Brief des provisorischen Sachwalters Swissair Group an die Mitglieder des Schweizerischen Bundesrates und der Eidgenössischen Räte

Küsnacht-Zürich, 15.November 2001. Der provisorische Sachwalter der Swissair Group, Rechtsanwalt Karl Wüthrich,Wenger Plattner,hat die Mitglieder des Schweizerischen Bundesrates und der Eidgenössischen Räte am 15. November 2001 mit folgendem Schreiben informiert (vollständiger Wortlaut).

SAirGroup in provisorischer Nachlassstundung
Überlegungen zur Sonderprüfung aus Sicht des provisorischen Sachwalters

Sehr geehrte Frau Ständeratspräsidentin
Sehr geehrter Herr Nationalratspräsident
Sehr geehrter Herr Bundespräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie entscheiden im Rahmen der Swissair Sondersession unter anderem über den Zahlungskredit Nr. 4 (601.3180.000; Seite 39 und 40 der Botschaft: CHF 2 Mio für Sonderprüfung).

In meiner Eigenschaft als provisorischer Sachwalter der SAirGroup erlaube ich mir dazu eine Stellungnahme, weil die Fortsetzung der Sonderprüfung aus heutiger Sicht kaum zweckdienlich ist und ich aus Gründen, die ich Ihnen in diesem Schreiben darlege, nicht in der Lage bin, die Kosten der Fortsetzung der Sonderprüfung aus Mitteln aus der Nachlassmasse zu decken.

Ich fasse meine Überlegungen vorerst zusammen und begründe sie in einem zweiten Teil einlässlich.

ZUSAMMENFASSUNG:

Die Liquidationsorgane im Nachlassverfahren der SAirGroup sind gesetzlich verpflichtet, die Frage zu prüfen, wer für den Zusammenbruch der Gesellschaft Verantwortung trägt. Die Liquidationsorgane haben Zugang zu sämtlichen Gesellschaftsakten. Sie werden deshalb in der Lage sein, Experten gezielt mit der Abklärung der verantwortlichkeitsrechtlich relevanten Sachverhalte zu beauftragen. Aufgrund der Resultate der Untersuchungen werden die Liquidationsorgane unter

Einbezug der Gläubiger entscheiden, gegen wen Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen sind.

Die sich im Gang befindliche Sonderprüfung beschränkt sich dagegen auf die Beantwortung von ca. 150 Fragen, die die Aktionärsvertreter der Gesellschaft im Nachgang zur ordentlichen Generalversammlung im Frühjahr 2001 stellten. Diese Fragen wurden ohne detaillierte Kenntnisse der Swissair-Interna gestellt. Sie betreffen den Zeitraum vor Mitte April 2001. Die Periode ab Mitte April 2001 bis zum Beginn der provisorischen Nachlassstundung ist nicht Gegenstand der Sonderprüfung.

Aufgrund des vom Gesetz geregelten Ablaufs der Sonderprüfung, ist mit der Fertigstellung des Berichts voraussichtlich im Frühjahr 2003 zu rechnen. Die eingesetzte Sonderprüferin rechnet mit Gesamtkosten zwischen CHF 3 und 4 Mio.

Aufgrund dieser Sachlage empfehle ich Ihnen, den nachgesuchten Kredit zu sprechen, jedoch den Verwendungszweck nicht auf den Abschluss der Sonderprüfung zu beschränken. Ich bin der Meinung, dass damit in erheblichem Umfang Doppelspurigkeiten vermieden und die verfügbaren Mittel effizienter eingesetzt werden können. Zudem ist mit einem erheblichen Abkürzen der Zeit zu rechnen, bis dieser Bericht der Öffentlichkeit zur Verfügung steht.

Im Einzelnen empfehle ich folgendes Vorgehen:

- Abbruch des Sonderprüfungsverfahrens im Einvernehmen zwischen den Verfahrensparteien, der Sonderprüferin und dem provisorischen Sachwalter;
- Regelung allfälliger Abgeltungen an die Sonderprüferin für ihre Arbeiten bis zur Gewährung der Nachlassstundung ausserhalb der Nachlassmasse;
- Sicherung der bisherigen Ergebnisse durch Abfassung eines Zwischenberichtes, allenfalls unter Mitfinanzierung durch die Nachlassmasse;
- Beauftragung der Ernst & Young AG, Zürich, mit der Erstellung eines erweiterten Verantwortlichkeitsberichtes im Auftrag der SAirGroup, unter Wahrung der Gläubigerinteressen (inkl. derjenigen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und des Kantons Zürich) bei der Formulierung der Fragestellungen;

- Gemeinsame Finanzierung der durch die Auftragserfüllung anfallenden Honorarkosten durch die Schweizerische Eidgenossenschaft, den Kanton Zürich und die Nachlassmasse der SAirGroup.

- Gewährleistung des Einsichtsrechts der Schweizerischen Eidgenossenschaft und des Kantons Zürich in den Bericht.

BEGRÜNDUNG DIESER VORSCHLÄGE

1. Einleitung

Die Frage der Verantwortlichkeit der Organe der SAirGroup für den Niedergang der Swissair ist auf jeden Fall mit aller Sorgfalt zu prüfen. Daran haben nach dem Grounding der Swissairflotte vom 2. Oktober 2001 und der Gewährung der provisorischen Nachlassstundung für die SAirGroup und verschiedene weitere Konzerngesellschaften nicht nur die Aktionäre und die Öffentlichkeit, sondern in erster Linie auch die Gläubiger ein Interesse.

Offen ist die Frage, ob die vor dem Nachlassverfahren von Aktionären in Gang gesetzte Sonderprüfung jetzt noch das richtige Mittel ist, um die Verantwortlichkeiten zu klären. Nachfolgend gestatte ich mir, Ihnen meine Ansicht darzulegen, wie die Frage der Verantwortlichkeit unter den gegebenen Umständen geprüft werden müsste.

2. Sinn und Inhalt einer Sonderprüfung

Mit einer Sonderprüfung soll für die Aktionäre abgeklärt werden, ob die Gesellschaft durch Handlungen ihrer Organe geschädigt worden ist. Auf der Basis des Berichts des Sonderprüfers sollen die Aktionäre entscheiden können, ob sie gegen alle oder einzelne Organe Verantwortlichkeitsklagen auf Leistung von Schadenersatz an die Gesellschaft im Sinne von Art. 756 OR einleiten wollen.

3. Ablauf einer Sonderprüfung

Der Ablauf der Sonderprüfung ergibt sich aus dem beiliegenden Flussdiagramm. Die Darstellung zeigt weder die Voraussetzungen der Sonderprüfung (Art. 697 OR), noch das Einleitungsverfahren (Art. 697 a - Art. 697 c

OR). Diese Verfahrensstadien sind im Fall Swissair durch Verfügungen des zuständigen Gerichtes vom 19. und 20. Juni 2001 abgeschlossen und die Sonderprüfung läuft bereits seit Mitte August 2001.

4. Stand der Sonderprüfung bei der SAirGroup

Als Sonderprüfer wurde die Ernst & Young AG, Zürich, eingesetzt. Nach eingeholten Auskünften wurde seit Beginn der Arbeiten Mitte August 2001 bis Ende September 2001 rund die Hälfte des gesamten erforderlichen Aufwandes geleistet. Der Abschluss dieser weiteren Arbeiten wäre bis Ende Dezember 2001 vorgesehen gewesen. Die Sonderprüferin rechnet mit einem Umfang des Berichtes von 500 bis 1000 Seiten. Der bescheinigte Bericht wird aufgrund des gesetzlich geregelten Ablaufs kaum vor Frühjahr 2003 vorliegen können.

Schriftliche Zwischenergebnisse liegen noch nicht vor.

5. Einfluss des Nachlassverfahrens auf die Sonderprüfung

Die Gewährung einer provisorischen Nachlassstundung hat grundsätzlich noch keinen Einfluss auf eine pendente Sonderprüfung.

Zu beachten sind allerdings folgende Tatsachen:

a) Soweit im Zeitpunkt der Gewährung der provisorischen Nachlassstundung Honorarforderungen des Sonderprüfers offen sind, dürfen diese von der Gesellschaft ohne Zustimmung des provisorischen Sachwalters nicht mehr beglichen werden. Eine Bezahlung einer alten Schuld würde zu einer strafbaren Gläubigerbevorzugung führen, weshalb der Sachwalter seine Zustimmung zu einer Zahlung an den Sonderprüfer grundsätzlich verweigern muss.

   Gemäss Angaben der Ernst & Young AG sind per Datum der Gewährung der provisorischen Nachlassstundung Honorarforderungen aus dem Sonderprüfungsmandat von rund CHF 1.8 Mio. offen. Ein Vorschuss von CHF 250'000.-- ist bereits durch die Gesellschaft bezahlt worden. Die Ernst & Young AG hat zum Ausdruck gebracht, dass sie bei einer Weiterführung der Sonderprüfung die Bezahlung dieser Honorarforderung erwartet.

b) Die Sonderprüferin beziffert die weiteren Honorarkosten für den Abschluss der Sonderprüfung auf ca. CHF 1.5 bis 2 Mio.

c) Die Sonderprüferin ist auch gegenüber dem provisorischen Sachwalter zur Verschwiegenheit verpflichtet, solange sie von der SAirGroup nicht von dieser Verpflichtung entbunden wird. Die Beurteilung, ob die zu erwartenden Ergebnisse der Sonderprüfung für die Nachlassmasse der SAirGroup von Nutzen ist, ist deshalb für den provisorischen Sachwalter nicht möglich.

6. Nutzen der Sonderprüfung im Nachlassverfahren

Aufgrund meines heutigen Kenntnisstandes ist zu befürchten, dass die SAirGroup nicht mehr saniert werden kann. Eine Nachlassliquidation der SAirGroup und verschiedener Gruppengesellschaften, eventuell sogar die Konkurseröffnung, werden mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht vermieden werden können.

Bei dieser Ausgangslage sind hinsichtlich der Weiterführung der Sonderprüfung während der provisorischen Nachlassstundung meines Erachtens folgende Aspekte zu beachten:

a) Durch die Eröffnung eines Nachlassliquidations- oder Konkursverfahrens ändert sich die Rechtslage wesentlich. In der Nachlassliquidation oder im Konkurs entspricht der Gesellschaftsschaden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 122 II 176 ff.) dem Schaden der Gläubigergesamtheit. Dieser Schaden kann ausschliesslich von der Liquidations- respektive Konkursmasse oder nach einem Abtretungsverfahren im Sinne von Art. 260 SchKG durch die Gläubiger geltend gemacht werden. Die Aktionäre haben kein Klagerecht mehr, solange nicht der gesamte Gläubigerschaden gedeckt ist.

b) Der Sonderprüfer hat ausschliesslich die in der richterlichen Verfügung gestellten Fragen zu beantworten. Diese Fragen werden naturgemäss von den Aktionären von ausserhalb der Gesellschaft und ohne Kenntnis des vollständigen Sachverhalts formuliert.

c) In einem Nachlassliquidations- oder Konkursverfahren stehen dem Liquidator oder Konkursverwalter sowie den Gläubigern grundsätz-

lich alle Gesellschaftsakten zur freien Einsicht zur Verfügung. Sie haben deshalb die Möglichkeit, die Abklärung der Verantwortlichkeit der Organe von Anfang an auf die relevanten Sachverhalte zu konzentrieren.

d) Es ist deshalb heute nicht beurteilbar, ob der Sonderprüfungsbericht auf der Basis der Beschlüsse der Generalversammlung der SAirGroup vom 25. April 2001 den Interessen der Gläubiger tatsächlich dient. Der Fragenkatalog, wie er von der Generalversammlung der SAirGroup festgelegt und vom Richter bestätigt worden ist, kann aus rechtlichen Gründen nicht ausgeweitet werden. Ob er von Fragen entlastet werden kann, die im heutigen Verfahrensstadium nicht mehr relevant sind, ist rechtlich zumindest fraglich.

e) Nach meinen Erfahrungen im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsprozessen ist zu befürchten, dass auch bei einem Abschluss der Sonderprüfung weitere aufwendige Abklärungen notwendig wären. Insbesondere wird auch der Zeitraum nach der Generalversammlung bis zur Gewährung der provisorischen Nachlassstundung von grosser Bedeutung sein. Teure Doppelspurigkeiten werden sich kaum vermeiden lassen.

f) Insbesondere deckt die Sonderprüfung den Zeitraum von April 2001 bis 5. Oktober 2001 nicht ab.

7. Vorschläge zum weiteren Vorgehen

Als provisorischer Sachwalter habe ich die Interessen der Gläubiger zu wahren. Ich habe starke Zweifel, ob es im heutigen Zeitpunkt verantwortbar ist, zu Lasten der Gesellschaftsaktiven einen Aufwand in der Grössenordnung von ca. CHF 2 Mio., allenfalls sogar bis zu CHF 4 Mio. für die Weiterführung und den Abschluss der aktienrechtlichen Sonderprüfung auflaufen zu lassen.

Ich gehe davon aus, dass die bisherigen Erkenntnisse von Ernst & Young auch in einem späteren Zeitpunkt noch verwendet werden können, sofern sachdienliche Sicherungsmassnahmen geschaffen würden.

Die bereits geleisteten Arbeiten der Sonderprüferin dürfen aus Gründen der Gleichbehandlung der Gläubiger von der Nachlassmasse der SAirGroup nicht vorweg bezahlt werden; vielmehr ist die Sonderprüferin mit ihrer entsprechenden Forderung auf den Kollokationsweg in einem späteren Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren zu verweisen.

Als provisorischer Sachwalter der SAirGroup befürworte ich einen geordneten Abschluss des Sonderprüfungsmandates im heutigen Verfahrensstand, aber unter Sicherstellung der bisherigen Ergebnisse, soweit dies mit vernünftigem Aufwand realisierbar ist.

Nach dem 5. Dezember 2001 kann ein Antrag zur Fortsetzung der Untersuchung mit ergänzten Fragestellungen durch die Schweizerische Eidgenossenschaft erteilt werden. Wenn ein solcher Auftrag die Interessen der Gläubiger in genügendem Umfang wahrt und entsprechende Fragestellungen enthält, kann auch eine finanzielle Beteiligung zu Lasten der Masse erwogen werden. Die Mitwirkung eines im Laufe des Monates Dezember einzusetzenden definitiven Sachwalters über die SAirGroup und allfenfalls die Mitwirkung eines allfälligen späteren Gläubigerausschusses in einem Konkurs- oder Nachlassliquidationsverfahren stellt in einem solchen Fall sicher, dass auch die Interessen der Gläubiger gewahrt werden und dass sich damit der Einsatz von Mitteln der Masse rechtfertigt.

Ich hoffe, meine Ausführungen dienen Ihnen.

Mit freundlichen Grüssen

Der provisorische Sachwalter

Karl Wüthrich

Beilage: erwähnt