

Nachlassrecht ist Sanierungsrecht

Gerichtliches Nachlassverfahren bietet erhebliche Vorteile gegenüber aussergerichtlichen Sanierungen

Bei der Beratung und in Gesprächen mit Verantwortlichen von KMU, Treuhändern, aber auch Bankern in Restrukturierungsabteilungen tritt ein anscheinend kaum auszumerzendes Missverständnis immer wieder an den Tag: «Wir befassen uns noch nicht mit einem Nachlassverfahren, da noch Chancen auf Sanierung bestehen.»

1. Einleitung

Exemplarisch zeigt dieser Satz auf, dass das Nachlassrecht in breiten Kreisen immer noch als «elegante» Variation zum anrühigen Konkursverfahren gilt. Gemeint ist damit die Zerschlagung eines illiquiden oder überschuldeten Unternehmens oder auch des Vermögens einer Privatperson. Die nachfolgenden Ausführungen sollen aufzeigen, dass das Nachlassrecht daneben aber auch den gesetzlichen Rahmen für vielfältige und zuwenig genutzte Sanierungsmöglichkeiten bietet.

Selbstverständlich gibt es neben der SchKG-Sanierung auch andere Möglichkeiten, eine Unternehmensgesundheit einzuleiten und umzusetzen. Zu denken ist beispielsweise an den aussergerichtlichen Nachlassvertrag oder auch (insbesondere für Aktiengesellschaften, GmbH und Genossenschaften) das Institut des Konkursaufschubes (vgl. die diesbezügliche Gegenüberstellung von Dr. Thomas Bauer in IWIR 3/2000, S. 89 ff). Zu berücksichtigen gilt es dabei aber zweierlei:

Erstens handelt sich bei den erwähnten Varianten lediglich um den möglichen Rahmen, innerhalb welchem eine Sanierung durchgeführt werden kann.

Das krisengeschüttelte Unternehmen ist deshalb gut beraten, vor der Wahl des rechtlichen Sanierungsinstruments nach den Wurzeln des Übels zu forschen. Diese können völlig unterschiedlicher Natur sein, und erst die fundierte Problemanalyse zeigt auf, welcher Gesundungsweg am erfolgversprechendsten ist (vgl. Ziffer 3 nachstehend).

Zweitens ist es mit einer rein rechtlichen Sanierung zwar möglich, eine drohende oder bestehende Überschuldung zu beseitigen, indem die Gläubiger dazu bewegt werden, auf einen

Teil ihrer Forderungen zu verzichten. Der Erfolg dieser Massnahmen ist aber in der Regel vorübergehender Natur, wenn die Entschuldung nicht von den erforderlichen finanziellen und/oder organisatorischen Massnahmen begleitet wird. So kann es nebst der Bereinigung des Fremdkapitals beispielsweise erforderlich sein, dem Unternehmen neue Eigenmittel für zukunftsgerichtete Investitionen zuzuführen, nicht rentable Betriebsteile abzustossen oder stillzulegen, betriebliche Abläufe zu optimieren oder das Unternehmen strategisch neu auszurichten. Gefordert ist also letztlich eine umfassende Sanierung, welcher eine Analyse der rechtlichen, der finanziellen und der organisatorischen Voraussetzungen vorangeht.

2. Überblick über das Nachlassverfahren

Das gerichtliche Nachlassverfahren lässt sich in vier Phasen unterteilen: Am Anfang steht die Bewilligung der Nachlassstundung durch den Nachlassrichter (2.1), in der Regel auf Gesuch des Schuldners (aber nicht zwingend; vgl. Art. 293 Abs. 2 und 3 SchKG) hin. Auf die Einleitung des Nachlassverfahrens hin folgt die Stundungsphase (2.2), während welcher sich zeigt, ob es dem Schuldner gelingt, mit seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag abzuschliessen. Die Nachlassstundung findet ihren Abschluss mit der sogenannten Bestätigungsverhandlung vor dem Nachlassrichter (2.3). Kann der Nachlassrichter den Nachlassvertrag bestätigen, folgt anschliessend die Vollzugsphase (2.4).

2.1 Bewilligung der Nachlassstundung

Die Rechtswohltat der Nachlassstundung steht jeder (natürlichen oder juri-



Pablo Duc, *Fürsprecher, Partner, Transliq AG, Bern*

stischen) Person, unabhängig davon, ob sie im Handelsregister eingetragen ist oder nicht, offen. Erforderlich ist die Einreichung eines entsprechenden Gesuches beim zuständigen Richter, welches den Anforderungen von Art. 293 SchKG entspricht: Das Gesuch hat die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (dokumentiert mit einer möglichst aktualisierten Bilanz- und Erfolgsrechnung) darzulegen und dem Richter zu erklären, inwiefern der Schuldner in die missliche finanzielle Lage geraten ist. Nebst dieser Ist-Betrachtung hat der Gesuchsteller dem Richter perspektivisch auch aufzuzeigen, wie die Sanierung konkret ablaufen soll und was für einen Nachlassvertrag er seinen Gläubigern vorschlagen will. Dies soll dem Richter dazu dienen, die Erfolgchancen der geplanten Sanierung einer ersten Beurteilung unterziehen zu können. Dennoch besteht die Möglichkeit, das Sanierungskonzept und damit auch den Nachlassvertrag während der einmal laufenden Stundung nachträglich noch abzuändern.

Sofern sich der Richter aufgrund des Gesuches sowie der mündlichen Verhandlung ein hinreichendes Bild über die finanzielle Lage des Schuldners und die Sanierungschancen – er kann hierzu auch wichtige Gläubiger befragen – machen kann und er diese als intakt erachtet, gewährt er dem Schuldner eine Nachlassstundung von vier bis sechs Monaten (Art. 295 Abs. 1 SchKG). Sind die finanziellen Verhältnisse und/oder die Chancen auf das Erreichen eines Nachlassvertrages nicht hinreichend klar, kann der Richter eine provisorische Nachlassstundung von zwei Monaten bewilligen und einen provisorischen Sachwalter einsetzen. Diesem obliegt es dann, während der provisorischen Stundungsphase die erforderlichen Grundlagenabklärungen zu treffen, damit der Nachlassrichter über die Gewährung der definitiven Stundung befinden kann.

Ein weiterer zentraler Punkt muss ebenfalls vor Einleitung der Nachlassstundung geklärt werden. Nämlich die Frage, inwiefern es dem Schuldner möglich ist, während der Nachlassstundung zumindest ein ausgeglichenes Resultat zu erzielen und ob er über die

hierfür erforderliche Liquidität verfügt. Es empfiehlt sich demnach, dem Nachlassstundungsgesuch ein detailliertes Budget und eine Liquiditätsplanung für die Dauer der Nachlassstundung beizulegen, da ein umsichtiger Richter auch diese Punkte in seine Entscheidungsfindung einbeziehen wird.

2.2 Stundungsphase

Bewilligt der Richter eine Nachlassstundung, zieht dies sowohl für den Schuldner als auch für den Gläubiger diverse Konsequenzen nach sich. Auf Gläubigerseite ist insbesondere anzuführen, dass grundsätzlich keine Betreibungshandlungen mehr möglich sind (Ausnahmen vgl. Art. 297 Abs. 2 SchKG) und der Zinsenlauf für nicht pfandgesicherte Forderungen gestoppt wird (Art. 297 SchKG).

Um einer allfälligen Vermögensverminderung und damit einer Verschlechterung der Gläubigerposition – diesen sind ja die Hände weitgehend gebunden – entgegenzuwirken, schränkt das Gesetz die Verfügungsfähigkeit des Schuldners über sein Vermögen weitgehend ein. So ist es ihm verwehrt, das Anlagevermögen oder Teile davon zu veräussern oder zu belasten; er darf keine unentgeltlichen Verfügungen mehr treffen, und Geschäfte ab einer bestimmten Bedeutung nur noch mit Zustimmung des Sachwalters tätigen (Art. 298 SchKG).

Dem Sachwalter, welcher vom Nachlassrichter zu Beginn der Nachlassstundung eingesetzt wird, obliegt die Überwachung des Schuldners (und damit die Erhaltung des noch vorhandenen Vermögens) während der Stundungsphase. Als Hauptinstrument für die Überwachung wird dem Sachwalter ein relativ umfassendes Weisungsrecht gegenüber dem Schuldner, verbunden mit verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten (Antrag auf Entzug der Geschäftsführung oder auf Widerruf der Stundung), eingeräumt.

Daneben fallen ihm weitere zentrale Aufgaben während der Nachlassstundung zu (Art. 299–302 SchKG): Er klärt den Vermögensstatus des Schuldners detailliert ab, indem er einerseits

einen Schuldenruf erlässt und andererseits ein Inventar über die vorhandenen Aktiven erstellt. Weiter hat er eine Gläubigerversammlung einzuberufen, um die Gläubiger über den Vermögensstatus zu informieren und den definitiven Entwurf des Nachlassvertrages zur Genehmigung zu unterbreiten. Die Zustimmung kann allerdings bis zur Bestätigungsverhandlung vor dem Nachlassrichter erfolgen. In der Praxis erfolgt die Zustimmung durch die Gläubiger oft erst nach der Gläubigerversammlung, da diese verständlicherweise eine Bedenkfrist benötigen. Der Sachwalter schliesst die Stundungsphase durch den sogenannten Sachwalterbericht ab. Dieser hat den Nachlassrichter über den Gang der Stundung sowie über das Zustandekommen des Nachlassvertrages zu orientieren und einen Antrag betreffend Bestätigung bzw. Nichtbestätigung des Nachlassvertrages zu enthalten.

2.3 Bestätigungsentscheid

Der Richter beruft – gestützt auf den Sachwalterbericht – die sogenannte Bestätigungsverhandlung ein, anlässlich welcher darüber befunden wird, ob der mit den Gläubigern abgeschlossene Nachlassvertrag gerichtlich bestätigt werden kann. Zentrales Element hierfür ist selbstverständlich die hinreichende Zustimmung der Gläubiger. Diese liegt gemäss Art. 305 SchKG vor, wenn entweder die Mehrheit der Gläubiger, welche zwei Drittel der Gesamtforderungen vertritt, oder aber ein Viertel der Gläubiger, welche drei Viertel der Gesamtforderungen vertreten, dem Nachlassvertrag bis zum Bestätigungsentscheid zustimmen. Damit ist auch gesagt, dass für das Zustandekommen eines Nachlassvertrages nicht sämtliche Gläubiger zustimmen müssen.

Nebst dieser Hauptvoraussetzung hat der Richter auch zu prüfen, ob der Vollzug des Nachlassvertrages hinreichend sichergestellt ist, ob er den finanziellen Möglichkeiten des Schuldners angemessen Rechnung trägt und das bessere Resultat als in einem allfälligen Konkurs nach sich zieht (Art. 306 SchKG). Sind all diese Voraussetzungen erfüllt, kann der Nachlassvertrag

gerichtlich bestätigt werden, womit er für sämtliche Gläubiger verbindlich wird.

2.4 Vollzug

Der Vollzug des Nachlassvertrages hängt naturgemäss massgeblich von seinem Inhalt ab, worauf unter Ziffer 3 nachfolgend eingegangen wird. Dennoch lässt sich folgende grundlegende Unterscheidung treffen:

Handelt es sich um einen Nachlassvertrag mit Prozentvergleich (Art. 314 ff SchKG) – also einen Nachlassvertrag, bei welchem jeder Gläubiger gemäss Nachlassvertrag einen bestimmten Teil seiner Forderung erhält und auf den Rest verzichtet, gestaltet sich der Vollzug relativ einfach: Der Schuldner hat den Gläubigern die Nachlassdividende (z.B. 20% der jeweiligen Forderung) innert einer im Nachlassvertrag zu bestimmenden Frist (z.B. 60 Tage) aus den bereits sichergestellten Mitteln zu bezahlen. Mit dem Vollzug kann aber auch ein Dritter (z.B. der ehem. Sachwalter) im Nachlassvertrag betraut oder vom Richter im Rahmen der Bestätigungsverhandlung eingesetzt werden, was sich jedenfalls in komplizierten Verhältnissen empfiehlt.

Wird ein Nachlassvertrag mit Liquidationsvergleich (Art. 317 ff SchKG) – also ein Nachlassvertrag, mit welchem der Schuldner seinen Gläubigern sein gesamtes oder teilweises Vermögen zur bestmöglichen Befriedigung zur Verfügung stellt – abgeschlossen, folgt auf den Bestätigungsentscheid die sogenannte Nachlassliquidation. Diese entspricht in den groben Zügen einem Konkursverfahren. Knapp zusammengefasst wird das den Gläubigern zur Verfügung gestellte Vermögen durch einen Liquidator – in Zusammenarbeit mit dem ihm übergeordneten Gläubigerausschuss – liquidiert. Im Anschluss daran wird der Erlös analog der konkursrechtlichen Regelung auf die Gläubiger verteilt. Der Liquidator und der Gläubigerausschuss werden anlässlich der Gläubigerversammlung – also noch während der Nachlassstundung – gewählt. Gleich wie beim Prozentvergleich verzichten die Gläubiger im Rahmen des Liquidationsvergleichs

nach durchgeführter Verteilung des Verwertungserlöses auf ihre Restforderung.

3. Gerichtliche Nachlassverträge mit Sanierungscharakter

3.1 Prozent- und Stundungsvergleich

Der Gesetzgeber fasst diese beiden gerichtlichen Nachlassvarianten in Art. 314–316 SchKG unter den Abschnitt «ordentlicher Nachlassvertrag» zusammen. Beim ordentlichen Nachlassvertrag handelt es sich um den klassischen Nachlassvertrag mit Sanierungscharakter. Dies zeigt sich darin, dass der ordentliche Nachlassvertrag nicht in einer Generalliquidation (Verwertung sämtlicher Aktiven des Schuldners zur bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger) mündet, also keinesfalls mit einem Konkursverfahren vergleichbar ist. Vielmehr soll der Nachlassschuldner saniert werden und nach Abschluss des Nachlassverfahrens seine Geschäftstätigkeit fortsetzen.

3.1.1 Stundungsvergleich

Typischer Inhalt des Stundungsvergleichs ist es, dass der Schuldner und seine Gläubiger für die (vollständige) Tilgung der Verbindlichkeiten neue Zahlungsfristen vereinbaren, d. h., die Gläubiger gewähren dem Schuldner einen Zahlungsaufschub. Der reine Stundungsvergleich dürfte in der Praxis aber eher selten sein, da ein Schuldner in der Regel erst dann ein gerichtliches Verfahren einleitet, wenn ihm ohne Forderungsnachlass nicht mehr geholfen werden kann (SchKG-Guggisberg, N 18 zu Art. 314).

3.1.2 Prozentvergleich

Demgegenüber beinhaltet der in der Praxis häufig gewählte Prozentvergleich eine teilweise Befriedigung der unprivilegierten Forderungen (die privilegierten Forderungen müssen im Rahmen eines Nachlassverfahrens vollständig befriedigt werden) in einer bestimmten, im Nachlassvertrag festzuschreibenden Höhe. Im Gegenzug ver-

zichten die Gläubiger auf den Rest ihrer Forderung, welche mit Vollzug des Nachlassvertrages definitiv untergeht. Aus Sicht des Schuldners bedeutet dies, dass er mit der Bezahlung der Nachlassdividende, also einem Bruchteil seiner gesamten Verbindlichkeiten, das gesamte Fremdkapital bereinigt hat und seine Geschäftstätigkeit unverändert fortsetzen kann. Der Prozentvergleich ist demnach ganz offensichtlich auf die Sanierung des Schuldners und die Fortführung seiner geschäftlichen Tätigkeit ausgerichtet. Für die Gläubiger ist – nebst der Tatsache, dass sie eine höhere Dividende als in einem allfälligen Konkursverfahren erhalten – die Fortsetzung der gemeinsamen Geschäftsbeziehung mit dem Nachlassschuldner Haupttriebfeder, freiwillig auf einen Teil ihres Geldes zu verzichten.

3.1.3 Kombination von Prozent- und Stundungsvergleich

Nebst der prozentual bestimmten Höhe der Dividende (z.B. 20%) enthält der Nachlassvertrag mit Prozentvergleich regelmässig eine bestimmte Zahlungsfrist (z.B. 60 Tage). Daraus ist ersichtlich, dass sich ein Prozentvergleich ohne weiteres mit einem Stundungsvergleich kombinieren lässt, indem die Zahlungsfrist nach hinten verschoben wird (z.B. 4 Monate).

Insbesondere der Stundungsvergleich dürfte allerdings bedingen, dass der Schuldner im Rahmen des Nachlassverfahrens seine Ertragskraft durch weitere Sanierungsmassnahmen verbessert (worauf nachstehend unter Ziffer 3.1.4 und 3.1.6 eingegangen wird), da sonst nicht einsehbar ist, inwiefern ihm die Erarbeitung der vereinbarten Dividende bis zum Ablauf des Zahlungsmoratoriums möglich sein soll.

3.1.4 Finanzierung der Nachlassdividende

Für die Finanzierung der Nachlassdividende bestehen verschiedene Möglichkeiten:

Häufig werden dem Nachlassschuldner für die Dividendenzahlung von Dritteseite (z.B. von seiten eines an der Sanierung interessierten Geschäftspart-

ners oder Investors) die erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt. Es ist aber auch denkbar, dass der Schuldner die Dividende während der Nachlassstundung selber erarbeiten kann. Dies wird vor allem dann möglich sein, wenn der Schuldner während der Nachlassstundung von verschiedenen Verbindlichkeiten befreit werden kann. Dies ist insofern gegeben, als während der

elle Schieflage und will sich beispielsweise über einen Prozentvergleich sanieren, kann es für die kreditgebende Bank (welche die Entwicklungskosten vorfinanziert hat) stossend sein, sich mit einer relativ geringen Dividende zufriedenzugeben, wenn das Unternehmen mit seinem neuen Produkt zu einem späteren Zeitpunkt hohe Ertragschancen hat.

die hypothekarische Belastung seines Gasthofs infolge eines überbeurteilten Umbaus viel zu hoch ist und er die Hypothekarzinsen nicht mehr aus dem Geschäftsertrag begleichen kann. Nachdem ihm die Nachlassstundung bewilligt wurde, erklärt sich die Grundpfandgläubigerin bereit, den Hypothekarzins während der Dauer der Nachlassstundung lediglich noch auf dem effektiven Ertragswert zu verlangen. Durch die deutliche Entlastung auf der Kostenseite gelingt es dem Nachlassschuldner, während der Dauer der Nachlassstundung einen Cash-Flow zu erwirtschaften. Damit kann er die Nachlassdividende finanzieren und gleichzeitig den Nachweis erbringen, dass er bei angemessener Zinsbelastung in der Lage ist, seinen Betrieb rentabel zu betreiben. Gleichzeitig gelingt es dem Schuldner während der Nachlassstundung, eine Bank zu finden, welche die Betriebsliegenschaft im Rahmen des Ertragswerts nach Ablauf der Nachlassstundung auf reduzierter Basis weiterführt. Die Ablösung wird unter der ausdrücklichen Bedingung des Zustandekommens des gerichtlichen Nachlassvertrages vereinbart. Nach gerichtlicher Bestätigung des Nachlassvertrages wird die Umfinanzierung vollzogen.

«Der Prozentvergleich ist demnach ganz offensichtlich auf die Sanierung des Schuldners und die Fortführung seiner geschäftlichen Tätigkeit ausgerichtet.»

Dauer der Nachlassstundung nur noch diejenigen Verpflichtungen beglichen werden müssen, denen der Sachwalter ausdrücklich zustimmt und welche deshalb zu sog. Massverbindlichkeiten werden (vgl. Art. 310 Abs. 2 SchKG). Da der Sachwalter nur denjenigen Verbindlichkeiten zustimmen wird, welche für die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit während der Nachlassstundung unbedingt erforderlich sind, kann der Schuldner während der Nachlassstundung unter Umständen von belastenden Dauerschuldverhältnissen (z.B. Leasingraten, Mietzinsen usw.) für nicht mehr benötigte Vermögensbestandteile befreit werden und so seine Rentabilität erhöhen.

Es muss in solchen Konstellationen deshalb möglich sein, einen klassischen Prozentvergleich mit der Partizipation der Gläubiger am späteren Gewinn des Schuldners zu verbinden. Ein derartiger Nachlassvertrag könnte beispielsweise dahingehend lauten, dass der Schuldner den Gläubigern nach Ablauf der Nachlassstundung innert 60 Tagen eine Dividende von 10 % zu entrichten hat und den Gläubigern (im Sinne eines Bonus) in den beiden Folgejahren jeweils 50 % des internen Reingewinns ausschüttet.

3.1.5 Kombination des ordentlichen Nachlassvertrages mit weiteren Vertragselementen

Im Bereich von aussergerichtlichen Nachlassverträgen sichern sich Gläubiger nicht selten – beispielsweise mittels sogenannten Besserungsscheinen – ein späteres Upside-Potential des Schuldners. Dies kann für den Gläubiger vor allem bei Start-up-Unternehmungen von erheblichem Interesse sein. Bei derartigen Unternehmen tritt bisweilen der Fall ein, dass die Entwicklungskosten für ein Produkt höher ausfallen als ursprünglich angenommen oder aber die Entwicklung mehr Zeit als geplant in Anspruch nimmt. Gerät nun ein derartiges Unternehmen in finanzi-

3.1.6 Kombination des ordentlichen Nachlassvertrages mit weiteren Sanierungsmassnahmen

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, muss der gerichtliche Nachlass, welcher eine Bereinigung des überhöhten Fremdkapitals nach sich zieht, in aller Regel mit weiteren Sanierungsschritten kombiniert werden, damit die Gesundung des Unternehmens nachhaltig ist. Die möglichen Massnahmen sind mannigfaltig und hängen selbstverständlich stark von der konkreten Situation ab. Die Restrukturierungsmassnahmen können, wie bereits dargelegt, verschiedene Ebenen eines Unternehmens betreffen. Nachfolgend soll dies an einem einfachen Beispiel illustriert werden:

Ein Gastwirt kann seinen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen, weil

Das vorstehende Beispiel, welches der praktischen Tätigkeit des Autors entstammt, zeigt die Vorteile der gerichtlichen Sanierung auf: Die Nachlassstundung erlaubt es dem Schuldner, durch die reduzierte Zinsbelastung wieder rentabel zu arbeiten und so den Gläubigern zumindest noch einen Teil ihres Ausstandes zurückzuerstatten. Dies wäre im konkreten Fall in einem Konkursverfahren aufgrund der sofortigen Betriebsschliessung und der damit zusätzlich anfallenden privilegierten Forderungen (Kündigungslöhne der Mitarbeiter) nicht mehr möglich gewesen. Aus Sicht der Grundpfandgläubigerin wird eine Ablösung ihres Engagements auf Basis des Ertragswertes möglich. In einer allfälligen Versteigerung des stillgelegten Restaurantsbetriebs hätte mit Sicherheit ein schlechteres Ergebnis resultiert. Aus Sicht der die Liegenschaft neu finanzierenden Bank kann der Nachlassschuldner während der Nachlassstundung den Nachweis erbringen, dass er

instande ist, die reduzierte Zinslast aus seinem Geschäftsertrag zu finanzieren.

3.2 Liquidationsvergleich

Der Liquidationsvergleich – auch Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung genannt – ist in den Art. 317 ff SchKG geregelt und stellt grundsätzlich das nachlassrechtliche Pendant zum Konkursverfahren dar. Insofern kommt ihm grundsätzlich kein Sanierungscharakter zu, sondern er stellt aus Sicht des Schuldners die sanftere Variante zum Konkursverfahren (keine Verlustscheine, da Gläubiger auf Restforderung verzichten; vgl. Art. 318 Abs. 1 Ziffer 1 SchKG) dar.

Trotzdem kann der Liquidationsvergleich in verschiedenen Erscheinungsformen bei Unternehmenssanierungen zur Anwendung gelangen. An dieser Stelle soll auf zwei Möglichkeiten hingewiesen werden, wovon die eine unmittelbar aus Art. 317 Abs. 1 SchKG hervorgeht:

«Durch den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kann den Gläubigern das Verfügungsrecht über das schuldnerische Vermögen eingeräumt oder dieses Vermögen einem Dritten ganz oder teilweise abgetreten werden.»

Daraus geht hervor, dass der Schuldner nicht nur den Gläubigern das Verfügungsrecht über sein Vermögen einräumen kann (diesfalls bleibt er zivilrechtlich Eigentümer der Vermögenswerte bis zu deren Verwertung), damit es diese durch den Liquidator (und den Gläubigerausschuss) verwerten lassen und sich aus dem Erlös befriedigen können. Der Nachlassschuldner kann sein Vermögen gemäss gesetzlicher Konzeption nämlich auch an einen Dritten ganz oder teilweise abtreten, wobei die Abtretung hier als Übertragung im zivilrechtlichen Sinn zu verstehen ist. Das heisst, der Dritte wird hier Eigentümer/zivilrechtlich Berechtigter dieser Vermögenswerte (vgl. Winkelmann/Lévy/Jeanerret/Merkt/Birchler, N 8 zu Art. 317). Dies ermöglicht es, im Rahmen eines Nachlassvertrages, sämtliche oder auch nur Teile der Aktiven eines Unternehmens an einen Dritten, beispielsweise eine Auffanggesellschaft, zu verkaufen. Der Verkaufserlös bildet in der Folge die Li-

quidationsmasse für die Gläubigerschaft.

Die zweite Möglichkeit, im Rahmen eines Nachlassverfahrens die Aktiven des Nachlassschuldners (oder Teile davon) an eine Auffanggesellschaft zu verkaufen, besteht darin, den Verkauf bereits während der Nachlassstundung zu vollziehen. Dies kann vor allem dann von Bedeutung sein, wenn der Betrieb aufgrund der Liquidität nicht bis zum Schluss der Nachlassstundung aufrechterhalten werden kann und es zu keinem Betriebsunterbruch kommen darf. Diesfalls muss allerdings gestützt auf Art. 298 Abs. 2 SchKG vor Vollzug des beabsichtigten Verkaufs die Ermächtigung des Richters eingeholt werden, da von derartigen Verkäufen regelmässig das Anlagevermögen betroffen ist.

4. Fazit

Das Nachlassverfahren dient entgegen einer weit verbreiteten Meinung nicht primär der Liquidation von Unternehmen, sondern es bietet vielfältige Sanierungsmöglichkeiten. Sofern die Voraussetzungen für ein Nachlassverfahren erfüllt sind, gewährt der Nachlassrichter eine Nachlassstundung. Im Rahmen dieser Stundung überprüft der gerichtlich eingesetzte Sachwalter die Einkommens- und Vermögenslage des Schuldners und erarbeitet zusammen mit dem Schuldner und den Gläubigern einen Nachlassvertrag. Sofern dem Nachlassvertrag genügend Gläubiger zustimmen und die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, wird dieser vom Nachlassrichter gerichtlich bestätigt. Nebst dem Prozentvergleich (jeder Gläubiger erhält eine prozentual festgelegte Dividende; das Unternehmen setzt seine Geschäftstätigkeit nach Beendigung des Nachlassverfahrens fort) als klassischem Sanierungsvertrag kann auch der Liquidationsvergleich in verschiedenen Erscheinungsformen (insbesondere Abtretung des schuldnerischen Vermögens an eine Drittgemeinschaft/Auffanggesellschaft) Sanierungscharakter haben. Zudem bietet das Nachlassverfahren die Möglichkeit, parallel zur rechtlichen Sanierung die erforder-

lichen wirtschaftlichen Restrukturierungsmassnahmen (z.B. Neufinanzierung Betriebsliegenschaft/Stilllegung unrentabler Geschäftsbereich) umzusetzen.

Aus Sicht des Schuldners liegen die Vorteile eines gerichtlichen Nachlassverfahrens gegenüber aussergerichtlichen Sanierungsbemühungen auf der Hand: Die Nachlassstundung schützt ihn vor weiteren Betreibungshandlungen und damit in extremis gar vor einer Zerschlagung des Unternehmens. Zudem ist es für ihn aufgrund der gesetzlichen Quoren möglich, einen (teilweisen) Schuldenerlass zu erwirken, ohne dass sämtliche Gläubiger zustimmen müssen, was vor allem bei einer komplizierten und unübersichtlichen Gläubigerstruktur (viele Kleingläubiger) von Vorteil ist. Ebenfalls ist im Rahmen eines gerichtlichen Nachlassverfahrens die Gleichbehandlung der Gläubiger gewährleistet, was den Schuldner vor unliebsamen Auseinandersetzungen mit einzelnen Gläubigern nach durchgeführter Sanierung schützt.

Auch aus der Optik der Gläubiger bietet das gerichtliche Nachlassverfahren erhebliche Vorteile gegenüber aussergerichtlichen Sanierungsbemühungen. Die Einsetzung eines Sachwalters und die Beschränkung der Verfügungsfähigkeit des Schuldners schützen ihn vor unredlichen Handlungen, welche das Haftungssubstrat gefährden könnten. Zudem kann durch die Mitwirkungs- und Informationsrechte des Gläubigers (Gläubigerversammlung/Anspruch auf Akteneinsicht) die erforderliche Transparenz hergestellt werden, welche dem Gläubiger die Beurteilung erlaubt, ob die Sanierung beidseitig ausgewogen verläuft (Opfersymmetrie). Zu beachten ist zudem, dass bilaterale Abkommen zwischen Gläubiger und Schuldner immer die Gefahr in sich bergen, dass die vom Schuldner gestützt auf ein derartiges Abkommen erbrachte Leistung in einem allfälligen späteren Insolvenzverfahren als anfechtbare und rückerstattungspflichtige Gläubigerbevorzugung (Art. 285 ff. SchKG) taxiert werden kann.

Für beide Seiten gilt, dass das Nachlassrecht einerseits genügend flexibel ausgestaltet ist, um den unterschiedlichen

Bedürfnissen bei Restrukturierungen gerecht zu werden, und andererseits einen klar abgesteckten Rahmen bildet, welcher die Rechtmässigkeit der Restrukturierung und die Erhaltung des Haftungssubstrates gewährleistet.

«Auch aus der Optik der Gläubiger bietet das gerichtliche Nachlassverfahren erhebliche Vorteile gegenüber aussergerichtlichen Sanierungsbemühungen.»

RESUME

Le droit concordataire, une forme légale d'assainissement

Contrairement à une opinion très répandue, la procédure concordataire ne sert pas essentiellement à liquider une entreprise, mais offre au contraire différentes possibilités de l'assainir. Si les conditions d'une telle procédure sont réalisées, le juge accorde un sursis concordataire. Dans le cadre de ce sursis, le commissaire désigné par le juge examine les revenus et l'état de la fortune du débiteur et élabore un projet de concordat en collaboration avec le débiteur et les créanciers. Si ce projet est approuvé par un nombre suffisant de créanciers et que les autres conditions légales sont réunies, le concordat est homologué par le juge. A côté du concordat-dividende (chaque créancier reçoit un dividende fixé en pourcentage de sa créance et l'entreprise continue son activité à l'issue de la procédure concordataire), qui constitue le concordat classique d'assainissement, le concordat par abandon d'actif sous ses différentes formes (en particulier la cession du patrimoine du débiteur à une société tierce/société supplétive) peut avoir un caractère d'assainissement. Au surplus, la procédure concordataire offre la possibilité de mettre en œuvre les mesures de restructuration économiques nécessaires (p.ex. refinancement de l'im-

meuble d'exploitation/arrêt des secteurs d'activité non rentables) parallèlement à l'assainissement légal.

Du point de vue du débiteur, les avantages d'une procédure concordataire judiciaire par rapport aux efforts d'assainissement extrajudiciaires sont évidents: le sursis concordataire le protège de nouvelles poursuites et parfois même d'un démantèlement de l'entreprise. De plus, en raison du quorum fixé par la loi, il lui est possible d'obtenir une remise (partielle) des dettes, sans que la totalité des créanciers doivent y souscrire, ce qui représente un avantage incontestable dans les cas où la structure des créanciers est complexe et inextricable (multitude de petits créanciers). Par ailleurs, la procédure concordataire judiciaire assure l'égalité de traitement des créanciers et protège ainsi le débiteur de conflits désagréables avec certains des créanciers une fois l'assainissement exécuté.

Du point de vue des créanciers, la procédure de concordat judiciaire offre également des avantages appréciables par rapport à un assainissement extrajudiciaire. L'intervention d'un commissaire et l'interdiction faite au débiteur

de disposer le protègent contre des actes déloyaux qui peuvent mettre en péril le substrat de la responsabilité. De plus, les droits de participation et d'information des créanciers (assemblée des créanciers/droit de consulter le dossier) confèrent la transparence nécessaire permettant aux créanciers de juger si l'assainissement se déroule de manière équitable pour les deux parties (symétrie des sacrifices). Il convient de remarquer en outre que les accords bilatéraux passés entre créancier et débiteur recèlent toujours le risque que les prestations versées sur la base de tels accords fassent l'objet de contestations dans une procédure de poursuite ultérieure et donnent lieu à révocation pour avantages inconsidérés accordés à certains créanciers (art. 285 ss LP).

Pour les uns comme pour les autres, la législation sur le concordat est aménagée de manière suffisamment flexible pour tenir compte des différents besoins inhérents à une restructuration; elle constitue par ailleurs un cadre suffisamment précis pour garantir la légalité de la restructuration et la conservation du substrat de la responsabilité.

PD/MA