der Ausnützung der Toleranzfrist wohl beträchtlich steigern.

Lediglich aus Gründen der Vollständigkeit kann schliesslich festgehalten werden, dass es nur schwer verständlich ist, weswegen das revidierte OR³⁹ auf eine klare Regelung der Toleranzfrist verzichtet. Aus Sicht des Verwaltungsrates ist selbstverständlich eine flexible und situationsangepasste Handhabung der Toleranzfrist wünschenswert, was gegen eine gesetzlich vorgesehene Dauer spricht. Ein Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt aber deutlich, dass die Gerichte die Toleranzfrist durchaus sehr formalistisch, d.h. auf den Tag ansehen. Auch die heutige – und künftige – Situation ohne explizite Nennung der Toleranzfrist bietet somit keinesfalls eine situationsangepasste Flexibilität. Diese Situation schafft einzig Unsicherheiten, ist doch trotz reichhaltiger Bundesgerichtspraxis die Dauer und das Ende der Toleranzfrist noch nicht klar.

III. Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR

Obwohl Art. 725a OR strenggenommen keine im Sanierungsrecht zu beachtende Frist beinhaltet, wird im Sinne eines ganzheitlichen Ansatzes in der Folge dennoch kurz darauf verwiesen. Dies, weil es der Zweck des heutigen Konkursaufschubs ist, dem fallierenden Unternehmen einen Aufschub zu gewähren, in dem ein Sanierungskonzept an die Hand genommen werden kann.

³⁷ BÖCKLI (FN 4), § 13, N 817e.

³⁸ Gemäss dem Urteil LB090080/U vom 25. März 2013 des Obergerichts Zürich.

³⁹ BBl 2008, 1691.

Der Konkursaufschub gemäss Art. 725 a OR bedingt die vorgängige Bilanzdeponierung und ist das Scharnier zwischen den aktienrechtlichen Pflichten des Verwaltungsrates (Art. 725 OR) und der Konkursöffnung bzw. dem Konkursverfahren (Art. 192 und 197 ff. SchKG). Entgegen dem Wortlaut von Art. 725a OR gilt die Bestimmung für sämtliche Kapitalgesellschaften, d.h. für Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommandit-Aktiengesellschaften, Genossenschaften und für Stiftungen (Art. 84a ZGB).

Vergleichbar mit den Regelungen in Art. 725 OR verzichtet der Gesetzgeber auch in Art. 725a OR darauf, festzuschreiben, wie lange der Konkursaufschub dauern darf. Im Gegensatz zu Art. 725 OR ist dieser Verzicht in Art. 725a OR aber weit weniger problematisch als in Art. 725 OR. Schliesslich begründet Art. 725a OR keine gesetzlichen Pflichten des Verwaltungsrates, bei deren Nichteinhaltung ihm eine verantwortlichsrechtliche (und gegebenenfalls strafrechtliche) Haftbarkeit erwachsen kann.⁴⁰ Die Dauer des Konkursaufschubs gemäss Art. 725a OR hat auch in der Lehre zu weniger Diskussionen geführt, als dies bei Art. 725 OR der Fall gewesen ist.

Die Botschaft zur Revision des SchKG sah vor, den Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR formell abzuschaffen und dessen Regelungsgehalt in das neue Nachlassvertragsrecht zu übernehmen.⁴¹ Im Zuge der parlamentarischen Beratungen wurde aber – etwas überraschend – beschlossen, an der geltenden Regelung des Konkursaufschubs festzuhalten, allerdings ohne dass dabei die aus dem Konkursaufschub ins neue Nachlassvertragsrecht übernommenen Elemente aufgehoben wurden. Künftig stehen dem notleidenden Unternehmen deshalb sowohl der Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR, als auch das neue Nachlassrecht als sich teilweise überschneidende Sanierungsinstrumente zur Verfügung.⁴²

Bei Gewährung des Konkursaufschubs hat der Richter über dessen Dauer zu entscheiden. Das Fehlen einer gesetzlichen Minimal- und Maximaldauer

⁴⁰ Vgl. BGE 5C.249/1999 vom 23. März 2001 zur (verneinten) Haftung des Konkursrichters aufgrund einer angeblich verspäteten Konkursöffnung.

⁴¹ BBl 2010, 6502.

⁴² HUNKELER DANIEL, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, Jusletter, 8. Juli 2013, Rz 4.

bedeutet nicht, dass die Dauer unbefristet ist, oder dass die Fristen des Nachlassvertragsrechts (Art. 295 SchKG) analog anzuwenden wären, oder dass die Dauer der Frist gar vom Willen der Gläubiger abhängen würde. Vielmehr ist einzig das richterliche Ermessen aufgrund des Sanierungsplanes massgebend.⁴³ Die einmal gewährte Aufschubfrist kann allenfalls (mehrfach) verlängert werden, wenn eine Sanierung nach wie vor nicht ausgeschlossen ist und es die Gläubigerinteressen rechtfertigen.⁴⁴

Der Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR beginnt mit seiner Bewilligung. Er endet gestützt auf einen richterlichen Entscheid, sobald die Gesellschaft innerhalb der Aufschubfrist saniert ist, der Gesellschaft eine Nachlassstundung gewährt worden ist oder durch Fristenablauf. Letzteres verbunden mit einer richterlichen Konkursöffnung.

IV. Fristen im Nachlassverfahren (de lege lata) und im „neuen“ Nachlassverfahren (de lege ferenda)

Kernpunkt der kommenden Revision des Insolvenzrechts ist die Abänderung und Verbesserung des Nachlassverfahrensrechts. Insbesondere sollen heute bestehende Schwächen des Insolvenzrechts unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung beseitigt werden.⁴⁵ Die mit der Revision geplanten Änderungen des Nachlassverfahrens werden nachfolgend im Hinblick auf die zu beachtenden Fristen beleuchtet.

1. Fristen im Nachlassverfahren (de lege lata)

Die im geltenden Nachlassverfahrensrecht zu beachtenden Fristen sind weitgehend problemlos, da gesetzlich klar geregelt. Dies gibt sowohl dem Schuldner und dem Gläubiger, aber auch dem Sachwalter grösstmögliche

⁴³ Wobei das Risiko der Gläubiger mit zunehmender Dauer des Konkursaufschubs steigt; BaK-WÜSTINGER, Art. 725a OR, N 7 mit Verweis auf Urteil 5P.466/1999 vom 11. April 2000.

⁴⁴ ZK-HOMBURGER, Art. 725a OR, N 1324; BaK-WÜSTINGER, Art. 725a OR, N 8.

⁴⁵ BBl 2010, 6456.

Sicherheit und das Nachlassverfahren ist zeitlich einigermaßen planbar. Allerdings können die gesetzlich vorgegebenen Fristen im Einzelfall dazu führen, dass zeitbedingt nicht die (vermeintlich) ideale Lösung umgesetzt werden kann. In der Praxis haben sich die vorgegebenen Fristen aber weitgehend bewährt. Zudem wird bereits gesetzlich vorgesehen, dass die Fristen (teilweise) im Bedarfsfall um eine ebenfalls vorgegebene Dauer erstreckt werden können.

a) *Provisorische Nachlassstundung*

Das geltende Gesetz bestimmt, dass die Dauer der provisorischen Nachlassstundung auf höchstens zwei Monate beschränkt ist (Art. 293 Abs. 3 SchKG), wobei nach Eingang des Stundungsgesuchs unverzüglich vermögenserhaltende Massnahmen anzuordnen sind. Die provisorische Nachlassstundung endet zwingend mit der Konkurseröffnung oder der definitiven Nachlassstundung, die dann ihrerseits zwingend im Konkurs oder mit einem (definitiven) Nachlassvertrag endet. Art. 293 Abs. 4 SchKG hat die weitgehende Angleichung der provisorischen an die definitive Nachlassstundung zur Folge, namentlich im Hinblick auf die öffentliche Bekanntmachung (die provisorische Nachlassstundung ist dem Betreibungsamt und dem Grundbuchamt *unverzüglich* mitzuteilen, und die Nachlassstundung ist innert zwei Tagen im Grundbuch anzumerken), die Wirkungen (Art. 297 SchKG; Verjährungs- und Verwirkungsfristen stehen still) und die Verfügungsbefugnis des Schuldners (Art. 298 SchKG).

b) *Definitive Nachlassstundung*

Die definitive Nachlassstundung darf im Normalfall vier bis sechs Monate dauern, wobei die Dauer der provisorisch gewährten Stundung nicht angerechnet wird (Art. 295 Abs. 1 SchKG). Bei der viermonatigen Nachlassstundung handelt es sich um eine Minimalfrist.⁴⁶ Der (begründete) Antrag des Sachwalters auf Verlängerung der Nachlassstundung muss vor dem Ablauf der vom Richter festgelegten Frist erfolgen. Für die Einhaltung der Frist gilt

⁴⁶ BaK-VOLLMAR, Art. 295 SchKG, N 3.

Art. 32 SchKG. Die Dauer der Fristverlängerung liegt im Ermessen des Richters⁴⁷, der aber in aller Regel dem Antrag des Sachwalters folgen wird.

Auf Antrag des Sachwalters kann die Stundung auf zwölf, in besonders komplexen Fällen auf höchstens 24 Monate verlängert werden. Bei einer Verlängerung über zwölf Monate hinaus sind die Gläubiger anzuhören (Art. 295 Abs. 4 SchKG).

Soll die Stundung auf Antrag des Sachwalters über sechs Monate hinaus verlängert werden, sind an die Begründung höhere Anforderungen zu stellen, nicht zuletzt im Interesse der Gläubiger, denen an einer zügigen Abwicklung des Verfahrens gelegen ist. Eine Verlängerung sollte vorerst nicht über zwölf Monate hinaus gewährt werden, um den im Interesse einer speditiven Verfahrensabwicklung nötigen Zeitdruck auf Schuldner und Sachwalter aufrecht zu erhalten. Auch in komplexen Fällen bewirkt der Zeitdruck häufig die erwünschte Beendigung des Provisoriums der Nachlassstundung und eine Klärung der Verhältnisse. Mit zunehmender Stundungsdauer destabilisieren sich Kunden- und Mitarbeiterbestände, mit der Folge, dass der Unternehmenswert abnimmt. Ist der Bewilligung der Nachlassstundung ein Verfahren zur einvernehmlichen privaten Schuldenbereinigung vorausgegangen, so ist bei der Feststellung der Stundungsdauer die Dauer der vorangehenden Stundung gemäss Art. 336 SchKG an die Maximaldauer von 12 Monaten (Art. 295 Abs. 4 SchKG) anzurechnen.⁴⁸

Eine Verlängerung über zwölf Monate hinaus ist für besonders komplexe Fälle vorgesehen, so, wenn das Nachlassverfahren über eine Mehrzahl von Gesellschaften mit mehrschichtiger Konzernverflechtung eingeleitet wird, oder wenn ein Schuldner in ein internationales Beziehungsnetz eingebunden ist. Eine Verlängerung der Stundungsdauer über zwölf Monate hinaus bedingt die Anhörung der Gläubiger. Sie sind vom Richter zur Verhandlung vorzuladen. Der Richter kann eine kürzere als die vom Sachwalter beantragte Dauer bewilligen mit der Möglichkeit, später auf neuen Antrag hin eine weitere Verlängerung zu gewähren. Für eine solche Verlängerung sind die Gläubiger wiederum anzuhören. Die Stundung kann längstens 24 Monate dauern. Stimmt der Richter einer längeren, insbesondere einer über zwölf

⁴⁷ BaK-VOLLMAR, Art. 295 SchKG, N 4.

⁴⁸ BaK-VOLLMAR, Art. 295 SchKG, N 5 mit Hinweis auf KGer. ZG, GVP 2001, 167.

Monate hinausgehenden Stundungsdauer zu, kann er vom Sachwalter die Erstattung eines Zwischenberichts verlangen.⁴⁹

2. Fristen im Nachlassverfahren (de lege ferenda)

Durch die Revision des SchKG wird insbesondere auch das Sanierungsrecht neu geregelt. Neben einem erheblichen Einfluss auf das eigentliche Sanierungsverfahren bringt die Revision auch Änderungen im Hinblick auf die im Sanierungsrecht zu beachtenden Fristen. Auf eine umfassende Darstellung des revidierten Sanierungsrechts wird vorliegend allerdings verzichtet.

a) *Provisorische Nachlassstundung*

Die provisorische Nachlassstundung wird in den neuen Art. 293a ff. E-SchKG geregelt. Wie bis anhin, entscheidet der Richter über die Gewährung der provisorischen Nachlassstundung auf Antrag des Schuldners oder infolge des Gesuchs eines Gläubigers, der berechtigt wäre, ein Konkursbegehren zu stellen (Art. 293 i.V.m. 293a E-SchKG). Das Gesuch um provisorische Nachlassstundung kann auch anlässlich der weder von der Aktienrechtsrevision noch der SchKG-Revision betroffenen Überschuldungsanzeige gemäss Art. 725 OR vorgenommen werden. Im Unterschied zum geltenden Recht muss dem Gesuch um provisorische Nachlassstundung kein Entwurf des Nachlassvertrags mehr beigelegt werden. Dies erspart dem Schuldner eine vorgängige Absprache mit seinen Gläubigern und somit ein Offenlegen seiner finanziellen Situation. Da gemäss revidiertem Recht die Nachlassstundung nicht mehr zwingend in einem Nachlassvertrag oder einem Konkurs enden muss, hat der Antragstellende dem Richter mitzuteilen, ob die Stundung beantragt werden soll, um notwendige Sanierungsmassnahmen einzuleiten, oder ob sie der Vorbereitung eines Nachlassvertrages dienen soll.⁵⁰ Insbesondere wenn die Stundung zur Sanierung genutzt werden soll, hat der Schuldner darzulegen, auf welchem Wege die Sanierung durchgeführt werden soll. Dies, damit das Nachlassgericht beurteilen kann, ob überhaupt Sanierungsaussichten bestehen, für welche Dauer die provisorische

⁴⁹ BaK-VOLLMAR, Art. 295 SchKG, N 6.

⁵⁰ BaK-VOLLMAR, Art. 293 SchKG, N 13a.

Stundung zu gewähren ist und was die Aufgaben des allfälligen Sachwalters sein werden. Damit werden im Wesentlichen die geltenden Voraussetzungen des Konkursaufschubes übernommen.⁵¹

Das Nachlassgericht entscheidet unverzüglich nach Eingang des Gesuchs oder nach Überweisung der Akten durch das Konkursgericht über die provisorische Stundung (Art. 293a Abs. 1 E-SchKG). Der Entscheid ergeht im summarischen Verfahren (Art. 251 lit. a ZPO).

Die provisorische Stundung wird für maximal vier Monate bewilligt, wobei die konkrete Dauer davon abhängt, was während der provisorischen Nachlassstundung erreicht werden soll (Art. 293a E-SchKG). Die nach geltendem Recht vorgesehene Maximalfrist von zwei Monaten (Art. 293 Abs. 2 SchKG) ist in komplexen Fällen unter Umständen zu knapp bemessen. Da die Pflicht des Schuldners mit dem Begehren um Stundung einen Entwurf des Nachlassvertrages beizulegen, entfällt, muss für die Abklärung der Verhältnisse zudem entsprechend mehr Zeit gewährt werden. Eine Verlängerung der provisorischen Nachlassstundung ist grundsätzlich möglich; allerdings darf deren Gesamtdauer vier Monate nicht überschreiten (Art. 293a Abs. 2 E-SchKG). Auf diese Weise hat das Nachlassgericht die Möglichkeit, die provisorische Stundung in einem ersten Schritt für eine kürzere Dauer anzuordnen und eine Verlängerung beispielsweise auch vom Erreichen gewisser Zwischenziele abhängig zu machen.⁵²

Eine Sanierung kann in vielen Fällen nur dann gelingen, wenn die betreffenden Bestrebungen nicht vorgängig öffentlich bekannt werden. Art. 297c Abs. 2 E-SchKG sieht deshalb vor, dass auf eine öffentliche Bekanntmachung der provisorischen Nachlassstundung unter Umständen verzichtet werden kann. Der Schuldner soll mit seinen Gläubigern in Ruhe eine Lösung finden. Demgegenüber ist nach geltendem Recht die Stundung zwingend zu publizieren (Art. 293 Abs. 4 i.V.m. Art. 296 SchKG). Dies gilt allerdings nicht für den Konkursaufschub gemäss dem heutigen Art. 725a OR. Dieser ist nur dann zu veröffentlichen, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist (Art. 725a Abs. 3 OR). Auch hier besteht der Grund für einen solchen Verzicht auf eine Veröffentlichung – analog dem neuen Art. 293c E-SchKG –

⁵¹ BBI 2010, 6479.

⁵² BBI 2010, 6481.

darin, dass sich eine Publikation des Konkursaufschubs für die Gesellschaft nachteilig auswirken kann.⁵³

In zeitlicher Hinsicht soll der Verzicht auf die Publikation zurückhaltend zur Anwendung kommen. Er kann vom Nachlassgericht auch nur für eine kurze Dauer, mit der Möglichkeit einer Verlängerung, angeordnet werden. Auch wenn anfänglich von einer Publikation abgesehen wird, kann sich im Verlauf der provisorischen Stundung herausstellen, dass eine solche geboten ist. In diesem Fall hat das Gericht die Publikation nachträglich anzuordnen. Ein Verzicht auf die Publikation ist nur bei der provisorischen Stundung möglich. Da diese auf höchstens vier Monate angesetzt werden kann, besteht für den Schuldner ein gewisser Druck, das Verfahren rasch zu einem Abschluss zu bringen.

b) *Definitive Nachlassstundung*

Ergibt sich während der provisorischen Stundung, dass Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages besteht, so bewilligt das Nachlassgericht die Stundung definitiv für weitere vier bis sechs Monate. Es entscheidet von Amtes wegen vor Ablauf der provisorischen Stundung (Art. 294 Abs. 1 E-SchKG). Anders als im derzeit geltenden SchKG (Art. 295 Abs. 1 SchKG; siehe oben, IV.1.b) sieht Art. 294 E-SchKG nicht explizit vor, dass die Dauer der provisorischen Nachlassstundung nicht auf die Gesamtdauer der definitiven Stundung angerechnet werden muss. Die Bewilligung der definitiven Stundung wird – analog zum geltenden Recht – durch das Nachlassgericht öffentlich bekannt gemacht und dem Betreibungs-, dem Handelsregister- und dem Grundbuchamt *unverzüglich* mitgeteilt. Die Nachlassstundung ist spätestens zwei Tage nach Bewilligung im Grundbuch anzumerken (Art. 296 E-SchKG).

Gemäss dem neuen Art. 295b E-SchKG kann die Stundung auf Antrag des Sachwalters auf zwölf, in besonders komplexen Fällen auf höchstens 24 Monate verlängert werden.

⁵³ BBl 2010, 6481.

Im Hinblick auf die Fristen in der definitiven Nachlassstundung ergeben sich mit dem revidierten SchKG demnach im Grundsatz keine Änderungen. Ob der Wortlaut von Art. 294 E-SchKG – namentlich der Verzicht darauf explizit zu erwähnen, dass die Dauer der provisorischen Nachlassstundung nicht auf die Dauer der definitiven Stundung anzurechnen ist – zur Folge hat, dass in Zukunft bei der Berechnung der Maximaldauer der definitiven Stundung die Dauer der provisorischen Stundung angerechnet wird, bleibt abzuwarten. In Anbetracht dessen, dass das revidierte SchKG der provisorischen und definitiven Nachlassstundung durchaus unterschiedliche Zwecke zuweist, wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass auch in Zukunft die Dauer der provisorischen Nachlassstundung nicht auf die Dauer der definitiven Stundung anzurechnen ist.

Neu ist, dass der Sachwalter bei einer Verlängerung über zwölf Monate hinaus eine Gläubigerversammlung einzuberufen hat, welche vor Ablauf des neunten Monats seit Bewilligung der definitiven Stundung stattfinden muss (Art. 295b Abs. 2 E-SchKG).

V. Fazit

Die derzeitige Regelung und praktische Handhabung der Fristen im Sanierungsrecht ergibt ein durchaus ambivalentes Bild.

Einerseits ist der Verzicht der expliziten Regelung der Fristen im Obligationenrecht angesichts der Verschiedenheit der betroffenen Situationen verständlich und erlaubt eine flexible Handhabung der konkreten Sanierungssituation. Andererseits führt der Verzicht auf eine gesetzliche Regelung der zu beachtenden Fristen zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei den für die Sanierung verantwortlichen Personen. Dies kann dazu führen, dass wirtschaftlich sinnvolle Sanierungsentscheidungen aufgrund juristischer Bedenken (besonders im Hinblick auf die persönliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR) und Unsicherheiten nicht getroffen oder umgesetzt werden. Erschwerend kommt hinzu, dass die Gerichte die Fristenwahrung im Sanierungsrecht teilweise sehr formalistisch – teilweise auf den Tag genau – handhaben, wobei die mögliche Anwendbarkeit der Business Judgment Rule für einen gewissen Ausgleich sorgt.

Demgegenüber sind die im Nachlassverfahren zu beachtenden Fristen allesamt gesetzlich geregelt, was für hohe Rechtssicherheit bei den Betroffenen führt. In der Praxis haben sich die Fristen im Nachlassverfahren weitgehend bewährt. Es besteht zudem eine Palette an Möglichkeiten, die vorgegebenen Fristen flexibel auszulegen.

Sowohl die Revision des OR, wie auch diejenige des SchKG haben lediglich einen kleinen Einfluss auf die im Sanierungsfall relevanten Fristenregelungen. Die bestehenden Vorgaben werden – mit all ihren Stärken und Schwächen – weitestgehend beibehalten.