

Sanierung mittels Nachlassverfahren – gerichtlicher oder aussergerichtlicher Nachlassvertrag?



Andreas Feuz, Försprecher, Bern¹

Grundlagen des Sanierungsrechtes

Mit der Sanierung wird die Gesundung und Heilung Not leidender Gesellschaften im Hinblick auf die Weiterführung bezweckt². Die Sanierung stellt in diesem Kontext die Alternative zur Liquidation dar. Wirtschaftlich betrachtet, sind unter Sanierung alle organisatorischen und finanziellen Massnahmen zu verste-

Zusammenfassung

Eine Sanierung ist in den meisten Fällen ein betriebswirtschaftlich und juristisch aber auch menschlich-psychologisch schwieriges Unterfangen, zu dem man sich erfahrungsgemäss normalerweise erst im allerletzten Moment entscheidet. Und dann wird man von den juristischen Hürden überrascht. Um dem zuvorzukommen, vermittelt Ihnen der Autor im folgenden Beitrag erste Grundlagen.

hen, welche zur Beseitigung einer Illiquidität, einer Unterbilanz oder einer Überschuldung sowie zur Wiederherstellung der Rentabilität eines Unternehmens ergriffen werden, wobei diese eine gewisse Nachhaltigkeit beinhalten müssen.

Eine rein rechtliche Sanierung der Gesellschaft ergibt demzufolge keinen Sinn und ist beispielsweise auch nicht mit den Erfordernissen für die Bestätigung eines gerichtlichen Nachlassvertrages kompatibel. In rechtlicher Hinsicht finden wir einen handelsrechtlichen, einen zwangsvollstreckungsrechtlichen und einen steuerrechtlichen Ansatz, wobei letzterer hier nicht weiter behandelt wird.³

Beim handelsrechtlichen Sanierungsbegriff geht es darum, die Lebensfähigkeit der Gesellschaft, d.h. der AG oder der GmbH, wiederherzustellen. Massgebend sind die Art. 725 und 725 a OR, es geht um die Vermeidung der Bilanzdeponierung, d.h. um die Beseitigung der Überschuldung, die den Verwaltungsrat und/oder die Revisionsstelle verpflichtet, aus Gläubigerschutzgründen rein aufgrund des Bilanzbildes den Richter zu benachrichtigen. Vorangehend und häufig übersehen wird der «Übergangstatbestand» des Kapitalverlustes und die diesbezüglichen Pflichten des Verwaltungsrates. Ein Kapitalverlust liegt vor, wenn die Hälfte des Grundkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr durch werthaltige Aktiven gedeckt ist, wobei die Bewertung in diesem Zeitpunkt noch zu Fortführungswerten erfolgen wird, sofern die Fortführung der Gesellschaft gewährleistet werden kann, was mitunter die Sicherstellung genügender Liquidität bedingt. In diesem Zeitpunkt ist der Verwaltungsrat verpflichtet, eine Generalversammlung einzuberufen und Sanierungsmassnahmen vorzuschlagen. Die Einberufung erfolgt indessen nicht unmittelbar beim Feststellen des Kapitalverlusts, sondern wenn die Sanierungsmassnahmen geprüft wurden und der GV vorgelegt werden können.

Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, den «richtigen» Weg zu wählen und die sowohl für die Aktionäre wie auch für die Gläubiger schonungsvollste Vorgehensweise zu wählen, was eine sehr schwierige Aufgabe darstellt, stehen doch sehr unterschiedliche Betrachtungsweisen und Interessen im Raum, und zudem muss der Entscheid rasch gefällt werden.

Sanierungsinstrumente

Als Sanierungsmassnahmen kommen in Frage:

- Verzicht auf Forderungen von Seiten der Gläubiger zur Verminderung der Verbindlichkeiten:
 - Stillhalteabkommen mit Gläubigern, sei dies mit einzelnen oder allen, was entweder mittels individuellen Absprachen oder mittels gerichtlichen Massnahmen erfolgen kann (Konkursaufschub, Nachlassstundung definitiv oder provisorisch)⁴
 - Forderungsverzichte, ebenfalls mittels individueller Absprachen oder mittels Einschaltung zwangsvollstreckungsrechtlicher Mittel
 - Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital
 - Rangrücktritte durch massgebliche Gläubiger
- Verzicht auf Gelder der Aktionäre oder Neueinschuss von Geldern von Seiten der Eigner:
 - Kapitalherabsetzung ohne Mittelausschüttungen
 - Kapitalzuschüsse ohne Kapitalerhöhung
 - Auflösung von stillen Reserven
 - Bewerkstelligung von Aufwertungsreserven

Vorliegend sollen von diesen Massnahmen lediglich die ersten beiden näher betrachtet werden, wobei es einerseits um eine vorläufige Stundung zur Zeitgewinnung geht und andererseits um einen Forderungsverzicht durch die Gläubiger.

Grundsätzliche Probleme während der Phase der Vorbereitung der Sanierung

Um herauszufinden, welche Sanierungsvariante machbar ist und effektive Realisierungschancen hat, gilt es sämtliche Varianten auszuloten und die richtige auszuwählen. Die ganze Sanierungsoperation gliedert sich damit in drei Phasen, d.h.

- die Analyse,
- die Ausarbeitung der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten und die Auswahl der Vorgehensweise und
- die Realisierung der gewählten Variante

wobei es festzuhalten gilt, dass die ganze Operation unter Zeitdruck stattfindet und dem Verwaltungsrat eine grosse Verantwortung in unbeliebten und ungewohnten Situationen aufbürdet. Wesentlich ist auf jeden Fall die operative und zeitgerechte Realisierung und die Sicherstellung des – allenfalls des erhöhten – Liquiditätsbedarfs während der Realisierung, was mitunter erhebliche Schwierigkeiten bereiten könnte.

Aussergerichtliches Nachlassverfahren

Beim aussergerichtlichen Nachlassverfahren handelt es sich um ein vollkommen zwangsvollstreckungsrechtsfreies rein privatrechtliches Verfahren zwischen der zu sanierenden natürlichen oder juristischen Person und ihren Gläubigern (genereller Forderungsverzicht) oder einem einzigen ihrer Gläubiger (individueller Forderungsverzicht beispielsweise einer Bank).

Grundlage des Sanierungsvorschlags an die Gläubiger ist die Darstellung der momentanen finanziellen Situation mittels eines Status. Dargestellt wird die Situation zu Fortführungs- und Liquidationswerten und eine mögliche Dividende für die ungedeckten Forderungen, wobei auch die privilegierten Forderungen vorweg mutmasslich voll bezahlt werden müssen. Die auszurichtende Dividende hat sich am dargestellten Status zu orientieren, aber auch an den finanziellen Möglichkeiten, da auch die Aufrechterhaltung des operativen – sanierten – Geschäftes ebenso ermöglicht werden muss wie die Bezahlung der Dividende innerhalb einer nützlichen, möglichst kurzen Frist.

Dabei ist es die Aufgabe des Sanierers und des Schuldners – sei dies nun eine juristische oder natürliche Person – dafür zu sorgen, dass die finanzielle Situation weder zu gut noch zu schlecht dargestellt wird, wobei hier die Gefahr besteht, dass die Situation eher zu schlecht dargestellt wird, um einen grösseren Forderungsverzicht zu erwirken, was mitunter strafrechtliche Konsequenzen sowohl für die direkt handelnden Organe als auch für den Sanierer haben könnte.

Voraussetzung für das Zustandekommen eines privatrechtlichen aussergerichtlichen Nachlassverfahrens ist einerseits die Gleichbehandlung aller Gläubiger und andererseits das Mitmachen sämtlicher dieser Gläubiger auf der gleichen Basis. Hier sind auch Kategoriebildungen möglich⁵, vorausgesetzt ist die absolute Transparenz der Lösung und das Einverständnis der benachteiligten Gläubiger, d.h. ihr Einverständnis mit der Schlechterstellung und damit der Bevorzugung gewisser Gläubiger. Dies ermöglicht auch problemlos alleinige oder erhöhte Forderungsverzichte von Seiten von Banken bei Sanierungsvorhaben. Die Voraussetzung des Einverständnisses sämtlicher Gläubiger macht das Verfahren relativ unsicher und erhöht die Abhängigkeit von einzelnen Gläubigern, allenfalls von Querulanten unter ihnen.

Kritisch sind Forderungsverzichte bei Steuer- und/oder mehr oder weniger privilegierten Sozialversicherungsforderungen, da beispielsweise weder die AHV noch die MWST je einem freiwilligen Forderungsverzicht zustimmen werden. Dies führt beim aussergerichtlichen

Nachlassverfahren zu einer weiteren Privilegierung von ganz oder zum Teil unprivilegierten Forderungen und zu einem erhöhten Liquiditätsbedarf.

Nachteil eines aussergerichtlichen Verfahrens ist nebst der dargestellten Problematik, dass während des mitunter langwierigen Zustimmungsverfahrens keinerlei Schutz vor Zwangsvollstreckungsmassnahmen einzelner Gläubiger besteht. Dabei ist nicht auszuschliessen, dass aufgrund des allen Gläubigern zugestellten Finanzstatus einer der Gläubiger den Antrag auf Konkurseröffnung stellt, infolge des Vorliegens eines materiellen Konkursgrundes⁶. Zudem ist das Ergebnis des Zustimmungsverfahrens relativ lange ungewiss und der Finanzbedarf während dieser Phase auch für das laufende operative Geschäft relativ hoch, da in diesem Moment aufgrund der offen präsentierten finanziellen Situation wohl kein Lieferant mehr ohne Barzahlung liefern dürfte.

Abschliessend bleibt zu erwähnen, dass für die Durchführung eines aussergerichtlichen Nachlassverfahrens verlässliche Daten der Buchhaltung vorhanden sein müssen, da ein derartiges Verfahren auf einer soliden Basis aufgebaut sein muss. Zudem ist es nur zu empfehlen, wenn die Anzahl der Gläubiger übersichtlich ist.

Gerichtliches Nachlassverfahren

Das gerichtliche Nachlassverfahren verläuft in gesetzlich vorgeschriebenen Bahnen und weniger flexibel als das aussergerichtliche. Auf der anderen Seite bietet es Schutz vor weiteren Betreibungshandlungen der Gläubiger (mit Ausnahme der Beteiligungen der Gläubiger der ersten Klasse und den Beteiligungen auf Pfandverwertung durch die Grundpfandgläubiger⁷). Eingeleitet wird es durch das Gesuch des Schuldners oder aufgrund des Vorstosses eines Gläubigers, der in der Lage wäre, ein Konkursbegehren zu stellen⁸. Entweder wird eine definitive oder – wenn die Zeit drängt und die Fakten noch zu wenig konkret sind – eine provisorische Nachlassstundung gewährt⁹. Wirkung zeitigt die Stundung aber in jedem Fall erst, wenn das Gesuch durch den Nachlassrichter bewilligt wurde und nicht bereits mit Einreichung des Gesuchs, bzw. Bekanntgabe, dass ein solches eingereicht werden wird. Dies ist bei der Vorbereitung unbedingt zu berücksichtigen.

Entgegen dem früheren Nachlassrecht geht das revidierte von einer objektivierten Sichtweise aus, d. h., es kommt darauf an, ob für die Gesuchstellerin objektiv eine Sanierungschance gegeben ist. Dem Nachlassrichter ist somit zumindest in Ansätzen zu zeigen, dass der sanierte Betrieb seine Daseinsberechtigung haben wird

und operativ mit einem positiven Ergebnis wird arbeiten können. Es erfolgt damit eine nicht rein statische Betrachtung aufgrund der Bilanzwerte, sondern eine dynamische aufgrund vorzulegender Budgets – einerseits für die Nachlassstundungsphase, aber auch für die darauf folgende Zeit. Immerhin ist aufgrund eines möglichst aktuellen Bilanzstatus auch darzustellen, dass das Ergebnis schliesslich für die Gläubiger im Nachlassverfahren besser sein wird als in einem Konkurs.

Gläubigerschutz – Schutz vor den Gläubigern und für die Gläubiger

Durch die Gewährung der Nachlassstundung ist die zu sanierende Firma vor den Gläubigern geschützt, aber auch die Gläubiger sind geschützt, da ab sofort die Gleichbehandlung aller Gläubiger durch einen vom Gericht eingesetzten Sachwalter gewährleistet wird und auch das Haftungssubstrat für die Gläubiger erhalten bleiben muss. Die Geschäftstätigkeit wird unter der Aufsicht der Sachwalters weitergeführt, wobei sichergestellt sein muss, dass das Ergebnis während der Nachlassstundung soweit ausgeglichen ist, als dass das Ergebnis für die Gläubiger schliesslich besser ist als in einem Konkursverfahren, bei welchem die Geschäftstätigkeit in der Regel in wertvernichtender Art und Weise eingestellt wird.

Während der Nachlassstundung wird es nun Aufgabe des Schuldners und des Sachwalters sein, einen Nachlassvertrag auszuarbeiten, der eine breite Zustimmung durch die Gläubiger finden wird. Dafür besteht nun genügend Zeit, und es können sämtliche Varianten einer Sanierung nochmals überprüft werden, sei dies die Sanierung der bestehenden Gesellschaft oder auch die Gründung einer Auffanggesellschaft und die Liquidation der bestehenden, was die Schliessung einzelner nicht rentabler Gesellschaftsteile ermöglichen wird. Es würde den Rahmen dieser Darstellung sprengen, hier die einzelnen Varianten vertiefter zu behandeln.

Dem Nachlassvertrag müssen nun entgegen dem aussergerichtlichen nicht alle Gläubiger zustimmen. Der Nachlassvertrag wird für alle Gläubiger verbindlich, wenn $\frac{1}{4}$ der Gläubiger zustimmt, die $\frac{3}{4}$ der Forderungen gegenüber der Gesellschaft ausweisen oder wenn $\frac{1}{2}$ der Gläubiger zustimmen, die $\frac{3}{4}$ der Forderungen darstellen. Voraussetzung ist zudem die Prüfung und Genehmigung durch das Nachlassgericht. Die privilegierten Gläubiger sowie die Massverbindlichkeiten¹⁰ sind vollständig sicherzustellen oder zu bezahlen, die pfandgesicherten Gläubiger haben für den pfandgesicherten Teil ihrer Forderungen kein Stimmrecht.

Wie beim aussergerichtlichen Nachlassverfahren spielt die Liquidität auch bei gerichtlichen eine grosse Rolle. So muss die Weiterführung der Geschäftstätigkeit und die Bezahlung der Dividende sichergestellt werden können. Die Liquidität wird entweder aus den laufenden flüssigen Mitteln oder wenn dies nicht ausreicht durch einen Massakredit – von einer Bank, von interessierten Gläubigern oder vom Aktionär – gewährleistet. Ein Nachteil des gerichtlichen Verfahrens stellt die Publizität dar, da das Verfahren öffentlich bekannt gemacht wird. Zudem fallen unter Umständen höhere Kosten an, die aber wiederum durch das bessere Ergebnis für die Gläubiger gerechtfertigt sind.

Schlussbetrachtung

Eine Sanierung ist in den meisten Fällen ein betriebswirtschaftlich und juristisch, aber auch menschlich-psychologisch schwieriges Unterfangen, zu dem man sich erfahrungsgemäss normalerweise erst im allerletzten Moment entscheidet. Und dann wird man von den juristischen Hürden überrascht. Um dem zuvorzukommen, ist ein frühes Handeln angezeigt, damit die notwendige Zeit für die Beschaffung der Grundlagen und der erforderlichen Liquidität und die Prüfung des richtigen Sanierungsweges reicht.

Mängel Sanierungsrecht – Vorschläge für Änderung bei Revision

Das weit gehend im Zwangsvollstreckungsrecht geregelte Sanierungsrecht soll revidiert werden, nachdem die Revision 1997 zwar wesentliche Vorteile gebracht hat, nach wie vor aber einige Unzulänglichkeiten zei-

tigt. Problematisch ist m.E. unverändert die Starrheit des gerichtlichen Verfahrens mit seiner Dreiteilung sowie die Frage des Zeitpunktes, in dem der Gläubigerschutz zu greifen beginnt (Gesuchstellung, Gesuchsbeurteilung). Aufgrund der Erfahrungen sollte der Zeitpunkt – unter Vorbehalt der Genehmigung des Gesuches durch das Gericht – auf das Datum der Einreichung des Gesuches zurückversetzt werden können. Ein weiteres Problem stellt die Bedingung dar, dass die privilegierten Forderungen in jedem Fall sichergestellt werden müssen. Beim Nachlassverfahren handelt es sich wie beim Konkursverfahren um ein Generalexekutionsverfahren mit möglichst weit gehender Gleichbehandlung aller Gläubiger. Die Tendenz zur Wiedereinführung gestrichener Privilegien – wie beispielsweise der AHV – stellen für kleinere und grössere Unternehmen bei der Sanierung erhöhte Anforderungen. Da eine Streichung von Privilegien am Willen des Gesetzgebers scheitern würde, muss eine Lösung in einer Anpassung von Art. 306 Abs. 2 SchKG gesucht werden. ■

¹ Andreas Feuz, Rechtsanwalt, Partner bei Von Graffenried Gurtner Liechti, Zürich/Bern, ist Insolvenzrechtsspezialist mit langjähriger Erfahrung im Sanierungs-, Wirtschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht (andreas.feuz@gglrecht.ch, www.gglrecht.ch)

² Darunter fällt allerdings auch die Ausgründung einer Auffanggesellschaft und die Liquidation der Muttergesellschaft

³ Es genüge hier der Hinweis, dass je nach Konstellation eine Sanierung massive Steuerfolgen zeitigen kann und dass diesfalls eine Beratung durch einen Steuerexperten unabdingbar ist. Zu vermeiden ist die Sanierung nach der Sanierung.

⁴ Nur sanierungsfördernd bei reinen Liquiditätsproblemen

⁵ Alle grösseren Gläubiger ab einem bestimmten Forderungsbetrag oder nur gewisse «auserwählte» Gläubiger

⁶ Art. 190 Abs. 2 SchKG

⁷ Art. 297 Abs. 2 SchKG

⁸ wobei auch ein materieller Konkursgrund nach Art. 190 Abs. 2 SchKG reichen wird.

⁹ Prov. Nachlassstundung für max. 2 Monate, definitive Nachlassstundung für max. 6, aber bis 24 Monate verlängerbare Frist, ab 12 Monaten mit Zustimmung der Gläubiger

¹⁰ Während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangene Verbindlichkeiten.

Tabellarische Gegenüberstellung

Aussergerichtlicher Nachlassvertrag

Negativ:

- schwierige Gleichbehandlung aller Gläubiger
- allenfalls unklare Ausgangssituation
- kein Schutz vor Betreibungen
- kein Schutz vor Konkursbegehren
- unberechenbare Reaktion von Querulanten oder widerspenstigen Gläubigern
- weiterlaufende Prozesse
- Gefahr der Vorspiegelung einer falschen zu negativen Vermögenssituation (Betrug, Beihilfe zu Betrug usw.)

Positiv:

- flexibler
- weniger Publizität
- kleinerer Imageverlust
- allenfalls weniger Kosten

Gerichtlicher Nachlassvertrag

Negativ:

- Publizität
- Starrheit des Verfahrens
- Imageprobleme
- Kosten
- Allenfalls Verfahrensdauer

Positiv:

- Gleichbehandlung aller Gläubiger
- Nicht alle Gläubiger müssen zustimmen
- Klare Ausgangssituation für alle Gläubiger
- Transparenz
- Schutz vor den Gläubigern
- Schutz für die Gläubiger
- Erhöhung der Kreditfähigkeit