



Edward Salib

lic. iur., MAS Sport Administration and Technology
Partner Girschweiler Partner AG, Stäfa
www.girschweiler.ch

Sanierung von KMU

Die Nachlassstundung: Das (zu) unbekannte Sanierungsinstrument?

Im nachfolgenden Beitrag stellt der Autor die verschiedenen Sanierungsmöglichkeiten mithilfe der Nachlassstundung, die Voraussetzungen dafür und die Unterschiede zu einem Konkursverfahren dar und zeigt auf, wie ein Nachlassverfahren abläuft sowie welche Sanierungslösungen erzielt werden können.

Die Nachlassstundung gibt einem Schuldner die Möglichkeit, während einer beschränkten Zeitdauer unter Gläubigerschutz Sanierungsmöglichkeiten zu prüfen und gegebenenfalls zu realisieren. Der Schuldner kann so im Erfolgsfall den Konkurs abwenden und seine Geschäftstätigkeit fortführen. Der Schaden für die Gläubiger wird damit abgewendet oder im Vergleich zu einem Konkursverfahren deutlich vermindert. Lei-

der ist dieses Sanierungsinstrument in der Schweiz noch immer zu unbekannt und wird zu selten genutzt.

Nachfolgend werden die verschiedenen Sanierungsmöglichkeiten mithilfe der Nachlassstundung, die Voraussetzungen dafür und die Unterschiede zu einem Konkursverfahren dargestellt sowie aufgezeigt, wie ein Nachlassverfahren abläuft und welche Sanierungslösungen erzielt werden können.

1. Was ist eine Nachlassstundung?

Die Nachlassstundung ist ein in den Art. 293 ff. des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) geregeltes Sanierungsinstrument, mit dem die Schuldnerin für einen beschränkten Zeitraum Schutz vor ihren Gläubigern und damit Zeit erhält, um Sanierungsmöglichkeiten zu prüfen und umzusetzen. Die zu Beginn der Nachlassstundung bestehenden Forderungen werden gestundet, das Einleiten oder Fortsetzen von Betreibungen ist daher in dieser Zeit grundsätzlich nicht möglich.

Der operative Betrieb wird unter der Aufsicht eines Sachwalters fortgesetzt. Dies unter der Voraussetzung, dass damit keine (weitere) Verminderung des Haftungssubstrats erfolgt. Das Nachlassgericht kann dem Sachwalter auch weitere Kompetenzen zusprechen, so beispielsweise, dass gewisse Handlungen rechtsgültig nur unter Mitwirkung des Sachwalters vorge-

nommen werden können, oder ihn auch ermächtigen, die Geschäftsführung anstelle des Schuldners zu übernehmen.

Während des Verfahrens mit Zustimmung des Sachwalters entstehende Forderungen stellen Masseverbindlichkeiten dar und müssen daher vor den Nachlassforderungen, die vor Beginn der Nachlassstundung entstanden sind, bezahlt werden.

2. Wie kommt es zu einer Nachlassstundung (Voraussetzungen)?

Ist ein Unternehmen überschuldet oder befindet es sich in einer akuten Liquiditätskrise und kann daher seinen laufenden Verpflichtungen nicht mehr nachkommen, kann es beim zuständigen Gericht einen Antrag auf Gewährung der Nachlassstundung stellen. Erwähnenswert ist aktuell,

dass gemäss der seit Mitte April 2020 geltenden COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht in Abweichung zu Art. 725 Abs. 2 OR auf die Überschuldungsanzeige beim Gericht verzichtet werden kann, sofern die Überschuldung Ende 2019 noch nicht bestand und voraussichtlich bis Ende 2020 wieder behoben werden kann (Art. 1 Abs. 1).

Im Antrag auf Gewährung der Nachlassstundung muss aufgezeigt werden können, dass eine Aussicht auf Sanierung besteht, und es muss ein Sanierungsplan vorgelegt werden (Art. 293 lit. a SchKG). Auch das letztgenannte Erfordernis gilt aufgrund der vorerwähnten Verordnung – zumindest temporär – nicht. In solchen Fällen muss also kein Sanierungsplan ausgearbeitet werden.

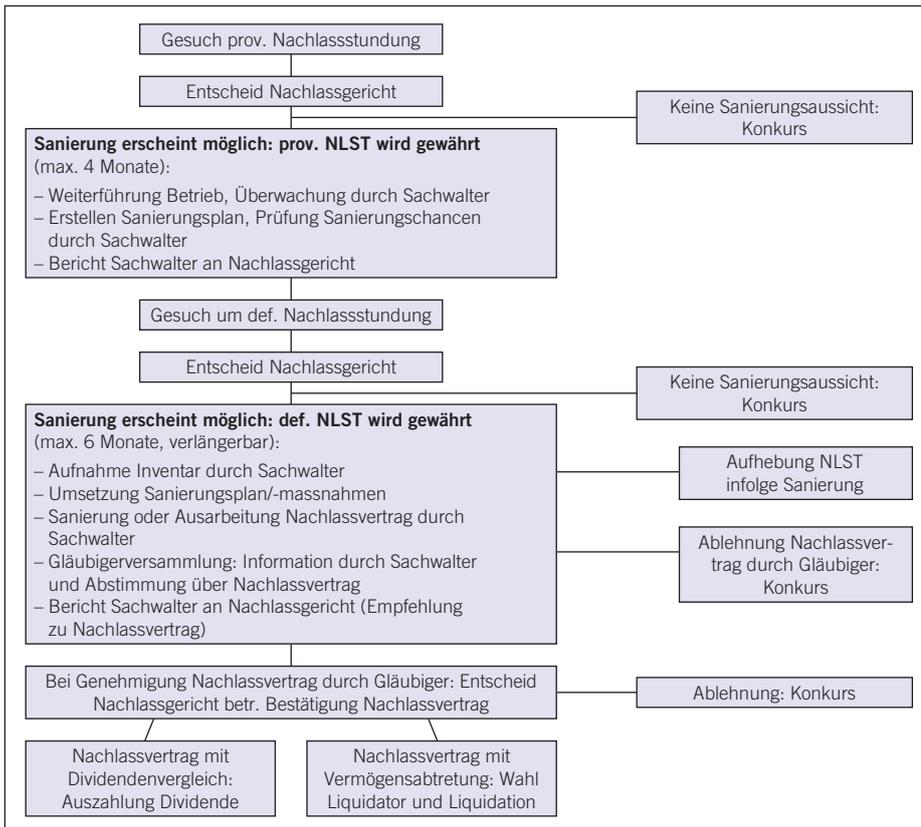
Wichtig ist zudem, dass mittels eines Liquiditätsplans aufgezeigt werden kann, dass die Finanzierung des Verfahrens sichergestellt ist. Sofern die liquiden Mittel der Schuldnerin dafür nicht ausreichen, ist dafür ein Sanierungsdarlehen, z.B. eines nahestehenden Gläubigers oder eines Gesellschafters, notwendig.

3. Wie läuft das Verfahren ab?

Das Schema in der Abbildung veranschaulicht den Ablauf der Nachlassstundung und stellt ihn übersichtlich dar.

3.1 Provisorische Nachlassstundung

Sind die vorstehend erwähnten Voraussetzungen nach Ansicht des Gerichts erfüllt, wird die provisorische Nachlassstundung für die beantragte Dauer von maximal vier Monaten gewährt und ein Sachwalter eingesetzt, der in der Regel von



der Schuldnerin vorgeschlagen wird. Aktuell gilt aufgrund der COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht jedoch eine Maximaldauer für die provisorische Nachlassstundung von sechs Monaten. Während der provisorischen Stundung ist, nebst der Fortsetzung der operativen Tätigkeit und allenfalls deren Optimierung, der Sanierungsplan zu konkretisieren und die Erfolgchancen zu prüfen. Die Prüfung der Sanierungsmöglichkeiten sowie allenfalls die Mitwirkung bei der Erarbeitung eines Sanierungsplans sind neben der Überwachung der operativen Tätigkeit die Hauptaufgaben des Sachwalters. Er hat spätestens zum Ende der provisorischen Nachlassstundung hin dem Gericht einen Bericht einzureichen, in dem er eine Beurteilung der Sanierungschancen abgibt.

3.2 Definitive Nachlassstundung

Ergibt sich während der provisorischen Stundung bzw. bestätigt der Bericht des Sachwalters, dass Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht, so bewilligt das Nachlassgericht auf entsprechenden Antrag der Schuldnerin die Stundung definitiv für weitere vier bis sechs Monate (Art. 294 Abs. 1 SchKG). Auf Antrag kann die Dauer der Stundung auf zwölf Monate verlängert werden, in besonders komplexen Fällen sogar bis auf 24 Monate (Art. 295b Abs. 1 SchKG). In der definitiven Nachlassstundung soll der Sanierungsplan umgesetzt und damit die bestmögliche Lösung im Hinblick auf den Weiter-

betrieb des Unternehmens oder zumindest einzelner Betriebsteile realisiert werden.

Dem Sachwalter kommt die Aufgabe zu, das Inventar aufzunehmen (Art. 299 SchKG), den Schuldenruf zu publizieren (Art. 300 SchKG) und die angemeldeten Forderungen zu prüfen sowie eine Gläubigerversammlung einzuberufen (Art. 301 SchKG) und durchzuführen (Art. 302 SchKG). An dieser Versammlung soll insbesondere über die Genehmigung eines allfälligen Nachlassvertrags, der vom Sachwalter zu erstellen ist (Art. 295 Abs. 2 lit. a SchKG), abgestimmt werden. Die Genehmigung des Nachlassvertrags erfordert ein qualifiziertes Mehr (Art. 305 SchKG).

Sofern die Gläubiger den Nachlassvertrag annehmen, muss dieser vom Gericht genehmigt bzw. bestätigt werden (Art. 306 SchKG), soweit dies vom Sachwalter empfohlen wird (Art. 304 Abs. 1 SchKG). Unabdingbare Voraussetzung ist dabei, dass die Forderungen der privilegierten Gläubiger (also Arbeitnehmer und Sozialversicherungen) vollständig gedeckt werden. Das Gericht prüft zudem im Falle eines sogenannten ordentlichen Nachlassvertrags, bei dem die Gläubiger teilweise auf ihre Forderungen verzichten müssen (sog. Schuldenschnitt), ob der Wert der von der Schuldnerin angebotenen Leistung in einem angemessenen Verhältnis zu den Möglichkeiten der Schuldnerin steht. Insbesondere müssen die Anteilsinhaber, also die Gesellschafter, einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten. Damit soll sichergestellt werden, dass die Schuldnerin

den Gläubigern nicht einen substantziellen Verzicht abringt und dann nach relativ kurzer Zeit wieder Gewinne erzielt, von denen die Gläubiger nichts mehr haben. Denn mit der Genehmigung eines Nachlassvertrags ist die Schuldnerin saniert, die nicht gedeckten Forderungsanteile der Gläubiger gelten als getilgt.

Wird der Nachlassvertrag von den Gläubigern nicht angenommen oder bestätigt das Gericht den Nachlassvertrag nicht, erfolgt automatisch die Konkursöffnung (Art. 309 SchKG).

4. Wie endet das Verfahren (Resultat der Nachlassstundung)?

4.1 Sanierung

In diesem Fall erfolgt eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger. Die Schuldnerin war somit lediglich vorübergehend zahlungsunfähig. Die Forderungen wurden nur gestundet und die Schuldnerin konnte die Liquiditätskrise mithilfe der Nachlassstundung überstehen.

4.2 Ordentlicher Nachlassvertrag (Dividendenvergleich)

In diesem Fall erfolgt eine vollständige Befriedigung der privilegierten Gläubiger und eine teilweise Befriedigung der übrigen Gläubiger. Diese müssen also mit der Genehmigung des Nachlassvertrags einem teilweisen Verlust beziehungsweise einer nur teilweisen Deckung ihrer Forderung zustimmen (sog. Schuldenschnitt). Die Schuldnerin ist damit bei Zustandekommen des Nachlassvertrags von allen Nachlassforderungen befreit und somit saniert. In der Praxis wird manchmal auch eine sogenannte Earn-out-Vereinbarung getroffen, mit der die Gläubiger einen Anteil des zukünftigen Gewinns z.B. der nächsten zwei Jahre erhalten sollen.

4.3 Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung

Die andere Variante des Nachlassvertrags ist, dass die Schuldnerin den Gläubigern das gesamte Vermögen überträgt, diese einen Liquidator wählen, der sämtliche Vermögenswerte versilbert, und danach der Erlös unter den Gläubigern analog zum Konkurs verteilt wird. Der wesentliche Unterschied zu den beiden vorerwähnten Szenarien ist, dass in diesem Fall die Schuldnerin liquidiert wird. Dieser Weg wird nur dann eingeschlagen, wenn die Schuldnerin nicht mehr gerettet werden kann beziehungsweise die Schuldenlast im Verhältnis zu den vorhandenen Mitteln zu hoch ist, um eine Sanierung oder einen ordentlichen Nachlassvertrag zu erreichen.

4.4 Konkurs

Sobald keine Aussicht mehr auf Sanierung besteht, ist der Sachwalter verpflichtet, dies dem

Gericht anzuzeigen, welches daraufhin den Konkurs eröffnet. Dasselbe gilt, wenn kein Nachlassvertrag zustande gekommen ist, sei es, weil die Gläubiger ihn nicht angenommen haben oder weil das Gericht diesen nicht bestätigt hat.

5. Was sind die Vorteile einer Nachlassstundung?

Anders als beim Konkurs, kann die Schuldnerin den Betrieb in der Nachlassstundung weiterführen. So können insbesondere noch laufende Aufträge abgewickelt und Umsatz erzielt werden, was im Konkurs in der Regel nicht mehr möglich ist (wobei auch dort grundsätzlich eine beschränkte Weiterführung des Betriebs durch die Konkursverwaltung möglich wäre). Sofern ein Betrieb durch Sanierung oder ordentlichen Nachlassvertrag noch gerettet werden kann, ist der Vorteil gegenüber einem Konkurs und dem damit in aller Regel einhergehenden enormen Verlust für die Gläubiger offensichtlich.

Aber selbst wenn bei der Prüfung der Sanierungsaussichten festgestellt werden muss, dass die Weiterführung des Betriebs trotz Sanierung oder ordentlichem Nachlassvertrag nicht mehr möglich ist und nur noch ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angestrebt werden kann, der letztlich ebenfalls, wie der Konkurs, zur Liquidation der Schuldnerin führt, resultiert ein besseres Ergebnis für die Gläubiger: Der wesentliche Vorteil resultiert daraus, dass nach dieser Entscheidung zur Aufgabe der Geschäftstätigkeit und der damit verbundenen Kündigung der Arbeitsverträge die Mitarbeiter bis zum Ablauf der Kündigungsfrist noch produktiv eingesetzt werden können. Es kann also noch ein Ertrag erwirtschaftet werden, während im Konkurs zwar die gleichen Lohnforderungen für die Kündigungsfrist bestehen, aufgrund der sofortigen Betriebsschliessung aber kein Umsatz mehr erzielt wird. Bei diesem «kontrollierten Herunterfahren» des Betriebs entstehen im Vergleich zum Konkurs also keine höheren Forderungen der Arbeitnehmer, im Nachlassverfahren stehen diesen Passiven aber noch erzielte Erträge gegenüber.

In der Praxis gibt es oft eine «Zwischenlösung», bei der zwar die Schuldnerin beziehungsweise die Gesellschaft aufgrund zu grosser Altlasten nicht mehr saniert werden kann, immerhin aber noch einzelne Betriebsteile, also Teilbereiche, gerettet werden können. Dabei werden einzelne Teile des Betriebs inklusive Mitarbeitern, Know-how, laufenden Aufträgen und Kundenbeziehungen sowie Maschinen usw., also ein in sich funktionierendes, rentables «Paket», an eine Auffanggesellschaft oder einen Mitbewerber verkauft. Man spricht in solchen Fällen von einer «sanierenden Übertragung». Diese Art der «Liqui-

dation» der Aktiven ist offensichtlich weitaus werthaltiger, da für einen funktionierenden Betriebsteil mit Kundenbeziehungen und (rentablen) laufenden Aufträgen ein weitaus höherer Erlös erzielt werden kann als bei einer Betriebseinstellung und der im Konkurs erfolgenden Verwertung von einzelnen Vermögenswerten.

Eine Unterart dieser «sanierenden Übertragung» ist der sogenannte «prepackaged deal» oder «prepack», bei dem der Verkauf eines Betriebsteils oder allenfalls des gesamten Betriebs der Schuldnerin mehr oder weniger vorbereitet wird (z.B. durch einen «Letter of Intent» oder durch einen detaillierten, noch durch das Gericht zu genehmigenden Vertrag) und bei Einreichung des Antrags auf Nachlassstundung als Sanierungskonzept bereits vorliegt. Solche Lösungen können dann oft relativ rasch noch während der provisorischen Nachlassstundung umgesetzt werden. Der Hintergrund dieses Lösungsansatzes ist, dass im Rahmen der Nachlassstundung mit einem sogenannten Vermögensübertragungsvertrag (nach Art. 69 ff. Fusionsgesetz) ausgewählte Aktiven und Passiven der Schuldnerin übertragen werden können, also ein sogenanntes «Cherry Picking» möglich ist. Insbesondere müssen damit auch nicht sämtliche Arbeitsverhältnisse übernommen werden und nicht der zeitaufwendige Weg über ein bei einer Massenentlassung durchzuführendes Konsultationsverfahren eingeschlagen werden. Ein weiterer Vorteil ist, dass die Transaktion durch die notwendige Genehmigung eines Vermögensübertragungsvertrags durch das Nachlassgericht anfechtungsresistent ist und damit dem Erwerber die notwendige Sicherheit bietet.

Nach einer «sanierenden Übertragung» oder einem «prepack» kann für die verbleibenden Teile der Schuldnerin ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung angestrebt oder allenfalls direkt die Konkurseröffnung beantragt werden.

6. Was sind die Nachteile/Probleme einer Nachlassstundung?

Die Publikation der Nachlassstundung birgt die Gefahr, dass keine neuen Aufträge erteilt werden wegen der Unsicherheit über den Fortbestand des Unternehmens. Dies ist insbesondere bei länger laufenden Aufträgen, also je nach Art der Tätigkeit der Schuldnerin, ein Problem. Die Schuldnerin hätte so natürlich keine Chance auf eine Sanierung. Der Gesetzgeber hat daher für die Dauer der provisorischen Nachlassstundung die Möglichkeit der sogenannten «stillen Nachlassstundung» geschaffen (Art. 293c Abs. 2 SchKG): Die Schuldnerin kann beantragen, dass während maximal vier Monaten auf die Publikation der Nachlassstundung verzichtet wird, die Gläubiger also nichts davon erfahren.

Von dieser Möglichkeit wird wegen der vorerwähnten befürchteten Schwierigkeiten bei einer Publikation der Nachlassstundung relativ oft Gebrauch gemacht, das «Handling» bietet in der Praxis aber einige Probleme beziehungsweise ist relativ heikel: Insbesondere die Geheimhaltung gegenüber sogenannten Schlüssellieferanten ist teilweise nicht praktikabel. Einerseits muss bei diesen für den Weiterbetrieb weiterhin Ware bestellt werden, andererseits aber dürfen vor der Nachlassstundung entstandene Forderungen (Nachlassforderungen) nicht bezahlt werden. Oft wird ein solcher Lieferant die Bezahlung dieser alten Ausstände verlangen, bevor er weiter Ware liefert. In solchen Fällen ist es unumgänglich, den Lieferanten «einzuweihen», weil ihm sonst nicht erklärt werden kann, wieso die neuen Lieferungen bezahlt werden, die alten Forderungen aber (noch) nicht bezahlt werden dürfen. Sollte ein nicht ersetzbarer Schlüssellieferant wie z.B. der IT-Dienstleister, der während der beschränkten Dauer der Nachlassstundung nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ersetzt werden könnte, trotzdem auf der Zahlung aller offenen Forderungen bestehen, muss abgewogen werden, was das kleinere Übel ist, und allenfalls auch eine Nachlassforderung (allenfalls auch nur teilweise) bezahlt werden.

Ein weiteres Problem hinsichtlich Liquidität beziehungsweise Finanzierbarkeit der Nachlassstundung kann entstehen, wenn ein Lieferant, der von der Nachlassstundung Kenntnis hat, auf Vorauszahlung besteht. Es liegt in solchen Fällen am Sachwalter, den Lieferanten davon zu überzeugen, dass die Zahlung seiner Forderung sichergestellt ist und fristgerecht bezahlt wird.

Eine weitere Herausforderung ist die ständige Überwachung der Liquiditätssituation und insbesondere die Planung. Liquiditätspläne sind, wie alle Prognosen, mit Unsicherheiten behaftet, und angesichts der oft sehr knappen Liquidität kann ein mehr oder weniger grosses Risiko bestehen, dass bei einer sich schlechter als erwartet entwickelnden Geschäftslage die Finanzierung der Nachlassstundung nicht mehr gesichert ist. Zudem besteht auch je nach Geschäftsart ein nicht unerhebliches unternehmerisches Risiko, dass eine erwartete Zahlung eines Kunden für eine erbrachte Leistung aus verschiedenen Gründen ausbleibt oder deutlich geringer als erwartet ausfällt. Stellt z.B. ein Bauherr bei der Abnahme des Werks fest, dass erhebliche Mängel bestehen oder die Arbeiten teilweise nicht ausgeführt wurden, können substantielle in der Liquiditätsplanung enthaltene Einnahmen wegfallen. Die Schuldnerin hat in der Nachlassstundung weder die Zeit noch die finanziellen Ressourcen, bei ungerechtfertigter Zahlungsverweigerung gegen die Auftraggeberin auf dem Prozessweg vorzugehen.

Bei einem beabsichtigten Verkauf von Betriebsteilen besteht oft das Problem, dass aufgrund der

Nachlassstundung nicht aus einer Position der Stärke heraus verhandelt werden kann und dass der Zeitdruck für die Schuldnerin aufgrund des engen zeitlichen Rahmens der Nachlassstundung gross ist. Bei einem solchen «Fire Sale» sollte, wenn immer möglich, versucht werden, eine Konkurrenzsituation zwischen mehreren Interessenten zu schaffen, um den Preis zu optimieren. Im Falle der weiter oben beschriebenen Situation des kontrollierten Herunterfahrens, in der dem Personal gekündigt werden muss, dieses aber noch zur Fertigstellung von Aufträgen benötigt wird, besteht natürlich die Gefahr, dass die Motivation verloren geht und allenfalls Schlüsselpersonal das Unternehmen vorzeitig verlässt. Es ist hier am Sachwalter, abzuwägen, ob allenfalls Retentionsmassnahmen, wie z.B. zusätzliche Zahlungen oder eine Lohnerhöhung, sinnvoll sind.

7. Praxiserfahrungen als Sachwalter

Aus unserer Erfahrung aus diversen Sachwaltermandaten ist eine Sanierung im engeren Sinne selten. Die Probleme der Schuldnerin sind meist schon zu gross und zu tiefgreifend und etliche Sanierungsversuche wurden meist schon vor der Nachlassstundung unternommen, haben

aber nicht den gewünschten Effekt gebracht. Es kann aber mit den oben beschriebenen Möglichkeiten fast immer noch etwas gerettet werden. Sehr oft ist die oben beschriebene «sanierende Übertragung» wenigstens von Teilbereichen des schuldnerischen Betriebs möglich, und es können neben einer deutlichen Verringerung des Schadens für die Gläubiger auch Arbeitsplätze erhalten werden.

Der Wille der Schuldnerin beziehungsweise der Geschäftsführer und Gesellschafter, noch zu retten, was zu retten ist, ist ebenfalls von zentraler Bedeutung. Oft haben die verantwortlichen Personen bereits einen längeren Abwehrkampf hinter sich und sind allenfalls nicht mehr gewillt, nochmals einen Rettungsversuch mit hohem persönlichem Einsatz zu unternehmen.

Es ist auch festzustellen, dass die Nachlassstundung oft sehr spät, allenfalls schon zu spät, eingeleitet wird und der (finanzielle) Handlungsspielraum stark eingeschränkt ist. Auch zeigt sich immer wieder die vorerwähnte Problematik der Unsicherheit von Prognosen im Hinblick auf den Geschäftsgang und die Liquiditätsplanung.

Als Fazit kann generell festgehalten werden, dass die Möglichkeit der Nachlassstundung rechtzeitig geprüft werden sollte. Es ist leider auch immer wieder festzustellen, dass bei Überschuldungsanzeigen an das Gericht weder die verantwortli-

chen Organe noch die Treuhänder oder Revisionsgesellschaften die Möglichkeit des Antrags auf Nachlassstundung auf dem Radar haben und so immer wieder Konkurse eröffnet werden, in denen allenfalls eine Nachlassstundung für alle Beteiligten die bessere Lösung gewesen wäre. Einer Bilanzdeponierung infolge Überschuldung sollte daher immer eine Prüfung vorausgehen, ob nicht eine Nachlassstundung sinnvoller wäre.

Die Revision des Aktienrechts in der Schweiz geht denn auch in diese Richtung. Relevant im Hinblick auf die Sanierung ist der neu eingeführte Tatbestand der drohenden Zahlungsunfähigkeit (nArt. 725 OR). Diesfalls muss der Verwaltungsrat die erforderlichen Massnahmen treffen, um die Zahlungsfähigkeit sicherzustellen. Dadurch soll insgesamt die Nachlassstundung begünstigt werden und häufiger zur Anwendung kommen.

Auf internationaler Ebene ist sowohl in den USA (Chapter-11-Verfahren) wie auch im EU-Raum (Insolvenzverfahren z.B. in Deutschland) eine Weiterführung des Betriebs unter Aufsicht weit aus stärker verbreitet als in der Schweiz. Der Europarat hat zudem im letzten Jahr das «Preventive Restructuring Framework» verabschiedet, mit dem Ziel, überlebensfähige Unternehmen ebenfalls besser vor dem Untergang zu bewahren. ■