

*Bernischer Anwaltsverband (BAV)
Weiterbildung im Wirtschaftsrecht für Praktiker/innen
Bern, 12. Mai 2014*

Überblick zur Sanierung von Kapitalgesellschaften: Wann und wie muss saniert werden?

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung
Universität Bern
Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

1. Vorbemerkungen
2. Aktienrechtliche Sanierungsaspekte
3. Sonderfragen

Vorbemerkungen

a) Von «himmelhochjauchzend» zu «schwarz tiefbetrückt»...



Vorbemerkungen

b) Aufbau des Referats

- Einleitung: Statistisches (1. 1. 2014)
Körperschaften = 202'183 AG (1. Priorität) + 149'725 GmbH

- *Gesellschaftsrecht* im Vordergrund...
... folglich kein Thema im Referat: *SchKG* + Steuerrecht + Strafrecht

- Aufbau:
aktienrechtliche Aspekte + Sonderfragen (z.B. Bankensanierungen)

- Gesetzestexte
OR 725 + OR 725a + OR 717 + OR 754 ff. + OR 820 (GmbH)

Aktienrechtliche Sanierungsaspekte

a) Einführung

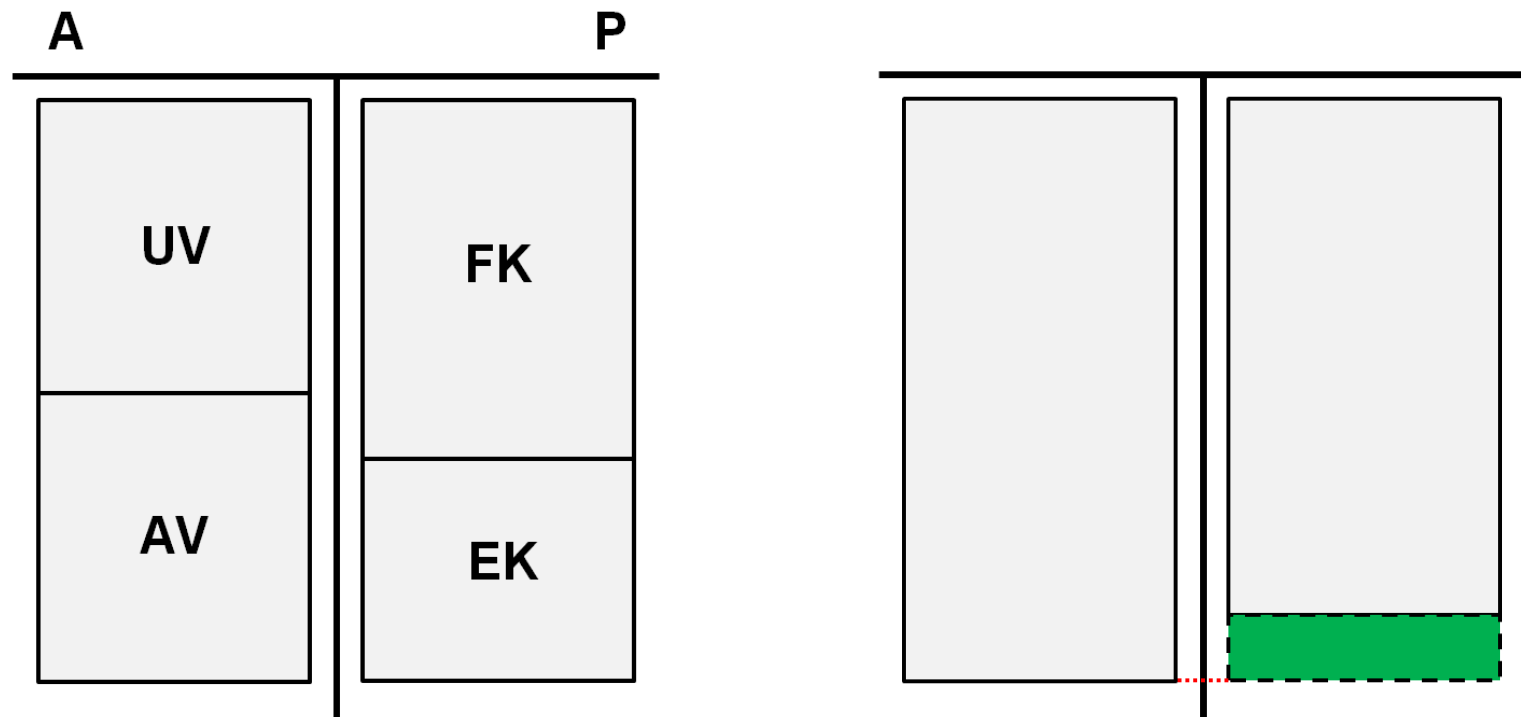
- *reale* Sanierungen
Kosteneinsparungen: Entlassungen etc.

- *buchhalterische* Sanierungen
Fokus von OR 725 f. OR (und Referat)...

- Fokus: AK (+ PS) + Reserven, aber...
... Neuerungsthemen: Reserve für *eigene Aktien* + *Aufwertungsreserve*

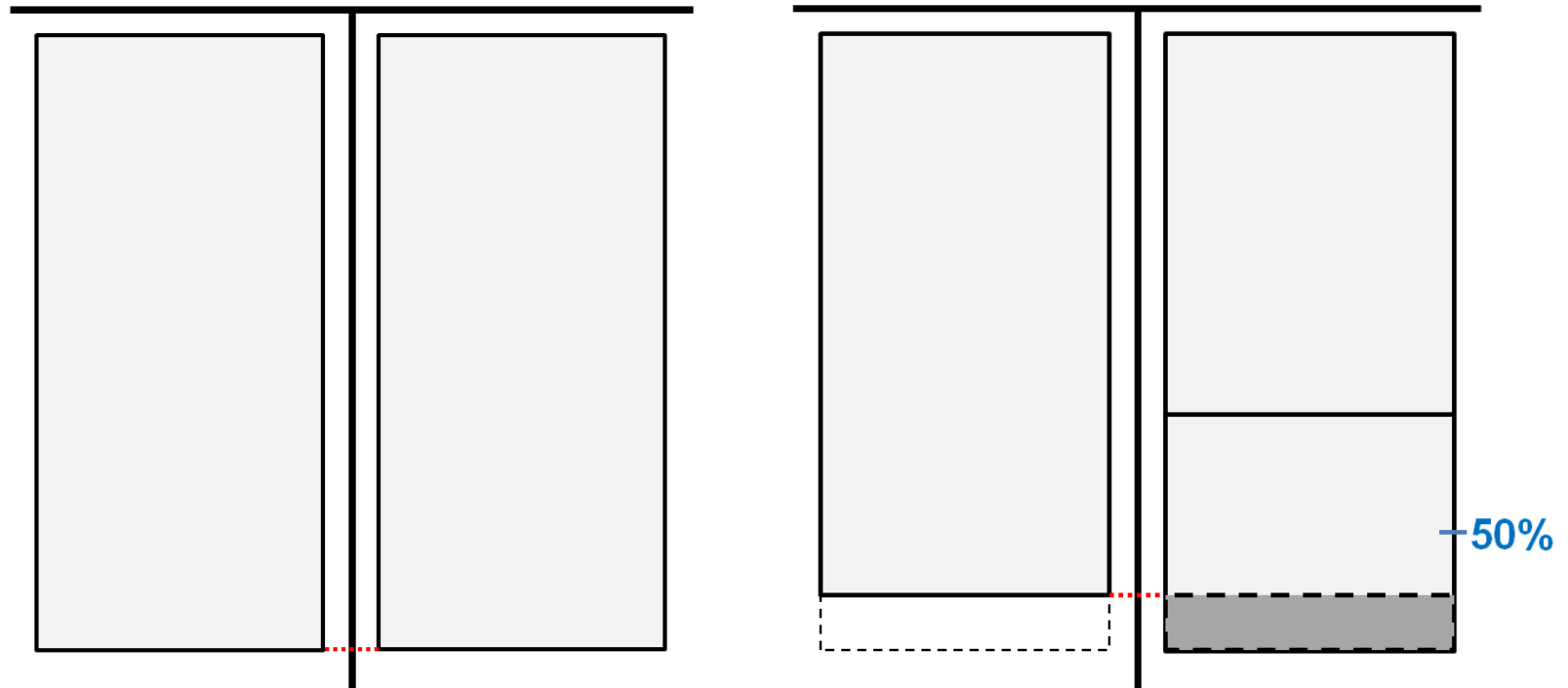
Aktienrechtliche Sanierungsaspekte

b) Ampelfunktion der Bilanz (I/III)



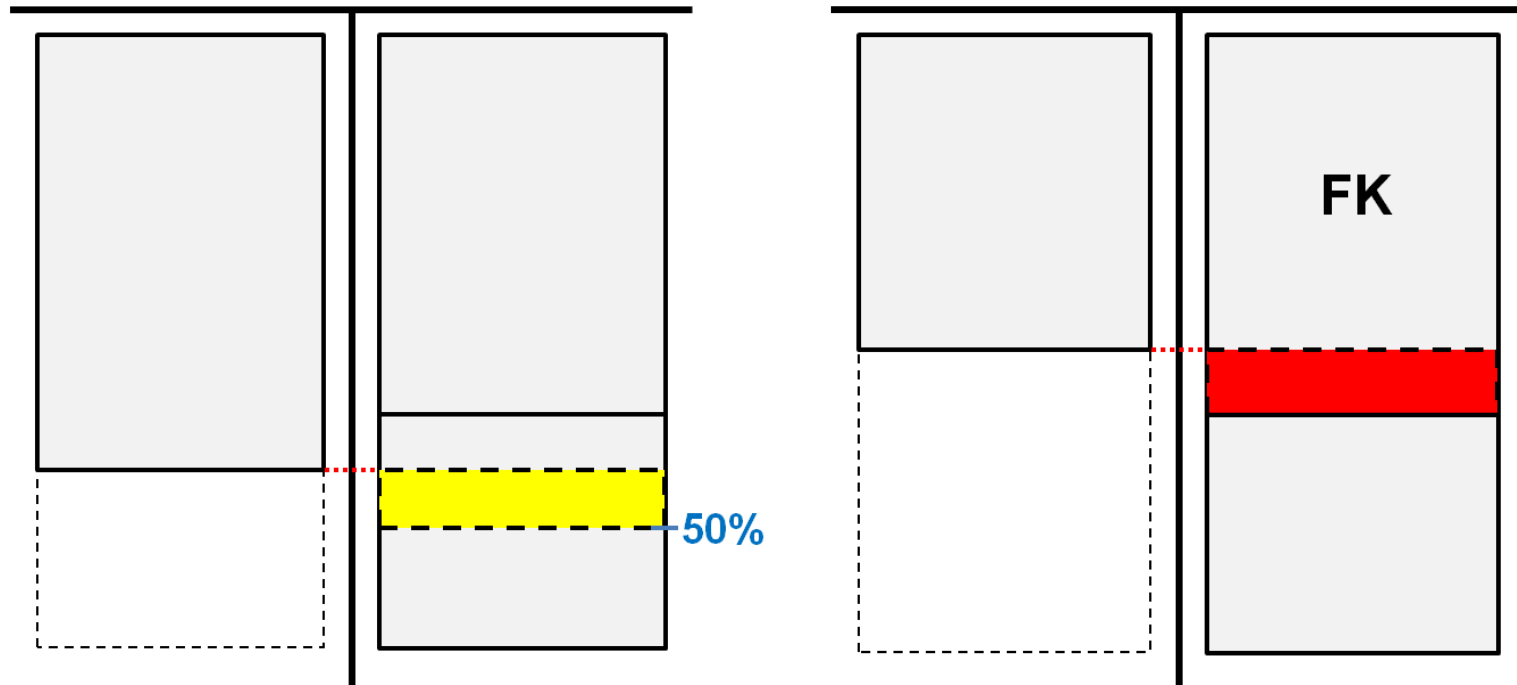
Aktienrechtliche Sanierungsaspekte

b) Ampelfunktion der Bilanz (II/III)



Aktienrechtliche Sanierungsaspekte

b) Ampelfunktion der Bilanz (III/III)



Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: Kapitalverlust

c) Analyse (I/II)

- **Bedrohungslage**
Gefährdung für *Eigenkapitalgeber* (also: Aktionäre), d.h. *GV* (nicht: Gericht) wird Thema

- **Point of no Return:**
Grenzwert = 50% des massgeblichen Eigenkapitals (sc. *AK* + *gesetzliche* Reserven)

- **Massnahmen = OR 725 I...**
Einberufung *a.o. GV* + *Sanierungsmassnahmen* vorschlagen

Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: Kapitalverlust

c) Analyse (II/II)

Art. 725⁴⁶¹

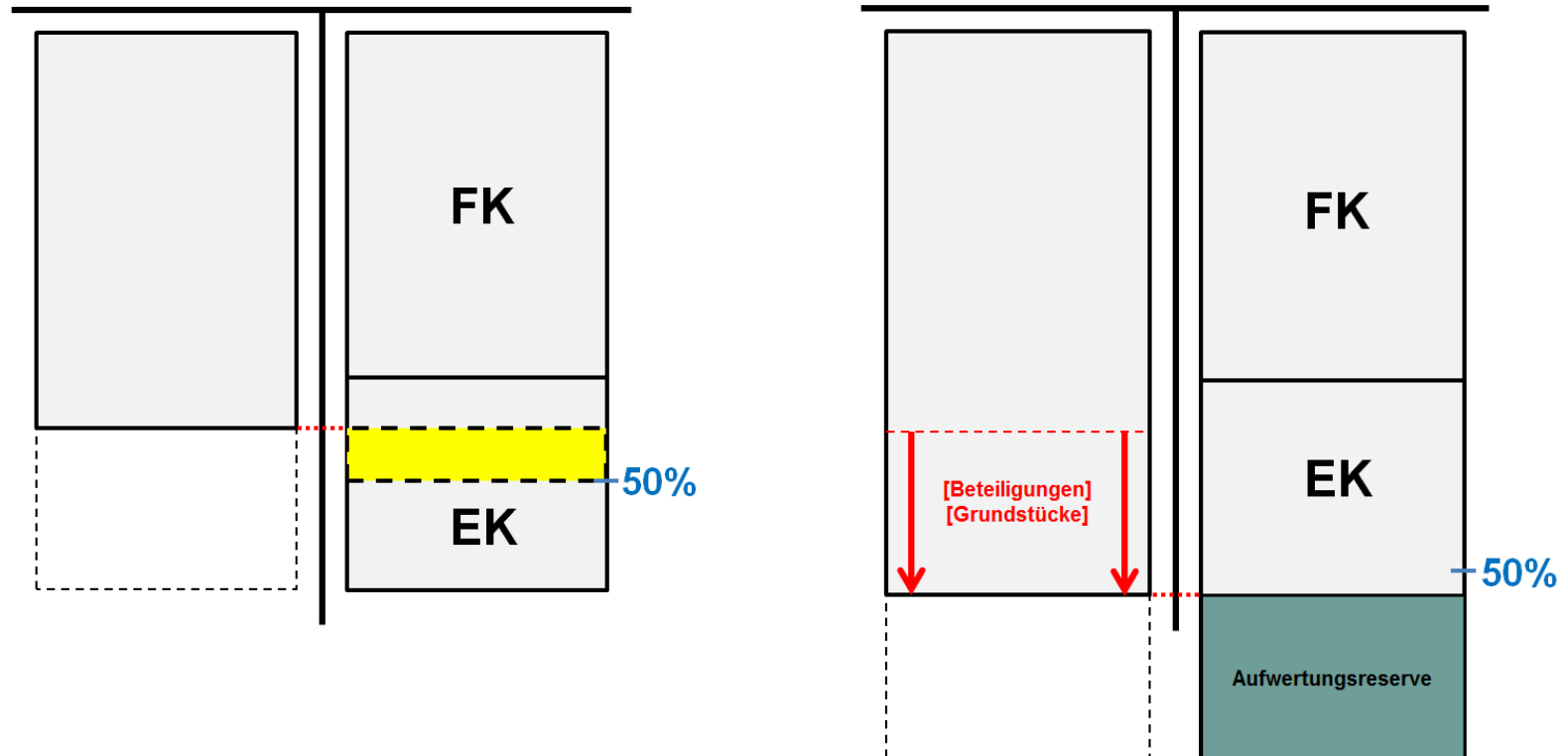
VII. Kapitalverlust und Überschuldung

1. Anzeigepflichten

¹ Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.

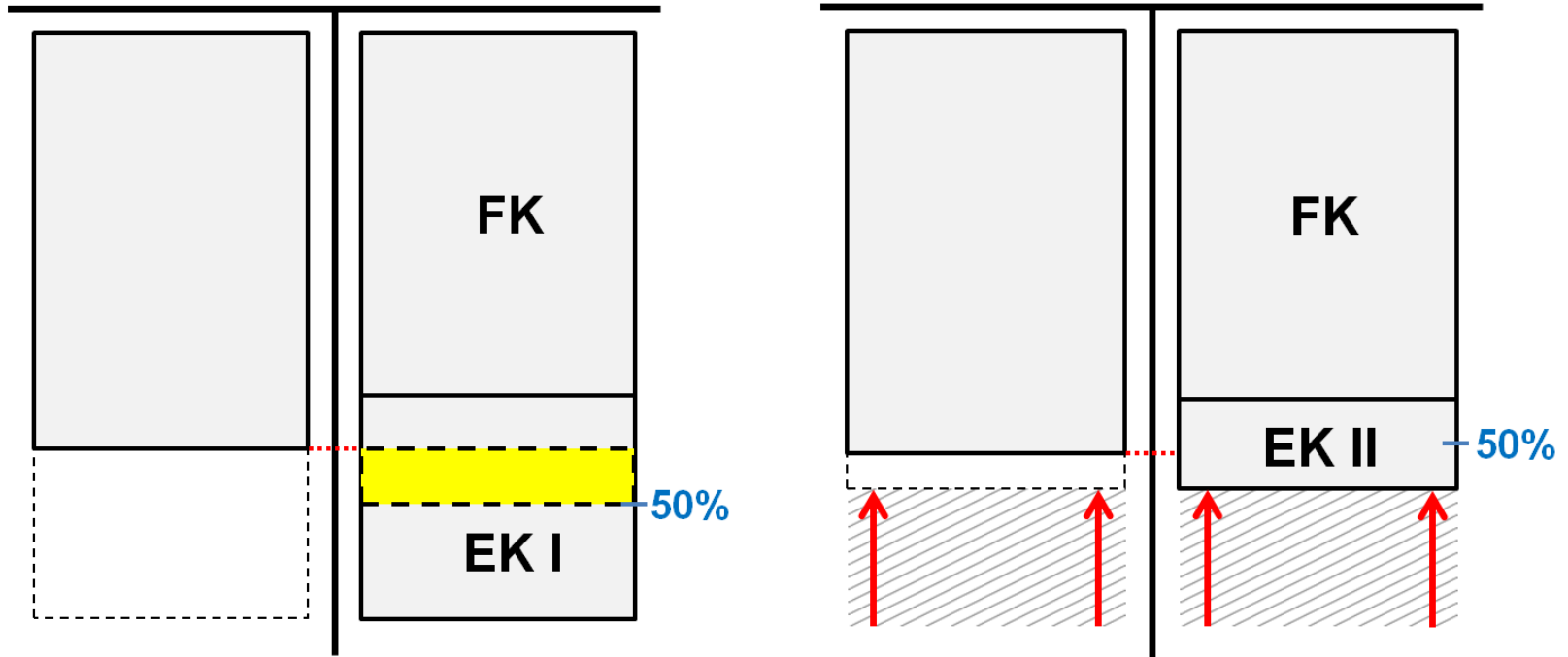
Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: Kapitalverlust

d) Was ist zu tun? z.B. Aufwertung(en): OR 670 (I/III)



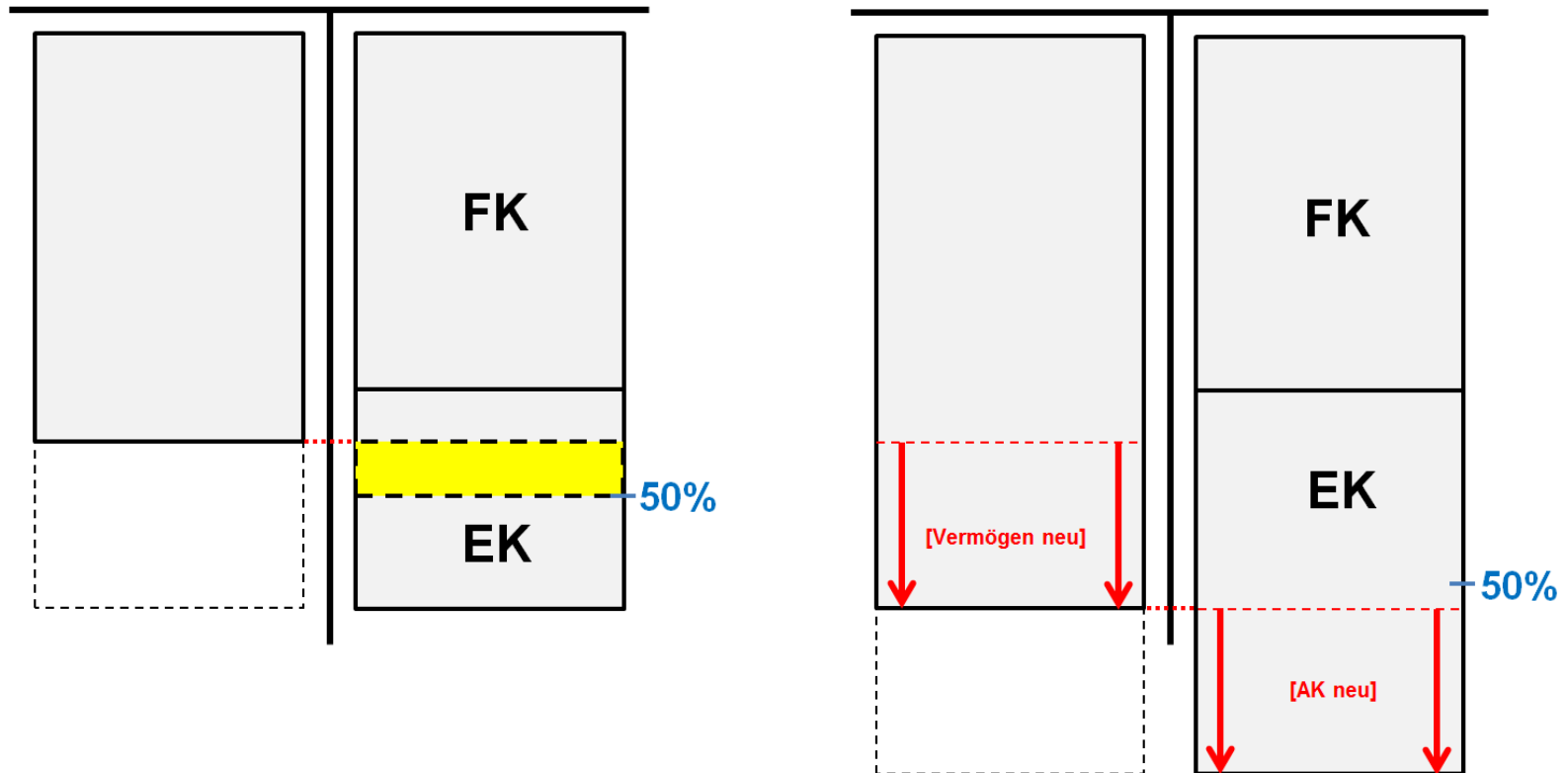
Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: Kapitalverlust

d) Was ist zu tun? z.B. vereinfachte AK-Herabsetzung: OR 735 (II/III)



Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: Kapitalverlust

d) Was ist zu tun? z.B. AK-Erhöhung: OR 650 ff. (III/III)



Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: Überschuldung

e) Analyse (I/II)

- Bedrohungslage
Gefährdung für *Fremdkapitalgeber*, d.h. *Gericht* wird Thema

- Point of no Return:
Verlust von *100% des EK* bzw. *FK* nicht (mehr) zu 100% gedeckt...

- Massnahmen = OR 725 II...
Bilanzdeponierung + ev. Konkursaufschub (OR 725a)

Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: Überschuldung

e) Analyse (II/II)

Art. 725⁴⁶¹

VII. Kapitalverlust und Überschuldung
1. Anzeigepflichten

² Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden.⁴⁶² Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen, sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.

Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: Überschuldung

f) Was ist zu tun? = OR 725 II / ev. OR 725a (I/II)

- notwendig: *begründete Besorgnis* einer Überschuldung...
... so dass Zwischenbilanz erstellt wird: Fortführungs-/Liquidationswerte
- *Überschuldung* wird bestätigt:
Richter ist zu benachrichtigen, d.h. «*Bilanz deponieren*»..!
- keine Benachrichtigung des Richters:
Rangrücktritt i.e.S. der Gläubiger «im Ausmass dieser Unterdeckung» + ev. OR 725a

Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: Überschuldung

f) Was ist zu tun? = OR 725 II / ev. OR 725a (II/II)

Art. 725a⁴⁶⁴

2. Eröffnung
oder Aufschub
des Konkurses

¹ Der Richter eröffnet auf die Benachrichtigung hin den Konkurs. Er kann ihn auf Antrag des Verwaltungsrates oder eines Gläubigers aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht; in diesem Falle trifft er Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens.

² Der Richter kann einen Sachwalter bestellen und entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen. Er umschreibt die Aufgaben des Sachwalters.

³ Der Konkursaufschub muss nur veröffentlicht werden, wenn dies zum Schutze Dritter erforderlich ist.

Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: VR

g) Verhaltenspflichten (I/II)

- Fokus der *Interessenten*
AG + Aktionäre + Gläubiger /// Basis für VR = OR 717
- *Treuepflicht*
z.B. Eigeninteressen (etwa Mandat in AG) nicht prioritär
- *Sorgfaltspflicht*
z.B. Zeitpunkt der Sanierung oder der «Bilanzdeponierung» nicht verpassen (Vorsicht: «zu spät»)
- *Gleichbehandlungspflicht*
z.B. bei den in Frage stehenden Sanierungsmassnahmen

Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: VR

g) Verhaltenspflichten (II/II)

Art. 717⁴⁴⁹

IV. Sorgfalts-
und Treuepflicht

¹ Die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.

² Sie haben die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.

Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: VR

h) Folgen bei Pflichtverletzung (I/II)

- Schadenersatz...
... gemäss *OR 754 ff.*

- Haftungsvoraussetzungen:
Schaden + Pflichtwidrigkeit + Verschulden + Kausalität

- potentielle Kläger
AG + Aktionäre + (im Konkurs) Gläubiger

- Vorbehalt
Business Judgment Rule (BJR) z.B. betreffend Zeitpunkt

Aktienrechtliche Sanierungsaspekte: VR

h) Folgen bei Pflichtverletzung (II/II)

Art. 754⁴⁹¹

III. Haftung für
Verwaltung,
Geschäfts-
führung und
Liquidation

¹ Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen.

² Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.

Sonderfragen

a) GmbH (I/II)

- GmbH = personalisierte AG
z.B. *statutarische Nachschusspflichten* (OR 795 ff.)

- Regelungen sind «ungefähr gleich»
Verweisung: OR 820 I i.V.m. OR 725 f.

- aber: Sonderordnung
möglicher *Konkursaufschub* u.a. bei *Nachschusszahlung* (OR 820 II)

Sonderfragen

a) GmbH (II/II)

Art. 820

E. Kapitalverlust
und Über-
schuldung

¹ Für die Anzeigepflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung der Gesellschaft sowie für die Eröffnung und den Aufschub des Konkurses sind die Vorschriften des Aktienrechts entsprechend anwendbar.

² Das Gericht kann den Konkurs auf Antrag der Geschäftsführer oder eines Gläubigers aufschieben, namentlich wenn ausstehende Nachschüsse unverzüglich einbezahlt werden und Aussicht auf Sanierung besteht.

Sonderfragen

b) Sanierungsfusionen (I/II)

- Risiko bei Fusion:
Universalsukzession von *sämtlichen Aktiven* + *Passiven*

- Gefährdung der *Gläubiger der «guten»* Gesellschaft
sowohl bei Kapitalverlust als auch bei Überschuldung des «schlechten» Fusionspartners

- Sicherungsmechanismen:
frei verwendbares EK notwendig (FusG 6 I) + *Revisionsbestätigung* an HR (FusG 6 II)

Sonderfragen

b) Sanierungsfusionen (II/II)

Art. 6 Fusion von Gesellschaften im Fall von Kapitalverlust oder Überschuldung

¹ Eine Gesellschaft, deren Aktien-, Stamm- oder Genossenschaftskapital und deren gesetzliche Reserven zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind oder die überschuldet ist, kann mit einer anderen Gesellschaft nur fusionieren, wenn diese über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung verfügt. Diese Voraussetzung entfällt, soweit Gläubigerinnen und Gläubiger der an der Fusion beteiligten Gesellschaften im Rang hinter alle anderen Gläubigerinnen und Gläubiger zurücktreten.

² Das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan muss dem Handelsregisteramt eine Bestätigung einer zugelassenen Revisionsexpertin oder eines zugelassenen Revisionsexperten einreichen, wonach die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt sind.

Sonderfragen

c) Bankensanierungen (I/II)

- Gesellschaftsformen
AG etc. – ebenfalls möglich: GmbH, aber bis anhin (noch) nicht...

- Rechtsgrundlagen:
BankG 25 ff. (BIV etc.) als *Lex specialis* zu SchKG/OR

- Sonderordnung...
... *TBTF*: UBS, CS + ZKB (und Raiffeisen + PostFinance?)

Sonderfragen

c) Bankensanierungen (II/II)

➤ *Schutzmassnahmen*

BankG 25 f.: Weisungen an Bankorgane, Abberufungen, Untersuchungsbeauftragte etc.

➤ *Sanierungsverfahren*

BankG 28 ff.: Sanierungsplan + Sanierungsbeauftragter + ev. «Bad Bank»/«Bridge Bank»

➤ *Bankenkonkurse*

BankG 33 ff.: Alternative zu Schutzmassnahmen/Sanierungsverfahren / Einlagensicherung

Sonderfragen

d) Liquiditätsprobleme

- Situation *de lege lata*
nicht erwähnt in OR 725 f.; aber: BankG 25

- Wirtschaftsrealität
Liquiditätsprobleme sind oftmals Vorzeichen für Probleme... beachte: OR 717 (+ OR 754)

- erwartete Situation *de lege ferenda*
E-OR 725 ff.: *drohende* Probleme (= Liquiditätsplan) + *reale* Probleme (= a.o. GV, nicht Gericht)

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch