Vorwort zur 1. Auflage

Im Rahmen der Weiterbildungsseminare HSG der Universität St. Gallen fand am 11. April 2002 in Zürich eine Tagung zum Thema „Sanierungen – rechtliche und wirtschaftliche Aspekte" statt. Da die Veranstaltung auf grosses Interesse stiess und die dabei behandelten Themen nach wie vor (bzw. mehr denn je) aktuell sind, entschlossen sich die Referenten, ihre Vorträge in druckfertiger Form auszuarbeiten und in einem Tagungsband zu veröffentlichen. Der Vortragsstil wurde nach Möglichkeit beibehalten, wenngleich einige Beiträge erheblich ausgebaut wurden.

Frau Petra Ginter kümmerte sich um die formelle Vereinheitlichung der Beiträge; hierfür danken ihr die Autoren herzlich. Grosser Dank gebührt auch der HSG-Weiterbildungsstufe, die mit ihrem grosszügigen Druckkostenbeitrag die vorliegende Publikation ermöglichte.

Zürich, im November 2002

Vito Roberto

Vito Roberto*

Rechtsprobleme bei Sanierungen - ein Überblick

A. Bedeutung der Thematik

Der Wirtschaftsaufschwung lässt – obwohl seit längerem immer wieder angekündigt – auf sich warten. Nach wie vor wird in der Wirtschaftspresse häufig die Sanierungsbedürftigkeit von Unternehmen thematisiert. Einstmals renommierte Unternehmen sind in ihrem wirtschaftlichen Überleben gefährdet und sanierungsbedürftig bzw. bereits saniert oder insolvent geworden. In der Öffentlichkeit stand im letzten Jahr der Fall „Swissair", später vor allem auch die Schwierigkeiten der Milchwirtschaft wegen der Krise der „Swiss Dairy Food" im Vordergrund. Derzeit sind es eher die Probleme der Swissair-Nachfolgegesellschaft „Swiss", die aufgrund der erheblichen Finanzierungsbeiträge der öffentlichen Hand im letzten Jahr und des nunmehr wieder notwendigen Überbrückungskredits die Gemüter breiter Bevölkerungskreise bewegt.

Neben den spektakulären Sanierungsfällen, die in den Medien breit geschildert und kommentiert werden, gibt es zahlreiche, meist kleinere Unternehmen, bei denen in Zeiten des wirtschaftlichen Abschwunges Sanierungsmassnahmen notwendig sind. Solche Massnahmen werfen in verschiedener Hinsicht Rechtsfragen auf. Die nachfolgenden Beiträge versuchen, die zentralen Problemfelder auszuleuchten. Im Zentrum steht dabei die privatrechtliche Sanierung, d.h. Massnahmen, die getroffen werden, bevor es zu einer Insolvenz kommt.

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt. Der Autor ist Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen und bei Baker & McKenzie Zürich als Rechtsanwalt tätig.

B. Gründe für finanzielle Krisen und wie man diese erkennt

I. Wie kommt man in die Krise?

Ein Unternehmen kann aus verschiedenen Gründen in eine finanzielle Krise kommen. Normalerweise liegt der Grund in ungenügenden Erträgen. Ein weiterer und zunehmend wesentlicherer Grund sind exorbitante Schadenersatzansprüche; diese drohen insbesondere bei geschäftlichen Beziehungen mit den USA aufgrund der im US-amerikanischen Recht anerkannten „Punitive Damages" sowie der Möglichkeit der „Class Actions"[1].

Die Ertragsschwäche wird in einer ersten Phase häufig nicht genügend erkannt, da sie durch buchhalterische Gegenmassnahmen verschleiert wird. Zu denken ist etwa an die Möglichkeiten, Lagerbestände oder Halbfabrikate überzubewerten und Unterhalts- und Reparaturarbeiten zu verschieben.

Buchhalterische Massnahmen können freilich die Barmittelzuflüsse nicht erhöhen. Decken die vorhandenen Barmittel die laufenden Ausgaben nicht mehr, kommt es zur Illiquidität. Weitere Gründe, die dazu führen, dass ein Unternehmen illiquid wird, können ein zu grosser Anteil an kurzfristigem Fremdkapital bzw. eine veränderte Wirtschaftslage sein, die eine Refinanzierung nicht oder nicht zu angemessenen Kosten zulässt.

Die Ertragsschwäche und die angespannte Liquidität führen letztlich zu einer Unterbilanz oder gar zu einer Überschuldung[2]. Die aktienrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich unternehmerischer Krisensituationen fokussieren auf diese Bilanzprobleme (siehe auch Art. 725 OR). Beachtet der Verwaltungsrat diese auf die Bilanzsituation konzentrierten Pflichten, so mag er zwar seine persönliche Haftung ausschliessen, kann aber nicht das Überleben einer Unternehmung sicherstellen. Bleiben die Organe untätig, bis eine Unterbilanz bzw. eine Überschuldung vorliegt, so verunmöglichen sie in der Regel eine privatrechtliche Sanierung.

[1] Aus der neueren Zeit können als Beispiele die ABB sowie Sulzer (bzw. Sulzer Medica) erwähnt werden. Vgl. hierzu ROBERTO, Haftpflichtrisiken bei Geschäftsbeziehungen mit den USA, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2003, hrsg. von A. Koller, St. Gallen 2003, 141 ff. Zum amerikanischen Strafschadenersatz siehe etwa MÖRSDORF-SCHULTE, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages, Tübingen 1999; zu den „Class Actions" allgemein siehe etwa HIRTE, Sammelklagen – Fluch oder Segen?, VersR 2000, 148 ff.

[2] Vgl. dazu BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1684 ff.; BOEMLE/STOLZ, Unternehmensfinanzierung, 13. Aufl., Zürich 2002, 623 f.

II. Früherkennung einer Krise

In Anlehnung an die so genannten „bösen Zeichen", die Böckli zusammengestellt hat[3], sind folgende Umstände zu erwähnen, die auf eine bevorstehende Krise[4] hindeuten:

- Im Geschäftsgebaren zeigt sich ein gewisser Realitätsverlust, indem die tatsächlichen Verhältnisse beschönigt werden;
- die Unternehmensstruktur wird zunehmend unübersichtlich, etwa durch Querfinanzierungen im Konzern, Aufwärtsdarlehen, Ausgliederung von Problemen in Untergesellschaften und dergleichen mehr;
- stille Reserven werden (still) aufgelöst, Rückstellungen nicht gebildet oder Abschreibungen reduziert;
- die Lagerbestände steigen, der Umsatz sinkt, die Debitorenausstände steigen und werden älter;
- die Kreativität bei den Bilanzierungstechniken steigt, kurzfristig fällige Kredite steigen im Vergleich zum Umlaufvermögen an, Finanzunterlagen werden unübersichtlich oder kommen verspätet, Abschlüsse verzögern sich;
- Revisoren machen Vorbehalte, und es werden „Rangrücktritte" diskutiert.

Die Kenntnis der Ursachen, welche ein Unternehmen in eine Notlage bringt, ist von grösster Wichtigkeit. Denn nur so kann entschieden werden, ob eine Sanierung überhaupt möglich ist, indem die erkannten Missstände tatsächlich behoben werden können, d.h. ob das Unternehmen sanierungsfähig und sanierungswürdig ist[5].

[3] BÖCKLI, Tagungsunterlagen im HSG Weiterbildungsseminar zum Thema Sanierungen vom 17.9.1991, 3 ff.; vgl. auch SENN, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Zürich 2001, 62 ff.

[4] S.a. GABLER, Wirtschaftslexikon, S-Z, 15. Aufl., Wiesbaden 2000, 2690, 3186 ff.

[5] Vgl. BOEMLE/STOLZ (Fn. 2), 624; KESSELBACH, Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften - insbesondere aus strafrechtlicher Sicht, Zürich 2001, 24 ff.

C. Wege aus der Krise

I. Allgemeines

Das Ziel der Sanierung ist die Weiterführung des Unternehmens oder eines Teils desselben. Dies muss möglicherweise mit neuen Eigentümern oder Kreditgebern erfolgen. Letztlich sollen die Kreditoren und Aktionäre durch die Sanierung mehr erhalten, als dies bei einer Liquidation oder einem Konkurs der Fall wäre.

Grundsätzlich bestehen verschiedene Wege, um aus einer Krise zu kommen: Nachfolgend werden bloss die finanzielle und die betriebliche Sanierung erwähnt. Denkbar ist aber etwa auch der Verkauf des Unternehmens an einen „stärkeren" Partner.

II. Finanzielle Sanierung

Das Ziel der finanziellen Sanierung ist es, die Liquidität wiederherzustellen und eine drohende Überschuldung zu beseitigen. In Frage kommen etwa folgende Massnahmen[6]:

- Stillhalteabkommen der Kreditgeber
- Forderungsverzicht
- Umwandlung des Fremd- in Eigenkapital (sog. „Debt/Equity-Swap")
- Rangrücktritt[7]
- Kapitalherabsetzung ohne Mittelausschüttung
- Kapitalzuschuss ohne Kapitalerhöhung

Bei diesen Massnahmen wird vor allem die Stellung der Banken sowie der Aktionäre und der Obligationäre tangiert; überdies sind auch steuerrechtliche Aspekte zu beachten. Diese Themenbereiche werden hinten in den Beiträgen von Markus Affentranger, Marcel Giger und Peter Athanas/Christoph Suter behandelt.

---

6 Vgl. dazu THOMMEN, Lexikon der Betriebswirtschaft, Managementkompetenzen von A bis Z, Zürich 1999, 476.; BOEMLE/STOLZ (Fn. 2) 628, 633 ff., 637 ff., 645 f.; RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, 146 ff.

7 BÖCKLI (Fn. 2) N 1700 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998, § 16 N 70 ff.

III. Betriebliche Sanierung

Anders als bei der finanziellen Sanierung, die bloss temporär Abhilfe schaffen kann, geht es bei der betrieblichen Sanierung um die Steigerung der Profitabilität und damit um die nachhaltige „Gesundung" der Unternehmung. Als Massnahmen kommen etwa in Betracht[8]:

- Verkauf oder Schliessung von (unrentablen) Unternehmensteilen
- Kurzarbeit bzw. Entlassungen

In einem ersten Schritt müssen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung alle wesentlichen Probleme analysieren. Sind diese einmal erkannt, sollten Massnahmen eingeleitet werden, die eine nachhaltige Verbesserung der Ertragssituation herbeiführen können. Denn falls der Verzehr der Zahlungsmittel (sog. „Cash-drain") nicht behoben werden kann, „zeichnet sich die zweite Sanierung schon am Horizont ab, bevor die ausserordentliche Generalversammlung nur schon die erste genehmigt hat"[9]; eine notwendige zweite Sanierung erschüttert das Vertrauen der Gläubiger und der Kunden nachhaltig[10].

Die Erfahrung in der jüngsten Vergangenheit zeigt jedoch, dass Massnahmen, welche die Ertragssituation verbessern sollen, häufig zu spät und zu wenig radikal in Angriff genommen werden. Es ist einerseits verständlich, wenn sich die Unternehmensleitung scheut, unpopuläre und für Arbeitnehmer oder Aktionäre nachteilige Schritte allzu forsch einzuleiten. Man führt die betriebliche Sanierung zu wenig tief greifend durch und hofft, dass günstige Umstände eintreten, die weitergehende Massnahmen unnötig machen. So hinkt man zeitlich jeweils hinter den Problemen her und läuft dabei Gefahr, dass Massnahmen, die zu einem früheren Zeitpunkt wirksam gewesen wären, nunmehr ungenügend sind.

Aus rechtlicher Sicht stellen sich bei der betrieblichen Sanierung vor allem arbeitsrechtliche Fragen; vieldiskutiert ist insbesondere die Frage, ob der Übernehmer eines Betriebs oder Betriebsteils für vor der Konkurseröffnung entstandene Forderungen haftet. Auf die arbeitsrechtlichen Fragestellungen wird hinten im Beitrag von Thomas Geiser eingegangen.

---

8 Vgl. dazu BOEMLE/STOLZ (Fn. 2) 625.

9 BÖCKLI (Fn. 2) N 1684.

10 BOEMLE/STOLZ (Fn. 2) 625.

IV. Privatrechtliche vs. Sanierung im Nachlassverfahren

Grundsätzlich bestehen zwei Möglichkeiten: Entweder man versucht, eine Sanierung durch eine Vereinbarung zwischen den beteiligten Gläubigern und Aktionären zu erreichen (sog. privatrechtliche Sanierung), oder man entscheidet sich für die gesetzlich vorgesehene Sanierung im Rahmen eines gerichtlichen Nachlassverfahrens, die durch eine Nachlassstundung eingeleitet wird (vgl. Art. 293 ff. SchKG)[11]. Die Vor- und Nachteile der beiden Vorgehensweisen sind insbesondere[12]:

Privatrechtliche Sanierung	Sanierung im Nachlassverfahren
• Vorteil: Es handelt sich um die „schonendere Sanierungsart, welche den Unternehmenswert erhält; die Beteiligten können im Rahmen der Vertragsfreiheit völlig unabhängig handeln; ausserdem wird die Sanierung nicht öffentlich bekannt.	• Vorteil: Die gesetzlich vorgesehene Sanierung führt zur Einstellung von Betreibungshandlungen und kann dadurch die Kreditfähigkeit erhöhen, da neue Vebindlichkeiten (privilegierte) Masseschulden sind.
• Nachteil: Sie kann einzelnen Gläubigern nicht aufgezwungen werden; bei einer grossen Zahl von Gläubigern mit divergierenden Interessen ist es in der Regel nicht möglich, eine Einigung herbeizuführen. Beim Scheitern der Sanierungsbemühungen besteht die Gefahr von Verantwortlichkeitsklagen wegen Konkursverschleppung.	• Nachteil: Sie dürfte zum Abruch der Geschäftsbeziehung seitens zahlreicher Lieferanten und Kunden führen; überdies steigt der Liquiditätsbedarf erheblich, da Lieferungen häufig bloss noch gegen Vorauszahlung erfolgen und Zahlungen zurückbehalten werden.

11 Das Gesetz sieht in Art. 725a Abs. 1 OR als weitere Möglichkeit den Konkursaufschub vor (sog. aktienrechtliches Moratorium). Zu den Nachteilen dieser Variante gegenüber dem Nachlassverfahren nachstehend GLANZMANN C.V.2.b.

12 Vgl. dazu auch BOEMLE/STOLZ (Fn. 2) 640 f.; HARDMEIER, Voraussetzungen und rechtliche Möglichkeiten von Sanierungen in der Schweiz, in: Dach Schriftenreihe, Band 9, Unternehmenssanierung, Köln 1998, I ff.

D. Herausforderung für den Verwaltungsrat und den Anwalt

I. Die Pflichten des Verwaltungsrates bei Krisen

Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung in Krisensituationen werden eingehend im Beitrag von Lukas Glanzmann dargestellt. Hier soll bloss ein kurzer Überblick gegeben werden.

Die Führung einer Gesellschaft sieht sich in Krisensituationen mit Pflichten konfrontiert, die einerseits zueinander in Widerspruch stehen können und andererseits rasches Handeln verlangen. So hat der Verwaltungsrat die Interessen der Gesellschaft zu wahren (vgl. Art. 717 OR), was insbesondere bedeutet, dass er den Bestand des Unternehmens nach Möglichkeit erhalten muss. Eine Konkursanmeldung oder –aufschub bzw. eine Nachlassstundung sind, sobald sie bekannt werden, für die Unternehmung nachteilig und können deren Existenz gefährden. Aus diesem Grunde ist zuvor mit Gläubigern, Aktionären und weiteren interessierten Dritten auszuloten, ob die Möglichkeit einer privaten Sanierung besteht.

Auf der anderen Seite muss der Verwaltungsrat im eigenen Interesse beachten, dass er bei einer Überschuldung den Richter benachrichtigen muss[13]. Zögert er das Konkursverfahren schuldhaft hinaus, haftet er persönlich für den dadurch verursachten Schaden. Erschwerend kommt hinzu, dass diese Pflichtenabwägung – Pflicht zur Sanierung einerseits, Benachrichtigung des Richters andererseits – unter erheblichem Zeitdruck erfolgen muss[14]. Nach der Rechtsprechung darf der Verwaltungsrat bloss eine kurze Zeitspanne mit der Konkursanmeldung zuwarten, um sich um eine Sanierung zu bemühen[15].

II. Gültigkeit der Rechtsgeschäfte und Gefahren für den Verwaltungsrat

Der Handlungsspielraum des Verwaltungsrates ist in Krisensituationen durch verschiedene Gesetzesnormen, die den Schutz der Gläubiger bezwecken, eingeschränkt. Aus zivilrechtlicher Sicht können Geschäfte, durch die dem

13 Siehe hinten GLANZMANN C.V.2.a.

14 Vgl. auch BÖCKLI (Fn. 2) N 1697.

15 Vgl. hierzu BGE 116 II 533; BGer 4C.177/1999 vom 16. November 1999, in: ST 2000, 1270.

Unternehmen Vermögenswerte entzogen wurden und damit zu einer Benachteiligung der Gläubiger führten, angefochten werden, sofern das Unternehmen in der Folge in Konkurs gerät[16]. Solche Handlungen können überdies zu einer Schadenersatzpflicht des Verwaltungsrates führen. Sodann besteht auch die Gefahr der strafrechtlichen Verantwortung: In Betracht kommen namentlich die Gläubigerschädigung gemäss Art. 164 StGB sowie die Gläubigerbevorzugung gemäss Art. 167 StGB.

Besondere Vorsicht ist insbesondere bei folgenden Geschäften angezeigt: rascher Verkauf von Aktiven zu tiefen Preisen, um Liquiditätsprobleme zu beheben, die Befriedigung von Gläubigern durch Aktiven (sog. „Debt/Asset-Swaps"), das Gewähren von Sicherheiten, um Überbrückungskredite zu erlangen, oder die Gründung einer Auffanggesellschaft[17].

III. Die Herausforderung für den Anwalt

Der beratende Anwalt ist in solchen Krisensituationen ebenfalls in verschiedener Hinsicht gefordert. Zunächst ist zu erwähnen, dass die Mandanten häufig sehr spät (manchmal zu spät) den Anwalt beiziehen. Dann muss unter erheblichem Zeitdruck ein Sanierungsplan mitgestaltet werden, was eine kurzfristige, grosse zeitliche Verfügbarkeit bedingt. Ferner sind verschiedene Rechtsbereiche involviert, weshalb die Aufgaben meist im Rahmen einer Teamarbeit angegangen werden müssen.

Schliesslich ist zu beachten, dass der Anwalt in entsprechenden Situationen intensiv bei der Bewältigung der Krise involviert sein kann. Damit stellt sich die heikle Frage, ob er massgeblich Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt und damit zum faktischen Organ wird[18]. Dies kommt nach der Rechtsprechung dann in Betracht, wenn seine Kompetenzen „wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehen und sich zu einer massgebenden Mitwirkung bei der Willensbildung verdichten"[19]. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn der Anwalt bloss sporadisch (bzw. regelmässig, aber nur zu bestimmten Tranktanden) an Verwaltungsratsitzungen teilnimmt; wesentlich ist, dass seine beratende Funktion und die fehlende Mitwirkung bei Entscheidungen sich auch in den Protokollen niederschlägt[20]

Für den beratenden Anwalt ist die Problematik der faktischen Organschaft nicht zuletzt deshalb von besonderer Brisanz, weil diese Tätigkeit *nicht vom Versicherungsschutz erfasst* wird[21]. Die Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte deckt Ansprüche aufgrund einer Organtätigkeit nicht; eine Organhaftpflichtversicherung wird auch nicht vorliegen, da sich solche Versicherungen nur auf angemeldete Organtätigkeiten beziehen. Der Anwalt sollte daher, insbesondere im Kontakt mit Dritten, nicht den Eindruck erwecken, massgeblich bei der Willensbildung der Unternehmung mitzuwirken. Nicht verkannt wird, dass ein Unternehmen gerade in Krisensituationen vom Anwalt nicht lediglich die Vorbereitung und Bereitstellung der Grundlagen für Entscheidungen, sondern eine aktive Mitwirkung bei der Entscheidfindung erwartet.

16 Vgl. die Anfechtungstatbestände in Art. 285 SchKG; hierzu nachstehend GLANZMANN C.VII.

17 Vgl. dazu hinten GLANZMANN C.II.2.a; s.a. WÜTHRICH, Sanierung über eine Auffanggesellschaft in der Schweiz, in: Dach Schriftenreihe, Band 9, Unternehmenssanierung, Köln 1998, 29 ff.; Gulich, Rechtliche Aspekte bei der Gründung einer Auffanggesellschaft i.w.S., Zürich 1993.

18 Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat: ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 1999, 205 f.; nach dem Bundesgericht gelten als faktische Organe solche "die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung massgebend mitbestimmen" (BGE 128 III 30; ebenso BGE 114 V 79).

19 BGE 117 II 573; bestätigt in BGE 128 III 31 ff., welcher den weitergehenden BGE 117 II 432 relativiert. Zum ganzen BERTSCHINGER, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, N 108 ff.

20 Vgl. MÜLLER, Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandats, in: Schaden - Haftung - Versicherung, hrsg. von MÜNCH/GEISER, Basel usw. 1999, § 17.37.

21 HÜTTE, Die Risiken des Verwaltungsrates aus der Sicht der Versicherung, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, hrsg. von FORSTMOSER u.a., Zürich 1986, 50; NOBEL, Der Anwalt im Spannungsfeld zwischen Beratung und Organschaft, in: Die Sorgfalt des Anwalts in der Praxis, Bern 1997, 45 ff.