HANDBUCH INTERNATIONALES HANDELS- UND WIRTSCHAFTSRECHT

Rechtliche Herausforderungen im Auslandsgeschäft

herausgegeben von

Peter Münch
Professor an der ZHAW School of Management and Law
Rechtsanwalt

Nicolas Passadelis
Rechtsanwalt in Zürich

Jens Lehne
Professor an der ZHAW School of Management and Law
Rechtsanwalt

Helbing Lichtenhahn Verlag

§ 14 Das international organisierte Unternehmen in der Krise

Richard Gassmann/Florian Bommer

I. **Problemübersicht** 685

II. **Rolle und Verantwortlichkeit der Exekutivorgane im Krisenfall** 687
1. Handlungs- und Sorgfaltspflichten in Krisensituationen 688
2. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit 690
3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit 691
4. Weitere Fälle persönlicher Verantwortlichkeit 692
5. Durchgriff und faktische Organschaft 693

III. **Besondere Problemfelder bei Unternehmenskrisen** 693
1. Gläubigerschutz 693
a) Pflicht der Exekutivorgane zur Interessenwahrung 693
b) Paulianische Anfechtung 694
c) Problematische Handlungen 696
aa) Weggabe von Vermögenswerten ohne adäquate Gegenleistung 696
bb) Nachträgliche Sicherung oder Befriedigung von Gläubigern ohne Forderungsprivileg im Insolvenzfall 696
cc) Aufnahme gesicherter Kredite 697
2. Finanzströme im Konzern 697
a) Cash Pooling 697
b) Sicherungsgeschäfte 698
c) Sanierungsbeiträge an Mutter- und Schwestergesellschaften 698
d) Sanierungsbeiträge an Tochtergesellschaften 699
3. Behandlung von Arbeitnehmern 699
a) Lohnkürzung und Anpassung der Vertragsbedingungen 699
b) Entlassungen 700
c) Betriebsübergang 701
4. Vertragliche Einschränkungen 702

IV. **Sanierung des Unternehmens** 703
1. Sanierungsfähigkeit als Voraussetzung einer Sanierung 703
2. Privatrechtliche Sanierung 703
a) Freiwilligkeit 703
b) Opfersymmetrie und Gleichbehandlung 704
c) Sanierungsmassnahmen 705
3. Nachlassverfahren 706
a) Verfahren 706
b) Inhalt des Vergleichs 708
4. Andere Verfahren mit staatlicher Beteiligung 709

V. Insolvenz und Zerschlagung des Unternehmens 710
1. Massgebliche Rechtsquellen 711
a) Staatsverträge 711
b) Autonomes Recht 712
2. Insolvenz des Unternehmens im Ausland, Vermögenswerte in der Schweiz 713
a) Universalität der ausländischen Insolvenz als Ausnahmefall 713
b) Keine Wirkung des ausländischen Insolvenzdekretes ohne Anerkennung in der Schweiz als Regelfall 713
c) Behandlung der von der ausländische Konkursitin direkt gehaltenen Vermögenswerten 715
d) Schweizerische Tochtergesellschaft der ausländischen Konkursitin 717
3. Insolvenz des Unternehmens in der Schweiz, Vermögenswerte im Ausland 718
a) Zusammenspiel schweizerischen und ausländischen Insolvenzrechts 718
b) Übersicht über ausgewählte Rechtsordnungen 719
4. Besondere Problemfelder 720
a) Schiedsverfahren 720
b) Kollokationsverfahren im Anwendungsbereich des LugÜ 721
c) Anfechtungsklagen im Konkurs 722

Literaturauswahl

ANDRES DIRK/LEITHAUS ROLF/DAHL MICHAEL, Kommentar zur Insolvenzordnung (InsO), 3. Aufl., München 2014 (*zitiert*: ANDRES/LEITHAUS/DAHL); BERNETT MARTIN, Schiedsgericht und Konkurs einer Partei, in: Jametti Greiner Monique/Berger Bernhard/Güngerich Andreas (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung: Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 3 ff. (*zitiert*: BERNETT); BOMMER FLORIAN, Die Zuständigkeit für Widerspruchs- und Anfechtungsklagen im internationalen Verhältnis, Diss., Zürich 2001 (*zitiert*: BOMMER); BORER DAVID/MÜLLER THOMAS, Vertragsauflösung in der Insolvenz, GesKR 2014, 77 ff. (*zitiert*: BORER/MÜLLER); BRAND PATRIC/MÜLLER THOMAS, Konzerninterne Darlehen, Jusletter 15.12.2014 (*zitiert*: BRAND/MÜLLER); GASSMANN RICHARD, Kommentierung von Art. 151–153, 154, 166, 167 und 170 IPRG, in: Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Müller-Chen Markus, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Zürich 2012 (*zitiert*: CHK-GASSMANN); GIRSBERGER DANIEL/HEINI ANTON/KELLER MAX/KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/SIEHR KURT/VISCHER FRANK/VOLKEN PAUL (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004 (*zitiert*: ZK-BEARBEITER/IN); GLANZMANN LUKAS, Konzern-Kreditfinanzierung aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW/RSDA 2011, 229 ff. (*zitiert*: GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierung); DERS., Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Kunz Peter/Jörg Florian/Arter Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 247 ff. (*zitiert*: GLANZMANN, Haftungsrisiken); GLANZMANN LUKAS/WOLF MARKUS, Cash Pooling – Was ist noch zulässig?, GesKR 2014, 264 ff. (*zitiert*: GLANZMANN/WOLF, Cash Pooling); DIES., Sanierung von Tochtergesellschaften, SJZ 110 (2014), 1 ff. (*zitiert*: GLANZMANN/WOLF, Sanierung); GRAF ULRIKE, Die Anerkennung ausländischer Insolvenzentscheidungen, Diss., Tübingen 2003 (*zitiert*: GRAF); GRONER ROGER, Art. 52 AHVG – Praxis und Zweck der Arbeitgeberhaftung, SZW/RSDA 2006, 81 ff. (*zitiert*: GRONER); HANDSCHIN LUKAS, Die Pflichten und die Verantwortlichkeiten des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, ZBJV 136, 433 ff. (*zitiert*: HANDSCHIN); HISCHIER ROGER, Internationaler Mitarbeitereinsatz, Praxishandbuch zum internationalen Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2008 (*zitiert*: HISCHIER); HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012 (*zitiert*: BSK OR II-BEARBEITER/IN); HUNKELER DANIEL (Hrsg.), Kurzkommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. Aufl., Basel 2014 (*zitiert*: KUKO SchKG-BEARBEITER/IN); HUNKELER DANIEL/WOHL GEORG, Wirkungen eines ausländischen Urteils im schweizerischen Kollokationsprozess, Jusletter 30.6.2014; LINDENMAYER PHILIPP, Die Haftung des Verwaltungsrates für Verrechnungssteuern, Jusletter 23.8.2004 (*zitiert*: LINDENMAYER); LORANDI FRANCO, Prozessuale Aspekte der paulianischen Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG), ZZZ 2006, 155 ff.; MÉLIN FRANÇOIS, La faillite internationale, Paris 2004 (*zitiert*: MÉLIN); MOHR FRANZ, Die Insolvenzordnung, 11. Aufl., Wien 2012 (*zitiert*: MOHR); NAEGELI GEORG, Die Auswirkungen der Konkurserklärung auf ein hängiges Schiedsverfahren, Jusletter 31.8.2009 (*zitiert*: NAEGELI); OBERHAMMER PAUL, Kurze Urteilsbesprechungen und -hinweise, ZZZ 2008, 436 f. (*zitiert*: OBERHAMMER); OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Basel 2011 (*zitiert*: BSK LugÜ-BEARBEITER/IN); PAULUS CHRISTOPH, Das Recht der Insolvenzanfechtung und Gläubigerschutz, ZRG Sonderheft 17, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, Berlin 2006, 434 ff. (*zitiert*: PAULUS); QUEIROLO ILARIA, L'influenza del regolamento comunitario sul difficile coordinamento tra legge fallimentare e legge di riforma del diritto internazionale privato, Nuovi strumenti del diritto internazionale privato, liber fausto pocar, Milano 2009, 835 ff. (*zitiert*: QUEIROLO); ROHDE THOMAS, Wem darf eine überschuldete Gesellschaft was, wofür und wie zahlen?, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV, Zürich 2014, 143 ff.; SCHENKER, URS, Möglichkeiten der privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, in: SJZ 105 (2009), 485 ff. (*zitiert*: SCHENKER, Möglichkeiten); DERS., Sanierungen und Restrukturierungen von Unternehmen, Zürich 2013 (*zitiert*: SCHENKER, Sanierungen); SCHMID JEAN-DANIEL, Die paulianische Anfechtung von Darlehensrückzahlungen und Darlehensbesicherungen, Diss., St. Gallen 2014; SCHNYDER ANTON K./VOGT NEDIM PETER/HONSELL HEINRICH/BERTI STEPHEN V. (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (*zitiert*: BSK IPRG-BEARBEITER/IN); STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I und II, 2. Aufl., Basel 2010 (*zitiert*: BSK SchKG I-BEARBEITER/IN; BSK SchKG II-BEARBEITER/IN); STAEHELIN DANIEL, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004, 363 ff. (*zitiert*: STAEHELIN); WYSS LUC, Aktuelle Zuständigkeitsfragen im Zusammenhang mit internationalen kommerziellen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Jusletter 25.6.2012 (*zitiert*: WYSS); ZILTENER FELIX/SPÄTH ANDREA, Die Anerkennung ausländischer Konkurse in der Praxis des Bezirksgerichts Zürich, ZZZ 2005, 37 ff. (*zitiert*: ZILTENER/SPÄTH).

I. Problemübersicht

Unternehmen können aus den verschiedensten Gründen in eine Krise geraten. In den seltensten Fällen sind allein externe Umstände oder gar Ereignisse höherer Gewalt die Ursache. Sehr viel *häufiger sind Unternehmenskrisen hausgemacht* und auf fehlendes oder ungenügendes Controlling oder Managementfehler zurückzuführen, wie mangelnde Voraussicht, was die Marktentwicklung betrifft, organisatorische oder qualitative Unzulänglichkeiten, welche zu Verletzungen von vertraglichen Verpflichtungen führen, oder Versäumnisse bei der Entwicklung von innovativen oder konkurrenzfähigen neuen Produkten. Gerade hausgemachte Krisen beginnen oft schleichend und werden erst mit der Zeit als solche erkannt. **14.1**

Seriös ermittelte *Finanzkennzahlen* eines Unternehmens sind meist gute Gradmesser für die Herausforderungen, die sich diesen stellen. Ungeachtet der jeweiligen Ursache wachsen sich Unternehmenskrisen nämlich mit grosser Regelmässigkeit **14.2**

auch zu finanziellen Krisen aus und schlagen sich untrüglich in den Erfolgsrechnungen und Bilanzen der Unternehmung nieder. Je nach Kapitalstruktur und insbesondere Höhe der offenen und stillen Reserven eines Unternehmens einerseits und der Intensität der durch steigende Kosten und/oder Erosion des erarbeiteten Erlöses bedingten *Ertragsschwäche* andererseits wird das Vorliegen einer sich anbahnenden Unternehmenskrise von den verantwortlichen Organen in einer ersten Phase nicht wahrgenommen oder verdrängt. Erst wenn sich ein eigentlicher Cash-Drain zeigt und das Unternehmen mithin nicht einmal mehr in der Lage ist, die laufenden Kosten des Betriebes und die Fremdkapitalzinsen zu decken, wird die finanzielle Krise des Unternehmens offensichtlich, zumal ein *negativer Cash-Flow* die Liquidität des Unternehmens beeinträchtigt.

14.3 Schrumpfende Liquidität und schliesslich *Illiquidität*, also das Unvermögen des Unternehmens, seinen Zahlungspflichten nachzukommen, hat für ein Unternehmen regelmässig weitreichende Konsequenzen. Bei verspäteten und unregelmässigen Zahlungseingängen und erst recht bei gänzlichem Ausbleiben von Zahlungen werden Drittparteien ihrerseits die Erbringung von für das Unternehmen betriebsnotwendigen Leistungen einschränken oder gar verweigern. Dies kann ein Unternehmen schon nach kurzer Zeit dazu zwingen, den Betrieb gänzlich einzustellen[1]. Hat die Krise des Unternehmens ein solches Stadium erreicht, ist an eine Sanierung meist nicht mehr zu denken und eine *Zerschlagung des Unternehmens* im Rahmen eines Insolvenz- oder allenfalls Nachlassverfahrens die Folge.

14.4 Handelt es sich beim von der Krise betroffenen Unternehmen um einen *Teil eines international organisierten Konzerns* oder verfügt es über Zweigniederlassungen oder signifikante Vermögenswerte in verschiedenen Ländern, sind die potentiellen Schwierigkeiten, denen die Organe im Rahmen ihrer Bemühungen zur Sanierung zu begegnen haben, erfahrungsgemäss nochmals erheblich grösser, als wenn es sich um eine lediglich national organisierte Unternehmensgruppe oder gar nur um eine rein lokal agierende Einzelgesellschaft handelt. Scheitert eine Sanierung und kommt es im Rahmen eines Insolvenzverfahrens zu einer Zerschlagung des Unternehmens, kann dessen Internationalität die Insolvenzverwalter und die betroffenen Gläubiger ebenfalls vor besondere Herausforderungen stellen[2], zumal gerade das schweizerische Recht stark von der *territorialen Beschränkung* entsprechender Verfahren geprägt ist und nur recht rudimentäre Sach- und Kollisionsnormen für grenzüberschreitende *Nachlass- und Konkursverfahren* bereitstellt[3].

14.5 Im Folgenden sollen, mit einem besonderen Augenmerk auf in der *Praxis relevante Aspekte*, verschiedene Fragestellungen beleuchtet werden, welche sich typischerweise ergeben, sobald ein international organisiertes Unternehmen in eine Krise gerät. In den Abschnitten II. bis IV., welche schwergewichtig Problemkreise vor bzw. ausserhalb einer formellen Insolvenz des Unternehmens betreffen (Rz 14.6–14.73), erfolgt die Betrachtung mehrheitlich aus dem Blickwinkel eines Exekutivorgans des betroffenen Unternehmens. Im Abschnitt V., der sich mit Fragen im Zusammenhang mit internationalen Insolvenzen befasst, steht dagegen der Blickwinkel des Insolvenzverwalters im Vordergrund (Rz 14.74 ff.).

1 Instruktiv in diesem Zusammenhang das «Grounding» der Swissair, welches namentlich durch die Treibstofflieferanten und Flughafenbetreiber verursacht wurde, die kurzfristig auf Vorauszahlung bei weiteren Lieferungen beharrten, vgl. dazu BGE 135 III 265, 273 E. 5; und «Wie es zum Grounding kam», NZZ vom 2. Oktober 2006, abrufbar unter ‹http://www.nzz.ch/aktuell/startseite/newzzD6RPX1F9-12-1.428192› (besucht am: 15.5.2015).

2 Vgl. für eine Übersicht über die bei der Insolvenz der Lehman Brothers Gruppe aufgetretenen besonderen Problemfelder Suhr Brunner Christina, Lehman Brothers – Lessons Learned, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III, Zürich 2013, 13–25.

3 Vgl. Rz 14.75 ff.

II. Rolle und Verantwortlichkeit der Exekutivorgane im Krisenfall

14.6 Grundlegende Pflicht der Organe eines Unternehmens ist es, dessen *Interessen zu wahren*[4]. Dies beinhaltet eine Verpflichtung, finanzielle Schwierigkeiten, insbesondere drohende oder eingetretene Ertragsschwäche und die Gefahr der Erosion der Solvenz, frühzeitig zu erkennen und im Zusammenwirken mit den Eigenkapitalgebern die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, um die *finanzielle Krise abzuwenden* oder eine Sanierung zu erreichen[5].

14.7 Gerade der Krisenfall zeigt aber, dass die Interessen der Gesellschaft keineswegs alleine massgebend sind. Zu berücksichtigen sind auch diejenigen der Eigenkapitalgeber, der eigenen Arbeitnehmer und insbesondere auch der Gläubiger des Unternehmens[6]. Ist die fragliche Gesellschaft in einen Konzern eingebunden, ist die *Stellung eines Organs im Krisenfall besonders heikel*, da sich die bei normalem Geschäftsverlauf übliche Ausrichtung auf die Gesamtinteressen der Gruppe meist nicht mehr rechtfertigen lässt[7]; und dies gerade in dem Zeitpunkt, wo das typischerweise ebenfalls mit mitunter noch gravierenderen Schwierigkeiten kämpfende Mutterhaus grossen Druck auf das Organ ausübt und unbedingte Loyalität verlangt. Da gerade im Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht meist besondere Regelungen für Konzernverhältnisse fehlen[8], kann das Organ eines Unternehmens, will es eine Haftung vermeiden, nicht umhin, den für das eigene Unternehmen geltenden Regeln nachzuleben und die entsprechenden Pflichten zu erfüllen. Problematisch wird die Situation für ein Organ regelmässig dann, wenn es Organstellung in verschiedenen Gesellschaften des Unternehmens bekleidet und allenfalls je nach

4 Vgl. für das schweizerische Aktienrecht Art. 717 OR. Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in anderen Rechtsordnungen, so etwa für den Vorstand einer deutschen AG in § 93 AktG.

5 Vgl. für das schweizerische Recht statt vieler BSK OR II-Wüstiner, Art. 725 N 9 f. m.w.H.

6 Näheres s. Rz 14.28 ff.

7 Vgl. zum begrenzten Nutzen von statutarischen Konzerneinbindungsklauseln BKS OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 717 N 16a m.w.H.

8 In der Schweiz wurde bei der kürzlich abgeschlossenen Revision des Sanierungsrechts bewusst auf die Schaffung eines spezifischen Konzernsanierungsrechts verzichtet. Immerhin sieht das SchKG nunmehr in Art. 4*a* eine Pflicht zur Verfahrenskoordination bei Insolvenzen von mehreren Gruppengesellschaften vor; vgl. dazu KUKO SchKG-Levante, Art. 4*a* N 3 ff.

Funktion zueinander im Konflikt stehende Pflichten wahrzunehmen und mithin *schwierige Interessenabwägungen* vorzunehmen hat.

14.8 Spätestens wenn ein Unternehmen in die Krise gerät, sind dessen Organe mithin gut beraten, sich *umfassend Gedanken* über den genauen Umfang der *Pflichten*, ihre Rolle im Rahmen einer allfälligen Sanierung sowie über die *Haftungsrisiken* zu machen. Erforderlich ist in diesem Zusammenhang, die im konkreten Krisenfall anwendbaren und im Zusammenhang mit der Beseitigung der Krise zu beachtenden Rechtsnormen sorgfältig zu ermitteln.

14.9 Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist dabei das *Gesellschaftsstatut*, d.h. die auf das Unternehmen primär anwendbare Rechtsordnung. Aus Sicht des schweizerischen Kollisionsrechts ist dies diejenige Rechtsordnung, nach deren Vorschriften sich das Unternehmen organisiert hat, und namentlich dessen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften es erfüllt[9]. Ist das krisengeplagte Unternehmen nicht in einer Rechtsform organisiert, welche die Registrierung in einem Handelsregister erfordert, ist dagegen aus schweizerischer Sicht meist auf die Rechtsordnung des Staates abzustellen, in dem das Unternehmen tatsächlich verwaltet wird[10]. Zu beachten ist allerdings, dass nicht alle ausländischen Rechtsordnungen diesem kollisionsrechtlichen Ansatz folgen. Bereits in einigen Nachbarländern der Schweiz sowie in verschiedenen anderen wichtigen Industrienationen gilt nicht das Inkorporationsprinzip, sondern das Sitzprinzip, wonach Gesellschaften dem Recht am Ort ihrer tatsächlichen Verwaltung unterstehen, und zwar unabhängig davon, nach welchem *Recht sie inkorporiert* worden sind[11].

14.10 Verfügt das Unternehmen über eine internationale Organisationsstruktur, etwa durch den Betrieb von Zweigniederlassungen in anderen Staaten, die Kotierung an einer ausländischen Börse oder Anleihen, welche einem fremden Recht unterstehen, so sind allfällige *zusätzliche Pflichten und Haftungsnormen*, welche sich aus den entsprechenden Rechtsordnungen ergeben, ebenfalls zu berücksichtigen.

1. Handlungs- und Sorgfaltspflichten in Krisensituationen

14.11 Je nach Rechtsform des betroffenen Unternehmens sind in der Praxis verschiedene Organe auf verschiedenen Kompetenz- und Hierarchiestufen anzutreffen. Bei Kapitalgesellschaften, wie der schweizerischen Aktiengesellschaft, findet sich neben der Generalversammlung, als Forum der Anteilseigner, und der Revisionsstelle, welche die Rechnung des Unternehmens zu prüfen hat, mindestens ein *Exekutivorgan*, nämlich der Verwaltungsrat, welcher mit der Geschäftsführung betraut ist. Häufig macht das Hauptexekutivorgan von seiner gesetzlichen und statutarischen Kompetenz Gebrauch, die Führung der Tagesgeschäfte an ein hierarchisch untergeordnetes Gremium zu delegieren.

14.12 Im Krisenfall ist nunmehr der Verwaltungsrat – bzw. bei anderen Organisationsformen das jeweilige *Hauptexekutivorgan* – primär gefordert. Er kann sich nicht im

9 Vgl. Art. 154 Abs. 1 IPRG, und dazu statt vieler CHK-Gassmann, Art. 154 IPRG N 3 f.
10 Vgl. Art. 154 Abs. 2 IPRG; CHK-Gassmann, Art. 154 IPRG N 5 f.
11 Vgl. zur Sitztheorie und deren Nachteilen ZK-Vischer, Art. 154 IPRG N 3 ff.

Rahmen seiner Oberleitungskompetenz auf die passive Rolle der Überwachung der Geschäftsleitung beschränken, sondern ist grundsätzlich verpflichtet, *selber tätig zu werden*[12]. So sind die Ursachen, welche zur Krise des Unternehmens geführt haben, zu analysieren und korrigierende Massnahmen zu ergreifen. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob die allenfalls mit der Geschäftsführung betrauten Personen ihrer Aufgabe tatsächlich (noch) gewachsen sind und ob das Rechnungswesen des Unternehmens den durch die Krise geschaffenen neuen Anforderungen hinsichtlich Aktualität und Transparenz genügt. Droht eine Insolvenz, sind zudem alle erforderlichen Massnahmen zur *Vermögenserhaltung* und insbesondere zur Wahrung der Interessen der Gläubiger zu ergreifen[13].

14.13 Weiter können das einschlägige Gesellschaftsstatut bzw. weitere anwendbare ausländische Normen spezifisch für den *Krisenfall besondere Pflichten der Exekutivorgane* vorsehen. So verlangt das schweizerische Aktienrecht vom Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, dass er bei Vorliegen einer Unterbilanz, bei der weniger als 50 % des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven durch Aktiven gedeckt sind, Sanierungsmassnahmen einleitet[14] und im Falle einer Überschuldung den Konkursantrag ans Gericht oder mindestens ein Gesuch um Einleitung eines Nachlassverfahrens stellt[15]. Ähnliche Regeln, die eine Konkursverschleppung zu verhindern suchen, finden sich auch in anderen Rechtsordnungen[16].

14.14 Ist das von der Krise betroffene Unternehmen an der Börse kotiert, sind die einschlägigen Bestimmungen betreffend *Ad-hoc-Publizität* zu beachten[17]. Grundsätzlich ist das Publikum unverzüglich über kursrelevante Tatsachen zu informieren. Ist das Unternehmen dabei, einen privaten Sanierungsplan vorzubereiten und auszuhandeln, wird sich oft die Frage stellen, ob ein Aufschub der Publizität zulässig ist, um die Sanierung nicht zu gefährden[18]. Ein solcher Aufschub rechtfertigt sich aber von vornherein nur dann, wenn die Geheimhaltung sichergestellt und dem Missbrauch von Insiderinformationen wirksam vorgebeugt werden kann.

12 Der Verwaltungsrat einer schweizerischen AG hat gemäss Art. 716*a* Ziff. 1 und 7 im Krisenfall eine persönliche Handlungspflicht; ebenso Handschin, 434 und 440 und wohl auch BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 716*a* N 33.
13 Vgl. Rz 14.28 ff.
14 Art. 725 Abs. 1 OR. Nach § 36 Abs. 2 des österreichischen GmbHG bzw. § 49 Abs. 3 des deutschen GmbHG hat der Geschäftsführer eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist.
15 Art. 725 Abs. 2 OR. Gemäss BGE 132 III 564, 572 f. E. 5.1 kann dann von dieser Massnahmen abgesehen werden, wenn konkrete Aussichten auf eine Sanierung innert kurzer Frist bestehen.
16 Entsprechende Handlungspflichten können sich dabei je nach Rechtsordnung aus dem Zivilrecht, dem Insolvenzrecht oder dem Strafrecht ergeben. Vgl. neben den genannten Bestimmungen der österreichischen und deutschen GmbHG etwa für Deutschland § 15a InsO (Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994), für Österreich § 69 Abs. 2 IO (Insolvenzordnung vom 1. Januar 1915).
17 Vgl. für eine an der SIX Swiss Exchange kotierte Gesellschaft Art. 43 f. KR.
18 Vgl. in diesem Zusammenhang für eine an der SIX Swiss Exchange kotierte Gesellschaft Art. 54 KR sowie SIX Swiss Exchange Regulation, Kommentar zur Ad-hoc-Publizitätsrichtlinie 2011, Rz 16 N 79 ff., 197 ff. und Schenker, Sanierungen, 41.

14.15 Verletzungen sowohl der allgemeinen Haftungspflicht der Exekutivorgane als auch besonderer statutarischer Pflichten im Krisenfall können insbesondere zu zivil- und strafrechtlicher Haftung führen. Den geschuldeten Pflichten im Falle einer Krise nachzuleben, kann für das Exekutivorgan sehr zeitaufwändig sein. *Zeitmangel* oder das Unvermögen der Unternehmung, das Organ für seine Bemühungen adäquat zu entschädigen, stellen *keine Rechtfertigungsgründe* für Pflichtverletzungen dar. Auch ein Rücktritt des Organs mitten in der Unternehmenskrise kann eine Pflichtverletzung mit Haftungsfolgen darstellen[19].

2. Zivilrechtliche Verantwortlichkeit

14.16 Kommen die Organe eines Unternehmens ihren gesetzlichen und statutarischen Pflichten nicht nach und erleidet die Unternehmung dadurch einen Schaden, entsteht ein persönlicher Haftungsanspruch gegen die fehlbaren Organe. Regelmässig sieht das anwendbare Gesellschaftsstatut *besondere Regeln hinsichtlich Organhaftung* vor[20]. Abhängig vom Einzelfall sind allenfalls auch Verantwortlichkeitsansprüche gegen das fehlbare Organ aus Vertragsverletzung oder Delikt denkbar.

14.17 Je nach anwendbarer Rechtsordnung können die Einzelheiten der Organhaftung unterschiedlich ausgestaltet sein. Insbesondere kann der Haftungsanspruch im Rahmen einer Insolvenz direkt den einzelnen Gläubigern zustehen oder aber als Gesamtanspruch in die Insolvenzmasse des Unternehmens fallen bzw. ausserhalb der Insolvenz dem Unternehmen selbst oder den einzelnen Gesellschaftern zustehen. Auch die einzelnen Haftungsvoraussetzungen, die Entlastungsgründe und die Beweislastverteilung sowie die prozessuale Durchsetzbarkeit von Verantwortlichkeitsansprüchen können bei der jeweils massgeblichen Rechtsordnung unterschiedlich sein[21]. Entsprechende Nuancen sollten allerdings nicht über den Umstand hinweg täuschen, dass ein Exekutivorgan im Krisenfall einem *erhöhten gesellschaftsrechtlichen Haftungsrisiko* ausgesetzt ist und dementsprechend gut daran tut, seinen Pflichten auch tatsächlich nachzuleben. Fehlende Kenntnis der einschlägigen Pflichten ist regelmässig kein Entlastungsgrund, so dass es im Einzelfall bei komplizierten Verhältnissen auf jeden Fall angezeigt ist, sich durch externe Experten beraten zu lassen.

14.18 Organhaftungsklagen sind, selbst wenn sie erst nach Eintritt einer Insolvenz des Unternehmens angehoben werden, *Zivilsachen* und mithin regelmässig nicht vom Konkursrichter, sondern von den ordentlichen Zivilgerichten zu beurteilen[22]. Für entsprechende Klagen bestehen typischerweise *alternative Gerichtsstände* am Wohnsitz des fehlbaren Organs und am (ehemaligen) Sitz des Unternehmens[23]. Im Anwendungsbereich des LugÜ steht der Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft gemäss Art. 22 Ziff. 2 LugÜ für Verantwortlichkeitsklagen gegen Organe allerdings

19 Für das schweizerische Recht vgl. satt vieler HANDSCHIN, 442.
20 Vgl. für das schweizerische Aktienrecht Art. 754 OR und spezifisch für das Haftungsrisiko in Krisensituationen GLANZMANN, Haftungsrisiko, 256 ff.
21 Vgl. dazu etwa BERSHEDA VUCUROVIC TETIANA, Civil Liability of Company Directors and Creditor Protection in the vicinity of Insolvency, Zürich 2007.
22 Statt vieler BSK LugÜ-ROHNER/LERCH, Art. 1 N 88 und 94 m.w.H.
23 Für die Schweiz eröffnet Art. 151 IPRG entsprechende alternative Gerichtsstände.

nicht zur Verfügung. Entsprechende Klagen können aber dann am Sitz der Gesellschaft geführt werden, wenn sich dort ein allfälliger Delikts- oder Erfüllungsort befindet[24]. Erstrittene Urteile sind im Übrigen meist ohne allzu grosse Probleme international vollstreckbar[25].

14.19 Mit entsprechenden Haftungsrisiken vor Augen sind Exekutivorgane von krisengeplagten Unternehmungen gut beraten, unbedachten Aktionismus zu unterlassen, sich nicht einseitig von den *Interessen einer Konzernmutter* leiten zu lassen oder einzelne Gläubiger nicht ohne ausreichende Rechtfertigung gegenüber anderen zu bevorzugen.

3. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

14.20 Einem pflichtwidrig handelnden oder seine Handlungspflichten missachtenden Exekutivorgan kann im Einzelfall neben der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit auch eine strafrechtliche Verurteilung drohen. Primär richtet sich die Strafbarkeit der Handlungen und Unterlassungen eines Organs nach den am *Handlungsort geltenden Strafnormen*[26]. Denkbar ist aber auch eine Sanktionierung der Handlungen der Exekutivorgane gestützt auf die einschlägigen Strafrechtnormen am Wohnsitz der durch die Handlungen oder Unterlassungen des Organs Geschädigten[27].

14.21 Das schweizerische Strafrecht sieht verschiedene Straftatbestände vor, welche im Zusammenhang mit der Insolvenz einer Unternehmung stehen. Dabei kann grob zwischen denjenigen Delikten unterschieden werden, die Handlungen betreffen, welche schliesslich zur Insolvenz eines Unternehmens führen[28]. Die zweite Gruppe von Straftatbeständen bezieht sich dagegen auf *missbräuchliche Handlungen*, welche von den Exekutivorganen eines bereits krisengeplagten Unternehmens begangen werden[29].

14.22 Zumindest in der Schweiz führen Insolvenzen relativ *selten zu Verurteilungen* wegen Konkursdelikten, da häufig bestimmte subjektive Tatbestandselemente – wie insbesondere der Vorsatz – entweder nicht vorliegen oder nicht zu beweisen sind. Entsprechende strafrechtliche Untersuchungsverfahren sind für die betroffenen Exekutivorgane aber in jedem Fall sehr problematisch. Zum einen *verhindern* hängige strafrechtliche Verfahren in vielen Fällen das *berufliche Fortkommen* bzw. die Stellensuche des Beschuldigten[30]. Zum anderen dienen entsprechende Untersuchungsverfahren oft auch den geschädigten Gläubigern dazu, Beweismittel für ein zivilrechtliches Verantwortlichkeitsverfahren zu beschaffen, so dass aus Sicht

24 CHK-GASSMANN, Art. 151–153 IPRG N 6 m.w.H.
25 Insbesondere wenn diese im Wohnsitzstaat des Beklagten ergangen sind, steht der internationalen Zirkulationsfähigkeit des Urteils meist nur der Einwand der Verletzung des verfahrensrechtlichen oder materiell-rechtlichen Ordre Public entgegen.
26 Vgl. für die Schweiz Art. 3 StGB, welcher das grundsätzlich geltende Territorialitätsprinzip statuiert, und dazu BGE 121 IV 145, 148 E. 2b/bb.
27 Aus schweizerischer Sicht gestützt auf Art. 7 StGB.
28 Art. 163 StGB (Betrügerischer Konkurs) und Art. 165 StGB (Misswirtschaft).
29 Art. 164 StGB (Gläubigerschädigung) und Art. 167 StGB (Gläubigerbevorzugung).
30 SCHENKER, Sanierung, 32.

des Beschuldigten vielfach die Gefahr besteht, dass auf das Strafverfahren ein zivilrechtliches Verfahren folgt.

4. Weitere Fälle persönlicher Verantwortlichkeit

14.23 Eine persönliche Verantwortlichkeit eines Exekutivorgans kann sich auch aus im Einzelfall anwendbaren *Sonderbestimmungen ergeben*. Neben börsen- und aufsichtsrechtlichen Bestimmungen, deren Nichtbeachtung besondere Sanktionen nach sich ziehen können, sind insbesondere auch persönliche Verantwortlichkeiten nach dem einschlägigen *Sozialversicherungs- und Steuerrecht* zu gewärtigen.

14.24 Gerade im Bereich des Sozialversicherungsrechts besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass die geschuldeten Beiträge ordnungsgemäss beglichen werden. Nach den einschlägigen Bestimmungen zur schweizerischen AHV hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden versursacht, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen[31]. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, bei der aufgrund einer Insolvenz Ausstände bei den Sozialversicherungsabgaben ungedeckt bleiben, können gemäss *Art. 52 Abs. 2 AHVG* subsidiär die Exekutivorgane in Anspruch genommen werden[32]. Da in der Praxis die Tendenz besteht, das Vorliegen einer groben Fahrlässigkeit recht schnell zu bejahen[33], haben die Organe eines Unternehmens ein grosses persönliches Interesse daran, dass entsprechende Beitragszahlungen jeweils geleistet werden[34]. Da AHV-Beiträge in einem schweizerischen Konkurs als Zweitklassforderungen privilegiert sind[35], kommt die persönliche Haftung der Organe von vornherein dann nicht zum Tragen, wenn die Insolvenzmasse ausreicht, um die privilegierten Forderungen zu decken[36]. Gerade in Start-up-Gesellschaften, bei denen hohe Personalkosten für Entwicklungsarbeit anfallen und wenig verwertbares Anlagevermögen vorhanden ist, wird dies aber regelmässig nicht der Fall sein, so dass in entsprechenden Fällen *Vorsicht geboten* ist.

14.25 Auch hinsichtlich der Steuerschulden des von der Krise betroffenen Unternehmens können einem Exekutivorgan mitunter Haftungsrisiken erwachsen. Zumindest nach schweizerischem Recht besteht zwar grundsätzlich keine Haftung der Organe für ausstehende Steuern und Abgaben ihres Unternehmens[37]. Immerhin sind die

31 Vgl. Art. 52 AHVG, welcher sinngemäss auch auf IV/EO/ALV und FAK-Beiträge Anwendung findet.

32 Gemäss BGE 132 III 523, 528 E. 4.5 trifft diese Haftung neben den formell bestellten Organen auch faktische Organe.

33 Zu Recht kritisch gegenüber dieser Praxis BSK OR II-Watter/Roth Pellanda, Art. 717 N 11; ausführlich zur subsidiären Haftung der Organe Groner, 83 ff.

34 Die Haftung für AHV-Beiträge ist auch deshalb besonders einschneidend, weil sie – anders als die übrigen Haftungsansprüche, insbesondere solche gestützt auf das BVG – von den AHV-Behörden gestützt auf Art. 52 Abs. 4 AHVG direkt durch Erlass einer Verfügung, ohne Umweg über das Konkursverfahren, durchgesetzt werden kann.

35 Art 219 Abs. 4 SchKG.

36 Als Forderungen zweiter Klasse stehen die AHV-Beiträge aber im Rang hinter den Forderungen der Arbeitnehmer und der beruflichen Vorsorge, welche gemäss Art 219 Abs. 4 SchKG in die erste Klasse fallen.

37 Lindenmayer, N 1.

Exekutivorgane im Rahmen einer Liquidation einer Gesellschaft verpflichtet, dafür besorgt zu sein, dass sämtliche Steuerschulden aus dem liquidierten Vermögen der Gesellschaft bezahlt werden, bevor dieses an die Gesellschafter ausbezahlt wird. Eine Missachtung dieser Pflicht kann bei entsprechendem Verschulden zu einer persönlichen *Haftung für Verrechnungssteuern* führen[38]. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zur Verrechnungssteuer auch, wenn keine formelle Liquidation oder Dividendenausschüttung, sondern lediglich eine *verdeckte Ausschüttung* erfolgt[39]. Zwar hat in diesen Fällen das in die Haftung genommene Organ ein Rückgriffsrecht auf den durch die Ausschüttung bereicherten Gesellschafter, doch kann dieses in der Praxis im Rahmen einer Insolvenz des Unternehmens oft nicht mehr durchgesetzt werden, weil sich regelmässig auch der Gesellschafter in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet.

5. Durchgriff und faktische Organschaft

14.26 Die geschilderten Haftungsrisiken[40] betreffen zunächst die formell als solche bestellten Exekutivorgane eines Unternehmens. Nicht auszuschliessen ist indessen, dass entsprechende Haftungen aufgrund des Vorliegens einer *faktischen Organschaft* oder gestützt auf einen Durchgriff auch weitere Personen treffen, die sich in die Geschäftsführung einmischen oder sonst wie in erheblicher Weise Einfluss auf die von der Krise betroffene Gesellschaft nehmen[41].

14.27 Ob und unter welchen Voraussetzungen ein *Durchgriff* möglich oder eine faktische Organschaft anzunehmen ist, richtet sich dabei grundsätzlich nach einschlägigen Bestimmungen des Gesellschaftsstatuts des krisengeplagten Unternehmens[42].

III. Besondere Problemfelder bei Unternehmenskrisen

1. Gläubigerschutz

a) *Pflicht der Exekutivorgane zur Interessenwahrung*

14.28 Die Exekutivorgane sind generell verpflichtet, mit dem Vermögen ihres Unternehmens haushälterisch umzugehen. *Ungerechtfertigte Vermögensdispositionen* führen u.U. zu einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber dem Unternehmen und allenfalls den Gesellschaftern bzw. im Insolvenzfall gegenüber den ungedeckt bleibenden Gläubigern. Je nach den Umständen des Einzelfalls ist auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit denkbar.

38 Art. 15 VStG; für die Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen vgl. Lindenmayer, N 7–11.

39 Vgl. BGE 115 Ib 274, 283 f. E. 6.

40 Vgl. Rz 14.16–14.25.

41 Für das schweizerische Recht BGE 132 III 523, 528 E. 4.5; 128 III 92, 93 E. 3; 117 II 432, 441 f. E. 2b; BSK OR II-Gericke/Waller Art. 754 N 5 f.

42 Vgl. für das schweizerische Kollisionsrecht BGE 128 III 346, 550 E. 3.1.5 und statt vieler BSK IPRG-Eberhard/von Planta, Art. 155 N 18 m.w.H.

b) Paulianische Anfechtung

14.29 Erfolgen ungerechtfertigte Vermögensdispositionen im Vorfeld einer Insolvenz, kommen zudem die Rechtsbehelfe des Zwangsvollstreckungsrechts zum Tragen. Durch die Vermögensverminderung wird das den Gläubigern zur Deckung ihrer Forderungen zur Verfügung stehende Haftungssubstrat geschmälert. Reicht dieses im Insolvenzfall nicht mehr aus, um sämtliche Forderungen zu befriedigen, müssen die Gläubiger bzw. der Insolvenzverwalter, der deren Interessen zu wahren hat, grundsätzlich die Möglichkeit haben, *Vermögenswerte*, deren sich der Schuldner *pflichtwidrig entäussert* hat, *ins Insolvenzverfahren miteinzubeziehen*. Diesem Zweck dienen die auf das römische Recht zurückgehenden paulianischen Anfechtungsklagen[43], welche mit jeweils leicht unterschiedlicher Ausgestaltung in den allermeisten entwickelten Rechtsordnungen anzutreffen sind[44].

14.30 Obwohl die paulianische Anfechtbarkeit einer Transaktion oder Rechtshandlung vielfach nicht deren zivilrechtliche Ungültigkeit herbeiführt[45], sondern lediglich zum Einbezug des vom insolventen Schuldner entäusserten Vermögenswerts führt und die Gegenpartei mitunter berechtigt ist, ihre ursprünglich erbrachte Gegenleistung in natura herauszufordern[46], sollten anfechtbare Handlungen von den beteiligten Parteien nicht auf die leichte Schulter genommen werden. Insbesondere die Exekutivorgane des später in die Insolvenz fallenden Unternehmens setzen sich bei entsprechenden Handlungen zusätzlich einer *zivil-*[47] *und strafrechtlichen Verantwortlichkeit*[48] aus. Gerade im Falle einer Absichtspauliana können strafrechtliche Sanktionen aber auch den *Vertragspartner* treffen[49].

14.31 Da die Voraussetzungen und Anforderungen an eine paulianische Anfechtungsklage – insbesondere was die Période suspecte, die Verjährungsfristen sowie die einzelnen objektiven und subjektiven Tatbestandselemente betrifft – je nach der im Einzelfall anwendbaren Rechtsordnung mehr oder weniger voneinander abweichen[50], ist es einerseits für das mit der Sanierung befasste Exekutivorgan eines krisengeplagten Unternehmens, andererseits aber auch für die Gegenpartei, welche mit dieser kontrahiert oder von dieser Leistungen annimmt, unerlässlich zu ermitteln, welche Handlungen und Rechtsgeschäfte tatsächlich als unzulässig zu betrachten sind. Dies setzt wieder voraus, dass die im *Einzelfall einschlägigen Bestimmungen* hinsichtlich Anfechtbarkeit korrekt ermittelt werden. Traditionell werden paulianische Anfechtungsklagen, welche sich im Zusammenhang mit der Insolvenz eines Unternehmens ergeben, als Konkurssachen betrachtet und damit ohne Weiteres der *lex fori concursus*, d.h. dem Recht unterstellt, gemäss welchem der Konkurs bzw. der Nachlass einer Unternehmung abgewickelt wird[51].

43 BSK SchKG II-Staehelin, Art. 285 N 3 f. m.w.H.
44 Vgl. den Überblick bei Paulus, 437–449.
45 So führt eine offensichtlich anfechtbare Zession nach schweizerischem Recht nicht zu deren zivilrechtlicher Nichtigkeit, BGE 134 III 52, 57 E. 1.3.3.
46 So insb. die Rechtslage in der Schweiz und dazu statt vieler BSK SchKG II-Staehelin, Art. 285 N 8 f. m.w.H.
47 So das schweizerische Bundesgericht in BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 3e und 4.
48 So BGE 117 IV 23, 26 E. 4c.
49 Nach schweizerischem Recht kann sich ein Vertragspartner allenfalls als Anstifter oder Gehilfe strafbar machen; BGE 126 IV 5, 11 E. 1d und 75 IV 40, 48 E. 3.
50 Paulus, 449.

14.32 Eine nähere Betrachtung zeigt indessen, dass sich eine solche starre Anknüpfung nicht in jedem Fall rechtfertigt[52]. Gilt im Insolvenzfall das *Universalitätsprinzip*[53] und wird somit ungeachtet der tatsächlichen territorialen Belegenheit der Vermögenswerte des Schuldners überall das am Ort der Insolvenzeröffnung geltende Recht zur Anwendung gebracht, erscheint eine grundsätzliche Anwendung der einschlägigen Anfechtungsregeln *lex fori concursus* als folgerichtig. Aber selbst in diesem Szenario rechtfertigt es sich, die lokalen Gegebenheiten ebenfalls zu beachten[54]. Kommt dagegen, wie etwa in der Schweiz[55], das *Territorialitätsprinzip* zur Anwendung[56], wäre eine differenziertere Betrachtung erst recht erforderlich. Allerdings hat der schweizerische Gesetzgeber zumindest für die in eine schweizerische Spezialkonkursmasse fallenden Anfechtungsansprüche bedauerlicherweise generell die Anwendung der Schweizer Anfechtungsregeln statuiert[57]. Was die allenfalls in der Schweiz ausserhalb eines inländischen Separatkonkurses oder allenfalls im Rahmen eines inländischen Hauptkonkurses geltend zu machenden Anfechtungsansprüche betrifft, bleibt wegen des Fehlens einer ausdrücklich statuierten Kollisionsnorm aber grundsätzlich Raum, um i.S. einer Lückenfüllung eine zweckmässige Regelung hinsichtlich des auf den Anfechtungsanspruchs anwendbaren Rechts zu finden. Zweckmässig wäre in jedem Fall auf eine undifferenzierte Anwendung des schweizerischen Anfechtungsrechts zu verzichten. Naheliegend wäre eine Anlehnung an die Regelung der Europäischen Insolvenzordnung, welche mit Einschränkungen auf die jeweils anwendbare *lex fori concursus*[58] verweist. Denkbar wäre aber auch, mit ähnlichem Ergebnis, eine differenzierte Anknüpfung vorzusehen, etwa dass die allgemeinen Voraussetzungen einer Anfechtung, insbesondere die Legitimation, die Befristung entsprechender Ansprüche sowie die Wirkungen der Anfechtung sich nach der *lex fori concursus* richten, während die eigentlichen Anfechtungstatbestände als solche dem *Recht des Ortes* unterstehen, an dem der anfechtbar erworbene Vermögenswert zur Zeit der Vornahme der fraglichen Rechtshandlung belegen war[59].

51 So für das schweizerische Recht Lorandi, 160 f. m.w.H. Kritisch dazu Bommer, 174 f.
52 Ausführlich Bommer, 174 f.
53 So im Anwendungsbereich der EuInsVO (Art. 4) oder auch nach dem autonomen deutschen (Rz 14.96) oder österreichischen (Rz 14.97) Recht.
54 So erlaubt der leider unklar formulierte Art. 13 EuInsVO dem Anfechtungsgegner die Einrede, dass nach dem auf das fragliche Rechtsgeschäft anwendbaren Recht dieses im konkreten Einzelfall sowohl unter materiellen als auch insolvenzrechtlichen Gesichtspunkten unangreifbar ist.
55 So jedenfalls in den in Art. 166 ff. IPRG vorgesehenen Fällen mit einer Insolvenz im Ausland und Vermögenswerten des Gemeinschuldners im Inland. Näheres zu dieser Konstellation s. Rz 14.83.
56 Vgl. zu den seltenen Ausnahmefällen, in denen das Territorialitätsprinzip für die Schweiz gestützt auf die historischen Staatsverträge vom Universalitätsprinzip verdrängt wird, Rz 14.81.
57 Vgl. Art. 171 IPRG. Nach wohl herrschender Schweizer Lehre erfasst diese Bestimmung aber nicht Anfechtungsansprüche der ausländischen Konkursmasse ausserhalb der schweizerischen Sonderkonkursmasse; vgl. zum Meinungsstand CHK-Gassmann, Art. 171 IPRG N 2, und BSK IPRG-Berti/Mabillard, Art. 171 N 4 je m.w.H.
58 Art. 4 Abs. 2 lit. m i.V.m. Art. 13 EuInsVO; so CHK-Gassmann, Art. 171 IPRG N 14.
59 Vgl. ausführlich zu einer entsprechenden Lückenfüllung Bommer, 171 ff.

c) Problematische Handlungen

14.33 Erfahrungsgemäss *besonders heikel* im Hinblick auf eine mögliche Anfechtung sind beim Vorliegen einer ernsthaften Finanzkrise die folgenden Handlungen, soweit sie ausserhalb des Schutzes eines formellen Nachlassverfahrens erfolgen:

aa) Weggabe von Vermögenswerten ohne adäquate Gegenleistung

14.34 Problematisch ist einerseits die Veräusserung von Aktiven *unter dem tatsächlichen Verkehrswert*[60], was insbesondere bei Notverkäufen zwecks Liquiditätsbeschaffung ausgesprochene Sorgfalt bei der Erzielung des bestmöglichen Preises verlangt. Andererseits kann selbst wenn ein Marktpreis für die Aktiven erzielt wird, ein anfechtbarer Tatbestand dann vorliegen, wenn die Gegenleistung des Erwerbers nicht in der Leistung frischer Barmittel, sondern in der Tilgung nichtprivilegierter, existierender Forderungen besteht, weil dies im Lichte einer späteren Insolvenz allenfalls eine ungerechtfertigte Bevorzugung einzelner Gläubiger darstellt[61].

bb) Nachträgliche Sicherung oder Befriedigung von Gläubigern ohne Forderungsprivileg im Insolvenzfall

14.35 Ungesicherte Gläubiger ohne Konkursprivileg haben verständlicherweise ein Interesse, ihre Position im Vorfeld einer sich abzeichnenden Insolvenz auf Kosten der anderen Gläubiger zu verbessern. Gerade wenn sie für die Fortführung des Betriebs erforderliche Leistungen erbringen, sind Gläubiger oft geneigt, als Preis für die Fortführung der Geschäftsbeziehung eine *nachträgliche Sicherung* aller Ausstände oder gar deren *vollumfängliche Tilgung* zu verlangen[62]. Entsprechende Sonderbehandlungen sind indessen regelmässig anfechtbar[63]. Dieses Anfechtungsrisiko kann für die Lieferanten, die der Unternehmung bis zu deren Insolvenz loyal Unterstützung bieten, zu schmerzhaften Überraschungen führen. Solche Dritte und insbesondere auch Personen, welche das krisengeplagte Unternehmen im Hinblick auf eine mögliche Sanierung unterstützen, sind dementsprechend gut beraten, ihr weiteres Tätigwerden von der Leistung eines *Vorschusses* abhängig zu machen, der dann jeweils ordnungsgemäss mit den seit der Vorschussgewährung aufgelaufenen *Honorarforderungen* verrechnet werden kann[64].

60 Solche gemischten Schenkungen sind nach Schweizer Recht gemäss Art. 286 SchKG anfechtbar, vgl. BSK SCHKG II-Staehelin, Art. 286 N 15 f. Für das deutsche Recht etwa ergibt sich die Anfechtbarkeit aus § 134 InsO, für das französische aus Art. L 621 107 f. Code de Commerce und für England aus Sec. 339 Insolvency Act. Vgl. ferner den Überblick bei Paulus, 436 ff.

61 So für entsprechende Fälle der Absichtspauliana gemäss Art. 288 SchKG BGE 135 III 265, 267 und BSK SchKG II-Staehelin, Art. 288 9 ff. je m.w.H.

62 Instruktiv in dieser Hinsicht die Ausführungen in BGE 135 III 265, 273 ff. E. 5.

63 Vgl. für das schweizerische Recht statt vieler BSK SchKG II-Staehelin, Art. 288 N 9 ff. m.w.H. Entsprechendes gilt auch für andere entwickelte Rechtsordnungen, vgl. Paulus, 449.

64 Allgemein zum Problem der Honorarzahlung an Dienstleister im Rahmen von Sanierungsbemühungen unter schweizerischem Recht BGE 134 III 615, 622 E. 5.3; KUKO SCHKG-Umbricht-Spahn/Bossart, Art. 288 N 7 und BSK SchKG II-Staehelin, Art. 288 N 12a je m.w.H.

cc) Aufnahme gesicherter Kredite

14.36 Zumindest nach schweizerischem Recht unterliegt auch die Gewährung von Sicherheiten für Neukredite, welche tatsächlich zu einem Zufluss von frischen Mitteln führen, dem Risiko einer Anfechtung, soweit diese Kreditaufnahme ausserhalb des Schutzes einer Nachlassstundung erfolgt. Dies gilt zumindest dann, wenn der Darleiher erhebliche *Zweifel an der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit* des Unternehmens haben musste und er mit seinem Darlehen der ungerechtfertigten Tilgung nicht privilegierter Forderungen Vorschub leistet[65].

2. Finanzströme im Konzern

14.37 Finanzielle Verpflichtungen und Verknüpfungen innerhalb einer Konzerngruppe können im Krisenfall zu erheblichen Problemen führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Unternehmen, wie in Kontinentaleuropa üblich, über ein fixes Grundkapital verfügt, welches nur im Rahmen eines formellen Kapitalherabsetzungsverfahrens reduziert werden kann. Ist der betreffende Konzern zudem international organisiert, ist im Hinblick auf einen möglichen Krisenfall besondere Vorsicht erforderlich.

a) Cash Pooling

14.38 Um einerseits die jeweils überschüssige Liquidität der einzelnen Konzerngesellschaften anderen Konzerntöchtern zukommen zu lassen und andererseits im Falle der Anlage der überschüssigen Liquidität bei Dritten bessere Konditionen zu erhalten, werden entsprechende Überschüsse bei straff geführten Konzernen meist in einem *gruppenweiten Cash-Pool* zusammengeführt. Typischerweise fungiert dabei eine Konzerngesellschaft als Cash-Pool-Leader und tritt gegenüber der Hausbank des Konzerns als rechtszuständig an den liquiden Mitteln auf. Zwischen diesem und den anderen Konzerngesellschaften bestehen jeweils als *Darlehen* zu qualifizierende Kontokorrentverhältnisse mit kurzfristig wechselnden Salden[66]. Haben die Mitglieder des Cash-Pools ihren Sitz in verschiedenen Staaten, ist es zweckmässig, mittels Rechtswahl in den Vereinbarungen sicherzustellen, dass der Cash-Pool soweit möglich nach einem einheitlichen Recht zu beurteilen ist.

14.39 Gerät der Cash-Pool-Leader nunmehr selbst in finanzielle Schwierigkeiten, insbesondere weil eine andere Gruppengesellschaft, welcher die überschüssige Liquiditätsreserve zur Verfügung gestellt worden ist, in die Krise gerät und ihrerseits keine Rückzahlung mehr leisten kann, können sich die *Forderungen* einer anderen Unternehmung gegen den Cash-Pool-Leader auf Rückerstattung der Liquidität unverhofft als *undurchsetzbar* erweisen. Dies mit dem Resultat, dass diese Unternehmen nunmehr allenfalls ebenfalls unvermittelt in eine ernste Finanzkrise geraten. Unerfreulich ist die Situation für den gruppeninternen Darleiher insbesondere dann, wenn er sich bewusst wird, dass es sich beim Cash-Pool-Leader um eine ausländi-

65 Schmid, N 752 ff.

66 Vgl. zum in der Praxis verbreiteten sog. Zero-Balancing-Cash-Pooling und insb. zur Unterscheidung zum Notional Pooling statt vieler für das schweizerische Recht etwa Glanzmann/Wolf, Cash Pooling, 265 m.w.H.

sche Gesellschaft handelt, welche ihren Sitz in einer Off-shore-Jurisdiktion hat, und sich sämtliche Vollstreckungsmassnahmen als schwierig und sehr kostspielig erweisen. In einer entsprechenden Situation können sich die Organe des Unternehmens, welches unvermittelt seine Liquiditätsreserven einbüsst und als Folge davon selbst in die Insolvenz gerät, mit Verantwortlichkeitsansprüchen konfrontiert sehen[67], zumal die im Rahmen der Beteiligung am Pool erfolgte Kreditgewährung im Nachhinein als Verletzung eines allenfalls bestehenden *Kapitalrückgewährverbots*[68] zu betrachten ist.

b) Sicherungsgeschäfte

14.40 Ähnliche Probleme wie beim Cash-Pooling können sich für Konzerngesellschaften und deren Exekutivorgane auch aus *Sicherungsgeschäften* ergeben, welche *im Gesamtinteresse des Konzerns* zugunsten einer anderen Gruppengesellschaft abgeschlossen werden. Häufig unterstehen solche Vereinbarungen ausländischem Recht, sodass es für das Exekutivorgan einer Konzerngesellschaft höchst anspruchsvoll sein kann, die Folgen und Risiken entsprechender Transaktionen zu beurteilen. Grundsätzlich sind Garantieerklärungen oder Drittpfandbestellungen zugunsten von Schwester- oder Elterngesellschaften aufgrund von *Kapitalschutzvorschriften* regelmässig nur im Rahmen des verfügbaren freien Eigenkapitals zulässig[69]. Es ist aber auf jeden Fall ratsam, entsprechende Verpflichtungs- und Haftungsbeschränkungen, welche spezifisch auf das Gesellschaftsstatut des Sicherungsgebers ausgerichtet sind, ausdrücklich in die Kredit- und Sicherungsverträge aufzunehmen. Allerdings besteht je nach Lageort der Drittpfänder und der Vermögenswerte des Sicherungsgebers im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr in der Praxis keineswegs immer Gewähr dafür, dass entsprechende Limiten auch respektiert und überschiessende Forderungen von der ausländischen Zwangsvollstreckung ausgenommen bzw. übermässige Sicherheiten aus der Pfandhaft entlassen werden.

14.41 Zudem kann auch bereits die Durchsetzung von Ansprüchen Dritter gegen das Unternehmen aus grundsätzlich zulässigen Sicherungsgeschäften dieses in eine eigene Krise stürzen, da diesem auf einen Schlag das gesamte freie Eigenkapital entzogen wird.

c) Sanierungsbeiträge an Mutter- und Schwestergesellschaften

14.42 Befinden sich Unternehmen eines Konzerns in finanziellen Schwierigkeiten, so ist es aus Sicht der Konzernleitung naheliegend, die vorhandenen, allenfalls nicht betriebsnotwendigen Vermögensteile von noch gesunden Gruppengesellschaften zur Sanierung von notleidenden Gesellschaften zu verwenden. Aus Sicht der Exekutivorgane der noch gesunden Unternehmen ist dies, zumindest bei Gesellschaften mit fixem, minimalem Eigenkapital, indessen riskant, da ein definitiver *Mittelabfluss* aufgrund der einschlägigen *Kapitalschutzbestimmungen* des jeweils anwendbaren eigenen Gesellschaftsstatuts lediglich im Rahmen des *freien Eigenkapitals* und gestützt auf die notwendigen formellen Beschlüsse erfolgen darf. Die Gewährung von up-stream- oder cross-stream-Darlehen kann im Einzelfall dann eine verbotene Kapitalrückgewähr darstellen, wenn von vornherein nicht mit einer Rückführung der Mittel gerechnet werden kann oder die Darleihe des Geldes nicht zu Marktbedingungen erfolgt, d.h. zu Bedingungen vorgenommen wird, welche von unbeteiligten Dritten nicht akzeptiert würden[70]. Gerade in grenzüberschreitenden Verhältnissen sind tendenziell höhere Anforderungen an einen solchen Drittmannstest zu stellen. Im Übrigen kann, wie bereits erwähnt[71], selbst die Gewährung von neuen, gesicherten Darlehen im Einzelfall allenfalls als anfechtbare Rechtshandlung qualifiziert werden.

67 Vgl. für das schweizerische Recht neustens BGE 140 III 533, 539 f. E. 3, der klarstellt, dass ein Organhaftungsanspruch alternativ zum Rückforderungsanspruch aus verbotener Kapitalrückgewähr besteht. Ansonsten schafft dieses Urteil erhebliche Unsicherheit, was die Zulässigkeit der konzerninternen Darlehensgewährung betrifft. Vgl. zu diesen Unklarheiten etwa BRAND/MÜLLER, N 23 ff.

68 Vgl. für das schweizerische Recht Art. 675 und 680 OR und für die konkreten Rechtsfolgen statt vieler GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierung, 243 ff.

69 Vgl. GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierung, 244 m.w.H.

d) Sanierungsbeiträge an Tochtergesellschaften

Schliesslich sind auch down-stream-Sanierungsbeiträge einer Muttergesellschaft an ihre notleidende Tochtergesellschaft keineswegs in jedem Fall unproblematisch. Gerät die Muttergesellschaft nachträglich ebenfalls in die Insolvenz, können entsprechende Beitragsleistungen u.U. als *pflichtwidriges Handeln* der Organe der Muttergesellschaft betrachtet werden[72]. **14.43**

3. Behandlung von Arbeitnehmern

Lohn- und Personalkosten stellen in den meisten Unternehmen einen signifikanten Kostenblock dar. Dementsprechend sind die verantwortlichen Organe eines Unternehmens in wirtschaftlichen Schwierigkeiten im Hinblick auf ihre Sanierungsbemühungen regelmässig gehalten zu prüfen, ob und in welchem Umfang allenfalls *Kosteneinsparungen* erzielt werden können. Einsparungen in diesem Bereich lassen sich einerseits durch Lohnkürzungen und andere Anpassung der Arbeitsbedingungen und andererseits durch Personalabbau erzielen, wobei die kurzfristig anfallenden Kosten eines Personalabbaus in der Praxis nicht zu unterschätzen sind. **14.44**

a) Lohnkürzung und Anpassung der Vertragsbedingungen

In welchem Umfang und im Rahmen welcher Verfahren Lohnkürzungen und andere Änderungen der Bedingungen der individuellen Arbeitsverträge durchgesetzt werden können, richtet sich nach den jeweils auf das in Frage stehende Arbeitsverhältnis anwendbaren Rechtsnormen. Je nach Rechtsordnung sind neben den *Bestimmungen des Individualarbeitsvertrags* einerseits die Bestimmungen des Arbeitsschutzes und Sozialversicherungsrechts – allenfalls ergänzt um die Regelung **14.45**

70 Vgl. zum Meinungsstand nach schweizerischem Recht hinsichtlich des Drittmannstests GLANZMANN/WOLF, Cash Pooling, 267 m.w.H.

71 Vgl. Rz 14.36.

72 Vgl. für das schweizerische Aktienrecht BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2 und kritisch dazu GLANZMANN/WOLF, Sanierung, 3 ff.

einschlägiger Gesamtarbeitsverträge – zu beachten, wenn die Einführung von Schichtbetrieb, Wochenendarbeit oder Anordnung von Kurzarbeit in Frage steht. Andererseits, wenn es um die Höhe des Lohns, den Ferienanspruch und andere «fringe benefits» geht, sind die Bestimmungen des Individualarbeitsvertrags massgebend, welche allenfalls durch die zwingenden Bestimmungen der anwendbaren *Gesamtarbeitsverträge* sowie des einschlägigen *Arbeitsvertragsstatuts ergänzt bzw. verdrängt* werden.

14.46 Beschäftigt das Unternehmen Arbeitnehmer an mehreren Standorten in verschiedenen Staaten, ist für die Bestimmung der massgeblichen Normen das einschlägige *Kollisionsrecht* zu beachten, meist mit der Folge, dass je nach Arbeitnehmer unterschiedliche Rechte und abweichende Regeln massgebend sind. Hinsichtlich des *Arbeitsschutzes* ist auf das *Recht am Arbeitsort* abzustellen, welches regelmässig auch im internationalen Verhältnis, unabhängig vom Arbeitsvertragsstatut, zwingend seine Anwendung verlangt[73]. Auch Gesamtarbeitsverträge entfalten, soweit sie nicht durch den Individualarbeitsvertrag zum Vertragsinhalt gemacht werden, ihre Wirkungen grundsätzlich in den von diesen definierten Territorien, so dass auch in diesem Zusammenhang wiederum jeweils auf das Recht am Arbeitsort abzustellen ist[74]. Was schliesslich das Statut des eigentlichen Arbeitsvertrags betrifft, so lässt das schweizerische Kollisionsrecht die Wahl zwischen dem Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Arbeitnehmers oder dem Recht am Ort der Niederlassung des Arbeitgebers[75]. Ohne eine *Rechtswahl* ist grundsätzlich auf das Recht am Ort abzustellen, wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet[76].

14.47 Im Zusammenhang mit geplanten Lohnkürzungen oder anderen Anpassungen der Arbeitsbedingungen ist insbesondere vorab zu klären, ob Änderungskündigungen im konkreten Einzelfall zulässig oder aber als missbräuchlich zu betrachten sind und inwieweit die einschlägigen Regelungen hinsichtlich Massenentlassung Anwendung finden.

b) Entlassungen

14.48 Für die Modalitäten und das bei der *Entlassung* von Arbeitnehmern einzuhaltende Verfahren sind wiederum die Bestimmungen des Individualarbeitsvertrags massgeblich, welche jedoch von den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsvertragsstatuts sowie des am Arbeitsort gültigen Gesamtarbeitsvertrags sowie allfälligen international zwingenden Bestimmungen im entsprechenden Territorium ergänzt bzw. verdrängt werden[77]. Hinsichtlich eines allenfalls zu durchlaufenden *Massenentlassungsverfahrens* sowie der bei dessen Missachtung drohenden Sanktionen ist grundsätzlich auf das *Statut des Arbeitsvertrags* abzustellen[78], wobei allenfalls erforderliche Meldungen bei grenzüberschreitenden Konstellationen an die jeweiligen lokalen Behörden des Arbeitsortes zu richten sind. Damit kann ein international organisiertes Unternehmen, wenn es diesem nicht möglich war, das Arbeitsvertragsstatut durch eine Rechtswahl zu vereinheitlichen, ohne Weiteres verpflichtet sein, parallel mehrere Massenentlassungsverfahren gemäss verschiedenen Rechten durchzuführen. Hinsichtlich der Pflicht zur Zahlung von *Abgangsentschädigungen* und der Erstellung von *Sozialplänen* gilt grundsätzlich das Arbeitsvertragsstatut, welches allerdings durch zwingendes Recht am Arbeitsort mit Ordre-public-Charakter verdrängt bzw. ergänzt werden kann.

73 Aus Sicht des Schweizer Rechts sind je nach Konstellation Art. 18 bzw. 19 sowie allenfalls 125 IPRG einschlägig. Eingehender dazu Hischier, 105 ff.

74 So für das schweizerische Recht ZK-Keller/Kren Kostkiewicz, Art. 121 IPRG N 59 f. und wohl auch BSK IPRG-Brunner, Art. 121 N 34 und 37.

75 Art. 121 Abs. 3 IPRG.

76 Art. 121 Abs. 1 IPRG.

77 Vgl. aus Sicht des schweizerischen Kollisionsrechts Hischier, 157 ff.

78 Allenfalls erforderliche Meldungen sind bei grenzüberschreitenden Konstellationen an die lokalen Behörden des Arbeitsortes zu richten. Je nach Einzelfall kann bei einer Betriebseinstellung aufgrund einer Insolvenz auf die Durchführung eines Massenentlassungsverfahrens verzichtet werden; so für das schweizerische Rechts Art. 335*e* Abs. 2 OR.

c) Betriebsübergang

14.49 Personalabbau kann nicht nur durch Entlassung von Mitarbeitern erzielt werden. Eine *Alternative* stellt der *Betriebsübergang* dar, bei dem ganze, in sich geschlossene Betriebsteile vom notleidenden Unternehmen an einen Dritten übertragen werden. In einem solchen Fall sieht das schweizerische Recht, ähnlich wie das Recht vieler anderer Industrienationen, grundsätzlich einen automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse der zum betreffenden Betrieb gehörenden Arbeitnehmer auf den Erwerber vor[79]. Meist besteht für den individuellen Arbeitnehmer zwar die Möglichkeit, gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses zu opponieren, dann kann der ursprüngliche Arbeitgeber allenfalls eine vereinfachte Auflösung des Arbeitsverhältnisses bewirken[80].

14.50 Ob eine Betriebsübernahme im Einzelfall tatsächlich zum *Übergang der einzelnen Arbeitsverhältnisse* führt, bestimmt sich nach dem *Arbeitsvertragsstatut*[81]. Befindet sich das übertragende Unternehmen in einer Nachlassstundung oder in einem eigentlichen *Insolvenzverfahren*, kommen im Rahmen des anwendbaren Vertragsstatuts allenfalls *Spezialbestimmungen* zur Anwendung. So sieht das schweizerische Recht neuerdings in Art. 333*b* OR vor, dass es selbst bei Vorliegen eines Betriebsübergangs nur dann zu einem Übergang der Arbeitsverhältnisse kommt, wenn der Erwerber einem solchen zugestimmt hat[82]. Zu beachten ist, dass Art. 333*b* OR an-

79 Art. 333 OR, der sich stark an das europäische Recht (Richtlinie 77/187/EWG) anlehnt.

80 Nach schweizerischem Recht ist gemäss Art. 333 Abs. 3 OR eine Auflösung auf den nächsten ordentlichen Kündigungstermin vorgesehen. Nach deutschem Recht besteht dagegen kein besonderes Kündigungsrecht: Der Übertrager des Betriebs hat in einem solchen Fall eine betriebsbedingte Kündigung auszusprechen, soweit die Voraussetzungen dazu im Einzelfall gegeben sind.

81 Ähnlich wie im Falle einer Massenentlassung ist nicht davon auszugehen, dass es sich bei den am Betriebsort geltenden analogen Bestimmungen um solche handelt, welche auch im internationalen Verhältnis zwingend Anwendung verlangen.

82 Vgl. zu diesem im Rahmen der Modernisierung des schweizerischen Sanierungsrechts neu geschaffenen Art. 333*b* OR KUKO SchKG-Hunkeler, vor Art. 293–336 N 36 ff. Ähnliche Regelungen, welche es im Insolvenzfall dem Erwerber überlassen, ob er einem Betriebsübergang zustimmen will oder nicht, weisen auch die Rechtsordnungen von Belgien, Singapur und der USA auf; vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010 6468.

gesichts der Massgeblichkeit der lex causae, gestützt auf eine Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts als Vertragsstatut, nicht jedoch bereits aufgrund der Anwendbarkeit des schweizerischen Sanierungsrechts als *lex fori concursus* zur Anwendung kommt.

4. Vertragliche Einschränkungen

14.51 Organe, die sich um die Sanierung eines notleidenden Unternehmens bemühen, sind in ihrer *Handlungsfreiheit* nicht bloss durch die jeweiligen gesetzlichen Vorgaben – insbesondere hinsichtlich Behandlung von Gläubigern, Gesellschaftern und Arbeitnehmern –, sondern allenfalls auch durch besondere vertragliche Vereinbarungen mit diesen oder mit Dritten *eingeschränkt*. Zu denken ist dabei an staatliche oder private Standortbeiträge und Zuschüsse, welche bei einer Betriebsschliessung rückzahlbar werden, oder an langfristig abgeschlossene Liefer- und Mietverträge, bei denen jedenfalls ausserhalb eines formellen Insolvenzverfahrens kein vorzeitiger Ausstieg möglich ist.

14.52 Ebenfalls im Rahmen von Sanierungsbemühungen sehr genau zu prüfen sind die Bedingungen von *Darlehens- und Kreditverträgen*. So kann der Verkauf von Unternehmensteilen die vorgängige Zustimmung der Kreditgeber erfordern oder zu einer Verletzung von «covenants» oder anderer Zusicherungen führen. Entsprechende Vertragsverletzungen führen bei marktüblichen Verträgen häufig umgehend zum «default» und damit zum Verzug des Kreditnehmers. Aufgrund der in entsprechenden Verträgen regelmässig enthaltenen «cross default clauses» kann es anschliessend zum *Dominoeffekt* und zur Fälligstellung sämtlicher Kredite und zur Durchsetzung der Sicherungs- und Pfandrechte durch die Kreditgeber kommen[83]. Dies mit der Folge, dass ohne ein Stillhalten der Kreditgeber die Grundlage für die Weiterführung der operativen Geschäfte des Unternehmens wegfällt. Im Konzernverbund, bei dem die einzelnen Gruppengesellschaften regelmässig allenfalls als Garanten und Sicherungsgeber für Kredite an andere Gruppengesellschaften eingespannt werden[84], haben entsprechende Klauseln besonders weitgehende Folgen, da aufgrund der Notlage des eigentlichen Kreditnehmers im Konzern einem an sich florierenden Unternehmen plötzlich sein gesamtes *freies Eigenkapital entzogen* werden kann[85].

14.53 Vertragliche Vereinbarungen können auch im Rahmen einer eingetretenen Insolvenz des Unternehmens zu besonderen Problemlagen führen. Gerade Kreditverträge und Vereinbarungen hinsichtlich langfristiger Dauerschuldverhältnisse[86] enthalten oft *spezifische Regelungen im Hinblick auf den Insolvenzfall*. In der Praxis sind namentlich bei Verträgen, welche nicht schweizerischem Recht unterstehen, Verfallklauseln, limitierte oder unlimitierte Kaufs- oder Vorkaufsrechte anzutreffen, welche ihre Wirkung auf den Zeitpunkt der Insolvenz entfalten sollen. Die Durchsetzbarkeit entsprechender Klauseln ist im Lichte des im Einzelfall mutmasslich Vorrang beanspruchenden Insolvenzstatuts genau zu prüfen[87]. Gleiches gilt auch für die Gültigkeit von vertraglichen Verrechnungs- und Kündigungsrechten, welche an Insolvenzen anknüpfen[88].

83 Vgl. dazu und allgemein zur Terminologie Hasenauer Clemens, Internationalisierung der Vertragskultur an Hand von Unternehmenskauf- und Finanzierungsverträgen, 20 European Review of Private Law (2012), 711–738, insb. 730 ff.

84 Vgl. Glanzmann, Konzern-Kreditfinanzierung, 230.

85 Vgl. Rz 14.41.

86 Zu denken ist insb. an langfristige Mietverträge, Lizenzverträge oder Liefer- und Absatzverträge.

IV. Sanierung des Unternehmens

1. Sanierungsfähigkeit als Voraussetzung einer Sanierung

14.54 Bemühungen, ein von der Krise betroffenes Unternehmen zu sanieren, sind nur dann sinnvoll, wenn dieses überhaupt sanierungsfähig ist und sich mithin ein *längerfristiges Überleben* des von der Unternehmung geführten Betriebs als eigenständige Einheit rechtfertigt. Voraussetzung dafür ist aus ökonomischer Sicht die erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass einerseits der Betrieb nach erfolgter Sanierung wieder in die *Gewinnzone* kommt und andererseits der Wert des Unternehmens nach der Sanierung den, um sämtliche direkten und indirekten Sanierungskosten, erhöhten *gegenwärtigen Liquidationswert übersteigt*. Unerlässlich ist zudem frühzeitig zu klären, ob die angestrebte Sanierung tatsächlich realisiert werden kann. Erforderlich dafür ist, dass die vorgesehenen Sanierungsmassnahmen die Zustimmung aller oder mindestens einer Mehrheit der betroffenen Gläubiger und Eigenkapitalgeber findet sowie die *erforderliche Liquidität* für die Fortführung des Betriebs während der Sanierungszeit vorhanden ist.

14.55 Ist die Sanierungsfähigkeit der Unternehmung grundsätzlich gegeben, haben die verantwortlichen *Organe zu entscheiden*, ob die Sanierung im Rahmen eines weitgehend informellen privaten Verfahrens oder aber im Rahmen eines formell regulierten Nachlass- und Vergleichsverfahrens – häufig mit Beteiligung der zuständigen Gerichte – zu erfolgen hat. Ist die Sanierungsfähigkeit dagegen nicht gegeben, geht regelmässig kein Weg an der Abwicklung und damit Zerschlagung des notleidenden Unternehmens vorbei.

2. Privatrechtliche Sanierung

a) Freiwilligkeit

14.56 Die privatrechtliche Sanierung basiert auf dem Prinzip der Freiwilligkeit. Sämtliche Personen, die eine Sanierungsleistung erbringen, handeln regelmässig *ohne Rechtspflicht* in der Absicht, mit der entsprechenden Leistungserbringung ihre eigene Position gegenüber derjenigen im Insolvenzfall zu verbessern. Motiv ist dabei häufig die Überzeugung, dass im Rahmen eines Nachlassverfahrens insbesondere durch die dann häufig eintretende *negative Publizität* erheblich mehr Werte vernichtet werden, als wenn im Stillen eine private Sanierung erfolgen kann.

87 Nach schweizerischem Recht sind solche Klauseln im Insolvenzfall regelmässig unbeachtlich, vgl. Staehelin, Vertragsklauseln, 369 ff.

88 Vgl. Borer/Müller, 79 ff.

14.57 Meist erfolgt eine privatrechtliche Sanierung ohne *flankierende vollstreckungsrechtliche Massnahmen*, da bei einem solchen Vorhaben regelmässig das Bedürfnis besteht, möglichst jede negative Publizität zu vermeiden. Je nach anwendbarem Zwangsvollstreckungsrecht kann aber etwa eine Nachlassstundung allenfalls auch ohne öffentliche Bekanntmachung angeordnet werden[89]. Gelingt die private Sanierung während der Stundung, erübrigt sich dann die Durchführung eines eigentlichen Nachlassverfahrens. Da private Sanierungen angesichts des Haftungsrisikos einer *Insolvenzverschleppung*[90] in kurzer Frist durchzuführen sind, dürften die Exekutivorgane regelmässig gut beraten sein, als *Alternativszenario* auch bereits ein Nachlassgesuch vorzubereiten, welches beim Scheitern der Verhandlungen mit den Gläubigern kurzfristig eingereicht werden kann.

b) Opfersymmetrie und Gleichbehandlung

14.58 Eine auf Freiwilligkeit der Beiträge basierende Sanierung setzt notwendigerweise die Erarbeitung eines *überzeugenden Sanierungsplans* voraus. Glaubwürdig ist ein Unternehmen in seinen Sanierungsbemühungen regelmässig nur dann, wenn es bereits sämtliche internen Möglichkeiten zur Steigerung der Ertragskraft und der Verbesserung der Liquidität ausgeschöpft hat[91]. Zudem ist bei der Planung einer privaten Sanierung insbesondere der Notwendigkeit einer angemessenen *Opfersymmetrie* Rechnung zu tragen. Wer als Eigenkapitalgeber oder ungesicherter Gläubiger am meisten in einer Insolvenz zu verlieren hat[92], dem kann offensichtlich ein grösseres Opfer zugemutet werden als gesicherten oder privilegierten Gläubigern. Zudem ist ein Sanierungsplan meist chancenlos, wenn nicht auf eine strikte *Gleichbehandlung von Personen mit vergleichbarem Verlustrisiko* geachtet wird und einzelne Gläubiger oder Aktionäre ohne ausreichenden Grund bevorzugt werden[93]. Nachteilig für den Gläubiger ist bei der privaten Sanierung insbesondere, dass er meist nicht in der Lage ist, die Angemessenheit der vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen und seines Sanierungsbeitrags im Lichte dieser Grundsätze zu überprüfen. Fehlt es den Exekutivorganen des notleidenden Unternehmens an Glaubwürdigkeit – etwa weil sie die Krise selbst herbeigeführt haben –, ist eine Auswechslung derselben oder der Beizug eines *erfahrenen Sanierers* allenfalls ratsam, um den Sanierungsplan mit Aussicht auf Erfolg präsentieren zu können. Besonders anspruchsvoll sind private Sanierungen erfahrungsgemäss in einem internationalen Kontext, da bei den Verhandlungen den kulturellen Besonderheiten der einzelnen Vertragspartner und deren Rechtsvertreter Rechnung zu tragen ist.

89 Für das schweizerische Recht vgl. Art. 293c Abs. 2 SchKG.
90 Vgl. dazu Rz 14.59.
91 Vgl. zu den verschiedenen, von einem Unternehmen zu treffenden internen Massnahmen SCHENKER, Möglichkeiten, 488 f.
92 Obwohl die Eigenkapitalgeber von der Rangordnung im Insolvenzfall her grundsätzlich den grössten Anteil am Verlust zu tragen haben, kommt es bei der privaten Sanierung im Einzelfall letztlich auch auf die Verhandlungsmacht der Betroffenen an. Insoweit ist es durchaus denkbar, dass ungesicherte Gläubiger bereit sind, gegenüber den Eigenkapitalgebern Zugeständnisse zu machen, insbesondere wenn für die Umsetzung einer privaten Sanierung gesellschaftsrechtliche Beschlüsse zu fassen sind.
93 SCHENKER, Möglichkeiten, 496.

Die *Risiken einer rein privatrechtlichen Sanierung* liegen für die Exekutivorgane zum einen im Umstand, dass die betroffenen Parteien nach Vorlage des definitiven Sanierungsplans doch nicht bereit sind, ihre Zustimmung zu geben und die Sanierung damit in letzter Minute scheitert, mit allfälligen Verantwortlichkeitsfolgen wegen Insolvenzverschleppung[94]. Gerade bei grenzüberschreitenden Sanierungsfällen kann, je nach kulturellem Hintergrund und Temperament der Gläubiger oder Eigenkapitalgeber, die Bereitschaft bestehen, bis zum letztmöglichen Augenblick um die Höhe des eigenen Sanierungsbeitrags zu feilschen. Andererseits ist es auch denkbar, dass der Sanierungsplan umgesetzt wird, sich dieser aber später als nicht weitreichend und nachhaltig genug erweist und es nachträglich zu einer Insolvenz kommt. Auch in diesem Szenario ist, insbesondere wenn die Insolvenz innerhalb der einschlägigen période suspect eintritt, doch noch eine Verantwortlichkeit der Organe für einzelne Sanierungshandlungen nicht auszuschliessen, wenn diese im Nachhinein als *Gläubigerbevorzugung* oder *Insolvenzverschleppung* zu qualifizieren sind. 14.59

c) Sanierungsmassnahmen

Sanierungsbeiträge von Gesellschaftern und Gläubigern des Unternehmens können in den verschiedensten Formen erfolgen. Bei *Eigenkapitalgebern* steht typischerweise die *Zuführung weiterer Mittel*, sei dies durch Bar- oder Sacheinlagen, im Vordergrund. Entsprechende Beiträge können entweder informell durch Leistung in die Reserven oder aber im Rahmen eines formellen Kapitalerhöhungsverfahrens, allenfalls verbunden mit einem vorgängigen Kapitalherabsetzungsverfahren, dem Unternehmen zugeführt werden[95]. Denkbar ist auch eine Zurverfügungstellung zusätzlicher Mittel durch Gewährung von Aktionärsdarlehen. Um den Sanierungszweck zu erfüllen, sind diese indessen regelmässig zu subordinieren und ungesichert zu gewähren[96]. 14.60

Bei den *Gläubigern* des Unternehmens sind *Stundung, Rangrücktritt* oder *Teilverzicht* von Forderungen oder deren Umwandlung in Eigenkapital in der Praxis häufig anzutreffende Massnahmen[97]. Um die Ertragslage für die Zukunft zu verbessern, sind auch Änderungen der Vertragsbedingungen bei Dauerschuldverhältnissen, wie Zinssatzreduktionen, Mietzinsabschläge oder Rabattgewährungen, in der Praxis häufig anzutreffen. Besondere Anreize für Forderungsverzichte durch Gläubiger können allenfalls durch die Ausgabe von Genuss- oder *Besserungsscheinen* oder Optionen geschaffen werden. Allerdings ist die steuerliche Behandlung 14.61

94 Das schweizerische Bundesgericht billigt den Verwaltungsräten einer überschuldeten AG lediglich eine kurze Frist zur Umsetzung einer privaten Sanierung zu, vgl. BGE 132 III 564, 573 E. 5.1. Eine solche sollte vier bis sechs Wochen nicht überschreiten, BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 40a m.w.H. Vgl. zur Haftung für Konkursverschleppung und namentlich für die Berechnung des Schadens GLANZMANN, Haftungsrisiken, 260 f.
95 Vgl. für das schweizerische Recht statt vieler SCHENKER, Möglichkeiten, 489 ff.
96 Sind nur einzelne Aktionäre willens und in der Lage, dem Unternehmen neue Mittel zuzuführen, ist es aus deren Sicht meist zweckmässig, auf eine eigentliche Kapitalerhöhung zu beharren, um so als Gegenleistung für ihr Sonderopfer eine Erhöhung der Beteiligungsquote am sanierten Unternehmen zu erreichen.
97 Vgl. dazu den Überblick bei SCHENKER, Möglichkeiten, 489 ff.

entsprechender Instrumente im Einzelfall genau zu prüfen, damit für die Gläubiger nachträglich keine unerfreulichen Überraschungen auftreten[98].

14.62 Denkbar sind auch Transaktionen, durch welche bestehende Schulden des Unternehmens durch Hingabe von Aktiven getilgt werden. Solche *«debt/asset swaps»* sind indessen aufgrund der *Anfechtungs- und Haftungsrisiken* meist heikel, insbesondere wenn eine Insolvenz des Unternehmens auch nach Durchführung des Sanierungsplans nicht auszuschliessen ist. Selbst wenn eine nachträgliche Insolvenz ausgeschlossen werden kann, ist bei der Strukturierung entsprechender Transaktionen unbedingt darauf zu achten, dass die betreffenden Aktiven nicht unter dem tatsächlichen Verkehrswert weggegeben werden[99].

3. Nachlassverfahren

14.63 Erscheint ein Unternehmen zwar grundsätzlich sanierungsfähig, sind die Gläubiger und Eigenkapitalgeber aber mutmasslich nicht willens für eine privatrechtliche Sanierung Hand zu bieten, kann eine Sanierung des Unternehmens allenfalls im Rahmen eines formellen Nachlassverfahrens erfolgen, wenn eine Sanierung aus objektiver Sicht im Interesse der betroffenen Gläubiger liegt. Entsprechende Verfahren, welche dem Schuldner nach einer ersten autoritativen Prüfung gewisser minimaler Voraussetzungen durch einen staatlichen Funktionär Schutz vor weiteren Vollstreckungsmassnahmen durch Gläubiger bieten und anschliessend allenfalls die Umsetzung eines Sanierungsplans lediglich gestützt auf die *Mehrheitsentscheidung der Gläubiger* ermöglichen, finden sich in den meisten Rechtsordnungen[100].

a) Verfahren

14.64 Typischerweise wird ein Nachlassverfahren durch Antrag des Schuldners[101] oder allenfalls eines Gläubigers in Gang gesetzt. Die Bewilligung des Gesuchs führt meist automatisch zur Nachlassstundung und damit zum provisorischen Schutz der Gesellschaft vor Vollstreckungsmassnahmen ihrer Gläubiger[102]. Gleichzeitig wird vom Gericht üblicherweise ein unabhängiger Funktionär eingesetzt, welcher die *Sanierungsfähigkeit des Unternehmens* zu prüfen und die Geschäftsführung der Organe während der Phase der Stundung zu überwachen hat.

98 Nach schweizerischem Recht unterliegen Ausschüttungen des Unternehmens gestützt auf Genussscheine im Wesentlichen der gleichen Besteuerung wie Gewinnausschüttungen, und zwar ungeachtet dessen, ob mit einer solchen Ausschüttung wirtschaftlich gesehen nur ein früherer Forderungsverzicht kompensiert wird. Gegenüber Genussscheinen steuerlich privilegiert sind dagegen Besserungsscheine. Vgl. zum Ganzen das Kreisschreiben Nr. 32 der ESTV vom 23. Dezember 2010 Ziff. 4.4.2 ff.; SCHENKER, Sanierungen, 118 f.

99 Mit einem solchen Handeln verstösst das Exekutivorgan gegen seine dem Unternehmen geschuldete Treuepflicht.

100 Vgl. dazu für die EU-Mitgliedstaaten, die in Anhang A, nicht aber in Anhang B, zur EuInsVO genannten Verfahren. Hinzuweisen ist auch auf das praktisch wichtige «Chapter 11-Verfahren» nach U.S. Code Title 11. Chapter 11 §§ 1101–1174.

101 Nach schweizerischem Recht kommt der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft damit seinen Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR für den Fall einer Überschuldung nach.

102 Vgl. für die Schweiz: Art. 297 SchKG, für die USA: 11 USC § 362 i.V.m. § 301 und für das deutsche (Eigen-)Insolvenzverfahren: § 89 InsO.

14.65 Bei international organisierten Unternehmen ist vorab zu klären, in *welchem Staat die Eröffnung eines Nachlassverfahrens* zu beantragen ist. Rechtsvergleichend sind für diese Frage zwei unterschiedliche Anknüpfungen denkbar: Entweder wird die Zuständigkeit in Insolvenzsachen an den formellen Sitz des in Frage stehenden Unternehmens angeknüpft[103] oder aber es wird auf den Ort abgestellt, an dem das Unternehmen den Mittelpunkt seiner Geschäftstätigkeit und Verwaltung hat[104]. Das Nachlassverfahren richtet sich dann in der Folge nach der *lex fori concursus*, also nach dem im Gerichtsstaat geltenden Insolvenzrecht. Weiter ist bei grenzüberschreitenden Verhältnissen zu prüfen, wie weit eine vom Gericht angeordnete Stundung und der damit verbundene Gläubigerschutz ihre Wirkung über den Gerichtsstaat hinaus entfalten. Soweit im Ausland keine automatische Wirkungserstreckung erfolgt, ist das Insolvenzdekret allenfalls im Rahmen eines Exequaturverfahrens formell anerkennen zu lassen, um ihm dort Wirkungen zu verleihen[105]. Wird dies unterlassen, besteht die Gefahr, dass einzelne Gläubiger des Unternehmens sich durch Einzelvollstreckung in im Ausland liegende Vermögenswerte volle Befriedigung ihrer Forderungen verschaffen und den Zweck des Nachlassverfahrens unterlaufen.

14.66 Die Organe des Unternehmens behalten während der Stundung oft mit einigen Einschränkungen ihre Handlungs- und Verfügungsfähigkeit[106]. Um die Weiterführung des operativen Geschäfts des Unternehmens trotz Stundung und Gläubigerschutz zu ermöglichen, werden Forderungen von Gläubigern, welche mit Zustimmung des Funktionärs während der Stundung begründet worden sind, häufig privilegiert[107]. Im Schutz der Nachlassstundung sind alsdann die genauen Aktiven und Passiven festzustellen und sämtliche Forderungen der Gläubiger den jeweiligen Klassen zuzuordnen. Schliesslich ist es die Aufgabe der Organe und des Funktionärs, einen für die Gläubiger akzeptablen *Vergleichsvorschlag* auszuarbeiten und diesen zur Genehmigung vorzulegen. Findet er die erforderliche qualifizierte Mehrheit bei den Gläubigern, ist er, um für alle betroffenen Gläubiger verbindlich zu werden, vom zuständigen Gericht zu bestätigen. Ein bestätigter Vergleich kann anschliessend in dem darin vorgesehenen Verfahren bzw. nach den Bestimmungen der *lex fori* umgesetzt werden.

14.67 In der Schweiz wurde das Nachlassverfahren mit einer auf den 1.1.2014 in Kraft getretenen *Gesetzesrevision modernisiert* und den praktischen Bedürfnissen angepasst[108]. Insbesondere wurden die Voraussetzungen zur Gewährung der Nachlass-

103 So für die Schweiz, wo das Nachlassverfahren am ordentlichen Betreibungsstand einzuleiten ist, Art. 46 SchKG.

104 So Art. 3 EuInsVO, der auf den center of main interest «COMI» des Unternehmens abstellt. Grundsätzlich wird der COMI aber am formellen Sitz des Unternehmens vermutet.

105 Ausführlich zu dieser Problematik Rz 14.94 ff.

106 So der Regelfall in der Schweiz (Art. 298 SchKG), Österreich (§ 169 ff. IO) und den USA (11. U.S.C. § 1101 «debtor in posession»). In Deutschland ist die Eigenverwaltung (§ 270 ff. InsO) dagegen eher der Ausnahmenfall.

107 So für Deutschland § 55 InsO; für die Schweiz Art. 310 SchKG und für Österreich § 46 IO.

108 Vgl. zu den revidierten Art. 293 ff. SchKG statt vieler KUKO SchKG-HUNKELER, vor Art. 293–336 N 18 ff. m.w.H.

stundung und damit des Gläubigerschutzes[109] und zur richterlichen Bestätigung des Nachlassvertrags erleichtert. Zudem kann allenfalls auf die oft mit einem erheblichen Wertverfall der Aktiven der von der Krise betroffenen Unternehmung einhergehende *Publikation der Nachlassstundung* verzichtet werden[110].

14.68 In der Praxis zeigt sich, dass die Berufung eines angesehenen und *erfahrenen Funktionärs* die Wahrscheinlichkeit des erfolgreichen Abschlusses eines Nachlassverfahrens erheblich erhöht. Gerade in komplizierten, grenzüberschreitenden Verhältnissen kann es aber nicht allein die Aufgabe des Funktionärs sein, die Verhandlungen mit den Gläubigern zu führen und allenfalls während der Stundungsphase erforderliche Notverkäufe[111] vorzubereiten und abzuwickeln. Dafür bleiben, in Koordination mit dem Funktionär, meist die Exekutivorgane und die Berater des Unternehmens verantwortlich[112], denen insoweit ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukommt, den es kreativ zu nutzen gilt.

b) Inhalt des Vergleichs

14.69 Nicht jedes Nachlassverfahren führt aber tatsächlich zur Sanierung des Unternehmens. Gerade im schweizerischen Nachlassrecht besteht neben dem auf die *Schuldenbereinigung ausgerichteten ordentlichen Nachlassvertrag*[113] auch die in der Praxis häufig genutzte Möglichkeit des *Liquidationsvergleiches*[114]. Dieser kann eine gegenüber einer Insolvenz meist schonendere Liquidation des betroffenen Schuldners ermöglichen[115] oder die Übertragung des Betriebs auf eine Auffanggesellschaft erlauben[116]. Denkbar sind daneben auch verschiedene *Mischformen* von Nachlassverträgen, bei denen z.B. ein Unternehmen verkleinert und die nicht mehr betriebsnotwendigen Unternehmensteile an Gläubiger oder Dritte abgetreten werden.

14.70 Nachlassverfahren, welche die Liquidation oder aber zumindest eine Teilliquidation des Unternehmens bezwecken, bieten nicht nur Vorteile gegenüber einem Insolvenzverfahren. Je nach den Umständen im Einzelfall kann durch ein entsprechendes Verfahren auch das bei der privaten Sanierung jeweils bestehende *Haftungs- und Anfechtungsrisiko minimiert* werden. Nach schweizerischem Recht ist die Veräusserung von Anlagevermögen während der Nachlassstundung lediglich unter der Aufsicht des Sachwalters und mit Zustimmung des Nachlassgerichts bzw. eines Gläubigerausschusses möglich. Da diese bei der Ausübung ihrer Funktionen die Interessen aller Gläubiger zu wahren und entsprechende Transaktionen insbesondere auch unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen haben, reduziert sich das Haftungsrisiko der Exekutivorgane ganz erheblich[117].

14.71 Klassische Formen des Nachlassvertrags, welche zu einer *vollständigen Sanierung* des Unternehmens führen, sind der Stundungsvergleich und der Dividendenvergleich. Beim Stundungsvergleich, welcher in der Praxis in seiner reinen Form nur selten anzutreffen ist, machen die Gläubiger lediglich hinsichtlich der Zahlungsfristen Zugeständnisse, müssen aber keine Reduktion ihrer Forderungen hinnehmen. Beim Dividendenvergleich kommt es dagegen zu einer zwangsweisen Reduktion der Forderung der ungesicherten und nichtprivilegierten Gläubiger, welche dafür im Gegenzug die Sicherheit erhalten, dass die verbleibenden Ansprüche tatsächlich beglichen werden oder mindestens werthaltig bleiben.

4. Andere Verfahren mit staatlicher Beteiligung

14.72 Neben dem eigentlichen Nachlassverfahren, welches regelmässig zumindest sämtliche nicht privilegierten Gläubiger und deren Forderungen erfasst, stehen einem notleidenden Unternehmen je nach anwendbarem Recht allenfalls auch weitere Sanierungsverfahren offen, die meist nur eine bestimmte Gruppe von Gläubigern betreffen. Von praktischer Bedeutung sind im kontinentaleuropäischen Raum vor allem Verfahren betreffend Forderungen von *Anleihensgläubigern* in Fällen, in denen das von der Krise betroffene Unternehmen Anleihen durch öffentliche Zeichnung ausgegeben hat[118]. Im Rahmen entsprechender Verfahren kann typischerweise durch Mehrheitsbeschluss der Anleihensgläubiger, verbunden mit einer nachfolgenden Prüfung durch den Richter, eine Abänderung der Anleihensbedingungen mit Wirkung für sämtliche betroffenen Gläubiger durchgesetzt werden[119]. Allerdings kann in diesen Verfahren meist kein Verzicht auf die Kapitalrückzahlung bewirkt werden[120].

14.73 Im Gesellschaftsrecht des Vereinigten Königreichs[121] und von diesem beeinflusst auch in den Rechtsordnungen von Australien[122] und Südafrika[123] findet sich das In-

109 Gemäss Art. 293*a* Abs. 3 SchKG ist eine provisorische Nachlassstundung nur dann zu verweigern, wenn offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung des Nachlassvertrags besteht.

110 Art. 293*c* Abs. 2 SchKG.

111 Um den Wertverfall von Betriebsteilen zu vermeiden, sind Veräusserungen während der Stundungsphase bei grösseren Sanierungsfällen oft unvermeidlich.

112 Selbst wenn nach dem im Einzelfall anwendbaren Insolvenzstatut die Organe des Unternehmens ihre Stellung und Verfügungsfähigkeit bei Eröffnung eines Stundungsverfahrens einbüssen sollten, ist der als Ersatz bestellter Verwalter oft gut beraten, diese in das weitere Verfahren mit einzubeziehen, da diese meist über Spezial- und Detailkenntnisse bezüglich des Betriebs verfügen, welche sich ein Verwalter kurzfristig nicht aneignen kann.

113 Vgl. Art. 314 ff. SchKG.

114 Für Einzelheiten zum Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vgl. Art. 317 ff. SchKG.

115 KUKO SchKG-Hunkeler, vor Art. 293–336 N 9.

116 Gemäss Art. 314 Abs. 1bis und Art. 318 Abs. 1bis SchKG können Anteilsrechte an einer Auffanggesellschaft allenfalls als Nachlassdividende an die Gläubiger ausgerichtet werden; vgl. zu den dabei allenfalls auftretenden Schwierigkeiten KUKO SchKG-Hunkeler, Art. 314 N 9 ff m.w.H.

117 Gemäss Art. 285 Abs. 3 SchKG sind aus schweizerischer Sicht Rechtshandlungen, welche nach Gewährung einer Nachlassstundung mit Zustimmung des Gerichts oder allenfalls des Gläubigerausschusses durchgeführt werden, nicht anfechtbar.

118 Vgl. für die Schweiz Art. 1164 ff. OR und etwa für Deutschland § 5 ff. des Schuldverschreibungsgesetzes.

119 Vgl. zu den Einzelheiten eines Verfahrens unter Schweizer Recht Art. 1164–1182 OR.

120 Vgl. zum Katalog der zulässigen Eingriffe in die Gläubigerrechte Art. 1170 OR für das schweizerische Recht; ähnlich § 5 Abs. 3 des Schuldverschreibungsgesetzes für das deutsche Recht.

121 Sec. 895–901 Companies Act 2006.

122 Sec. 410–415 Corporations Act 2001.

123 Sec. 114 f. Companies Act 2008.

stitut des *scheme of arrangement*. Ausserhalb eines eigentlichen Nachlassverfahrens und unabhängig davon, ob sich das betroffene Unternehmen in einer finanziellen Notlage befindet, erlaubt es dieses Verfahren, wiederum gestützt auf einen Mehrheitsbeschluss der betroffenen Gläubiger und nach Genehmigung durch das Gericht, für sämtliche betroffenen Gläubiger bindende Restrukturierungsmassnahmen, allenfalls verbunden mit finanziellen Einbussen, durchzusetzen. Angesichts der geringen Anforderungen, welche die englischen Gerichte an ihre internationale Zuständigkeit für die Genehmigung entsprechender Zwangsvergleiche stellen[124], kann dieses Verfahren u.U. auch von *ausländischen Gesellschaften* ohne formellen Sitz im Vereinigten Königreich genutzt werden[125]. Insbesondere für deutsche Unternehmen scheint die nach dem eigenen Sitzrecht fehlende Möglichkeit eines Zwangsvergleichs mit ihren Gläubigern ausserhalb eines Insolvenzszenarios attraktiv zu sein[126]. Gerade für das deutsche Recht ist allerdings umstritten, wie weit ein entsprechendes Urteil im Sitzstaat des Unternehmens anerkennungsfähig ist[127]. Aus Sicht des schweizerischen Rechts ist die *Anerkennungsfähigkeit* entsprechender gerichtlich bewilligter «schemes of arangements» jedenfalls dann zweifelhaft, wenn diese Forderungen betreffen, für die kein gültiger Gerichtsstand im Vereinigten Königreich begründet worden ist[128].

V. Insolvenz und Zerschlagung des Unternehmens

14.74 Erweist sich die Sanierung im Einzelfall als unmöglich, wird eine Insolvenz des Unternehmens und damit seine Zerschlagung nicht zu vermeiden sein. Die verant-

124 Vgl. dazu *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC 1104 (Ch); *Re Zlomrex International Finance S.A.* [2013] EWHC 4605 (Ch) und neustens die Entscheidung des englischen High Court vom 19. November 2014 *Re APCOA Parking Holdings GmbH* [2014] EWHC 3849 (Ch).

125 Mitunter wird die Anwendbarkeit des englischen Rechts auf das in Frage stehende Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und betroffenen Gläubigern und ein Gerichtsstand für die entsprechende Streitsache verlangt, so in *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC 1104 (Ch). In *Re APCOA Parking Holdings GmbH* wurde die Anknüpfung an das Vereinigte Königreich erst nachträglich durch Vertragsänderung aufgrund eines Mehrheitsbeschlusses der betroffenen Gläubiger und gegen den Willen einer Minderheit geschaffen. Die Verlagerung des Centre of Main Interests (COMI) nach England wird dagegen nicht verlangt.

126 Sowohl *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC 1104 (Ch) als auch *Re APCOA Parking Holdings GmbH* [2014] EWHC 3849 (Ch) betreffen deutsche Gesellschaften. Regelmässig betreffen die Fälle Konstellationen, in denen eine Mehrheit der Gläubiger einer privaten Sanierung zustimmen würde, aber eine Minderheit die Zustimmung verweigert.

127 Ablehnend allerdings bei einem als Versicherungssache zu qualifizierenden Rechtsstreit BGH IV ZR 194/09 vom 15. Februar 2012, E. II 1a.

128 Strukturell weisst der scheme of arrangement grosse Ähnlichkeiten mit einem schweizerischen Nachlassverfahren auf, obwohl bei diesem Institut eine finanzielle Notlage des Unternehmens nicht erforderlich ist. Mangels Erwähnung in Anhang A der EuInsVO wird dieses Verfahren zumindest aus europäischer Sicht aber nicht als vollstreckungsrechtliches Verfahren i.S.v. Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 EuGVO/LugÜ betrachtet. Wird das entsprechende Urteil als Zivil- und Handelssache und nicht als Insolvenzsache qualifiziert, kann die fehlende indirekte Zuständigkeit des britischen Erstgerichts aufgrund von Art. 35 Abs. 3 LugÜ aber allenfalls nicht geltend gemacht werden.

wortlichen Organe sind in einem solchen Fall gehalten, das *Ende möglichst schnell herbeizuführen*, um Arbeitnehmer und Gläubiger nicht durch Konkursverschleppung weiter zu schädigen[129]. Mit dem Eintritt der Insolvenz verlieren die Organe der Unternehmung ihre Stellung und deren Vertretungsbefugnisse erlöschen ohne Weiteres[130]. Das weitere *Verfahren* wird dann vom *Insolvenzverwalter dominiert*, wobei den Gläubigern Gelegenheit gegeben wird, ihre Interessen und Rechte zu wahren.

14.75 Grundsätzlich kommen für die Abwicklung eines insolventen Unternehmens, unabhängig davon, ob es international ausgerichtet war oder nicht, die gleichen Bestimmungen zur Anwendung[131], wobei die einschlägigen Insolvenzrechte notwendigerweise gewisse *Sonderregeln für grenzüberschreitende Konstellationen* vorsehen. Im Folgenden werden die massgeblichen schweizerischen Regeln für grenzüberschreitend gelagerte Fälle und die sich bei deren Anwendung stellenden Probleme näher beleuchtet, wobei sich die Internationalität des Insolvenzverfahrens, grob gesagt, daraus ergeben kann, dass ein im Ausland inkorporiertes insolventes Unternehmen über Vermögenswerte in der Schweiz verfügt oder ein insolventes inländisches Unternehmen Vermögenswerte im Ausland hält.

1. Massgebliche Rechtsquellen

14.76 Regeln bezüglich des internationalen Insolvenzrechts finden sich für die Schweiz im *IPRG*. Entgegen dem ersten Eindruck sind diese Normen aber keineswegs abschliessend, da Teilaspekte des internationalen Konkursrechtes auch durch das SchKG geregelt werden. Zudem verdrängen allfällige staatsvertragliche Regeln diejenigen des autonomen schweizerischen Rechts.

a) Staatsverträge

14.77 Schon vor der Gründung des schweizerischen Bundesstaates hat eine Anzahl von Schweizer Kantonen Staatsverträge mit der Krone *Württemberg*[132], dem Königreich *Bayern*[133] und dem Königreich *Sachsen*[134] abgeschlossen. Daneben existieren

129 Vgl. Rz 14.59.

130 Für das schweizerische Recht vgl. Art. 204 SchKG (Konkurs) und Art. 319 SchKG (Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung).

131 Nach schweizerischem Recht treten mit der Bestätigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung ähnliche Wirkungen wie mit der Konkurseröffnung ein. Dazu statt vieler KUKO SchKG-Rothenbühler/Wüthrich, Art. 318 N 5 ff. m.w.H.

132 LS 283.1. Die Übereinkunft mit Württemberg sieht die Einheit des Konkurses vor. Sie verwirklicht damit das Postulat der Universalität. Die Vermögenswerte fallen in eine einheitliche Konkursmasse, unabhängig von deren Lageort. Räumlich ist zu beachten, dass sie nicht für das ganze Gebiet des heutigen Bundeslandes Baden-Württemberg gilt, sondern nur für das Gebiet des Bezirks des Oberlandesgerichtes Stuttgart, vgl. Ziltener/Späth, 49. Aus schweizerischer Sicht gilt es für alle Kantone mit Ausnahme von Schwyz und Neuenburg, vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 30*a* N 71.

133 LS 283.2. Der Anwendungsbereich dieser Übereinkunft ist enger als derjenige der Übereinkunft mit Württemberg; sie bezieht sich nur auf das bewegliche Vermögen. In Bezug auf das bewegliche Vermögen gilt nach Zürcher Praxis auch das Prinzip der Universalität, vgl. ZR 96 (1997) Nr. 104. Der Staatsvertrag findet im ganzen Gebiet des Freistaates Bayern Anwendung, vgl. Ziltener/Späth, 51. Vertragsstaaten sind aus Schweizer Sicht

weitere Verträge, die aber heute mehrheitlich als nicht mehr in Kraft stehend betrachtet werden[135]. Die Staatsverträge mit Württemberg, Bayern und Sachsen sind in der systematischen Rechtssammlung des schweizerischen Bundesrechts nicht erfasst und werden dementsprechend häufig übersehen. Dennoch sind sie nach richtiger Auffassung weiterhin für die einschlägigen Kantone bzw. die betreffenden deutschen Gebiete als gültig anzusehen[136]. Während das Bundesgericht diesen völkerrechtlichen Vereinbarungen nur mehr eine beschränkte Bedeutung zuzumessen scheint[137], ist es im *Kanton Zürich gefestigte Praxis*, dass zumindest die Vereinbarungen mit Württemberg und Bayern nach wie vor als in Kraft stehend betrachtet werden und zu berücksichtigen sind[138].

14.78 Neuere Staatsverträge mit insolvenzrechtlichen Regelungen bestehen dagegen keine.

b) Autonomes Recht

14.79 Hauptsächliche Rechtsquelle für das internationale Konkursrecht der Schweiz sind aber, wo einschlägige staatsvertragliche Regelungen fehlen, *Art. 166–175 IPRG*. Allerdings regeln diese Bestimmungen nur einige wichtige Grundlinien des internationalen Konkurses und der internationalen Nachlassverträge. Soweit nämlich in Art. 170 Abs. 1 IPRG angeordnet wird, dass die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes grundsätzlich die konkursrechtlichen Folgen des schweizerischen Rechtes nach sich ziehe, ist doch wiederum ergänzend auf die Bestimmungen des SchKG zurückzugreifen[139]. Immerhin verweist Art. 170 IPRG nicht einfach auf das übliche Konkursverfahren, sondern legt ein summarisches Verfahren eigener Art fest[140].

14.80 Teilaspekte des internationalen Konkursrechtes sind zudem *direkt im SchKG geregelt*. So legt bspw. Art. 289 SchKG fest, dass bei ausländischem Wohnsitz des Beklagten die paulianische Anfechtungsklage am Konkursort einzureichen ist. In Art. 232 Abs. 2 Ziff. 6 SchKG findet sich die Bestimmung, dass für ausländische, an einem schweizerischen Konkurs Beteiligte das Konkursamt als Zustellungsort gilt.

alle Kantone mit Ausnahme von Schwyz und Appenzell-Innerrhoden, vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 30*a* N 76.

134 Dieses Übereinkommen sieht die Gleichstellung der Staatsangehörigen in konkursrechtlichen Angelegenheiten vor. Es ist indessen zweifelhaft, ob es die Bestimmungen des IPRG derogiert, welche inländische Gläubiger bevorzugen (so wohl BSK SchKG I-Staehelin, Art. 30*a* N 82). Aus schweizerischer Sicht gilt es für alle Kantone mit Ausnahme von Ob- und Nidwalden, St. Gallen und Appenzell-Innerrhoden, vgl. BSK SchKG I-Staehelin, Art. 30*a* N 81.

135 Vgl. die Übersicht in BSK SchKG I-Staehelin, Art. 30*a* N 71 ff.

136 Ebenso SchKG I-Staehelin, Art. 30*a* N 71, 76 und 81 je m.w.H.

137 BGE 109 III, 83, 86 E. 6; in BGE 135 III 666 bezieht sich das Bundesgericht in einer nicht publizierten Erwägung auf diesen Entscheid und spricht – allerdings lediglich obiter – davon, dass die Anerkennung auch eines württembergischen Konkursdekretes notwendig sei. Diese Erwägung lässt allerdings jegliche Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Lehre vermissen, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich das Bundesgericht hier endgültig festgelegt hat.

138 ZR 112 (2013) Nr. 51, E. 3.3.1; ZR 96 (1997) Nr. 104; Ziltener/Späth, 49 ff.

139 Art. 175 IPRG, der die Anerkennung ausländischer Nachlassverträge und ähnlicher Verfahren regelt, statuiert wiederum eine sinngemässe Anwendung von Art. 170 IPRG.

140 Vgl. BSK IPRG-Bürgi, Art. 170 N 10 ff.

Zudem regelt Art. 50 Abs. 1 SchKG den Fall des Niederlassungskonkurses eines ausländischen Schuldners[141]. Schliesslich gibt es auch in den Ausführungserlassen zum SchKG Bestimmungen, die in der Praxis relevante Fragen regeln und einen internationalen Bezug aufweisen[142].

2. Insolvenz des Unternehmens im Ausland, Vermögenswerte in der Schweiz

a) Universalität der ausländischen Insolvenz als Ausnahmefall

14.81 Im Anwendungsbereich der alten Staatsverträge mit Württemberg und Bayern[143] gilt das konkursrechtliche *Universalitätsprinzip*, mit der Folge, dass die ausländische Insolvenz auch auf dem Territorium der Schweiz seine unmittelbare Wirkung entfaltet. Konkursdekrete, welche von diesen Vereinbarungen erfasst werden, bedürfen mithin *keiner formellen Anerkennung*, sondern entfalten *eo ipso* ihre Wirkungen in der Schweiz[144]. Dies bedeutet, dass der deutsche Insolvenzverwalter ohne weiteres Verfügungsbefugnis über die in der Schweiz gelegenen Vermögenswerte hat und diese ohne Durchführung eines Separatkonkurses gemäss Art. 166 ff. IPRG an sich ziehen kann. Soweit allerdings Zwangsmassnahmen notwendig sind, hat er diese unter Beizug des nach Schweizer Recht zuständigen inländischen Konkursverwalters vorzunehmen[145].

14.82 Die durch diese Staatsverträge statuierte Universalität des Konkurses hat auch auf andere Ebenen Auswirkungen: So sind bspw. *Anfechtungsklagen* nach dem *Recht am Ort* der jeweiligen Insolvenz zu beurteilen[146].

b) Keine Wirkung des ausländischen Insolvenzdekretes ohne Anerkennung in der Schweiz als Regelfall

14.83 Soweit keine Staatsverträge bestehen, ist das internationale Konkursrecht der Schweiz immer noch stark vom Prinzip der Territorialität beherrscht. Das im 11. Kapitel des IPRG verwirklichte Modell einer *modifizierten Territorialität* sieht die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes unter den in Art. 166 IPRG statuierten Voraussetzungen und daran anschliessend die Durchführung eines *Separatkonkursverfahrens* hinsichtlich im Inland gelegener[147] Vermögenswerte vor. Kommt es dagegen nicht zu einer Anerkennung gemäss Art. 166 IPRG, hat der ausländische Konkurs in der Schweiz keine konkursrechtlichen Wirkungen[148].

141 Vgl. dazu Rz 14.91.

142 So legt Art. 27 KOV fest, dass auch im Ausland gelegene Vermögenswerte zu inventarisieren sind, und Art. 62 KOV bestimmt, dass Gläubiger, die durch im Ausland gelegene Pfandobjekte gesichert sind, die nicht zur inländischen Masse gezogen werden können, ihre Dividende solange nicht ausgerichtet erhalten, als das Pfand im Ausland nicht liquidiert worden ist.

143 Näher dazu Rz 14.77.

144 ZR 112 (2013) Nr. 51, E. 3.3.1; ZR 96 (1997) Nr. 104; Ziltener/Späth, 49 ff.

145 ZR 112 (2013) Nr. 51, E. 3.3.4.

146 Bommer, 21; Rz 14.32.

147 Vgl. zur Bestimmung der Belegenheit von Vermögenswerten aus vollstreckungsrechtlicher Sicht Bommer, 37 ff.; Gassmann Richard, Arrest im internationalen Rechtsverkehr, Zürich 1998, 48 ff.; Staehelin Daniel, Die Anerkennung ausländischer Konkurse und Nachlassverträge in der Schweiz, Basel 1989, 122 ff.

148 Näher dazu Rz 14.90.

14.84 Das Bundesgericht hat dabei in den letzten Jahren in einer Reihe von Entscheiden dem Erfordernis einer Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes schärfere Konturen verliehen und dabei mehrfach bestätigt, dass einem ausländischen Insolvenzverfahren nur dann vollstreckungsrechtliche Wirkungen im Inland zukommt, wenn eine Anerkennung nach Art. 166 ff. IPRG erfolgt ist[149]. Die *Anerkennung kann nicht vorfrageweise erfolgen*, sondern muss in dem dafür vorgesehenen Verfahren gemäss Art. 166 ff. IPRG erwirkt werden. Das Bundesgericht begründet dies mit der Notwendigkeit, Gläubiger i.S.v. Art. 172 Abs. 1 IPRG zu schützen[150].

14.85 *Gewisse materiell-rechtliche Wirkungen* treten allerdings auch *ohne formelle Anerkennung* ein. So werden bei einer juristischen Person gemäss Art. 154 Abs. 1 sowie Art. 155 IPRG Auswirkungen des ausländischen Konkursdekrets auf die *Verfügungsbefugnis von Organen* einer juristischen Person berücksichtigt[151]. Auch die *Vertretungsbefugnis der ausländischen Insolvenzmasse* vor schweizerischen Gerichten – in den Fällen, in denen sie gegeben ist[152] – beurteilt sich nach dem ausländischen Konkursrecht, ohne dass in diesem Zusammenhang eine Anerkennung zu erfolgen hätte[153]. Für die Geltendmachung von öffentlich-rechtlichen Forderungen (Rückforderung einer Kaution in einem Strafverfahren) durch den ausländischen Konkursverwalter ist ebenfalls keine Anerkennung des ausländischen Konkurses notwendig[154].

14.86 In der praktisch wichtigen Frage der *Verfügungsbefugnis eines ausländischen Insolvenzverwalters* in der Schweiz nimmt das Bundesgericht indessen eine *harte Haltung* ein: Ein solcher ist nicht befugt, irgendwelche andere als im Gesetz vorgesehene Handlungen[155] in der Schweiz vorzunehmen. Insbesondere darf er in der Schweiz keine Betreibungshandlungen vornehmen, Forderungen eingeben oder Klagen gegen Schuldner der ausländischen Insolvenzmasse erheben[156]. Nicht beantwortet hat das Bundesgericht bis anhin allerdings die Frage, wie es sich in Fällen verhält, bei denen es um *Vermögenswerte geht, die nicht in der Schweiz belegen sind*[157]; in solchen Fällen – etwa bei einem in der Schweiz vereinbarten Gerichtsstand – steht nämlich nicht das Prinzip der Territorialität des Konkurses in Frage, welches durch Art. 166 IPRG geschützt werden soll[158]. In einer solchen Konstellation ist die *Legitimation* des ausländischen Insolvenzverwalters grundsätzlich zu bejahen und einzig *nach dem Recht am Ort der Insolvenzeröffnung zu beurteilen*, ohne Notwendigkeit einer formellen Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets.

149 Vgl. insb. BGE 139 III 236; 137 III 570; 135 III 666; 134 III 366.

150 BGE 134 III 365, 371 E. 5.1.2; sofern allerdings keine Vermögenswerte vorhanden sind, die in die schweizerische Separatkonkursmasse fallen würden, trifft die Begründung des Bundesgerichtes nicht zu. Es kann in Konstellationen aktuell werden, in denen sich ein Prozess nicht um in der Schweiz belegene Vermögenswerte dreht, z.B. bei einem vereinbarten Gerichtsstand. In solchen Fällen sollte eine vorfrageweise Überprüfung zugelassen werden, vgl. Bommer, 155 f.

151 BGE 139 III 236, 237 E. 4.2 f.; 137 III 570, 572 E. 2.

152 Art. 171 IPRG.

153 BGE 135 III 666, 668 E. 3.2.2.

154 BGE 135 I 63, 66 E. 1.1.2.

155 Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes sowie Antrag auf Erlass sichernder Massnahmen; Art. 166 Abs. 1 und Art. 168 IPRG sowie Erhebung der Anfechtungsklage gemäss Art. 171 IPRG.

156 BGE 139 III 236, 239 E. 4.3; 137 III 570, 572 E. 2; 135 III 40, 43 E. 2.4; 134 III 366, 374 E. 9.1.

157 BGE 139 III 236, 241 E. 4.5; Oberhammer, 436 f.

158 Sog. «gelockertes» Territorialitätsprinzip, vgl. BGE 139 III 236, E. 4.2.

14.87 In seiner neusten Rechtsprechung, die bisher noch wenig Beachtung gefunden hat, macht das Bundesgericht zudem eine für die *Praxis äussert relevante Präzisierung* bezüglich der Erforderlichkeit eines schweizerischen Separatkonkurses: Sofern *keine pfandgesicherten oder privilegierten Forderungen* von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz i.S.v. Art. 172 Abs. 1 IPRG vorhanden sind, ist *keine schweizerische Separatkonkursmasse* zu bilden[159]. Dies hat notwendigerweise zur Folge, dass der ausländische Insolvenzverwalter in einem solchen Fall direkt in der Schweiz tätig werden kann. Immer noch notwendig ist allerdings eine vorgängige Anerkennung des Konkursdekretes. Im Rahmen dieser Anerkennung kann gemäss Bundesgericht dem ausländischen Insolvenzverwalter die Prozessführungsbefugnis verliehen werden oder aber auch ein Schweizer Mit-Konkursverwalter ernannt werden. Dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist zuzustimmen, da in einem solchen Fall keine aus der Sicht des schweizerischen Gesetzes besonders zu schützenden Gläubiger vorhanden sind und demnach die Bildung einer schweizerischen Separatkonkursmasse nicht sinnvoll ist. In verfahrensmässiger Hinsicht ist allerdings zu beachten, dass erst nach dem Schuldenruf durch die schweizerische Konkursverwaltung im Rahmen eines inländischen Hilfskonkurses feststeht, ob es solche Gläubiger gibt. Es wird deshalb auch in diesen Fällen wie üblich zunächst zur Einsetzung einer Schweizer Konkursverwaltung kommen. Wenn feststeht, dass es keine Gläubiger i.S.v. Art. 172 Abs. 1 IPRG gibt, hat die schweizerische Konkursverwaltung in analoger Anwendung von Art. 230 SchKG beim Konkursgericht *Antrag auf Einstellung des schweizerischen Separatkonkursverfahrens* zu stellen. Gleich sind die Fälle zu behandeln, in denen gar kein Vermögen vorhanden ist, das in die schweizerische Konkursmasse fallen würde, d.h. wenn die Inventaraufnahme durch das schweizerische Konkursamt keine Ergebnisse gezeitigt hat[160]. In einem solchen Fall ist wiederum in analoger Anwendung von Art. 230 SchKG dem Konkursgericht Antrag auf Einstellung des schweizerischen Separatkonkursverfahrens zu stellen.

c) *Behandlung der von der ausländische Konkursitin direkt gehaltenen Vermögenswerten*

14.88 Soweit die ausländische Konkursitin direkt Vermögenswerte in der Schweiz hält, wird die ausländische Insolvenzverwaltung bei Fehlen einer abweichenden staatsvertraglichen Regel nicht umhin können, zunächst um eine *formelle Anerkennung des ausländischen Konkursdekrets* gemäss Art. 166 f. IPRG nachzusuchen. In Anbetracht der strengen Rechtsprechung des Bundesgerichtes[161] wird es ihr in den

159 BGer 5A_450/2013 vom 6. Juni 2014, E. 4.2.1; BGE 137 III 138, 141 E. 2.2; BGer 5A_267/2007 vom 30. September 2008, E. 5.3; diese Entscheide sind zwar in Anwendung von Art. 175 IPRG (Anerkennung ausländischer Nachlassverträge und ähnlicher Verfahren) ergangen. Da diese Bestimmung wiederum auf Art. 166–170 verweist, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtes u.E. auch für ausländische Konkursverfahren einschlägig.

160 Vgl. Bommer, 156.

161 Vgl. Rz 14.83 ff.

meisten Fällen nicht möglich sein, über die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte zu verfügen. Die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes führt zunächst zur Bildung einer schweizerischen Separatkonkursmasse i.S.v. Art. 170 IPRG. Das Verfahren entspricht dabei demjenigen eines Schweizer Binnenkonkurses[162]. In der Verteilung werden zunächst die pfandgesicherten Forderungen sowie die *privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz* berücksichtigt. Unerheblich ist, ob die pfandgesicherten Gläubiger Wohnsitz in der Schweiz haben[163]. Erst wenn *nach dieser Verteilung ein Überschuss* verbleibt, wird dieser an die ausländische Konkursverwaltung oder die vom ausländischen Konkursrecht bezeichneten Gläubiger verteilt[164]. Diese Verteilung steht unter dem Vorbehalt, dass der ausländische Kollokationsplan anerkannt wird. Ist dies nicht der Fall, so wird der Überschuss an die Gläubiger der dritten Klasse mit Wohnsitz in der Schweiz verteilt[165].

14.89 Ist *kein in der Schweiz belegenes Vermögen* vorhanden oder gibt es *keine privilegierten Gläubiger* i.S.v. Art. 172 Abs. 1 IPRG, ist in der Schweiz keine Separatkonkursmasse zu bilden. Da dies gegebenenfalls aber erst nach Eröffnung des Verfahrens festgestellt werden kann, wird es regelmässig zu einer nachträglichen Einstellung des Konkurses kommen müssen[166]. Dabei muss dem *ausländischen Insolvenzverwalter* die Legitimation zugebilligt werden, die *Einstellung des Konkurses zu verlangen* und bei Abweisung seines Begehrens gegebenenfalls Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG zu erheben.

14.90 Ist eine *Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes nicht möglich*, so zeitigt der ausländische Konkurs keine konkursrechtlichen Wirkungen in der Schweiz. Dies bedeutet unter anderem, dass Einzelvollstreckungen gegen das Vermögen des Gemeinschuldners in der Schweiz weiterhin zulässig sind[167]. Zu postulieren ist auch, dass der Gemeinschuldner diesfalls seine Verfügungsmacht über die in der Schweiz belegenen Vermögenswerte nicht verliert, damit die Organe des insolventen ausländischen Unternehmens allenfalls in der Lage wären, diese aus der Schweiz abzuziehen und der ausländischen Insolvenzmasse zuzuführen[168].

14.91 Sofern der ausländische Schuldner in der Schweiz über eine *Geschäftsniederlassung* i.S.v. Art. 50 Abs. 1 SchKG verfügt, greift eine Spezialregelung: Forderungen gegen diese Geschäftsniederlassung können an deren Sitz in Betreibung gesetzt werden. Die Betreibung wird je nach Schuldner entweder auf dem Weg der Pfändung oder des Konkurses fortgesetzt[169]. Dieses *Spezialkonkursverfahren* kann solange parallel zu einem Separatkonkurs nach Art. 166 ff. IPRG geführt werden, als der Kollokationsplan des Letzteren noch nicht rechtskräftig ist[170]. Zu beachten ist, dass dieses Verfahren ausschliesslich für Forderungen zur Verfügung steht, die sich aus dem Betrieb der fraglichen Geschäftsniederlassung ergeben. Erfasst wird dabei auch lediglich das Vermögen des ausländischen Schuldners, das dieser Geschäftsniederlassung zuzuordnen ist[171]. Das Konkursverfahren über eine Geschäftsniederlassung gemäss Art. 50 Abs. 2 SchKG kommt in der Praxis selten vor und ist *überaus komplex*, da die Konkursmasse nicht einfach aus dem Vermögen einer natürlichen oder juristischen Person, sondern aus dem – fingierten – Vermögen einer funktionalen Einheit (der Geschäftsniederlassung) besteht. Ein Konkurs am Ort der Geschäftsniederlassung kann in der Praxis allerdings dann hilfreich sein, wenn das ausländische Konkursdekret in der Schweiz nicht anerkannt werden kann.

162 CHK-Gassmann, Art. 170 IPRG N 5.
163 BSK IPRG-Bürgi, Art. 172 N 4.
164 Art. 173 Abs. 1 IPRG.
165 Art. 174 Abs. 1 IPRG.
166 Vgl. Rz 14.87.
167 Vgl. statt vieler CHK-Gassmann, Art. 166 IPRG N 16.
168 CHK-Gassmann, Art. 166 IPRG N 16; ebenso BSK IPRG-Berti/Mabillard, Art. 166 N 49b; die bundesgerichtliche Rechtsprechung steht dieser Lösung wohl entgegen, vgl. Rz 14.85.
169 KUKO SchKG-Jeanneret/Strub, Art. 50 N 10.

d) Schweizerische Tochtergesellschaft der ausländischen Konkursitin

14.92 Soweit die ausländische Konkursitin über eine schweizerische Tochtergesellschaft verfügt, die von dieser vollständig beherrscht wird, hat die Insolvenz der Mutter regelmässig *keine konkreten Auswirkungen* auf die *Handlungsfähigkeit* der Tochtergesellschaft bzw. die *Beherrschungsverhältnisse*. Grundsätzlich hat der ausländische Insolvenzverwalter das Recht, die Tochtergesellschaft anstelle der ursprünglichen Organe der Muttergesellschaft durch Ausübung der Aktionärsrechte weiter zu kontrollieren, soweit die Aktien nicht in eine inländische Separatkonkursmasse fallen[172]. Denkbar wäre zwar, dass sich der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft weigert, die Ausübung der Aktionärsrechte durch den ausländischen Insolvenzverwalter zuzulassen. Das Problem liesse sich aus dessen Sicht allerdings leicht lösen, indem die Generalversammlungen der Tochtergesellschaft im Herkunftsland der Konkursitin abgehalten würden; an jenem Ort wäre die Verfügungsbefugnis der ausländischen Insolvenzmasse zweifellos gegeben oder die Aktien könnten unter Mitwirkung der ursprünglichen Organe der Konkursitin an einen dem Insolvenzverwalter genehmen Dritten übertragen werden[173].

14.93 Wenn allerdings die Aktionärsrechte mit Hilfe gerichtlicher Verfahren durchgesetzt werden müssen, so wird (insbesondere bei einer nicht 100 %igen Tochtergesellschaft oder einer Minderheitsbeteiligung) wiederum das Problem auftauchen, dass die *ausländische Konkursmasse* in der Schweiz grundsätzlich *nicht prozessführungsbefugt* ist[174]. Sofern Verfahren in der Schweiz unausweichlich sind, wird dem ausländischen Insolvenzverwalter nichts anderes übrig bleiben, als das ausländische Konkursdekret in der Schweiz anerkennen zu lassen, was wiederum zur *Eröffnung eines schweizerischen Separatkonkursverfahrens* führt. Geht es allerdings nur

170 Art. 166 Abs. 2 IPRG.
171 KUKO SchKG-Jeanneret/Strub, Art. 50 N 10; **a.M.** BSK SchKG I-Schmid, Art. 50 N 27.
172 Dies ist dann der Fall, wenn die Aktien in Zertifikaten verbrieft und diese im Ausland belegen sind oder – bei Belegenheit der Aktien im Inland – wenn noch kein Anerkennungsbegehren für das ausländische Insolvenzdekret gestellt oder ein solches abgewiesen worden ist.
173 Mangels Anerkennung der ausländischen Insolvenz sollten der Gemeinschuldner bzw. dessen (ursprüngliche) Organe aus schweizerischer Sicht weiterhin Verfügungsmacht über die Aktien haben, vgl. Rz 14.90.
174 Vgl. Rz 14.86.

um die Ausübung der Aktionärsrechte, ohne dass in der Schweiz weitere Vermögenswerte vorhanden wären, so wird das schweizerische Separatkonkursverfahren in einer *Einstellung mangels Masse* enden; als Folge davon wird dann die ausländische Konkursmasse den Prozess in der Schweiz führen können[175]. Ist das ausländische Insolvenzdekret in der Schweiz nicht anerkennbar, muss zwecks gerichtlicher Durchsetzung der Aktionärsrechte die Übertragung der Aktien an einen Dritten oder die privatrechtliche Vollmachtserteilung durch die Organe der insolventen ausländischen Schuldnerin an den Insolvenzverwalter erwogen werden[176].

3. Insolvenz des Unternehmens in der Schweiz, Vermögenswerte im Ausland

a) Zusammenspiel schweizerischen und ausländischen Insolvenzrechts

14.94 Soweit im *Ausland liegende Vermögenswerte* eines insolventen inländischen Schuldners in Frage stehen, ist die Haltung des schweizerischen Rechts vom *Universalitätsprinzip* geprägt[177]. Obwohl dies weder im IPRG noch im SchKG ausdrücklich zum Ausdruck gebracht wird, ergibt sich aus Art. 27 Abs. 1 KOV[178], dass auch im Ausland belegene Vermögenswerte des insolventen Unternehmens zur Konkursmasse gehören und nach den Regeln des schweizerischen Konkursrechts zur Masse zu ziehen und schliesslich an die Gläubiger zu verteilen sind.

14.95 Eine andere Frage ist, wie weit und, wenn ja, in welchem Verfahren ein Schweizer Insolvenzverwalter tatsächlich in der Lage ist, *ausländische Vermögenswerte zur schweizerischen Masse zu ziehen*. Soweit keine Staatsverträge vorliegen[179], bestimmt sich dies nach dem jeweiligen internationalen Insolvenzrecht des betroffenen Staates. Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang die europäische Insolvenzverordnung; diese findet nur in grenzüberschreitenden Insolvenz-Sachverhalten im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten Anwendung[180]. Dabei gibt es gewisse Staaten, die ausländische und damit schweizerische Konkurserkenntnisse grundsätzlich *nicht anerkennen*[181]. Andere Staaten anerkennen ausländische Konkurserkenntnisse zwar grundsätzlich, verlangen aber zusätzlich ein formelle Anerkennung desselben in einem *inländischen Exequaturverfahren*[182]. Die liberalsten Staaten anerkennen die schweizerischen Konkurserkenntnisse ohne Weiteres, d.h. ohne dass ein Exequatur notwendig wäre, und messen ihm grundsätzlich die Rechtsfolgen des schweizerischen Konkursrechtes zu[183].

175 Vgl. Rz 14.86.
176 Vgl. Rz 14.92.
177 Dies obwohl das schweizerische Recht im spiegelbildlichen Fall eines Auslandkonkurses mit im Inland belegenen Vermögenswerten gemäss Art. 166 ff. IPRG das Territorialitätsprinzip anwendet und zum Schutz der inländischen Gläubiger die Notwendigkeit der formellen Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets und die Durchführung eines inländischen Separatkonkurses verlangt. Kritisch dazu CHK-Gassmann, Art. 166 IPRG N 3.
178 Art. 27 Abs. 2 KOV verpflichtet den Insolvenzverwalter, auch das im Ausland belegene Vermögen des Gemeinschuldners ins Inventar aufzunehmen.
179 Vgl. Rz 14.77.
180 Sie gilt demnach für die Mitgliedsländer der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks (vgl. Erwägungsgrund 33 EuInsVO).
181 Dies hat aus schweizerischer Sicht zur Folge, dass Gegenrecht i.S.v. Art. 166 Abs. 1 lit. c IPRG nicht gegeben ist, BSK IPRG–Berti/Mabillard, Art. 166 N 36 ff.
182 Zu dieser Gruppe gehören Frankreich und Italien, vgl. dazu Rz 14.98 f.

b) Übersicht über ausgewählte Rechtsordnungen

14.96 In *Deutschland* werden ausländische Insolvenzerkenntnisse unter Vorbehalt der Vorrang beanspruchenden Staatsverträge gemäss § 343 Abs. 1 InsO grundsätzlich anerkannt. Die Anerkennung hat eine Wirkungserstreckung zur Folge: Entsprechend treten in Deutschland im Prinzip die Wirkungen des (aus deutscher Sicht) ausländischen Konkursrechtes ein. Dies bedeutet insbesondere auch, dass ein Schweizer Insolvenzverwalter die schweizerische Konkursmasse in Deutschland gültig vertreten kann. Allerdings besteht auch in Deutschland die Möglichkeit, einen deutschen Partikularkonkurs zu eröffnen, und zwar dann, wenn der ausländische Schuldner in Deutschland eine Niederlassung hat oder sonst über Vermögen in Deutschland verfügt[184]. Ein solches Verfahren kann auch nach Anerkennung eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens eröffnet werden. Die InsO verpflichtet den deutschen Insolvenzverwalter des Sekundärinsolvenzverfahrens ausdrücklich, mit dem ausländischen Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens in Kontakt zu treten[185]. Eines ausdrücklichen Anerkennungsverfahrens bedarf es nicht. Vielmehr wird die *Anerkennungsfähigkeit*, soweit notwendig, *inzident geprüft*[186].

14.97 Vergleichbar ist die Rechtslage in *Österreich*: Ausländische Insolvenzerkenntnisse werden grundsätzlich in Österreich anerkannt[187]. Auch die österreichische Anerkennung führt zu einer Wirkungserstreckung des ausländischen Insolvenzdekrets, was mit Bezug auf die Befugnisse des schweizerischen Konkursverwalters bedeutet, dass dieser direkt in Österreich tätig werden kann. Diese Folge wird im österreichischen Recht überdies ausdrücklich festgehalten[188]. Gleich wie in Deutschland ist auch in Österreich eine *ausdrückliche Anerkennung nicht notwendig*, sondern wird – soweit notwendig – jeweils vorfrageweise geprüft[189].

14.98 Etwas anders ist die Rechtslage in *Frankreich*: Zwar werden auch dort ausländische Insolvenzen grundsätzlich anerkannt[190], notwendig ist darüber hinaus aber ein *ausdrückliches Exequatur*[191]. Das französische Recht geht dabei nicht von einer reinen Wirkungserstreckung aus, sondern kombiniert die Wirkung des ausländischen mit derjenigen des französischen Insolvenzrechtes[192]. So ist insbesondere im Bereich der persönlichen Sicherheiten für die Frage der gültigen Bestellung nicht die *lex*

183 Zu dieser Gruppe gehören Deutschland und Österreich, vgl. dazu Rz 14.96 f.
184 § 354 Abs. 1 InsO.
185 § 356 f. InsO.
186 Andres/Leithaus/Dahl, § 343 N 4.
187 § 240 Abs. 1 IO.
188 § 241 Abs. 1 IO; gewisse Einschränkungen ergeben sich soweit, als der Insolvenzverwalter Zwangsmittel in Anspruch nehmen muss.
189 Mohr, § 240 N 1a.
190 Die Anerkennungsvoraussetzungen sind nicht in einem Gesetz festgehalten, sondern richten sich nach von der Court de cassation entwickelten Prinzipien (VPB 55.58 B, E. C. a.).
191 Mélin, 81 ff.
192 Mélin, 94 ff.

fori concursus, sondern das auf die Sicherheiten anwendbare Recht massgebend[193]. Gewisse Insolvenzwirkungen treten indessen auch ohne Exequatur ein[194].

14.99 Ähnlich wie in Frankreich ist die Rechtslage in *Italien*. Auch in Italien bedarf es einer *ausdrücklichen Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekretes*. Auch wenn grundsätzlich in Italien davon ausgegangen wird, dass damit dem ausländischen Insolvenzdekret in Italien Wirkung verliehen wird, so wird dieser Grundsatz in mancherlei Hinsicht wieder eingeschränkt, wobei viele Einzelheiten unklar sind. Hervorgehoben wird in der Literatur immerhin, dass eine der Hauptwirkungen der Anerkennung darin besteht, dass der ausländische Insolvenzverwalter die in Italien belegenen Vermögenswerte zur ausländischen Masse ziehen kann[195].

14.100 In den *USA* werden ausländische Insolvenzdekrete gestützt auf die Bestimmungen von Chapter 15 des 11. Teils des United States Code, welche sich am UNCITRAL-Modellgesetz betreffend grenzüberschreitende Insolvenz orientiert[196], anerkannt. Erforderlich ist dabei ein formelles Exequatur[197], welches es dem ausländischen Insolvenzverwalter anschliessend ermöglicht, die gewöhnlichen Geschäfte des insolventen Schuldners in den USA zu führen. Zudem führt die Anerkennung des ausländischen Insolvenzdekrets zu gleichem Schutz vor Gläubigern, wie er für inländische Insolvenzen gilt[198].

14.101 Vergleichbare Regeln wie in den USA gelten in denjenigen weiteren *Ländern, welche* insoweit das *UNCITRAL-Modellgesetz umgesetzt haben*. Dazu gehören insbesondere: Australien, British Virgin Islands, Chile, Griechenland, Grossbritannien, Kanada, Korea, Japan, Mauritius, Mexico, Neuseeland, Polen, Philippinen, Rumänien, Serbien, Slowenien und Südafrika[199].

4. Besondere Problemfelder

a) Schiedsverfahren

14.102 Die *Wirkung einer Insolvenz* eines ausländischen Schuldners auf ein in der Schweiz hängiges *Schiedsverfahren* war lange Zeit umstritten[200]. Im Jahr 2009 entschied das Bundesgericht[201], die Konkurseröffnung über einen polnischen Schuldner bewirke gemäss dem polnischen Konkursrecht, dass dieser die Fähigkeit verliere, in einem Schiedsverfahren als Partei aufzutreten. Der Entscheid führte zu kontroversen Diskussionen in der Literatur[202], wobei sich die Meinung durchgesetzt hat, dass der

193 Nicht hingegen für die Folgen wirksam begründeter Personalsicherheiten, für die wiederum die *lex fori concursus* gilt, GRAF, 138 ff.
194 Insb. Statusentscheidungen im Bereich des Personenstands und Fragen der Rechtsfähigkeit, GRAF 141 f.
195 QUEIROLO, 848.
196 11 U.S.C. § 1501a.
197 11 U.S.C. § 1515.
198 11 U.S.C. § 1520 f.
199 Vgl. die entsprechende Liste abrufbar unter: ‹http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html› (besucht am: 15.5.2015).
200 Vgl. die Übersicht bei BERNETT, 7.
201 BGer 4A_428/2008 vom 31. März 2009, E. 3.3.
202 Vgl. NAEGELI, 4 ff.; WYSS, 17 ff.

Entscheid nicht als generelle Aussage des Bundesgerichtes zur Parteifähigkeit einer ausländischen konkursiten Gesellschaft in einem schweizerischen Schiedsverfahren betrachtet werden kann. In einem späteren Entscheid[203] hat das Bundesgericht ausgeführt, dass die ausländische insolvente Gesellschaft in einem schweizerischen Schiedsverfahren parteifähig bleibt, solange das gemäss Art. 154 Abs. 1 IPRG zu berücksichtigende Konkursrecht des ausländischen Staates vorsieht, dass als Folge des Konkurses nicht geradezu die Rechtsfähigkeit verloren geht. Diese Rechtsprechung führt in der Praxis dazu, dass in den meisten Fällen der *Konkurs* einer ausländischen Prozesspartei *keine Auswirkungen auf die Parteifähigkeit* einer ausländischen Prozesspartei in einem schweizerischen Schiedsverfahren hat[204].

b) Kollokationsverfahren im Anwendungsbereich des LugÜ

14.103 Das Bundesgericht hatte sich im Umfeld der Swissair-Verfahren mehrfach zu den *Wirkungen ausländischer Zivilprozesse auf das schweizerische Kollokationsverfahren*[205] geäussert. Im letzten beurteilten Fall[206] entschied es dabei, dass eine nach der Eröffnung des schweizerischen Nachlassverfahrens im Hinblick auf die Kollokation erhobene Klage als insolvenzrechtliches Verfahren i.S.v. *Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ* gilt und deshalb nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Übereinkommens fällt. Bereits früher hatte das Bundesgericht entschieden, dass die Anerkennung eines ausländischen Urteils aus einem Verfahren, das bei Gewährung der Nachlassstundung bereits pendent war, als Kollokationsurteil nicht in Frage komme[207]. Es hat diesen Entscheid dann allerdings im bereits genannten neuen Entscheid[208] relativiert und ausgeführt, dass damit lediglich die Anerkennbarkeit eines ausländischen Urteils «als Kollokationsurteil» verneint worden sei.

14.104 In einem weiteren Entscheid[209] *verneinte es sodann die Anwendbarkeit von Art. 207 SchKG*, gemäss welchem bei der Konkurseröffnung hängige Prozesse in der Schweiz zu sistieren und dann gemäss Art. 63 KOV im Kollokationsplan pro memoria vorzumerken sind[210]. Ausdrücklich offen gelassen hat das Bundesgericht die Frage, wie zu entscheiden wäre, wenn ein bereits vor Konkurseröffnung hängiges Verfahren zu einem ausländischen Zivilurteil führt, welches später im schweizerischen Kollokationsprozess vorgelegt wird[211].

14.105 Zusammengefasst ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes Folgendes: Soweit ein ausländisches Urteil aus einem Verfahren hervorgeht, das erst *nach Konkurseröffnung* im Ausland anhängig gemacht wurde, wird es in der Schweiz nicht anerkannt. Auf *vor der Konkurseröffnung* anhängig gemachte Verfahren, die zu einem in der Schweiz grundsätzlich anerkennbaren Urteil führen, finden

203 BGE 138 III 714, 722 ff.
204 BSK IPRG-GRÄNICHER, Art. 178 N 78.
205 Es handelte sich dabei jeweils um Liquidationsvergleiche, die den gleichen Regeln unterstehen wie ein Konkursverfahren.
206 BGE 140 III 320 ff.
207 BGE 135 III 127, 133 E. 3.3.3.
208 BGE 140 III 320, 327 f. E. 7.3.
209 BGE 133 III 388 E. 4.1 ff.
210 Ebenso hatte das Bundesgericht bereits in BGE 130 III 769, 772 E. 3.2.1 ff. entschieden.
211 BGE 140 III 320, 330 E. 8.3.2

Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV keine Anwendung. Wie in dieser Situation vorzugehen ist, lässt das Bundesgericht ausdrücklich offen. Nach richtiger Auffassung besteht unter dem LugÜ die staatsvertragliche Pflicht der Schweiz, solche Urteile zu anerkennen und ihnen Wirkung zu verschaffen. Das bedeutet zwar nicht, dass sie eo ipso zum schweizerischen Kollokationsurteil werden; sie sind aber vom Kollokationsrichter wie ein schweizerisches Urteil als Grundlage für eine Kollokation zu behandeln. Berücksichtigt werden können dann lediglich noch spezifisch konkursrechtliche Einreden (z.B. paulianische Anfechtung oder eine Verrechnungsanfechtung)[212]. Soweit das Urteil im Ausland noch nicht ergangen ist, ist mit der Kollokation zuzuwarten, bis das ausländische Urteil rechtskräftig geworden ist[213].

c) Anfechtungsklagen im Konkurs

14.106 Im Bereich der Anfechtungsklagen gibt es zahlreiche noch ungeklärte Streitfragen[214]. Bei einem in der Schweiz eröffneten Konkurs hat das Bundesgericht entschieden, dass die *Zuständigkeit für die Erhebung der Anfechtungsklage* bei ausländischem Wohnsitz des Beklagten am Konkursort gemäss Art. 289 SchKG gegeben ist[215]. Da es sich um eine Anfechtungsklage im Rahmen eines Konkursverfahrens handelte, wurde die *Anwendbarkeit des LugÜ* gestützt auf Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 LugÜ *verneint*. Ebenso wurde einem österreichischen Anfechtungsurteil aus einem Konkurs in einem weiteren Entscheid die Anerkennung verweigert[216]. Hat der Anfechtungsbeklagte Wohnsitz in der Schweiz und fällt der Anfechtungsanspruch in die schweizerische Separatkonkursmasse, so kann die ausländische Konkursverwaltung nicht direkt gegen ihn klagen. Vielmehr ist zunächst die Anerkennung des ausländischen Konkursdekretes zu beantragen, und der Anspruch muss sodann vom Verwalter der schweizerischen Separatkonkursmasse geltend gemacht werden. Zuständig für eine solche Anfechtbarkeit sind gemäss Art. 171 IPRG i.V.m. Art. 289 SchKG die Gerichte am Ort der Eröffnung des schweizerischen Separatkonkurses. Auf den Anfechtungsanspruch findet schweizerisches Recht Anwendung[217].

212 Vgl. BSK LugÜ-Rohner/Lerch, Art. 1 N 58.
213 Ähnlich Hunkeler/Wohl, 6 ff.
214 Vgl. dazu Bommer, 5 ff.
215 BGE 131 III 227, 236 E. 5.
216 BGE 129 III 683, 685 E. 3.2; für die Anfechtungsklage aus einer Einzelvollstreckung hat das Bundesgericht die Frage noch nicht entschieden. Die Frage ist umstritten. Richtigerweise müsste hier davon ausgegangen werden, dass sie nicht unter den Ausschluss von Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ fällt und deshalb als normales Erkenntnisverfahren zu gelten hat; KUKO SchKG II-Umbach-Spahn/Bossart, Art. 289 N 5; Bommer, 222 f.
217 Bommer, 153, 193; Rz 14.32.

Dritter Teil:

Wirtschaftsräume