Sonderdruck aus:

EUROPA INSTITUT ZÜRICH Band 49

Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht

Herausgeber: Rolf H. Weber

LUKAS GLANZMANN / VITO ROBERTO

Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen

Schulthess § 2004

Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen

von
Lukas Glanzmann/Vito Roberto*

Inhalt

I. Einleitung

II. Pflichten in Krisensituationen
1. Pflichten im Allgemeinen
2. Der Tatbestand der Überschuldung
3. Krise-Überschuldung-Sanierung

III. Sanierungsmassnahmen
1. Die Leitungspflicht in Krisensituationen
2. Hinauszögern der Richterbenachrichtigung
3. Konkursaufschub
4. Nachlassstundung

IV. Unzulässige Sanierungshandlungen
1. Anfechtbare Handlungen
2. Strafrechtliche Folgen

V. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Zu aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen kommt es vor allem oder fast ausschliesslich in der Folge eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung. Besonders kritisch ist dabei namentlich die Zeitspanne zwischen der Feststellung einer drohenden Insolvenz und der Konkurseröffnung. Denn der Verwaltungsrat hat in Krisensituationen einerseits sämtliche Möglichkeiten zu prüfen und umzusetzen, die den Fortbestand des Unternehmens sichern können; andererseits muss er im Falle einer Überschuldung umgehend den Rich-

* Wir danken Frau RA lic. iur. Eva Geier für die Überprüfung der Literaturhinweise.

ter benachrichtigen, wodurch ein weiteres Überleben der Gesellschaft regelmässig verunmöglicht werden dürfte. Die Verantwortlichen stehen bei dieser „Gratwanderung" zwischen *Unternehmenserhaltung* und *Benachrichtigung des Richters* unter grossem Zeitdruck, weshalb es gerade in dieser Zeit oftmals zu Verstössen gegen die gesellschaftsrechtlichen „Spielregeln" und damit zur Begründung von Verantwortlichkeitsansprüchen kommt.

Im nachfolgenden Beitrag sollen die Pflichten des Verwaltungsrates in Unternehmenskrisen ausgeleuchtet werden. Die Ausführungen befassen sich bloss mit den spezifischen Fragen im Zusammenhang mit Sanierungen; für die allgemeinen Grundlagen und Modalitäten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates sei dagegen auf den vorstehenden Beitrag von PETER ISLER verwiesen. Zunächst werden die Pflichten des Verwaltungsrates in Krisensituationen behandelt (II.). Sodann wird auf die möglichen und gebotenen Sanierungsmassnahmen (III.) sowie auf die unzulässigen Sanierungshandlungen (IV.) eingegangen. Im Rahmen der Schlussbemerkungen folgen einige Gedanken zur Vermeidung von Verantwortlichkeitsansprüchen und zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Handlungen in Krisensituationen im Allgemeinen (V.).

II. Pflichten in Krisensituationen

1. Pflichten im Allgemeinen

In einer Krisensituation muss der Verwaltungsrat seine Aufgaben der Oberleitung sowie der Finanzkontrolle besonders beachten. Diese Aufgaben kann er gemäss Art. 716a Abs. 1 OR weder an einen Verwaltungsratsausschuss noch an die Geschäftsleitung haftungsbefreiend delegieren. Zu den nicht delegierbaren Aufgaben gehört zudem auch die Benachrichtigung des Richters im Falle einer Überschuldung.

Der Verwaltungsrat muss aber nicht erst dann tätig werden, wenn eine Überschuldung vorliegt, sondern schon bei einem Kapitalverlust. In dieser Situation sind die Gläubigerforderungen zwar noch gedeckt; das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven sind dagegen bereits zu mehr als der Hälfte nicht mehr gedeckt.

Bei einem *Kapitalverlust* hat der Verwaltungsrat eine Generalversammlung einzuberufen und ihr Sanierungsmassnahmen zu beantragen (Art. 725 Abs. 1 OR).

Mögliche Sanierungsmassnahmen sind: Stillhalteabkommen mit den Kreditgebern, Forderungsverzichte, Umwandlung des Fremd- in Eigenkapital, Rangrücktritt, Kapitalherabsetzung ohne Mittelausschüttung, Kapitalzuschuss ohne Kapitalerhöhung, Verzicht auf bereits beschlossene, aber noch nicht ausgerichtete Dividenden usw.[1]

Liegt noch keine Überschuldung vor, sollte der Verwaltungsrat überdies versuchen, weitere Verluste zu verhindern sowie eine ausreichende *Liquidität sicherzustellen*. Mögliche Massnahmen, um die Liquidität zu verbessern, sind unter anderem: alle nicht absolut betriebsnotwendigen Ausgaben (wie Werbung, Abonnemente, Wartung, übrige Investitionen) kürzen bzw. streichen; den Personalbestand optimieren (Prüfung der Auslastung der einzelnen Arbeitnehmer, Lohnverhandlungen, kein neues Personal einstellen usw.); nicht betriebsnotwendige Aktiven realisieren; Lager abbauen. Eine Verbesserung der Liquidität ist allenfalls auch durch eine Straffung der Debitorenbewirtschaftung zu erzielen. Bis sich die erhoffte Wende im Bereich der Liquidität eingestellt hat, sollte mit den noch vorhandenen Mitteln möglichst haushälterisch umgegangen werden.[2] Die fälligen Sozialversicherungsabgaben sollten aber auch in solchen Fällen bezahlt werden, da gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts der Verwaltungsrat für diese – gleichsam als Garant – persönlich einzustehen hat (Art. 52 AHVG und Art. 76 BVG).[3]

Sofern die begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorgelegt werden. Eine *Überschuldung* liegt dann vor, wenn die Forderungen der Gläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind. Kommt es zu einer Überschuldung, d.h. ist das Fremdkapital sowohl zu Fortführungs- als auch zu Liquidationswerten nicht mehr gedeckt, so hat der Verwaltungsrat den Richter

1 Ausführlicher L. GLANZMANN, Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung in finanziellen Krisensituationen, in: V. ROBERTO (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich 2003, 19, 53 ff.; R. MÜLLER, Unsorgfältige Führung eines VR-Mandats, in: P. MÜNCH/T. GEISER (Hrsg.), Schaden – Haftung – Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, Basel u.a. 1999, 863 f.

2 Vgl. zur Sicherstellung genügender Liquidität D. SENN, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Zürich 2001, 116 ff.

3 Vgl. BGE 114 V 219 E. 3; vgl. allerdings den etwas weniger weit gehenden Entscheid in BGE H 217/02 und H 218/02 vom 23. Juni 2003.

zu benachrichtigen (Art. 725 Abs. 2 OR).[4] Zögert er die Benachrichtigung schuldhaft hinaus, haftet er persönlich für den dadurch verursachten Schaden.[5]

Von der Benachrichtigung des Richters kann in jenen Fällen abgesehen werden, in denen Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten. Durch den *Rangrücktritt* werden der Gesellschaft freilich weder neue Mittel zugeführt, noch verzichtet der im Rang zurücktretende Gläubiger auf seine Forderung.[6] Der Rangrücktritt hat somit keine direkt sanierende Wirkung, sondern soll dem Verwaltungsrat bloss den zusätzlichen (zeitlichen) Handlungsspielraum für die Durchführung von Sanierungsmassnahmen verschaffen.[7]

Der Rangrücktritt darf nicht befristet werden. Denn solange der Zustand der Überschuldung anhält, darf der im Rang zurücktretende Gläubiger seine Forderung nicht geltend machen. Mit dem Rangrücktritt wird somit (ausdrücklich oder stillschweigend) eine Stundungsvereinbarung für die Dauer der Überschuldung eingegangen.[8] Folgerichtig darf der Gläubiger die nachrangige Forderung auch nicht verrechnen, und auch etwaige für die Forderung bestellte Pfänder sind aus der Pfandhaft zu entlassen.[9] Sodann muss der Gläubiger den Rangrücktritt finanziell verkraften können; kann er dies nicht, so besteht die Gefahr, dass in einem Konkurs des Gläubigers der Rangrücktritt angefochten wird. Der Verwaltungsrat der Schuldner-Gesellschaft sollte daher auf die Bonität des im Rang zurücktretenden Gläubigers achten.[10] Und schliesslich sollten Rangrücktritte, obwohl keine Formvorschriften bestehen, stets schriftlich abgeschlossen werden; dies schon deshalb, weil das Bestehen eines gültigen Rangrücktritts im Rahmen eines

4 Vgl. BGE 116 II 533 E. 5a (von einer Überschuldungsanzeige kann allenfalls abgesehen werden, wenn konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen; vgl. hierzu hinten in Abschnitt III.2.).

5 Vgl. zur Auslegung von Art. 725 Abs. 2 OR R. RUEDIN/E. PIAGET, Le moment de l'avis au juge, AJP 2003, 1329 ff.

6 P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 Rz 221; P. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, Rz 1701.

7 Vgl. BGE 4C.47/2003 vom 2. Juli 2003 E. 2.1 f.

8 J. WITMER, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, Diss., Zürich 1999, 173 f.; BÖCKLI (FN 6), Rz 1703.

9 WITMER (FN 8), 175 f.

10 BGE 129 II 129 E. 7.1; WITMER (FN 8), 222; E. VON GREYERZ, Zum Rangrücktritt, SAG 55 (1983), 27 ff.

möglichen Verantwortlichkeitsprozesses für die Frage bedeutsam werden kann, ab welchem Zeitpunkt die Pflicht bestand, den Richter zu benachrichtigen.[11]

2. Der Tatbestand der Überschuldung

Die Bilanzierung erfolgt – sofern sich das Unternehmen nicht in Liquidation befindet – zu Fortführungswerten. Sofern nach diesen Werten eine Überschuldung resultiert, dürfte dies in aller Regel auch für eine Bilanz nach Veräusserungswerten gelten.

Zu wenig beachtet wird gelegentlich, dass die Fortführungswerte nicht auf jeden Fall massgeblich bleiben, bis sie eine Überschuldung aufweisen. Die Bewertung in der Bilanz darf nämlich nur so lange zu Fortführungswerten vorgenommen werden, als der *Fortführungswille* und die *Fortführungsmöglichkeit* der Gesellschaft gegeben sind.[12] Die Fortführungsmöglichkeit ist namentlich dann nicht mehr gegeben, wenn die Gesellschaft über unzureichende liquide Mittel verfügt und keine Aussicht besteht, dass innert nützlicher Frist neue Liquidität beschafft werden kann.[13] In der Revisionspraxis wird die Bewertung zu Fortführungswerten in der Regel akzeptiert, wenn die Gesellschaft mit grosser Wahrscheinlichkeit bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung genügend Liquidität, etwa in Form eines Stillhalteabkommens oder Veräusserungen von Aktiven, beschaffen kann. Eine Sicherstellung über diesen Zeithorizont hinaus dürfte auch dann nicht sachgerecht sein, wenn ein Unternehmen seit längerer Zeit Verluste ausweist und die Erzielung eines Gewinnes auf längere Sicht nicht absehbar ist; dies gilt freilich nur, wenn die erwarteten Verluste wegen fehlender Handlungsoptionen nicht zwangsläufig zu einer Überschuldung führen.

11 Zum Rangrücktritt als Vertrag vgl. WITMER (FN 8), 233 ff., welcher überdies die Auffassung vertritt, der Rangrücktritt bedürfe der Schriftform (a.a.O., 236); vgl. zum Formerfordernis auch P. BÖCKLI, Der Rangrücktritt im Spannungsfeld von Schuld- und Aktienrecht, in: P. FORSTMOSER/P. TERCIER/R. ZÄCH (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe W.R. Schluep, Zürich 1988, 351 f.

12 BÖCKLI (FN 6), Rz 1680a.

13 L. HANDSCHIN, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates im Sanierungsfall, ZBJV 136 (2000), 433, 437.

Abbildung 1

Fortführungsbilanz

Cash	100	200	Lieferanten
Debitoren	*1'000	500	Bankkredit
Maschinen	400	1'000	Darlehen Aktionär
Vorräte	100	300	AK
Patente	400		
	2'000	2'000	

* davon 800 über 90 Tage

Abbildung 2

Fortführungsbilanz-Kapitalverlust

Cash	100	200	Lieferanten
Debitoren	*1'000	500	Bankkredit
Maschinen	400	1'000	Darlehen Aktionär
Vorräte	100	200	Rst. Debitoren
Patente	400	300	AK
Verlustvortrag	200		
	2'200	2'200	

* davon 800 über 90 Tage: 25% davon zurückgestellt

Abbildung 3

Fortführungsbilanz-Überschuldung

Cash	100	200	Lieferanten
Debitoren	*1'000	500	Bankkredit
Maschinen	400	1'000	Darlehen Aktionär
Vorräte	100	400	Rst. Debitoren
Patente	400	300	AK
Verlustvortrag	400		
	2'400	2'400	

* davon 800 über 90 Tage: 50% davon zurückgestellt

Zur Illustration sollen folgende stark vereinfachte Bilanzen dienen: In Abbildung 1 decken die Aktiven in der Höhe von 2000 sowohl die Kreditoren in der Höhe von 1700 als auch das Aktienkapital. In der Bilanz wird jedoch dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass ein *grosser Teil der Debitoren überfällig* ist. In dieser Situation müsste man „Rückstellungen" (genauer: Wertberichtigungen der ausstehenden Forderungen[14]) für nicht einbringbare Debitorenforderungen bilden. Die Höhe dieser Rückstellung bestimmt sich nach der konkreten Situation.

In Abbildung 2 wird eine Rückstellung in der Höhe von 25% der überfälligen Debitoren gebildet. Da die Kreditoren noch voll gedeckt sind, das Aktienkapital aber bloss noch zu einem Drittel gedeckt ist, liegt ein Kapitalverlust vor. In Abbildung 3 wird dagegen eine Rückstellung in der Höhe von 50% gebildet. Damit decken die Aktiven weder die Kreditoren noch das Aktienkapital – es liegt eine Überschuldung vor.

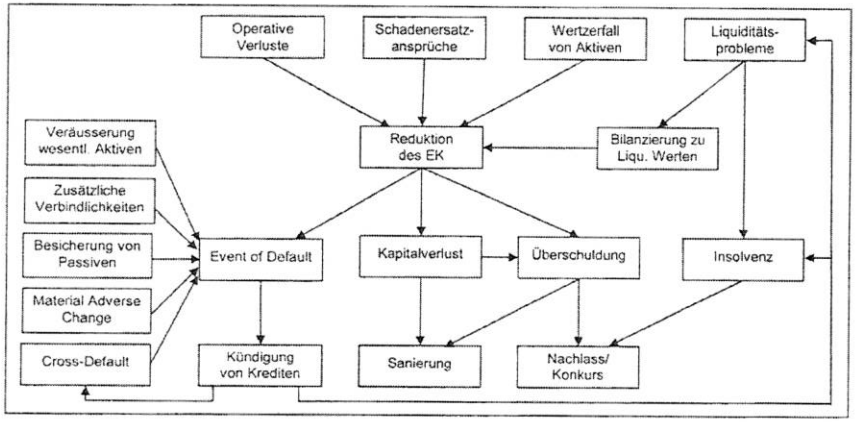
Nicht berücksichtigt wurde in den vorstehenden Abbildungen der Umstand, dass die *liquiden Mittel vergleichsweise tief* sind. Sofern die Liquiditätsplanung zeigt, dass in naher Zukunft ein Liquiditätsengpass bestehen wird und dieser nicht z.B. durch Zuführung zusätzlicher liquider Mittel bzw. durch Abschluss eines Stillhalteabkommens behoben werden kann, so muss eine Liquidationsbilanz erstellt werden. Dabei ist zu beachten, dass im Liquidationsfall Aktiven weniger Wert, Debitoren zahlungsunwilliger und zusätzliche Rückstellungen (z.B. für Arbeitnehmerforderungen) erforderlich sind. Dieser „Sturz vom Bewertungssockel" kann die Bilanzsituation erheblich verschlechtern, so dass selbst Bilanzen, die zu Fortführungswerten weder eine Überschuldung noch einen Kapitalverlust aufweisen, nun überschuldet sein können.

3. Krise-Überschuldung-Sanierung

Eine Krise kann durch verschiedene Ereignisse bedingt sein, wobei häufig nicht ein einzelnes Ereignis zu einer Unternehmenskrise führt. Die für die Gesellschaft wesentlichen Ereignisse können grundsätzlich in zwei Gruppen unterteilt werden: Einerseits sind es Ereignisse, die eine *negative Auswirkung auf das Eigenkapital* haben können. Dazu gehören operative Verluste, Schadenersatzansprü-

14 BÖCKLI (FN 6), Rz 1053.

che gegenüber der Gesellschaft oder der Wertzerfall von Aktiven. Eine Reduktion des Eigenkapitals kann unter Umständen zu einem Kapitalverlust bzw. zu einer Überschuldung führen. In beiden Fällen hat der Verwaltungsrat gewisse gesetzliche Pflichten zu erfüllen. Andererseits gibt es auch Ereignisse, die eine *negative Auswirkung auf die Liquidität* haben. Dazu gehören namentlich Ereignisse, die einen sog. *Event of Default* in Finanzierungsverträgen begründen. Als *Event of Default* bezeichnet man üblicherweise einen vertraglich stipulierten wichtigen Grund, der dem Kreditgeber regelmässig das Recht verleiht, Kreditlinien zu schliessen und bestehende Kredite fällig zu stellen. Dadurch kann die Gesellschaft in eine Liquiditätskrise oder gar in die Insolvenz geraten. Beides kann wiederum auf das Eigenkapital durchschlagen bzw. direkt in ein Konkurs- oder Nachlassverfahren führen. Zusammengefasst lassen sich diese Zusammenhänge folgendermassen abbilden:



Der Verwaltungsrat hat aus den möglichen Sanierungsmassnahmen jene auszuwählen, die am besten geeignet sind, die Interessen der Gläubiger zu schützen. Dabei ist es in den meisten Situationen angezeigt, verschiedene Massnahmen miteinander zu kombinieren. Bezüglich der zu beschliessenden Massnahmen hat der Verwaltungsrat einerseits betriebliche und organisatorische Massnahmen zu identifizieren, mit denen die Ertragskraft des Unternehmens wieder hergestellt werden kann. Andererseits gibt es verschiedene Sanierungsmassnahmen, die nicht primär aus betrieblichen oder organisatorischen Überlegungen ergriffen werden. Vielmehr geht es bei diesen Massnahmen darum, entweder die Bilanz

wieder ins Gleichgewicht zu bringen oder bei der Gesellschaft einen rechtlich einwandfreien Zustand wieder herzustellen.

III. Sanierungsmassnahmen

1. Die Leitungspflicht in Krisensituationen

Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR die Oberleitung der Gesellschaft inne.[15] Diese Aufgabe ist nicht haftungsbefreiend delegierbar, was gerade in der Unternehmenskrise beachtet werden muss. Denn häufig treten in dieser Situation Konflikte zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung auf, weil die Geschäftsleitung eher dazu tendiert, die Situation zu optimistisch einzuschätzen (umgekehrtes kann namentlich dann gelten, wenn es sich um eine neu eingesetzte Geschäftsleitung handelt, welche die Krise nicht verursacht hat). Aufgrund der Oberleitungspflicht ist es Aufgabe des Verwaltungsrates, aus einer gewissen Distanz eine Analyse vorzunehmen und die entsprechenden Massnahmen zu beschliessen.

Erfahrungsgemäss entscheiden sich Verwaltungsräte jedoch *regelmässig zu spät* dazu, *Sanierungsmassnahmen einzuleiten*; und wenn Massnahmen getroffen werden, sind diese *oftmals zu wenig einschneidend*, um eine nachhaltige Verbesserung der Situation herbeiführen zu können. Stattdessen hofft man auf externe günstige Umstände, die den Umsatz und die Profitabilität der Unternehmung verbessern und damit betriebliche oder finanzielle Sanierungsmassnahmen unnötig machen.[16]

Diese Zurückhaltung gegenüber unpopulären Massnahmen ist verständlich, namentlich wenn diese zu Arbeitsplatzverlusten führen oder eine Verunsicherung bei den Gläubigern und Aktionären verursachen bzw. vergrössern. Das Hinausschieben solcher Massnahmen führt freilich oft dazu, dass man zeitlich den *Problemen hinterherhinkt* und Massnahmen, die zu einem früheren Zeitpunkt wirksam gewesen wären, nunmehr ungenügend sind. Überdies erfordern die *Abklärungen, der Entscheid und die Umsetzung der beschlossenen Sanie-*

15 Vgl. zur Oberleitung der Gesellschaft im Allgemeinen ZK-HOMBURGER, Art. 716a OR Rz 530 ff.

16 V. ROBERTO, Rechtsprobleme bei Sanierungen – ein Überblick, in: V. ROBERTO (Hrsg.), Sanierung der AG, 2. Aufl., Zürich 2003, 9, 12 f.

rungsmassnahmen Zeit und Geld. Zögert man zu lange und wartet man zu, bis sich eine Überschuldung abzeichnet, so fehlt es für eine erfolgreiche Sanierung meist sowohl an der erforderlichen Zeit als auch an den notwendigen finanziellen Mitteln. Vor allem aber ist der *Handlungsspielraum* im Falle einer Überschuldung *eingeschränkt*, da zahlreiche Handlungen ab dem Zeitpunkt der Überschuldung nicht mehr rechtmässig bzw. anfechtbar sind.[17]

2. Hinauszögern der Richterbenachrichtigung

Es wurde bereits erläutert, dass der Verwaltungsrat im Falle einer Überschuldung, die nicht durch einen Rangrücktritt behoben werden kann, den Richter benachrichtigen muss.[18] Von der Benachrichtigung des Richters kann nur dann abgesehen werden, wenn konkrete Aussicht auf eine Sanierung besteht.[19] Der Verwaltungsrat hat freilich nicht unbeschränkt viel Zeit zur Verfügung, um die Sanierung durchzuführen. Das Bundesgericht geht davon aus, dass die Sanierung innert einer Frist von höchstens sechzig Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanz umgesetzt werden muss.[20] Für den Verwaltungsrat liegt die besondere Herausforderung darin, dass diese Pflichtenabwägung – Pflicht zur Sanierung einerseits, Benachrichtigung des Richters andererseits – unter erheblichem Zeitdruck erfolgen muss.

Zudem ist eine so genannte stille Sanierung nur dann zulässig, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht gefährdet werden. Dies ist dann der Fall, wenn die anvisierten Sanierungsmassnahmen eine dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft und deren Ertragskraft herbeizuführen vermag. Das Bundesgericht führte diesbezüglich in einer neueren Entscheidung aus: „Bestehen derartige Sanierungsaussichten, liegt keine Gefährdung der Gläubigerforderungen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor."[21] Und zutreffend fährt das Gericht mit der Feststellung fort: „Die Sanierung bleibt zulässig, selbst

17 Dazu hinten in Abschnitt IV.1.

18 Art. 725 Abs. 2 OR.

19 BGE 116 II 533 E. 5a; vgl. dazu E. FREY, Unternehmerisches Handeln trotz Überschuldung, ST 1988, 342 f.; a.M. RUEDIN/PIAGET (FN 5), 1329 ff.

20 Unveröffentlichter BGE vom 16. November 1999, 4C.117/1999, auszugsweise publiziert und besprochen von T. LUTERBACHER, ST 2000, 1267, 1269 f.

21 BGE 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 E. 4b, mit Verweis auf DUBACH, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck Voraussetzung und Inhalt, SJZ 94 (1998), 157.

wenn sich die Sanierungsbemühungen im Nachhinein als unfruchtbar erweisen."[22]

Massnahmen, die lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern, rechtfertigen dagegen kein Zuwarten bei der Benachrichtigung des Richters. Hinsichtlich der Frage, in welchen Fällen ein Zuwarten gerechtfertigt ist, muss nach Auffassung des Bundesgerichtes abgewogen werden, „ob das Risiko, das mit dem Versuch einer Sanierung naturgemäss verbunden ist, durch den ökonomischen Wert der Chance einer erfolgreichen Sanierung aufgewogen wird."[23] Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung angebracht oder ist das Risiko für die Gläubiger nach der erwähnten Abwägung im Verhältnis zur Chance zu hoch, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen und ihm den Entscheid über die Fortführung der Gesellschaft zu überlassen.[24]

3. Konkursaufschub

Der Verwaltungsrat hat nach Art. 725a Abs. 1 OR die Möglichkeit, gleichzeitig mit der Benachrichtigung des Richters diesem zu beantragen, den Konkurs aufzuschieben, sofern Aussicht auf Sanierung besteht. Dieses auch als Moratorium bezeichnete Verfahren erlaubt es dem Verwaltungsrat, seiner Pflicht zur Benachrichtigung des Richters nachzukommen und dennoch Zeit zu gewinnen, um eine Sanierung durchzuführen. Allerdings darf ein Konkursaufschub nur dann ausgesprochen werden, wenn aufgrund eines Sanierungsplanes glaubhaft gemacht wird, dass eine dauernde Sanierung der Gesellschaft möglich ist. Der Sanierungsplan muss aus objektiver Sicht zur Sanierung der Gesellschaft führen und darf die Situation der Gläubiger im Vergleich zur sofortigen Konkurskurseröffnung nicht verschlechtern.[25]

22 A.a.O., E. 4b, mit Verweis auf BGE 108 V 183 E. 2.

23 A.a.O., E. 5b aa.

24 A.a.O., E. 4b.

25 BGE 120 II 425 E. 2b; vgl. zum aktienrechtlichen Moratorium auch BÖCKLI (FN 6), Rz 1715 ff.; SENN (FN 2), 96 ff.

Der Richter hat mit seiner Verfügung über den Aufschub des Konkurses Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens zu treffen.[26] Im Weiteren kann er einen *Sachwalter bestellen* und entweder dem *Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen* oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen.[27] Während die Bestellung eines Sachwalters wohl die Regel ist, macht es wenig Sinn, beim Vorliegen eines offenbar überzeugenden Sanierungsplanes dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis zu entziehen.[28]

Der Vorteil des aktienrechtlichen Moratoriums besteht darin, dass es von Gesetzes wegen nicht befristet ist. Weiter ist zu beachten, dass der Konkursaufschub nicht publiziert werden muss, sofern dies zum Schutze Dritter nicht erforderlich ist.[29] Es ist davon auszugehen, dass Dritte mit einer Publikation kaum je geschützt werden. Wie hinlänglich bekannt ist, hat die Ankündigung oder Publikation eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens schwerwiegende Auswirkungen auf die Liquidität des Schuldners, weil sämtliche Geschäftspartner ihre Geschäftsbeziehungen abzubrechen drohen oder ihre Leistungen nur noch gegen Vorauszahlung und nach Begleichung der ausstehenden Forderungen erbringen.[30] Anders als beim Konkurs oder bei der Nachlassstundung gibt es beim Konkursaufschub nicht einen eigentlichen Schnitt, der es dem Schuldner verbietet, irgendwelche Verbindlichkeiten zu bezahlen, die vor der Gewährung des Konkursaufschubes entstanden sind. Deshalb wird wohl keine operativ tätige Gesellschaft die Publikation des Konkursaufschubes liquiditätsmässig verkraften können. Aus diesem Grund sollte alles daran gesetzt werden, dass der Richter auf die *Veröffentlichung des Konkursaufschubes verzichtet*.[31] Ansonsten ist die Umsetzung der geplanten Sanierungsmassnahmen stark gefährdet. Aus demselben Grund kann es auch angezeigt sein, auf die Ernennung eines Sachwalters zu verzichten, sofern dieser gegen aussen in Erscheinung treten muss. Unter diesem

26 Art. 725a Abs. 1 OR.

27 Art. 725a Abs. 2 OR.

28 BÖCKLI (FN 6), Rz 1718.

29 Art. 725a Abs. 3 OR; BaslerKomm-VOLLMAR, Art. 293 SchKG Rz 11.

30 Illustrativ dafür ist das Beispiel der Swissair; vgl. dazu den Bericht der GPK über die Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise vom 19. September 2002 (BBl 2003 5483).

31 A.M. wohl BÖCKLI (FN 6), Rz 1719, welcher die Bestimmung „aus der Sicht des notleidenden Unternehmens hilfreich, rechtlich aber problematisch" findet. Die Teilnehmer am allgemeinen Wirtschaftsverkehr müssen annehmen können – so BÖCKLI –, dass „eine am Wirtschaftsverkehr teilnehmende Kapitalgesellschaft grundsätzlich nicht überschuldet ist".

Gesichtspunkt dürfte es auch verfehlt sein, dem Verwaltungsrat die Vertretungsbefugnis gänzlich zu entziehen.

4. Nachlassstundung

Als Alternative zur Konkursanmeldung bzw. zum Antrag auf Konkursaufschub hat der Verwaltungsrat auch die Möglichkeit, dem Richter die Erteilung einer (provisorischen) Nachlassstundung zu beantragen und damit ein Nachlassverfahren einzuleiten.[32] Es besteht dann die Möglichkeit, im Schutze der Nachlassstundung eine Sanierung durchzuführen. Weil die (provisorische) Nachlassstundung von Gesetzes wegen öffentlich bekannt gemacht wird und keine Möglichkeit besteht, von einer Publikation abzusehen,[33] muss die Gesellschaft alles daran setzen, dass ihre Absicht, (provisorische) Nachlassstundung zu beantragen, *nicht publik wird*. Eine vorzeitige Publizität würde regelmässig unerwünschte negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft mit sich bringen. Aus diesem Grund ist es geradezu notwendig, dass der Gesellschaft zuerst die provisorische Nachlassstundung[34] gewährt wird, und zwar innert kürzester Zeit nach Einreichung des Gesuchs.[35] Dabei ist es erforderlich, dass sich die Gesellschaft vor der Gesuchseinreichung mit den Hauptgläubigern über die Person des Sachwalters geeinigt hat.

Die Gewährung der (provisorischen) Nachlassstundung hat ähnliche Wirkungen wie die Konkurseröffnung: Sämtliche Betreibungen gegen die Gesellschaft werden eingestellt,[36] der Zinsenlauf hört für alle nicht pfandgesicherten Forde-

32 Art. 293 ff. SchKG. Damit der Verwaltungsrat seinen Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR sicher nachkommt, kann er dem Richter gleichzeitig mit dem Gesuch um Nachlassstundung die Überschuldung anzeigen und beantragen, den Entscheid über die Konkurseröffnung einstweilen auszusetzen.

33 Art. 296 SchKG.

34 Art. 293 Abs. 3 SchKG.

35 Aus der Dokumentation für die Gläubigerversammlung der Swiss Dairy Food AG geht hervor, dass das Gesuch um Gewährung der provisorischen Nachlassstundung am Freitag, 20. September 2002 eingereicht und am Sonntag, 22. September 2002 bewilligt wurde (vgl. http://www.sachwalter-sdf.ch/pdf/d/Zwischenbericht/Bericht%20des%20Sachwalters_dt.pdf; Stichtag 17. Februar 2004).

36 Art. 297 Abs. 1 SchKG; davon ausgenommen sind Betreibungen auf Pfändung für die Forderungen der ersten Klasse sowie Betreibungen auf Pfandverwertung für grundpfandgesicherte Forderungen, wobei die Verwertung des Grundpfandes ausgeschlossen bleibt (Art. 297 Abs. 2 SchKG).

rungen auf,[37] die Verrechnung über den Stichtag ist grundsätzlich nicht mehr zulässig[38] und der Gesellschaft ist es – im Gegensatz zum aktienrechtlichen Moratorium – untersagt, Verbindlichkeiten zu erfüllen, die vor Gewährung der (provisorischen) Nachlassstundung entstanden sind.[39] Damit wird die Gesellschaft ab Gewährung der (provisorischen) Nachlassstundung vor ihren Gläubigern geschützt. Dies bedeutet namentlich, dass z.B. Lieferanten nach Gewährung der (provisorischen) Nachlassstundung künftige Lieferungen nicht mehr von der Bezahlung ausstehender Forderungen abhängig machen können. Immerhin werden Verbindlichkeiten der Gesellschaft, welche diese nach Gewährung der (provisorischen) Nachlassstundung mit Zustimmung des Sachwalters eingegangen ist, zu sog. *Massenverbindlichkeiten*.[40] Diese Massenverbindlichkeiten werden vorab befriedigt, d.h. bevor die Nachlassforderungen erfüllt werden dürfen.[41] Dadurch wird es der Gesellschaft ermöglicht, ihre Geschäftstätigkeit während der Nachlassstundung fortzuführen, ohne dass die neuen Gläubiger mit den früheren Gläubigern konkurrenzieren müssten.

Vorrangiges Ziel einer (provisorischen) Nachlassstundung ist die Sicherstellung einer nahtlosen *Weiterführung der Geschäftstätigkeit*. Eine unterbruchsfreie Geschäftstätigkeit hat in der Regel einen positiven Einfluss auf die Werthaltigkeit der Aktiven. Zudem können damit auch Schadenersatzansprüche aufgrund nicht erfüllter Verträge vermieden werden. Die kontinuierliche Weiterführung der Geschäftstätigkeit setzt jedoch voraus, dass genügend Liquidität vorhanden ist. Dabei ist zu beachten, dass bestehende Kreditlimiten mit der Gewährung einer (provisorischen) Nachlassstundung regelmässig geschlossen und Bankguthaben mit Schulden gegenüber der gleichen Bank verrechnet werden. Deshalb ist es meist notwendig, dass die Gesellschaft einen sog. Massenkredit aufnimmt. Um die unterbruchsfreie Weiterführung der Geschäftstätigkeit nicht zu

37 Art. 297 Abs. 3 SchKG.

38 Art. 297 Abs. 4 SchKG.

39 Vgl. Art. 297 SchKG sowie Art. 310 Abs. 1 i.V.m. Art. 326 SchKG. Diesen Forderungen gleichgestellt sind solche, die während der Nachlassstundung ohne Zustimmung des Sachwalters entstanden sind.

40 Art. 310 Abs. 2 SchKG, vgl. dazu BaslerKomm-HARDMEIER, Art. 310 SchKG Rz 2, Rz 19 ff. Eine gesetzgeberische Fehlleistung ist in diesem Zusammenhang, dass die Tatsache, dass sich eine Gesellschaft im Nachlass befindet, aus der Firma nicht hervorgeht. Die Firma muss erst in der Nachlassliquidation mit einem Zusatz versehen werden (vgl. dazu Art. 319 Abs. 2 SchKG).

41 Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; H. U. HARDMEIER, Sanierung aus der Optik des revidierten SchKG, ST 1997, 1033, 1036.

gefährden, ist dieser Kredit so zu strukturieren, dass ihm der Sachwalter problemlos zustimmen kann und eine Zustimmung des Nachlassrichters[42] nicht notwendig ist.

Um ein Nachlassverfahren erfolgreich abwickeln zu können, ist unter anderem erforderlich, dass für die Stundungszeit ein „Businessplan Nachlass" besteht. Daraus sollte hervorgehen, ob und wie lange die einzelnen Geschäftsbereiche weitergeführt werden bzw. wann sie auf einen neuen Träger überführt oder geordnet stillgelegt werden. Anhand des „Businessplan Nachlass" ist sodann aufzuzeigen, dass genügend Liquidität vorhanden ist, um die Geschäftstätigkeit wie geplant weiterzuführen. Schliesslich sollte daraus auch hervorgehen, dass die geplante Weiterführung der Geschäftstätigkeit werterhaltend oder gar wertsteigernd ist. Falls die Weiterführung der Geschäftstätigkeit wertvernichtend ist, dann ist aufzuzeigen, weshalb eine Nachlassstundung für die Gläubiger dennoch vorteilhaft ist.[43] Der Vorteil kann mitunter darin liegen, dass ein Betriebsunterbruch einen noch grösseren Gläubigerschaden verursachen würde oder dass bei einer unterbruchsfreien Weiterführung für die geplante Zeitperiode mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ein höherer Verkaufserlös erzielt werden kann. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich auch, die Zwischenbilanz gemäss Art. 725 Abs. 2 OR so aufzugliedern, dass zwischen Veräusserungswerten bei geordneter Liquidation und Zerschlagungswerten im Konkurs unterschieden wird.[44] Aufgrund einer solchen Bilanz dürfte es auch einfacher sein, bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung den Richter davon zu überzeugen, dass ein Nachlassverfahren für die Gläubiger vorteilhafter ist als ein Konkurs.[45]

42 Ohne Ermächtigung des Nachlassrichters können während der Stundung nicht mehr in rechtsgültiger Weise Teile des Anlagevermögens belastet, Pfänder bestellt oder Bürgschaften eingegangen werden; Art. 298 Abs. 2 SchKG.

43 Zu restriktiv ist unseres Erachtens die Auffassung von K. STÖCKLI, Die Vorbereitung der Nachlassstundung, ST 2003, 157, der davon ausgeht, dass bei einem negativen operativen Ergebnis die Nachlassstundung nicht zulässig ist.

44 Veräusserungswerte bei geordneter Liquidation sind an sich Fortführungswerte, sofern ein operativ intakter Geschäftsbereich auf einen neuen Träger überführt werden kann. Allerdings sind diese Werte alleine aufgrund der Tatsache, dass sich die Gesellschaft in einem Nachlassverfahren befindet, in der Regel bedeutend tiefer als die Fortführungswerte bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft. Andererseits sind sie meistens höher als die entsprechenden Zerschlagungswerte.

45 Art. 295 Abs. 1 i.V.m. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1bis SchKG.

IV. Unzulässige Sanierungshandlungen

1. Anfechtbare Handlungen

Das Konkursrecht stellt mit der sog. *paulianischen Anfechtung* ein Mittel zur Verfügung, um Vermögenswerte, die der Schuldner im Vorfeld eines Konkurses oder einer Nachlassstundung durch bestimmte Rechtshandlungen der Zwangsvollstreckung entzogen hat, dieser als Substrat wieder zuzuführen.[46] Obwohl sich die Anfechtungsklage gegen die Personen richtet, die mit der Gesellschaft die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihr in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind, sollten die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung solche Handlungen unterlassen; denn diese stellen nach Ansicht des Bundesgerichts regelmässig eine Pflichtverletzung im Sinne des Veranwortlichkeitsrechts dar.[47]

Gemäss Art. 286 SchKG (*Schenkungsanfechtung*) sind alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen sowie Rechtsgeschäfte anfechtbar, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis steht.[48] Die Schenkungsanfechtung hat bei verschiedenen Sanierungsmassnahmen eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Einmal kann sie dann zur Anwendung kommen, wenn vor der Eröffnung des Konkurs- oder Nachlassverfahrens noch Aktiven oder Geschäftsbereiche zu günstigen Preisen an eine Auffanggesellschaft übertragen werden. In diesem Fall muss deshalb sichergestellt werden, dass ein angemessenes Entgelt bezahlt wird. Weiter können Gläubiger die Schenkungsanfechtung geltend machen, wenn ein Unternehmen Aktiven unter dem Marktwert veräussert, um die Liquidität aufrechtzuerhalten, d.h. einen sog. *Notverkauf* durchführt. Um sich vor derartigen Klagen zu schützen, empfiehlt es sich zu dokumentieren, dass der bezahlte Preis den Marktbedingungen im Zeitpunkt des Verkaufes entsprach und dass vor allem auch kein anderer Dritter einen höheren Preis bezahlt hätte. Dieser Nachweis kann entweder durch ein Gutachten oder durch eine entsprechende Verfahrensausgestaltung erbracht werden, indem der Preis mittels einer Auktion oder zumindest in einem kompetitiven Verkaufsprozess ermittelt wird. Schliesslich

46 Art. 285 ff. SchKG.

47 BGE 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4b/aa.

48 Vgl. zur Schenkungsanfechtung im Allgemeinen BaslerKomm-STAEHELIN, Art. 286 SchKG Rz 1 ff.

kommt die Schenkungsanfechtung aber auch dann zur Anwendung, wenn eine Gesellschaft in einem Konzern, der sich gesamthaft in einer Krisensituation befindet, Leistungen an Mutter- oder Schwestergesellschaften erbringt, für die sie keine Gegenleistung erhält. So sind insbesondere Sicherungsgeschäfte wie Pfandbestellungen, Bürgschaften oder Garantien anfechtbar, die eine Gesellschaft zur Besicherung von Verbindlichkeiten ihrer Schwester- oder Muttergesellschaft macht, ohne dafür adäquat entschädigt zu werden.[49]

Nach Art. 287 SchKG (*Überschuldungsanfechtung*) ist (i) die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war, (ii) die Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel sowie (iii) die Zahlung einer nicht verfallenen Schuld anfechtbar, wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet war. Eine Überschuldung im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn gemäss Art. 725 Abs. 2 OR die Pflicht besteht, den Richter zu benachrichtigen. Daraus folgt, dass der Tatbestand der Überschuldungsanfechtung nicht erfüllt werden kann, wenn die Gesellschaft nicht zu Fortführungs- und Liquidationswerten überschuldet ist oder wenn ein Rangrücktritt in genügendem Ausmass gewährt worden ist.

Unter dem Aspekt der Überschuldungsanfechtung ist nicht nur die nachträgliche Besicherung von bereits bestehenden Verbindlichkeiten problematisch, sondern auch die Besicherung eines neuen Kredites, der dazu verwendet wird, eine bereits bestehende Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber dem gleichen Gläubiger zu tilgen. Ebenfalls anfechtbar kann ein so genannter *Debt/Asset-Swap* sein, bei dem eine Verbindlichkeit durch die Übertragung von Aktiven getilgt wird, sofern nicht eine entsprechende Übung in der betreffenden Branche nachgewiesen ist. Obwohl derartige Transaktionen im Rahmen eines gesamten Sanierungskonzeptes durchaus sinnvoll sein können, sollten sie nur vorgenommen werden, wenn sichergestellt ist, dass die Krisensituation durch das betreffende Sanierungskonzept nachhaltig beseitigt wird. Kein unübliches Zahlungsmittel ist die Verrechnung, sofern die Hauptforderung fällig ist. Hingegen ist gemäss Art. 214 SchKG die Verrechnung anfechtbar, wenn ein Schuldner vor der Konkurseröffnung, aber in Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft

49 BGE 49 III 27. Solche Leistungen können gar nichtig sein, wenn sie nicht durch frei verfügbares Eigenkapital gedeckt sind. Ausführlich zu den konzernspezifischen Aspekten einer Sanierung A.P. RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002.

eine Forderung an dieselbe erworben hat, um sich oder einem anderen durch die Verrechnung unter Beeinträchtigung der Konkursmasse einen Vorteil zuzuwenden.

Schliesslich sind gemäss Art. 288 SchKG (*Absichtsanfechtung*) alle Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner in der dem andern Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen. Objektive Klagevoraussetzung der Absichtsanfechtung 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 verschlechtert.[50] 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 hat, es sei denn, der Schuldner habe mit dem Geschäft den Zweck verfolgt, über seine letzten Aktiven zum Schaden der Gläubiger verfügen zu können, und sein Geschäftspartner habe das erkannt oder bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit erkennen müssen.[51] Aus diesem Grund sind beispielsweise Handlungen nicht anfechtbar, die im Rahmen des normalen Geschäftsganges vorgenommen werden, wie etwa der Verkauf von Produkten oder die Erbringung von Dienstleistungen. Geschäfte mit bereits bestehenden Geschäftspartnern bewirken, sofern die Ausstände diesen gegenüber immer etwa gleich hoch sind, weder eine Schädigung dieser Gläubiger noch eine Schlechterstellung der anderen Gläubiger.

Fraglich ist, ob und *inwiefern fällige Verbindlichkeiten erfüllt werden dürfen*. Dies ist grundsätzlich dann zulässig, wenn die Gesellschaft in der Lage ist, auch ihre anderen gleichartigen Verpflichtungen zu bezahlen. Es kann aber nicht darum gehen, dass die Gesellschaft in der Lage sein muss, sämtliche fälligen Verpflichtungen zu begleichen.[52] In einer Krisensituation ist eine Gesellschaft wegen der meist angespannten Liquiditätslage kaum je in der Lage, sämtlichen fälligen Verpflichtungen nachzukommen. Dies hätte zur Folge, dass eine Gesellschaft (zu früh) keine Zahlungen mehr vornehmen dürfte, was letztlich bei jedem

50 BGE 99 III 27 E. 3.

51 BGE 101 III 92 E. 4a.

52 So aber BaslerKomm-STAEHELIN, Art. 288 SchKG Rz 10; in diesem Sinne auch RUEDIN/PIAGET (FN 5), 1335.

Liquiditätsengpass zu Insolvenzverfahren führen würde. Dies würde wiederum eine unnötige Zerstörung von Werten bewirken. Will man in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Unternehmenssanierung auch in einer liquiditätsbedingten Krisensituation ermöglichen, sind die Bestimmungen in Art. 288 SchKG und Art. 725 Abs. 2 OR im Rahmen einer teleologischen Reduktion dahingehend auszulegen, dass Zahlungen, die für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs während der zulässigen Sanierungszeitspanne zwingend getätigt werden müssen, rechtmässig sind.

Bezüglich der *Tilgung von Darlehensforderungen* hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass durch Darlehensrückzahlungen, die ein bedrängter Schuldner aus seinen letzten Mitteln leistet, unabhängig von der Dauer des Darlehens die übrigen Gläubiger durch Verminderung des der Vollstreckung unterliegenden Vermögens geschädigt und die voll befriedigten Gläubiger begünstigt werden. Dies sei auch dann der Fall, wenn sich die Borger-Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung bereits in einem ebenso schlechten Zustand befand wie bei der Rückzahlung und diese nur kurze Zeit nach jener stattfand.[53] Daraus folgt, dass eine Gesellschaft in einer finanziell angespannten Situation ihre Gläubiger nur noch gleichmässig befriedigen darf, was letztlich dazu führt, dass mit den Finanzgläubigern eine Stillhaltevereinbarung abzuschliessen ist, die eine gleichmässige Befriedigung aller fälligen und nicht fälligen Finanzschulden vorsieht.

Bei der *Besicherung von neuen Krediten* ist zu unterscheiden, ob die Kredite dazu verwendet werden, um „Löcher zu stopfen" oder um einzelne Gläubiger gegenüber anderen zu bevorzugen. Das Bundesgericht hält dazu fest, dass es grundsätzlich zulässig ist, einem Schuldner, der sichtlich mit Zahlungsschwierigkeiten zu kämpfen hat, die Weiterführung seiner Geschäftstätigkeit durch Kreditgewährung gegen Sicherheit zu ermöglichen. Nur wenn der Kreditgeber weiss oder bei gehöriger Aufmerksamkeit wissen müsste, dass der Konkurs des Schuldners unmittelbar bevorsteht und die von ihm gewährten Kredite nur noch dazu dienen können, einzelne Gläubiger gegenüber anderen zu bevorzugen, ist die Besicherung von neuen Krediten nach Art. 288 SchKG anfechtbar.[54]

53 BGE 99 III 27 E. 5; BGE 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4b und c.

54 BGE 101 III 92 E. 4b.

Schliesslich bleibt anzumerken, dass neben der Besicherung eines neuen Kredites, der für eine Gläubigerbevorzugung verwendet wird, und der nachträglichen Besicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit auch die *Aushändigung eines Pfandes* anfechtbar sein kann, selbst wenn die Gesellschaft von Anfang an zur Pfandbestellung verpflichtet war. Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, dass der Grundgedanke von Art. 288 SchKG, wonach der dem finanziellen Zusammenbruch nahe Schuldner nicht einzelne Gläubiger auf Kosten anderer besser stellen darf, auch für den Vollzug von Pfandbestellungen gilt, zu denen sich die Gesellschaft schon früher verpflichtet hatte.[55] In dieser Hinsicht sind namentlich Kreditverträge problematisch, die bestimmen, dass der Besitz an der Pfandsache erst beim Vorliegen eines *Event of Default*[56] auf die Bank übertragen werden muss. Der Verwaltungsrat sollte in einer solchen Situation genau prüfen, ob er dieser Verpflichtung nachkommen darf oder ob dadurch eine anfechtbare Handlung begangen wird, die allenfalls zu einer Haftung führen kann.

Subjektive Voraussetzung einer Anfechtungsklage nach Art. 288 SchKG ist, dass der Schuldner mit Absicht handelte und der Empfänger diese Absicht erkennen konnte. Die Schädigungsabsicht des Schuldners ist gegeben, wenn der Schuldner voraussehen konnte und musste, dass die anfechtbare Handlung Gläubiger benachteiligt bzw. einzelne Gläubiger gegenüber anderen bevorzugt; es ist nicht notwendig, dass die anfechtbare Handlung diesen Zweck verfolgte.[57] Die Erkennbarkeit durch den Empfänger ist zwar notwendig für das erfolgreiche Geltendmachen einer Anfechtungsklage, nicht jedoch für die Beurteilung, ob ein pflichtwidriges Verhalten der Organe vorliegt.[58]

2. Strafrechtliche Folgen

Handlungen, die paulianisch anfechtbar sind, stellen nicht nur regelmässig eine Pflichtverletzung im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts dar, sondern erfüllen zudem *meistens auch einen Straftatbestand.* Der strafrechtlichen Haftung unterliegen dabei nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrates, sondern auch Perso-

55 BGE 99 III 89 E. 4. Analoges gilt für die Ausübung eines Kaufrechts, das als Sicherheit für die Gewährung eines Darlehens eingeräumt wurde, vgl. BGE 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 3a.

56 Vgl. zum Begriff des *Event of Default* vorne in Abschnitt II.3.

57 BGE 83 III 82 E. 3a; BGE 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 3a.

58 Vgl. dazu auch BaslerKomm-STAEHELIN, Art. 288 SchKG Rz 18 ff.

nen, welchen, ohne Organ zu sein, eine selbständige Entscheidungsbefugnis in ihrem Tätigkeitsbereich zukommt, sowie Personen, die tatsächlich Leiter einer Gesellschaft sind.[59] Daneben kann selbst der Empfänger der anfechtbaren Leistung aus Gehilfenschaft oder Anstiftung strafbar sein, sofern er sich nicht darauf beschränkt, die Leistung der Gesellschaft bloss anzunehmen. Dies ist namentlich der Fall, wenn er den Täter zur Tat anstiftet oder wenn er die Tat vorsätzlich durch Handlungen fördert, die über die blosse Annahme der Leistung hinausgehen.[60]

Zu erwähnen ist zunächst die *Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung* gemäss Art. 164 StGB. Danach werden die verantwortlichen Organe eines Unternehmens mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis bestraft, wenn sie das Vermögen der Gesellschaft zum Schaden der Gläubiger vermindern, indem sie (i) Vermögenswerte beschädigen, zerstören, entwerten oder unbrauchbar machen, (ii) Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussern oder (iii) ohne sachlichen Grund anfallende Rechte ausschlagen oder auf Rechte unentgeltlich verzichten, sofern über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wird.[61] Der Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung erfasst im Wesentlichen die gleichen Sachverhalte wie die Schenkungsanfechtung.[62] Damit setzen sich die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, die derartige Handlungen vornehmen, nicht nur dem Problem einer Anfechtungsklage und der Gefahr einer Verantwortlichkeitsklage aus, sondern auch dem Risiko von strafrechtlichen Sanktionen.

Wesentlich ist sodann die *Gläubigerbevorzugung* nach Art. 167 StGB. Danach werden die verantwortlichen Organe einer Gesellschaft mit Gefängnis oder Busse bestraft, wenn sie im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft und in der Absicht, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu bevorzugen, darauf abzielende Handlungen vornehmen, insbesondere absichtlich nicht verfallene Schulden zahlen, eine verfallene Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel tilgen oder eine Schuld aus eigenen Mitteln sicherstellen, ohne

59 Art. 172 StGB.

60 BGE 75 IV 106 E. 2; BGE 74 IV 40 E. 4.

61 Der Konkurseröffnung gleichgestellt ist gemäss Art. 171 Abs. 1 StGB die Annahme und Bestätigung eines gerichtlichen Nachlassvertrages.

62 S. TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 164 StGB Rz 1.

dass die Gesellschaft dazu verpflichtet war. Objektive Strafbarkeitsvoraussetzung ist wiederum die Tatsache, dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet oder ein gerichtlicher Nachlassvertrag angenommen und bestätigt worden ist.[63] Der Tatbestand der Bevorzugung eines Gläubigers pönalisiert einerseits Handlungen, die unter den Tatbestand der Überschuldungsanfechtung fallen. Andererseits lehnt sich die Generalklausel dieses Tatbestandes an den Tatbestand der Absichtspauliana an.[64] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Generalklausel aber eng auszulegen, denn es braucht nicht alles, was paulianisch anfechtbar ist, auch strafbar zu sein. Vielmehr muss die Bevorzugung eine krasse und ungerechtfertigte Ungleichheit zwischen den Gläubigern schaffen.[65] Dennoch setzen sich die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, die derartige Handlungen vornehmen, nicht nur dem Problem einer Anfechtungsklage und der Gefahr einer Verantwortlichkeitsklage aus, sondern auch dem Risiko von strafrechtlichen Sanktionen.

Weiter kann ein krass vermögensverminderndes Verhalten auch den Straftatbestand der *Misswirtschaft* nach Art. 165 StGB erfüllen. Danach wird bestraft, wer durch Misswirtschaft, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung, seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert. Diese Bestimmung ist hinsichtlich ihrer Grenzen der Strafbarkeit sehr unbestimmt.[66] Es wird deshalb zu Recht gefordert, dass nur krasses Fehlverhalten zur Strafbarkeit führen kann.[67]

Schliesslich ist auch der Tatbestand der *unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe* nach Art. 152 StGB zu erwähnen. Danach wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer als Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsführung in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Berichten oder Vorlagen an die Gesamtheit der Gesellschafter oder an die an einem andern Unternehmen Beteiligten unwahre oder unvollständige Angaben von erheblicher Bedeutung macht oder machen lässt, die einen andern zu schädigenden Vermögensverfügungen veranlassen können. Diese Bestimmung enthält einen Gefährdungstatbestand, durch den das Publikum und die Gesellschafter vor unwahren oder unvollständigen Angaben geschützt werden sollen, die zu geschäftlichen (Fehl-)Dispositionen Anlass geben könnten.[68] Die Vorschrift schützt somit das Vermögen vor der Gefährdung durch Fehldispositionen.[69] Es bedarf aber weder einer wirklichen Schädigung noch einer Bereicherungsabsicht beim Täter.[70] Die Tathandlung besteht im Verbreiten von unwahren oder unvollständigen Angaben. Dabei ist es notwendig, dass diese Angaben entweder in einer öffentlichen Bekanntmachung oder in einem Bericht bzw. in einer Vorlage an die Gesamtheit der Gesellschafter gemacht werden.[71] Erfasst werden also z.B. Angaben in Emissionsprospekten oder Geschäftsberichten, nicht aber in Mitteilungen oder Auskünften an einzelne Personen.[72] Ein blosses Verschweigen oder Unterlassen von Angaben kann immer dann unter den Tatbestand fallen, wenn dadurch insgesamt ein falsches Bild gezeichnet wird.[73] Die Angaben müssen zudem von erheblicher Bedeutung sein, d.h. sie müssen geeignet sein, den Empfänger zu Fehldispositionen zu motivieren, wie etwa beim Handel an der Börse oder auch für die direkte Gewährung von Krediten.[74]

63 Art. 167 i.V.m. Art. 171 Abs. 1 StGB.

64 BGE 117 IV 23 E. 4a; BaslerKomm-BRUNNER, Art. 167 StGB Rz 1.

65 BGE 117 IV 23 E. 4a und b.

66 G. STRATENWERTH/G. JENNY, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, § 23 Rz 26.

67 TRECHSEL (FN 62), Art. 165 StGB Rz 2.

V. Schlussbemerkungen

Verwaltungsräte sind in unternehmerischen Krisenzeiten besonders gefordert; gerade in solchen Zeiten sind sie auch der *Gefahr künftiger Verantwortlichkeitsansprüchen und Strafverfahren* ausgesetzt. Im Hinblick darauf ist es empfeh-

68 STRATENWERTH/JENNY (FN 66), § 16 Rz 68. Ausführlich S. KESSELBACH, Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht: Unter besonderer Berücksichtigung des Art. 152 StGB, Zürich 2001, 171 ff.

69 BGE 1P.604/1999 vom 21. Januar 2000 E. 2c.

70 STRATENWERTH/JENNY (FN 66), § 16 Rz 68.

71 BaslerKomm-WEISSENBERGER, Art. 152 StGB Rz 7.

72 STRATENWERTH/JENNY (FN 66), § 16 Rz 70.

73 STRATENWERTH/JENNY (FN 66), § 16 Rz 70.

74 TRECHSEL (FN 62), Art. 152 StGB Rz 5; BaslerKomm-WEISSENBERGER, Art. 152 StGB Rz 12 f.

lenswert, die übliche Sitzungsfrequenz in solchen Situationen zu erhöhen, wobei die Sitzungsunterlagen ausreichende Grundlage für die Entscheidfindung gewähren müssen. Die Sitzungsdiskussion sollte sorgfältig dokumentiert, d.h. die Entscheidfindung nachvollziehbar wiedergegeben werden.[75]

Sodann dürfen die Mitglieder des Verwaltungsrates gerade in Krisensituationen nicht tatenlos zusehen, wie sich die Dinge entwickeln, sondern sollten das *Geschehen aktiv beeinflussen*. „Der Verwaltungsrat ist Gestaltungsrat". Es genügt infolgedessen nicht, wenn sich das Kollektiv des Verwaltungsrates der Verantwortung entzieht, indem es sich beispielsweise vom Verwaltungsratspräsidenten beschwichtigen lässt. Jedem einzelnen Verwaltungsratsmitglied obliegt eine Interventionspflicht im Sinne einer aktiven Mandatsführung.[76] Sofern man die Bewältigung der Unternehmenskrise an einen *Verwaltungsratsausschuss delegiert*, ist zu beachten, dass dies für die anderen Verwaltungsratsmitglieder keine haftungsbefreiende Wirkung hat. Denn die Oberleitung der Gesellschaft und die Finanzkontrolle, insbesondere auch die Richterbenachrichtigung, kann, wie bereits erwähnt, nicht haftungsbefreiend delegiert werden.

In genereller Hinsicht ist zu bemerken, dass die Pflichten des Verwaltungsrates – wie bereits ausgeführt – in der Krisensituation teilweise in Konflikt zueinander stehen können: Zum einen darf er nichts unversucht lassen, um das Überleben der Unternehmung zu sichern; zum anderen muss er Art. 725 OR beachten und im Falle der Überschuldung an den Richter gelangen, was einen Weiterbestand der Unternehmung in fast allen Fällen verunmöglicht. Sowohl in der Rechtswissenschaft[77] als auch in der (veröffentlichten) öffentlichen Meinung findet vor allem der zweite Aspekt, d.h. die Richterbenachrichtigung, Beachtung. Eine solche Blickverengung kann freilich dazu führen, dass Verwaltungsräte zunehmend eine haftungsvermeidende Strategie verfolgen und eher zu früh als zu spät den Richter benachrichtigen. Dies ist im Hinblick auf die Werte, die durch den

75 Eine einwandfrei geführte Gesellschaftsdokumentation erleichtert die Beweisführung bei einem Verantwortlichkeitsprozess erheblich. Aus praktischer Sicht empfiehlt es sich, dass die Verwaltungsratsmitglieder zumindest die Protokolle sowie die wesentlichsten Unterlagen selber aufbewahren.

76 Vgl. BGE 97 II 403 E. 5 (ein Verwaltungsrat vernachlässigt seine Aufsichtspflicht bei verdächtigen Machenschaften anderer Verwaltungsräte).

77 Vgl. zuletzt RUEDIN/PIAGET (FN 5), insbesondere bei 1336 f.

Niedergang einer Unternehmung zerstört werden, sowie im Hinblick auf den Verlust von Arbeitsplätzen auch volkswirtschaftlich unerwünscht.[78]

Aus diesem Grunde sollten die *Anforderungen* an den Verwaltungsrat gerade auch in der Unternehmenskrise *nicht überdehnt* werden. Zu warnen ist namentlich vor der in den Medien verbreiteten Auffassung, wonach die Unternehmensverantwortlichen in einer Unternehmenskrise (rückblickend) nicht stets die sachgerechtesten Entscheidungen getroffen haben, weshalb das Scheitern der Sanierungsbemühungen für die Unternehmensleitung zivilrechtliche (und wohl auch strafrechtliche) Konsequenzen haben sollte.

Sofern sich der Verwaltungsrat im Interesse der Unternehmung auf informierter Basis, nach angemessener Entscheidfindung und frei von Interessenkonflikten um eine Sanierung bemüht, dann sollten seine meist unter Zeitdruck beschlossenen Massnahmen *nicht im Hinblick auf den Erfolg beurteilt* werden. Bei der Prüfung der Handlungen dürfen folglich bloss die im damaligen Zeitpunkt bekannten Umstände zugrunde gelegt werden; legt man dagegen alle nachträglich erkennbaren Umstände zugrunde, so erscheint die Ungeeignetheit der getroffenen Massnahmen nicht bloss als wahrscheinlich, sondern als sicher. Volkstümlicher, in der Sache aber gleich hat dies bereits vor über vierzig Jahren der englische Privy Council formuliert: „After the event even a fool is wise. But it is not the hindsight of a fool; it is the foresight of the reasonable man which can determine responsibility."[79]

78 Vgl. dazu ausführlich L. GLANZMANN, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance Aspekten, ZSR 119 II (2000), 135, 164 ff.; ferner BÖCKLI (FN 6), Rz 1623; BaslerKomm-WATTER, Art. 717 OR 6.

79 Overseas Tankship (UK), Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co., Ltd. (The Wagon Mound), Weekly Law Reports 1961/2, 126, 140.