



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX

Neue Entwicklungen

Schulthess §



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Thomas Sprecher

Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX

Neue Entwicklungen

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2019
ISBN 978-3-7255-8028-6

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Anforderungen an den Sanierungsplan	7
<i>Dr. iur. Oliver Kälin, Rechtsanwalt, LL.M., kaelin.legal, Zürich</i>	
Haftung faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung	21
<i>Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann, Rechtsanwalt, LL.M., Baker McKenzie Zurich, Titularprofessor an der Universität St.Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister, und</i>	
<i>Dr. iur. Markus Wolf, Rechtsanwalt, LL.M., Baker McKenzie Zurich</i>	
Grundriss des prepacks	45
<i>Dr. iur. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Baur Hürlimann AG, Zürich, und</i>	
<i>Zeno Schönmann, Rechtsanwalt, Baur Hürlimann AG, Zürich</i>	
Kryptowährungen in der Insolvenz	51
<i>Dr. iur. Benedikt Maurenbrecher, Rechtsanwalt, MBA, Partner bei Homburger AG, Zürich, und</i>	
<i>Dr. iur. Urs Meier, Rechtsanwalt, LL.M., Homburger AG, Zürich</i>	
Ein Sanierungsrecht für Versicherungen	75
<i>Dr. iur. Michel Kähr, Rechtsanwalt, Abteilungsleiter Geschäftsbereich Versicherungen, Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, Bern</i>	
Zahlungsunfähigkeit in der aktienrechtlichen Sanierung	99
<i>Dr. iur. Christian Hachmann, Gerichtsschreiber am Bezirksgericht Bülach</i>	

Anforderungen an den Sanierungsplan

Oliver Kälin

Inhalt

I.	Einleitung	7
II.	Form	8
III.	Inhalt.....	9
	1. Gesetzliche Grundlagen.....	9
	2. Inhaltsbestimmung	11
IV.	Privatrechtliche Sanierung nach OR.....	11
	1. Alte und neue Gläubiger.....	11
	2. Sanierungsdarlehen	13
V.	Öffentlich-rechtliche Sanierung nach Art. 293 ff. SchKG.....	14
	1. Gesuch um provisorische Nachlassstundung.....	14
	2. Bedeutung des Sanierungsplans in der provisorischen Nachlassstundung	16
	3. Definitive Nachlassstundung.....	16
VI.	Schlusswort.....	19
	Literaturverzeichnis	19

I. Einleitung

Jeder Schuldner, unabhängig davon, ob er auf Pfändung oder auf Konkurs betrieben wird, kann um Nachlassstundung ersuchen.¹ In der Regel beantragen allerdings nur diejenigen Schuldner ein Nachlassverfahren, die im Handelsregister eingetragen sind und daher der Konkursbetreibung unterliegen (Art. 39 SchKG). Nichtkaufmännischen Schuldnern, die auf Pfändung betrieben werden, steht die einvernehmliche private Schuldenbereinigung offen (Art. 333 ff. SchKG). Sie ist diskreter als die Nachlassstundung (z.B. keine amtliche Publikation und keine Gläubigerversammlung).²

¹ Botschaft Sanierungsrecht, BBl 2010, 6479.

² Siehe KUKO SchKG-RONCORONI, Vor Art. 333-336 N 6.

Ersucht ein Schuldner um Nachlassstundung, muss er dem Gesuch – neben aktueller Bilanz, Erfolgsrechnung und Liquiditätsplanung³ – einen provisorischen Sanierungsplan beilegen (Art. 293 lit. a SchKG). Beim Gesuch um einvernehmliche private Schuldenbereinigung bleibt der Schuldner lediglich verpflichtet, seine Schulden sowie seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse aufzuzeigen (Art. 333 Abs. 2 SchKG). Liquiditäts- und Sanierungsplan sind nicht nötig.⁴

Das Nachlassverfahren ist auf konkursfähige Schuldner zugeschnitten, genauer auf solche, die den Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung unterstehen (Art. 957 ff. OR). Ist der Schuldner konkursfähig, aber nicht oder nur beschränkt buchführungspflichtig, z.B. weil es sich um eine Personengesellschaft mit einem Jahresumsatz unter einer halben Million Franken handelt (Art. 957 Abs. 1 Ziff. 1, Art. 957 Abs. 2 Ziff. 1 OR), entfallen Bilanz und Erfolgsrechnung.⁵ Art. 293 lit. a SchKG verlangt vom Schuldner in solchen Fällen, seine Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage mit anderen Unterlagen zu dokumentieren. Eine Liquiditätsplanung müssen indessen alle Schuldner erstellen,⁶ ebenso einen Sanierungsplan.

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf einen Schuldner, der der Konkursbetreibung unterliegt und buchführungspflichtig ist, z.B. eine AG oder eine GmbH.

II. Form

Der Begriff „Sanierungsplan“ kommt in den Gesetzen nur vereinzelt vor. Das OR erwähnt ihn nicht, weder in der geltenden Fassung noch in den Sanierungsbestimmungen im geplanten Aktienrecht.⁷ Verlangt wird ein Sanierungsplan ausserhalb von

³ Oder andere Unterlagen, aus denen die derzeitige und künftige Vermögens-, Ertrags- oder Einkommenslage des Schuldners ersichtlich ist (Art. 293 lit. a SchKG).

⁴ Siehe zu den dem Nachlassgericht einzureichenden Unterlagen für eine einvernehmliche private Schuldenbereinigung: BaK SchKG II-BRUNNER/BOLLER, Art. 333 N 12 f., und SK SchKG-VOCK/GANZONI, Art. 333 N 10 (z.B. Aufstellung von Aktiven und Passiven, inkl. Anwartschaften; Budget; Gläubigerverzeichnis).

⁵ Weil Bilanz und Erfolgsrechnung Bestandteile der Jahresrechnung sind und zum Geschäftsbericht gehören (Art. 958 Abs. 2 OR), den nicht buchführungspflichtige Einzelunternehmen oder Personengesellschaften – sowie natürliche Personen – nicht erstellen müssen.

⁶ Botschaft Sanierungsrecht, BBl 2010, 6479.

⁷ Entwurf Aktienrecht 2016, BBl 2017, 683-754; auch in der Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 399-682, fehlt der Begriff.

Art. 293 lit. a SchKG etwa in Art. 28 ff. BankG⁸ und – eher selten benutzt – in Art. 38 SchGG⁹ („Finanzplan“).

Zur Form fehlen konkrete Bestimmungen weitgehend. Der Plan muss zwar schriftlich abgefasst sein. Sonst kann er weder dem Nachlassgericht vorgelegt werden (Art. 293 lit. a SchKG), noch der FINMA und den Gläubigern (Art. 31 f. BankG), noch einer Kantonsregierung (Art. 38 Abs. 2 SchGG). Von der Schriftlichkeit abgesehen bestehen aber keine weiteren Formvorschriften.

Was die Autorenschaft angeht, so wird der Sanierungsplan von – oder im Auftrag – der obersten Unternehmensleitung verfasst, z.B. Verwaltungsrat bei der AG oder Geschäftsführer bei der GmbH.¹⁰ Die Zuständigkeit für das Erstellen des Sanierungsplans ergibt sich zum einen aus der Verantwortung für die Überschuldungsanzeige, zum anderen aus der Verantwortung für das Einreichen des Nachlassgesuchs. Beides fällt in den Aufgabenbereich der obersten Geschäftsführung.¹¹

III. Inhalt

1. Gesetzliche Grundlagen

Was der Sanierungsplan zum Inhalt hat, regelt der Gesetzgeber zurückhaltend. Es wäre kaum möglich, ein gesetzliches Korsett zu finden, das für alle Sanierungssituationen passt. Das SchKG enthält keine Bestimmungen darüber, was der Sanierungsplan beinhalten soll. Das SchGG spricht von den „zur Sanierung in Aussicht genommenen Massnahmen“, die der Plan darstellen muss (Art. 38 Abs. 1 SchGG).

Mehr Vorschriften enthält das Bankengesetz. Nach Art. 29 BankG muss der Sanierungsplan sicherstellen, dass die Bank nach der Sanierung die Bewilligungsvoraussetzungen (Art. 3 ff. BankG) und die übrigen gesetzlichen Vorschriften einhält (etwa Art. 4 BankG).¹² Der Sanierungsplan bildet die Grundlage des weiteren Vorgehens im

⁸ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0).

⁹ Bundesgesetz über die Schuldbetreibung gegen Gemeinden und andere Körperschaften des kantonalen öffentlichen Rechts vom 4. Dezember 1947 (SR 282.11).

¹⁰ Siehe KÄLIN, AJP 2016, 438.

¹¹ Einreichen der Überschuldungsanzeige (z.B. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR; Art. 725 Abs. 2 OR; Art. 810 Abs. 2 Ziff. 7 OR); Einreichen des Gesuchs um Nachlassstundung (KÄLIN, Rz 683).

¹² SCHWOB, Kommentar Bankengesetz, Art. 29 N 3 f.

Hinblick auf die Zukunft der Bank.¹³ Art. 29 BankG wird durch Art. 44 BIV-FINMA¹⁴ konkretisiert. Die Bestimmung enthält drei Absätze. Nach Art. 44 Abs. 1 BIV-FINMA legt der Sanierungsplan die Grundelemente der Sanierung dar, die künftige Kapitalstruktur und das Geschäftsmodell der Bank nach der Sanierung. Weiter muss gezeigt werden, dass die Voraussetzungen von Art. 31 Abs. 1 BankG erfüllt sind und der Plan von der FINMA genehmigt werden kann.¹⁵ Art. 44 Abs. 2 BIV-FINMA enthält einen Katalog von organisatorischen, personellen und finanziellen Punkten („Elementen“) der Sanierung, die der Plan erläutern soll. Art. 44 Abs. 3 BIV-FINMA ermächtigt die FINMA, zu verlangen, dass sich der Sanierungsplan zu zusätzlichen Elementen äussert.

Finanzielle Sanierungsmassnahmen, die eine Veränderung des Eigen- und Fremdkapitals vorsehen, sind indessen nicht Thema von Art. 44 BIV-FINMA. Kapitalverändernde Sanierungsmassnahmen bilden die *ultima ratio*¹⁶ und sollen nach Art. 31 Abs. 3 BankG nur angewandt werden, wenn „*eine Insolvenz der Bank nicht auf andere Weise beseitigt werden*“ kann. Art. 47 bis 50 BIV-FINMA regeln unter dem Titel „Kapitalmassnahmen“ Forderungsverzichte und Debt Equity Swaps. Im Unterschied zum OR und zum SchKG können diese Massnahmen den Gläubigern im Bankensanierungsplan aufgezwungen werden. Die Gläubiger können den Plan zwar ablehnen, was jedoch nur mittels Mehrheit möglich ist¹⁷ und die Konkursöffnung zur Folge hat (Art. 31a Abs. 2 BankG). Der Plan wird zudem nicht von der Unternehmensführung ausgearbeitet, sondern vom Sanierungsbeauftragten (Art. 28 Abs. 3 BankG) und entspricht letztlich eher einem Nachlassvertrag.¹⁸

Während das SchGG und das BankG gewisse inhaltliche Voraussetzungen aufstellen, die der Sanierungsplan erfüllen soll, überlassen das OR und das SchKG die Ausgestaltung der Praxis. Um den OR- und den SchKG-Sanierungsplan geht es im Folgenden.

¹³ SCHWOB, Kommentar Bankengesetz, Art. 29 N 1.

¹⁴ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA) vom 30. August 2012 (SR 952.05).

¹⁵ Namentlich die Darlegung nach Art. 31 Abs. 1 lit. b BankG gehört dazu, warum die Gläubiger der Bank mit der Durchführung des Sanierungsverfahrens besser fahren als wenn die Bank in Konkurs fällt (BaK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN, Art. 29 N 5).

¹⁶ SCHWOB, Kommentar Bankengesetz, Art. 31 N 9 f.; BaK BankG-BAUER/ISLER/UMBACH-SPAHN, Art. 29 N 17.

¹⁷ BaK BankG-BAUER, Art. 31a N 16 („Wer den Sanierungsplan nicht ablehnt, duldet den Eingriff in seine Gläubigerrechte.“).

¹⁸ Näheres bei HUNKELER, SZW 2010, 483 f.; die Bestimmungen über das Nachlassverfahren sind auf Banken nicht anwendbar (Art. 25 Abs. 3 BankG).

2. Inhaltsbestimmung

Allgemein kann gesagt werden, dass sich der Sanierungsplan dazu äussern muss, in-
nert welcher Frist die Gesellschaft gedenkt, die Überschuldung zu überwinden und
welche Massnahmen sie dazu ergreift.¹⁹ Die im Sanierungsplan vorgesehenen Mass-
nahmen sind vom Gericht darauf zu überprüfen, ob sie den Wiederaufbau des Schuld-
ners mit grosser Wahrscheinlichkeit herbeizuführen vermögen.²⁰

Strukturiert werden kann der Sanierungsplan in zwei Teilen wie folgt:²¹ Im ersten Teil
stellt der Plan die Vergangenheit dar und erklärt, weshalb und wie die Gesellschaft in
wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten ist. Gestützt auf diese Ausführungen äussert
sich der Plan zur Sanierungsfähigkeit der Gesellschaft, d.h. dazu, ob die Gesellschaft
saniert werden kann. Im zweiten Teil nennt der Plan bereits eingeleitete oder dem-
nächst einzuleitende Sanierungsmassnahmen und beurteilt deren Wirkung. Der Plan
kann Varianten aufzeigen. Dem Sanierungsplan sollten beiliegen: Ein (regelmässig
ungeprüfter) Zwischenabschluss, eine Geldflussrechnung und – sofern nicht von
Art. 293 lit. a SchKG bereits verlangt – ein Liquiditätsplan.

Aufgrund des verschiedenen Adressatenkreises ist zu unterscheiden, ob der Plan für
eine privatrechtliche Sanierung erstellt wird oder für eine Sanierung im Nachlassver-
fahren. In der privatrechtlichen Sanierung ist der Sanierungsplan massgebend, um
Gläubiger und Gesellschafter zum Mitmachen aufzufordern und zu überzeugen, dass
die vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen erfolgversprechend sind. In der öffent-
lich-rechtlichen Sanierung unter Mitwirkung des Staates ist das Nachlassgericht Ad-
ressat des Sanierungsplans (Art. 293 lit. a SchKG). Dem Gericht muss dargelegt wer-
den, dass die Sanierung Aussicht auf Erfolg hat.

IV. Privatrechtliche Sanierung nach OR

1. Alte und neue Gläubiger

Privatrechtlich wird ein Schuldner dadurch saniert, dass er individuell mit bestehenden
(alten) und künftigen (neuen) Gläubigern über Sanierungsbeiträge verhandelt.²² Mit
bestehenden Gläubigern werden Rangrücktritte diskutiert sowie z.B. Forderungsver-
zichte, Zuschüsse und Debt Equity Swaps. Mit künftigen Gläubigern verhandelt der
Schuldner über die Überlassung von neuem Kapital, entweder als Eigenkapital oder

¹⁹ Siehe BGE 142 III 364 E. 3.1 = Pra 2017 Nr. 73 S. 735.

²⁰ ZR 94 (1995) Nr. 60 E. 2.2 (zum Konkursaufschub).

²¹ KÄLIN, AJP 2016, 438 ff., 441.

²² FRITZSCHE/WALDER, § 70 Rz 1; KREN KOSTKIEWICZ, Rz 1848; KÄLIN, Rz 81.

als Fremdkapital. Den Sanierungsplan benötigt der Schuldner aber für alle Gläubiger, die alten wie die neuen.

Den alten Gläubigern zeigt der Schuldner anhand des Sanierungsplans auf, dass sie mehr Geld erhalten, wenn sie sich an der Sanierung beteiligen, als im Konkursfall, wenn die Gläubiger bestenfalls²³ mit einer Konkursdividende rechnen können. Die Gläubiger, die über den Ausgang der Sanierung und die ihnen verbleibende Konkursdividende letztlich spekulieren müssen, werden den Sanierungsplan daher genau lesen. Entsprechend sollte der Plan einfach verständlich und klar formuliert sein.²⁴

Mit künftigen Gläubigern verhandelt der Schuldner darüber, der Gesellschaft Kapital zur Verfügung zu stellen. Der Sanierungsplan dient dazu, die neuen Gläubiger davon zu überzeugen, in die Gesellschaft zu investieren, d.h. bei ihr Geld zu platzieren. Auch hier gilt, dass der Sanierungsplan einfach und klar geschrieben sein soll. Das Geld können die Gläubiger der Gesellschaft auf zwei Arten überlassen: als Eigenkapital oder als Fremdkapital.

Bei der Überlassung zu Eigenkapital spricht man von Beteiligungsfinanzierung.²⁵ Die Gesellschaft erhöht ihr Gesellschaftskapital und die Gläubiger erhalten Aktien (Art. 650 ff. OR) oder Stammanteile (Art. 781 OR). Die bestehenden Gesellschafter werden spätestens an der Sanierungsversammlung informiert (Art. 725 Abs. 1 OR, Art. 820 OR) und müssen eigenkapitalverändernden Massnahmen zustimmen.²⁶ Ein Vorteil der Beteiligungsfinanzierung besteht darin, dass die Gesellschaft das Kapital zinsfrei erhält.²⁷ Nachteilig – weil eher umständlich und aufwändig – können die gesetzlichen Bestimmungen wirken.²⁸ Durch die Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile verschieben sich zudem die Kräfteverhältnisse unter den Gesellschaftern und die neuen Kapitalgeber können versuchen, die Geschäftsführung zu beeinflussen.²⁹

²³ Sofern das Konkursverfahren nicht mangels Aktiven eingestellt wird (Art. 230 Abs. 1 SchKG).

²⁴ KÄLIN, AJP 2016, 438.

²⁵ THOMMEN, 15, 37 ff.

²⁶ In Frage kommen vor allem Kapitalerhöhung (Art. 650 ff. OR) und Kapitalschnitt (Art. 732a OR). Zur deklarativen Kapitalherabsetzung im Sanierungsfall KÄLIN, Rz 206 f.

²⁷ Siehe aber DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, § 9 Rz 62, mit dem Hinweis, dass die Ausgabe neuer Aktien den Ruf habe, die teuerste aller Finanzierungsformen zu sein.

²⁸ So sind bei der AG z.B. nötig: Generalversammlungsbeschluss (Art. 650 Abs. 1 OR), Regelung des Bezugsrechts (Art. 652b OR), Kapitalerhöhungsbericht (Art. 652e OR), Prüfungsbestätigung der Revisionsstelle (Art. 652f OR); evtl. Emissionsprospekt (Art. 652a OR).

²⁹ THOMMEN, 96. Notleidende Gesellschaften bieten Gläubigern daher manchmal Sanierungsgenuss-scheine als Gegenleistung für Kapitalzuschüsse an. Sanierungsgenuss-scheine sind Genuss-scheine nach Art. 657 OR (KÄLIN, Rz 171).

Überlässt ein Gläubiger einer Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten Fremdkapital, geschieht das meist via Darlehen.³⁰ Man spricht von Kreditfinanzierung.³¹ Regelmässig problematisch ist die Rückzahlung des Darlehens, wenn die Sanierung misslingt und der Schuldner in Konkurs fällt. Hat der Gläubiger das Darlehen bis zur Konkursöffnung nicht zurückerhalten, kolloziert die Konkursverwaltung die Rückzahlungsforderung in der dritten Klasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG). Der Darlehensgeber erhält als Konkursdividende höchstens einen Bruchteil seines Geldes zurück. Hat der Schuldner das Darlehen vor Konkursöffnung hingegen zurückbezahlt, besteht die Gefahr paulianischer Anfechtungsansprüche. Im Vordergrund steht die Absichtspauliana (Art. 288 SchKG). Die Konkursverwaltung oder die Abtretungsgläubiger (Art. 285 Abs. 2 SchKG) können vom Darlehensgeber fordern, dass er das zurückbezahlte Darlehen in die Konkursmasse zurückführt. Damit ein Gläubiger die Sanierungsaussichten und die Chancen beurteilen kann, ob er sein Geld zurück erhält, muss er – neben seiner eigenen Wahrnehmung – auf die Informationen des Schuldners vertrauen. Wesentliches Dokument dazu ist der Sanierungsplan.

2. Sanierungsdarlehen

Der Sanierungsplan ist für den Gläubiger jedoch nicht nur für die Beurteilung von Bedeutung, ob er dem notleidenden Schuldner ein Darlehen gewährt, sondern auch für die Formulierung des Darlehensvertrags selbst. Das zeigen die nachfolgenden Ausführungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Rückzahlung von Darlehen.

Das Bundesgericht hat wiederholt entschieden, dass der Darlehensnehmer mit der Darlehensrückgabe seine mit der Darlehensaufnahme eingegangene Rückzahlungspflicht erfüllt.³² Synallagma der Gewährung eines (kaufmännischen) Darlehens ist nicht die Darlehensrückzahlung, sondern das Entrichten von Darlehenszins.³³ Folglich werden die übrigen Gläubiger nicht geschädigt, wenn ein Schuldner Darlehenszinsen zahlt: Der Schuldner erhält eine gleichwertige Gegenleistung: Die Überlassung des Darlehens.³⁴ Zahlt der Schuldner indessen das Darlehen zurück, schädigt er die übrigen Gläubiger: Er bevorzugt den Darlehensgläubiger, dessen Forderung er erfüllt.³⁵

³⁰ In Frage kommen auch Mezzanine-Finanzierungen, also Mischformen von Eigen- und Fremdkapitalfinanzierungen, z.B. Wandel- und Optionsanleihen, die dem Gläubiger das Recht einräumen, anstelle der Anleiherückzahlung Aktien zu beziehen oder zusätzlich zur Rückzahlung Aktien zu erwerben (MÜLLER, Rz 46; BOEMLE/STOLZ, 92; siehe Art. 11 Abs. 1 lit. b, Art. 13 BankG).

³¹ THOMMEN, 15, 65 ff.

³² BGE 134 III 452 E. 3.1; BGE 99 III 27.

³³ BGE 137 III 268 E. 4.2.3; BGE 136 III 247 E. 5.

³⁴ Anders wäre es, wenn der Schuldner vorzeitige oder höhere Zinszahlungen leistet (BGE 136 III 247 E. 6).

³⁵ Allgemein BGE 134 III 615 E. 4.2.1 = Pra 98 (2009) Nr. 44 S. 292 f.; BGE 99 III 27 E. 4.

Unter Umständen kann der Schuldner das Darlehen trotzdem zurückzahlen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Rückzahlung nicht paulianisch anfechtbar, wenn der Gläubiger das Darlehen als Sanierungsdarlehen gewährt hat. Das bedingt, dass der Gläubiger das Darlehen dem Schuldner zum Zweck der Sanierung überlässt und eine berechtigte Hoffnung besteht, dass die Sanierung gelingt. In diesem Fall – so das Bundesgericht – stellen Aufnahme und Rückzahlung des Darlehens eine Einheit dar, was zur Folge hat, dass die Rückzahlung nicht anfechtbar ist (weil die Schädigungsabsicht fehlt und folglich auch die Erkennbarkeit und damit zwei Voraussetzungen der Absichtspauliana).³⁶

Gewährt ein Gläubiger einem notleidenden Schuldner ein Darlehen, empfiehlt es sich, dieses explizit als Sanierungsdarlehen auszuzahlen. Dazu sollte der Darlehensvertrag festhalten, etwa in der Präambel, dass der Zweck des Darlehens darin besteht, dem Schuldner die Sanierung zu ermöglichen. Weiter sollte der Vertrag festhalten, warum die Parteien davon ausgehen, dass die Sanierung gelingt. Die Einschätzung auf einen positiven Sanierungsverlauf kann durch einen Verweis auf den Sanierungsplan erfolgen. Der Sanierungsplan kann dem Darlehensvertrag als Anhang beigeheftet werden.

V. Öffentlich-rechtliche Sanierung nach Art. 293 ff. SchKG

1. Gesuch um provisorische Nachlassstundung

Bei der öffentlich-rechtlichen Sanierung wirkt der Staat mit. Sie beginnt damit, dass der Schuldner ein Gesuch um Nachlassstundung stellt. Rechtliche Grundlage für das Nachlassgesuch ist Art. 293 lit. a SchKG.

Die Anträge im Stundungsgesuch folgen typischerweise einem der beiden folgenden Aufstellungen, wobei Kombinationen mittels Eventualanträgen möglich sind:

³⁶ BGE 134 III 452 E. 5.2 f.; BGE 99 III 27 E. 5; BGE 5A_358/2008 bzw. BGE 5A_473/2009 E. 2.2.1 (Verfahren vereinigt); kritisch EMMENEGGER, 175.

1. Der [Firma] sei die provisorische Nachlassstundung von [vier] Monaten³⁷ zu gewähren.
2. Auf die öffentliche Bekanntmachung sei einstweilen zu verzichten.³⁸
3. Als provisorischer Sachwalter sei [Name und Adresse] einzusetzen.³⁹
Unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.

Oder:

1. Der [Firma] sei die provisorische Nachlassstundung von [vier] Monaten zu gewähren.
2. Auf die Einsetzung eines provisorischen Sachwalters sei einstweilen zu verzichten.
Unter Kostenfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.

Was die Kosten angeht, so bewegen sie sich am Nachlassgericht am Bezirksgericht Zürich in der Regel im folgenden Rahmen:⁴⁰ Zwischen Fr. 1'500 und Fr. 2'500 Spruchgebühr für den Entscheid über die provisorische Nachlassstundung,⁴¹ zwischen Fr. 10'000 und Fr. 15'000 Gerichtskostenvorschuss für das Nachlassverfahren und zwischen Fr. 15'000 und Fr. 50'000 Vorschuss für Sachwalterkosten^{42, 43}.

Die Anforderungen an die Bewilligung der provisorischen Stundung sind tief.⁴⁴ Das Gesuch abweisen und den Konkurs eröffnen soll das Gericht nur, wenn *offensichtlich* keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags besteht (Art. 293a Abs. 3 SchKG). Es muss also von Beginn an klar erkennbar sein, dass die Sanierung nicht gelingt (oder ein Nachlassvertrag nicht zustande kommt).⁴⁵ Gemäss dem Zürcher Obergericht reicht es bereits, wenn der Schuldner aufzeigt, „dass realistisch mit gewissen Sanierungschancen gerechnet werden kann, selbst wenn die

³⁷ Nach Art. 293a Abs. 2 SchKG beträgt die Gesamtdauer der provisorischen Nachlassstundung höchstens vier Monate. Im Zuge der Aktienrechtsrevision sollen in begründeten Fällen insgesamt acht Monate möglich werden (Art. 293a Abs. 2 E-SchKG [siehe Botschaft Aktienrecht 2016, BBl 2017, 465, und Entwurf BBl 2017, 747]).

³⁸ Aus dem Sanierungsplan (oder aus dem Stundungsgesuch selbst) muss diesfalls hervorgehen, inwieweit eine öffentliche Bekanntmachung den Sanierungszweck vereitelt und daher ein „begründeter Fall“ nach Art. 293c Abs. 2 SchKG vorliegt.

³⁹ Zu den Anforderungen an den provisorischen Sachwalter STAUBER/TALBOT, AJP 2017, 877.

⁴⁰ Siehe z.B. folgende, nicht publizierte Entscheide des Nachlassgerichts Zürich: vom 17. März 2015 (Geschäfts-Nr. EC150009-L), vom 27. März 2015 (Geschäfts-Nr. EC150011-L), vom 15. Februar 2017 (Geschäfts-Nr. EC170008-L) und vom 2. Februar 2018 (Geschäfts-Nr. EC18006-L).

⁴¹ Art. 54 GebV SchKG geht von einem Rahmen von Fr. 200 bis Fr. 2'500 aus, wobei die Gebühr in besonderen Fällen bis auf Fr. 5'000 erhöht werden kann.

⁴² Den Stundensatz des Sachwalters setzt das Nachlassgericht Zürich zwischen Fr. 250 und Fr. 370 fest (STAUBER/TALBOT, AJP 2017, 883).

⁴³ Der Autor dankt lic. iur. Philip Talbot, Leitender Gerichtsschreiber und Ersatzrichter am Konkurs- und Nachlassgericht Zürich, für wertvolle Hinweise auf die Gerichtspraxis.

⁴⁴ Botschaft Sanierungsrecht, BBl 2010, 6480.

⁴⁵ BGE 5A_495/2016 E. 3.1.

Wahrscheinlichkeit, dass eine Sanierung gelingt, deutlich geringer ist als die Wahrscheinlichkeit ihres Scheiterns.“⁴⁶

2. Bedeutung des Sanierungsplans in der provisorischen Nachlassstundung

Die tiefen Anforderungen an das Gesuch um provisorische Nachlassstundung gelten auch für den Sanierungsplan. Das Gesetz betont dies dreifach: (1) Der Sanierungsplan braucht nur ein *provisorischer* zu sein (Art. 293 lit. a SchKG). (2) Das Gericht soll über die provisorische Nachlassstundung *unverzüglich* entscheiden (Art. 293a Abs. 1 SchKG). Zwar gilt der Untersuchungsgrundsatz (Art. 255 lit. a ZPO), das Verfahren ist aber summarisch (Art. 251 lit. a ZPO). (3) Im Zweifelsfall bewilligt das Gericht die Stundung (Art. 293a Abs. 3 SchKG).

Was tut das Gericht, das rasch und anhand weniger Unterlagen über die Sanierungsaussichten entscheiden soll? Es stellt massgebend auf den provisorischen Sanierungsplan ab, dessen Zweck es ist, dem Gericht ein möglichst fundiertes Entscheiden über die Gewährung der Nachlassstundung zu ermöglichen.⁴⁷ Fehlt der Plan oder ist das Stundungsgesuch ungenügend begründet, weist das Gericht das Gesuch aber nicht einfach ab, sondern setzt eine Nachfrist und droht einen Nichteintretensentscheid an.⁴⁸

Trotz der tiefen Hürde sind Fälle denkbar, in denen die Sanierung offensichtlich nicht gelingen kann und das Gericht das Gesuch um provisorische Stundung abweisen muss. Zum Beispiel, wenn eine Gesellschaft über keine Aktiven mehr verfügt und ihre Geschäftstätigkeit eingestellt hat („Mantelgesellschaft“).⁴⁹

3. Definitive Nachlassstundung

Hat das Gericht die Nachlassstundung provisorisch für bis zu vier Monaten bewilligt (Art. 293a Abs. 2 SchKG), muss es entscheiden, ob dem Schuldner die definitive Nachlassstundung gewährt wird (Art. 294 SchKG).

Die Anforderungen an die Bewilligung der definitiven Stundung sind höher als an die provisorische. Während das Gericht die provisorische Nachlassstundung im Zweifelsfall bewilligt, muss das Gericht beim Entscheid über die definitive Nachlassstundung

⁴⁶ ZR 115 (2016) Nr. 71 E. 3.4.

⁴⁷ Botschaft Sanierungsrecht, BBl 2010, 6479. Das Nachlassgericht Zürich verlangt, dass die geplanten Sanierungsmassnahmen in den Grundzügen dargelegt werden und einigermaßen plausibel sind (STAUBER/TALBOT, AJP 2017, 876).

⁴⁸ ZR 115 (2016) Nr. 71 E. 3.5, E. 3.6.2 a.E. Das Nachlassgericht Zürich akzeptiert den Sanierungsplan praxisgemäss, wenn er nicht auf einem eigenen Dokument erstellt wird, sondern im Stundungsgesuch enthalten ist.

⁴⁹ Siehe ZR 115 (2016) Nr. 59 E. 4.4 f. (Das Zürcher Obergericht hatte eine Beschwerde gegen eine Konkurseröffnung zu beurteilen. Umstritten war die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft.).

nach objektiven Kriterien einschätzen, ob Aussicht auf Sanierung besteht oder ein Nachlassvertrag zustande kommt.⁵⁰ Während es in Art. 293a Abs. 3 SchKG heisst: „Besteht offensichtlich keine Aussicht auf Sanierung oder Bestätigung eines Nachlassvertrags, so eröffnet das Nachlassgericht von Amtes wegen den Konkurs.“, fehlt im sonst wörtlich identischen Art. 294 Abs. 3 SchKG das Wort „offensichtlich“. Das Gericht muss beim Entscheid über die Bewilligung der definitiven Nachlassstundung demnach realistisch einschätzen, ob die Sanierung gelingt bzw. ob ein Nachlassvertrag zustande kommt.⁵¹ Um sich ein Bild zu machen, lädt das Gericht von Amtes wegen zur Verhandlung vor.⁵² Das Verfahren bleibt summarisch (Art. 251 lit. a ZPO) und das Gericht soll schnell entscheiden.⁵³ Aufgrund der Untersuchungsmaxime muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen (Art. 255 lit. a ZPO). Damit verlangt der Gesetzgeber viel vom Nachlassgericht.

Hat das Gericht einen provisorischen Sachwalter eingesetzt, lädt es ihn vor und lässt ihn berichten (Art. 294 Abs. 2 SchKG). Obschon der Gesetzeswortlaut eine bloss mündliche Berichterstattung zulässt, dürfte der Bericht regelmässig schriftlich erfolgen.⁵⁴ Für seinen Entscheid über die Bewilligung der definitiven Nachlassstundung wird das Gericht massgebend auf den Sachwalterbericht abstellen. Das Nachlassgericht am Bezirksgericht Zürich setzt daher regelmässig einen provisorischen Sachwalter ein. Vom Schuldner, der das Gesuch um provisorische Nachlassstundung gestellt hat, verlangt das Gesetz für die Verhandlung über die definitive Nachlassstundung keine Unterlagen. Entsprechend muss der Schuldner auch keinen neuen Sanierungsplan beilegen. Es obliegt aber dem Schuldner, den bereits eingereichten (provisorischen) Sanierungsplan zu aktualisieren und darzulegen, wie weit die Sanierung fortgeschritten ist.⁵⁵ Hatte das Gericht einen provisorischen Sachwalter eingesetzt, ergänzt der Sanierungsplan den Sachwalterbericht; wurde kein provisorischer Sachwalter eingesetzt, bildet der Sanierungsplan letztlich das wesentliche Dokument für den Entscheid des Gerichts über die definitive Nachlassstundung und der Schuldner wird dazu befragt. Kommt das Gericht zum Schluss, dass eine Sanierung nicht realistisch ist (und

⁵⁰ Botschaft Sanierungsrecht, BBl 2010, 6483.

⁵¹ BGE 5A_495/2016 E. 3.1; BGE 5A_950/2015 E. 8.3.1.

⁵² Botschaft Sanierungsrecht, BBl 2010, 6483. Parteienanträge sind für die Verhandlung über die Bewilligung der definitiven Nachlassstundung nicht nötig („von Amtes wegen“), es werden aber regelmässig Anträge gestellt, insbesondere bezüglich der Dauer der Nachlassstundung und der Person des Sachwalters.

⁵³ Botschaft ZPO, BBl 2006, 7349 (allerdings mit dem Hinweis, dass das Nachlassverfahren ein untypisches Summarverfahren darstellt); allgemein BGE 139 III 78 E. 4.4.4.

⁵⁴ BaK SchKG EB-BAUER, Art. 294 N 20; SK SchKG UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/EXNER, Art. 294 N 14.

⁵⁵ BaK SchKG EB-BAUER, Art. 294 N 9; SK SchKG-UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/EXNER, Art. 294 N 9. Die Anhörung des Schuldners ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen, in der Regel jedoch sinnvoll, und wird vom Nachlassgericht Zürich, wenn möglich, so gehandhabt (siehe STAUBER/TALBOT, AJP 2017, 878).

auch kein Nachlassvertrag in Aussicht steht), eröffnet es den Konkurs (Art. 294 Abs. 3 SchKG).

Sind die Sanierungsaussichten unklar, muss das Gericht im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes weitere Abklärungen treffen. Dazu gehört neben der Befragung von Schuldner und Sachwalter, dass das Gericht zusätzliche Unterlagen einfordern kann. Denkbar sind z.B. Bestätigungen von Gläubigern, Einschätzungen von Sachkundigen oder ein ergänzter Sanierungsplan.

Fraglich sind die Sanierungsaussichten etwa in folgenden Fällen:

- Der Schuldner ist zahlungsunfähig,⁵⁶ vermochte während der provisorischen Stundung kein neues Kapital zu beschaffen und es fehlen dokumentierte oder realistische Angaben, wann neues Kapital einbezahlt wird⁵⁷ (z.B., wenn sich das Einfließen von neuem Geld mehrfach verzögert und die Verzögerungen unglaublich erklärt werden).⁵⁸
- Die Gesellschaft erwirtschaftet weiterhin operative Verluste. Aus dem Sanierungsplan ist keine Änderung des Geschäftsmodells ersichtlich, damit der Betrieb profitabel wird,⁵⁹ oder der Sanierungsplan sieht eine Sanierung durch Innenfinanzierung vor.
- Keine Schuldenreduktion (Gläubiger geben keine Forderungsverzichte ab und die Zinslast ist höher als die zu erwartenden ordentlichen und ausserordentlichen Erträge in absehbarer Zeit).
- Die Überschuldung nimmt zu.⁶⁰

Für die obgenannten Beispiele soll nicht gesagt sein, dass das Nachlassgericht die definitive Stundung nicht bewilligt. Der Schuldner muss aber damit rechnen, dass das Gericht Fragen stellt und eine Erklärung fordert, warum die Sanierung trotz dieser negativen Anzeigen gelingen soll. Beispielsweise zu obigem Punkt 4 – wenn die Überschuldung während der provisorischen Stundung zunimmt – wird der Schuldner darlegen müssen, warum die Verschlechterung eintrat. Gründe sind durchaus denkbar und

⁵⁶ Zahlungsunfähigkeit des Schuldners stellt hingegen keine Voraussetzung für die Bewilligung einer provisorischen Stundung dar (BGE 142 III 364 E. 4.1 = Pra 2017 Nr. 73 S. 736).

⁵⁷ Siehe BGE 5A_495/2016 E. 3.2.1 f.

⁵⁸ Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 25. Mai 2016, Geschäfts-Nr. PS160089 E. II.1 a.E. (S. 12), E. III.2 (S. 25) (= angefochtener Entscheid im soeben zitierten BGE 5A_495/2016).

⁵⁹ Als Beispiel gilt die amerikanische AG Eastman Kodak Company, die im Januar 2012 ein Gesuch um Nachlassstundung stellte (Chapter 11) und im September 2013 daraus wieder entlassen wurde. Grund für die finanziellen Schwierigkeiten war, dass das Unternehmen erst spät auf Digitalfotografie umgestellt hatte (<https://www.reuters.com/article/us-kodak/u-s-judge-approves-kodak-plan-to-exit-bankrupt-cy-idUSBRE97J0W820130820>, besucht am 18. Dezember 2018).

⁶⁰ Siehe Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 19. Juli 2017, Geschäfts-Nr. BEZ.2017.24, E. 2.3.2 (bezüglich Konkurseröffnung während der definitiven Stundung).

können saisonbedingt sein⁶¹ oder eingeleitete Sanierungsmassnahmen greifen erst in der nahen Zukunft⁶². Es bleibt trotz Untersuchungsgrundsatz Sache des Schuldners, dem Gericht die Fakten als Entscheidungsgrundlagen vorzutragen.

VI. Schlusswort

Der Sanierungsplan ist unverzichtbar bei notleidenden Gesellschaften. Zum einen dient er der Unternehmensführung zur Planung der Sanierung, zum anderen ist er ein wichtiges Dokument für Gesellschafter, Gläubiger und das Nachlassgericht. Der Schuldner tut daher gut daran, den Plan auch unter regelmässig knappen Zeitverhältnissen sorgfältig zu erstellen. Zudem dient der Sanierungsplan nicht nur der Sanierung selbst, sondern auch der Unternehmensführung zur Vermeidung von Verantwortlichkeitsklagen: Mit dem Sanierungsplan können die Organe Sanierungsbemühungen belegen und erklären, warum sie im Fall einer Überschuldung mit der Deponierung der Bilanz zugewartet haben.

Literaturverzeichnis

- BaK BankG-BEARBEITER/IN, in: WATTER/VOGT/BAUER/WINZELER, Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013.
- BaK SchKG EB-BEARBEITER/IN, in: BAUER/STAEHELIN, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Aufl., Basel 2017.
- BaK SchKG II-BEARBEITER/IN, in: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010.
- BEARBEITER/IN, Kommentar Bankenrecht, in: BODMER/KLEINER/LUTZ, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 23. Nachlieferung, Zürich 2015.
- BOEMLE MAX/STOLZ CARSTEN, Unternehmungsfinanzierung, Band 2, 14. Aufl., Zürich 2012.
- Botschaft Aktienrecht 2016, Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBl 2017, 399-682.
- Botschaft Sanierungsrecht, Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, 6455-6506.
- Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, 7221-7411.
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015.

⁶¹ Zu denken ist z.B. an Surfbretter und Motorräder, die im Frühling und Sommer besser verkauft werden als in den Wintermonaten.

⁶² Was bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen der Fall sein kann, wenn die Kündigungsfrist im Zeitpunkt der definitiven Stundung noch nicht abgelaufen ist.

- EMMENEGGER SUSAN, Das Sanierungsdarlehen, in: EMMENEGGER (Hrsg.), Kreditrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2010, Basel 2010, 153-189.
- Entwurf Aktienrecht 2016, BBl 2017, 683-754.
- FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band II, 3. Aufl., Zürich 1993.
- HUNKELER DANIEL, Bankensanierung – insbesondere unter internationalen Aspekten, SZW 2010, 481-492.
- KÄLIN OLIVER, Der Sanierungsplan nach OR und nach SchKG, AJP 2016, 435-441 (zit. KÄLIN, AJP 2016).
- KÄLIN OLIVER, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. KÄLIN).
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018.
- KUKO SchKG-BEARBEITER/IN, in: HUNKELER (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014.
- MÜLLER KARIN, Eigenkapitalersetzende Darlehen, Habil., Bern 2014.
- SK SchKG-BEARBEITER/IN, in: KREN KOSTKIEWICZ/VOCK (Hrsg.), Schulthess Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2017.
- THOMMEN JEAN-PAUL, Unternehmensfinanzierung, 3. Aufl., Zürich 2016.
- STAUBER NATALIE V./TALBOT PHILIP, Die Praxis des Nachlassgerichts Zürich zum revidierten Sanierungsrecht, AJP 2017, 874-885.