

Die Auswirkungen des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes auf das Aktienrecht

Lukas Glanzmann*

In spring 2020, the Swiss Federal Council launched, among other things, the Covid-19 credit programme in response to the Covid-19 pandemic. About 20% of all Swiss corporations have subsequently taken out a Covid-19 loan. Initially, the Covid-19 Joint and Several Surety Ordinance («Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung») served as the legal basis of the credit programme. Later the ordinance was transferred into the Covid-19 Joint and Several Surety Act («Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz», «SBüG»). This essay deals with the impact of the SBüG on Swiss corporate law. It is

shown that the SBüG imposes numerous restrictions on borrowers limiting the powers of their general shareholders' meeting as well as the management bodies. The SBüG also imposes new duties on auditors. Since the legal provisions of the SBüG are often vague, there is not only an increased legal uncertainty in transactions but also a higher liability risk for the directors. Due to the widespread use and the eight-year term of the Covid-19 loans, the SBüG is expected to remain relevant for a considerable number of corporations until 2028.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Restriktionen für die Kreditnehmer
 - 1. Allgemeines
 - 2. Eigenkapitaldispositionen
 - 3. Übrige Verwendung von Mitteln
 - 4. Umstrukturierungen
 - 5. Kapitalverlust und Überschuldung
 - 6. Rechnungslegung
 - 7. Keine Anwendung in der Insolvenz
- III. Verantwortlichkeit der Organe
- IV. Pflichten der Revisionsstelle
- V. Fazit

I. Einleitung

Der Bundesrat hat im Frühjahr 2020 als Reaktion auf die Covid-19-Pandemie unter anderem das Covid-19-Kreditprogramm lanciert. Als rechtliche Grundlage diente zunächst die Covid-19-Solidarbürgschafts-

verordnung (SBüV),¹ eine Notverordnung, die später in das Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz (SBüG) überführt wurde.²

Die Covid-19-Kredite wurden nicht vom Bund, sondern durch Banken gewährt; der Bund besichert die Kredite indirekt über die vier Bürgschaftsorganisationen mittels Solidarbürgschaften.³ Dabei konnten die Unternehmen in Abhängigkeit ihres Umsatzerlöses⁴ zwei verschiedene Kredite beanspruchen: Einen ersten, zu 100% besicherten Kredit bis CHF 500 000, der ohne Kreditprüfung gewährt wurde,⁵ sowie einen zusätzlichen, zu 85% besicherten Kredit bis insgesamt CHF 20 Mio., bei dem die Bank eine «branchenübliche Kreditprüfung unter Berücksichtigung der Solidarbürgschaft» vornehmen musste.⁶

Obwohl grössere Unternehmen keine Kredite beantragen durften,⁷ kommen diese auch in grossen Konzernen vor; massgeblich für die Berechnung des

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich, Titularprofessor an der Universität St. Gallen, Mitglied der Eidg. Expertenkommission für das Handelsregister. Der Autor hat die Banken bei der Aufsetzung des Covid-19-Kreditprogramms beraten. Er dankt *Sammy Guidoum*, M.A. HSG, Rechtsanwalt, für die wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne unter lukas.glanzmann@bakermckenzie.com entgegengenommen.

¹ Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften infolge des Coronavirus (Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung, Covid-19-SBüV) vom 25. März 2020 (SR 951.261). Der besseren Lesbarkeit wegen wird diese vorliegend mit SBüV abgekürzt.

² Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz, Covid-19-SBüG) vom 18. Dezember 2020 (SR 951.26). Der besseren Lesbarkeit wegen wird dieses vorliegend mit SBüG abgekürzt.

³ Art. 1 Abs. 2 SBüV.

⁴ Der Kreditbetrag durfte 10% des Umsatzerlöses nicht übersteigen; vgl. im Detail Art. 7 SBüV.

⁵ Art. 3 SBüV.

⁶ Art. 4 SBüV.

⁷ Der Umsatzerlös der Kreditnehmerin durfte CHF 500 Mio. nicht übersteigen; Art. 6 Abs. 2 Bst. a SBüV.

Umsatzerlöses war nämlich eine Stand-alone-Betrachtung jeder Kreditnehmerin.

Insgesamt wurden unter dem Covid-19-Kreditprogramm 139 041 Kredite ausgerichtet mit einem Kreditvolumen von ca. CHF 17,1 Mrd. Davon wurden 90 852 Kredite von Kapitalgesellschaften beansprucht.⁸ Somit haben gut 20% aller Kapitalgesellschaften einen Covid-19-Kredit aufgenommen.⁹

Weil die Covid-19-Kredite eine Laufzeit von bis zu acht Jahren haben,¹⁰ werden sie in der Praxis noch länger relevant bleiben. Deshalb rechtfertigt es sich, nachfolgend die Auswirkungen des SBüG auf das Gesellschaftsrecht darzulegen. Nicht näher eingegangen wird auf andere Hilfsprogramme des Bundes und der Kantone, wie z.B. die unter der Covid-19-Härtefallverordnung¹¹ gewährten Kredite.

Die nachfolgenden Ausführungen werden anhand der Aktiengesellschaft gemacht, gelten aber gleichermassen für die GmbH.

II. Restriktionen für die Kreditnehmer

1. Allgemeines

Kreditnehmer, die einen Covid-19-Kredit aufgenommen haben, unterliegen verschiedenen Restriktionen.¹² Diese bezwecken, einen ungerechtfertigten Liquiditätsabfluss und eine Zweckentfremdung der Covid-19-Kredite zu verhindern.¹³ Sie galten in ähnlicher Form schon unter der SBüV, weshalb für deren Auslegung auch auf die Materialien zur SBüV zurückgegriffen werden kann. Im Vergleich zur SBüV wur-

den sie aber leicht modifiziert, und es wurde insbesondere das Investitionsverbot gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. b SBüV aufgehoben; richtigerweise stellt Art. 27 Abs. 2 SBüG klar, dass die Verwendung von Mitteln aus einem Covid-19-Kredit für Neuinvestitionen keine Verletzung des Covid-19-Kreditvertrags darstellt, selbst wenn dieser noch ein entsprechendes Mittelverwendungsverbot enthält.¹⁴

Die meisten Restriktionen gelten «während der Dauer der Solidarbürgschaft».¹⁵ Dies bedeutet, dass sie ab Abschluss des Kredit- und Bürgschaftsvertrags gelten und nicht davon abhängig sind, ob tatsächlich ein Kredit ausstehend ist.¹⁶ Sie enden aufgrund der akzessorischen Natur der Solidarbürgschaft, sobald sämtliche Forderungen der Bank unter dem Covid-19-Kreditvertrag vollständig getilgt sind und keine neuen Forderungen mehr entstehen können.¹⁷ Aufgrund des Wortlauts der Bestimmung würden sie ebenfalls enden, wenn die Bürgschaft voll honoriert worden ist; in diesem Zeitpunkt erlischt nämlich die Solidarbürgschaft.¹⁸ Dies kann aber kaum die Idee des Gesetzgebers gewesen sein, weshalb davon auszugehen ist, dass die entsprechenden Restriktionen so lange weitergelten, als noch Covid-19-Kreditforderungen ausstehend sind.¹⁹

Die Restriktionen gelten teils generell, teils sind sie als Mittelverwendungsverbote ausgestaltet. In diesem Fall dürfen die Mittel des Covid-19-Kredits nicht für bestimmte Zahlungen verwendet werden; die Finanzierung dieser Zahlungen aus anderen Mitteln ist aber zulässig.²⁰ Somit greifen die Mittelverwendungsverbote dann nie, wenn die Mittel des Kre-

⁸ 41 934 Kredite wurden an Aktiengesellschaften und 48 918 Kredite an GmbH vergeben; Stand 26. August 2020 (abgerufen am 12.7.2021 unter <<https://covid19.easygov.swiss/>>).

⁹ Per 1. Januar 2021 gab es 224 544 Aktiengesellschaften und 218 457 GmbH (abgerufen am 19.4.2021 unter <<https://ehra.fenceit.ch/de/statistiken/>>). Es haben ca. 18,6% der Aktiengesellschaften und ca. 22,3% der GmbH einen Covid-19-Kredit aufgenommen.

¹⁰ Art. 3 SBüG. Die Laufzeit war ursprünglich fünf Jahre (Art. 5 SBüV).

¹¹ Verordnung über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Härtefallverordnung) vom 25. November 2020 (SR 951.262).

¹² Art. 2 SBüG.

¹³ Botschaft zum Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus vom 18. September 2020, BBl 2020 8477, 8502.

¹⁴ Vgl. z.B. Ziff. 4 der Kreditvereinbarung gemäss Anhang 2 der SBüV (für Kredite gemäss Art. 3 SBüV).

¹⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 2 SBüG. Andere Restriktionen knüpfen an den Kreditvertrag (Art. 2 Abs. 6 SBüG) oder an die Verwendung von Mitteln aus dem Covid-19-Kredit (Art. 2 Abs. 3 SBüG) an.

¹⁶ Gl.M. Jean-Luc Chenaux/Thomas Nösberger, in: Kellerhals Carrard/Bürgschaftsgenossenschaften Schweiz (Hrsg.), Corona-Kredite für KMU, Zürich/Basel/Genf 2021, SBüG 2 N 18. Unklar Botschaft (Fn. 13), 8500.

¹⁷ Ziff. 4 der Rahmenbedingungen (Anhang 1 zur SBüV) bzw. Ziff. 6 des Bürgschaftsvertrags (Anhang 3 zur SBüV).

¹⁸ Vgl. Ernst A. Kramer/Thomas Probst, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Basel 2018, N 513a.

¹⁹ Gl.M. Florian Zihler, Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz in Kraft getreten, in: rechnungswesen & controlling (veb.ch) 1/2021, 13–16, 14.

²⁰ Gl.M. Chenaux/Nösberger (Fn. 16), SBüG 2 N 49, in Bezug auf Art. 2 Abs. 2 Bst. d SBüG.

dits bereits verbraucht worden sind, z.B. indem Zahlungen an Kreditoren damit finanziert wurden. Dabei spielt es keine Rolle, ob solche Zahlungen direkt ab dem Covid-19-Kreditkonto gemacht wurden oder die Mittel vorgängig auf ein allgemeines Geschäftskonto überwiesen worden sind. Wurden die Mittel aus dem Covid-19-Kredit auf ein allgemeines Geschäftskonto überwiesen und sind sie dort noch vorhanden, stellt sich die Frage der Vermischung der Covid-19-Kreditmittel mit anderen Mitteln.²¹ Da diesfalls keine objektive Möglichkeit der Abgrenzung der Mittel besteht, ist erst dann von einer Verwendung des Covid-19-Kredits auszugehen, wenn die anderen vorhandenen Mittel nicht ausreichen, um die vorgenommene Zahlung zu decken; in allen anderen Fällen ist die Zahlung den anderweitigen Mitteln anzurechnen.²²

2. Eigenkapitaldispositionen

2.1 Dividenden

Nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a SBüG sind Dividenden während der Dauer der Solidarbürgschaft «ausgeschlossen». Dabei handelt es sich um eine generelle Restriktion.²³

Die Bestimmung legt nicht präzise fest, welche Handlungen im Zusammenhang mit Dividenden ausgeschlossen sind. Während die Covid-19-SBüV noch die «Ausschüttung», also die effektive Ausrichtung von Dividenden verbot, wollte der Gesetzgeber im SBüG bewusst auch die Beschlussfassung verbieten.²⁴ Weil das Gesetz keine Rückwirkung hat,²⁵ bleiben Di-

videndenbeschlüsse, die vor Inkrafttreten des SBüG gefasst worden sind, grundsätzlich gültig.²⁶ Die in der Literatur vertretene Meinung, dass solche Beschlüsse zu widerrufen seien,²⁷ findet im Gesetz keine Grundlage und ist deshalb abzulehnen; die Dividende darf einfach nicht ausgerichtet werden. Nicht ausgeschlossen ist hingegen der Empfang von Dividendenausschüttungen durch die Kreditnehmerin.

Das Dividendenverbot erfasst nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur Bardividenden, sondern auch Sachdividenden,²⁸ was aufgrund des Zwecks der Liquiditätssicherung fragwürdig ist.

Weil Art. 2 Abs. 2 Bst. a SBüG Dividenden «ausschliesst» und dadurch primär Dritte, nämlich den Bund und die Banken, schützen will, dürfte ein Dividendenbeschluss in Verletzung dieser Norm nichtig sein.²⁹ Aus den gleichen Gründen dürfte den Organen die Vertretungsmacht für Dividendenzahlungen fehlen, weshalb diese ebenfalls nichtig³⁰ und aufgrund von Art. 678 OR rückforderbar sind.

Gleiches muss für verdeckte Dividenden gelten.³¹

2.2 Tantiemen

Tantiemen unterliegen gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a SBüG den gleichen Einschränkungen wie Dividenden. Tantiemen sind Gewinnanteile an Mitglieder des Verwaltungsrats, die einer statutarischen Grundlage bedürfen.³² Sie kommen in der Praxis selten vor und sind von gewöhnlichen Bonuszahlungen und variablen Vergütungen abzugrenzen. Die Ausrichtung von Boni und variablen Lohnbestandteilen ist nach wie vor zulässig,³³ denn der Gesetzgeber hat bewusst davon abgesehen, solche Zahlungen einzuschränken.³⁴

²¹ Abzulehnen ist die Auffassung, wonach sich die Gelder des Covid-19-Kredits mit anderen Mitteln der Kreditnehmerin vermischen, sobald der Covid-19-Kredit beansprucht sei, weshalb alle Restriktionen generell zu verstehen seien; so aber *Benjamin Märkli/Moritz Gut*, Missbrauch von Krediten nach Covid-19-Solidarbürgschaftsverordnung, AJP 6/2020, 722–738, 732 mit einem unzutreffenden Verweis auf *Dominik Rieder*, Gesellschaftsrechtlicher Blick auf die Covid-19-Kreditverordnung, Jusletter vom 6. April 2020, N 31.

²² Diese Betrachtung wird auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten angewendet; vgl. *Marc Jean-Richard-dit-Bressel/Andrea Jug-Höhener*, Die Profiteure der Krise, Jusletter vom 3. August 2020, N 8.

²³ Gl.M. *Chenaux/Nösberger* (Fn. 16), SBüG 2 N 16. Vgl. dazu vorne II.1.

²⁴ Vgl. dazu die verschiedenen Voten in Amtl. Bull. NR 2020, 2033, 2037, 2039 und 2040 sowie 2041 für das zugehörige Abstimmungsergebnis.

²⁵ Vgl. Votum NR *Jürg Grossen*, Amtl. Bull. NR 2020, 2039.

²⁶ Vgl. Votum BR *Ueli Maurer*, Amtl. Bull. NR 2020, 2039 f.

²⁷ *Chenaux/Nösberger* (Fn. 16), SBüG 2 N 28.

²⁸ Botschaft (Fn. 13), 8500 und 8502. Gl.M. *Chenaux/Nösberger* (Fn. 16), SBüG 2 N 27.

²⁹ A.M. *Märkli/Gut* (Fn. 21), 737.

³⁰ *Lukas Glanzmann*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), OR Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, OR 718a N 1.

³¹ Gl.M. *Chenaux/Nösberger* (Fn. 16), SBüG 2 N 24.

³² Art. 627 Ziff. 2 und Art. 677 OR.

³³ Gl.M. *Chenaux/Nösberger* (Fn. 16), SBüG 2 N 30 f.

³⁴ Amtl. Bull. NR 2020, 2041.

2.3 Kapitalherabsetzungen

Weiter ist gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a SBüG die Rückzahlung von Kapitaleinlagen ausgeschlossen. Auch dabei handelt es sich um eine generelle Restriktion.

Vorab stellt sich die Frage, was als Rückzahlung von Kapitaleinlagen gilt. Im revidierten Aktienrecht wird nämlich die Ausschüttung aus der gesetzlichen Kapitalreserve als Rückzahlung von Kapitalreserven bezeichnet und damit von der Dividendenausschüttung abgegrenzt.³⁵ Wiederum ein anderer Vorgang ist die Kapitalherabsetzung.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind Rückzahlungen aus der gesetzlichen Kapitalreserve gleich zu behandeln wie Dividenden³⁶ und unterliegen auch den gleichen Restriktionen. Damit kann als Rückzahlung von Kapitaleinlagen nur noch die konstitutive Kapitalherabsetzung verstanden werden.³⁷ Nicht unter dieses Verbot fallen hingegen Kapitalherabsetzungen, bei denen keine Substanz abfließt, wie z.B. eine deklarative Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz.³⁸

Die Unterscheidung, ob die Rückzahlung von Kapitalreserven unter das Dividenden- oder das Rückzahlungsverbot fällt, ist deswegen relevant, weil beim Rückzahlungsverbot nur die Rückzahlung selber ausgeschlossen ist, nicht jedoch die entsprechende Beschlussfassung. Dies ergibt sich aus der parlamentarischen Debatte, bei der es einzig um das Verbot des Dividendenbeschlusses ging.³⁹

Für die Rechtsfolgen einer verbotenen Rückzahlung kann auf die Ausführungen zu den Dividenden verwiesen werden.

2.4 Erwerb eigener Aktien

Den gleichen wirtschaftlichen Effekt wie eine Dividendenausschüttung oder eine Rückzahlung von Kapitaleinlagen hat auch der Erwerb eigener Aktien. Obwohl dieser zivilrechtlich ein eigenständiger Vorgang ist, der speziellen Regeln unterliegt,⁴⁰ hat der Gesetzgeber davon abgesehen, den Fall zu regeln. Die Botschaft und ein Teil der Lehre qualifizieren den Erwerb eigener Aktien jedoch als Rückerstattung von Kapitaleinlagen.⁴¹ Deshalb ist zumindest aus zivilrechtlicher Sicht davon auszugehen,⁴² dass der Erwerb eigener Aktien den gleichen Restriktionen unterliegt wie die Rückzahlung von Kapitaleinlagen.

3. Übrige Verwendung von Mitteln

3.1 Gewährung von Darlehen

Die Gewährung von Darlehen ist gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. b SBüG generell «ausgeschlossen», d.h., es handelt sich nicht um ein Mittelverwendungsverbot.⁴³ Gleiches galt schon unter Art. 6 Abs. 3 Bst. b SBüV, auch wenn diese Bestimmung noch von «Aktivdarlehen» sprach.

In den Anwendungsbereich der Norm fallen Darlehen im Sinne von Art. 312 OR.⁴⁴ Weil es letztlich um die Sicherung der Liquidität der Kreditnehmerin geht, muss sich das Verbot auf Gelddarlehen beschränken.⁴⁵ Keine Darlehen und somit zulässig sind Forderungen aus Lieferungen und Leistungen oder Mietzinsforderungen, selbst wenn sie stehengelassen werden.⁴⁶ Ebenfalls nicht tatbestandsmässig soll nach dem Willen des Gesetzgebers die Beteiligung an einer Kapitalerhöhung sein, weil dadurch ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft erworben werde;⁴⁷ dies ist mit dem Zweck der Liquiditätssicherung nur

³⁵ Vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 im Vergleich zu Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 revOR.

³⁶ Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, § 8 N 61.

³⁷ Gl.M. Chenaux/Nösberger (Fn. 16), SBüG 2 N 24.

³⁸ Art. 735 OR. Gl.M. Chenaux/Nösberger (Fn. 16), SBüG 2 N 26; EXPERTSuisse, Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Abschlussprüfung, Prüfung des Gewinnverwendungsvorschlags und Implikationen der Solidarbürgschaftsverordnung, 24. April 2020, abgerufen am 19.4.2021 unter <<https://www.expertsuisse.ch/?dsmid=522035>>, (Berechtigung erforderlich).

³⁹ Vgl. Votum BR Ueli Maurer, Amtl. Bull. NR 2020, 2040.

⁴⁰ Vgl. dazu Art. 659–659b sowie Art. 671a OR.

⁴¹ Botschaft (Fn. 13), 8500. Gl.M. Chenaux/Nösberger (Fn. 16), SBüG 2 N 24; Lukas Handschin, II. Covid-19-Kredit, eskript Lehrstuhl Handschin (Universität Basel), abgerufen am 19.4.2021 unter <<https://eskript.ius.unibas.ch/de/rechnungslegungsrecht/g-auswirkungen-der-corona-pandemie-auf-die-rechnungslegung/ii-covid-19-kredit/>>.

⁴² Eine hier nicht zu beantwortende Frage ist, ob dies auch für die strafrechtlichen Sanktionen gilt.

⁴³ Vgl. dazu vorne II.1.

⁴⁴ Chenaux/Nösberger (Fn. 16), SBüG 2 N 37.

⁴⁵ Gl.M. Chenaux/Nösberger (Fn. 16), SBüG 2 N 37.

⁴⁶ Botschaft (Fn. 13), 8501 f.

⁴⁷ Botschaft (Fn. 13), 8501.

schwerlich zu vereinbaren. Gleichzeitig stellt sich die Frage, wie Zuschüsse in die Reserven zu behandeln sind: Diese haben wirtschaftlich weitgehend den gleichen Effekt wie die Beteiligung an einer formellen Kapitalerhöhung, sofern die leistende Gesellschaft zu 100% an der Tochtergesellschaft beteiligt ist oder alle Gesellschafter proportional zu ihren Beteiligungen einen Zuschuss leisten. Konsequenterweise müssten Zuschüsse in diesen Fällen ebenfalls zulässig sein.

Es ist anerkannt, dass es zum Verbot der Darlehensgewährung Ausnahmen gibt. Unbestrittenermassen zulässig sind Einlagen auf Bankkonti im Rahmen einer üblichen Liquiditätsreserve.⁴⁸ Ebenfalls zulässig ist wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* die Erfüllung einer vorbestehenden Verpflichtung zur Gewährung eines Darlehens,⁴⁹ auch wenn dieses nicht einer anderen Gruppengesellschaft gewährt wird.⁵⁰ Unter der SBÜV wurde es zudem als zulässig erachtet, einer anderen Schweizer Gruppengesellschaft Darlehen zu gewähren, «soweit diese ausschliesslich dazu dienen und notwendig sind, dass diese andere Schweizer Gruppengesellschaft ihren vorbestehenden Zinszahlungspflichten und ab 1.1.2021 ihren vorbestehenden ordentlichen Amortisationspflichten nachkommen kann».⁵¹ Sofern solche Darlehen gesellschaftsrechtlich zulässig sind,⁵² muss diese Ausnahme auch unter dem SBÜG gelten.

Verfügungen über bereits bestehende Darlehen fallen nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmung. So ist es im Rahmen der üblichen Sorgfaltspflichten zulässig, auf einem solchen Darlehen einen Rangrücktritt zu erklären oder darauf zu verzichten.

Das Darlehensverbot beschlägt ebenfalls die Vertretungsmacht der Organe.⁵³ Ein Dritter müsste erhaltene Darlehen aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 Abs. 2 OR) zurückerstatten.

3.2 Rückzahlungen von Darlehen

Die Rückzahlung von Darlehen ist in drei verschiedenen Bestimmungen geregelt, deren Anwendungsbereiche sich nach der Herkunft der Darlehen unterscheiden: Darlehen von Gesellschaftern oder nahestehenden Personen (Art. 2 Abs. 2 Bst. b SBÜG), Darlehen von anderen Gruppengesellschaften (Art. 2 Abs. 2 Bst. c SBÜG) und andere Kredite (Art. 2 Abs. 3 und 4 SBÜG).

3.2.1 Darlehen von Gesellschaftern, nahestehenden Personen und anderen Gruppengesellschaften

Generell «ausgeschlossen» ist die Rückzahlung von Darlehen, die von Gesellschaftern oder von nahestehenden Personen gewährt wurden (Art. 2 Abs. 2 Bst. b SBÜG). Richtigerweise verwendet das Gesetz nicht mehr die unklare Bezeichnung «als Aktivdarlehen ausgestaltete Privat- und Aktionärsdarlehen» (so noch Art. 6 Abs. 3 Bst. b SBÜV).

Bezüglich des Begriffs des Darlehens kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.⁵⁴

Ob eine Person nahestehend ist, ist im Einzelfall zu beurteilen. Zu beachten ist, dass die Person der Kreditnehmerin (und nicht dem Gesellschafter) nahestehen muss.⁵⁵ Somit kann auch ein Organ oder eine Tochtergesellschaft nahestehend sein.

Verboten ist gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. b SBÜG nur die Rückzahlung, hingegen nicht mehr generell die Refinanzierung von Darlehen.⁵⁶ Dies steht im Einklang mit dem Zweck der Liquiditätssicherung.⁵⁷ Somit müssen anderweitige Tilgungen, wie z.B. die Verrechnung, zulässig sein. Dies gilt insbesondere für einen Debt/Equity-Swap.

Unklar ist das Verhältnis des Rückzahlungsverbot nach Art. 2 Abs. 2 Bst. b SBÜG zum Verbot des Zurückführens von Gruppendarlehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. c SBÜG, da eine andere Gruppengesellschaft wohl immer nahestehend ist. Die Frage ist insbesondere deshalb relevant, weil es sich beim Verbot nach Bst. b um ein generelles Verbot, bei jenem nach Bst. c aber nur um ein Mittelverwendungsverbot handelt,⁵⁸ d.h., dessen Geltungsbereich ist enger. Würde

⁴⁸ Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Erläuterungen zur Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus, Bern 14. April 2020, 9; Botschaft (Fn. 13), 8501.

⁴⁹ Botschaft (Fn. 13), 8501.

⁵⁰ Art. 2 Abs. 2 Bst. b Teilsatz 2 SBÜG ist diesbezüglich zu eng formuliert.

⁵¹ EFD (Fn. 48), 10.

⁵² Vgl. dazu *Lukas Glanzmann/Markus Wolf*, Cash Pools und andere Konzernfinanzierungen vor neuen Herausforderungen, ST 3/2015, 131–137.

⁵³ Vgl. vorne II.2.1.

⁵⁴ Vgl. vorne II.3.1.

⁵⁵ A.M. *Chenaux/Nösberger* (Fn. 16), SBÜG 2 N 38, die auf das Verhältnis zu den Gesellschaftern abstellen.

⁵⁶ Anders noch Art. 6 Abs. 3 Bst. b SBÜV.

⁵⁷ Botschaft (Fn. 13), 8502.

⁵⁸ Vgl. dazu vorne II.1.

man das Verbot nach Bst. c als *lex specialis* verstehen, dann wäre die Rückzahlung von Gruppendarlehen zulässig, solange sie nicht aus Mitteln des Covid-19-Kredits erfolgte. Dies würde bedeuten, dass die Rückzahlung des Darlehens einer kontrollierenden Muttergesellschaft eher zulässig wäre als jenes eines Minderheitsgesellschafters, was wohl nicht die Absicht des Gesetzgebers war. Deshalb ist davon auszugehen, dass das Mittelverwendungsverbot nach Bst. c keine eigenständige Bedeutung hat und im generellen Verbot nach Bst. b aufgeht.⁵⁹ Sodann ist unter Zurückführung nichts anderes zu verstehen als unter Rückzahlung.

Auch das Verbot der Rückzahlung von Darlehen gilt nicht uneingeschränkt. Zulässig ist schon aufgrund des Gesetzeswortlauts die Erfüllung von Verpflichtungen gegenüber einer anderen Gruppengesellschaft mit Sitz in der Schweiz, die vor Entstehung der Solidarbürgschaft bestanden haben, namentlich von vorbestehenden ordentlichen Zins- und Amortisationszahlungspflichten.⁶⁰ Ebenfalls zulässig ist aber die Rückzahlung von Darlehen aufgrund einer ausserordentlichen Kündigung durch die Kreditgeberin, sofern das Darlehen schon vor Abschluss des Covid-19-Kreditvertrags bestand.⁶¹ In diesem Sinne müssen vertragskonforme Rückzahlungen generell zulässig sein, auch wenn sie sich auf einen ausserordentlichen Kündigungsgrund stützen. Die gleichen Ausnahmen bestehen gemäss Botschaft übrigens beim Mittelverwendungsverbot nach Bst. c,⁶² weshalb dieser Bestimmung auch in dieser Hinsicht keine eigenständige Bedeutung zukommt.

Nicht eingeschränkt wird die Abtretung der Darlehensforderung auf einen Dritten. Allerdings verliert das Darlehen deswegen nicht seine Eigenschaft als Gesellschafterdarlehen.

Für die Rechtsfolgen einer Verletzung dieser Normen kann auf die Ausführungen zum Verbot der Dividendenzahlung und Darlehensgewährung verwiesen werden.

3.2.2 Andere Kredite

Art. 2 Abs. 3 und 4 SBüG regeln die Rückzahlung anderer Kredite. Dabei unterscheidet das Gesetz primär

danach, ob der andere Kredit im Verhältnis zum Covid-19-Kredit vorbestehend oder nachträglich gewährt worden ist. Massgebender Zeitpunkt ist der Abschluss des Covid-19-Kreditvertrags.

Für nachträglich aufgenommene Bankkredite kann die Zins- und Amortisationspflicht beliebig vereinbart werden.⁶³ Entgegen dem Gesetzeswortlaut gilt dieses Privileg nicht nur für Bankkredite, sondern für alle nachträglich gewährten Kredite, die nicht von Gesellschaftern, nahestehenden Personen oder einer anderen Gruppengesellschaft stammen, denn für solche Kredite kennt das Gesetz schlicht keine Restriktionen. Fraglich ist, weshalb nachträglich von Gesellschaftern, nahestehenden Personen und anderen Gruppengesellschaften aufgenommene Kredite nicht auch unter die Ausnahme von Abs. 4 fallen; wenn die Restriktionen nach Art. 2 Abs. 2 SBüG auch für solche Kredite gelten, dürfte dies die Motivation dieser Personen zur Gewährung neuer Kredite nicht fördern.

Für die Umschuldung vorbestehender, nicht von Gesellschaftern, nahestehenden Personen oder Gruppengesellschaften gewährter Kredite gilt ein Mittelverwendungsverbot⁶⁴ mit Ausnahmen.⁶⁵ Dies bedeutet, dass die Rückzahlung solcher Kredite mit Mitteln, die nicht einem Covid-19-Kredit entstammen, jederzeit zulässig ist. Zudem dürfen Covid-19-Kreditmittel in folgenden Fällen verwendet werden:

Einerseits ist die Refinanzierung von ab 23. März 2020 erfolgten Kontoüberzügen bei der Bank, die den Covid-19-Kredit gewährt, zulässig.⁶⁶ Von der Ausnahme erfasst sind Überzüge bis zum Datum des Covid-19-Kreditvertrags; weil Überzüge, die danach stattgefunden haben, unter Art. 2 Abs. 4 SBüG fallen, können diese ohnehin uneingeschränkt refinanziert werden.

Andererseits ist auch die Erfüllung vorbestehender ordentlicher Zins- und Amortisationspflichten uneingeschränkt zulässig.⁶⁷ Als «ordentliche Amortisationszahlungspflichten» gelten auch hier alle Pflichten, die vertragskonform sind.⁶⁸ Somit gilt insbesondere

⁶³ Art. 2 Abs. 4 SBüG.

⁶⁴ Vgl. dazu vorne II.1.

⁶⁵ Art. 2 Abs. 3 SBüG.

⁶⁶ Art. 2 Abs. 3 Bst. a SBüG.

⁶⁷ Art. 2 Abs. 2 Bst. b SBüG.

⁶⁸ Gl.M. *Benedict F. Christ/Rebekka Magdalena Keller/Alexandra Simic*, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, § 18 N 32; EFD (Fn. 48), 10; Botschaft (Fn. 13), 8501.

⁵⁹ Gl.M. *Chenaux/Nösberger* (Fn. 16), SBüG 2 N 43.

⁶⁰ Art. 2 Abs. 2 Bst. b Teilsatz 2 SBüG.

⁶¹ Botschaft (Fn. 13), 8501.

⁶² Botschaft (Fn. 13), 8502.

auch die Rückzahlung eines Bankkredits infolge Kündigung aus wichtigem Grund als ordentliche Amortisation, obwohl diese in Kreditverträgen häufig als ausserordentlich bezeichnet wird. Das Gleiche gilt, wenn ein Kredit gemäss Vertrag jederzeit sofort oder unter Beachtung einer gewissen Frist kündbar ist; diese bei unkommittierten Krediten zu findende Regelung ist nämlich das Pendant zu den Kündigungsgründen in kommittierten Krediten, und es gibt keinen Grund, die beiden Fälle unterschiedlich zu behandeln. Selbstredend müssen die Zins- und Amortisationspflichten nicht bereits vor Abschluss des Covid-19-Kredits fällig gewesen sein.

Anders als bei den Zahlungsverboten gemäss Art. 2 Abs. 2 SBüG stipuliert Art. 2 Abs. 3 SBüG, dass Mittel aus einem Covid-19-Kredit nicht für Umschuldungen verwendet werden «dürfen». Damit beschlägt dieses Verbot nur die Vertretungsbefugnis der Organe.⁶⁹ Folglich muss ein Dritter erhaltene Gelder nur dann zurückbezahlen, wenn er nicht gutgläubig war.

3.3 Zahlungen an ausländische Gruppengesellschaften im Besonderen

Art. 2 Abs. 2 Bst. d SBüG schliesst die Übertragung von Mitteln aus dem Covid-19-Kredit an eine mit der Kreditnehmerin direkt oder indirekt verbundene Gruppengesellschaft im Ausland aus. Dabei handelt es sich um ein Mittelverwendungsverbot.⁷⁰

Diese Bestimmung dient dazu, einen ungerechtfertigten Abfluss von Mitteln aus dem Covid-19-Kredit ins Ausland zu verhindern.⁷¹ Ihr Anwendungsbe-
reich ist zugleich enger als auch weiter als derjenige des Verbots der Gewährung und Rückzahlung von Darlehen:⁷² Enger ist er, weil nur Transaktionen mit Gruppengesellschaften im Ausland und die Verwendung von Covid-19-Kreditmitteln erfasst wird. Weiter ist er, weil nicht nur die Gewährung und Rückzahlung von Darlehen, sondern generell die Übertragung von Mitteln verboten wird. Deshalb ist diese Norm kumulativ zu den übrigen Restriktionen anwendbar. Somit ist bei einer Transaktion mit einer ausländischen Gruppengesellschaft immer auch noch zu prüfen, ob sie auch unter diesem Tatbestand zulässig ist. So wäre wohl eine grundsätzlich zulässi-

ge Beteiligung an einer Kapitalerhöhung⁷³ ausgeschlossen, wenn es sich um eine ausländische Tochtergesellschaft handelt.⁷⁴

Anerkanntermassen gibt es auch unter dieser Bestimmung gewisse Ausnahmen, nach welchen die Übertragung von Mitteln aus dem Covid-19-Kredit auf ausländische Gruppengesellschaften zulässig ist. Dazu gehören marktgerechte Zahlungen zur Aufrechterhaltung des operativen Betriebs der Schweizer Kreditnehmerin.⁷⁵ Darunter sind Zahlungen für Lieferungen und Leistungen zu verstehen, welche diese von einer ausländischen Gruppengesellschaft bezieht. Ebenfalls zulässig sind ordentliche, vertragliche Zinszahlungen und Amortisationen an ausländische Gruppengesellschaften, sofern sie auf vorbestehenden vertraglichen Verpflichtungen beruhen und fällig sind.⁷⁶ Auch diese Ausnahme muss generell für vertragskonforme Zahlungen gelten.⁷⁷

Zu den Rechtsfolgen kann auf die Ausführungen zur Rückzahlung von Darlehen an Gesellschafter und nahestehende Personen verwiesen werden.

3.4 Cash-Pooling im Besonderen

Durch die verschiedenen Verbote der Gewährung und Rückzahlung von Darlehen wird auch die Rechtmässigkeit der Teilnahme an einem Cash-Pool in Frage gestellt.

Bei einem physischen bzw. Zero-balancing-Cash-Pool stellt das Guthaben der teilnehmenden Gesellschaft gegenüber dem Pool-Leader ein Darlehen dar.⁷⁸ Dies bedeutet, dass mit jeder Einlage auf dem Cash-Pool-Konto ein Darlehen an den Pool-Leader gewährt wird. Die Botschaft geht deshalb davon aus, dass die Darlehensgewährung im Rahmen eines Cash-Pool grundsätzlich verboten sei.⁷⁹ Allerdings stellt sich die Frage, weshalb die Ausnahmen vom Verbot der Darlehensgewährung nicht auch bei einem Cash-Pool gelten, wenn die Forderung *at arm's length* ist und damit keine verdeckte Ausschüttung darstellt.

⁶⁹ Vgl. dazu Glanzmann (Fn. 30), OR 718a N 4.

⁷⁰ Vgl. dazu vorne II.1.

⁷¹ Botschaft (Fn. 13), 8502.

⁷² Vgl. vorne II.3.1 und II.3.2.

⁷³ Vgl. dazu vorne II.3.1.

⁷⁴ Gl.M. Chenaux/Nösberger (Fn. 16), SBüG 2 N 48.

⁷⁵ Botschaft (Fn. 13), 8502.

⁷⁶ Botschaft (Fn. 13), 8502.

⁷⁷ Vgl. dazu vorne II.3.1. Gl.M. Chenaux/Nösberger (Fn. 16), SBüG 2 N 51.

⁷⁸ BGer 4A_248/2012 vom 7. Januar 2013, E. 2.

⁷⁹ Botschaft (Fn. 13), 8502.

Hat die teilnehmende Gesellschaft gegenüber dem Pool-Leader hingegen eine Schuld, dann ist deren Tilgung eine Zurückführung eines Gruppendarlehens, die zulässig ist, solange sie vertragskonform ist.⁸⁰

Die gleichen Überlegungen müssen gelten, wenn eine Gesellschaft einer anderen Gruppengesellschaft direkt Mittel zur Verfügung stellt.

Bezüglich der Zulässigkeit eines Notional-Cash-Pool, bei dem in der Regel nur eine Garantie zu Gunsten der übrigen Teilnehmer gewährt wird, kann auf die nachstehenden Ausführungen zu Drittsicherheiten verwiesen werden.

3.5 Drittsicherheiten im Besonderen

Keine gesetzliche Regelung findet die Einräumung von Sicherheiten. Während die Gewährung direkter Sicherheiten grundsätzlich unproblematisch ist, muss geprüft werden, inwieweit Drittsicherheiten unter dem SBüG noch zulässig sind:

Drittsicherheiten, die *at arm's length* ausgerichtet werden, verletzen nicht das Dividendenverbot. Demgegenüber können Upstream- oder Cross-stream-Sicherheiten, die nicht *at arm's length* gewährt werden, gemäss Lehre und Rechtsprechung eine verdeckte Ausschüttung darstellen.⁸¹ In diesem Fall würden sie gegen das Dividendenverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a SBüG verstossen und wären wohl nichtig.⁸² Wird hingegen eine Downstream-Sicherheit nicht *at arm's length* eingeräumt, dann hat dies den gleichen Effekt wie ein Zuschuss in die Reserven.⁸³ Dieser stellt aber keine Verletzung des Dividendenverbots dar.⁸⁴

Die Gewährung einer Sicherheit ist keine Darlehensgewährung und deshalb kein Verstoss gegen das Darlehensverbot. Hingegen stellt sich die Frage, ob der Regressanspruch des Sicherheitengebers gegenüber dem Schuldner des Sicherheitenempfängers das Darlehensverbot verletzen könnte. Dies könnte insbe-

sondere bei akzessorischen Sicherheiten zutreffen, weil in diesem Fall der Sicherheitengeber bei der Verwertung bzw. Beanspruchung der Sicherheit in die Darlehensforderung gegenüber dem Schuldner subrogiert. Dennoch hat der Sicherheitengeber kein Darlehen gewährt, weshalb darin auch kein Verstoss gegen das Verbot der Darlehensgewährung gesehen werden darf. Damit ist dieser Fall nicht anders zu beurteilen als bei der Verwertung bzw. Beanspruchung einer abstrakten Sicherheit; in diesem Fall findet keine gesetzliche Subrogation statt, und der Sicherheitengeber erwirbt auch keine Darlehensforderung gegen den Schuldner.

Problematisch könnte es sein, Mittel aus dem Covid-19-Kredit als Barmitteldeckung zu verwenden. Abgesehen davon, dass es fraglich ist, ob dies überhaupt dem Zweck der Kredite entspräche, müsste auch geprüft werden, ob die konkrete Verwendung gegen ein Mittelverwendungsverbot verstösst. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn eine solche Sicherheit zugunsten einer ausländischen Gruppengesellschaft verwendet würde.⁸⁵

Drittsicherheiten, die vor Inkrafttreten des SBüG eingeräumt wurden, verstossen nicht gegen das Verbot, Dividenden zu beschliessen.⁸⁶ Gültig begründete Drittsicherheiten müssen wegen des Grundsatzes *pacta sunt servanda* und in Analogie zu Art. 2 Abs. 2 Bst. b, c und d sowie Art. 2 Abs. 3 Bst. b SBüG zulässig und verwertbar bleiben.

4. Umstrukturierungen

Art. 2 Abs. 6 SBüG regelt die Voraussetzungen, unter welchen eine Kreditnehmerin Rechte und Pflichten aus einem Covid-19-Kreditverhältnis übertragen darf. Die SBüV enthielt noch keine entsprechende Bestimmung. Es gilt Folgendes:

Grundsätzlich sind Rechte und Pflichten aus einem Covid-19-Kreditverhältnis nicht übertragbar, und eine etwaige Übertragung entfaltet «mit Bezug auf den gestützt auf die Covid-19-SBüV verbürgten Kredit keine Wirkung».⁸⁷ Dies gilt sowohl für Kredite gemäss Art. 3 als auch für jene gemäss Art. 4 SBüV. In Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtspre-

⁸⁰ EFD (Fn. 48), 10. Vgl. auch vorne II.3.2.1.

⁸¹ Im Detail ist umstritten, wann eine verdeckte Ausschüttung vorliegt; vgl. dazu *Glanzmann/Wolf* (Fn. 52), insb. 132–134.

⁸² Gl.M. *Chenaux/Nösberger* (Fn. 16), SBüG 2 N 27. Vgl. vorne II.2.1.

⁸³ Vgl. *Lukas Glanzmann*, Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 3/2011, 229–248, 234.

⁸⁴ Vgl. vorne II.2.1.

⁸⁵ Art. 2 Abs. 2 Bst. d SBüG. Vgl. dazu vorne II.3.3.

⁸⁶ Vgl. vorne II.2.1.

⁸⁷ Art. 2 Abs. 6 Satz 1 und 2 SBüG.

chung⁸⁸ sind entsprechende Handlungen nichtig, und Dritte geniessen keinen Gutgläubensschutz. Allerdings gilt dieses Übertragungsverbot nur für Singularsukzessionen, denn das Gesetz lässt die Übertragung von Rechten und Pflichten aus einem Covid-19-Kreditverhältnis im Rahmen einer Umstrukturierung gemäss Fusionsgesetz (FusG) zu.⁸⁹

Unklar ist, ob eine Übertragung nach FusG der Zustimmung der Bank bedarf. Nach Art. 2 Abs. 6 Satz 4 SBüG «stimmt die [Bank] einer solchen Übertragung zu, sofern sie mit der Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven oder zumindest des wesentlichen Teils des Unternehmens der Kreditnehmerin [...] oder mit einer Umwandlung der Kreditnehmerin [...] verbunden ist». Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Zustimmung der Bank aus den folgenden Überlegungen keine Bedingung für eine rechtswirksame Übertragung:⁹⁰ Der Entwurf sah noch explizit vor, dass die Übertragung von Rechten und Pflichten aus dem Covid-19-Kreditverhältnis im Rahmen einer Umstrukturierung nach dem FusG mit Zustimmung der Bank zulässig sei, sofern sie mit der Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven oder zumindest des wesentlichen Teils des Unternehmens der Kreditnehmerin oder mit einer Umwandlung der Kreditnehmerin verbunden ist.⁹¹ Das Parlament hat diese Bestimmung diskussionslos in zwei Sätze aufgeteilt: Einerseits hält nun Satz 3 von Art. 2 Abs. 6 SBüG uneingeschränkt fest, dass eine Übertragung im Rahmen einer Umstrukturierung nach dem FusG zulässig ist. Andererseits stipuliert Satz 4 die einleitend erwähnte Zustimmungspflicht der Bank. Somit ist aber die Zustimmung der Bank klarerweise keine Bedingung mehr für die Zulässigkeit einer Übertragung. Gleichzeitig ist zu fragen, wozu die Bank ihre Zustimmung geben muss, denn aufgrund des FusG bedarf die Übertragung von Verbindlichkeiten keiner Zustimmung der entsprechenden Gläubiger. Nach der hier vertretenen Meinung kann die Anordnung in Satz 4 nur so verstanden werden, dass die Bank in dem Sinne der Übertragung zustimmt, dass sie auf die Ausübung ihres vertraglichen Kündigungsrechts verzichtet, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Sind diese Voraussetzungen

hingegen nicht erfüllt, dann ist sie zu einer Kündigung gemäss den anwendbaren Bestimmungen des Covid-19-Kreditvertrags berechtigt.

Die Bank muss ihre Zustimmung nur erteilen, wenn zusammen mit den Rechten und Pflichten aus dem Covid-19-Kreditverhältnis zumindest der wesentliche Teil des Unternehmens übertragen wird. Aufgrund der Formulierung «des wesentlichen Teils» ist davon auszugehen, dass es in einem Unternehmen nur einen wesentlichen Teil gibt. In der Regel dürfte dieser den Grossteil der Aktiven und Passiven umfassen. Die Bestimmung ist aber ohnehin nur bei der Spaltung und Vermögensübertragung relevant: Während bei der Fusion definitionsgemäss sämtliche Aktiven und Passiven übertragen werden,⁹² findet bei einer Umwandlung keine Übertragung von Aktiven und Passiven statt.⁹³ Der entsprechende Hinweis auf die Umwandlung in dieser Gesetzesbestimmung ist somit redundant.

Als Folge einer zulässigen Übertragung ist es möglich, dass eine Kreditnehmerin mehrere Covid-19-Kredite hat⁹⁴ oder ein grosses Unternehmen Kreditnehmerin wird.

Unzulässig wäre eine Übertragung der Rechte und Pflichten unter dem Covid-19-Kreditverhältnis auf eine ausländische Gesellschaft.⁹⁵

Das FusG gewährt den Gläubigern bei den meisten Umstrukturierungen unter gewissen Voraussetzungen ein Recht auf Sicherstellung ihrer Forderung.⁹⁶ Art. 2 Abs. 6 Satz 5 SBüG befreit die Bank von der Pflicht, eine solche Sicherstellung zu verlangen. Diese Bestimmung wirkt nur zugunsten der Bank;⁹⁷ die Kreditnehmerin kann sich nicht darauf berufen und ist bei gegebenen Voraussetzungen auf Verlangen der Bank verpflichtet, deren Forderungen sicherzustellen.

Das Gesetz verlangt, dass die kreditgebende Bank die Bürgschaftsorganisation über die Umstrukturierung informiert.⁹⁸ Da es sich bei dieser Informationspflicht um eine Angelegenheit zwischen der

⁸⁸ Vgl. z.B. BGE 134 III 438, E. 2.3, wonach der nichtige Vertrag *keine* rechtsgeschäftlichen Wirkungen entfaltet.

⁸⁹ Art. 2 Abs. 6 Satz 3 SBüG.

⁹⁰ A.M. wohl *Chenaux/Nösberger* (Fn. 16), SBüG 2 N 68.

⁹¹ Art. 2 Abs. 4 E-SBüG.

⁹² Art. 22 Abs. 1 Satz 2 FusG.

⁹³ Art. 53 Satz 2 FusG.

⁹⁴ Botschaft (Fn. 13), 8504.

⁹⁵ Botschaft (Fn. 13), 8504.

⁹⁶ Vgl. Art. 25 FusG für die Fusion, Art. 46 FusG für die Spaltung und Art. 75 Abs. 2 und Art. 76 Abs. 2 FusG für die Vermögensübertragung.

⁹⁷ Richtigerweise stellt das Gesetz auch klar, dass Art. 493 Abs. 5 Satz 2 OR keine Anwendung findet.

⁹⁸ Art. 2 Abs. 6 Satz 7 SBüG.

Bank und der Bürgschaftsorganisation handelt, ist an dieser Stelle nicht weiter darauf einzugehen. Auf die Gültigkeit der Umstrukturierung darf die Erfüllung der Pflicht durch die Bank jedenfalls keinen Einfluss haben.

Umstrukturierungen, bei denen keine Rechte und Pflichten aus dem Covid-19-Kreditverhältnis übertragen werden, sind grundsätzlich uneingeschränkt zulässig, sofern sie nicht gegen eine andere Restriktion gemäss Art. 2 Abs. 2 und 3 SBüG verstossen. Altrechtliche Spaltungen⁹⁹ dürften problematisch sein, weil einerseits die Übertragung gewisser Verbindlichkeiten auf die übernehmende Tochtergesellschaft als unzulässige Rückzahlung von Darlehen betrachtet werden könnte¹⁰⁰ und andererseits die Ausschüttung der Aktien an die Tochtergesellschaft eine unzulässige Dividendenausschüttung sein könnte.¹⁰¹ Gleiches gilt bei einer Übertragung von Aktiven und Passiven zu Buchwerten.¹⁰² Auch hier könnte die Übertragung von Verbindlichkeiten ein Verstoss gegen das Verbot der Rückzahlung von Darlehen sein.¹⁰³ Zudem findet bei einer Übertragung von Aktiven zu Buchwerten in der Regel eine Ausschüttung im Umfang der stillen Reserven statt,¹⁰⁴ was ein Verstoss gegen das Dividendenverbot sein könnte.¹⁰⁵

5. Kapitalverlust und Überschuldung

Kredite gemäss Art. 3 SBüV (nicht aber jene nach Art. 4 SBüV) gelten bei der Berechnung, ob ein Kapitalverlust oder eine Überschuldung vorliegt, nicht als Fremdkapital.¹⁰⁶ Diese Regelung bewirkt, dass die Kreditnehmerin bei einer Überschuldung erst dann das Gericht benachrichtigen muss, wenn sie auch ohne den Covid-19-Kredit überschuldet ist. Damit hat die Regelung die gleiche Wirkung, wie wenn der Covid-19-Kredit mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR versehen wäre. Anders als ein Rangrücktritt zeitigt die Regelung aber keine Wirkung mehr in der Insolvenz der Kreditnehmerin;

auch Covid-19-Kredite gemäss Art. 3 SBüV werden grundsätzlich in der dritten Klasse kolloziert. Damit geht die Nicht-Benachrichtigung des Gerichts vollständig zu Lasten der übrigen Gläubiger,¹⁰⁷ was von Bundesrat und Parlament aber in Kauf genommen wurde.

Die kreditgebende Bank kann bezüglich eines Covid-19-Kredits einen teilweisen oder vollständigen Rangrücktritt erklären. Weil Kredite gemäss Art. 3 SBüV von Gesetzes wegen eine rangrücktrittsähnliche Stellung haben, dürfte dies primär für Kredite gemäss Art. 4 SBüV relevant sein. Die Einräumung eines Rangrücktritts erfordert die vorgängige Zustimmung der Bürgschaftsorganisation.¹⁰⁸ Diese kann ihre Zustimmung nur im Rahmen einer aussergerichtlichen finanziellen Sanierung mit dem Ziel der Fortführung des wesentlichen Teils des Unternehmens, eines Nachlassverfahrens oder eines formellen Liquidationsverfahrens erteilen, wobei sich dadurch die finanziellen Risiken für den Bund nicht erhöhen dürfen.¹⁰⁹ Diese Voraussetzung könnte erfüllt sein, wenn der Rangrücktritt nur auf einem Teil der Forderung ausgesprochen wird, um den anderen Teil zu retten, oder wenn die Gesellschaft nur eine Delle durchläuft und das Eigenkapital langfristig wieder positiv werden sollte.

Die Bürgschaftsorganisation kann nach Honorierung der Bürgschaft und Eintritt in die Kreditforderung unter den gleichen Voraussetzungen auch selber einen Rangrücktritt aussprechen¹¹⁰ oder sogar teilweise (nicht aber vollständig) auf ihre Forderung verzichten.¹¹¹ Dagegen darf die Bank keinen Forderungsverzicht aussprechen. Vor Beanspruchung der Bürgschaft müsste somit zuerst eine vorzeitige Honorierung der Bürgschaft vereinbart werden, was wiederum unter den gleichen Voraussetzungen wie die Gewährung eines Rangrücktritts möglich ist.¹¹² Der Forderungsverzicht wäre danach durch die Bürgschaftsorganisation auszusprechen. Auf die weiteren Sanierungsbeiträge im Rahmen eines Insolvenzver-

⁹⁹ Vgl. dazu *Lukas Glanzmann*, Umstrukturierungen, 3. Aufl., Bern 2014, N 979.

¹⁰⁰ Vgl. vorne II.3.2.1.

¹⁰¹ Vgl. vorne II.2.1.

¹⁰² Vgl. *Glanzmann* (Fn. 99), N 994.

¹⁰³ Vgl. vorne II.3.2.1.

¹⁰⁴ *Glanzmann* (Fn. 99), N 997.

¹⁰⁵ Vgl. vorne II.2.1.

¹⁰⁶ Art. 24 Abs. 1 SBüG. Vgl. auch Art. 30 SBüG, der die Anpassung an das neue Aktienrecht sicherstellt.

¹⁰⁷ Vgl. das Beispiel in *SwissBanking*, Stellungnahme zum Vorentwurf des SBüG, abgerufen am 19.4.2021 unter <<https://www.swissbanking.org/de/medien/vernehmlassungen/vernehmlassungen>>, 10.

¹⁰⁸ Art. 7 Abs. 1 SBüG.

¹⁰⁹ Art. 7 Abs. 2 SBüG.

¹¹⁰ Art. 8 Abs. 2 SBüG.

¹¹¹ Art. 8 Abs. 3 SBüG.

¹¹² Art. 7 Abs. 3 SBüG.

fahrens kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.¹¹³

Zu beachten ist, dass die meisten Banken ihre Covid-19-Kreditforderungen bei der Schweizerischen Nationalbank (SNB) refinanzieren.¹¹⁴ Als Sicherheit für die Refinanzierung musste die Bank ihre Covid-19-Kreditforderung an die SNB abtreten.¹¹⁵ Nach erfolgter Abtretung müsste auch die SNB dem Rangrücktritt zustimmen, sofern die Bank keine Ermächtigung hat, über die Forderung zu verfügen.

In der Praxis wird sich zeigen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Bürgschaftsorganisationen innert nützlicher Frist einen Rangrücktritt genehmigen oder die Bürgschaft honorieren und den Rangrücktritt selber aussprechen werden. Es bleibt zu hoffen, dass nicht unnötigerweise Sanierungen verhindert werden, nur weil Zustimmungen nicht rechtzeitig erhältlich sind. Allenfalls wäre es förderlich, wenn der Bund seine Kompetenz, zur Vereinheitlichung der Praxis der Bürgschaftsorganisationen Vorschriften zum Rangrücktritt zu erlassen,¹¹⁶ wahrnähme.

6. Rechnungslegung

Das Rechnungslegungsrecht legt den Mindeststandard fest, wie die Verbindlichkeiten in der Bilanz zu gliedern sind.¹¹⁷ Weitere Positionen müssen in der Bilanz oder im Anhang einzeln ausgewiesen werden, sofern sie für die Beurteilung der Vermögens- oder Finanzierungslage durch Dritte wesentlich sind.¹¹⁸ Es besteht also ein Wahlrecht, ob solche weiteren Aufschlüsselungen in der Bilanz selber oder im Anhang vorgenommen werden.

Die Covid-19-Kredite auferlegen der Kreditnehmerin verschiedene Restriktionen.¹¹⁹ Zudem werden

sie bei der Beurteilung, ob ein Kapitalverlust oder eine Überschuldung vorliegt, nicht als Fremdkapital berücksichtigt. Deswegen sind sie für die Beurteilung der Finanzierungslage der Kreditnehmerin wesentlich und in der Bilanz oder im Anhang separat auszuweisen.¹²⁰ Dabei ist folgendermassen zu differenzieren: Kredite gemäss Art. 3 SBüV werden bei der Bestimmung, ob ein Kapitalverlust oder eine Überschuldung vorliegt, separat behandelt, weshalb sie nach der hier vertretenen Meinung in der Bilanz gesondert ausgewiesen werden sollten; nur so ist auf einen Blick ersichtlich, wann die Gesellschaft wegen Überschuldung den Richter benachrichtigen muss.¹²¹ Ein separater Ausweis der Kredite gemäss Art. 4 SBüV dürfte jedoch kaum erforderlich sein. Sollte in der Bilanz kein Covid-19-Kredit als solcher ausgewiesen werden, dann ist die Tatsache, dass ein Covid-19-Kreditvertrag abgeschlossen worden ist, im Anhang offenzulegen. Weil die meisten Restriktionen bereits mit dem Vertragsschluss einsetzen, gilt dies auch, wenn unter dem Vertrag noch kein Kredit beansprucht worden ist. Nicht erforderlich ist jedoch, dass im Anhang auf die konkreten Restriktionen hingewiesen wird,¹²² weil sonst einfach das Gesetz wiederzugeben werden müsste.

7. Keine Anwendung in der Insolvenz

Es stellt sich die Frage, ob die Restriktionen nach Art. 2 SBüG auch gelten, wenn die Kreditnehmerin in einem Nachlassverfahren ist oder über sie der Konkurs eröffnet wurde. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das nicht der Fall, weil die Regeln des SchKG darauf ausgelegt sind, die Interessen der Gläubiger – und damit auch der Bürgschaftsorganisationen – zu wahren. Insbesondere gilt in einem Insolvenzverfahren

¹¹³ Vgl. Art. 8 Abs. 4 und 5 SBüG.

¹¹⁴ Die SNB stellte eine temporäre, stehende Fazilität (SNB-COVID-19-Refinanzierungsfazilität, CRF) zur Verfügung; vgl. dazu <https://www.snb.ch/de/ifor/finmkt/operat/id/finmkt_crf>.

¹¹⁵ Schweizerische Nationalbank (SNB), Merkblatt zur SNB-COVID-19-Refinanzierungsfazilität (CRF) vom 17. Juli 2020, abgerufen am 19.4.2021 unter <https://www.snb.ch/de/mmr/reference/repo_mb29/source/repo_mb29.de.pdf>, Ziff. 3.2. Vgl. auch Art. 19 und 20 SBüG.

¹¹⁶ Art. 7 Abs. 4 SBüG.

¹¹⁷ Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 und 2 OR.

¹¹⁸ Art. 959a Abs. 3 OR.

¹¹⁹ Vgl. Vorne II.2–II.4.

¹²⁰ *Zihler* (Fn. 19), 15.

¹²¹ Vgl. zur analogen Argumentation bei einem Rangrücktritt: *Lukas Glanzmann*, Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung?, *GesKR* 1/2007, 6–23, 17. A.M. *Zihler* (Fn. 19), 15, der nur die Offenlegung der Tatsache, dass ein Covid-19-Kredit aufgenommen worden ist, im Anhang verlangt; *EXPERTsuisse*, *Ausgewählte Fragen und Antworten zum OR-Rechtslegungsrecht*, Mit letzter Änderung vom 29. Januar 2021, 110, wonach die Darstellung der Covid-19-Kredite in der Bilanz als separate Position oder auch zusammen mit anderen Finanzverbindlichkeiten erfolgen könne.

¹²² So aber *EXPERTsuisse* (Fn. 121), 110 f.

ren kein Mittelverwendungsverbot und Verbindlichkeiten sind nach den Regeln des SchKG zu tilgen.

III. Verantwortlichkeit der Organe

Art. 22 SBüG enthält eine eigene Haftungsnorm, die sich stark an Art. 754 OR anlehnt. Danach haften die formellen, materiellen und faktischen Leitungsorgane sowie die Liquidatoren für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung der Vorgaben gemäss Art. 2 Abs. 2–4 SBüG verursachen. Aktivlegitimiert sind die Gläubiger, Kreditgeberin, Bürgschaftsorganisation und der Bund, nicht jedoch die Gesellschaft selber oder deren Gesellschafter. Da eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2–4 SBüG in den meisten Fällen auch eine Sorgfaltspflichtverletzung gemäss Art. 754 OR sein dürfte,¹²³ wird sich zeigen, ob Art. 22 SBüG bei Kapitalgesellschaften eine eigenständige Bedeutung erlangt.

Eine vorsätzliche Verletzung von Art. 2 Abs. 2–4 SBüG kann auch strafrechtliche Konsequenzen haben. Entsprechende Handlungen sind gemäss Art. 25 Abs. 1 SBüG mit Busse bis zu CHF 100 000 bedroht. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, dass für die Erfüllung des Straftatbestands keine Schädigung der Kreditgeberin, der Bürgschaftsorganisation oder des Bundes erfolgt sein muss.¹²⁴ Weiter ist zu beachten, dass die Erfüllung anderer Tatbestände gemäss Strafrechtsgesetz vorbehalten bleibt.

IV. Pflichten der Revisionsstelle

Das SBüG ändert den gesetzlichen Prüfungsauftrag bei der ordentlichen und eingeschränkten Revision nicht.¹²⁵ Somit muss die Revisionsstelle nicht nachforschen, ob die Kreditnehmerin die Restriktionen gemäss Art. 2 Abs. 2–4 SBüG eingehalten hat.¹²⁶ Hingegen gib es einzelne Prüfungshandlungen, bei denen die Einhaltung des SBüG zu berücksichtigen ist.

Dazu zählen z.B. die Beurteilung der Gesetzmässigkeit des Gewinnverwendungsantrags des Verwaltungsrats¹²⁷ oder der Gültigkeit eines Rangrücktritts¹²⁸. Auch kann die Beurteilung der Fristigkeit von Verbindlichkeiten von der Einhaltung des SBüG abhängen:¹²⁹ Eine Verletzung des SBüG durch die geprüfte Gesellschaft kann dazu führen, dass der Covid-19-Kredit jederzeit kündbar ist; eine Verletzung des SBüG durch einen Darlehensgeber mag dazu führen, dass dieser kein langfristiges Darlehen gewähren konnte.¹³⁰

Art. 23 SBüG auferlegt der Revisionsstelle der Kreditnehmerin zudem besondere Hinweis- und Meldepflichten, obwohl dem Gesetzgeber bewusst war, dass die meisten Kreditnehmerinnen ein Opting-out und damit keine Revisionsstelle haben dürften.¹³¹ Diesbezüglich gilt folgende Kaskade: Stellt die Revisionsstelle im Rahmen der eingeschränkten oder ordentlichen Revision der Jahres- oder Konzernrechnung eine Verletzung einer Vorgabe nach Art. 2 Abs. 2–4 SBüG fest, so muss sie dem Verwaltungsrat eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands setzen.¹³² Dies gilt auch bei der Prüfung eines Zwischenabschlusses (z.B. nach Art. 725 Abs. 2 OR),¹³³ nicht jedoch bei den Prüfungen gemäss FusG.¹³⁴ Sollte der Verwaltungsrat den ordnungsgemässen Zustand nicht innerhalb der angesetzten Frist wiederherstellen, so muss die Revisionsstelle die Generalversammlung informieren.¹³⁵ Diese Informationspflicht entspricht jener gemäss Art. 728c Abs. 2 OR, weshalb ihr im ordentlichen Bericht an die Generalversammlung nachgekommen werden kann.¹³⁶ Nicht erforderlich ist, dass die Revisionsstelle selber eine Generalversammlung einbe-

¹²³ Gl.M. *Jean-Luc Chenaux*, in: Kellerhals Carrard/Bürgschaftsgenossenschaften Schweiz (Hrsg.), Corona-Kredite für KMU, Zürich/Basel/Genf 2021, SBüG 22 N 31.

¹²⁴ *François Micheli*, in: Kellerhals Carrard/Bürgschaftsgenossenschaften Schweiz (Hrsg.), Corona-Kredite für KMU, Zürich/Basel/Genf 2021, SBüG 25 N 95.

¹²⁵ *Thorsten Kleibold/Martin Nay*, Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz, EF 2/2021, 15–21, 18 f.

¹²⁶ *Chenaux* (Fn. 123), SBüG 22 N 11 f.

¹²⁷ Art. 728a Abs. 1 Ziff. 2 und Art. 729a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

¹²⁸ Vgl. dazu vorne II.5. Zur diesbezüglichen Prüfungspflicht vgl. *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 36), § 8 N 145.

¹²⁹ *Kleibold/Nay* (Fn. 125), 19.

¹³⁰ Vgl. vorne II.3.1.

¹³¹ Botschaft (Fn. 13), 8525.

¹³² Art. 23 Abs. 1 Satz 1 SBüG.

¹³³ *Thomas Nösberger*, in: Kellerhals Carrard/Bürgschaftsgenossenschaften Schweiz (Hrsg.), Corona-Kredite für KMU, Zürich/Basel/Genf 2021, SBüG 23 N 19.

¹³⁴ Analog BGer 4A_574/2015 vom 11. April 2016, E. 5, wonach der Umwandlungsprüfer keine Überschuldungsanzeige machen muss.

¹³⁵ Art. 23 Abs. 1 Satz 2 SBüG.

¹³⁶ A.M. *Nösberger* (Fn. 133), SBüG 23 N 28, wonach eine separate Information vorzunehmen ist.

ruft.¹³⁷ Stellt der Verwaltungsrat den ordnungsgemässen Zustand selbst nach der Information der Generalversammlung nicht unverzüglich her, muss die Revisionsstelle schliesslich die zuständige Bürgschaftsorganisation informieren.¹³⁸ Zu beachten ist zudem, dass die Revisionsstelle gegenüber der Bürgschaftsorganisation generell zur Auskunft verpflichtet ist.¹³⁹

Die Bürgschaftsorganisation kann durch eine zugelassene Revisorin¹⁴⁰ überprüfen lassen, ob die Kreditnehmerin bei der Verwendung der Mittel aus dem Covid-19-Kredit die Vorgaben nach Art. 2 Abs. 2–4 SBüG einhält.¹⁴¹ Gemäss Wortlaut der Bestimmung kann also nur die Mittelverwendung geprüft werden, nicht jedoch die generelle Einhaltung von Art. 2 Abs. 2–4 SBüG oder die Erfüllung der Voraussetzungen für die Kreditaufnahme. Verfügt die Kreditnehmerin über eine Revisionsstelle, kann auch diese mit der Prüfung beauftragt werden. Dabei handelt es sich um einen entgeltlichen Auftrag,¹⁴² den die Revisionsstelle auch ablehnen kann. Die entsprechenden Kosten sind grundsätzlich von der Bürgschaftsorganisation zu tragen.¹⁴³ Zu prüfen wäre, ob diese die Kosten aufgrund von Art. 22 SBüG auf die Organe überwälzen könnte.

V. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das SBüG den Kreditnehmern zahlreiche Restriktionen auferlegt, welche die Kompetenzen der Generalversammlung und der Leitungsorgane beschneiden. Zudem auferlegt es der Revisionsstelle neue Pflichten. Weil die gesetzlichen Anordnungen oft unklar sind, erhöht sich nicht nur das zivil- und strafrechtliche Haftungsrisiko der obersten Leitungsorgane, sondern es leidet auch die Rechtssicherheit bei Transaktionen. Damit können sich die Restriktionen auch auf unabhängige Dritte auswirken. Aufgrund der weiten Verbreitung und der achtjährigen Laufzeit der Covid-19-Kredite, dürfte das SBüG für eine beachtliche Zahl von Kapitalgesellschaften noch bis ins Jahr 2028 relevant bleiben.

¹³⁷ *Druey/Druey Just/Glanzmann* (Fn. 36), § 12 N 28. A.M. *Nösberger* (Fn. 133), SBüG 23 N 31.

¹³⁸ Art. 23 Abs. 1 Satz 3 SBüG.

¹³⁹ Art. 11 Abs. 2 SBüG.

¹⁴⁰ Nach Art. 727b OR ist diese Prüfung bei Publikumsgesellschaften von einem staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen und bei übrigen Gesellschaften, die einer ordentlichen Revision unterliegen, von einer zugelassenen Revisionsexpertin durchzuführen.

¹⁴¹ Art. 23 Abs. 2 SBüG.

¹⁴² *Gl.M. Nösberger* (Fn. 133), SBüG 23 N 47; *Kleibold/Nay* (Fn. 125), 21.

¹⁴³ *Nösberger* (Fn. 133), SBüG 23 N 47.