

Sanierung von Tochtergesellschaften

Prof. Dr. iur. Lukas Glanzmann, LL.M., Rechtsanwalt (Zürich)* und Dr. iur. Markus Wolf (Basel)**

I. Einleitung

Im vorliegenden Aufsatz geht es um die Frage, wie eine Gesellschaft ihre Tochtergesellschaft sanieren darf. Anlass für die Untersuchung bietet ein jüngeres Bundesgerichtsurteil,¹ dem eine Beschwerde gegen einen Entscheid des Aargauer Handelsgerichts² zugrunde liegt. Das Gericht hatte folgenden Sachverhalt zu beurteilen:

A. war Verwaltungsratspräsident und Delegierter der X. Holding AG («Holding») sowie, unter anderem, ihrer 100%-igen Tochtergesellschaft XQ. AG («Tochter»). Die Holding gewährte der Tochter ein Darlehen im Betrag von CHF 1 500 000. Zwei Jahre später wurde über beide Gesellschaften der Konkurs eröffnet. Im Konkurs der Holding machten zwei ihrer Gläubiger geltend, A. habe mit der Darlehensgewährung an die Tochter seine Sorgfaltspflichten gegenüber der Holding verletzt. Das Aargauer Handelsgericht hiess die Klage gut. Das Bundesgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde des A. ab.

Wie noch zu zeigen sein wird, sind die im Handelsgerichtsurteil vertretenen Rechtsauffassungen teilweise nicht haltbar. Leider hat es das Bundesgericht versäumt, diese zu korrigieren. Vielmehr hat es wiederholt festgestellt, dass die Rügen des Beschwerdeführers auf Sachverhaltsbehauptungen beruhen, die weder in den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz eine Stütze finden noch dem Bundesgericht eine Ergänzung des Sachverhalts erlauben.³ Weil das Bundesgericht die rechtlichen Würdigungen der Vorinstanz jeweils detailliert wiedergibt, ohne sich näher damit auseinanderzusetzen, bleibt dem Leser unerschlossen, inwieweit es die teils fragwürdigen Rechtsauffassungen der Vorinstanz stützt. Sollte das Bundesge-

Als unbedenklich zu betrachten ist eine Downstream-Leistung der Muttergesellschaft an ihre finanziell angeschlagene Tochtergesellschaft, sofern diese Massnahme gesetzeskonform und aus Sicht der Muttergesellschaft vorteilhaft ist. Angeregt durch einen jüngeren Entscheid des Bundesgerichts legen die Autoren dar, dass die Vorteilhaftigkeit dieser Sanierungsmassnahme aufgrund des pflichtgemässen Ermessens und anhand der konkreten wirtschaftlichen Auswirkungen zu beurteilen ist. Bei der nachträglichen richterlichen Beurteilung der Vorteilhaftigkeit ist Zurückhaltung am Platz, und ein alleiniges Abstellen auf Kriterien wie die Rückzahlbarkeit des Darlehens oder die Überlebensfähigkeit der Tochtergesellschaft ist ungeeignet. Angezeigt ist die Anwendung der Business Judgment Rule.

Zi.

Une prestation downstream de la société mère à sa filiale touchée financièrement ne pose pas de problème pour autant que cette mesure soit conforme à la loi et qu'elle présente des avantages pour la société mère. Inspirés par un arrêt récent du Tribunal fédéral, les auteurs expliquent qu'il faut juger le caractère favorable de cette mesure d'assainissement en tenant compte du pouvoir d'appréciation conformes aux devoirs de la société mère et en tenant compte des effets économiques concrets. Lors du contrôle judiciaire ultérieur du caractère favorable de la mesure, il faut faire preuve d'une certaine retenue; il n'est pas indiqué de s'appuyer uniquement sur des critères tels que le caractère remboursable du prêt ou la capacité de survie de la filiale. Il convient plutôt d'avoir recours à la business judgment rule.

P.P.

* Baker & McKenzie Zurich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakermckenzie.com).

** Der Co-Autor legt derzeit das Anwaltsexamen des Kt. Basel-Stadt ab.

¹ Entscheid BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012.

² Unveröffentlichter Entscheid des Handelsgerichts des Kt. Aargau vom 6. Dezember 2011.

³ Vgl. etwa BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2.

richt deren Auffassungen teilen, dann hätte dies einschneidende Folgen für die Schweizer Sanierungspraxis.

In den folgenden Ausführungen wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen eine Sanierungsleistung an eine Tochtergesellschaft aus Sicht der Muttergesellschaft unbedenklich sein sollte. Dabei wird im vorliegenden Zusammenhang das als unbedenklich betrachtet, was im Sinne der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit⁴ nicht pflichtwidrig ist;⁵ nicht betrachtet werden etwaige anfechtungsrechtliche Fragen, die sich im Konkurs oder Nachlass der Muttergesellschaft stellen können.⁶ Die Untersuchung wird anhand von Geldleistungen der Muttergesellschaft in der Form von Fremd- oder Eigenkapital (sog. *Downstream-Leistungen*) geführt. Die gleichen Überlegungen lassen sich jedoch auch auf andere Sanierungsleistungen anwenden, wie bspw. den Debt/Equity-Swap, den Debt/Asset-Swap, den Rangrücktritt, den Forderungsverzicht, den Kapitalschnitt oder die Gewährung von Kreditsicherheiten.

II. Pflichtgemässes Handeln

Nach Art. 754 Abs. 1 OR haften die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen für den Schaden, den sie durch Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Ein bestimmtes Verhalten ist pflichtwidrig, wenn es eine Norm verletzt, die nach ihrem Zweck vor dem eingetretenen Schaden schützen soll.⁷ Relevant sind dabei grundsätzlich sämtliche Normen der Rechtsord-

nung.⁸ Daneben kann auch eine Verletzung der Statuten zur Verantwortlichkeit führen.⁹

Das Aktienrecht auferlegt in Art. 717 OR den Mitgliedern des Verwaltungsrats sowie Dritten, die mit der Geschäftsführung befasst sind, drei Hauptpflichten: Diese müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen (Sorgfaltspflicht), die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Treuepflicht) und die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich behandeln (Gleichbehandlungspflicht). Die Abgrenzung zwischen Sorgfalts- und Treuepflicht ist im Einzelnen umstritten. Allerdings ist sie meist ohne praktische Relevanz, da es sich sowohl bei der Sorgfalts- als auch bei der Treuepflicht in der Essenz um eine Interessenwahrungspflicht handelt.¹⁰

Der Sorgfalts- und Treuepflicht wird grundsätzlich Genüge getan, wenn das Organ durch seine Handlung die Interessen der Gesellschaft fördert oder zumindest nicht schädigt.¹¹ Die Interessen einer Gesellschaft werden gefördert, wenn das konkrete Geschäft für sie vorteilhaft ist. Andererseits wird die Sorgfalts- und Treuepflicht regelmässig verletzt, wenn eine Handlung nicht gesetzeskonform ist¹² oder eine gebotene Handlung nicht, oder zu spät vorgenommen wird¹³. Auch beim Vorliegen von Interessenkollisionen kann die Sorgfalts- und Treuepflicht verletzt sein.¹⁴

⁴ Art. 752 ff. OR.

⁵ Nicht näher eingegangen wird auf die übrigen Voraussetzungen einer Verantwortlichkeitsklage, wie namentlich den Schaden, den adäquaten Kausalzusammenhang und das Verschulden.

⁶ Vgl. zur Abgrenzung von Verantwortlichkeits- und Anfechtungsklage Thomas Krizaj: Yin und Yang. Oder das Verhältnis der Verantwortlichkeitsklage zur paulianischen Anfechtungsklage, AJP 2013 819–836 *passim*; Hans-Ueli Vogt: Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010 1075–1091 *passim*.

⁷ BGE 122 III 276 E. 7b; Peter Bockli: Schweizer Aktienrecht (4. A. 2009) § 18 N 378; Lukas Glanzmann: Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, ZSR 2000 Bd. II 164.

⁸ Peter Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit – die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen (2. A. 1987) N 775.

⁹ Harald Bärtschi: Verantwortlichkeit im Aktienrecht (2001) 240; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel: Schweizerisches Aktienrecht (1996) § 36 N 70; Dieter Gericke/Stefan Waller: Kommentierung von Art. 754 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II (4. A. 2012) N 23.

¹⁰ Jean Nicolas Druey/Lukas Glanzmann: Gesellschafts- und Handelsrecht (2010) § 13 Fn. 7; Christa Alexandra Sommer: Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gem. Art. 717 Abs. 1 OR (2010) 22 f.; Bärtschi (Fn. 9) 242.

¹¹ Vgl. BGE 139 III 24 E. 3.2; Bärtschi (Fn. 9) 260; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 9) § 28 N 25 f.; Sommer (Fn. 10) 17; Adrian Plüss/Dominique Facincani-Kunz/Astrid Künzli: Kommentierung von Art. 717 OR, in: Roberto/Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (2. A. 2012) N 6.

¹² Bärtschi (Fn. 9) 240 und 243; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 9) § 36 N 70; Rolf Watter/Katja Roth Pellanda: Kommentierung von Art. 717 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II (4. A. 2012) N 3; Stefan Hasenböhler: Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR (2003) 60.

¹³ Watter/Roth Pellanda (Fn. 12) N 3.

¹⁴ Lukas Glanzmann: Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 2011 238 f.

Für die Beurteilung, ob eine *Downstream*-Leistung der Sorgfalts- und Treuepflicht gerecht wird, ist somit zu prüfen, (i) ob sie der Muttergesellschaft einen Vorteil bringt, (ii) ob sie gesetzeskonform ist, und (iii) ob keine Interessenkollision vorliegt.

III. Vorteil für die Muttergesellschaft

1. Direkte und indirekte Gegenleistungen

Die Frage, ob eine *Downstream*-Leistung für die Muttergesellschaft vorteilhaft ist, ist anhand der konkreten wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Leistung auf die Muttergesellschaft zu beantworten.

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die Muttergesellschaft für die *Downstream*-Leistung eine direkte Gegenleistung erhält. Soweit dies der Fall ist, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die *Downstream*-Leistung für die Muttergesellschaft vorteilhaft ist. Eine andere Frage ist, ob der Vorteil, welcher die Muttergesellschaft erzielt, Drittbedingungen entspricht. Auf diese Frage muss im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen werden, weil, wie sogleich noch zu zeigen sein wird, auch *Downstream*-Leistungen, die nicht zu Drittbedingungen erbracht werden, für die Muttergesellschaft vorteilhaft sein können.¹⁵

Erhält die Muttergesellschaft keine direkte Gegenleistung, dann bedeutet dies noch nicht, dass die *Downstream*-Leistung für sie keinen Nutzen hat. Die Gegenleistung kann ihr auch indirekt zukommen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die *Downstream*-Leistung eine positive Auswirkung auf den Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft hat.¹⁶ Bei dieser Beurteilung ist zu beachten, dass der Beteiligungswert aus Sicht der Muttergesellschaft «nach den anerkannten Grundsätzen der Betriebswirtschaftslehre» zu ermitteln ist.¹⁷ Dies bedeutet, dass der Substanzwert der Tochtergesellschaft zwar einen Einfluss auf den Beteiligungswert haben kann, jedoch nicht alleine massgebend ist.¹⁸ Ein viel stärkeres Gewicht dürften zukunftsgerichtete Bewertungsmethoden haben, wie z.B. die

DCF-Methode¹⁹. Deshalb kann auch die Leistung an eine überschuldete Tochtergesellschaft für die Muttergesellschaft vorteilhaft sein.²⁰

Nebst den positiven Auswirkungen auf den Beteiligungswert sind auch weitere Vorteile in die Beurteilung einzubeziehen. Ist die Tochtergesellschaft z.B. in den Konzern integriert, so wird die Muttergesellschaft häufig ein Interesse an deren Weiterbestand haben.²¹ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Tochtergesellschaft eine wichtige (operative) Funktion im Konzern wahrnimmt, die es aufrecht zu erhalten gilt. Daneben kann eine *Downstream*-Leistung auch dazu dienen, ein Zeitfenster für eine Sanierungslösung auf Konzernebene zu erkaufen, einen mit dem Untergang der Tochtergesellschaft verbundenen Reputationsschaden zu vermeiden²² oder die notwendigen Mittel bereitzustellen, um die Tochtergesellschaft geordnet abwickeln zu können. Weiter kann eine *Downstream*-Leistung auch zur Aufrechterhaltung der Finanzierung des Konzerns geboten sein. Der Ausfall einer Tochtergesellschaft stellt nämlich häufig einen sog. *Event of Default* unter den Kreditverträgen dar, der die kreditgebenden Banken zur Kündigung der Kreditverträge und zur Fälligstellung ausstehender Forderungen berechtigt.²³ Das Gleiche gilt, wenn eine Anlehensobligation ausstehend ist.²⁴ In all diesen Fällen nützt eine *Downstream*-Leistung, die der Aufrechterhaltung der Tochtergesellschaft dient, auch der Muttergesellschaft.

Andererseits dürfte es nicht im Interesse der Muttergesellschaft liegen, eine *Downstream*-Leistung nur deshalb

¹⁵ Vgl. unten III. 3.

¹⁶ Vgl. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. November 1994, ZR 1999 Nr. 52 E. 4.4.3.

¹⁷ Vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2.2; BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012 E. 5.1.3; BGE 4C.363/2000 vom 3. April 2001 E. 3b.

¹⁸ Böckli (Fn. 7) § 6 N 223; BGE 136 III 209 E. 6.2.3; BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012 E. 5.1.3. Ohne Relevanz ist der Nennwert der Beteiligungspapiere.

¹⁹ Die *Discounted-cash-flow*-Methode ist eine in der Praxis gängige Bewertungsmethode, die auch vom BGE anerkannt wird; vgl. statt vieler Claudio Loderer et al.: Handbuch der Bewertung (Bd. II, 5. A. 2010) 71 ff.; BGE 136 III 209 E. 6.2.5; BGE 4A_341/2011 vom 21. März 2012 E. 5.1.3. Bei kleinen und mittleren Unternehmen wird auch oft die sog. Praktikermethode verwendet; vgl. Loderer et al. (ibid.) 32 f. und 431 ff.; Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf: M&A Transaktionen nach Schweizer Recht (2. A. 2013) 1. Kap. N 26.

²⁰ Vgl. unten III. 3.

²¹ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. November 1994, ZR 1999 Nr. 52, E. 4.4.3.

²² Vgl. allerdings BGE 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2, in dem ein Bankkonzern seine IT-Tochter in Konkurs gehen liess.

²³ Die Zahlungsunfähigkeit bzw. der Untergang einer Tochtergesellschaft stellt regelmässig einen *Insolvency Event* und/oder einen *Cross Default* dar. Vgl. zum Ganzen Markus Wolf: Stillhalteabkommen kreditgebender Banken (2012) N 78 f. und N 81.

²⁴ Marcel Giger: Sanierung aus Sicht der Aktionäre und Obligationäre, in: Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG (2. A. 2003) 137 f.; Urs Schenker: Sanierungsmassnahmen bei Obligationenanleihen, in: Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen (2011) 207 ff.

zu gewähren, weil ohnehin bereits bedeutende Ausgaben für die Tochtergesellschaft getätigt worden sind.²⁵ In diesem Fall wird lediglich schlechtem Geld gutes Geld hinterhergeworfen.

2. Leistungen zu Drittbedingungen

Bei *Downstream*-Leistungen, die zu Drittbedingungen (sog. «*at arm's length*») ausgerichtet werden, erhält die Muttergesellschaft eine ihrer jeweiligen Leistung gleichwertige, direkte Gegenleistung. Es darf deshalb grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass eine solche Leistung für die Muttergesellschaft vorteilhaft ist.²⁶ Insoweit erfüllen deren Organe ihre Sorgfalts- und Treuepflicht. Ein solches Geschäft liegt z.B. vor, wenn ein Darlehen an die Tochtergesellschaft marktübliche Konditionen aufweist und, wegen der schlechten Bonität der Tochtergesellschaft, voll besichert ist.

Selbstredend können Leistungen in einer Sanierungssituation oft nicht zu Drittbedingungen erbracht werden. So wird es z.B. einer Tochtergesellschaft meistens nicht möglich sein, ein Darlehen zu besichern. Damit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Ausrichtung einer *Downstream*-Leistung, die nicht Drittbedingungen entspricht, der Muttergesellschaft dennoch einen Nutzen bringen kann.

3. Andere Leistungen

a) Leistung von Fremdkapital

Eine *Downstream*-Leistung in der Form von Fremdkapital, die zugunsten der Tochtergesellschaft nicht zu Drittbedingungen gewährt wird,²⁷ führt regelmässig zu einer Bereicherung der Tochtergesellschaft. Dies ist leicht erkennbar, wenn die Tochtergesellschaft z.B. keinen oder nur einen zu tiefen Darlehenszins bezahlen muss. Gleiches gilt, wenn ein fiktives Darlehen vorliegt, d.h., das gewährte «Darlehen» nicht zurückbezahlt werden muss.²⁸ Dennoch führen solche *Downstream*-Leistungen nicht zwingend zu einer Entreichung der Muttergesellschaft. Diesbezüglich ist nämlich zu differenzieren:

- Hält die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft zu 100% und ist die Tochtergesellschaft nicht überschuldet, so ist davon auszugehen, dass sich der Wert der *Downstream*-Leistung in einem entsprechenden Mehrwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft spiegelt. Deshalb führt eine solche *Downstream*-Leistung bei der Muttergesellschaft zu keiner Entreichung. Die Leistung eines Darlehens führt jedoch zu einem Mittelabfluss bei der Muttergesellschaft und zu einer entsprechenden Verlagerung von Liquidität.
- Wenn die Tochtergesellschaft zwar überschuldet, aber durchaus noch überlebensfähig ist, dann kann eine *Downstream*-Leistung ebenfalls positive Auswirkungen auf den Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft haben. Dies ergibt sich daraus, dass der Beteiligungswert in der Regel nicht aufgrund einer Substanzbetrachtung ermittelt wird.²⁹
- Anders präsentiert sich die Lage bei einer überschuldeten und nicht überlebensfähigen Tochtergesellschaft. In einem solchen Fall dürfte die Beteiligung selber keinen Wert haben. Eine entsprechende *Downstream*-Leistung begünstigt primär die Gläubiger der Tochtergesellschaft und die Muttergesellschaft wird im Umfang der *Downstream*-Leistung entreichert.³⁰ Wie bereits dargelegt worden ist, kann eine solche *Downstream*-Leistung aus anderen Gründen im Interesse der Muttergesellschaft liegen.³¹
- Wenn die Muttergesellschaft weniger als 100% der Anteile an der Tochtergesellschaft hält, wird der Mehrwert ihrer Beteiligung verwässert; im gleichen Betrag werden die anderen Gesellschafter der Tochtergesellschaft begünstigt.³² Falls es sich bei den anderen Gesellschaftern um nahestehende Personen der Muttergesellschaft handelt, liegt im entsprechenden Betrag eine *Upstream*-, *Crossstream*- oder *Downstream*-Leistung vor.³³

Es bleibt zu erwähnen, dass ein Teil der Lehre³⁴ die Auffassung vertritt, dass einem *Downstream*-Darlehen unter gewissen Umständen nicht vollumfänglich der Charakter

²⁵ Vgl. BGer 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010 E. 2.2.

²⁶ So auch unveröffentlichter Entscheid des Handelsgerichts des Kt. Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 5.4.2, wiedergegeben in BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2.

²⁷ Zur Beurteilung, wann Darlehen Drittbedingungen entsprechen, vgl. Glanzmann (Fn. 14) 232.

²⁸ In diesem Fall liegt rechtlich gar kein Darlehen vor; vgl. dazu Glanzmann (Fn. 14) 232.

²⁹ Vgl. oben III. 1.

³⁰ Vgl. Glanzmann (Fn. 14) 234.

³¹ Vgl. oben III. 3. a).

³² Dazu folgendes Beispiel: Die Mutter hält 60% der Aktien an ihrer Tochter. Wenn die Mutter CHF 100 der Tochter «schenkt», dann erhöht sich der Wert der Tochter um CHF 100. Der Wert der von der Mutter gehaltenen Beteiligung steigt somit um CHF 60, gesamthaft nehmen aber die Aktiven der Mutter um CHF 40 ab. Die CHF 40 fliesen den anderen Gesellschaftern zu.

³³ Zum Ganzen Glanzmann (Fn. 14) 234.

³⁴ Vgl. die Übersicht bei Jürg Roth: Sanierungsdarlehen (2009) 258 ff.

von Fremdkapital zukommen sollte, da es sich dabei um sog. «verdecktes Eigenkapital» handle. Demnach soll einem Darlehen, das von einem Gesellschafter gewährt wurde, im Konkurs der Schuldnergesellschaft die Kollokation in der dritten Klasse verwehrt werden,³⁵ wenn nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt des Darlehensvertrages anzunehmen ist, dass ein Dritter das Darlehen zu den nämlichen Konditionen verweigert hätte (sog. Drittmannstest) oder nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte (sog. Sanierungstest).³⁶ Vorausgesetzt wird zudem, dass der Darleiher im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wusste oder hätte wissen müssen, dass weder der Drittmanns- noch der Sanierungstest erfüllt werden kann.³⁷ Für die Beurteilung, ob die Organe der Muttergesellschaft trotz einer «Umqualifizierung» ihre Sorgfalts- und Treuepflicht erfüllt haben, ist u.E. auf den Willen im Zeitpunkt der Darlehensgewährung abzustellen. Grundsätzlich sollte das, was als Fremdkapital hingegeben wird, nicht plötzlich Eigenkapitalcharakter haben. Weil aber selbst die Hingabe eines fiktiven Darlehens im Interesse der Muttergesellschaft liegen kann, führt eine Umqualifizierung nicht ohne weiteres zu einer Pflichtverletzung.

b) Leistung von Eigenkapital

Downstream-Leistungen in Form von Eigenkapital können entweder im Rahmen einer Kapitalerhöhung oder als Zuschüsse in die Reserven erbracht werden.³⁸

Bei einem Zuschuss in die Reserven erhält die Muttergesellschaft keine direkte Gegenleistung. Dessen Zulässigkeit

ist deshalb unter den gleichen Aspekten zu beurteilen wie jene des fiktiven Darlehens.³⁹

Eine *Downstream*-Leistung im Rahmen einer Erhöhung des Grundkapitals führt bei der Tochtergesellschaft regelmässig zu einem Mehrwert. Die gleiche Leistung führt aber bei der Muttergesellschaft nicht zwingend zu einer Entreicherung. Vielmehr ist auch in diesem Fall zu differenzieren, ob die Tochtergesellschaft überlebensfähig ist oder nicht:

- Ist die Tochtergesellschaft nicht überschuldet und wird sie von der Muttergesellschaft zu 100% gehalten, so ist davon auszugehen, dass sich der Wert der Kapitaleinlage in einem entsprechenden Mehrwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft spiegelt. Die Muttergesellschaft erfährt durch eine solche Leistung also keine Entreicherung, sondern es findet ein Aktiventausch statt. Hingegen wird die entsprechende Liquidität zur Tochtergesellschaft transferiert.
- Wenn die Tochtergesellschaft zwar überschuldet, aber noch überlebensfähig ist, dann kann eine Kapitaleinlage ebenfalls positive Auswirkungen auf den Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft haben. Dies ergibt sich daraus, dass der Beteiligungswert in der Regel nicht aufgrund des Substanzwertes ermittelt wird.⁴⁰
- Ist eine überschuldete Tochtergesellschaft hingegen nicht überlebensfähig und kann ihr Untergang auch durch die Kapitaleinlage nicht mehr abgewendet werden, so werden primär die Gläubiger der Tochtergesellschaft begünstigt, ohne dass die *Downstream*-Leistung zu einem Mehrwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft führen würde. Es kommt somit zu einer Entreicherung der Muttergesellschaft.⁴¹ Eine solche *Downstream*-Leistung kann jedoch aus anderen Gründen im Interesse der Muttergesellschaft liegen.⁴²
- Hält die Muttergesellschaft ihre überlebensfähige Tochtergesellschaft zu weniger als 100% und beteiligen sich die übrigen Anteilsinhaber nicht gleichmässig an der Kapitalerhöhung, so führt die Leistung einer Kapitaleinlage nur dann nicht zu einer Be- oder Entreicherung der Muttergesellschaft, wenn die Anteile an der Tochtergesellschaft zum wirklichen Wert ausgegeben werden. Werden die Anteile unter ihrem wirklichen Wert ausgegeben, dann wird die Muttergesellschaft bereichert und die übrigen Gesellschafter werden verwässert. Bei einer

³⁵ Glanzmann (Fn. 14) 247; Charles Jaques: Subordination (postposition) et exécution, ST 1999 902. A.M. Michael Hold: Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht (2000) 194 f., der für eine eigentliche Umqualifizierung des Darlehens in Eigenkapital plädiert. Die eigentliche Umqualifizierung eines Gesellschafterdarlehens in Eigenkapital wird vom BGer abgelehnt (vgl. BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011 E. 2.4; BGer 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.3.2 und BGer 5C.230/2005 vom 2. März 2006 E. 3).

³⁶ Urteil des Obergerichts des Kt. Zürich vom 19. Januar 1993, abgedruckt bei Alexander Vogel: Kapitalersetzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern, SZW 1993 299 ff. *passim*; Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. September 2004, ZR 2005 Nr. 21; SJ 1971 209, 214 f.; Glanzmann (Fn. 14) 247; Christoph von Greyerz: Kapitalersetzende Darlehen, in: Böckli et al. (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag (1983) 550.

³⁷ Glanzmann (Fn. 14) 143; BGer 5C.230/2005 vom 2. März 2006 E. 3.

³⁸ Urs Schenker: Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, SJZ 2009 489 ff.

³⁹ Vgl. oben III. 3. a).

⁴⁰ Vgl. oben III. 1.

⁴¹ Vgl. Glanzmann (Fn. 14) 234.

⁴² Vgl. oben III. 1.

Ausgabe über dem wirklichen Wert wird die Muttergesellschaft entreichert und es erfolgt im entsprechenden Umfang ein Transfer an die anderen Anteilsinhaber. Falls es sich dabei um nahestehende Personen handelt, dann liegt im entsprechenden Umfang eine *Up-, Down- oder Crossstream* Leistung vor.⁴³

4. Zurückhaltung bei nachträglicher richterlicher Überprüfung

a) Aussicht auf Rückzahlung des Darlehens nicht als alleiniges Kriterium

Im eingangs erwähnten Entscheid erkannte das Aargauer Handelsgericht und mit ihm zumindest implizit auch das Bundesgericht die Pflichtwidrigkeit primär in der Darlehensgewährung ohne Aussicht auf Rückzahlung.⁴⁴ Nach der Ansicht der beiden Gerichte darf eine sanierungsbedürftige Tochtergesellschaft nur unter der Voraussetzung, dass ernsthafte und erfolgversprechende Sanierungsbemühungen in Angriff genommen würden, mit weiteren Mitteln der Muttergesellschaft alimentiert werden.⁴⁵ Ähnlich argumentierte das Bundesgericht im Jahre 2010. Es kam damals zum Schluss, eine Verlustabdeckung zugunsten einer Tochtergesellschaft mittels Darlehen sei dann sorgfaltswidrig, wenn die Tochtergesellschaft kaum überlebensfähig sei bzw. wenn nicht mehr ernsthaft mit einer Gesundung dieser Gesellschaft gerechnet werden könne.⁴⁶

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zeigt sich, dass weder die Aussicht auf Rückzahlung noch die Überlebensfähigkeit der Tochtergesellschaft als alleinige Kriterien für die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit geeignet sind. Bei der Anwendung solcher starrer Kriterien wird nämlich verkannt, dass es für die Muttergesellschaft durchaus vorteilhaft sein kann, selbst dann noch eine *Downstream*-Leistung zu gewähren, wenn keine Aussicht auf Rückzahlung besteht (was übrigens bei der Leistung von Eigenkapital meistens der Fall ist) oder wenn die Tochtergesellschaft nicht mehr überlebensfähig ist. Wie bereits

festgehalten wurde,⁴⁷ können solche Leistungen für die Muttergesellschaft unter diversen Aspekten vorteilhaft sein. Zahlreiche Vorteile ergeben sich aufgrund der besonderen Mutter-Tochter-Konstellation, andere wegen des Konzernverbunds. Aus diesem Grund ist auch die vom Aargauer Handelsgericht vertretene Auffassung, dass eine *Downstream*-Leistung nur nach dem «*arm's length principle*» erfolgen dürfe,⁴⁸ unhaltbar. Immerhin hält das Bundesgericht fest, dass diese Aussage nicht so verstanden werden müsse, dass *Downstream*-Leistungen immer und in jeder Hinsicht nach dem «*arm's length principle*» zu erfolgen haben.⁴⁹ Schliesslich ist auch unverständlich, weshalb es für die beiden Gerichte keine Rolle spielen darf, ob eine Gesellschaft in den Konzern integriert ist oder nicht;⁵⁰ auch wenn die Konzernzugehörigkeit nicht alle Geschäfte zu rechtfertigen vermag, kann sie im konkreten Fall doch einen Nutzen für die Muttergesellschaft begründen.

b) Anwendung der Business Judgment Rule

Der Verwaltungsrat kommt in der beschriebenen Situation nicht umhin, die Vorteilhaftigkeit der fraglichen Transaktion in Ausübung seines pflichtgemässen Ermessens zu beurteilen. Es handelt sich hierbei um einen eigentlichen Geschäftsentscheid, bei dessen nachträglichen Beurteilung ein Richter sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens des Verwaltungsrates setzen darf. Aus diesem Grund fordert die h.L. zu Recht eine «grosse richterliche Zurückhaltung» bei der nachträglichen Überprüfung eigentlicher Geschäftsentscheide, indem – in Anlehnung an die US-amerikanische Business Judgment Rule – das prozedurale Zustandekommen des Entscheids und nicht dessen Ergebnis in den Vordergrund gerückt werden soll.⁵¹ Demnach sollten Ermessensentscheide als sorgfältig gelten, wenn der konkrete Entscheid auf einer informierten Basis, nach angemessener Entscheidungsfindung und frei

⁴³ Vgl. oben III. 3. a).

⁴⁴ Unveröffentlichter Entscheid des Handelsgerichts des Kt. Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 5.4.2; BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2. Im zwischenzeitlich ergangenen Entscheid 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 äusserte das BGer diese Rechtsauffassung explizit (E. 6.1).

⁴⁵ Unveröffentlichter Entscheid des Handelsgerichts des Kt. Aargau vom 6. Dezember 2011, E. 6.7.1; BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2.

⁴⁶ BGer 4A_391/2009 vom 12. Februar 2010 E. 2.2 f.

⁴⁷ Vgl. oben III. 1.

⁴⁸ Unveröffentlichter Entscheid des Handelsgerichts des Kt. Aargau vom 6. Dezember 2011 E. 5.4.2; BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2.

⁴⁹ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2.

⁵⁰ Unveröffentlichter Entscheid des Handelsgerichts des Kt. Aargau vom 6. Dezember 2011 E. 6.7.1; BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.2.

⁵¹ Vgl. zum Ganzen *Urs Bertschinger: Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit* (1999) N 188; *Peter Böckli* (Fn. 7) § 18 N 401; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* (Fn. 9) § 3 N 13 f.; *Glanzmann* (Fn. 7) 165 f.; *Andrea R. Grass: Business Judgment Rule* (1998) 110; *Gericke/Waller* (Fn. 9) N 31.

von Interessenkonflikten ergeht.⁵² Dieses Postulat wurde mit dem eingangs erwähnten Entscheid nun auch höchst-richterlich anerkannt.⁵³ Es bleibt aber anzumerken, dass das Bundesgericht die angemessene Informationsbasis, den einwandfreien Entscheidprozess und das Fehlen von Interessenkonflikten nur als Voraussetzung (und nicht gewissermassen als Richtschnur) für die richterliche Zurückhaltung bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden versteht.⁵⁴

c) Strengerer Massstab bei Konzernen?

Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, bei Transaktionen unter Konzerngesellschaften müsse ein «strengerer Massstab» gelten als bei externen Transaktionen.⁵⁵ Konkret verlangt es, dass bei der Beurteilung von Sorgfaltspflichtverletzungen auf die Informationen abzustellen sei, über die das Verwaltungsratsmitglied im Zeitpunkt der Pflichtverletzung verfügte oder verfügen konnte.⁵⁶ In der Annahme, dass das Bundesgericht wie die von ihm zitierte Literatur nicht «verfügen konnte», sondern «verfügen sollte» meinte, vertritt es damit nicht etwa einen strengeren Massstab, sondern es gibt vielmehr eine allgemeine Regel wieder, die in Lehre⁵⁷ und Rechtsprechung⁵⁸ gleichermassen anerkannt ist. Es ist nämlich unbestritten, dass sich der Verwaltungsrat der Muttergesellschaft sein tatsächliches Wissen über die Verhältnisse bei der Tochtergesellschaft sowie jenes Wissen, das er über die Tochtergesellschaft haben sollte, zurechnen lassen muss. Dass diese normativ geforderten – und meist auch die tatsächlichen – besonderen Kenntnisse

höher sind, wenn das betreffende Verwaltungsratsmitglied der Muttergesellschaft gleichzeitig auch dem Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft angehört (sog. Doppelorganschaft), versteht sich von selbst.⁵⁹ Bei der nachträglichen Beurteilung eigentlicher Geschäftsentscheide hat die Zurechnung dieses besonderen Wissensstandes im Rahmen der Überprüfung der angemessenen Informationsbasis zu erfolgen.⁶⁰

IV. Gesetzeskonformität der Leistung

1. Eigenkapitalschutzvorschriften

Vereinzelte wird geltend gemacht, dass eine *Downstream*-Leistung nur vorgenommen werden dürfe, wenn die Muttergesellschaft über freies Eigenkapital verfüge. Diese Auffassung ist verfehlt und zwar aus den folgenden Gründen:

Freies Eigenkapital ist die Bezeichnung für denjenigen Teil des Eigenkapitals, der nicht geschützt ist. Das Eigenkapital wird primär durch das Verbot der Einlagerückgewähr⁶¹ und die Reserveschutzvorschriften⁶² geschützt. Diese Bestimmungen verbieten der Gesellschaft, Grundkapital an die Aktionäre zurückzubezahlen oder Dividenden auszuschütten, sofern nicht die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.⁶³ Während für eine Kapitalrückzahlung das Kapitalherabsetzungsverfahren eingehalten werden muss,⁶⁴ bedarf eine Dividendenausschüttung einer Grundlage in einem formellen, von der Generalversammlung zu fassenden Beschluss. Dieser darf nur gefasst werden, wenn bestimmte formelle und materielle Voraussetzungen erfüllt sind; unter anderem muss der auszuschüttende Betrag durch freies Eigenkapital gedeckt sein.⁶⁵

Mit den Eigenkapitalschutzvorschriften wird verhindert, dass Mittel in einem anderen als vom Gesetz vorgesehenen Verfahren an die Aktionäre zurückfliessen und somit, bild-

⁵² Zur Business Judgment Rule s. *Bärtschi* (Fn. 9) 391–402; *Grass* (Fn. 51) *passim*; *Hasenböhler* (Fn. 12) 116–130; *Alexander Nikitine*: Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide (2007) 96–124; *Hans-Ueli Vogt/Michael Bänziger*: Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, *GesKR* 4 2012 607 ff. *passim*.

⁵³ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1; seither bestätigt in BGE 139 III 24 E. 3.2, BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013 E. 5.2 und BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 6.1. Kritisch: *Daniel Brugg/Hans Caspar von der Crone*: Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, *SZW* 2013 183–189.

⁵⁴ BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013 E. 5.2; BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1.

⁵⁵ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1.

⁵⁶ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 5.1 *in fine*.

⁵⁷ Vgl. etwa *Gericke/Waller* (Fn. 9) N 31c; *Watter/Roth Pellanda* (Fn. 12) N 5 f.

⁵⁸ BGer 4A_467/2010 vom 5. Januar 2011 E. 3.3.

⁵⁹ Vgl. zum Ganzen *Vogt/Bänziger* (Fn. 52) 624 m.w.Nw.

⁶⁰ *Vogt/Bänziger* (Fn. 52) 624.

⁶¹ Art. 680 Abs. 2 OR.

⁶² Art. 671–671b OR.

⁶³ Vgl. *Druey/Glanzmann* (Fn. 10) § 8 N 27–3, sowie im Einzelnen *Lukas Glanzmann*: Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens (1996) 71 ff.

⁶⁴ Art. 732 ff. OR.

⁶⁵ Art. 674 Abs. 1, Art. 675 Abs. 2, Art. 678 Abs. 1, Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 731 Abs. 3 OR. Die gleichen Vorschriften gelten, teils aufgrund gesetzlicher Verweisung auf das Aktienrecht, auch für die GmbH.

lich gesprochen, aus der Bilanz der Gesellschaft herausgenommen werden. In diesem Fall wird nämlich die Substanz der Gesellschaft – und damit ihr Eigenkapital – im entsprechenden Umfang reduziert, ohne dass die Gesellschaft dafür eine Gegenleistung erhielte. Hingegen bieten diese Vorschriften keinen allgemeinen Schutz vor einem Verlust des Eigenkapitals. Namentlich schützen sie nicht vor Fehlinvestitionen. Für diese Fälle stellt das Gesetz eine andere Norm zur Verfügung, welche die Gesellschaft vor einem ungehinderten Totalverlust des Eigenkapitals bewahren soll: Nach Art. 725 Abs. 1 OR muss der Verwaltungsrat bei einem hälftigen Verlust des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven Sanierungsmassnahmen ergreifen.⁶⁶

Die Kapitalerhaltungsvorschriften bezwecken somit nicht, die Gesellschaft und deren Gläubiger vor einem Schaden infolge Fehlinvestitionen zu schützen. Damit kann in diesen Fällen der Verwaltungsrat auch nicht gestützt auf eine vermeintliche Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften zur Verantwortung gezogen werden.⁶⁷ Kapitalerhaltungsvorschriften könnten allerdings dann verletzt sein, wenn eine *Downstream*-Leistung gleichzeitig die Wirkung einer *Upstream*- oder *Crossstream*-Leistung hat.⁶⁸

2. Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung

Ein zentraler Punkt der Finanzverantwortung des Verwaltungsrats ist, dass sich dieser um das finanzielle Gleichgewicht der Gesellschaft kümmert.⁶⁹ Nach einem Teil der Lehre muss der Verwaltungsrat dabei auch für eine ausreichende Ausstattung mit Risikokapital⁷⁰ sorgen.⁷¹ Die Kapitalausstattung hat sich an der Risikoneigung und am Umfang des Geschäfts zu orientieren.⁷² Ist die Ausstattung mit Risikokapital unzureichend, d.h., liegt eine Unterkapitali-

sierung vor, kann dies dem Verwaltungsrat als Pflichtwidrigkeit vorgeworfen werden.⁷³ Die Ausrichtung einer *Downstream*-Leistung kann folglich dann pflichtwidrig sein, wenn sie eine Unterkapitalisierung der Muttergesellschaft zur Folge hat. Ob eine Pflichtwidrigkeit vorliegt, ist in Anwendung der Business Judgment Rule zu beurteilen.⁷⁴ Vorausgesetzt ist aber immer, dass die Muttergesellschaft durch das Ausrichten der *Downstream*-Leistung entreichert wird.⁷⁵ Erhält sie hingegen eine gleichwertige Gegenleistung oder spiegelt sich der Wert der *Downstream*-Leistung in einem entsprechenden Mehrwert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft, so kommt es bei der Muttergesellschaft gar nicht erst zu einer Änderung der Kapitalausstattung.⁷⁶

Vor diesem Hintergrund sind u.E. auch die Ausführungen des Bundesgerichts zu lesen, wonach eine «finanziell gesunde Basis» einem Unternehmen in einem klar beschränkten Rahmen eher erlaubt, Risiken einzugehen, als wenn eine solche fehlt.⁷⁷ Voraussetzung bleibt gemäss Bundesgericht aber auch dann, dass das Risiko bewusst eingeschätzt und eingegrenzt wird.⁷⁸

3. Pflicht zur Sicherstellung der Liquidität

Neben der angemessenen Kapitalausstattung hat der Verwaltungsrat auch die Liquidität der Gesellschaft sicherzustellen. Auch dies ergibt sich aus der Finanzverantwortung des Verwaltungsrats.⁷⁹ Zwar ist die Illiquidität nicht dem Richter anzuzeigen,⁸⁰ doch müssen unabwendbare Liquiditätsengpässe ernsthafte Zweifel an der Fortführungsfähig-

⁶⁶ *Druey/Glanzmann* (Fn. 10) § 8 N 56; *Wolf* (Fn. 23) N 410.

⁶⁷ Vgl. dazu oben II.

⁶⁸ Vgl. oben bei Fn. 33 und Fn. 43.

⁶⁹ *Böckli* (Fn. 7) § 13 N 730.

⁷⁰ Das Risikokapital setzt sich aus dem Eigenkapital und dem nachrangigen Fremdkapital zusammen; vgl. *Glanzmann* (Fn. 63) 118.

⁷¹ Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung ergibt sich aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR. Vgl. zum Ganzen *Lukas Glanzmann*: Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, *AJP* 1997 51–58; *Glanzmann* (Fn. 63) 112 ff.; ferner: *Lukas Handschin*: Eigenkapitalvorschriften – nur für Banken? Einige Überlegungen zu Verantwortlichkeit, Risikofähigkeit und Eigenkapital, *GesKR* 2010 517 f. Vgl. auch die Kritik bei *Böckli* (Fn. 7) § 13 N 731 f., der lediglich – aber immerhin – von einer «best efforts»-Pflicht des Verwaltungsrates ausgeht.

⁷² Vgl. *Handschin* (Fn. 71) 518 f.

⁷³ *Glanzmann* (Fn. 63) 134; *ders.* (Fn. 71) 54; *Handschin* (Fn. 71) 517 f.

⁷⁴ Vgl. dazu oben III. 4. b).

⁷⁵ Vgl. dazu oben III. 3.

⁷⁶ Eine solche kann sich zu einem späteren Zeitpunkt jedoch durch eine Wertberichtigung ergeben.

⁷⁷ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.3 unter Hinweis auf BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.1.2. Bestätigt in BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 6.1.

⁷⁸ BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012 E. 4.3 unter Hinweis auf BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.1.2. Bestätigt in BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013 E. 6.1.

⁷⁹ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR. Gl.M. *Urs Kägi*: Kapitalerhaltung als Ausschüttungsschranke (2012) § 8 N 34.

⁸⁰ Immerhin soll im Zuge der anstehenden Aktienrechtsrevision eine Pflicht zur Benachrichtigung der Generalversammlung eingeführt werden. So sieht der Entwurf des Bundesrates in Art. 725a E-OR vor, dass der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis einer Zahlungsunfähigkeit einen Liquiditätsplan erstellen (Abs. 1) und diesen durch einen zugelassenen Revisor prüfen lassen (Abs. 2) muss. Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen (Abs. 3).

keit des Unternehmens aufkommen lassen, womit sich eine Bilanzierung zu Fortführungswerten nicht mehr rechtfertigt und folglich eine Bilanz zu Liquidationswerten zu erstellen ist.⁸¹ Da die Aktiven der Gesellschaft in einem Liquidationsszenario regelmässig tiefer bewertet werden als in einem Fortführungsszenario,⁸² hat die Umstellung der Bilanz auf Liquidationswerte häufig eine Überschuldung der Gesellschaft zur Folge, was den Verwaltungsrat zur Benachrichtigung des Richters verpflichtet.⁸³ Die Ausrichtung einer *Downstream*-Leistung kann folglich auch dann pflichtwidrig sein, wenn sie zur Illiquidität der Muttergesellschaft führt. Dabei ist zu beachten, dass die Ausrichtung einer *Downstream*-Leistung in aller Regel – unabhängig von der Frage der Vorteilhaftigkeit – bei der Muttergesellschaft zu einem Netto-Liquiditätsabfluss führt. Ob eine Pflichtwidrigkeit vorliegt, ist unter Anwendung der Business Judgment Rule zu beurteilen.⁸⁴

4. Keine sittenwidrige «drittschädigende Kreditgewährung» nach Schweizer Recht

In der deutschen Lehre und Rechtsprechung hat sich im Kontext fehlgeschlagener Unternehmenssanierungen der Tatbestand der «drittschädigenden Kreditgewährung» herausgebildet, wonach die Gewährung eines Kredits an einen mit Zahlungsschwierigkeiten kämpfenden Schuldner unter Umständen als sittenwidrig erachtet wird, wenn dadurch Dritte zu Schaden kommen.⁸⁵ Nach der hier vertretenen Meinung lässt sich dieses Rechtsinstitut nicht auf das Schweizer Recht adaptieren. Namentlich gilt es zu beachten, dass der Tatbestand der «drittschädigenden Kreditgewährung» im Anwendungsbereich von § 826 BGB geschaffen wurde. Zwar entspricht der Wortlaut der besagten Bestimmung im Wesentlichen demjenigen von

Art. 41 Abs. 2 OR,⁸⁶ doch nehmen die beiden Normen in ihrer jeweiligen Rechtsordnung unterschiedliche Stellungen im Gesamtgefüge privatrechtlicher Haftungsnormen ein. Während § 826 BGB im deutschen Recht eine Aufgangfunktion wahrnimmt und daher vergleichsweise weit ausgelegt wird,⁸⁷ erfährt Art. 41 Abs. 2 OR traditionell eine enge Auslegung⁸⁸. Das Bundesgericht ist der Ansicht, das Gesetz strebe keine allgemeine Verpflichtung der Rechtsgenossen auf eine hohe Ethik an. Vielmehr wolle das Recht nur ein ethisches Minimum gewährleisten.⁸⁹ Entsprechend erfasse Art. 41 Abs. 2 OR in erster Linie die Schikane. Gegen die guten Sitten im Sinne dieser Bestimmung verstosse daher ein Verhalten, das nicht der Wahrnehmung eigener Interessen diene, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen.⁹⁰ Da die Gewährung einer *Downstream*-Leistung an eine Tochtergesellschaft zu Sanierungszwecken wohl kaum je ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen, kann nach Schweizer Rechtsauffassung von einem Verstoß gegen die guten Sitten keine Rede sein.

Eine andere Frage ist, ob die Organe der Muttergesellschaft für eine bei der Tochtergesellschaft eingetretene Konkursverschleppung haftbar gemacht werden können.⁹¹ Da diese Frage jedoch nicht bei der Pflichtverletzung auf der Ebene der Muttergesellschaft, sondern bei derjenigen auf der Ebene der Tochtergesellschaft anknüpft, wird diese

⁸¹ Vgl. die Nw. bei Wolf (Fn. 23) N 84.

⁸² Böckli (Fn. 7) § 13 N 747; Druey (Fn. 10) § 25 N 116; Lukas Glanzmann: Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG (2. A. 2003) 81; Lukas Handschin: Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Sanierungsfall, ZBJV 2000 437. Vgl. jedoch Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel (Fn. 9) § 50 N 207, die darauf hinweisen, dass bei einer Umstellung auf Liquidationswerte stille Reserven zum Vorschein kommen können. Erfahrungsgemäss ist das in der Praxis leider selten der Fall, weil die stillen Reserven bereits aufgelöst worden sind (z.B. im Rahmen von Art. 670 Abs. 1 OR).

⁸³ Art. 725 Abs. 2 OR.

⁸⁴ Vgl. dazu oben III. 4 b).

⁸⁵ Vgl. Wolf (Fn. 23) N 472–481 m.w.Nw.

⁸⁶ § 826 BGB diene dem Schweizer Gesetzgeber bei der Schaffung von Art. 41 Abs. 2 OR als Vorbild; vgl. Heinz Rey: Ausservertragliches Haftpflichtrecht (4. A. 2008) N 798.

⁸⁷ Statt vieler: Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich/Renate Schaub: Kommentierung von § 826, in: Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar (5. A. 2010) N 1 f. m.w.Nw. Vgl. auch Heinrich Honsell: Schweizerisches Haftpflichtrecht (4. A. 2005) § 7 N 3, der die Auslegung von § 826 BGB in der deutschen Judikatur aus Schweizer Sicht als zu weitgehend bezeichnet.

⁸⁸ Das BGer will Art. 41 Abs. 2 OR «nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung» anwenden (BGE 124 III 297 E. 5e; 95 III 83 E. 6e; BGE 4C.353/2002 vom 3. März 2003 E. 5.1; BGer 4C.256/2001 vom 14. November 2001 E. 1).

⁸⁹ BGE 124 III 297 E. 5e; BGer 4C.256/2001 vom 14. November 2001 E. 1.

⁹⁰ BGE 124 III 297 E. 5e; BGer 4C.256/2001 vom 14. November 2001 E. 1; BGer 4C.166/2000 vom 8. Dezember 2000 E. 5b/bb. So auch Honsell (Fn. 87) § 7 N 1; Christian Heierli/Anton Schnyder: Kommentierung von Art. 41 OR, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (5. A. 2011) N 43.

⁹¹ Als Konkursverschleppung wird das pflichtwidrige Hinausschieben der Überschuldungsanzeige i.S.v. Art. 725 Abs. 2 OR bezeichnet.

Thematik in der vorliegenden Untersuchung nicht behandelt.⁹²

V. Interessenkollisionen

Eine *Downstream*-Leistung wird unter Umständen nur deshalb gewährt, weil das handelnde Organ der Muttergesellschaft einen Interessenkonflikt hat. Dies ist etwa der Fall, wenn es als Doppelorgan handelt, d.h. ein Insichgeschäft⁹³ vorliegt. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Insichgeschäfte wegen der unausweichlichen Interessenkollisionen grundsätzlich unzulässig.⁹⁴ Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen nach der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder der Vertretene den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt hat oder das Geschäft nachträglich genehmigt.⁹⁵ Die Ermächtigung bzw. Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.⁹⁶ Eine stillschweigende Ermächtigung wird bei einer konzernmässigen Verflechtung der beteiligten Gesellschaften vermutet.⁹⁷ Ferner ist auch eine nachträgliche Genehmigung durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder oder durch die Generalversammlung möglich. Verwaltungsratsmitglieder können nach Massgabe ihrer Zeichnungsberechtigung Insichgeschäfte eines anderen Verwaltungsratsmitgliedes genehmigen.⁹⁸ Eine Genehmigung durch die Generalversammlung ist zu vermuten, wenn der Vertreter Alleinaktionär ist.⁹⁹

Beim Insichgeschäft stellt sich nebst der Frage nach der Gültigkeit des Geschäfts auch jene, ob eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts vorliegt. Grundsätzlich soll die fehlende Vertretungsmacht beim Insichgeschäft die Gesellschaft vor den negativen Folgen

einer Interessenkollision schützen. Wie aber bereits dargelegt wurde, wird in gewissen Fällen die Interessenkollision geheilt bzw. als nicht beachtlich beurteilt, weshalb das Insichgeschäft trotzdem zulässig ist. In all diesen Fällen kann die vermeintliche Interessenkollision auch nicht pflichtwidrig sein. Dies bedeutet, dass eine Interessenkollision bei Insichgeschäften immer dann nicht pflichtwidrig ist, wenn das Organ die Gesellschaft gültig vertreten kann.¹⁰⁰

Es ist auffallend, dass Interessenkonflikte von Organen fast ausschliesslich aus dem Blickwinkel der kontrollierten Gesellschaft diskutiert werden,¹⁰¹ jedoch kaum aus Sicht der kontrollierenden Gesellschaft.¹⁰² Dies ist auch richtig und zwar aus folgenden Überlegungen: Solange eine Gesellschaft eine andere Gesellschaft kontrolliert, wird sie regelmässig Entscheidungen fällen müssen, die mit ihren eigenen Interessen kollidieren. Dass eine Gesellschaft eine andere Gesellschaft kontrollieren darf, wird vom Gesetz toleriert und ist für die Bildung eines Konzerns sogar unentbehrlich.¹⁰³ Das damit einhergehende Potenzial von Interessenkonflikten bei der Obergesellschaft wird vom Gesetz somit hingenommen. Richtigerweise betrachtet auch das Bundesgericht die damit einhergehenden Doppelorganschaften als übliche Organisationsformen und nicht etwas als Organisationsmängel.¹⁰⁴ Deshalb müssen die Organe der kontrollierenden Muttergesellschaft für *Downstream*-Leistungen vertretungsbefugt sein und diese sind nicht schon alleine deshalb pflichtwidrig, weil sie möglicherweise mit den Interessen der Muttergesellschaft kollidieren. Für eine Pflichtwidrigkeit müssten weitere Voraussetzungen erfüllt sein, wie etwa, dass die Leistung die Muttergesellschaft in existenzielle Nöte bringt.¹⁰⁵

⁹² Vgl. hierzu Wolf (Fn. 23) N 408 ff.

⁹³ Vgl. Lukas Glanzmann: Kommentierung von Art. 718b OR, in: Kren Kostkiewicz et al. (Hrsg.), OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (2. A. 2009) N 1; Peter Böckli: Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR, GesKR 3 2012 355.

⁹⁴ BGE 126 III 361 E. 3a.

⁹⁵ BGE 126 III 361 E. 3a.

⁹⁶ BGE 93 II 461 E. 6a.

⁹⁷ Urteil des Obergerichts des Kt. Zürich vom 13. Juni 1986, ZR 1978 Nr. 44 E. 2b.

⁹⁸ BGE 127 III 332 E. 2b.

⁹⁹ BGE 126 III 361 E. 5b; die Interessen der Gläubiger sind unerheblich. Vgl. zum Ganzen Glanzmann (Fn. 93) N 2.

¹⁰⁰ Böckli (Fn. 7) § 18 N 392; Peter Jung: Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrenlosen Umgang mit sich selbst, in: Kunz/Arter/Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI (2011) 298.

¹⁰¹ Vgl. z.B. Lukas Handschin: Treuepflicht des Verwaltungsrates bei der gesellschaftsinternen Entscheidungsfindung, in: von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag (2003) 174–176.

¹⁰² Vgl. immerhin Ansgar Schott: Insichgeschäfte und Interessenkonflikt (2002) 232.

¹⁰³ Vgl. dazu Art. 963 OR.

¹⁰⁴ BGer 4A_522/2011 vom 13. Januar 2011 E. 2.3.

¹⁰⁵ Sommer (Fn. 10) 310.

VI. Schlussfolgerungen

Das Ausrichten von *Downstream*-Leistungen an finanziell angeschlagene Tochtergesellschaften ist in der Schweizer Sanierungspraxis weit verbreitet. Aus Sicht der leistenden Muttergesellschaft sollten solche Leistungen solange unbedenklich sein, als ihr daraus ein Vorteil erwächst. Die Vorteilhaftigkeit hat der Verwaltungsrat aufgrund seines pflichtgemässen Ermessens anhand der konkreten wirt-

schaftlichen Auswirkungen zu beurteilen. Bei einer nachträglichen richterlichen Überprüfung der Vorteilhaftigkeit hat die Business Judgment Rule zur Anwendung zu kommen. Von vornherein ungeeignet ist hingegen das alleinige Abstellen auf starre Kriterien wie die Aussicht auf Rückzahlung, die Überlebensfähigkeit der Tochtergesellschaft oder gar die Einhaltung des «*arm's length principle*».