

Franco Lorandi

Das schweizerische Insolvenzrecht im internationalen Vergleich

Leider keine Erfolgsgeschichte



INHALTSÜBERSICHT

I. Einleitung

II. Jährliche Doing-Business-Analyse der Weltbank zum Insolvenzrecht

- A. Stärke der Insolvenzgesetzgebung: gute Platzierung der Schweiz
- B. Deckungsquote der Gläubiger: schlechte Platzierung der Schweiz

III. Kurzanalyse und Folgerungen

- A. Konkursverfahren
- B. Nachlassverfahren

I. Einleitung

Wer sich lange mit einer Materie befasst, kennt aus der täglichen Praxis, was «üblich» und «normal» ist. Mit der Zeit wird das Übliche zum Gewöhnlichen und man hat die Tendenz, das Gewöhnliche auch für «normal» bzw. richtig zu halten. Dies ist allerdings bloss eine Folge des Gewöhnungseffekts, welchem wir uns nicht entziehen können. Wenn die eigene (schweizerische) Realität im Rahmen einer Studie mit Realitäten in anderen Ländern verglichen wird, so bietet dies die Gelegenheit, das Übliche wieder einmal zu überdenken und kritisch zu hinterfragen. Die Analyse der Weltbank zum Insolvenzrecht in 190 Ländern bietet die Gelegenheit, unser Konkursrecht im internationalen Kontext einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

II. Jährliche Doing-Business-Analyse der Weltbank zum Insolvenzrecht

Die Weltbank veröffentlicht seit 2004 jedes Jahr ihren Bericht «Doing Business».¹ Dieser untersucht (nebst 11 anderen Themen²) auch die sog. *resolving insolvency* von 190 Ländern. Diese misst die Stärke des Insolvenzregimes eines Staates und setzt sich zu 50 % aus der Stärke der Insolvenzgesetzgebung (strength of insolvency framework index) und zu 50 % aus der Insolvenzdividende (recovery rate) zusammen.³ Wie sich diese beiden Elemente berechnen, wird nachfolgend dargelegt.

Die Schweiz schneidet bei dieser Rangierung im internationalen Vergleich schlecht ab.⁴ In den letzten zehn

¹ Internet: <https://www.doingbusiness.org/> (Abruf 18.9.2021).

² Zum Abschneiden der Schweiz bei diesen anderen Themen vgl. FN 35.

³ Doing Business Report 2019, 23, 118 ff., Internet: https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf (Abruf 18.9.2021) sowie <https://www.doingbusiness.org/en/doingbusiness> (Abruf 18.9.2021) und dort «Historical data – with scores (Excel)». Für die auf S. 750 f. aufgeführten Grafiken vgl. Doing Business Report 2019, 118, 120.

⁴ OLIVIER DUNANT/SYLVA IYNEDJIAN, Das Konkursrecht in fünf Ländern mit einer qualitativ hochstehenden Rechtsanwendung, Die Volkswirt-

Jahren erreichte sie Platzierungen zwischen Rang 41 und 49 – Tendenz sinkend⁵ – und befindet sich damit ziemlich am Ende der westlichen Industrieländer. Die Spitzenplätze (Top 10) werden (2020) von Finnland, den USA, Japan, Deutschland, Norwegen, Dänemark, den Niederlanden, Slowenien, Belgien und Puerto Rico belegt.⁶

FIGURE 8.20 Resolving insolvency: recovery rate and strength of insolvency framework



Im Nachgang zu eingeleiteten Untersuchungen ergaben sich *Unregelmässigkeiten* (nachträgliche Einflussnahme auf die Bewertungen) in den Berichten 2018 und 2020. Diese beschlugen nicht die Bewertung der Insolvenzgesetzgebung, welche vorliegend von Interesse ist, so dass hier auf die ausgewiesenen Werte abgestellt wird. Als Folge dieser Unregelmässigkeiten hat die Weltbank Mitte September 2021 beschlossen, die Doing-Business-Berichte nicht weiterzuführen.⁷

A. Stärke der Insolvenzgesetzgebung: gute Platzierung der Schweiz

Der *strength of insolvency framework index* (Stärke der Insolvenzrechtsgesetzgebung) bewegt sich in einer Bandbreite der Bewertung von 0 bis 16 und setzt sich aus vier Komponenten zusammen:⁸

schaft 5/2010, 8 ff.

⁵ 2011 Rang 41, 2012 Rang 43, 2013 Rang 45, 2014 Rang 47, 2015 Rang 41, 2016 Rang 44, 2017 Rang 45, 2018 Rang 45, 2019 Rang 46, 2020 Rang 49.

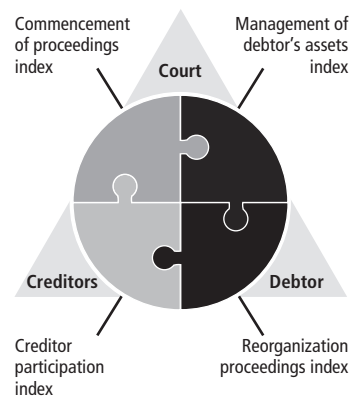
⁶ Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency> (Abruf 18.9.2021).

⁷ Internet: <https://www.worldbank.org/en/news/statement/2021/09/16/world-bank-group-to-discontinue-doing-business-report> (Abruf 18.9.2021); THOMAS FUSTER, Die Weltbank hat kein Rückgrat, NZZ vom 18.9.2021, 22; GERALD HOSP, Die Weltbank beugt sich chinesischem Druck, NZZ vom 18.9.2021, 27.

⁸ Doing Business Report 2019, 120 ff., Internet: https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf (Abruf 18.9.2021) sowie <https://www.doingbusiness.org/en/doingbusiness>

Die erste Komponente, der *commencement of proceedings index*, widerspiegelt, wie einfach es für Schuldner und Gläubiger ist, ein Insolvenz- bzw. Sanierungsverfahren einzuleiten. Die Schweiz erzielt hier drei von drei Punkten.⁹

FIGURE 8.22 Strength of insolvency framework index measures the quality of insolvency laws that govern relations between debtors, creditors and the court



Der *management of debtor's assets index* (welcher sich aus sechs Faktoren zusammensetzt) erfasst etwa, wie einfach es für den Schuldner ist, für ihn wichtige Verträge trotz Insolvenz weiterzuführen bzw. inwiefern er nachteilige Verträge beenden kann. Auch die Möglichkeit der insolvenzrechtlichen Anfechtung wird im Index abgebildet. Die Schweiz erzielt vier von sechs Punkten. Keine Punkte erhält sie, weil unsere Rechtsordnung dem Schuldner nicht die Möglichkeit eröffnet, nach Insolvenzeröffnung einen Kredit aufzunehmen und weil einem nach Verfahrenseröffnung erhaltenen Kredit keine Priorität eingeräumt wird.¹⁰ Die Beurteilung unserer Rechtsordnung zu diesen beiden Aspekten kann man zumindest für das Nachlassverfahren durchaus kritisch hinterfragen (vgl. Art. 310 Abs. 2 i.V.m. Art. 262 SchKG).

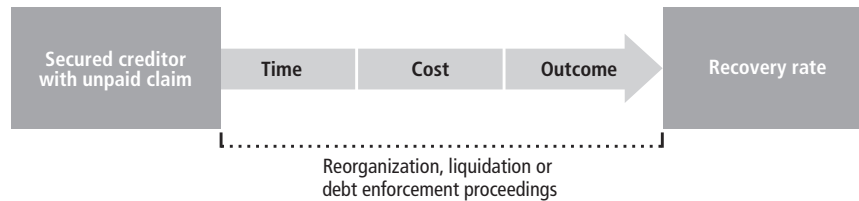
Der *reorganization proceedings index* (welcher sich aus drei Faktoren zusammensetzt) bildet ab, wie stark das *Zustandekommen eines Reorganisationsplans* von der Zustimmung der Gläubiger bzw. einzelner Gläubigergruppen

[doingbusiness.org/en/doingbusiness](https://www.doingbusiness.org/en/doingbusiness) (Abruf 18.9.2021) dort «Historical data – with scores (Excel)» und im Excel unter «Metadata».

⁹ Doing Business Report 2020, Details – resolving insolvency Switzerland – Measure of Quality, commencement of proceedings index, Internet: https://www.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/switzerland#DB_ri (Abruf 18.9.2021).

¹⁰ Doing Business Report 2020, Details – resolving insolvency Switzerland – Measure of Quality, management of debtor's assets index (FN 9).

FIGURE 8.21 Recovery rate is a function of the time, cost and outcome of insolvency proceedings against a local company



abhängig ist und ob an ablehnende Gläubiger eine Mindestdividende ausgerichtet werden muss. Die Schweiz erzielt einen von drei Punkten. Keine Punkte erhält sie, weil das Gesetz nicht verlangt, dass Gläubiger, welche einer Reorganisation nicht zustimmen, mindestens eine Dividende in Höhe der Konkursdividende erhalten und weil die Gläubiger über einen Reorganisationsplan nicht nach Klassen abstimmen.¹¹ Auch diese Beurteilung kann man in Bezug auf das Nachlassverfahren (vgl. Art. 306 SchKG) infrage stellen bzw. die Massgeblichkeit dieser Faktoren kritisch hinterfragen.

Der *creditor participation index* schliesslich (welcher sich aus vier Faktoren zusammensetzt) drückt die *Möglichkeiten der Gläubiger* aus, bei der Bestellung eines Insolvenz-

Das weitgehende Fehlen von Betriebsveräußerungen bzw. die Dominanz der Einzelteilverwertung muss als wichtiger, wenn nicht sogar als der wichtigste Faktor für das äusserst mässige Abschneiden der Schweiz betrachtet werden.

organs, bei der Veräußerung wesentlicher Aktiven, bei der Zulassung von Gläubigerforderungen (eigenen und solchen anderer Gläubiger) *mitzuwirken* und während des Verfahrens *Zugang zu Informationen* zu erhalten. Die Schweiz erzielt hier vier von vier Punkten.¹²

Damit erreicht die Schweiz beim *strength of insolvency framework index* insgesamt einen Wert von 12¹³ von 16 Punkten (was 75 % entspricht). Die 20 bestplatzierten Länder er-

reichten Werte in der Bandbreite zwischen 10.5 und 15.0.¹⁴ Damit erweist sich die *Insolvenzgesetzgebung* der Schweiz im internationalen Verhältnis als durchaus *gut*. Die schlechte Gesamtplatzierung kann somit nicht auf diesen Aspekt zurückgeführt werden.

B. Deckungsquote der Gläubiger: schlechte Platzierung der Schweiz

In die Berechnung des *resolving insolvency score* fliessen drei Faktoren ein: die Dauer eines Insolvenzverfahrens, dessen Kosten und das Ergebnis für die (gesicherten) Gläubiger (vgl. Grafik oben). Die Quantifizierung basiert auf einem (zu Vergleichszwecken) *standardisierten, fiktiven Referenzfall*, nämlich der Insolvenz (Generalexekution) über einen Hotelbetrieb, und bildet aus Sicht eines *grundpfand-gesicherten* Gläubigers dessen Deckung ab.¹⁵

Insgesamt erreichte die Schweiz (2020) beim *resolving insolvency score* nur einen Wert von 62.6 von 100,¹⁶ während die 20 bestplatzierten Länder Werte zwischen 78.9 und 92.7 aufwiesen.¹⁷ Dieser signifikante Unterschied ist der *Hauptgrund für das schlechte Abschneiden der Schweiz* bei der Bewertung.¹⁸

11 Doing Business Report 2020, Details – resolving insolvency Switzerland – Measure of Quality, reorganization proceedings index (FN 9).

12 Doing Business Report 2020, Details – resolving insolvency Switzerland – Measure of Quality, creditor participation index (FN 9).

13 Von 2004 bis 2014 betrug der Wert 11 Punkte. Ab 2015 beträgt er 12 Punkte. Dies dürfte mit der Flexibilisierung des Nachlassvertragsrechts zusammenhängen, welche 2014 in Kraft trat.

14 Die in der Gesamtbewertung zum Insolvenzrecht zehn bestplatzierten Länder schnitten (2020) beim *strength of insolvency framework* wie folgt ab: Finnland 14.5, USA 15.0, Japan 13.0, Deutschland 15.0, Norwegen 11.5, Dänemark 12.0, Niederlande 11.5, Slowenien 11.5, Belgien 11.5, Puerto Rico 15.0 (Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency> [Abruf 18.9.2021]).

15 Doing Business Report 2019, 118f., Internet: https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf (Abruf 18.9.2021).

16 Doing Business Report 2020, Figure – resolving insolvency Switzerland – Scores (0-100), Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency> (Abruf 18.9.2021).

17 Die in der Gesamtbewertung zum Insolvenzrecht zehn bestplatzierten Länder schnitten (2020) zum *resolving insolvency score* wie folgt ab: Finnland 92.7, USA 90.5, Japan 90.2, Deutschland 89.8, Norwegen 85.4, Dänemark 85.1, Niederlande 84.4, Slowenien 84.4, Belgien 84.1, Puerto Rico 83.3 (Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency> [Abruf 18.9.2021]).

18 Zu den Folgerungen für das schweizerische Insolvenzrecht vgl. III.

1. Verfahrensdauer: passables Abschneiden der Schweiz

Während für die Verfahrensdauer die Werte der 20 bestplatzierten Länder eine erstaunlich grosse Bandbreite zwischen 0.4 und 3.0 Jahre aufweisen,¹⁹ betrug der Wert für die Schweiz drei Jahre (3.0). Das Gesetz schreibt (nota bene für das ordentliche Konkursverfahren) zwar vor, dass innert 60 Tagen nach Ablauf der Eingabefrist der Kollokationsplan aufgelegt (Art. 247 Abs. 1 SchKG) und innert einem Jahr der Konkurs abgeschlossen sein sollte (Art. 270 Abs. 1 SchKG). Die Praxis sieht ganz anders aus. Zum einen werden praktisch keine Konkurse im ordentlichen Verfahren durchgeführt.^{20;21} Zum anderen werden diese Fristen selbst im summarischen Konkursverfahren, welches rascher abgewickelt werden sollte, in der Praxis häufig nicht eingehalten.²² Die (viel) zu lange Verfahrensdauer ist ein *reales Problem* in der schweizerischen Konkurspraxis. Es hat auf die schlechte Deckungsquote jedoch kaum einen massgeblichen Einfluss, wie die teilweise hohe Verfahrensdauer von anderen, gutplatzierten Ländern belegen.

2. Verfahrenskosten: passables Abschneiden der Schweiz

Die Kosten eines Insolvenzverfahrens berechnen sich in Prozent der Aktivmasse. Für die schweizerischen Insolvenzverfahren betragen diese gemäss dem Doing Business Report 4.5%, ein Wert, der im Mittelfeld der 20 bestplatzierten Länder liegt, welche durchschnittliche Kosten von 5.6 % (bei einer erstaunlich grossen Bandbreite zwischen 1.0 % bis 17.0 %²³) aufweisen. Zu hohe Verfahrenskosten sind damit kein wesentlicher Faktor für das schlechte Abschneiden

der Schweiz.²⁴ Ein Grund für die moderaten Kosten in der Schweiz ist, dass nahezu sämtliche effektiv abgewickelten Konkursverfahren durch die staatlichen Konkursbeamten geführt werden,²⁵ deren (tarifizierte²⁶) Kosten sehr moderat (und bei weitem nicht kostendeckend) sind.

3. Recovery Rate: Schwachpunkt des schweizerischen Insolvenzrechts

Die *recovery rate* drückt die Dividende (cent on the dollar) aus, welche (im beschriebenen Referenzfall²⁷) ein *grundpfandgesicherter* Gläubiger in der Insolvenz (Generalexekution) ausbezahlt erhält.²⁸ *Wesentliches Element* bei der

Angesichts des jährlichen Schadens von rund CHF 11 Mia., welcher durch Gläubigerverluste schätzungsweise entsteht, führt nichts an der Erkenntnis vorbei, dass eindeutiger Handlungsbedarf besteht.

Bewertung ist dabei, ob im Regelfall eine Veräusserung des gesamten Betriebs (going concern) erfolgt, in welchem Fall 100 % des Wertes des Pfandobjektes als Erlös veranschlagt werden (und die Bewertung mit 1 erfolgt), oder ob nur eine Veräusserung der Einzelteile erfolgt (piecemeal), in welchem Fall nur 70 % des Wertes als Erlös veranschlagt werden (und die Bewertung mit 0 erfolgt).²⁹

Der für die Schweiz ermittelte Wert der *recovery rate* beträgt (2020) 46.7, während die 20 bestplatzierten Länder Werte zwischen 64.8 und 92.1 aufwiesen³⁰ und damit substantiell bessere Werte erreichten. Für die Schweiz wurde

¹⁹ Die in der Gesamtbewertung zum Insolvenzrecht zehn bestplatzierten Länder schnitten (2020) zur Verfahrensdauer (Anzahl Jahre) wie folgt ab: Finnland 0.9, USA 1.0, Japan 0.6, Deutschland 1.2, Norwegen 0.9, Dänemark 1.0, Niederlande 1.1, Slowenien 0.8, Belgien 0.9, Puerto Rico 2.5 (Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency> [Abruf 18.9.2021]).

²⁰ Aufgrund der Angaben in jenen Kantonen, welche entsprechend aufgeschlüsselte Daten ausweisen, werden *weniger als 0.5 %* der effektiv durchgeführten Konkursverfahren im *ordentlichen* und alle übrigen im summarischen *Konkursverfahren* durchgeführt (FRANCO LORANDI, Gedanken zur Effektivität unseres Systems zur Vollstreckung von Geldforderungen, AJP 2020, 1396 ff., 1400).

²¹ Dazu, dass die Mehrzahl der eröffneten Konkursverfahren sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt werden, vgl. III.A.

²² Der Bund erhebt dazu keine statistischen Daten.

²³ Die in der Gesamtbewertung zum Insolvenzrecht zehn bestplatzierten Länder schnitten (2020) bei den Verfahrenskosten wie folgt ab: Finnland 3.5%, USA 10%, Japan 4.2 %, Deutschland 8%, Norwegen 1%, Dänemark 4 %, die Niederlande 3.5%, Slowakei 3.57 %, Belgien 4.0 %, Puerto Rico 3.5 % (Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency> [Abruf 18.9.2021]).

²⁴ A.M. HEIKO BERGMANN, Gläubigerschaden aus Zahlungsverzug, St. Gallen 2017, 11f.; MARC SURCHAT, Revision des Konkursrechts als integraler Bestandteil der Wachstumspolitik des Bundesrates, Die Volkswirtschaft 5/2010, 21f.

²⁵ Im *summarischen* Konkursverfahren darf keine ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt werden (anstatt aller KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2014, § 49 N 1, 8; BGE 121 III 142 E. 1a), welche substantiell mehr kostet.

²⁶ Art. 43 ff. GebV SchKG (SR 281.35).

²⁷ Vgl. vor FN 15.

²⁸ Doing Business Report 2019, 118 f., Internet: https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf (Abruf 18.9.2021).

²⁹ Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/doingbusiness> (Abruf 18.9.2021), dort «Historical data – with scores (Excel)» und im Excel unter «Metadata» und dort unter «Outcome».

³⁰ Die in der Gesamtbewertung zum Insolvenzrecht zehn bestplatzierten Länder wiesen (2020) folgende Werte zur *recovery rate* aus: Finnland 88.0, USA 81.0, Japan 92.1, Deutschland 79.8, Norwegen 91.9, Dänemark 88.5, Niederlande 90.1, Slowenien 90.0, Belgien 89.4, Puerto Rico 67.7 (Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency> [Abruf 18.9.2021]).

aufgrund der (gemäss Fallannahme) negativen Gewinnaussichten des Hotelbetriebs über die zukünftigen Jahre eine Reorganisation verneint, so dass eine Liquidation und demzufolge eine Verwertung der Einzelteile und somit nicht eine Betriebsveräusserung unterstellt wird.³¹ Die Schweiz erhält deshalb als Bewertung für einen Betriebsverkauf 0, während 37 der besten 40 Länder mit einer 1 bewertet werden.³²

Als *Fazit* muss das weitgehende Fehlen von Betriebsveräusserungen bzw. die Dominanz der Einzelteilverwertung als wichtiger, wenn nicht sogar als *der wichtigste Faktor* für das äusserst mässige Abschneiden der Schweiz betrachtet werden. Die Doing-Business-Studie zeigt, dass die (gemäss Referenzfall) höchsten *recovery rates* in jenen Ländern erzielt werden, in welchen die Restrukturierung (reorganisation) das weitverbreitetste Insolvenzverfahren ist.^{33; 34}

III. Kurzanalyse und Folgerungen

Diese Kurzanalyse der einzelnen Elemente der Weltbank-Studie zeigt, dass die Schweiz – insbesondere im Vergleich mit anderen westlichen Industrieländern – erstaunlich schlecht abschneidet.³⁵ Natürlich kann man die berücksichtigten Parameter, deren Gewichtung und die Bemessung der Zielerreichung hinterfragen und an der Objektivität der Erhebung Zweifel anbringen, da es jeweils Praktiker des betreffenden Landes sind, welche der Weltbank die Angaben liefern, was eine gewisse Gefahr in sich birgt, das eigene Land in einem besseren Licht erscheinen lassen zu wollen.³⁶

31 Internet: <https://www.doingbusiness.org/en/data/exploreconomies/switzerland#DB.ri> (Abruf 18.9.2021), unter «Details – Resolving Insolvency in Switzerland» und dort unter «Proceeding» und «Outcome».

32 Doing Business Report 2020 (outcome: 0 as piecemeal sale and 1 as going concern), Internet: www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/resolving-insolvency (Abruf 18.9.2021).

33 Doing Business Report 2020, 55, Internet: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf> (Abruf 18.9.2021).

34 Zu den Folgerungen für das schweizerische Insolvenzrecht vgl. III.

35 Über zehn der 12 Themen, zu welchen der Doing Business Report der Weltbank von 2020 Werte ermittelt (der employing workers und der contracting with government index wurden 2020 nicht ermittelt), belegt die Schweiz Rang 36 (von 180 Nationen). In Bezug auf fünf andere Themen schneidet die Schweiz *noch schlechter* ab als hinsichtlich des Insolvenzrechts: Rang 105 protecting minority investors, Rang 81 starting a business, Rang 71 dealing with construction permits, Rang 67 getting credit, Rang 57 enforcing contracts. In anderen Bereichen ist sie *besser platziert*: Rang 13 getting electricity, Rang 18 registering property, Rang 20 paying taxes, Rang 26 trading across borders (FN 9).

36 Eine Gefahr, die jedoch für die Bewertung jedes Landes zutrifft.

A. Konkursverfahren

Nüchtern betrachtet stimmt ein das Ergebnis dieser rechtsvergleichenden «Aussensicht» in erster Linie nachdenklich. Letztlich bestätigt die Studie «nur» von aussen, was schon die «Nabelschau» nahelegt. Unser Konkursrecht weist (in verschiedener Hinsicht) eine beschränkte Effektivität auf. Dies beginnt damit, dass die *Mehrzahl der eröffneten Konkurse (knapp 60 %) gar nicht durchgeführt*, sondern sogleich mangels Aktiven wieder eingestellt werden (Art. 230 SchKG).³⁷ Selbst bei den durchgeführten Konkursverfahren *resultieren in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle (sehr) beschämende Dividenden*, namentlich für die *ungesicherten*, nicht privilegierten *Gläubiger*.³⁸ Für diese muss der Konkurs des Schuldners mit einem Totalausfall der Forderung gleichgesetzt werden.

Betrachtet man die verschiedenen Parameter, welche die Weltbank bei ihrer Analyse berücksichtigt, so zeigt sich, dass für das schlechte Abschneiden der Schweiz im Wesentlichen die signifikant tiefe Deckungsquote der (gesicherten) Gläubiger (recovery rate) verantwortlich ist. Da die Verfahrenskosten nicht übermässig hoch bzw. moderat sind,³⁹ muss der *bei der Zwangsverwertung* der Aktiven erzielte (geringe) *Erlös der Hauptgrund* dafür sein. Dies hängt massgeblich damit zusammen, dass im Konkurs der Geschäftsbetrieb praktisch nie weitergeführt und dann als Ganzer veräussert wird,⁴⁰ weshalb der Erlös der Einzelteile des «toten» Betriebs sehr gering ausfällt.⁴¹ Dieser Umstand ist insofern *systeminhärent*, als der Konkurs (anders als eine Nachlassstundung⁴²) rein faktisch zu einem Betriebsunterbruch bzw. -stopp führt.

Die zu lange Dauer der Insolvenzverfahren schlägt zwar bei der Bewertung (und in der Wahrnehmung der Gläubiger) ebenfalls negativ zu Buche,⁴³ sie hat m.E. aber

37 LORANDI (FN 20), AJP 2020, 1400f.; für das Jahr 2020 betrug die Quote 56.24 % (Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.16564142.html> [Abruf 18.9.2021]).

38 Zu den verschwindend kleinen Dividendenaussichten im Konkursfall vgl. LORANDI (FN 20), AJP 2020, 1400 ff.

39 Vgl. II.B.2.

40 Die Gründe dafür sind insbesondere folgende: Konkursämter sind keine Unternehmer. Sie kennen die konkursiten Betriebe zu «Lebzeiten» denn auch nicht. Verbindlichkeiten aus der Weiterführung des Betriebs nach Konkurseröffnung sind Masseverbindlichkeiten (Art. 262 Abs. 1 SchKG), so dass ein ganz erhebliches Risiko besteht, dass die Weiterführung des offensichtlich unrentablen Betriebs nach Konkurseröffnung zu ungedeckten Masseverbindlichkeiten führt, was letztlich auch die Staatshaftung auslösen kann (Art. 5 SchKG).

41 Vgl. II.B.3.

42 Vgl. dazu III.B.

43 Vgl. II.B.1.; vgl. auch schon SURCHAT (FN 24), Die Volkswirtschaft 5/2010, 21f.

auf die extrem tiefen Konkursdividenden keinen massgeblichen Einfluss.

In Bezug auf die Stärke der Insolvenzrechtsgesetzgebung (*strength of insolvency framework index*) weist die Schweiz sogar einen (sehr) guten Wert auf,⁴⁴ so dass dieser Aspekt massgeblich dazu beigetragen hat, dass die Schweiz im Ranking nicht noch schlechter abschneidet. Ergänzend ist zu erwähnen,⁴⁵ dass die Schweiz in Bezug auf die *Reaktions- und Bearbeitungszeit von Insolvenzeröffnungen durch die Gerichte* im internationalen Vergleich sehr gut abschneidet.⁴⁶

Angesichts des jährlichen Schadens von rund CHF 11 Mia., welcher durch Gläubigerverluste schätzungsweise entsteht, was als volkswirtschaftlich massgeblich bezeichnet werden muss,⁴⁷ führt nichts an der Erkenntnis vorbei, dass *eindeutiger Handlungsbedarf besteht*. Die Bundesverwaltung und der Gesetzgeber sind gut beraten, den Ergebnissen der jährlichen Weltbankstudien Beachtung zu schenken, sich den gesetzgeberischen Nachholbedarf in Bezug auf das Insolvenzrecht einzugestehen und für wirksame Abhilfe zu sorgen. Erstaunlicherweise ist das bis heute aber nicht geschehen und es sind (soweit ersichtlich) auch keine entsprechenden Vorstösse im Parlament erfolgt bzw. gesetzgeberische Schritte erkennbar. Offenbar hat man sich nicht nur in der Praxis, sondern auch auf Seiten des Gesetzgebers an den pitoyablen Zustand gewöhnt (soweit man davon Kenntnis hat).

B. Nachlassverfahren

1. Veräusserung von «lebenden» Betrieben als grosser Vorteil

In Bezug auf das Nachlassverfahren sieht die Situation in verschiedener Hinsicht anders aus. Mit der per 1.1.2014 in Kraft getretenen Revision erweist sich insbesondere die Nachlassstundung als *flexibles Instrument*. Der Geschäftsbetrieb wird weitergeführt. Dies erlaubt es, «lebende» Geschäftsbetriebe oder Betriebsteile als Ganzes zu veräussern. Geschieht dies mit Zustimmung des Nachlassgerichts (Art. 298 Abs. 2 SchKG),⁴⁸ so unterliegt diese Veräusserung auch in einem nachfolgenden Konkurs nicht der pauliani-

schen Anfechtung (Art. 285 Abs. 3 SchKG). Dies sorgt für die erforderliche Rechtssicherheit für den Erwerber, was wiederum positive (bzw. keine negativen) Auswirkungen auf den Preis hat.

Damit werden einerseits überlebensfähige Betriebe oder Betriebsteile am Leben erhalten. Andererseits kann für die Gläubiger ein *bedeutend besseres Ergebnis* (selbst in einem nachfolgenden Konkurs) erzielt werden, und zwar *gleich in mehrerer Hinsicht*: Der Verwertungserlös ist höher. Ein Teil der Arbeitnehmer wird in aller Regel vom Erwerber übernommen, so dass diesbezüglich keine (meist sehr beachtlichen⁴⁹) Erstklassforderungen die spätere Konkursmasse belasten. Häufig wird mit den physischen Betriebsteilen auch ein vorbestehendes Mietsverhältnis übernommen, was wiederum Konkursforderungen (wenn auch nur Drittklassforderungen) vermeidet.

2. Nachlassstundung zu Veräusserungszwecken als eigenständiges Institut

Mit dieser Betrachtungsweise muss bzw. kann man die *Nachlassstundung* als *eigenständiges Institut* verstehen, welches auch «nur» der *raschen, bestmöglichen Verwertung der Aktiven* aus dem laufenden Betrieb dient, *ohne* überhaupt einen Nachlassvertrag zwingend anzustreben. Vielfach ist es sogar vorteilhafter (weil kostengünstiger), unmittelbar nach der erfolgten Veräusserung in den Konkurs zu gehen, als den vom Gesetz vorgezeichneten (alternativen) Weg der Generalexekution über einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zu beschreiten (Art. 317 ff. SchKG).

Damit zeigt sich, dass das schweizerische Recht sehr wohl über die notwendigen gesetzlichen Instrumente verfügt. Dies wird mit der Doing-Business-Studie belegt, da die *Insolvenzgesetzgebung* der Schweiz eine sehr gute Bewertung erhält.⁵⁰ Das Gesagte wird (indirekt) dadurch bestätigt, dass die Dividenden, welche bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung für die Gläubiger erzielt werden, *signifikant höher* sind als die durchschnittliche Konkursdividende.⁵¹

⁴⁴ Vgl. II.A.

⁴⁵ Diese Erhebung erfolgt nicht durch die Weltbank.

⁴⁶ European Judicial Systems, Efficiency and Quality of Justice, CEPEJ Studies No. 26, Ausgabe 2018 (Zahlen von 2016), 259f., Internet: <https://rm.coe.int/rapport-avec-couv-18-09-2018-en/16808def9c> (Abruf 18.9.2021). Im CEPEJ Evaluation Report 2020 (mit den Zahlen für 2018) werden für die Insolvenzfälle keine separaten Daten aufgewiesen.

⁴⁷ LORANDI (FN 20), AJP 2020, 1403 m.w.H.

⁴⁸ Gleiches gilt an sich für die Zustimmung eines Gläubigerausschusses. Es kommt jedoch in der Praxis kaum je vor, dass das Nachlassgericht wäh-

rend der provisorischen Nachlassstundung einen Gläubigerausschuss einsetzt (Art. 295a SchKG).

⁴⁹ Die privilegierten Lohnforderungen beschlagen nicht nur die Dauer der letzten sechs Monate vor dem Konkurs (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG), sondern auch die Zeit nach dem Konkurs bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin (bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen) bzw. bis zum Ende der festen Vertragsdauer (bei befristeten Arbeitsverhältnissen; Art. 211a Abs. 1 SchKG).

⁵⁰ Vgl. II.A.

⁵¹ LORANDI (FN 20), AJP 2020, 1402, 1422.

3. Von der Krux der geringen praktischen Anwendung der Nachlassstundung zum kollektiven Umdenken

Das Problem ist nicht bei der Gesetzgebung, sondern bei der *tatsächlichen Anwendung* bzw. Nichtanwendung des Nachlassverfahrens zu verorten. Jährlich werden ca. 7500 bis 8000 Konkursverfahren⁵² über juristische Personen eröffnet.⁵³ Bei knapp 60% eingestellten (d.h. nicht durchgeführten) Verfahren⁵⁴ bleiben ca. 3100 Konkursverfahren über juristische Personen, welche jährlich durchgeführt werden. Dem stehen für die Zeit zwischen 2010 und 2020 rund 70 bis 170 Nachlassverfahren pro Jahr gegenüber.⁵⁵ Wird von rund 80 Nachlassverfahren über juristische Personen ausgegangen, so entspricht dies rund 1 % der eröffneten bzw. rund 2.4 % der durchgeführten Insolvenzverfahren.⁵⁶ Dies bedeutet, dass zurzeit *nur ganz wenige, aber grosse und ganz grosse Insolvenzen* über das Nachlassvertragsrecht abgewickelt werden (nota bene meist mit Abschluss eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung⁵⁷).

Diese Zahlen verdeutlichen, dass eine signifikante Anwendung der Nachlassstundung über juristische Personen fehlt. Je häufiger der Weg in die Nachlassstundung – und sei es einzig zum Zweck der Betriebsveräusserung⁵⁸ – eingeschlagen wird, desto mehr wird er als «gewöhnlich» wahrgenommen. Damit der Weg der Nachlassstundung viel häufiger beschränkt wird, muss ein *Umdenken in den Köpfen der Akteure* stattfinden. Der Unternehmer (bzw. der zum Handeln verpflichtete Verwaltungsrat) muss kein Insolvenzexperte sein; bei ihm ist kein Umdenken notwendig.

Dieses Umdenken muss *bei den Fachleuten* stattfinden: bei den Treuhändern (welche die Buchhaltung und den Jahresabschluss erstellen), bei den Revisionsstellen (welche eine dem Verwaltungsrat nachgelagerte Pflicht trifft, bei Überschuldung dem Konkursgericht Anzeige zu erstatten; Art. 728c Abs. 3, Art. 729c OR), bei den Anwälten (welche beigezogen werden) und bei den Nachlassgerichten (welche über Nachlassstundungen zu befinden haben). Sie alle können und sollen einen Beitrag zu einem *kollektiven Umdenken* leisten.

Von ausländischen Insolvenzexperten aus Ländern mit grösserer und längerer Restrukturierungspraxis und -akzeptanz hört man gelegentlich den Hinweis, bei uns würde das Sanierungsrecht schon im falschen Gesetz, näm-

Offenbar hat man sich nicht nur in der Praxis, sondern auch auf Seiten des Gesetzgebers an den pitoyablen Zustand gewöhnt.

lich im Insolvenz- (SchKG), anstatt im Gesellschaftsrecht (OR) stehen. Auch wenn man das SchKG für das richtige Gesetz hält, so ist diese *psychologische Komponente* nicht von der Hand zu weisen. «Was der Bauer nicht kennt, frisst er nicht», gilt auch für den Verwaltungsrat in Bezug auf das Nachlassverfahren.

In *psychologischer Hinsicht* kann jedoch helfen, dass im verabschiedeten Aktienrecht⁵⁹ neu zwei «Wegweiser» auf das Nachlassverfahren stehen werden. Zum einen gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates nicht nur die Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung, sondern neu auch die Einreichung eines Gesuchs um Nachlassstundung (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 revOR). Zum anderen sieht Art. 725 Abs. 2 revOR bei drohender Zahlungsunfähigkeit vor, dass der Verwaltungsrat nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung einreicht.

Diese beiden «Wegweiser» im Gesellschaftsrecht auf die Nachlassstundungsgesuche⁶⁰ können und werden hoffentlich einen nützlichen Beitrag leisten, damit dieser Weg *de facto häufiger und auch früher* beschränkt wird.⁶¹ Damit kann die Nachlassstundung die ihr im Rahmen der Aktien-

52 Einschliesslich solcher zufolge von Organisationsmängeln, da in diesen Fällen ebenfalls ein ganz normales Konkursverfahren durchgeführt wird (Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR).

53 Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industriedienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.assetdetail.16564141.html>, Excel, dort unter «Konkurse über im Handelsregister eingetragene Personen» (Abruf 18.9.2021).

54 Vgl. III.A.; die Zahlen des Bundesamtes für Statistik (BFS) weisen die Einstellungen mangels Aktiven nur insgesamt und nicht separat für Konkurse über juristische Personen aus.

55 Für die Jahre 2010 bis 2017 schätzte die KPMG die Anzahl der Verfahren aufgrund der von den Nachlassgerichten erhaltenen Daten auf zwischen 90 bis 170 (Entwicklung der Nachlassstundungen unter dem neuen Sanierungsrecht, Ausgabe 2018, 2f., Internet: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ch/pdf/entwicklung-der-nachlassstundungen-2018.pdf> [Abruf 18.9.2021]); vgl. auch ALESSANDRO FARSACI, Entwicklung der Nachlassstundungen in der Schweiz, Jusletter vom 26.8.2019. ALESSANDRO FARSACI/TOBIA FRITSCH, Schweizer Nachlassverfahren: Quo Vadis?, ZZZ 2021, 533ff., 536, gehen aufgrund der von 85% der angefragten Nachlassgerichte erhaltenen Daten für 2019 und 2020 von jährlich rund 70 Verfahren aus (für 2020 inkl. Covid-19-Stundungen).

56 Diese annäherungsweise Schätzungen dürften tendenziell eher etwas zu hoch liegen.

57 FARSACI/FRITSCH (FN 55), ZZZ 2021, 636f.

58 Vgl. III.B.2.

59 Nach Information des Bundesamtes für Justiz (BJ) ist bis Ende 2021 mit einem Entscheid des Bundesrates über das Datum des Inkrafttretens zu rechnen, welches für Anfang 2023 erwartet wird.

60 Der *Konkursaufschub* (Art. 725a OR) wird mit Inkrafttreten des revidierten Aktienrechts (vgl. FN 59) aufgehoben.

61 Botschaft vom 23. November 2016 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 399ff. (zit. Botschaft Änderung Aktienrecht), 402, 462.

rechtsrevision angedachte Funktion als Sanierungsinstrument⁶² auch effektiv erfüllen.

Da es diesbezüglich vorrangig um psychologische Aspekte geht, gilt das Gesagte unbeschrieben dessen, dass die beiden ausdrücklichen gesetzlichen Hinweise nur deklaratorische Wirkung haben, was bereits der heutigen Rechtslage entspricht, dass der Verwaltungsrat seinen gesetzlichen Pflichten nachkommt, wenn er – anstatt den Konkursrichter zu benachrichtigen – ein Gesuch um Nachlassstundung stellt.⁶³

4. Positive Wirkungen eines funktionierenden Sanierungsregimes

Der Umstand, dass der beschriebene, pitoyable Zustand für die Gläubiger in der Generalexekution schon (viel zu) lange andauert und sich sowohl die Vollstreckungsbehörden als auch die Gläubiger in einem gewissen Sinne an die eklatant

schlechten Dividendenzahlungen gewöhnt zu haben scheinen, ist wahrlich kein Grund, Verbesserungen der heutigen Situation auf die lange Bank zu schieben oder gar die Hände in den Schoss zu legen.

Von einer Verbesserung des Insolvenzrechts sind auch in wirtschaftlicher Hinsicht Vorteile zu erwarten. So weist der Doing Business Report 2000 auf eine *interessan-*

Damit der Weg der Nachlassstundung viel häufiger beschritten wird, muss ein Umdenken in den Köpfen der Akteure stattfinden.

te volkswirtschaftliche Korrelation hin: Jene Länder, welche über ein einfach zugängliches Restrukturierungsverfahren verfügen, weisen *höhere Investitionen des privaten Sektors* auf, während Volkswirtschaften ohne Restrukturierungsverfahren tiefere oder im Zeitablauf sogar abnehmende Inlandinvestitionen ausweisen.⁶⁴

Damit kommt in einer freien Marktwirtschaft einem funktionierenden und effektiven Vollstreckungssystem ein grosser Stellenwert zu. Diesen Nachholbedarf gilt es jetzt an die Hand zu nehmen.

⁶² Botschaft Änderung Aktienrecht (FN 61), 465, 569.

⁶³ Siehe die *Lehre* (ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 5. Teil Aktienrecht, Teilband 5b, 2. A., Zürich 1997, Art. 725 OR N 1261, 1269; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 40b, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016; DANIEL HUNKELER, in: Daniel Hunkeler [Hrsg.], Kurzkomentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. A., Basel 2014, Art. 293 N 32; ADRIAN PLÜSS/DOMINIQUE FACINACI-KUNZ, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2016, Art. 725a OR N 22; GEORG KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. A., Bern 2005, N 2213a) und (ältere) *Rechtsprechung* (BGE 62 III 22, 25).

⁶⁴ Doing Business Report 2020, 55, Internet: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf> (Abruf 18.9.2021).

Anzeige

Unsere Zeitschriften im Überblick



www.dike.ch/Zeitschriften

DIKE 