

Kurt Stöckli\*

## Der Verkauf von Betriebsteilen während der Nachlassstundung

**Stichworte:** Betriebsverkauf, Nachlassstundung, Anlagevermögen, Sanierung, Solidarhaftung, Konsultationspflicht

### I. Einleitung

Die Nachlassstundung soll dem Nachlassschuldner Zeit geben, mit seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag auszuhandeln, ohne dass die Gläubiger den Schuldner betreiben oder die Konkursöffnung beantragen können. Der Betrieb wird während der Nachlassstundung durch den Schuldner, aber unter Aufsicht des vom Nachlassgericht eingesetzten Sachwalters, weitergeführt. Der Sachwalter überwacht nicht nur die Tätigkeit des Nachlassschuldners. Er publiziert zudem den Schuldenruf, erstellt das Inventar und den Vermögensstatus, stellt die Forderungen zusammen und organisiert die Gläubigerversammlung. Am Ende der Nachlassstundung erstellt er den Sachwalterbericht. Dieser dient dem Nachlassrichter als Grundlage für den Entscheid betreffend Bestätigung oder Ablehnung des Nachlassvertrages. Bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Nachlassvertrag mit Liquidationsvergleich) sind nach der Bestätigung durch den Nachlassrichter der von den Gläubigern gewählte Liquidator und der Gläubigerausschuss für das weitere Verfahren zuständig. Erst jetzt, frühestens nach 4 Monaten, längstens nach 2 Jahren (Art. 295 Abs. 1 und 4 SchKG) beginnt das eigentliche Liquidationsverfahren, in dem die Betriebsteile und die anderen Aktiven normalerweise verwertet und der erzielte Erlös auf die anerkannten Forderungen der Gläubiger verteilt werden.

Nachfolgend soll aufgezeigt werden, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der Verkauf des Betriebes oder einzelner Betriebsteile bereits während der Nachlassstundung stattfinden kann.

### II. Warum man mit dem Verkauf regelmässig nicht bis zur Liquidationsphase warten kann

Sobald die Nachlassstundung öffentlich bekannt gemacht ist, weiss jedermann, dass es möglicherweise zu einem Verkauf des Betriebes oder einzelner Teile davon kommen kann. Interessenten und Investorinnen melden sich. Fast immer liegt eine zeitliche Dringlichkeit vor. Unternehmensverkäufe können nur dann erfolgreich durchgeführt werden, wenn sie rasch abgewickelt werden. Andernfalls riskiert man, dass sich Kunden oder wichtige Mitarbeitende anderweitig orientieren. Ein Verkauf unter Vorbehalt der Bestätigung des Nachlassvertrages, die unter Umständen erst in einigen Monaten vorliegt, dürfte selten realisierbar sein.<sup>1</sup> Gerade bei einem laufenden Betrieb ist es eminent

wichtig, dass der Verkauf sofort stattfinden kann. Für die Käuferschaft ist es unabdingbar, dass sie über die zu übertragenden Vermögenswerte verfügen und damit verbunden die Leitung des (Teil-)Betriebes in Angriff nehmen kann. Nur bei einem raschen Vollzug kann die Situation bei Arbeitnehmenden, Kunden und Lieferanten wieder einigermaßen beruhigt werden.

### III. Die Voraussetzungen eines Verkaufs während der Nachlassstundung

Grundsätzlich bedarf ein (Teil-)Betriebsverkauf an sich keiner Ermächtigung durch den Nachlassrichter. Ein Betrieb oder Betriebsteil enthält aber immer auch Anlagevermögen.<sup>2</sup> Anlagevermögen darf während der Stundungsphase nur noch mit Ermächtigung des Nachlassrichters veräussert werden (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Der Nachlassrichter kann sofort und ohne Beachtung von weiteren Verfahrensschritten den Nachlassschuldner ermächtigen, den Betrieb oder Betriebsteil zu verkaufen, sofern der Bewilligung der Nachlassstundung die Absicht zum Abschluss eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung zugrunde lag.<sup>3</sup> Er muss also nicht den Verkaufsvertrag im Einzelnen genehmigen. Das Gesetz sieht nicht zwingend vor, dass ein Unternehmensverkauf im Nachlassvertrag selbst geregelt sein muss. Art. 317 Abs. 1 SchKG stellt lediglich eine Präzisierung und Ausweitung und nicht eine Einschränkung der bisherigen Praxis dar.<sup>4</sup> Jede andere Interpretation würde die Sanierungsmöglichkeiten des Nachlassrechts gravierend einschränken. Die Gläubiger haben keine Mitentscheidungsrechte bezüglich der Vermögensdisposition des Nachlassschuldners während der Nachlassstundung. Diesbezügliche Rechte bestehen erst in der Liquidationsphase. Allerdings steht ihnen für den Fall einer Gläubigerbenachteiligung ein rückwirkendes Anfechtungsrecht gemäss Art. 285 ff. SchKG zu.<sup>5</sup> Der Nachlassrichter wird aber seine Ermächtigung gestützt auf Art. 298 Abs. 2 SchKG ohnehin nur erteilen, wenn der sofortige (Teil-) Betriebsverkauf für die Gläubiger von Vorteil ist und die Angelegenheit sich als zeitlich dringlich herausstellt. Er muss nicht von sich aus Beweis über den Nutzen des (Teil-)Betriebsverkaufs erheben, kann sich aber diesbezüglich auf den begründeten und belegten Antrag des Sachwalters verlassen. Der Nachlassrichter wird aber prüfen, ob der (Teil-)Betriebsverkauf im berechtigten Interesse der Gläubiger

\* Rechtsanwalt in Bern und Partner Transliq AG.

1 BSK SchKG-Vollmar, Art. 298 N 20.

2 Zum Anlagevermögen zählen in aller Regel die Finanzanlagen, die Immobilien, die mobilen Sachanlagen und die Immaterialgüterrechte.

3 BSK SchKG-Vollmar, Art. 298 N 23 ff.

4 BSK SchKG-Vollmar, Art. 298 N 19.

5 ZZZ 2004, FRANCO LORANDI, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG), S. 105, C.

und eventuell auch im öffentlichen Interesse ist, zum Beispiel im Hinblick auf den Erhalt von Arbeitsplätzen, zumindest wenn dadurch die Gläubigerinteressen nicht negativ tangiert werden. Weiter muss er beachten, dass mit dem (Teil-)Betriebsverkauf keine offensichtlich missbräuchliche Vermögensdisposition des Nachlassschuldners verbunden ist.<sup>6</sup>

#### IV. Die Nachlassstundung ist (auch) ein Sanierungsinstrument

Das Nachlassverfahren genießt zu Unrecht einen schlechten Ruf. Noch immer wird die Bewilligung einer Nachlassstundung als Synonym für einen Konkurs und damit für das Ende der Unternehmung wahrgenommen, und dies nicht nur unter Laien, sondern oft auch unter Juristen, die im Sanierungsbereich tätig sind. Sanierung im eigentlichen Sinn bedeutet nicht, dass der Schuldner auch als bisherige Juristische Person weitergeführt werden muss. Sanieren heisst vielmehr auch Weiterführung des Betriebes (unter einer neuen Trägerschaft) mit dem Ziel, möglichst viele Arbeitsplätze zu erhalten und gleichzeitig für die Gläubiger eine maximale Dividende zu erzielen.

Dies sind zwei Ziele, die sich überhaupt nicht ausschliessen müssen. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass der Wert der Aktiven bei einem (Teil-)Betriebsverkauf während des laufenden Betriebes höher ist, als wenn die Aktiven in einem Konkursverfahren und/oder nach Schliessung des Betriebes einzeln oder als Ganzes verkauft werden müssen. Ziel eines Käufers ist es ja meistens, den gleichen oder ähnlichen Betrieb fortzuführen. Die Schliessung hat aber zur Folge, dass die Kunden und Mitarbeitenden sich anderweitig orientieren müssen und so auch das Know-How der Mitarbeitenden verloren geht. Deshalb sinkt automatisch der Wert der Aktiven und des Unternehmens für einen potenziellen Käufer, was wiederum zu einem tieferen Kaufpreis und damit verbunden zu einer tieferen Dividende für die Gläubiger führt. Natürlich erfolgt eine Sanierung durch Verkauf des Betriebes oder einzelner Betriebsteile während der Nachlassstundung fast immer<sup>7</sup> zulasten der Gläubiger (sie müssen auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten). Ein Gesuch um Nachlassstundung wird aber regelmässig erst eingereicht, wenn sich eine Sanierung durch die Eigentümer als nicht realisierbar erwiesen hat. Ein Nachlassstundungsverfahren muss aber noch lange nicht das Ende bedeuten. Das Nachlassstundungsverfahren gibt in dieser Situation dem Schuldner die nötige Zeit, die weiteren Sanierungsmöglichkeiten zu prüfen. Durch den Verkauf der rentablen Betriebsteile an eine neue Trägerschaft können Arbeitsplätze erhalten und bessere Verkaufspreise erzielt werden. Ein solches Vorgehen ermöglicht es, den Gläubigern anschliessend auch eine höhere Dividende zu bezahlen. Dass bei einer solchen Sanierung nicht alle Arbeitsplätze gerettet werden können und den Gläubigern nicht ihre Wunschdividende bezahlt werden kann,

liegt in der Natur der Sanierung. In jedem Fall ist eine solche Lösung aber besser, als wenn sofort der Konkurs eröffnet und/oder der Betrieb eingestellt würde.

#### V. Konsequenzen eines (Teil-)Betriebsübergangs während der Nachlassstundung

##### 1. Kommt Art. 333 OR zur Anwendung?

In einem jüngeren Urteil hat das Bundesgericht<sup>8</sup> erstmals festgehalten, dass die Solidarhaftung des Erwerbers eines Betriebes oder Betriebsteils aus der Konkursmasse Betriebsübernahmen erschweren oder gar verunmöglichen würde, was ganz klar dem Sinn und Zweck von Art. 333 OR widerspreche, der die Arbeitnehmenden schützen will. Für diese Auffassung, so das Bundesgericht, spreche im Übrigen auch die systematische und europarechtskonforme Auslegung des Gesetzes. Der vom Bundesgericht beurteilte Fall hat sich in einem Konkursverfahren abgespielt. Das Bundesgericht hat keine Ausführungen dazu gemacht, ob der Fall gleich beurteilt worden wäre, wenn der Betrieb im Rahmen eines Nachlassverfahrens übernommen worden wäre. Dennoch kann kein ernsthafter Zweifel darüber bestehen, dass der Entscheid genau gleich ausfallen müsste, wenn der Betrieb nach Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung übertragen wird.<sup>9</sup>

Wenn der Verkauf aber bereits in der Nachlassstundung stattfindet, spricht sich ein Teil der Lehre für die uneingeschränkte Anwendung von Art. 333 OR aus.<sup>10</sup> Berücksichtigt man aber die Ausführungen des Bundesgerichts im jüngsten Entscheid zum Konkursverfahren<sup>8</sup> sowie seine Ausführungen zu den Wirkungen der Nachlassstundung in einem früheren Entscheid,<sup>11</sup> kommt man zum Schluss, dass die Anwendung von Art. 333 Abs. 3 OR, und damit die Solidarhaftung des Erwerbers, nach Bewilligung einer Nachlassstundung eigentlich ausgeschlossen sein müsste. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid die Bewilligung der Nachlassstundung in weiten Teilen einer Konkurseröffnung gleichgesetzt. Es hat darauf hingewiesen, dass die Bewilligung der Nachlassstundung (wie die Konkurseröffnung) eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse auszuschliessen habe. Zudem wurde im Vergleich von Bewilligung der Nachlassstundung und Bestätigung des Nachlassvertrages ausdrücklich erwähnt, dass das zur Konkurseröffnung analoge Datum dasjenige der Bewilligung der Nachlassstundung sei. Das Bundesgericht hat im Weiteren Art. 333 OR europarechtskonform ausgelegt und dabei insbesondere auf die Richtlinie 2001/23, Art. 5, die die sinngemässe Anwendung von Art. 333 OR in Konkursverfahren oder «entsprechenden» Verfahren (mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens) ausschliesst, Bezug genommen<sup>8</sup>. Das Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass unter gewissen Vorausset-

6 BSK SchKG-VOLLMAR, Art. 298 N 26.

7 Es gibt auch Ausnahmen, vgl. den Fall Cargologic AG in IWIR 2002/3, S. 97; KURT STÖCKLI/EDITH BLUNTSCHI, Die Aufhebung der Nachlassstundung zufolge Sanierung.

8 BGE 129 III 335 mit Hinweisen.

9 So auch FRANCO LORANDI im Jusletter vom 25. Oktober 2004, Rz 61.

10 Vgl. Übersicht im Begleitbericht zum neuen Vorentwurf zur Revision des SchKG vom Dezember 2008, S. 21, Fn. 43.

11 BGE 125 III 154.

zungen und mit Zustimmung des Nachlassrichters Anlagevermögen und damit auch der Betrieb oder Betriebsteil während der Nachlassstundung veräussert werden können (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Das Liquidationsverfahren wird diesfalls im Rahmen von genau umschriebenen Regeln quasi in die Stundungsphase verschoben. Damit liegt aber sinngemäss auch ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens nach Art. 5 der Richtlinie 2001/23, Art. 5, vor (8). Das Bundesgericht hat in dieser Entscheidung zudem ausdrücklich auf die Ziele der am 1. Januar 1997 in Kraft getretenen Revision des SchKG verwiesen. Eine Erschwerung von Betriebsübernahmen oder Übernahme von Betriebsteilen stünde, so das Bundesgericht, mit diesen Zielen im Widerspruch. Das Kernstück der Revision war nicht das Konkursrecht, sondern unbestrittenermassen das Nachlassrecht, das zu einem eigentlichen Sanierungsverfahren für Unternehmen ausgebaut wurde.<sup>12</sup> Erfolgt also die (Teil-)Betriebsübernahme im Interesse von Übernehmer und Gläubigern bereits während der Nachlassstundung, so kann und darf eine solche Übernahme, mit den gleichen Überlegungen wie sie vom Bundesgericht für das Konkursverfahren angestellt worden sind, nicht durch die Anwendung von Art. 333 OR behindert werden.<sup>13</sup>

Die Brisanz von Art. 333 OR sollte allerdings in Nachlassverfahren wesentlich geringer sein als in Konkursverfahren, weil für die Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung die Deckung der privilegierten Forderungen mit grosser Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein muss. Aber erstens sind nicht alle Arbeitnehmendenforderungen privilegiert, und zweitens werden die Verhandlungen mit potenziellen Übernehmern vielfach unter grossem Zeitdruck bereits in der Nachlassstundung geführt, in einem Zeitpunkt also, wo noch nicht genau gesagt werden kann, ob die privilegierten Forderungen vollständig gedeckt sind. Bezeichnenderweise sind denn auch die ersten grossen Diskussionen in der Öffentlichkeit über die Anwendung von Art. 333 OR in typischen Nachlassverfahren (Miracle, Swissair, Swiss Dairy Food) geführt worden.

## 2. Gilt die Konsultationspflicht im Falle einer Massenentlassung?

Wird ein Betriebsteil verkauft, ist es oft unumgänglich, dass gleichzeitig Kündigungen ausgesprochen werden müssen. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die besondere Konsultationspflicht nach Art. 335f OR auch in der Nachlassstundung zur Anwendung gelangt. Gestützt auf Art. 335e Abs. 2 OR ist gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung unbestritten, dass im Falle einer Konkursöffnung oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung keine Konsultationspflicht besteht, weil in diesem Fall die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmenden dem Einflussbereich des Arbeitgebers entzogen ist.<sup>14</sup>

Für die provisorische Stundung hat das Bundesgericht demgegenüber entschieden, dass die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden während einer provisorischen Stundung umfassend anwendbar sind.<sup>15</sup> Ob dies auch für die definitive Stundung gilt,<sup>16</sup> wenn den Gläubigern ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung unterbreitet wird, muss bezweifelt werden. Das Bundesgericht hat nämlich die Anwendung der Konsultationspflicht während der provisorischen Stundung ausdrücklich damit begründet, dass die Gläubiger erst nach Bewilligung der definitiven Stundung «zu Wort» kommen. E contrario kann deshalb die Anwendung der Konsultationspflicht während der definitiven Stundung ausgeschlossen werden. Entscheidend ist auch hier der freie Wille des Nachlassschuldners. Aufgabe des Sachwalters ist es, die Interessen sämtlicher Gläubiger (nicht nur der Arbeitnehmenden) zu wahren und dafür zu sorgen, dass die Gläubiger nicht schlechter gestellt sind, als wenn am Tag der Bewilligung der Nachlassstundung der Konkurs eröffnet worden wäre.<sup>17</sup> Weder ist der Nachlassschuldner in seinen Entscheidungen frei (er untersteht den Weisungen des Sachwalters), noch könnte in einem allfälligen Konsultationsverfahren wegen der Wahrung der Gesamtgläubigerinteressen auf die gemachten Vorschläge eingetreten werden. Es macht deshalb wenig Sinn, das Konsultationsverfahren auch während der definitiven Nachlassstundung anzuwenden.<sup>18</sup> ■

12 DOMINIK GASSER in ZBJV 1996, S. 3.

13 Vgl. allerdings Begleitbericht zum neuen Vorentwurf zur Revision des SchKG vom Dezember 2008, S. 21, wonach inskünftig der Erwerber eines Betriebsteils in jedem Fall, selbst im Konkursfall, für die ungedeckten Forderungen aus den übernommenen Arbeitsverträgen solidarisch haften soll!

14 Vgl. Begleitbericht zum neuen Vorentwurf zur Revision des SchKG vom Dezember 2008, S. 22, Ziff. 3.1 mit Hinweisen.

15 BGE 130 III 102, E. 3.1

16 Die Expertengruppe bejaht dies, vgl. Begleitbericht zum neuen Vorentwurf zur Revision des SchKG vom Dezember 2008, S. 22, Ziff. 3.2

17 Vgl. BGE 125 III 154 zu den Wirkungen der Bewilligung der Nachlassstundung im Vergleich zur Konkursöffnung.

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