

Dr. iur. Daniel Hunkeler

Versäumnis des Gesetzgebers als Mitursache für das Swissair-Debakel?

In einem Artikel der NZZ vom 19. Oktober 2001 („Auffanggesellschaft als Lösung. Zur Restrukturierung der Swissair im Nachlassverfahren“) vertraten die Autoren Isaak Meier, Jürg Peyer und Felix Rutschmann die Meinung, mit der per 1.1.1997 erfolgten Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) sei es versäumt worden, die Revision des Nachlassverfahrens effizient auszugestalten. Der Fall Swissair habe gezeigt, dass das geltende Nachlassvertragsrecht ungeeignet sei für eine „direkte Sanierung“, d.h. eine Sanierung eines Unternehmens unter Beibehaltung dessen bisherigen Rechtspersönlichkeit, und es sei zu bedauern, dass das schweizerische Recht nicht nach dem Vorbild des „Chapter 11“ des US-amerikanischen Konkursrechts revidiert worden sei. Nachfolgend wird dieser Auffassung widersprochen.

[Rz 1] Im erwähnten Vorartikel wird zunächst ausgeführt, der Hauptzweck unseres SchKG-Nachlassverfahrens sei die „direkte Sanierung“ eines überschuldeten Unternehmens, d.h. die Abfindung der Gläubiger mit einer Nachlassdividende unter Fortführung des Schuldnerunternehmens durch die bisherige Rechtsträgerin (z.B. eine Aktiengesellschaft). Dies trifft in dieser Absolutheit nicht zu. Zwar ist es richtig, dass das Gesetz den sogenannten Dividendenvergleich kennt, mit welchem der Schuldner seinen Gläubigern aus dessen bestehendem Vermögen oder aus den inskünftig zu erwirtschaftenden Erträgen eine sogenannte Nachlassdividende gegen Erlass der Restschulden bezahlt (Art. 314 ff. SchKG i.V.m. Art. 293 ff. SchKG). Diese Nachlassvertragsart ist jedoch weder die einzige, noch die hauptsächliche. Bereits im Jahre 1949 wurde mittels umfassender Gesetzesrevision der sog. „Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung“ in das Gesetz aufgenommen, dessen Effizienz anlässlich der Gesetzesrevision per 01.01.1997 nochmals verbessert wurde (Art. 317 ff. SchKG). Er ist in der Praxis von mindestens ebenso grosser Bedeutung wie der Dividendenvergleich. Dies zeigt auch der Fall Swissair, wo in den meisten oder möglicherweise in allen Nachlassverfahren von Swissair-Gesellschaften offenbar ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angestrebt wird.

[Rz 2] Mit dem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung tritt der Schuldner sämtliche oder Teile seiner Aktiven den Gläubigern zur eigenen Verwertung ab (Art. 317 ff. SchKG). Werden alle Aktiven abgetreten (was der Regelfall ist und möglicherweise auch auf die Nachlassverfahren im Fall Swissair zutreffen wird), besteht der Vorteil für den Schuldner lediglich noch darin, dass gegen ihn regelmässig keine Verlustscheine ausgestellt werden (vgl. Art. 318 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG). Für juristische Personen (z.B. die einzelnen Swissair-Gesellschaften) bedeutet dies jedoch keinen Vorteil, nachdem sie nach Verfahrensabschluss ohnehin im Handelsregister gelöscht werden (vgl. Art. 66 Abs. 3 HRegV). Profitieren können vielmehr die Gläubiger, die regelmässig einen höheren Verwertungserlös erhalten als im Konkurs, da sie im Gegensatz zum Konkurs nicht an starre Formen und Fristen bei der Verwertung gebunden sind. Die Gläubiger können über einen Gläubigerausschuss und über von der Gläubigerversammlung gewählte Liquidatoren selber den optimalen Verwertungszeitpunkt und die günstigste Verwertungsart bestimmen (Art. 322 ff. SchKG), und allenfalls können Liquidationshandlungen bereits während der Nachlassstundung vorgenommen werden (vgl. Art. 298 SchKG). Insbesondere ist es möglich, einzelne Betriebsteile auf eine bestehende oder neu zu gründende Auffanggesellschaft zu übertragen und damit nicht einzeln liquidieren zu müssen. Dies liegt regelmässig auch im Interesse von Zulieferanten, Arbeitnehmern und der Öffentlichkeit, wie u.a. auch der Fall Swissair zeigt. Daneben können die schuldnerischen Aktiven aber auch lediglich einer schonungsvollen Liquidation (ohne Sanierung) zugeführt werden („Liquidationsvergleich“).

[Rz 3] Dass im Fall Swissair eine „direkte Sanierung“, d.h. eine Sanierung der Betriebe unter Beibehaltung deren bisherigen Rechtsträgerschaften besser gewesen wäre als eine Sanierung über eine Auffanggesellschaft, erscheint entgegen dem Vorartikel nicht zwingend. Gerade bei weltweit tätigen Gesellschaften mit internationalen Verflechtungen kann es gefährlich sein, die bisherigen

Rechtsträger mitsamt ihren Aktiven (oder Teilen davon) erhalten zu wollen. Noch heute hat grundsätzlich jedes Land oder zumindest jede Staatengruppe ihr eigenes Konkurs-, Sanierungs- und internationales Privatrecht. Dies hat zur Folge, dass ein schweizerischer Nachlassvertrag, ebenso wie eine ihm vorangehende Nachlassstundung, grundsätzlich nur innerhalb der Schweiz wirkt. Eine zu sanierende juristische Person ist daher besonders anfällig auf rechtliche Angriffe im Ausland, beispielsweise auf Verarrestierung von Vermögenswerten. Aus diesem Grunde müssen in einem internationalen Sachverhalt in den wichtigsten Ländern separate Nachlassstundungen (bzw. äquivalenter Gläubigerschutz) beantragt werden, wobei auch dann unsicher bleibt, ob und wie weit später ein in der Schweiz zustandegemachter Nachlassvertrag im Ausland anerkannt wird. In Anbetracht dessen sowie aufgrund der Unsicherheit, ob Gläubiger und Nachlassrichter im schweizerischen Nachlassverfahren dem Nachlassvertrag zustimmen werden (vgl. Art. 305 f. SchKG), lassen sich mitunter nur schwer Geldgeber finden, die bereit sind, in die bisherige Gesellschaft zu investieren.

[Rz 4] Richtig ist, dass das schweizerische Nachlassvertragsrecht im Rahmen einer „direkten Sanierung“ bzw. eines Dividendenvergleichs keine Eingriffe in die Organisations- und Kapitalstruktur des Schuldnerunternehmens zulässt, im Gegensatz zum „Chapter 11“ des US-amerikanischen Konkursrechts. Dies bedeutet, dass die Aktionärsstruktur im Rahmen eines derartigen Sanierungsverfahrens nicht gegen den Willen der betroffenen Aktionäre verändert werden kann und dass Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nur während der Nachlassstundung, nicht aber nach Abschluss des Nachlassverfahrens vom Richter gegen den Willen der Aktionäre (und des Verwaltungsrats) neu besetzt werden können. Derartige Eingriffe sind in der Schweiz allerdings in den wenigsten Fällen nötig. Verwaltungsrat und Aktionäre müssen kooperieren und den Gläubigern eine akzeptable Nachlassdividende anbieten. Andernfalls kann sie der Richter dank der jüngsten Revision des SchKG während der Nachlassstundung entmachten und an deren Stelle den Sachwalter handeln lassen, mit der Folge, dass das Verfahren in einen Nachlassvertrag mit vollständiger Vermögensabtretung münden kann und sie damit engültig entmachtet werden (vgl. Art. 298 Abs. 3 SchKG). Auch das schweizerische Recht kennt also die Möglichkeit, im Sanierungsfall den Verwaltungsrat und die Aktionäre zu entmachten und dem Unternehmen eine Sanierung aufzuzwingen, wenn dies im Interesse der Gläubiger notwendig ist.

[Rz 5] In Bezug auf die gesetzliche Regelung der Einleitung eines Nachlassverfahrens bedauern die Autoren, dass das SchKG keine Regelung analog dem „Chapter 11“ kennt. Gemäss diesem trete die Stundung automatisch mit der Einleitung des Verfahrens ein, im Gegensatz zum Nachlassverfahren, das, wie der Fall Swissair gezeigt habe, mehrere Tage in Anspruch nehme. Es trifft zu, dass in den USA grundsätzlich bereits die Verfahrenseinleitung die Stundungswirkungen auslöst (sog. „automatic stay“). In beiden Rechtsordnungen ist in der praktischen Handhabung jedoch entscheidend, dass der Gläubigerschutz im Zeitpunkt seiner Kommunikation gegenüber Dritten bereits besteht. Dies war im Nachlassverfahren Swissair nicht der Fall, ist jedoch gemäss schweizerischem Recht möglich, sofern das Gesuch frühzeitig gestellt wird und der Richter rasch entscheidet. Insbesondere wurde mit der Revision des SchKG neu die Möglichkeit geschaffen, dass der Richter die Nachlassstundung einstweilen provisorisch für maximal zwei Monate bewilligt und einen provisorischen Sachwalter einsetzt (vgl. Art. 293 Abs. 3 und Abs. 4 SchKG). Dadurch wurde möglich, dass selbst in komplexen Fällen wie im Fall Swissair der Richter unverzüglich Gläubigerschutz durch (provisorische) Nachlassstundung bewilligen kann. Im vorliegenden Fall kam genau diese gesetzliche Neuerung zum Tragen, indem die Nachlassrichter von Zürich und Bülach innert kürzester Zeit die provisorische Nachlassstundung bewilligt hatten. Als zusätzliche Problematik kommt in jedem Sanierungsfall hinzu, dass Gläubiger trotz Gläubigerschutz und trotz allfälliger gesetzlicher Privilegierung von während des Sanierungsverfahrens entstandenen Forderungen (vgl. Art. 310 SchKG) oftmals Vorauszahlungen verlangen, welche die Liquidität des Unternehmens stark belasten.

[Rz 6] Im Vorartikel wird weiter bedauert, dass nach Eintritt der Wirkungen der Nachlassstundung der Schuldner bzw. das bisherige Management nicht analog der „Debtor in Possession“-Regelung gemäss „Chapter 11“ das Unternehmen weiterführen können, sondern nur noch unter Aufsicht eines Sachwalters. Diese Regelung besagt jedoch lediglich, dass der Schuldner in grundsätzlicher Hinsicht weiter Verfügungsberechtigt über sein Vermögen bleibt.

Wenn es der amerikanische Konkursrichter für angezeigt hält, beispielsweise weil das bisherige Management unfähig oder zu wenig vertrauenswürdig erscheint, kann er auch einen Sachwalter („Trustee“) anstelle des Schuldners einsetzen oder die Kompetenzen des Schuldners durch Bestellung eines „Examiner“ zumindest teilweise beschränken oder den Schuldner beaufsichtigen lassen. Damit deckt sich die amerikanische Regelung weitgehend mit der schweizerischen (vgl. Art. 298 SchKG). Seit der Revision des SchKG ist es überdies möglich, dass während der Nachlassstundung mit Ermächtigung des Nachlassrichters Teile des Anlagevermögens veräussert oder verpfändet werden (Art. 298 Abs. 2 SchKG), was sich gerade im Fall Swissair als bedeutsam erweisen dürfte.

[Rz 7] Eine Schwäche des schweizerischen Nachlassrechts liegt allenfalls darin, dass gegen den Willen der Gläubigermehrheit kein Nachlass erfolgen kann, auch wenn er für die Gläubiger günstiger ist als der Konkurs. Gemäss „Chapter 11“ kann ein Sanierungsplan auch gegen den Willen der Gläubiger bewilligt werden, wenn er vorteilhafter als der Konkurs erscheint. Die Gläubiger werden in den USA anders als in der Schweiz in verschiedenste Gruppen mit unterschiedlicher Rechtsstellung eingeteilt. Abgestimmt über den Reorganisationsplan wird in jeder einzelnen Gruppe separat, und grundsätzlich muss in jeder Gruppe eine Gläubigermehrheit zugestimmt haben, damit der Reorganisationsplan zustande kommen kann. In begründeten Ausnahmefällen, insbesondere wenn der Konkurs für eine Gläubigergruppe und für jeden ablehnenden Gläubiger ohnehin nicht vorteilhafter wäre als der Reorganisationsplan, kann der Konkursrichter diesen gleichwohl bewilligen bzw. ihn den widersprechenden Gläubigern im sogenannten „Cram down“-Verfahren aufzwingen. Das SchKG kennt diese Möglichkeit nicht: Es sieht vor, dass der Richter einen Nachlassvertrag nur bestätigen darf, wenn mit ihm sämtliche Gläubiger grundsätzlich bessergestellt sind als bei der Durchführung eines Konkurses und die vorgesehenen Mehrheiten zustimmen (Art. 305 f. SchKG). Immerhin wurden mit der jüngsten Gesetzesrevision die erforderlichen Gläubigerquoten abgeändert, indem neuerdings Kleingläubiger eine Sanierung nicht mehr gegen den Willen der Grossgläubiger verhindern können (vgl. Art. 305 SchKG).

[Rz 8] Zusammenfassend lässt sich sagen, dass auch im schweizerischen Nachlassvertragsrecht die gesetzlichen Grundlagen bestehen, um jeden Sanierungsfall richtig zu lösen. Zu diskutierende Reformvorschläge wären heute insbesondere die Schaffung von Grundlagen für einen Gruppenkonkurs (und einen „Gruppennachlass“) sowie die Zusammenlegung von heutigem Konkurs- und Nachlassverfahren in ein Gesamtinsolvenzverfahren, bei welchem erst im Verlauf des Verfahrens über Sanierung oder Konkurs entschieden werden muss.

Dr. iur. Daniel Hunkeler, LL.M. ist Rechtsanwalt bei Schumacher Baur Hürlimann, Zürich.

Dieser Artikel ist auch in der Zeitschrift "Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs" (BlSchK), Heft 1/2002 erschienen.

Rechtsgebiet	SchKG
Erschienen in	Jusletter 18. März 2002
Zitiervorschlag	Daniel Hunkeler, Versäumnis des Gesetzgebers als Mitursache für das Swissair-Debakel?, in: Jusletter 18. März 2002 [Rz]
Internetadresse	http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.jsp?ArticleNr=1578