

Dr. iur. Daniel Hunkeler

## **Ist das schweizerische Nachlassvertragsrecht revisionsbedürftig?**

*Im Zusammenhang mit dem Fall Swissair wurde verschiedentlich die Meinung geäussert, das schweizerische Nachlassvertragsrecht genüge den Erfordernissen der Praxis nicht und müsse grundlegend revidiert werden, idealerweise nach dem Vorbild des "Chapter 11" des US-amerikanischen Konkursrechts. Dieser Meinung wird nachfolgend grundsätzlich widersprochen.*

[Rz 1] Die letzte umfassende Teilrevision des Nachlassverfahrens gemäss Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, Art. 293 ff.) erfolgte per 1. Januar 1997. Während der Revisionsarbeiten wurde eine hochkarätige Expertengruppe eingesetzt mit dem Auftrag, bessere Rechtsgrundlagen für die Sanierung von Unternehmen auszuarbeiten. Nach umfassenden Untersuchungen des Sanierungsrechts anderer Staaten, auch des Konkurs- und Sanierungsrechts der USA, unterbreitete die Expertengruppe zahlreiche Reformvorschläge, welche vom Parlament praktisch ausnahmslos übernommen wurden. Daher kann vorab festgehalten werden, dass die Rechtsentwicklung im Ausland, auch diejenige in den USA, im Rahmen der jüngsten Revision des Nachlassvertragsrechts berücksichtigt worden ist.

[Rz 2] Davon ausgehend, dass Unternehmenssanierungen und sanfte Unternehmensliquidationen nicht nur für den Schuldner vorteilhaft sein können, sondern auch für die Gläubiger, Arbeitnehmer, Zulieferanten und für die Allgemeinheit schlechthin, wurde mit der Gesetzesrevision die Möglichkeit geschaffen, ein Nachlassverfahren nötigenfalls ohne oder gegen den Willen des Schuldners bzw. dessen Organe durchzuführen. Entsprechend finden sich im revidierten Recht verschiedenste Änderungen, welche die Rechte der Gläubiger verbessern und die Rolle von Nachlassrichter und Sachwalter verstärken.

[Rz 3] Insbesondere stehen neuerdings auch den Gläubigern ein Antragsrecht auf Verfahrenseröffnung und verschiedene Mitwirkungsmöglichkeiten im Verfahren zu und kann der Nachlassrichter den Schuldner (bzw. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) während der Nachlassstundung nötigenfalls ganz oder teilweise entmachten und durch einen Sachwalter ersetzen. Diese Neukonzeption entspricht den Erfordernissen eines modernen Sanierungsrechts und stimmt grundsätzlich mit der Regelung anderer Länder überein, auch mit derjenigen der USA. Flankiert wurde sie durch verschiedenste weitere Gesetzesänderungen, welchen auch im Fall Swissair Bedeutung zukommen dürfte.

[Rz 4] Beispielsweise wurde die mögliche Maximaldauer einer Nachlassstundung von bisher 6 auf neu 24 Monate erhöht, so dass auch in komplexen Fällen mit internationalen Sachverhalten genügend Zeit für die Vorbereitung eines Nachlassvertrags bleibt. Die Refinanzierungsmöglichkeiten eines Schuldnerunternehmens während der Nachlassstundung wurden verbessert, indem verschiedenste, während der Nachlassstundung früher verbotene Rechtshandlungen heute mit Zustimmung des Sachwalters bzw. des Nachlassrichters zulässig sind, auch ein Verkauf oder eine Verpfändung von Anlagevermögen. Die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens wurde auch dadurch verbessert, indem heute sämtliche, während der Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters entstandene Verbindlichkeiten als sogenannte Masseverbindlichkeiten vor allen übrigen Forderungen (mit Ausnahme der pfandgesicherten) zu bezahlen sind.

[Rz 5] Ein Nachteil des neuen Nachlassvertragsrechts wurde im Fall Swissair darin gesehen, dass es im Gegensatz zum Sanierungsverfahren gemäss "Chapter 11" des US-amerikanischen Konkursrechts die Nachlassstundung und damit den Gläubigerschutz nicht schon mit der Gesuchseinreichung eintreten lässt, sondern erst mit der richterlichen Stundungsbewilligung. Das Bestehen eines Gläubigerschutzes bereits zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung ist für das schweizerische Recht jedoch nicht zwingend, insbesondere dann nicht, wenn die

Gesuchseinreichung (wie im Normalfall üblich) gegenüber aussen erst kommuniziert wird, nachdem die Stundung richterlich bewilligt wurde. Zudem hat der Nachlassrichter seit der Gesetzesrevision die Möglichkeit, unverzüglich nach Gesuchseinreichung dem Schuldner vorerst eine provisorische Nachlassstundung zu bewilligen, welche wie die definitive automatisch den Gläubigerschutz auslöst. Eine in jedem Sanierungsfall zu bedenkende Problematik besteht darin, dass Gläubiger mitunter Vorauszahlungen für inskünftige Leistungen verlangen und allenfalls sogar das Erbringen neuer Leistungen von der Bezahlung ausstehender Forderungen abhängig machen. Daher kann der Liquiditätsbedarf eines Schuldnerunternehmens trotz Gläubigerschutz und trotz gesetzlicher Privilegierung von Neugläubigern bei Verfahrensbeginn ansteigen.

[Rz 6] Als weiterer Nachteil des geltenden Nachlassvertragsrechts wurde kritisiert, dass es im Rahmen einer Sanierung durch ordentlichen Nachlassvertrag (Stundungs- oder Dividendenvergleich) anders als unter "Chapter 11" keine Eingriffe in die Organisations- und Kapitalstruktur eines Schuldnerunternehmens zulässt. Eine Unternehmenssanierung erfolgt jedoch in vielen Fällen ohnehin sinnvoller über die Gründung einer Auffanggesellschaft und damit über einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Dies insbesondere dann, wenn sich für Investitionen in die marode Gesellschaft kaum mehr Kapitalgeber finden lassen oder wenn in internationalen Konstellationen Unsicherheiten darüber bestehen, ob und in welchem Ausmass die schweizerische Sanierungsgesetzgebung im Ausland anerkannt wird. Wenn Verwaltungsrat und/oder Aktionäre in einem ordentlichen Nachlassverfahren nicht kooperieren und den Gläubigern keine akzeptable Nachlassdividende offerieren, kann ihnen zudem eine Entmachtung während der Nachlassstundung durch den Nachlassrichter angedroht werden, welche in ein Nachlassverfahren mit vollständiger Vermögensabtretung münden kann. Auch das schweizerische Recht kennt also die Möglichkeit, einem Unternehmen eine Sanierung aufzuzwingen, wenn dies im Interesse der Gläubiger notwendig ist.

[Rz 7] Ein Nachteil des geltenden Rechts besteht sicher darin, dass es (wie im übrigen das US-Recht) noch immer eine verfahrensmässige Zweiteilung von Nachlass- und Konkursverfahren kennt, so dass grundsätzlich schon zu Verfahrensbeginn über Konkurs oder Sanierung entschieden werden muss. Weitere zu überprüfenden Reformpunkte wären beispielsweise die Schaffung von Rechtsgrundlagen für einen Gruppenkonkurs bzw. einen Gruppennachlass, die Zulässigkeit eines Austauschs von Pfandobjekten während der Nachlassstundung gegen gleichwertige Sicherheiten, die Möglichkeit einer Abstimmung der Gläubiger über verschiedene Nachlassvertragsvarianten sowie die nachlassvertragliche Einteilung von ranggleichen Gläubigern in verschiedene Gläubigergruppen unter gruppenweiser Abstimmung über den Nachlassvertrag.

[Rz 8] Besondere Aufmerksamkeit sollte schliesslich der Frage zukommen, ob das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen revidiert werden soll, nachdem für solche Finanzinstitute eine Spezialgesetzgebung besteht, die im Rahmen der letzten Revision des SchKG nicht modernisiert wurde. Das Nachlassverfahren nach SchKG hingegen, welches grundsätzlich auf alle übrigen Unternehmen Anwendung findet, ist heute schon ein modernes Sanierungsrecht, mit dem grundsätzlich jeder Sanierungsfall zufriedenstellend gelöst werden kann. Insbesondere ist es sicher nicht dem SchKG-Gesetzgeber zuzuschreiben, wenn eine Sanierung der Swissair-Gesellschaften nicht gelungen ist.

-----  
Dr. Daniel Hunkeler ist Rechtsanwalt bei Schumacher Baur Hürlimann, Zürich und Baden.

Der Aufsatz ist erstmals erschienen in: "Der Schweizer Treuhänder, 4/2002".

<b>Rechtsgebiet</b>	SchKG
<b>Erschienen in</b>	Jusletter 10. Juni 2002
<b>Zitiervorschlag</b>	Daniel Hunkeler, Ist das schweizerische Nachlassvertragsrecht revisionsbedürftig?, in: Jusletter 10. Juni 2002 [Rz]
<b>Internetadresse</b>	<a href="http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1720">http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1720</a>