

Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft



Dr. iur. Lukas Glanzmann,
Rechtsanwalt, Cambridge,
MA, USA

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Der Tatbestand der Unterkapitalisierung
 - I. Allgemeines
 - II. Die risikogerechte Finanzierung als unentziehbare und unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates
 - III. Das Risikokapital als zentrale Grösse der Kapitalausstattung
 - 1. Die Zurechnung zum Risikokapital
 - 2. Die Höhe des Risikokapitals
- C. Die Rechtsfolgen einer Unterkapitalisierung
 - I. Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates
 - 1. Die Voraussetzungen nach Art. 754 Abs. 1 OR
 - a. Der Schaden
 - b. Die Pflichtwidrigkeit
 - c. Der adäquate Kausalzusammenhang
 - d. Das Verschulden
 - e. Die Einwilligung des Geschädigten
 - 2. Die Vermutung der Unterkapitalisierung
 - II. Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle
 - III. Die Umqualifizierung von Darlehensforderungen
 - 1. Die Voraussetzungen einer Umqualifizierung
 - a. Allgemeines
 - b. Die besondere Stellung des Gläubigers
 - c. Die Kenntnis der Unterkapitalisierung
 - 2. Die Umqualifizierung in nachrangiges Fremdkapital
 - IV. Die Rückforderung zurückbezahlter Darlehen
 - 1. Allgemeines
 - 2. Die Rückforderung nach Art. 288 SchKG
 - a. Die objektiven Klagevoraussetzungen
 - b. Die subjektiven Klagevoraussetzungen
 - 3. Die Rückforderung nach Art. 678 Abs. 2 OR
 - V. Kein Haftungsdurchgriff
- D. Schluss

A. Einleitung

Der vorliegende Aufsatz geht der Frage nach, ob eine Aktiengesellschaft über ein angemessenes Risikokapital verfügen muss. Es wird damit der Problembereich der Unterkapitalisierung angesprochen. Die Literatur unterscheidet

bezüglich des Tatbestandes der Unterkapitalisierung zwischen formeller und materieller Unterkapitalisierung: Während die Gesellschaft bei dieser über zu wenig Eigenkapital verfügt, hat sie bei jener zwar genügend Eigenkapital, doch wird es nicht als solches ausgewiesen¹. Die Frage, ob eine Gesellschaft mit einem angemessenen Risikokapital ausgestattet werden muss, ist im Bereich der materiellen Unterkapitalisierung anzusiedeln. Sie wird von der herrschenden schweizerischen Lehre mit dem Hinweis auf Art. 621 OR verneint²: Dieser fordere nicht eine *angemessene* Kapitalisierung der Gesellschaft, sondern lege nur ein *Mindestkapital* fest. Daraus und aus dem Umstand, dass einzelne Spezialgesetze detaillierte Vorschriften über das Eigenkapital enthalten³, wird gefolgert, dass das Aktienrecht eben gerade nicht regeln wolle, mit wieviel Eigenkapital eine Gesellschaft auszustatten sei.

Im folgenden wird aufgezeigt, dass unser Recht sehr wohl Vorschriften enthält, die eine angemessene Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft fordern. Nach der Entwicklung des Tatbestandes der Unterkapitalisierung werden deren Rechtsfolgen dargelegt. Nicht berücksichtigt werden dabei die Konzernverhältnisse⁴.

1 CHRISTOPH VON GREYERZ, Kapitalersetzende Darlehen, in P. BÖCKLI u.a. (Hrsg.), FS für FRANK VISCHER zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, 547–556, 549; ALEX KETZER, Eigenkapitalersetzende Darlehen, Köln 1989, 11 und 14; HANSJÖRG SCHEEL, Konzerninsolvenzrecht, Eine rechtsvergleichende Darstellung des US-amerikanischen und des deutschen Rechts, Köln 1995, 392.

2 VON GREYERZ (FN 1), 548; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 (erschienen 1995), § 1 N 50, 40 N 344 und 49 N 15; CARL BAUDENBACHER, BS-Komm. zu Art. 620–625 OR, in H. HONSELL u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186, Basel 1994, Art. 621 N 1; WOLFGANG ZÜRCHER, Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Diss. Bern 1993, 64; ANDREAS VON PLANTA, Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981, 162; MICHAEL BOLT, La protection des créanciers sociaux contre les conséquences de la domination, thèse Lausanne 1988, 37; MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH, in ZGR 1979 31–66, 58.

3 S. beispielsweise Art. 4 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 BankV.

4 S. dazu LUKAS GLANZMANN, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – Ein Beitrag zur Finanzverantwortung des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. St. Gallen, Bern 1996, 152 ff.

B. Der Tatbestand der Unterkapitalisierung

I. Allgemeines

Dem Verwaltungsrat obliegt die Finanzverantwortung für die Gesellschaft⁵. In Verwirklichung dieser Pflicht muss der Verwaltungsrat namentlich eine ausreichende Liquidität sicherstellen⁶, eine angemessene Rendite erwirtschaften⁷ und eine Überschuldung vermeiden⁸. Vorrangiges dieser Finanzierungsziele ist die Aufrechterhaltung der *Liquidität*, d.h. der jederzeitigen Zahlungsbereitschaft der Gesellschaft⁹. Die Liquidität ist sichergestellt, wenn die Fälligkeitsfristen der Aktiven und Passiven übereinstimmen. Demnach sollte das Anlagevermögen mit langfristigen Passiven finanziert werden¹⁰. Ob es sich dabei um Fremdkapital oder um Eigenkapital handelt, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle¹¹. Das Finanzierungsziel der Liquidität hat somit *keinen direkten Einfluss* auf die Risikokapitalausstattung der Gesellschaft.

Im Gegensatz zur Sicherung der Liquidität hat die Verfolgung des Finanzierungsziels der *Rentabilität* einen erheblichen Einfluss auf die Kapitalstruktur der Gesellschaft. So ist die Gesamtkapitalrentabilität der Gesellschaft direkt abhängig von den Kapitalkosten und damit von der Art des eingesetzten Kapitals. Die Eigenkapitalrentabilität ihrerseits ist abhängig von der Gesamtkapitalrendite und den Fremdkapitalkosten. Weil der Fremdkapitalzins in der Regel unter der Gesamtkapitalrendite liegt, lässt sich die Rendite des Eigenkapitals steigern, indem der Gesellschaft Fremdkapital anstatt Eigenkapital zugeführt wird¹². Dabei ist allerdings zu beachten, dass das Finanzierungsziel der Rentabilität jenem der Liquidität und der Risikogerechtigkeit *untergeordnet* ist¹³. Weil die Sicherstellung der Liquidität keinen Einfluss auf die Kapitalstruktur hat, verbleibt das Finanzierungsziel der Risikogerechtigkeit als eigentlich bestimmendes Element der Kapitalstrukturierung. Dieses gilt es im folgenden darzustellen.

II. Die risikogerechte Finanzierung als unentziehbare und unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates

Durch eine risikogerechte Finanzierung soll die Gefahr von Vermögensverlusten aufgefangen werden¹⁴. Diese Gefahr gilt es abzusichern, weil sonst die Gesellschaft in eine *Überschuldung* gerät¹⁵, was die Konkurseröffnung und damit die Liquidation der Gesellschaft zur Folge hat¹⁶. Ein Konkurs entspricht regelmässig nicht dem Gesellschaftszweck und ist somit zu vermeiden. Ein Konkurs kann vermieden werden, wenn die Gesellschaft mit genügend Risikokapital ausgestattet ist, das allfällige Verluste aufzufangen vermag. Dieses Risikokapital ist im Rahmen der mittelfristigen Finanzplanung bereitzustellen¹⁷. Entgegen dem deutschen Wortlaut von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR gehört die mittelfristige Finanzplanung zu den unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates¹⁸. Damit

wird das Ziel der risikogerechten Finanzierung unmittelbar zu einem Aspekt der *Finanzverantwortung* des Verwaltungsrates und die angemessene Kapitalausstattung zu einer normativen Grösse. Der Verwaltungsrat ist folglich verpflichtet, für eine angemessene Kapitalausstattung der Gesellschaft zu sorgen. Nicht zutreffend ist somit die im *Swissair*-Entscheid geäusserte Auffassung des Bundesgerichts, wonach die Gesellschaft nur dann angemessen zu kapitalisieren sei, wenn die konkrete Vertrauenslage dies erfordere¹⁹.

III. Das Risikokapital als zentrale Grösse der Kapitalausstattung

1. Die Zurechnung zum Risikokapital

Aus den obenstehenden Ausführungen folgt, dass eine Gesellschaft dann als angemessen kapitalisiert bezeichnet werden darf, wenn sie mit genügend Kapital ausgestattet ist, das eine Konkurseröffnung verhindern kann. Dieses Kapital wird als Risikokapital bezeichnet. Weil nach

5 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

6 Diese Pflicht ergibt sich aus Art. 190 Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 191 SchKG; GLANZMANN (FN 4), 25.

7 Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR; GLANZMANN (FN 4), 26.

8 Art. 725 Abs. 2 OR; s. unten II.

9 MAX BOEMLE, *Unternehmensfinanzierung*, 9. A., Zürich 1991, 53; KLAUS SPREMAN, *Investition und Finanzierung*, 4. A., München 1991, 179.

10 KARL BORN, *Bilanzanalyse international: deutsche und ausländische Jahresabschlüsse lesen und beurteilen*, Stuttgart 1994, 381; CARL HELBLING, *Bilanz- und Erfolgsanalyse, Lehrbuch und Nachschlagewerk für die Praxis mit besonderer Berücksichtigung der Darstellung im Jahresabschluss- und Revisionsbericht*, 9. A., Bern 1994, 219.

11 HELBLING (FN 10), 219.

12 Dieser Vorgang wird als Leverage-Effekt bezeichnet: BORN (FN 10), 373.

13 GLANZMANN (FN 4), 118: Dies ergibt sich daraus, dass einerseits die Gesellschaft nicht verpflichtet ist, eine Maximalrendite zu erwirtschaften und dass andererseits besondere Umstände die Gesellschaft gar von der Pflicht befreien können, überhaupt eine Rendite zu erwirtschaften (BGE 120 II 259 E. 2c, 100 II 384 E. 4).

14 JOACHIM SÜCHTING, *Finanzmanagement, Theorie und Praxis der Unternehmensfinanzierung*, 5. A., Wiesbaden 1989, 287.

15 Eine Überschuldung liegt vor, wenn die Aktiven weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten ausreichen, um die Verbindlichkeiten zu decken: Art. 725 Abs. 2 OR.

16 Art. 725a Abs. 1 i.V.m. Art. 736 Ziff. 3 OR.

17 Es handelt sich dabei um die sog. Kapitalstrukturplanung, die mit einem Planungshorizont von zwei bis fünf Jahren vorzunehmen ist: RUDOLF VOLKART, *Finanzmanagement: Beiträge zu Theorie und Praxis*, Bd. I, 6. A., Zürich 1995, 234; BOEMLE (FN 9), 87; SPREMAN (FN 9), 205.

18 Dies ergibt sich einerseits aus dem französischen Wortlaut und andererseits aus der Entstehungsgeschichte von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR: GLANZMANN (FN 4), 34.

19 BGE 120 II 331 E. 5a.

Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR von der Benachrichtigung des Richters abgesehen werden kann, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten, ist neben dem Eigenkapital auch das *nachrangige Fremdkapital*²⁰ dem Risikokapital zuzuzählen. Beim Eigenkapital sind nicht nur das *Nennkapital*, die *offenen Reserven* und ein *Gewinnvortrag* zu berücksichtigen, sondern auch die *stillen Reserven*. Diese können nämlich bei einem Verlust der Gesellschaft vollständig – also über den Anschaffungswert des entsprechenden Objekts hinaus – aufgelöst werden und damit eine Konkurseröffnung abwenden²¹.

2. Die Höhe des Risikokapitals

Das Risikokapital kann seine Aufgabe – die Verhinderung der Konkurseröffnung – nur erfüllen, wenn es in einem vernünftigen Verhältnis steht zu einem möglichen Verlust der Gesellschaft²². Weil jedes Wirtschaften mit Risiko verbunden ist²³, darf nicht verlangt werden, dass jeder mögliche Verlust mit Risikokapital abgedeckt wird. Vielmehr ist zu fordern, dass das Risikokapital die *realistischerweise zu erwartenden Risiken*²⁴ insoweit aufzufangen vermag, als diese nicht versichert sind²⁵. Diese Risiken müssen mit Eigenkapital oder nachrangigem Fremdkapital unterlegt sein, andernfalls die Risikokapitalausstattung der Gesellschaft als nicht angemessen zu bezeichnen ist. Die Gesellschaft ist dann unterkapitalisiert.

Das *Verlustrisiko* der Gesellschaft bestimmt sich einerseits durch das Ertragsrisiko und andererseits durch das Risiko, Vermögen abschreiben zu müssen. Realistischerweise zu erwarten sind namentlich zufällige Wertschwankungen²⁶, d.h. Schwankungen in der Grössenordnung von wenigen Prozenten des Anlagewertes oder des Ertrages. Eine genaue Quote lässt sich nicht generell festlegen, sondern sie ist im Einzelfall von der Betriebswirtschaftslehre zu bezeichnen. Somit kann auch die Höhe des erforderlichen Risikokapitals nicht generell bestimmt werden. Insbesondere abzulehnen ist eine analoge Anwendung der bankenrechtlichen Eigenmittelanforderungen²⁷, weil es sich dabei um spezielle Vorschriften handelt, die einen besonders strengen Schutz bezwecken²⁸. Ebenso wenig dürfen die steuerrechtlichen Ansätze²⁹ analog angewendet werden, denn sie verfolgen einen grundsätzlich anderen Zweck als das Aktienrecht, nämlich die Sicherstellung eines genügenden Steuerertrages³⁰.

Neben zufälligen Wertschwankungen gibt es noch das Phänomen des *Sturzes vom Bewertungssockel*³¹. Damit wird die Situation bezeichnet, wo Anlagevermögen fast ganz abgeschrieben werden muss, weil die Bewertung plötzlich nicht mehr zum Fortführungs-, sondern zum Liquidationswert vorzunehmen ist³². Dieses "absturzgefährdete" Anlagevermögen ist im Umfang der Differenz zwischen Fortführungs- und Liquidationswert ebenfalls mit Risikokapital zu unterlegen³³.

Weil über die Höhe des Verlustrisikos der Gesellschaft keine genauen Angaben gemacht werden können, muss dem Verwaltungsrat bei der Risikokapitalausstattung ein

erhebliches *Ermessen* zugestanden werden. Eine Gesellschaft ist insbesondere immer dann als angemessen kapitalisiert zu betrachten, wenn sie von einem unabhängigen Dritten zu marktüblichen Konditionen noch Kredite erhält³⁴. Die Frage, wann sie als unterkapitalisiert zu gelten hat, dürfte vor allem ein Beweisproblem sein³⁵. Nicht zu folgen ist bei der Beantwortung dieser Frage der in der Schweiz herrschenden Lehre, die eine Unterkapitalisierung nur dann annimmt, wenn die Kapitalausstattung offensichtlich ungenügend ist³⁶.

20 Zum Begriff des nachrangigen Fremdkapitals s. GLANZMANN (FN 4), 122 ff.

21 Art. 670 Abs. 1 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 50 N 315.

22 MARCUS LUTTER, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, in ZGR 1982 244–275, 249; GÜNTHER H. ROTH, Unterkapitalisierung und persönliche Haftung, in: ZGR 1993 170–209, 177 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 49 N 13.

23 BGE 101 II 121 E. 2b, 120 II 331 E. 5b/aa; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Darstellung für den Praktiker, 2. A., Zürich 1994, N 1622; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 28 N 24.

24 BGE 120 II 331 E. 5a.

25 BOEMLE (FN 9), 61 f.

26 LUTTER/HOMMELHOFF (FN 2), 59.

27 S. Art. 12 ff. BankV.

28 Immerhin können diese Ansätze aber als Obergrenze betrachtet werden, die in der Regel nicht überschritten werden müssen.

29 S. Kreisschreiben der ESTV zu Art. 65 und 75 DBG.

30 BGE 109 Ia 97 E. 2d.

31 Der Ausdruck stammt aus Revisionskreisen.

32 Dies kann etwa der Fall sein, wenn Forschungs- und Entwicklungsprojekte abgebrochen werden müssen. Weil es sich dabei meistens um praktisch unveräusserliche Aktiven handelt, führt dies in der Regel zu einem erheblichen bilanziellen Vermögensverlust.

33 GLANZMANN (FN 4), 121.

34 THOMAS RAISER, Konzernhaftung und Unterkapitalisierung – Besprechung der Entscheidung BGH AG 1994, 179 (EDV-Peripherie), in ZGR 1995 156–169, 166; JOACHIM UNGER, Unterkapitalisierung in Belgien und Frankreich, Frankfurt 1988, 63; ROTH, Unterkapitalisierung (FN 22), 182.

35 S. dazu unten C I 2.

36 SILVIO CAFLISCH, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961, 260; ANNE PETIT-PIERRE-SAUVIN, Droit des sociétés et groupes de sociétés, Responsabilité de l'actionnaire dominant, Retrait des actionnaires minoritaires, Genève 1972, N 51; ALEIDUS GERARD BOSMAN, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984, 68; KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne: zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen 1995, 181; MAX ALBERS-SCHÖNBERG, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980, 129.

C. Die Rechtsfolgen einer Unterkapitalisierung

I. Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

1. Die Voraussetzungen nach Art. 754 Abs. 1 OR

a. Der Schaden

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung betrauten Personen haften nach Art. 754 Abs. 1 OR für den Schaden, den sie durch die schuldhaft Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Im Falle einer Unterkapitalisierung werden im Konkurs der Gesellschaft sowohl die Gläubiger als auch die Aktionäre regelmässig geschädigt. Der Schaden der Gläubiger ergibt sich aus einer allfälligen nur teilweisen Deckung ihrer Forderungen. Der Schaden der Aktionäre ist zwar schwieriger zu beziffern, doch dürfte dieser als Folge der Liquidation und des damit verbundenen Wechsels vom Fortführungs- auf den Veräusserungswert ebenfalls vorhanden sein³⁷.

b. Die Pflichtwidrigkeit

Neben einem Schaden setzt die Haftung aus Verantwortlichkeit eine Pflichtverletzung der haftbaren Person voraus. Haftungsbegründend ist insbesondere die Verletzung von unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten des Verwaltungsrates nach Art. 716a Abs. 1 OR³⁸, wozu auch die Finanzplanung gehört³⁹. Gegenstand einer sorgfältigen Finanzplanung ist unter anderem die angemessene Kapitalausstattung der Gesellschaft, welche aufgrund von Art. 725 Abs. 2 OR vorzunehmen ist. Ist die Gesellschaft nicht angemessen kapitalisiert, d.h. unterkapitalisiert, so wird gegen zwei Normen verstossen, welche die Gläubiger vor Verlusten schützen wollen. Es liegt damit eine haftungsbegründende Pflichtverletzung des Verwaltungsrates vor⁴⁰.

c. Der adäquate Kausalzusammenhang

Zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden muss ferner ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen⁴¹. Dieser ist regelmässig erstellt, wenn gewöhnliche Gläubiger in einem Konkurs Verluste erleiden; wäre die Gesellschaft nicht unterkapitalisiert, so verfügte sie über genügend Risikokapital, um den Verlust aufzufangen. Anders verhält es sich bei nachrangigen Gläubigern und Aktionären. Diese können in einem Konkurs auch zu Schaden kommen, wenn die Gesellschaft nicht unterkapitalisiert ist. Deshalb muss hier die Unterkapitalisierung eigentliche Ursache für die Konkurseröffnung sein. Der adäquate Kausalzusammenhang ist in diesem Fall somit dann nicht gegeben, wenn auch eine angemessene Kapitalausstattung die Konkurseröffnung nicht hätte verhindern können⁴².

d. Das Verschulden

Schliesslich muss das pflichtwidrig handelnde Organ ein Verschulden treffen, d.h. das Verhalten muss ihm vor-

werfbar sein. Ein Verschulden liegt immer dann vor, wenn der Beklagte nicht so gehandelt hat, wie dies von einem pflichtbewussten Organ in der konkreten Situation verlangt werden darf⁴³. Damit muss wohl jede Unterkapitalisierung als schuldhaft bezeichnet werden, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, welche die Schuld ausschliessen. Dazu zählt etwa die Notwendigkeit, besondere Risiken einzugehen, die sich aufgrund des Gesellschaftszweckes ergeben⁴⁴. Kein Schuld ausschliessungsgrund liegt hingegen vor, wenn die Generalversammlung einer beantragten Kapitalerhöhung⁴⁵ nicht zustimmt oder von sich aus das Eigenkapital herabsetzt. In diesen beiden Fällen hat der Verwaltungsrat anderweitig Risikokapital zu beschaffen oder allenfalls den Geschäftsumfang zurückzunehmen⁴⁶. Ist ihm letzteres aufgrund des Gesellschaftszweckes verwehrt, so hat der Verwaltungsrat in letzter Konsequenz sein Mandat niederzulegen, andernfalls ihm ein Übernahmeverschulden vorzuwerfen ist⁴⁷.

e. Die Einwilligung des Geschädigten

Nach dem Grundsatz "volenti non fit iniuria" können Verantwortlichkeitsansprüche dann nicht geltend gemacht werden, wenn der Geschädigte in die pflichtwidrige Handlung einwilligt oder diese nachträglich genehmigt⁴⁸. Bei einer Schädigung infolge Unterkapitalisierung ist eine Einwilligung etwa dann anzunehmen, wenn der Gläubiger mit der Gesellschaft einen Vertrag abschliesst, obwohl er weiss oder wissen müsste, dass die Gesellschaft unterkapitalisiert ist. Die Einwilligung in das schädigende Ereignis kann allerdings nicht jedem Gläubiger entgegengehalten werden, sondern nur jenem, der macht- und intellektmässig fähig ist, sich alternativ zu verhalten⁴⁹. Zu dieser Gläubigerkate-

37 Zum Schaden ausserhalb des Konkurses s. GLANZMANN (FN 4), 134.

38 PETER WIDMER, BS-Komm. zu Art. 754–761 OR, in H. HONSELL u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186, Basel 1994, Art. 754 N 11; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 23), N 1973a.

39 S. oben B II.

40 BGE 110 II 391 E. 2b.

41 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 36 N 91.

42 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 36 N 94.

43 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 36 N 80; WIDMER (FN 38), Art. 754 N 17.

44 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 36 N 83.

45 Art. 650 Abs. 1, Art. 651 Abs. 1 und Art. 653 Abs. 1 OR.

46 LUTTER/HOMMELHOFF (FN 2), 61.

47 JEAN NICOLAS DRUEY, Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in W. A. STOFFEL (Hrsg.), Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, La responsabilité des administrateurs, Zürich 1994, 45–61, 60; so auch im französischen Recht: Rev.Soc. 1984 764, 767; UNGER (FN 34), 95.

48 BGE 86 III 154 E. 2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 36 N 157; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, N 557.

49 SCHEEL (FN 1), 385; GÜNTHER ROTH, Zur "economic analysis" der beschränkten Haftung, in ZGR 1986 371–382, 376.

gorie gehören in der Regel Banken und andere Grosskreditgeber, nicht aber gewöhnliche Lieferanten und Arbeitnehmer. Ist der Gläubiger gleichzeitig Aktionär⁵⁰, so ist die Kenntnis der Unterkapitalisierung zu vermuten, weil er regelmässig Einblick in die Jahresrechnung hat⁵¹. Diese tatsächliche Vermutung kann der Aktionärs-Gläubiger durch einen Gegenbeweis zerstören⁵².

2. Die Vermutung der Unterkapitalisierung

Das Hauptproblem einer Verantwortlichkeitsklage wird regelmässig der Beweis der Unterkapitalisierung sein. Einerseits sieht sich der Kläger mit einer Gesellschaft konfrontiert, die offensichtlich über zuwenig Risikokapital verfügte, denn sonst wäre er nicht geschädigt worden. Andererseits bedeutet ein objektiver Mangel an Risikokapital aber noch nicht, dass dieses auch unangemessen war. Erfahrungsgemäss ist nämlich jede wirtschaftliche Tätigkeit risikobehaftet und kann zu Verlusten führen⁵³. Der Beweis, dass die konkrete Kapitalausstattung ungenügend war, ohne dass ein Fall einer offensichtlich unterkapitalisierten Gesellschaft vorliegt, dürfte daher kaum zu erbringen sein. Deshalb muss aufgrund des Umstandes, dass die Gesellschaft objektiv mit zuwenig Risikokapital ausgestattet war, auf die tatsächliche Vermutung geschlossen werden dürfen, dass die Kapitalausstattung nicht angemessen war⁵⁴. Diese tatsächliche Vermutung kann der beklagte Verwaltungsrat mit einem Gegenbeweis zerstören⁵⁵. Er hat dabei nicht zu beweisen, dass die Gesellschaft nicht unterkapitalisiert war, sondern muss nur darlegen, dass die von ihm gewählte Finanzierungsform im konkreten Fall vertretbar war⁵⁶. Weil dem Verwaltungsrat bei der Finanzierung ein erhebliches Ermessen zusteht, dürfen an den Gegenbeweis keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Dieser muss namentlich immer dann als erbracht gelten, wenn die Gesellschaft noch zu marktüblichen Bedingungen Kredite erhalten hat⁵⁷.

II. Die Verantwortlichkeit der Revisionsstelle

Nach Art. 755 OR haften die mit der Prüfung befassten Personen der Gesellschaft, den Aktionären und den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden, den sie durch die Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Eine haftungsbe gründende Pflichtverletzung ist insbesondere die Verletzung der Anzeigepflicht bei der Feststellung von Unregelmässigkeiten⁵⁸. Weil die Revisionsstelle sämtliche Gesetzesverletzungen, die sie bei der Durchführung ihrer Prüfung feststellt, dem Verwaltungsrat und in wichtigen Fällen auch der Generalversammlung schriftlich zu melden hat⁵⁹, muss sie auch eine allfällige Unterkapitalisierung anzeigen⁶⁰. Es ist davon auszugehen, dass die Revisionsstelle durch die Prüfung der Bilanz regelmässig von einer Unterkapitalisierung Kenntnis erlangt. Fraglich ist allerdings, ob die im konkreten Fall unterlassene oder nicht schriftlich vorgenommene Meldung⁶¹ an den Verwaltungsrat oder an die Generalversammlung adäquat kausal zum entstandenen Schaden ist.

III. Die Umqualifizierung von Darlehensforderungen

1. Die Voraussetzungen einer Umqualifizierung

a. Allgemeines

Nach der hier vertretenen Auffassung – und im Gegensatz zur bisherigen Lehre⁶² – führt der Tatbestand der Unterkapitalisierung zur Verantwortlichkeit der Organe. Unter bestimmten Voraussetzungen ist daneben auch noch die Umqualifizierung von Darlehensforderungen angezeigt. Diese Rechtsfolge wurde von der Lehre vom verdeckten Eigenkapital oder kapitalersetzenden Darlehen entwickelt. Sie besagt, dass ein Aktionärsdarlehen, das nicht als Eigenkapital, sondern als eigentliches Fremdkapital zu betrachten ist, im Konkurs der Gesellschaft nicht kolloziert werden dürfe, sondern wie Eigenkapital zu behandeln sei⁶³.

b. Die besondere Stellung des Gläubigers

Erste Voraussetzung einer Umqualifizierung von Darlehensforderungen im Konkurs einer unterkapitalisierten Gesellschaft ist, dass das Darlehen von einem Gläubiger stammt, der in einem besonderen Verhältnis steht zur Gesellschaft⁶⁴. Dieses besondere Verhältnis besteht einmal dann, wenn ein *Aktionärs-Gläubiger* Anteile hält, die ihm einen massgeblichen Einfluss vermitteln. Das Gesetz spricht in diesem Fall von einer Beteiligung⁶⁵. Hält der

50 Beachte auch die Schranken nach Art. 758 OR, denen der Aktionärs-Gläubiger in seiner Stellung als Aktionär unterliegt.

51 Art. 696 Abs. 1 und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

52 MAX KUMMER, BE-Komm. zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, Art. 8 N 107 und 366.

53 S. oben B III 1.

54 GLANZMANN (FN 4), 135; die gleiche Vermutung wird auch im belgischen Recht aufgestellt: UNGER (FN 34), 68.

55 KUMMER (FN 52), Art. 8 N 107 und 366.

56 Die Beurteilung der Vertretbarkeit ist ex ante vorzunehmen. Als Grundlage dazu dient der vom Verwaltungsrat zu erstellende Finanzplan.

57 RAISER (FN 34), 166; UNGER (FN 34), 63; ROTH, Unterkapitalisierung (FN 22), 182; s. oben B III 2.

58 WIDMER (FN 38), Art. 755 N 11.

59 Art. 729b Abs. 1 OR; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 23), N 1822; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 33 N 65.

60 Diese verstösst gegen Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR.

61 PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht der Revisionsstelle, Zürich 1994, 76.

62 S. unten V.

63 BÖCKLI, Aktienrecht (FN 23), N 1698; ALEXANDER VOGEL, Kapitalersetzende "Sanierungs"-Darlehen im Konzern, in SZW 1993 299–304, 300.

64 Zum Verhältnis der Voraussetzung der Unterkapitalisierung zu den von der bisherigen Lehre geforderten Voraussetzungen, s. GLANZMANN (FN 4), 140 f.

65 Art. 665a Abs. 2 OR.

Aktionär Anteile, die ihm mindestens 20 Prozent der Stimmrechte verschaffen, so gilt dies von Gesetzes wegen als Beteiligung⁶⁶. In diesem Fall ist immer eine besondere Beziehung zur Gesellschaft anzunehmen⁶⁷.

Allein, die besondere Beziehung zur Gesellschaft muss nicht unbedingt aus einer Eigenkapitalbeteiligung fließen⁶⁸. Vielmehr kann sie sich auch aus *anderem Grund* ergeben. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Gläubiger einen grossen Teil seines Vermögens in der Gesellschaft gebunden hat, d.h. wenn er bezüglich der Gesellschaft ein Klumpenrisiko aufweist⁶⁹. Befindet sich die Gesellschaft in einer Krise, so wird der Gläubiger versuchen, durch einen zusätzlichen Kredit das Überleben der Gesellschaft sicherzustellen, um damit wenigstens einen Teil seiner Guthaben zu sichern. Er wird in dieser Situation der Gesellschaft noch ein Darlehen gewähren, wenn dies ein unabhängiger Dritter zu marktüblichen Konditionen nicht mehr getan hätte⁷⁰. Dasselbe gilt für den Fall, wo ein grosser Teil des Fremdkapitals der Gesellschaft vom nämlichen Gläubiger stammt. Der Gläubiger befindet sich hier in einer besonderen Stellung, die ihn unter Umständen sogar als faktisches Organ qualifizieren lässt⁷¹.

c. Die Kenntnis der Unterkapitalisierung

Weitere Voraussetzung einer Umqualifizierung ist, dass das Darlehen in Kenntnis der Unterkapitalisierung der Gesellschaft gewährt wurde. Massgebend für die Beurteilung ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁷². Erscheint die Gesellschaft erst im Laufe der Zeit als nicht mehr angemessen kapitalisiert und lässt der Gläubiger das Darlehen trotzdem stehen, so wird die Voraussetzung einer Umqualifizierung nur dann erfüllt, wenn der Gläubiger die rechtliche Möglichkeit hatte, das Darlehen zu kündigen und er zudem die veränderte finanzielle Situation der Gesellschaft kannte⁷³.

Die Kenntnis der Unterkapitalisierung ist aufgrund der besonderen Stellung, die der Gläubiger einnehmen muss, zu vermuten⁷⁴. Der Gläubiger kann diese tatsächliche Vermutung durch einen Gegenbeweis zerstören⁷⁵. Gelingt ihm der Gegenbeweis, so unterliegt die Forderung nicht der Umqualifizierung.

2. Die Umqualifizierung in nachrangiges Fremdkapital

Lehre und Praxis gingen bis anhin mehrheitlich davon aus, dass eine Forderung unter gegebenen Voraussetzungen in *Eigenkapital* umqualifiziert werden müsse⁷⁶. Diese Auffassung verletzt das Gebot der schonenden Rechtsausübung, das auch im Gesellschaftsrecht gilt: Danach muss das Ziel einer Umqualifizierung mit dem kleinst möglichen Eingriff für den betroffenen Gläubiger erreicht werden⁷⁷. Die Umqualifizierung einer Darlehensforderung wird vorgenommen, weil der Darleiher der Gesellschaft ein Darlehen gewährte, obwohl er wusste, dass diese unterkapitalisiert ist und demnach über zuwenig Risikokapital verfügt. In dieser Situation hätte ein unabhängiger Dritter der Gesellschaft keinen Kredit mehr gewährt, weshalb nach Treu und

Glauben auch der Darleiher der Gesellschaft nur noch Risikokapital hätte zuführen dürfen⁷⁸. Derjenige Teil des Darlehens, der nur als Risikokapital hätte hingegeben werden dürfen, muss deshalb in solches umqualifiziert werden. Ist dabei diejenige Form von Risikokapital zu wählen, die für den Gläubiger die wenigst einschneidenden Konsequenzen mit sich bringt, so ist das Darlehen in *nachrangiges Fremdkapital* und nicht in Eigenkapital umzuqualifizieren⁷⁹. Die Umqualifizierung ist ex nunc auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung hin vorzunehmen⁸⁰.

IV. Die Rückforderung zurückbezahlter Darlehen

1. Allgemeines

Die Umqualifizierung einer Darlehensforderung ist nur möglich, wenn das Darlehen nicht vor der Konkurseröffnung zurückbezahlt wurde. Ist das Darlehen vor der Konkurseröffnung zurückbezahlt worden, so wird den

66 Art. 665a Abs. 3 OR; LEONARDO CEREGHETTI, Die Offenlegung von Unternehmensbeteiligungen im schweizerischen Recht – unter besonderer Berücksichtigung des neuen Aktienrechts und des zukünftigen Börsenrechts, Diss. St. Gallen, Chur/Zürich 1995, 84.

67 GLANZMANN (FN 4), 142.

68 Die bisherige Lehre nahm ein besonderes Verhältnis nur für Aktionärs-Gläubiger an: VON GREYERZ (FN 1), passim; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 23), N 1698a. Nach VOGEL (FN 53), 300, müssen es nicht Aktionäre, sondern bloss nahestehende Personen sein. Für das deutsche Recht: BGHZ 90, 381, 391; MARCUS LUTTER, Kommentar zu § 1–75 AktG, in ZÖLLER (Hrsg.), Kölner-Komm. zum Aktiengesetz, Bd. 1, 2. A., Köln 1988, § 57 N 93; UWE HÜFFER, Aktiengesetz, 2. A., München 1995, § 57 N 18.

69 Zum Begriff des Klumpenrisikos s. GLANZMANN (FN 4), 166 ff.

70 GLANZMANN (FN 4), 142.

71 BGE 107 II 349 E. 3a.

72 VON GREYERZ (FN 1), 551; LUTTER (FN 58), § 57 N 91.

73 LUTTER (FN 58), § 57 N 96. A. M. VON GREYERZ (FN 1), 551, der in diesem Fall eine Umqualifizierung nur bei einer eigentlichen Neugewährung zulassen will.

74 GLANZMANN (FN 4), 143.

75 KUMMER (FN 52), Art. 8 N 107 und 366.

76 VON GREYERZ (FN 1), 553 f.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Januar 1993, in SZW 1993 299; SJ 1971 209, 214 f.; s. für Deutschland: LUTTER (FN 58), § 57 N 94.

77 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 39 N 95; BGE 121 III 219 E. 3 a.E.

78 VOGEL (FN 53), 300.

79 VOGEL (FN 53), 301 f.; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 23), N 1698a.

80 GLANZMANN (FN 4), 144. A. M. VOGEL (FN 53), 302, und BÖCKLI, Aktienrecht (FN 23), N 1698a, die die Vermutung aufstellen, dass beim Abschluss des betreffenden Vertrages stillschweigend ein Rangrücktritt vereinbart wird. Dies entspricht einer Umqualifizierung ex tunc auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses hin.

gewöhnlichen Kurrentgläubigern insbesondere dann Verwertungssubstrat entzogen, wenn es sich um ein nachrangiges Darlehen handelt. Es besteht dann ein Bedürfnis, die zurückbezahlte Darlehensvaluta der Konkursmasse zuzuführen. Diese Rückforderung kann entweder auf konkursrechtlicher oder auf gesellschaftsrechtlicher Basis erfolgen. Selten wird eine Rückforderung aus Vertrag möglich sein⁸¹.

2. Die Rückforderung nach Art. 288 SchKG

a. Die objektiven Klagevoraussetzungen

Nach Art. 288 SchKG sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Konkurseröffnung in der dem andern Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.

Objektive Klagevoraussetzung ist, dass die angefochtene Handlung die Gläubiger oder einzelne von ihnen tatsächlich *schädigt*, indem sie das Vollstreckungssubstrat vermindert oder die Stellung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren sonstwie verschlechtert⁸². Eine Schädigung der Gläubiger liegt in aller Regel dann nicht vor, wenn die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners in der Beteiligung an einem Rechtsgeschäft besteht, das ihm für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung eingebracht hat⁸³. Nach Auffassung des Bundesgerichtes ist die Rückzahlung der Darlehensvaluta nicht die Gegenleistung für deren Gewährung; deshalb liegt eine Verminderung des Verwertungssubstrates und damit eine Schädigung der Gläubiger vor, wenn ein bedrängter Schuldner aus seinen letzten Mitteln ein Darlehen zurückzahlt⁸⁴. Das Verwertungssubstrat wird auch vermindert, wenn eine unterkapitalisierte Gesellschaft ein nachrangiges Darlehen zurückbezahlt. Es liegt dann ebenfalls eine Schädigung der Gläubiger vor. Das gleiche gilt für ein Darlehen, das in nachrangiges Fremdkapital umzuqualifizieren wäre, wenn im Zeitpunkt der Rückzahlung der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet würde⁸⁵.

Der Eintritt der Schädigung wird zugunsten der Konkursmasse vermutet, wobei dem Beklagten der Beweis offensteht, dass die angefochtene Handlung im konkreten Fall eine Schädigung nicht bewirkt hat⁸⁶. Der Beweis muss insbesondere dann als erbracht gelten, wenn das fragliche Darlehen im Rahmen einer Umfinanzierung zurückbezahlt und durch Eigenkapital oder durch ein anderes Darlehen ersetzt wurde.

b. Die subjektiven Klagevoraussetzungen

Als subjektive Voraussetzung hat der Kläger die tatbestandsmässige Absicht des Schuldners und ihre Erkennbarkeit durch den Begünstigten zu beweisen⁸⁷. Die Absicht des Schuldners liegt bereits dann vor, wenn diesem normalerweise klar sein musste, dass die Rechtshandlung den Interessen der Gesamtheit der Gläubiger zuwiderläuft⁸⁸. Dies ist immer dann der Fall, wenn im Zeitpunkt einer

Unterkapitalisierung noch Darlehen zurückbezahlt werden, ohne dass diese durch neues Kapital ersetzt werden. Die *Erkennbarkeit* dieser Absicht ist gegeben, wenn der Begünstigte bei Anwendung der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Benachteiligung der übrigen Gläubiger als natürliche Folge der betreffenden Rechtshandlung hätte voraussehen können⁸⁹. Dies ist immer dann anzunehmen, wenn der Darleiher Kenntnis hatte von der Unterkapitalisierung. Diese Kenntnis ist bei einem Aktionärs-Darleiher zu vermuten, weil dieser regelmässig Einblick in die Jahresrechnung hat und diese sogar genehmigen muss⁹⁰. Diese tatsächliche Vermutung kann der belastete Aktionär durch einen Gegenbeweis zerstören⁹¹.

3. Die Rückforderung nach Art. 678 Abs. 2 OR

Art. 678 Abs. 2 OR bestimmt, dass eine Leistung, die ein Aktionär, ein Verwaltungsrat oder eine diesen nahestehende Person ungerechtfertigt und in bösem Glauben von der Gesellschaft empfangen hat und die in einem offensichtlichen Missverhältnis zu ihrer Gegenleistung steht, zurückzuerstatten ist⁹². *Ungerechtfertigt* im Sinne dieser Bestimmung ist jede Leistung, die das Gesetz oder die Statuten verletzt⁹³. Somit fallen darunter auch Leistungen, die eine Unterkapitalisierung begründen oder noch verstärken. Deshalb ist die Rückzahlung eines nachrangigen Darlehens – weil Risikokapital – an ein Mitglied des Verwaltungsrates, an einen Aktionär oder an eine mit diesen verbundene Person ungerechtfertigt im Sinne von Art. 678 Abs. 2 OR, wenn sie zur Zeit einer Unterkapitalisierung

81 S. dazu GLANZMANN (FN 4), 147.

82 BGE 99 III 27 E. 3.

83 BGE 101 III 92 E. 4a.

84 BGE 99 III 27 E. 5.

85 GLANZMANN (FN 4), 148.

86 BGE 99 III 27 E. 3.

87 BGE 99 III 89 E. 4a und b.

88 HANS FRITZSCHE/HANS ULRICH WALDER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. A., Zürich 1993, § 66 N 25.

89 BGE 99 III 89 E. 4b.

90 Art. 696 Abs. 1 und Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR.

91 KUMMER (FN 52), Art. 8 N 107 und 366.

92 Das Gesetz verlangt daneben noch ein Missverhältnis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschaft, was von der Lehre aber richtigerweise als sinnwidrig abgelehnt wird: BÖCKLI, Aktienrecht (FN 23), N 1429; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 50 N 121; PETER KURER, BS-Komm. zu Art. 675–682 OR, in H. HONSELL u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186, Basel 1994, Art. 678 N 16; CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 275; ROLF WATTER, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, in AJP/PJA 1996 135–148, 143; BEAT SPÖRRI, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Zivilrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Diss. Zürich 1996, 205.

93 KURER (FN 92), Art. 678 N 20.

vorgenommen wird oder diese begründet. Dem nachrangigen Darlehen gleichgestellt ist das Darlehen, das in Fremdkapital umqualifiziert werden könnte, wenn im Zeitpunkt der Rückzahlung der Konkurs über die Gesellschaft eröffnet würde.

Für eine Rückforderung ist weiter erforderlich, dass die Leistung der Gesellschaft in einem *offensichtlichen Missverhältnis* steht zu ihrer Gegenleistung. Die Frage, ob ein offensichtliches Missverhältnis vorliegt, ist analog zu Art. 21 OR anhand einer Prüfung des gesamten Vertrages zu beurteilen⁹⁴. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind auch die Umstände, unter denen die Rückzahlung vorgenommen wird. In Anbetracht der Tatsache, dass die Rückzahlung der Darlehensvaluta nicht als Gegenleistung für die Darlehensgewährung gilt⁹⁵, muss es als Missverhältnis aufgefasst werden, wenn eine unterkapitalisierte Gesellschaft ein nachrangiges Darlehen zurückbezahlt und damit ihre Kapitalbasis weiter verschmälert. Dasselbe gilt für Darlehen, die im Falle eines Konkurses umqualifiziert werden müssten.

Schliesslich ist der Empfänger nur dann rückerstattungspflichtig, wenn er die Leistung im *bösen Glauben* bezogen hat⁹⁶. Der böse Glaube ist anzunehmen, wenn der Darleiher weiss oder wissen müsste, dass die Gesellschaft unterkapitalisiert ist. Diese Kenntnis ist im Falle des nachrangigen Darlehens und des Darlehens, das im Konkurs umqualifiziert werden könnte, zu vermuten. Diese tatsächliche Vermutung kann durch einen Gegenbeweis zerstört werden⁹⁷.

V. Kein Haftungsdurchgriff

Die Lehre sah bis anhin als Rechtsfolge für eine Unterkapitalisierung den Haftungsdurchgriff auf den beherrschenden Aktionär vor⁹⁸. Ein Durchgriff ist subsidiär, d.h. er wird nur dann vorgenommen, wenn die betreffende Person nicht schon aus Verantwortlichkeit haftet⁹⁹. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die primäre Rechtsfolge einer Unterkapitalisierung die Haftung aus Verantwortlichkeit. Dieser Haftung unterliegen auch die faktischen Organe, wozu insbesondere ein beherrschender Aktionär zu zählen ist¹⁰⁰. Weil damit regelmässig auf dieselbe Person durchgegriffen würde, die auch schon der Haftung aus Verantwortlichkeit unterliegt, entfällt der von der bisherigen Lehre geforderte Haftungsdurchgriff bei Unterkapitalisierung.

D. Schluss

Die angemessene Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft ist eine unentziehbare und unübertragbare Pflicht des Verwaltungsrates, die aus Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. Art. 725 Abs. 2 OR fliesst. Demnach ist die Gesellschaft mit einem im Verhältnis zu ihrem Verlustrisiko angemessenen Risikokapital auszustatten. Als Risikokapital gelten das Eigenkapital und das nachrangige Fremdkapital. Verletzt der Verwaltungsrat diese Pflicht, so haften seine Mitglieder

für einen allfälligen Schaden aus Verantwortlichkeit. Ebenfalls aus Verantwortlichkeit haftet die Revisionsstelle. Daneben können Darlehensforderungen im Konkurs der Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen in nachrangiges Fremdkapital umqualifiziert werden, und vorzeitig zurückbezahlte Darlehen können zurückgefordert werden. Kein Raum mehr verbleibt bei diesem Konzept dem Haftungsdurchgriff.

94 HUGUENIN JACOBS (FN 92), 276; ERNST A. KRAMER, BE-Komm. zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilbd., Unterteilbd. 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991, Art. 21 N 18.

95 BGE 99 II 27 E. 5.

96 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 50 N 116; KURER (FN 92), Art. 678 N 27.

97 KUMMER, (FN 52), Art. 8 N 107 und 366.

98 CAFLISCH (FN 36), 260; PETITPIERRE-SAUVIN (FN 36), N 51; BOSMAN (FN 36), 68; HOFSTETTER (FN 36), 181; ALBERS-SCHÖNBERG (FN 36), 129; LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994, 316; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 62 N 66.

99 JEAN NICOLAS DRUEY, Aufgaben eines Konzernrechts, in ZSR 1980 II 273–387, N 191; BOSMAN (FN 36), 69; VON PLANTA (FN 2), 163 FN 100 und 170.

100 VON PLANTA (FN 2), 168 f.; HANDSCHIN (FN 98), 333; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 2), § 37 N 13; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 23), N 1969a.

Le devoir de doter la société anonyme d'un capital approprié est l'une des attributions inaliénables du conseil d'administration qui découle de la combinaison des art. 716a et 725 al. 2 CO. En conséquence, la société doit être dotée d'un capital-risque approprié qui soit en rapport avec les risques de pertes. Si le conseil d'administration viole ce devoir, ses membres répondront des éventuels dommages. L'organe de révision engagera également sa responsabilité. En outre, dans le cadre de la faillite de la société, les créances découlant d'un prêt peuvent, sous certaines conditions, être qualifiées de fonds étrangers postposés et la restitution de sommes remboursées avant l'échéance de prêts peut être exigée. Selon ce concept, il n'y a plus de place pour une responsabilité directe.