

In:

Roberto, Vito (Hrsg.), Die Sanierung der AG, Ausgewählte
Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, Zürich 2003.

Schriften zum neuen Aktienrecht
Herausgegeben von
Prof. Jean Nicolas Druey und Prof. Peter Forstmoser

Sanierung der AG

Ausgewählte Rechtsfragen
für die Unternehmenspraxis

2. Auflage

Mit Beiträgen von

Vito Roberto
Lukas Glanzmann
Markus Affentranger
Marcel Giger
Thomas Geiser
Peter Athanas
Christoph Suter

Herausgegeben von Vito Roberto

Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen

Inhaltsübersicht

A.	Einleitung	20
B.	Die Voraussetzungen einer Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung	21
I.	Allgemeines	21
II.	Die haftbaren Personen	22
	1. Die formellen, materiellen und faktischen Organe	22
	2. Haftungsbefreiung durch Delegation	24
	3. Solidarität	26
III.	Die Pflichtverletzung	26
	1. Die Pflichten im Allgemeinen	26
	2. Die Sorgfaltspflicht	27
	3. Die Treuepflicht	29
	4. Die Gleichbehandlungspflicht	29
C.	Die Pflichten in einer Krisensituation	30
I.	Die Pflicht zur Geschäftsführung im allgemeinen	30
II.	Die Oberleitung der Gesellschaft und die Organisationsverantwortung	31
	1. Die Leitungspflicht	31
	2. Die Organisationsverantwortung	33
III.	Die Finanzverantwortung	40
	1. Die Finanzplanung	40
	2. Die Finanzkontrolle und das Rechnungswesen	43
	3. Die Finanzverantwortung bei Konzerntochtergesellschaften	43
	4. Die Problematik von konzerninternen Finanzierungen	44
IV.	Die Pflichten bei einem Kapitalverlust	49
	1. Der Tatbestand des Kapitalverlusts	49
	2. Die Rechtsfolgen eines Kapitalverlusts	51
	3. Die Vermeidung bzw. Behebung eines Kapitalverlusts	52

* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt (Zürich und New York). Der Autor ist bei Baker & McKenzie Zürich als Rechtsanwalt tätig. Der Text der ersten Auflage wurde wesentlich überarbeitet. Der Autor dankt lic. iur. Dominik Matter für seine wertvolle Mitarbeit. Etwaige Hinweise oder Bemerkungen nimmt der Autor dankend entgegen (lukas.glanzmann@bakernet.com).

4. Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung im Besonderen	58
5. Die Sanierungsfusion im Besonderen	64
V. Die Pflichten bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit	66
1. Der Tatbestand der Überschuldung	66
2. Die Rechtsfolgen einer Überschuldung	68
3. Der Rangrücktritt im Besonderen	75
4. Die Zahlungsunfähigkeit	81
VI. Informationspflichten	82
1. Die Information gemäss Aktiengesetz	82
2. Die Information im Rahmen der Ad-hoc Publizität	82
3. Unwahre oder unvollständige Informationen	85
VII. Unterlassungspflichten aufgrund der paulianischen Anfechtungsklagen und des Strafrechts	86
1. Die Anfechtungsklage im allgemeinen	86
2. Die Schenkungsanfechtung	87
3. Die Überschuldungsanfechtung	89
4. Die Absichtsanfechtung	91
5. Der Straftatbestand der Misswirtschaft	94
D. Folgerungen	95
E. Literaturverzeichnis	95

A. Einleitung

Eine finanzielle Krisensituation ist regelmässig die Folge einer Ertragschwäche, aufgrund derer die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit nicht mehr aus selbst erarbeiteten Mitteln finanzieren kann und deshalb Schwierigkeiten hat, neues Fremd- oder Eigenkapital zu beschaffen. Eine nachhaltige Ertragschwäche führt häufig zu einem Liquiditätsengpass oder gar zur Zahlungsunfähigkeit, d.h. die Gesellschaft kann ihren Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen. Ertragsschwäche und mangelnde Liquidität können schliesslich zu Kapitalverlust und Überschuldung führen, was möglicherweise den Konkurs der Gesellschaft bewirkt. Je mehr sich eine Gesellschaft dem Konkurs nähert, desto feinmaschiger wird das Netz von Pflichten, welches das Gesetz knüpft. Während die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung bei der aufrecht stehenden Gesellschaft viel Freiheit geniessen und ihre Aufgaben und Pflichten im Gesetz häufig nur generell umschrieben werden, sind bei Kapitalverlust und Überschuldung ganz spezifische Aufgaben zu erfüllen und bestimmte Handlungen zu unterlassen. Die aufgrund der fehlenden finanziellen Mittel ohnehin schon beschränkte

Handlungsfreiheit des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung wird dadurch zusätzlich eingeschränkt.

Im Folgenden werden die mit einer Krisensituation einhergehenden Handlungs- und Unterlassungspflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung genauer betrachtet. Dabei ist zu beachten, dass eine Verletzung dieser Pflichten in der Regel durch zivilrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit der Organe sanktioniert wird. Weil im Konkurs der Gesellschaft auch die Gläubiger berechtigt sind, Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber den Organen geltend zu machen, hängt die Verantwortlichkeitsklage gerade in Krisensituationen wie ein Damoklesschwert über dem Verhalten der Leitungsorgane und beeinflusst deren Handlungen. Deshalb werden im Folgenden zuerst die Voraussetzungen einer Haftung dargelegt und anschliessend daraus die einzelnen Handlungs- und Unterlassungspflichten abgeleitet.

B. Die Voraussetzungen einer Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung

I. Allgemeines

Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die Voraussetzungen der Haftung aus Verantwortlichkeit folgen weitgehend den Regeln des allgemeinen Schadensrechts des Obligationenrechts.¹ Demnach ist für eine Haftung stets vorausgesetzt, dass die anspruchsberechtigte Person einen Schaden erlitten hat, der von der verantwortlichen Person pflichtwidrig und schuldhaft verursacht worden ist, wobei zwischen dem pflichtwidrig schuldhaften Verhalten und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen muss.

¹ GUHL/DRUEY, § 72 N 2. In der Lehre ist die Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsansprüche umstritten. Der Grossteil der Lehre und auch das Bundesgericht gehen davon aus, dass es sich um vertragsähnliche (im Falle von Ansprüchen der Gesellschaft und des Aktionärs) bzw. um deliktische Ansprüche (im Falle der Gläubiger) handelt (vgl. KUNZ, Haftungsvoraussetzungen, 1276 m.w.Hw.; a.M. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 9–14, der von einem eigenständigen gesetzlichen Anspruch ausgeht).

In den nachfolgenden Ausführungen wird zuerst diskutiert, welche Leitungsorgane der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegen. In einem zweiten Teil wird auf die Voraussetzung der Pflichtwidrigkeit eingegangen. Weil auch bei der Verantwortlichkeitsklage für die Berechnung des Schadens die Differenztheorie massgebend ist,² wird der Begriff des Schadens nachfolgend nicht näher erörtert.³ Das Gleiche gilt für die Voraussetzung des adäquaten Kausalzusammenhangs. Bezüglich des Verschuldens sei an dieser Stelle einzig erwähnt, dass auch im Verantwortlichkeitsrecht jedes Verschulden – d.h. auch leichte Fahrlässigkeit⁴ – für eine Haftung genügt, wobei ein objektivierter Verschuldensmassstab angewendet wird.⁵ Ein Verschulden ist somit immer dann gegeben, wenn die verantwortliche Person nicht so gehandelt hat, wie es von einem durchschnittlichen Verwaltungsratsmitglied unter den gleichen Umständen verlangt werden darf.⁶ In der Praxis hat dies zur Folge, dass mit der Bejahung der Pflichtwidrigkeit in der Regel auch das Verschulden gegeben ist.⁷ Nach der bundesgerichtlichen Praxis kann man sich insbesondere nicht notwendigerweise wegen mangelnder Ausbildung oder Zeit exkulpieren, denn in diesem Fall liegt möglicherweise ein Übernahmeverschulden vor.⁸

II. Die haftbaren Personen

1. Die formellen, materiellen und faktischen Organe

Die mit der Geschäftsführung befassten Personen werden üblicherweise in formelle, materielle und faktische Organe unterteilt.⁹ Als formelle Organe unterliegen einmal sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates der aktien-

rechtlichen Verantwortlichkeit. Für die formellen Organe beginnt die Verantwortlichkeit mit der Annahme der Wahl¹⁰ und endet mit dem Rücktritt oder der Abberufung.¹¹ Nicht notwendig ist, dass die betreffenden Personen im Handelsregister eingetragen werden.¹² Eine Verlängerung der Haftung kann sich allenfalls ergeben, wenn das im Handelsregister eingetragene Organ nichts unternimmt, um die Löschung des Eintrags¹³ zu bewirken oder zu beschleunigen.¹⁴

Neben den Mitgliedern des Verwaltungsrates unterliegen auch die übrigen mit der Geschäftsführung betrauten Personen, wie etwa Direktoren¹⁵ oder Geschäftsführer, der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Diese Personen werden als materielle Organe bezeichnet, weil sie nicht dem Verwaltungsrat angehören, jedoch formell zur Geschäftsführung bestellt wurden.¹⁶ Hinsichtlich Beginn und Ende ihrer Verantwortlichkeit gilt das zu den formellen Organen Gesagte.¹⁷

Schliesslich sind auch jene Personen verantwortlich, die zwar nicht als formelles oder materielles Organ bestellt wurden, sich jedoch tatsächlich mit der Geschäftsführung befassen.¹⁸ Dies entspricht der vom Bundesgericht noch

² BGer 4C.16/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2d/aa.

³ Zur Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden vgl. GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 167–169.

⁴ Darin liegt allenfalls ein Reduktionsgrund bei der Schadenersatzbemessung; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 75.

⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 80.

⁶ BGE 122 III 195 E. 3a, 113 II 52 E. 3a; WIDMER/BANZ, BS-Komm. OR 754 N 32; WIEGAND, 11.

⁷ WIEGAND, 12; BÖCKLI, Aktienrecht, 2013.

⁸ BGE 122 III 195 E. 3b: „Celui qui se déclare prêt à assumer un mandat d'administrateur tout en sachant qu'il ne peut pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence“.

⁹ Vgl. VOGEL, Haftung, 261 f. m.w.Hw.

¹⁰ Die Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft entstehen mit der Annahme der Wahl: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 181. A.M. VOGEL, Haftung, 267, der davon ausgeht, dass auch das Erfordernis der Aktionärsstellung erfüllt sein muss.

¹¹ BGE 111 II 480 E. 2a; WIDMER/BANZ, BS-Komm. OR 754 N 11.

¹² VOGEL, Haftung, 268 m.w.Hw.; a.M. offenbar FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 11, die aber immerhin davon ausgehen, dass eine Haftung bereits früher einsetzen kann, wenn sich das betreffende Mitglied nach aussen als Organ ausgibt (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 16).

¹³ Vgl. Art. 711 Abs. 2 OR, wonach die ausgeschiedene Person die Löschung selber anmelden kann, wenn die Anmeldung durch die Gesellschaft nicht innert 30 Tagen nach ihrem Austritt vorgenommen wird.

¹⁴ BGE 111 II 480 E. 2a.

¹⁵ Gemäss BGer H 420/99 vom 22. März 2001, E. 2a, hat ein im Handelsregister als Einzelzeichnungsberechtigter eingetragener Direktor ohne weiteres Organstellung. Demgegenüber können Personen in untergeordneter und abhängiger Stellung, wie sie etwa der eines Prokuristen entspricht, höchstens in Ausnahmefällen noch als Organe bezeichnet werden (BGE 128 III 29 E. 3a).

¹⁶ VOGEL, Haftung, 263.

¹⁷ Vgl. im Einzelnen VOGEL, Haftung, 281–285.

¹⁸ Vgl. Art. 754 Abs. 1 OR (... alle mit der Geschäftsführung *befassten* Personen ...); VOGEL, Haftung, 301 f. Keiner Haftung unterliegen die an der Generalversammlung beteiligten Aktionäre, sofern sie keine besonderen Funktionen ausüben:

unter dem alten Aktienrecht begründeten Praxis, wonach auch Personen verantwortlich sind, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.¹⁹ Grundsätzlich unbeachtlich ist, ob die betreffenden Personen als Direktoren, Prokuristen oder Zeichnungsberechtigte im Handelsregister eingetragen sind.²⁰ Vielmehr kommt es einzig auf deren Stellung innerhalb der Gesellschaft an. Dabei trifft die Verantwortlichkeit nur die oberste Leitung einer Gesellschaft, also die oberste Schicht der Hierarchie.²¹ Nicht aktienrechtlich verantwortlich sind deshalb Personen, die bei der Entscheidung bloss mithelfen, etwa durch die Bereitstellung technischer, kaufmännischer oder juristischer Grundlagen. Erforderlich ist vielmehr, dass die Kompetenzen der betreffenden Personen wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehen und sich zu einer massgebenden Mitwirkung bei der Willensbildung verdichten.²² Dabei können Personen auch für pflichtwidrige Unterlassungen verantwortlich werden, sofern sie aufgrund ihrer Stellung leitende Aufgaben wahrnehmen können und in bestimmten Bereichen tatsächlich tätig werden und im Rahmen des an sich wahrgenommenen Aufgabenbereichs ein Tätigwerden erforderlich gewesen wäre.²³ Eine Haftung als faktisches Organ für Unterlassungen ist hingegen dann nicht angezeigt, wenn die entsprechende Tätigkeit in den unentziehbaren und undelegierbaren Aufgabenbereich des Verwaltungsrates fällt, wie dies beispielsweise für die Überschuldungsanzeige der Fall ist.²⁴ Als faktische Organe können sich auch juristische Personen qualifizieren, was namentlich in Konzernverhältnissen von Bedeutung ist.²⁵

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 7; a.M. BERTSCHINGER, Kompetenzen, 333 f., für den Fall von Beschlüssen gemäss Art. 29 Abs. 2 BEHG.

¹⁹ BGE 117 II 570 E. 3, 117 II 432 E. 2b, 107 II 349 E. 5a; bestätigt in BGE 128 III 29 E. 3a.

²⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 17.

²¹ BGE 128 III 29 E. 3a, 117 II 570 E. 3; DRUEY, Organisation, 79.

²² BGE 128 III 29 E. 3a, 117 II 570 E. 3.

²³ BGE 128 III 92 E. 3a; WIDMER/BANZ, BS-Komm. OR 754 N 7.

²⁴ Vgl. dazu V.2. lit. a.

²⁵ VOGEL, Haftung, 350 f.; DRUEY/VOGEL, 348 m.w.Hw.

2. Haftungsbefreiung durch Delegation

Die Haftung von formellen Organen muss insbesondere im Zusammenhang mit der Delegationsbefugnis des Verwaltungsrates gesehen werden. Die Mitglieder des Verwaltungsrates können sich nämlich von ihrer Haftung befreien, wenn sie die Erfüllung von Aufgaben befugterweise einem anderen Organ übertragen haben und nachweisen, dass sie bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet haben.²⁶ Bei dieser Delegationskompetenz geht es um die Delegation von Leitungsfunktionen.²⁷

Eine Delegation ist befugt, wenn die delegierte Aufgabe nicht in den Bereich der unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR fällt.²⁸ Zudem muss die Delegation nach dem Gesetzeswortlaut an ein anderes Organ erfolgen, was aber nicht bedeuten kann, dass sie nur an ein anderes formelles Organ zulässig ist. Eine solche Einschränkung würde wenig Sinn machen, weil eine Delegation an die Revisionsstelle nicht zulässig²⁹ und an die Generalversammlung meistens nicht sinnvoll³⁰ ist. Deshalb muss eine Delegation an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates und an materielle Organe zulässig sein.³¹ Weil das materielle Organ ein funktionaler Begriff ist, wird der Delegationsempfänger spätestens mit der Übernahme der delegierten Leitungsfunktion zum materiellen Organ.³² Damit ist gleichzeitig gewährleistet, dass auch in jenen Bereichen, für welche sich die Verwaltungsratsmitglieder auf eine gültige Delegation berufen können, jemand verantwortlich ist.³³

²⁶ Art. 754 Abs. 2 OR.

²⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1981; a.M. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 42, der davon ausgeht, dass auch Hilfsfunktionen von der Delegation erfasst werden.

²⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1978; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 137.

²⁹ Gemäss Art. 731 Abs. 1 OR dürfen weder die Statuten noch die Generalversammlung der Revisionsstelle Aufgaben des Verwaltungsrates zuteilen. Dieses Verbot muss auch für Delegationen durch den Verwaltungsrat selber gelten.

³⁰ Fraglich ist auch, wie die Generalversammlung eine solche Delegation überhaupt annehmen wollte, sofern sie nicht in den Statuten festgelegt wird; dann handelt es sich aber nicht mehr um eine Delegation des Verwaltungsrates, sondern um eine Kompetenzzuweisung durch die Generalversammlung selbst. Vgl. auch VOGEL, Haftung, 270.

³¹ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1979a; TRIGO TRINIDADE, conseil, 206.

³² FLACH, 538; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1981.

³³ WIEGAND, 14.

Schliesslich ist zu beachten, dass der Verwaltungsrat sich nur dann seiner Verantwortlichkeit entziehen kann, wenn die Delegation statutarisch zulässig ist und sich auf ein gültiges Organisationsreglement oder zumindest auf einen spezifischen Verwaltungsratsbeschluss stützt.³⁴ Zudem muss der Verwaltungsrat nachweisen, bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet zu haben.³⁵

3. Solidarität

Sind mehrere Personen für einen Schaden ersatzpflichtig, dann haften sie gegenüber den Ersatzberechtigten solidarisch.³⁶ Dabei handelt es sich um eine sog. differenzierte Solidarität, d.h. jedes Organmitglied ist nur insoweit persönlich haftbar, als ihm der Schaden aufgrund seines Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.³⁷ Ein Organmitglied haftet deshalb nur für einen Schaden, den es selbst adäquat kausal und schuldhaft verursacht oder zumindest mitverursacht hat.³⁸ Wie bereits erwähnt, kann eine Haftungsgrundlage auch darin gesehen werden, dass das fragliche Organmitglied gerade nicht gehandelt hat, obwohl es hätte handeln sollen.

III. Die Pflichtverletzung

1. Die Pflichten im Allgemeinen

Die zentrale Voraussetzung jeder Haftung ist eine von einer verantwortlichen Person begangene Pflichtwidrigkeit.³⁹ Als pflichtwidrig gilt jedes Verhalten von Organen, das eine Schädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll.⁴⁰ Dies bedeutet beispielsweise, dass die Gläubiger einen direkten Schaden nur dann geltend machen können, wenn das pflichtwidrige Verhalten Normen verletzt, welche

die Gläubiger schützen.⁴¹ Die relevanten Normen finden sich in der gesamten Rechtsordnung,⁴² insbesondere aber im Aktienrecht selbst. Dieses verpflichtet die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ganz allgemein, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren und die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.⁴³ Daraus ergeben sich einmal drei übergeordnete Pflichten, nämlich die Sorgfaltspflicht, die Treuepflicht und die Pflicht zur Gleichbehandlung.

2. Die Sorgfaltspflicht

Unter die von der Geschäftsführung sorgfältig zu erfüllenden Aufgaben fallen neben der allgemeinen Pflicht, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen,⁴⁴ zahlreiche Einzelpflichten, die teilweise im Gesetz selbst konkretisiert sind.⁴⁵ Aber nicht immer, wenn etwas schief läuft, ist auch eine Pflichtverletzung gegeben.⁴⁶ Eine Pflichtverletzung liegt vielmehr nur dann vor, wenn die Organmitglieder unsorgfältig handeln. Die Frage, ob die notwendige Sorgfalt aufgebracht wurde, ist aus einer *ex ante* Betrachtung zu beantworten.⁴⁷ Dabei ist insbesondere bei der Beurteilung von Entscheidungen, die dem zuständigen Organ Ermessen belassen,⁴⁸ Zurückhaltung geboten: Der Richter ist nicht dazu berufen, Management-Entscheide zu beurteilen.⁴⁹

³⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1976 f.; eine liberale Auffassung vertritt BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 119, in bezug auf die informelle Delegation.

³⁵ Art. 754 Abs. 2 OR.

³⁶ Art. 759 Abs. 1 OR.

³⁷ Art. 759 Abs. 1 OR; BÖCKLI, Aktienrecht, N 2022–2025; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 107. Vgl. auch oben FN 4.

³⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, N 2026.

³⁹ Art. 754 Abs. 1 OR.

⁴⁰ BGE 122 III 176 E. 7b.

⁴¹ Damit ist entgegen der vom Bundesgericht in BGE 122 III 176 E. 7b begründeten Auffassung aber nicht gesagt, dass Normen verletzt sein müssen, die *ausschliesslich* dem Gläubigerschutz dienen; vgl. dazu GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage, 167–169.

⁴² FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 775.

⁴³ Art. 717 OR.

⁴⁴ Art. 716 Abs. 2 OR.

⁴⁵ HOMBURGER, ZH-Komm. OR 717 N 811.

⁴⁶ BGR in SJ 1982 221 E. 3a; WIDMER/BANZ, BS-Komm. OR 754 N 31.

⁴⁷ WATTER, BS-Komm. OR 717 N 6.

⁴⁸ Ermessen ist oft auch bei jenen Entscheiden gegeben, die vordergründig kein Ermessen zulassen, wie bspw. die Pflicht zur Überschuldungsanzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR; vgl. unten C.V.2.a).

⁴⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3 N 13; WATTER, BS-Komm. OR 717 N 6; WIDMER/BANZ, BS-Komm. OR 754 N 31; VON DER CRONE, Interessenkonflikte, 7; GRASS, 2 f.; MERTENS, 156. Vgl. auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Anfechtungsklage, wonach jener Entscheid nicht anfechtbar ist, „qui ne contrevient ni

Insbesondere fehlt ihm die Kompetenz, die Organe für falsche, aber nicht unsorgfältige Entscheide zu massregeln. Diese Aufgabe ist primär vom Markt und von den Aktionären durch Ausübung ihrer Stimmrechte zu übernehmen. Bei der richterlichen Beurteilung muss deshalb das prozedurale Zustandekommen des Entscheides und nicht dessen Ergebnis im Vordergrund stehen. In Anlehnung an die amerikanische *business judgment rule* sollten Ermessensentscheide als sorgfältig gelten, wenn der konkrete Entscheid auf einer informierten Basis, nach angemessener Entscheidfindung und frei von Interessenkonflikten ergeht.⁵⁰ Dies sind Elemente, deren Einhaltung das einzelne Organmitglied tendenziell besser kontrollieren kann und die deshalb bezüglich der Verantwortlichkeit mehr Rechtssicherheit geben.⁵¹ Damit ist eher gewährleistet, dass die Verantwortlichkeitsklage keinen unerwünscht lähmenden Einfluss auf die Geschäftsführung hat. Daraus ergibt sich aber auch eine Pflicht jedes Verwaltungsratsmitgliedes, sich der konkreten Entscheidung entsprechend angemessen zu informieren. In einem neueren Entscheid über eine Kreditvergabe einer Bank hat das Bundesgericht eine Verletzung der Sorgfaltspflicht unter anderem darin erkannt, dass keine Angaben über die Kreditfähigkeit und -würdigkeit des Borgers vorgelegt haben und es das beklagte Verwaltungsratsmitglied unterlassen hat, die „einfache“ bzw. „elementare“ Frage aufzuwerfen, wie es um die Kreditfähigkeit und -würdigkeit des Borgers bestellt sei bzw. ob und wie diese abgeklärt worden sei. Das Gericht hielt zudem fest, dass es im konkreten Fall kaum mit der Sorgfaltspflicht vereinbar gewesen sei, wenn ein Verwaltungsratsmitglied ohne Vorliegen der wesentlichen Angaben und deren näheres Studium lediglich aufgrund von Informationen entscheidet, die ihm erstmals an der Verwaltungsratssitzung bekannt gemacht werden; die in

solchen Sitzungen verfügbare Zeit sei in der Regel nicht ausreichend für eine eingehende Prüfung der Angaben.⁵²

3. Die Treuepflicht

Wenn ein Entscheid unter Interessenkonflikten gefällt wird, liegt ein Verstoß gegen die Treuepflicht vor, weshalb die Pflichtwidrigkeit des Entscheides zu vermuten ist.⁵³ Diese Vermutung kann durch den Nachweis beseitigt werden, dass der Entscheid zu einem inhaltlich angemessenen Ergebnis führte oder prozedural abgesichert war.⁵⁴ Beim Nachweis der inhaltlichen Angemessenheit genügt es nicht, den Entscheid als vertretbar zu werten, sondern es ist zu zeigen, dass er den Interessen der Gesellschaft gerecht wird.⁵⁵ Beim Nachweis der prozeduralen Absicherung hat der Verwaltungsrat darzulegen, dass er angemessene Vorkehrungen getroffen hat, um den Interessenkonflikt zu entschärfen. Darunter fallen etwa die Genehmigung des Entscheides durch die Generalversammlung oder durch unabhängige Verwaltungsratsmitglieder⁵⁶ sowie das Abstellen auf einen Marktpreis oder auf eine Fairness Opinion.⁵⁷

4. Die Gleichbehandlungspflicht

Die Gesellschaft hat gegenüber ihren Aktionären eine Pflicht zur Gleichbehandlung.⁵⁸ Danach sind die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Eine Ungleichbehandlung ist dann gerechtfertigt, wenn sachliche Gründe vorliegen.⁵⁹ In einer Krisensituation kann ein sachlicher Grund namentlich dann vorliegen, wenn ein Aktionär bereit ist, einen substantiellen Beitrag zur Bewältigung der Krise zu leisten.

à la loi ni aux statuts, mais qui apparaît simplement inappropriée ou inopportune“ (BGE 117 II 290 E. 6a).

⁵⁰ WIDMER/BANZ, BS-Komm. OR 754 N 31; VON DER CRONE, Aktienrecht, 163. Die vom American Law Institut in seinen *Principles of Corporate Governance*, § 4.01(c), vorgeschlagene Formulierung der *business judgment rule* lautet: „A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfils the duty of care if the director or officer: (1) is not interested in the subject of his business judgment; (2) is informed with respect of the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation“. Für die *business judgment rule* unter Schweizer Recht vgl. GRASS, 136 f.; FRICK, 518 ff.

⁵¹ Kritisch dazu BÖCKLI, Holzweg, 142, weil dies in einer Fokussierung auf Abläufe statt auf Inhalte ende.

⁵² BGer 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.1.2.

⁵³ VON DER CRONE, Interessenkonflikte, 8. Vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht, N 1627; BGE 113 II 52 E. 3a; BGer in SJ 1982 221 E. 3a.

⁵⁴ VON DER CRONE, Interessenkonflikte, 8; Kantonsgericht SG in SJZ 1999 328, 329.

⁵⁵ VON DER CRONE, Interessenkonflikte, 8. Die Interessen der Gesellschaft sind dann gewahrt, wenn durch den Entscheid ein Mehrwert geschaffen wird; vgl. dazu LADNER, 128 f.; HOSTETTLER, 26–32; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 38.

⁵⁶ BGE 127 III 332 E. 2b/aa, 126 III 361 E. 5a.

⁵⁷ VON DER CRONE, Interessenkonflikte, 9.

⁵⁸ Art. 717 Abs. 2 OR.

⁵⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 63; HUGENIN JACOBS, 37.

Bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft besteht keine grundsätzliche Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht allerdings die Pflicht, die Gläubiger nach Massgabe der Rangordnung von Art. 219 SchKG gleich zu behandeln, wenn die Gesellschaft zu Liquidationswerten bilanzieren muss und daraus eine Überschuldung resultiert.⁶⁰ Meines Erachtens setzt eine Gleichbehandlungspflicht allerdings schon dann ein, wenn eine Ungleichbehandlung paulianisch anfechtbar wäre.⁶¹

C. Die Pflichten in einer Krisensituation

I. Die Pflicht zur Geschäftsführung im allgemeinen

Der Verwaltungsrat jeder Gesellschaft ist grundsätzlich verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen.⁶² Die im Rahmen der Geschäftsführung wahrzunehmenden Aufgaben ergeben sich teilweise aus dem Katalog von Art. 716a Abs. 1 OR. In einer Krisensituation stehen dabei die Oberleitung der Gesellschaft, die Organisations- und Finanzverantwortung, sowie die Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung nach Art. 725 OR im Vordergrund. Weitere konkrete Pflichten ergeben sich zudem insbesondere aus dem Konkurs- und Strafrecht.

Die Geschäftsführung darf unter bestimmten Voraussetzungen ganz oder zum Teil an einzelne Verwaltungsratsmitglieder oder an Dritte übertragen werden.⁶³ In der Praxis wird von diesem Recht regelmässig Gebrauch gemacht. Der Verwaltungsrat kann dadurch seinen Sitzungsrythmus bei normalem Geschäftsgang auf ein paar wenige Sitzungen pro Jahr reduzieren.⁶⁴ In einer Krisensituation muss hingegen der Sitzungsrythmus erhöht werden; es ist dann unter Umständen nicht mehr sorgfältig, sich bloss quartalsweise zu einer Sitzung zusammenzufinden.

⁶⁰ BGer 5C.29 2000 vom 19. September 2000 E. 4b/aa. Zur Pflicht, zu Liquidationswerten zu bilanzieren, vgl. unten C.IV.1 und C.V.1.

⁶¹ Vgl. dazu unten C.VII.

⁶² Art. 716 Abs. 2 OR.

⁶³ Art. 718b Abs. 1 OR; vgl. dazu oben B.II.2.

⁶⁴ Art. 14 Swiss Code of Best Practice geht von vier Sitzungen pro Jahr als Mindeststandard aus.

Im Folgenden wird auf die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung eingegangen, welche sich in Krisensituationen ergeben. Pflichten, die den Leitungsorganen ohnehin zukommen, werden nicht besonders erläutert.

II. Die Oberleitung der Gesellschaft und die Organisationsverantwortung

1. Die Leitungspflicht

Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR steht dem Verwaltungsrat die Oberleitung der Gesellschaft als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zu. Im Rahmen der Oberleitung muss der Verwaltungsrat die Strategie des Unternehmens festlegen.⁶⁵ Wenn sich bei der Gesellschaft eine Krise abzeichnet, dann ist diese Strategie neu zu definieren. Es muss das Ziel sein, die Ertragskraft des Unternehmens wieder herzustellen und dadurch den Unternehmenswert zu sichern bzw. zu steigern. Dabei ist auch abzuklären, ob das Unternehmen überhaupt sanierungsfähig ist, d.h. ob eine Sanierung möglich und wirtschaftlich sinnvoll ist.⁶⁶ Häufig treten in dieser Situation nicht unbedeutende Konflikte zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung auf, weil die Geschäftsleitung aus Sicht des Verwaltungsrats die Situation zu optimistisch einschätzt.⁶⁷ Es ist dann die Aufgabe des Verwaltungsrates, aus einer gewissen Distanz eine Analyse vorzunehmen und gegebenenfalls auch einschneidende Massnahmen zu beschliessen.

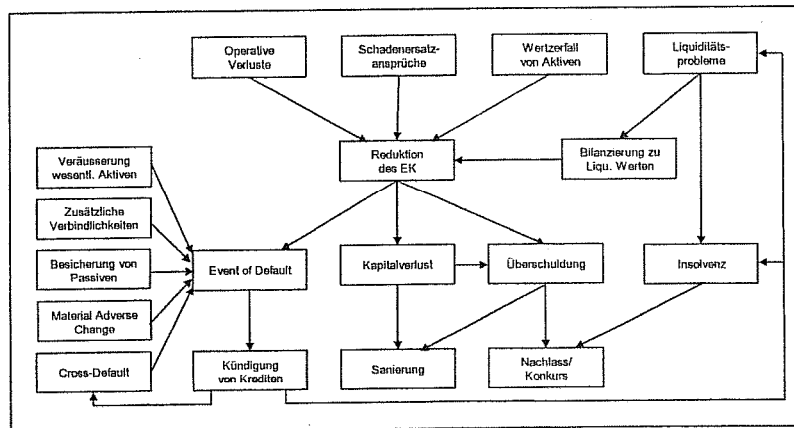
Der Verwaltungsrat hat bei seiner Analyse die für die Gesellschaft relevanten möglichen Ereignisse zu eruieren und ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen. Die für die Gesellschaft wesentlichen Ereignisse können grundsätzlich in zwei Gruppen unterteilt werden: Einerseits sind es Ereignisse, die eine negative Auswirkung auf das Eigenkapital haben können. Dazu gehören operative Verluste, Schadenersatzansprüche 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

⁶⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 31; WATTER, BS-Komm. OR 716a N 4.

⁶⁶ WÜSTINER, BS-Komm. OR 725 N 11.

⁶⁷ Allerdings kann auch der umgekehrte Fall beobachtet werden und zwar namentlich dann, wenn es sich um eine neue Geschäftsleitung handelt, welche die vorhandene Situation nicht zu verantworten hat.

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. Mitunter gelten die folgenden Ereignisse als *Event of Default*: die Reduktion des Eigenkapitals um einen bestimmten Betrag, die Veräusserung wesentlicher Aktiven, das Eingehen zusätzlicher Verbindlichkeiten oder die Besicherung von Passiven. Hinzu kommt, dass beim Vorliegen eines *Event of Default* in einem Kreditvertrag über die sogenannte *Cross-Default*-Klausel häufig auch andere Kredite fällig gestellt werden können. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass über die sogenannte *Material Adverse Change*-Klausel oft bereits die abstrakte Vermögensgefährdung oder ähnliche Ereignisse einen *Event of Default* begründen können. Zusammengefasst lassen sich diese Zusammenhänge folgendermassen abbilden:



Der Verwaltungsrat hat aus den möglichen Sanierungsmassnahmen jene auszuwählen, welche 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. Zu diesen Massnahmen gehören unter anderem die Ergänzung oder Auswechslung von Kadermitgliedern, die Einführung von Kostensenkungsprogrammen, die Bereinigung des Produkte- und Dienstleistungssortiments oder die Entlassung von Mitarbeitern.⁶⁸ Daneben gibt es verschiedene Sanierungsmassnahmen, die nicht primär aus betrieblichen oder organisatorischen Überlegungen ergriffen werden. Viel mehr geht es bei diesen Massnahmen darum, entweder die Bilanz wieder ins Gleichgewicht zu bringen oder bei der Gesellschaft einen rechtlich einwandfreien Zustand wieder herzustellen. Zu diesen Massnahmen gehören unter anderem die Bildung einer Auffanggesellschaft, das Ringfencing, das Stillhalteabkommen, die Umfinanzierung, die Auflösung stiller Reserven, die Aufwertung von Aktiven, die Auflösung offener Reserven, der Forderungsverzicht, die Kapitalerhöhung (inkl. Kapitalschnitt und Debt/Equity-Swap), die Sanierungsfusion oder der Rangrücktritt. Während die meisten dieser Massnahmen zwar nicht durch die Gesellschaft alleine umgesetzt werden können, ist deren Umsetzung immerhin ohne amtliches Verfahren möglich. Daneben gibt es aber Massnahmen, die nur in einem amtlichen Verfahren ergriffen werden können oder in einem solchen enden. Dazu zählen die Konkursanmeldung, der Konkursaufschub, die (provisorische) Nachlassstundung sowie der Nachlassvertrag. Die einzelnen Sanierungsmassnahmen werden in den folgenden Kapiteln näher erläutert.

2. Die Organisationsverantwortung

a) Die Bildung einer Auffanggesellschaft

(i) Die Vermeidung einer Gläubigerbevorzugung

Dem Verwaltungsrat obliegt nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR auch die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe der Festlegung der Organisation. Um eine optimale Werterhaltung zu ermöglichen, kann es unter Umständen

⁶⁸ Bei der Entlassung von Mitarbeitern müssen allenfalls die arbeitsrechtlichen Bestimmungen über die Massenentlassung eingehalten werden (Art. 335d ff. OR). Diese auferlegen der Gesellschaft Konsultations- und Notifikationspflichten, deren Nichteinhaltung mitunter zu Entschädigungspflichten führen kann (Art. 336b Abs. 2 lit.c i.V.m. Art. 336a OR). Vgl. dazu auch den Aufsatz von Prof. Geiser.

angezeigt sein, gewisse gesunde Teile des Unternehmens in eine Auffanggesellschaft auszugliedern, um sie vor einem etwaigen Konkurs zu bewahren. Dabei ist zu beachten, dass grundsätzlich nur Aktiven ausgegliedert werden dürfen, weil sonst möglicherweise eine Gläubigerbevorzugung vorliegt. Diese ergibt sich dadurch, dass die Deckungsquote der ausgegliederten Gläubiger zunimmt und gleichzeitig jene der in der Rumpf-Gesellschaft verbleibenden Gläubiger sinkt. Dies kann an folgendem Beispiel veranschaulicht werden: Verfügt die Gesellschaft über Aktiven von CHF 100 und Passiven von CHF 200, dann sind die Passiven nur zu 50% gedeckt. Wenn nun Aktiven im Wert von CHF 50 zusammen mit Passiven im Wert von CHF 50 ausgegliedert werden, dann verbleiben in der Gesellschaft Aktiven im Wert von CHF 50 und Passiven im Wert von CHF 150, was einer Deckungsquote von bloss noch 33.3% entspricht, während die ausgegliederten Passiven zu 100% gedeckt sind. Eine Gläubigerbevorzugung liegt hingegen dann nicht vor, wenn die ausgegliederten Aktiven als Sicherheit für die ebenfalls ausgegliederten Passiven dienen und diese vollständig decken.⁶⁹ Im obigen Beispiel würde die Deckungsquote der gesicherten Passiven in beiden Fällen 100% betragen, während die Deckungsquote der in der Gesellschaft verbleibenden Gläubiger auch ohne Ausgliederung bloss 33.3% betragen würde.

Die Ausgliederung kann grundsätzlich auf zwei Wegen erfolgen, nämlich in eine Tochtergesellschaft oder an einen Dritten. Obwohl bei der Ausgliederung in eine Tochtergesellschaft der übertragenden Gesellschaft keine Liquidität zufließt, hat dieses Vorgehen einen gewichtigen Vorteil: Der Preis für den übertragenen Betriebsteil ist immer angemessen, denn dessen Wert widerspiegelt sich direkt in den von der Muttergesellschaft gehaltenen Aktien. Im Gegensatz dazu fließt bei der Ausgliederung an einen Dritten der verkaufenden Gesellschaft zwar ein Erlös zu, doch ist damit ein wesentlicher Nachteil verbunden: Diese Ausgliederung ist anfechtbar, wenn der Preis nicht angemessen ist.⁷⁰ In diesem Fall haften die Mitglieder des Verwaltungsrates gegenüber den Gläubigern, wenn diese nachweisen können, dass ein höherer Erlös hätte erzielt werden können. Aus diesem Grund sollte der Verwaltungsrat die Festsetzung des Preises ausführlich belegen und allenfalls mit einem Gutachten stützen.

⁶⁹ Die Beurteilung, ob eine Verbindlichkeit voll gesichert ist (d.h. dass nicht mit einem Ausfall gerechnet werden muss), ist aus einer *ex ante* Betrachtung vorzunehmen.

⁷⁰ Vgl. dazu unten C.VII.2.

(ii) Die Übertragung von Vertragsverhältnissen

Bei einer Ausgliederung müssen möglicherweise auch Vertragsverhältnisse auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden. Dabei ist zu beachten, dass die Übertragung von Vertragsverhältnissen grundsätzlich der Zustimmung der Drittpartei bedarf.⁷¹ Eine Zustimmung dürfte in der Regel beigebracht werden können, sofern die Drittpartei davon überzeugt werden kann, dass ihre Interessen besser gewahrt werden, wenn fortan die übernehmende Gesellschaft Vertragspartei ist. Bei der Übertragung von Vertragsverhältnissen ist zu prüfen, ob dem Vertragsverhältnis selbst ein Wert zukommt und deshalb die Übertragung entschädigt werden muss.

Bezüglich der Übertragung von Arbeitsverhältnissen ist zu beachten, dass nach Art. 333 Abs. 1 OR sämtliche mit einem Betrieb oder Betriebsteil verbundenen Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen auf die Auffanggesellschaft übergehen, sofern ein Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Als Betrieb wird dabei eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit verstanden, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt, während ein Betriebsteil eine organisatorische Leistungseinheit ist, der die wirtschaftliche Selbständigkeit fehlt.⁷² Dabei spielt es keine Rolle, ob die Übertragung mittels Eigentumsübergang oder bloss auf obligatorischer Basis, also z.B. durch mietweise Übertragung von Nutzungs- und Gebrauchsrechten an den Produktionsmitteln, erfolgt.⁷³ Weil die Bestimmung von Art. 333 Abs. 1 OR zwingender Natur ist und von den Parteien nicht wegbedungen werden kann,⁷⁴ können mittels einer Ausgliederung keine Arbeitsplätze abgebaut werden, ohne die einschlägigen Kündigungsvorschriften zu beachten. Umstritten und unsicher ist die Anwendbarkeit dieser Bestimmung allerdings bei einer Betriebsübertragung in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren.⁷⁵

⁷¹ Art. 176 Abs. 1 OR. Bei einer Übertragung gemäss Art. 181 OR ist zwar eine Zustimmung der Drittpartei nicht nötig, doch können dadurch nur einzelne Schulden übertragen werden. Vgl. zum Ganzen TSCHÄNI, 78 f.

⁷² BGer 4C.316/2002 vom 25. März 2003, E. 2.1.

⁷³ BGer 4C.316/2002 vom 25. März 2003, E. 2.1.

⁷⁴ Vgl. BGE 123 III 466 E. 3a.

⁷⁵ Das Bundesgericht hat die Frage in BGer 4C.316/2002 vom 25. März 2003, E. 3. offen gelassen. Gegen eine Anwendung dieser Bestimmung in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren ist namentlich das Bundesamt für Justiz (VPB 66.8). Vgl. dazu auch die Ausführungen im Beitrag von Prof. Geiser.

Bei der Übertragung eines Betriebes oder eines Betriebsteils gehen nicht nur die damit verbundenen Arbeitsverhältnisse auf die übernehmende Gesellschaft über, sondern diese haftet nach Art. 333 Abs. 3 OR auch noch solidarisch für die Forderungen der Arbeitnehmer, die vor dem Übergang fällig geworden sind.⁷⁶ Lange Zeit war umstritten, ob diese Bestimmung in einem Insolvenzverfahren ebenfalls Anwendung findet. Das Bundesgericht hat unlängst entschieden, dass Art. 333 Abs. 3 OR beim Erwerb eines Betriebes aus der Konkursmasse nicht anwendbar sei, weil dies dem angestrebten Zweck der Regelung von Art. 333 OR widerspräche.⁷⁷ Aufgrund der Begründung des Gerichts darf m.E. geschlossen werden, dass die Solidarhaftung auch in einem Nachlassverfahren nicht zur Anwendung kommt. Das Gericht hat sein Urteil im wesentlichen damit begründet, dass in einem Konkursverfahren sicher gestellt sei, dass sich der bisherige Arbeitgeber nicht bereichern könne, indem er den Betrieb zu einem Preis entäussert, der offenen Lohnforderungen keine Rechnung trägt, denn der Erlös aus der Verwertung des Betriebs sei der freien Verfügungsgewalt des bisherigen Arbeitgebers entzogen und diene ausschliesslich der Befriedigung der Konkursgläubiger.⁷⁸ Weiter kam das Gericht zum Schluss, dass auch bei systematischer Betrachtung im Zusammenhang mit dem Konkursrecht nicht davon ausgegangen werden kann, dass es der Wille des Gesetzgebers war, die unabdingbare Solidarhaftung in einem Konkursverfahren zur Anwendung zu bringen. Die damit verbundene Erschwerung von Betriebsübernahmen stünde zunächst mit den Zielen der SchKG-Revision im Widerspruch, bei der grosses Gewicht auf die Erhaltung sanierungsfähiger Betriebe gelegt wurde. Ferner sei zu beachten, dass das Schicksal der vor Konkurseröffnung entstandenen Forderungen gegen den Gemeinschuldner grundsätzlich vom Zwangsvollstreckungsrecht geregelt wird. Das Verbot der Gläubigerbevorzugung verlangt, dass sämtliche Arbeitnehmer des konkursiten Arbeitgebers, die mit ihren Lohnforderungen aus den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung privilegiert sind, unter sich gleich zu behandeln sind. Eine gesetzliche Solidarhaftung des Übernehmers für offene Lohnforderungen der übernommenen Arbeitnehmer aus der Zeit vor Konkurseröffnung führte aber zu einer faktischen Privilegierung der übernommenen Arbeitnehmer zu Lasten von anderen Konkursgläubigern mit

Erstklassforderungen.⁷⁹ Schliesslich kommt das Gericht auch auf Grund einer europarechtskonformen Auslegung der Bestimmung zu keinem anderen Resultat. Nach Art. 5 der RL 2001/23 gilt nämlich die Solidarhaftung nicht für Übergänge von Betrieben oder Betriebsteilen, bei denen gegen den Veräusserer unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle (worunter auch ein von einer zuständigen Behörde ermächtigter Insolvenzverwalter verstanden werden kann) ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräusserers eröffnet wurde.⁸⁰

(iii) Die Zuständigkeit für die Bildung einer Auffanggesellschaft

Zuständig für die Übertragung eines Betriebsteils an eine Auffanggesellschaft ist grundsätzlich der Verwaltungsrat, sofern dadurch nicht faktisch eine Liquidation oder Zweckänderung der Gesellschaft bewirkt wird. Während eine faktische Liquidation namentlich dann vorliegt, wenn der gesamte Betrieb mit allen Aktiven der Gesellschaft veräussert wird,⁸¹ spricht man von einer faktischen Zweckänderung, wenn die Gesellschaft dem Wesen und der Organisation nach grundlegend verändert wird, indem sie z.B. ihr operatives Geschäft veräussert und zur Holdinggesellschaft wird.⁸² In beiden Fällen muss die Generalversammlung über eine entsprechende Ausgliederung befinden, weil der Verwaltungsrat nicht über die notwendige Vertretungsmacht verfügt. Zu beachten ist, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Beschlussfassung durch den Verwaltungsrat dennoch zulässig ist, wenn einerseits unverzügliches Handeln dringend geboten ist und andererseits besondere Umstände eine rechtzeitige Beschlussfassung durch die Generalversammlung verunmöglichen.⁸³

Beschlüsse der Generalversammlung über eine Zweckänderung oder über die Liquidation der Gesellschaft müssen grundsätzlich öffentlich beurkundet werden.⁸⁴ Meines Erachtens bedarf jedoch der Beschluss der Generalversammlung über die Genehmigung der Veräusserung eines Betriebsteils

⁷⁶ Die übertragende Gesellschaft haftet zudem solidarisch für die Forderungen der Arbeitnehmer, die nach dem Übergang bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendet werden könnte.

⁷⁷ BGer 4C.316/2002/rnd vom 25. März 2003, E. 8.

⁷⁸ BGer 4C.316/2002/rnd vom 25. März 2003, E. 5.4.2.

⁷⁹ BGer 4C.316/2002/rnd vom 25. März 2003, E. 5.6.

⁸⁰ BGer 4C.316/2002/rnd vom 25. März 2003, E. 6.

⁸¹ BGE 116 II 320 E. 3a.

⁸² BGE 100 II 384 E. 2b.

⁸³ BGE 116 II 320 E. 3a.

⁸⁴ Vgl. Art. 647 Abs. 1 und Art. 736 Ziff. 2 OR.

keiner öffentlichen Beurkundung, weil eben nicht formell, sondern bloss faktisch über eine Liquidation bzw. eine Zweckänderung beschlossen wird. Hingegen ist es ratsam, auch bei diesen Beschlüssen die anwendbaren gesetzlichen⁸⁵ und statutarischen Quorumsvorschriften einzuhalten.

b) Das Ringfencing

Eine weitere Massnahme, um den Wert von Aktiven zu erhalten, ist das sog. *Ringfencing*. Als *Ringfencing* wird in der schweizerischen Restrukturierungspraxis das Isolieren von gesunden Vermögenswerten bezeichnet. Damit soll vermieden werden, dass ein etwaiger Konkurs auf diese Vermögenswerte durchschlägt. Gegenstand eines *Ringfencing* sind häufig Aktien, wobei es sich meistens um einen Konzernbereich handelt, der vom Rest-Konzern isoliert wird.⁸⁶ Beim *Ringfencing* sind namentlich zwei Aspekte von Bedeutung: einerseits die wirtschaftliche und organisatorische Trennung der Tochtergesellschaft vom Rest-Konzern und andererseits die Aufrechterhaltung ihrer Selbständigkeit in einem Konkurs der Muttergesellschaft.

Für eine wirtschaftliche Abschottung zentral ist einmal, dass rechtzeitig die konzerninternen Darlehen abgebaut und zurückbezahlt werden.⁸⁷ Dazu gehört unter anderem auch, dass die fragliche Tochtergesellschaft sogenannte *Cash-Pooling* Vereinbarungen auflöst. Nur dadurch kann vermieden werden, dass im Konkurs der Muttergesellschaft oder der Konzern-Finanzgesellschaft Guthaben der Tochtergesellschaft verloren gehen und Liquidität, welche diese dann dringend benötigt, blockiert wird. Weiter sind sämtliche Beziehungen der Tochtergesellschaft zu den übrigen Konzerngesellschaften auf einer *at arm's length* Basis abzuwickeln; die Tochtergesellschaft muss sich insbesondere überlegen, in welchem Ausmass sie die übrigen Konzerngesellschaften noch kreditieren will.⁸⁸ Meistens zu spät ist es in dieser

Situation, etwaige Solidarschuldverbindlichkeiten oder Eventualverbindlichkeiten, welche die Tochtergesellschaft zu Gunsten der Muttergesellschaft oder von Schwestergesellschaften eingegangen ist, rückgängig zu machen.⁸⁹ Schliesslich sollte die Tochtergesellschaft auch organisatorisch und führungsmässig verselbständigt werden: Dazu müssen Abhängigkeiten wie bspw. im IT-Bereich aufgehoben werden, und die Führung der Tochtergesellschaft muss so ausgestaltet werden, dass sie auch in einem Konkurs der Muttergesellschaft sichergestellt ist.

Andererseits spielt beim *Ringfencing* auch die Aufrechterhaltung der Selbständigkeit der Tochtergesellschaft in einem Konkurs der Muttergesellschaft eine nicht zu unterschätzende Rolle. Unter diesem Aspekt muss sichergestellt werden, dass im Konkurs der Muttergesellschaft die Aktien an der betreffenden Tochtergesellschaft nicht in die Konkursmasse fallen. Dadurch werden namentlich zwei Ziele verfolgt, nämlich die Erhaltung der jederzeitigen freien Verfügungsmöglichkeit über die Aktien sowie die Möglichkeit, die Stimmrechte frei auszuüben. Dies kann dadurch bewerkstelligt werden, dass beispielsweise die Aktien einem Dritten verkauft oder sicherungsübereignet werden.⁹⁰ Auf diese Weise kann verhindert werden, dass die Aktien im Konkurs der Muttergesellschaft in die Konkursmasse fallen. Während bei einer blossen Verpfändung die Aktien zur Konkursmasse der Muttergesellschaft gezogen würden,⁹¹ ist dies bei einer Sicherungsübereignung nicht der Fall. Bei der Sicherungsübereignung erwirbt der Sicherungsnehmer volles Eigentum an den Aktien,⁹² weshalb diese nicht in die Konkursmasse der Muttergesellschaft fallen und z.B. durch Selbsteintritt verwertet werden können.⁹³

Darlehen an eine andere Konzerngesellschaft nicht sicherzustellen (BGer 4C.214/2001 vom 29. Oktober 2001, E. 4).

⁸⁵ Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR verlangt für die Änderung des Gesellschaftszweckes einen Beschluss der Generalversammlung, der mindestens zwei Drittel der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte auf sich vereinigt.

⁸⁶ In diesem Fall kommt das *Ringfencing* einer Rückbildung des Konzerns gleich.

⁸⁷ Erfolgt die Rückzahlung konzerninterner Darlehen zu spät, dann ist sie möglicherweise anfechtbar; vgl. unten C.VII.4.b).

⁸⁸ Das Gewähren von ungesicherten Krediten kann in einer Krisensituation ohnehin pflichtwidrig sein; vgl. dazu den sehr strengen Entscheid des Bundesgerichts, wonach es in einer Sanierungssituation pflichtwidrig sein kann, ein langfristig kreditiertes

⁸⁹ Dazu gehören namentlich auch die sich auf Grund einer MWSt-Gruppenbesteuerung ergebenden Verbindlichkeiten.

⁹⁰ Zu beachten ist, dass diese Geschäfte selbstverständlich *at arm's length* abgewickelt werden müssen und auch nicht eine unzulässige (nachträgliche) Besicherung darstellen dürfen, andernfalls sie anfechtbar sind; vgl. dazu unten C.VII.

⁹¹ Art. 198 SchKG.

⁹² ZOB, BE-Komm. Systematischer Teil N 1359 ff. Zu beachten ist, dass der Sicherungsnehmer die sicherungsübereigneten Aktien dem Sicherungsgeber bei Dahinfallen des Sicherungszweckes wieder zurückgeben muss und dadurch sein Eigentum wieder verliert.

⁹³ BGE 119 II 326 E. 2c; ZOB, BE-Komm. Systematischer Teil N 1478. Es bleibt anzumerken, dass die Aktien durch eine etwaige erfolgreiche Anfechtung dieser

Das *Ringfencing* einer Tochtergesellschaft liegt sowohl im Interesse der Muttergesellschaft als auch der fraglichen Tochtergesellschaft. Die Gläubiger der Muttergesellschaft profitieren von einem *Ringfencing*, weil damit der Wert der Tochtergesellschaft erhalten werden kann. Für die Gläubiger der Tochtergesellschaft ist der Vorteil des *Ringfencing* offensichtlich, wenn dadurch ein Wertzerfall oder gar der Konkurs der Tochtergesellschaft vermieden werden kann.

III. Die Finanzverantwortung

1. Die Finanzplanung

Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR gehören zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung.⁹⁴ Entgegen dem deutschen Wortlaut von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR ist nicht nur die Ausgestaltung der Finanzplanung Verwaltungsratssache, sondern die Finanzplanung selbst. Dies ergibt sich einerseits aus dem französischen Gesetzestext,⁹⁵ andererseits aus der Entstehungsgeschichte.⁹⁶ Dies heisst aber nicht, dass der Verwaltungsrat die Zahlen für die Planung selbst zusammentragen oder die tägliche Liquiditätsplanung selbst vornehmen muss; immerhin muss aber gefordert werden, dass der Verwaltungsrat über die

Geschäfte dennoch zur Konkursmasse gezogen werden können; vgl. Art. 291 SchKG sowie oben FN 90 und unten C.VII.

⁹⁴ Die Bestimmung enthält noch die Einschränkung, dass die Finanzplanung nur dann vorzunehmen sei, wenn sie für die Führung der Gesellschaft notwendig ist. Nach einhelliger Auffassung ist diese Einschränkung jedoch bedeutungslos, weil die Finanzplanung für die Führung der Gesellschaft praktisch nie entbehrlich ist; vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, N 1564; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 43.

⁹⁵ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR lautet in der französischen Fassung: „Fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société“ (Hervorhebungen hinzugefügt).

⁹⁶ Die Botschaft zum Aktienrecht, 240, bezeichnet die Genehmigung der Finanzplanung sowie die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle als unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrates. Weil die Kommission des Nationalrates den Entwurf des Bundesrates mit dem Zusatz ergänzte, dass die Finanzplanung nur vorzunehmen sei, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist (STENBULL NR 1985 1784), drängte sich sprachlich eine Umformulierung auf, in deren Verlauf der deutsche Text offenbar verunglückte. Materiell wollte man aber an der Pflicht des Verwaltungsrates nichts ändern, ausser dass diese nur dann bestehen soll, wenn sie sich überhaupt aufdrängt.

mittel- und langfristige Planung selbst beschliesst und im übrigen für eine korrekte Planung sorgt.⁹⁷

In der finanziellen Krise kommt der Finanzplanung eine zentrale Rolle zu. Mittels einer geeigneten Finanzplanung muss sichergestellt werden, dass die Gesellschaft über genügend Liquidität verfügt, um die anvisierte Sanierung durchzuführen. Wegen der in der Regel sehr angespannten Liquiditätslage in Krisensituationen kann es angezeigt sein, den Liquiditätsplan auf eine Wochenbasis herunterzubrechen. Ebenfalls ist mittels des Liquiditätsplans sicherzustellen, dass sämtliche Ausgaben, welche die Gesellschaft tätigt, im Rahmen der definierten Sanierungsmassnahmen vorgenommen werden und nicht einseitig Gläubiger bevorzugt behandelt werden.

In einer Krisensituation ist es in der Regel auch angezeigt, frühzeitig mit den Hauptgläubigern in Kontakt zu treten. Einerseits müssen namentlich Finanzgläubiger umfassend über die geplanten Sanierungsmassnahmen informiert werden, weil sie regelmässig in einen Sanierungsplan eingebunden werden müssen. Die Finanzgläubiger können aber nur dann sinnvoll eingebunden werden, wenn sie dem Management und den beabsichtigten oder eingeleiteten Massnahmen vertrauen.⁹⁸ Dieses Vertrauen kann am besten durch eine offene Kommunikation gebildet werden. Andererseits ist die Einbindung der Finanzgläubiger auch deshalb wesentlich, damit sich diese beispielsweise in einem (informellen) Stillhalteabkommen verpflichten, während den Verhandlungen über ein Sanierungskonzept die Kreditlinien offen zu halten und die Kredite nicht fällig zu stellen bzw. die Schuldner-Gesellschaft nicht zu betreiben.⁹⁹ Eine Sanierung kann nämlich nur dann erfolgreich sein, wenn die Gesellschaft über genügend Liquidität verfügt und zudem sämtliche Gläubiger der gleichen Gläubigerkategorie gleich behandelt werden.

Schliesslich muss es das Ziel jeder Liquiditätsplanung sein, dass die Lieferanten so wenig wie möglich von der angespannten finanziellen Situation der Gesellschaft merken.¹⁰⁰ Die Gefahr besteht nämlich, dass beim Bekanntwerden der finanziellen Krisensituation der Gesellschaft die

⁹⁷ Von einem ähnlichen Konzept geht Ziffer 9 SCBP aus, wonach der Verwaltungsrat in der Planung für die grundsätzliche Übereinstimmung von Strategie und Finanzen sorgt.

⁹⁸ Vgl. SENN, 115.

⁹⁹ Vgl. dazu auch den Beitrag von Markus Affentranger.

¹⁰⁰ Im Schweizer Recht besteht grundsätzlich keine Pflicht, spontan über die eigene Kreditwürdigkeit aufzuklären; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 863; HANDSCHIN, 441; offengelassen in BGE 125 III 86 E. 3c.

Lieferanten ihre Geschäftsbeziehungen nur noch dann aufrechterhalten, wenn die Schuldnergesellschaft die Leistungen im Voraus bezahlt. Dadurch wird der Finanzbedarf der Gesellschaft aber gerade in einer Situation derart stark erhöht, in welcher die Gesellschaft dies nicht mehr verkraften kann.

Obwohl die Sicherstellung der Liquidität in einer Krisensituation absolut zentral ist, sollten gewisse Ressourcen nur mit höchster Vorsicht in Anspruch genommen werden. Einmal ist zu beachten, dass bei Finanzierungen durch Tochter- oder Schwestergesellschaften das immanente Risiko von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen die Organe dieser Gesellschaften besteht, sofern die Krise nicht überwunden werden kann.¹⁰¹ Weiter ist die Entgegennahme von Einlagen von Arbeitnehmern zwar zulässig¹⁰² und stellt meistens günstige Liquidität dar, doch sind solche Betriebssparkassen in einem Konkurs- oder Nachlassverfahren für die Arbeitnehmer sehr problematisch: Während das Konkursprivileg gemäss Art. 37a BankG¹⁰³ nicht zur Anwendung kommt, weil die fraglichen Depositenkassen nicht der Bankengesetzgebung unterstellt sind, bezieht sich das Konkursprivileg gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG nur auf Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis. Weil allgemein davon ausgegangen wird, dass die Rückforderung von Spareinlagen von Arbeitnehmern keine Forderung aus dem Arbeitsverhältnis sei, können die entsprechenden Forderungen bloss in der 3. Klasse kolloziert werden. Um die in einem Insolvenzfall ohnehin schon hart getroffenen Arbeitnehmer nicht noch zusätzlich zu schädigen, empfiehlt es sich deshalb, solche Betriebssparkassen so früh als möglich aufzulösen. Allerdings ist zu beachten, dass auch die Rückzahlung von Spareinlagen ein anfechtbarer Tatbestand sein kann.¹⁰⁴ Es bleibt zu hoffen, dass der Bundesrat baldmöglichst die unheilvolle Bestimmung der Bankenverordnung, wonach

solche Einlagen nicht der Bankengesetzgebung unterstellt sind, streichen wird.¹⁰⁵ Damit wären solche Kassen nicht mehr länger zulässig.

2. Die Finanzkontrolle und das Rechnungswesen

Im Rahmen der Finanzkontrolle und des Rechnungswesens ist der Verwaltungsrat verpflichtet, diese so auszugestalten, dass er die finanzielle Lage der Gesellschaft stetig verfolgen und insbesondere in einer Krisensituation seinen Pflichten gemäss Art. 725 OR nachkommen kann.¹⁰⁶ Mit anderen Worten muss der Verwaltungsrat dafür sorgen, dass Strukturen vorhanden sind, die es ihm erlauben, eine begründete Besorgnis eines Kapitalverlustes oder einer Überschuldung zu erhalten. Bestehen diese Strukturen nicht, dann ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat pflichtwidrig unbesorgt war.¹⁰⁷

Weiter sollte der Verwaltungsrat auch sicher stellen, dass die Gesellschaft die Sozialversicherungsbeiträge bei Fälligkeit bezahlt. Eine Nichtbezahlung von Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberbeiträgen kann nicht nur zur Haftung für die ausstehenden Beiträge führen,¹⁰⁸ sondern auch strafrechtlich relevant sein.¹⁰⁹

3. Die Finanzverantwortung bei Konzerntochtergesellschaften

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der Finanzverantwortung um eine unübertragbare und unentziehbare Pflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 716a Abs. 1 OR. In Konzernverhältnissen werden die Finanzplanung, die Finanzkontrolle und das Rechnungswesen aber häufig von der Muttergesellschaft oder von einer spezialisierten Konzernmanagementgesellschaft wahrgenommen. In Tat und Wahrheit ist es gar nicht möglich, dass der Verwaltungsrat einer Konzerntochtergesellschaft alleine die Finanzverantwortung ausübt, denn es ist geradezu begriffsnotwendig, dass der Konzern unter einer einheitlichen finanziellen Leitung steht, was übrigens auch vom Gesetz selber vorausgesetzt wird. Dies

¹⁰¹ Vgl. dazu unten C.III.4.

¹⁰² Gemäss Art. 3a Abs. 4 lit. c BankV sind Einlagen von Arbeitnehmern und ehemaligen Arbeitnehmern bei ihrem Arbeitgeber nicht Publikumsseinlagen und damit auch nicht der Bankengesetzgebung unterstellt.

¹⁰³ Nach Art. 37a Abs. 2 Zif. 1 BankG werden Forderungen aus Konten, auf die regelmässig Erwerbseinkommen, Renten oder Pensionen von Arbeitnehmern überwiesen werden, bis zum Höchstbetrag von 30'000 Franken je Gläubiger einer besonderen Klasse zwischen der zweiten und der dritten Klasse zugewiesen.

¹⁰⁴ Vgl. unten C.VII.4.b).

¹⁰⁵ Vgl. dazu auch den entsprechenden Vorschlag der EBK in: EBK-Jahresbericht 2001, 45 f. Leider hat es der Bundesrat in seiner Sitzung vom 10. September 2003 aus nicht nachvollziehbaren Gründen unterlassen, einen entsprechenden Entscheid zu fällen.

¹⁰⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1690.

¹⁰⁷ Vgl. dazu C.IV.1 und C.V.1.

¹⁰⁸ Vgl. z.B. Art. 52 AHVG. Vgl. dazu BGE 129 V 11 E. 3 und ausführlich NUSSBAUMER, *passim*; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 238–243.

¹⁰⁹ Vgl. z.B. Art. 87 AHVG; vgl. dazu ausführlich GLANZMANN-TARNUTZER, *passim*.

ergibt sich einmal daraus, dass der Konzern eine konsolidierte Rechnung zu erstellen hat,¹¹⁰ was nur möglich ist, wenn das Rechnungswesen der einzelnen Konzerngesellschaften aufeinander abgestimmt ist. Von einer sehr zentralisierten Konzernfinanzierung geht das Gesetz aber auch an anderer Stelle aus, wenn es die Ausgabe von Wandel- und Optionsrechten einer Konzerngesellschaft zugunsten von Anleiensobligationären einer anderen Konzerngesellschaft erlaubt.¹¹¹ Eine derartige Verflechtung von Forderungen und Optionen gegenüber verschiedenen Gesellschaften eines Konzerns ist nur möglich, wenn eine stark zentralisierte Konzernfinanzplanung vorliegt.

In der Praxis befindet man sich in einem eigentlichen Dilemma, denn einerseits ist der Konzern eine gesetzlich vorgesehene Organisationsform, andererseits will aber der gleiche Gesetzgeber, dass jede einzelne Gesellschaft selbständig sämtliche zentralen Aufgaben der Geschäftsführung wahrnimmt. Leider ist das Problem bis heute von höchststrichterlicher Seite noch nicht geklärt worden, und in der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, wie es zu lösen ist. Die m.E. richtige Meinung geht davon aus, dass der Verwaltungsrat einer Konzerntochtergesellschaft wohl nicht sämtliche Aufgaben gemäss Art. 716a OR selber erfüllen muss.¹¹² Richtigweise ist dieser Katalog soweit zu reduzieren, dass dem Verwaltungsrat einer Konzerntochtergesellschaft bloss noch die absolut unübertragbaren Aufgaben verbleiben, die er selbst auch sinnvoll ausüben kann. Zudem ist er gehalten, dafür zu sorgen, dass keine rechtswidrigen Handlungen vorgenommen werden.¹¹³ Bezüglich der Finanzverantwortung heisst dies, dass diese so auszugestalten ist, dass der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft beispielsweise die Verbote der Einlagerückgewähr und der verdeckten Gewinnausschüttung durchsetzen sowie den Pflichten im Falle eines Kapitalverlustes oder bei einer Überschuldung nachkommen kann. Diese Pflichten kann der Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft nur dann wahrnehmen, wenn er regelmässig die seine Gesellschaft betreffenden Unterlagen des Konzernreportings erhält und über die wichtigsten finanziellen Vorgänge im Voraus informiert wird.

¹¹⁰ Art. 663e OR.

¹¹¹ Art. 653 Abs. 1 OR.

¹¹² BÖCKLI, Aktienrecht, N 1579i f.; DRUEY/VOGEL, 33 N 9.3; a.M. FORSTMOSER, Haftung, 95.

¹¹³ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1579i f.; DRUEY/VOGEL, 33 N 9.4.

4. Die Problematik von konzerninternen Finanzierungen

a) *Up-stream Finanzierungen*

Sehr problematisch sind in Krisensituationen namentlich die sogenannten *up-stream* Finanzierungen. Eine *up-stream* Finanzierung liegt vor, wenn eine Gesellschaft eine Finanzleistung an ihre Muttergesellschaft gewährt. Der Finanzleistung an die Muttergesellschaft gleich gestellt sind Leistungen an Schwestergesellschaften, die auch als *cross-stream* Finanzierungen bezeichnet werden. Die Finanzleistung kann entweder direkt als Darlehen oder indirekt als Sicherheit zur Besicherung von Krediten an diese Gesellschaften erbracht werden.

In der Lehre und Praxis werden die *up-stream* Finanzierungen teilweise unter dem Aspekt des Gesellschaftszweckes diskutiert.¹¹⁴ Abgesehen davon, dass das Bundesgericht alle Handlungen als zweckkonform bezeichnet, sofern sie durch den Gesellschaftszweck nicht geradezu ausgeschlossen werden,¹¹⁵ ist auch zu beachten, dass bei Konzern-Tochtergesellschaften der statutarische Zweck in der Regel jederzeit so angepasst werden kann, dass er auch eine *up-stream* Finanzierung deckt. Viel bedeutender sind deshalb die Schranken, die sich aus den Vorschriften über den Kapitalschutz ergeben. Unter diesem Aspekt sind *up-stream* Finanzierungen eigentlich nur dann unbedenklich, wenn die Bonität der Borger-Gesellschaft unzweifelhaft ist oder das Darlehen z.B. voll besichert wird.¹¹⁶ In einer Krisensituation wird dies allerdings kaum je der Fall sein, weshalb *up-stream* Finanzierungen in solchen Situationen nur dann unbedenklich sein können, wenn die finanzierende Gesellschaft in ihrer Bilanz freies Eigenkapital in der gleichen Höhe ausweist.¹¹⁷

Als frei gilt jener Teil des Eigenkapitals, der an die Aktionäre ausgeschüttet werden kann, ohne das Verbot der Einlagerückgewähr oder die Reserve-schutzvorschriften zu verletzen. Es ist die Differenz zwischen dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital¹¹⁸ und dem geschützten Teil des Eigenkapitals.¹¹⁹ Geschützt sind das gesamte Aktien- und Partizipationskapital in

¹¹⁴ Vgl. z.B. TSCHÄNI, 211; AEBl, 73 und 79; RUBLI, 227–258.; ZR 1999 Nr. 52, Urteil B2, S. 252 ff.

¹¹⁵ BGE 116 II 320 E. 3a.

¹¹⁶ Vgl. dazu GLANZMANN, Darlehensvertrag, 99.

¹¹⁷ BGE 110 II 293 E. 3b; BÜRGLI, ZH-Komm. OR 680 N 35.

¹¹⁸ Die stillen Reserven werden dabei nicht beachtet; vgl. GLANZMANN, Darlehensvertrag, 87 f.

¹¹⁹ Massgebend ist dabei der Einzelabschluss nach OR.

ihrem Nennbetrag,¹²⁰ die allgemeine Reserve in der Höhe von 50% des nominellen Aktien- und Partizipationskapitals¹²¹ sowie die Reserve für eigene Aktien¹²² und die Aufwertungsreserve¹²³. Bei Holdinggesellschaften beträgt der Schutz der allgemeinen Reserve 20% des einbezahlten Kapitals.¹²⁴

Umstritten ist die Frage, wie weit ein etwaiges Agio geschützt ist. Soweit ein Agio nicht zur Deckung von Ausgabekosten, für Abschreibungen oder für Wohlfahrtszwecke verwendet wird, ist es von Gesetzes wegen der allgemeinen Reserve zuzuweisen.¹²⁵ Dennoch geht ein Teil der Lehre davon aus, dass das Agio auch nach seiner Zuweisung zur allgemeinen Reserve dem Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR unterliegt und demnach voll geschützt ist.¹²⁶ Dieser Auffassung kann aus den folgenden Überlegungen nicht gefolgt werden: Vorab widerspricht sie der bilanziellen Behandlung des Agios. Das Agio ist zwingend der allgemeinen Reserve zuzuweisen und es erscheint als solche in der Bilanz. Aus der Bilanz ist somit nicht ersichtlich, ob die allgemeine Reserve aus selbst erarbeiteten Mitteln oder aus einer Überpari-Emission gebildet wurde.¹²⁷ Weiter fehlt dem Agio auch jede Publizität in den Statuten und im Handelsregister.¹²⁸ Das Aktienkapital wird in den Statuten und im Handelsregister gar als voll liberiert ausgewiesen, wenn bloss der Nennwert liberiert ist. Wegen der fehlenden Publizität des Agios in der Bilanz, in den Statuten und im Handelsregister dürfen aber auch die Gläubiger nicht darauf vertrauen, dass ein etwaiges Agio anders geschützt ist als der Rest der allgemeinen Reserve.

¹²⁰ Art. 680 Abs. 2 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 105; BÖCKLI, Aktienrecht, N 920a; KURER, BS-Komm. OR 680 N 18.

¹²¹ Art. 671 Abs. 3 OR; NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, BS-Komm. OR 671 N 24; BÖCKLI, Aktienrecht, N 924.

¹²² Art. 671a OR; BÖCKLI, Aktienrecht, N 935.

¹²³ Art. 671b OR; BÖCKLI, Aktienrecht, N 935.

¹²⁴ Art. 671 Abs. 4 OR; BÖCKLI, Aktienrecht, N 924a; NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, BS-Komm. OR 671 N 38.

¹²⁵ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR. Das Agio wird durch Beschluss der Generalversammlung zur gesetzlichen Reserve, den diese auch bereits im Rahmen der Kapitalerhöhung fassen kann.

¹²⁶ Vgl. insbes. BÖCKLI, Aktienrecht, N 923.

¹²⁷ NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, BS-Komm. OR 671 N 34.

¹²⁸ Bezüglich des Agios ist weder eine Mindestliberierung notwendig (Art. 632 Abs. 1 OR) noch ist der entsprechende Betrag auf das Kapitaleinzahlungskonto einzubezahlen (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 14 N 23).

Schliesslich bestimmt zwar Art. 671 OR, wie das Agio bei der Bildung der allgemeinen Reserve zu behandeln ist, er enthält jedoch für dessen Auflösung keine besonderen Bestimmungen. Auch daraus ist zu schliessen, dass das Agio den gewöhnlichen Auflösungsvorschriften der allgemeinen Reserve unterliegt.¹²⁹

Ist eine *up-stream* Finanzierung nicht durch freies Eigenkapital gedeckt, dann kann das entsprechende Geschäft unter Umständen nichtig sein. Dies gilt einmal immer dann, wenn es sich um ein fiktives Darlehen handelt, d.h. wenn die Borger-Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung weder fähig noch willens ist, die Darlehensvaluta zurückzuzahlen.¹³⁰ Nichtigkeit kann aber auch dann vorliegen, wenn das fiktive Darlehen zu Lasten des ungeschützten Teils der Reserven ausgerichtet wird und dabei gegen zwingende Zuständigkeitsvorschriften bezüglich der Verwendung dieser Reserven verstossen wird. Zu beachten ist namentlich, dass für die Verwendung der gesetzlichen Reserve zwingend die Generalversammlung zuständig ist. Soweit der Verwaltungsrat über die gesetzlichen Reserven verfügt, sind die entsprechenden Rechtsgeschäfte nach h.L. und Rechtsprechung nichtig.¹³¹

Vom fiktiven Darlehen zu unterscheiden ist das Sanierungsdarlehen, bei dem die Parteien die berechtigte Hoffnung haben, dass die Borger-Gesellschaft die Darlehenssumme in einem späteren Zeitpunkt wieder zurückzahlen kann, auch wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dazu nicht fähig ist.¹³² Analoges gilt für die Gewährung von Sicherheiten für die Besicherung eines Kredites an eine sanierungsbedürftige Mutter- oder Schwestergesellschaft. Fraglich ist, inwieweit die Ausrichtung solcher Sanierungsleistungen zu Lasten des geschützten Kapitals zulässig ist. Meines Erachtens muss die Gewährung von Sanierungsleistungen auf Kosten des geschützten Teils der allgemeinen Reserve zulässig sein. Dies ergibt sich aufgrund des Wortlautes von Art. 671 Abs. 3 OR, wonach der geschützte Teil der allgemeinen Reserve für Massnahmen verwendet werden darf, die geeignet sind, in Zeiten schlechten Geschäftsganges das Unternehmen durchzuhalten. Können durch die Sanierungsleistungen, die zu Lasten der allgemeinen Reserve erbracht

¹²⁹ NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, BS-Komm. OR 671 N 35; KURER, BS-Komm. OR 675 N 19.

¹³⁰ Vgl. dazu GLANZMANN, Darlehensvertrag, 105 f.

¹³¹ Max. XI Nr. 476 E. 2; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1929 und 1931; BÜRGI, ZH-Komm. OR 706 N 9.

¹³² Vgl. dazu GLANZMANN, Darlehensvertrag, 5.

werden, der Konzern oder einzelne Konzerngesellschaften saniert werden, so kann dies auch wieder den Interessen der Gläubiger der finanzierenden Gesellschaft entsprechen. In diesem Fall müssen solche Sanierungsleistungen zulässig sein.¹³³ Weil eine solche Sanierungsleistung nicht fiktiv ist, muss sie nicht von der Generalversammlung genehmigt werden. Ihre Schranken dürften solche Sanierungsleistungen aber dort haben, wo sie zu Lasten des Aktien- oder Partizipationskapitals sowie der Reserve für eigene Aktien und der Aufwertungsreserve erbracht werden.¹³⁴

Die Mitglieder des Verwaltungsrates einer Gesellschaft, die eine Finanzierung erbringt, welche die Vorschriften über den Schutz des Eigenkapitals verletzt, handeln in der Regel pflichtwidrig. Dies gilt auch für Mitglieder des Verwaltungsrates einer Konzern-Tochtergesellschaft.

b) Sanierungsleistungen an Tochtergesellschaften

Meistens unproblematisch sind Finanzleistungen der Muttergesellschaft an ihre Tochtergesellschaft, selbst wenn es sich dabei um Sanierungsleistungen handelt. Solche Sanierungsleistungen liegen grundsätzlich im Interesse der Muttergesellschaft, sofern dadurch der Wert der Beteiligung an der Tochtergesellschaft erhalten oder gar gesteigert werden kann. Allerdings ist zu beachten, dass solche Sanierungsleistungen dann nicht mehr zulässig sind, wenn die Wertsteigerung der sich im Eigentum der Muttergesellschaft befindlichen Aktien viel kleiner ist als der Wertverlust durch die Hingabe der Sanierungsleistung. Dieser Fall kann namentlich dann eintreten, wenn sich die Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der fraglichen Vermögenstransaktion in einer derart desolaten finanziellen Situation befindet, dass durch die Sanierungsleistung die Tochtergesellschaft nicht vor dem finanziellen Zusammenbruch gerettet werden kann.¹³⁵ Solche Sanierungsleistungen liegen

nicht mehr im Interesse der Muttergesellschaft und sind deshalb pflichtwidrig.¹³⁶

c) Verdecktes Eigenkapital

Schliesslich besteht in gewissen Situationen das Risiko, dass ein Darlehen an eine verbundene Gesellschaft als verdecktes Eigenkapital qualifiziert wird. Ein Darlehen ist immer dann als verdecktes Eigenkapital zu betrachten, wenn nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt des Darlehensvertrages anzunehmen ist, dass ein Dritter das Darlehen zu den nämlichen Konditionen verweigert hätte (Drittmannstest) oder nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte (Sanierungstest).¹³⁷ Derjenige Teil des Darlehens, der nur als Risikokapital hätte hingegeben werden dürfen, soll deshalb in solches umqualifiziert werden. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass dieses Darlehen in Eigenkapital umzuqualifizieren ist.¹³⁸ Wegen des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung¹³⁹ ist ein solches Darlehen aber nicht in Eigenkapital, sondern in nachrangiges Fremdkapital umzuwandeln.¹⁴⁰ Die Darleiher-Gesellschaft sieht sich dann der Situation gegenüber gestellt, dass sie das von ihr gewährte Darlehen unter Umständen nicht mehr ohne weiteres zurückfordern kann.¹⁴¹ Sofern es sich beim Darlehen nicht um eine bewusste Sanierungsleistung handelt, kann die Darlehensgewährung als Pflichtverletzung aufgefasst werden. Die Darleiher-Gesellschaft sollte deshalb darauf bedacht sein, dass das von ihr gewährte Darlehen *at arm's length*

¹³³ Vgl. auch ZR 1999 Nr. 52, Urteil B2, S. 252 ff.

¹³⁴ Vgl. dazu GLANZMANN, Darlehensvertrag, 108.

¹³⁵ Vgl. dazu das Beispiel in ZR 1999 Nr. 52, Urteil B1, S. 239 ff., wo die Überschuldung der Muttergesellschaft CHF 320 Mio. betrug und jene der Tochtergesellschaft CHF 380 Mio. Die Muttergesellschaft verpfändete zugunsten der Tochtergesellschaft Wertschriften im Wert von CHF 24 Mio., damit der Tochtergesellschaft flüssige Mittel in der Höhe von CHF 15 Mio. zuflossen. Die verpfändeten Aktien stellten zudem eine der wesentlichen Unternehmensbeteiligungen der Muttergesellschaft dar.

¹³⁶ In ZR 1999 Nr. 52, Urteil B1, S. 239 ff., hielt das Gericht die Leistung für nichtig, weil sie gegen den Gesellschaftszweck versties.

¹³⁷ VON GREYERZ, 550. Nach HOLD, 95 ff., und RUBLI, 193, ist eine Überschuldung vorausgesetzt, was m.E. zwar die Rechtssicherheit erhöhen würde, doch bestimmt nicht erst den Zustand beschreibt, in dem die Gesellschaft kein Fremdkapital mehr erhält.

¹³⁸ VON GREYERZ, 553 f.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Januar 1993, abgedruckt bei VOGEL, Sanierungsdarlehen, 299; SJ 1971 209, 214 f.

¹³⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 95; BGE 121 III 219 E. 3 a.E.

¹⁴⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1698a; VOGEL, Sanierungsdarlehen, 302; HOLD, 165 f.; RUBLI, 195.

¹⁴¹ Ein Verbot der Rückforderung kann sich auch auf Grund der paulianischen Anfechtungsklage ergeben; vgl. C.VII.4.b).

ausgerichtet wird. Dies kann insbesondere bedeuten, dass das Darlehen zu besichern ist.¹⁴²

IV. Die Pflichten bei einem Kapitalverlust

1. Der Tatbestand des Kapitalverlusts

Als Kapitalverlust wird die Situation bezeichnet, in welcher die Hälfte des Grundkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr durch werthaltige Aktiven gedeckt ist.¹⁴³ Das massgebende Grundkapital setzt sich zusammen aus dem nominellen Aktien- und Partizipationskapital.¹⁴⁴ Zu den massgebenden Reserven gehört die Hälfte sämtlicher gesetzlicher Reserven¹⁴⁵, also die allgemeine Reserve¹⁴⁶, die Reserve für eigene Aktien¹⁴⁷ und die Aufwertungsreserve¹⁴⁸. Nicht in die Berechnung einzubeziehen sind hingegen etwaige statutarische Reserven¹⁴⁹ sowie ein Bilanzgewinn.¹⁵⁰ Die Bewertung in der Bilanz muss zu Fortführungswerten vorgenommen werden, sofern der Fortführungswille und die Fortführungsmöglichkeit gegeben sind.¹⁵¹ Ist die Fortführung des Unternehmens nicht gewollt oder nicht möglich, dann muss die Bilanz zu Liquidationswerten erstellt werden.¹⁵² Die Fortführungsmöglichkeit ist namentlich dann nicht mehr gegeben, wenn die Gesellschaft über zu wenig Liquidität verfügt und nicht angenommen werden darf, dass innert nützlicher Frist neue Liquidität zur Verfügung gestellt wird.¹⁵³ Zu

¹⁴² Dies entspricht der Rechtsprechung in BGer 4C.214/2001 vom 29. Oktober 2001, E. 4, wonach es in einer Sanierungssituation pflichtwidrig sein kann, ein langfristiges Darlehen an eine andere Konzerngesellschaft nicht sicherzustellen.

¹⁴³ Vgl. Marginale zu Art. 725 OR.

¹⁴⁴ Vgl. Art. 656b Abs. 3 OR.

¹⁴⁵ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1681a; FORSTMOSER/MAYER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 196; WÜSTINER, BS-Komm. OR 725 N 18. A.M. HWP 3.14, 47, das die Reserve für eigene Aktien nicht als Bemessungsbasis hinzuziehen will.

¹⁴⁶ Art. 671 OR.

¹⁴⁷ Art. 671a OR.

¹⁴⁸ Art. 671b OR.

¹⁴⁹ Art. 672 OR.

¹⁵⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1681b f.

¹⁵¹ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1680a.

¹⁵² BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4b/aa.

¹⁵³ HANDSCHIN, 437. In der Revisionspraxis wird die Bewertung zu Fortführungswerten in der Regel akzeptiert, wenn die Gesellschaft bis zur nächsten ordentlichen Generalver-

beachten ist, dass in dieser Situation insbesondere in Konzernverhältnissen der Bildung von Rückstellungen erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen ist: Selbst wenn die Bilanz der Holdinggesellschaft zu Fortführungswerten erstellt werden darf, sind allenfalls Wertberichtigungen vorzunehmen, die sich aufgrund der Tatsache ergeben, dass beispielsweise eine Tochtergesellschaft in Konkurs fallen wird, oder Eventualverbindlichkeiten beansprucht werden.

Massgebend für die Beurteilung, ob ein Kapitalverlust vorliegt, ist grundsätzlich die letzte Jahresbilanz, und zwar der Einzelabschluss nach OR.¹⁵⁴ Liegt gemäss dieser Bilanz kein Kapitalverlust vor, so darf der Verwaltungsrat dennoch nicht untätig bleiben, wenn er während dem Geschäftsjahr begründete Besorgnis eines Kapitalverlusts hat. In diesem Fall ist er analog zu Art. 725 Abs. 2 OR verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen und zu ermitteln, ob ein Kapitalverlust vorliegt.

2. Die Rechtsfolgen eines Kapitalverlusts

Liegt ein Kapitalverlust im Sinne des Gesetzes vor, dann muss nach Art. 725 Abs. 1 OR der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen. Der Wortlaut dieser Bestimmung könnte zur Annahme verleiten, dass die Generalversammlung für sämtliche Sanierungsmassnahmen zuständig ist oder dass nur solche Sanierungsmassnahmen ergriffen werden müssen, die in den Kompetenzbereich der Generalversammlung fallen. Beide Auffassungen sind nicht zutreffend. Einerseits gilt auch bei Vorliegen eines Kapitalverlustes nach wie vor das Paritätsprinzip, d.h. die Generalversammlung kann nicht über Angelegenheiten Beschluss fassen, die in die Kompetenz des Verwaltungsrates fallen.¹⁵⁵ Andererseits hat der Verwaltungsrat aus sämtlichen möglichen Sanierungsmassnahmen diejenigen auszuwählen, die am meisten Erfolg versprechen. Dies gilt unabhängig davon, ob die fraglichen Sanierungsmassnahmen in die Kompetenz des Verwaltungsrates oder in jene der Generalversammlung fallen.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Verwaltungsrat die Sanierungsversammlung unverzüglich einzuberufen. Daraus ergibt sich, dass

sammlung über zugesicherte Liquidität (bspw. in Form eines Stillhalteabkommens) verfügt.

¹⁵⁴ Art. 725 Abs. 1 OR.

¹⁵⁵ HANDSCHIN, 443.

mit der Sanierungsversammlung nicht zugewartet werden darf bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung. Die beiden Versammlungen dürfen nur dann zusammengelegt werden, wenn sie zeitlich ohnehin mehr oder weniger zusammenfallen.¹⁵⁶ Andererseits darf aber nicht verlangt werden, dass sofort nach Erkennen eines Kapitalverlustes eine Sanierungsversammlung einzuberufen ist. Vielmehr muss dem Verwaltungsrat eine gewisse Zeit zugestanden werden, um Sanierungsmöglichkeiten zu erwägen. Erst wenn diese feststehen, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, eine Sanierungsversammlung einzuberufen.¹⁵⁷ Dies ist namentlich bei Publikums-gesellschaften von Bedeutung, denn eine zu frühe Orientierung der Aktionäre – und damit des Publikums – ohne konkretes Sanierungskonzept könnte dazu führen, dass die Gesellschaft ihre Kreditwürdigkeit insbesondere im täglichen Geschäft mit Lieferanten völlig verliert. Dadurch wird aber jede Gesellschaft unmittelbar in eine Liquiditätskrise gestürzt, die den Geschäftsbetrieb völlig zum Erliegen bringen kann und dadurch sämtliche Sanierungsmassnahmen obsolet machen würde.¹⁵⁸

Die Einberufung der Sanierungsversammlung hat nach den gewöhnlichen Formvorschriften und unter Einhaltung der massgebenden Fristen zu erfolgen.¹⁵⁹ Nach Ansicht des Bundesgerichtes ist der Verwaltungsrat zwar gehalten, Sanierungsmassnahmen vorzubereiten und entsprechende Vorschläge der Generalversammlung in entschlossener Form vorzulegen, doch darf diese auch andere Massnahmen beschliessen.¹⁶⁰ Im konkreten Fall hat es das Gericht für zulässig befunden, unter dem Traktandum „Diskussion und Beschlussfassung über Anträge aus dem Aktionärskreis (z.B. Kapital-erhöhung mit oder ohne vorherige Kapitalherabsetzung etc.)“ einen Kapitalschnitt zu beschliessen, d.h. das Aktienkapital vollständig abzuschreiben und wieder auf den ursprünglichen Betrag zu erhöhen.

Nach der Praxis des Bundesgerichts ist der Verwaltungsrat nicht verpflichtet, der Sanierungsversammlung eine Zwischenbilanz vorzulegen.¹⁶¹ Dies

¹⁵⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1686a.

¹⁵⁷ KRNETA, N 2186.

¹⁵⁸ A.M. BÖCKLI, Aktienrecht, N 1686a, der die Auffassung vertritt, dass der Verwaltungsrat bei sehr komplexen Verhältnissen in einer Orientierungsversammlung vor der eigentlichen Sanierungsversammlung die Aktionäre über die beabsichtigten Sanierungsmassnahmen orientieren sollte.

¹⁵⁹ Vgl. dazu Art. 700 OR.

¹⁶⁰ BGE 121 III 420 E. 2b.

¹⁶¹ BGE 121 III 420 E. 3a; a.M. BÖCKLI, Aktienrecht, N 1686b; WÜSTINER, BS-Komm. OR 725 N 27.

schliesst allerdings nicht aus, dass der Verwaltungsrat den Aktionären Auskunft über den aktuellen Stand der finanziellen Lage zu geben hat, soweit dies für die Ausübung ihrer Rechte erforderlich ist.¹⁶²

3. Die Vermeidung bzw. Behebung eines Kapitalverlusts

a) Die Auflösung stiller Reserven

Eine erste Massnahme, um eine Unterbilanz zu vermeiden bzw. zu beseitigen, ist die Auflösung von stillen Reserven. Dies ist eine rein bilanzielle Sanierungsmassnahme und bewirkt insbesondere keine Liquiditätszufuhr. Die Auflösung stiller Reserven erfolgt durch die Wieder-aufwertung eines im Laufe der Jahre unter die Anschaffungskosten abgeschrieben Aktivpostens auf den vom Verkehrswert voll gedeckten früheren Anschaffungswert¹⁶³ oder durch die rein buchmässige Auflösung von übersetzten oder zusätzlichen Rückstellungen¹⁶⁴. Die diesbezüglichen Kompetenzen liegen beim Verwaltungsrat und die entsprechenden Massnahmen sind von diesem sinnvollerweise schon vor Eintritt eines Kapitalverlustes vorzunehmen.¹⁶⁵ Damit sich der Verwaltungsrat nicht dem Vorwurf aussetzt, Aktiven überbewertet oder notwendige Rückstellungen aufgelöst zu haben, empfiehlt es sich, derartige Massnahmen gut zu dokumentieren und unter Umständen mit entsprechenden Belegen oder Gutachten zu stützen.

Die Auflösung stiller Reserven ist der Revisionsstelle im Einzelnen mitzu-teilen.¹⁶⁶ Zudem muss sie im Anhang zur Bilanz ausgewiesen werden, sofern dadurch das erwirtschaftete Ergebnis wesentlich günstiger dargestellt wird.¹⁶⁷ Diese Voraussetzung dürfte bei der Auflösung von stillen Reserven zur Vermeidung oder Behebung eines Kapitalverlustes häufig erfüllt sein.

¹⁶² Art. 697 OR; BGE 121 III 420 E. 3a.

¹⁶³ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1144.

¹⁶⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1145.

¹⁶⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 200; KRNETA, N 2182.

¹⁶⁶ Art. 669 Abs. 4 OR.

¹⁶⁷ Art. 663b Ziff. 8 OR.

b) *Die Aufwertung von Wertschriften sowie von Grundstücken und Beteiligungen*

Nach Art. 665 OR darf das Anlagevermögen höchstens zu den Anschaffungs- oder den Herstellungskosten bewertet werden, weshalb Aufwertungen über diese Kosten hinaus bis zum wirklichen Wert grundsätzlich nicht zulässig sind. Davon gibt es jedoch zwei Ausnahmen, nämlich die Aufwertung von Wertschriften sowie die Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen.

Während für Wertschriften ohne Kurswert die allgemeinen Bewertungsregeln gelten,¹⁶⁸ dürfen Wertschriften mit einem Kurswert bis zum Durchschnittskurs des letzten Monats vor dem Bilanzstichtag aufgewertet werden.¹⁶⁹ Diese Ausnahmeregelung gilt jedoch nach herrschender Lehre nur für Wertschriften des Umlaufvermögens und nicht für solche, die zum Anlagevermögen gehören, selbst wenn diese einen Kurswert haben sollten.¹⁷⁰ Damit von Wertschriften mit Kurswert gesprochen werden kann, ist es nicht notwendig, dass diese Wertschriften an einer Börse kotiert sind; es genügt, wenn sie regelmässig gehandelt werden.¹⁷¹

Art. 670 OR erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen die Aufwertung von Grundstücken¹⁷² oder Beteiligungen¹⁷³ über deren Anschaffungswert hinaus. Eine solche Aufwertung setzt einmal voraus, dass ein Kapitalverlust im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR vorliegt,¹⁷⁴ bzw. ohne Aufwertung vorliegen würde. Weiter darf die Aufwertung nur in einem bestimmten Umfang vorgenommen werden: Einerseits darf die Aufwertung den wirklichen Wert des Grundstücks oder der Beteiligung nicht übersteigen, andererseits darf sie nach dem Wortlaut des Gesetzes nur im Umfang der Unterbilanz erfolgen.

¹⁶⁸ Art. 667 Abs. 2 OR.

¹⁶⁹ Art. 667 Abs. 1 OR.

¹⁷⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 279; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1034.

¹⁷¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 276.

¹⁷² Grundstücke sind Liegenschaften, die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte, die Bergwerke sowie die Miteigentumsanteile an Grundstücken (Art. 655 ZGB).

¹⁷³ Beteiligungen sind Anteile am Kapital anderer Unternehmen, die mit der Absicht dauernder Anlage gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln, wobei stimmberechtigte Anteile von mindestens 20 Prozent als Beteiligung gelten (Art. 665a Abs. 2 und 3 OR).

¹⁷⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 307, NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, BS-Komm. OR 670 N 6.

Eine Unterbilanz im Sinne dieser Bestimmung umfasst nicht nur den Betrag, um den das Aktienkapital nicht mehr gedeckt ist,¹⁷⁵ sondern auch die Unterdeckung bezüglich der gesetzlichen Reserven. Nur so kann wirksam ein Kapitalverlust beseitigt werden.¹⁷⁶ Im Weiteren ist eine Aufwertung dadurch offenzulegen, indem der Aufwertungsbetrag in der Bilanz gesondert als Aufwertungsreserve ausgewiesen wird¹⁷⁷ und zudem im Anhang der Bilanz der Gegenstand und der Betrag der Aufwertung angegeben werden.¹⁷⁸ Schliesslich hat die Revisionsstelle zuhanden der Generalversammlung schriftlich zu bestätigen, dass die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten sind.¹⁷⁹

Nicht notwendig ist, dass die Aufwertung in einem bestimmten Mindestmass vorgenommen wird, d.h. bspw. der Kapitalverlust eliminiert wird.¹⁸⁰ Die entsprechenden Äusserungen in der Literatur finden im Gesetz keine Stütze und lassen sich auch nicht mit dessen Zweck begründen,¹⁸¹ denn die Aufwertung selbst entbindet den Verwaltungsrat noch nicht von der Pflicht, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen. Soweit ein Kapitalverlust durch eine Aufwertung nicht beseitigt werden kann, sind solche Sanierungsmassnahmen dennoch vorzunehmen.

Weil die Aufwertungsreserve nur durch Umwandlung in Aktienkapital sowie durch Wiederabschreibung oder Veräusserung der aufgewerteten Aktiven aufgelöst werden darf,¹⁸² kann durch eine Aufwertung alleine nie ein Bilanzverlust eliminiert werden.¹⁸³ Immerhin ist es aber möglich, bei genügender Aufwertung den Kapitalverlust¹⁸⁴ zum Verschwinden zu bringen: Weil die Aufwertungsreserve zu den gesetzlichen Reserven gehört und damit ebenfalls als Bemessungsgrundlage für einen Kapitalverlust nach Art. 725 Abs. 1 OR

¹⁷⁵ Dies entspricht dem Begriff Unterbilanz in Art. 735 OR.

¹⁷⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1840v.

¹⁷⁷ Art. 670 Abs. 1 letzter Satz OR.

¹⁷⁸ Art. 663b Ziff. 9 OR.

¹⁷⁹ Art. 670 Abs. 2 OR.

¹⁸⁰ So aber DEKKER, 106, und NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, BS-Komm. OR 670 N 12.

¹⁸¹ Die Botschaft zum Aktienrecht, 150, spricht sogar ausdrücklich davon, dass der „Zweck der Aufwertung ... einzig die Beseitigung eines Kapitalverlustes oder von Teilen davon“ sei (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁸² Art. 671b OR.

¹⁸³ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1840x; HWP 2.38, 379.

¹⁸⁴ Als Kapitalverlust wird der Betrag verstanden, um den die Hälfte des Grundkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist.

dient,¹⁸⁵ muss dazu die Aufwertung mindestens dem zweifachen Betrag des Kapitalverlustes entsprechen.¹⁸⁶

Auch die Aufwertung von Wertschriften sowie von Grundstücken und Beteiligungen liegt in der Kompetenz des Verwaltungsrates. Auch in diesem Fall sollte der Verwaltungsrat derartige Massnahmen gut dokumentieren und unter Umständen mit entsprechenden Belegen oder Gutachten stützen. Besondere Aufmerksamkeit hat der Verwaltungsrat dabei etwaigen Steuerfolgen von solchen Aufwertungen zu schenken.¹⁸⁷

c) Die Auflösung offener Reserven

Die allgemeine Reserve ist in der Höhe der Hälfte des Aktienkapitals grundsätzlich geschützt. Art. 671 Abs. 3 OR erlaubt jedoch, dass die allgemeine Reserve auch zur Deckung von Verlusten verwendet werden darf, soweit sie die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt. Deshalb darf ein Bilanzverlust gegen die allgemeine Reserve ausgebucht werden.¹⁸⁸ Weil die allgemeine Reserve als Berechnungsgrundlage für das Vorliegen eines Kapitalverlustes dient, kann damit die Bemessungsbasis herabgesetzt werden, wodurch sich eventuell bereits ein Kapitalverlust eliminieren lässt. Zuständig für die Auflösung der allgemeinen Reserve ist die Generalversammlung.¹⁸⁹

Bestehen neben der allgemeinen Reserve noch weitere Reserven, so sind diese vorgängig zur Verwendung der allgemeinen Reserve aufzulösen, sofern

es sich dabei nicht um Reserven für eigene Aktien¹⁹⁰ oder um Aufwertungsreserven¹⁹¹ handelt.¹⁹² Die Kompetenz zur Auflösung solcher Reserven ist im Einzelfall abzuklären.

d) Der Forderungsverzicht und Besserungsscheine

Ein Kapitalverlust kann relativ einfach beseitigt werden, wenn Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung auf ihre Forderungen verzichten. Ein Forderungsverzicht ist jedoch in der Regel nicht ohne weiteres zu erlangen, weil in diesem Fall der Gläubiger seine Forderung endgültig aufgibt. Ein Gläubiger wird dies nur tun, wenn er dazu eine besondere Motivation hat. Diese könnte etwa der Fall sein, wenn der Gläubiger dafür eine Entschädigung erhält. Eine solche Entschädigung kann in Form von Aktien,¹⁹³ Optionen, Genussscheinen¹⁹⁴ oder Besserungsscheinen erbracht werden.¹⁹⁵

Besserungsscheine begründen bedingte Forderungen gegenüber der Gesellschaft, die beim Eintritt von im Voraus definierten Bedingungen aufleben. Die Gesellschaft muss die aufgrund eines Besserungsscheines bestehende Eventualverpflichtung nicht bilanzieren, denn die Verpflichtung selbst entsteht erst, wenn die entsprechenden Bedingungen eintreten.¹⁹⁶ Im Besserungsschein muss die Bedingung, deren Eintritt die Forderung gegenüber der Gesellschaft wieder aufleben lässt, genau umschrieben werden. Der Besserungsschein kann beispielsweise so strukturiert werden, dass die Forderung beim Verkauf bestimmter Aktiven wieder auflebt. Der Forderungsbetrag kann dabei dem Umfang der Differenz zwischen dem Netto-Verkaufserlös und dem dannzumaligen Buchwert dieser Aktiven

¹⁸⁵ Vgl. oben C.IV.1.

¹⁸⁶ Dies ergibt sich aus folgender Formel, wobei A = Aktiven, FK = Fremdkapital, GK = Grundkapital, GS = gesetzliche Reserven ohne die neu zu bildende Aufwertungsreserve und X = Aufwertungsbetrag bzw. die neu zu bildende Aufwertungsreserve:

$$A + X \geq FK + \frac{1}{2} (GK + GS + X)$$

$$A + X \geq FK + \frac{1}{2} (GK + GS) + \frac{1}{2} X$$

$$A + \frac{1}{2} X \geq FK + \frac{1}{2} (GK + GS)$$

$$\frac{1}{2} X \geq FK + \frac{1}{2} (GK + GS) - A = \text{Kapitalverlust}$$

$$X \geq 2 \times \text{Kapitalverlust}$$

¹⁸⁷ Auf die teilweise komplexen Steuerfolgen wird in diesem Zusammenhang nicht eingegangen. Vgl. dazu RIEDWEG, 252–253.

¹⁸⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, N 924.

¹⁸⁹ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR; BÜRGI, ZH-Komm. OR 671 N 85; NEUHAUS/SCHÖNBÄCHLER, BS-Komm. OR 671 N 21.

¹⁹⁰ Art. 671a OR; diese Reserve kann nur bei Veräusserung oder Vernichtung von Aktien aufgehoben werden.

¹⁹¹ Vgl. dazu oben C.IV.3.b).

¹⁹² BÖCKLI, Aktienrecht, N 925a.

¹⁹³ In diesem Fall spricht man von einem sog. Debt/Equity-Swap; vgl. dazu unten C.IV.4.d).

¹⁹⁴ Nach Art. 657 OR können die Statuten die Schaffung von Genussscheinen u.a. zu Gunsten von Gläubigern vorsehen, durch welche Ansprüche auf einen Anteil am Bilanzgewinn oder am Liquidationsergebnis oder auf den Bezug neuer Aktien verliehen werden.

¹⁹⁵ Auf die steuerlichen Auswirkungen der Ausgabe von Genuss- und Besserungsscheinen wird in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen. Vgl. dazu RIEDWEG, 250 f.

¹⁹⁶ Analog zu Art. 663b Ziff. 1 OR kann es empfehlenswert sein, die Forderung als Eventualverbindlichkeit im Bilanz-Anhang aufzuführen.

entsprechen. Der dannzumal aktuelle Buchwert kann definiert werden als der Buchwert zu Fortführungswerten gestützt auf die letzte geprüfte Bilanz oder Zwischenbilanz vor dem Verkauf. Falls im Zuge des Verkaufs dieser Aktiven ein Mehrwert realisiert wird, stellt dies für die Gesellschaft im Umfang des Netto-Verkaufserlöses einen ausserordentlichen Ertrag dar, während das Wiederaufleben der Forderung aufgrund des Besserungsscheins gleichzeitig einen ausserordentlichen Aufwand in gleicher Höhe begründet. Der Besserungsschein hat damit keine direkte Auswirkung auf die Bilanz bzw. auf das Eigenkapital der Gesellschaft. Zu beachten ist aber, dass nach der aktuellen Praxis dieser ausserordentliche Aufwand für die Gesellschaft kein steuerlich abzugsfähiger Aufwand ist. Gleichzeitig stellt der Zufluss des Mehrwerts beim Gläubiger einen steuerbaren Ertrag dar.¹⁹⁷

4. Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung im Besonderen

a) Deklarative Kapitalherabsetzung nach Art. 735 OR

Solange eine Gesellschaft nicht überschuldet ist, kann ein Bilanzverlust durch eine Kapitalherabsetzung beseitigt werden. Weil bei dieser sog. deklarativen Kapitalherabsetzung der Gesellschaft kein Haftungssubstrat entzogen wird, ist sie gemäss Art. 735 OR unter erleichterten Voraussetzungen zulässig.¹⁹⁸

Die Kapitalherabsetzung erfolgt in der Regel dadurch, dass der Nennwert der Aktien reduziert wird.¹⁹⁹ Dabei verändern sich die Beteiligungsquoten unter den Aktionären nicht, weshalb eine Kapitalherabsetzung alleine keine Verwässerung von Aktionärsrechten bewirkt. Ebenfalls nimmt durch die Kapitalherabsetzung der Wert der Aktien nicht ab. Eine Kapitalherabsetzung zum Zwecke der Beseitigung einer durch Verluste entstandenen Unterbilanz und in einem diese Unterbilanz nicht übersteigenden Betrag darf ohne Aufforderung an die Gläubiger und ohne Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger vorgenommen werden.²⁰⁰ Hingegen ist auch in diesem Fall ein besonderer Revisionsbericht im Sinne von Art. 732 Abs. 2 OR erforderlich.²⁰¹

¹⁹⁷ RIEDWEG, 250.

¹⁹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 260.

¹⁹⁹ Grundsätzlich ist es auch möglich, bestimmte Aktien zu vernichten; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 305.

²⁰⁰ Art. 735 OR.

²⁰¹ BGE 121 III 420 E. 3b.

Eine Unterbilanz im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn das Aktienkapital nicht mehr voll gedeckt ist. Nach der h.L. ist dies erst bei einer sog. materiellen Unterbilanz der Fall, d.h., wenn der ausgewiesene Verlustvortrag weder durch offene noch durch stille Reserven beseitigt werden kann.²⁰² Deshalb müssen vorgängig zu einer deklarativen Kapitalherabsetzung sämtliche Reserven aufgelöst werden, die nicht mit dem Verlustvortrag verrechnet werden können. Demnach dürfen nur die Reserve für eigene Aktien, die Aufwertungsreserve sowie stille Zwangsreserven stehen gelassen werden.²⁰³ Massgebend für die Bemessung der Unterbilanz ist der OR-Einzelabschluss zu Fortführungswerten,²⁰⁴ ausser wenn die Fortführung der Gesellschaft nicht geplant oder nicht möglich ist.²⁰⁵

Durch die Kapitalherabsetzung darf die Mindestsumme des Aktienkapitals von CHF 100'000 nicht unterschritten werden.²⁰⁶ Nicht notwendig ist, dass durch die Kapitalherabsetzung die ganze Unterbilanz beseitigt wird.

b) Kapitalschnitt

Als Kapitalschnitt wird die Kapitalherabsetzung unter gleichzeitiger Wiedererhöhung auf mindestens den bisherigen Betrag bezeichnet. Anders als bei der reinen Kapitalherabsetzung kann dadurch nicht nur ein Bilanzverlust beseitigt werden, sondern der Gesellschaft fliessen zudem noch neue Mittel zu.²⁰⁷ Weil letztlich das Aktienkapital mindestens dem ursprünglichen Betrag entspricht, liegt keine Kapitalherabsetzung im Sinne des Gesetzes vor.²⁰⁸

Voraussetzung eines Kapitalschnittes ist, dass gleichzeitig mit der Kapitalherabsetzung eine Wiedererhöhung mindestens bis zur bisherigen Höhe stattfindet, und zwar durch voll einbezahltes Kapital.²⁰⁹ Die

²⁰² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 288; KÜNG, BS-Komm. OR 735 N 4; a.M. BÖCKLI, Aktienrecht, N 298i, der die stillen Reserven nicht einbeziehen will.

²⁰³ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 289.

²⁰⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 286.

²⁰⁵ Vgl. dazu oben C.IV.1.

²⁰⁶ Art. 621 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 298.

²⁰⁷ Bei der Verrechnungsliberierung fliessen keine neuen Mittel zu, sondern die Gesellschaft wird um den entsprechenden Betrag entlastet. Im Ergebnis führt dies jedoch ebenfalls zu einer Erhöhung des Substanzwertes im Ausmass der Kapitalerhöhung; vgl. GLANZMANN, Verrechnung, 230.

²⁰⁸ Art. 732 Abs. 1 OR.

²⁰⁹ Art. 732 Abs. 1 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 343.

Wiedererhöhung kann in bar, durch Sacheinlage oder durch Verrechnung erfolgen.²¹⁰ Im Gegensatz zur deklarativen Kapitalherabsetzung darf das Mindestkapital von CHF 100'000 unterschritten werden, weil es ja sofort wieder auf den ursprünglichen Betrag erhöht wird.²¹¹ Zu beachten ist, dass nach dem Wortlaut des neuen Art. 622 Abs. 4 OR die Herabsetzung des Nennwertes einer Aktie unter den gesetzlichen Mindestnennwert von 1 Rappen nicht mehr möglich ist. Diese Regelung war in der Botschaft des Bundesrates²¹² noch nicht vorgesehen, ist jedoch vom Parlament so beschlossen worden. Das Parlament ging dabei davon aus, dass eine Herabsetzung des Nennwertes unter 1 Rappen selbst bei Sanierungen nicht notwendig sei.²¹³ Dabei hat es offenbar übersehen, dass in Zukunft ein Kapitalschnitt mittels Nennwertherabsetzung, und damit unter Umständen auch eine Sanierung, nicht mehr möglich ist.²¹⁴ Weil dies wohl kaum die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann, bleibt zu hoffen, dass die Handelsregisterämter im Fall einer Sanierung in Zukunft eine Herabsetzung des Nennwertes unter 1 Rappen wieder zulassen werden. Bis auf weiteres kann wohl ein totaler Kapitalschnitt nur durch die Vernichtung des bisherigen Aktienkapitals durchgeführt werden.²¹⁵ Beteiligt sich ein Aktionär nicht an der Wiedererhöhung des Aktienkapitals, dann verbleibt ihm gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung trotz der Vernichtung seiner Aktien eine Stimme.²¹⁶ Im Zusammenhang mit der Revision des GmbH-Rechts soll diese Rechtsprechung korrigiert werden. Gemäss dem neuen Art. 732a OR gehen die bisherigen Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre mit der Herabsetzung unter, wenn das Aktienkapital zum Zwecke der Sanierung auf Null herabgesetzt und anschliessend wieder erhöht wird.²¹⁷

²¹⁰ Vgl. dazu unten C.IV.4.c).

²¹¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 53 N 336.

²¹² Vgl. BBl 2000 4568.

²¹³ BBl 2000 5506; AmtlBull SR 2000 586. Diese Auffassung vertritt auch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister in seiner Mitteilung vom 22. Januar 2001 betreffend die Senkung des Nennwertes von Aktien auf einen Rappen, in: Jahrbuch des Handelsregisters 2000, 96–98, 97, sowie BÖCKLI, Nennwertlose Aktien, 334 insbesondere FN 15; MORSCHER, Handkomm. OR 622 N 7; BAUDENBACHER, BS-Komm. OR 622 N 34.

²¹⁴ GLANZMANN, Wirtschaftsrecht 2001/2002, 19; VON BÜREN/BRÜTSCH, 656; STOFFEL, 590; DUBS, Handkomm. OR 732 N 7.

²¹⁵ BBl 2001, 3233 f.

²¹⁶ Art. 692 Abs. 2 OR; BGE 121 III 420 E. 4a, 86 II 83.

²¹⁷ BBl 2001 3292.

c) Kapitalerhöhung

Im Gegensatz zu den bisher beschriebenen Bilanzmassnahmen fliessen der Gesellschaft bei einer Kapitalerhöhung neue Mittel zu, bzw. sie wird – bei einer Verrechnungsliberierung – von Verbindlichkeiten entlastet. Ist das Aktienkapital nicht mehr voll durch Aktiven gedeckt, dann kann vorgängig zur Kapitalerhöhung eine Kapitalherabsetzung notwendig sein. Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem Verbot der Unterpari-Emission, d.h. der Vorschrift, dass Aktien nur zum Nennwert oder zu einem diesen übersteigenden Betrage ausgegeben werden dürfen.²¹⁸ Ist der Nennwert der Aktien aber nicht mehr gedeckt, dann wird in der Regel kein Aktionär bereit sein, die Aktien zum Nennwert zu zeichnen und damit mehr zu bezahlen, als die Aktie tatsächlich wert ist, sofern sich nicht sämtliche Aktionäre gemäss ihren bisherigen Quoten an der Kapitalerhöhung beteiligen. Aus diesem Grund muss unter Umständen der Nennwert der Aktien zuerst auf den wirklichen Wert herabgesetzt werden, was gleichzeitig auch die Beseitigung eines etwaigen Bilanzverlustes ermöglicht.²¹⁹ Wird der Nennwert unter den wirklichen Wert herabgesetzt, dann können die neuen Aktien mit einem Agio ausgegeben werden, das wiederum gegen einen etwaigen Bilanzverlust ausgebucht werden darf.²²⁰

Im Rahmen einer Kapitalerhöhung muss der Verwaltungsrat sicherstellen, dass er die neuen Aktienzeichner adäquat über die finanzielle und betriebliche Situation der Gesellschaft sowie über die beabsichtigten Sanierungsmassnahmen informiert. Um etwaige Verantwortlichkeitsansprüche zu vermeiden, sollte der Verwaltungsrat dieser Pflicht nicht nur dann nachkommen, wenn er einen Emissionsprospekt erstellen muss,²²¹ sondern bei jeder Kapitalerhöhung im Rahmen einer Sanierung. Dabei sind die Aktionäre darauf hinzuweisen, dass mit der Aktienzeichnung ein Totalverlust verbunden sein kann, wenn die Sanierung fehlschlägt.

Die Liberierung des gezeichneten Kapitals kann in bar,²²² mittels Sacheinlage oder durch Verrechnung²²³ erfolgen. Bei einer Liberierung

²¹⁸ Art. 624 OR.

²¹⁹ S. oben C.IV.4.a).

²²⁰ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 i.V.m. Art. 671 Abs. 3 OR.

²²¹ Art. 652a OR, Art. 32 ff. Kotierungsreglement SWX.

²²² Im Zusammenhang mit der Barliberierung steht auch die (beabsichtigte) Sachübernahme.

²²³ Zur Liberierung durch Verrechnung vgl. unten C.IV.4.d).

mittels Sacheinlage ist der Bewertung besondere Beachtung zu schenken, weil letztlich der Verwaltungsrat im Kapitalerhöhungsbericht bestätigt, dass diese angemessen ist.²²⁴ Es ist offensichtlich, dass gerade solche Bewertungen eine erhebliche Angriffsfläche im Rahmen von Verantwortlichkeitsklagen bieten, sollte sich die Sanierung im Nachhinein als Fehlschlag herausstellen. Der Verwaltungsrat setzt sich dann aber nicht nur einer zivilrechtlichen Haftung aus,²²⁵ sondern er macht sich unter Umständen auch strafbar.²²⁶ Aus diesem Grund sollte der Verwaltungsrat bei Kapitalerhöhungen mittels Sacheinlage deren Bewertung ausführlich dokumentieren und gegebenenfalls mit einem Gutachten unterlegen.

Ebenfalls kritisch sind Kapitalerhöhungen mit beabsichtigten Sachübernahmen, welche insbesondere im Rahmen von Ausgliederungen vorkommen können. Eine beabsichtigte Sachübernahme liegt vor, wenn vor der Kapitalerhöhung bereits die Absicht besteht, nach der Kapitalerhöhung grössere Vermögenswerte zu erwerben. Dabei es genügt, dass im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung die feste Absicht bestand, das Geschäft abzuschliessen und der Abschluss fast sicher war.²²⁷ Das Gesetz verlangt für den Fall der beabsichtigten Sachübernahme, dass die Statuten den Gegenstand der Sachübernahme, den Namen des Veräusserers und die Gegenleistung der Gesellschaft angeben müssen.²²⁸ Werden diese Formvorschriften nicht eingehalten, so ist das Übernahmegeschäft nach h.L. grundsätzlich nichtig.²²⁹ Während diese Nichtigkeit nicht absolut ist und der Mangel geheilt werden kann, indem nachträglich die Statuten und der Handelsregistereintrag angepasst werden,²³⁰ kann sich jedoch der Verwaltungsrat auch in diesem Fall strafbar machen.²³¹

²²⁴ Art. 652e Ziff. 1 OR.

²²⁵ Neben dem Verwaltungsrat haftet auch der Aktienzeichner, der seiner Liberierungspflicht nicht nachgekommen ist.

²²⁶ Im Vordergrund steht dabei der Tatbestand der Falschbeurkundung gemäss Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.

²²⁷ Vgl. dazu ausführlich GLANZMANN, Sachübernahme, 167–171.

²²⁸ Art. 652c i.V.m. Art. 628 Abs. 2 OR.

²²⁹ BGE 83 II 284 E. 4. Differenziert: GLANZMANN, Sachübernahme, 171–173.

²³⁰ BGE in SAG 1943/44 183; BGE 83 II 284 E. 4.

²³¹ BGE 125 III 18. Neben der Falschbeurkundung nach Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 StGB kann auch der Tatbestand der Erschleichung einer falschen Beurkundung gemäss Art. 253 StGB erfüllt sein.

d) Debt/Equity-Swap

Eine andere Möglichkeit, die Gesellschaft von Verbindlichkeiten zu entlasten, ist die Durchführung eines sogenannten *Debt/Equity Swap*. Dabei wandelt der Gläubiger seine Forderung in Aktienkapital um, indem er anlässlich einer Kapitalerhöhung der Gesellschaft die von ihm gezeichneten Aktien durch Verrechnung mit seiner Forderung liberiert.²³² Die rechtliche Zulässigkeit dieser sehr zweckmässigen Sanierungsmassnahme ist allerdings umstritten, denn gewisse Autoren vertreten die Auffassung, dass die zur Verrechnung gebrachte Forderung gegenüber der Gesellschaft aus der Sicht des Gläubigers werthaltig sein müsse.²³³ Trifft diese Auffassung zu, dann ist die Verrechnungsliberierung als Sanierungsmassnahme ungeeignet, weil natürlich gerade solche Forderungen nicht mehr werthaltig sind. Das Bundesgericht hat sich bis heute nur in einem *obiter dictum* zur Werthaltigkeitstheorie geäussert, ohne jedoch auch nur mit einem Wort auf die intensiv geführte Diskussion einzugehen.²³⁴

Im vorliegenden Zusammenhang wird nicht auf die Diskussion über die Werthaltigkeit eingegangen. Hingegen bleibt anzumerken, dass aufgrund der unklaren Rechtslage bezüglich der Werthaltigkeit der zu verrechnenden Forderung die Verrechnungsliberierung nur mit Vorsicht angewendet werden sollte. Eine Möglichkeit, die Problematik der Verrechnungsliberierung zu entschärfen, liegt darin, dass die Forderung aus Gläubigersicht bewertet und

²³² Art. 652c i.V.m. Art. 635 Ziff. 2 OR.

²³³ Vgl. bspw. BÖCKLI, Aktienrecht, N 206–206b; KUNZ, Minderheitenschutz, § 2 N 47 ff.; WIDMER, § 22 II. c und SCHNEIDER, FN 750. Gegen die Werthaltigkeitstheorie: DRUEY, Rechtsgutachten, *passim*; GLANZMANN, Verrechnung, 227–234; DRUEY/VOGEL, 387–389; LAMBERT/GERICKE, Handkomm. OR 652c N 6; ZINDEL/ISLER, BS-Komm. OR 652c N 3–5; CAMPONOVO, 885–890; PFEIFER, 1475; SENN, 151–156; VON DER CRONE, Teilrevision, 15 f.; VON SALIS-LÜTOLF, N 573; RUBLI, 207–213.

²³⁴ BGE 2A.169/2002 vom 11. Juli 2002, E. 6; das Bundesgericht hat in diesem aufsichtsrechtlichen Entscheid festgehalten, dass das von einer Bank vorgeschlagene Konzept, über eine Umwandlung der Darlehen in Beteiligungsrechte an einer neu zu gründenden Aktiengesellschaft ihre nicht bewilligungspflichtigen Aktivitäten zu retten, aufsichtsrechtlich nicht zu befriedigen vermochte. Gemäss Bundesgericht gilt bei einer Liberierung durch Verrechnung eine Einlage nur dann als erbracht, wenn der Verkehrswert der Forderung gegen die Gesellschaft nicht tatsächlich unter deren Nennwert gefallen ist. Das Bundesgericht hat bei diesem *obiter dictum* einzig die Monographie von Peter Bockli zitiert und ist ansonsten mit keinem Wort auf die Werthaltigkeitsdiskussion eingegangen. Aus diesem Grund muss wohl nicht davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht tatsächlich der Werthaltigkeitstheorie folgt.

in der Folge bei der Liberierung des Aktienkapitals nur zu diesem tieferen Verkehrswert angerechnet wird. Eine solche Bewertung ist selbstverständlich immer mit grossen Unsicherheiten verbunden, ausser wenn die Gesellschaft Anleiheobligationen ausstehend hat. In diesem Fall kann der Kurswert der Anleiheobligationen als Vergleichsbasis herangezogen werden. In allen anderen Fällen sollte der Verwaltungsrat diese Bewertung durch ein Gutachten unterlegen.²³⁵ Obwohl bei einer nichtwerthaltigen Forderung – unter der Voraussetzung, dass die Theorie der Werthaltigkeit stimmt – vor allem der Aktionär seiner Liberierungspflicht nicht nachgekommen ist und deshalb dieser eine Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft hat, besteht auch für den Verwaltungsrat ein Haftungsrisiko, denn dieser bestätigt im Feststellungsbeschluss, dass die versprochenen Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen.²³⁶ Daraus ergibt sich nicht nur ein Haftungsrisiko, sondern im schlimmsten Fall liegt gar eine Falschbeurkundung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB vor.²³⁷

5. Die Sanierungsfusion im Besonderen

Unter bisherigem Recht war umstritten, ob überschuldete Gesellschaften fusionieren können.²³⁸ Das neue Fusionsgesetz²³⁹ ermöglicht nun solche Fusionen unter bestimmten Voraussetzungen. Danach kann eine Gesellschaft, deren Aktienkapital und deren gesetzlichen Reserven zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind oder die überschuldet ist, mit einer anderen Gesellschaft fusionieren, wenn diese über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung verfügt. Diese Voraussetzung entfällt, soweit Gläubiger der an der Fusion beteiligten Gesellschaften im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten.²⁴⁰

Aufgrund der Bestimmung von Art. 6 Abs. 1 FusG, kann einmal geschlossen werden, dass Gesellschaften ohne weiteres fusionieren können, sofern keine

der beteiligten Gesellschaften einen Kapitalverlust aufweist, d.h., sofern das Aktienkapital und die gesetzlichen Reserven zumindest zur Hälfte gedeckt sind. Andererseits kann eine Fusion nicht mehr ohne weiteres stattfinden, wenn eine der beteiligten Gesellschaften einen Kapitalverlust oder eine Überschuldung aufweist, d.h., eine sog. Sanierungsfusion vorliegen würde. Diese ist nur in zwei Fällen zulässig:

Einerseits ist die Sanierungsfusion zulässig, wenn die nicht sanierungsbedürftige Gesellschaft über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung verfügt.²⁴¹ Die massgebende Unterdeckung umfasst dabei sowohl eine etwaige Überschuldung als auch den Kapitalverlust. Mit anderen Worten muss die andere Gesellschaft über so viel freies Eigenkapital verfügen, dass bei der sanierungsbedürftigen Gesellschaft zumindest wieder die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven gedeckt ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob die übertragende oder die übernehmende Gesellschaft sanierungsbedürftig ist.²⁴²

Andererseits ist eine Sanierungsfusion auch zulässig, soweit Gläubiger der an der Fusion beteiligten Gesellschaften im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten. Diese Bestimmung lehnt sich an die Vorschrift über den Rangrücktritt gemäss Art. 725 Abs. 2 OR an.²⁴³ Im Gegensatz zu Art. 725 Abs. 2 OR muss der Rangrücktritt bei der Sanierungsfusion aber nicht nur die Überschuldung abdecken, sondern auch den Kapitalverlust. Mit anderen Worten muss auch ein Rangrücktritt so gross sein, dass neben einer etwaigen Überschuldung die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven abgedeckt werden. Massgebend ist dabei der OR-Einzelabschluss zu Fortführungswerten. Es spielt keine Rolle, welche Gläubiger den Rangrücktritt aussprechen, ob jene der sanierungsbedürftigen Gesellschaft oder jene der gesunden Gesellschaft. Auch eine Kombination ist möglich.

Das Gesetz enthält keine Regelung über die Dauer des Rangrücktritts.²⁴⁴ Meines Erachtens ist davon auszugehen, dass der Rangrücktritt solange Gültigkeit haben muss, bis die fusionierte Gesellschaft über so viel Eigenkapital verfügt, wie sie gehabt hätte, wenn die Unterdeckung mit freien Reserven hätte gedeckt werden können. Der Rangrücktritt muss aber auch dann dahinfallen, wenn sämtliche Gläubiger, die im Zeitpunkt der Fusion bereits Gläubiger der beteiligten Gesellschaften waren, befriedigt sind. Die

²³⁵ Denkbar ist insbesondere, dass von der Revisionsstelle eine Bestätigung eingeholt wird, dass die Forderung aus Sicht der Gläubiger werthaltig ist.

²³⁶ Art. 652g Abs. 1 Ziff. 2 OR.

²³⁷ Vgl. oben C.IV.4.c).

²³⁸ Vgl. z.B. BÖCKLI, Aktienrecht, N 294f (verneinend) und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 57 N 61 ff. (bejahend).

²³⁹ Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG) vom 3. Oktober 2003. Das Inkrafttreten des Gesetzes ist im heutigen Zeitpunkt noch nicht bestimmt.

²⁴⁰ Art. 6 Abs. 1 FusG.

²⁴¹ Zum Begriff des frei verwendbaren Eigenkapitals vgl. oben C.III.4.a).

²⁴² Botschaft zum FusG, 4399.

²⁴³ Vgl. dazu unten C.V.3.

²⁴⁴ Vgl. dazu unten C.V.3.c).

nach der Fusion neu hinzukommenden Gläubiger haben keinen schützenswerten Anspruch, sich auf den Rangrücktritt zu berufen, der im Rahmen der Fusion gewährt worden ist.

Damit eine Sanierungsfusion im Handelsregister eingetragen werden kann, hat das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan der übernehmenden Gesellschaft dem Handelsregisteramt eine Bestätigung eines besonders befähigten Revisors einzureichen, wonach die Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 1 FusG erfüllt sind.²⁴⁵ Nebst dieser Voraussetzung sind selbstverständlich auch sämtliche übrigen einschlägigen Bestimmungen über die Fusion zu beachten, namentlich die Vorschriften über den Gläubiger- und Arbeitnehmerschutz²⁴⁶ sowie über die Kontinuität der Mitgliedschaft.²⁴⁷

V. Die Pflichten bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit

1. Der Tatbestand der Überschuldung

Eine Überschuldung liegt gemäss Art. 725 Abs. 2 OR vor, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind. Mit anderen Worten bedeutet Überschuldung, dass die Aktiven die Summe aller (auch nachrangiger) Schulden, Rückstellungen und passiven Rechnungsabgrenzungsposten nicht mehr voll decken.²⁴⁸ Liegt eine Überschuldung sowohl bei einer Bewertung zu Fortführungswerten als auch bei einer Bewertung zu Liquidationswerten vor, so ist der Tatbestand von Art. 725 Abs. 2 OR erfüllt.

Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, eine geprüfte Zwischenbilanz zu erstellen und abzuklären, ob eine Überschuldung vorliegt, wenn er begründete Besorgnis dazu hat. Die begründete Besorgnis ist zwar ein subjektives Kriterium, doch darf der Verwaltungsrat nicht pflichtwidrig unbesorgt sein und damit die Erstellung einer Zwischenbilanz unterlassen. Vielmehr hat der Verwaltungsrat die finanzielle Entwicklung der Gesellschaft stets zu verfolgen und muss beim Vorliegen entsprechender Warnsignale – wie anhaltende Verluste, sich realisierende Eventualverpflichtungen oder plötzlicher Abschreibungs- bzw. Rückstellungsbedarf – seiner Pflicht zur Erstellung einer Zwischen-

bilanz nachkommen.²⁴⁹ Massgebend ist dabei der OR-Einzelabschluss jeder Gesellschaft.²⁵⁰

In einem ersten Schritt muss der Verwaltungsrat einen Zwischenabschluss zu Fortführungswerten erstellen.²⁵¹ Entgegen dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR ist es nicht genügend, bloss eine Zwischenbilanz zu erstellen; vielmehr muss auch eine Erfolgsrechnung bis zum gewählten Bilanzstichtag erstellt werden, denn nur so können sämtliche für die Bilanz massgebenden Werte ermittelt werden.²⁵² Sollte sich aus dieser Zwischenbilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung ergeben oder ist die Fortführung der Gesellschaft bspw. wegen Liquiditätsmangel nicht mehr möglich oder nicht gewollt,²⁵³ dann hat der Verwaltungsrat auch eine Zwischenbilanz zu Liquidationswerten zu erstellen.²⁵⁴ In beiden Fällen sind die Zwischenbilanzen der Revisionsstelle zur Prüfung vorzulegen.²⁵⁵ Während diese Prüfung insbesondere dann eine entlastende Wirkung für den Verwaltungsrat hat, wenn die Zwischenbilanzen keine Überschuldung aufzeigen, ist sie unnötig zeitraubend und kostspielig, sofern die Überschuldung offensichtlich ist.²⁵⁶ Es ist deshalb sachgerecht, dass in der Praxis verschiedene Kantone beim Vorliegen einer offensichtlichen Überschuldung, die zudem schon aus der letzten Jahresrechnung hervorgeht, auf die Einreichung einer geprüften Zwischenbilanz verzichten, um den Konkurs über die Gesellschaft zu eröffnen. Anders ist zu entscheiden, wenn gleichzeitig ein Antrag auf Konkursaufschub gestellt wird.²⁵⁷ Dieser kann insbesondere dann abgelehnt werden, wenn der Richter nicht über zuverlässige Unterlagen, z.B. über eine von der Revisionsstelle geprüfte Zwischenbilanz, verfügt.²⁵⁸

²⁴⁵ Art. 6 Abs. 2 FusG.

²⁴⁶ Art. 25–28 FusG.

²⁴⁷ Art. 7 und 8 FusG; vgl. dazu insbesondere GLANZMANN, Stämpfli Handkommentar, FusG 7 N 18–21.

²⁴⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1684h.

²⁴⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1691.

²⁵⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1692.

²⁵¹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 206; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1692.

²⁵² BÖCKLI, Aktienrecht, N 1692.

²⁵³ Vgl. dazu oben C.IV.1.

²⁵⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 206; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1693.

²⁵⁵ Art. 725 Abs. 2 OR; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1694.

²⁵⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1695.

²⁵⁷ Vgl. unten C.V.2.b).

²⁵⁸ BGE 120 II 425 E. 2b.

2. Die Rechtsfolgen einer Überschuldung

a) Die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters

Beim Vorliegen einer Überschuldung hat der Verwaltungsrat grundsätzlich die Pflicht, den Richter zu benachrichtigen, damit dieser den Konkurs eröffnen kann. Diese Pflicht gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates.²⁵⁹ Die Überschuldungsanzeige liegt deshalb nicht im Ermessen eines einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes, selbst wenn dieses Einzelzeichnungsberechtigung hat. Der Verwaltungsrat kann diese Aufgabe aber auch nicht delegieren, und zwar auch nicht in Konzernverhältnissen.²⁶⁰ Schliesslich können materielle oder faktische Organe nicht für eine verspätete Benachrichtigung des Richters zur Rechenschaft gezogen werden, es sei denn, sie hätten den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung abgehalten oder ihn über das Bestehen einer Überschuldung zu informieren unterlassen.²⁶¹

Mit der Benachrichtigung des Richters hat der Verwaltungsrat seine Pflicht grundsätzlich erfüllt. Leider kann sich aufgrund der teilweise schleppenden kantonalen Konkurseröffnungsverfahren die Situation ergeben, dass nach der Benachrichtigung des Richters, aber vor der Konkurseröffnung, noch grössere Zahlungen fällig werden. Sollte eine Gesellschaft noch über Liquidität verfügen, dann darf sie solche Zahlungen grundsätzlich nicht mehr ausführen, weil dies zwangsläufig in einer Gläubigerbevorzugung münden würde, ausser wenn es sich um privilegierte Forderungen handelt und sämtliche dieser Forderungen gedeckt werden können.²⁶² Problematisch wird es insbesondere, wenn es sich beispielsweise um Versicherungsprämien handelt, deren Nichtbezahlung das Erlöschen des Versicherungsschutzes zur Folge hat. In diesem Fall ist sorgfältig abzuwägen, ob im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger die Prämien noch bezahlt werden sollen.²⁶³ Überwiegt das Gesamtinteresse der Gläubiger, dann ist in der

Prämienzahlung keine Gläubigerbevorzugung zu sehen und der Verwaltungsrat handelt nicht pflichtwidrig.

b) Der Antrag auf Konkursaufschub

Der Verwaltungsrat hat die Möglichkeit, gleichzeitig mit der Benachrichtigung des Richters diesem zu beantragen, den Konkurs aufzuschieben, sofern Aussicht auf Sanierung besteht.²⁶⁴ Der Konkursaufschub 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.²⁶⁵

Der Richter hat mit seiner Verfügung über den Aufschub des Konkurses Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens zu treffen.²⁶⁶ Im Weiteren kann er einen Sachwalter bestellen und entweder dem Verwaltungsrat die Verfügungsbefugnis entziehen oder dessen Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalters abhängig machen.²⁶⁷ 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.²⁶⁸

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.²⁶⁹ 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

²⁵⁹ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

²⁶⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 209; ZR 1995 Nr. 49 S. 149 E. 1.1.

²⁶¹ BGer 4C.366/2000 rmd vom 19. Juni 2001, E. 6b/bb. Zu beachten ist aber die selbständige Pflicht der Revisionsstelle gemäss Art. 729b Abs. 2 OR, bei offensichtlicher Überschuldung den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat dies unterlässt.

²⁶² STAEHELIN, BS-Komm. SchKG 288 N 9 f.

²⁶³ Bei Sachversicherungen ist namentlich zu überlegen, ob es noch gerechtfertigt ist, den in der Regel höheren Fortführungswert zu versichern, wenn die fraglichen Aktiven ohnehin liquidiert werden.

²⁶⁴ Art. 725a Abs. 1 OR. Dieses Verfahren wird auch als aktienrechtliches Moratorium bezeichnet. Nach BÖCKLI, Aktienrecht, N 1716, kann der Richter den Konkurs nachträglich wieder aufheben und den Aufschub aussprechen, falls der Antrag erst nach der Konkurseröffnung eingeht.

²⁶⁵ BGE 120 II 425 E. 2b.

²⁶⁶ Art. 725a Abs. 1 OR.

²⁶⁷ Art. 725a Abs. 2 OR.

²⁶⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1718.

²⁶⁹ Art. 725a Abs. 3 OR. VOLLMAR, BS-Komm. SchKG 293 N 11.

Auswirkungen auf die Liquidität des Schuldners, weil sämtliche Geschäftspartner ihre Geschäftsbeziehungen abubrechen drohen oder ihre Leistungen nur noch gegen Vorauszahlung und nach Begleichung der ausstehenden Forderungen erbringen.²⁷⁰ 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 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, andernfalls die geplanten Sanierungsmassnahmen in ihrer Wirkung stark beeinträchtigt werden. Unter diesem Aspekt kann es auch angezeigt sein, auf die Ernennung eines Sachwalters zu verzichten, sofern dieser gegen aussen in Erscheinung treten muss. Sicherlich verfehlt ist es auch unter diesem Aspekt, wenn dem Verwaltungsrat die Vertretungsbefugnis gänzlich entzogen wird.

c) Die stille Sanierung

Der Verwaltungsrat kann unter bestimmten Voraussetzungen von der Benachrichtigung des Richters absehen. Einerseits ist dies der Fall, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.²⁷¹ Andererseits hat der Verwaltungsrat auch einen gewissen Spielraum, von der Benachrichtigung abzusehen, wenn konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen. Das Bundesgericht bestätigte unlängst seine noch unter dem alten Aktienrecht begründete Praxis, wonach bei konkreter Aussicht auf eine Sanierung von einer sofortigen Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR abgesehen werden darf, sofern die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht durch eine neuerliche Verschlechterung der finanziellen Lage gefährdet werden.²⁷² Der Verwaltungsrat handelt deshalb nicht pflichtwidrig, wenn er unverzüglich saniert, statt sich an den Richter zu wenden, und somit in einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer

erwartet werden darf.²⁷³ Allerdings hat der Verwaltungsrat dabei nicht unbeschränkt viel Zeit, denn das Bundesgericht geht davon aus, dass in Anlehnung an den Entwurf des RRG die Sanierung innert einer Frist von maximal 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanz zu erwirken ist.²⁷⁴ Weil aber zwei Monate für die Durchführung einer Sanierung eher knapp sind, sollte der Verwaltungsrat die erforderlichen Sanierungsmassnahmen im eigenen Interesse möglichst frühzeitig einleiten und nicht erst beim Vorliegen einer Überschuldung.²⁷⁵ Der Verwaltungsrat kann sich dadurch mehr Handlungsspielraum verschaffen.

Sieht der Verwaltungsrat von der Benachrichtigung des Richters ab, weil konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen, dann müssen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a OR gegeben sein, da die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfen, als wenn der Richter benachrichtigt würde. Es muss demnach die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft erwartet und deren Ertragskraft wieder hergestellt werden können. Bestehen derartige Sanierungsaussichten, liegt nach Ansicht des Bundesgerichts keine Gefährdung der Gläubigerforderungen vor. Die Sanierung bleibt zulässig, selbst wenn sich die Sanierungsbemühungen im Nachhinein als unfruchtbar erweisen. Unzulässig sind hingegen nach Ansicht des Bundesgerichts Massnahmen, welche auf Kosten der Gläubiger lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern, wenn eine Sanierung nicht ernsthaft in Aussicht steht. Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung angebracht oder ist diese für die Gläubiger mit einem erhöhten Risiko verbunden, dann hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 OR den Richter zu benachrichtigen und ihm den Entscheid über die Fortführung der Gesellschaft zu überlassen.²⁷⁶

²⁷⁰ 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 (BBJ 2003 5483).

²⁷¹ Art. 725 Abs. 2 OR; vgl. dazu ausführlich unten C.V.3.

²⁷² BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001.

²⁷³ BGE 116 II 533 E. 5a.

²⁷⁴ BGer 4C.177/1999 vom 16. November 1999, in: ST 2000 1270. Gemäss Art. 63 Abs. 2 lit. b Entwurf RRG ist das Gericht nicht zu benachrichtigen, sofern konkrete Aussicht besteht, dass die Überschuldung beziehungsweise die Zahlungsunfähigkeit innerhalb von 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanzen beziehungsweise seit Feststellung der Zahlungsunfähigkeit behoben wird.

²⁷⁵ Dies entspricht im übrigen auch dem Konzept des Gesetzes; vgl. oben C.IV.2.

²⁷⁶ BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b.

d) Das Gesuch um 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.²⁷⁷ 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,²⁷⁸ 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.²⁷⁹ Aus diesem Grund ist es geradezu notwendig, dass der Gesellschaft zuerst die provisorische Nachlassstundung²⁸⁰ gewährt wird und zwar innert kürzester Zeit nach Einreichung des Gesuchs.²⁸¹ Dabei ist es erforderlich, dass sich die Gesellschaft vor der Gesuchseinreichung mit den Hauptgläubigern über die Person des (provisorischen) Sachwalters geeinigt hat.

Die Gewährung der (provisorischen) Nachlassstundung hat ähnliche Wirkungen wie die Konkurseröffnung: Sämtliche Betreibungen gegen die Gesellschaft werden eingestellt,²⁸² der Zinsenlauf hört für alle nicht pfandgesicherten Forderungen auf,²⁸³ die Verrechnung über den Stichtag ist grund-

sätzlich nicht mehr zulässig²⁸⁴ und der Gesellschaft ist es – im Gegensatz zum aktienrechtlichen Moratorium – untersagt, Verbindlichkeiten zu erfüllen, die vor Gewährung der (provisorischen) Nachlassstundung entstanden sind²⁸⁵. 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.²⁸⁶ Diese Massenverbindlichkeiten werden vorab befriedigt, d.h. bevor die Nachlassforderungen erfüllt werden dürfen.²⁸⁷ 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 etwaige Schadenersatzansprüche 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 gefährden, ist dieser Kredit so zu strukturieren,

²⁷⁷ 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.

²⁷⁸ Art. 296 SchKG.

²⁷⁹ Vgl. oben C.V.2.b).

²⁸⁰ Art. 293 Abs. 3 SchKG.

²⁸¹ 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/d/glaebiger/glaebigerversammlung.cfm>; besucht am 4. September 2003).

²⁸² 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).

²⁸³ Art. 297 Abs. 3 SchKG.

²⁸⁴ Art. 297 Abs. 4 SchKG.

²⁸⁵ 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.

²⁸⁶ Art. 310 Abs. 2 SchKG. Eine gesetzgeberische Fehlleistung ist in diesem Zusammenhang, dass die Tatsache, dass sich eine Gesellschaft im Nachlass befindet, aus der Firma nicht hervor geht. Die Firma muss erst in der Nachlassliquidation mit einem Zusatz versehen wird (vgl. dazu Art. 319 Abs. 2 SchKG).

²⁸⁷ Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG; HARDMEIER, 1036.

dass ihm der Sachwalter problemlos zustimmen kann und eine Zustimmung des Nachlassrichters²⁸⁸ nicht notwendig ist.²⁸⁹

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.²⁹⁰ 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.²⁹¹ 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.²⁹²

²⁸⁸ 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.

²⁸⁹ Diesen Punkt übersieht STÖCKLI, 158, wenn er fordert, dass der Massenkredit genügend sichergestellt werden muss.

²⁹⁰ M.E. zu eng ist die Ansicht von STÖCKLI, 157, der davon ausgeht, dass bei einem negativen operativen Ergebnis die Nachlassstundung nicht zulässig ist.

²⁹¹ 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, bedeutend tiefer als die Fortführungswerte bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft. Andererseits sind sie regelmässig höher, als die entsprechenden Zerschlagungswerte.

²⁹² Art. 295 Abs. 1 i.V.m. Art. 306 Abs. 2 Ziff. 1^{bis} SchKG.

3. Der Rangrücktritt im Besonderen

a) Die Wirkungen des Rangrücktritts

Nach Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR kann der Verwaltungsrat trotz einer Überschuldung von der Benachrichtigung des Richters absehen, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten. Der im Rang zurücktretende Gläubiger wird im Konkursfall erst dann befriedigt, wenn alle Gläubiger der dritten Klasse befriedigt sind, d.h. die nachrangigen Forderungen werden erst mit einem allenfalls vorhandenen Überschuss getilgt.²⁹³ Der im Rang zurücktretende Gläubiger übernimmt damit die Rolle des Verlustschein-gläubigers.²⁹⁴

Die Bestimmung bezweckt, die Gesellschaft vor einem drohenden Konkurs zu bewahren und dem Verwaltungsrat zusätzlichen Handlungsspielraum für die Durchführung einer Sanierung zu geben. Dabei ist zu beachten, dass der Gesellschaft durch den Rangrücktritt weder neues Kapital zugeführt wird, noch verzichtet der im Rang zurücktretende Gläubiger auf seine Forderung.²⁹⁵ Die Rangrücktrittsvereinbarung hat somit keine direkt sanierende Wirkung.²⁹⁶ Dies ist auch nicht ihre Aufgabe, denn Sanierungsmassnahmen sind bei einem drohenden Konkurs unabhängig von einem Rangrücktritt spätestens beim Vorliegen eines Kapitalverlustes und nicht erst bei einer Überschuldung zu ergreifen.²⁹⁷

b) Das Ausmass des Rücktritts im Rang

Während nach geltendem Recht nicht klar ist, ob die Überschuldung zu Liquidations- oder zu Fortführungswerten ausgeglichen werden muss,²⁹⁸ verlangt Art. 64 Abs. 2 lit. a Entwurf RRG, dass der Rangrücktritt im Ausmass der Unterdeckung zu Fortführungswerten erfolgen muss. Unter der Annahme, dass die Unterdeckung zu Fortführungswerten in der Regel die

²⁹³ BÖCKLI, Rangrücktritt, 342.

²⁹⁴ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1701; HWP 2.38, 364.

²⁹⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 221; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1701.

²⁹⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1708; KOEFERLI, 157.

²⁹⁷ S. oben C.IV.2.

²⁹⁸ Vgl. bspw. PESTALOZZI, 181, und WITMER, 181 f., wonach die Lücke der schlechteren Bilanz zu decken ist, oder BÖCKLI, Aktienrecht, N 1705b, und HWP 2.38, 365, die verlangen, dass die Unterdeckung jener Bilanz massgebend sei, die dem Unternehmensplan entspreche.

kleinere Unterdeckung ist und dass überhaupt der Plan besteht, die Gesellschaft fortzuführen, ist diese Auslegung auch für das geltende Recht zutreffend. Aufgrund der Tatsache, dass die Pflicht zur Überschuldungsanzeige erst ausgelöst wird, wenn eine Überschuldung sowohl zu Fortführungs- als auch zu Liquidationswerten vorliegt,²⁹⁹ ist davon auszugehen, dass bloss die betragsmässig kleinere Unterdeckung, d.h. jene zu Fortführungswerten gedeckt werden muss. Wird diese Unterdeckung durch Rangrücktritte ausgeglichen, dann ist nämlich auch die Pflicht zur Überschuldungsanzeige nicht mehr gegeben.³⁰⁰

Der Wortlaut des Gesetzes verlangt, dass die Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang zurücktreten. Eine Rangrücktrittsvereinbarung soll danach bereits dann gültig sein, wenn der Rücktritt im Rang die Höhe der relevanten Unterbilanz erreicht. Damit ist sichergestellt, dass keine Gläubiger zu Schaden kommen. Die herrschende Lehre widerspricht dieser Auffassung und fordert, dass der Rücktritt im Rang höher ausfallen müsse als die aktuelle Unterdeckung. Über die konkrete Höhe ist man sich indessen nicht einig. Ein Teil der Lehre verlangt, dass das erforderliche Ausmass eines Rücktritts im Rang zumindest auch noch die absehbaren Verluste der künftigen Geschäftstätigkeit erfassen müsse,³⁰¹ wobei von bis zu einem Jahresverlust die Rede ist.³⁰² Andere Autoren wollen den Umfang des Rangrücktritts nicht an den zu erwartenden Verlusten, sondern am Aktienkapital messen, wobei Zahlen in der Höhe von 10 bis 20 Prozent des Nennkapitals genannt werden.³⁰³ Beiden Meinungen kann aus folgenden Überlegungen nicht gefolgt werden:

Vorab ist in Erinnerung zu rufen, dass ein Rücktritt im Rang keine sanierende Wirkung hat, sondern nur Gläubigerausfälle verhindern soll. Sanierungsmassnahmen sind unabhängig von etwaigen Rangrücktrittsvereinbarungen zu ergreifen.³⁰⁴ Ein Rangrücktritt macht auch überhaupt nur dann Sinn, wenn tatsächlich eine Sanierung eingeleitet worden ist. Ist die Gesellschaft von anhaltenden Verlusten betroffen, so kann ein

Rangrücktritt ihr Überleben nicht sicherstellen: Wird bei einer Gesellschaft, die weiterhin mit Verlusten arbeitet, ein Rangrücktritt nur im Ausmass der Unterdeckung vereinbart, so liegt bereits am nächsten Tag wieder eine anzeigepflichtige Überschuldung vor. Deshalb darf ein sorgfältig handelnder Verwaltungsrat den Rangrücktritt nicht auf die Höhe der Unterdeckung beschränken. Allein, dies würde keinen wesentlichen Unterschied zu dem Fall machen, bei welchem verlangt wird, dass ein Rangrücktritt auch noch den zu erwartenden Jahresverlust deckt. Ohne anderweitige Sanierungsmassnahmen liegt diesfalls eine anzeigepflichtige Überschuldung einfach nach Jahr und Tag wieder vor. Im Ergebnis unterscheiden sich die beiden Fälle aber nicht. Deshalb darf auch nicht gefordert werden, dass die Gültigkeit des Rangrücktritts davon abhängt, dass er über das gesetzlich geforderte Mass hinaus vereinbart wird. Eine derartige Forderung trägt nichts zu einem effektiven Gläubigerschutz bei. Die Effektivität dieses Schutzes hängt vielmehr von der Dauer der Bindung des nachrangigen Fremdkapitals ab. Die gewöhnlichen Gläubiger sind nämlich nur dann genügend geschützt, wenn sichergestellt ist, dass der im Rang zurücktretende Gläubiger seine Rolle als Verlustscheingläubiger auch beibehält. Dies ist aber eine Frage nach der Dauer des Rangrücktritts, die es im Folgenden zu beleuchten gilt.

Bevor auf die Dauer des Rangrücktritts eingegangen wird, ist an dieser Stelle noch auf eine Besonderheit im Verhältnis zwischen einer Mutter- und ihrer Tochtergesellschaft einzugehen. Vereinbart die zu 100 Prozent beherrschte Tochtergesellschaft als Gläubigerin mit ihrer Mutter als Schuldnerin einen Rangrücktritt, so erhalten die übrigen Gläubiger der Muttergesellschaft trotzdem keine höhere Konkursdividende. In dem Mass, wie die Tochter wegen des Rangrücktritts ihre Forderung im Wert berichtigen muss, vermindert sich nämlich der Wert der Beteiligung der Muttergesellschaft und somit deren Verwertungssubstrat.³⁰⁵ Ist die Muttergesellschaft mit weniger als 100 Prozent an der Tochter beteiligt oder wurden schon vorher entsprechende Wertkorrekturen vorgenommen, dann fällt die Abnahme des Verwertungssubstrates entsprechend geringer aus.

c) Die Dauer des Rangrücktritts

Eine Rangrücktrittsvereinbarung in der Höhe der massgeblichen Unterdeckung entbindet den Verwaltungsrat von der Pflicht, die Überschuldung anzuzeigen. Die Befreiung von dieser Pflicht ist nur angezeigt, wenn sichergestellt ist, dass die Gläubiger nicht zu Schaden kommen. Eine nachhaltige

²⁹⁹ Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR.

³⁰⁰ KISTLER, 95; WÜSTNER, BS-Komm. OR 725 N 48.

³⁰¹ MÜLLER, 108; PESTALOZZI, 181; KISTLER, 105; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 218.

³⁰² PESTALOZZI, 181. BÖCKLI, Aktienrecht, N 1708 FN 921, bezeichnet selbst einen Rangrücktritt in der Höhe des zu erwartenden Jahresverlustes noch als ungenügend.

³⁰³ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1705c.

³⁰⁴ Art. 725 Abs. 1 OR.

³⁰⁵ GRAF, 133 f.

Sicherheit für die Gläubiger ergibt sich aber nur dann, wenn der im Rang zurücktretende Gläubiger sein Kapital nicht nach Belieben abziehen kann. Deshalb darf das nachrangige Fremdkapital solange nicht zurückbezahlt werden, als der Zustand der Überschuldung anhält.³⁰⁶ Solange darf der im Rang zurücktretende Gläubiger seine Forderung nicht geltend machen.³⁰⁷ Mit dem Rangrücktritt wird somit stillschweigend eine Stundungsvereinbarung für die Dauer der Überschuldung eingegangen.³⁰⁸ Daher ist jede Befristung³⁰⁹ des Rangrücktritts als ungültig zu betrachten.³¹⁰ Die Folge einer Befristung ist aber nicht bloss die Ungültigkeit der Befristung, sondern die Ungültigkeit des Rangrücktritts selbst. Die Mitglieder des Verwaltungsrats haften für einen etwaigen Schaden wegen Konkursverschleppung.³¹¹

Die mit dem Rangrücktritt eingegangene Stundungsvereinbarung hindert den Eintritt der Fälligkeit der Forderung.³¹² Solange eine Forderung nicht fällig ist, darf sie der Gläubiger auch nicht verrechnen.³¹³ Deshalb darf der Gläubiger seine nachrangige Forderung nicht nur nicht zurückfordern, sondern diese unterliegt auch einem Verrechnungsverbot.

Schliesslich darf auch die Gesellschaft die Forderung erst dann zurückbezahlen, wenn sie nicht mehr überschuldet ist oder die fragliche Forderung

durch eine andere nachrangige Forderung ablösen kann. Bezahlt die Gesellschaft eine nachrangige Forderung vorzeitig zurück, so verletzt der Verwaltungsrat seine Finanzierungspflichten und seine Mitglieder können daraus verantwortlich werden.

d) Die Besicherung von nachrangigen Forderungen

Weil die nachrangige Forderung die Rolle von Risikokapital einnimmt, ergibt sich, dass die betreffende Forderung nicht mit Vermögenswerten der Schuldner-Gesellschaft besichert werden darf.³¹⁴ In diesem Fall würde nämlich den nicht nachrangigen Gläubigern Verwertungssubstrat entzogen, was dem Sinn und Zweck des Rangrücktritts gerade zuwiderliefe. Wird eine mit Vermögenswerten der Schuldner-Gesellschaft besicherte Forderung in eine nachrangige Forderung umgewandelt, so sind die entsprechenden Vermögenswerte aus der Pfandhaft zu entlassen.³¹⁵ Immerhin muss es zulässig sein, eine auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung hin bedingte Entlassung der Sicherheiten vorzunehmen, damit bei einer erfolgreichen Sanierung der Gesellschaft die Sicherheiten nicht aufgegeben werden müssen.

e) Die Abtretung und Verpfändung von nachrangigen Forderungen

Der Sinn und Zweck einer Rangrücktrittsvereinbarung könnte leicht vereitelt werden, wenn diese mit einer Abtretung oder Verpfändung der Forderung dahinfallen würde. Bezüglich der Abtretung ist dazu festzuhalten, dass die Stellung des Schuldners durch die Zession nicht verschlechtert werden darf.³¹⁶ Daraus ergibt sich, dass der Rücktritt im Rang und die Stundungsvereinbarungen³¹⁷ auch gegenüber dem Erwerber der Forderung gelten. Analoges gilt für die Verpfändung von nachrangigen Forderungen: Auch hier wird die Stellung des Drittschuldners nicht beeinträchtigt. Dem Pfand-

³⁰⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1703; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 217. PESTALOZZI, 181 und KISTLER, 105, fordern, dass das Aktienkapital zumindest teilweise wieder gedeckt sein muss, was aber zu weit geht.

³⁰⁷ Noch strenger ist Art. 11b Abs. 1 lit. a Ziff. 2 BankV, der ein nachrangiges Darlehen nur dann als sog. ergänzendes Kapital anerkennt, wenn das Darlehen nicht auf Initiative des Inhabers rückzahlbar ist.

³⁰⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 219; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1703; vgl. auch Art. 64 Abs. 2 lit. a Entwurf RRG, wonach das Gericht nicht zu benachrichtigen ist, sofern Gläubiger im Ausmass der Unterdeckung zu Fortführungswerten im Rang hinter alle anderen Gläubiger zurücktreten und ihre Forderungen stunden. Ein Teil der Lehre fordert zudem, dass mit der Rangrücktrittsvereinbarung nicht nur eine Stundung der Kapitalforderung vereinbart wird, sondern auch eine Zinsstundung; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1703; RIHM, 50 und 80; vgl. auch Art. 11b Abs. 1 lit. a Ziff. 3 BankV.

³⁰⁹ Einer Befristung gleich kommt auch eine Bedingung des Rangrücktritts.

³¹⁰ BÖCKLI, Aktienrecht, N 1705d; HWP 2.38, 364; A.M. WITMER, 203f. und HOMBURGER, ZH-Komm. OR 725 N 1282, der sogar davon ausgeht, dass der Gläubiger den Rangrücktritt einseitig aufheben kann, wenn die Gesellschaft ihrer als Gegenleistung eingegangenen Pflicht, Sanierungsmassnahmen einzuleiten, nicht nachkommt.

³¹¹ BGE 116 II 320 E. 3c; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1714.

³¹² GUHL/KOLLER, § 30 N 4; BÖCKLI, Aktienrecht, N 1703 FN 900.

³¹³ Art. 120 Abs. 1 OR; GUHL/KOLLER, § 37 N 12.

³¹⁴ Art. 11b Abs. 1 lit. a Ziff. 1 BankV; MÜLLER, 107; RIHM, 67; BODMER/KLEINER/LUTZ, Art. 4 N 42.

³¹⁵ RIHM, 78 FN 202; VON GREYERZ, Darlehen, 553, will auch von Dritten bestellte Sicherheiten dahinfallen lassen, was jedoch nicht sachgerecht ist, weil dadurch die Stellung der übrigen Gläubiger nicht beeinträchtigt wird.

³¹⁶ VON TUHR/ESCHER, 358; E. BUCHER, 566.

³¹⁷ SPIRIG, ZH-Komm. OR 169 N 45.

gläubiger können insbesondere alle Einreden entgegengehalten werden, die gegen die verpfändete Forderung erhoben werden können.³¹⁸

f) Die Bonität des Gläubigers

Eine nachrangige Forderung zeitigt nicht nur Auswirkungen auf die Schuldner-Gesellschaft, sondern auch für den Gläubiger. Bei einem Rangrücktritt muss dieser spätestens im Zeitpunkt der Vereinbarung seine nachrangige Forderung im Werte berichtigen.³¹⁹ Handelt es sich beim fraglichen Gläubiger um eine Kapitalgesellschaft, so ist damit die Gefahr verbunden, dass diese selber in eine Überschuldung gerät. Diese Gefahr muss vermieden werden, weil sonst die Gläubiger der im Rang zurücktretenden Gesellschaft in einem etwaigen Konkurs dieser Gesellschaft mittels paulianischer Anfechtungsklage gegen den Rangrücktritt vorgehen werden.³²⁰ Die Folge davon ist, dass die mit Erfolg angefochtene Rechtshandlung den Anfechtungsklägern gegenüber ihre Wirksamkeit verliert.³²¹ Dadurch fallen sowohl der Rücktritt im Rang wie auch die Stundungsvereinbarung dahin und die Forderung kann – sofern sie schon fällig ist – zurückgefordert werden. Bei der Schuldner-Gesellschaft kann dadurch wieder eine anzeigepflichtige Überschuldung ausgelöst werden. Deshalb ist der Verwaltungsrat der Schuldner-Gesellschaft verpflichtet, sich über die Bonität der Gläubigerin Rechenschaft zu geben. Weiss er, oder müsste er wissen, dass die Gläubigerin den Rangrücktritt finanziell nicht verkraften kann, so geht er die Gefahr ein, dass das nachrangige Kapital nicht als Risikokapital erhalten bleibt und dadurch die Konkurseröffnung nur verschleppt wird. Aus diesem Verhalten heraus können die Mitglieder des Verwaltungsrates für einen etwaigen Schaden verantwortlich werden.³²²

g) Die formellen Anforderungen an eine Rangrücktrittsvereinbarung

Das Gesetz sieht für den Abschluss einer Rangrücktrittsvereinbarung keine besondere Form vor, weshalb dieser auch formlos gültig ist.³²³ Aus den

voranstehenden Ausführungen ergibt sich, dass einerseits die Anforderungen an eine gültige Rangrücktrittsvereinbarung erheblich über den Gesetzeswortlaut von Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR hinausgehen und andererseits verschiedenste Personen und Organe davon betroffen sind. Es empfiehlt sich deshalb, die Rangrücktrittsvereinbarung stets schriftlich abzuschliessen.³²⁴ Dies gilt umso mehr, als die Frage, ob eine bestimmte Forderung nachrangig ist, auch gelegentlich Beweisgegenstand von Verantwortlichkeitsprozessen sein dürfte. Die beklagten Organe haben in diesem Fall alles Interesse, sich durch eine entsprechende schriftliche Vereinbarung wirksam entlasten zu können.

4. Die Zahlungsunfähigkeit

Von der Überschuldung zu unterscheiden ist die blosse Zahlungsunfähigkeit. Eine Zahlungsunfähigkeit kann auch vorliegen, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Allerdings kann die Zahlungsunfähigkeit zu einer Überschuldung führen, sofern sie dauernd ist, d.h. wenn nicht davon ausgegangen werden darf, dass die Gesellschaft innert nützlicher Frist wieder über Liquidität verfügen wird. Wie bereits erwähnt, ist in diesem Fall die Bilanz zu Liquidationswerten zu erstellen. Weil die Liquidationswerte in der Regel erheblich tiefer liegen als die Fortführungswerte, führt dies meistens zu einer Überschuldung. Sollte die Bilanz jedoch trotz dauernder Zahlungsunfähigkeit selbst zu Liquidationswerten keine Überschuldung aufweisen, so kann die Gesellschaft nicht die Konkurseröffnung nach Art. 725 Abs. 2 OR beantragen. Hingegen besteht die Möglichkeit, dass die Gesellschaft die Konkurseröffnung beantragt, indem sie sich beim Gericht zahlungsunfähig erklärt.³²⁵ Gemäss herrschender Lehre muss die Gesellschaft für diese sog. Insolvenzerklärung einen öffentlich zu beurkundenden Auflösungsbeschluss durch die Generalversammlung fassen.³²⁶ Dieser Auflösungsbeschluss muss die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft feststellen und gleichzeitig den Verwaltungsrat beauftragen, die Insolvenzerklärung abzugeben.

³¹⁸ OFTINGER/BÄR, ZH-Komm. ZGB 900 N 103 und ZGB 899 N 109 und 112.

³¹⁹ Art. 665 und 669 OR; HWP 2.38, 366; MÜLLER, 110.

³²⁰ Art. 288 SchKG; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 220; HWP 2.2 251 f.; LANZ, 159.

³²¹ Art. 291 Abs. 1 SchKG; FRITZSCHE/WALDER, § 68 N 2.

³²² BÖCKLI, Aktienrecht, N 1714.

³²³ Art. 11 Abs. 1 OR.

³²⁴ HWP 2.38, 364.

³²⁵ Art. 191 Abs. 1 SchKG.

³²⁶ Art. 736 Ziff. 2 OR; BRUNNER, 811; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 55 N 38; GIROUD, 49 f.

VI. Informationspflichten

1. Die Information gemäss Aktiengesetz

Die Aktionäre werden gemäss Aktienrecht grundsätzlich nur einmal pro Jahr von der Gesellschaft spontan informiert, nämlich im Rahmen des jährlichen Geschäfts- und Revisionsberichtes.³²⁷ Eine Ausnahme besteht hingegen, wenn die Gesellschaft einen Kapitalverlust aufweist, d.h. wenn die Hälfte des Grundkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist.³²⁸ In diesem Fall muss der Verwaltungsrat eine Sanierungsversammlung einberufen, die unter anderem der Information der Aktionäre dient.³²⁹

Informiert die Gesellschaft ihre Aktionäre ausserhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Fälle, dann muss das Gebot der Gleichbehandlung der Aktionäre beachtet werden.³³⁰ Im Rahmen der Bewältigung einer Krisensituation kann es vorkommen, dass der Verwaltungsrat mit einzelnen Aktionären in Kontakt tritt, um die Bereitschaft dieser Aktionäre zu etwaigen Sanierungsbeiträgen zu erörtern. Eine derartige sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Aktionäre muss unter dem Aspekt des Gleichbehandlungsgebotes zulässig sein.

2. Die Information im Rahmen der Ad-hoc Publizität

Eine weitergehende Informationspflicht gilt für börsennotierte Gesellschaften. Diese müssen den Markt über kursrelevante Tatsachen informieren, welche in ihrem Tätigkeitsbereich eingetreten sind und nicht öffentlich bekannt sind. Als kursrelevant gelten neue Tatsachen, die wegen ihrer beträchtlichen Auswirkungen auf die Vermögens- und Finanzlage oder auf

den allgemeinen Geschäftsgang der Gesellschaft geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Kurse zu führen.³³¹

Die Gesellschaft muss grundsätzlich informieren, sobald sie von der Tatsache in ihren wesentlichen Punkten Kenntnis hat. Sie kann jedoch die Bekanntgabe einer kursrelevanten Information hinausschieben, wenn die neue Tatsache auf einem Plan oder Entschluss der Gesellschaft beruht und deren Verbreitung geeignet ist, ihre berechtigten Interessen zu beeinträchtigen.³³²

Die Möglichkeit des Bekanntgabeaufschubes ist insbesondere in Krisensituationen von Bedeutung. Zunächst ist jedoch zu beachten, dass ein Bekanntgabeaufschub nur bezüglich Tatsachen zulässig ist, die auf einem Plan oder Entschluss der Gesellschaft beruhen. Das Vorliegen eines Kapitalverlustes oder einer Überschuldung wäre daher grundsätzlich nicht aufschubfähig. Entschliesst sich die Gesellschaft jedoch bei Vorliegen eines solchen Ereignisses zu einem bestimmten Sanierungsplan, dann kann sie sowohl die Bekanntgabe des Kapitalverlustes oder der Überschuldung als auch des diesbezüglichen Sanierungsplanes vorläufig aufschieben.³³³ Eine sofortige Bekanntgabe eines Kapitalverlustes oder einer Überschuldung würde in den meisten Fällen sämtliche Sanierungsbemühungen obsolet machen. Dies gilt namentlich dann, wenn die Gesellschaft beabsichtigt, ein Nachlassverfahren einzuleiten oder ein Begehren um Konkursaufschub zu stellen.³³⁴ Allerdings muss die Möglichkeit eines Bekanntgabeaufschubes in einer Krisensituation im Einzelfall sorgfältig abgeklärt werden.³³⁵

Bei einem Bekanntgabeaufschub muss die Gesellschaft die umfassende Vertraulichkeit der entsprechenden Tatsachen gewährleisten.³³⁶ Ist die Vertraulichkeit der Tatsache nicht mehr gegeben, weil ein Leck³³⁷ aufgetreten ist, dann ist die Gesellschaft verpflichtet, unverzüglich die Öffentlichkeit zu informieren.³³⁸ Fällt das Leck in den Zeitraum des

³²⁷ Art. 696 Abs. 1 OR. Eine weitere Informationspflicht besteht bezüglich der Gründe für den Rücktritt der Revisionsstelle (Art. 727e Abs. 2 OR) sowie für sämtliche Tatsachen, die ins Handelsregister eingetragen werden müssen.

³²⁸ Vgl. dazu oben C.IV.1.

³²⁹ Vgl. dazu oben C.IV.2; vgl. auch Art. 62 Entwurf RRG, wonach bei Vorliegen eines Kapitalverlustes das oberste Geschäftsführungsorgan unverzüglich die Gesellschafter orientiert und ihnen mitteilt, welche Sanierungsmassnahmen ergriffen werden sollen. Bezüglich der Gläubiger besteht grundsätzlich keine Pflicht, diese spontan über die eigene Kreditwürdigkeit aufzuklären; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 863; HANDSCHIN, 441; offengelassen in BGE 125 III 86 E. 3c.

³³⁰ Art. 717 Abs. 2 OR; vgl. dazu oben B.III.4.

³³¹ Art. 72 Abs. 1 Kotierungsreglement SWX.

³³² Art. 72 Abs. 2 Kotierungsreglement SWX.

³³³ SWX ZULASSUNGSSTELLE, 13.

³³⁴ Vgl. dazu oben C.V.2.b) und C.V.2.d).

³³⁵ SWX ZULASSUNGSSTELLE, 11.

³³⁶ Art. 72 Abs. 3 Kotierungsreglement SWX.

³³⁷ Von einem Leck zu unterscheiden ist das blosser Gerücht; vgl. SWX ZULASSUNGSSTELLE, 7.

³³⁸ SWX ZULASSUNGSSTELLE, 14; GRUBER, 9.

Börsenhandels, muss eine vorübergehende Handelseinstellung erwirkt werden.³³⁹ Um die sofortige Information der Öffentlichkeit sicher zu stellen, ist es notwendig, dass während der ganzen Zeit des Bekanntgabeaufschubes eine Pressemitteilung bereit liegt, die im Falle eines Lecks rasch publiziert werden kann.³⁴⁰ Hätte eine solche sofortige Information jedoch einen wesentlichen negativen Einfluss auf die Werthaltigkeit der Aktiven der Gesellschaft, wie dies z.B. im Falle einer vorzeitigen Information über die beabsichtigte Einreichung eines Nachlassstundungsgesuchs der Fall ist,³⁴¹ dann muss es m.E. zulässig sein, zuerst andere Massnahmen einzuleiten, bevor der Markt informiert wird. Ein solches Vorgehen erfordert jedoch, dass solche anderen Massnahmen von der Gesellschaft vorbereitet wurden. So sollte beispielsweise die Gesellschaft in der Schlussphase der Vorbereitung eines Nachlassverfahrens jederzeit bereit sein, das Nachlassbegehren einzureichen. Zudem ist es angezeigt, dass die Gesellschaft frühzeitig dafür sorgt, dass die Gerichtsverhandlung über die provisorische Nachlassstundung innert kürzester Zeit nach Einreichung des Stundungsgesuches stattfinden kann.

Ein weiterer Problemkreis ist die Ad-hoc Publizität bei einer geplanten Massenentlassung.³⁴² Der Grundsatzentscheid über eine beabsichtigte Massenentlassung, durch den das Konsultationsverfahren ausgelöst wird, kann eine kursrelevante Tatsache sein.³⁴³ Die Bekanntgabe dieser Tatsache könnte unter Beachtung der oben aufgeführten Kriterien aufgeschoben werden. Dazu ist allerdings zu bemerken, dass bei der Durchführung des Konsultationsverfahrens eine erhebliche Leckgefahr besteht. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, die Öffentlichkeit bereits im Zeitpunkt der Einleitung des Konsultationsverfahrens über den Grundsatzentscheid zu informieren. Die beiden Verfahren sind miteinander zu koordinieren, weil es einerseits häufig nicht opportun ist, dass zuerst die Öffentlichkeit informiert wird und dadurch die Mitarbeiter aus den Medien über den geplanten Stellenabbau erfahren. Andererseits ist eine Vororientierung der Mitarbeiter mit dem im Kotierungsreglement verankerten Gleichbehandlungsgebot nicht

zu vereinbaren.³⁴⁴ Um beiden Informationsansprüchen gerecht zu werden, kann die Gesellschaft z.B. eine Suspendierung des Handels bis 11.00 Uhr beantragen. Bis zu diesem Zeitpunkt kann sie dann die Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmervertretung über die geplante Massenentlassung orientieren und das Konsultationsverfahren einleiten. Ebenfalls zur gleichen Zeit ist auch die Öffentlichkeit zu orientieren.³⁴⁵ Der definitive Entscheid über die Massenentlassung ist nach Durchführung des Konsultationsverfahrens mittels einer zweiten Pressemitteilung zu kommunizieren.³⁴⁶

3. Unwahre oder unvollständige Informationen

Nach Art. 152 StGB 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. Die Vorschrift schützt somit das Vermögen vor der Gefährdung durch Fehldispositionen.³⁴⁷ Es bedarf aber weder einer wirklichen Schädigung noch einer Bereicherungsabsicht beim Täter.³⁴⁸

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.³⁴⁹ Erfasst werden also z.B. Angaben in Emissionsprospekten oder Geschäftsberichten, nicht aber in

³³⁹ GRUBER, 9.

³⁴⁰ GRUBER, 9.

³⁴¹ Vgl. dazu die Ausführungen unter C.V.2.b).

³⁴² Gemäss Art. 335f Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber bei einer beabsichtigten Massenentlassung die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer zu konsultieren.

³⁴³ Art. 72 Abs. 1 Kotierungsreglement SWX; GRUBER, 12.

³⁴⁴ Art. 72 Abs. 4 Kotierungsreglement SWX; vgl. auch den Entscheid der SWX vom 23. August 2002 (http://www.swx.com/admission/sanktion_esec_de.pdf, besucht am 11. September 2003).

³⁴⁵ GRUBER, 10.

³⁴⁶ GRUBER, 12.

³⁴⁷ BGer 1P.604/1999 vom 21. Januar 2000 E. 2c.

³⁴⁸ STRATENWERTH/JENNY, § 16 N 68.

³⁴⁹ WEISSENBERGER, BS-Komm. StGB 152 N 7.

Mitteilungen oder Auskünften an einzelne Personen.³⁵⁰ Ein blosses Verschweigen oder Unterlassen von Angaben kann immer dann unter den Tatbestand fallen, wenn dadurch insgesamt ein falsches Bild gezeichnet wird.³⁵¹

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.³⁵²

VII. Unterlassungspflichten aufgrund der paulianischen Anfechtungsklagen und des Strafrechts

1. Die Anfechtungsklage im allgemeinen

Das Konkursrecht stellt mit der sog. paulianischen Anfechtung ein Mittel zur Verfügung, um Vermögenswerte, die der Schuldner im Vorfeld eines Konkurses durch bestimmte Rechtshandlungen der Zwangsvollstreckung entzogen hat, dieser als Substrat wieder zuzuführen.³⁵³ Anfechtbar sind dabei nur Rechtshandlungen, die während eines gewissen Zeitraumes vor der Konkurseröffnung, der sog. *période suspecte*, vorgenommen worden sind.³⁵⁴ Die jeweilige *période suspecte* verlängert sich um die Dauer eines vorausgehenden Nachlassverfahrens, die Dauer eines etwaigen Konkursaufschubes im Sinne von Art. 725a OR und auch um die Dauer der Betreibung, die zum Konkurs führt.³⁵⁵

Die Bestimmungen über die paulianische Anfechtung finden auch Anwendung auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, wobei die Bestätigung des Nachlassvertrages an die Stelle der Konkurseröffnung tritt.³⁵⁶ Massgebend für die Berechnung der Fristen ist anstelle der Konkurseröffnung

die Bewilligung der Nachlassstundung oder des Konkursaufschubes, wenn ein solcher der Nachlassstundung vorausgegangen ist.³⁵⁷

Die Anfechtungsklage richtet sich gegen die Personen, die mit der Gesellschaft die anfechtbaren Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben oder von ihr in anfechtbarer Weise begünstigt worden sind.³⁵⁸ Trotzdem sollten die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung solche Handlungen unterlassen, denn diese stellen nach Ansicht des Bundesgerichts regelmässig eine Pflichtverletzung im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts dar³⁵⁹ und erfüllen zudem meistens auch einen Straftatbestand. Der strafrechtlichen Haftung unterliegen dabei nicht nur die Mitglieder des Verwaltungsrates, sondern auch Personen, welchen, ohne Organ zu sein, eine selbständige Entscheidungsbefugnis in ihrem Tätigkeitsbereich zukommt sowie Personen, die tatsächlich Leiter einer Gesellschaft sind.³⁶⁰ 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 blosser Annahme der Leistung hinausgehen.³⁶¹

Im Folgenden werden die einzelnen Tatbestände der paulianischen Anfechtungsklagen sowie die namentlich in Sanierungssituationen verpönten Rechtsgeschäfte erläutert.

2. Die Schenkungsanfechtung

a) Der Tatbestand der Schenkungsanfechtung

Gemäss Art. 286 SchKG sind alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen anfechtbar. Ebenfalls anfechtbar sind Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner eine Gegenleistung angenommen hat, die zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis steht. Die *période suspecte*³⁶² beträgt ein Jahr.

³⁵⁰ STRATENWERTH/JENNY, § 16 N 70.

³⁵¹ STRATENWERTH/JENNY, § 16 N 70.

³⁵² TRECHSEL, StGB 152 N 5.

³⁵³ Art. 285 Abs. 1 SchKG.

³⁵⁴ STAEHELIN, BS-Komm. SchKG 288a N 1.

³⁵⁵ Art. 288a SchKG.

³⁵⁶ Art. 331 Abs. 1 SchKG; STAEHELIN, BS-Komm. SchKG 285 N 7.

³⁵⁷ Art. 331 Abs. 2 SchKG.

³⁵⁸ Art. 290 SchKG.

³⁵⁹ BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4b/aa.

³⁶⁰ Art. 172 StGB.

³⁶¹ BGE 75 IV 106 E. 2; 74 IV 40 E. 4.

³⁶² Zur Berechnung der *période suspecte* vgl. oben C.VII.1.

b) *Anfechtbare Rechtsgeschäfte*

Die Schenkungsanfechtung hat bei verschiedenen Sanierungsmassnahmen eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Einmal kann sie dann zur Anwendung kommen, wenn vor der Eröffnung des Konkursverfahrens noch Aktiven oder Geschäftsbereiche zu günstigen Preisen an eine Auffanggesellschaft übertragen werden.³⁶³ 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. Um sich vor derartigen Klagen zu schützen, empfiehlt es sich zu dokumentieren, dass der bezahlte Preis den Marktbedingungen im Zeitpunkt des Verkaufes entsprach³⁶⁴ 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 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.³⁶⁵ 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.³⁶⁶

c) *Strafrechtliche Folgen*

Gemäss Art. 164 StGB 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.³⁶⁷ Der Tatbestand der Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung erfasst im Wesentlichen die gleichen Sachverhalte wie die Schenkungsanfechtung.³⁶⁸ 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.

3. Die Überschuldungsanfechtung

a) *Der Tatbestand der Überschuldungsanfechtung*

Nach Art. 287 SchKG 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. Die *période suspecte*³⁶⁹ beträgt ein Jahr.

Eine Überschuldung im Sinne dieser Bestimmung liegt m.E. nur dann 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 ist³⁷⁰ oder wenn ein Rangrücktritt in genügendem Ausmass gewährt worden ist.

b) *Anfechtbare Rechtsgeschäfte*

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

³⁶³ Vgl. dazu oben C.II.2.a).

³⁶⁴ STAEHELIN, BS-Komm. SchKG 286 N 15.

³⁶⁵ STAEHELIN, BS-Komm. SchKG 286 N 6.

³⁶⁶ BGE 49 III 27. Solche Leistungen können gar nichtig sein, wenn sie nicht durch frei verfügbares Eigenkapital gedeckt sind.

³⁶⁷ Der Konkurseröffnung gleichgestellt ist gemäss Art. 171 Abs. 1 StGB die Annahme und Bestätigung eines gerichtlichen Nachlassvertrages.

³⁶⁸ TRECHSEL, StGB 164 N 1.

³⁶⁹ Zur Berechnung der *période suspecte* vgl. oben C.VII.1.

³⁷⁰ TSCHÄNI, 114.

dem gleichen Gläubiger zu tilgen.³⁷¹ Ebenfalls anfechtbar kann ein sogenannter *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.³⁷² 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.³⁷³

Die Überschuldungsanfechtung ist ausgeschlossen, wenn der betreffende Drittgläubiger nachweisen kann, dass ihm die Überschuldung des Unternehmens im Zeitpunkt, in dem die betreffende Transaktion vorgenommen wurde, nicht bekannt gewesen ist und er diese bei normaler Aufmerksamkeit auch nicht hätte erkennen müssen.³⁷⁴ Dieser Ausschluss der Klagbarkeit hat keinen Einfluss auf die Beurteilung, ob die an sich anfechtbare Handlung der Gesellschaftsorgane pflichtwidrig war. Diese werden sich nicht darauf berufen können, dass ihnen die Überschuldung nicht bekannt war und dass sie sie auch nicht hätten erkennen müssen.

c) Strafrechtliche Folgen

Nach Art. 167 StGB 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 dass die Gesellschaft dazu verpflichtet war. Objektive Strafbarkeitsvoraussetzung ist wiederum die Tatsache, dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet oder ein gerichtlicher Nachlassvertrag³⁷⁵ angenommen und bestätigt worden ist.

³⁷¹ STAEHELIN, BS-Komm. SchKG 287 N 7. Zur Besicherung von neuen Krediten im allgemeinen vgl. unten C.VII.4.

³⁷² STAEHELIN, BS-Komm. SchKG 287 N 10 f.

³⁷³ BRUNNER, BS-Komm. StGB 167 N 18 und 20; STAEHELIN, BS-Komm. SchKG 287 N 19.

³⁷⁴ Art. 287 Abs. 2 SchKG.

³⁷⁵ Art. 171 Abs. 1 StGB.

Der Tatbestand der Bevorzugung eines Gläubigers pönalisiert auch Handlungen, die unter den Tatbestand der Überschuldungsanfechtung fallen. 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.

4. Die Absichtsanfechtung

a) Der Tatbestand der Absichtsanfechtung

Schliesslich sind gemäss Art. 288 SchKG 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. Die *période suspecte*³⁷⁶ beträgt fünf Jahre.

b) Anfechtbare Rechtsgeschäfte

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 verschlechtert.³⁷⁷ 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.³⁷⁸ Aus diesem Grund sind beispielsweise Handlungen nicht anfechtbar, die im Rahmen des normalen Geschäftsganges vorgenommen werden, wie etwa der Verkauf von Produkten, die Erbringung von Dienstleistungen oder die Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten, sofern die Gesellschaft nicht ausserstande ist, auch ihre anderen gleichartigen Verpflichtungen zu bezahlen.³⁷⁹

³⁷⁶ Zur Berechnung der *période suspecte* vgl. oben C.VII.1.

³⁷⁷ BGE 99 III 27 E. 3.

³⁷⁸ BGE 101 III 92 E. 4a.

³⁷⁹ Zu weit geht STAEHELIN, BS-Komm. SchKG 288 N 10, wonach dies nur zulässig sei, falls sämtliche fälligen Verpflichtungen bezahlt werden können. In einer

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.³⁸⁰ 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.³⁸¹

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.³⁸²

Schliesslich bleibt anzumerken, dass neben der Besicherung eines neuen Kredites, der für eine Gläubigerbevorzugung verwendet wird, und der nachträglichen Besicherung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit³⁸³ 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.³⁸⁴ In dieser Hinsicht sind namentlich Kreditverträge problematisch, die bestimmen, dass der Besitz an der Pfandsache erst beim Vorliegen eines *Event of Default*³⁸⁵ 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.³⁸⁶ 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.

c) Strafrechtliche Folgen

Nach Art. 167 StGB 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. Objektive Strafbarkeitsvoraussetzung ist, dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet oder ein gerichtlicher Nachlassvertrag³⁸⁷ angenommen und bestätigt worden ist.

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 Liquiditätsengpass zu Insolvenzverfahren führen würde. Dies würde wiederum eine unnötige Zerstörung von Werten bewirken.

³⁸⁰ BGE 99 III 27 E. 5; BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4b/aa.

³⁸¹ Vgl. oben C.III.1.

³⁸² BGE 101 III 92 E. 4b; vgl. auch oben C.VII.3.

³⁸³ Vgl. oben C.VII.3.

³⁸⁴ BGE 91 III 89 E. 4. Analoges gilt für die Ausübung eines Kaufrechts, das als Sicherheit für die Gewährung eines Darlehens eingeräumt wurde, vgl. BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 3a.

³⁸⁵ Unter *Event of Default* versteht man in der Regel einen vertraglich stipulierten wichtigen Grund, der die Bank zur fristlosen Kündigung des Kreditverhältnisses berechtigt; vgl. dazu oben C.II.1.

³⁸⁶ BGE 83 III 82 E. 3a; BGer 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 3a.

³⁸⁷ Art. 171 Abs. 1 StGB.

Diese Generalklausel des Tatbestandes der Bevorzugung eines Gläubigers lehnt sich an den Tatbestand der Absichtspauliana an.³⁸⁸ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Generalklausel 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.³⁸⁹ 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.

5. Der Straftatbestand der Misswirtschaft

Ein krass vermögensverminderndes Verhalten kann 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.³⁹⁰ Es wird deshalb zu Recht festgehalten, dass nur krasses Fehlverhalten zur Strafbarkeit führen kann.³⁹¹

Objektive Strafbarkeitsvoraussetzung ist, dass über den Schuldner der Konkurs eröffnet oder ein gerichtlicher Nachlassvertrag³⁹² angenommen und bestätigt worden ist. Es muss aber kein Kausalzusammenhang zwischen der Tathandlung und dieser objektiven Strafbarkeitsvoraussetzung bestehen.³⁹³ Ein solcher ist nur notwendig zwischen dem Täterverhalten und der Vermögensseinbusse.

³⁸⁸ BGE 117 IV 23 E. 4a.

³⁸⁹ BGE 117 IV 23 E. 4a und b.

³⁹⁰ STRATENWERTH/JENNY, § 23 N 26.

³⁹¹ TRECHSEL, StGB 165 N 2.

³⁹² Art. 171 Abs. 1 StGB.

³⁹³ TRECHSEL, StGB 165 N 5; STRATENWERTH/JENNY, § 23 N 11.

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz bezüglich der Täterhandlung erforderlich. Für die Vermögensseinbusse genügt grobe Fahrlässigkeit.³⁹⁴

D. Folgerungen

Aus den oben stehenden Ausführungen geht hervor, dass der rechtliche Handlungsspielraum in einer Krisensituation sehr eng werden kann. Dies ist die Folge davon, dass der Verwaltungsrat desto mehr Pflichten zu beachten hat, je mehr sich die Gesellschaft einer Überschuldung nähert. Aus diesem Grund sollte der Verwaltungsrat eine Krisensituation möglichst frühzeitig erkennen und unmittelbar danach die erforderlichen Sanierungsmassnahmen definieren und einleiten. Nur so kann sich der Verwaltungsrat den notwendigen Handlungsspielraum bewahren.

Ist die Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft schon fortgeschritten, d.h. besteht bereits die Gefahr eines Kapitalverlustes oder gar einer Überschuldung, dann müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sicher stellen, dass sie die vom Gesetz auferlegten Pflichten genau kennen und diese auch befolgen. Hinzu kommt, dass die zeitliche Beanspruchung der Mitglieder des Verwaltungsrates markant steigt, weshalb es auch notwendig ist, dass sie die erforderliche Verfügbarkeit aufbringen können. Schliesslich ist es in dieser Situation unter Umständen unumgänglich, dass der Verwaltungsrat externe Berater bezieht, die mit derartigen Situationen vertraut sind. Nur so kann das Risiko einer persönlichen zivil- oder strafrechtlichen Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung minimiert werden.

E. Literaturverzeichnis

AEBI DIETER, Interzessionen, Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001.

BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001.

BAUDENBACHER CARL, BS-Komm. zu Art. 620–625 OR, in: Honsell H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002.

³⁹⁴ TRECHSEL, StGB 165 N 6.

BERTSCHINGER URS, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999 (zit. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung).

BERTSCHINGER URS, Zu den börsengesetzlichen Kompetenzen des Verwaltungsrates und der Generalversammlung bei Unternehmensübernahmen, Art. 29 Abs. 2 BEHG, in: SJZ 1998 329–334 (zit. BERTSCHINGER, Kompetenzen).

BÖCKLI PETER, Der Rangrücktritt im Spannungsfeld von Schuld- und Aktienrecht, in: Forstmoser P. u.a. (Hrsg.), Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988, 339–357 (zit. BÖCKLI, Rangrücktritt).

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht).

BÖCKLI PETER, Corporate Governance auf Schnellstrasse und Holzwegen, in: ST 2000 133–152 (zit. BÖCKLI, Holzwegen).

BÖCKLI PETER, Nennwertlose Aktien und Kapitalschutz, in: Schweizer Rainer J. u.a., (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002 331–353 (zit. BÖCKLI, Nennwertlose Aktien).

BODMER DANIEL/KLEINER BEAT/LUTZ BENNO, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961, Zürich 1976.

BOTSCHAFT über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 I 745 (zitiert nach dem Separatdruck). (zit. Botschaft zum Aktienrecht)

BOTSCHAFT zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl. 2000 4337–4578 (zit. Botschaft zum FusG)

BRUNNER ALEXANDER, BS-Komm. zu Art. 163–171^{bis} StGB in: Niggli M.A./Wiprächtiger H. (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch II: Art. 111–401 StGB, Basel 2003.

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988.

BÜRGI WOLFHART F., ZH-Komm. zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd. Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957 (zit. BÜRGI, ZH-Komm.).

BÜRGI WOLFHART F., ZH-Komm. zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd. Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2: (Art. 698–738), Zürich 1969 (zit. BÜRGI, ZH-Komm.).

BRUNNER ALEXANDER, Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, in: AJP 1992 807–820.

CAMPONOVICO RICO, Aktienkapitalerhöhung durch Verrechnungsliberierung, ST 1999 885–890.

DEKKER STEPHAN, Aufwertung von Grundstücken und Beteiligungen im neuen Aktienrecht, in: ISLER W. R., SCHLUEP P. R., Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 1993 95–111.

DRUEY JEAN NICOLAS, Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, in: SAG 1981 77–87 (zit. DRUEY, Organisation).

DRUEY JEAN NICOLAS, Rechtsgutachten in Sachen Von Roll Holding AG betreffend Kapitalerhöhung durch Verrechnung vom 5. April 2003 (anlässlich der Obligationärsversammlung der Von Roll Holding AG vom 6. Mai 2003 als Manuskript verteilt) (zit. DRUEY, Rechtsgutachten).

DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.

DUBS DIETER, Handkomm. zu OR 732, in: Kren Kostkiewicz Jolanta u.a. (Hrsg.), OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002.

FLACH ROBERT, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: ST 1992 535–539.

FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987 (zit. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit).

FORSTMOSER PETER, Haftung im Konzern, in: Baer C. (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000 89–144 (zit. FORSTMOSER, Haftung).

FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

FRICK JOACHIM, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in: von der Crone Hans Caspar u.a. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, FS für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003 509–521.

FRITZSCHE HANS/WALDER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1993.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 1988.

GIROUD ROGER, Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Diss. Zürich 1986.

GLANZMANN LUKAS, Aktienrecht, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2001/2002, Zürich 2000 19–32 (zit. GLANZMANN, Wirtschaftsrecht 2001/2002).

GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Ein Beitrag zur Finanzverantwortlichkeit des Verwaltungsrates unter Berücksichtigung des konzerninternen Darlehens, Diss. St. Gallen, Bern 1996 (zit. GLANZMANN, Darlehensvertrag).

GLANZMANN LUKAS, Die Schranken der Liberierung durch Verrechnung nach schweizerischem Aktienrecht, in: ZSR NF Bd. 118 (1999) 221–240 (zit. GLANZMANN, Verrechnung).

GLANZMANN LUKAS, Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate Governance Aspekten, in: ZSR NF Bd. 119 (2000) 135–193 (zit. GLANZMANN, Verantwortlichkeitsklage).

GLANZMANN LUKAS, Wann liegt eine (beabsichtigte) Sachübernahme vor?, in: SZW 2003 166–173 (zit. GLANZMANN, Sachübernahme).

GLANZMANN LUKAS, Kommentar zu Art. 7 und 8 FusG, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fusionsgesetz, Bern 2003 (GLANZMANN, Stämpfli Handkommentar).

- GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Die Zweckentfremdung von Arbeitnehmerbeiträgen in der Sozialversicherung, in: AJP 2003 909–916.
- GRAF HANSJÖRG, Verträge zwischen Konzerngesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Sanierungsleistungen und Sicherungsgeschäfte, Diss. Bern 1988.
- GRASS ANDREA R., Business Judgement Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Diss. Zürich 1998.
- GRUBER MICHAEL, Die Ad hoc-Publizität in der Praxis der SWX Swiss Exchange, Manuskript eines am 12. Dezember 2001 an der SWX Swiss Exchange in Zürich im Rahmen des Seminars „Ad hoc-Publizität“ gehaltenen Vortrages.
- GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. Zürich 2000.
- HANDSCHIN LUKAS, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, in: ZBJV 136 (2000) 433–448.
- HARDMEIER HANS ULRICH, Sanierung aus der Optik des revidierten SchKG, in: Der Schweizer Treuhänder 1997 1033–1038.
- HOLD MICHAEL, Das kapitaleretzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen, Bern 2000.
- HOMBURGER ERIC, ZH-Komm. zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; V. Band Obligationenrecht, 5. Teil Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997.
- HOSTETTLER STEPHAN, Das Konzept des Economic Value Added (EVA), Massstab für finanzielle Performance und Bewertungsinstrument im Zeichen des Shareholder Value – Darstellung und Anwendung auf Schweizer Aktiengesellschaften, Diss. St. Gallen, Bern 1997.
- HUGENIN JACOBS CLAIRE, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994.
- HWP, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Treuhandkammer (Hrsg.), Zürich 1998.
- KESSELBACH STEPHAN, Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2001.
- KISTLER BRUNO, Perte de capital et surendettement, in: ST 1993 103–108.
- KOEFLER JÜRGEN A., Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1994.
- KRNETA GEORG, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, Bern 2001.
- KÜNG MANFRED, BS-Komm. zu Art. 732–735 OR, in: Honsell H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002.
- KUNZ PETER V., Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status quo und Perspektiven, in: AJP 1998 1267–1285 (zit. KUNZ, Haftungsvoraussetzungen).

- KUNZ PETER V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern 2001 (zit. KUNZ, Minderheitenschutz).
- KURER PETER, BS-Komm. zu Art. 675–682 OR, in: Honsell H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002.
- LADNER THOMAS F., Das Vorwegzeichnungsrecht des Aktionärs unter Berücksichtigung von Corporate Governance-Aspekten, Zugleich ein Beitrag zum Begriff des Gesellschaftsinteresses im schweizerischen Aktienrecht, Diss. St. Gallen, Zürich 1996.
- LAMBERT CLAUDE/GERICKE DIETER, Handkomm. zu OR 652c, in: Kren Kostkiewicz Jolanta u.a. (Hrsg.), OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002.
- LANZ RUDOLF, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Diss. Zürich 1985.
- MERTENS HANS-JOACHIM, Unternehmensleitung und Organhaftung, in: Feddersen D. u.a. (Hrsg.), Corporate Governance, Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht, Köln 1996. 155–164.
- MORSCHER LUKAS, Handkomm. zu OR 622, in: Kren Kostkiewicz Jolanta u.a. (Hrsg.), OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002.
- MÜLLER VIKTOR, Wesen und Bedeutung des Rangrücktritts, in: ST 1998 105–111.
- MÜLLER ROAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 199.
- NEUHAUS MARKUS/SCHÖNBÄCHLER BRUNO, BS-Komm. zu Art. 664–674 OR, in: Honsell H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002.
- NUSSBAUMER THOMAS, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 1996 1071–1082.
- OFTINGER KARL/BÄR ROLF, ZH-Komm. zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Bd.: Das Sachenrecht 5. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884–918, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Aufl., Zürich 1981.
- PESTALOZZI ANTON, Rangrücktritt oder Benachrichtigung des Richters, in: SZW 1992 180–181.
- PFEIFER MICHAEL, Übersicht über Entwicklungen und Tendenzen bei der gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeit, AJP 2000 1468–1484.
- RIEDWEG PETER, Steuerrechtliche Aspekte der Sanierung, in: ST 1995 247–254.
- RIHM THOMAS, Nachrangige Schuldverpflichtungen, Zürich 1992.
- RUBLI ARMAND P., Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002.
- SCHNEIDER JÜRGEN, Le capital social initial de la société à responsabilité limitée, SSHW Bd. 197, Zürich 2000.

- SENN DOROTHEA, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Basel, Zürich 2001.
- SPIRIG EUGEN, ZH-Komm. zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd. Obligationenrecht, Teilbd. V 1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Art. 164–174 OR, 3. Aufl., Zürich 1993.
- STAEHELIN ADRIAN, BS-Komm. zu Art. 285–290 SchKG, in: Staehelin A. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III Art. 221–352, Nebenerlasse, Basel 1998.
- STÖCKLI KURT, Die Vorbereitung der Nachlassstundung, in: Der Schweizer Treuhänder, 2003 157–160.
- STOFFEL WALTER A., Wie weiter mit dem aktienrechtlichen Minderheitenschutz?, in: Schweizer Rainer J. u.a., (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002 581–594.
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003.
- SWX ZULASSUNGSSTELLE, Ad hoc-Publizität, Erläuterungen zur Bekanntgabepflicht bei kursrelevanten Tatsachen gemäss Art. 72 des revidierten Kotierungsreglements (ohne Datum).
- THUR VON ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.
- TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. Zürich 1997.
- TRIGO TRINIDADE RITA, Le conseil d'administration de la société anonyme; composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs, Diss. Genève, Basel 1996.
- TSCHÄNI RUDOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich 2003.
- VOGEL ALEXANDER, Kapitalersetzende „Sanierungs“-Darlehen im Konzern, in: SZW 1993 299–304 (zit. VOGEL, Sanierungsdarlehen).
- VOGEL ALEXANDER, Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft: mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze, Diss. St. Gallen, Bern 1997 (zit. VOGEL, Haftung).
- VOLLMAR ALEXANDER, BS-Komm. zu Art. 293–394 SchKG, in: Staehelin A. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III Art. 221–352, Nebenerlasse, Basel 1998.
- VON BÜREN ROLAND/BRÜTSCH RAPHAEL, Die „Harmonikasanierung“ – Sind Mitgliedschaft und Stimmrecht in der Aktiengesellschaft wirklich unentziehbar?, in: Schweizer Rainer J. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002 637–657.
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Interessenkonflikte im Aktienrecht, in: SZW 1994 1–11 (zit. VON DER CRONE, Interessenkonflikte).
- VON DER CRONE HANS CASPAR, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, in: SZW 1998, 157–169 (zit. VON DER CRONE, Aktienrecht).

- VON DER CRONE HANS CASPAR, 1. Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts, REPRAX 2002, 15 f (zit. VON DER CRONE, Teilrevision).
- VON GREYERZ CHRISTOPH, Kapitalersetzende Darlehen, in: Böckli P. u.a. (Hrsg.), FS für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, Zürich 1983, 547–556.
- VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES, Private Equity Finanzierungsverträge, Zürich/Baden-Baden 2002.
- WATTER ROLF, BS-Komm. zu Art. 716–724 OR, in: Honsell H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002.
- WEISSENBERGER PHILIPPE, BS-Komm. zu Art. 152–157 StGB in: Niggli M.A./Wiprächtiger H. (Hrsg.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch II: Art. 111–401 StGB, Basel 2003.
- WIDMER CHRISTOPH K., Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998.
- WIDMER PETER/BANZ OLIVER, BS-Komm. zu Art. 754–761 OR, in: Honsell H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002.
- WIEGAND WOLFGANG, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: von Büren R. u.a. (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts, Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993 1–17.
- WITMER JÖRG, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1999.
- WÜSTINER HANSPETER, BS-Komm. zu Art. 725 und 725a OR, in: Honsell H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002.
- ZINDEL GAUDENZ G./ISLER PETER R., BS-Komm. zu Art. 650–653i OR, in: Honsell H. u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, Basel 2002.
- ZOBL DIETER, BE-Komm. zum schweizerischen Privatrecht, 2. Abteilung, 5. Teilbd., 1. Unterteilbd.: Systematischer Teil und Art. 884–887 ZGB, Bern 1982.