Neuer Bundesgerichtsentscheid fördert Überbrückungsfinanzierungen

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid BGer 5A_827/2019 vom 18. März 2021 verschiedene bisher strittige Rechtsfragen im Zusammenhang mit der provisorischen Nachlassstundung sowie dem Verkauf von Anlagevermögen geklärt. Der Entscheid sorgt auch für mehr Rechtssicherheit im Zusammenhang mit Überbrückungsfinanzierungen für überschuldete oder zahlungsunfähige Unternehmen.

Für die meisten Schweizer KMU ist aktuell Bilanzsaison. Bis Ende Juni muss die Jahresrechnung der Generalversammlung vorgelegt werden. Sofern eine Revisionsstelle besteht, prüft diese die Bilanz und Erfolgsrechnung. Diese Zeit des Jahres dürfte angesichts der Auswirkungen der COVID-Krise einigen KMU-Inhabern Kopfzerbrechen bereiten.

Ist nämlich die Liquidität knapp oder sind die Bestellbücher noch nicht gefüllt, stellt sich die Frage der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens. Nur wenn diese ab Bilanzstichtag (d.h. bei der ordentlichen Jahresrechnung per 31. Dezember 2020) während mindestens 12 Monaten wahrscheinlich ist, darf die Jahresrechnung zu sog. Fortführungswerten erstellt werden. Muss die Jahresrechnung auf Liquidationswerte umgestellt werden, bedeutet dies in den meisten Fällen die Überschuldung des Unternehmens. Es droht somit der Konkurs.

KMU Inhaber müssen sich also fragen, ob die aktuelle Geschäftslage eine Fortführung des Unternehmens bis mindestens Ende Jahr und einige Monate darüber hinaus erlaubt. Dazu müssen ein Budget und ein Liquiditätsplan erstellt werden. In vielen Fällen werden die Zahlen schöngeredet. Drückt zusätzlich die Revisionsstelle ein Auge zu, geht wertvolle Zeit verloren. Anstatt die erforderlichen Restrukturierungsmassnahmen sofort zu ergreifen, wird weitergewirtschaftet. Die Liquiditätskrise akzentuiert sich, bis plötzlich Ende Monat nicht mehr alle Verbindlichkeiten rechtzeitig bedient werden können. Es wird eine Kettenreaktion ausgelöst, welche innert weniger Wochen zum Unternehmenskollaps führen kann.

In dieser Situation kann die provisorische Nachlassstundung ein nützliches Instrument sein. Diese führt seit der Sanierungsrechtsrevision aus dem Jahre 2014 nicht mehr zwingend in den Konkurs und kann auch als sog. stilles (d.h. geheimes) Moratorium beantragt werden (ähnlich wie das amerikanische «Chapter 11»). So können KMU Schutz vor ihren Gläubiger erhalten, um sich neu aufzustellen. Der Geschäftsbetrieb kann unter Aufsicht eines gerichtlich eingesetzten Sachwalters grundsätzlich uneingeschränkt fortgeführt werden, sofern die Liquidität gewährleistet ist.

Die provisorische Nachlassstundung kann insbesondere auch zu Finanzierungszwecken eingesetzt werden. Mit Bewilligung der prov. Nachlassstundung müssen bestehende Verbindlichkeiten einstweilen nicht bedient werden. Gläubiger können auch keine Betreibungen oder Arreste einleiten. Bereits dieser Schutz verbessert die Liquiditätssituation erheblich, da die Liquidität für die zukünftige Geschäftstätigkeit eingesetzt werden kann und nicht für Altlasten verbrannt wird.

Die während der Nachlassstundung entstehenden Debitoren können z.B. einem Factorer abgetreten werden, der rasch Liquidität zur Verfügung stellt. Und zwar auch dann, wenn die Debitoren im Rahmen einer sog. Globalzession zuvor an die Hausbank als Sicherheit für einen KMU-Kredit abgetreten worden sind. Mit Bewilligung der prov. Nachlassstundung fallen diese Globalzessionen für die Zukunft weg, sodass das Unternehmen wieder frei über seine Debitoren verfügen kann.

Auch wenn schmerzhaft, muss sich ein KMU-Inhaber mit der Frage auseinandersetzen, ob Personalkosten gespart werden sollen. Mit Bewilligung der provisorischen Stundung kann das Unternehmen sofort die Personalkosten reduzieren. Die zu entlassenden Arbeitnehmer können freigestellt werden, damit deren Löhne während der Kündigungsfrist nicht bezahlt werden müssen. Dies übernimmt nahtlos das Arbeitsamt, weshalb die Entlassung während einer Nachlassstundung den betroffenen Arbeitnehmern auch etwas nützt. In vielen Fällen zeigen sich Arbeitnehmer solidarisch und nehmen Lohnkürzungen oder sogar Lohnstundungen hin, um am Ende doch in die Röhre zu schauen. Die Praxiserfahrung zeigt, dass es insbesondere im Interesse der Arbeitnehmer ist, während einer provisorischen Stundung für Klarheit zu sorgen und die Löhne zu sichern.

Die genannten Massnahmen verbessern zwar die Liquiditätssituation eines KMU, reichen aber oftmals nicht aus, um den Betrieb während der Nachlassstundung fortzuführen. Mittlerweile gibt es deshalb auf Nachlassstundungen spezialisierte Überbrückungsinvestoren, welche Unternehmen einen sog. Massakredit gewähren (vgl. www.ceti.ch).

Grundlage des Massakredits ist ein optionaler Verkauf von Anlagevermögen an Industrieliquidatoren oder strategische Käufer (Kunden, Kooperationspartner usw.). Das können Maschinen, Warenvorräte, Software usw. aber auch ganze Betriebsteile sein. Den optionalen Kaufpreis erhält der Überbrückungsinvestor als Sicherheit. Auf diesem Wege können Gegenstände des Aktivvermögens mobilisiert werden, welche ausserhalb einer Nachlassstundung nicht zu Sicherungszwecken eingesetzt werden dürften (das sog. besitzlose Pfand an Maschinen und Warenvorräten oder ein sog. sale and lease back von Mobilien ist nach schweizerischem Recht unzulässig).

Die Optionsfrist beträgt zwischen zwei und sechs Monaten, je nachdem wie lange die Liquiditätsplanung die Betriebsfortführung erlaubt. Während dieses Zeitfensters kann das KMU nach neuen Investoren suchen und mit seinen Gläubigern einen Nachlassvertrag abschliessen. Je nachdem muss dazu nicht das ganze Verfahren durchlaufen werden, sondern es ist eine aussergerichtliche Einigung mit den Gläubigern möglich. Ist die Überschuldung beseitigt und das Unternehmen wieder zahlungsfähig, wird die Nachlassstundung vorzeitig aufgehoben. In diesen Fällen fällt der Optionskauf dahin.

Scheitert die Sanierung des gesamten Unternehmens, kann versucht werden, den Betrieb (oder Teile davon) zusammen mit den Arbeitnehmern zu retten. Zu diesem Zweck wird während der Nachlassstundung ein sog. M&A Verfahren durchgeführt, um einen Käufer für die Betriebsteile zu finden und dafür den bestmöglichen Preis zu erzielen.

Die genannten Vorgänge haben einschneidende Folgen für das KMU und die Gläubiger, weshalb bei der Belastung oder dem Verkauf von Anlagevermögen das zuständige Gericht zustimmen muss. Der Sachwalter prüft die Angemessenheit der Transaktion und gibt dem Gericht eine Empfehlung ab.

Bislang war unklar, ob die Gläubiger ein Anhörungsrecht bzw. das Nachlassgericht eine Anhörungspflicht haben. Ein solches ist in der Praxis kaum umzusetzen und würde für Publizität sorgen, welche namentlich bei der sog. «stillen», d.h. nicht veröffentlichten Nachlassstundung sehr schädlich wäre. Abgesehen davon ginge bei der Anhörung von Gläubigern viel Zeit verloren.

Das Bundesgericht hat nunmehr im eingangs genannten Entscheid klargestellt, dass die Gläubiger im Vorfeld einer Transaktion bzgl. Belastung oder Veräusserung von Anlagevermögen nicht angehört werden müssen. Entsprechend haben die Gläubiger auch kein Anfechtungsrecht bzgl. des gerichtlichen Bewilligungsentscheids. Es ist somit alleine Sache des Unternehmens, des Sachwalters und des Gerichts zu entscheiden, ob ein (optionaler) Verkauf von Anlagevermögen im Interesse der Gläubiger erscheint. Dabei wird das Gericht prüfen, welche Aussichten auf Sanierung bestehen, und ob in einer Konkursliquidation ein besserer Verwertungserlös erzielt werden könnte.

Die Klarstellungen des Bundesgerichts verbessern die Rechtssicherheit substantiell. Bis vor kurzem mussten die Beteiligten einer M&A oder Finanzierungstransaktion während einer provisorischen Nachlassstundung befürchten, dass allenfalls noch Monate später nach Bekanntwerden des (optionalen) Verkaufs Gläubiger ein Rechtsmittel einlegen. Dies ist nun nicht mehr möglich, was sich KMU positiv zu Nutzen machen können. Sollte es einmal doch erforderlich sein, sich in den Schutz des Nachlassstundungsverfahrens zu begeben, kann mit potentiellen Optionskäufern aus einer Position der Stärke heraus verhandelt werden, zumal diese keine Abschläge mehr wegen Rechtsunsicherheiten machen können.

Es bleibt zu hoffen, dass KMU, ihre Inhaber und Berater bei sich anbahnenden finanziellen Problemen auch die prov. Nachlassstundung in die Evaluation der Handlungsoptionen miteinbeziehen. Weigern sich Banken, weitere Kredite zu gewähren bzw. bestehende Kontokorrentkredite offenzulassen, oder sind die KMU-Inhaber nicht mehr in der Lage, eigenes Geld einzuschiessen, kann die prov. Nachlassstundung ein sehr nützliches Instrument sein, um die Betriebsfortführung während mehrerer Monate zu sichern. Diese Zeit kann dazu genutzt werden, den Betrieb zu restrukturieren und das Unternehmen finanziell auf gesunde Beine zu stellen.

Sofern das Unternehmen noch freie Aktiven hat und mittels operativer Restrukturierungsmassnahmen die Profitabilität wiederherstellen kann, bestehen auch gute Chancen, dass Überbrückungsinvestoren die Nachlassstundung finanzieren und so den sog. Turnaround ermöglichen. Zentral ist bei alledem aber immer der Zeitfaktor. Je früher gehandelt wird, desto grösser sind die Chancen, dass die Sanierung auch tatsächlich gelingt.

Georg J. Wohl, Partner Baur Hürlimann-Rechtsanwälte Zürich

CETI Services GmbH
Firststrasse 3a · 8835 Feusisberg
Telefon 044 592 85 24
info@ceti.ch · www.ceti.ch