

Kommentar zu: Urteil: [5A_827/2019](#) vom 18. März 2021, publiziert als [BGE 147 III 226](#)
Sachgebiet: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: SchKG

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Mehr Rechtssicherheit bei Ermächtigungen in der Nachlassstundung

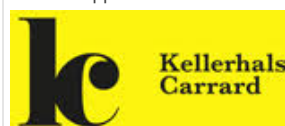
Autor / Autorin

Christoph Zaugg, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Lukas Bopp



Mit Urteil 5A_827/2019 vom 18. März 2021 (teilweise veröffentlicht in BGE 147 III 226) bestätigte das Bundesgericht u.a., dass (i) die Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung nicht anfechtbar ist und (ii) ein Gläubiger keine Beschwerdemöglichkeit gegen Ermächtigungsentscheide des Nachlassgerichts hat. Vorliegend waren auch keine Nichtigkeitsgründe gegeben, weswegen die Beschwerde abgewiesen wurde. Dieser Entscheid ist begrüssenswert, da er zu mehr Rechtssicherheit führt, wenn ein Schuldner in der Nachlassstundung Geschäfte vornehmen will, welche die Ermächtigung des Nachlassgerichts erfordern (Art. 298 Abs. 2 SchKG), wie dies bei sogenannten Pre-Pack Sanierungen der Fall ist.

Sachverhalt

[1] Am 13. Dezember 2018 bewilligte das Nachlassgericht (Regionalgericht Bern-Mittelland) die provisorische Nachlassstundung, ohne öffentliche Bekanntgabe, für zwei Monate über die B AG und setzte C als provisorischen Sachwalter ein. Am 19. Dezember 2018 beantragte der Sachwalter beim Nachlassgericht, die B AG zu ermächtigen, (i) die Aktien ihrer am 7. Dezember 2018 gegründeten Tochtergesellschaft (Auffanggesellschaft) zu verkaufen und (ii) den laufenden Betrieb (bestimmte Aktiven und Passiven) auf diese Tochtergesellschaft zu übertragen. Er erläuterte das «bereits weit ausgereifte Sanierungskonzept» zur Veräusserung des laufenden Betriebs. Gleichentags folgte das Nachlassgericht dem Ersuchen des Sachwalters. Es ermächtigte die B AG (i) die Aktien dieser Tochtergesellschaft zum Preis von CHF 1.3 Mio. zu veräussern und (ii) den laufenden Betrieb auf die Tochtergesellschaft zu übertragen (nachfolgend zusammen: «Verkauf»). Am 29. Januar 2019 verlängerte das Nachlassgericht die provisorische Nachlassstundung. Mit Entscheid vom 2. April 2019 gewährte das Nachlassgericht die definitive Nachlassstundung gemäss dem Antrag des Sachwalters (Sachverhalt Teil A).

[2] Daraufhin erhob die A AG als Gläubigerin der B AG Beschwerde beim Obergericht. Im Wesentlichen verlangte die A AG die Feststellung der Nichtigkeit der Verfügungen des Nachlassgerichts über die definitive und provisorische Nachlassstundung sowie über die Ermächtigung zum Verkauf. Am 16. September 2019 hiess das Obergericht die Beschwerde teilweise gut, hob den Entscheid über die definitive Nachlassstundung auf und eröffnete mit Wirkung auf den 16. September 2019 den Konkurs über die B AG. Gegen diesen Entscheid führte die A AG Beschwerde vor Bundesgericht. Die A AG verlangte, dass der Konkurs bereits per 13. Dezember 2018

(Entscheid über Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung) zu eröffnen war und die Feststellung der Nichtigkeit zur Ermächtigung zum Verkauf (Sachverhalt Teile B – C).

Erwägungen

[3] Das Bundesgericht beschäftigte sich in E. 3 zuerst mit der Frage, ob das Obergericht die Nichtigkeit des Entscheides des Nachlassgerichts über die provisorische Nachlassstundung verkannt habe. Nach Ansicht der A AG hätte der Konkurs per 13. Dezember 2018 eröffnet werden sollen. Das Bundesgericht erwog, dass ein Nachlassgericht die provisorische Nachlassstundung auf Gesuch einer Schuldnerin hin zu eröffnen habe, sofern nicht offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder auf Bestätigung eines Nachlassvertrages bestehe (Art. 293a Abs. 3 [SchKG](#)). Damit seien diese Voraussetzungen für die provisorische Nachlassstundung tiefer als diejenigen für die Definitive (Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrages, Art. 294 Abs. 1 und 2 SchKG). Folglich könne die A AG aus dem Umstand, dass das Obergericht die definitive Nachlassstundung nicht bestätigte, sondern den Konkurs eröffnete, nicht ableiten, dass der Entscheid über die provisorische Nachlassstundung nichtig sei. Zudem sei die Bewilligung einer provisorischen Nachlassstundung nicht anfechtbar (Art. 293d SchKG, E. 3.1).

[4] Dennoch könne ein solcher Entscheid mit Nichtigkeitsmängeln behaftet sein. Inhaltliche Mängel würden jedoch nur selten zur Nichtigkeit führen. Eher fielen krasse Verfahrensmängel oder Unzuständigkeiten in Betracht. Auch da das Nachlassgericht mit der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung einen Ermessensentscheid gefällt habe, würden die Umstände, dass das Nachlassgericht einer Forderung etwas genauer hätte auf den Grund gehen sollen, nicht zur Nichtigkeit des Entscheides über die provisorische Nachlassstundung führen. Weiter sei es im Ermessen des Nachlassgerichts gewesen, zu entscheiden, ob die A AG als Gläubigerin für den Entscheid über die provisorische Nachlassstundung angehört oder auf diese Anhörung verzichtet werden sollte. Deswegen sei im obergerichtlichen Entscheid kein Nichtigkeitsgrund zu sehen (E. 3.1).

[5] Das Obergericht habe die Konkurseröffnung mit Wirkung *ex nunc*, zum Zeitpunkt seines Entscheides, vorgenommen. Nach Ansicht des Bundesgerichts sei diese Auslegung korrekt. Denn Art. 295c Abs. 2 SchKG sehe keine aufschiebende Wirkung für eine Beschwerde gegen einen Entscheid über eine definitive Nachlassstundung vor und ein Entscheid über die provisorische Nachlassstundung sei nicht anfechtbar (Art. 293d SchKG). Zudem sei eine andere Regelung nicht praktikabel. Deswegen wirke die Aufhebung der Nachlassstundung nicht nur bei Gelingen der Sanierung, sondern auch bei Eröffnung des Konkurses *ex nunc* (E. 3.2).

[6] In E. 4 lehnte das Bundesgericht die Kritik der A AG am Ermächtigungsentscheid zum Verkauf ab. Die A AG habe gerügt, dass das Obergericht diesen Ermächtigungsentscheid nur auf Nichtigkeit geprüft habe und dabei die Beschwerde der A AG ausser Acht gelassen habe. Das Bundesgericht stellte sich die Frage, ob die A AG als Gläubigerin überhaupt (ZPO-)Beschwerde gegen einen solchen Ermächtigungsentscheid führen könne. Die kantonale Rechtsprechung verneine diese Frage (E. 4.1, 4.2).

[7] Ein Ermächtigungsentscheid unterliege grundsätzlich der Beschwerde nach Art. 319 [ZPO](#). Für eine solche Beschwerde sei notwendig, dass der Beschwerdeführer beschwert, d.h. unmittelbar betroffen, sei. Die gerichtliche Zustimmung, welche Gegenstand des Ermächtigungsentscheides bilde, beziehe sich auf Rechtshandlungen des Schuldners. Für Gläubiger wirke sich dieser nur (mittelbar) auf den Deckungsgrad ihrer Forderungen aus. Deswegen und mit Blick auf den Zweck der Nachlassstundung (Sanierungsmöglichkeit für den Schuldner ohne Angriffe von Gläubigern) lehne die Literatur die Beschwerdelegitimation von Gläubigern gegen gutgeheissene Ermächtigungsentscheide ab. Weiter bestehe für einen Gläubiger beim Verkauf von Anlagevermögen weder eine Anhörungspflicht noch ein Recht zur Anhörung, zur Mitwirkung oder zum Höhergebot. Auch sei ein Gläubiger zum Antrag auf Veräusserung nicht berechtigt, schliesslich könne der Schuldner grundsätzlich weiter über sein Vermögen verfügen. Deswegen sei der Lehre und kantonalen Rechtsprechung zu folgen und eine Beschwerdemöglichkeit für einen Gläubiger gegen einen Ermächtigungsentscheid abzulehnen (E. 4.3).

[8] Weiter sei die Nichtigkeit des Ermächtigungsentscheides zu prüfen. Nur falls keine Nichtigkeit vorliege, sei auch die paulianische Anfechtungsklage, welche die A AG erheben wolle, für den vom Nachlassgericht genehmigten Verkauf ausgeschlossen (Art. 285 Abs. 3 SchKG). Von Nichtigkeit könne auch hier keine Rede sein.

Denn der Sachwalter habe erläutert, dass zeitliche Dringlichkeit vorliege (befristetes Angebot, drohender Vertrauensverlust bei verspäteter Lohnzahlung, etc.), weswegen die Rüge der A AG, das Nachlassgericht habe sich innert Wochenfrist kein genügend fundiertes Bild über das zu genehmigende Geschäft machen können, ins Leere gehe. Weiter habe der Sachwalter aufgezeigt, dass der B AG CHF 1.3 Mio. in cash zuflüsse, was dem höchstangebotenen Preis in einem durch einen Spezialisten durchgeführten Bieterverfahren entspreche. Damit sei eine Dividende für die Nachlassgläubiger möglich, was bei einem unmittelbaren Konkurs ausgeschlossen sei. Zudem sei die von der A AG gerügte Nähe der Erwerberin nicht zu berücksichtigen. Deswegen liege keine Nichtigkeit vor (E. 4.4, 4.5).

[9] Die Beschwerde der A AG sei folglich abzuweisen.

Kurzkomentar

[10] In der Literatur wird der vorliegende Entscheid unter dem Title «Pre-Pack» («pre-packed administrations») besprochen.^[1] Bei einem Pre-Pack bereitet der Schuldner die Sanierung vorerst ohne Involvierung des Nachlassgerichts und gegebenenfalls sogar vor der Gewährung der provisorischen Nachlassstundung vor. Für die Umsetzung der Sanierung lässt sich der Schuldner vom Nachlassgericht zur Vornahme der Vollzugshandlungen gerichtlich ermächtigen (Art. 298 Abs. 2 SchKG). Dabei wird häufig die Struktur wie hier bei der B AG gewählt, dass die Schuldnerin (i) eine Tochtergesellschaft als Auffanggesellschaft gründet, (ii) den überlebensfähigen Betrieb in diese Tochtergesellschaft ausgliedert und (iii) danach die Tochtergesellschaft verkauft. Dabei wird (ii) und (iii) durch das Nachlassgericht i.S.v. Art. 298 Abs. 2 SchKG genehmigt. Gegenüber einem herkömmlichen Verkauf ausserhalb der Nachlassstundung hat ein Pre-Pack u.a. die Vorteile, dass paulianische Anfechtungsklagen ausgeschlossen sind (Art. 285 Abs. 3 SchKG), der Erwerber keine Solidarhaftung für Arbeitnehmerforderungen trägt (Art. 333b OR) und der Erwerber Arbeitnehmer nur dann übernimmt, wenn dies so vereinbart ist (Art. 333b OR).^[2]

[11] Dieser Entscheid ist wichtig für die Praxis von Pre-Packs. Denn durch die Klarstellung, dass Gläubigern kein Mitspracherecht bei der Ermächtigung zur Veräusserung von Anlagevermögen (Art. 298 Abs. 2 SchKG) zukommt, besteht nach der Ermächtigung kein Risiko einer Anfechtung (Nichtigkeit vorbehalten). Dies gilt nicht nur für die öffentlich bekannt gemachte Nachlassstundung, sondern auch für diejenige ohne öffentliche Bekanntmachung (stille Stundung). Weiter führt diese Praxis dazu, dass der Betrieb eher reibungslos weitergeführt werden kann und dabei Schäden vermieden werden, da die verschiedenen Anspruchsgruppen den Ermächtigungsbeschluss nicht umstossen können.^[3]

[12] Für einen Gläubiger bleibt in einem Fall wie dem hier besprochenen einzig die Rüge der Nichtigkeit, welche bekanntermassen nur in seltenen Fällen zum Erfolg führt. Schliesslich erfordert die Nichtigkeit eines Entscheides (i) einen ihm anhaftenden, besonders schweren Mangel, (ii) der offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und (iii) die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet (E. 3.1.2). Wie MARCO ROSTETTER jedoch überzeugend darlegt, berücksichtigt die Praxis gemäss diesem Entscheid auch die Interessen der Gläubiger hinreichend.^[4] Die Nachlassstundung erlaubt den Verkauf des laufenden Betriebs im Rahmen einer geordneten Liquidation. Auch aufgrund des geltenden Untersuchungsgrundsatzes hat das Nachlassgericht die Mittel, um das vorgelegte Sanierungskonzept und die Veräusserung zu überprüfen. Dabei achten die Nachlassgerichte regelmässig darauf, dass der Ermächtigungsentscheid zu einem höheren Erlös führen wird, als dies in einem Konkurs der Fall wäre. Weiter indiziert ein Höchstgebot aus einem gut durchgeführten, privaten Bieterverfahren, dass der Kaufpreis angemessen sein könnte. Zudem haben die Nachlassgerichte bei Hinweisen auf Missbrauch oder bei Auftreten von der Schuldnerin nahestehenden Personen auf Erwerberseite genauer hinzuschauen.^[5]

[13] Die Vorteile dieser vom Bundesgericht bestätigten Praxis überwiegen deswegen auch u.E. die möglichen Nachteile, welche die Ausschliessung der Beschwerdemöglichkeit gegen Ermächtigungsentscheide durch Gläubiger mit sich bringt. Auch aufgrund der *collective action problems* der Gläubigergesamtheit, der Partikularinteressen der einzelnen Gläubiger und des immanenten Zeitdrucks bei Sanierungen, scheint uns diese bestätigte Praxis aus Sicht der Gläubiger grundsätzlich begrüssenswert.

M.A. HSG in Law and Economics, CHRISTOPH ZAUGG, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] MARCO ROSTETTER, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts [5A_827/2019](#) vom 18. März 2021, GesKR 2021, S. 285 ff., S. 288; DANIEL HUNKELER/GEORG J. WOHL/ZENO SCHÖNMANN, Nachlassstundung: Keine Beschwerdelegitimation für Gläubiger bei Unternehmensverkäufen, in: Jusletter 31. Mai 2021, Rz. 1 ff.

[2] Vgl. ROSTETTER (Nr. 1), S. 288.

[3] So auch HUNKELER/WOHL/SCHÖNMANN (Nr. 1), Rz. 31 ff.

[4] ROSTETTER (Nr. 1), S. 290 ff.

[5] Vgl. zu alledem eingehend ROSTETTER (Nr. 1), S. 290 ff.

Zitiervorschlag: Christoph Zaugg / Markus Vischer, Mehr Rechtssicherheit bei Ermächtigungen in der Nachlassstundung, in: dRSK, publiziert am 23. September 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch