

Hans-Ueli Vogt / Anna Peter*

Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr

Besprechung des Urteils 4A_496/2010 des schweizerischen Bundesgerichts vom 14. Februar 2011

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts
 1. Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr
 2. Verletzung der Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung
 3. Verletzung der Treuepflicht
- III. Bemerkungen
 1. Das Verbot der Einlagerückgewähr
 - 1.1. Das Verbot der Einlagerückgewähr als Element des aktienrechtlichen Kapitalschutzes
 - 1.2. Zu einzelnen Voraussetzungen einer verbotenen Einlagerückgewähr
 - a. Das geschützte Kapital
 - b. Die verbotenen Vermögensdispositionen
 - c. Leistungen an Aktionäre
 - 1.3. Verrechnungsliberierung versus Barliberierung mit anschliessender Tilgung von Schulden
 - a. Gleiche Zielsetzung
 - b. Anwendung der für die Verrechnungsliberierung geltenden Vorschriften auf eine Barliberierung mit anschliessender Tilgung von Schulden?
 - c. Erfordernis der Werthaltigkeit der zur Verrechnung gebrachten Forderung?
 - 1.4. Einlagerückgewähr und «kapitalersetzendes Darlehen»
 2. Weitere aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung
 - 2.1. Handlungspflichten bei Kapitalverlust (Art. 725 Abs. 1 OR)
 - 2.2. Pflicht zur Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR)
 - 2.3. Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger?
 - 2.4. Exkurs: Paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG)
 - 2.5. Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR)

Kernsätze

1. Die Verwendung von Mitteln aus einer Kapitalerhöhung mit Barliberierung zur Erfüllung einer tatsächlich bestehenden, schon vor der Kapitalerhöhung begründeten Forderung eines Gläubigers, der an der Kapitaler-

höhung teilnimmt, verstösst nicht gegen das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR.

2. Nach Auffassung des Bundesgerichts darf eine Gesellschaft, die sich in einer praktisch aussichtslosen wirtschaftlichen Situation befindet, keine Gläubiger bevorzugt befriedigen. War demgegenüber mit einer Fortführung der Gesellschaft zu rechnen, besteht dieses Verbot nicht.

I. Sachverhalt

B. und C. – die der gleichen Familie angehören¹ – waren von Oktober 2000 bis Mai 2001 Mitglieder des Verwaltungsrates der X. AG bzw. der heutigen X. AG in Nachlassliquidation. B. amtierte als Präsident.² Die Mitglieder der Familie von C. und B. hielten 40% der Aktien, wobei C. und B. im Verlauf des Herbsts 2000 die übrigen 60% von einer vormaligen Geschäftspartnerin der X. AG gestützt auf eine Entflechtungsvereinbarung (wieder) übernahmen.³

Spätestens seit Mitte 2000 befand sich die X. AG in finanziellen Schwierigkeiten. Um die Bilanz nicht deponieren zu müssen, erwog der Verwaltungsrat verschiedene Sanierungsmöglichkeiten: In einer früheren Phase wurde diskutiert, dass B. flüssige Mittel (Fr. 3 bis 4 Mio.) einschiesst und die Gläubigerbanken im gleichen Umfang auf ihre Forderungen verzichten; später zog man eine Kapitalerhöhung mit Barliberierung in der Höhe von Fr. 3 Mio. und eine Umwandlung von Forderungen im Umfang von Fr. 400'000.– bis 600'000.– in Aktienkapital in Betracht. Am 17. November 2000 konnte schliesslich eine Einigung mit den Gläubigerbanken erzielt werden: Sie erklärten sich bereit, «gegen» eine Erhöhung des bisherigen Aktienkapitals von Fr. 4'575'000.– mittels Bareinlagen um Fr. 4 Mio. die bestehende Kreditlimite von Fr. 15,4 Mio. auf Fr. 16,4 Mio.

* Dr. Hans-Ueli Vogt, ao. Professor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich; lic. iur. Anna Peter, Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans-Ueli Vogt.

¹ Vgl. das Urteil ZBO.2009.14 des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 13. April 2010, Ergebnis 1a und E. 3c.

² Urteil 4A_496/2010, A.a.

³ Urteil ZBO.2009.14 des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 13. April 2010, Ergebnis 1a.

zu erhöhen. Dabei sollten C. Fr. 0,4 Mio., die von C. beherrschte G. AG Fr. 0,6 Mio. und die H. AG Fr. 3 Mio. als Bareinlagen leisten.⁴

In der Folge wurde die Kapitalerhöhung im Umfang von Fr. 4'161'000.– durchgeführt. Insbesondere leisteten C. und die G. AG ihre Bareinlagen. Am 28. November 2000 wurde die Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen. Daraufhin wurde der X. AG der von den Banken versprochene zusätzliche Kredit von Fr. 1 Mio. ausbezahlt. Am 4. Dezember 2000 überwies die Bank, bei der die Bareinlagen einbezahlt worden waren, den Betrag von Fr. 4'161'000.– auf das Konto der X. AG. Diese überwies am 6. Dezember 2000 dem C. Fr. 406'400.– und der G. AG Fr. 600'000.–. Diese beiden Zahlungen dienten der Erfüllung fälliger Forderungen, welche C. bzw. der G. AG gegenüber der X. AG zustanden und die sie bereits in Betreuung gesetzt hatten.⁵

Die Zahlungen an C. und die G. AG gehörten zu den mit den Gläubigerbanken abgesprochenen Sanierungsmassnahmen. Die Zahlungen wurden offenbar an der Sitzung mit den Banken vom 17. November 2000 vereinbart.⁶ Zuvor wurde indessen, wie erwähnt, die Möglichkeit diskutiert, dass die von C. beherrschte G. AG durch Umwandlung von Forderungen von Fr. 400'000.– bis 600'000.– in Aktienkapital an der Kapitalerhöhung teilnehmen würde.⁷

Die per 31. Dezember 2000 zu Fortführungswerten erstellte Bilanz der X. AG zeigte keine Überschuldung. Doch lag ein hälftiger Kapitalverlust vor. Da die weiteren Sanierungsbemühungen keinen Erfolg zeitigten, musste der X. AG am 18. Oktober 2001 die provisorische und am 14. Dezember 2001 die definitive Nachlassstundung bewilligt werden. Am 12. August 2002 wurde der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung gerichtlich bestätigt.⁸

Mit Verantwortlichkeitsklage vom 19. Januar 2007 verlangte die X. AG in Nachlassliquidation, dass B. und C. (genauer: dessen Willensvollstrecker, da C. in der Zwischenzeit verstorben war)⁹ als ehemalige Organe der X. AG solidarisch zur Zahlung von Fr. 1'006'400.– nebst Zinsen verurteilt werden. Die X. AG in Nachlassliquidation machte geltend, der Verwaltungsrat habe mit den Zahlungen an C. und die G. AG unmittelbar nach der Kapitalerhöhung gegen das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR), die Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 OR) sowie

die Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) verstossen und sich damit gemäss Art. 754 OR haftbar gemacht.¹⁰

II. Erwägungen und Entscheid des Bundesgerichts

1. Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr

Das Bundesgericht stellt das Verbot der Einlagerückgewähr nach Art. 680 Abs. 2 OR¹¹ in einen Zusammenhang mit einem der «wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts», nämlich dem Kapitalschutz.¹² Ihm dienen eine ganze Reihe zwingender Bestimmungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass der Aktiengesellschaft «stets ein Reinvermögen (...)»¹³ mindestens im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven erhalten bleibt (...). Ausser bei der Herabsetzung des Aktienkapitals nach Art. 732 ff. OR ist die Rückzahlung von Aktienkapital an einen Aktionär unzulässig und ein gleichwohl ausbezahlter Betrag muss zurückerstattet werden.¹⁴

Das Bundesgericht hat sich bereits in früheren Urteilen mit der Frage auseinandergesetzt, wie die *Erfüllung von Forderungen von Aktienzeichnern bzw. Gläubigern aus dem Liberierungserlös* im Lichte von Art. 680 Abs. 2 OR zu beurteilen ist.¹⁵ Es hielt dabei fest, dass keine unzulässige Kapitalrückzahlung vorliegt, wenn nicht das vom Aktionär einbezahlte Kapital, sondern sein schon früher der Gesellschaft gewährtes Darlehen zurückbezahlt wird; weil die Darlehensschuld gegenüber dem Aktionär schon vor der Kapitalerhöhung bestanden hat, wird das Grundkapital durch die Begleichung der Schuld nicht in unzulässiger Weise geschwächt.¹⁶ Diese Beurteilung bestätigt nun das Bundesgericht, indem es festhält, dass «in der Erfüllung einer Forderung, welche dem Aktienzeichner bereits vor der Kapitalerhöhung gegenüber der Gesellschaft zustand, keine verbotene Kapitalrückzahlung liegt, selbst wenn die Mittel aus einer Barliberierung stammen. (...) Entscheidend ist mit Blick auf Art. 680 Abs. 2 OR mithin nicht die Art und Weise, wie das Geld an den Aktionär gelangt, sondern dass damit eine reale Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär beglichen wird (...). Erfolgt die Leistung auf eine ausgewiesene (und nicht bloss fiktive) Gesell-

⁴ Urteil 4A_496/2010, A.b.

⁵ Urteil 4A_496/2010, A.c.

⁶ Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.b und E. 3.4.

⁷ Urteil 4A_496/2010, A.b und A.c.

⁸ Urteil 4A_496/2010, A.d.

⁹ Die Klage richtete sich zudem gegen eine weitere Person, deren Verantwortlichkeit vor Bundesgericht jedoch nicht mehr gefordert wurde (vgl. das Urteil 4A_496/2010, C.).

¹⁰ Urteil 4A_496/2010, B.

¹¹ «Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu.»

¹² Urteil 4A_496/2010, E. 2.1.

¹³ Vom Bundesgericht hier irrtümlich definiert als «Aktiven minus Passiven».

¹⁴ Urteil 4A_496/2010, E. 2.1.

¹⁵ BGE 87 II 169 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 14. Februar 1967, Semaine Judiciaire 1969, S. 150 ff.

¹⁶ BGE 87 II 169 E. 7, S. 180, und E. 9c, S. 182.

schaftsschuld hin, wird nicht Eigenkapital zurückerstattet, sondern Fremdkapital zurückbezahlt.¹⁷ Vorliegend wurden mit den Mitteln aus der Barliberierung unbestrittenermassen bestehende Forderungen gegenüber der Gesellschaft erfüllt, sodass kein Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr vorlag.¹⁸

Das Bundesgericht hält überdies fest, dass selbst im Fall der *Rückzahlung eines «kapitalersetzenden Darlehens»* nicht Eigen-, sondern Fremdkapital zurückbezahlt würde, denn das Gericht lehnt, wie es unter Hinweis auf zwei neuere Urteile festhält,¹⁹ eine Umqualifikation von Fremd- in Eigenkapital grundsätzlich ab.²⁰

2. Verletzung der Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung

Die X. AG in Nachlassliquidation machte weiter geltend, dass der Verwaltungsrat mit den Zahlungen an C. und die G. AG angesichts der Nähe zur Überschuldung, in der sich die Gesellschaft damals befunden habe, gegen seine Sanierungspflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 OR) verstossen hatte.²¹ Gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz, des Thurgauer Obergerichts, lagen im Zeitpunkt der Erfüllung der beiden Forderungen (6. Dezember 2000) jedoch Anzeichen für eine positive Entwicklung der Gesellschaft vor, und der Verwaltungsrat durfte ohne Weiteres mit der Fortführung der Gesellschaft rechnen und gar von einer ernsthaften Verbesserung der wirtschaftlichen Lage ausgehen. So sprach ein Bericht eines Beratungsunternehmens vom 3. November 2000 von guten Überlebenschancen, falls weitere Sanierungsprojekte an die Hand genommen würden, und der Finanzchef ging Ende November 2000 davon aus, dass für 2001 eine positive Entwicklung durchaus im Bereich des Möglichen liege. Entgegen der Behauptung der X. AG in Nachlassliquidation lag *keine praktisch aussichtslose wirtschaftliche Situation* vor, welche, wie das Bundesgericht festhält,²² eine Bilanzierung zu Liquidationswerten geboten hätte und in der jede *bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers* eine *Pflichtverletzung* darstellen würde.²³

¹⁷ Urteil 4A_496/2010, E. 2.4. Demgegenüber betrafen, wie das Bundesgericht in E. 2.5 klarstellt, verschiedene Urteile aus seiner strafrechtlichen Rechtsprechung betreffend Gründungs- und Emissionsschwindel Fälle, in denen bloss fiktive Gesellschaftsschulden bezahlt wurden (so die Urteile 6S.213/1998 vom 19. Juni 2000, 6S.96/2002 vom 19. Juni 2002 und 1P.258/2003 vom 19. August 2003).

¹⁸ Urteil 4A_496/2010, E. 2.4.

¹⁹ Urteil 5C.230/2005 des Bundesgerichts vom 2. März 2006, E. 3; Urteil 6B_492/2009 des Bundesgerichts vom 18. Januar 2010, E. 2.3.2.

²⁰ Urteil 4A_496/2010, E. 2.4.

²¹ Urteil 4A_496/2010, E. 3.

²² In Anlehnung an das Urteil 5C.29/2000 des Bundesgerichts vom 19. September 2000, E. 4b/aa.

²³ Urteil 4A_496/2010, E. 3.3.

Desgleichen verneint das Bundesgericht eine Verletzung der *Pflicht des Verwaltungsrates zur Überschuldungsanzeige* im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR, da die X. AG gemäss der zu Fortführungswerten erstellten Bilanz per Ende Dezember 2000 *nicht überschuldet* war.²⁴

3. Verletzung der Treuepflicht

Das Bundesgericht verneint schliesslich auch, dass B. und C. als Mitglieder des Verwaltungsrates mit den Zahlungen an C. und die G. AG eigene Interessen bzw. Interessen der durch C. beherrschten G. AG verfolgt und damit ihre Treuepflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR verletzt hätten. Die Zahlungen gehörten zu den mit den Gläubigerbanken abgesprochenen Sanierungsmassnahmen, sodass nicht ersichtlich sei, inwiefern ein Zuwarthen mit der Erfüllung dieser Forderungen im Gesellschaftsinteresse gelegen hätte.²⁵

III. Bemerkungen

Das Bundesgericht hat sich im hier besprochenen Urteil mit Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 754 OR auseinandergesetzt, die sich auf verschiedene (angebliche) Pflichtverletzungen der beiden ins Recht gefassten ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder der X. AG stützten.

Die Hauptecken betrifft das *Verbot der Einlagerückgewähr* gemäss Art. 680 Abs. 2 OR: Dieses verbietet es der Gesellschaft nicht, im Nachgang zu einer Kapitalerhöhung eine tatsächlich bestehende, schon vor der Kapitalerhöhung begründete Forderung eines Gläubigers, der Aktien gezeichnet hat, zu erfüllen, und zwar auch dann nicht, wenn die für die Schuldtilgung verwendeten Mittel aus den Bareinlagen für die neu gezeichneten Aktien stammen.²⁶ Damit bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung aus dem Jahr 1961 (BGE 87 II 169 ff.). Die Erwägungen des Gerichts geben allerdings zu einigen Bemerkungen Anlass (dazu nachstehend Ziff. 1).

Der Versuch einer finanziellen Sanierung, wie ihn die X. AG unternommen hat, unterliegt verschiedenen *weiteren aktienrechtlichen Rahmenbedingungen*. Die X. AG in Nachlassliquidation hat denn auch nicht nur eine Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr geltend gemacht, sondern sich auch auf Art. 725 OR (Pflichten des Verwaltungsrates bei Kapitalverlust und Überschuldung) und Art. 717 Abs. 1 OR (und dabei im Besonderen die Treuepflicht der Verwaltungsratsmitglieder) berufen, um die Pflichtwidrigkeit des Verhal-

²⁴ Urteil 4A_496/2010, E. 3.3.

²⁵ Urteil 4A_496/2010, E. 3.4.

²⁶ Urteil 4A_496/2010, E. 2.4.

tens von B. und C. zu begründen. Auf einzelne dieser weiteren aktienrechtlichen Rahmenbedingungen einer Unternehmensfinanzierung in der Krise wird nachstehend unter Ziff. 2 eingegangen.

1. Das Verbot der Einlagerückgewähr

1.1. Das Verbot der Einlagerückgewähr als Element des aktienrechtlichen Kapitalschutzes

Nach Art. 680 Abs. 2 OR steht dem Aktionär kein Recht zu, den (für die Liberierung seiner Aktien) eingezahlten Betrag zurückzufordern. Aus dem Ausschluss der Einlagerückforderung haben Rechtsprechung und Lehre ein *Kapitalrückzahlungsverbot*, das Verbot der Einlagerückgewähr für die Gesellschaft, abgeleitet: Sie darf das durch diese Bestimmung geschützte Kapital den Aktionären nicht zurückerstatten, ausser nach Massgabe der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung (Art. 732 ff. OR).²⁷

Der *Zweck* dieses Verbots ist hauptsächlich der Schutz des Vermögens der Gesellschaft; ergänzend dazu dient es auch der Durchsetzung der Beitragspflicht der Aktionäre.²⁸ Der *Kapitalschutz*, mit dem der Schutz des Vermögens gewährleistet wird, ist, wie das Bundesgericht sagt, eines der wichtigsten aktienrechtlichen Prinzipien.²⁹ Gemeint ist mit dem Kapitalschutz im Wesentlichen zweierlei: Die Gesellschaft soll bei der Gründung und bei jeder Kapitalerhöhung über Vermögen im Umfang ihres Aktienkapitals³⁰ verfügen (*Kapitalaufbringung*); und ihr soll das Vermögen erhalten bleiben, über das sie aufgrund der Vorschriften über das Aktienkapital, über die Bildung von Reserven und die Bewertung von Gesellschaftsvermögen verfügt bzw. verfügen muss (*Kapitalerhaltung*). Der Kapitalschutz bezweckt somit die Aufbringung und den Erhalt von Vermögen in einem bestimmten Umfang; dieser wird im Kern durch das Aktienkapital und darüber hinaus durch weitere Posten auf der Passivseite der Bilanz festgelegt.³¹ Der Kapitalschutz dient den *Gläubigern*, indem er ein Haftungssubstrat im gebotenen Umfang gewährleisten soll. Er dient aber auch der *Gesellschaft* und den *Aktionären*

(insbesondere den Minderheitsaktionären), indem er sie vor Vermögensentnahmen durch einzelne Aktionäre (namentlich die Mehrheitsaktionäre) oder durch die mit der Geschäftsführung betrauten Personen bewahren soll.³²

Dass das Verbot der Einlagerückgewähr dem Kapitalschutz dient, bedeutet nicht, dass es diesen umfassend gewährleisten würde (oder dass es dies tun sollte und das Verbot darum entsprechend auszulegen wäre). Der Anwendungsbereich des Verbots ist vielmehr aufgrund verschiedener Tatbestandsvoraussetzungen beschränkt; das Verbot der Einlagerückgewähr gewährleistet nur einen *teilweisen Kapitalschutz*. Der aktienrechtliche Kapitalschutz ergibt sich aus einem System und dem Zusammenspiel einer ganzen Reihe von Normen.³³ Gleichwohl ist das Verbot der Einlagerückgewähr die *Fundamentalnorm im aktienrechtlichen System des Kapitalschutzes*, indem es schlicht besagt, dass das vom Aktionär eingebrachte Vermögen³⁴ ihm nicht zurückerstattet werden darf, sondern der Gesellschaft gehört (und darum auch nicht dem Zugriff der Privatgläubiger des Aktionärs unterliegt). Die einzige Ausnahme bildet die Rückzahlung im Rahmen einer Kapitalherabsetzung.

Die wichtigsten Tatbestandsvoraussetzungen und damit Beschränkungen des Rückgewährverbots betreffen das durch die Norm geschützte Kapital, die vom Verbot erfassten Vermögensdispositionen und den Kreis der Empfänger von zurückbezahltem Kapital. Auf diese Aspekte des Verbots der Einlagerückgewähr wird nachfolgend eingegangen.³⁵

1.2. Zu einzelnen Voraussetzungen einer verbotenen Einlagerückgewähr

a. Das geschützte Kapital

Das Verbot der Einlagerückgewähr erfasst den *«eingezahlten Betrag»* (Art. 680 Abs. 2 OR). Was damit gemeint ist, ist im Einzelnen umstritten. Sicherlich geschützt ist das gesamte *Nennkapital*, bestehend aus dem Aktienkapital und, falls vorhanden, dem Partizipationskapital^{36,37}. Uneinigkeit besteht mit Bezug auf ein allfälliges *Agio*. Es ist dem Wortlaut nach zwar ein *«eingezahlter Betrag»*. Das Gesetz stellt für das Agio jedoch eine abweichende Regelung bezüglich seiner

²⁷ Siehe zum Ganzen BGE 65 I 147, S. 149; BGE 87 II 169 E. 9b, S. 181; Urteil 4A_496/2010, E. 2.1; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 107; PETER KURER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, 3. Aufl., Basel 2008 («BSK OR II»), Art. 680 N 17; TOBIAS MEYER, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz, Diss. Zürich 2009 (= SSHW Band 282), 70 ff.

²⁸ Siehe BSK OR II-KURER (FN 27), Art. 680 N 2 und 15.

²⁹ Urteil 4A_496/2010, E. 2.1; BGE 132 III 668 E. 3.2, S. 673.

³⁰ Und eines allfälligen Partizipationskapitals, siehe Art. 656a Abs. 2 OR.

³¹ Siehe zum Ganzen PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 1 N 168 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 27), § 1 N 38 ff., § 50 N 2 ff.

³² BÖCKLI (FN 31), § 1 N 174, 215, 254; MEYER (FN 27), 39 ff.

³³ Siehe z.B. die Aufzählung bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 27), § 50 N 2.

³⁴ Siehe zu dem durch das Rückgewährsverbot geschützten Kapital hinten III.1.2a.

³⁵ Nicht eingegangen wird hier auf die Frage nach den Rechtsfolgen eines Verstosses gegen Art. 680 Abs. 2 OR (vgl. hierzu BGE 109 II 128 E. 2, S. 129; BÖCKLI [FN 31], § 1 N 331; BSK OR II-KURER [FN 27], Art. 680 N 25 ff.: Aufleben der Liberierungspflicht).

³⁶ Siehe zu ihm Art. 656a Abs. 2 OR.

³⁷ BSK OR II-KURER (FN 27), Art. 680 N 18.

Verwendung auf und unterstellt es nicht einem generellen Rückgewährsverbot. Das Gesetz hält vielmehr fest, dass das Agio der allgemeinen Reserve zuzuweisen ist,³⁸ sodass die für die allgemeine Reserve geltende Ordnung zur Anwendung kommt: eingeschränkte Verwendbarkeit, soweit die allgemeine Reserve die Hälfte des Aktienkapitals nicht übersteigt,³⁹ darüber hinaus uneingeschränkte Verwendbarkeit (soweit nicht andere Schranken greifen). Neben dieser Regelung über die bilanzielle Behandlung und die Verwendung des Agios bleibt unseres Erachtens kein Raum für eine Auslegung, nach der das Verbot der Einlagerückgewähr auch das Agio erfassen würde.^{40, 41, 42, 43}

Ein Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr setzt voraus, dass mit einer unzulässigen Vermögensdisposition *tatsächlich ins geschützte Kapital eingegriffen* wird. Das ist nicht der Fall, wenn die Gesellschaft im fraglichen Zeitpunkt über genügend nicht geschütztes Kapital verfügt. Eine virtuelle, rein rechnerische Rückgewähr aus dem geschützten Kapital wird nicht vom Verbot erfasst. Es genügt mit anderen Worten nicht, dass eine Leistung der Gesellschaft an einen Aktionär mit dessen zuvor erbrachten Einlageleistung derart zusammenhängt, dass die Leistung der Gesellschaft als Kapitalrückzahlung erscheint (ein Sachverhalt, der an sich auch bei einer Gesellschaft mit genügend frei

verwendbarem Vermögen denkbar ist); die Gesellschaft muss sich in einer finanziellen Situation befinden, in der ihre Leistung an den Aktionär tatsächlich geschütztes Kapital beansprucht. Tut sie das nicht, wird die Leistung an den Aktionär von anderen Normen, namentlich von Art. 678 OR, erfasst.⁴⁴

b. Die verbotenen Vermögensdispositionen

Das Verbot der Einlagerückgewähr erfasst nicht nur eigentliche Kapitalrückzahlungen, sondern jede Vermögensdisposition, die indirekt, *bei wirtschaftlicher Betrachtung, einer Kapitalrückgewähr gleichkommt*.⁴⁵ So kann ein Darlehen an einen Aktionär eine verbotene Einlagerückgewähr darstellen, wenn das Darlehen nicht durch frei verwendbares Eigenkapital gedeckt ist.⁴⁶ Auch der Erwerb eigener Aktien über die in Art. 659 OR gesetzten Grenzen hinaus kann auf eine Kapitalrückgewähr hinauslaufen, sofern der Erwerb zu Lasten des geschützten Kapitals erfolgt.⁴⁷ Ein Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr liegt sodann vor, wenn ein Aktionär für die Liberierung von Aktien ein kurzfristiges Darlehen aufnimmt und die Gesellschaft ihm den entsprechenden Betrag für die Rückzahlung des Darlehens nach erfolgter Liberierung wieder überweist⁴⁸ oder den Gläubiger direkt befriedigt.⁴⁹ Die wirtschaftliche Betrachtung der verschiedenen Transaktionen bedeutet, dass im *Einzelfall* entschieden werden muss, ob ein Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr vorliegt oder nicht.

Hier schlägt das vorliegend besprochene Urteil einen Pflock ein: *Die Erfüllung einer tatsächlich bestehenden, schon vor der Kapitalerhöhung begründeten Forderung eines Gläubigers, der sich an der Kapitalerhöhung beteiligt hat, bedeutet keine Rückgewähr des einbezahlten Betrages*, auch wenn die Forderung mit Mitteln erfüllt wird, welche die Gesellschaft zuvor aufgrund der Kapitalerhöhung von diesem Gläubiger erhalten hat.⁵⁰ Der tatsächliche Bestand einer Schuld lässt es nicht zu, eine unter diesem Titel erfolgende Vermögensverschiebung an einen Gläubiger (und Aktionär) als Rückzahlung von Eigenkapital zu qualifizieren. Das Bundesgericht begründet seinen Standpunkt mit der *Unterscheidung zwischen Fremd- und Eigenkapital* bzw. *zwischen der Gläubiger- und der Aktionärserschaft*, die durchaus in einer Person vereinigt sein können; «auch Forderung

³⁸ Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

³⁹ Art. 671 Abs. 3 OR.

⁴⁰ Im Ergebnis wie hier BSK OR II-KURER (FN 27), Art. 675 N 19 und Art. 680 N 19; LUKAS GLANZMANN, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen 1996 (= SSPHW Band 45), 73 ff.; MEYER (FN 27), 71 f.; für einen Schutz des Agios im Rahmen des Verbots der Einlagerückgewähr hingegen BÖCKLI (FN 31), § 1 N 178 und § 12 N 526.

⁴¹ Zu beantworten bleibt die Frage, wie und wann die in Art. 671 Abs. 2 OR erwähnte «Zuweisung» zur allgemeinen Reserve erfolgt: *ipso iure* mit der Verbuchung des Agios in der Buchhaltung der Gesellschaft (wobei sich dann weiter fragt, wann dies der Fall ist), «automatisch» (durch konkludenten, impliziten Beschluss oder *ipso iure*) mit der Abnahme der betreffenden Jahresrechnung durch die Generalversammlung oder durch einen entsprechenden ausdrücklichen Beschluss der Gesellschaft.

⁴² Die Streitfrage betreffend die Verwendbarkeit des Agios soll im Rahmen der Aktienrechtsrevision geklärt werden: Eine Ausschüttung an die Aktionäre aus der «gesetzlichen Kapitalreserve», der das Agio zuzuweisen sein wird, soll gemäss dem bundesrätlichen Entwurf (Entwurf zum Obligationenrecht [Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht] vom 21. Dezember 2007, BBl 2008, 1751 ff., im Folgenden: «E-OR») untersagt sein (vgl. Art. 671 E-OR), gemäss dem Beschluss des Ständerates soll eine Ausschüttung allerdings weiterhin zulässig (AB 2009 S 647 ff., 718), nach der Vorstellung der Rechtskommission des Nationalrates indessen wiederum verboten sein (Medienmitteilung der Rechtskommission des Nationalrates vom 26. März 2010).

⁴³ Die hier angesprochene Streitfrage betreffend die Verwendung des Agios steht im Zentrum eines vor dem Zürcher Handelsgericht hängigen Verfahrens. Der erstgenannte Autor des vorliegenden Beitrags wirkt bei der Vertretung der einen Verfahrenspartei am Rande mit.

⁴⁴ Siehe zum Ganzen auch BSK OR II-KURER (FN 27), Art. 680 N 29; ROGER DÜRR, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Diss. Zürich 2005 (= SSHW Band 245), § 5 N 23.

⁴⁵ BSK OR II-KURER (FN 27), Art. 680 N 22.

⁴⁶ Siehe hierzu im Einzelnen GLANZMANN (FN 40), 93 ff.

⁴⁷ BÖCKLI (FN 31), § 4 N 222; BSK OR II-KURER (FN 27), Art. 680 N 24.

⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 14. Februar 1967, Semaine Judiciaire 1969, S. 150 ff., E. 2., S. 154.

⁴⁹ Siehe zum letzteren Fall BGE 109 II 128 E. 2, S. 129.

⁵⁰ Urteil 4A_496/2010, E. 2.4.

gen von Aktionären gegenüber der eigenen AG sind als Fremdkapital zu behandeln und – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – von der AG entsprechend zu erfüllen».⁵¹

Die rechtlichen Ausführungen des Bundesgerichts sind vor dem Hintergrund des *konkret beurteilten Sachverhalts* bemerkenswert. Dies, weil zahlreiche Umstände gegeben waren, die man im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtung als Hinweise auf eine verbotene Kapitalrückgewähr hätte würdigen können; und dennoch sah das Bundesgericht in der Erfüllung der bestehenden Forderungen keinen Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr. So spricht erstens selbst ein offensichtlicher, enger zeitlicher Zusammenhang – Überweisung des einbezahlten Geldes auf das Konto der Gesellschaft am 4. Dezember, Auszahlung an die beiden Gläubiger am 6. Dezember – nicht für eine verbotene Kapitalrückgewähr. Zweitens tut dies auch die Tatsache nicht, dass die Gläubiger, deren Forderungen erfüllt werden, die gleichen Personen sind wie die Aktionäre, die zuvor die neuen Aktien libertiert haben.⁵² Drittens spricht auch ein enger quantitativer Zusammenhang nicht für eine verbotene Kapitalrückgewähr; die Gläubiger zeichneten Aktien genau im Umfang ihrer Forderungen gegenüber der Gesellschaft bzw. die Gesellschaft erfüllte ihre Forderungen im gesamten Umfang des von ihnen gezeichneten und einbezahlten Kapitals. Und viertens bedeutet auch ein enger funktionaler Zusammenhang zwischen den Bareinlagen im Rahmen der Kapitalerhöhung und der Erfüllung der Forderungen durch die Gesellschaft nicht, dass wirtschaftlich betrachtet eine Kapitalrückgewähr vorliegt: Die Beteiligung der Gläubiger an der Kapitalerhöhung erfolgte im Hinblick darauf, dass im entsprechenden Umfang Fremdkapital abgebaut wird, ihre Forderungen erfüllt und die Banken zur Erhöhung der Kreditlimite bewegt werden; ohne die Kapitalerhöhung wären die Forderungen zum fraglichen Zeitpunkt wohl nicht erfüllt worden.⁵³ Trotz des engen zeitlichen, persönlichen, quantitativen und funktionalen Zusammenhangs zwischen der Leistung der Bareinlagen und

der Erfüllung der Forderungen liegt nach Auffassung des Bundesgerichts kein Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr vor.

Was die *Forderung* betrifft, welche die Gesellschaft mit ihrer Zahlung erfüllt, kommt es *nicht* darauf an, ob sie *fällig* war oder gar schon *in Betreibung gesetzt* wurde. Zwar traf *in casu* beides zu.⁵⁴ In seiner zentralen Erwägung zum Zweck und Anwendungsbereich von Art. 680 Abs. 2 OR betont das Bundesgericht hingegen lediglich, dass die Forderung dem Aktienzeichner zugestanden haben muss, dass mit der Geldleistung eine «reale Schuld», eine «ausgewiesene (und nicht bloss fiktive) Gesellschaftsschuld» getilgt worden sein muss.⁵⁵ Das ist konsequent: Wenn Vermögensverschiebungen zu Lasten der Gesellschaft im Lichte von Art. 680 Abs. 2 OR im Wesentlichen danach unterschieden werden, ob sie aus dem Eigen- oder dem Fremdkapital erfolgen (wobei nur im ersteren Fall ein Verstoss gegen das Rückgewährsverbot in Frage kommt), so ist die Fälligkeit der erfüllten Forderung gleichgültig; der betreffende Betrag fliesst früher oder später aus dem Fremdkapital der Gesellschaft ab, nicht aus dem Eigenkapital.⁵⁶

Unterliegen die Geschäftsführungsorgane bei der Erfüllung tatsächlich bestehender Forderungen einem *Interessenkonflikt* – namentlich, weil sie selber (oder ihnen nahe stehende Personen) die Gläubiger der betreffenden Forderungen sind –, so ändert dies nichts daran, dass die Leistung der Gesellschaft als Erfüllung einer Forderung und nicht als Rückgewähr der Einlage beurteilt wird. Das macht das Bundesgericht *in casu* indirekt deutlich, indem es den Vorwurf, B. und C. hätten in einem Interessenkonflikt gehandelt, im Zusammenhang mit dem Verbot der Einlagerückgewähr gar nicht erst thematisiert und ihn sodann im Lichte von Art. 717 Abs. 1 OR als unbegründet beurteilt.⁵⁷ Die Privilegierung von der Gesellschaft nahe stehenden Gläubigern liegt ausserhalb des Verbotsgehalts von Art. 680 Abs. 2 OR und wird unter bestimmten Voraussetzungen vielmehr durch andere Normen sanktioniert.⁵⁸

c. Leistungen an Aktionäre

Das Verbot der Einlagerückgewähr erfasst nur Leistungen an Aktionäre (oder an diesen nahe stehende Personen). Das kommt zwar bereits in der Umschreibung der erfassten Vermögensdispositionen zum Ausdruck.⁵⁹ Dennoch ist diese Einschränkung des Anwendungsbereichs erwähnenswert, weil sie deutlich macht, dass Art. 680 Abs. 2 OR im System des aktienrechtlichen

⁵¹ Urteil 4A_496/2010, E. 2.4.

⁵² Siehe hierzu auch hinten III.1.2c.

⁵³ Das bringt das Bundesgericht indirekt zum Ausdruck, wenn es sagt, dass selbst dann keine verbotene Einlagerückgewähr vorliegt, «wenn die Mittel aus einer Barliberierung stammen» (Urteil 4A_496/2010, E. 2.4). Rechtlich bedeutet dies, dass die Gesellschaft ohne die Barliberierung nicht über genügend flüssige Mittel verfügt hätte, um die Schulden zu begleichen, oder ihre flüssigen Mittel jedenfalls anders verwenden wollte bzw. im Rahmen ihrer Sanierung anders verwenden musste. – Gegen den hier beschriebenen funktionalen Zusammenhang zwischen der Leistung der Bareinlagen und der Erfüllung der Forderungen spricht in gewisser Weise die Tatsache, dass die Kreditlimite der Banken im Rahmen der Sanierung um Fr. 1 Mio. erhöht wurde, also ebenfalls um jenen Betrag, der für die Erfüllung der Forderungen notwendig war. Das lässt die Deutung zu, dass die Mittel zur Erfüllung der Forderungen nicht aus der Barliberierung, sondern dem zusätzlich gewährten Kredit stammten.

⁵⁴ Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.c.

⁵⁵ Urteil 4A_496/2010, E. 2.4.

⁵⁶ Siehe BGE 87 II 169 E. 7, S. 180.

⁵⁷ Siehe das Urteil 4A_496/2010, E. 2.4 und 3.4.

⁵⁸ Siehe dazu hinten III.2.

⁵⁹ Siehe dazu vorn III.1.2b.

Kapitalschutzes zwar zentral ist, die wichtige Kategorie der Vermögensverschiebungen zu Gunsten von *Gläubigern* aber *nicht* erfasst. Hier kommt der doppelte Zweck des Verbots der Einlagerückgewähr zum Ausdruck.⁶⁰ Es schützt zum einen die Gläubiger hinsichtlich ihrer Ansprüche gegenüber der Gesellschaft; das würde dafür sprechen, dass unter bestimmten Voraussetzungen Leistungen an Gläubiger durch eine Verbotsnorm ähnlich dem Rückgewährsverbot untersagt sein sollten, ist es aus der Sicht der übrigen Gläubiger doch gleichgültig, *wer* die unrechtmässig dem Gesellschaftsvermögen und damit ihrem Haftungssubstrat entnommenen Mittel erhält. Das Verbot der Einlagerückgewähr schützt zum andern aber zusätzlich immer auch die Gesellschaft und die Aktionäre vor unrechtmässigen Vermögensentnahmen durch einzelne Aktionäre oder durch Geschäftsführungsorgane; aufgrund dieses zusätzlichen, spezifischen Zwecks erfasst das Verbot der Einlagerückgewähr nur Vermögensverschiebungen zu Gunsten der Aktionäre.

Das gilt auch im Kontext einer *Kapitalerhöhung mit Barliberierung und anschliessender Tilgung von Gesellschaftsschulden*. Art. 680 Abs. 2 OR verbietet von vornherein ohnehin nicht, dass die aus der Kapitalerhöhung erlangten Mittel zur Tilgung von Schulden gegenüber Gläubigern verwendet werden, die *nicht* an der Kapitalerhöhung teilgenommen haben und auch sonst *nicht* Aktionäre sind. Das Verbot der Einlagerückgewähr verbietet aber auch nicht, dass die Mittel zu Personen fliessen, die an der Kapitalerhöhung teilgenommen haben und Aktionäre sind, wenn diese Personen die Zahlungen unter dem Rechtstitel der Erfüllung einer Forderung und damit in ihrer Eigenschaft als Gläubiger erhalten. Hier zeigt sich, dass das Verbot der Einlagerückgewähr nur einen teilweisen Schutz des Kapitals gewährleistet; es gewährleistet den Erhalt des gegen aussen kundgegebenen Haftungssubstrats nicht, weil es nur Vermögensdispositionen zu Gunsten von Aktionären erfasst.⁶¹ Vermögensdispositionen zu Gunsten von Gläubigern sind durch andere Normen geregelt, vor allem durch Normen, die an eine finanzielle Schiefelage der Gesellschaft anknüpfen, wie Art. 725 OR und die Tatbestände der paulianischen Anfechtung gemäss Art. 287 und 288 SchKG, aber auch durch Art. 717 Abs. 1 OR, soweit Gläubigerinteressen für die Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses bedeutsam sind.⁶²

1.3 Verrechnungsliberierung versus Barliberierung mit anschliessender Tilgung von Schulden

a. Gleiche Zielsetzung

Im vorliegenden Fall war das unmittelbare Ziel der *Kapitalerhöhung* unter anderem, C. und der von ihm beherrschten G. AG mittels einer *Barliberierung* die anschliessende Erfüllung ihrer Forderungen zu sichern, womit sie zum Abbau der Gesellschaftsschulden beitragen würden. Gleichzeitig sollten sie (weiterhin) einen gesamthaft gesehen bedeutenden Anteil am Aktienkapital halten, jedoch ohne letztlich selber neue Mittel in die Gesellschaft einschiessen zu müssen. Damit verbunden war es auch ein Ziel des Sanierungskonzepts, die weitere Unterstützung durch die Gläubigerbanken zu sichern. Unmittelbar ging es hierbei wohl darum, dass die Banken als Darlehen den Betrag beisteuern würden, der es der Gesellschaft erlaubte, die Forderungen von C. und der G. AG zu erfüllen und gleichzeitig über zusätzliche Mittel in der Höhe von Fr. 1 Mio. zu verfügen. Mit der Zeichnung von neuem Aktienkapital wurde den Banken sodann ein «Versprechen» für den Einsatz für einen längerfristigen Erfolg der Gesellschaft abgegeben.

Die Ziele der Kapitalerhöhung hätten, was die Teilnahme von C. und der G. AG betrifft, auch durch eine *Kapitalerhöhung mit Liberierung durch Verrechnung* erreicht werden können.⁶³ Die Leistung einer Bareinlage durch einen Aktienzeichner und die anschliessende Erfüllung einer Forderung des Aktienzeichners durch die Gesellschaft sind ein Hin und Her, welches das Institut der Verrechnung zu vermeiden ermöglicht; zwischen der Gesellschaft mit ihrer Forderung auf Leistung der Bareinlage und dem Aktienzeichner mit seiner Forderung als Gesellschaftsgläubiger besteht eine Verrechnungslage. Das führt zur Frage, ob die im vorliegenden Fall geleisteten Zahlungen nicht allenfalls deshalb aus rechtlicher Sicht problematisch waren, weil mit ihnen die *Vorschriften über die Verrechnungsliberierung umgangen* wurden.⁶⁴ Zuerst war denn auch eine Verrechnungsliberierung diskutiert worden, ein solches Vorgehen wurde dann aber zu Gunsten einer Barlibe-

⁶⁰ Siehe zum Zweck des Verbots der Einlagerückgewähr vorn III.1.1.

⁶¹ Siehe auch vorn III.1.1.

⁶² Siehe zu den hier angesprochenen Normen nachstehend III.2.

⁶³ Diesen Weg haben die Parteien vermutlich wegen der Rechtsunsicherheit nicht gewählt, die hinsichtlich der Frage besteht, ob die vom Aktienzeichner zur Verrechnung gebrachte Forderung werthaltig sein muss; siehe hierzu hinten III.1.3c.

⁶⁴ Denkbar wäre auch die Annahme einer Simulation (Art. 18 Abs. 1 OR). Eine solche hat *in casu* wohl aber nicht vorgelegen (vgl. zu dieser Frage auch BGE 87 II 169 E. 3, S. 173 ff.). – In BGE 87 II 169 ff. liess das Bundesgericht die Frage offen, ob es für die Annahme einer Gesetzesumgehung (Umgehung der Vorschriften über die Verrechnungsliberierung) auf eine Umgehungsabsicht der Parteien ankomme; denn eine Gesetzesumgehung liege ohnehin nur dann vor, wenn die betreffenden Vorschriften auf den von den Parteien angestrebten Erfolg anwendbar seien (E. 4, S. 176), was das Gericht verneinte (E. 5, S. 177 f., und E. 7, S. 179 ff.).

rierung mit anschliessender Erfüllung der Forderungen verworfen.⁶⁵

b. Anwendung der für die Verrechnungsliberierung geltenden Vorschriften auf eine Barliberierung mit anschliessender Tilgung von Schulden?

Die Liberierung durch Verrechnung mit einer Forderung gegenüber der Gesellschaft ist *zulässig*.⁶⁶ Dabei untermauert gerade die Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die Verwendung von Barmitteln aus einer Kapitalerhöhung zum Zweck der Erfüllung einer Forderung des Aktienzeichners gegenüber der Gesellschaft keine Kapitalrückgewähr darstellt: Wenn das Gesetz anerkennt, dass es Formen der Kapitalerhöhung ohne Mittelzufluss gibt⁶⁷ und dass die Liberierungsschuld durch Verrechnung getilgt werden kann, muss es grundsätzlich auch zulässig sein, die in die Gesellschaft eingebrachten Mittel sogleich zur Erfüllung einer Forderung des Aktienzeichners zu verwenden.⁶⁸ Allein, für den «abgekürzten» Vorgang der Verrechnung verlangt das Gesetz, dass bestimmte Vorschriften eingehalten werden. Gelten diese auch, wenn man den «Umweg» – Einzahlung, dann Auszahlung – nimmt?⁶⁹

Eine Liberierung durch Verrechnung setzt voraus, dass die vom Aktienzeichner zur Verrechnung gebrachte *Forderung* tatsächlich *besteht* und dass sie mit der Liberierungsforderung der Gesellschaft *verrechenbar* ist.⁷⁰ Die erste Voraussetzung muss auch im Fall einer Barliberierung mit anschliessender Tilgung von Schulden gegenüber dem die Aktien zeichnenden Gläubiger erfüllt sein: Wie gesehen stellt dieser Vorgang dann keine verbotene Kapitalrückgewähr dar, wenn die Forderung des Gläubigers tatsächlich bestanden hat.⁷¹ Die Voraussetzungen der Verrechenbarkeit – Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen⁷² – sind demge-

genüber auf einen Vorgang, der keine Verrechnung im technischen Sinn ist, von vornherein nicht anwendbar. Mit Blick auf die materiellen Voraussetzungen einer Verrechnungsliberierung stellt die Verwendung von Barmitteln aus einer Kapitalerhöhung zum Zweck der Erfüllung einer Forderung des Aktienzeichners somit keine Gesetzesumgehung dar, weil für den «Umweg» die gleichen Regeln gelten wie für die «Abkürzung».

Das Gesetz stellt für die Verrechnungsliberierung jedoch auch *Publizitätsvorschriften* auf: Aus dem Handelsregistereintrag muss der «Verrechnungstatbestand» hervorgehen, mit der Angabe des Betrages der zur Verrechnung gebrachten Forderung und der dafür ausgegebenen Aktien.⁷³ Zudem will das Gesetz dafür sorgen, dass die zur Verrechnung gebrachte Forderung tatsächlich bestanden hat und die beiden Forderungen verrechenbar waren: Der *Verwaltungsrat* muss diese Voraussetzungen im Kapitalerhöhungsbericht *bestätigen*,⁷⁴ und seine Angaben werden von einem *zugelassenen Revisor geprüft*, der gegebenenfalls deren Vollständigkeit und Richtigkeit *bestätigt*.⁷⁵ Die Publizität und die (beschränkte) Richtigkeitsgewähr bestehen im Fall einer Bareinlage mit anschliessender Tilgung von Schulden nicht. Im Gegenteil bringt das Handelsregister in diesem Fall das erhöhte Aktienkapital und die darauf geleisteten Einlagen zum Ausdruck;⁷⁶ keine Rede davon, dass diese Vermögenswerte kurze Zeit später schon nicht mehr vorhanden sind. Der Verwaltungsrat braucht darüber im Kapitalerhöhungsbericht auch keine Rechenschaft abzulegen,⁷⁷ und der ganze Vorgang wird folglich auch nicht von einem Revisor geprüft. Die Publizitätsvorschriften und die Vorschriften, die eine Richtigkeitsgewähr bezwecken, sind somit nach ihrem *Wortlaut* auf den einer Verrechnungsliberierung gleichwertigen Vorgang der Barliberierung mit anschliessender Tilgung von Gesellschaftsschulden *nicht anwendbar*, obwohl der Kapitalschutz, dem diese Vorschriften dienen, ebenfalls tangiert ist. Indes fragt sich, ob die genannten Vorschriften nicht aufgrund ihres *Kapitalschutzzwecks* auch auf den Fall einer Barliberierung mit anschliessender Tilgung von Schulden *anzuwenden* seien; mit gegebenenfalls der Konsequenz, dass der angestrebte Erfolg, nämlich die Teilnahme an einer Kapitalerhöhung im Rahmen einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, nicht ohne Beachtung der einschlägigen Vorschriften eintreten darf, gleichgültig,

⁶⁵ Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.b.

⁶⁶ Siehe Art. 652e Ziff. 2 OR.

⁶⁷ Nebst der Kapitalerhöhung durch Verrechnungsliberierung gibt es diejenige durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital (Art. 652d OR).

⁶⁸ BGE 87 II 169 E. 5, S. 178.

⁶⁹ Vgl. zu dieser Frage – die das Bundesgericht im vorliegenden Urteil nicht anspricht – bereits BGE 87 II 169 E. 4, S. 175 f.: Die Konkursmasse hatte in jenem gleich gelagerten Fall geltend gemacht, beim Vorgehen der Parteien habe es sich um einen «rechtsgeschäftlichen Schleichweg» gehandelt. Die Vorinstanz hielt indessen fest, beide denkbaren Vorgehensweisen seien an sich erlaubt, doch seien für die Variante der Verrechnung besondere Vorschriften einzuhalten, womit «kein Zielverbot, sondern lediglich ein Wegverbot» vorliege (siehe zu diesem Bundesgerichtsurteil auch nachstehend FN 78).

⁷⁰ Art. 652e Ziff. 2 OR.

⁷¹ Siehe vorn III.1.2b.

⁷² Fälligkeit der Forderungen wird bei der Verrechnungsliberierung (anders als gemäss Art. 120 Abs. 1 OR) auch für die Verrechnungsforderung nicht vorausgesetzt, weil die Verrechnung ohnehin auf der Basis einer vertraglichen Vereinbarung erfolgt (siehe LUKAS GLANZMANN, Die Schranken der Liberierung durch Ver-

rechnung nach schweizerischem Aktienrecht, ZSR 1999 I, 221 ff., 225; BSK OR II-ZINDEL/ISLER [FN 27], Art. 652e N 5; Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., 858).

⁷³ Art. 48 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 2 lit. c HRegV.

⁷⁴ Art. 652e Ziff. 2 OR.

⁷⁵ Art. 652f OR.

⁷⁶ Art. 48 lit. c und d HRegV.

⁷⁷ Siehe Art. 652e OR.

ob man den «Umweg» nimmt oder die «Abkürzung» geht.⁷⁸

Der Zweck der handelsregisterlichen Publizität einer Verrechnungsliberierung ist es zu verhindern, «dass die Liberierungsschuld eines Aktienzeichners durch Verrechnung mit zweifelhaften oder gar vorgetäuschten Ansprüchen gegenüber der AG getilgt und auf diese Weise das Aktienkapital geschwächt wird»; es soll «den Handelsregisterbehörden und weiteren Interessenten ermöglicht werden, sich über die Rechtmässigkeit der erfolgten Verrechnung Klarheit zu verschaffen»; die Publizität hinsichtlich der zur Verrechnung gebrachten Forderung hat den Zweck, «Interessenten wissen zu lassen, dass ein bestimmter Teil des Grundkapitals nicht bar einbezahlt wurde».⁷⁹ Angesichts dieses Regelungszwecks entschied das Bundesgericht in BGE 87 II 169 ff., dass die handelsregisterrechtlichen Publizitätsvorschriften über die Verrechnungsliberierung im Fall einer Barliberierung mit anschliessender Tilgung einer Schuld gegenüber dem Aktienzeichner *nicht sinngemäss anzuwenden* seien, weil es hier nicht zutrifft, dass ein Teil des Grundkapitals nicht bar liberiert und das Grundkapital nicht in unzulässiger Weise geschwächt werde.⁸⁰ Dieser Standpunkt ist jedenfalls aus heutiger Sicht *fragwürdig*. Das Gesetz unterwirft nach geltendem Recht die von der Gesellschaft vorzunehmende Einschätzung, ob die zur Verrechnung gebrachte Forderung tatsächlich besteht und ob sie mit der Liberierungsforderung verrechenbar ist, einer *qualifizierten Rechenschaft, Prüfung und Publizität*: Rechenschaft durch den

Verwaltungsrat im Kapitalerhöhungsbericht,⁸¹ eine daran anknüpfende Prüfung durch einen zugelassenen Revisor,⁸² eine (beschränkte) Prüfung durch den Handelsregisterführer⁸³ und die handelsregisterliche Publizität des Verrechnungstatbestandes.⁸⁴ Diese Regelungen sind im Kontext der strengen aktienrechtlichen Kapitalaufbringungs Vorschriften zu sehen. Bezüglich der Kapitalerhaltung ist der Kapitalschutz weniger streng; offensichtlich kann das Aktienrecht nicht jede Vermögensdisposition der Gesellschaft einer Prüfung unter Kapitalschutzgesichtspunkten unterwerfen. Der Kapitalschutz operiert hier vor allem mit Rückzahlungs- und Ausschüttungssperren (insbesondere Art. 680 Abs. 2 und Art. 675 Abs. 2 OR), Bewertungsvorschriften (Art. 664 ff. OR) und Handlungspflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 OR); und ganz allgemein sind die Geschäftsführungsorgane zu einem sorgfältigen Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen verpflichtet (Art. 717 Abs. 1 OR). Die Erfüllung von Forderungen, die Aktienzeichner als Gläubiger gegenüber der Gesellschaft haben, ist somit auf jeden Fall rechtlich geregelt; zu entscheiden ist, ob die *strengen, formalen Kapitalaufbringungsregeln* oder die zum Teil *vageren Kapitalerhaltungsregeln* einschlägig sind.

Hier ist ein Vergleich mit der Regelung der *Sacheinlagen* bzw. der *Sachübernahmen* angezeigt.⁸⁵ Wenn die Gesellschaft im Umfeld einer Kapitalaufbringung von Aktionären oder diesen nahe stehenden Personen Vermögenswerte übernimmt oder eine solche Übernahme beabsichtigt, dann sind die Regeln über Sacheinlagen grundsätzlich anwendbar.⁸⁶ Die Tatsache, dass bar liberiert wird, soll nicht dazu führen, dass die Berichts-, Prüfungs- und Publizitätsvorschriften betreffend Sacheinlagen nicht eingehalten werden müssen. Das Gesetz nimmt in der Frage, ob Vermögensdispositionen im Umfeld einer Kapitalaufbringung den Regeln über die Kapitalaufbringung oder aber denjenigen über die Kapitalerhaltung unterstehen, nicht einen formalen,

⁷⁸ Das Bundesgericht hielt in der bereits vorn (FN 69) erwähnten Entscheidung BGE 87 II 169 E. 4, S. 176, fest, es brauche diese Frage nicht zu beantworten. Entscheidend sei, ob eine Barliberierung, verbunden mit der anschliessenden Tilgung einer Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Aktienzeichner, aktienrechtlich zulässig sei. Dieser Standpunkt war wohl schon damals, als es für die Verrechnungsliberierung nur Publizitätsvorschriften gab, unzutreffend. Die Zulässigkeit des Ziels – die Beteiligung des Aktienzeichners an der Kapitalerhöhung in der Weise, dass er im Umfang der Forderung, auf die er gegenüber der Gesellschaft «verzichtet», zum Aktionär wird – ist die erste Voraussetzung dafür, dass das Vorgehen über einen «Umweg» zulässig ist. Vorausgesetzt ist zweitens aber auch, dass der «Umweg» nicht dazu führt, dass der normative Gehalt der damit umgangenen Vorschriften unbeachtet bleibt, wenn die Erreichung des Ziels erfordert, dass diesem normativen Gehalt auch auf dem «Umweg» entsprochen wird. Dementsprechend hat das Bundesgericht letztlich doch geprüft, ob die einschlägige Publizitätsvorschrift nicht allenfalls sinngemäss auf eine Barliberierung mit anschliessender Tilgung von Schulden des Aktienzeichners anwendbar sei (siehe BGE a.a.O., E. 7, S. 179 ff.).

⁷⁹ BGE 87 II 169 E. 7, S. 179 bzw. 180. Art. 80 aHRegV lautete folgendermassen: «Haben Aktionäre ihre Aktien ganz oder teilweise durch Verrechnung mit Forderungen an die Gesellschaft liberiert, so muss sich aus der öffentlichen Urkunde über die Gründung oder die Kapitalerhöhung ergeben, dass und wie die Existenz dieser Forderungen nachgewiesen worden ist.» (Abs. 1). «In der Handelsregistereintragung ist der Gesamtbetrag desjenigen Teils des Grundkapitals zu nennen, der durch Verrechnung liberiert worden ist.» (Abs. 2).

⁸⁰ BGE 87 II 169 E. 7, S. 180.

⁸¹ Art. 652e Ziff. 2 OR. Der Zweck dieser Regelung ist es «sicherzustellen, dass die Forderung, die mit der Liberierungsschuld zur Verrechnung gebracht wird, wirklich besteht und verrechenbar ist (Erfüllbarkeit, Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit). Es kann nicht mehr vorkommen, dass künstlich geschaffene Forderungen, die eines ernsthaften Rechtsgrundes entbehren, zur Liberierung des Grundkapitals verwendet werden.» (Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., 858).

⁸² Art. 652f OR. Diese Prüfung bildet das «Kernstück der neuen Bestimmung über die qualifizierte Gründung» bzw. Kapitalerhöhung (Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 II 745 ff., 858).

⁸³ Siehe Art. 940 OR.

⁸⁴ Siehe zur handelsregisterlichen Publizität des Verrechnungstatbestandes Art. 48 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 2 lit. c HRegV.

⁸⁵ Selbstverständlich ist die Verrechnung der Gläubigerforderung mit der Liberierungsschuld keine Sacheinlage (BGE 87 II 169 E. 5, S. 177).

⁸⁶ Siehe Art. 628 Abs. 2, Art. 635 Ziff. 1, Art. 642, Art. 652e Ziff. 1 und Art. 652f Abs. 2 OR.

sondern einen wertenden, an der *funktionalen Äquivalenz rechtlicher Transaktionen* ausgerichteten Standpunkt ein.⁸⁷ Es kann darum nicht bei der Feststellung sein Bewenden haben, dass im Fall einer Barliberierung mit anschliessender Tilgung einer Schuld gegenüber dem Aktienzeichner die Vorschriften über die Verrechnungsliberierung allein und einfach deshalb nicht anzuwenden seien, weil bar liberiert wurde.⁸⁸ Der durch die Vorschriften über die Verrechnungsliberierung gewährleistete Schutz der Interessen der Gläubiger, aber auch der Aktionäre und der Gesellschaft soll nicht aufgrund der Wahl einer hinsichtlich der Schutzbedürfnisse gleichwertigen Transaktionsstruktur entfallen. Besteht eine funktionale Äquivalenz, so sind die Vorschriften über die Verrechnungsliberierung darum auch auf eine Barliberierung mit anschliessender Tilgung einer Schuld anzuwenden.⁸⁹

Wie jeder Analogieschluss ist auch der hier gezogene das Ergebnis einer wertenden Betrachtung. Darum gibt es auch *Gegenargumente*. So kann man die gesetzliche Regelung der Sachübernahmen und damit von möglichen Umgehungen der Sacheinlagevorschriften als gesetzliche Sonderregelung ansehen; das Gesetz enthalte, obwohl der Sachverhalt einer Barliberierung mit anschliessender Schuldtilgung bekannt sei, bewusst nur bei der Sacheinlage einen Auffangtatbestand für Umgehungsgeschäfte. Auch dieser Standpunkt bedarf indessen einer wertenden Begründung, wenn er sich nicht darin erschöpfen soll, einen Vorrang des Wortlauts oder der Gesetzgebungsgeschichte gegenüber dem Regelungszweck zu postulieren.

Von vornherein *fehlt eine funktionale Äquivalenz mit der Verrechnungsliberierung*, wenn im Anschluss an eine Barliberierung Mittel an andere Personen als an Aktienzeichner fliessen, wenn die Leistung der Gesellschaft nicht unter dem Titel der Erfüllung einer Forderung erfolgt oder wenn überhaupt keine Mittel abfliessen, sondern die Gesellschaft im Anschluss an die Kapitalerhöhung Verpflichtungen eingeht, etwa Garantien abgibt. Solche Sachverhalte mögen zwar ebenfalls kurz nach der Kapitalerhöhung das Aktienkapital schwächen; sie sind jedoch, selbst bei wirtschaftlich-funktionaler Betrachtung, keine Verrechnungssachverhalte. Sie unterliegen nicht den Kapitalaufbringungs-, sondern nur den Kapitalerhaltungsregeln. Der Analogieschluss, der hier propagiert wird, ist somit eng begrenzt.

Für die Frage, wann im Sinne der vorstehenden Ausführungen eine Verrechnungsliberierung und eine Barliberierung mit anschliessender Tilgung einer Schuld des Aktienzeichners funktional äquivalent sind, können die *Kriterien* sinngemäss verwendet werden, nach denen bestimmt wird, wann die (beabsichtigte) *Übernahme eines Vermögenswertes als Sachübernahme zu qualifizieren* ist:

- In *zeitlicher* Hinsicht muss die Übernahme des Vermögenswertes bereits anlässlich der Kapitalerhöhung geplant und zudem einigermaßen sicher sein.⁹⁰ Übertragen auf die Barliberierung mit anschliessender Schuldtilgung bedeutet dies, dass die Vorschriften über die Verrechnungsliberierung nur dann anzuwenden sind, wenn anlässlich der Kapitalerhöhung geplant und einigermaßen sicher war, dass die der Gesellschaft mit der Barliberierung zufließenden Mittel später für den bestimmten, im Voraus feststehenden Zweck der Erfüllung einer Forderung des Aktienzeichners verwendet werden. Im vorliegenden Fall wäre diese erste Voraussetzung einer analogen Anwendung der Vorschriften über die Verrechnungsliberierung erfüllt gewesen; die Erfüllung der Forderungen von C. und der G. AG war gemäss dem Sanierungskonzept von den Beteiligten wohl so vereinbart worden.⁹¹
- In *quantitativer* Hinsicht setzt die Anwendung der Sachübernahmevorschriften voraus, dass es sich um ein Geschäft von grösserer wirtschaftlicher Bedeutung handelt, welches das Grundkapital der Gesellschaft schwächt und darum geeignet ist, den Kaufentschluss späterer Aktienerwerber oder die Entscheidung zur Gewährung von Kredit durch allfällige Gläubiger zu beeinflussen.⁹² Dieses Kriterium lässt sich sinngemäss auf die Barliberierung mit anschliessender Schuldtilgung übertragen: Die Erfüllung von Forderungen in geringer Höhe soll nicht zur Anwendung der Vorschriften über die Verrechnungsliberierung führen, denn sollte eine Forderung nicht oder nur teilweise bestanden haben, würde deren Erfüllung im Fall eines geringfügigen Betrages das Gesellschaftsvermögen nicht wesentlich schwächen. Vorliegend hätte auch das quantitative Kriterium für die Anwendung der Vorschriften über die Verrechnungsliberierung gesprochen: Erfüllt wurden Forderungen in der Höhe von insgesamt ca. Fr. 1 Mio., dies bei einem Aktienkapital von Fr. 8'736'000.– und Krediten der Gläubigerbanken in der Höhe von Fr. 16,4 Mio.⁹³

⁸⁷ Vgl. auch BÖCKLI (FN 31), § 1 N 379; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 27), § 15 N 20.

⁸⁸ Dies entgegen BGE 87 II 169 E. 5, S. 177 f., und E. 7, S. 180, wobei auch das Bundesgericht anerkennt, dass die Barliberierung mit anschliessender Tilgung einer Schuld gegenüber dem Aktienzeichner «im Endergebnis einer Verrechnung nahe (kommt)» (E. 7, S. 180).

⁸⁹ Siehe zum Ganzen auch GLANZMANN (FN 72), 236 f.

⁹⁰ BGE 83 II 284 E. 3, S. 287 ff.; BSK OR II-SCHENKER (FN 27), Art. 628 N 8.

⁹¹ Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.b und A.c.

⁹² BGE 83 II 284 E. 3c, S. 289.

⁹³ Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.b und A.c.

- Ähnlich und mit dem quantitativen Gesichtspunkt zusammenhängend kann man aus einer *funktionalen* Sicht festhalten, dass eine Sachübernahme vorliegt, wenn ohne sie die Kapitalerhöhung nicht durchgeführt worden wäre und wenn die Anschaffung ausserhalb des üblichen Geschäftsgangs liegt.⁹⁴ Dieses Kriterium lässt sich ebenfalls auf die Barliberierung mit anschliessender Schuldtilgung übertragen, und es hätte vorliegend wohl ebenfalls für die Anwendung der Vorschriften über die Verrechnungsliberierung gesprochen: Im Umfang von rund einem Viertel des neu geschaffenen Aktienkapitals wurden nur zwei Tage nach Überweisung der Barmittel auf das Konto der Gesellschaft die beiden Forderungen erfüllt; die Tilgung dieser Schulden war nicht Teil des normalen Geschäftsgangs, sondern, gleich wie die Kapitalerhöhung, Bestandteil der finanziellen Sanierung.⁹⁵
- Schliesslich setzt eine Sachübernahme eine besondere *Nähe* zwischen der *Gesellschaft* und der *Person*, von welcher der *Vermögenswert übernommen* wird, voraus: Der Vermögenswert muss von Aktionären oder einer diesen nahe stehenden Person übernommen werden, denn dann ist angesichts des potenziellen Interessenkonflikts der Gesellschaftsorgane die Gefahr einer Schwächung des Gesellschaftsvermögens besonders gross.⁹⁶ Auch dieses Kriterium ist auf die Barliberierung mit anschliessender Tilgung einer Schuld übertragbar, und es hätte *in casu* angesichts der Rolle von C. einerseits als Gläubiger einer der beiden Forderungen bzw. als kontrollierendem Aktionär der zweiten Gläubigerin, deren Forderung erfüllt wurde, und andererseits als Mehrheitsaktionär und Mitglied des Verwaltungsrates gewiss für die Anwendung der Vorschriften über die Verrechnungsliberierung gesprochen.

Kommen gemäss diesen Kriterien die Vorschriften über die Verrechnungsliberierung sinngemäss zur Anwendung, so muss der Verwaltungsrat im *Kapitalerhöhungsbericht* die geplante Erfüllung der Forderung des Aktienzeichners darlegen und sich zum Bestand der Forderung äussern.⁹⁷ Sodann ist eine *Prüfungsbestätigung* erforderlich.⁹⁸ Und aus dem *Handelsregistereintrag* müssen der Betrag der Forderung des Aktienzeichners und die ihm ausgegebenen Aktien hervorgehen.⁹⁹

Waren die Vorschriften über die Verrechnungsliberierung auf eine Barliberierung mit anschliessender Tilgung einer Schuld eines Aktienzeichners anzuwenden,

wurden sie es aber nicht, so treten die gleichen *Rechtsfolgen* ein, die bei einer Missachtung dieser Vorschriften im Fall einer eigentlichen Verrechnungsliberierung zum Zuge kämen. Die unmittelbare Rechtsfolge besteht dabei nicht etwa in der Nichtigkeit der Kapitalerhöhung bzw. der Unwirksamkeit der Schuldtilgung; eine derart drastische Rechtsfolge gebieten die missachteten Vorschriften aufgrund ihres Zwecks nicht.¹⁰⁰ Im Vordergrund steht vielmehr eine Verantwortlichkeit der Organe für den durch ihr Verhalten verursachten Schaden (Art. 753 OR). Denkbar wäre als Rechtsfolge zudem auch eine Verpflichtung zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes, also die nachträgliche Erstellung bzw. Ergänzung des Kapitalerhöhungsberichts, dessen Prüfung durch einen zugelassenen Revisor und die Anpassung des Handelsregistereintrages.¹⁰¹

c. Erfordernis der Werthaltigkeit der zur Verrechnung gebrachten Forderung?

Der Grund, weshalb die Beteiligten sich im vorliegenden Fall für eine Barliberierung mit anschliessender Tilgung von Schulden statt für eine Verrechnungsliberierung entschieden haben,¹⁰² könnte eine *Rechtsunsicherheit* sein, die seit Langem bei der Verrechnungsliberierung besteht: Müssen die zur Verrechnung gebrachten Forderungen werthaltig sein, muss also ihr tatsächlicher Wert, angesichts der (Un-)Wahrscheinlichkeit ihrer (vollständigen) Einbringlichkeit, ihrem Buchwert entsprechen?¹⁰³ Wenn man – entsprechend der heute wohl herrschenden Lehre – ein solches Werthaltigkeitserfordernis ablehnt, ist der «Umweg» über die Barliberierung mit anschliessender Schuldtilgung unproblematisch; man weicht damit nicht allfälligen strengeren Anforderungen gemäss den Vorschriften über die Verrechnungsliberierung aus. Geht man demgegenüber davon aus, dass die zur Verrechnung gebrachten Forderungen werthaltig sein müssen und dass das neu geschaffene Aktienkapital in dem Umfang, in dem es an der Werthaltigkeit der Forderungen fehlt, nicht gehörig liberiert wird, so fragt sich, ob mit der Barliberierung und anschliessenden Schuldtilgung eine gesetzliche Anforderung unzulässigerweise umgangen wird. Das ist dann der Fall, wenn nach den zuvor dargelegten, an die Regelung der Sachübernahme angelehnten Kriterien

⁹⁴ BÖCKLI (FN 31), § 1 N 388 f. und 390a.

⁹⁵ Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.b und A.c.

⁹⁶ BSK OR II-SCHENKER (FN 27), Art. 628 N 10.

⁹⁷ Vgl. analog Art. 652e Ziff. 2 OR.

⁹⁸ Vgl. analog Art. 652f OR.

⁹⁹ Vgl. analog Art. 48 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 2 lit. c HRegV.

¹⁰⁰ Siehe BGE 87 II 169 E. 7, S. 180 f.

¹⁰¹ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 27), § 17 N 16.

¹⁰² Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.b.

¹⁰³ Siehe hierzu (und *gegen* ein Werthaltigkeitserfordernis) etwa PETER FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?, ZSR 2003 I, 531 ff.; GLANZMANN (FN 72), 221 ff.; *für* ein Werthaltigkeitserfordernis BÖCKLI (FN 31), § 2 N 127 ff. Im Rahmen der laufenden Aktienrechtsrevision soll diese Frage geklärt werden, und zwar in der Weise, dass auch die Verrechnung mit einer Forderung, die nicht mehr voll durch Aktiven gedeckt ist, unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist (vgl. Art. 634b Abs. 2 E-OR).

en¹⁰⁴ eine Barliberierung mit anschliessender Schuldtilgung rechtlich wie eine Verrechnungsliberierung zu behandeln ist. Dann bestünde das Werthaltigkeitserfordernis auch mit Bezug auf die von der Gesellschaft im Anschluss an die Barliberierung erfüllte Forderung. Hat im vorliegenden Fall die beschriebene Rechtsunsicherheit zum gewählten Vorgehen geführt, so hat der «Umweg» über die Barliberierung mit anschliessender Tilgung der Schulden nach hier vertretener Auffassung die Rechtsunsicherheit nicht aus dem Weg geräumt; der Mangel hätte gleichwohl bestanden – falls überhaupt die Forderungen gegenüber der X. AG nicht mehr werthaltig waren.¹⁰⁵ Die Autoren sind freilich der Auffassung, dass das Werthaltigkeitserfordernis ohnehin nicht besteht, mithin bei objektiver Betrachtung kein Anlass bestanden hat, den «Umweg» zu gehen.

1.4 Einlagerückgewähr und «kapitalersetzendes Darlehen»

Einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verneint das Bundesgericht, wenn und weil nicht Eigenkapital zurückerstattet, sondern eine tatsächlich bestehende Schuld und somit Fremdkapital zurückbezahlt wird. In dieser Logik kann die Rückzahlung von (nominellem) Fremdkapital nur dann eine Rückgewähr von Aktienkapital darstellen, wenn das betreffende Fremdkapital in Eigenkapital umzuqualifizieren ist.¹⁰⁶ Damit ist bei der Anwendung von Art. 680 Abs. 2 OR entscheidend, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Fremdkapital und im Besonderen ein Darlehen in Eigenkapital umgewandelt wird; falls bzw. soweit dies zutrifft, kann die Tilgung einer tatsächlich bestehenden, formell als Fremdkapital verbuchten Schuld auf eine Einlagerückgewähr hinauslaufen. Eine solche Umwandlung lehnt das Bundesgericht, wie es vorliegend bestätigt, jedoch ab.¹⁰⁷ Und soweit es die Möglichkeit eines konkludenten Rangrücktritts vorbehält,¹⁰⁸ würde ein solcher nichts daran ändern, dass die entsprechende Schuld zum Fremdkapital zählt und ihre Tilgung somit keine Kapitalrückgewähr darstellt.

¹⁰⁴ Vorn III.1.3b.

¹⁰⁵ Dass die Gesellschaft nach durchgeführter Sanierung einen hälftigen Kapitalverlust auswies (Urteil 4A_496/2010, A.d.), bedeutet unseres Erachtens nicht, dass die zur Verrechnung gebrachten Forderungen nicht werthaltig waren; die Frage hängt allerdings mit dem Standpunkt zusammen, den man in der Werthaltigkeits-Debatte einnimmt (siehe FORSTMOSER/VOGT [FN 103], 551, und demgegenüber BÖCKLI [FN 31], § 2 N 142 und 144).

¹⁰⁶ Siehe das Urteil 4A_496/2010, E. 2.4.

¹⁰⁷ Siehe das Urteil 4A_496/2010, E. 2.4; sodann die Urteile 5C.230/2005 des Bundesgerichts vom 2. März 2006, E. 3, und 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010, E. 2.3.2.

¹⁰⁸ Siehe das Urteil 5C.230/2005, E. 4.

2. Weitere aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung

Das Verbot der Einlagerückgewähr setzt einer finanziellen Sanierung Grenzen. Es schliesst jedoch, wie gesehen, nicht aus, dass Gläubiger sich an einer Kapitalerhöhung mit Barliberierung beteiligen und sich hernach ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft erfüllen lassen. Neben dem Rückgewährsverbot gibt es ein ganzes Geflecht weiterer rechtlicher Regeln, im Lichte derer solche Finanzierungsvorgänge (einschliesslich Re- und Defianzierungsschritte) ebenfalls beurteilt werden müssen; das Verbot der Einlagerückgewähr ist, wie gesagt, nur *eine* unter einer *Vielzahl von Normen*, die dem *Schutz des Gesellschaftsvermögens* dienen.¹⁰⁹ Diese Normen sind nicht nur solche des Aktien-, sondern auch des Zwangsvollstreckungs- und überdies des Strafrechts. Angesprochen seien im Folgenden die Pflichten des Verwaltungsrates bei Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 OR), die Sorgfalts- und die Treuepflicht des Verwaltungsrates (Art. 717 Abs. 1 OR) und die paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG).

Man darf dabei aus der Tatsache, dass das Bundesgericht und die Vorinstanz in der Art und Weise der finanziellen Sanierung der X. AG auch bezüglich der soeben genannten Normen *keine Rechtsverletzung festgestellt* haben, keine zu weit gehenden Schlüsse ziehen und folgern, eine solche Sanierung sei rechtlich unter allen Gesichtspunkten unbedenklich. Die Zahlungen an C. und die G. AG wurden nämlich gar nicht erst paulianisch angefochten, mangels einer (festgestellten) Überschuldung war Art. 725 OR ohnehin nur teilweise einschlägig, und die Tragweite der Sorgfalts- und der Treuepflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR in einem Fall wie dem vorliegenden dürfte das Bundesgericht etwas unterschätzt haben.

2.1 Handlungspflichten bei Kapitalverlust (Art. 725 Abs. 1 OR)

Nach Art. 725 Abs. 1 OR muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist. Auf diese Bestimmung nahmen vorliegend weder die klagende Gesellschaft noch das Bundesgericht unmittelbar Bezug; die Klägerin machte *nicht* geltend, der Verwaltungsrat habe seine *Pflicht zur Beantragung und Durchführung von Sanierungsmassnahmen verletzt*.¹¹⁰ Ein entsprechender Vorwurf wäre angesichts der vom Verwaltungsrat ergriffenen Sanierungsmassnahmen auch nicht berechtigt gewesen. Dementsprechend substantiierte die Klägerin auch

¹⁰⁹ Siehe vorn III.1.1.

¹¹⁰ Siehe das Urteil 4A_496/2010, E. 3.

nicht einen Fortsetzungsschaden¹¹¹ aufgrund unterlassener oder ungenügender Sanierungsmassnahmen, sondern sie machte als Schaden die Vermögensverminderung geltend, die sich unmittelbar dadurch ergab, dass die Forderungen von C. und der G. AG erfüllt wurden. Pflichtwidrig war die Bezahlung dieser Schulden ihres Erachtens deshalb, weil damit die beiden Gläubiger bevorzugt befriedigt wurden.¹¹²

2.2 Pflicht zur Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung (Art. 725 Abs. 2 OR)

Nach Art. 725 Abs. 2 OR muss der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellen lassen, und er muss den Richter benachrichtigen, falls die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind und keine Rangrücktritte im Ausmass der Bilanzunterdeckung bestehen. Vorliegend wurde, wenn auch offenbar nur am Rande, geltend gemacht, der Richter hätte benachrichtigt werden müssen, weil die Gesellschaft überschuldet gewesen sei. In Wahrheit war die Gesellschaft per Ende Dezember 2000 – also *nach* der Durchführung der Kapitalerhöhung und der Erfüllung der Forderungen von C. und der G. AG – jedoch *nicht überschuldet*, sodass der Verwaltungsrat die Pflicht zur Überschuldungsanzeige nicht verletzt hatte.¹¹³

Demgegenüber ging der Verwaltungsrat der X. AG offenbar im Oktober 2000 – also *bevor* die Sanierungsfinanzierung zustande kam – davon aus, dass die Gesellschaft möglicherweise *überschuldet* sei oder sich zumindest in der *Nähe einer Überschuldung* befinde.¹¹⁴ Dass in dieser Situation das Aktienkapital erhöht wurde, war für die Klägerin, die Gesellschaft, offenbar kein Grund, eine Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR geltend zu machen, und das Bundesgericht spricht diesen Punkt darum auch nicht an. Falls *vor* der finanziellen Sanierung eine Überschuldung vorgelegen hat, wäre die bundesgerichtliche Rechtsprechung einschlägig gewesen, nach der trotz Überschuldung der Richter *nicht benachrichtigt* werden muss, wenn *konkrete Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung der Gesellschaft* bestehen und die Sanierung durch *sofort einzuleitende Massnahmen innert weniger Wochen bewerkstelligt* werden kann.¹¹⁵ Ob solche günstigen Aussichten Ende Oktober

und Anfang November 2000 bestanden haben, als mit den Banken die Sanierungsfinanzierung ausgehandelt wurde, über die man sich schliesslich am 17. November 2000 geeinigt hat, ist, soweit der Sachverhalt bekannt ist, nicht eindeutig. In einem Bericht vom 3. November 2000 ist von guten Überlebenschancen die Rede, falls weitere Sanierungsprojekte an die Hand genommen würden. Der Finanzchef sprach indessen Ende November 2000 lediglich davon, dass eine positive Entwicklung im Jahr 2001 «*durchaus im Bereich des Möglichen*» sei. Allerdings betraf diese Prognose die Geschäfts- und Liquiditätsentwicklung *ohne* Einkalkulierung der Sanierungsmassnahmen; deren zu erwartenden Wirkungen durfte der Verwaltungsrat bei seiner Sanierungsprognose durchaus berücksichtigen. Dies ändert aber nichts daran, dass für die Frage, ob eine Gesellschaft trotz Überschuldung sanieren darf, auf die finanziellen Verhältnisse und Aussichten abzustellen ist, die *vor* der Umsetzung der Sanierungsmassnahmen (wenn auch unter Einbezug der zu erwartenden Wirkungen) bestanden haben, vorliegend also auf die Verhältnisse und Aussichten vor der Kapitalerhöhung, und zwar Ende Oktober 2000. Darauf hätte sich ein Vorwurf, es sei die Überschuldungsanzeige unterlassen worden, möglicherweise eher abstützen lassen als auf die Situation, die *nach* den Kapitalerhöhungen, also Ende Dezember 2000, bestanden hat, als die finanzielle Sanierung durchgeführt war.

Aus der Sicht der klagenden Gesellschaft war es freilich konsequent, auf die Verhältnisse *nach* der Sanierung abzustellen, weil es ihr im Hauptpunkt nicht um eine Verletzung der Pflicht zur Überschuldungsanzeige ging, sondern um die Missachtung des *Verbots der bevorzugten Befriedigung eines Gläubigers*; aus dieser Sicht kommt es in der Tat auf die Verhältnisse an, die zum Zeitpunkt der umstrittenen Zahlungen bestanden haben.¹¹⁶

Gleichwohl sind die Aussagen des Bundesgerichts zu den *Sanierungsaussichten* jedenfalls im Ansatz auch unter dem Titel von Art. 725 Abs. 2 OR durchaus einschlägig; dies, obwohl das Bundesgericht sie im Zusammenhang mit dem Verbot der bevorzugten Befriedigung eines Gläubigers macht. Solange Anzeichen bestehen, die auf eine positive Entwicklung der Gesellschaft schliessen lassen, von einer ernsthaften Verbesserung der wirtschaftlichen Lage aufgrund der eingeleiteten Sanierungsmassnahmen ausgegangen werden darf und daher ohne Weiteres mit der Fortführung der Gesellschaft zu rechnen ist,¹¹⁷ machen sich Verwaltungsratsmitglieder, die – als Bestandteil der Sanierung – Zahlungen an Gläubiger auslösen, aktienrechtlich nicht

¹¹¹ Siehe zu ihm etwa BGE 136 III 322 E. 3.2, S. 325 f.

¹¹² Siehe das Urteil 4A_496/2010, E. 3, und im Übrigen hinten III.2.3.

¹¹³ Siehe zum Gesagten das Urteil 4A_496/2010, E. 3.3.

¹¹⁴ Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.b, wonach die Bilanzdeponierung in Betracht gezogen wurde.

¹¹⁵ BGE 132 III 564 E. 5.1, S. 573; siehe auch die Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007,

BBl 2008, 1589 ff., 1691, wonach diese Rechtsprechung auch unter künftigem Recht Bestand haben soll.

¹¹⁶ Siehe hierzu hinten III.2.3.

¹¹⁷ Urteil 4A_496/2010, E. 3.3.

verantwortlich, jedenfalls nicht aufgrund von Art. 725 Abs. 2 OR. Genau besehen müssen jedoch die *Anforderungen an die Erfolgsaussichten* im Fall einer *Überschuldung* der Gesellschaft *strenger* sein als bei der vom Bundesgericht entwickelten Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger, die (bereits) im Fall einer «praktisch aussichtslose(n) wirtschaftliche(n) Situation»¹¹⁸ ausgelöst wird.¹¹⁹ Rechnungslegungsrechtlich ausgedrückt: Die Gleichbehandlungspflicht wird ausgelöst, wenn die Annahme der Fortführung des Unternehmens nicht mehr gerechtfertigt ist (was keine Überschuldung voraussetzt),¹²⁰ während die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters daran anknüpft, dass die Gesellschaft sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten überschuldet ist.¹²¹ Wenn die Gesellschaft auch zu Veräusserungswerten überschuldet ist, müssen die Erfolgsaussichten einer Sanierung besser sein, als wenn nur die Annahme der Fortführung des Unternehmens nicht mehr gerechtfertigt ist. Dass etwa eine positive Entwicklung «durchaus im Bereich des Möglichen» liegt, genügt für eine Sanierung trotz Überschuldung im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 725 Abs. 2 OR nicht.

2.3 Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger?

Die zweite Pflichtverletzung (nebst dem Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR), welche die X. AG in Nachlassliquidation den beiden Verwaltungsratsmitgliedern B. und C. vorwarf, war die *bevorzugte Befriedigung der beiden Gläubiger* in einer Situation *nahe der Überschuldung*.¹²²

Das Bundesgericht scheint davon auszugehen, dass es ein (aktienrechtliches) Verbot einer bevorzugten Befriedigung eines Gläubigers im Fall einer «praktisch aussichtslose(n) wirtschaftliche(n) Situation» *tatsächlich gibt*. Das zeigt sich einerseits daran, dass das Gericht sich ausführlich mit den tatsächlichen Grundlagen der entsprechenden Rüge auseinandersetzt;¹²³ das hätte es kaum getan, wenn es der Auffassung wäre, es gäbe gar kein solches Verbot.¹²⁴ Andererseits bringt das

Bundesgericht in seiner rechtlichen Beurteilung einigermassen deutlich zum Ausdruck, dass es seiner Meinung nach ein Verbot einer bevorzugten Befriedigung eines Gläubigers gibt und dass dessen Missachtung eine Pflichtverletzung darstellt.¹²⁵ Es dürfte aber kein Zufall sein, dass dem Urteil eine klare Stellungnahme zu dieser Rechtsfrage nicht zu entnehmen ist; denn es gibt Gründe, die gegen eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger sprechen.

Für die Annahme, die Gesellschaftsorgane seien, wenn die Gesellschaft der Überschuldung nahe ist, zur Gleichbehandlung der Gläubiger verpflichtet, stützten sich die X. AG in Nachlassliquidation und, ihr folgend, das Bundesgericht auf das *Raichle-Urteil* des Bundesgerichts, das Urteil 5C.29/2000 vom 19. September 2000. Darin hatte das Bundesgericht eine Pflicht des Verwaltungsrates zur Gleichbehandlung der Gläubiger nach Massgabe der gesetzlichen Rangordnung gemäss Art. 219 SchKG bejaht, sofern sich die Gesellschaft in einer wirtschaftlichen und finanziellen Situation befindet, in der eine Fortführung des Unternehmens nicht mehr ernsthaft in Betracht fällt und daher zu Liquidationswerten bilanziert werden muss und daraus eine Überschuldung resultiert.¹²⁶

Auf die *Kritik am Raichle-Urteil*¹²⁷ geht das Bundesgericht nicht ein. Die Kritik lautet, dass es keine aktienrechtliche Pflicht zur Gleichbehandlung von Gläubigern gibt, weder fern noch nahe einer Überschuldung der Gesellschaft. Das Aktienrecht verlangt vielmehr von Gesellschaften, die in der Nähe einer Überschuldung sind bzw. für die die Annahme der Unternehmensfort-

hatte), als sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen das Aktienrecht ein Verbot der bevorzugten Befriedigung von Gläubigern kennt.

¹²⁵ «Dass nach der Kapitalerhöhung eine praktisch aussichtslose wirtschaftliche Situation vorgelegen haben sollte, welche in Anlehnung an das von der Beschwerdeführerin angerufene Urteil 5C.29/2000 vom 19. September 2000, E. 4b/aa, eine Bilanzierung zu Liquidationswerten geboten hätte und in welcher jede bevorzugte Befriedigung eines Gläubigers grundsätzlich eine Pflichtverletzung darstellen würde, ergibt sich aus den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht.» (Urteil 4A_496/2010, E. 3.3). Die Wörter «hätte» und «würde» sind wohl als Konjunktivformen in einem Konditionalsatz zu verstehen (wenn «eine praktisch aussichtslose wirtschaftliche Situation vorgelegen haben sollte», dann ...), nicht als ein Konjunktiv, mit dem das Bundesgericht die Richtigkeit der rechtlichen Aussage dahingestellt lassen möchte.

¹²⁶ Urteil 5C.29/2000, E. 4b/aa.

¹²⁷ HANS-UELI VOGT, Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, AJP 2010, 1075 ff., 1086 f.; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (FN 27), Art. 754 N 26 und Vor Art. 753-761 N 7a; siehe auch PETER FORSTMOSER, Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, in: Matthias Oertle et al. (Hrsg.), M&A. Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich 2010, 431 ff., 443 f., der allerdings der Auffassung ist, das Bundesgericht habe keine Gleichbehandlungspflicht statuiert; dem Raichle-Urteil zustimmend dagegen THOMAS REBSAMEN, Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Fribourg 2004 (= AISUF Band 231), N 732 ff., 762.

¹¹⁸ Urteil 4A_496/2010, E. 3.3.

¹¹⁹ Eine solche wirtschaftliche Krisensituation liegt in den Worten des Urteils 5C.29/2000 des Bundesgerichts vom 19. September 2000 dann vor, «(w)enn sich bei einem Unternehmen ein starker Kapitalverlust oder eine Überschuldung abzeichnet, wenn unabwendbare Liquiditätengpässe bestehen oder das Unternehmen seinen Verpflichtungen nicht mehr vertragskonform nachzukommen vermag und eine Sanierung praktisch als aussichtslos erscheint» (E. 4b/aa).

¹²⁰ Siehe das Urteil 5C.29/2000, E. 4b/aa.

¹²¹ Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR.

¹²² Urteil 4A_496/2010, E. 3.

¹²³ Siehe das Urteil 4A_496/2010, E. 3 (exkl. E. 3.4).

¹²⁴ Das Vorgehen des Gerichts kann allerdings auch mit Überlegungen der Prozessökonomie erklärt werden: Es war einfacher, die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs bzw. deren rechtliche Würdigung im Sinne der Vorstellungen der Klägerin zu verneinen (zumal bereits die Vorinstanz dies getan

führung nicht mehr zutrifft, dass sie nach Massgabe von Art. 725 OR Sanierungsmassnahmen treffen und nötigenfalls den Richter benachrichtigen, damit die Gesellschaft dem Liquidationsregime des Konkursrechts mit seinen Regeln der Gleichbehandlung der Gläubiger zugeführt wird. Weder *müssen* nach Art. 725 Abs. 2 OR, wenn die Voraussetzungen einer Benachrichtigung des Richters *nicht* erfüllt sind, Gläubiger gleich behandelt werden, noch *darf* nach dieser Bestimmung, wenn ihre Voraussetzungen *erfüllt* sind,¹²⁸ die Gesellschaft weiterhin in eigener Regie Forderungen erfüllen (ob nach dem Gleichheitsgrundsatz oder sonstwie). Die gesetzlich statuierten Handlungspflichten des Verwaltungsrates bei Kapitalverlust und Überschuldung lassen mithin keinen Raum für eine aktienrechtliche Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger. Immerhin kommt den Gläubigerinteressen bei der Konkretisierung des Gesellschaftsinteresses, zu dessen sorgfältiger Wahrung der Verwaltungsrat nach Art. 717 Abs. 1 OR jederzeit verpflichtet ist, in der Nähe einer Überschuldung ein verstärktes Gewicht zu, allerdings ohne dass sich daraus eine Pflicht zur Gleichbehandlung der Gläubiger nach den konkursrechtlichen Grundsätzen ergäbe.¹²⁹ Hingegen ergibt sich aufgrund der faktischen Vorwirkung der Tatbestände einer paulianischen Anfechtung eine zwangsvollstreckungsrechtliche Pflicht zur relativen Gleichbehandlung der Gläubiger.¹³⁰

Wie gesagt beschränkt sich das Bundesgericht letztlich darauf festzustellen, dass die *tatsächlichen Voraussetzungen* eines Verantwortlichkeitsanspruchs aufgrund einer unzulässigen bevorzugten Befriedigung eines Gläubigers ohnehin *nicht erfüllt* waren, weil keine «praktisch aussichtslose wirtschaftliche Situation» bestand.¹³¹

2.4 Exkurs: Paulianische Anfechtung (Art. 285 ff. SchKG)

Das Rechtsbegehren der X. AG in Nachlassliquidation lautete auf Bezahlung von Fr. 1'006'400.– nebst Zins seit dem 6. Dezember 2000, dem Tag, an dem die umstrittenen Zahlungen vorgenommen wurden. Diesem Begehren ist die Anspruchsgrundlage nicht zu entnehmen. Erst aus dem Eventualbegehren, wonach die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten gemäss Art. 759 Abs. 2 OR festzusetzen sei, sowie aus der Anspruchs begründung geht hervor, dass die Klägerin ihren Anspruch als einen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit versteht. Dabei hätte sich für die Rückforderung von Zahlungen, die rund ein Jahr vor der definitiven Nachlassstundung getätigt wurden, auch die paulianische Anfechtung gemäss Art. 285 ff. SchKG angeboten. Eine solche Anfechtung gab es jedoch nicht.¹³²

Nachdem die Schuldner-Gesellschaft zum Zeitpunkt der fraglichen Zahlungen nicht überschuldet war und überdies auch keine Hinweise auf ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bestanden,¹³³ wäre vorliegend die *Absichtsanfechtung* nach Art. 288 SchKG¹³⁴ in Frage gekommen. Eine Gläubigerschädigung (als erste Tatbestandsvoraussetzung) wäre zu bejahen. Unter dem Aspekt der Schädigungsabsicht bzw. ihrer Erkennbarkeit (als den beiden weiteren Voraussetzungen einer erfolgreichen Absichtsanfechtung) wären sodann ähnliche Überlegungen anzustellen, wie sie das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Verbot einer bevorzugten Befriedigung eines Gläubigers gemacht hat (und bei der Frage der Sanierung trotz Überschuldung hätte machen müssen):¹³⁵ Bestanden zum Zeitpunkt der Zahlungen konkrete Aussichten auf eine rasch realisierbare Sanierung, sodass die Gesellschaft weitergeführt werden konnte?¹³⁶ Unter welchen Voraussetzungen

¹²⁸ Einschliesslich der Voraussetzung, dass keine konkreten Aussichten auf eine rasche Sanierung bestehen (siehe hierzu vorn III.2.2).

¹²⁹ Siehe FORSTMOSER (FN 127), 441 ff.; VOGT (FN 127), 1086 f.

¹³⁰ Siehe BGE 136 III 247 E. 2, S. 249; VOGT (FN 127), 1079 f. – Das Bundesgericht referiert im vorliegend besprochenen Urteil in einem anderen Zusammenhang die Auffassung der Vorinstanz, dass es auf eine Ungleichbehandlung der Gläubiger hinauslaufen würde, wenn die Erfüllung von Forderungen gegenüber Gläubigern, die Aktien gezeichnet haben, als verbotene Kapitalrückgewähr im Sinne von Art. 680 Abs. 2 OR zu qualifizieren wäre, weil diese Gläubiger so «für einen längeren Zeitraum nach durchgeführter Kapitalerhöhung auf die Durchsetzung ihrer Forderungen verzichten müssten» (Urteil 4A_496/2010, E. 2.3). Da es keine Pflicht gibt, die Gläubiger gleich zu behandeln, überzeugt dieses Argument nicht. Es sind andere Gründe, die dagegen sprechen, dass die Tilgung von Gesellschaftsschulden unter den genannten Umständen gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verstösst (siehe vorn III.1).

¹³¹ Siehe zur positiven Einschätzung der Sanierungsaussichten das Urteil 4A_496/2010, E. 3.3; zum Zeitpunkt, in dem die günstigen Aussichten auf eine Sanierung bestanden haben müssen, vorn III.2.2.

¹³² Andere Zahlungen und sonstige Rechtshandlungen waren demgegenüber Gegenstand von paulianischen Anfechtungsklagen der X. AG in Nachlassliquidation; vgl. die Urteile 5P.386/2005 vom 28. November 2005 (Abweisung eines Fristwiederherstellungsgesuchs betreffend eine paulianische Anfechtungsklage) und 5A_261/2008 vom 10. Juni 2008 (Abweisung einer Kollokationsklage wegen Vorliegens eines paulianischen Anfechtungstatbestandes).

¹³³ Siehe zu den Voraussetzungen einer Überschuldungs- bzw. einer Schenkungsanfechtung Art. 287 bzw. 286 SchKG.

¹³⁴ «Anfechtbar sind endlich alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.»

¹³⁵ Siehe vorn III.2.2.

¹³⁶ Siehe das Urteil 5A_437/2010 des Bundesgerichts vom 9. März 2011: Die paulianische Anfechtung soll im Fall eines Schuldners, der in Bedrängnis ist und sich um die Fortsetzung seines Unternehmens bemüht, nicht alle Versuche zur Rettung des Schuldners unmöglich oder sehr gefährlich machen; jedoch kann dann nicht mehr von einer im Interesse des Unternehmens und der Gläubigersamtheit stehenden Hilfeleistung ausgegangen werden, «wenn jeder Rettungsversuch als hoffnungslos angesehen werden muss, weil keine Aussicht auf Erfolg besteht» (E. 4.2.3).

im Einzelnen der «Sanierungseinwand» bei der Absichtsanfechtung berücksichtigt wird und insofern eine Ungleichbehandlung der Gläubiger anfechtungsrechtlich gerechtfertigt ist, ist noch nicht restlos geklärt. Unklar ist namentlich, ob nur die Rückzahlung von Sanierungsdarlehen und die Honorierung von Sanierungsdienstleistungen gegebenenfalls von der Anfechtung ausgenommen werden oder ob dies auch für andere Zahlungen gilt, wie die *in casu* erfolgten Zahlungen zur Erfüllung geschäftsmässig begründeter Forderungen im Rahmen einer finanziellen Sanierung.¹³⁷ Soweit der «Sanierungseinwand» greift, ist das Vorliegen eines schriftlichen Sanierungskonzepts, aus dem sich namentlich die später angefochtenen Zahlungen ergeben, sicherlich hilfreich.¹³⁸

War eine Absichtsanfechtung vorliegend grundsätzlich denkbar, fragt sich, in welchem *Verhältnis die paulianische Anfechtung und die aktienrechtliche Verantwortlichkeit* zueinander stehen und, konkreter, ob die paulianische Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung einen Anspruch aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ausschliesst – was das Bundesgericht implizit verneint. Dabei hat im vorliegenden Fall die besondere Konstellation bestanden, dass der Anfechtungs- und der Verantwortlichkeitsanspruch nicht nur, wirtschaftlich betrachtet, auf den gleichen Gegenstand gerichtet waren und das gleiche Ziel hatten (Rückerstattung der anfechtbaren Zahlungen bzw. Ersatz des pflichtwidrig zugefügten Schadens); es bestand zudem auch eine teilweise Übereinstimmung hinsichtlich der passivlegitimierten Personen, indem C. als ein durch die anfechtbaren Rechtshandlungen Begünstigter auch ein verantwortliches Organ ist. Zwischen den beiden Ansprüchen bestand darum ein Konkurrenzverhältnis. Wegen der unterschiedlichen Zwecke und Funktionen der bei-

den Anspruchsgrundlagen schliesst der eine Anspruch den anderen im Prinzip aber nicht aus. Insbesondere ist der *Verantwortlichkeitsanspruch zum Anfechtungsanspruch nicht subsidiär* und kann man einen Schaden im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts nicht mit dem Hinweis darauf verneinen, dass der Gesellschaft ein Anfechtungsanspruch zustehe, sodass, solange dieser Anspruch durchsetzbar ist, keine Vermögensverminderung eingetreten sei.¹³⁹

2.5 Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR)

B. und C. gehörten zum relevanten Zeitpunkt dem Verwaltungsrat der X. AG an. Beide waren in dieser Funktion, wie aufgrund der Sachverhaltsdarstellung anzunehmen ist, massgeblich an den Sanierungsverhandlungen mit den Gläubigerbanken beteiligt.¹⁴⁰ Gleichzeitig beteiligten sich C. und die von ihm beherrschte G. AG als Aktienzeichner und Gläubiger an der Sanierung, indem sie an der Kapitalerhöhung mit Barliberierung teilnahmen und ihnen anschliessend ihre Forderungen erfüllt wurden. Damit stellt sich die vom Bundesgericht nur kurz untersuchte Frage, ob C. seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft (Art. 717 Abs. 1 OR) verletzt hatte, indem er seine eigenen Interessen bzw. diejenigen der ihm nahe stehenden G. AG den Interessen der Gesellschaft vorangestellt hatte.

C. war *auf beiden Seiten* – auf Seiten der Gesellschaft wie auch der finanzierenden Dritten – *in die Kapitalerhöhung und den Fremdkapitalabbau einbezogen*. Dabei hatte er einen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft; er hat, zusammen mit B., den Verwaltungsrat der X. AG anlässlich der Sanierung der Gesellschaft wohl beherrscht und sie kraft seiner Organstellung auch verpflichtet können. Seine Doppelrolle war bei der Kapitalerhöhung (insbesondere bei der Festlegung ihres Umfangs), bei der Bestimmung der Liberierungsart und bei der Erfüllung seiner Forderung (bzw. derjenigen der G. AG) ausschlaggebend. Seine Stellung in der X. AG hat es ihm erlaubt, namentlich seinen Interessen als Gläubiger im Rahmen der Sanierung Rechnung zu tragen; dass er und die G. AG genau im Umfang ihrer Forderungen Aktien gezeichnet und später ihre Forderungen erfüllt bekommen haben, deutet darauf hin, dass C. seine eigenen Interessen bzw. diejenigen der G. AG auch tatsächlich berücksichtigt hat. Damit unterlag C. einem Interessenkonflikt, der nach seiner Struktur und Intensität dem Tatbestand des *Selbstkontrahierens* entspricht.

Wendet man auf diesen Sachverhalt die Grundsätze über die Rechtswirksamkeit von Inschlaggeschäften sinn-

Das Bundesgericht betont indessen, dass der anfechtungsrechtlich relevante und der aktienrechtliche Sanierungsbegriff nicht gleichzusetzen seien (E. 4.2.2; siehe demgegenüber zur Parallele zwischen den sich aus dem Aktienrecht und aus dem Zwangsvollstreckungsrecht ergebenden Verhaltensanweisungen an die Organe von Gesellschaften VOGT [FN 127], 1085 ff.).

¹³⁷ Siehe zu dieser Frage LUKAS GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, ZBJV 2010, 261 ff., 268, 287; VOGT (FN 127), 1080 f. Das neueste Bundesgerichtsurteil zur Absichtsanfechtung deutet darauf hin, dass das Gericht in einer Sanierungssituation – ernsthafte Sanierungsaussichten immer vorausgesetzt – die Schädigungsabsicht generell und damit bezüglich jeglicher Rechtshandlungen zu verneinen scheint: Die Schädigungsabsicht «beinhaltet begriffsnotwendig ein wie auch immer geartetes doloses Element, welches fehlt, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpft und diese erfolgversprechend erscheint» (Urteil 5A_437/2010 des Bundesgerichts vom 9. März 2011, E. 4.2.3).

¹³⁸ Vgl. BGE 135 III 276 E. 8.2, S. 287. Das Bundesgericht hat im vorliegend besprochenen Urteil die Tatsache, dass die Zahlungen gestützt auf eine Sanierungsvereinbarung geleistet wurden, als Hinweis gegen das Vorliegen eines Interessenkonflikts seitens der handelnden Verwaltungsratsmitglieder angesehen (Urteil 4A_496/2010, E. 3.4; dazu hinten III.2.5). Der Gedanke ist ein ähnlicher, aber nicht der gleiche wie im Kontext der Absichtsanfechtung.

¹³⁹ Siehe zum Ganzen VOGT (FN 127), 1090, mit Hinweis auf das Urteil 5C.29/2000, vor allem E. 3e; BGE 44 III 205 E. 1, S. 207 f.; REBSAMEN (FN 127), N 1116 ff.; vgl. ferner aber auch BGE 127 III 1 E. 2a, S. 5.

¹⁴⁰ Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.b.

gemäss an, dann stellt das Handeln in einem solchen Interessenkonflikt unter anderem dann keine Treuepflichtverletzung dar, wenn für die Gesellschaft keine Gefahr einer Benachteiligung bestand.¹⁴¹ In diesem Zusammenhang fällt, was die Kapitalerhöhung betrifft, als Argument *gegen* eine Treuepflichtverletzung ins Gewicht, dass neben C. und der G. AG zwei weitere Personen an der Kapitalerhöhung teilgenommen haben.¹⁴² Und was die Erfüllung der Forderungen angeht, so hat die X. AG neben den Forderungen von C. und der G. AG auch andere Forderungen im Rahmen der Sanierung erfüllt.¹⁴³ Demgegenüber überzeugt das vom Bundesgericht angeführte Argument, die Erfüllung der Forderungen sei Teil der mit den Banken vereinbarten Sanierungsmassnahmen gewesen,¹⁴⁴ nur beschränkt, hatten seitens der Gesellschaft doch gerade B. und C. massgeblichen Einfluss auf die Vereinbarung mit den Banken. Immerhin kann man in der Zustimmung der Banken in gewisser Hinsicht eine Referenz für Marktkonformität sehen, was indiziert, dass die Interessen der Gesellschaft im Rahmen der Sanierung und eben auch bei der Erfüllung der Forderungen von C. und der G. AG gewahrt wurden und B. und C. ihre Treuepflicht nicht verletzen.

¹⁴¹ Siehe zu den hier angesprochenen Grundsätzen über die Rechtswirksamkeit von Inschlaggeschäften etwa BGE 127 III 332 E. 2a, S. 333 f.; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA (FN 27), Art. 717 N 17. – Nach diesen Grundsätzen bedeutet das Handeln eines Organs in einem Interessenkonflikt, der nach seiner Struktur und Intensität einem Selbstkontrahieren entspricht, auch dann keine Treuepflichtverletzung, wenn ein zuständiges über- oder nebengeordnetes Gesellschaftsorgan zu diesem Handeln ermächtigt oder es genehmigt hat (BGE a.a.O.). Diese Voraussetzung ist im Prinzip namentlich dann erfüllt, wenn das Organ, das im Interessenkonflikt handelt, dies mit dem Einverständnis des Alleinaktionärs tut (vgl. BGE 131 III 640 E. 4.2.1, S. 644). Das kann jedoch in der Nähe der Überschuldung nicht vorbehaltlos gelten, weil dann sowohl die Sorgfalts- als auch die Treuepflicht insbesondere im Lichte der Gläubigerinteressen zu konkretisieren sind (vgl. vorn III.2.3); über sie kann sich auch der Alleinaktionär nicht hinwegsetzen.

¹⁴² Siehe das Urteil 4A_496/2010, A.c. Sollten diese beiden Aktienzeichner dem C. nahe gestanden haben, fällt das Argument allerdings dahin. Zudem sind ihnen gegenüber, soweit ersichtlich, im Anschluss an die Kapitalerhöhung keine Forderungen erfüllt worden, sodass sich ihre Position nicht ohne Weiteres mit derjenigen von C. und der G. AG vergleichen lässt.

¹⁴³ Vgl. das Urteil ZBO.2009.14 des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 13. April 2010, Ergebnis 1c. Der Vorbehalt gemäss der vorangehenden Fussnote gilt sinngemäss auch hier.

¹⁴⁴ Urteil 4A_496/2010, E. 3.4.