

recht

4/14

www.recht.recht.ch

Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis

32. Jahrgang

Inhalt

Abhandlungen

- 145 *Jakob Ueberschlag*
Von der Europa über die Justitia zur Helvetia?
- 149 *Tizian Troxler*
**Subjektive Rechtfertigungselemente im
Haftpflchtrecht**
- 165 *Nadja Meyenhofer*
**Regulierung von Klimarisiken im arktischen
Ökosystem**
- 175 *Peter V. Kunz*
**Sanierungen von Kapitalgesellschaften:
Wann und wie kann oder muss saniert werden?**
-

Rechtsprechung

- 186 *Anna Petrig*
**EGMR-Entscheid *Al-Dulimi et Montana
Management Inc. c. Suisse***
-

Orientierung

- 195 *Bastien Khalfi*
**«Avenir Familles!»
Journée sur l'avenir du droit de la famille
en Suisse du 24 juin 2014**



Impressum

Schriftleitung: lic. iur. Thomas Schneider

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1
Postfach 5662, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 62 15, Fax 031 300 66 88
E-Mail: Redaktion@recht.ch

www.recht.recht.ch

Adressänderungen und Inserataufträge sind ausschliesslich an den Stämpfli Verlag AG, Postfach 5662, 3001 Bern, zu richten.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift «recht» vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Die Zeitschrift erscheint sechsmal jährlich, im Februar, April, Juni, August, Oktober, Dezember.

Abonnementspreise 2014

AboPlus

(Zeitschrift + Onlinezugang)

Schweiz: Normalpreis CHF 175.50,
für immatrikulierte Studenten CHF 143.–

Ausland: CHF 185.–

Onlineabo: CHF 137.–

Einzelheft: CHF 22.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8% MWSt.

Abonnemente:

Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88,
periodika@staempfli.com

Inserate:

Tel. 031 300 63 82, Fax: 031 300 63 90,
inserate@staempfli.com

© Stämpfli Verlag AG Bern 2013

Gesamtherstellung: Stämpfli AG, Bern

Printed in Switzerland, ISSN 0253-9810

Herausgeber und Redaktion

Privatrecht

WOLFGANG ERNST

Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich

ROLAND FANKHAUSER

Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Universität Basel

PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

CHRISTOPH MÜLLER

Professor für Vertragsrecht, Privatrechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht, Universität Neuenburg

ALEXANDRA RUMO-JUNGO

Professorin für Zivilrecht, Universität Freiburg

Wirtschaftsrecht

PETER JUNG

Professor für Privatrecht, Universität Basel

PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern

ROGER ZÄCH

Professor em. für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich

Strafrecht

FELIX BOMMER

Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht, Universität Luzern

SABINE GLESS

Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität Basel

Öffentliches Recht

MARTINA CARONI

Ordinaria für öffentliches Recht, Völkerrecht und Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, Universität Luzern

BERNHARD RÜTSCHÉ

Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie, Universität Luzern

DANIELA THURNHERR

Professorin für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht und öffentliches Prozessrecht, Universität Basel

Peter V. Kunz

Sanierungen von Kapitalgesellschaften: Wann und wie kann oder muss saniert werden?

Kapitalgesellschaften – insbesondere AG sowie GmbH – können in finanzielle Krisen geraten, die ihren Weiterbestand infrage stellen; allgemeine Aussagen sind kaum möglich, sodass der Einzelfall entscheidet. Im Wesentlichen sind drei Krisenszenarien zu unterscheiden, nämlich Bilanzverluste, Kapitalverluste sowie Überschuldungen. Je nach finanzieller Krise sind andere Interessenten – konkret: Gesellschafter oder Gläubiger – gefährdet, was Auswirkungen auf Sanierungsmöglichkeiten hat. Verwaltungsräte, die solche Fragen nicht kompetent zu beantworten vermögen, riskieren persönliche Verantwortlichkeit.

Inhaltsübersicht

- I. Vorbemerkungen
 - 1. Entwicklungsphasen
 - 2. Rechtsgrundlagen
 - 3. Buchhalterische Sanierungen
 - 4. Liquiditätsprobleme
- II. Aktienrechtliche Sanierungsaspekte
 - 1. Ampelfunktion der Bilanz
 - 2. Kapitalverlust
 - 3. Überschuldung
 - 4. Perspektiven für VR
- III. Ausgewählte Sonderfragen
 - 1. GmbH
 - 2. Sanierungsfusion
 - 3. Bankensanierung
 - 4. De lege ferenda

I. Vorbemerkungen

1. Entwicklungsphasen

Der Umfang der *Rechtswissenschaft* zu Unternehmenskrisen, zu Sanierungen sowie zum rechtlich korrekten Verhalten in solchen Situationen wächst nicht bloss seit Jahren, sondern sogar seit Jahrzehnten an und erscheint heute schlicht unüberschaubar. Kaum anders verhält es sich bei *Rechtsreferaten*, die sich häufig mit diesen praxisrelevanten (und brandgefährlichen) Themen beschäftigen, nicht zuletzt bei Weiterbildungsveranstaltungen von Juristen.¹

Gesellschaften – ungeachtet dessen, ob es sich um Personengesellschaften oder um Körperschaften² handelt – durchlaufen verschiedene Phasen. Ähnlich wie Menschen werden sie «geboren» bzw. *gegründet* (AG: Art. 629 ff. OR; GmbH: Art. 777 ff.

Prof. Dr. Peter V. Kunz, Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern.

¹ Der vorliegende Beitrag basiert auf einem Referat des Unterzeichners vor dem Bernischen Anwaltsverband (bzw. WiW: «Weiterbildung im Wirtschaftsrecht für Praktiker») vom 12. Mai 2014; die Publikation wurde an diesem Datum abgeschlossen.

² Im Vordergrund stehen zwei Kapitalgesellschaften, nämlich *Aktiengesellschaften* (AG) sowie *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (GmbH).

OR), und am Schluss – wenn auch nicht zwangsläufig bei juristischen Personen – «sterben» sie bzw. werden *aufgelöst* und *liquidiert* sowie *gelöscht* (AG: Art. 739 ff. OR; GmbH: Art. 821 ff. OR).³

Etwas trivialisiert, liegt dazwischen sozusagen das «*Restleben*» von Gesellschaften. Ziel ist in aller Regel, dass es Unternehmungen wirtschaftlich gut geht, damit Gewinne erwirtschaftet werden, durch die beispielsweise Geschäftsexpansionen oder sonstige Investitionen finanziert werden können.⁴ Wenn es wirtschaftlich schlecht läuft, kann zugewartet werden bis zum unvermeidlichen Untergang⁵ – oder es kommt zu *Sanierungen* der Unternehmung⁶.

Zeitlich der Sanierung sozusagen «vorgeschoben» stellt sich in der Praxis die *Erkennung der Sanierungsbedürftigkeit* von Unternehmungen als erstes Zentralproblem dar. Eine sich anbahnende finanzielle Krise soll insbesondere an *drei Hauptsymptomen* – als «weak signals» – erkannt werden, nämlich Realitätsverlust (z. B. «Beschönigungen»), Ordnungsverlust (etwa unübersichtliche Unternehmens- bzw. Konzernstrukturen) sowie Finanzmängeln.⁷

2. Rechtsgrundlagen

Es gibt keine abschliessende Ordnung zum *Sanierungsrecht*, das sich in der Schweiz in verschiede-

³ Auflösung, Liquidation sowie Löschung im Handelsregister (HR) stellen drei klar zu unterscheidende Abschnitte in der «Endphase» von Körperschaften dar; im Rahmen von *Umstrukturierungen* (Fusionen etc.) fällt allerdings die Liquidationsphase weg.

⁴ Die *Risikokapitalgeber*, also *Aktionäre* bei AG sowie *GmbH-Gesellschafter* bei GmbH, profitieren vom positiven Geschäftsgang im Wesentlichen durch Steigerungen des inneren Werts ihrer Beteiligungen (bei kotierten Aktien steigt regelmässig der Börsenkurs) und durch Gewinnausschüttungen bzw. Dividenden.

⁵ Konkret handelt es sich um *Auflösung durch Konkurs*: Art. 736 Ziff. 3 OR sowie Art. 821 Abs. 1 Ziff. 3 OR; auf Konkurse sowie auf Konkursverfahren wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

⁶ Sanierungen von Gesellschaften werden also nach der «Geburt» und vor dem «Tod» durchgeführt und sollen sozusagen das «Restleben» entweder verlängern oder wieder angenehmer machen.

⁷ Im Detail: *Jürg A. Koeflerli*, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1994), 9 ff.

nen Erlassen findet. Gesellschaftsrechtliche Aspekte zu Unternehmenssanierungen werden in erster Linie im *Obligationenrecht* (OR)⁸ angesprochen, die im Rahmen dieser Darstellung im Vordergrund stehen.⁹ Je nach interessierendem Wirtschaftszweig sind Spezialgesetze zu beachten, also etwa das *Bankrecht* (v. a. BankG)¹⁰ bei Banken.¹¹

Ausserhalb des Fokus liegen das *Steuerrecht* einerseits¹² sowie das *Strafrecht* andererseits¹³. Es soll indes nicht verschwiegen werden, dass sich diese Themen in der Wirtschaftsrealität als besonders wichtig erweisen, obwohl v. a. Strafverfahren selten vorkommen.

In aller Regel werden Sanierungen bzw. Aufschübe von Konkursen in Beziehung gesetzt zum *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht* (sc. SchKG)¹⁴; ausgewählte Stichworte: Nachlassstundung (Art. 293 ff. SchKG), Stundungsverfahren (Art. 299 ff. SchKG), Nachlassvertrag (Art. 305 ff. SchKG) bzw. ordentlicher Nachlassvertrag (Art. 314 ff. SchKG), einvernehmliche private Schuldenbereinigung (Art. 333 ff. SchKG) sowie Notstundung (Art. 337 ff. SchKG).¹⁵ Im Jahr 2014 trat ein total revidiertes SchKG in Kraft.¹⁶

3. Buchhalterische Sanierungen

In finanziellen Krisen stehen in der Praxis *reale Sanierungen* im Vordergrund des Interesses (z. B. Verkauf oder Schliessung von Unternehmensteilen oder Kurzarbeit).¹⁷ Während Vergrösserungen der Aktiven nicht ohne Weiteres – und insbesondere: nicht juristisch – möglich sind, kann zumindest versucht werden, die Passiven zu reduzieren; in die-

sem Zusammenhang kommen bei der Arbeitnehmerschaft regelmässig *Entlassungen* vor. Die entsprechenden Rechtsfragen werden nicht im Gesellschaftsrecht beantwortet.¹⁸

Als organisatorische Sanierungsmassnahme des Gesellschaftsrechts wird immer wieder der Einsatz von *Auffanggesellschaften* diskutiert, wobei weder einheitliche Terminologien noch übereinstimmende Grundverständnisse bestehen;¹⁹ bei Bankensanierungen wird regelmässig von «Bad Banks» oder von «Bridge Banks» gesprochen.²⁰ Auffanggesellschaften sollten Konzepte in rechtlicher, finanzieller und operativer Hinsicht aufweisen.²¹

Oft stehen *Banken* als (potenzielle) Geldgeber – meist im Bereich des Fremdkapitals – für Sanierungsversuche im Vordergrund; Banken können beispielsweise durch operative Beratungen, durch Überbrückungsfinanzierungen («Bridge Loans») oder durch Stillhalteabkommen («Standstill Agreements») involviert werden.²² M. E. sollten allerdings *Haftungsrisiken* kreditgebender Banken – gerade bei Sanierungen in finanziellen Krisen – infolge möglicher materieller Organschaft (Art. 754 ff. OR) nicht unterschätzt werden.²³

Meist bemühen sich Juristen v. a. um *buchhalterische Sanierungen*, die zwar weder die wirtschaftliche Ausgangslage noch das finanzielle Umfeld positiv verändern, allerdings Bilanzprobleme lösen bzw. bereinigen. Verschiedene Sanierungsmassnahmen bei *Kapitalverlusten* auf der einen Seite²⁴ (z. B. Aufwertungen²⁵, Kapitalherabsetzungen²⁶ sowie Kapitalerhöhungen²⁷) sowie bei *Überschuldungen* auf der anderen Seite²⁸ (nämlich Rangrücktritt²⁹ sowie Konkursaufschub³⁰) sollen im Folgenden aufgezeigt werden.

⁸ SR 220; zum Gesellschaftsrecht gehört zudem das *Umstrukturierungsrecht* bzw. Fusionsgesetz (FusG); Vgl. dazu hinten III. 2.

⁹ Vgl. dazu hinten II.; angesichts der nach wie vor andauernden *Dominanz von AG* (Statistik per 1. Januar 2014: 202 183 AG, 149 725 GmbH, 9478 Genossenschaften, 12 230 Kollektivgesellschaften sowie 1979 Kommanditgesellschaften) wird primär auf das *Aktienrecht* eingegangen.

¹⁰ BankG: SR 952.0.

¹¹ Vgl. dazu hinten III. 3.

¹² Auswahl: *Peter Athanas/Christoph Suter*, Steuerliche Aspekte von Sanierungen, in: *Sanierung der AG* (2. A. Zürich 2003), 191 ff.; *Felix Schalcher*, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht (Diss. St. Gallen 2008) *passim*; *Daniela Schmucki/Andrea Nordin*, Sanierung und Steuern, in: *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV* (Zürich 2014), 21 ff.

¹³ Übersicht statt aller: *Stephan Kesselbach*, Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht (Diss. Zürich 2000) *passim*.

¹⁴ SR 281.1.

¹⁵ Sanierungsaspekte des *SchKG* werden im Folgenden *nicht* dargestellt.

¹⁶ Als Übersicht: *Daniel Hunkeler*, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, Jusletter vom 8. Juli 2013, *passim*; generell: *Thomas Sprecher*, Die Revision des Sanierungsrechts, in: *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen* (Zürich 2011), 99 ff.

¹⁷ Die Rede ist von *betrieblichen* Sanierungen: *Vito Roberto*, Rechtsprobleme bei Sanierungen – ein Überblick, in: *Sanierung der AG* (2. A. Zürich 2003), 13.

¹⁸ Beachtet werden muss in erster Linie das *Arbeitsrecht*; gesetzliche Details für *Massenentlassungen*: Art. 335d ff. OR; allg.: *Thomas Geiser*, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: *Sanierung der AG* (2. A. Zürich 2003), 145 ff. und v. a. 173 ff.; *Adrian von Kaenel*, Grundlagen der Massenentlassung und des Sozialplans, in: *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen* (Zürich 2011), 1 ff.

¹⁹ Allg.: *Andreas Rüd*, Sanierung durch Betriebsübertragung (Diss. Basel 2003), 3 ff. m. w. H.

²⁰ Vgl. dazu hinten III. 3.

²¹ *Markus Koch*, Gestaltung einer Auffanggesellschaft als «Plan B», in: *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IV* (Zürich 2014), 11 ff.

²² Übersicht: *Markus Affentranger*, Die Stellung der Banken in der Krisensituation – Rechtliche Aspekte, in: *Sanierung der AG* (2. A. Zürich 2003), 103 ff.

²³ Hinweise: *Peter V. Kunz*, Materielle Organschaft («faktische VR»): Voraussetzung sowie Folgen im Aktienrecht, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX* (Bern 2014), 187 ff.

²⁴ Vgl. dazu hinten II. 2.

²⁵ Vgl. dazu hinten II. 2. b. aa.

²⁶ Vgl. dazu hinten II. 2. b. bb.

²⁷ Vgl. dazu hinten II. 2. b. cc.

²⁸ Vgl. dazu hinten II. 3.

²⁹ Vgl. dazu hinten II. 3. b. bb.

³⁰ Vgl. dazu hinten II. 3. b. cc.

4. Liquiditätsprobleme

Die Sanierungsmechanismen gemäss Art. 725 f. OR greifen *relativ spät* bei finanziellen Krisen. Die «erste Phase» betrifft den Kapitalverlust, und die «zweite Phase» wird durch die Überschuldung ausgelöst. Tatsächlich verhält es sich oft etwas anders: «In der Praxis liefert jedoch die Entwicklung von Geldfluss und Liquidität (sogenannte *burn rate*) einen viel wichtigeren Anhaltspunkt für die finanzielle Lage der Gesellschaft»³¹.

In der Wirtschaftsrealität sind *Liquiditätsprobleme* – also das Unvermögen, fällige Schulden realiter zu bezahlen³² – ein Zentralproblem, das zum Konkurs führen kann.³³ Buchhalterisch wird dadurch allerdings die *Bilanz nicht berührt*. Aus diesem Grund hilft bei AG zwar die Aufforderung zur Nachliberierung (Art. 634a OR)³⁴ der Verbesserung der Liquiditätssituation, doch stellt dies nichtsdestotrotz *keine Sanierungsmassnahme* dar.³⁵

M. E. rechtspolitisch mit gutem Grund soll mit der «grossen Aktienrechtsrevision» ein *Paradigmenwechsel* betreffend Unternehmensliquidität erfolgen.³⁶ Liquiditätsprobleme sollen in Zukunft ein neues Element der Krisenbewältigung im Rahmen von Art. 725 OR sein: «Besteht die begründete Besorgnis, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich einen Liquiditätsplan erstellen» (Art. 725a Abs. 1 E-OR)³⁷.

Eine *reale Zahlungsunfähigkeit* soll de lege ferenda schliesslich eine weitere Handlungspflicht auslösen: «Ist die Gesellschaft zahlungsunfähig, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungs-

massnahmen beantragen» (Art. 725a Abs. 3 E-OR)³⁸. Anders als noch im Vorentwurf zur «grossen Aktienrechtsrevision»³⁹ soll indes *keine zwingende Gerichtsbenachrichtigung* vorgesehen werden.⁴⁰

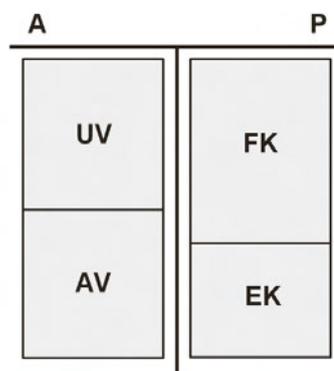
II. Aktienrechtliche Sanierungsaspekte

1. Ampelfunktion der Bilanz

a) Grundsätzliches

Die auf das Jahr 2013 hin total revidierte⁴¹ *Rechnungslegung* soll die «wirtschaftliche Lage des Unternehmens so darstellen, dass sich Dritte ein zuverlässiges Urteil bilden können» (Art. 958 Abs. 1 OR). Nebst der Erfolgsrechnung (Art. 959b OR) dient die Bilanz der Gesellschaft (Art. 959 f. OR) diesem Zweck; Bilanz, Erfolgsrechnung sowie Anhang (Art. 959c OR) bilden gemäss Art. 958 Abs. 2 OR die *Jahresrechnung* der Unternehmung.

Die *Bilanz* stellt die Vermögenslage und die Finanzlage der Gesellschaft dar und gliedert sich in Aktiven einerseits sowie Passiven andererseits (Art. 959 Abs. 1 OR). Die *Aktiven* zeigen die Vermögensverwendung und die *Passiven* die Unternehmensfinanzierung auf.⁴²



Finanzielle Gesellschaftskrisen basieren, etwas trivialisiert, auf dem Bilanzbonmot: «on the left is

³¹ Christoph B. Bühler, Sanierung nach Aktienrecht de lege lata et ferenda (Zürich 2010), 19 (Hervorhebung im Original); ähnlich: Lukas Glanzmann, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX (Bern 2014), 279 f.

³² Liquidität betrifft im Wesentlichen das Verhältnis von einerseits «flüssigen» Aktiven – also: Teilen des *Umlaufvermögens* – zu *kurzfristigem Fremdkapital* andererseits; sollte das Gesellschaftsvermögen v. a. in «nicht flüssigen» Aktiven investiert sein (z. B. in Grundstücken), kann es *trotz guter Bilanzsituation* durchaus zu *Zahlungsschwierigkeiten* kommen.

³³ Bei *Banken* erscheint dies offensichtlich; im Bankrecht werden Liquiditätsprobleme bereits *de lege lata* als Grundvoraussetzung für Bankensanierungen erwähnt: Vgl. dazu hinten III. 3.

³⁴ Anders als bei AG fällt heute bei GmbH eine vergleichbare Aufforderung zur Nachliberierung weg, weil seit der Revision des GmbH-Rechts die *Stammanteile voll liberiert* werden müssen: Art. 777 Abs. 2 Ziff. 2 OR, Art. 777c Abs. 1 OR sowie Art. 781 Abs. 1 OR (für Stammkapitalerhöhungen).

³⁵ Nachliberierungen führen zu einem Aktivtausch ohne quantitative Veränderung beim Eigenkapital; die folgende reale Bezahlung der Schulden *verkürzt* die Bilanz; beide Vorgänge beeinflussen weder einen Kapitalverlust noch eine Überschuldung.

³⁶ Vgl. dazu hinten III. 4. a.

³⁷ Zum Entwurfstext: BBl 2008 1785; dieser (geplante) *Liquiditätsplan*, der den aktuellen Bestand der «flüssigen Mittel» ebenso aufzeigen wird wie die zu erwartenden Einzahlungen und Auszahlungen in den nächsten zwölf Monaten (Art. 725a Abs. 1 E-OR), soll von einem ordentlichen Revisor geprüft werden (Art. 725a Abs. 2 E-OR); für den Liquiditätsplan genügt eine *drohende Zahlungsunfähigkeit*: BBl 2008 1689.

³⁸ BBl 2008 1785; m. E. stellt somit im künftigen Recht die *Aufforderung zur Nachliberierung* – anders als *de lege lata* – durchaus eine Liquiditätssanierungsmassnahme dar.

³⁹ Vorentwurf des Bundesrats vom 2. Dezember 2005: «Ist die Gesellschaft (...) zahlungsunfähig, so muss der Verwaltungsrat das Gericht unverzüglich benachrichtigen» (Art. 725 Abs. 5 VE-OR).

⁴⁰ Botschaft des Bundesrats vom 21. Dezember 2007: BBl 2008 1690; das Konzept von Art. 725 Abs. 1 OR, aber nicht dasjenige von Art. 725 Abs. 2 OR wird somit künftig bei Liquiditätsproblemen übernommen.

⁴¹ Statt aller: Lukas Handschin, Neues Rechnungslegungsrecht: Die wichtigsten Neuerungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Jusletter vom 21. Oktober 2013, *passim*.

⁴² Details: Peter V. Kunz, Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V (Bern 2010), 50 ff. m. w. H.; zur Mindestgliederung in *Umlaufvermögen* sowie *Anlagevermögen* (Aktiven) bzw. *Fremdkapital* sowie *Eigenkapital* (Passiven): Art. 959a OR.

nothing right, and on the right is nothing left»⁴³. Buchhalterisch wird dies ersichtlich beim Verhältnis der Aktiven zu den Passiven, d. h., die «linke Säule» wird gegenüber der «rechten Säule» immer kürzer, was spezifische Rechtsfolgen hat. Die Bilanz nimmt m. a. W. im Rahmen von Art. 725 OR eine eigentliche *Ampelfunktion* wahr.⁴⁴

Für diese «Ampel» sind nicht die Aktiven, sondern vielmehr die Passiven massgeblich, also das *Fremdkapital* sowie – chronologisch: zuerst – das *Eigenkapital*;⁴⁵ Sanierungsmassnahmen «beinhalten in der Regel Veränderungen des Eigenkapitals»⁴⁶. Das Eigenkapital besteht potenziell aus zwei Komponenten, nämlich dem bei Körperschaften obligatorischen *Nominalkapital* (z. B. Aktienkapital sowie Stammkapital) sowie den *Reserven*.

Nebst statutarischen Reserven (Art. 672 f. OR) und Ad-hoc-Reserven (Art. 674 OR) sollen in erster Linie *gesetzliche Reserven* finanzielle Krisen bei AG «abfedern» und spielen eine wichtige Rolle hinsichtlich der Ampelfunktion. Dazu gehören die *allgemeine gesetzliche Reserve* einerseits⁴⁷ sowie die *Aufwertungsreserve* andererseits⁴⁸; die (frühere) Reserve für eigene Aktien wurde hingegen mit der Rechnungslegungsrevision prinzipiell «abgeschafft».⁴⁹

⁴³ Auswahl: Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht (4. A. Zürich 2009), § 13 N 707 ff.; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht (11. A. Bern 2012), § 16 N 83 ff.

⁴⁴ In diesem Sinne: Peter V. Kunz, Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht (2. A. Bern 2012), 181 f. m. w. H.; vgl. dazu hinten II. 1. b.

⁴⁵ Teils gibt es zwischen Fremdkapital und Eigenkapital *Hybridkapital* (z. B. *Mezzanine-Finanzierung*; allg.: Björn M. Broda, *Mezzanine Finance*, ST 77 [2003], 977 ff.; Beat Barthold, *Mezzanine-Finanzierung von Unternehmensübernahmen und Jungunternehmern*, SZW 72 [2000], 224 ff.), wozu u. a. partiarische Darlehen, Wandelobligationen, Optionsanleihen sowie Vorzugsaktien gezählt werden.

⁴⁶ Marcel Giger, Sicht der Aktionäre und Obligationäre, in: Sanierung der AG (2. A. Zürich 2003), 125.

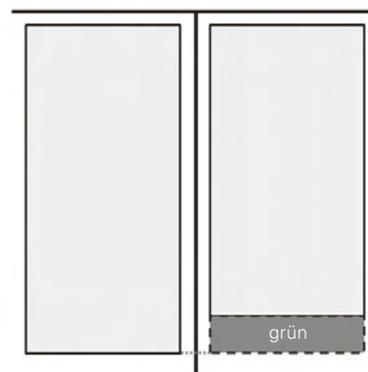
⁴⁷ Die *allgemeine gesetzliche Reserve* ergibt sich im Wesentlichen aus Anteilen des Jahresgewinns, aus dem Agio sowie aus «Kaduzierungsgewinnen»: Art. 671 OR.

⁴⁸ Bei Kapitalverlusten dürfen nur, aber immerhin zwei Aktivposten bis maximal zum «wirklichen Wert» aufgewertet werden, nämlich *Grundstücke* sowie *Beteiligungen*: Art. 670 Abs. 1 OR; dies hat eine rechnungslegungsrechtliche Folge: «Der Aufwertungsbeitrag ist gesondert als Aufwertungsreserve auszuweisen» (Art. 670 Abs. 1 Satz 2 OR) und diese *Aufwertungsreserve* gehört zur *gesetzlichen Reserve* (zur Auflösung: Art. 671b OR); die Aufwertungsreserve sollte abgeschafft werden, was indes «vergessen» wurde; m. E. bleiben im Ergebnis sowohl Art. 670 Abs. 1 OR als auch Art. 671b OR nach wie vor massgeblich; gl. M.: Florian Zihler, Überblick über das neue Rechnungslegungsrecht, ST 85 (2011), 806.

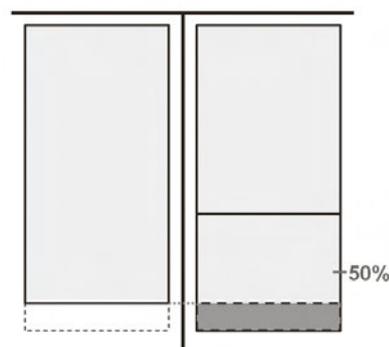
⁴⁹ Dies ist der Fall, obwohl Art. 671a OR nach wie vor von einer *Reserve für eigene Aktien* (als Teil der gesetzlichen Reserve) ausgeht; die eigenen Aktien werden seit der Revision des Rechnungslegungsrechts indes nicht mehr durch eine spezifische gesetzliche Reserve «sichergestellt», sondern sachgerecht nunmehr durch einen entsprechenden *Abzug beim Eigenkapital*: Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 lit. e OR («eigene Kapitalanteile als Minusposten») als *Lex specialis*; Art. 671a OR ist somit rechnungslegungsrechtlich zu ignorieren bzw. nicht mehr anzuwenden; gl. M.: Lukas Glanzmann, Das neue Rechnungslegungsrecht, SJZ 108 (2012) 210; Christian Haas, Eigene Aktien und Kapitalverlust (...), ST 87 (2013) 922; anders verhält es sich bei Konzernverhältnissen: Vgl. dazu hinten III. 4. b.

b) Lichtwechsel von «Grün» über «Gelb» zu «Rot»

Etwas trivialisiert gibt es kein rechtliches «Halten» für die Gesellschaft (oder m. a. W. ist die «Ampel» auf «Grün»), wenn in der Bilanz mehr Aktiven als Passiven – ohne Gewinn als Differenzgrösse – vorhanden sind. Es liegt somit ein auf der Passivseite auszuweisender *Bilanzgewinn* vor,⁵⁰ aus dem z. B. Dividenden ausbezahlt werden können (Art. 674 OR).⁵¹



Eine «ausgeglichene» Bilanz gibt es in der Wirtschaftsrealität selten. Wenn kein Bilanzgewinn besteht, dürften die Aktiven kleiner als die Passiven (sc. Fremdkapital plus Eigenkapital) sein, sodass ein *regulärer Bilanzverlust* vorliegt, der (noch) keine sanierungsrechtlichen Schritte auslöst.⁵² Ein solcher Verlust verhindert im Rahmen von Art. 674 OR meist eine Dividendenausschüttung, wodurch das Eigenkapital weiter reduziert würde.



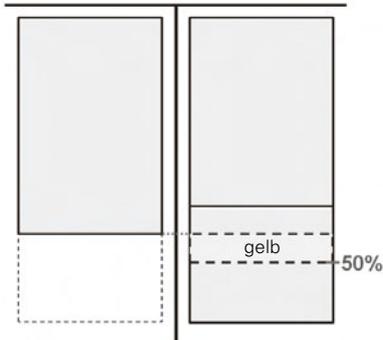
Sollte sich das Verhältnis von Aktiven zu Passiven weiter verschlechtern, kann sich der reguläre zu einem *qualifizierten Bilanzverlust* entwickeln,

⁵⁰ Bilanzgewinn basiert ebenfalls auf Vorjahreszahlen, d. h., bei Gewinnvorträgen kann ein Bilanzgewinn bestehen selbst für den Fall eines Jahresverlusts; *Bilanzgewinn* ist somit *nicht* synonym mit *Jahresgewinn*.

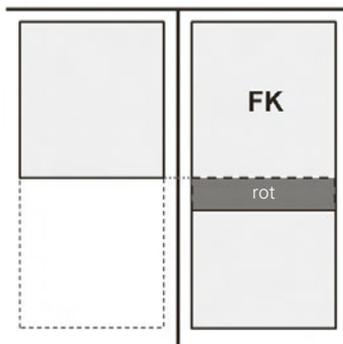
⁵¹ Bilanzgewinne können verwendet werden für Reservenbildung oder für Gewinnausschüttungen, und der übrig bleibende Betrag wird «auf neue Rechnung» vorgetragen.

⁵² Eine (mittelbar) sanierende Wirkung hat das *Steuerrecht* mit dem Rechtsinstitut des *Verlustvortrags*: Art. 67 Abs. 1 DBG (SR 642.11) sowie z. B. Art. 93 Abs. 1 StG-BE (BSG 661.11).

also zu einem *Kapitalverlust* («Unterbilanz»), wobei vorgängig die offenen Reserven mit dem Verlust «verrechnet» wurden. Das massgebliche Eigenkapital, nämlich das Nominalkapital zuzüglich der gesetzlichen Reserven, wurde zu mehr als 50% «verloren» (Art. 725 Abs. 1 OR: «Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven verloren»)⁵³; die «Ampel» steht nunmehr auf «Gelb».⁵⁴



Auf «Rot» wird die «Ampel» schliesslich erst gestellt, wenn das Eigenkapital zu 100% verloren wurde oder – von der anderen Seite her betrachtet – wenn die Aktiven nicht einmal mehr ausreichen, um das Fremdkapital zu 100% «abzudecken». In einer solchen Situation liegt eine *Überschuldung* gemäss Art. 725 Abs. 2 OR vor, die drastische Rechtsfolgen hat.⁵⁵



Durch qualifizierte Bilanzverluste bzw. Kapitalverluste einerseits sowie durch Überschuldungen andererseits sind *unterschiedliche Interessenten* gefährdet, was im Wesentlichen die divergierenden Rechtsfolgen der entsprechenden Krisen erklärt. Die *Risikokapitalgeber* (Gesellschafter) und deren Schutz stehen bei Bilanzverlusten zur Diskussion,⁵⁶ wohingegen bei Überschuldungen

die *Fremdkapitalgeber* (Gläubiger) geschützt werden sollen.⁵⁷

2. Kapitalverlust

a) Analyse

Der *Kapitalverlust* ist ein qualifizierter Bilanzverlust⁵⁸, d. h., die Aktiven reichen nicht (mehr) aus, um das gesamte massgebliche Eigenkapital (konkret: Aktienkapital und gesetzliche Reserven, hingegen nicht andere Reserven) «abzudecken».⁵⁹ Insofern sind ausschliesslich Risikokapitalgeber bzw. *Eigenkapitalgeber* – m. a. W. *Gesellschafter* – betroffen und müssen für Sanierungsmassnahmen «beigezogen» werden.⁶⁰

Art. 725 Abs. 1 OR sieht vor: «Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so beruft der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung ein und beantragt ihr Sanierungsmassnahmen.» Der *Kapitalverlust* ist Tatbestand, und die *Sanierungsmassnahmen* stellen Rechtsfolge(n) dar.⁶¹

Ein Zuwarten des VR bis zum Vorliegen der «*letzten Jahresbilanz*» dürfte m. E. oftmals unzulässig sein (und könnte als Pflichtwidrigkeit qualifiziert werden).⁶² Allenfalls ist im Einzelfall bereits vor Jahresabschluss ein Zeitpunkt gegeben, in dem der VR eine *Zwischenbilanz* zur Abklärung der Situation gemäss Art. 725 Abs. 1 OR zu erstellen hat.⁶³ Sanierungsmassnahmen umfassen meist *Verkürzungen* oder *Verlängerungen* der Bilanz.

b) Massnahmen

aa) Aufwertungen

Das obligationenrechtliche Rechnungslegungsrecht sieht, primär aus Gründen des Vorsichtsprinzips (Art. 958c Abs.1 Ziff. 5 OR), diverse *Höchst-*

⁵⁷ Die Aktionäre haben in diesem Fall ohnehin alles verloren, so dass sie nicht einmal mehr an einer GV begrüsst werden; für den *Gläubigerschutz* verantwortlich zeichnen *Gerichte*: Vgl. dazu hinten II. 3. a.

⁵⁸ Vgl. dazu vorne II. 1. b.

⁵⁹ Der Grenzwert liegt de lege lata bei 50% des massgeblichen *Eigenkapitals*, wobei dieser quantitative Ansatz m. E. *relativ arbiträr* erscheint; de lege ferenda sollen AG den Grenzwert «verschärfen» oder m. a. W. statutarisch herabsetzen können: Vgl. dazu hinten III. 4. a.

⁶⁰ Im Gesetze wird zwar der «*Beizug*» der *Gesellschafter* zum Ausdruck gebracht (sc. meist Einberufung einer ausserordentlichen Generalversammlung [a. o. GV]), allerdings *nicht* die einzelnen *konkreten Sanierungsmassnahmen*, die sich in der Wirtschaftsrealität entwickelt haben: Vgl. dazu hinten II. 2. b.

⁶¹ Vgl. dazu hinten II. 2. b. aa. cc.

⁶² Vgl. dazu hinten II. 4.

⁶³ Der VR hat intern sicherzustellen, dass er jederzeit über die finanzielle Entwicklung der AG auf dem Laufenden ist; es handelt sich um eine unübertragbare Aufgabe: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.

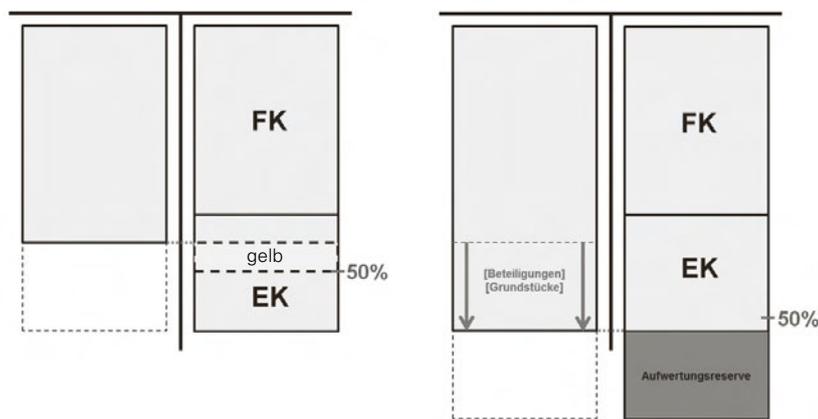
⁵³ Es handelt sich um einen *Teilverlust des Eigenkapitals*; hingegen steht das *Fremdkapital* nicht zur Debatte und ist durch den wirtschaftlichen Niedergang (noch) nicht betroffen.

⁵⁴ In diesem Fall entstehen *Handlungspflichten* für den Verwaltungsrat (VR): Vgl. dazu hinten II. 2. b.

⁵⁵ Vgl. dazu hinten II. 3. b.

⁵⁶ Folglich hat sich der VR im Rahmen von Art. 725 Abs. 1 OR an die *Aktionäre* mittels *Generalversammlung* (GV) zu wenden, und *kein Gericht* gelangt zum Einsatz: Vgl. dazu hinten II. 2. a.

Abbildung 1



bewertungsvorschriften für Aktiven vor. Insofern können auf Aktivpositionen durchaus stille Reserven entstehen,⁶⁴ d. h., im konkreten Einzelfall übersteigen Verkehrswerte historische Buchwerte. Allerdings dürfen Aktiven rechnungslegungsrechtlich *grundsätzlich nicht aufgewertet* werden.⁶⁵

Bei zwei spezifischen Aktiva⁶⁶ – konkret geht es um *Grundstücke* auf der einen Seite sowie um *Beteiligungen* auf der anderen Seite⁶⁷ – dürfen stille Reserven im Fall eines Kapitalverlustes aus Sanierungsgründen «offen» ausgewiesen werden, indes immer nur unter der Voraussetzung, dass der Verkehrswert realiter über dem Buchwert liegt. Solche buchhalterischen Aufwertungen führen zur *Verlängerung der Aktiven*.

Diese Aufwertungen von Aktiven führen jedoch ebenfalls zu einer *Verlängerung der Passiven*, weil eine *Aufwertungsreserve* – als gesetzliche Reserve im Bereich des Eigenkapitals – vorzusehen ist (Art. 670 OR).⁶⁸ Nachdem Aktiven und Passiven im gleichen Umfang verlängert werden (= Bilanzverlängerung), bleiben *Bilanzverluste im gleichen Umfang* bestehen, d. h., die Sanierung erfolgt nicht durch eine Reduktion des Verlustes (vgl. Abb. 1).⁶⁹

⁶⁴ Anders verhält es sich im Bereich des *Kotierungsrechts* für *kotierte* Beteiligungen, d. h. für Publikumsgesellschaften, bei denen prinzipiell stille Reserven untersagt sind («true and fair view»).

⁶⁵ Unter *wirtschaftlichen* Aspekten erscheint dies schlicht *unsinnig*, weil diese Verkehrswerte eindeutig höher sind als die Buchwerte im Rahmen der Buchhaltung bzw. der Rechnungslegung.

⁶⁶ Es handelt sich um Aktiven, bei denen in der Wirtschaftsrealität regelmässig stille Reserven vorkommen.

⁶⁷ Immobilien bzw. *Grundstücke* werden in Art. 655 ff. ZGB (SR 210) umschrieben; *Beteiligungen* sind Anteile am Eigenkapital eines anderen Unternehmens, die im Wesentlichen mit der Absicht dauernder Anlage gehalten werden, was bei Beteiligungen vermutet wird, die mindestens 20% der Stimmrechte der betroffenen Gesellschaft verschaffen: Art. 665a Abs. 2/Abs. 3 aOR sowie Art. 960d Abs. 3 OR.

⁶⁸ Vgl. dazu vorne II. 1. a.

⁶⁹ Es kann jedoch eine buchhalterische Sanierung vorliegen, weil infolge der Vergrößerung des Eigenkapitals nach der Aufwertung der Kapitalverlust den Grenzwert von 50% nicht (mehr) erreicht.

bb) Kapitalherabsetzungen

Herabsetzungen des Aktienkapitals *ohne Auszahlung(en)* an die Aktionäre⁷⁰ gemäss Art. 735 OR können Sanierungsmassnahmen im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR darstellen, wobei auf Schuldenrufe sowie Gläubigersicherstellungen verzichtet wird.⁷¹ Durch eine solche Kapitalherabsetzung bei den Passiven sowie – als Folge eines Verzichts auf Auszahlung – gleichbleibende Aktiven wird im Ergebnis der *Bilanzverlust reduziert*.

Bei richtiger «Quantifizierung» der Transaktion macht der reduzierte Gesellschaftsverlust *weniger als 50%* des massgeblichen Eigenkapitals der AG aus. Anders als bei Aufwertungen⁷² sowie bei Kapitalerhöhungen⁷³ finden keine Bilanzverlängerungen, sondern vielmehr *Bilanzverkürzungen* statt, und zwar im Umfang der Kapitalherabsetzungen. Dadurch kann eine buchhalterische Sanierung der Unternehmung gelingen (vgl. Abb. 2).

cc) Kapitalerhöhungen

Im Rahmen von Art. 650 ff. OR können *Erhöhungen des Aktienkapitals* vorgenommen werden, die meist der Finanzierung der Gesellschaft dienen. Kapitalerhöhungen vergrössern die *Passiven* auf der einen Seite, und auf der anderen Seite führen – infolge Liberierung – «neue Mittel» zu mehr *Aktiven* im gleichen Umfang (= Bilanzverlängerung).

Eine solche Aktienkapitalerhöhung belässt zwar den *Bilanzverlust im gleichen Umfang*. Vergleichbar mit Aufwertungen⁷⁴ wird durch eine Kapitalerhöhung indes bei den Passiven das *Eigenkapital ver-*

⁷⁰ Die Rede ist von *deklarativen* Kapitalherabsetzungen.

⁷¹ Eine spezielle Sanierungsvariante sieht ausserdem Art. 732a OR vor mit einer Aktienkapitalherabsetzung auf null mit anschliessender Wiedererhöhung, was – metaphorisch überzeugend – teils als «*Harmonikasanierung*» bezeichnet wird; allg.: *Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber*, Grundriss des Aktienrechts (3. A. Zürich 2011), N 445 f.

⁷² Vgl. dazu vorne II. 2. b. aa.

⁷³ Vgl. dazu hinten II. 2. b. cc.

⁷⁴ Vgl. dazu vorne II. 2. b. aa.

Abbildung 2

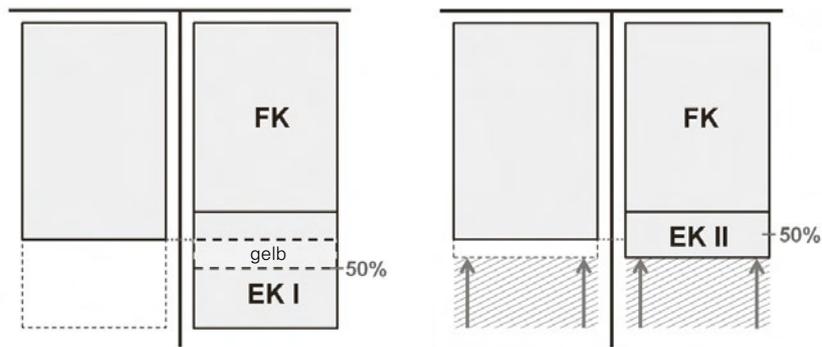
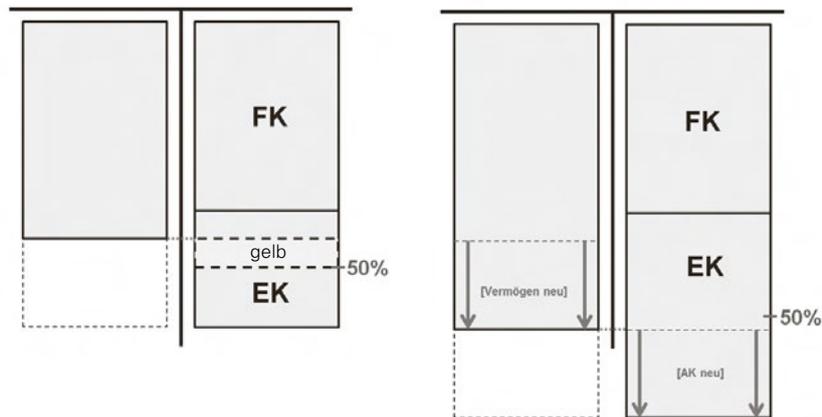


Abbildung 3



grössert (nicht bei den Reserven, sondern beim Nominalkapital), wodurch der Gesellschaftsverlust unter den 50%-Grenzwert fallen kann (vgl. Abb. 3).⁷⁵

3. Überschuldung

a) Analyse

Die *Überschuldung* von Gesellschaften geht wesentlich weiter als der Kapitalverlust⁷⁶, d. h., die Aktiven reichen nicht (mehr) aus, um das Fremdkapital, d. h. die Schulden der Unternehmung, «abzudecken». ⁷⁷ Insofern sind nicht mehr Risikokapitalgeber bzw. Eigenkapitalgeber, sondern nunmehr *Fremdkapitalgeber* – m. a. W. *Gesellschaftsgläubiger* – betroffen, und primär Gerichte sollen «beigezogen» werden für ihren Schutz.⁷⁸

Art. 725 Abs. 2 OR sieht vor: «Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt wer-

den. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen (...)»⁷⁹

Die *Überschuldung* (und damit der Totalverlust des Eigenkapitals der betroffenen Gesellschaft) ist Tatbestand im Rahmen von Art. 725 Abs. 2 OR, und die *Richterbenachrichtigung* (etwas trivialisiert als «Bilanzdeponierung» bezeichnet) – nicht etwa Sanierungsmassnahmen wie beim Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR – stellt Rechtsfolge dar.⁸⁰ Immerhin bleiben Rangrücktritte⁸¹ sowie Aufschübe des Konkurses⁸² vorbehalten.

b) Massnahmen

aa) Bilanzdeponierung

Wenn eine Überschuldung besteht (= Tatbestand), muss beim zuständigen Gericht die «Bilanz depo-

⁷⁵ Kapitalerhöhungen stellen somit ebenfalls eine buchhalterische Sanierung dar, doch – anders als bei Aufwertungen oder bei Kapitalherabsetzungen ohne Auszahlung – wird ausserdem die *finanzielle Situation verbessert* für die AG, zumindest wenn tatsächlich «neue Mittel» zugeführt werden; bei Verrechnungsliberierungen erfolgt die Sanierung durch Reduktion des Fremdkapitals (und z. B. der Zinsenbelastungen).

⁷⁶ Vgl. dazu vorne II. 2.

⁷⁷ Der Grenzwert für die (richterliche) Intervention liegt bei 100% des Eigenkapitals.

⁷⁸ Vgl. dazu hinten II. 3. b. aa.

⁷⁹ Die Bilanzdeponierung folgt erst ganz am Schluss eines detaillierten Vorgehensprogrammes: Der *erste* Schritt ist eine «begründete Besorgnis einer Überschuldung», die – als *zweiten* Schritt – die Erstellung einer Zwischenbilanz auslöst, und zwar auf Grundlage von Fortführungswerten einerseits sowie von Liquidationswerten andererseits; der *dritte* Schritt führt zur Bilanzprüfung durch einen zugelassenen Revisor, und wenn beide Zwischenbilanzwerte weiterhin eine Überschuldung ausweisen, muss – als *vierten* Schritt – die Benachrichtigung des Gerichts erfolgen: Vgl. dazu hinten II. 3. b. aa.

⁸⁰ Vgl. dazu hinten II. 3. b. aa.

⁸¹ Vgl. dazu hinten II. 3. b. bb.

⁸² Vgl. dazu hinten II. 3. b. cc.

niert» werden (= Rechtsfolge). Unter prozessrechtlichen Aspekten kann das Gerichtsverfahren, das den Richter über die Überschuldung – und damit über die Gefährdung des Fremdkapitals – orientiert und regelmässig zur *Konkureröffnung* führen wird,⁸³ streitig oder nicht streitig sein. Vor Gericht findet ein summarisches Verfahren statt.⁸⁴

Die «Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung» gehört zu den *unübertragbaren Aufgaben des VR* (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR). Nur, aber immerhin für den Fall von Rangrücktritten gemäss Art. 725 Abs. 2 OR kann darauf – mindestens vorläufig – verzichtet werden.⁸⁵ Sollte der VR eine Bilanzdeponierung unterlassen bzw. zeitlich übermässig verzögern, hat die *Revisionsstelle* an seiner Stelle aktiv zu werden.⁸⁶

bb) Rangrücktritt

Im künftigen Recht⁸⁷ soll der *Rangrücktritt von Gläubigern* detailliert(er) umschrieben werden als *de lege lata*. Heute werden Gläubigerrangrücktritte, die nicht verwechselt werden dürfen mit Forderungsverzichten⁸⁸, vorausgesetzt, damit – allenfalls – eine Richterbenachrichtigung unterbleiben kann.⁸⁹ Um überhaupt *wirksam* zu sein, muss der Rangrücktritt «im Ausmass dieser Unterdeckung» erfolgen (Art. 725 Abs. 2 Satz 2 a. E. OR).

Insbesondere der *Gegenstand* von Rangrücktritten erscheint nach wie vor umstritten. In der Wirtschaftsrealität werden grosse Finanzprobleme von sanierungsbedürftigen Unternehmungen regelmässig durch *Zinsbewirtschaftungen*, die für Gläubiger oftmals von hervorragendem Interesse sind, geschaffen oder zumindest perpetuiert. Rangrücktritte sollen sowohl *Forderungen* einerseits als auch *Zinsen* darauf andererseits umfassen.

cc) Aufschiebung des Konkurses

Sanierungen *nach* Gesellschaftskonkurs werden im SchKG und Sanierungsmöglichkeiten *vor* Kon-

kurseröffnung im OR geregelt. Ein erster (Zwischen-)Schritt zur Gesellschaftssanierung nach Richterbenachrichtigung bzw. nach Bilanzdeponierung⁹⁰ liegt allerdings in der Möglichkeit des *Konkursaufschubs* im Rahmen von Art. 725a OR. Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine Publikation erforderlich (Art. 725a Abs. 3 OR).

Formell braucht es einen Antrag auf Konkursaufschub, und zwar entweder durch den VR der AG als Organ oder durch einen Gesellschaftsgläubiger (Art. 725a Abs. 2 Satz 2 OR), wohingegen die Gesellschafter ausgeschlossen bleiben.⁹¹ *Materiell* bedarf es einer «Aussicht auf Sanierung» (Art. 725a Abs. 2 Satz 2 a. E. OR). Im Fall eines Konkursaufschubs sind «Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens» zu treffen (Art. 725a Abs. 1 a. E. OR)⁹².

4. Perspektiven für VR

a) Verhalten

Das Verhalten bei *finanziellen Krisen* gehört zu den *unübertragbaren Aufgaben* des VR.⁹³ Im Zweifel – und aus Haftungsgründen – sollten m. E. die VR-Mitglieder eher (zu) vorsichtig als (zu) nachsichtig sein. Im Hinblick auf Art. 725 Abs. 1 OR wird zwar die «letzte Jahresbilanz» erwähnt,⁹⁴ es wäre indes ein Irrtum, zuzuwarten bis zum nächsten Jahresabschluss, d. h., eventuell müssen *Zwischenbilanzen* erstellt werden. Missachtung der Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 1 OR kann zur Verantwortlichkeit führen.⁹⁵

Besonders heikel erscheinen die Pflichten des VR im Hinblick auf Art. 725 Abs. 2 OR (also: Überschuldung). Lehre und Praxis äussern sich beispielsweise kaum einheitlich zur Frage, *wie lange zugewartet werden darf* bis zur Überschuldungsanzeige⁹⁶ bzw. ob es in diesem Zusammenhang wirklich «Toleranzfristen» gibt (oder nicht).⁹⁷ Insbe-

⁸³ Die Konkureröffnung wird ausdrücklich erwähnt in Art. 725a Abs. 1 Satz 1 OR: «Der Richter eröffnet auf Benachrichtigung hin den Konkurs.»

⁸⁴ Art. 192 SchKG i. V. m. Art. 194 SchKG i. V. m. Art. 251 lit. a ZPO (SR 272).

⁸⁵ Vgl. dazu hinten II. 3. b. bb.

⁸⁶ Es liegt eine Ersatzvornahme durch die Revisionsstelle vor, die indes nur zu erfolgen hat, wenn die Gesellschaft «*offensichtlich überschuldet*» ist: Art. 728c Abs. 3 OR (ordentliche Revision bzw. «full audit») sowie Art. 729c OR (erleichterte Revision bzw. «review»); zur früheren Rechtslage: Peter V. Kunz, Pflicht der aktienrechtlichen Revisionsstelle zur Überschuldungsanzeige, ST 72 (1998) 506 ff.

⁸⁷ Vgl. dazu hinten III. 4. a.

⁸⁸ Beim *Forderungsverzicht* geht die Forderung unter: Art. 115 OR; beim *Rangrücktritt* wird hingegen die Fälligkeit der (nach wie vor weiterbestehenden) Forderung aufgeschoben.

⁸⁹ Rangrücktritte verändern zwar nicht das Fremdkapital, verhindern indes Kapitalabflüsse.

⁹⁰ Vgl. dazu vorne II. 3. b. aa.

⁹¹ Der Aufschiebung des Konkurses ist ein Thema im Zusammenhang mit der *Überschuldung* (und nicht mit dem Kapitalverlust) der Gesellschaft, d. h. die Gesellschafterinteressen spielen keine Rolle mehr.

⁹² Gerichte können – als Beispiele – Sachwalter einsetzen oder VR die Verfügungsbefugnisse entziehen oder VR-Beschlüsse von der Zustimmung des Sachwalter abhängig machen: Art. 725a Abs. 2 OR.

⁹³ Ausdrücklich ist dies für die *Überschuldungsanzeige* festgehalten: Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.

⁹⁴ Vgl. dazu vorne II. 2. a.

⁹⁵ Vgl. dazu hinten II. 4. b.

⁹⁶ Übersicht: Yves Mauchle/Hans Caspar von der Crone, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?, SZW 86 (2014) 227 ff. (es handelt sich um eine Rezension).

⁹⁷ Solche «*Toleranzfristen*» werden teils *rechtspolitisch* vorgeschlagen: Vgl. dazu hinten III. 4. a.

sondere droht ein «Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung»⁹⁸.

In der Wirtschaftsrealität zeigen insbesondere *Liquiditätsprobleme* oftmals bevorstehende finanzielle Krisen von Unternehmungen an, ohne dass dies de lege lata durch ein «Blinken der Ampel» erkennbar wäre. Ausdrücklich hat sich diese praxisrelevante Thematik heute⁹⁹ zwar (noch) nicht in Art. 725 OR «niedergeschlagen», doch in Zukunft¹⁰⁰ soll dies geändert werden. Dessen ungeachtet gehören m. E. *Liquiditätsplanung* und *Liquiditätssicherstellung* bereits aktuell zum Pflichtenheft von VR, und zwar im Rahmen von Art. 717 OR.

b) Verantwortlichkeit

Finanzielle Unternehmenskrisen (meist von Gesellschaftskonkursen gefolgt) können verschiedene Rechtsfolgen haben, und zwar nicht zuletzt für VR-Mitglieder. Neben *strafrechtlichen* stehen *zivilrechtliche* Aspekte im Vordergrund, insbesondere das «Damoklesschwert» einer Verantwortlichkeitsklage gemäss Art. 754 ff. OR.¹⁰¹ U. a. Mitglieder des VR sind mit ihrem gesamten Privatvermögen *haftbar*, wenn sie durch pflichtwidriges¹⁰² und schuldhaftes Verhalten einen Schaden verursacht haben (Art. 754 Abs. 1 OR).

Ein Grossteil der publizierten Urteile in Verantwortlichkeitsprozessen beschäftigt sich mit *Sanierungsbemühungen* und dabei v. a. mit dem *richtigen Zeitpunkt* bzw. dem «Timing» für das unerlässliche «Steckerziehen»;¹⁰³ oft wird der Vorwurf vorgebracht, dass der VR (zu) spät aktiv geworden ist und dass dadurch der Schaden zumindest vergrößert wurde. Zur Verteidigung kann der VR etwa vorbringen, dass eine *Ex-ante-Betrachtung* erforderlich sei¹⁰⁴ und dass die *Business Judgment Rule* (BJR) berücksichtigt werden müsse.¹⁰⁵

III. Ausgewählte Sonderfragen

1. GmbH

GmbH-Gesellschafter – anders als Aktionäre (Art. 680 Abs. 1 OR)¹⁰⁶ – können zur *finanziellen Unterstützung* «ihrer» Gesellschaft verpflichtet werden, und zwar auf statutarischer Basis. Es handelt sich um ein personalistisches Element. Konzeptionell überrascht kaum, dass diese *Nachschusspflicht* gemäss Art. 795 ff. OR in erster Linie in finanziellen Krisensituationen eine wichtige Rolle spielt, wenn auch quantitativ beschränkt.¹⁰⁷

Nachschüsse von GmbH-Gesellschaftern werden nicht allein bei der Liquidation der GmbH berücksichtigt (Art. 826 Abs. 1 OR), sondern bereits bei deren *Sanierung*, d. h., Nachschusspflichten sollen einerseits sanieren¹⁰⁸ sowie andererseits den Weiterbestand der GmbH sicherstellen, und zwar im Zusammenhang mit dem *Konkursaufschieb*: «Das Gericht kann den Konkurs auf Antrag (...) aufschieben, namentlich wenn ausstehende Nachschüsse unverzüglich einbezahlt werden und Aussicht auf Sanierung besteht» (Art. 820 OR).

2. Sanierungsfusion

Bei *Fusionen* als Umstrukturierung¹⁰⁹ werden sämtliche Aktiven sowie Passiven von zwei oder mehr Unternehmungen in den «gleichen Topf» geworfen, und zwar mittels *Universalsukzession*. Eine Gläubigergefährdung besteht nur, aber immerhin für den Fall, dass ein «schlechter» Fusionspartner¹¹⁰ beteiligt ist, sodass das Vermögen eines «guten» Fusionspartners nunmehr der gesamten Schuldenbewirtschaftung zur Verfügung steht.¹¹¹

Die Spezialordnung von Art. 6 FusG¹¹² gilt für sämtliche «Unternehmensverschmelzungen» bzw.

⁹⁸ Hinweise etwa jüngst in BGE 4A_251/2013 vom 11. November 2013: Erw. 2 (der «Fortführungsschaden» besteht in der «Vergrößerung der Überschuldung der Konkursitin, welche durch eine verspätete Konkursklärung entstanden ist»: a. a. O. Erw. 2.3. a. A.).

⁹⁹ Vgl. dazu vorne I. 4.

¹⁰⁰ Vgl. dazu hinten III. 4. a./b.

¹⁰¹ Detailliert: *Dorothea Senn*, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG (Diss. Basel 2001) *passim*; als Kläger infrage kommen die AG selber, deren Aktionäre sowie – im Fall eines Gesellschaftskonkurses: Art. 757 OR – die Gläubiger.

¹⁰² Verletzungen z. B. von Art. 717 OR sowie von Art. 725 f. OR können *Pflichtwidrigkeiten* darstellen.

¹⁰³ Vgl. dazu vorne II. 4. a.

¹⁰⁴ Hinterher ist bekanntlich jedermann klüger.

¹⁰⁵ Die Anwendbarkeit der BJR setzt insbesondere voraus, dass im Zeitpunkt des Geschäftsentscheids eine *angemessene Informationsbasis* vorlag und dass *keine Interessenkonflikte* bestanden; allg.: *Peter V. Kunz*, Business Judgment Rule (BJR) – Fluch oder Segen?, SZW 86 (2014) – erscheint im Sommer 2014.

¹⁰⁶ Aktionäre haben *keine Sanierungspflichten* bzw. keine Unterstützungspflichten, und zwar weder auf gesetzlicher noch auf statutarischer Grundlage; immerhin können in diesem Zusammenhang *vertragliche* Pflichten vereinbart werden (v. a. durch Aktionärsbindungsverträge bzw. ABV).

¹⁰⁷ Nachschusspflichten können bei jedem GmbH-Gesellschafter maximal das *Doppelte des Nennwerts des Stammanteils* (nicht etwa des Emissionspreises) betragen: Art. 795 Abs. 2 OR.

¹⁰⁸ Nachschüsse können von der GmbH bei den GmbH-Gesellschaftern u. a. eingefordert werden, wenn das Stammkapital sowie die gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind: Art. 795a Abs. 2 Ziff. 1 OR; die Nachschüsse werden mit Gesellschaftskonkurs automatisch fällig: Art. 795a Abs. 3 OR.

¹⁰⁹ Massgeblich ist das Fusionsgesetz (FusG), SR 221.301.

¹¹⁰ Gemeint sind Gesellschaften mit *Kapitalverlust* oder mit *Überschuldung*: Art. 6 Abs. 1 FusG.

¹¹¹ Potenzielle Gefahr besteht für Gläubiger des «guten» Fusionspartners, der auch Schulden des «schlechten» Fusionspartners zu bezahlen hat, sodass weniger Vermögen für die «eigenen» Gläubiger verbleibt.

¹¹² Allg.: *Luca Dalla Torre*, Die Sanierungsfusion (...) (Diss. Bern 2007) *passim*; *Peter V. Kunz*, Das neue Fusionsgesetz (FusG), in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht I* (Bern 2006), 214 f.; *Pierre Marie Glauser*, La fusion d'assainissement, ST 78 (2004) 1000 ff.

Fusionen, hingegen *nicht* für die *drei anderen* Umstrukturierungsformen (also: Spaltungen, Vermögensübertragungen sowie Umwandlungen). In der Wirtschaftsrealität kommen gerade in *Konzernverhältnissen* immer wieder *Sanierungsfusionen* vor, durch die «schlechte» Gruppenunternehmen sozusagen konzernintern «beseitigt» werden.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 FusG sieht als spezifischen *Gläubigerschutzmechanismus* vor: «Eine Gesellschaft, deren Aktien-, Stamm- oder Genossenschaftskapital und deren gesetzliche Reserven zur Hälfte nicht mehr gedeckt sind oder die überschuldet ist, kann mit einer anderen Gesellschaft nur fusionieren, wenn diese über frei verwendbares Eigenkapital im Umfang der Unterdeckung und gegebenenfalls der Überschuldung verfügt»; diese Voraussetzung fällt für den Fall eines *Rangrücktritts* weg (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 FusG).¹¹³

3. Bankensanierung

Teils setzt das Bankrecht spezifische *Gesellschaftsformen für Banken* voraus.¹¹⁴ In der Wirtschaftsrealität kommen v.a. AG sowie Genossenschaften vor; heute können Banken ebenfalls als GmbH organisiert werden,¹¹⁵ doch bis anhin kam dies (noch) nicht vor. Je nach infrage stehender Gesellschaft unterscheiden sich die Sanierungsmöglichkeiten. Unabhängig davon sieht das *Bankrecht als Lex specialis* eine Sonderordnung¹¹⁶ vor:¹¹⁷

Im elften Abschnitt befasst sich das Bankrecht mit «*Massnahmen bei Insolvenzgefahr*» (Art. 25 ff. BankG); im zwölften Abschnitt folgen Sondernormen zum Bankenkonzurs (Art. 33 ff. BankG). Für *Schutzmassnahmen* gemäss Art. 26 BankG¹¹⁸ oder

¹¹³ Das Vorhandensein des erforderlichen frei verwendbaren Eigenkapitals muss von einem *zugelassenen Revisionsexperten* bestätigt werden, und diese Bestätigung ist beim *HR einzureichen*: Art. 6 Abs. 2 FusG.

¹¹⁴ Dies ist der Fall für Privatbankiers auf der einen Seite sowie für Kantonalbanken auf der anderen Seite; während *Privatbankiers* als Einzelunternehmen, als Kollektivgesellschaften oder als Kommanditgesellschaften organisiert werden müssen (Art. 1 Abs. 1 BankG), kommen als Gesellschaftsformen für *Kantonalbanken* einzig (privatrechtliche oder sonstige) AG oder öffentliche Anstalten infrage (Art. 3a BankG).

¹¹⁵ Das *frühere* GmbH-Recht sah ein *Maximalkapital* in Höhe von nominal CHF 2 Mio. vor (Art. 773 aOR), das damals Banken verunmöglichte, die ein Mindestkapital von nominal CHF 10 Mio. haben müssen.

¹¹⁶ *Urs Pulver/Bertrand G. Schott*, Das Insolvenzrecht für Banken und Effektenhändler (...), in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen (Zürich 2011), 237 ff.; *Reto Schiltknecht*, Das neue schweizerische Bankeninsolvenzrecht, in: Sanierung und Insolvenz von Unternehmen III (Zürich 2013), 57 ff.

¹¹⁷ Das Versicherungsaufsichtsrecht (VAG: SR 961.01) sieht einige Sonderbestimmungen zum Versicherungskonzurs vor, nämlich etwa Art. 51 Abs. 1 VAG oder Art. 53 Abs. 1 VAG; es gibt indes *kein Versicherungssanierungsrecht*; allg.: *Oliver Arter/Christina Federle*, Bank- und Versicherungsaufsicht: Gleichklang und Unterschiede, in: St. Galler Bankenrechtstag 2009 (Bern 2010), 95.

¹¹⁸ Als Beispiele werden erwähnt: Weisungen an Bankorgane, deren Abberufung sowie Einsetzung von Untersuchungsbeauftragten; m. E. stellen «Bad Banks» oder «Bridge Banks» ebenfalls mögliche Schutzmassnahmen (und damit organisatorische Sanierungen) dar.

für *Sanierungsverfahren* im Rahmen von Art. 28 ff. BankG¹¹⁹ oder für Bankenkonzurse gemäss Art. 33 ff. BankG wird jeweils eine «begründete Besorgnis [vorausgesetzt], dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme (...)» hat (Art. 25 Abs. 1 BankG).¹²⁰

Drei Finanzkonzerne gelten als *systemrelevante Banken*: UBS, Credit Suisse sowie Zürcher Kantonalbank. Ein Sonderregime im Rahmen von Art. 7 ff. BankG gegen das Risiko «Too Big to Fail» (TBTF)¹²¹ betrifft *drei Phasen*, nämlich Vorsorge (z. B. neue Kapitalformen: Vorratskapital sowie Wandlungskapital)¹²², Sanierung und Abwicklung (sc. Notfallplanung: Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG); es bestehen verschiedene Sanierungsmöglichkeiten¹²³.

4. De lege ferenda

a) Aktienrechtsrevision

Der Zeitplan zur «grossen Aktienrechtsrevision» erscheint völlig offen. In Bezug auf das *gesellschaftsrechtliche Sanierungsrecht* gemäss Art. 725 f. OR sind jedoch Änderungen absehbar. Angesichts der Praxisrelevanz von Liquiditätsproblemen soll die *Zahlungsunfähigkeit* – sei sie erst drohend oder bereits real¹²⁴ – künftig ein neues Element gemäss Art. 725a E-OR darstellen. Nebst diesem Paradigmenwechsel gibt es *weitere Neuerungen*.

Dazu gehört jedoch nicht die Regelung zum *Kapitalverlust* (Art. 725 Abs. 1 OR), geht es bei diesem Sachthema gemäss Art. 725 E-OR doch ausschliesslich um Änderungen «rein sprachlicher und terminologischer Natur»¹²⁵. Ähnlich verhält es sich mit dem Vorschlag in Bezug auf den Konkurs und auf den *Konkursaufschub* im Rahmen von Art. 725d E-OR, der einzig «gesetzestechisch bedingt» ist und keine inhaltlichen Neuerungen umfasst.¹²⁶

¹¹⁹ Art. 28 ff. BankG als Rahmenordnung wird detailliert ausgeführt in Art. 40 ff. BIV-FINMA: SR 952.05; Themenauswahl: Sanierungsplan sowie Sanierungsbeauftragter (Art. 28 Abs. 3 BankG); m. E. kommen als Sanierungsmassnahmen ebenfalls «Bad Banks» oder «Bridge Banks» infrage.

¹²⁰ *Liquiditätsprobleme* werden bis anhin (noch) nicht als Element der gesellschaftsrechtlichen Sanierung erwähnt, was sich jedoch de lege ferenda ändern wird: Vgl. dazu hinten III. 4. a./b.

¹²¹ Generell: *Peter V. Kunz*, TBTF – Überlegungen zur «Too big to Fail»-Problematik, Jusletter vom 17. Mai 2010, *passim* (zu Sanierungsaspekten: a. a. O., Rz. 78 ff.).

¹²² Übersicht: *Peter V. Kunz*, Grundpfeiler des Eigenkapitals (...), GesKR 2014, 56 f. m. w. H.

¹²³ Etwas trivialisiert können *Aktiven* (v. a. Toxic Assets bzw. «giftige Aktiven») «saniert» werden, beispielsweise durch «Bad Banks»; auf der anderen Seite können bei *Passiven* «Contingent Convertible Bonds» («CoCo-Bonds») zur Finanzierung eingesetzt werden; statt vieler: *Peter Böckli*, CoCos (...), SZW 84 (2012) 181 ff.; *René Bösch/Benjamin Leisinger*, Contingent Convertible Bonds – CoCos, SZW 84 (2012) 2 ff.; *Lukas Glanzmann*, Neue Finanzierungsinstrumente am Beispiel von CoCos und hybriden Anleihen, GesKR 2011, 489 ff.

¹²⁴ Vgl. dazu vorne I. 4./II. 4. a.

¹²⁵ Botschaft des Bundesrats: BBI 2008 1689 (re Art. 725 E-OR).

¹²⁶ Botschaft des Bundesrats: BBI 2008 1692 (re Art. 725d E-OR).

Umfangreich, notabene mit fünf detaillierten Absätzen in Art. 725c E-OR, soll die *Überschuldung* geregelt werden; nebst Altbekanntem gibt es auch Neues:

Bei der erforderlichen *Liquidationsbilanz* – als erstes Beispiel – dürfen Veräusserungswerte überhaupt nur dann höher als die gesetzlichen Höchstwerte veranschlagt werden, wenn «die entsprechenden Vermögenswerte innert zwölf Monaten zu veräussern und die Veräusserung voraussichtlich möglich ist» (Art. 725c Abs. 2 E-OR).¹²⁷ Inhaltlich vorgegeben werden zudem – als zweites Beispiel – die Anforderungen für zulässige *Rangrücktritte* (Art. 725c Abs. 5 E-OR).¹²⁸ Weiterhin zulässig bleiben «stille Sanierungen».¹²⁹

Schliesslich soll neu die Privatautonomie unterstrichen werden, indem Gesellschaften *statutarische Anzeigepflichten* vorsehen dürfen: «Die Statuten können weitere Voraussetzungen vorsehen, bei deren Vorliegen der Verwaltungsrat unverzüglich die Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen muss» (Art. 725b OR)¹³⁰. Die gesetzliche Ordnung darf allerdings nicht erleichtert, sondern einzig «verschärft» werden.¹³¹

b) *Expertenkommission*

Im Rahmen der SchKG-Totalrevision sollten ehemals Art. 725 f. OR aufgehoben werden, damit nicht ein *doppelter «Eingang» zu Sanierungen* offensteht. Schlussendlich wurde darauf allerdings verzichtet mit der Folge, dass nunmehr de lege lata ein *Parallelismus* zwischen einerseits SchKG sowie andererseits OR (z. B. betreffend Konkursaufschub) besteht.¹³² Ein *koordinierender Handlungsbedarf* kann kaum bestritten werden.

Im Jahr 2012 wurde im Ständerat von der Kommission für Rechtsfragen eine *Motion* eingebracht,

die im gleichen Jahr von beiden Kammern des eidgenössischen Parlaments angenommen wurde. Diese Motion 12.3403 («Sanierungsverfahren vor Nachlassstundung und Konkursöffnung») verlangte «Bericht und Antrag über ein umfassendes Sanierungsverfahren im Obligationenrecht»¹³³. Die in der Folge durch den Bundesrat eingesetzte *Expertenkommission* soll ihre Arbeiten bzw. Empfehlungen im *Herbst 2014* publizieren.

In der (Praxis-)Wissenschaft bestehen bereits seit mehreren Jahren zahlreiche rechtspolitische Vorstellungen darüber, wie das *gesellschaftsrechtliche Sanierungsrecht* im Rahmen von Art. 725 f. OR revidiert werden sollte oder könnte.¹³⁴ Von den Autoren wird regelmässig vorgeschlagen, das *Ermessen des VR* zugunsten der Unternehmenssanierungen *auszubauen*. M. E. erscheint zumindest der folgende (selektive) «Wunsch Katalog» sinnvoll:

Die Möglichkeiten für *gesetzliche Reserven* sollten belassen bzw. ausgebaut werden. Es gibt keinen überzeugenden Grund, Aufwertungsreserven gemäss Art. 670 OR aufzuheben;¹³⁵ die jüngst «abgeschaffte» Reserve für eigene Aktien¹³⁶ sollte de lege ferenda sozusagen «wiederbelebt» werden für Konzernverhältnisse, also wenn die Beteiligungspapiere nicht vom Emittenten selber, sondern von einer abhängigen Gesellschaft gehalten werden.¹³⁷

Im künftigen gesellschaftsrechtlichen Sanierungsrecht sollte die *Liquiditätsthematik* im Vordergrund stehen, wobei die bisherigen Vorschläge¹³⁸ in die richtige Richtung gehen. Betreffend Kapitalverlust und Sanierungsmassnahmen sollte zudem die *Privatautonomie ausgebaut* werden; die geplante *statutarische Anzeigepflicht*¹³⁹ erscheint schlüssig, allerdings sollten nicht allein «Verschärfungen», sondern ebenso Erleichterungen zugelassen werden.¹⁴⁰

¹²⁷ Gemäss Botschaft des Bundesrats entspricht der Regelungsvorschlag der heutigen Praxis: BBI 2008 1691.

¹²⁸ In Bezug auf die *Forderungsstundung* wird nunmehr explizit klargestellt: «Die Stundung muss sowohl den geschuldeten Betrag als auch die Zinsforderung während der Dauer der Überschuldung umfassen» (Art. 725c Abs. 5 Satz 2 E-OR).

¹²⁹ Details finden sich in der Botschaft des Bundesrats: BBI 2008 1691; der *Vorentwurf* schlug noch vor, dass im Falle einer Überschuldung der Richter *unverzüglich* zu benachrichtigen sei (sc. Art. 725 Abs. 5 VE-OR: «Ist die Gesellschaft gemäss den beiden Zwischenbilanzen überschuldet oder ist sie zahlungsunfähig, so muss der Verwaltungsrat das Gericht unverzüglich benachrichtigen»), doch die Streichung dieser Ordnung im Entwurf legalisiert ein *Zuwarten* für «kurze Zeit» (ca. vier bis sechs Wochen; a. o.); m. E. unterstehen die Entscheide zum *Zuwarten* einerseits und zur *Dauer* andererseits der BJR; allg. zur Thematik: *Lukas Glanzmann*, Pflichten von Verwaltungsrat und Geschäftsführung, in: *Sanierung der AG* (2. A. Zürich 2003), 70 f. m. w. H.

¹³⁰ Hierzu: *Peter V. Kunz*, Statuten – Grundbausteine der Aktiengesellschaften, in: *Die «grosse» Schweizer Aktienrechtsrevision* (Zürich/St. Gallen 2010), 69.

¹³¹ Botschaft des Bundesrats: BBI 2008 1690; zulässig wäre also beispielsweise ein statutarischer Grenzwert von 40%, der zur Einberufung einer a. o. GV verpflichtet, aber nicht ein solcher von 60%.

¹³² *Rodrigo Rodriguez*, The Reform of Swiss Debt Restructuring Law, ILLR 1/2014, 20 ff. und insbesondere 24 m. w. H. («unresolved issue»).

¹³³ Im Wesentlichen geht es um eine Revision von Art. 725 f. OR und damit um eine Ergänzung bzw. Wiedererwägung der Vorschläge im Rahmen der «grossen» Aktienrechtsrevision: Vgl. dazu vorne III. 4. a.

¹³⁴ Statt aller *de lege ferenda*: *Christoph B. Bühler*, Sanierung der Aktiengesellschaft, in: *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI* (Bern 2011), 44 ff.; unter praktischen bzw. pragmatischen Aspekten soll in erster Linie der *Ermessensspielraum des VR erweitert* werden, nämlich etwa mittels Grosszügigkeiten bei den «Toleranzfristen» für Interventionen (a. a. O. 47 ff.).

¹³⁵ Vgl. dazu vorne II. 1. a.

¹³⁶ Vgl. dazu vorne II. 1. a.

¹³⁷ Art. 671a OR sollte sich m. E. also nur, aber immerhin auf Situationen im Rahmen von Art. 659b OR beziehen und nicht auf Konzernverhältnisse gemäss Art. 659 f. OR; differenzierend betreffend eigene Aktien, die durch die betroffene *Gesellschaft selber* oder durch eine *abhängige Gesellschaft* gehalten werden: *Lukas Hand-schin*, Eigene Aktien im Konzern, ST 87 (2013) 485 ff., v. a. 488 f.

¹³⁸ Vgl. dazu vorne III. 4. a.

¹³⁹ Vgl. dazu vorne III. 4. a.

¹⁴⁰ Da beim Kapitalverlust (noch) nicht der Gläubigerschutz, sondern (erst) der *Gesellschafterschutz betroffen* ist, sollten die Eigenkapitalgeber die Möglichkeit haben, dem VR mehr Handlungsspielraum einzuräumen (z. B. den Grenzwert von 50% auf 75% zu erhöhen, ab dem eine a. o. GV einzuberufen wäre); sozusagen als legislative Inspiration kann das *börsengesellschaftsrechtliche «Opting-up»* im Rahmen von Art. 32 Abs. 1 Satz 2 BEHG (SR 954.1) erwähnt werden.