RECHTSANWÄLTE

SCHELLENBERG WITTMER

OKTOBER 2013

Newsletter



Autoren:
Hubert Gmünder
Olivier Hari

SANIERUNGSRECHT

Das neue Sanierungsrecht: Die wichtigsten Neuerungen im Überblick

Am 1. Januar 2014 wird das neue Sanierungsrecht voraussichtlich in Kraft treten. Sanierungen von Unternehmen werden dank punktueller Neuerungen im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) und im Obligationenrecht (OR) in Zukunft erleichtert, ohne dass das geltende Recht grundlegend verändert wurde.

1 HINTERGRUND

Als Folge des Groundings der **Swissair** im Jahr 2001 haben zahlreiche parlamentarische Vorstösse eine Überprüfung der geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen für Sanierungen von Unternehmen verlangt. Nach zähen Verhandlungen in den letzten Jahren wurde das neue Recht am 21. Juni 2013 schliesslich vom Schweizer Parlament verabschiedet. Die Referendumsfrist ist am 10. Oktober 2013 unbenutzt abgelaufen, und alles deutet darauf hin, dass der Bundesrat das neue Recht auf den 1. Januar 2014 in Kraft setzen wird.

Umstritten war die Vorlage aus verschiedenen Gründen: Einerseits wurde der Reformbedarf grundsätzlich verneint, andererseits kritisierten vor allem linke Kreise die vorgeschlagene Aufhebung von gewissen Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer.

Trotz dieser Kontroversen konnte sich das Parlament auf einen **Kompromiss** einigen. Das Sanierungsrecht wurde nicht grundsätzlich neu gestaltet. Insbesondere wurde kein neues (Sanierungs-)Instrument geschaffen, und auch die Nachlassvertragsarten wurden nur punktuell angepasst. Den Bedenken der Arbeitnehmervertreter wurde insofern Rechnung getragen, als eine Verhandlungspflicht über einen **Sozialplan** eingeführt wurde. Weiter wurde auf die Schaffung eines umfassenden **Konzerninsolvenzrechts** oder eines **Sonderrechts für Grossinsolvenzen** sowie auf eine ausdrückliche Regelung von **Sanierungsdarlehen verzichtet**. Die wichtigsten Neuerungen werden nachfolgend dargestellt.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass der Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR auch in Zukunft Bestand haben wird. Der Bundesrat hatte vorgeschlagen,

Art. 725a OR zu streichen und den Konkursaufschub im Rahmen der Nachlassstundung im SchKG (wo er funktional betrachtet hingehört) zu regeln, was vom Parlament jedoch verworfen wurde. Es wird daher weiterhin genau zu prüfen sein, ob im konkreten Fall eher ein **Konkursaufschub** oder eine Nachlassstundung die bessere Lösung ist.

2 NEUERUNGEN IM NACHLASSVERFAHREN – EIN SCHWEIZER "CHAPTER 11"?

Das Schweizer Konkurs- und Nachlassverfahrensrecht wurde bereits im Jahr 1997 substantiell revidiert. Die Nachlassverfahren, welche unter dem revidierten Recht geführt wurden, insbesondere jedoch die verschiedenen Swissair-Nachlassverfahren, haben verschiedene **Unzulänglichkeiten und Verbesserungsmöglichkeiten** zum Vorschein gebracht, welche der Gesetzgeber aufgenommen hat. Dabei hat er sich teilweise vom **US-amerikanischen Chapter 11** leiten lassen. Zweierlei Änderungen sind zu erwähnen: Einerseits betreffen sie den Verfahrensablauf, andererseits materiell-rechtliche Aspekte.

Ablauf des Verfahrens: Insbesondere der **Zugang zum Nachlassverfahren** wird im neuen Recht erheblich erleichtert. In jedem Nachlassverfahren sollen zuerst im Rahmen einer relativ kurzen (max. vier Monate dauernden) **provisorischen Stundung** die finanzielle Situation des Schuldners und dessen Sanierungsmöglichkeiten geprüft werden. Die provisorische Stundung soll dem Schuldner entweder (i) eine Atempause verschaffen, zur Durchführung einer buchhalterischen, finanziellen oder organisatorischen Sanierung (und nur sofern nötig auf insgesamt max. vier Monate verlängert oder in Form einer definitiven Stundung fortgesetzt werden) oder aber (ii) bereits im Hinblick auf den Abschluss eines Nachlassvertrags bewilligt werden. Wenn die Sanierung des Schuldners vor Ablauf der Stundung gelingt, wird sie von Amtes wegen wieder aufgehoben. Das Nachlassgericht soll keine hohen Anforderungen an die Bewilligung der Stundung stellen. Im Gegensatz zum heutigen Recht ist die Bewilligung der provisorischen Stundung auch nicht mehr zwingend zu publizieren. Schliesslich hat der Nachlassrichter im Rahmen der definitiven Stundung nun die Möglichkeit, einen Gläubigerausschuss zu bestellen, welcher den Sachwalter beaufsichtigt und diesem Empfehlungen erteilen kann.

> "Das neue Nachlassverfahren nähert sich dem US-amerikanischen Chapter 11 an."

Materiell-rechtliche Aspekte: In Zukunft kann während der Stundung eine Betreibung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden, wobei dies im Gegensatz zum heutigen Recht auch für privilegierte Forderungen gilt. Sodann präzisiert das Gesetz nunmehr, dass für Nachlassforderungen der Arrest oder andere Sicherungsmassnahmen ausgeschlossen sind. Die vor der Bewilligung der Stundung erfolgte **Abtretung zukünftiger Forderungen** ist nun ebenfalls explizit geregelt, womit eine in der Lehre umstrittene Frage geklärt wurde: Wenn die abgetretene Forderung nach der Bewilligung der Stundung entsteht, entfaltet die Abtretung keine Wirkung. In Bezug auf den Nachlassvertrag, d.h. den gerichtlich bestätigten Vertrag zwischen dem Schuldner und den Gläubigern, welcher die Rückzahlung resp. den Verzicht der Forderungen regelt, sind nur geringfügige Änderungen erfolgt. Erwähnenswert sind deren drei: **Erstens** wird es in Zukunft nicht mehr notwendig sein, dass die Dividende auf sämtlichen Drittklassforderungen sichergestellt ist. **Zweitens** müssen zukünftig auch die Anteilsinhaber (Gesellschafter oder Aktionäre des Schuldners) und nicht nur die Gläubiger einen angemessenen Sanierungsbeitrag leisten und **drittens** sieht das Gesetz nun explizit vor, dass die Gläubiger nicht nur in bar, sondern in Form von Anteilen an einer neu gegründeten Auffanggesellschaft oder an der Schuldnerin entschädigt werden können.

In der neuen Ausgestaltung der Stundung stellt diese folglich **ein Tor zur Sanierung** und, alternativ oder kumulativ, **zur Bestätigung des Nachlassvertrages** dar und ist folglich ein kompletteres Instrument als der Konkursaufschub. Der einzige Nachteil ist die Publikation.

3 DAUERSCHULDVERHÄLTNISSE

Die explizite Regelung der Dauerschuldverhältnisse im Konkurs- und Nachlassverfahren ist ein Kernstück der Revision und wird in einem in der Praxis wichtigen Bereich Klarheit schaffen.

Oftmals ist heute nämlich unklar, wie laufende Dauerschuldverhältnisse (ein Vertrag, der einen fortdauernden und wiederholten Leistungsaustausch zum Gegenstand hat, z.B. Arbeitsvertrag, Mietvertrag, Dauer-Liefervertrag, Lizenzvertrag) im Falle einer Insolvenz der einen Vertragspartei zu behandeln sind. Nur für wenige Vertragsarten sieht das Gesetz für den Konkursfall eine Lösung vor (so erlischt beispielsweise ein Auftrag von Gesetzes wegen mit dem Konkurs des Auftraggebers oder des Beauftragten). In vielen Fällen aber passiert nichts: Der Vertrag sieht keine Regelung vor, das Gesetz schweigt und der zuständige Konkursverwalter oder der Liquidator bleibt untätig und macht von seinem gesetzlichen Wahlrecht, in nicht oder nur teilweise erfüllte Dauerschuldverhältnisse anstelle des Schuldners einzutreten, keinen Gebrauch.

Zukünftig wird der zuständige Verwalter wird also nach wie vor die Möglichkeit haben, in Dauerschuldverhältnisse anstelle des Schuldners einzutreten oder nicht, wobei das Gesetz nunmehr in beiden Fällen die Konsequenzen regelt. Auf die Einführung eines generellen Auflösungsrechts von Dauerschuldverhältnissen im Insolvenzfall einer Partei wurde jedoch verzichtet. Das Auflösungsrecht besteht nur im Falle einer Nachlassstundung zum Zweck der Sanierung und Weiterführung des Unternehmens.

Folgende Konstellationen sind im Insolvenzfall denkbar:

- **Eintritt in ein bestehendes Dauerschuldverhältnis** durch den Liquidatoren: Die ab dem Zeitpunkt der Eröffnung der Liquidation entstehenden Forderungen gelten als Masseverbindlichkeiten und sind als solche vollständig und vorab zu befriedigen (selbst vor den privilegierten Gläubigern). Die vor der Eröffnung der Liquidation entstandenen Forderungen hingegen sind als normale (i.d.R. Drittklass-)Forderungen anzumelden. Es versteht sich von selbst, dass das zuständige Organ regelmässig nur in für die Liquidationsmasse günstige Verträge eintreten und damit Masseverbindlichkeiten begründen wird.

- **Ordentliche Kündigung** des Dauerschuldverhältnisses durch den Liquidatoren innert der gesetzlichen oder vertraglichen Frist. Sämtliche Forderungen gelten als normale Konkurs- bzw. Nachlassforderungen.

- Der Liquidator bleibt **untätig** (was in der Praxis die Regel sein dürfte), womit die Verträge zivilrechtlich weiterlaufen. Neu kann der Vertragspartner seine Forderungen nur noch bis zum nächsten Kündigungstermin oder bis zum Ablauf der festen Vertragsdauer als normale Konkurs- bzw. Nachlassforderung anmelden.

- Im Rahmen der Nachlassstundung kann der Schuldner sämtliche Dauerschuldverhältnisse mit Ausnahme der Arbeitsverträge mit Zustimmung des Sachwalters **jederzeit** auf einen beliebigen Zeitpunkt (also auch per sofort) ausserordentlich kündigen, *"sofern andernfalls der Sanierungszweck vereitelt würde"*. Die Vertragspartei kann ihre Forderung lediglich als normale Nachlassforderung anmelden. Damit kann sich der Schuldner von langfristigen Verpflichtungen befreien, was erfolgreiche Sanierungen zweifelsohne erleichtern wird.

"Auf die Einführung eines generellen Auflösungsrechts von Dauerschuldverhältnissen im Insolvenzfall einer Partei wurde verzichtet."

4 PAULIANISCHE ANFECHTUNG

Mittels einer sog. **paulianischen Anfechtungsklage** können Vermögenswerte, die der Schuldner während einer gewissen Zeit (ein Jahr resp. fünf Jahre) vor der Pfändung oder Konkurseröffnung verschenkt (sog. Schenkungsanfechtung) oder sonst wie gläubigerschädigend entäussert hat (Überschuldungs- resp. Absichtspauliana), unter gewissen Voraussetzungen zurückgeholt werden. In diesem Zusammenhang gibt es drei wichtige Neuerungen:

Erstens können in Zukunft Rechtsgeschäfte, die während der Nachlassstundung vom Nachlassrichter oder vom Gläubigerausschuss genehmigt worden waren, **nicht mehr angefochten** werden. Diese Änderung schafft Rechtssicherheit und wird insbesondere den Verkauf von Betrieben oder einzelnen Assets im Nachlassverfahren an Dritte oder an eine Auffanggesellschaft erleichtern.

Sodann soll die **Umkehr der Beweislast** dafür sorgen, dass Entäusserungen des Schuldners an "nahestehende Personen" leichter angefochten und zurückgefordert werden können: Hat der Schuldner einer nahestehenden Person ein Jahr vor Konkurseröffnung einen Gegenstand oder Geldbetrag übertragen, so soll diese Person die Beweislast dafür tragen, dass kein Missverhältnis zwischen der Übertragung und ihrer Gegenleistung besteht und somit die Voraussetzungen für eine Schenkungspauliana nicht gegeben sind. Gleich verhält es sich bei der Absichtspauliana: Die vom Schuldner begünstigte nahestehende Person soll nachweisen, dass sie die Begünstigungsabsicht des Schuldners nicht kannte, und diese Absicht auch nicht erkennbar war. Das Gesetz sagt explizit, dass auch Gesellschaften eines Konzerns als nahestehende Personen gelten. Gemäss Botschaft können als nahestehende Personen sowohl natürliche als auch juristische Personen in Betracht kommen, so etwa Freunde und Verwandte, aber auch Grossaktionäre.

Drittens stipuliert Art. 292 rev. SchKG explizit, dass das Anfechtungsrecht nach Ablauf von zwei Jahren seit Pfändung, Konkurseröffnung oder Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung **verjährt** (und nicht wie heute verwirkt). Damit ist klargestellt, dass die Zweijahresfrist unterbrochen werden kann, beispielsweise durch Betreibung der Forderung.

5 ÜBERGANG DER ARBEITSVERHÄLTNISSE / SOZIALPLAN

Wer einen Betrieb oder einen Betriebsteil erwirbt, übernimmt aufgrund des zwingenden Art. 333 OR *ex lege* sämtliche dazugehörigen Arbeitnehmer mit allen Rechten und Pflichten, wobei den Arbeitnehmern ein Ablehnungsrecht zusteht. Gemäss heutigem Recht ist äusserst umstritten, ob dieser automatische Übergang auch gilt, wenn der Erwerb des Betriebs im Rahmen eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgt. Es versteht sich von selbst, dass die zwingende Übernahme sämtlicher Arbeitsverhältnisse (u.U. mit hohen offenen Lohn- und Sozialversicherungsansprüchen) Sanierungen behindert und den Arbeitnehmerschutz oftmals in sein Gegenteil verkehrt, da bei einer gescheiterten Sanierung nicht selten auch noch die letzten Arbeitsplätze vernichtet werden.

Art. 333b rev. OR hält nun fest, dass bei einem Erwerb eines Betriebs während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung **kein automatischer Übergang der Arbeitnehmer** erfolgt. Natürlich kann der Erwerber den Arbeitnehmern, die er übernehmen will, ein Angebot unterbreiten und über die Weiterbeschäftigung verhandeln. Weiter stellt Art. 335e rev. OR klar, dass die Bestimmungen über **Massenentlassungen** bei Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheide sowie bei Massenentlassungen im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung **nicht gelten**.

Als Gegenstück zu dieser Liberalisierung sehen Art. 335h – Art. 335k rev. OR vor, dass Arbeitgeber, die beabsichtigen, innert 30 Tagen mindestens 30 Arbeitnehmern aus wirtschaftlichen Gründen zu kündigen, **Verhandlungen über einen Sozialplan** führen müssen. Zeitlich verteilte Kündigungen, die auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, werden zusammengezählt. Das Gesetz definiert den Sozialplan als eine Vereinbarung, in welcher der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer die Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Anzahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden. Die Verhandlungspflicht gilt nur für Betriebe mit mindestens 250 Mitarbeitern. Kommt es zwischen den Parteien zu keiner Einigung über den Inhalt des Sozialplans, so wird dieser auf Gesuch einer Partei hin durch einen verbindlichen Entscheid eines Schiedsgerichts festgelegt. Der Gesetzgeber liess bei der Definition des Sozialplans (bewusst) einigen Spielraum offen, der in der Praxis noch zu Diskussionen Anlass geben wird.

Das Gesetz sieht vor, dass der Sozialplan den **Fortbestand des Betriebs nicht gefährden** darf. Damit soll verhindert werden, dass betrieblich notwendige Umstrukturierungen

infolge der Sozialplanpflicht unterbleiben. Andererseits sollen die Arbeitnehmer nicht durch letztlich kontraproduktive Forderungen die Verhandlungen torpedieren können. Schliesslich beschränkt diese Bestimmung auch das Ermessen des Schiedsgerichts bei der Festsetzung des Sozialplans.

Zu begrüssen ist, dass die Arbeitgeber nicht verpflichtet werden, das finanzielle Substrat für einen etwaigen Sozialplan stets bereitzuhalten (beispielsweise durch Bildung von Reserven, Versicherung, Fonds).

6 ÜBERGANGSBESTIMMUNG UND AUSBLICK

Das neue Recht wird gemäss der einzigen Übergangsbestimmung auf Nachlassverfahren anwendbar sein, bei denen das Gesuch um Nachlassstundung ab dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingereicht wurde, d.h. das bisherige Recht bleibt auf dann bereits eröffnete Verfahren grundsätzlich ausschliesslich anwendbar.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass sowohl der National- als auch der Ständerat am 3. Dezember 2012 eine Motion angenommen und den Bundesrat beauftragt haben, eine Vorlage über ein umfassendes Sanierungsverfahren im OR auszuarbeiten. Ziel der Initianten ist es, Anreize für rechtzeitige Sanierungen zu schaffen und Sanierungen insbesondere vor der Einleitung eines Nachlassverfahrens und damit ausserhalb des SchKG zu ermöglichen resp. zu erleichtern. Es ist also gut möglich, dass die aktuelle Revision bald wieder überholt wird.

Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der folgenden Personen:

In Zürich:



Martin Weber

Partner
martin.weber@swlegal.ch



Benno Strub

Counsel
benno.strub@swlegal.ch

In Genf:



Vincent Jeanneret

Partner
vincent.jeanneret@swlegal.ch



Olivier Hari

Of Counsel
olivier.hari@swlegal.ch

Schellenberg Wittmer AG
Rechtsanwälte

ZÜRICH
Löwenstrasse 19
Postfach 1876
8021 Zürich / Schweiz
T +41 44 215 5252
F +41 44 215 5200
zurich@swlegal.ch

GENF
15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
1211 Genf 1 / Schweiz
T +41 22 707 8000
F +41 22 707 8001
geneva@swlegal.ch

www.swlegal.ch