

Zur Revision des Sanierungsrechts

Das 1997 in Kraft getretene schweizerische Sanierungsrecht hat sich nach Ansicht der eingesetzten Expertengruppe und der Vernehmlassungsteilnehmer in der Praxis bewährt. Bei der laufenden Revision geht es deshalb nicht um eine Neukonzeptionierung. Sie zielt vielmehr darauf ab, einzelne Schwachpunkte zu beseitigen und das Verfahren weiter zu optimieren. Die Expertengruppe hat zudem geprüft, ob es sich anbietet, Elemente des Chapter-11-Verfahrens der US-amerikanischen Konkursordnung zu übernehmen.



Im Zusammenhang mit der Revision des schweizerischen Sanierungsrechts wird regelmässig die Forderung erhoben, dass das schweizerische dem US-amerikanischen Sanierungsverfahren anzugleichen sei. Dabei werden jeweils Fälle von prominenten US-amerikanischen Gesellschaften aufgeführt wie etwa die United Airlines. Bild: Keystone

In Zeiten wirtschaftlicher Krisen hat zumindest der Ruf nach der Revision des Sanierungsrechts Hochkonjunktur. Während heftig darüber gestritten wird, ob die Staatsausgaben nun gekürzt oder erweitert werden sollen, findet der Vorschlag – die Folgen des Abschwungs durch eine Optimierung des Sanierungsrechts abzufangen und die bedrohten Arbeitsplätze auf diese Weise zum Nulltarif zu retten – regelmässig breiten Zuspruch. Voraussetzung für ein Funktionieren dieser Konjunkturstütze durch eine Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen ist allerdings, dass das geltende Sanierungsrecht überhaupt verbesserungsfähig ist. Trifft dies



Dr. iur. David Rüetschi
 MJur, Projektleiter Revision Sanierungsrecht;
 Bundesamt für Justiz BJ,
 Bern

nicht zu, drohen die Revisionsbemühungen zu einem Schattenboxen zu werden.

Das Bundesamt für Justiz (BJ) hat im Sommer 2003 im Nachgang des Zusammenbruchs der Swissair eine hochkarätig besetzte Expertengruppe berufen, um genau die Frage zu beantworten: *Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig?* Die Experten kamen dabei zum Ergebnis, dass das schweizerische Sanierungsrecht keiner Gesamtüberprüfung und Generalüberholung bedürfte und aus Sicht der Praxis im Allgemeinen genügend Spielraum und Möglichkeiten für sinnvolle und befriedigende Lösungen biete.

Die Effizienzgewinne einer erfolgreichen Revision des Sanierungsrechts sind damit von Anfang an limitiert. Dass dies in der Öffentlichkeit teilweise anders wahrgenommen wird, erstaunt allerdings nicht: Neben den gelungenen gibt es nach wie vor zahlreiche gescheiterte Sanierungsversuche; und es sind vor allem diese Misserfolge, die schliesslich den Weg in die Medien finden. Das Scheitern einer Sanierung lässt sich regelmässig nicht auf eine einzige Ursache zurückführen. Es liegt nahe, sich in solchen Fällen auch über die rechtlichen Rahmenbedingungen zu be-

klagen, die für eine Sanierung ungünstig gewesen seien.

Stand der Revision

Das geltende Schweizer Sanierungsrecht geht zurück auf die letzte grosse Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG), die am 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist. Die Bestimmungen über das Sanierungsrecht entstanden dabei als Folge der schweren Wirtschaftskrise Anfang der 1990er-Jahre. Zum ersten Mal war es ausdrückliches Ziel des Gesetzgebers, nicht nur eine geordnete Liquidation eines Unternehmens zu ermöglichen, sondern gezielt eine Sanierung – im Sinne einer Gesundung des Unternehmens – zu begünstigen.

Die Expertengruppe wurde damit beauftragt, das relativ junge Sanierungsrecht auf seine Tauglichkeit in der Praxis hin zu überprüfen. Sie stellte dem geltenden Sanierungsrecht zwar grundsätzlich ein gutes Zeugnis aus, wies aber gleichzeitig auf einen punktuellen Reformbedarf hin. Der im Juni 2008 fertiggestellte Bericht der Expertengruppe schlug infolgedessen eine Reihe von Einzelmassnahmen vor, von welchen sich die Experten eine weitere Optimierung des Sanierungsverfahrens versprechen. Dieser Bericht bildete die Grundlage für den vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf. Gestützt auf das grösstenteils positiv ausgefallene Vernehmlassungsergebnis hat der Bundesrat am 20. Januar 2010 das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) mit der Ausarbeitung einer Botschaft beauftragt.

Die Revisionsvorschläge im Einzelnen

Die von der Expertengruppe formulierten und vom Bundesrat grösstenteils übernommenen Vorschläge zur Optimierung des Sanierungsverfahrens zielen im Wesentlichen in zwei Richtungen: Einerseits geht es um die Ausgestaltung eines *effizienten Verfahrens*, andererseits soll die *Gleichbehandlung der Gläubiger* gestärkt und die zu verteilende Masse durch Streichung von Vorrechten einzelner Gläubiger vergrössert werden.

Beispielsweise wurde vorgeschlagen, das Nachlassverfahren des SchKG zum exklusiven Sanierungsverfahren zu machen. Die gemäss geltendem Recht bestehende Möglichkeit eines Konkursaufschubs nach Art. 725a OR soll deshalb in das Nachlassverfahren integriert werden, damit das Moratorium in Zukunft sämtlichen Unternehmensformen, nicht wie heute nur der AG, zur Verfügung stehen würde.

Im gesamten Verfahren sollen die Mitspracherechte der Gläubiger durch verschie-

dene Massnahmen gestärkt werden. Für den Fall, dass gleichzeitig mehrere Insolvenzverfahren über verschiedene Konzerngesellschaften stattfinden, bedarf es einer Verfahrenskoordination; und die beteiligten Vollstreckungsorgane, Aufsichtsbehörden und Gerichte sollen ihre Handlungen so weit wie möglich aufeinander abstimmen.

Die Expertengruppe empfiehlt, eine Reihe weiterer Sanierungshürden, die in der Praxis häufig zu Schwierigkeiten geführt haben, herabzusetzen. So hat der Insolvenzfall (Konkurs, Nachlassverfahren) nach geltendem Recht grundsätzlich keine Auswirkungen auf bestehende Dauerschuldverhältnisse (etwa Miet- und Leasingverträge). Künftig soll es bei einer Sanierung des Unternehmens im Nachlassverfahren möglich sein, solche Dauerschuldverhältnisse ausserordentlich zu kündigen. Dauerverträge, die eine Sanierung behindern, könnten damit jederzeit und per sofort aufgelöst werden, allerdings nur unter voller Entschädigung der Gegenpartei. Da diese Entschädigung aber als blosser Nachlassforderung gelten soll, wird der betroffene Gläubiger im Regelfall einen Verlust in Kauf nehmen müssen.

Vorgesehen ist auch eine ersatzlose Abschaffung des geltenden Retentionsrechts des Vermieters von Geschäftsräumen an den vom Mieter eingebrachten Sachen, da auch dieses einer Sanierung im Wege stehen kann. Sehr umstritten war zuletzt der Vorschlag, die im Falle einer Betriebsveräusserung nach geltendem Recht bestehende Pflicht zur Übernahme sämtlicher Arbeitnehmer durch den Erwerber des Betriebs (Art. 333 OR) aufzuheben. Diese Pflicht hat in Einzelfällen dazu geführt, dass Sanierungen verunmöglicht wurden und es zur vollständigen Vernichtung der betroffenen Arbeitsplätze gekommen ist. Deshalb soll neu zwischen den Beteiligten verhandelt und vereinbart werden, ob und wieweit mit dem Betrieb auch Arbeitsverträge übernommen werden.

Der Ruf nach Chapter 11

In Zusammenhang mit der Revision des schweizerischen Sanierungsrechts wird regelmässig die Forderung erhoben, dass dieses dem US-amerikanischen Sanierungsverfahren, *Verfahren nach Chapter 11*, anzugleichen sei. Als Beleg dafür, wie erfolgreich das Verfahren funktioniert, werden jeweils verschiedene prominente US-amerikanischen Gesellschaften aufgeführt, die sich im Laufe ihres Bestehens einmal in den Schutz von Chapter 11 begeben haben und die heute wieder profitabel sind (unter anderem United Airlines, K-Mart, Macy's, Texaco, Singer).

Auch beim Verfahren nach Chapter 11 geht es darum, dass das Unternehmen Gelegenheit erhält, seine Schulden zu reorganisieren – und zwar mit dem Ziel, das Unternehmen anschliessend weiterzuführen. Damit unterscheidet es sich – zumindest in der Zielsetzung – nicht vom Sanierungsverfahren nach SchKG, welches neben der Liquidation ausdrücklich auch die Sanierung des Unternehmens vor Augen hat. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass auch das Chapter-11-Verfahren in mehr als der Hälfte der Fälle nicht zu einer Sanierung des betroffenen Unternehmens führt. Kritisiert wird zudem, dass dem Management eine Möglichkeit gegeben wird, begangene Fehler nachträglich wieder gutzumachen, womit Anreize für eine unsorgfältige und riskante Unternehmensführung geschaffen werden. Zudem entsteht die Gefahr, dass das Management das Verfahren in strategischer Weise missbrauchen kann, um bestimmte Verträge loszuwerden oder einem Teil der Belegschaft kündigen zu können bzw. die Löhne herabzusetzen.

Der erfolgreiche Import ausländischer Rechtsinstitute bedeutet stets eine grosse Herausforderung für die übernehmende Rechtsordnung, weil dabei stets die lokalen Umstände als Einflussfaktoren zu berücksichtigen

sind. Diese erschweren eine Teil-übernahme fremden Rechts oder führen dazu, dass die gleiche Regelung je nach Umgebung unterschiedliche Auswirkungen haben kann. Ob und wie weit Teile des US-amerikanischen Rechts übernommen werden sollen, ist deshalb jeweils spezifisch und unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen. Dieses Vorgehen entspricht im Übrigen auch dem Vorgehen der Expertengruppe, die im Rahmen ihrer Arbeiten die Übernahme einzelner Bestandteile des Chapter-11-Verfahrens ausführlich diskutiert hat, was drei Beispiele nachfolgend illustrieren sollen.

Ablehnung einer automatischen Stundung

Das Chapter-11-Verfahren kennt den *Automatic Stay*: Gleichzeitig mit dem Antrag des Schuldners tritt eine automatische und umfassende Stundung in Kraft. Damit können die Gläubiger keinerlei Vollstreckungshandlungen gegen den Schuldner mehr tätigen. Die Expertengruppe hat eine Übernahme des *Automatic Stay* geprüft, diese jedoch aus zwei Gründen abgelehnt: Einerseits ist mit der Möglichkeit einer provisorischen Stundung der zeitliche Unterschied zwischen Antragsstellung und gerichtlicher Bewilligung sehr klein. Andererseits erscheint die Missbrauchsgefahr einer solchen Regelung erheblich. Ein Schuldner könnte – ohne auch nur geringe Chancen auf Bewilligung der Nachlassstundung zu haben – das Gesuch um Nachlassstundung stellen und so zumindest bis zur Abweisung des Gesuchs in den Genuss einer sofortigen Stundungswirkung kommen.

Eigenverwaltung nach der Insolvenzverordnung

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zum Schweizer Recht besteht darin, dass das Unternehmen nach der Verfahrenseröffnung vom Schuldner – d.h. vom alten Management, selbst weitergeführt wird (*Debtor in Possession*). Eine solche Lösung ist in der Regel kostengünstiger, führt nicht zu einem Unterbruch der Tätigkeit und kann auf die besonderen unternehmens- und branchenspezifischen Vorkenntnisse des Schuldners abgestellt werden. Die Praxis zeigt allerdings, dass auch in der Schweiz der Schuldner faktisch die Geschäfte weiterführt, freilich unter der Aufsicht des Sachwalters. Dagegen wurde in den USA seit der Revision von 2002 die Stellung des *Debtor in Possession* für kleinere Unternehmen, d.h. Unternehmen mit weniger als 2 Mio. ungesicherter Verpflichtungen, sehr weitgehend eingeschränkt und die Rolle der gerichtlich eingesetzten Aufsichtsperson (*United States Trustee*) gestärkt. Die beiden Systeme haben sich damit erheblich angenähert. Zudem ist es fraglich, ob eine Weiter-

Kasten 1

Verfahren nach Chapter 11

Die US-amerikanische Konkursordnung (*US Bankruptcy Code*) sieht zwei Wege vor, die ein Unternehmen in der Insolvenz einschlagen kann: Es wird entweder nach dem 7. Kapitel liquidiert oder nach dem 11. Kapitel reorganisiert, mit dem Ziel, die Geschäftstätigkeit in Zukunft wieder aufnehmen zu können. Das *Verfahren nach Chapter 11* zeichnet sich im Wesentlichen durch folgende Merkmale aus:

- Das Verfahren kann vom Schuldner oder von seinen Gläubigern eingeleitet werden, wobei die Insolvenz keine Voraussetzung für ein Verfahren nach Chapter 11 bildet.
- Gleichzeitig mit dem Antrag werden alle Vermögenswerte des Schuldners von Gesetzes wegen in die neue Einheit *Bankruptcy Estate* übertragen und alle Forderungen gegen den Schuldner werden zu ausschliesslichen Forderungen gegenüber dieser Masse.
- Parallel zum Antrag des Schuldners tritt eine automatische und umfassende Stundung – *Automatic Stay* – in Kraft. Die bestehenden Gläubiger können damit keinerlei Vollstreckungshandlungen gegen den Schuldner mehr unternehmen.
- Möglichst rasch wird ein Gläubigerausschuss – *Committee of Unsecured Creditors* – ernannt.
- *Debtor in Possession*: Das Unternehmen wird nach der Verfahrenseröffnung weitergeführt – und zwar vom Schuldner selbst – und dieser wird vom *United States Trustee* beaufsichtigt. Dadurch wird das alte Management-Team automatisch zum Management des Schuldners.

- *Cramdown-Verfahren*: Nicht alle Gläubiger müssen dem Sanierungsplan zustimmen. Vielmehr wird jeder Gläubiger in eine Klasse mit anderen Gläubigern eingeteilt, wobei der Schuldner bis zu einem gewissen Grad auf die Einteilung der Klassen Einfluss nehmen kann. Die Abstimmung über den Sanierungsplan findet in den Klassen statt. Das Gericht genehmigt den Sanierungsplan regelmässig, wenn sämtliche Klassen dem Plan zugestimmt haben. Die Zustimmung einer Klasse gilt als gegeben, wenn mindestens die Hälfte der Gläubiger, die mindestens zwei Drittel der Forderungen der Klassen vertreten, dem Plan zustimmen. Stimmen eine oder mehrere Gläubigerklassen dem Sanierungsplan nicht zu, kann das Gericht diesen unter Umständen dennoch genehmigen.
- Beim *Pre-Packaged Plan* finden die Verhandlungen mit den Gläubigern statt, noch bevor ein Chapter-11-Verfahren eingeleitet worden ist, sodass deren Zustimmung zum Sanierungsplan zum Zeitpunkt der Gesuchstellung bereits vorliegt und sofort vom Gericht in kurzer Zeit genehmigt werden kann.

führung des Unternehmens durch diejenige Person, welche das Unternehmen selbst in die Insolvenz geführt hat, in allen Fällen sachgerecht ist und ob auf diese Weise potenzielle Geldgeber sowie die Gläubiger das für eine Sanierung notwendige Vertrauen in die Fähigkeiten des Schuldners gewinnen können. Auch ist es unter dem US-amerikanischen System weniger riskant, die Geschäftsführung beim Schuldner zu belassen, weil die Klagefreudigkeit der US-Amerikaner den Schuldner präventiv diszipliniert. Im Falle eines Fehlverhaltens wird der Schuldner mit grosser Wahrscheinlichkeit persönlich zur Verantwortung gezogen.

Cramdown-Verfahren in der Schweiz nicht möglich

Eine dritte Eigenheit von Chapter 11 besteht im *Cramdown-Verfahren*, welches es dem Gericht erlaubt, einen Nachlassvertrag auch *gegen den Willen* einer Gläubigermehrheit zu bewilligen. Dies ist nach Schweizer Recht nicht möglich: Das SchKG setzt für die gerichtliche Bestätigung des Nachlassvertrages voraus, dass dieser von einer qualifizierten Mehrheit der Gläubiger angenommen wird.

Die Expertengruppe hat die Einführung einer solchen Regelung geprüft und ausdrücklich verworfen, da sie der schweizerischen Tradition widersprechen würde: Die geltende Lösung sei richtig, weil sie darauf abziele, dass – wenn auch unter Umständen nach zähen Verhandlungen – ein von einer Mehrheit akzeptierter Kompromiss gefunden werde. Zudem kann ein Nachlassvertrag bereits nach geltendem Recht gegen den Willen eines beträchtlichen Teils der Gläubiger vom Gericht genehmigt werden. Auch weisen die schweizerischen Gerichte in Sanierungsfragen keinerlei Spezialisierung auf, vielmehr amten die ordentlichen Zivilgerichte als Nachlassgerichte. Dies im Unterschied zu den USA, wo für Verfahren nach Chapter 11 hoch spezialisierte Gerichte zuständig sind. Eine Genehmigung des Nachlassvertrages gegen den Willen einer oder mehrerer Gläubigerklassen setzt voraus, dass die Gerichte die Vorteile des Nachlassvertrages tatsächlich besser beurteilen können als die Gläubiger, was bei den bei uns für die Nachlassverträge zuständigen Gerichten wohl kaum je der Fall sein wird.

Fazit

Die Expertenkommission hat mit klaren Worten festgehalten: «Das schweizerische Insolvenzrecht ist besser als sein Ruf – auch als Sanierungsrecht.» Es geht bei der laufenden Revision deshalb nicht um eine Neukonzeption des Sanierungsrechts, sondern um dessen Weiterentwicklung auf dem bestehenden Fundament. Die pauschale Forderung nach einer umfassenden Übernahme einer ausländischen Lösung ist beim gegenwärtigen bereits sehr differenzierten Stand der Diskussion der Sache nicht dienlich und aufgrund der bestehenden grundsätzlichen Unterschiede in den Rechtsordnungen auch gar nicht umsetzbar.

Sanierungen scheitern in der Schweiz oftmals nicht am eigentlichen Sanierungsrecht, sondern vor allem aufgrund anderer Einflussfaktoren. Im Zentrum steht dabei der Gedanke der Prävention: Allfällige Schwierigkeiten werden häufig zu spät erkannt, oder die notwendigen Massnahmen werden zu spät eingeleitet. Kommt es dann zu einem Nachlassverfahren, ist eine Sanierung kaum mehr möglich, und es bleibt nur noch eine Liquidation. Dem Gedanken einer Sanierung vor der Insolvenz ist deshalb in Zukunft – auch aus der Perspektive des Gesetzgebers – erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. Flankierend sollte darauf geachtet werden, dass die Unternehmen bzw. ihre Rechtsberater sich der Unterstützung, den das Gesetz mit dem Institut der Nachlassstundung bietet, bewusst sind und bei Bedarf davon Gebrauch machen. Schliesslich sollte darüber nachgedacht werden, ob und welche Massnahmen notwendig sind, um den genannten Schwachpunkten unseres Systems, insbesondere der fehlenden Spezialisierung der Gerichte und der Zurückhaltung bei der Geltendmachung von Verantwortlichkeits- und Anfechtungsklagen, begegnen zu können. ■

Sanierungen scheitern in der Schweiz oftmals nicht am eigentlichen Sanierungsrecht, sondern vor allem aufgrund anderer Einflussfaktoren. Im Zentrum steht dabei der Gedanke der Prävention: Allfällige Schwierigkeiten werden häufig zu spät erkannt, oder die notwendigen Massnahmen werden zu spät eingeleitet. Kommt es dann zu einem Nachlassverfahren, ist eine Sanierung kaum mehr möglich, und es bleibt nur noch eine Liquidation. Dem Gedanken einer Sanierung vor der Insolvenz ist deshalb in Zukunft – auch aus der Perspektive des Gesetzgebers – erhöhte Aufmerksamkeit zu schenken. Flankierend sollte darauf geachtet werden, dass die Unternehmen bzw. ihre Rechtsberater sich der Unterstützung, den das Gesetz mit dem Institut der Nachlassstundung bietet, bewusst sind und bei Bedarf davon Gebrauch machen. Schliesslich sollte darüber nachgedacht werden, ob und welche Massnahmen notwendig sind, um den genannten Schwachpunkten unseres Systems, insbesondere der fehlenden Spezialisierung der Gerichte und der Zurückhaltung bei der Geltendmachung von Verantwortlichkeits- und Anfechtungsklagen, begegnen zu können. ■

Kasten 2

Literatur

- Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren, Begleitbericht zum Vorentwurf, Bern 2008.
- Vorentwurf zur Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Bern 2008.
- Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung, Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, Bern 2005.
- Hunkeler D., Versäumnis des Gesetzgebers als Mitursache für das Swissair-Debakel, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 2002, S. 7 ff.
- Meier I., Chapter 11 im Vergleich mit dem schweizerischen Nachlassverfahren, in: Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr, Den Haag 2000, S. 446 ff.
- McCormack G., Corporate Rescue Law – An Anglo-Saxon Perspective, Cheltenham 2008.