

In:
Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
(GesKR), Sondernummer 2008.



Lukas Glanzmann*

Verrechnungsliberierung

Absage an die Werthaltigkeitstheorie

15

Aufsätze

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Vorschläge des Entwurfs
 1. Werthaltigkeit
 2. Verrechnungsfähige Forderungen
 3. Publizitätspflichten
 4. Beschlussquorum
- III. Würdigung

I. Problemstellung

Die Verrechnungsliberierung ist ein probates Sanierungsinstrument. Leider ist ihre Zulässigkeit bestritten. Die Diskussion dreht sich darum, ob Forderungen, die aus Sicht des Gläubigers nicht mehr werthaltig sind, ebenfalls verrechnet werden dürfen. Die Mehrheit der Lehre ist der Auffassung, dass die Werthaltigkeit der Forderung kein Erfordernis für eine zulässige Verrechnung ist¹. Daneben vertritt eine prominente Minderheit die sog. Werthaltigkeitstheorie, wonach die Forderung aus Sicht des verrechnenden Gläubigers werthaltig sein muss². Das Bundesgericht hat in einem älteren Entscheid die Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung auch in Sanierungssituationen anerkannt³. Bis heute hatte

es jedoch keine Gelegenheit, sich explizit zum Theorienstreit zu äussern⁴. Weil von der Zulässigkeit der Verrechnung die Gültigkeit der Liberierung abhängt, haben sowohl der verrechnende Gläubiger als auch die Gesellschaftsorgane ein erhebliches Interesse, dass die bestehende Rechtsunsicherheit vom Gesetzgeber beseitigt wird.

II. Vorschläge des Entwurfs

1. Werthaltigkeit

Der Entwurf zur Revision des Aktienrechts⁵ schlägt in Art. 634b Abs. 2 E-OR vor, dass im Falle einer Sanierung die Verrechnung mit einer Forderung auch dann als Deckung gilt, wenn die Forderung nicht mehr voll durch Aktiven gedeckt ist. Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass damit auf das Erfordernis der Werthaltigkeit bei der Verrechnungsliberierung verzichtet werden soll. Gleichzeitig ist die Einschränkung, dass dies nur im Falle einer Sanierung gilt, falsch und verwirrend. So ist einmal unklar, was unter einer Sanierung zu verstehen ist. Vermutlich ist damit gemeint, dass durch die Verrechnung eine bestehende Überschuldung beseitigt werden kann. Die Beseitigung einer etwaigen Überschuldung darf jedoch keine Voraussetzung für die Gültigkeit der Verrechnungsliberierung sein, weil dies weder für den Schutz der Gläubiger noch für den Schutz der Aktionäre erforderlich ist⁶. Wäre die Beseitigung einer etwaigen

* PD Dr. iur. Lukas Glanzmann, LL.M., Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zürich, Privatdozent an der Universität St. Gallen. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakernet.com).

¹ Vgl. z.B. LUKAS GLANZMANN, Die Schranken der Liberierung durch Verrechnung nach schweizerischem Aktienrecht, ZSR 118 (1999) I, 221 ff.; RICO A. CAMPOVO, Aktienkapitalerhöhung durch Verrechnungsliberierung, ST 10/1999, 885 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 1/2002, 15 f.; PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?, ZSR 122 (2003) I, 531 ff.; JEAN NICOLAS DRUEY, Liberierung durch Verrechnung – muss die Gegenforderung werthaltig sein?, in: von der Crone/Forstmoser/Weber/Zäch (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 267 ff.

² Vgl. z.B. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 2 N 124 ff.; PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001, § 2 N 47 ff.

³ In BGE 87 II 169 E. 5 hat das Bundesgericht festgestellt, dass die Umwandlung von Gläubigeransprüchen in Aktien, die nament-

lich bei Sanierungen häufig vorkommt, keineswegs gesetzswidrig ist.

⁴ In BGE 2A.169/2002 vom 11. Juli 2002 ist das Bundesgericht in einem *obiter dictum* der Werthaltigkeitstheorie gefolgt, ohne allerdings auf die Diskussion einzugehen; diesem Entscheid ist deshalb für die Frage der Werthaltigkeitstheorie keine Bedeutung zuzumessen.

⁵ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1589 ff.

⁶ Vgl. z.B. GLANZMANN (FN 1), 228 ff.; a.M. FORSTMOSER/VOGT (FN 1), 552; PETER BÖCKLI, Nachbesserungen und Fehlleistungen in der Revision des Aktienrechts, SJZ 104 (2008), 342.

Überschuldung Gültigkeitsvoraussetzung und würde sie im konkreten Fall nicht erfüllt, so würde der verrechnende Aktionär seine Liberierungspflicht nicht erfüllen und müsste nochmals leisten; dies wohl gemerkt, nachdem er seine Forderung durch Verrechnung aufgegeben hat. Die Konsequenzen für den Aktionär und Gläubiger wären fatal. Dies gilt umso mehr, als ein Gläubiger in der Regel gar nicht beurteilen kann, ob eine Gesellschaft überschuldet ist. Dies ist besonders offensichtlich im Falle einer Wandelanleihe, wo formell ebenfalls eine Verrechnungsliberierung vorgenommen wird. Hinzu kommt, dass gerade bei misslungenen Sanierungen im Nachhinein oft mittels unzähliger Gutachten darüber gestritten wird, ob und ab wann die Gesellschaft überschuldet war. Eine entsprechende Beurteilung ist sodann auch nicht Pflicht des Gläubigers, sondern liegt alleine in der Verantwortung des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle. Damit darf eine Überschuldung keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Liberierung haben. Sofern nach der Kapitalerhöhung immer noch eine Überschuldung besteht, haftet der Verwaltungsrat allenfalls wegen Konkursverschleppung. Aus all diesen Gründen ist in Art. 634b Abs. 2 E-OR die Einschränkung auf die Sanierung zu streichen und die Bestimmung sollte wie folgt lauten:

«²Die Verrechnung mit einer Forderung gilt auch dann als Deckung, wenn die Forderung nicht mehr voll durch Aktiven gedeckt ist.»

2. Verrechnungsfähige Forderungen

Unter geltendem Recht können sämtliche Forderungen, ungeachtet ihres Entstehungsgrundes, verrechnet werden. Art. 634b Abs. 1 Satz 2 E-OR schlägt nun vor, dass Forderungen nur noch verrechnet werden dürfen, wenn die ihnen zugrunde liegenden Leistungen Gegenstand einer Bareinlage oder einer Sacheinlage sein könnten. Als der Forderung «zugrunde liegende Leistungen» sind die Leistungen des Gläubigers an die Gesellschaft zu verstehen, also z.B. die Übertragung des Kaufgegenstandes bei einem Kaufvertrag oder die Ausrichtung der Darlehensvaluta bei einem Darlehensvertrag. Damit soll gemäss Botschaft sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Schranken der Sacheinlage nicht umgangen werden⁷. Während der Vorentwurf diese Einschränkung nur für die Verrechnung durch (bestehende) Aktionäre oder diesen nahe stehende Personen vorsah, soll die Bestimmung in Zukunft für sämtliche Verrechnungsliberierungen gelten. Diese Regelung ist aber aus den folgenden Gründen verfehlt und zwar ungeachtet ihres Anwendungsbereichs:

Erstens zeugt es von einem falschen Verständnis der Verrechnungsliberierung, wenn nur Forderungen zur

Verrechnung gebracht werden dürfen, die aus einem Rechtsgeschäft entstanden sind, unter dem die Gesellschaft etwas erworben hat, das auch als Sacheinlage hätte eingelegt werden dürfen⁸. Einzig relevant ist, dass die Forderung tatsächlich besteht und nicht fiktiv ist. Solange diese Voraussetzung erfüllt ist, wird die Substanz der Gesellschaft im Umfang des zur Verrechnung gebrachten Betrags erhöht. Mit genau diesem Betrag muss auch liberriert werden können. Nach der vorgeschlagenen Regelung wäre es aber z.B. nicht mehr möglich, ausstehende Lohn- oder Mietzinsforderungen in Aktienkapital umzuwandeln, weil die entsprechenden Leistungen des Gläubigers (Arbeit bzw. Gebrauchsüberlassung) nicht sacheinlagefähig sind. Aus dem gleichen Grund wäre es auch unzulässig, gestundete Zinsen zu kapitalisieren und zusammen mit dem Darlehen, das zweifelsohne verrechnet werden dürfte, ebenfalls zu verrechnen. Diese Beispiele zeigen, dass es Sachverhalte gibt, bei denen eine Verrechnung möglich sein muss, auch wenn die der Forderung zugrunde liegende Leistung nicht Gegenstand einer Bar- oder Sacheinlage sein kann. Doch selbst eine reine Schadenersatzforderung sollte nicht grundsätzlich von einer Verrechnung ausgeschlossen sein. Zwar stimmt es, dass eine Schadenersatzforderung nicht leicht zu verifizieren ist. Der Bestand der Forderung ist jedoch vom Verwaltungsrat (Art. 635 Ziff. 2 OR) und von einem zugelassenen Revisor (Art. 635a OR) zu bestätigen. Zudem ist eine solche Forderung sicher dann nicht zweifelhaft, wenn sie z.B. auf einem rechtskräftigen Gerichtsurteil gründet. In all diesen Fällen muss eine Verrechnungsliberierung ebenfalls zulässig sein⁹, weshalb Art. 634b Abs. 1 Satz 2 E-OR zu streichen ist. Art. 634b Abs. 1 E-OR sollte daher wie folgt lauten:

«¹Die Einlagen können auch durch Verrechnung geleistet werden.»

3. Publizitätspflichten

Der Entwurf schlägt für die Verrechnungsliberierung verschärfte Publizitätspflichten vor. So sollen die Statuten den Entstehungsgrund der zur Verrechnung gebrachten Forderung, den Namen des Einlegers und die ihm zukommenden Aktien angeben müssen (Art. 634b Abs. 3 E-OR). Die Bewertung der Forderung und die dafür ausgegebenen Aktien sollen zudem ins Handelsregister eingetragen werden müssen (Art. 634b Abs. 4 E-OR). Grundsätzlich ist zu begrüssen, dass die Verrechnungsliberierung den gleichen Publizitätspflichten unterliegt wie die anderen qualifizierten Liberierungs-

⁸ So die Botschaft (FN 5), 1641.

⁹ G.L.M. RITA TRIGO TRINDADE, Révision(s) du droit de la société anonyme et du droit comptable, in: Michel (Hrsg.), La révision du droit de la société anonyme, CEDIDAC N. 76, Lausanne 2008, 11.

⁷ Vgl. Botschaft (FN 5), 1641.

formen. Allerdings weist der Entwurf verschiedene Mängel auf:

Die Offenlegungen in den Statuten und im Handelsregister müssen besser aufeinander abgestimmt werden. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die «Bewertung der Forderung» zwar ins Handelsregister eingetragen, nicht aber in die Statuten aufgenommen werden muss. Die beiden Bestimmungen sind in dem Sinne zu harmonisieren, dass alles, was ins Handelsregister einzutragen ist, auch in die Statuten aufgenommen werden muss (nicht aber umgekehrt). Zudem ist die «Bewertung» der Forderung ohnehin nur dann relevant, wenn die Werthaltigkeitstheorie gilt. Diese findet aber richtigerweise gerade keine Anwendung. Somit ist die Forderung auch nicht zu bewerten; es ist einzig der Forderungsbetrag von Bedeutung. Die Bestimmung ist deshalb dahingehend zu ändern, dass der Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung offenzulegen ist (vgl. auch Art. 45 Abs. 2 lit. c HRegV).

Der Entstehungsgrund der zur Verrechnung gebrachten Forderung soll nach dem Entwurf ebenfalls offen gelegt werden müssen. Weil der Entstehungsgrund der Forderung nach der hier vertretenen Auffassung aber ohne Bedeutung ist, kann auch von seiner Offenlegung abgesehen werden.

Aufgrund der voranstehenden Ausführungen sollten Art. 634b Abs. 3 und 4 E-OR wie folgt lauten:

«³Die Statuten müssen den Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung, den Namen des Einlegers und die ihm zukommenden Aktien angeben.

«⁴Der Betrag der zur Verrechnung gebrachten Forderung und die dafür ausgegebenen Aktien müssen ins Handelsregister eingetragen werden.»

4. Beschlussquorum

Gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 3 E-OR bedarf der Generalversammlungsbeschluss über eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung in Zukunft einer qualifizierten Mehrheit. Diese Änderung ist nicht zu beanstanden, weil dadurch die Verrechnungsliberierung den anderen qualifizierten Liberierungsformen angepasst wird.

III. Würdigung

Die vorgeschlagenen Änderungen im Bereich der Verrechnungsliberierung werden zu keiner Verbesserung der heutigen Situation führen. Zwar wird die Frage, ob eine Forderung auch zur Verrechnung gebracht werden kann, wenn sie aus Sicht des Gläubigers nicht mehr werthaltig ist, grundsätzlich im positiven Sinne beantwortet. Gleichzeitig soll dies aber nur im Falle einer Sanierung gelten, wobei unklar ist, wann eine Sanie-

rung vorliegt. Hinzu kommt, dass die Verrechnung nur noch dann zulässig sein soll, wenn die fragliche Forderung auch Gegenstand einer Bar- oder Sacheinlage sein könnte. Damit wird in Zukunft die Liberierung mit einer ganzen Reihe von Forderungen unzulässig sein und die Rechtsunsicherheit in Sanierungssituationen nicht beseitigt.