

# Möglichkeiten zur Sanierung verbessern

Im Handelsrecht regeln – Fataler Vertrauensverlust – Eigenverantwortung der Unternehmen muss gestärkt werden

THOMAS BAUER

Gegenwärtig behandelt die Rechtskommission des Nationalrats den bundesrätlichen Entwurf zur Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG). Im Zentrum der Vorlage steht eine Verbesserung des Sanierungsrechts für angeschlagene Unternehmen. Es stellt sich indessen die Frage, ob die Vorlage nicht zu kurz greift und ob die Materie nicht besser im Handelsrecht (OR) geregelt werden sollte.

Gelangt ein Unternehmen in Schiefelage, so hat der Verwaltungsrat nach Wegen zu suchen, um es zu sanieren. Gelingt ihm dies nicht ohne den richterlichen Schutz vor den Gläubigern, kann er beim Gericht ein förmliches Stundungsverfahren beantragen, mit dem Ziel, einen Sanierungsplan umzusetzen und so die Zerschlagung zu verhindern. In der Zwischenzeit benötigt das Unternehmen eine Verschnaufpause. In dieser Zeit werden fällige Schulden gestundet.

## Dualität fällt weg

In der Schweiz ist das Verfahren der Nachlassstundung im SchKG, d.h. im Gesetz über die Zwangsvollstreckung von Geldforderungen, geregelt. Dieses Verfahren wird spätestens seit der Revision 1994 als Kerninstrument des Sanierungsrechts verstanden. Allerdings wurde im Zusammenhang mit dem Swissair-Debakel Verbesserungspotenzial geortet. Der Bundesrat wurde deshalb vom Parlament beauftragt, Vorschläge für Gesetzesverbesserungen zu unterbreiten.

Neben dem Nachlassverfahren ist im geltenden OR noch Art. 725a von Bedeutung. Er ermächtigt den Richter, die Eröffnung des Konkurses einer überschuldeten Gesellschaft aufzuschieben, wenn kurzfristige Aussicht auf Sanierung besteht. Das geltende Sanierungsrecht ist somit gekennzeichnet von der Dualität des aktienrechtlichen und des konkursrechtlichen Moratoriums. Grundsätzlich ist das aktienrechtliche Moratorium auf den Fortbestand des Unternehmens unter Befriedigung aller Gläubiger ausgerichtet, während das Nachlassverfahren in aller Regel mit einem mehr oder weniger grossen Verlust für die Gläubiger endet.

Der bundesrätliche Entwurf sieht nun einige Anpassungen des Nachlassverfahrens im SchKG vor, welche die Rahmen-



Am Ursprung der Revision des **Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes** steht das Swissair-Debakel im Jahr 2001.

bedingungen für eine Sanierung während der Nachlassstundung verbessern sollen. Gleichzeitig ist vorgesehen, das aktienrechtliche Moratorium zu streichen.

## Schwachstellen

Gründe, weshalb der vorgeschlagenen Streichung nicht ein Um- bzw. Ausbau des aktienrechtlichen Moratoriums vorzuziehen wäre, werden in der bundesrätlichen Vorlage nicht angeführt. Bei näherer Betrachtung erweist sich aber, dass das Sanierungsverfahren im Gesellschaftsrecht

und nicht im Zwangsvollstreckungsrecht geregelt werden sollte.

Das geltende Sanierungsverfahren hat im Wesentlichen drei Schwachstellen. Die Sanierung wird, erstens, zu spät ausgelöst. Dies hat gerade der Fall Swissair gezeigt. Das ist an sich nicht ein Mangel des Gesetzes selbst, ergibt sich aber aus der Tatsache, dass die Unternehmensleitung, bevor sie die Hilfe des Gerichts in Anspruch nimmt, nichts unversucht lässt, den Gang zum Richter zu vermeiden. Entschliesst sie sich endlich doch dazu, sind bereits zu Beginn des Nachlassverfahrens die letzten

liquiden Mittel aufgezehrt, sodass kein finanzieller Handlungsspielraum für Sanierungsmassnahmen mehr besteht.

Der zweite Schwachpunkt besteht darin, dass das Gesetz die subjektive Wahrnehmung der Beteiligten ausser Acht lässt. Mit dem Gesuch um Nachlassstundung gesteht der Verwaltungsrat ein, bei seinen bisherigen, aussergerichtlichen Sanierungsbemühungen gescheitert zu sein. Dem entspricht auch, dass dem Verwaltungsrat von nun an das Ruder aus der Hand genommen wird. Die Verfahrenshöhe über das Sanierungsverfahren geht auf andere über, das letzte Wort bei der Formulierung und der Umsetzung des Sanierungsplans haben nunmehr die Gerichte, die von ihnen eingesetzten Sachwalter und die Gläubiger. Dies hat auch seine Richtigkeit, denn die Gläubiger erleiden einen Verlust. Die Kehrseite aber ist, dass die Unternehmensleitung in der Stunde der höchsten Not gelähmt wird.

## Bundesrat ändert nichts

Der dritte Schwachpunkt besteht im Vertrauensverlust, der unmittelbar einsetzt, sobald bekannt wird, dass das Unternehmen beim Gericht um Nachlassstundung ersucht hat. Da niemand wissen kann, ob die Sanierung gelingt oder ob das Verfahren nicht doch mit einem Konkurs oder einer Liquidation endet, sehen sich die wichtigsten Mitarbeiter möglichst schnell nach einer neuen Beschäftigung um, es wandern die Kunden zur Konkurrenz, und die Banken streichen die allenfalls noch vorhandenen Kreditlinien. Wer noch auf einer unbezahlten Rechnung sitzt, schreibt seine Forderung ab und verzichtet nach Möglichkeit auf eine Fortführung der Geschäftsbeziehung. Die drei angeführten Schwachpunkte verringern die Chancen für die Sanierung markant.

An diesen Schwachstellen des bestehenden Rechts ändert der bundesrätliche Entwurf nichts. Während sich jüngste Revisionsvorhaben in unseren Nachbarländern das Ziel gesetzt haben, die Einleitung des Sanierungsverfahrens zeitlich vorzuzerlegen und die Eigenverantwortung der Unternehmensleitung für die Sanierung im Insolvenzverfahren so weit wie möglich zu stärken, soll gemäss dem vorliegenden Entwurf im Grunde alles beim Alten bleiben. Begibt sich aber ein Unternehmen erst einmal unter den Schutz des Richters mit dem primären Ziel der Sanierung, kann sich

während der Stundung gleich einmal erweisen, dass nur noch die Liquidation oder ein massiver Zwangsvergleich zulasten aller Gläubiger realistisch ist.

Die blosse Möglichkeit eines Wechsels weg vom ursprünglich angepeilten Sanierungs- hin zum Liquidationsverfahren vergiftet aber jeden Sanierungsansatz. Die Beibehaltung, ja die Akzentuierung der hybriden Zweckrichtung der Nachlassstundung wird weiterhin eine massive Vertrauenserosion bei Arbeitnehmern, Lieferanten und Kunden zur Folge haben. Dieser Vertrauensverlust wird auch in Zukunft zu erheblicher Vermögensvernichung führen, sobald das Unternehmen den Schutz des Nachlassrichters sucht.

## Fortführung im Zentrum

Der bundesrätliche Entwurf lässt zudem einige Unsicherheiten im geltenden Recht weiterhin offen, etwa die Behandlung von Sanierungsdarlehen. Es wäre nun die Gelegenheit, diese Fragen einer Klärung zuzuführen. Zudem sind die Anforderungen festzulegen, denen ein eigentliches Sanierungsverfahren gerecht werden sollte:

- Ausschliessliche Ausrichtung auf Fortführung des sanierten Unternehmens unter möglichst weitgehender Bezahlung aller Ausstände.

- Sozialverträglichkeit: Erhaltung von Arbeitsplätzen oder, wenn dies nicht möglich ist, Abfederung der sozialen Härten in einem Sozialplan.

- Setzung der richtigen Anreize: Je früher das Sanierungsverfahren einsetzt, desto grösser sind die Sanierungschancen.

- Balance zwischen Eigenverantwortung des Verwaltungsrats und richterlicher Kontrolle.

Ziel der laufenden SchKG-Revision ist es, die Sanierungschancen angeschlagener Unternehmen zu stärken und Arbeitsplätze zu erhalten. Dieses Ziel wird nicht erreicht, wenn das Sanierungsverfahren im gleichen Atemzug mit Konkurs und Nachlassliquidation geregelt wird. Das Sanierungsverfahren muss, um mit dem Label einer klaren, eindeutigen Zielsetzung «Sanierung» ausgestattet zu werden, im Handelsrecht nicht gestrichen, sondern ausgebaut werden.

Thomas Bauer ist Partner und Leiter des Fachbereichs Sanierungs- und Insolvenzrecht von Ernst & Young und Mitglied der Fachgruppe Recht der Treuhand-Kammer.

# Aus für patronale Wohlfahrtsfonds?

Reglementarische Vorschriften sind kostentreibend und schränken Gestaltungsraum ein – Entlastung notwendig

YOLANDA MÜLLER

Wohlfahrtsfonds im reinen Sinn weisen keine reglementarischen Vorsorgeansprüche auf; es sind Stiftungen mit Ermessensleistungen. Patronale Wohlfahrtsfonds, die dem Personal und den Rentnerinnen und Rentnern dagegen reglementarische Leistungen versprechen, unterstehen dem Freizügigkeitsgesetz (FZG). Charakteristisch für beide Arten ist, dass ihr Stiftungsvermögen durch Zuwendungen des Stifters oder des Arbeitgebers gespeist wurde.

## Wichtige soziale Aufgabe

Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen wollen zunächst Not- und Härtefälle der Arbeitnehmer, der Rentner sowie ihrer Angehörigen bei Krankheit, Unfall, Invalidität oder Arbeitslosigkeit unbürokratisch lindern. Oftmals können solche Leistungen diesen Personen den Gang zum Sozialamt ersparen (zu den steuerlichen Aspekten vgl. BGer. vom 9. März 2011, 2C\_673/2010).

Die Wohlfahrtsfonds müssen bei der Ausschüttung ihrer Leistungen den Vorsorgezweck, die Kollektivität und die Gleichbehandlung der Destinatäre beachten. Leistungen dürfen nicht willkürlich ausgeschüttet werden. Es ist zudem verboten, dass das Stiftungsvermögen an die Stifterfirma bzw. die angeschlossenen Unternehmen zurückfällt (BGer. vom 27. August 1998 in SZS 43/1999, 318 ff.).

Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen weisen daneben oft einen Finanzierungsnebenzweck auf. Sie können Beiträge und Versicherungsprämien für andere steuerbefreite Vorsorgeeinrichtungen, die zugunsten des Personals und der Rentnerinnen und Rentner bestehen, finanzieren, wenn weitere Voraussetzungen gegeben sind. In einem letzthin ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht diese Möglichkeiten de facto ausgeweitet (BGer. vom 20. Dezember 2010, 9C\_804/2010).

In der Praxis erfüllen Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen eine wichtige Funktion bei Massenentlassungen oder Restrukturierungen ihres eigenen Arbeitgebers. Oftmals kommt ein Sozialplan mit Überbrückungsrenten oder Frühpensionierungen überhaupt nur mithilfe des firmeneigenen Wohlfahrtsfonds zustande.

Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen spielen zudem bei der Unterdeckung der firmeneigenen Pensionskasse eine entscheidende Rolle. Mit ihrer Hilfe konnten in der Vergangenheit oftmals einschneidende Sanierungsmassnahmen für die Arbeitnehmer und den Arbeitgeber abgewendet werden.

## Raues Gesetzesklima

Bis vor kurzem konnten solche Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen einfach, effizient und kostengünstig verwaltet werden. Seit einiger Zeit bläst ihnen

jedoch ein rauer gesetzgeberischer Wind entgegen. Nach dem vor wenigen Jahren revidierten Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB müssen patronale Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen Teilliquidations-, Anlage- und Rückstellungsreglemente erlassen und weitere BVG- und BVV2-Bestimmungen berücksichtigen. Im Rahmen der laufenden Strukturreform werden sie zudem künftig z.B. strengere Vorschriften über die Integrität und die Loyalität der Verantwortlichen, die Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden und die Interessenkonflikte, die Regeln über die finanzielle Sicherheit oder die Bestimmung über die Zulassung und die erweiterten Aufgaben der Kontrollstelle berücksichtigen müssen.

Damit ist für diese Stiftungen die Bürokratie weiter und in unnötiger Weise verschärft worden. Ein entsprechender Nutzen ist oft nicht ersichtlich. Dem Prinzip der Verhältnismässigkeit wurde viel zu wenig Rechnung getragen. Patronale Wohlfahrtsfonds verfügen seit je über eine Revisionsstelle und unterstehen zudem der behördlichen Aufsicht.

Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass Leistungen eines Wohlfahrtsfonds beim Arbeitgeber nicht mit der AHV belegt werden dürfen (BGer. vom 21. Oktober 2008, 9C\_435/2008). Es beendete damit eine umstrittene Praxis einiger AHV-Ausgleichskassen und des Bundesamts für Sozialversicherungen. Umso unverständlicher ist es, dass sich die Eidgenössischen Räte im Rahmen der 11. AHV-Revision auf

eine Gesetzesänderung einigten, die eine grundsätzliche AHV-Beitragspflicht des Arbeitgebers für Leistungen des Wohlfahrtsfonds statuierte. Mit dem Scheitern der 11. AHV-Revision kam diese Gesetzesänderung jedoch nicht zustande. Die weitere Entwicklung ist offen.

## Zukunft ist ungewiss

Viele verantwortungsbewusste Stiftungsräte sind aufgrund dieser Ausgangslage, den hohen Verwaltungskosten und der unsicheren Zukunft dazu übergegangen, den Wohlfahrtsfonds ihrer Firma zu liquidieren und die Gelder den Pensionskassenguthaben der Belegschaft und den Rentnern gutzuschreiben. Ohne gesetzgeberische Stärkung bzw. bürokratische Entlastung wird es den patronalen Wohlfahrtsfonds längerfristig nicht mehr möglich sein, ihre soziale und volkswirtschaftliche Verantwortung für ihr Personal und die Rentner in einem vernünftigen Ausmass wahrzunehmen, wie z.B. Härtefälle abzufedern, Sozialpläne bei Massenentlassungen mitzuermöglichen oder bei Unterdeckung ihrer Pensionskasse einzuspringen.

Es ist zu hoffen, dass der Gesetzgeber diese Anzeichen erkennt und diesen wichtigen Institutionen des Sozialstaates genügend Freiraum lässt.

Yolanda Müller, Advokatin und Partnerin von Dufour Advokatur Notariat, Basel.

## Literatur

### Das verlorene Jahrzehnt

Erwin W. Heri

Die Kapitalmarkttheorie postuliert, dass Aktienanlagen «langfristig» einen höheren Ertrag generieren als risikolose Investments, beispielsweise Staatsanleihen (Ausnahmen wie Griechenland, Portugal usw. bestätigen die Regel). Diese These ist durch empirische Untersuchungen vielfach bestätigt worden. Letztlich bleibt jedoch die Frage offen, was mit «langfristig» konkret gemeint ist. Jedenfalls hat es in der Vergangenheit bisweilen auch ziemlich lange Zeiträume gegeben, in denen Aktien die von ihnen erwartete überlegene Ertragskraft nicht realisieren konnten (die Rede ist hier von Aktien als Anlagekategorie; es gibt nicht wenige Titel, die, auch dank guter Dividende, risikolose Anlagen selbst in diesen Phasen übertroffen haben).

Auf eine solche – längere – Zeitspanne nimmt der Titel des vorliegenden Werkes Bezug. Der Autor, ein Finanzfachmann mit reicher Erfahrung, blickt auf das schwierige letzte Dezennium an den Anlagemärkten zurück, ordnet es ein und beschreibt, welche Lehren Investoren aus den Erfahrungen von 2000 bis 2010 u.a. mit Dotcom-Blase, 9/11 und US-Subprime- mit anschliessender globaler Finanzkrise ziehen sollten.

Erwin W. Heri, «Das verlorene Jahrzehnt – und was Anleger daraus lernen sollten», 2011, Buchverlag Neue Zürcher Zeitung, 176 Seiten, zahlreiche Grafiken, Tabellen und Diagramme, gebunden, 48 Fr./39€.