

*St. Galler Gesellschaftsrechtstag
Konzernrecht
Zürich, 11. Mai 2012 (SIX ConventionPoint)*

u^b

**UNIVERSITÄT
BERN**

Konzerninsolvenz

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Georgetown)
Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung
Universität Bern
Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

1. Vorbemerkungen
2. Konzernrechtliche Aspekte
3. Schlussbemerkungen

Vorbemerkungen

a) Wirtschaftsrealität

- *Beispiele* im Ausland und im Inland:
„Enron“ + „Lehman Brothers“ (USA) + „Swissair“ (Schweiz)
- volkswirtschaftliche Bedeutung:
hohe Dichte von Konzernierungen (CH: ca. 70%) + Spezialproblem: Banken/TBTF
- Zielsetzung(en):
struktureller Überblick zu Folgen/Risiken möglicher Konzerninsolvenz + *Gedankenanstregungen*
- Fokus auf AG (aber immer mehr GmbH + Genossenschaften)

Vorbemerkungen

b) Begriffliches zum Konzern

- *Grundverständnis* des Konzerns
z.B. Art. 663e OR (neu: Art. 963 E-OR) – was sind *Minimalanforderungen* an Konzern?
- umstritten: Konzern als *einfache Gesellschaft* (Art. 530 ff. OR)?
PVK in ZBJV 2012 (vermittelnde Ansicht)
- *Regelfall* einer Einzelbetrachtung:
Beispiel: „Pflichtnexus“ des VR von abhängigen Unternehmungen (+ „Konzerninsolvenz“...)
- *Ausnahmefall* einer Gesamtbetrachtung:
Beispiele: Konzernrechnung + finanzmarktrechtliche Aufsicht

Vorbemerkungen

c) Unternehmensinsolvenz sowie Folgen (I/II)

- Insolvenz:
Unterscheidung zwischen *Zahlungsunfähigkeit* und Illiquidität

- verschiedene Rechtsgrundlagen:
v.a. *OR* (etwa re Sanierung/Auflösung//Liquidation) + *SchKG* + *FusG* + *BankG*

- zwei mögliche Folgen einer Insolvenz:
(i) *Sanierung* + (ii) *Liquidierung* einer (einzelnen) Gesellschaft

- legale (aktienrechtliche) Warnungen:
Art. 725 Abs. 1 OR + Art. 725 Abs. 2 OR

Vorbemerkungen

c) Unternehmensinsolvenz sowie Folgen (II/II)

- *Warnsignale* bzw. Krisen-Ampel:
grün – gelb – orange – rot

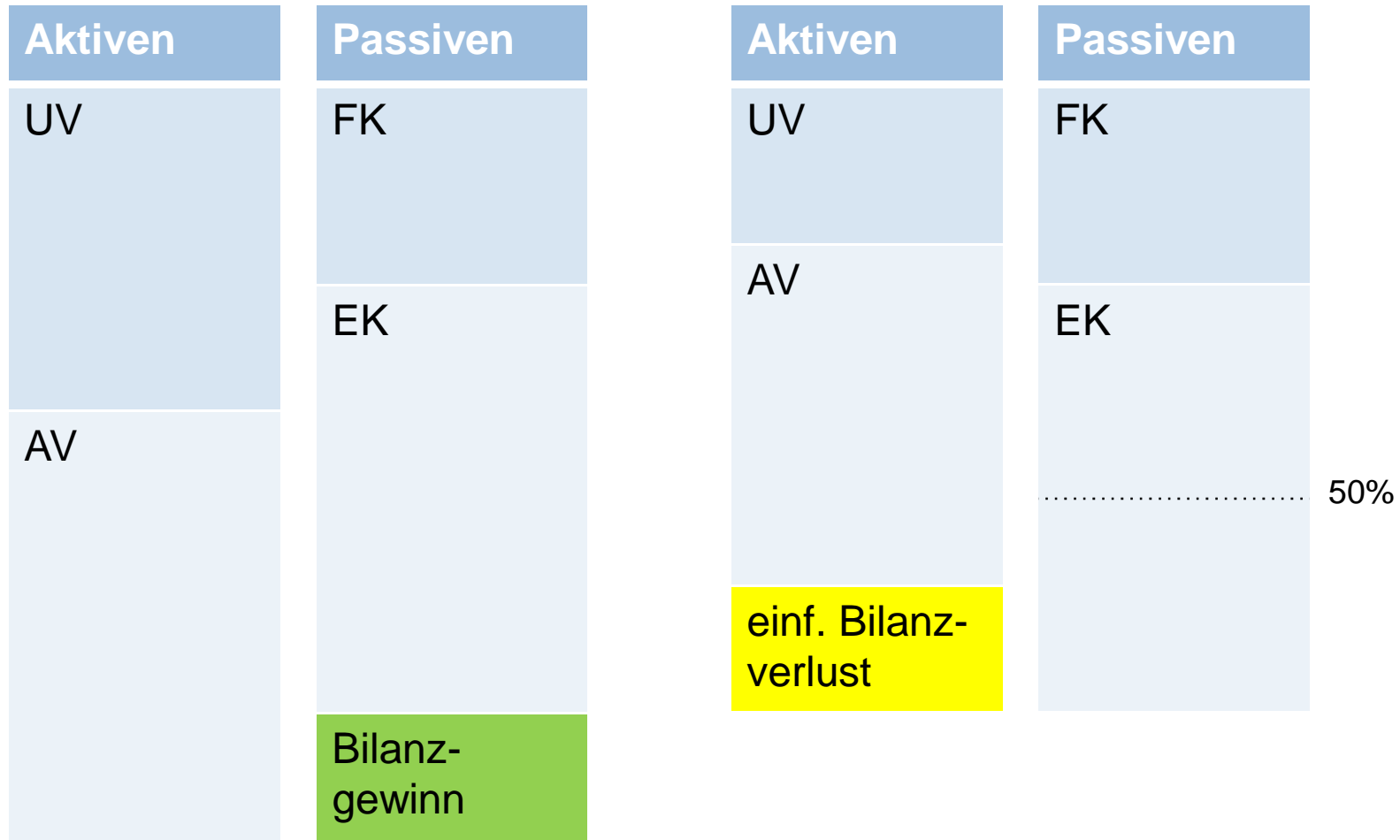
- (i) Bilanzgewinn + (ii) ausgeglichene Bilanz + (iii) einfacher Bilanzverlust:
Art. 725 OR *nicht* anwendbar

- (iv) Kapitalverlust (qualifizierter Bilanzverlust):
Art. 725 Abs. 1 OR – Massstab ist *Eigenkapital*

- (v) Überschuldung:
Art. 725 Abs. 2 OR – Massstab ist *Fremdkapital*

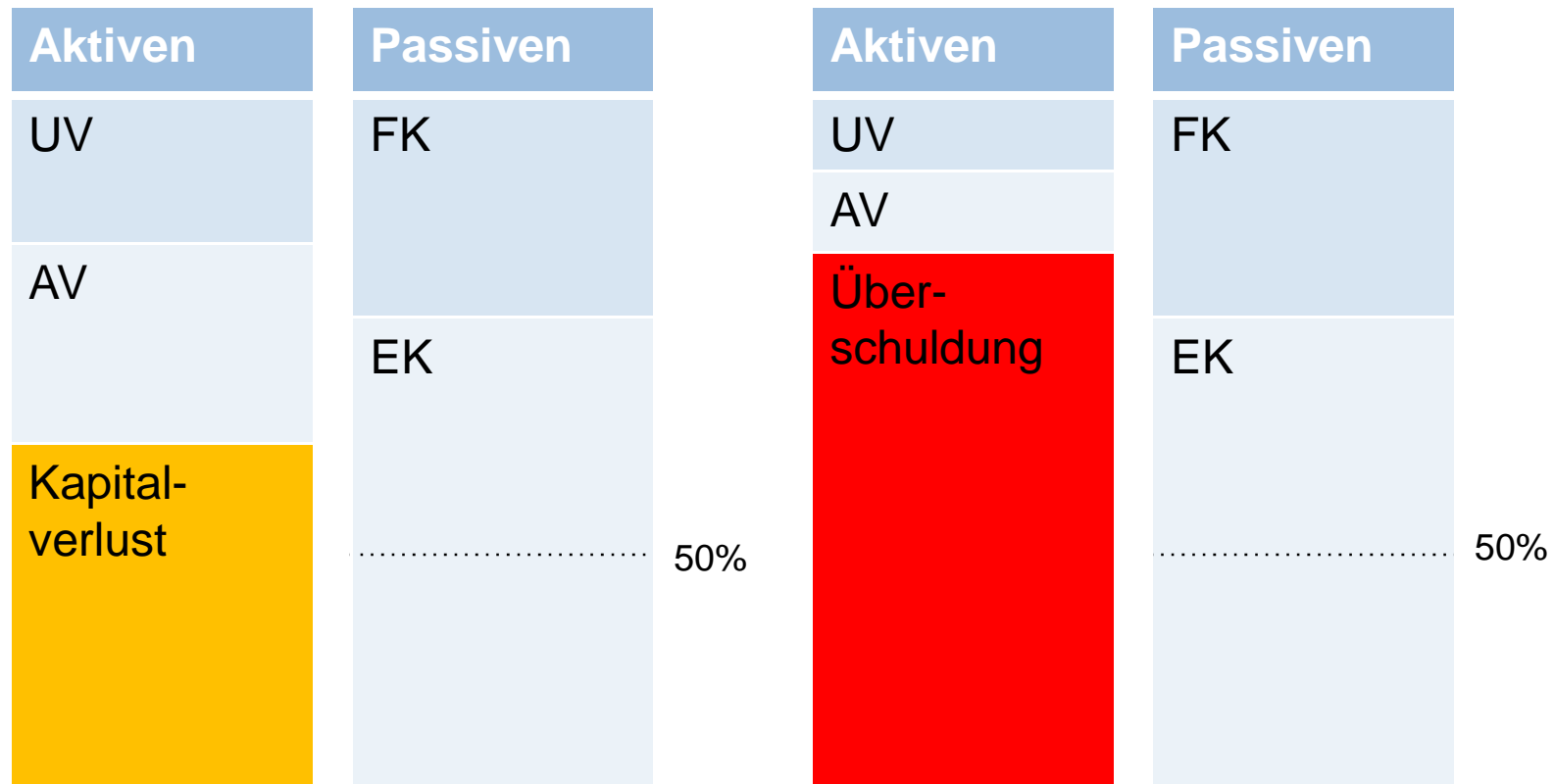
Bilanzgewinn

einfacher Bilanzverlust



***Kapitalverlust
Art. 725 Abs. 1 OR***

***Überschuldung
Art. 725 Abs. 2 OR***



Vorbemerkungen

d) Sanierung sowie Liquidierung (I/II)

- Variante 1 – Sanierung einer Gesellschaft:
Rechtsgrundlagen z.B. Art. 725 Abs. 1 OR + Art. 293 ff. SchKG + Art. 6 FusG

- *operationelle* Massnahmen:
z.B. neues Management + Kostensenkung/Kündigungen + Restrukturierungen (Deinvestitionen etc.)

- *buchhalterische* Massnahmen (ohne Kapitalfluss):
z.B. Aufwertungen (Art. 670 OR) + Aktienkapitalherabsetzung (Art. 735 OR)

- *Unternehmensfinanzierungen* (mit Kapitalfluss):
z.B. Aktienkapitalerhöhung + Darlehen – und wie steht es um *Non-Versé..?*

Vorbemerkungen

d) Sanierung sowie Liquidierung (II/II)

- Variante 2 – Liquidierung einer Gesellschaft:
Rechtsgrundlagen v.a. Art. 725 Abs. 2 OR/Art. 739 ff. OR + Art. 159 ff. SchKG (FusG: nein)
- protoypische Stufenfolge bei AG:
Auflösung (z.B. Art. 736 OR) + *Liquidation* + Löschung im Handelsregister
- *Liquidatoren*:
Beispiele: gerichtlich bestellte Person + Konkursverwaltung + VR/Liquidator
- ausgewählte *Eckpunkte* einer Liquidation:
Bilanz + Schuldenruf + Aktiven versilbern/Passiven tilgen + ev. Aktivenüberschuss verteilen

Konzern als „Kartenhaus“...



Konzernrechtliche Aspekte

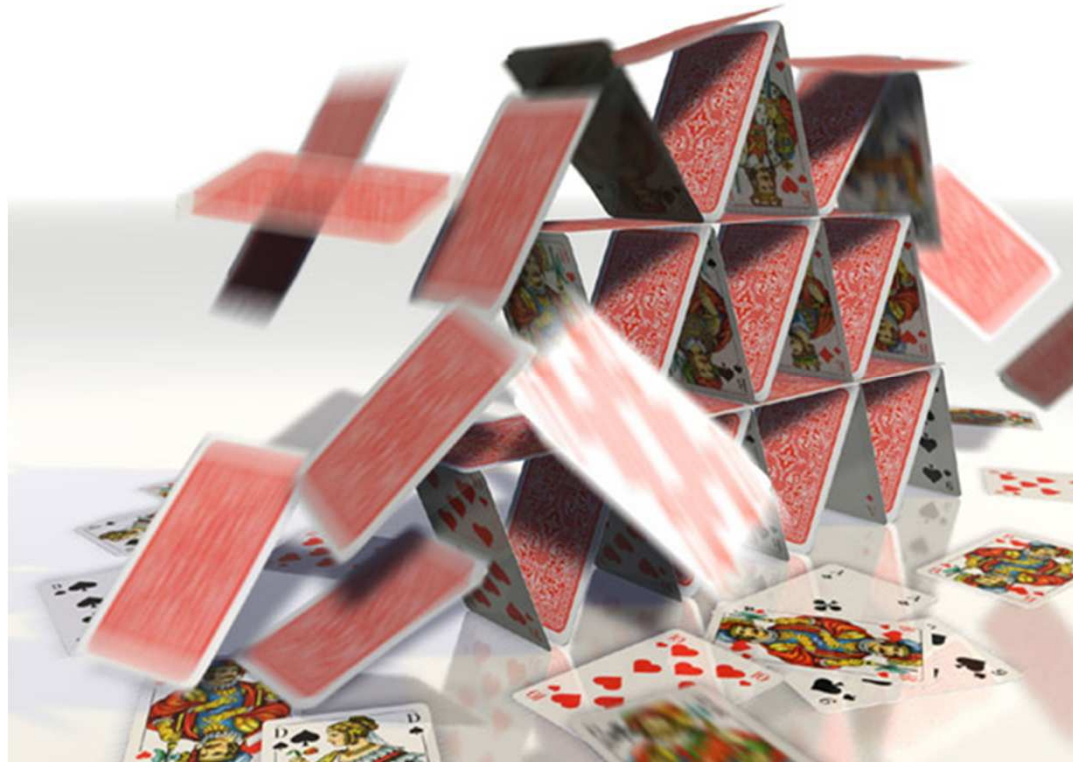
a) Konzern als (potentielles) „Kartenshaus“ (I/II)

- *Innenleben* eines Konzerns als eigentliches „Netzwerk“:
personell (vertikale/horizontale Integrationen) + insbesondere *substantiell*
- **zentral = Aktiven-Seite:**
Beteiligungen an Konzernunternehmen + *Forderungen* gegen Konzernunternehmen
- **Passiven-Seite/Fremdkapital:**
Schulden (z.B. Darlehen – ev. Aktionärsdarlehen) gegenüber Konzernunternehmen
- **Passiven-Seite/Eigenkapital:**
andere Konzernunternehmen haben *Gesellschafterstellung*

... im Zusammenbruch..!

u^b

b
UNIVERSITÄT
BERN



Konzernrechtliche Aspekte

a) Konzern als (potentielles) „Kartenhaus“ (II/II)

- Bilanz-Betrachtung:
Grundsatz: *Probleme* entstehen bei *Aktiven* (und *Lösungen* finden sich i.d.R. bei *Passiven*)..!
- Problemlokalisierung = Aktiven-Seite der Bilanz:
Aktiven (also: *Beteiligung* an + *Forderung* gegen Konzernunternehmung) in Frage gestellt
- Handlungsbedarf in Rechnungslegung:
Anpassung „nach unten“ = Wertberichtigungen + Abschreibungen, d.h. *Verkürzung* der Aktiven
- Auswirkungen:
einzelne Jahresrechnungen + *Konzernrechnung* (konsolidierte Jahresrechnung)

Konzernsanierung

a) Einleitung

- **Abgrenzung:**
sog. *Cash Pooling* als Liquiditätsmanagement, nicht als Sanierungsmassnahme

- **Begriffliches zur „Konzerninsolvenz“:**
Konzern *als solcher* ist (mangels Rechtspersönlichkeit) *niemals insolvent*...

- **keine Gesamtbetrachtung – „Vielheit statt Einheit“**
Konzern *als solcher* ist *nicht* sanierungsfähig, d.h. *Einzelbetrachtung* notwendig

- **Spezialthema:**
Ausnahme des Konzerns als *einfache Gesellschaft* (Art. 530 ff. OR) – Konsequenzen?

Konzernsanierung

b) Auswahl von Sanierungsmöglichkeiten (I/II)

- Restrukturierungen u.ä.:
sc. tatsächliche Eingriffe (nicht bloss buchhalterische „Tricks“)
- Sanierungsfusion (Art. 6 FusG):
ev. andere Konzernunternehmung + *externe* Unternehmung
- Veräusserung o.ä. von Aktiven:
IPO einer abhängigen Unternehmung (neue Gesellschafterbasis) + Verkauf einer TochterG etc.
- Veräusserung von *Betriebsteilen*:
(ungelöste) Frage = gilt Art. 333 OR auch in Sanierungssituationen?

Konzernsanierung

b) Auswahl von Sanierungsmöglichkeiten (II/II)

- Verhandlungen (*re Passiven*):
Fokus liegt bei Eingriffen im *Fremdkapital*

- **FK/Forderungsstundung**:
z.B. sog. Rangrücktritt (re Art. 725 Abs. 2 OR)

- **FK/Forderungsverzicht**:
ev. individuell (OR) + kollektiv (SchKG)

- **EK/Einstieg (neuer) externer Investoren**:
Finanzierung durch Aktienkapitalerhöhung – aber es entstehen sog. *freie Aktionäre*

Konzernsanierung

c) Sonderfall: Sanierung durch Finanzierung(en) (I/II)

- Eigenkapitalfinanzierungen:
Risikokapital = Aktienkapital (+ PS-Kapital)

- Aktienkapitalerhöhung:
Finanzierungsquelle: intern + extern (= freie Aktionäre bisher/neu)

- Grenzbereich:
Fremdkapitalfinanzierung als sog. *verdecktes Eigenkapital*

- Exkurs:
Zwischendividende (Interimsdividende) als aktienrechtliche Neuerung

Konzernsanierung

c) Sonderfall: Sanierung durch Finanzierung(en) (II/II)

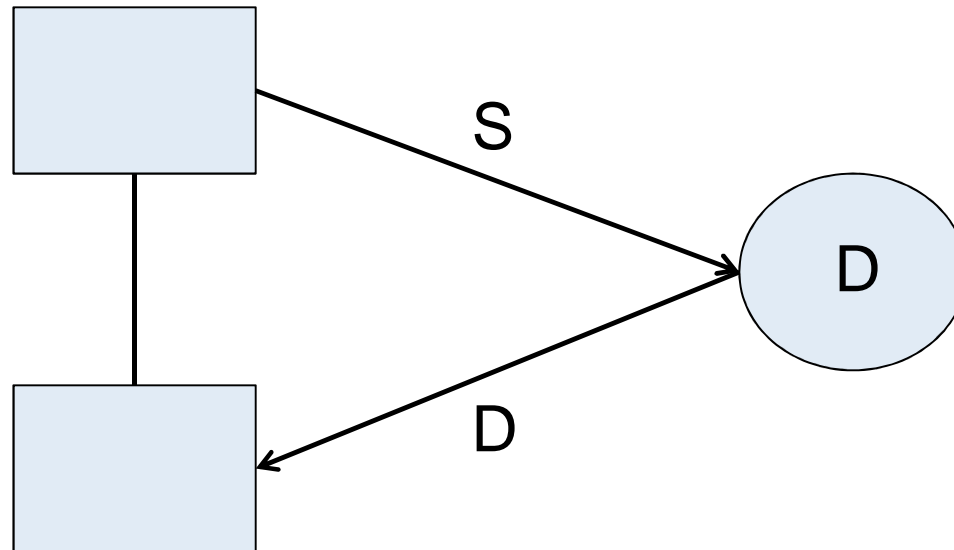
- Fremdkapitalfinanzierungen:
juristisch heikelstes Konzernfinanzierungsthema... Gleichbehandlung: *Darlehen* + *Besicherung*

- *Richtung* der Finanzierung:
„Down-Stream“ + „Up-Stream“ + „Cross-Stream“

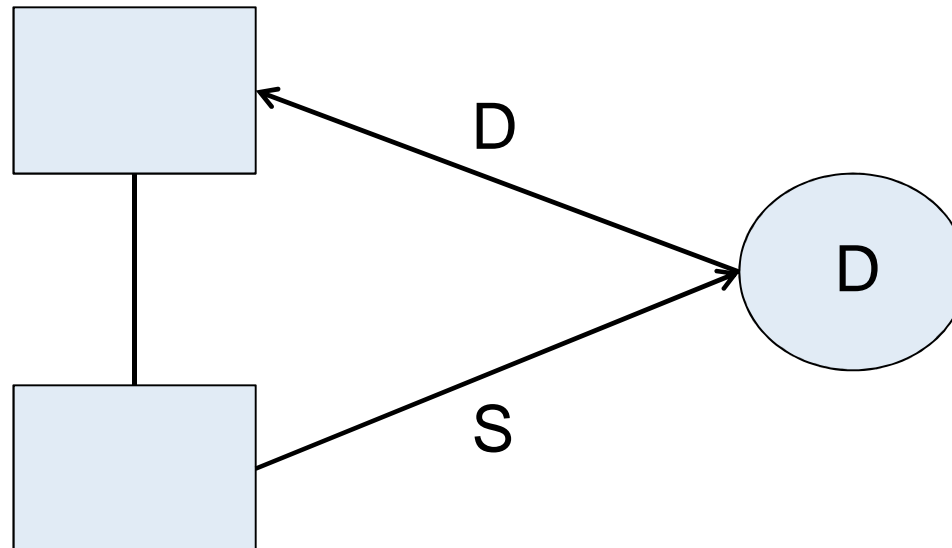
- *Quelle* der Finanzierung:
Konzernunternehmen, d.h. *intern* + Dritte (etwa Bank), d.h. *extern*

- *Massstab* der Finanzierung:
Prinzip des „*Dealing at Arm's Length*“ („Drittpersonen-Test“)

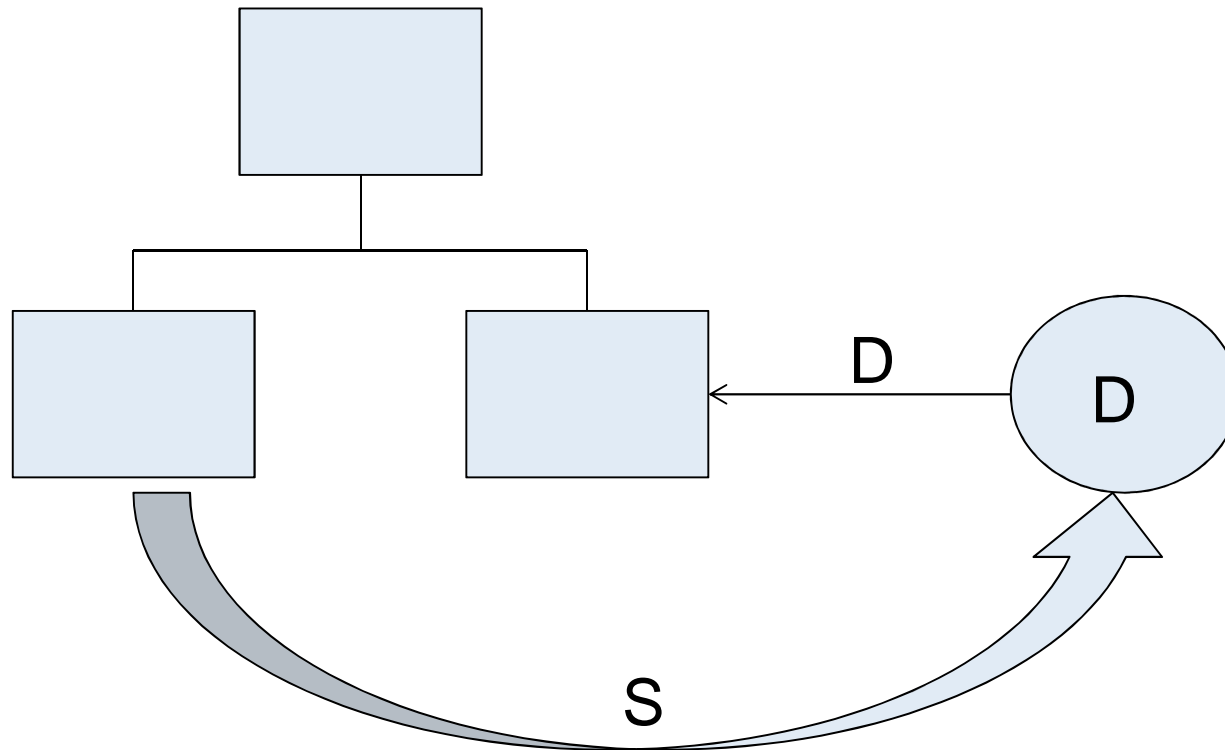
Situation „Down-Stream“



Situation „Up-Stream“



Situation „Cross-Stream“



Konzernsanierung

d) Übersicht zu rechtlichen Sanierungsrisiken (I/III)

➤ Strafrechtliche Aspekte:

Gibt es überhaupt ein „Konzernstrafrecht“?

➤ mögliche Rechtsgrundlagen re Konzernsanierung:

Art. 102 StGB + Art. 138 StGB + Art. 158 StGB + Art. 164 ff. StGB + Art. 251 StGB

➤ bekanntes Strafverfahren:

Bezirksgericht Bülach i.S. „Swissair“ (Urteile vom 4. Juni 2007 = Freisprüche)

➤ Literaturhinweise:

* *Martin Schubarth*, Konzernstrafrecht (...), SZW 78 (2006) 161 ff.

* *Martin Lanz/Roland M. Ryser*, (...) Financial Assistance, GesKR 2008, 33 ff.

d) Übersicht zu rechtlichen Sanierungsrisiken (II/III)

- Insolvenzrechtliche Aspekte:
verbreitete Kritik: *SchKG* ist heute (noch) *mehr Liquidationsrecht* als Sanierungsrecht
- **Fokus:**
v.a. *paulianische Anfechtungen* (Art. 285 ff. *SchKG*) – z.B. BGE 137 III 268 („SAirGroup“)
- **Grenzbereiche:**
z.B. verdecktes Eigenkapital bzw. „*eigenkapitalersetzende Darlehen*“ + Sanierungsdarlehen
- **Literaturhinweise:**
 - * *Lukas Glanzmann*, Sanierungsdarlehen, ZBJV 146 (2010) 261 ff.
 - * *Brigitte Umbach-Spahn*, Pauliana und Sanierung, Europa Institut (Zürich 2011) 157 ff.

Konzernsanierung

d) Übersicht zu rechtlichen Sanierungsrisiken (III/III)

- Gesellschaftsrechtliche Aspekte (Auswahl):
inkl. sog. *Konzernhaftung* (z.B. Durchgriff + Konzernvertrauen)

- **Kompetenzen:**
v.a. Art. 718 f. OR – selbst „*Down-Stream*“-*Transaktion* kann *rechtlich heikel* sein...

- *Aktionärsklagen* sowie *Gläubigerklagen*:
Beispiele: Art. 754 ff. OR (re „*Pflichtnexus*“) + Art. 678 OR

- **Literaturhinweise:**
 - * *Peter V. Kunz*, Unternehmensfinanzierung (...), in: *Entwicklungen V* (Bern 2010) 45 ff.
 - * *Patric A. Brand*, Aspekte der Fremdfinanzierung (...), Jusletter vom 22. August 2011

Konzernliquidation

Schnelle Antworten

- Einzelbetrachtung notwendig:
Fehlen eines insolvenzrechtlichen Konzerns *als solchen...*

- Gibt es eine *Konzernauflösung*?
Nein (u.a. mangels Rechtspersönlichkeit), aber eG...

- Gibt es eine *Konzernliquidation*?
Nein (u.a. mangels Rechtspersönlichkeit), aber eG...

- Gibt es eine *Konzernlöschung* im HR?
Nein, und zwar ohne „wenn und aber“...

Konzerninsolvenzrecht?

Mögliche Themen *de lege ferenda*

- Status quo einer „Gesamtlösung“:
keine Lösungen *de lege lata*
- SchKG-Revision/Botschaft vom 8. September 2010: BBl 2010 6455 ff.
Verzicht auf „Schaffung eines Konzerninsolvenzrechts“, aber (teils) *Beweislastumkehr*
- Revision *blockiert* – Nichteintreten NR (29. September 2011):
Streitpunkte: Gläubigerschutz v. Arbeitnehmerschutz – Zukunft von Art. 333 OR
- Blick ins Ausland:
v.a. *Empfehlung UNCITRAL 2010* („Treatments of enterprise groups in insolvency“)

Und...

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**



... zum Schluss...

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**



... noch dies..!



Schlussbemerkungen

1. Konzerninsolvenz de lege lata

Heute ist *keine (insolvenzrechtliche) Gesamtbetrachtung* bei Konzernen möglich. *Jedes einzelne Konzernunternehmen* muss folglich selbständig saniert oder liquidiert werden. Einige Spezialitäten ergeben sich bei der Qualifikation eines *Konzerns als einfache Gesellschaft*.

2. Verwandte Konzernsachverhalte

Die Konzerninsolvenz steht nicht im luftleeren Raum, sondern hat in der Wirtschaftsrealität „treue Begleiter“, insbesondere das *Konzernfinanzierungsrecht* und das *Konzernhaftungsrecht*.

3. Spezialthematik: Banken- bzw. Bankkonzerninsolvenz

Für Banken bzw. *Bankkonzerne* im Vordergrund steht die Sonderordnung von *Art. 25 ff. BankG*; mangelhaft sind diese Regelungen nach wie vor im Bereich „*Too Big to Fail*“ (TBGF).

4. Konzerninsolvenz de lege ferenda

Die *SchKG-Revision* ist *ohnehin blockiert*, d.h. es ist ungewiss, ob bzw. wann das Insolvenzrecht überarbeitet wird; unbesehen dessen wird es auch künftig *kein eigentliches Konzernsinsolvenzrecht* geben. Immerhin ist festzuhalten, dass es in *anderen Staaten* (noch) weitgehend gleich aussieht.

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