

Sanierung – eine Einordnung

Referat EIZ-Seminar VAG /AVO Revision – Evolution oder Revolution?

RA Dr. iur. Peter Hsu, LL.M.

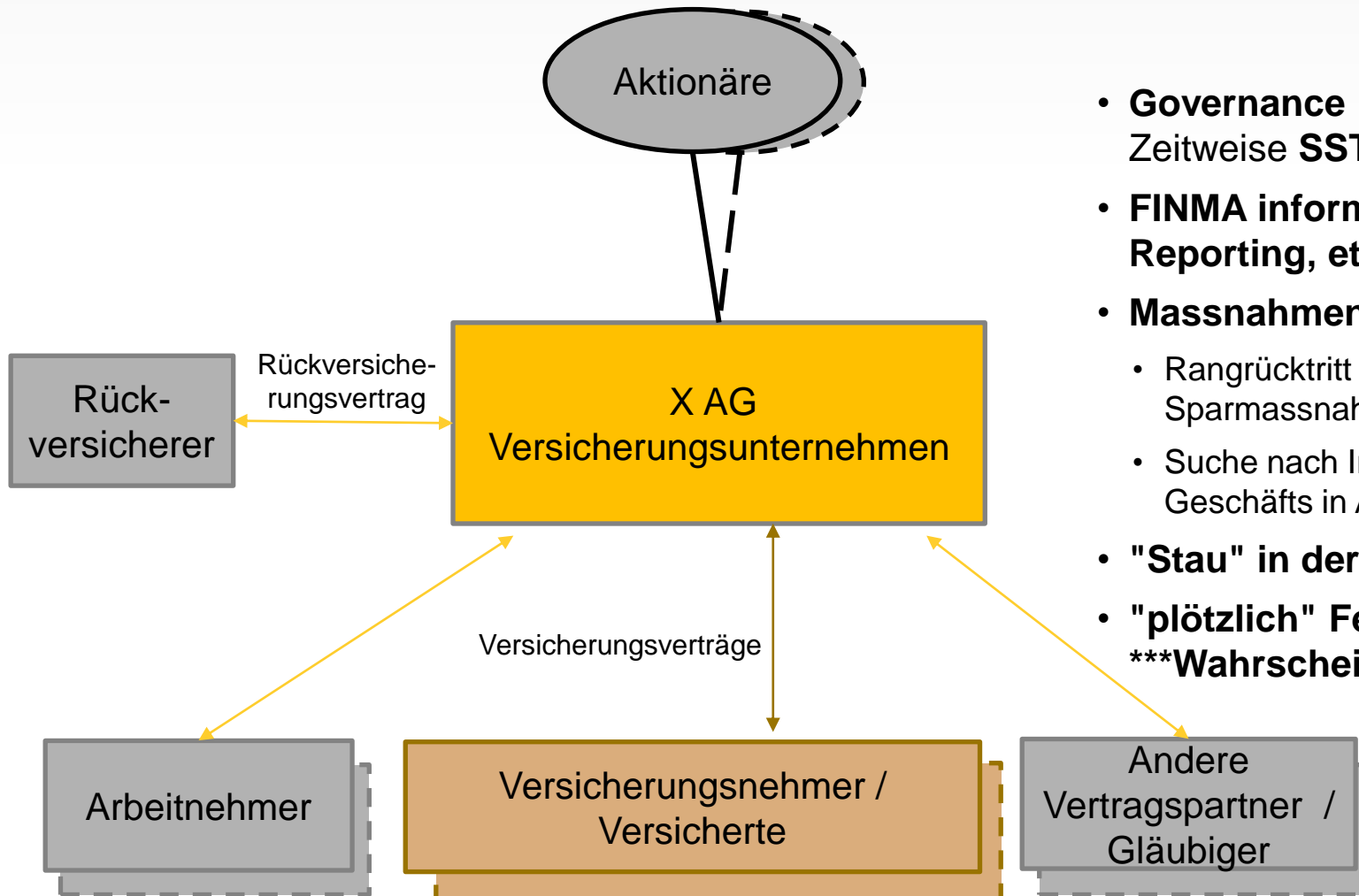
Metropol, Zürich und via Live-Stream, 25. August 2022



Übersicht

Ausgangslage	3
Treiber der Regelung bzw. Revision des Sanierungs- und Konkursrecht im VAG	5
Aufsichtsrechtliche Kapitalvorschriften /SST	6
Massnahmen bei Insolvenzgefahr	8
Sanierung	12
Key Takeaways	24
Q&A	25

Ausgangslage: Kein "bank-run", aber finanzielle Schieflage (Fall X AG)



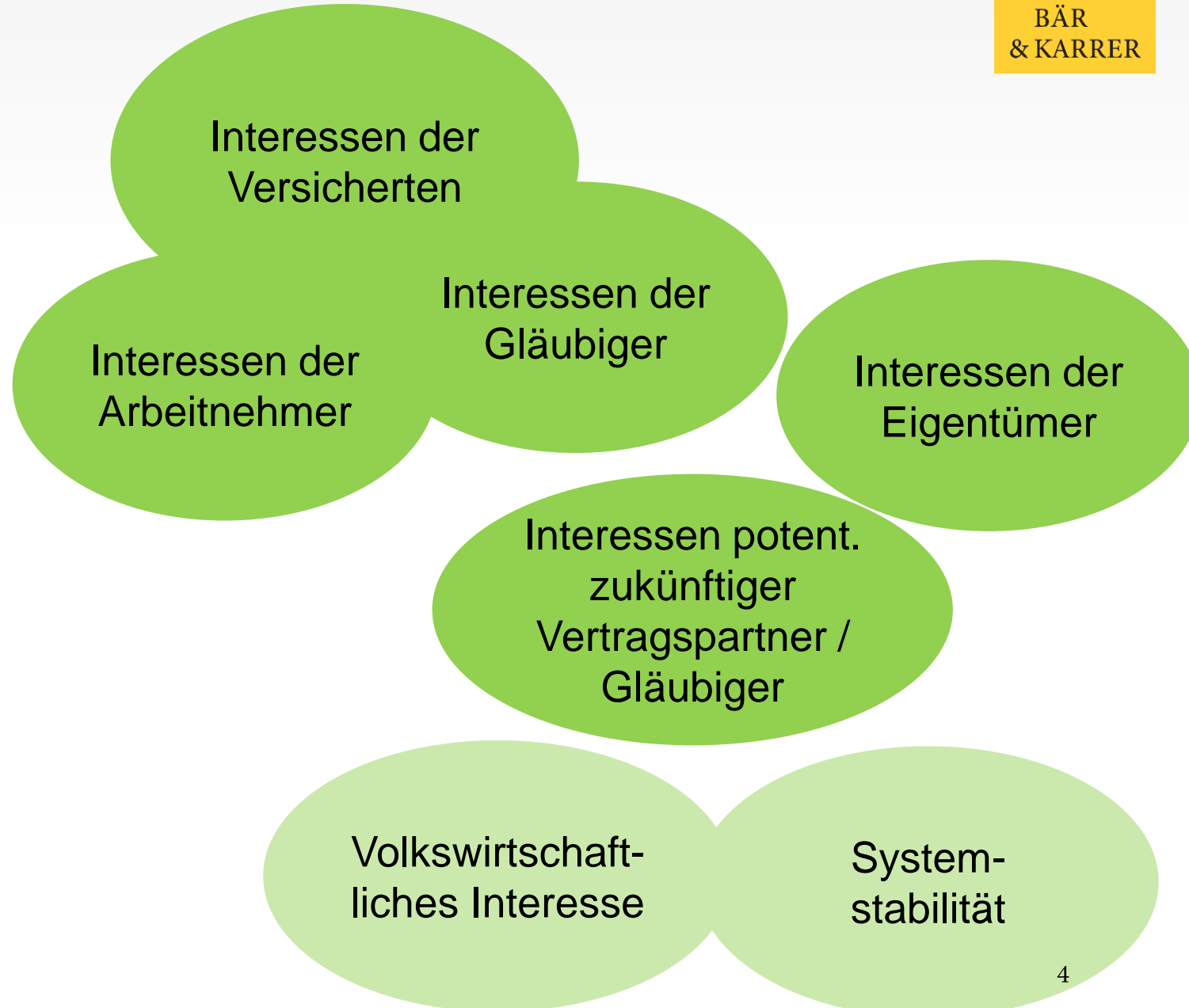
- **Governance Probleme / unbefriedigender Geschäftsgang**
Zeitweise SST unter 100% / Unterdeckung des Mindestkapitals
- **FINMA informiert – erwartet Massnahmen, monatl. FINMA Reporting, etc.**
- **Massnahmen durch VR / GL**
 - Rangrücktritt von Aktionärsdarlehen, neuer CEO, neue Produktlinie / Sparmassnahmen: Personalabbau etc.
 - Suche nach Investor / Partner – Zwischenfinanzierung – Push-down des Geschäfts in Auffanggesellschaft
- **"Stau" in der Schadenbearbeitung**
- **"plötzlich" Feststellung:
Wahrscheinliche Überschuldung!**

Ausgangslage – Stakeholders / Schutzinteressen

Weshalb sanieren?

Weshalb gibt es in unserer Rechtsordnung den Konkurs?

Weshalb eine Regelung der Sanierung im VAG?



Treiber der Regelung

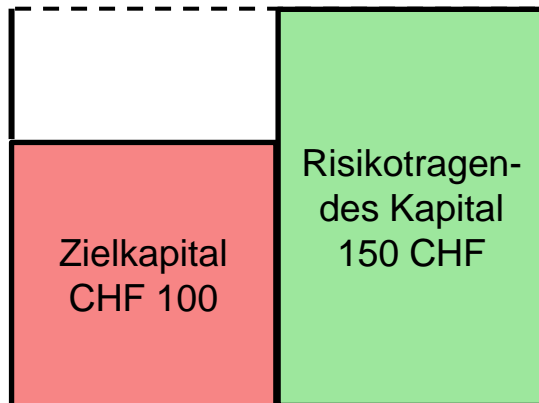
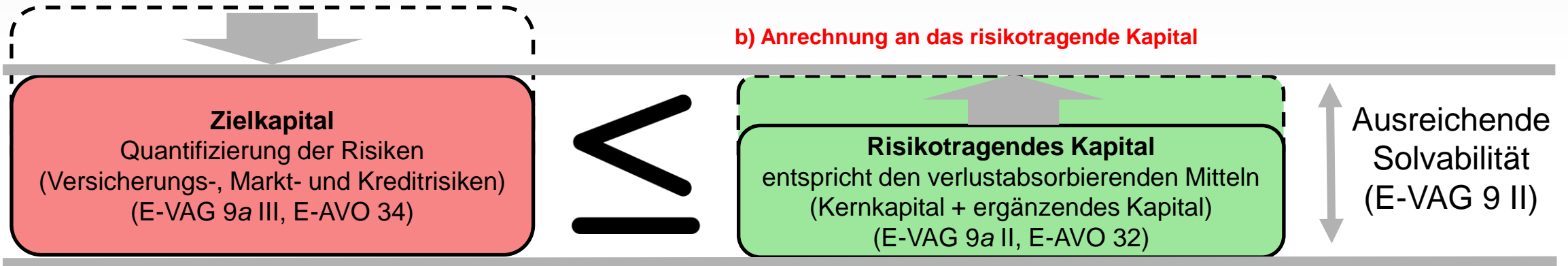
Revision des Sanierungs- und Konkursrecht im VAG

- Bisher **fehlendes spezialgesetzliches Sanierungsrecht für VU im VAG**, trotz Ausschluss des Nachlassverfahrens gemäss SchKG (VAG 53 II)
- **Ungenügen der allgemeinen SchKG-Regeln?**
 - **Besonderes Schutzbedürfnis der Versicherten?** – Versicherungsvertrag als Dauervertrag
 - **Systemstabilität – wirtschaftlich bedeutende VU/Versicherungsgruppen**
- **Prudentielle Aufsicht / Entwicklungen im Bankenrecht** (spezialgesetzliche Sanierungs- und Konkursverfahren BankG 28 – 32 / BIV-FINMA)
- **Überführung von Regelungen der VKV-FINMA ins Gesetz**
- **Internationales Umfeld**
 - **IAIS:** Insurance Core Principles (ICP) unterstützen die Möglichkeit einer Sanierung
 - **Solvabilität II-Richtlinie:** Anerkennung von Insolvenzverfahren und Sanierungsmassnahmen in Mitgliedstaaten der EU – vereinzelt materielle Vorgaben, z.B. Sanierungs- und Finanzierungsplan (Solvabilität II-Richtlinie 138 Abs. 2 und 139 Abs. 2) und denkbare Sanierungsmassnahmen. Mitgliedstaaten haben eine Umsetzung Spielraum: Gewisse EU-Länder (z.B. Niederlande) schon weiter als andere
 - **Banken:** FSB Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, etc.

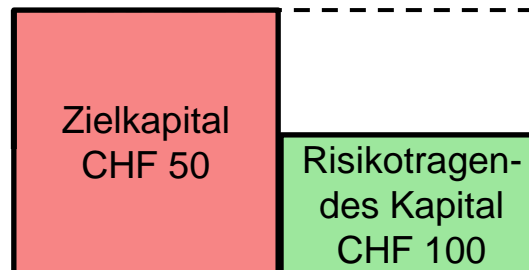
Aufsichtsrechtliche Kapitalvorschriften / SST

Interventionsschwellen / Massnahmen (basierend auf E-VAG 51)

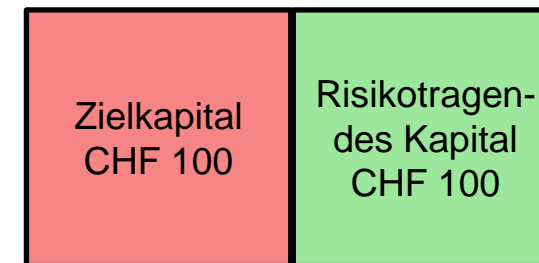
Risikoabsorbierende Kapitalinstrumente (E-AVO 37):
a) Berücksichtigung beim Zielkapital oder



SST = 150 %



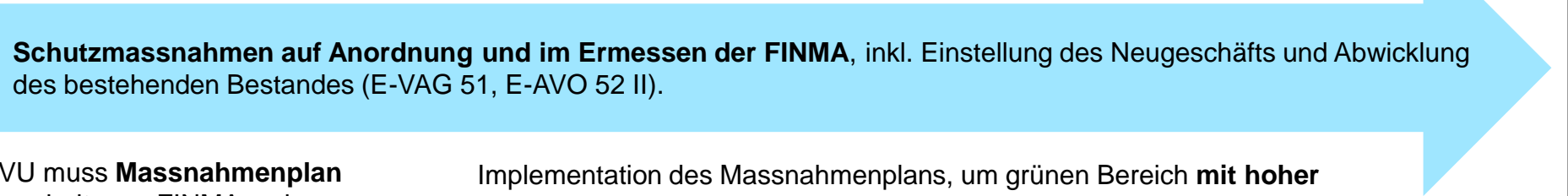
SST = 50 %



SST = 100 %

Aufsichtsrechtliche Kapitalvorschriften / SST

Interventionsschwellen / Massnahmen (basierend auf E-VAG 51)

Interventionsschwelle (E-VAG 9b, E-AVO 51)	Handlungsbedarf und Handlungsmöglichkeiten
Grüner Bereich SST > 100%	Normalbetrieb; "Vorsorge" z.B. Stabilisierungsplan
Gelber Bereich: SST = 100% - 33%	<p>VU muss solvabilitätsrelevante Handlungen durch FINMA genehmigen lassen, falls sie sich unmittelbar nach deren Umsetzung im gelben Bereich befände (z.B. Dividendenzahlungen (E-AVO 52))</p> <p>Schutzmassnahmen auf Anordnung und im Ermessen der FINMA, inkl. Einstellung des Neugeschäfts und Abwicklung des bestehenden Bestandes (E-VAG 51, E-AVO 52 II).</p> <p>VU muss Massnahmenplan erarbeiten u. FINMA vorlegen; muss dabei allfälligen Stabilisierungsplan würdigen (E-AVO 53 I) Implementation des Massnahmenplans, um grünen Bereich mit hoher Wahrscheinlichkeit innert 24 Monate ab Genehmigung zu erreichen (E-AVO 53 II)</p> <p style="text-align: center;">2 Monate 24 Monate</p> 
Roter Bereich: SST < 33%	<ul style="list-style-type: none"> • Sofern keine Sofortmassnahmen vorgelegt werden können, die innerhalb kurzer Zeit zum Verlassen des roten Bereichs führen: VU darf keine neuen Versicherungsverträge abschliessen und wird abgewickelt (E-AVO 52 III) • FINMA ergreift die erforderlichen Massnahmen • Bewilligungsentzug möglich

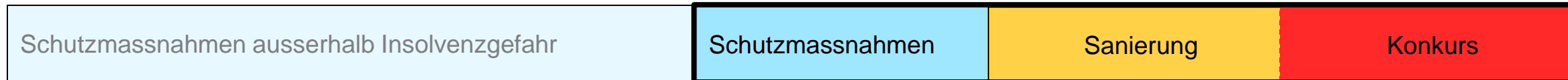
Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr

Übersicht Schutzmassnahmen / Sanierung / Konkurs

- **Bestehen einer begründeten Besorgnis**, dass ein **VU überschuldet** ist oder **ernsthafte Liquiditätsprobleme** hat (E-VAG 51a)
 - Betrifft **bilanzielle Situation**, d.h. nicht aufsichtsrechtliche Kapitalvorschriften/SST!
 - **Begründete Besorgnis/Gefahr** genügt – **Insolvenz muss noch nicht eingetreten sein**

- **FINMA kann anordnen**

Massnahmen bei Insolvenzgefahr



"Vorsorge": Notfallkonzept und FINMA kann Stabilisierungsplan für wirtschaftl. bedeutende VU/-Gruppen verlangen

Interventionsschwellen:
Massnahmeplan, etc.

- Fremdkapitalinstrumente, die **von der FINMA als risikoabsorbierende Kapitalinstrumente anerkannt sind** werden bei der Feststellung der Überschuldung **nicht berücksichtigt**, falls (E-VAG 51a):
 - **Nachrangigkeit** von Kapitalforderung/Zins in Liquidation, Konkurs oder Sanierung
 - **Keine Pflicht zur Zahlung**, falls diese zu **ernsthaften Liquidationsproblemen** führen würde

Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr

Übersicht Schutzmassnahmen / Sanierung / Konkurs

- **Ausschluss der Bestimmungen über das Nachlassverfahren (SchKG 293-336) und Benachrichtigung des Richters (OR 725a III, etc.; E-VAG 51a VI)**
- **Anordnungen der FINMA umfassen sämtl. Vermögenswerte des VU (Aktiven und Passiven) im In- und Ausland sowie Vertragsverhältnisse (E-VAG 51a VII) – Durchsetzbarkeit abhängig vom ausl. Recht**
- **Vorrang von im Voraus geschlossenen Aufrechnungs-, Verwertungs- und Übertragungsvereinbarungen gegenüber Anordnungen im Rahmen von Schutzmassnahmen, Sanierung und Konkurs (E-VAG 51b; vgl. BankG 27)**
 - Aufrechnung von Forderungen
 - Freihändige Verwertung von Sicherheiten in Form von Effekten/Finanzinstrumenten*
 - Übertragung von Forderungen, Verpflichtungen und Sicherheiten* (*falls Wert objektiv bestimmbar)

aber Möglichkeit des Aufschubs gem. E-VAG 52g

- **Vor Anordnung Sanierung / Konkurs: Zuordnung der Vermögenswerte des VU zum gebundenen Vermögen (bis Sollbetrag)**

Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr

Schutzmassnahmen (VAG 51)

- FINMA kann **Schutzmassnahmen** (E-VAG 51) zur Wahrung der Interessen der Versicherten treffen, falls
 - **VU Vorschriften des VAG, AVO/VO oder Anordnung der FINMA nicht nachkommt, oder**
 - **anderweitige Gefährdung der Interessen der Versicherten**
- Im Wesentlichen **wie bisher** (E-VAG 51 I lit. a–h)
- **Neu**
 - Klarstellung Anwendungsmöglichkeit von **Schutzmassnahmen** als Massnahme bei Insolvenzgefahr **selbstständig oder in Verbindung mit Sanierung oder Konkurs** (E-VAG 51a III) oder ausserhalb
 - Klarstellung Schutzmassnahmen **auch für wesentliche Gruppen- oder Konglomeratsgesellschaften** (bisherige Praxis; E-VAG 51 I)
 - **Stundung und Fälligkeitsaufschub, auch ohne Bestehen einer Insolvenzgefahr** (E-VAG 51 II lit. i)
- **Möglichkeit des Verzichts auf die Publikation einer Schutzmassnahme** (E-VAG 51 III) – bei börsenkotierten VU: Thema Ad hoc-Publizität

Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr

Konkurs (Abschnitt 2b; E-VAG 53 ff.)

- **FINMA entzieht die Bewilligung, eröffnet den Konkurs und publiziert diesen**, wenn
 - **keine Aussicht auf Sanierung** oder
 - **gescheiterte Sanierung (E-VAG 53) / Ablehnung des Sanierungsplans** durch 50% der Gläubiger
- Anordnung des Konkurses durch die FINMA: Hat die **Wirkung einer Konkurseröffnung durch das Gericht** (VAG 54 I; SchKG 197-220)

- **Neu: Regelung des Sanierungsverfahrens im VAG** (Abschnitt 2a; E-VAG 52a-52g)
Bisher nur Hinweis "besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert"
bei Bestimmung Konkurseröffnung (VAG 53 I), ohne Regelung des Verfahrens und der Massnahmen
 - **FINMA kann Sanierungsverfahren einleiten, wenn begründete Aussicht besteht auf**
 - Sanierung des VU oder
 - Weiterführung einzelner Versicherungsdienstleistungen
- Primäres Ziel der Sanierung ist der Schutz der Versicherten, nicht der Fortbestand des VU
- **Erstellung des Sanierungsplan ("SP"; Strategieinstrument) durch VU**
 - **FINMA kann Sanierungsbeauftragten für Ausarbeitung und Umsetzung beauftragen** (E-VAG 52a III)
 - **Darstellung wie die Insolvenzgefahr des VU beseitigt wird und welche Massnahmen hierzu angeordnet werden** (E-VAG 52a I), insbes.
 - **Übertragung des Versicherungsbestandes** oder Teilen davon **sowie weitere Teile des VU mit Aktiven und Passiven** auf anderen Rechtsträger
 - **Reduktion von Forderungen / Wandlung von FK in EK / Herabsetzung des bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals**
 - **Materielle Anpassung von Versicherungsverträgen**

Sanierung

Verfahren / Genehmigung des Sanierungsplan

- **Genehmigung des SP durch FINMA** (E-VAG 52j; vgl. BankG 31), falls
 - **Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen u. gesetzlichen Vorgaben** gemäss E-VAG 52b – **aber Erleichterungen**, falls Beschränkung auf **geordnete Abwicklung** des bestehenden Versicherungsbestandes **ohne Neugeschäft** (E-VAG 52b III) – wohl Regelfall
 - **SP beruht auf einer Bewertung der Aktiven und Passiven des VU** und einer **vorsichtigen Schätzung des Sanierungsbedarfs** gemäss Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung
 - **Gläubiger voraussichtlich wirtschaftlich nicht schlechter gestellt werden als bei sofortiger Konkursöffnung** (*No-creditor-worse-off-than-in-liquidation-Prinzip*) – grosser Ermessensspielraum der FINMA; *ex ante* Sicht
 - **Vorrang der Interessen der Gläubiger vor jenen der Eigner**
 - **Berücksichtigung der Rangfolge der Gläubiger**
 - **Angemessene Berücksichtigung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Verbundenheit** der Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnisse
- **Keine Zustimmung der Eigner des VU** erforderlich (E-VAG 52j II)

Sanierung

Verfahren / Sanierungsplan

- **FINMA veröffentlicht Grundzüge des SP und Hinweis auf Möglichkeit der Einsichtnahme** (E-VAG 52j III)
- **Möglichkeit der Ablehnung bei Eingriffen in Gläubigerrechte**
 - **Fristansetzung durch FINMA für eine Ablehnung mit Genehmigung des SP** (E-VAG 52k)
 - **Bei Ablehnung des SP durch 50% der Gläubiger: FINMA muss Konkurs des VU anordnen**
- **Konstitutive Rechtswirkung:** Eintrag im GB, HR und anderen Registern ist deklaratorisch (E-VAG 52l)
- **Geltendmachung von Ansprüchen** (Anfechtung; E-VAG 52m; vgl. BankG 32), z.B.
 - VU kann schon nach Genehmigung des SP Pauliana geltend machen (nicht erst bei Liquidation)
 - Ausschluss der Anfechtung gegen Rechtshandlungen, mit denen ein von der FINMA genehmigter SP ausgeführt wird (z.B. bei Übertragung von Vermögenswerten)
- **Beschwerde gegen die Genehmigung des SP** (E-VAG 54d; vgl. *SchKG Beschwerde*): Nur Entschädigung kann zugesprochen werden

Sanierung

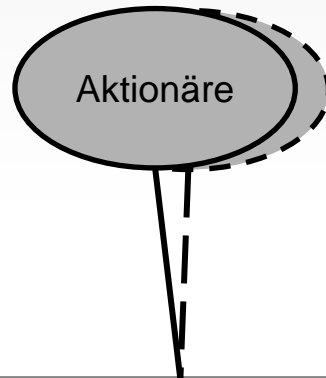
Sanierungsmassnahmen: Übertragung des Versicherungsbestandes und Teilen des VU

- **Übertragung** (E-VAG 52c)
 - des **gesamten** oder **Teilen des Versicherungsbestandes**, sowie
 - **weiteren Teilen des VU mit Aktiven und Passiven** – auch solche, die nicht zum gebundenen Vermögen gehörenÜbergang erfolgt im Zeitpunkt der Genehmigung des Sanierungsplans; Ausschluss der Anwendbarkeit des FusG (E-VAG 52c I)
- In begründeten Fällen: **FINMA kann zeitlich befristete Erleichterungen von den aufsichtsrechtlichen Anforderungen bezüglich des übertragenen Bestandes für den Übernehmenden anordnen, soweit die Interessen der Versicherten gewahrt bleiben** (E-VAG 52c II)
- Bei nur teilweiser Übertragung von Aktiven, Passiven und Verträgen kann FINMA Ausgleich festlegen. Sie *kann* unabhängige Bewertung anordnen und max. Ausgleichssumme festlegen, um einen Verkauf zu ermöglichen (E-VAG 52c III; vgl. BankG 31b)
- Ausschluss von kant. und komm. Handänderungsabgaben, ausser kostendeckende Gebühren (E-VAG 52c IV)

Ausgangslage: Bestandesübertragung "plus"

(Fall X AG)

- **Ca. 85 Aktionäre**,
 - 5 Aktionäre je ca. 10%
 - 1 Aktionär mit ca. 25%
 - 79 Kleinaktionären
- **kein ABV**

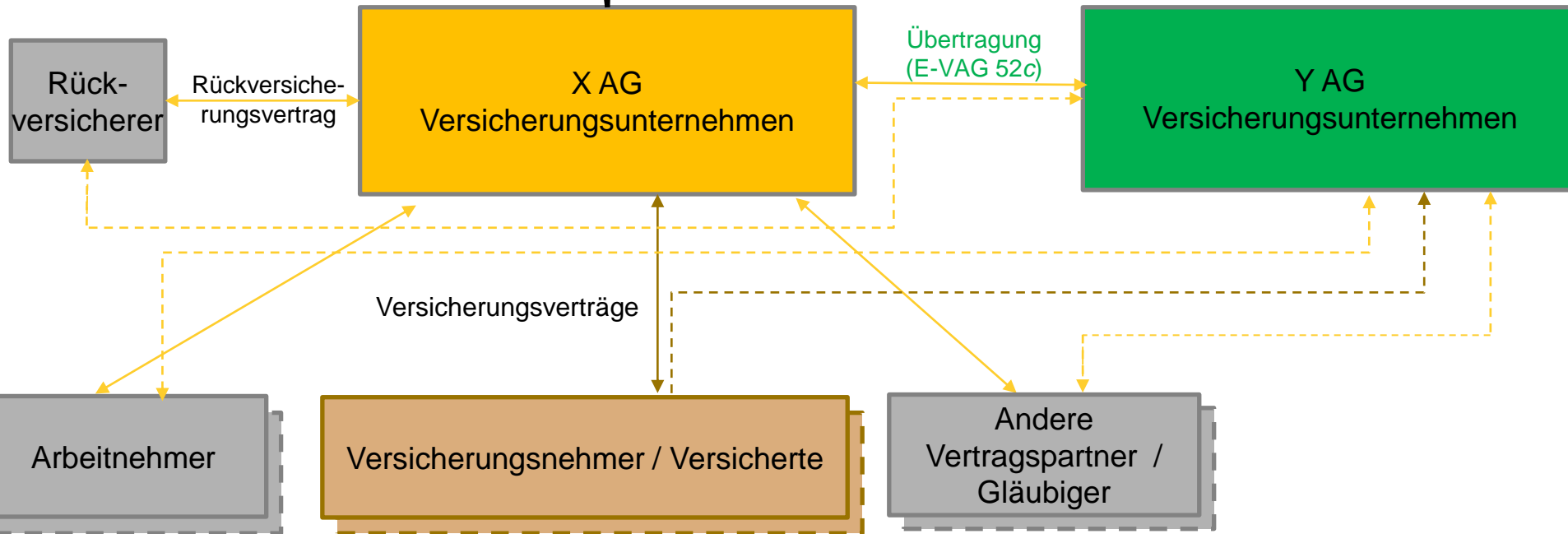


Statutarische Quoren:

- **Zweckänderung:**
¾ der vertretenen Stimmen
- **Auflösungs- und Fusionsbeschluss**
¾ der Aktionäre

• Bisher

- **FINMA kann den Versicherungsbestand und das zugehörige gebundene Vermögen auf ein anderes VU mit dessen Zustimmung übertragen (VAG 51 II lit. d): ✓**
- **Übertragung IT-Infrastruktur** (und gewisse weitere Vermögenswerte): **X** (kann nicht dem gebundenen Vermögen zugewiesen werden)
- **Neu: Übertragung des Versicherungsbestandes (oder Teil davon) sowie weiterer Teile des VU** (E-VAG 52b I lit. a); Ausschluss der Pauliana (E-VAG 52m III)



Sanierung

Sanierungsmassnahmen: Kapitalmassnahmen

- **Herabsetzung des bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals (E-VAG 52d I)**
Bezugsrechtsausschluss, falls dessen Ausübung die Sanierung gefährden könnte
(z.B. weil Erwerber das gesamte Aktienkapital übernehmen möchte; vgl. BIV-FINMA 47)
- **Wandlung von Fremd- in Eigenkapital (E-VAG 52d II-V) und Reduktion von Forderungen, falls**
 - **Gesellschaftskapital vollständig herabgesetzt** wurde und
 - **risikoabsorbierende Kapitalinstrumente**, die bei Eintritt vertraglich definierter Ereignisse eine Wandlung in Eigenkapital oder eine Forderungsreduktion vorsehen, **vollständig herabgesetzt oder in Eigenkapital gewandelt** wurden
- **Von Wandlung ausgenommene Forderungen**
 - **Verrechenbare und gesicherte Forderungen**
 - **Forderungen** aus Verbindlichkeiten, **die das VU a) während der Dauer gewisser Schutzmassnahmen (E-VAG 51 Abs. 2 lit. a, b, d, e, i) oder b) während des Sanierungsverfahrens mit Genehmigung** der FINMA oder des eingesetzten Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragte eingehen durfte
 - **Forderungen aus Versicherungsverträgen, für die ein gebundenes Vermögen vorgeschrieben ist, soweit dies zur Sicherstellung der Ansprüche ausreicht**

Sanierung

Sanierungsmassnahmen: Kapitalmassnahmen

- **Nicht ausgenommen** sind nach SchKG 219 IV und nach VAG privilegierte Forderungen
 - z.B. Forderungen aus Versicherungsverträgen, die nicht durch gebundenes Vermögen besichert sind, oder bei solchen, bei denen diese nicht zur Sicherstellung der Ansprüche ausreicht.

Ein hoher Anteil der Forderungen eines VU können solche Forderungen sein, weshalb eine zielführende Sanierung bei Ausschluss aller privilegierten Forderungen nicht möglich wäre

- **Falls nach Wandlung eine qualifizierte Beteiligung** gemäss E-VAG 21 II besteht: **Suspendierung der der 10% übersteigenden Stimmrechte bis zur Beurteilung durch die FINMA**

Sanierung

Sanierungsmassnahmen: Materielle Anpassung von Versicherungsverträgen

- **Gleiche Voraussetzungen und gleiche Reihenfolge** (E-VAG 52e; 52d IV lit. d und e) **wie bei Wandlung und Forderungsreduktion**
 - Gesellschaftskapital vollständig herabgesetzt
 - risikoabsorbierende Kapitalinstrumente vollständig herabgesetzt oder in Eigenkapital gewandelt
- **Eingriff in die Verträge nur soweit** für Sanierung des betroffenen Versicherungsbestandes **notwendig**
- **Verhältnis zur Wandelung und Forderungsreduktion:** Grundsätzlich gleiche Stufe; jedoch zurückhaltend einzusetzen
- **Grundsatz der (relativen) Gleichbehandlung der Versicherten** - in gleicher Situation (z.B. bei identischen Versicherungsverträgen)
- **Unterschiedliche Anpassung von Versicherungsverträgen verschiedener Kategorien möglich**, falls
 - **im SP vorgesehen** und
 - **im Gesamtinteresse der Versicherten** liegend: **Unterschiedliche Anpassung**, wenn diese a) eine Sanierung des gesamten VU oder Teilen davon ermöglicht wird oder b) ein **grösserer Sanierungsbeitrag geleistet wird als bei einer Gleichbehandlung**
 - Bei der Anpassung durch Ungleichbehandlung **schlechter Gestellter, muss durch Sanierung besser gestellt sein als im Konkurs**
- **Anpassungsmöglichkeiten:** Vertragsbedingungen, Prämien, Überschussbeteiligungen, Laufzeiten, Kündigungsrecht, Streichung der Beiträge an Fitness-Abo, Änderung marktunüblicher Elemente, etc.

Sanierung

Rechte des Versicherten bei Massnahmen (ausgen. Übertragung Versicherungsbestand)

- **Massnahmen: Erhebliche Eingriffe in die Rechte der Versicherten möglich**
- **VU muss Versicherungsnehmer** innerhalb von 30 Tagen nach Rechtskraft des SP individuell **über die Eingriffe in die Rechte der Versicherten** und über **Kündigungsrecht informieren** (E-VAG 52f I)
- **Sofortiges Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers, innerhalb von 3 Monaten nach Erhalt der Information** (E-VAG 52f II)
- **Recht zur Ablehnung des Sanierungsplans** innert der von der FINMA gesetzten Frist (E-VAG 52k)
- **Ausserordentliches Kündigungsrecht** des Versicherten **bei der Übertragung des Versicherungsbestandes** wird nicht genannt (E-VAG 52f)
- **Bei Übertragung des Versicherungsportfolios oder Teilen davon mit Eingriff in Rechte der Versicherten: Gleichrangige Ersatzforderung der Versicherten gegenüber dem zu sanierenden VU im Umfang der finanziellen Einbusse** (E-VAG 52f III)

Sanierung

Aufschub der Beendigung von Verträgen bei Massnahmen bei Insolvenzgefahr

- **Schutzmassnahmen, Massnahmen bei Insolvenzgefahr und Liquidation sollen nicht vertragliche Beendigungsrechte und Kündigungsrechte gem. E-VAG 52f auslösen**
- **Möglichkeit des Aufschubs** der
 - **Beendigung von Verträgen und der Ausübung der Rechte zur Beendigung** (ausgenommen laufende Zahlungs- und Lieferverpflichtungen gegenüber Gegenparteien an einer Finanzmarktinfrastuktur) – z.B. Finanzverträge, aber auch (IT-) Dienstleistungsverträge; auch bei cross-default von Drittverträgen
 - **Ausübung von vereinbarten Aufrechnungs-, Verwertungs- und Übertragungsrechten** (E-VAG 52g)
- **Für max. 2 Werkzeuge**
- **Falls nach Ablauf die Bewilligungsvoraussetzungen und gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden: Fortbestehen des Vertrages; betreffende Beendigungs- / Ausübungsrechte können nicht mehr ausgeübt werden** (E-VAG 52g VI)

Sanierung

Aufschub der Beendigung von Verträgen bei Massnahmen bei Insolvenzgefahr

- **Aufschub der Beendigung von Rückversicherungsverträgen (E-VAG 52h) – ist von grundlegender Bedeutung**
- **Verfügung mit Anordnung / Genehmigung von Sanierungsmassnahmen (E-VAG 52a – 52m), falls durch die Massnahmen begründet**
- **Rückversicherer kann für max. 4 Mte. bzw. max. 2 Mte nach Genehmigung SP Rückversicherungsvertrag nicht beenden (E-VAG 52h) – Zeit für VU, neue Rückdeckung zu finden**
- **Forderungen aus Rückversicherungsverträgen des Zedenten gegen das Rückversicherungsunternehmen bleiben bestehen; ohne Kürzungen, die gegenüber dem Versicherten angeordnet wurden**
- **Zusätzliche Einsichtsrechte des Rückversicherungsunternehmens zur Wahrung seiner Interessen (E-VAG 52i)**

Key Takeaways

- **Regelung des Sanierungsrechts im VAG**
- **Anlehnung vieler Regelungen ans BankG**
- **Massnahmen zur Rettung des Versicherungsbestandes bzw. VU**
- **Möglichkeit schwerer Eingriffe in die Rechte der Gläubiger und Versicherten (z.B. Vertragsanpassung!)**
 - *No-creditor-worse-off-than-in-liquidation-Prinzip*
 - **Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger**
 - **Verhältnismässigkeitsprinzip**
- **Rechte der Versicherten / Gläubiger bei Sanierung des VU – Recht zur Ablehnung des SP**
- **Praxis der FINMA wird sich weiterentwickeln**
- **Es bestehen gute Instrumente – es bleibt zu hoffen, dass Sanierungsfälle möglichst ausbleiben**



BÄR
& KARRER

Q & A

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt



Zürich
Brandschenkestrasse 90
8027 Zürich

Basel
Lange Gasse 47
4052 Basel

Genf
12, quai de la Poste
1211 Genf 11

Lugano
Via Vegezzi 6
6901 Lugano

Zug
Baarerstrasse 8
6301 Zug