

RVP Bulletin

Rechtliche Rahmenbedingungen der Unternehmenssanierung

Zürich, Februar 2010, Nr. 1

Inhalt

Sanierung und Restrukturierung der Aktiengesellschaft.....	2
Rechtsprobleme, Sanierungsbedarf und Sanierungsfähigkeit	2
Rechtsprobleme bei der Sanierung	2
Sanierungsbedarf und Sanierungsfähigkeit	2
Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung	2
Spannungsfeld zwischen Sanierung und Haftung.....	2
Früherkennung und Massnahmen	3
Pflichten bei Kapitalverlust.....	3
Pflichten bei Überschuldung	3
Pflichten bei knapper Liquidität.....	3
Vermeidung von Straftaten, Verantwortlichkeitsklagen und konkursrechtlich anfechtbaren Handlungen	4
Privatrechtliche Sanierungsmassnahmen der Gesellschaft und Aktionäre	4
Identifikation von Verlustquellen	4
Sanierungsplan	5
Sanierungsmassnahmen.....	6
Auffanggesellschaft im Besonderen	7
Auffanggesellschaft zwecks Rettung gesunder Betriebsteile	7
Wichtiger Zeitfaktor	7
Bereitstellen der Auffanggesellschaft.....	8
Übertragung der gesunden Betriebsteile	9
Gezielte Kommunikation.....	10
Privatrechtliche Sanierungsbeiträge der Gläubiger	10
Einbezug der Gläubiger in die Sanierung	10
Aktionärsdarlehen	10
Stillhalteabkommen mit Banken.....	11
Überbrückungskredite von Banken.....	11
Rangrücktritt.....	11
Debt/Equity Swap	11
Debt/Asset Swap	12
Forderungsverzicht	12
Berücksichtigung ausstehender Obligationsanleihen.....	12
Nachlassverfahren	13
Nachlassverfahren im Interesse der Gläubiger.....	13
Nachlassverfahren im Einzelnen.....	13
Wirkung der Nachlassstundung.....	13
Richterliche Bestätigung des Nachlassvertrages	14
Nachlassvertrag nach Konkurseröffnung.....	14
Steuerliche Aspekte der Sanierung.....	15
Emissionsabgabe.....	15
Ertragsteuer bei der sanierungsbedürftigen Gesellschaft	15
Ertrag- und Einkommenssteuer beim Erbringer von Sanierungsleistungen.....	16
Verrechnungssteuer beim Erbringen von Sanierungsleistungen.....	16
Mehrwertsteuer	16
Arbeitsrechtliche Aspekte der Sanierung.....	16
Betroffene Arbeitnehmer	16
Lohnkürzungen und andere Änderungen der Arbeitsbedingungen	16
Entlassungen	17
Massenentlassungen	17
Kurzarbeit	17
Sozialpläne	18
Betriebsübertragungen.....	18
Abkürzungen.....	19

Sanierung und Restrukturierung der Aktiengesellschaft

Bei den nachfolgenden Ausführungen geht es um die rechtlichen Rahmenbedingungen der Sanierung und Restrukturierung von Unternehmen. Es kommen verschiedene rechtliche und steuerliche Aspekte zur Sprache. Dabei berücksichtigen wir nicht alle Gesellschaftsformen des schweizerischen Obligationenrechts, sondern beschränken uns auf den Hauptfall der Aktiengesellschaft.

Rechtsprobleme, Sanierungsbedarf und Sanierungsfähigkeit

Rechtsprobleme bei der Sanierung

Finanzielle Unternehmenskrisen sind regelmässig die Folge einer Ertragsschwäche, die zu Illiquidität und schliesslich zu Bilanzproblemen in Form von Unterbilanz oder Überschuldung führt. In solchen Krisenzeiten ist der unternehmerische Handlungsspielraum von Verwaltungsrat und Management stark eingeschränkt. Doch auch rechtlich gesehen gelten neue Rahmenbedingungen, die ihren Niederschlag in Art. 725 OR gefunden haben. Diese Bestimmung regelt die Pflichten des Verwaltungsrates beim Übergang vom "going concern" (Grundsatz der Unternehmensfortführung) zur wirtschaftlichen Schieflage und zum wirtschaftlichen Scheitern der Gesellschaft. Sie bezweckt den Schutz des Aktienkapitals und damit auch der Gläubiger, indem sie einer überschuldeten Gesellschaft verbietet, weiter am Geschäftsverkehr teilzunehmen, zusätzliche Verbindlichkeiten einzugehen und ihre Aktiven zum Nachteil der Gläubiger aufzubrechen. Insbesondere schreibt das Gesetz vor, dass der Verwaltungsrat bei Bilanzproblemen unverzüglich Sanierungsmassnahmen in die Wege leiten oder aber die Bücher deponieren, d.h. beim Gericht die Eröffnung des Konkurses oder eines Nachlassverfahrens beantragen muss.

Sanierungsbedarf und Sanierungsfähigkeit

Sanierung bedeutet zum einen Beschaffung der notwendigen Liquidität. Es bedeutet aber auch und in erster Linie Wiederherstellung einer nachhaltigen Rentabilität durch betriebliche Massnahmen, Reduktion der Schuldenlast und Zuführung neuen Kapitals. Nur wenn all diese Ziele erreicht werden können, dürfen Sanierungsmassnahmen überhaupt ergriffen werden. Damit soll vermieden werden, dass schlechtem Geld gutes nachgeworfen wird. Kommt es nämlich trotz Sanierungsbemühungen zum Konkurs, so hat sich der Schaden der Gesellschaft bzw. ihrer Gläubiger bis zur Konkurseröffnung gegenüber dem Schaden bei einer sofortigen Einstellung der Geschäftstätigkeit regelmässig vergrössert. Bevor daher Sanierungsmassnahmen in die Wege geleitet werden, muss der Verwaltungsrat sorgfältig prüfen, ob das Unternehmen überhaupt sanierungsfähig ist.

Aufgrund der dringenden Liquiditätsprobleme bleibt für eine sorgfältige Analyse der Unternehmenslage oft wenig Zeit. Dennoch ist diese Aufgabe mit grosser Sorgfalt zu erfüllen und im Hinblick auf allfällige Haftungsfolgen auch ausführlich zu dokumentieren. Zusammengefasst lässt sich sagen, dass ein Unternehmen dann sanierungsfähig ist, wenn seine Ertragskraft nach Sanierung wiederhergestellt ist und der Unternehmenswert nach Sanierung die Sanierungskosten und den potentiellen Liquidationserlös ohne Sanierung übersteigt. Bestehen keine ernsthaften Aussichten, dass dieses Ziel erreicht werden kann, so ist von einer Gesamtsanierung abzusehen. Immerhin besteht die Möglichkeit, dass einzelne Betriebe oder Betriebsteile gerettet werden können (siehe Ausführungen zur Auffanggesellschaft).

Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung

Spannungsfeld zwischen Sanierung und Haftung

In der Krise befindet sich der Verwaltungsrat in einem Spannungsfeld: Einerseits soll der Zusammenbruch der Gesellschaft vermieden werden, andererseits kann ein misslungener oder nicht regelkon-

form durchgeführter Sanierungsversuch eine persönliche zivil- oder strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates begründen.

Früherkennung und Massnahmen

In der Krise sind die unübertragbaren Pflichten des Verwaltungsrates von zentraler Bedeutung (vgl. Art. 716a OR). Insbesondere gehört es zu den Aufgaben des Verwaltungsrates, eine sich abzeichnende Krise frühzeitig zu erkennen, wofür eine straffe Finanzkontrolle und ein ausgereiftes internes Kontrollsystem wichtig sind. Zeichnet sich eine Krisensituation ab, so stehen neben der konstanten Finanz- und Liquiditätskontrolle insbesondere die Evaluation und Umsetzung von Sanierungsmassnahmen im Vordergrund. Die Kontrollen und Massnahmen sollen auf konkreten, belegten Zahlen und nicht nur auf Annahmen beruhen.

Pflichten bei Kapitalverlust

Nehmen die Erträge eines Unternehmens über längere Zeit merklich ab, so führt dies nicht nur zu einer Verringerung der Liquidität, sondern oft auch zu einer Vernichtung des Eigenkapitals und zu einer Erhöhung des Fremdkapitals. Werden gewisse Schwellenwerte nicht mehr erreicht, so sieht das Gesetz für den Verwaltungsrat konkrete Handlungspflichten vor (vgl. zu diesen Schwellenwerten RVP Bulletin Nr. 4, Juni 2009, <http://www.rvpartner.ch/de/publikationen/rvp-bulletins.html>).

Führen betriebliche Verluste zu Befürchtungen, dass ein hälftiger Kapitalverlust eingetreten ist (d.h. dass die Aktiven die Hälfte der Summe von Nennkapital und sämtlichen gesetzlichen Reserven nicht mehr voll decken), so muss der Verwaltungsrat eine Zwischenbilanz erstellen und abklären, ob dies tatsächlich der Fall ist. Liegt ein hälftiger Kapitalverlust aufgrund einer solchen Zwischenbilanz vor, so muss er eine Generalversammlung einberufen und dieser Sanierungsmassnahmen beantragen, die auf den Fortbestand der Gesellschaft gerichtet sind. Dasselbe ergibt sich ausdrücklich aus Art. 725 Abs. 1 OR, wenn der hälftige Kapitalverlust in der letzten Jahresbilanz ausgewiesen wird. Die Umsetzung der beschlossenen Sanierungsbemühungen muss der Verwaltungsrat persönlich überwachen. Greifen die Massnahmen nicht, so muss er umgehend neue

Sanierungsmassnahmen in die Wege leiten. Zudem muss er die für die Sanierungsmassnahmen notwendigen Strukturen schaffen.

Beträgt der Kapitalverlust weniger als 50%, muss der Verwaltungsrat zwar keine Generalversammlung einberufen, er hat jedoch auch dann Sanierungsmassnahmen in die Wege zu leiten.

Pflichten bei Überschuldung

Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung (d.h. die Aktiven decken das Fremdkapital nicht mehr vollständig), so ist ebenfalls eine Zwischenbilanz zu erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen. Zeigt die geprüfte Zwischenbilanz bei einer Bewertung zu Fortführungs- und Liquidationswerten eine Überschuldung, so ist der Verwaltungsrat verpflichtet, dem zuständigen Gericht die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. An die Stelle des Interesses an der Fortführung der Gesellschaft tritt nun das Interesse der Gläubiger an der Erhaltung von Aktiven, die im Konkursverfahren verwertet werden können. Dieses Gläubigerinteresse geht nun dem Interesse am Fortbestand der Gesellschaft vor. Vom Gang zum Konkursrichter kann der Verwaltungsrat einzig dann absehen, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung unwiderruflich Rangrücktritt erklären (Art. 725 Abs. 2 OR). Von einer Benachrichtigung des Richters kann gemäss Lehre und Rechtsprechung vorübergehend auch dann abgesehen werden, wenn ernsthafte Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung der Gesellschaft bestehen und die Umsetzung zeitnah erfolgen kann (Richtwert: 2 Monate).

Meldet der Verwaltungsrat den Konkurs an, so kann er gleichzeitig Konkursaufschub beantragen. Dieser wird gewährt, wenn der benachrichtigte Richter einen vorgelegten Sanierungsplan für realisierbar hält. Alternativ kann der Verwaltungsrat auch eine Nachlassstundung beantragen (siehe Ausführungen zur Nachlassstundung).

Pflichten bei knapper Liquidität

Eine Gesellschaft muss sanierungsfähig sein, damit der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung deren Geschäfte fortführen darf. Aus diesem Grund muss die Liquidität für gewöhnlich auf mindestens zwölf

Monate hinaus gesichert sein. Werden in ertragschwachen Zeiten zusätzlich Kredite gekündigt oder fallen grosse Debitoren aus, kann die Liquidität sehr schnell abnehmen. Sie verringert sich besonders schnell, wenn einerseits Ertragsoptionen ausfallen und andererseits Reserven nicht genügend schnell in flüssige Mittel umgewandelt werden können. Daher ist eine detaillierte und laufend aktualisierte Liquiditätsplanung notwendig. Kann die Liquidität nicht gesichert werden, so besteht auch keine Aussicht auf Sanierung. Hinzu kommt, dass Sicherstellung der Liquidität allein unter dem Aspekt der Sanierung nicht ausreichend ist. Zusätzlich muss für die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens immer auch Aussicht auf eine nachhaltige Wiederherstellung der Ertragskraft bestehen.

Vermeidung von Straftaten, Verantwortlichkeitsklagen und konkursrechtlich anfechtbaren Handlungen

Für die Zeit der Durchführung von Sanierungsmassnahmen und im Vorfeld einer Konkursanmeldung stellt das StGB verschiedene Handlungsweisen unter Strafe. So ist es verpönt, die Minderung der Haftungsmasse vorzutäuschen, indem Vermögenswerte beiseite geschafft oder Schulden vorgetäuscht werden (Art. 163 StGB). Auch die vorsätzliche Vermögensverminderung beispielsweise durch Verkauf von Vermögenswerten zu einem offensichtlich geringeren Wert oder durch Verzicht auf Rechte (Art. 164 StGB) sowie die Bevorzugung einzelner Gläubiger durch Bezahlung nicht fälliger Forderungen oder durch Leistung nicht geschuldeter Sicherheiten (Art. 167 StGB) sind strafrechtlich verpönt.

Ferner müssen der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung bei ihren Sanierungsbemühungen darauf achten, dass sie nicht haftpflichtig werden. Gemäss Art. 754 OR werden Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gegenüber den Gläubigern haftbar, wenn sie bei ihrer Tätigkeit ihre Pflichten verletzen und dadurch die Gesellschaft schädigen und die Gläubiger aus diesem Grund im Konkurs der Gesellschaft einen Schaden erleiden.

Schliesslich haben der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung darauf zu achten, dass sie bei ihren Sanierungsbemühungen keine Handlungen ausführen, die im Nachhinein anfechtbar sind. Im Kon-

kursverfahren können gemäss Art. 285 ff. SchKG die Konkursmasse oder – sofern die Masse darauf verzichtet – die einzelnen ungedeckten Gläubiger mittels Anfechtungsklage der Masse Vermögenswerte zuführen, die dem Unternehmen vor der Eröffnung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens durch anfechtbare Handlungen entzogen worden sind. Problematisch und deshalb im Einzelfall sorgfältig zu prüfen sind Veräusserungen von Aktiven unter dem Verkehrswert (auch bei Notverkäufen), die Rückzahlung von Finanzschulden an einzelne Gläubiger bei bestehender Überschuldung, die nachträgliche Gewährung von Sicherheiten an einen Gläubiger z.B. damit dieser nicht auf der rechtzeitigen Erfüllung der Forderungen besteht oder die Aufnahme von gesicherten Krediten. Löhne können in der Regel weiter bezahlt werden, da sie konkursrechtlich privilegiert sind.

Besonderes Augenmerk ist auf die Bezahlung der AHV-Beiträge und der Beiträge an die Vorsorgeeinrichtungen zu richten. Unterbleibt die Abführung an die zuständigen Stellen kann der Verwaltungsrat hierfür persönlich zur Verantwortung gezogen werden. Unter Umständen kann auch die Unterlassung der Einreichung von Steuerdeklarationen zu einer persönlichen Haftung des Verwaltungsrates führen.

Privatrechtliche Sanierungsmassnahmen der Gesellschaft und Aktionäre

Identifikation von Verlustquellen

Die Bestimmung der im konkreten Einzelfall notwendigen Sanierungsmassnahmen setzt eine umfassende Analyse des Unternehmens voraus. Ziel dieser Analyse ist die Identifikation der Verlustquellen, welche zur Finanzkrise der Gesellschaft geführt haben. Im Vordergrund steht die Überprüfung der strategischen Ausrichtung (Produkte/Dienstleistungen, geografische Märkte) und der operativen Prozesse (Kosten, Herstellungs- und Vertriebsprozesse, Organisation etc.). Die Überprüfung der Finanzierungsstruktur ist ebenfalls Teil der Analyse, steht aber bei Gesellschaften, welche in eine existenzielle Krise geraten sind, nicht an erster Stelle des Prüfungsprotokolls.

Meistens liegen die Ursachen der Krise im operativen Bereich und äussern sich in einer schwächer werdenden Ertragskraft des Unternehmens: Die Einnahmen decken nicht mehr die laufenden Kosten des Betriebs. Die schwindende Ertragskraft erschwert (kurz- und) mittelfristig die Beschaffung von neuem Eigen- und/oder Fremdkapital. Die Intensität der Krise und damit auch die Dringlichkeit der zu ergreifenden Sanierungsmassnahmen stehen in einem direkten Zusammenhang mit der Gewinn- bzw. Cashflow-Entwicklung. Das erste Anzeichen einer Krise manifestiert sich, wenn der Unternehmensgewinn nach Steuern keine genügende Eigenkapitalverzinsung mehr erlaubt, und die Krise erreicht ihren „Höhepunkt“, wenn die Einnahmen die laufenden Betriebskosten vor Abschreibungen nicht mehr decken.

Sanierungsmassnahmen sind Geschäftsführungsentscheidungen, die das Überleben eines Unternehmens sichern. Sie unterscheiden sich letztlich aber nicht von Managemententscheidungen in guten Zeiten, die ebenfalls immer die langfristige Sicherung des Unternehmens zum Ziel haben. Wesentlicher Unterschied ist jedoch der zeitliche Faktor: Stehen die Zeichen auf Sturm, wird die Auswahl der zur Verfügung stehenden Sanierungsmassnahmen immer enger, und die vorzunehmenden Einschnitte führen zu immer grösseren Opfern der Beteiligten. Je früher die Vorboten einer Krise erkannt werden, desto mehr Möglichkeiten haben der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung, das Unternehmen zu stabilisieren.

Eine sinkende Ertragskraft hat in der Regel viele Ursachen, selten ist nur eine Ursache für die Unternehmenskrise verantwortlich. Neben operativen Fehlern und sich verschlechternden Marktbedingungen können etwa Spekulationsverluste, erhöhte Abschreibungen auf Beteiligungen an anderen Firmen, kartellrechtliche Bussen, Schadenersatzforderungen aus Produkthaftung und strafrechtlichen Handlungen von Angestellten oder Organen (Veruntreuung, ungetreue Geschäftsführung) als weitere Ursachen für eine sinkende Ertragskraft hinzutreten. Meistens sind es verschiedene Ursachen, die über eine längere Zeit hinweg zur Krise geführt haben: Die Produkte entsprechen nicht (mehr) den Bedürfnissen des entsprechenden Marktes. Die Kostenstruktur erlaubt keine konkurrenzfähigen Preise (zu

teure Produktionstechnologie, falscher Produktionsstandort, stark steigende Rohstoffpreise). Wie die aktuelle Wirtschaftslage zeigt, werden solche Probleme in rezessiven Wirtschaftszyklen noch verschärft und führen oft zu einem früheren und erhöhten Sanierungsbedarf.

Eine Krise kann auch entstehen, wenn zwar die richtigen strategischen und operativen Entscheidungen gefällt und umgesetzt worden sind und die Produkte oder Dienstleistungen wieder mit Gewinn am Markt verkauft werden können, die (gesteigerte) Ertragskraft jedoch nicht ausreicht, um Verluste aus der Vergangenheit (d.h. vor Ergreifen von operativen Sanierungsmassnahmen) genügend rasch abzubauen zu können. Man spricht in diesem Fall von Altlasten.

Sanierungsplan

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Darstellung der wichtigsten Aspekte einer privatrechtlichen Sanierung. Diese ist einer Sanierung im Rahmen eines Nachlassverfahrens wenn immer möglich vorzuziehen. Das Nachlassverfahren schränkt nämlich die an einer Sanierung Beteiligten in ihrem Handlungsspielraum ein und birgt die Gefahr, dass durch die Publikation der Nachlassstundung wichtige Geschäftspartner den Glauben an eine erfolgreiche Sanierung aufgeben oder z.B. Lieferanten ihre Leistungen nur noch gegen Vorauszahlung zu erbringen bereit sind (was aufgrund des plötzlich erhöhten Cash-Bedarfs zu einem schnellen und vorzeitigen Ende der zu sanierenden Gesellschaft führen kann).

Die Vorbereitung und Kontrolle der Umsetzung eines Sanierungsplanes sind die Schlüsselfaktoren für eine erfolgreiche privatrechtliche Sanierung. Da die Sanierungsmassnahmen in aller Regel nicht ohne Beteiligung der Gläubiger, Aktionäre, Arbeitnehmer und Geschäftspartner umgesetzt werden können, werden diese nur dann zu einer Sanierung beitragen, wenn die vom Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung vorgelegten Konzepte klar sind, auf einer realistischen Einschätzung des Marktes beruhen und ihnen damit die notwendige Glaubwürdigkeit zuteil wird.

Kann eine Krise nicht allein durch einen Zuschuss der bestehenden Aktionäre abgewendet werden,

müssen die vorgeschlagenen Sanierungsmassnahmen den unterschiedlichen Risikolagen der an der Sanierung beteiligten Parteien Rechnung tragen: Ein Gläubiger, der über werthaltige Sicherheiten verfügt, wird weniger weitreichende Einbussen akzeptieren als ein Aktionär, der letztlich das Unternehmerrisiko trägt.

Die Ausarbeitung eines Sanierungsplanes setzt in aller Regel voraus, dass das Unternehmen genügend Zeit erhält, um ohne Gefahr von Betreibungen und Prozessen die Einzelheiten der Sanierungsmassnahmen mit allen Beteiligten verhandeln zu können. Es empfiehlt sich daher, mit den Hauptgläubigern möglichst rasch Kontakt aufzunehmen, um diese zum Abschluss eines informellen Stillhalteabkommens zu bewegen.

Sanierungsmassnahmen

Die Wahl der Sanierungsmassnahmen ergibt sich, wie oben dargestellt, aus der Analyse und Identifikation der Verlustquellen. Im Vordergrund stehen Massnahmen zur Steigerung der Ertragskraft und zur Verbesserung der Liquidität.

Die Ertragskraft kann gesteigert werden, indem die *Produktionskosten gesenkt* werden. Dies wird durch klassische Kostensenkungsprogramme erreicht und umfasst z.B. eine Reduktion der Arbeitskräfte, eine Vereinfachung der Organisationsstruktur, eine Schliessung von unrentablen Produktionsstätten, ein Aushandeln von besseren Einkaufskonditionen für Rohstoffe oder Halbfertigprodukte, eine Verkleinerung des Angebots (z.B. Streichung von Dienstleistungen, die nicht kostendeckend verkauft werden können). Das gleiche Ziel verfolgen Effizienzsteigerungsprogramme (bessere Auslastung der bestehenden Arbeitskräfte und/oder Anlagen). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Umsetzung solcher Massnahmen oft ein kosten- und zeitintensives „process re-engineering“ voraussetzt oder zusätzliche Investitionen und Bilanzkorrekturen notwendig macht (Sozialpläne und Abschreibungen von Anlagen im Rahmen von Betriebsschliessungen, Kauf von Betriebsplanungssoftware etc.).

Ertragskraft steigernde operative Massnahmen genügen meist nicht, um eine akute Krise zu bewältigen. Es sind deshalb auch Massnahmen vorzuse-

hen, die sich direkt positiv auf die Liquidität der Gesellschaft auswirken. Die zur Verfügung stehenden Finanzmittel müssen erhöht bzw. die Schulden reduziert werden. Dies kann durch Steigerung des freien Cashflows, Reduktion des Umlaufvermögens oder Verkauf von Aktiven und/oder Reduktion von Schulden erreicht werden:

- Steigerung des freien Cashflows (= Gewinn plus Abschreibungen plus Investitionen) mittels Verzicht auf nicht absolut notwendige Investitionen;
- Reduktion des Umlaufvermögens durch Verringerung von Warenlagern, angefangenen Arbeiten (work in progress) und Debitoren;
- Verkauf von nicht betriebsnotwendigen Aktiven (z.B. Beteiligungen an anderen Gesellschaften, Finanzanlagen etc.) oder Sale & Lease back von betriebsnotwendigen Aktiven wie z.B. Produktions- und Verwaltungsgebäuden, wobei der Gefahr von paulianischen Anfechtungen bzw. ungültigen Rechtsgeschäften Rechnung zu tragen ist;
- Abbau von Debitoren durch Schaffung von Anreizen bei schneller Zahlung oder gar Verzicht auf Kunden, die notorisch lange Zahlungsfristen verzeichnen.

Die vorstehend aufgezeigten Massnahmen führen für sich alleine noch nicht zum Abbau von Schulden. Dazu müssen entweder die Schulden selbst verringert werden (Forderungsverzichte mit und ohne Umwandlung in Aktienkapital) oder das Unternehmen muss sich zusätzliche Finanzmittel sichern, mit denen Schulden gegenüber Dritten abgebaut werden können. Aus Sicht der Aktionäre stehen dabei folgende Massnahmen im Vordergrund (siehe auch privatrechtliche Sanierungsbeiträge der Gläubiger):

- Es können neue Aktien zu einem über dem Nominalwert liegenden Preis (Nominalkapital plus Agio) ausgegeben werden und das Agio mit dem Verlustvortrag verrechnet werden.
- Es können à-fonds-perdu-Beiträge einbezahlt werden, mit denen zusätzliche Aktiven ohne gleichzeitige Erhöhung der Passiven entstehen und damit Unterbilanzen und Überschuldungen beseitigt werden. Da à-fonds-perdu-Beiträge allen Aktionären zugute kommen, ist diese Massnahme nur sinnvoll, wenn sich alle Aktionäre daran beteiligen.

- Es kann ein Kapitalschnitt (Kombination von Kapitalherabsetzung und anschliessender Kapitalerhöhung) durchgeführt werden. Mit der Kapitalherabsetzung werden Verlustvorträge in der Höhe des Kapitalherabsetzungsbetrages eliminiert, wobei das Aktienkapital bis auf CHF 0.-- herabgesetzt werden kann. Wird in der unmittelbar anschliessenden Kapitalerhöhung das Aktienkapital wieder auf den ursprünglichen Betrag erhöht und vollständig liberiert, kann die Kapitalherabsetzung in einem vereinfachten Verfahren, d.h. ohne den sonst für Kapitalherabsetzungen notwendigen Revisionsbericht durchgeführt werden. Der Vorteil dieser Kombination liegt darin, dass damit nicht nur eine Unterbilanz beseitigt wird, sondern der Gesellschaft auch neue zusätzliche Mittel zugeführt werden. Für die bestehenden Aktionäre, die an der Kapitalerhöhung nicht teilnehmen wollen (oder können!), führt dieses Verfahren allerdings zu einer Verwässerung ihres Kapitalanteils.

Obwohl Gläubiger im Rahmen von privatrechtlichen Sanierungen nicht zu Beiträgen gezwungen werden können, sind sie oft zu Leistungen bereit, wenn ihnen aufgezeigt werden kann, dass sie im Rahmen eines Konkurses oder einer Sanierung im Nachlassverfahren mehr als den von ihnen erwarteten Sanierungsbeitrag zu verlieren haben. Die privaten Sanierungsbeiträge der Gläubiger werden weiter hinten separat erläutert.

Schliesslich sind auch Massnahmen zur Verbesserung der Bilanzverhältnisse durch Auflösung von ausgewiesenen Reserven, Auflösung stiller Reserven, Aufwertung von Aktiven (Liegenschaften und Beteiligungen gemäss OR 670) oder die Auflösung von Rückstellungen zu prüfen.

Auffanggesellschaft im Besonderen

Auffanggesellschaft zwecks Rettung gesunder Betriebsteile

Mit der Gründung einer *Auffanggesellschaft* wird die *Rettung gesunder Betriebsteile* bezweckt. Im Zuge der wirtschaftlichen und rechtlichen Analyse der zu sanierenden Gesellschaft (nachfolgend „Altgesell-

schaft“) wird meist rasch klar, welche Betriebsteile wirtschaftlich überlebensfähig sind. Sie sollen mit der Überführung in eine rechtlich selbständige Aufganggesellschaft vor der Zerschlagung durch konkursrechtliche Massnahmen gerettet und auf eine neue, tragfähige wirtschaftliche Basis gestellt werden. Arbeitsplätze und wirtschaftliche Werte bleiben so erhalten. Damit dies gelingt, sind einige wichtige Grundsätze zu beachten.

Die Auffanggesellschaft ist der *Rechtsträger*, auf den die zu rettenden Betriebsteile der Altgesellschaft übertragen und in der Folge weiter geführt werden. Als Auffanggesellschaft kann eine *bereits bestehende Gesellschaft* oder aber eine eigens für diesen Zweck *gegründete Gesellschaft* verwendet werden.

Zur Erhaltung der gesunden Betriebsteile werden diese *aus dem Vermögen der Altgesellschaft ausgedermt, von den Schulden der Altgesellschaft „abgespalten“* und getrennt als *Aktiven auf die Aufganggesellschaft übertragen*. Je nach Geschäftsmodell und Notwendigkeit wird die Auffanggesellschaft mit frischem Kapital ausgestattet. Die Schulden verbleiben in der Altgesellschaft und werden in der Folge im Rahmen von deren Liquidation „entsorgt“.

Die erfolgreiche Sanierung mittels Auffanggesellschaft setzt eine möglichst frühzeitige sorgfältige Planung und Umsetzung und den Beizug ausgewiesener Berater voraus. Richtig angegangen bietet die Sanierung mittels Auffanggesellschaft die Möglichkeit, gesunde Betriebsteile aus der „maroden“ Altgesellschaft heraus zu lösen und zwecks Erhaltung von Arbeitsplätzen und wirtschaftlichen Werten in einer Auffanggesellschaft weiter zu führen.

Wichtiger Zeitfaktor

Für das Gelingen einer Sanierung mittels Auffanggesellschaft ist der *Zeitfaktor* von entscheidender Bedeutung. Ist aufgrund von Überschuldung, Illiquidität oder bereits hängigen Betreibungen mit der jederzeitigen Konkurseröffnung über die Altgesellschaft zu rechnen, so bleibt wenig Zeit zum Handeln, was die Aussichten auf eine erfolgreiche Sanierung mittels Auffanggesellschaft stark einschränken kann. Die Planung und Umsetzung, insbesondere das Bereitstellen der Auffanggesellschaft, die Beschaffung der erforderlichen Finanzierung und

das Erstellen von Bewertungsgutachten erfordern meist den Einsatz erheblicher personeller Ressourcen während einiger Wochen, manchmal sogar Monate. Mit der fortschreitenden Verschlechterung der finanziellen Situation verliert die Altgesellschaft überdies in der Regel auch viel Goodwill ihrer Gläubiger und Vertragspartner, was das Vorhaben zusätzlich erschweren kann. Die Übertragung gesunder Betriebsteile auf eine Auffanggesellschaft sollte daher *frühzeitig* als Sanierungsmassnahme in Betracht gezogen werden. Diverse Vorbereitungsarbeiten können *parallel* zu anderen Sanierungsmassnahmen eingeleitet werden. Frühzeitige Sondierungsgespräche etwa mit der Hausbank, potentiellen Investoren sowie den wichtigsten Geschäftspartnern zahlen sich in der Regel aus.

Bereitstellen der Auffanggesellschaft

Wie bei jeder Gesellschaftsgründung gilt es vorab, die für die Weiterführung der zu rettenden Betriebsteile *geeignete Gesellschaftsform* zu eruieren. Entscheidende Kriterien können Kapitalisierung, Zusammensetzung, Ziele und Bedürfnisse der Investoren, Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile, steuerliche Aspekte, Haftungsfragen, Kreditwürdigkeit etc. sein. In der Praxis fällt die Wahl meist auf die *Aktiengesellschaft*.

Von Bedeutung ist sodann die Frage, ob die Auffanggesellschaft als *Tochtergesellschaft* der Altgesellschaft oder aber als von dieser unabhängige *Drittgesellschaft* gegründet wird. Auch Mischformen sind denkbar.

Wird die Auffanggesellschaft als *Tochtergesellschaft* gegründet, so bleiben die zu übertragenden Betriebsteile in den Konzern der Altgesellschaft eingebunden. *Die Aktien der Auffanggesellschaft bilden ein Aktivum der Altgesellschaft*. Diese werden im Rahmen der Liquidation der Altgesellschaft verwertet oder – z.B. beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung – den Gläubigern der Altgesellschaft überlassen.

Bei der Auffanggesellschaft als *Drittgesellschaft* werden die übertragenden Betriebsteile der Altgesellschaft und deren Gläubigern *entzogen*. An deren Stelle tritt der Kaufpreis, den die Auffanggesellschaft für die übertragenen Aktiven bezahlt.

In der Praxis hängt die Wahl des Vorgehens von verschiedenen Faktoren ab, etwa vom Finanzierungsbedarf oder von der Verfahrensart und dem Verfahrensstand:

- *Finanzierungsbedarf*: Meist muss die Auffanggesellschaft mit frischem Eigen- und/oder Fremdkapital ausgestattet werden, da die gesunden Betriebsteile nur in seltenen Fällen genügend Ertrag generieren, um der Auffanggesellschaft sofort ab Übertragung genügend Liquidität für die Finanzierung der laufenden Verpflichtungen zu verschaffen. In solchen Fällen fällt eine Auffanggesellschaft als Tochtergesellschaft der Altgesellschaft oft ausser Betracht, weil die Altgesellschaft nicht selbst über die notwendigen liquiden Mittel verfügt und mögliche Investoren (z.B. Aktionäre der Altgesellschaft) nicht bereit sind, neue à-fonds-perdu-Beiträge zugunsten der Altgläubiger der Altgesellschaft zu leisten.
- *Verfahrensart und Verfahrensstand*: Auch die angestrebte Verfahrensart (Konkurs-, Nachlassverfahren) und der Verfahrensstand (Betreibungen, Konkursbegehren, Nachlassstundung etc.) können die Wahl beeinflussen. Befindet sich die Altgesellschaft z.B. bereits im Nachlassverfahren (vgl. unten S. 13), so kann sich die Übertragung der zu rettenden Betriebsteile auf eine Tochtergesellschaft unter Umständen als erfolgsversprechender erweisen als die Übertragung auf eine Drittgesellschaft: Weil die Auffanggesellschaft mit den auf sie zu übertragenden Betriebsteilen als Aktivum der Altgesellschaft den Gläubigern im Nachlassverfahren als Haftungssubstrat erhalten bleibt, kommt der andernfalls wesentlichen Bewertung der zu übertragenden Aktiven geringere Bedeutung zu: Der Nachlassrichter wird dieser Variante unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes wohl auch dann zustimmen, wenn die übertragenen Aktiven unterbewertet wurden. Diese Variante ermöglicht somit auch eine etwas weniger kapitalintensive Sanierung.

Welches Vorgehen auch immer gewählt wird, es gilt die *gesellschaftsrechtlichen Vorschriften* bei der Bereitstellung der Auffanggesellschaft zu beachten. So sind z.B. bei Neugründungen wie auch bei Kapitalerhöhungen durch Sacheinlage die Vorschriften

über die *Sacheinlagegründung* einzuhalten (Art. 628 Abs. 1 OR). Auch bei *geplanten Sachübernahmen* durch Aktionäre der Gesellschaft oder eine diesen nahestehenden Person (Art. 628 Abs. 2 OR) sind die Vorschriften der *qualifizierten Gründung bzw. Kapitalerhöhung* (Art. 628, 634 ff., 642 OR) zu beachten.

Oft bedarf es sodann zur Regelung des internen Verhältnisses zwischen den Aktionären (insbesondere Aktionären der Altgesellschaft und Neuinvestoren) eines Aktionärbindungsvertrages.

Übertragung der gesunden Betriebsteile

Die Übertragung der gesunden Betriebsteile auf die Auffanggesellschaft erfolgt einerseits durch *Übertragung von Vermögenswerten* (Aktiven) und andererseits durch *Übertragung oder Neuabschluss von Vertragsverhältnissen*.

Die Übertragung von Vermögenswerten geschieht meist nach den Regeln der *Singularsukzession* (Einzelübertragung) mittels *Sacheinlagevertrag* oder *Kaufvertrag*. Denkbar, in der Praxis jedoch selten, ist die Vermögensübertragung nach Fusionsgesetz (Universalsukzession). Die von verschiedenen Seiten angeregte Minirevision des Fusionsgesetzes könnte hier ein verbessertes Instrumentarium schaffen.

Welche Übertragungsform auch immer gewählt wird, allfällige *Formvorschriften*, z.B. bei Übertragung von Grundstücken, sind zu beachten, da sonst die Übertragung unwirksam bleibt.

Besonderes Augenmerk ist sodann der Vermeidung der *Haftung der Auffanggesellschaft für Altschulden* zu schenken. Jeglicher Anschein einer Betriebsübernahme mit Aktiven und Passiven oder gar die ausdrückliche oder konkludente Übernahme von Altschulden sind zu vermeiden. Sowohl die vertragliche Ausgestaltung der Übertragung der Vermögenswerte als auch die Kommunikation nach aussen haben diesem Aspekt Rechnung zu tragen. Dies erfordert seitens der Berater der zu sanierenden Gesellschaft entsprechendes know how und seitens der mit der Umsetzung der Sanierung betrauten Geschäftsführung Disziplin und eine gute Schulung und Kontrolle der involvierten Mitarbeiter.

Sollen ausnahmsweise einzelne Altschulden übernommen werden, so stellt sich das heikle Problem der *Gläubigerbevorzugung*. Diese kann sowohl zivil- als auch strafrechtlich relevant sein und sollte daher tunlichst vermieden werden.

Nebst der Übertragung von Vermögenswerten bedarf es zur Weiterführung ganzer Betriebe oder Betriebsteile in aller Regel auch der *Übertragung von Dauerschuldverhältnissen*, wie z.B. von Mietverträgen, Arbeitsverträgen, Sukzessivlieferverträgen, Lizenzverträgen etc. Zeitpunkt und Modalitäten des Überganges der Vertragsverhältnisse sind vertraglich zu regeln. Oft werden mit der Auffanggesellschaft neue Verträge abgeschlossen, die die alten Vertragsverhältnisse ersetzen. Auch hier ist darauf zu achten, dass keine Altschulden übernommen werden.

Letzteres Ziel lässt sich bei der Übernahme von Arbeitsverhältnissen kaum vollständig erreichen, da hier meist die *Sondervorschriften im Arbeitsrecht über die Betriebsübernahme* (Art. 333 ff. OR) zur Anwendung gelangen. Mit einer sorgfältigen Planung lassen sich aber die negativen Folgen von Art. 333 OR für die Auffanggesellschaft minimieren.

Anstelle der Übertragung von Vermögenswerten und ganzen Vertragsverhältnissen kommen je nach Situation auch der Abschluss z.B. eines *Untermietvertrages über die benötigten Lokalitäten* sowie die *Sicherung von Betriebsmitteln durch Mietvertrag* zwischen der Altgesellschaft und der Auffanggesellschaft in Betracht. Solche Szenarien können den Kapitalbedarf der Auffanggesellschaft erheblich reduzieren und die Diskussion um die Werte der Aktiven der Altgesellschaft entschärfen. Sie bedürfen allerdings einer sorgfältigen Vertragsgestaltung und sollten wenn möglich mit der künftigen Konkursverwaltung (Konkursamt am Sitz der Altgesellschaft) abgesprochen werden.

Nicht zu vergessen sind allfällige *behördliche Betriebsbewilligungen* etc. Auch sie müssen neu eingeholt oder – wo möglich – übertragen werden. Dies ist meist mit finanziellen Aufwendungen (Kautionen) verbunden.

Grösste Sorgfalt ist auf die *Vermeidung von Gläubigerschädigungen* aufzuwenden. Da der Altgesellschaft mit der Übertragung von Vermögenswerten

auf die Auffanggesellschaft in der Regel Vermögenswerte entzogen werden, unterliegen diese Vorgänge den schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Bestimmungen über die *paulianische Anfechtung*, welche es ermöglicht, gläubigerschädigende Rechtsgeschäfte zugunsten der geprellten Gläubiger bzw. Konkurs- oder Nachlassmasse zu korrigieren. Dies gilt auch für allfällige weitere Rechtsgeschäfte zwischen der Auffanggesellschaft und der Altgesellschaft (z.B. Untermietvertrag, Mietverträge etc.). Gläubigerschädigung kann überdies die *aktien- oder gar strafrechtliche Verantwortlichkeit der zuständigen Organe der Altgesellschaft* bewirken. Rechtsgeschäfte zwischen der Auffang- und der Altgesellschaft sind daher „*at arms length*“ abzuschliessen: *Zu übertragende Vermögenswerte sind durch ausgewiesene Fachpersonen schätzen zu lassen und mindestens zum Liquidationswert zu übertragen.*

Gezielte Kommunikation

Soll die Sanierung mittels Auffanggesellschaft von Erfolg gekrönt sein, so muss sie von einer *gut geplanten und gezielten Kommunikation* sowohl nach innen (Aktionariat, Mitarbeiter) als auch nach aussen (Banken, Kunden, Lieferanten, Gläubiger, Schuldner, evtl. auch Medien) begleitet sein. Zeitpunkt, Art und Intensität der Information werden dabei je nach Zielgruppe differieren.

Privatrechtliche Sanierungsbeiträge der Gläubiger

Einbezug der Gläubiger in die Sanierung

Die Gläubiger eines sanierungsbedürftigen Unternehmens sind frühzeitig in die Sanierungsbemühungen einzubeziehen. Allerdings kann man sie nicht zwingen, einen Sanierungsbeitrag zu leisten. Je nach ihrer jeweiligen Situation werden sie mehr oder weniger bereit sein, bei der Sanierung des Unternehmens mitzuwirken. Die Gläubiger sind grundsätzlich dann motiviert, einen Sanierungsbeitrag zu leisten, wenn sie bei einer privaten Sanierung weniger verlieren als bei einem Konkurs oder einer Sanierung im Nachlassverfahren. Aus diesem Grund

werden etwa gesicherte und im Konkursfall privilegierte Gläubiger oftmals nicht in die Sanierung einbezogen; sie haben bei einem Konkurs oder einer Nachlassstundung keine oder nur geringe Verluste zu befürchten und werden deshalb kaum bereit sein, im Rahmen einer Sanierung einen Verzicht zu leisten. Auch Kreditoren wie insbesondere Lieferanten werden oftmals nicht einbezogen, weil einerseits ihre Forderungsbeträge in der Regel relativ gering sind und andererseits die vollständige Bezahlung Voraussetzung für die weitere Belieferung und mithin die Geschäftstätigkeit des Unternehmens ist.

Im Vordergrund stehen die ungesicherten oder ungenügend gesicherten Banken und anderen Finanzgläubiger. Hinzu kommen die Aktionäre, die dem Unternehmen Kredite gewährt haben. Schliesslich sind bei ausstehenden Anleihen die Anleiensgläubiger einzubeziehen. Diese Gläubigerkategorien haben ein Interesse an der privaten Sanierung des Unternehmens. Man kann die Motivation von Gläubigern, sich an der Sanierung zu beteiligen, noch dadurch verstärken, dass man ihnen Optionen auf Aktien der Gesellschaft einräumt. Gläubiger, die im Rahmen einer Sanierung Leistungen erbringen, können auf diese Weise an der Steigerung des Unternehmenswertes als Folge der Sanierung partizipieren, was im Ergebnis sachgerecht ist.

Aktionärsdarlehen

Bei kleinen und mittleren Unternehmen mit kurzfristigem Liquiditätsbedarf steht oft das Aktionärsdarlehen im Vordergrund: Aktionäre stellen dem Unternehmen in der Regel neue Mittel nicht in Form von zusätzlichem Eigenkapital, sondern in Form von Fremdkapital zur Verfügung. Sie erhoffen sich dabei neben den Zinszahlungen auch eine Konkursdividende, sollte der schlimmste Fall eintreten.

Bei dieser Erwartungshaltung ist allerdings Vorsicht geboten. Insbesondere wenn im Zeitpunkt der Darlehensgewährung die Gesellschaft unterkapitalisiert ist und ein Darlehen von Dritten in diesem Zeitpunkt nicht erhältlich gewesen wäre, besteht die Gefahr, dass das Aktionärsdarlehen im Konkursfall nicht als Fremdkapital behandelt, sondern zumindest in nachrangiges Fremdkapital oder gar Eigenkapital umqualifiziert wird. In der Folge würde keine Konkursdividende auf das Aktionärsdarlehen entfallen.

Stillhalteabkommen mit Banken

Wenn ein Unternehmen an einer kurzfristigen Liquiditätsschwäche leidet, kann es bereits genügen, dass die Finanzgläubiger während einer gewissen Zeit ihre Kredite fortführen und auf die Darlehensrückzahlung verzichten. Zu diesem Zweck schliesst die Gesellschaft ein Stillhalteabkommen mit den betroffenen Banken ab. Wichtig dabei ist, dass alle Finanzgläubiger einbezogen werden. Werden einzelne Finanzgläubiger von der Gesellschaft befriedigt, führt dies in der Regel dazu, dass sämtliche Finanzgläubiger die Rückzahlung verlangen. Die privatrechtliche Sanierung wird dann verunmöglicht.

Überbrückungskredite von Banken

Genügt die Stundung der Darlehensforderungen nicht und benötigt das Unternehmen zusätzliche Liquidität, etwa um die Restrukturierungsaufwendungen finanzieren zu können, so kann ein Stillhalteabkommen mit einem Überbrückungskredit („Bridge Loan“) kombiniert werden. Dabei wird ergänzend zum Stillhalteabkommen ein Kreditvertrag zur Überbrückung der Liquiditätsengpässe abgeschlossen. Für gewöhnlich werden Überbrückungskredite von den kreditgebenden Banken zu gleichen Quoten wie ihre Teilnahme am Stillhalteabkommen übernommen.

Wenn von vornherein klar ist, dass zur Rettung des Unternehmens die Verstärkung des Eigenkapitals notwendig ist, sind Stillhalteabkommen und Überbrückungskredite lediglich Sofortmassnahmen. Sie verschaffen die Zeit, die notwendig ist, um eine umfassende Sanierung und Umschuldung durchführen zu können.

Rangrücktritt

Wenn ein Unternehmen nicht nur von kurzfristigen Liquiditätsproblemen betroffen sondern überschuldet ist, müssen Aktionäre bzw. neue Investoren zusätzlich zu den genannten Massnahmen das fehlende Eigenkapital aufbringen, um den Konkurs bzw. das Nachlassverfahren zu vermeiden. In diesen Fällen empfehlen sich Rangrücktritte auf bestehenden oder neuen Darlehen, sofern erwartet werden darf, dass das Unternehmen in Zukunft wieder einen Wert erreicht, der für die Deckung des gesamten Fremdkapitals ausreicht.

Im Fall von Rangrücktritten verzichten die Gläubiger nicht auf ihre bestehenden Forderungen. Sie erklären aber, dass sie hinsichtlich ihrer Forderungen bei einem Konkurs und einer Liquidation der Gesellschaft auf Zahlung ganz oder teilweise verzichten, solange nicht sämtliche anderen Gläubiger befriedigt werden. Der Rangrücktritt führt gemäss Art. 725 Abs. 2 OR dazu, dass die Konkursanmeldung wegen Überschuldung vermieden werden kann, weil das subordinierte Fremdkapital bei der Berechnung der Überschuldung als Eigenkapital behandelt wird.

Rangrücktritte werden in der Regel nicht von allen Gläubigern geleistet, sondern nur von Aktionären, die ein Aktionärsdarlehen geleistet haben. Auf diese Weise wird die Situation der anderen Gläubiger verbessert. Dies ist auch der Grund, wieso Banken in Krisensituationen oft Rangrücktritte verbundener Gläubiger verlangen, bevor sie zum Abschluss eines Stillhalteabkommens und zur Gewährung eines Überbrückungskredits bereit sind.

Debt/Equity Swap

Die Überschuldung einer Aktiengesellschaft kann dadurch vermieden werden, dass Fremd- in Aktienkapital umgewandelt wird. Dadurch wird das Fremdkapital verringert und das Eigenkapital erhöht und mithin die Überschuldung beseitigt. Die Gläubiger erhalten mit der Ausgabe von Aktien einen Teil des Kapitals der Gesellschaft. Sie können damit an der positiven Entwicklung des Unternehmens teilnehmen und werden auf diese Weise für die Aufgabe ihrer Gläubigerposition entschädigt. Für die bestehenden Aktionäre führt der Debt/Equity Swap hingegen zu einer Verwässerung ihrer Eigentumsposition und häufig zu einer Verschiebung der Kontrolle hin zu den Gläubigern, was sachgerecht ist, haben die Aktionäre wirtschaftlich betrachtet doch ihr Geld verloren.

Bei der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital wird bei der überschuldeten Gesellschaft eine Kapitalerhöhung durchgeführt, bei der die Gläubiger die neuen Aktien zeichnen und den Kapitalerhöhungsbetrag durch Verrechnung mit ihren Forderungen begleichen (Verrechnungsliberierung). Eine solche Kapitalerhöhung setzt gemäss Art. 704 OR voraus, dass zwei Drittel der an der Generalversammlung anwesenden Aktionäre der Liberierung durch Ver-

rechnung sowie dem Entzug der Bezugsrechte der Aktionäre zugunsten der Gläubiger zustimmen.

Wenn die Gläubiger bei einem Debt/Equity Swap Aktien erhalten, deren Nennwert dem Betrag der verrechneten Forderung entspricht, werden die Aktiven weiterhin nicht die gesamten Passiven (Eigen- und Fremdkapital) decken und eine vorher bestehende Unterbilanz besteht weiter. Wenn aber, was häufig geschieht, die neuen Aktien mit einem Agio ausgegeben werden (Nennwert der neuen Aktien liegt unter dem Nominalbetrag der für die Aktienliberierung verwendeten Forderungen), kann der Verlustvortrag der Gesellschaft gemäss Art. 671 OR mit dem Agio verrechnet werden. Auf diese Weise kann nicht nur die Überschuldung beseitigt, sondern auch die Unterbilanz abgebaut werden.

Debt/Asset Swap

Das Unternehmen kann Aktiven verkaufen, um mit dem Verkaufserlös das Fremdkapital zu reduzieren. Das Problem aus Sicht des Unternehmens liegt dabei hauptsächlich darin, dass der Verkauf verschiedener Aktiven (z.B. Unternehmensteile, betrieblich genutzte Liegenschaften) zu viel Zeit in Anspruch nimmt. Unter solchen Umständen kann es naheliegen, derartige Aktiven an einen oder mehrere Gläubiger gegen Tilgung ihrer Forderungen abzutreten. Der Debt/Asset Swap führt direkt zur erwünschten Reduktion des Fremdkapitals. Ein betroffener Gläubiger erhält für eine mit Unsicherheit belastete Forderung einen Sachwert, den er nun selber verwerten kann.

Allerdings muss der übernehmende Gläubiger bei einem Debt/Asset Swap bei einer überschuldeten Gesellschaft in der Regel einen Discount auf seine Forderung gewähren, der in Form eines teilweisen Forderungsverzichts das Fremdkapital reduziert. Mittels einer korrekten Strukturierung des Debt/Asset Swap muss vermieden werden, dass die Transaktion nach dem Schuldbetriebs- und Konkursrecht angefochten werden kann oder die handelnden Gesellschaftsorgane zivil- oder strafrechtlich haften.

Forderungsverzicht

Das Fremdkapital kann natürlich auch durch einen Forderungsverzicht reduziert und auf diese Weise

die Überschuldung ausgeglichen werden. Während Aktionäre durch den Verzicht auf Aktionärsdarlehen ihre Eigenkapitalposition meist direkt verbessern, ergeben sich für andere Gläubiger aus einem Forderungsverzicht keine unmittelbaren Vorteile. Für sie ist der (teilweise) Forderungsverzicht deshalb grundsätzlich die letztmögliche Massnahme, zu der sie bereit sind, wenn dadurch die Chancen der Bezahlung ihrer Restforderung markant steigen oder sie dafür anderweitig kompensiert werden, etwa durch Optionen, Genussscheine oder Besserscheine.

Berücksichtigung ausstehender Obligationsanleihen

Wenn ein Unternehmen, das sich in einer Krise befindet, Obligationsanleihen ausstehend hat, sind diese bei der privaten Sanierung des Unternehmens zu berücksichtigen. Zunächst muss der Lead Agent in die Vorbereitung der Sanierung einbezogen werden, um zu vermeiden, dass er die betreffenden Anleihen entsprechend der Anleihensbedingungen vorzeitig fällig stellt.

Anleihegläubiger können mit ihrer Zustimmung in eine privatrechtliche Sanierung einbezogen werden. Es kann den Obligationären etwa der Umtausch von Obligationen in Aktien oder auch den Rückkauf zu einem Preis unter dem Nominalwert angeboten werden. Ein solches Angebot wird für gewöhnlich an die Bedingung geknüpft, dass ein relativ hoher Anteil der Obligationäre das Angebot annimmt.

Das Obligationenrecht sieht vor, dass die Gläubigerversammlung gemäss Art. 1164 ff. mit Mehrheitsbeschluss die Anleihensbedingungen ändern und z.B. die Laufzeit der Anleihe verlängern oder die Zinssätze senken kann. Ein gültig zustande gekommener Beschluss der Gläubigerversammlung gilt für alle Obligationäre, auch für jene, die nicht zugestimmt haben.

Nachlassverfahren

Nachlassverfahren im Interesse der Gläubiger

Grundsätzlich kann jeder Gläubiger selbständig auf den Schuldner zugehen und mit ihm einen teilweisen oder vollständigen Forderungsverzicht vereinbaren. Drohen aber gleichzeitig mehrere Gläubiger mit einer Zwangsexekution, so ist das Entgegenkommen eines Einzelnen meist nur ein Tropfen auf den heißen Stein. Nur ein gemeinsames Vorgehen aller Gläubiger kann den Schuldner aus der finanziellen Bedrängnis führen und ihm ermöglichen, seine wirtschaftliche Existenz zu sichern. Zur Erreichung dieses Ziels stellt das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht die Instrumente der Nachlassstundung und des Nachlassvertrages zur Verfügung.

Eine Nachlassverfahren kann nicht nur für den Schuldner sondern auch für die Gläubiger vorteilhafter sein als eine Zwangsliquidation. Nicht die Liquidation sondern die Sanierung des schuldnerischen Vermögens steht im Vordergrund. Der Schuldner soll seine Tätigkeit nach Möglichkeit fortsetzen können, z.B. bis ein geeigneter Nachfolger gefunden wird. Ein solches Vorgehen hat in der Regel einen positiven Einfluss auf die Werthaltigkeit der Aktiven. Ein Betriebsunterbruch würde nur noch mehr Gläubiger schädigen.

Das Gesetz regelt das Nachlassverfahren in den Art. 293 ff. SchKG und stellt den Parteien die folgenden Möglichkeiten zur Verfügung:

- mittels *Stundungsvergleich* wird die vollständige Tilgung sämtlicher Schulden innerhalb eines bestimmten Zeitraumes angestrebt;
- mit dem *Prozent- oder Dividendenvergleich* wird die Bezahlung eines Teils der Forderungen angestrebt (Stundungs- und Prozent- oder Dividendenvergleich bilden zusammen den ordentlichen Nachlassvertrag); und
- mit dem *Liquidationsvergleich* wird der Gläubigersamtheit oder einem einzelnen Gläubiger das Vermögen abgetreten, damit diese bzw. dieser die Verwertung vornehmen und sich direkt aus dem Erlös befriedigen kann. Handelt es sich beim Schuldner um eine juristische Person, so wird sie im Rahmen dieser Variante liquidiert.

Nachlassverfahren im Einzelnen

Erste Station im Nachlassverfahren ist die Nachlassstundung. Diese wird vom Richter entweder von Amtes wegen oder aber auf Gesuch des Schuldners oder eines Gläubigers bewilligt. Die Einleitung von Amtes wegen ist eher selten und kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Konkursrichter anlässlich der Prüfung des Konkursbegehrens zum Schluss kommt, dass Anhaltspunkte für das mögliche Zustandekommen eines Nachlassvertrages bestehen.

Ein Gesuch des Schuldners um Bewilligung einer Nachlassstundung muss eine Begründung und idealerweise bereits den Entwurf eines Nachlassvertrages enthalten. Ausserdem muss der Schuldner sämtliche Unterlagen einreichen, aus welchen seine Vermögens-, Ertrags-, und Einkommenslage ersichtlich ist. Ein Gläubiger wird nur dann ein Gesuch um Nachlassstundung in Betracht ziehen, wenn er vor der Alternative steht, das Konkursbegehren zu stellen oder aber seine Forderung abzuschreiben.

Zeigt sich dem Richter nicht von vornherein eine aussichtslose Situation, so wird er in der Regel die Nachlassstundung provisorisch bewilligen. Der Entscheidung des Richters hat unverzüglich zu erfolgen. Sollte nach aussen dringen, dass um Nachlassstundung ersucht wurde, bevor die Stundung überhaupt erteilt wurde, könnte dies negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit des Schuldners haben. Ein vom Richter eingesetzter provisorischer Sachwalter wird die wirtschaftliche Lage des Schuldners einschätzen und dem Richter damit die für den Entscheid auf definitive Stundung erforderliche Beurteilungsgrundlage schaffen. Besteht Aussicht auf einen Nachlassvertrag, so gewährt der Richter dem Schuldner Nachlassstundung für die Dauer von 4 bis 6 Monaten. Auf Antrag des Sachwalters kann die Stundung auf 12, in komplexen Fällen auf 24 Monate verlängert werden.

Wirkung der Nachlassstundung

Die Stundung (sowohl die provisorische als auch die definitive) hat ähnliche Wirkungen wie eine Konkursöffnung und führt zu einem „Waffenstillstand“ zwischen Schuldner und Gläubiger. So ist der Schuldner während der Stundung vor Vollstre-

ckungshandlungen weitgehend geschützt. Betreibungen dürfen weder eingeleitet noch fortgesetzt werden (mit Ausnahme der Betreibung auf Pfändung für Forderungen der ersten Klasse und der Betreibung auf Pfandverwertung für Grundpfandgesicherte Forderungen). Der Zinsenlauf hört für alle nicht pfandgesicherten Forderungen auf. Die Verrechnung ist ab dem Stichtag grundsätzlich nicht mehr zulässig. Es ist der Gesellschaft schliesslich untersagt, Verbindlichkeiten zu erfüllen, die vor Gewährung der Nachlassstundung entstanden sind. Diese Wirkungen schützen den Schuldner vor seinen Gläubigern.

Die Verfügungsbefugnis des Schuldners ist durch die Nachlassstundung eingeschränkt, aber nicht aufgehoben. So kann der Schuldner seine Geschäftstätigkeit unter Aufsicht des Sachwalters fortsetzen, wobei Verbindlichkeiten, die mit Zustimmung des Sachwalters eingegangen werden, zu Massenverbindlichkeiten werden und vorab befriedigt werden. Nur dadurch ist es dem Schuldner möglich, seine Geschäftstätigkeit auch während der Stundung fortzuführen, ohne dass die neuen Gläubiger befürchten müssen, aufgrund der grossen Anzahl bereits bestehender Gläubiger leer ausgehen zu müssen.

Der Sachwalter arbeitet während der Stundung darauf hin, den Gläubigern einen mehrheitsfähigen Nachlassvertrag unterbreiten zu können. Hierfür nimmt er ein Inventar auf, veröffentlicht einen Schuldenruf und beruft die Gläubigerversammlung ein, sobald ein erster verhandlungsreifer Vertragsentwurf vorliegt. Im Rahmen dieser Gläubigerversammlung kann jeder Gläubiger zum Vorschlag des Schuldners bzw. des Sachwalters Stellung nehmen und den Nachlassvertragsentwurf genehmigen.

Der Nachlassvertrag gilt als angenommen, wenn bis zum Bestätigungsentscheid

- die Mehrheit der Gläubiger, die zugleich mindestens zwei Drittel des Gesamtbetrages der Nachlassforderungen vertreten, oder
- ein Viertel der Gläubiger, die zugleich mindestens drei Viertel des Gesamtbetrages vertreten, zugestimmt haben.

Richterliche Bestätigung des Nachlassvertrages

Vor Ablauf der Stundung hat der Sachwalter dem Richter sämtliche von ihm zusammengetragenen Unterlagen einzureichen und ihn über den Stand der bereits vorliegenden Zustimmungen zum Nachlassvertrag zu informieren. Er empfiehlt dem Richter die Bestätigung oder Ablehnung des Nachlassvertrages.

Der Richter ist weder an den Antrag des Sachwalters noch an die Annahme durch die Gläubiger gebunden und wird seinen Entscheid in erster Linie daran ausrichten, in welchem Verhältnis das Angebot des Schuldners zu seinen tatsächlichen Möglichkeiten steht. Haben die Gläubiger den Nachlassvertrag aber abgelehnt, so zwingt dies den Richter, diesen ebenfalls zu verwerfen. Bestätigt er den Nachlassvertrag, so ist dieser für alle Gläubiger, deren Forderungen entweder vor Bekanntmachung der Stundung oder seither ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind, verbindlich. Davon ausgenommen sind die Pfandgläubiger, Gläubiger konkursrechtlich privilegierter Forderungen und Gläubiger von Masseforderungen, welche dem Nachlassvertrag von vornherein nicht unterworfen sind.

Durch den richterlichen Entscheid wird das Nachlassverfahren geschlossen. Es bleibt die Vollstreckung des Nachlassvertrages nach den im Vertrag enthaltenen Bestimmungen.

Nachlassvertrag nach Konkurseröffnung

Der Schuldner kann bis zur Schlussverteilung der Dividende im Konkurs ein Gesuch um Nachlassstundung stellen. Bedingt durch die Konkurseröffnung gestaltet sich hier das Verfahren etwas anders: Es ist z.B. nur noch der Schuldner selbst zur Gesuchstellung berechtigt. Zudem entfällt das Stundungsverfahren, da die Betreibungshandlungen ohnehin schon durch die Konkurseröffnung unterbrochen wurden.

Steuerliche Aspekte der Sanierung

Emissionsabgabe

Das Unternehmenssteuerreformgesetz II vom 23. März 2007 hat den Ausnahmekatalog in Art. 6 Abs. 1 StG zur Erhebung der Emissionsabgabe auf die Ausgabe von Aktien und auf Zuschüsse von Aktionären bei Sanierungen erheblich erweitert. Die neuen Ausnahbestimmungen sind auf Anfang 2009 in Kraft gesetzt worden. Die Publikation des entsprechenden Kreisschreibens der Eidgenössischen Steuerverwaltung wird auf Mitte 2010 erwartet.

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. j StG wird neu keine Emissionsabgabe mehr erhoben auf die Ausgabe von Aktien und die Kapitalerhöhungen bei einer Auffanggesellschaft, welche den Betrieb oder Teilbetrieb einer Aktiengesellschaft übernimmt. In Art. 6 Abs. 1 lit. k StG ist neu die Kapitalerhöhung im Rahmen einer Sanierung im Umfang der zuvor vorgenommenen Kapitalherabsetzung zur Beseitigung der Unterbilanz von der Emissionsabgabe befreit. Lit. k statuiert auch bis zu einer Freigrenze von 10 Millionen Franken eine Ausnahme von der Emissionsabgabe für à-fonds-perdu-Beiträge von Aktionären, soweit damit Verluste beseitigt werden.

Wie bereits unter bisherigem Recht kann die zu sanierende Gesellschaft gemäss Art. 12 StG um den Erlass von der Emissionsabgabe nachsuchen, soweit die neu eingeführten Ausnahmen nicht greifen. Die Voraussetzungen für diesen Abgaberlass nach Art. 17 der Verordnung zum Steuergesetz und der darauf basierenden Praxis sind gleich geblieben (Beseitigung der Überschuldung, kein früherer Kapitalabzug und keine frühere Unterkapitalisierung sowie Zwangscharakter der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital).

Ertragsteuer bei der sanierungsbedürftigen Gesellschaft

In der Handelsbilanz führen Sanierungsleistungen von Aktionären und Gläubigern meistens zu Sanierungsgewinnen. Als Ausnahme zum sonst geltenden Prinzip der Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Ertragsbesteuerung werden jedoch solche Sanierungsgewinne nur besteuert, wenn es sich

dabei um so genannte echte Sanierungsgewinne handelt.

Rangrücktrittserklärungen verändern die Bilanz grundsätzlich nicht, führen deshalb auch nicht zu einem Sanierungsgewinn und sind damit in jedem Fall ertragssteuerneutral.

Als unechte Sanierungsgewinne werden Verlustausbuchungen durch Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, Zuschüsse von Aktionären oder Kapitalherabsetzung und Auflösung von offenen Reserven vom steuerbaren Ertrag ausgenommen.

Das Bundesgericht und die Eidgenössische Steuerverwaltung betrachten Forderungsverzichte von Aktionären auf ihren Aktionärsdarlehen im Rahmen von Sanierungen als echte Sanierungsgewinne und unterwerfen diese deshalb der direkten Bundessteuer. Eine Ausnahme von der Besteuerung wird nur gewährt, wenn diese Forderungen bereits vor der Sanierung steuerlich als verdecktes Eigenkapital behandelt wurden oder das Aktionärsdarlehen erst als Folge des schlechten Geschäftsganges gewährt wurde und von einem Dritten nicht erhältlich gewesen wäre.

Gewisse Kantone nehmen die Forderungsverzichte von Aktionären als unechte Sanierungsgewinne von der Ertragsbesteuerung aus, dies mit dem Argument, Zweck des Forderungsverzichts sei einzig die Stärkung der Position als Aktionär und damit derselbe wie bei den von den Ertragssteuern befreiten Aktionärszuschüssen.

Als echte und damit der Ertragssteuer unterliegende Sanierungsgewinne gelten die von Gläubigern ausgesprochenen Forderungsverzichte und die Auflösung stiller Reserven.

Soweit Sanierungsleistungen als echte Sanierungsgewinne ertragssteuerrelevant sind, können die daraus resultierenden echten Sanierungsgewinne mit früheren steuerlich anerkannten Verlusten verrechnet werden. Die für Gewinne ausserhalb von Sanierungen geltende zeitliche Beschränkung der Verrechnung auf Verluste in den sieben vorhergehenden Jahren kommt bei Sanierungsgewinnen nicht zur Anwendung (Art. 31 DBG und Art. 10 StHG).

Ertrag- und Einkommenssteuer beim Erbringer von Sanierungsleistungen

Erhalten die Erbringer von Sanierungsleistungen als „Gegenleistung“ von der zu sanierenden Gesellschaft Genuss-scheine oder Besserungsscheine, so stellt diese „Gegenleistung“ im Zeitpunkt der Sanierungsleistung keinen ertragssteuerrelevanten Sachverhalt dar. Wenn aber die inzwischen sanierte Gesellschaft auf den ausgegebenen Genuss- oder Besserungsscheinen Ausschüttungen an die Erbringer von Sanierungsleistungen vornimmt, so erzielen die Empfänger der Ausschüttungen einen steuerbaren Vermögensertrag. Juristische Personen und natürliche Personen, welche die Forderungen und Beteiligungen im Geschäftsvermögen halten, konnten die bei der Sanierung erlittenen Verluste ertragssteuerermindernd geltend machen. Da ist es nur konsequent, wenn diese nun auch die erhaltenen Ausschüttungen versteuern.

Bei natürlichen Personen, welche die Forderungen und Beteiligungen im Privatvermögen halten, geht die Rechnung nicht auf. Dem bei der Ausschüttung nun steuerbaren Vermögensertrag steht keine Steuerreduktion bei der damaligen Tragung von Sanierungsverlusten gegenüber. Diese steuerliche Diskriminierung von natürlichen Personen ohne Geschäftsvermögen macht die Ausgabe von Genuss-scheinen und Besserungsscheinen an solche steuerlich prohibitiv teuer.

Verrechnungssteuer beim Erbringern von Sanierungsleistungen

Die Verrechnungssteuer als Kontrollsteuer ist nur dort problematisch, wo sie vom Empfänger der Ausschüttungen auf den erhaltenen Genuss-scheinen oder Besserungsscheinen nicht zurückgefordert werden kann (z.B. bei Wohnsitz im Ausland ohne entsprechende Entlastung durch ein Doppelbesteuerungsabkommen).

Für solche Härtefälle sieht Art. 18 VStG einen Steuererlass vor. Dieser greift jedoch nur, wenn der Ausschüttungsempfänger identisch ist mit dem damaligen Erbringer von Sanierungsleistungen.

Mehrwertsteuer

Das revidierte Mehrwertsteuergesetz ist am 1. Januar 2010 in Kraft getreten und bringt eine umfas-

sende Erneuerung der Vorsteuerabzugspraxis mit sich. Die Praxis zum alten Recht hat die Sanierung eines mehrwertsteuerpflichtigen Unternehmens unnötig erschwert. Sanierungsleistungen von Anteilshabern und Gläubigern bargen die Gefahr, beim sanierten Unternehmen zu einer Vorsteuerabzugskürzung wegen gemischter Verwendung zu führen. Nach dem neuen Gesetz ist Schluss mit dieser sanierungsfeindlichen Praxis. Einzig der Erhalt von Subventionen der öffentlichen Hand hat auch unter neuem Recht eine entsprechende Vorsteuerabzugskürzung zur Folge.

Wie das alte so sieht auch das neue Mehrwertsteuergesetz bei Sanierungsfusionen das Meldeverfahren an Stelle der Steuerentrichtung vor.

Arbeitsrechtliche Aspekte der Sanierung

Betroffene Arbeitnehmer

Muss ein Unternehmen saniert werden, trifft dies aus Kostensenkungsgründen meistens auch die Arbeitnehmer. Folgende Massnahmen sind dabei denkbar:

- Lohnkürzungen und andere Änderungen der Arbeitsbedingungen,
- Entlassungen,
- Massenentlassungen,
- Kurzarbeit,
- Sozialpläne,
- Betriebsübertragungen.

Lohnkürzungen und andere Änderungen der Arbeitsbedingungen

Lohnkürzungen und andere Änderungen der Arbeitsbedingungen (z.B. bezüglich Arbeitszeit, Spesenentschädigungen, Gratifikation etc.) stellen Änderungen des Arbeitsvertrages dar. Deshalb ist es nicht zulässig, diese einseitig durch den Arbeitgeber anzuordnen oder durchzusetzen. Dazu ist das Einverständnis des Arbeitnehmers notwendig und es empfiehlt sich, mit den betroffenen Arbeitnehmern einen Änderungsvertrag abzuschliessen.

Zur sofortigen oder baldigen Durchsetzung solcher Änderungen darf grundsätzlich nicht mit einer Kün-

digung gedroht werden. Eine solche Drohung könnte dazu führen, dass ein Gericht die spätere Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR taxiert (weil der nicht zustimmende Arbeitnehmer Rechte aus dem Arbeitsverhältnis geltend machte), was Entschädigungen von bis zu 6 Monatslöhnen zur Folge haben kann. In Literatur und Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass sogenannte *Änderungskündigungen* vorgenommen werden dürfen. Dabei können jedoch die geänderten Arbeitsbedingungen erst nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist in Kraft treten (im Sinne des Abschlusses eines neuen Arbeitsvertrages) und der Arbeitnehmer muss klar darüber informiert werden, dass – sollte er sich mit den vorgeschlagenen Änderungen nicht einverstanden erklären – das Arbeitsverhältnis auf den nächsten ordentlichen Kündigungstermin beendet ist. Zudem müssen die neuen Bedingungen marktüblich sein.

Entlassungen

Aufgrund des Prinzips der Kündigungsfreiheit im schweizerischen Recht sind Entlassungen unter Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen und -bedingungen auch aus wirtschaftlichen Gründen zulässig. Letztere rechtfertigen jedoch keine fristlosen Kündigungen. Zudem ist zu beachten, dass nicht zur Unzeit (d.h. beispielsweise während Krankheit oder Schwangerschaft des Arbeitnehmers) gekündigt werden darf und dass die Umstände keinen Missbrauchstatbestand nahe legen (z.B. wenn ein Arbeitgeber nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht).

Im Kündigungsfall kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weiter beschäftigen oder diesen – unter weiterer Ausrichtung des Lohnes – freistellen. In letzterem Falle ist ein Arbeitnehmer jedoch gehalten, eine zumutbare neue Stelle auch während der Kündigungsfrist anzunehmen und sich den dortigen Verdienst an den Lohn des alten Arbeitgebers anrechnen zu lassen.

Massenentlassungen

Überschreitet die Anzahl der innert 30 Tagen entlassenen Arbeitnehmer eine gewisse Grösse, gelangen die Vorschriften über die Massenentlassun-

gen zur Anwendung (Art. 335d ff. OR). Dies ist der Fall bei Betrieben mit 21 – 99 Arbeitnehmern, wenn mindestens 10 Entlassungen ausgesprochen werden, bei Betrieben mit 100 – 299 Arbeitnehmern bei mindestens 10% Entlassungen und bei Betrieben mit mehr als 300 Arbeitnehmern bei mindestens 30 Entlassungen.

Handelt es sich um einen Fall von Massenentlassung, ist der Arbeitgeber gehalten, die Arbeitnehmer über Gründe, Anzahl, Zeitraum der beabsichtigten Kündigungen und über einen allfälligen Sozialplan zu informieren und ihnen in einem Konsultationsverfahren die Möglichkeit zu geben, Vorschläge für die Vermeidung der Entlassungen oder die Milderung von deren Folgen zu unterbreiten. Gleichzeitig muss das Unternehmen dem kantonalen Arbeitsamt die gleichen Informationen zukommen lassen. Erst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf der Arbeitgeber die Kündigungen aussprechen, andernfalls läuft er Gefahr, missbräuchliche Kündigungen mit Entschädigungsfolgen auszusprechen.

Bestehen *Gesamtarbeitsverträge*, ist zu beachten, dass darin für Fälle von Massenentlassungen häufig noch detailliertere Bestimmungen über die Vorgehensweise enthalten sind.

Die Bestimmungen über die Massenentlassungen finden keine Anwendung, wenn der Grund der Entlassungen in einer Betriebseinstellung infolge einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung liegt (Art. 335e Abs. 2 OR). Zu denken ist dabei etwa an Entlassungen im Rahmen eines Konkursverfahrens oder einer definitiven Nachlassstundung.

Kurzarbeit

Liegen bei einem Unternehmen temporäre Überkapazitäten vor – meistens aufgrund konjunktureller Schwankungen – und sollen die Lohnkosten verringert werden, kann mit Einwilligung der Arbeitnehmer Kurzarbeit eingeführt werden. Im Fall von strukturell bedingten Überkapazitäten ist hingegen die Einführung von Kurzarbeit nicht ratsam, verschiebt sie doch das Problem lediglich auf einen späteren Zeitpunkt.

Ein Teil des Lohnausfalles (ca. 80% des Verdienstaufalles) kann von der Arbeitslosenversicherung übernommen werden, falls eine begründete

Notwendigkeit besteht, gewisse zeitliche und organisatorische Voraussetzungen erfüllt sind und der Arbeitgeber eine entsprechende Bewilligung des kantonalen Arbeitsamtes erhält. Die Kurzarbeitsentschädigung wird innerhalb von zwei Jahren während höchstens achtzehn Monaten ausgerichtet. Die Arbeitszeit darf um höchstens 85% reduziert werden. Weiter ist zu beachten, dass für Personen der Geschäftsleitung oder für solche, deren Arbeitszeit nicht messbar ist (z.B. Aussendienstmitarbeiter), keine Kurzarbeitsentschädigung beantragt werden kann.

Eine einseitige Anordnung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber ist nur zulässig, wenn die Arbeitslosenversicherung die Kurzarbeit bewilligt und die entsprechenden Zahlungen vornimmt.

Sozialpläne

Ein Arbeitgeber ist gemäss Schweizer Recht nicht verpflichtet, bei Entlassungen einer grösseren Anzahl von Arbeitnehmern einen Sozialplan aufzustellen, ausser wenn dies in einem Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen ist. Zur Wahrung des öffentlichen Ansehens und des Vertrauens der im Unternehmen verbleibenden Arbeitnehmer empfiehlt es sich jedoch unter Umständen, freiwillig einen Sozialplan auszuarbeiten. In der Praxis ist dies häufig der Fall.

Sozialpläne enthalten vielfach Wiederholungen der gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen des Arbeitgebers. In erster Linie sind sie jedoch dafür gedacht, wirtschaftliche Härten bei den von den Entlassungen betroffenen Arbeitnehmern zu mildern. Die Ausgestaltung von Sozialplänen und die Möglichkeiten sind mannigfaltig. Dies kann von Umschulungsmassnahmen, Stellenvermittlungen oder Weiterbildungen bis zu finanziellen Leistungen in Härtefällen, Frühpensionierungen, verlängerten Kündigungsfristen usw. reichen.

Betriebsübertragungen

Wird ein Betrieb oder ein Betriebsteil im Rahmen einer Sanierung auf ein anderes Unternehmen übertragen, gehen gemäss Art. 333 OR alle Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Erwerber über, sofern ein Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Auch ein allenfalls bestehender Gesamtarbeitsvertrag muss vom Erwerber noch während ei-

nes Jahres eingehalten werden, es sei denn, er laufe vorher ab oder ende infolge Kündigung. Die Arbeitsverhältnisse derjenigen Arbeitnehmer, die den Übergang ablehnen, gelten sodann als per Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist beendet.

Im Rahmen der laufenden Teilrevision des SchKG schlägt der Bundesrat jedoch vor, dass bei einer Betriebsübernahme inskünftig die Arbeitsverträge nicht mehr automatisch übernommen werden müssen. Als Ausgleich dafür will er eine allgemeine Sozialplanpflicht einführen.

Zu beachten ist nach geltender Regelung, dass gemäss Art. 333 Abs. 3 OR den bisherigen Arbeitgeber und den Erwerber eine solidarische Haftung für Forderungen der Arbeitnehmer trifft. So haftet der Erwerber für Forderungen der Arbeitnehmer, die vor dem Übergang fällig geworden sind, und der bisherige Arbeitgeber für solche, die nach Übernahme bis zum Zeitpunkt fällig werden, in dem das Arbeitsverhältnis beendet werden könnte oder infolge Ablehnung beendet wird. Die Arbeitnehmer dürfen nicht auf diese solidarische Haftung verzichten. Zulässig ist jedoch, dass der bisherige Arbeitgeber und der Erwerber sich gegenseitig im internen Verhältnis vertraglich von dieser Haftung befreien. Entsprechend könnten sich beide Parteien bei der jeweils anderen Partei schadlos halten, sofern sie von einem Arbeitnehmer aus der solidarischen Haftung für Forderungen belangt werden, die nicht ihren Zeitraum als Arbeitgeber betreffen. Im Sanierungsfall und somit häufig im Fall der Übertragung eines Betriebes auf eine Auffanggesellschaft schützen solche Freistellungen nur beschränkt, da auf der Veräussererseite eine nur noch beschränkt zahlungsfähige Partei involviert ist.

Die genannten Vorschriften über die Betriebsübertragung gelten nicht, wenn die Übernahme eines Betriebes in dessen Konkurs- oder Nachlassverfahren erfolgt. Diesfalls werden die Forderungen der Arbeitnehmer gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber vollumfänglich im Konkurs- oder Nachlassverfahren – sofern und sobald abgeschlossen – erledigt.

Abkürzungen

DBG: Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990
über die direkte Bundessteuer
SchKG Bundesgesetz vom 11. April 1889 über
Schuldbetreibung und Konkurs
StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch vom
21. Dezember 1937

StHG: Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990
über die Harmonisierung der direkten
Steuern der Kantone und Gemeinden
VStG: Bundesgesetz vom 13. Oktober 1965
über die Verrechnungssteuer

Bei diesem Bulletin haben folgende Anwältinnen und Anwälte von RVP mitgewirkt:

Dr. Franziska Buob, buob@rvpartner.ch
Alfred Gilgen, LL.M., N.Y. Bar, gilgen@rvpartner.ch
Pascale Gola, LL.M., gola@rvpartner.ch
Chasper Kamer, LL.M., kamer@rvpartner.ch
Dr. Alois Rimple, LL.M., rimple@rvpartner.ch
Pio Ruoss, ruoss@rvpartner.ch
Sara Sager, sager@rvpartner.ch
Dr. Marc Strolz, strolz@rvpartner.ch

Der Inhalt dieses Bulletins stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an:

RUOSS VÖGELE PARTNER | TELEFON +41 44 250 43 00 | www.rvpartner.ch

Auf www.rvpartner.ch verfügbare Bulletins und Broschüren in PDF-Form

2009

- Überstunden und Überzeit (Dr. Franziska Buob)
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/2 / Swiss Insurance, Banking and Capital Market Law Update 2009/2 (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/2
- Unternehmensleitung in Krisenzeiten Worauf es zu achten gilt (Dr. Franziska Buob)
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/1 / Swiss Insurance, Banking and Capital Market Law Update 2009/1 (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/1 / Update on Data Protection Law for Companies in Switzerland and the EU 2009/1 (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2009/1 (RVP)

2008

- Revision des Revisionsrechtes: Eine Übersicht über die wichtigsten Neuerungen (Sara Sager)
- Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2008/2 / Swiss Insurance, Banking and Capital Market Law Update 2008/2 (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Vom Prozessieren (Dr. Franziska Buob)
- Liegenschaften im Erbgang: Häufige Tücken und Fallen (Teil I: Nachlassplanung) (Pio R. Ruoss)
- Outsourcing (Dr. Marc M. Strolz)

- IP IT Outsourcing (Pascale Gola, LL.M.)
- Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2008/1 / Swiss Insurance, Banking and Capital Market Law Update 2008/1 (Dr. Alois Rimle, LL.M.)

2007

- Aktuelles aus dem Bereich des Immaterialgüter- und Firmenrechts (Dr. Martina Altenpohl)
- Die „kleine Aktienrechtsreform“ und Neuerungen im Recht der GmbH (Chasper Kamer, LL.M.)
- Swiss Insurance Law Update 2007/1 (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Privatbestechung (Art. 4a UWG) (Dr. Reto T. Ruoss)
- Neue Phase der Freizügigkeit für EU/EFTA-Bürger, deren Familienangehörige und Erbringer von Dienstleistungen in der Schweiz (Alfred Gilgen, LL.M.)
- Revidiertes Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Aktuelles aus dem Bereich des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts (Chasper Kamer, LL.M.)
- Actions Required under New Swiss Collective Investment Schemes Act (Dr. Alois Rimle, LL.M.)

2006

- Dokumenten- und Datenaufbewahrung im schweizerischen Unternehmen (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Schweizerische Versicherungs- und Vermittleraufsicht (Dr. Alois Rimle, LL.M.)