

Marc Häusermann/André Nussbaumer

Corporate Governance und Sanierungsrecht

Eine gute Unternehmensführung trägt dazu bei, dass die Unternehmen die Interessen möglichst breiter Kreise, in denen sie tätig sind, berücksichtigen und der Verwaltungsrat dem Unternehmen und den Aktionären gegenüber hinreichend Rechenschaft ablegt. Eine gute Ausgestaltung von Kontrollmechanismen innerhalb des Unternehmens ist gerade auch in Krisensituationen, zum Beispiel bei einer gerichtlichen Sanierung, von hoher Bedeutung. Im Nachlassverfahren müssen die Unternehmensführung und die Kontrollen auf die Interessen der Gläubiger ausgerichtet werden. Dies wird durch verschiedene Vorschriften, die dem Gläubigerschutz dienen, erreicht.

Corporate Governance

Corporate Governance kann als ein System verstanden werden, durch welches Unternehmen geführt und kontrolliert werden. Die Strukturen der Corporate Governance bestimmen dabei insbesondere die Verteilung von Rechten und Pflichten unter den verschiedenen an einem Unternehmen Beteiligten, wie etwa dem Verwaltungsrat, dem Management, den Aktionären, der Revisionsstelle und den Gläubigern. Das Zusammenspiel zwischen diesen Gruppen wird von zahlreichen rechtlichen und ausserrechtlichen Mechanismen beeinflusst. Das Verhalten der beteiligten Personen ist dabei weitgehend

abhängig von der Regelungskraft der einzelnen Mechanismen.

In der Schweiz traten 1992 mit dem neuen Aktienrecht einige typische Regelungen der Corporate Governance in Kraft. Dazu gehören zum Beispiel die Bestimmungen, dass die Oberleitung der Gesellschaft zwingend durch den Verwaltungsrat zu erfolgen hat und dass dieser die Organisation, die Ausgestaltung der Finanzplanung, und die Kompetenzabgrenzung festzulegen hat¹.

Im Herbst 2000 setzte sich der schweizerische Wirtschaftsdachverband Economiesuisse zum Ziel, eine knappe und gut verständliche schweizerische Ausprägung der Grundsätze zur Corporate Governan-

ce auszuarbeiten. Im März 2001 erhielt ein kleiner Arbeitsausschuss den Auftrag, für Publikumsgesellschaften einen «Swiss Code of Best Practice» für die Corporate Governance zu erarbeiten. Dieses aus reinen Empfehlungen bestehende Regelwerk wurde vom Vorstand der Economiesuisse am 25. März 2002 genehmigt und wird somit in den Jahresabschlüssen des Jahres 2002 erstmals seine Wirkung entfalten. Bei börsenkotierten Unternehmen werden Transparenz-Anliegen zusätzlich durch die Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance der SWX verfolgt.

Corporate Governance und Sanierungsrecht

In der schweizerischen Rechtsordnung ist das Nachlassvertragsrecht das Kerninstrument des Sanierungsrechts. Neben dem Nachlassverfahren sind der Konkursaufschub nach Art. 173a SchKG und das aktienrechtliche Moratorium nach Art. 725a OR weitere Instrumente des Sanierungsrechts². Weder das aktienrechtliche Moratorium noch die Nachlassstundung



Marc Häusermann,
Fürsprecher und Notar in Bern
Partner Transliq AG, Bern/Zürich



André Nussbaumer,
Dr. iur. Fürsprecher
Teamleiter Transliq AG, Bern/Zürich

¹ Art. 716a Abs. 1 OR

² SchKG-VOLLMAR, N 1 zu Art. 293

beinhalten eigentliche Sanierungsmassnahmen. Sie schaffen lediglich Rahmenbedingungen und geben dem Schuldner Zeit, die sich aufdrängenden und noch möglichen Sanierungsmassnahmen vorzubereiten und zu realisieren. Diesem Zweck dient in erster Linie der Vollstreckungsschutz³.

Die Gewährung der Nachlassstundung ist zwingend mit der Einsetzung eines Sachwalters verbunden, da gewisse Funktionen nur der Sachwalter ausüben kann, wie die Inventaraufnahme (Art. 299), den Schuldner (Art. 300), die Durchführung der Gläubigerversammlung (Art. 301 und 302) oder die Erstellung des Sachwalterberichtes (Art. 304)⁴.

Während der Dauer der Nachlassstundung bleibt der Schuldner grundsätzlich Verfügungsberechtigt über sein Vermögen und zur Fortführung der Geschäftstätigkeit befugt. Der Schuldner kann insbesondere alle Geschäfte abschliessen bzw. Rechtshandlungen vornehmen, soweit sie zum täglichen Geschäftsbetrieb gehören⁵. Dem Sachwalter obliegt die Aufsicht über die Geschäftsführung des Schuldners gemäss Art. 298 Abs. 1 SchKG. Der Nachlassrichter kann diesen Aufgabenbereich des Sachwalters verstärken, indem der Sachwalter bei gewissen Handlungen des Schuldners mitwirken muss, eventuell überträgt er ihm sogar die gesamte Geschäftsführung⁶. Bei diesem Zusammenwirken zwischen Schuldner und Sachwalter kommt auch der Corporate Governance eine hohe Bedeutung zu. Dies insbesondere in den folgenden Bereichen:

Transparenz

Während der Nachlassstundung ist auf die zeitnahe Information der Aktionäre und neu auch der Gläubiger zu achten. Offenlegen sind zum Beispiel wichtige Einzelheiten zur Unternehmensstruktur und zur Führungsspitze der Gesellschaft, aber auch Informationen zur Vermögens- und Ertragslage sowie zum sanierungsrechtlichen Verfahren. Vor Eröffnung des Nachlassverfahrens haben Aktionäre des schlingenden Unternehmens unter Umständen von Ihren Auskunfts- und Einsichtsrechten und evtl. sogar vom Instrument der Sonderprüfung Gebrauch gemacht, um die

Gründe der sich abzeichnenden Unternehmenskrise in Erfahrung zu bringen. Nach Gewährung der Nachlassstundung haben nun die Gläubiger ohne grosse Hürden umfassende Einsichtsrechte in Unternehmensunterlagen. Konkurrenten der Nachlassschuldnerin können sich ohne weiteres Gläubigerrechte abtreten lassen, um als Verfahrensbeteiligte an wichtige Informationen heranzukommen. Bereits ein Blick in den Kollokationsplan zeigt zum Beispiel auf, welche Konditionen die Nachlassschuldnerin bei wichtigen Lieferanten aushandeln konnte.

Die ordnungsgemässe Rechnungslegung wird während der Dauer der Nachlassstundung durch die Aufstellung der Sachwalterin über die vorhandenen Aktiven und Passiven ergänzt. Dabei werden die Aktiven zu Liquidations- und Fortführungswerten bewertet. Dauert die Nachlassstundung länger als sechs Monate und wird der Betrieb fortgeführt, hat der Verwaltungsrat in den allermeisten Fällen nach wie vor einen Geschäftsbericht und eine revidierte Jahresrechnung zu erstellen. Hin-fällig werden diese Massnahmen dann, wenn ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung in Rechtskraft erwächst. Dann werden Geschäftsbericht und Jahresrechnung durch die Rechenschafts- und Schlussberichte sowie Kollokations- und Verteilungspläne der Liquidatorin ersetzt.

Risikomanagement/Compliance

Compliance ist ein Instrument der Führungskontrolle und ist ein Bestandteil des Risikomanagements. Es hat die Schadenprävention zum Ziel. Als Konzept dient Compliance der Sicherstellung der Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen und enthält formelle Verhaltensanweisungen in rechtlicher oder ethischer Hinsicht. Unternehmen in Sanierungsphasen werden von allen Seiten besonders sorgfältig beobachtet. Der Ausgestaltung des Risikomanagements ist gerade auch deshalb während der Nachlassstundung die notwendige Beachtung zu schenken. Dies insbesondere dann, wenn die Einhaltung bestimmter Vorschriften für die Geschäftstätigkeit zentral ist oder wenn die Tätigkeit ein erhöhtes Risiko von Gesetzesverletzungen in sich birgt. Dies ist zum

Beispiel bei Unternehmen im Finanzdienstleistungssektor der Fall. Während der Stundungsphase behält der Verwaltungsrat seine Verantwortung für ein funktionierendes internes Kontrollsystem. Dieses wird ergänzt durch die Überwachung der Geschäftstätigkeit durch den Sachwalter.

Übereinstimmung von Finanzen und Strategie

Gemäss dem Swiss Code hat der Verwaltungsrat in der Planung für die grundsätzliche Übereinstimmung von Strategie und Finanzen zu sorgen. Während der Nachlassstundung wird das Unternehmen oft nur mit der Gewährung eines Massakredits seinen ordentlichen Betrieb aufrechterhalten können. Der Liquiditätsproblematik kommt somit während des Nachlassverfahrens absolute Priorität zu. Die Finanz- und Strategieplanung wird insofern eingeschränkt, als die Nachlassstundung höchstens 24 Monate dauert und die Gläubigerinteressen den Interessen von Management und Unternehmen in jedem Fall vorgehen. Je nach Gläubigerinteressen hat der Verwaltungsrat die Strategie auf eine Sanierung, eine teilweise Sanierung oder auf die Liquidation auszurichten. Dies kann beispielsweise bedeuten, dass ein Betrieb oder Betriebsteile eingestellt werden müssen, obwohl dies nicht den Zielen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung entspricht.

Information des Verwaltungsrats

Gemäss Ziffer 15 des Swiss Code ist der Präsident zusammen mit der Geschäftsleitung für die Information des Verwaltungsrates persönlich verantwortlich. Die Information muss rechtzeitig erfolgen, Alternativen aufzeigen und übersichtlich aufbereitet werden. Während der Nachlassstundung muss auch die Sachwalterin mit diesen Informationen bedient werden. Allenfalls wird die Sachwalterin zusätzliche Informationen wie zum Beispiel einen periodischen Bericht über den Geschäftsgang verlangen. An den Sitzungen des Verwaltungsrats nimmt die Sachwalterin teil

³ SchKG-VOLLMAR, N 12 zu Art. 293

⁴ SchKG-VOLLMAR, N 9 zu Art. 295

⁵ SchKG-VOLLMAR, N 3 zu Art. 298

und setzt die Gläubigerinteressen durch. So ist ein Beizug von externen Beratern⁷ zum Beispiel nur bei Zustimmung der Sachwalterin möglich.

Umgang mit Interessenkonflikten

Der Swiss Code enthält eine Aufforderung an die Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder, ihre persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse insgesamt so zu ordnen, dass Interessenkonflikte mit der Gesellschaft von Anfang an möglichst vermieden werden⁸. Tritt ein Interessenkonflikt auf, entsteht eine Melde- und Ausstandspflicht. Während der Dauer der Nachlassstundung sind die Risiken von Interessenkonflikten bedeutend höher als vorher. Dies zum Beispiel dann, wenn Unterlagen für Verantwortlichkeitsansprüche sichergestellt und aufgearbeitet werden müssen oder wenn der Verkauf eines Betriebes oder eines Betriebsteils mit Beteiligung des bisherigen Managements ansteht. Solche Verkaufsverhandlungen werden dann oft ausschliesslich durch den Sachwalter geführt, damit für die Gläubiger das bestmögliche Resultat erzielt werden kann. Die Ermächtigung zum Verkauf durch den Nachlassrichter bewirkt, dass diese Verfügungshandlung zivil- und vollstreckungsrechtlich gültig ist. Die Einleitung von Anfechtungsklagen nach Art. 285ff. SchKG ist aber weiterhin möglich. Führt der Unternehmensverkauf zu einer Schädigung des schuldnerischen Vermögens, so zum Beispiel bei unterpreisigem Verkauf der Aktiven, bleibt auch die Verantwortlichkeit des Schuldners nach Massgabe des Verantwortlichkeitsrechts und allenfalls auch des Sach-

walters im Rahmen von Art. 5 SchKG bestehen. Wenn ein Entscheid unter Interessenkonflikten gefällt wird, liegt ein Verstoss gegen die Treuepflicht vor, weshalb die Pflichtwidrigkeit des Entscheides zu vermuten ist.

Umgang mit Wissensvorsprüngen

Gemäss Ziffer 17 des Swiss Code hat der Verwaltungsrat die näheren Grundsätze für die Ad-hoc-Publizität zu regeln und Massnahmen zur Verhinderung von Insiderdelikten zu treffen. Während der Stundungsphase müssen der Sachwalter und der Verwaltungsrat den Umgang mit Wissensvorsprüngen besonders sorgfältig überwachen. Aktienkurse von Unternehmen in Nachlassstundung verändern sich in solch hochspekulativen Phasen im Tagesverlauf oft im zweistelligen Prozentbereich und reagieren äusserst sensibel auf Informationen oder blosse Gerüchte. Sobald der Sachwalter einen Überblick über die finanzielle Lage und über die Fortführungsmöglichkeiten des Unternehmens gewonnen hat, sollte mit der SWX über eine allfällige Dekotierung oder über eine Sistierung des Handels gesprochen werden. Die Wiederaufnahme eines regulären Handels und dadurch die Erzielung eines Mehrwerts für die Nachlassschuldnerin erscheinen dabei wohl nur selten als realistisch.

Der Gläubiger verdrängt den Aktionär!

Bei der Corporate Governance geht es darum, offensichtliche Verhaltensrisiken zu erkennen und dadurch eine Gefährdung

des Unternehmens durch Fehlentwicklungen und Entgleisungen möglichst zu vermeiden. Bei Unternehmen in der Nachlassstundung haben die gegenseitigen Kontrollmechanismen in der Vergangenheit oft versagt, was mit ein Grund für das Scheitern des Betriebes sein kann. Um so wichtiger ist es deshalb, dass während der Nachlassstundung die Kontrollmechanismen besser funktionieren als bis anhin. Die Gläubigerinteressen stimmen dabei oft nicht mit den Interessen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung überein. Der Verwaltungsrat muss während des Nachlassverfahrens unter Aufsicht des Sachwalters die Rahmenbedingungen so ausgestalten, dass alle Beteiligten die Gläubigerinteressen beachten müssen. Sofern dieser Maxime nicht alles unterstellt wird, muss die Nachlassstundung widerrufen werden. Die Unternehmensführung muss strikte auf die Interessen der Stakeholder statt der Shareholder ausgerichtet werden, wobei die Gläubiger von Nachlassforderungen bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung quasi die Funktion der ehemaligen Shareholders übernehmen.

⁶ SchKG-VOLLMAR, N 17 zu Art. 295

⁷ gem. Ziff. 14 des Swiss Code kann der VR für wichtige Geschäfte auf Kosten der Gesellschaft eine unabhängige Beratung durch aussen stehende Sachverständige in Anspruch nehmen

⁸ vgl. Ziff. 16 des Swiss Code