

Andreas Feuz

Im Börsenbereich ist die SchKG-Revision nur zum Teil gelungen

Cherry-Picking

Das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung nach Art. 211 SchKG vor und nach der Revision 1997

Der revidierte Artikel 211 SchKG soll das sog. cherry-picking bei Fixgeschäften und den bekannten und geläufigen derivativen Finanzgeschäften verhindern und das Netting bei diesen Geschäften ermöglichen. Die Regelung ist systematisch inkonsequent und wurde von der Praxis zum Teil bereits überholt. Ungeklärt ist nach wie vor das Schicksal der sogenannten Vertragsbeendigungsklauseln.

Der Konkurs, die Totalliquidation des Schuldnervermögens zur möglichst gleichmässigen Gläubigerbefriedigung verlangt aus verfahrensökonomischen und praktischen Gründen die unmittelbare Gegenüberstellbarkeit der Forderungen und Guthaben. Das Vermögen des Schuldners haftet allen Gläubigern und es muss vermieden werden, dass einzelne übergegangen werden und das ihnen verhaftete Vermögen einseitig verteilt wird.

Das SchKG regelt vorwiegend formelle Belange. Dementsprechend enthält es eine Reihe von verfahrensrechtlichen Regeln über die Zulassung und Anpassung mancher Gläubigerrechte an die besondere Lage des Konkurses (Fälligkeit, Beendigung des Zinsenlaufs, Behandlung bedingter Forderungen etc. bis hin zur Behandlung von konkursiten Kollektivgesellschaftern)¹.

Diese Regeln werden durch das materielle Recht ergänzt. Um dieses Zusammenspiel von formellem und materiellem Recht geht es auch im unten näher zu betrachtenden Art. 211 SchKG.

Grundsatz: Alles wird zum Geldanspruch

Vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Gemeinschuldner, die von Beginn weg nicht auf eine Geldleistung gerichtet sind,

können im Konkurs nur berücksichtigt werden, wenn es möglich ist, sie in eine Geldleistung umzuwandeln. Man spricht auch vom sogenannten Versilberungsprinzip. Massgebend für die Umwandlung ex lege ist das Erfüllungsinteresse des Gläubigers, sein positives Vertragsinteresse².

Die vom Gemeinschuldner vor der Konkursöffnung abgeschlossenen Verträge bleiben prinzipiell gültig, sofern sie nicht kraft gesetzlicher Sonderregel dahinfallen. Folgende Verträge werden nach den Regeln des materiellen Rechts von Gesetzes wegen aufgelöst:

- Die Pacht; der Vertrag endet mit dem Konkurs des Pächters, ausser bei hin-

reichender Sicherstellung bis zum Ende des Pachtjahres³;

- Der Auftrag endet mit dem Konkurs des Auftraggebers oder des Beauftragten⁴;
- Die einfache Gesellschaft endet mit dem Konkurs eines Gesellschafters⁵;
- Der Leibrentenvertrag endet mit dem Konkurs des Schuldners und die Restforderung wird in eine Kapitalforderung umgewandelt^{6,7}.

Bei zweiseitigen Verträgen, für welche keine der spezial-materiellrechtlichen Regeln anwendbar sind, gibt Art. 211 Abs. 2 SchKG der Konkursverwaltung das Recht zu wählen, ob sie die vorbeschriebene Umwandlung in eine Geldforderung gemäss Abs. 1 hinnehmen will oder ob sie die Verpflichtung des Gemeinschuldners realiter erfüllen will⁸.

Obschon kein eigentlicher Subjektwechsel stattfindet, spricht man von einem Eintrittsrecht der Konkursverwaltung. Zu



Andreas Feuz
Fürsprecher, Mitglied der
Geschäftsleitung Transliq AG, Bern

¹ Vgl. Art. 208 bis 218 SchKG

² vgl. Ammon Kurt, Grundriss des SchKG, 5. Auflage, Bern 1993, §42, RN 26 mit Hinweis auf BGE 48 III 158

³ Art. 297 Abs. 1 OR

⁴ Art. 405 OR

⁵ Art. 545 Ziff. 3 OR

⁶ Art. 518, 529 OR

⁷ Für weitere Beispiele vgl. Fritzsche/Walder, SchKG nach schweizerischem Recht, Zürich 1993, FN 32 in § 42

⁸ BGE 107 III 109

beachten ist, dass allein die Konkursverwaltung das Recht hat auszuwählen, ob sie die Umwandlung hinnehmen oder die Verpflichtung realiter erfüllen will. Dieser Ermessensentscheid kann vom Vertragspartner nicht angefochten werden.

Immerhin wird der Vertragspartner bei Realerfüllung zum Gläubiger der Konkursmasse, aus deren Vermögen er vorweg befriedigt werden muss (bei der Verpflichtung handelt es sich um eine sog. Massaschuld)⁹.

Sonderbehandlung für gewisse Börsengeschäfte

Die Revisionslösung zum aufgeworfenen Fragenkomplex ist verhältnismässig bescheiden ausgefallen. Sie erschöpft sich in der Neuschaffung des Art. 211 Abs. 2bis, wonach das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung bei Fixgeschäften, Finanztermin-, Swap- und Optionsgeschäften ausgeschlossen ist, sofern der Wert der ausstehenden vertraglichen Leistung aufgrund eines Markt- oder Börsenpreises ermittelt werden kann.

Von der neuen Regelung erfasst sind neben den Fixgeschäften die sogenannt derivativen Finanzinstrumente, wenigstens die meisten heute bekannten Varianten. Zu kritisieren ist einerseits, dass die Aufzählung im innovativen, sich laufend wandelnden Bereich anscheinend abschliessend ist und auf der anderen Seite die mangelnde Durchsetzbarkeit der Regelung in der Praxis. Die sofortige Bekanntmachung eines Konkurses wird damit noch wichtiger, als sie es heute schon ist. Die verspätete Abrechnung der derivativen Finanztransaktionen wegen verspäteter Publikation kann hohe Verluste zur Folge haben, welche unter Umständen die Staatshaftung strapazieren könnten. Eine rückwirkende Abrechnung ist zwar möglich, nicht aber die rückwirkende Abwicklung/Glattstellung der offenen Positionen.

Positiv zu vermerken ist, dass das bereits erwähnte «cherry-picking» bei den «Derivativen» ausgeschlossen und das Netting damit ermöglicht wird. Zu begrüssen ist auch die gesetzliche Festlegung der Berechnungsmethode für den Schadenersatz mittels der Differenzmethode. Mit Staehelin¹¹ ist aber einig zu gehen, dass diese Sonderregelung für die Derivatgeschäfte nicht unproblematisch ist, wenn man bedenkt, dass Gläubiger in gleicher Interessenlage mit ebenso marktmässiger Bestimmbarkeit

⁹ BGE 110 III 86

¹⁰ 115 III 67 spricht sich implizit für dividendenmässige Erfüllung aus, kein positives Vertragsinteresse

¹¹ Staehelin, Vertragsbeendigungsklauseln in SZW 2/96, S. 65

Beispiel 1:

Abzahlungskaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt

Bei Konkurseröffnung findet die Konkursverwaltung einen Abzahlungskaufvertrag vor, bei welchem noch zwei Raten zu CHF 5'000.– bezahlt werden müssen und die mit Eigentumsvorbehalt belastete Maschine ins freie Eigentum der Konkursmasse fällt. Die Konkursverwaltung rechnet damit, die Maschine für CHF 60'000.– verkaufen zu können. Bei Nichtbezahlung der Raten würden der Konkursverwaltung nach Vertrag CHF 12'500.– zufließen und die Maschine bliebe im Eigentum des Verkäufers, welcher sie aufgrund des Eigentumsvorbehaltes behändigen könnte.

Bei Nichteintritt in den Vertrag würde die Konkursmasse somit schlechter fahren als bei Realerfüllung, weshalb sie die Realerfüllung wählen wird.

Beispiel 2:

Der Gemeinschuldner ist vor zwei Jahren eine Kaufverpflichtung für eine Liegenschaft eingegangen, welche im Januar 1997 eingelöst werden muss. Der Kaufpreis ist bei Vertragsabschluss mit 2,0 Mio. CHF vereinbart worden, heute würde für die Liegenschaft noch 1,2 Mio. CHF gelöst.

Diese für sie negative Vertragsverpflichtung wird die Konkursverwaltung nicht erfüllen. Sie ist dazu berechtigt. Unbestritten ist, dass die Forderung des Vertragspartners nicht zur Massaverpflichtung wird. Umstritten ist die Berechnung des Schadenersatzanspruchs (positives oder negatives Erfüllungsinteresse – Anwendung der Austauschtheorie oder der Differenztheorie)¹⁰.

Kirschenpicken der Konkursverwaltung

Selbst wenn für die Konkursverwaltung positive und negative Verträge mit demselben Vertragspartner vorliegen, kann sie die positiven real erfüllen und die anderen dividendenmässig. Dieses sog. cherry-picking soll für bestimmte Geschäfte im neuen Recht ausgeschlossen werden. Die Revision des Art. 211 und des Eintrittsrechts der Konkursverwaltung hat sich aus folgenden Gründen aufgedrängt, wobei die Unzulänglichkeiten nicht restlos beseitigt wurden:

- fehlende Klarheit über die Ausübung des Eintrittsrechts durch die Konkursverwaltung.
- Die solvente Vertragspartei war längere Zeit im Ungewissen, ob die Konkurs-

verwaltung in den noch nicht erfüllten Vertrag eintreten würde. Es bestand die Möglichkeit, Sicherstellung zu verlangen und bei Verweigerung vom Vertrag zurückzutreten. Es ist aber bestritten, ob und wie weit die Konkursverwaltung damit in Zugzwang versetzt werden konnte;

- unklares Verhältnis zwischen Art. 83 OR und Art. 211 Abs. 2 SchKG,
- obenbeschriebene Unklarheit betreffend Berechnung des Schadenersatzes,
- Unklarheit über die Zulässigkeit von vertraglichen Regeln über das Schicksal von Verträgen, der sogenannten Vertragsbeendigungsklauseln/Ausschluss des Eintrittsrechtes der Konkursverwaltung.

des Wertes der vertraglichen Leistung nicht gleich behandelt werden. Der im Konkursrecht sonst weitgehend geltende Gleichbehandlungsgrundsatz wird damit strapaziert.

Unverändert unklar ist die Rechtslage bei den sogenannten Vertragsbeendigungsklauseln, welche für Derivatgeschäfte nun explizit möglich sind. Verbreitet sind und waren lange vor der Revision die automatischen Vertragsauflösungsklauseln oder das ausserordentliche Kündigungsrecht der Rahmenvereinbarungen, die den allermeisten

Derivatgeschäften zugrunde liegen. Aus dem neuen Art. 211 Abs. 2bis SchKG und dessen Entstehungsgeschichte kann nun aber nicht geschlossen werden, dass ausserhalb der besagten derivativen Finanzinstrumente Vertragsbeendigungsklauseln wirkungslos wären. Grundsätzlich hat m.E. die Konkursverwaltung den Vertrag so gegen sich gelten zu lassen, wie er abgeschlossen worden ist, es sei denn, er sei bewusst gläubigerbevorzugend und missbräuchlich geschlossen worden¹².

Abschliessend bleibt festzuhalten, dass

für gewisse Bedürfnisse der Finanzwelt eine klare Lösung im Konkursrecht gefunden werden konnte, wobei die Regelung einerseits durch die Praxis überholt wird, teilweise ja bereits überholt worden ist. Zudem wird in Art. 211 eine weitere systemwidrige materielle Regelung des Privatrechtes vorweggenommen.

¹² vgl. zu Vertragsbeendigungsklauseln insbesondere Zobl/Werlen, Rechtsprobleme des bilateralen Netting, Zürich 1994, zitiert bei Staehelin, op.cit., S. 65, FN 28.