

**Baker
McKenzie.**



Zürcherischer
Juristenverein

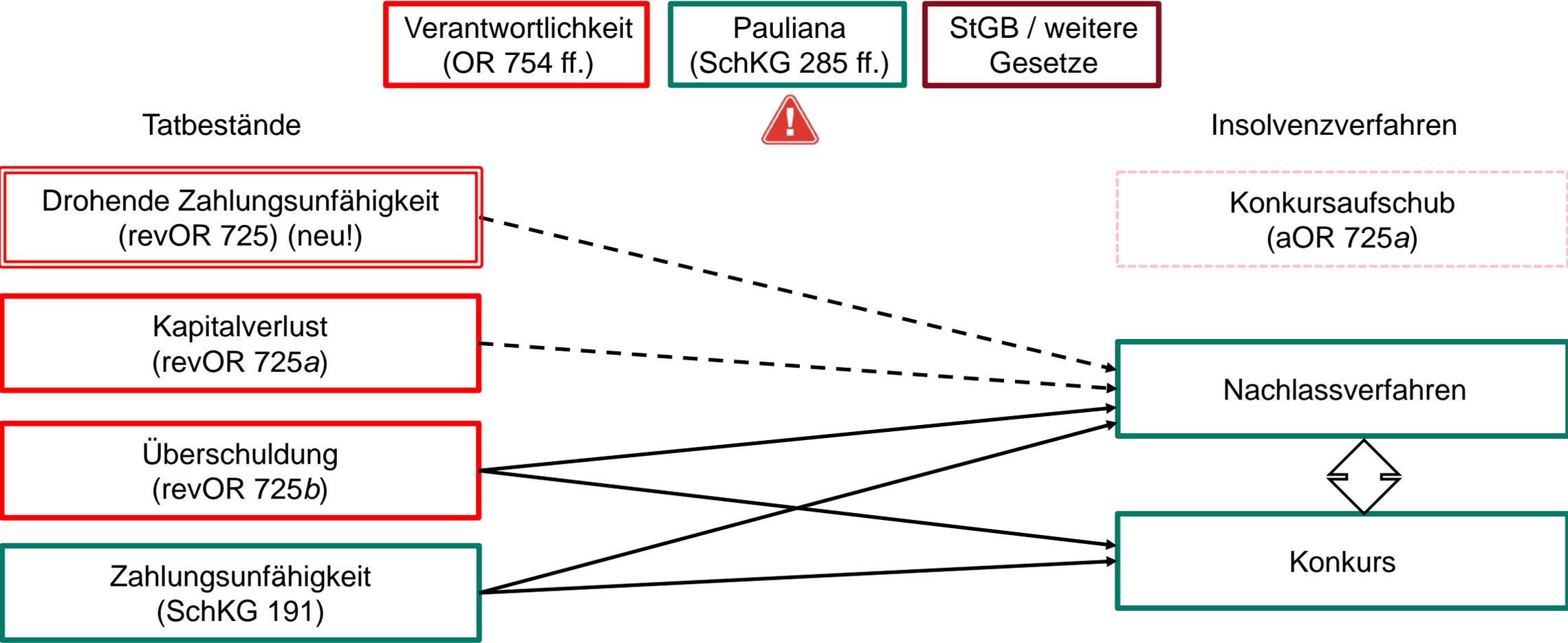
Aktuelle Fragen zur Sanierung von AG und GmbH

Referat beim Zürcherischen Juristenverein

Prof. Dr. Lukas Glanzmann, LL.M., Rechtsanwalt | 3. Februar 2022



Grundkonzept des Sanierungsrechts



-  Regelung im Aktienrecht
-  Regelung im SchKG

Liquidität – Drohende Zahlungsunfähigkeit (revOR 725)

Überwachung der Zahlungsfähigkeit (revOR 725 I)

- VR muss Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft überwachen (revOR 725 I):
 - Bereits unter geltendem Recht Teil der zwingend notwendigen Oberleitung und Finanzplanung (OR 716a I)
 - Keine explizite Pflicht zur Erstellung eines Liquiditätsplans (so aber E-OR 725 II), faktisch aber erforderlich für die Liquiditätsplanung, die Teil der zwingenden Finanzplanung ist
 - Zentrales Instrument jeder Sanierung

Pflichten bei drohender Zahlungsunfähigkeit (revOR 725 II)

- Zahlungsunfähigkeit liegt nicht schon bei vorübergehenden Zahlungsschwierigkeiten vor
- Bei drohender Zahlungsunfähigkeit muss der VR :
 - Massnahmen zur Sicherstellung der Zahlungsfähigkeit ergreifen
 - Soweit erforderlich, weitere Massnahmen zur Sanierung der Gesellschaft treffen bzw. der GV beantragen, nötigenfalls ein Gesuch um Nachlassstundung einreichen
- Weitere Pflichten, z.B. wegen begründeter Besorgnis der Überschuldung?
 - Abgrenzung zum Wegfall der Fortführungsfähigkeit wegen Liquiditätsmangels (OR 958a II)



VR muss mit der gebotenen Eile handeln (revOR 725 III)

Kapitalverlust (revOR 725a) – Tatbestand

Aktiven abzüglich Verbindlichkeiten

decken nicht mehr 50% der Summe aus

*Aktienkapital, nicht an die Aktionäre
zurückzahlbarer gesetzlicher
Kapitalreserve und gesetzlicher
Gewinnreserve*

bilanzielles
Eigenkapital

Geschütztes EK

 **bilanzielles EK < 1/2 des geschützten EK**

Bilanz mit Kapitalverlust

75	Aktiven	Passiven	75
	Umlaufvermögen	Kurzfristiges Fremdkapital	25
30			
	Anlagevermögen	Langfristiges Fremdkapital	25
45		Grundkapital (Aktien- und Partizipations- kapital / Stammkapital)	50
		Ges. Kapitalreserve	25
		- Jahresverlust	- 50

in Mio. CHF

FK (Kurzfristiges Fremdkapital + Langfristiges Fremdkapital)

EK mit Kapitalverlust (Grundkapital + Ges. Kapitalreserve - Jahresverlust)

- Massgebend ist grds. die letzte Jahresbilanz (i.d.R. zu Fortführungswerten)
- Klarstellung, dass nur der geschützte Teil des Kapitals als Bemessungsbasis dient
- Verbindlichkeiten aus Krediten gem. Art. 3 Covid-19-SBÜV oder Krediten gem. Covid-19-HärtefallIV sind bei der Berechnung nicht als FK zu berücksichtigen (Art. 24 Covid-19-SBÜG; Art. 21 Covid-19-HärtefallIVO)
- Weitere Einzelheiten sind zu klären, wenn Rechnungslegung in Fremdwährung erfolgt, AK aber in CHF denominiert ist (kann vermieden werden, wenn AK in gleicher Fremdwährung denominiert ist)

Kapitalverlust (revOR 725a) – Handlungspflichten des VR

Beseitigung des Kapitalverlusts (revOR 725a I)

- Bilanzkosmetische Massnahmen
- Auflösung stiller Reserven (inkl. Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen auf wirklichen Wert)
- Herabsetzung der Bemessungsbasis durch Verrechnung des Verlusts mit den Reserven oder deklarative Kapitalherabsetzung

Sanierungsmassnahmen, falls erforderlich (revOR 725a I)

- Operative Massnahmen, d.h. Reduktion des Aufwands oder Erhöhung des Ertrags
- Direkte Stärkung des EK (Erhöhung der Aktiven oder Reduktion des FK)
- Debt/Equity-Swap ist stets zulässig (revOR 634a II)

Ernennung eines zugelassenen Revisors bei Opting-out (revOR 725a II)

- VR muss *ad hoc* einen zugelassenen Revisor ernennen, der die letzte Jahresrechnung vor ihrer Genehmigung durch die GV eingeschränkt prüft
- Bei Unterlassung sind die Beschlüsse der GV zur Genehmigung der Jahres- und Konzernrechnung sowie der Verwendung des Bilanzgewinns nichtig (OR 731 III Satz 1)
- Gilt nicht, wenn VR Gesuch um Nachlassstundung einreicht (revOR 725a III)
- Keine generelle Aufhebung des Opting-out



VR und RS bzw. zugelassener Revisor müssen mit der gebotenen Eile handeln (revOR 725a IV)



Erhöhtes Haftungsrisiko des VR wegen Prüfpflicht bei Opting-out

Überschuldung (revOR 725b) – Tatbestand

Verbindlichkeiten der Gesellschaft sind nicht mehr durch die Aktiven gedeckt, und zwar sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten.

➔ **Aktiven \neq Verbindlichkeiten < 0**

Bilanz mit Überschuldung

45	Aktiven	Passiven	45
20	Umlaufvermögen	Kurzfristiges Fremdkapital	25
25	Anlagevermögen	Langfristiges Fremdkapital	25
		Grundkapital (AK und PS-Kapital / Stammkapital)	50
		Ges. Kapitalreserve	25
		- Verlustvortrag	- 60
		- Jahresverlust	- 20

FK

Überschuldung (EK ist ganz aufgezehrt)

in Mio. CHF



- Pflichten setzen nach wie vor mit «begründeter Besorgnis» ein
- Bei fehlender Fortführungsfähigkeit ist nur die Bilanz zu Veräusserungswerten massgeblich
- Verbindlichkeiten aus Krediten gem. Art. 3 Covid-19-SBüV oder Krediten gemäss Covid-19-HärtefallIV sind bei der Berechnung nicht als FK zu berücksichtigen (vgl. Art. 24 Covid-19-SBüG; Art. 21 Covid-19-HärtefallVO)

Überschuldung (revOR 725b) – Handlungspflichten des VR

Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung (revOR 725b I und II)

- VR muss unverzüglich Zwischenabschluss erstellen
 - zu Fortführungswerten, sofern Fortführungsfähigkeit und -wille gegeben sind, sowie
 - zu Veräusserungswerten, sofern (i) Fortführungsfähigkeit oder -wille nicht gegeben sind oder (ii) der ZA zu Fortführungswerten eine Überschuldung aufweist
- Erstellung gem. Vorschriften zur Jahresrechnung
 - Vereinfachungen und Verkürzungen sind zulässig, falls keine Beeinträchtigung der Darstellung des Geschäftsgangs entsteht (z.B. bei offensichtlicher Überschuldung) (revOR 960f)
 - Marktpreis als alleiniger Höchstwert in der Bilanz zu Veräusserungswerten (umstritten)
- Prüfung durch RS bzw. – bei Opting-out – vom VR ernannten zugelassenen Revisor (revOR 725b II)
- Eine Überschuldung liegt nur dann vor, wenn beide ZA eine Überschuldung aufweisen (revOR 725b III)

Nach Feststellung der Überschuldung (revOR 725b III, IV und V)

- VR muss beim Gericht «Bilanz deponieren» (vgl. revOR 725b III); Antrag geht dabei auf
 - Eröffnung des Konkurses; oder
 - Gewährung einer Nachlassstundung
 - Konkursaufschub (vgl. aOR 725a) nicht mehr möglich (bewilligter Konkursaufschub unterliegt noch altem Recht; Art. 5 ÜBest)
- Benachrichtigungspflicht ist unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des VR (revOR 716a I Ziff. 7)
- Bei offensichtlicher Überschuldung muss RS den Richter selber benachrichtigen, wenn VR dies unterlässt (OR 728c III und 729c)
- Befreiungsmöglichkeiten von der Pflicht zur Bilanzdeponierung neu umfassender geregelt:
 - Rangrücktritt
 - Stille Sanierung

Überschuldung – Rangrücktritt (revOR 725b IV Ziff. 1)

- Neu müssen die während der Dauer der Überschuldung auflaufenden Zinsforderungen auch vom RR erfasst werden
 - Abgrenzung zu anderen Entschädigungen (bspw. Bereitstellungskommission, Gebühren, Auslagenersatz)
 - Keine Befreiung von Benachrichtigungspflicht, falls Zinsen nicht von RR umfasst?
 - Konkurseröffnung liegt i.d.R. nicht im Interesse der übrigen Gläubiger, weil RR zu Fortführungswerten nicht genügt
 - Gesetzlicher RR auf den Zinsen wäre sachgerechter
 - RR bezüglich der Kapitalforderung bleibt bestehen
 - Bestehende RR-Vereinbarungen sind noch zwei Jahre gültig (Art. 6 ÜBest)
- RR ist gültig, auch wenn keine Aussicht auf Sanierung besteht (evtl. muss RR erhöht werden, wenn wegen mangelnder Fortführungsfähigkeit auf Veräußerungswerte zu wechseln ist); anders noch die Position des NR (E-OR 725a IV Ziff. 1) sowie zu aOR 725 II: BGer 6B_1279/2018 v. 26.3.19, E. 2.2.1 und ein Teil der Lehre
- RR-Verbindlichkeiten bleiben Fremdkapital, weshalb die Gesellschaft formell überschuldet bleibt, was aber toleriert wird
 - RR-Verbindlichkeiten zählen bei Verantwortlichkeitsfällen nicht mehr zum Gesellschaftsschaden (revOR 757 IV)
- Bei Covid-19-Krediten besteht kein RR von Gesetzes wegen; Bürgin kann die Bank zur Abgabe eines RR ermächtigen, wenn sich dadurch die finanziellen Risiken für den Bund nicht erhöhen (Art. 7 I und II Covid-19-SBüG)

Überschuldung – Stille Sanierung (revOR 725b IV Ziff. 2)

- VR kann von der Benachrichtigung des Gerichts absehen, solange begründete Aussicht besteht, dass
 - Die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschlüsse, behoben werden kann; und
 - Die Forderungen der Gläubiger nicht zusätzlich gefährdet werden
- Ex-ante-Perspektive ist massgebend für Sanierungsprognose innert angemessener Frist
- Analog muss auch ein Aufschub der Benachrichtigung zulässig sein, um die Einleitung eines Nachlassverfahrens (SchKG 293 ff.) vorzubereiten; i.d.R. überwiegen die damit verbundenen Vorteile für die Gläubiger
- Würdigung
 - Gesetzliche Frist von max. 90 Tagen dürfte tendenziell zu einer Verlängerung und Ausreizung des Zeitfensters führen
 - Rechtsunsicherheit besteht weiterhin, wie lange die Sanierungshorizont innerhalb der 90 Tage angemessen ist und wie die zusätzliche Gefährdung der Gläubigerforderungen beurteilt wird
 - Nicht sinnvoll, dass Berechtigung in jedem Fall am 90. Tag entfällt

Anfechtbare Handlungen im Rahmen von Sanierungen

- Allgemeine Voraussetzungen der Pauliana (SchKG 285 ff.)
 - Eröffnung eines Konkurses oder Bestätigung eines NLV mit Vermögensabtretung
 - Bei privater Sanierung sicherstellen, dass keine Insolvenz eintreten wird sowie Dokumentieren der Sanierungsbemühungen und der Beurteilung der Erfolgsaussichten
 - Gläubigerschädigung
 - Ungleiche Behandlung kann gerechtfertigt sein, wenn der bevorzugte Gläubiger eine Leistung erbringt, die für die Fortführung des Unternehmens oder für die Restrukturierung erforderlich ist
 - Handlung innerhalb der Verdachtsfrist (*période suspecte*) vor Konkurseröffnung bzw. Gewährung der NLS
 - Keine Anfechtung von Rechtshandlungen während Nachlassstundung, falls von Nachlassgericht oder Gläubigerausschuss genehmigt wurden (neu auch Sachwalter)
 - Erfüllung eines besonderen Tatbestands (Beispiele):

Schenkungsanfechtung (SchKG 286)

- Konzernfinanzierungen, die nicht *at-arm's-length* sind
- Veräußerung von Vermögenswerten unter dem Marktwert

Überschuldungsanfechtung (SchKG 287)

- Nachträgliche Besicherung ohne vorbestehende Pflicht
- Tilgung von Schulden durch Übertragung von anderen Vermögenswerten als Geld (Debt/Asset-Swap)
- Rückzahlung nicht fälliger Schulden

Absichtsanfechtung (SchKG 288)

- Rückzahlung von unbesicherten Finanzverbindlichkeiten
- Nachträglicher Vollzug einer Sicherheit

Distressed M&A

- Veräusserung von Vermögenswerten ohne Marktwert birgt ein grosses Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsrisiko
- Existiert kein Marktwert, muss der Kaufpreis nach üblichen Methoden ermittelt werden
 - Vorbereitung und Durchführung des Verkaufsprozesses durch Sachverständige
 - Einholung verschiedener Angebote (Auktionsverfahren)
 - Vermeidung von Interessenkonflikten
 - Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsrisiko können vermindert, aber nicht ausgeschlossen werden
- Sog. Pre-Packs erlauben anfechtungssichere Sanierung einzelner Vermögenswerte oder eines ganzen Betriebs(-teils)
 - Verhandlung des Vertrags, evtl. Signing unter aufschiebender Bedingung der Zustimmung des Sachwalters/Gerichts
 - (Stille) prov. Nachlassstundung der Gesellschaft
 - Signing des Vertrags bzw. Genehmigung durch Sachwalter
 - Genehmigung durch Gericht, aber keine Anhörung der Gläubiger notwendig
 - Vollzug des Kaufvertrags, danach Abwicklung der Gesellschaft (Nachlassvertrag, Konkurs, Sanierung)
 - Kein zwingender Übergang der Arbeitsverhältnisse (OR 333b)
 - Keine paulianische Anfechtung, kaum Verantwortlichkeitsrisiko
 - Gegenpartei hat Masseforderung, aber in der Regel keine Gewährleistungen ausser Eigentum
 - NLS hat evtl. negative Auswirkungen auf Bewilligungen und Verträge (a.o. Kündigungsgrund)
 - Praxis bestätigt in BGE 147 III 226 (18. März 2021)

Finanzierung in der finanziellen Krise

- Problem: Rückzahlung und (nachträgliche) Besicherung von Finanzverbindlichkeiten kann anfechtbar sein
 - Rückzahlung
 - Gemäss BGE 134 III 452 ist Rückzahlung eines unbesicherten Darlehens erlaubt, wenn bei Darlehensgewährung berechnete, die Wahrscheinlichkeit einer günstigen Prognose hinsichtlich der Vermögensentwicklung des Schuldners eindeutig rechtfertigende Hoffnungen gegeben waren → untaugliche Formel
 - Rückzahlung bei vollständiger Besicherung gegen Freigabe der Sicherheiten ist erlaubt
 - Besicherung
 - Zug-um-Zug-Besicherung ist erlaubt, wenn Kredit für operative Tätigkeit verwendet wird («Löcher stopfen» bei Kreditoren), nicht aber für Rückzahlung anderer Finanzverbindlichkeiten
 - Refinanzierung (Ablösung bestehender Gläubiger durch neue Gläubiger)
 - Keine Anfechtung bei reinem Passivtausch, da keine Schädigung anderer Gläubiger (a.M. Teil der Lehre)
 - Abtretung der Forderung als Alternative
 - Anfechtungsrisiko besteht, wenn neuer Kredit besichert wird oder verrechenbar ist
 - Massekredit in NLS
 - Bei Zustimmung des Sachwalters entsteht Masseverbindlichkeit, d.h., Kredit wird privilegiert befriedigt
 - Besicherung erfordert zusätzlich Zustimmung des Nachlassgerichts bzw. GLA
- Grundsätzlich gilt dies auch bei Cash-Poolings und anderen Konzernfinanzierungen
- Einschränkungen bestehen für Gesellschaften mit Covid-19-Krediten oder Härtefallhilfen

«Gesellschafts- und Handelsrecht» in neuer Auflage



Der von Theo Guhl begründete Klassiker im Gesellschafts- und Handelsrecht erscheint bereits in der 12. Auflage, die von den drei Autoren vollständig überarbeitet und aktualisiert wurde.

Diese Neuauflage steht besonders im Zeichen der im Sommer 2020 verabschiedeten Aktienrechtsrevision, vorliegend umfassend eingearbeitet und kompakt im Kontext des bisherigen Rechts dargestellt. Abgebildet sind zudem die weitreichenden Änderungen aufgrund des Inkrafttretens der neuen Finanzmarktgesetze, des neuen Handelsregister- und Firmenrechts und der mit der Distributed Ledger Technology angestossenen Modernisierung der Wertrechte.

Das Buch eignet sich als Nachschlagewerk für Praktiker ebenso wie als Lehrbuch für Studierende und zur profunden Vorbereitung von Prüfungen. Gleichwohl bietet es mit Hinweisen auf weiterführende Literatur sowie auf die einschlägige aktuelle Rechtsprechung eine Basis für die vertiefte wissenschaftliche Auseinandersetzung.



Fragen



Lukas Glanzmann
Partner

Baker McKenzie Zürich
Holbeinstrasse 30
Postfach
8034 Zürich

+41 (44) 384 14 14 (Tel.)
+41 (44) 384 12 84 (facsimile)

lukas.glanzmann@bakermckenzie.com

Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann, LL.M., Rechtsanwalt

Lukas Glanzmann ist seit 1998 bei Baker McKenzie Zurich tätig, seit 2004 als Partner. Seine Haupttätigkeiten liegen in den Bereichen Fremdkapitalfinanzierung, Sanierung, Gesellschafts- und Rechnungslegungsrecht, Private Equity, M&A sowie Kapitalmarktrecht.

Nach dem Erwerb des Anwaltspatents doktorierte Lukas Glanzmann an der Universität St. Gallen und erwarb danach einen LL.M. an der Harvard Law School. Im Jahre 2006 habilitierte er sich an der Universität St. Gallen und ist heute Titularprofessor für Wirtschaftsrecht.

Lukas Glanzmann hat diverse Schriften zu Fragen des Gesellschafts-, Kredit- und Rechnungslegungsrechts, über Sanierungen sowie im Bereich der Corporate Governance publiziert. Er ist Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Zudem ist er bei Baker McKenzie Head des European Restructuring & Insolvency Steering Committees sowie Mitglied des European Banking & Finance Steering Committees.



Baker McKenzie.

Baker McKenzie Zurich ist Mitglied von Baker & McKenzie International, einer global tätigen Anwaltskanzlei mit Mitgliedsfirmen weltweit. Der allgemeinen Terminologie in Beratungsunternehmen folgend, bezeichnen wir als "Partner" einen Gesellschafter, der für uns oder ein Mitglied von Baker & McKenzie International tätig ist. Als "Büros" bezeichnen wir unsere Kanzleistandorte und diejenigen der Mitglieder von Baker & McKenzie International.

© 2021 Baker & McKenzie Zurich

bakermckenzie.com