

**Andreas Feuz-Ramseyer**

Fürsprecher
Partner bei Von Graffenried & Cie
Recht, Zürich/Bern
www.graffenried-recht.ch

Sanierungsrecht 2014

Im Sommer 2013 haben die Eidgenössischen Räte überraschend rasch und in einigen Bereichen relativ tiefgreifend das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) revidiert und einige grundlegende Änderungen im Sanierungsrecht verabschiedet (AS 2013 4111). Die neuen Normen gelten seit dem 1. Januar 2014.

1. Vorbemerkung – neues Rechnungslegungsrecht

Das revidierte Sanierungsrecht soll die Sanierung von Unternehmungen vereinfachen und die notwendigen Voraussetzungen flexibilisieren. Das neue Rechnungslegungsrecht könnte die Sanierungspflicht in einigen Fällen gewollt oder ungewollt allerdings wesentlich beschleunigen. Die Rechnungslegung unterscheidet zwischen Fortführungs- und Veräußerungswerten, und auch die Pflicht zum Ergreifen von Sanierungsmassnahmen sowie die Verpflichtung zur Bilanzdeponeierung gehen von diesen Werten aus. Grundsätzlich sind Fortführungswerte massgebend und meist auch höher. Ist nach dem neuen Rechnungslegungsrecht allerdings die Fortführung nicht für die nächsten zwölf Monate gesichert, führt das zur Pflicht zur Bewertung zu Veräußerungswerten (Art. 958a Abs. 2 OR). Solche können in der Theorie und aufgrund von streng angewandten Bewertungsgrundsätzen in der Buchhaltung höher sein als die Fortführungswerte, werden das aber in den allermeisten Fällen nie sein. Wenn nun die Einstellung der Tätigkeit (auch eines Teilbereichs) nicht abwendbar ist, verlangt das neue Recht zugleich, dass auch für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der Einstellung der Tätigkeit noch Rückstellungen gemacht werden. Einerseits werden somit in der Regel die Aktiven massiv herunterbewertet und andererseits müssen nun auch noch die Passiven erhöht werden, womit dann bei der Bewertung zu Veräußerungswerten eine nochmals höhere Überschuldung resultiert.¹ Eine nicht nachgewiesene Kontrolle der gesicherten Liqui-

dität wird somit hinsichtlich Rechnungslegung, Revision und Verantwortlichkeit für alle involvierten Akteure (Verwaltungsrat und Revisionsstelle) einen Einfluss haben.

Wer zu spät reagiert und zu spät oder falsch saniert, macht sich gegenüber den Gläubigern und Aktionären – jetzt erst recht und wesentlich früher – verantwortlich. Allerdings ist es durchaus zu begrüßen, wenn mehr Zeit für eine Sanierung vorhanden ist und diese auch sinnvoll genutzt wird.

2. Nachlassstundung

Grundlage jeder Sanierung ist seit der grossen SchKG-Revision von 1998 die objektivierte betriebswirtschaftlich betrachtete und realisierbare Sanierungsfähigkeit und deren liquiditätsmässige Durchführbarkeit. Grundsätzlich soll der Zugang zu einem Nachlassverfahren vereinfacht werden. Entgegen dem bisherigen Recht muss kein Entwurf für einen Nachlassvertrag mehr eingereicht werden. Allerdings muss die Schuldnerin eine aktuelle Bilanz, Erfolgsrechnung und Liquiditätsplanung vorlegen. Zum Gesuch gehört nun aber auch ein provisorischer Sanierungsplan.

3. Die provisorische Stundung

Nach Art. 293a SchKG bewilligt das Nachlassgericht unverzüglich eine provisorische Stundung und trifft von Amts wegen weitere Massnahmen, die zur Erhaltung des schuldnerischen

Vermögens notwendig sind. Unverzüglich heisst nicht gerade automatisch, aber das Ermessen des Gerichts ist sehr eingeschränkt. Die Aufgabe des Gerichts, die schnell (beförderlich) zu erledigen ist, ist nicht einfach, kann doch sowohl durch eine ungerechtfertigte Stundung wie durch ein allzu zögerliches Verfahren Schaden für die Schuldnerin wie auch für die Gläubiger bewirkt werden.

Entgegen dem bisherigen Recht verlangt der Wortlaut des Gesetzes nicht mehr ein begründetes Gesuch. Diese Abnahme der Argumentierungslast führt dazu, dass wenn die Unterlagen und der Sanierungsplan plausibel sind, durch den sofort eingesetzten provisorischen Sachwalter abgeklärt wird, ob die Sanierungschancen wirklich vorhanden sind. Nach Art. 293b Abs. 2 SchKG kann in begründeten Fällen von der Einsetzung eines Sachwalters abgesehen werden. Das dürfte allerdings aufgrund der Konzeption des Verfahrens eine absolute Ausnahme werden.

An dieser provisorischen Nachlassstundung führt im revidierten Recht kein Weg vorbei. Aufgrund der Botschaft muss der Sachwalter je nach Zweck der provisorischen Nachlassstundung überprüfen, ob ein Nachlassvertrag in Betracht kommt und wie er in den Grundzügen auszusehen hat. Soll die vorübergehende Stundung (im Sinne des bisherigen Konkursaufschubs) dazu dienen, dem Schuldner eine Atempause zum Zweck der Durchführung von Sanierungsmassnahmen zu gewähren, hat der Sachwalter während der provisorischen Stundung vor allem die Vorbereitung und unter Umständen auch den Vollzug dieser Sanierungs-

massnahmen zu überwachen. Zu denken ist hier etwa an die Beschaffung von Liquidität, wenn rein die Liquiditätssituation das Problem sein sollte.

In letzterem Fall besteht die Möglichkeit, dass in begründeten Fällen auf eine öffentliche Bekanntmachung bis zur Beendigung der provisorischen Stundung verzichtet werden kann, sofern der Schutz Dritter gewährleistet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt. Es unterbleibt sowohl die Publikation wie auch die Mitteilung an die Ämter. Betreibungen können zwar eingeleitet, nicht aber fortgesetzt werden. Wenn auf eine Veröffentlichung verzichtet wird, muss allerdings zwingend ein Sachwalter eingesetzt werden.

Die Bewilligung der provisorischen Stundung und die Einsetzung des provisorischen Sachwalters sind nicht anfechtbar. Sie dauert neu maximal vier Monate (bisher zwei) und endet entweder in einer Sanierung, einer definitiven Stundung oder im Konkurs. Besteht nämlich offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags, so eröffnet das Nachlassgericht von Amts wegen den Konkurs. Es wird nicht mehr – wie bisher – die Stundung widerrufen und dann den Gläubigern die Wahl offengelassen, die Konkurseröffnung zu beantragen.

4. Die definitive Nachlassstundung

Ist das Urteil des provisorischen Sachwalters positiv, gewährt das Nachlassgericht eine definitive Stundung für weitere vier bis sechs Monate, muss allerdings vor Ablauf der provisorischen Stundung darüber befinden und den Schuldner und gegebenenfalls den antragstellenden Gläubiger zur Verhandlung einladen. Wird ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angestrebt, setzt die Bewilligung der definitiven Nachlassstundung voraus, dass die Interessen der Gläubiger besser gewahrt werden als durch einen Konkurs.

In der definitiven Stundungsphase ist in allen Fällen ein Sachwalter einzusetzen. Wo es die Umstände erfordern, setzt das Gericht zudem einen Gläubigerausschuss ein, in dem die verschiedenen Gläubigerkategorien angemessen vertreten sein müssen. Dieser überwacht den Sachwalter, kann ihm Empfehlungen erteilen und wird von ihm regelmässig über den Stand des Verfahrens zu orientieren sein. Um Aufwand und Nutzen im Gleichgewicht zu halten, wird dies wohl nur in grösseren Verfahren der Fall sein, kann aber auch den Sachwalter sinnvoll entlasten. Wird ein Gläubigerausschuss eingesetzt, entscheidet dieser anstelle des Nachlassgerichts über die in Art. 298 Abs. 2 SchKG zu erteilenden Ermächtigungen, beispielsweise

zur Veräußerung und Belastung von Teilen des Anlagevermögens.

Die Aufgaben des Sachwalters in der Nachlassstundung haben sich ansonsten nicht wesentlich geändert. Er hat die sichernden Massnahmen zu treffen oder weiterzuführen, den Gläubigern den Nachlassvertrag vorzulegen, eine Gläubigerversammlung einzuberufen und dem Gericht den Bericht abzuliefern. Sollte die Verlängerung eines definitiven Nachlassstundungsverfahrens in besonders komplexen Fällen über zwölf Monate hinaus beantragt werden müssen, ist der Sachwalter verpflichtet vor Ablauf des neunten Monats eine Gläubigerversammlung einzuberufen. Diese wird sich allerdings darin erschöpfen, die Gläubiger über den aktuellen Stand zu informieren, denn solange kein Nachlassvertrag vorgelegt werden kann, erübrigt es sich wohl, darüber zu debattieren. Zwei Änderungen ergeben sich in verfahrensrechtlicher Sicht. Auch die definitive Nachlassstundung muss nicht zwingend mit einem abgeschlossenen Nachlassvertrag oder einem Konkurs enden, sofern die Sanierung in der Zwischenzeit auf anderem Wege gelungen ist (Einigung mit Hauptgläubigern oder Zuschuss neuer Mittel von dritter Seite). So gesehen wird in diesem Fall das Moratorium, wie wir es aus dem Konkursaufschub nach Art. 725a Abs. 2 OR kennen, durch die Nachlassstundung ersetzt, wobei der Gläubigerschutz besser ist und die Kompetenzen des Sachwalters erweitert werden. Auf der anderen Seite wird der Konkurs in jedem Verfahrensstadium von Amts wegen eröffnet, wenn keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht. Eines speziellen Antrags eines Gläubigers oder des Schuldners bedarf es nicht mehr. Das gilt für alle Nachlassschuldner, auch wenn sie nicht der Konkursbetreibung unterliegen.

5. Wirkungen der Stundung

Während der Nachlassstundung kann gegen den Nachlassschuldner keine Betreibung eingeleitet oder fortgesetzt werden. Das gilt auch für privilegierte Forderungen. Unverändert ist die Einleitung einer Grundpfandverwertungsbetreibung möglich, die Verwertung des Grundpfands ist jedoch ausgeschlossen.

Ansonsten sind die Wirkungen grundsätzlich unverändert. Allerdings wird nun von Gesetzes wegen Klarheit darüber herrschen, dass die Debitorenrezessionen keine Wirkung mehr zeitigen, wenn die Forderung nach der Bewilligung der Nachlassstundung entsteht.² Dies führt dazu, dass mit der Bewilligung der Stundung generelle Debitorenrezessionen keine Wirkungen mehr haben und dass Zahlungen aus Leistungen, die nach der Stundungsbewilligung erbracht wur-

den, auch der Nachlassschuldnerin direkt zufließen und nicht auf dem Bankkredit blockiert bleiben. Das ist eine Erleichterung bezüglich der ohnehin in dieser Phase knappen Liquidität. Mit Ausnahme dringlicher Fälle werden Zivilprozesse über Nachlassforderungen nach dem neuen Recht sistiert, analog den Bestimmungen im Konkurs (Art. 207 SchKG). Das war bisher umstritten und in der Praxis wurden die Prozesse in den meisten Kantonen (obwohl sinnlos) weitergeführt.

6. Dauerschuldverhältnisse

Auch bei den Dauerschuldverhältnissen tritt eine wesentliche Änderung ein, damit die Sanierungsfähigkeit der Unternehmung verbessert werden kann. Ein Dauerschuldverhältnis ist ein Vertrag, der nicht durch einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung erfüllt wird (wie etwa ein Kaufvertrag), sondern durch ein dauerhaftes Verhalten oder wiederkehrende, sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Einzelleistungen. Als Beispiele für solche Verträge sind zu erwähnen Miete, Pacht, Darlehen, Leasingverträge, Factoring oder Sponsoringverträge.

Der Schuldner kann nach Art. 297a SchKG mit Zustimmung des Sachwalters ein Dauerschuldverhältnis unter Entschädigung der Gegenpartei jederzeit auf einen beliebigen Zeitpunkt kündigen, sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde. Die Entschädigung gilt alsdann als Nachlassforderung. Diese Norm – auch wenn sie begrüsst werden kann – birgt einiges an Konfliktpotenzial. Einerseits wird der materielle Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind, durch das formelle Recht durchbrochen, andererseits ist der neue Artikel zwingendes Recht und kann auch vertraglich nicht wegbedungen werden (im Weiteren gilt er auch für Verträge, für die die Anwendung ausländischen Rechts ver einbart wurde). Eingefügt wurde im Gesetz zudem in einem Nebensatz, dass dies nur gilt, falls der Sanierungszweck vereitelt würde, was dann auch noch bewiesen werden muss. Wohl geht aus den parlamentarischen Beratungsprotokollen hervor, dass es primär darum ging Missbräuche zu verhindern, allerdings ist die Norm selbst klar formuliert, auch wenn die entsprechende hypothetische Kausalität wohl nie zu 100% wird bewiesen werden können.

Vorausgesetzt, die Bedingung ist erfüllt, führt dies zur vorzeitigen Beendigung beispielsweise eines langjährigen Mietvertrags für allenfalls im sanierten Betrieb nicht mehr benötigte Flächen. Mit Zustimmung des Sachwalters kann dieser Mietvertrag nun ganz oder teilweise gekündigt werden. Damit können in Zukunft in einem solchen Fall beispielsweise Mieten gespart werden. Der Gegenpartei steht zufolge der vorzeitigen

Kündigung eine Entschädigung zu, und zwar die volle Gegenleistung. Der Vertragspartner muss sich jedoch in analoger Anwendung der Regelung im Konkurs allfällige Vorteile anrechnen lassen. Vorliegend müsste sich der Vermieter somit die Weitervermietbarkeit anrechnen lassen. Die entsprechende Entschädigung stellt nun allerdings lediglich eine Nachlassforderung dar, die somit dividendenmäßig befriedigt werden muss und nicht eine voll zu befriedigende und sogar noch sicherzustellende Massaverbindlichkeit. Und dies alles, obschon der Sachwalter seine Zustimmung erteilen musste. Grundlegend ist es sonst unverändert genau umgekehrt, denn nur Forderungen, die mit Zustimmung des Sachwalters begründet wurden, stellen Massaverbindlichkeiten dar.

Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auf Art. 310 SchKG. Die während der Stundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangenen Verbindlichkeiten verpflichten in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung oder in einem nachfolgenden Konkurs die Masse. Gleichermaßen gilt für Gegenforderungen aus einem Dauerschuldverhältnis, soweit der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters daraus Leistungen in Anspruch genommen hat (dies ist nicht zu verwechseln mit dem eben dargestellten Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen). Generell müssen somit bei Dauerschuldverhältnissen auch nur die Leistungen als Massaverbindlichkeiten betrachtet werden, für die auch eine Leistung in Anspruch genommen worden ist und soweit der Sachwalter zugestimmt hat (partieller Vertragseintritt, analog dem Konkursrecht).

7. Sanierungsbeitrag der Anteilsinhaber

Die Bestätigung des ordentlichen Nachlassvertrags wird neu an die Bedingung geknüpft,

dass bei einem Dividendenvergleich auch die Anteilsinhaber (Aktionäre, Stammanteilshaber) einen angemessenen Beitrag leisten.³

Bislang wurde das praktisch «wertlose Aktienkapital» bei einer Sanierung mittels Dividendenvergleich meist «automatisch» wieder werthaltig, ohne dass der Aktionär dafür einen Beitrag zu leisten hatte und ohne dass die Gläubiger dies unbedingt bemerkten. Dies wird mit dieser sicher noch Auslegungsschwierigkeiten bietenden Norm nun korrigiert. Ich gehe davon aus, dass man die Möglichkeiten des Aktionärs wird berücksichtigen müssen, zumal sonst die Stellung eines Nachlassstundungsgesuchs in etlichen Fällen wohl von vornherein unterlassen werden würde, um der Beitragspflicht zu entgehen (Folge: Konkurs mit Auffanglösung statt Nachlassstundung).

Auf der anderen Seite ist im Lichte der Opfersymmetrie ein Beitrag der Anteilsinhaber sicher zu begrüssen. Aber auch dies führt wiederum dazu, dass man eben eine Sanierung angehen sollte, bevor alles Geld der Anteilseigner in unstrukturierte und undurchdachte Vor-Nachlass-Sanierungen investiert wird. Und das geht wieder einher mit dem an sich vorgezogenen Sanierungszeitpunkt, wie er am Anfang dieses Beitrags dargestellt wurde.

Daneben muss der Wert der angebotenen Leistungen (Dividende) im richtigen Verhältnis zu den Möglichkeiten des Schuldners stehen, damit das Gericht einen Nachlassvertrag bewilligen kann. Dabei kann es auch Anwartschaften des Schuldners berücksichtigen.

Neu ist zudem, dass die Nachlassdividende ganz oder teilweise auch aus Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der Nachlassschuldnerin oder einer Auffanggesellschaft bestehen kann. Zudem muss die Nachlassdividende für Drittklassforderungen nicht mehr sichergestellt werden, was nur noch für die privilegierten For-

derungen und für die Massaverbindlichkeiten der Fall ist.

8. Arbeitsrecht

Diesem Kapitel könnte man gewiss einen eigenen Beitrag widmen. Rein summarisch wird vorliegend darauf hingewiesen, dass das Arbeitsverhältnis im Falle einer Betriebsübertragung während der Insolvenz (Nachlassstundung, Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) nur dann auf den Erwerber übergeht, wenn dies mit dem Erwerber so vereinbart wurde und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. In diesem Fall kommt Art. 333 Abs. 1 OR nicht zur Anwendung, Arbeitgeber bleibt die insolvente Gesellschaft und der Erwerber haftet nicht für die offenen Forderungen der insolventen Gesellschaft.

Neu wurde eine Sozialplanpflicht bei Entlassung von mindestens 30 Arbeitnehmern eingeführt, wenn der Betrieb üblicherweise mindestens 250 Mitarbeiter beschäftigt. Es besteht nicht nur eine Verhandlungspflicht, sondern die Verpflichtung zur Einigung über den Sozialplan, notfalls mittels Schiedsgericht.

9. MWST

Einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung der Sanierungsmöglichkeiten wird durch die Streichung des Privilegs der Mehrwertsteuer erreicht, da diese Forderungen, weil ab 1. Januar 2014 nicht mehr privilegiert, auch nicht mehr zum Vornherein sichergestellt werden müssen. ■

¹ Art. 958a Abs. 2 OR; zum Ganzen u.a. Glanzmann, Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 108 (2012) Nr. 9.

² Art. 297 Abs. 4 SchKG.

³ Art. 306 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG.