
Konzerninsolvenz

PETER V. KUNZ*

Inhaltsverzeichnis

Konzerninsolvenz	293
1. Vorbemerkungen	294
1.1 Weltweite Wirtschaftsrealitäten	294
1.2 Begriffliches zum Konzern.....	295
1.3 Unternehmensinsolvenz sowie Folgen	297
1.3.1 Ausgangslage	297
1.3.1.1 Grundverständnis	297
1.3.1.2 Zur „Krisenampel“ (Art. 725 OR).....	299
1.3.2 Sanierung einer Gesellschaft	302
1.3.3 Liquidation einer Gesellschaft.....	304
2. Konzernrechtliche Aspekte	305
2.1 Drohender Zusammenbruch	305
2.1.1 Probleme auf Aktiven-Seite	305
2.1.2 Einzelbetrachtung v. Gesamtbetrachtung	306
2.2 Konzernsanierung.....	308
2.2.1 Restrukturierungen	308
2.2.2 Diverse Vereinbarungen.....	310
2.2.3 Sanierung durch Finanzierung(en)	311
2.2.3.1 Fremdkapitalfinanzierungen.....	311
2.2.3.2 Eigenkapitalfinanzierungen	313
2.2.4 Rechtliche Sanierungsrisiken	315
2.2.4.1 Strafrechtliche Aspekte	315
2.2.4.2 Insolvenzzrechtliche Aspekte.....	316
2.2.4.3 Gesellschaftsrechtliche Aspekte.....	317
2.3 Konzernliquidation.....	320
2.4 Ausgewählte Sonderfragen.....	321
2.4.1 Bankkonzern	321
2.4.1.1 Spezialregime.....	321
2.4.1.2 Too Big to Fail (TBTF).....	324
2.4.2 Konzern als einfache Gesellschaft.....	326
2.5 Rechtspolitische Bestrebungen.....	327
2.5.1 Nationale Ebene	327

* Dieser Beitrag entstand mit tatkräftiger Unterstützung durch wissenschaftliche Assistenten an meinem Lehrstuhl am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern (www.iwr.unibe.ch), nämlich MLaw SARAH KAMBER sowie MLaw ANDREAS HAGI; der Aufsatz wurde im *Juni 2012* abgeschlossen.

2.5.2	Internationale Ebene.....	330
3.	Schlussbemerkungen	332
	Literaturverzeichnis	334

1. Vorbemerkungen

1.1 Weltweite Wirtschaftsrealitäten

Längst sind *Konzerne* ein *weltweites Phänomen* und in den meisten Staaten weit verbreitet. Zwar fehlen mangels Rechtspersönlichkeit und wegen fehlender Registrierungsmöglichkeit für Unternehmensgruppen entsprechende Statistiken. In der Schweiz sollen jedoch nach Schätzungen ca. 70 Prozent aller Körperschaften¹ sowie fast sämtliche Publikumsgesellschaften² konzerniert sein³. Ein weiteres *weltweites Phänomen* stellen *Insolvenzen* vieler Unternehmungen dar. Die ökonomischen Bedeutungen von Konzernen (positive Wirkung) sowie von Insolvenzen (negative Wirkung) sind also im Ernst kaum zu bestreiten.

Eine „Kombination“ dieser beiden Phänomene – also *insolvente Konzerne* – kommt zwar in der Wirtschaftsrealität *eher selten* vor, führt indes immer wieder zu spektakulären Zusammenbrüchen sowie zu immensen Schädigungen (re Gesellschafter, Gläubiger, Arbeitnehmer, Volkswirtschaften etc.). Prominente Beispiele sind „*Swissair*“ auf nationaler Ebene sowie „*Enron*“ oder „*Lehman Brothers*“ auf internationaler Ebene. Insolvenzen von Unternehmensgruppen stellen für jede Branche ernsthafte Probleme dar, doch bei Finanzkonzernen erscheinen die Herausforderungen besonders hoch.

Im Zusammenhang mit der „Finanzkrise 2008“ und der *internationalen Bankenkrise* wurde für jedermann ersichtlich, wie immens das volkswirtschaftliche Schädigungspotential ist, und zwar nicht allein für die Finanzbranche, sondern ebenfalls für die „Realwirtschaft“. Zwar wurde für Banken erkannt, dass sich das *Fehlen eines internationalen Insolvenz-*

¹ Seltener erscheinen Konzernierungen bei *Personengesellschaften* – immerhin sind sie möglich: KAUFMANN, *passim*; generell zur Thematik: HAAR, *passim*.

² Meist handelt es sich bei konzernierten *Publikumsgesellschaften* jeweils um die *herrschende* Unternehmung, aber auch eine abhängige Gruppengesellschaft kann über kotierte Beteiligungspapiere verfügen.

³ KUNZ, Rundflug, S. 176 FN 619; BOPP, S. 20 FN 1.

rechts als gefährlich erweist, nichtsdestotrotz wurden keine grenzüberschreitenden Legislativlösungen gefunden⁴; m.E. sind die Gefahren eines Zusammenbruchs von *systemrelevanten Grossbanken* (Stichwort: TBTF) weder national noch international abgewendet⁵.

1.2 Begriffliches zum Konzern

Konzerne dürfen nicht mit einzelnen Gesellschaften gleichgesetzt werden. Es handelt sich vielmehr, etwas trivialisiert, um *Gruppen von „verbundenen“ Unternehmungen*, d.h. eine Mehrzahl von rechtlich selbständigen Gesellschaften auf der einen Seite unter wirtschaftlich einheitlicher Leitung⁶ auf der anderen Seite⁷. Der sog. Konzernbegriff wird ex lege weder *abschliessend noch einheitlich* definiert⁸. Das *Gesellschaftsrecht* kennt seit den 1990er Jahren zur Rechnungslegung von Unternehmensgruppen einen eigenständigen Begriff⁹.

Art. 663e Abs. 1 OR enthält heute eine (aktienrechtliche) *Legaldefinition* wie folgt¹⁰: „Fasst die Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammen (Konzern), (...)“. Diese Konzernumschreibung findet sich im aktuellen Rechnungslegungsrecht der AG, und zwar als Tatbestand zur Konsolidierungspflicht als Rechtsfolge. Ausserdem verwendet das Revisionsrecht in Art. 728 Abs. 6 OR den gleichen Ansatz¹¹. Der *aktienrecht-*

⁴ Das Bankeninsolvenzrecht ist im Wesentlichen *national* geregelt; immerhin bestehen Vorschläge für ein *internationales* Konzerninsolvenzrecht: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

⁵ Im Vordergrund der TBTF-Regelungen stehen einerseits die *Prävention* (z.B. Eigenkapital- sowie Liquiditätsvorschriften) sowie andererseits die *Sanierung* (etwa „CoCo“-Bonds u.Ä.); die *Liquidation* bzw. die Abwicklung von TBTF-Gesellschaften wird kaum befriedigend geregelt: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1.2.

⁶ Trotz rechtlicher Selbständigkeit der Konzerngesellschaft ist „[i]hr Schicksal (...) fremdbestimmt, nicht eigendeterminiert“: VON BÜREN, S. 78.

⁷ Insofern sind *quantitative* sowie *qualitative* Elemente zu berücksichtigen: KUNZ, Rundflug, S. 176; allg. dazu: HARSCH, *passim*, sowie BEYELER, *passim*.

⁸ KUNZ, Konzernqualifikation, S. 355 ff.

⁹ Übersicht: HARSCH, S. 7 ff. m.w.H.; KUNZ, Konzernqualifikation, S. 356.

¹⁰ Statt aller: BEYELER, S. 3 ff. m.w.H.

¹¹ Art. 728 Abs. 6 OR: „Die Bestimmungen über die Unabhängigkeit erfassen auch Gesellschaften, die mit der zu prüfenden Gesellschaft oder der Revisionsstelle unter einheitlicher Leitung stehen“.

liche Konzernbegriff gelangt mittels legaler *Verweisungen* auf *andere* Unternehmensformen zur Anwendung¹².

Nach Mehrheitsmeinung¹³ führte Art. 663e OR¹⁴ für den aktienrechtlichen Konzernbegriff bei der Rechnungslegung das sog. *Leitungsprinzip* ein¹⁵. Dies bedeutet, dass die *tatsächliche* Leitung ausgeübt werden muss, damit von einem Konzern gesprochen werden kann¹⁶. Die bloss *Möglichkeit* zur Leitung einer anderen Unternehmung, die im konkreten Einzelfall realiter nicht wahrgenommen wird, genügt hingegen gerade *nicht* zur Konzernierung.

Dieses Prinzip wird hinsichtlich der Rechnungslegung über Bord geworfen werden, d.h., es wird künftig bei Konzernen vom sog. *Kontrollprinzip* ausgegangen¹⁷. Dadurch wird für eine Konzernierung keine tatsächliche Beherrschung mehr vorausgesetzt. Die *Beherrschungsmöglichkeit* einer anderen Gesellschaft soll vielmehr genügen¹⁸. Dies führt u.a. dazu, dass das Bestehen eines Konzernunternehmens bzw. eines Konzerns in Zukunft leichter beweisbar wird. Ausserdem erweitert das Kontrollprinzip den Konsolidierungskreis im Rahmen der Konzernrechnung, was sich positiv auf den Minderheitenschutz auswirkt¹⁹.

Aktiengesellschaften dominieren heutzutage in der Schweiz nach wie vor die Landschaft der Konzernunternehmungen – sowohl quantitativ als

¹² Art. 764 Abs. 2 OR: *Kommandit-AG*; Art. 801 OR: *GmbH*; Art. 858 Abs. 2 OR – gewisse *Genossenschaften*, nämlich Kreditgenossenschaften sowie konzessionierte Versicherungsgenossenschaften.

¹³ Differenzierend: KUNZ, Minderheitenschutz, § 14 N 14 ff.

¹⁴ Obwohl sich die Bestimmung auf die *Rechnungslegung* bezieht, herrscht die Tendenz vor, Art. 663e OR sozusagen zu „*generalisieren*“ – dabei wird m.E. übersehen, dass es verschiedene Konzernbegriffe gibt.

¹⁵ Detailliert: BEYELER, S. 113 ff.; HARSCH, S. 25 ff.

¹⁶ Zum Gesetzesentwurf: KUNZ, Konzernqualifikation, S. 357 FN 22.

¹⁷ Statt aller: KUNZ, Rundflug, S. 177 f.

¹⁸ Art. 963 Abs. 1 E-OR (BBl 2008 1800): „Kontrolliert eine rechnungslegungspflichtige juristische Person eine oder mehrere rechnungslegungspflichtige Unternehmen, so muss sie im Geschäftsbericht für die Gesamtheit der kontrollierten Unternehmen eine konsolidierte Jahresrechnung (Konzernrechnung) erstellen“; zur „*Kontrolle*“ genügt gemäss Art. 963 Abs. 2 E-OR, wenn die juristische Person „direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ verfügt“ (Ziff. 1) oder „direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuberufen“ (Ziff. 2) oder auf andere Weise einen „beherrschenden Einfluss ausüben kann“ (Ziff. 3) – dass die *Kontrolle realiter wahrgenommen* wird, ist *kein Kriterium* (mehr).

¹⁹ KUNZ, Minderheitenschutz, § 14 N 16.

auch qualitativ. Obwohl andere Gesellschaftsformen (beispielsweise Genossenschaften: „Migros“, „Coop“, „Raiffeisen“ oder „Mobilier“) ebenfalls wichtig sind, liegt in diesem Beitrag der *Fokus auf AG*.

1.3 Unternehmensinsolvenz sowie Folgen

1.3.1 Ausgangslage

1.3.1.1 Grundverständnis

Finanzprobleme von Gesellschaften stellen nicht allein *ökonomische*, sondern ebenfalls *rechtliche* Herausforderungen dar. Zum Schutz verschiedener Interessengruppen – insbesondere der Gesellschafter sowie der Gesellschaftsgläubiger – wird das *Ermessen der Unternehmensleitung eingeschränkt*. In der Wirtschaftsrealität überraschen immer wieder die oft mangelhaften Kenntnisse und fehlenden Sensibilisierungen in diesem Zusammenhang.

Unter sog. *Insolvenz* wird, etwas trivialisiert, eine durch unterschiedliche Ursachen ausgelöste Zahlungsunfähigkeit verstanden²⁰, also die Unfähigkeit eines Zahlungspflichtigen gegenüber einem Gläubiger, seine Schuld(en) zu bezahlen. Der Begriff der Insolvenz²¹ ergibt sich bis anhin aus dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, und es finden sich *keine Synonyme* im heutigen Aktienrecht²²; die Zahlungsunfähigkeit wird in Zukunft in die aktienrechtliche „Krisenampel“²³ gemäss Art. 725 OR (neu) eingebaut²⁴.

Bei Unternehmungen mit *finanziellen Problemen* geht es i.d.R. um das *Verhältnis von Aktiven zu Passiven*. Teils handelt es sich um ein Szenario, wonach mit den vorhandenen Aktiven (sc. Umlaufvermögen und Anlagevermögen) das Fremdkapital (z.B. Darlehen oder Anleihen) nicht mehr

²⁰ Statt aller: BasK-WÜSTINER, N 9 zu Art. 725 OR – ev. Liquiditätsprobleme (a.a.O. N 9a).

²¹ In einigen Staaten (z.B. in Deutschland) wurden im Zusammenhang mit der „*Finanzkrise 2008*“ die Rechnungslegungsregeln – und damit der Insolvenz begriff – „gelockert“, so dass trotz Überschuldung *kein Insolvenzantrag* gestellt werden muss, sofern eine *positive Fortführungsprognose* besteht.

²² Weder Kapitalverlust noch Überschuldung sind mit Insolvenz gleichzusetzen.

²³ Vgl. dazu hinten Ziff. 1.3.1.2.

²⁴ Hinweise: BasK-WÜSTINER, N 9a ff. zu Art. 725 OR; BÜHLER, Sanierung, S. 20 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 748 ff./N 749b ff.

„bewirtschaftet“ werden kann²⁵, was eine Anzeigepflicht des VR gemäss Art. 725 Abs. 2 OR (oder der Revisionsstelle: Art. 729c OR) auslöst. Teils ist es ein Szenario, wonach die Aktiven zwar noch das Fremdkapital, indes nicht mehr das gesamte Eigenkapital (v.a. Aktienkapital, Reserven und allenfalls PS-Kapital) „decken“²⁶.

Der Gesetzgeber hat ein Warnkonzept institutionalisiert, um finanzielle Krisensymptome möglichst frühzeitig zu entdecken sowie in der Folge anzuzeigen, und zwar durch Art. 725 OR („Krisenampel“)²⁷. Diese (aktienrechtliche) Regelung²⁸ zielt auf einzelne Unternehmungen und nicht auf Unternehmensgruppen ab. Konzerne werden von Art. 725 f. OR ignoriert.

Im Sinne einer Vorschau ist festzuhalten, dass *de lege lata* weder eine konzernrechtliche „Krisenampel“ noch ein eigentliches Gruppeninsolvenzverfahren bestehen: „Folge davon sind eigenständige Konkursverfahren, welche über jedes notleidende Konzernmitglied an deren Sitz eingeleitet werden. Es kommt daher im Konkurs aller oder mehrerer Konzerngesellschaften zu einer Vielzahl voneinander unabhängiger und getrennt durchzuführender Verfahren. Die Gläubiger der unterschiedlichen Unternehmenseinheiten müssen dann feststellen, dass einzelne Massen über mehr Aktiven als andere verfügen“²⁹.

Immerhin werden *de lege ferenda* – sowohl in der Schweiz³⁰ als auch auf internationaler Ebene³¹ – konzerninsolvenzrechtliche Besonderheiten debattiert. Dabei stehen weniger eine materielle Konsolidierung als vielmehr Verfahrenskordinierungen im Vordergrund, die allerdings teilweise bereits heute gelebte Wirtschaftsrealität darstellen³². M.E. dürfte jedoch das letzte rechtspolitische Wort noch nicht gesprochen sein.

²⁵ Überschuldung: Vgl. dazu hinten Ziff. 1.3.1.2.

²⁶ Kapitalverlust: Vgl. dazu hinten Ziff. 1.3.1.2.

²⁷ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 713, spricht von einer „Alarnglocke“.

²⁸ Diese Ordnung zur AG gelangt mittels Verweisungen ebenfalls bei *GmbH* (Art. 820 OR) zur Anwendung, und bei *Genossenschaften* (Art. 903 OR) gilt eine vergleichbare Ordnung.

²⁹ BOPP, S. 21.

³⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.1.

³¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

³² Im „Swissair“-Konkurs – als Beispiel – wurde ein Konkursverwalter für mehrere Konkursmassen eingesetzt: BOPP, S. 32 FN 49.

1.3.1.2 Zur „Krisenampel“ (Art. 725 OR)

Die Ordnung von Art. 725 OR, die materiell im Wesentlichen seit dem ersten Aktienrecht aus dem Jahr 1883 gilt³³, enthält verschiedene Krisenwarnungen (also „Warnblinker“ der „Ampel“)³⁴. Im aktuellen Recht stehen zwei *pathologische Situationen* im Vordergrund³⁵, nämlich der Kapitalverlust einerseits sowie die Überschuldung andererseits. Wenn hingegen die Aktiven grösser sind als die Verbindlichkeiten³⁶, also wenn ein sog. *Bilanzgewinn* („grün“) vorliegt, braucht es keine Warnung, und Art. 725 OR „greift“ überhaupt nicht:

Aktiven	Passiven
Umlaufvermögen	Fremdkapital
Anlagevermögen	Eigenkapital
	Bilanzgewinn

³³ Art. 657 OR 1883: BBl 1881 III 252 (Abdruck des damaligen Gesetzestextes); die Botschaft des BR vom 27. November 1879 (BBl 1880 I 149 ff. zum gesamten OR 1883) äusserte sich zwar zu den „korporativen Vereinen“ (also: AG und Genossenschaften: a.a.O. 218 ff.), aber nicht im Einzelnen zu Art. 657 OR 1883.

³⁴ Statt aller: BÜHLER, Sanierung, S. 4 ff.

³⁵ In der Praxis einen wichtigen Anhaltspunkt für finanzielle Probleme gibt die sog. „burn rate“, d.h. die Entwicklung von Geldfluss bzw. *Liquidität*: BÜHLER, Sanierung, S. 19.

³⁶ Gemeint ist die *Summe* des *Fremdkapitals* sowie des *Eigenkapitals* (ohne den Unternehmensgewinn).

Wirtschaftlich unerfreulich, jedoch rechtlich unproblematisch ist³⁷, wenn ein sog. *einfacher Bilanzverlust* („gelb“) gegeben ist, d.h., wenn die Aktiven der Unternehmung zwar deren Fremdkapital, aber nicht mehr deren *gesamtes* Eigenkapital „decken“³⁸. Wenn sich die finanzielle Lage weiter verschlechtert, so dass die Aktiven nicht (mehr) zur „Deckung“ von *mindestens 50 Prozent* des massgeblichen Eigenkapitals³⁹ ausreichen, wird die Gesellschaft mit einem qualifizierten Bilanzverlust – einem sog. *Kapitalverlust* („orange“) – konfrontiert:

Aktiven	Passiven
Umlaufvermögen	Fremdkapital
Anlagevermögen	Eigenkapital
	----- 50% -----
einfacher Bilanzverlust	

Aktiven	Passiven
Umlaufvermögen	Fremdkapital
Anlagevermögen	Eigenkapital
	----- 50% -----
Kapitalverlust	

³⁷ Aktienrechtlich beachtet werden muss immerhin, dass *Dividendenzahlungen bei Bilanzverlust* grundsätzlich *unzulässig* sind: Art. 675 Abs. 2 OR.

³⁸ Regelmässig wird von einer „*Unterbilanz*“ gesprochen.

³⁹ Massgeblich sind gemäss Art. 725 Abs. 1 OR das *Aktienkapital* und die *gesetzlichen Reserven* (konkret umfassend die Allgemeinen Reserven/Art. 671 OR, die Reserven für eigene Aktien/Art. 671a OR sowie die Aufwertungsreserven/Art. 671b OR).

⁴⁰ Anders ausgedrückt liegt ein Kapitalverlust vor, wenn der „bilanzierte Verlustsaldo (...) die Hälfte des AK und der gesetzlichen Reserven (...) übersteigt“: BasK-WÜSTINER, N 18 zu Art. 725 OR.

Als Folge eines Kapitalverlusts gelangt Art. 725 Abs. 1 OR zur Anwendung, und die Gesellschaft muss – spätestens in diesem Zeitpunkt – saniert werden⁴¹. Dramatischer ist die Rechtslage, wenn sich die Aktiven sogar als *kleiner als das Fremdkapital* erweisen, so dass die AG die Gesellschaftsschulden nicht mehr bezahlen kann; es liegt m.a.W. eine sog. *Überschuldung* („rot“)⁴² vor, und Art. 725 Abs. 2 OR sowie Art. 725a OR sind zu beachten⁴³:

Aktiven	Passiven
Umlaufvermögen	Fremdkapital
Anlagevermögen	Eigenkapital
Überschuldung	----- 50% -----

Sollte in diesem Zusammenhang eine *Sanierungsbedürftigkeit* im Einzelfall gegeben sein⁴⁴, hat die betroffene Unternehmung unter Leitung ihres VR (Art. 716a Ziff. 6 OR i.V.m. Art. 725 f. OR) im Wesentlichen

⁴¹ Art. 725 Abs. 1 OR: „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“; folglich soll die AG *gerettet* werden, d.h., primär sind die *Aktionärsinteressen* im Rahmen einer Sanierung gemäss Art. 725 Abs. 1 OR zu berücksichtigen.

⁴² Statt vieler: BasK-WÜSTINER, N 29 zu Art. 725 OR.

⁴³ Art. 725 Abs. 2 OR: „Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, muss eine Zwischenbilanz erstellt und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger [sc. das Fremdkapital] weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind, so hat der Verwaltungsrat den Richter zu benachrichtigen [„Bilanz deponieren“], sofern nicht Gesellschaftsgläubiger im Ausmass dieser Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten“; die AG soll also nicht mehr (notwendigerweise) gerettet werden, sondern vielmehr deren Substanz zugunsten der Fremdkapitalgeber, d.h., die *Gläubigerinteressen* (und nicht die Aktionärsinteressen) werden massgeblich – selbst im Insolvenzfall kann statt einer *Liquidation* eine *Sanierung* angestrebt werden (Art. 725 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 725a OR).

⁴⁴ RUBLI, S. 81 ff.

zwei Wege zu beschreiten, nämlich entweder eine *Sanierung* einerseits⁴⁵ oder allenfalls eine *Liquidation* andererseits⁴⁶. Art. 725 OR als legislative „Krisenampel“ gelangt ausschliesslich bei einzelnen AG zur Anwendung, jedoch nicht bei Unternehmensgruppen, die (in aller Regel) keine Gesellschaftsform haben⁴⁷.

Die *Konzernrechnung* gemäss Art. 663e ff. OR erscheint *insolvenzrechtlich irrelevant* infolge einer Einzelbetrachtung⁴⁸. Nichtsdestotrotz sind konzernrechtliche Besonderheiten zu erkennen. M.E. ist *unzulässig*, eine Konzerngesellschaft automatisch (*noch*) *nicht als überschuldet* im Rahmen von Art. 725 Abs. 2 OR zu betrachten, sofern sie erst „im Konzern überschuldet“ ist⁴⁹, d.h., wenn das Fremdkapital der Unternehmung *nach rechnerischem Abzug von „Konzernforderungen“* durch die Gesellschaftsaktiven weiterhin gedeckt ist⁵⁰.

1.3.2 Sanierung einer Gesellschaft

In einer finanziellen Krise können die Entscheidträger nicht einfach die Augen schliessen und einem „Laisser faire“ frönen. Aus der Treuepflicht des VR (Art. 717 Abs. 1 OR) ergibt sich vielmehr eine (prinzipielle) *Pflicht zur Sanierung* einer AG, zumindest bei positiver Erfolgsprognose⁵¹; es darf indes nicht vergessen werden, dass mit Sanierungsversuchen durchaus Haftungsrisiken verbunden sein können⁵². M.E. kann im gleichen Rahmen für die Obergesellschaft eine *Pflicht zur Konzernsanierung* abgeleitet werden:

⁴⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.

⁴⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.

⁴⁷ Ein Konzern kann u.U. als *einfache Gesellschaft* qualifiziert werden: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2.

⁴⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1.2.

⁴⁹ In der *Wirtschaftsrealität* wird gelegentlich in dieser Weise argumentiert – etwa in Österreich: WienerZeitung, 22. Mai 2012, 27 („Insolvenzrechtliches Begräbnis für HTI-Unternehmen Technoplast“).

⁵⁰ M.E. darf für „Konzernforderungen“ *kein Rangrücktritt bzw. kein Forderungsverzicht* „fingiert“ werden, vielmehr muss der VR einer Konzerngesellschaft, unter Beachtung von Art. 717 OR („Dealing at Arm’s Length“), sanierenden *Vereinbarungen ausdrücklich* zustimmen: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.

⁵¹ In diesem Sinne etwa: FORSTMOSER, S. 276 m.w.H. sowie S. 286.

⁵² Hierzu: VOGEL/KÜPFER, S. 65 ff., v.a. S. 103 ff.

Eine Gesamtbetrachtung ist de lege lata ausgeschlossen⁵³, d.h., die Konzernsanierung ergibt sich in erster Linie aus einer *Sanierung einzelner Gruppenunternehmungen*, und zwar unter strategischer Führung der herrschenden Gesellschaft. Massgebliche Grenzen ergeben sich mittels *konzernweiter Interessenwahrungen* (z.B. für „freie Aktionäre“).

Unternehmenssanierungen – innerhalb und ausserhalb von Konzernen – erfolgen in der Tendenz entweder individuell oder kollektiv⁵⁴. Es besteht *kein Rechtsinstitut „Gesellschaftssanierung“*, so dass unterschiedliche Verständnisse vorkommen⁵⁵. Insbesondere muss nicht notwendigerweise zugewartet werden, bis etwa ein Kapitalverlust vorliegt, d.h., eine Sanierung ist *jederzeit* möglich⁵⁶. Eine Unternehmung kann basierend auf verschiedenen Rechtsgrundlagen saniert werden. Nicht zu vergessen ist insbesondere *Art. 19 OR* (Vertragsfreiheit), der *individuelle Lösungen* für eine Unternehmenssanierung ermöglicht⁵⁷.

Zusätzlich (oder in Kombination) sind – tendenziell – *kollektive Lösungen* möglich auf der Basis *anderer gesetzlicher Grundlagen*, nämlich z.B. *Art. 725 Abs. 1 OR* (Kapitalverlust)⁵⁸, *Art. 6 FusG* (Sanierungsfusion)⁵⁹, *Art. 293 ff. SchKG* (Nachlassverfahren) oder *Art. 25 f. BankG*⁶⁰. Ausserdem können Gesellschaften durch „buchhalterische Tricks“⁶¹ oder durch Finanzierungen⁶² saniert werden. Solche Sanierungsmöglichkeiten

⁵³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1.2.

⁵⁴ Übersicht zu *Sanierungsmassnahmen*: BasK-WÜSTINER, N 9e ff. zu Art. 725 OR; unter einer *Sanierung* werden im Wesentlichen „Massnahmen finanzieller, struktureller und organisatorischer Art zur Beseitigung einer finanziellen Krise (...)“ verstanden: a.a.O. N 10 a.A.

⁵⁵ Detailliert: ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 14 ff.; RUBLI, S. 71 ff.; in Praxis und Theorie ist insbesondere zwischen *privatrechtlicher Sanierung* sowie *Sanierung im Nachlassverfahren* zu unterscheiden: ROBERTO, S. 13 f.; zur ersten Thematik: SCHENKER, S. 487 f.; BÜHLER, Aktiengesellschaft, S. 444 ff.

⁵⁶ Zu frühzeitigen Sanierungen: BÜHLER, Sanierung, S. 7 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 749d ff.

⁵⁷ Beispiele: *Vereinbarungen* für einen Forderungsverzicht oder für eine Forderungsstundung, und zwar in erster Linie zur „Entspannung“ auf Seiten des *Fremdkapitals*; entsprechende Abreden sind möglich bei sämtlichen Gesellschaften, also nicht zuletzt bei Konzerngesellschaften: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.

⁵⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.3.1.2.

⁵⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.1.

⁶⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1.1.

⁶¹ In einem solchen Fall erfolgt *kein (neuer) Kapitalfluss* für die Unternehmung: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.1.

⁶² Hier besteht ein *Kapitalfluss*: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.3.

stehen *Konzernunternehmungen* ebenfalls zur Verfügung⁶³; konzerninterne Sanierungen müssen am „regulären“ Standard gemessen werden („Dealing at Arm’s Length“)⁶⁴.

1.3.3 Liquidation einer Gesellschaft

Unternehmensliquidationen – in der Wirtschaftsrealität oftmals als Folge gescheiterter Sanierungsbemühungen – können auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen basieren⁶⁵. Während die (reguläre) Liquidation einer AG in Art. 736 ff. OR bzw. in Art. 739 ff. OR geregelt wird, sehen Art. 159 ff. SchKG eine Sonderordnung für Konkursituationen vor⁶⁶. Ein spezifisches Regime findet sich im Bankenkonzurs („Konkursliquidation insolventer Banken“)⁶⁷ mit Art. 33 ff. BankG, wobei Bankkonzerne im Fokus stehen.

Da es bei einer Gesellschaftsliquidation primär um die Maximierung der Gläubigerinteressen geht, sind „Standardmodelle“ undenkbar, d.h., Liquidationen erfolgen von Fall zu Fall unterschiedlich. Nichtsdestotrotz sind prototypische Eckpunkte erkennbar⁶⁸: Bilanz (Art. 742 Abs. 1 OR), Schuldenruf (Art. 742 Abs. 2 OR), Aktiven „versilbern“ und Passiven tilgen (Art. 743 Abs. 1 OR) sowie Aktivenüberschuss verteilen (Art. 745 OR). Für die Unternehmensliquidation werden Liquidatoren im Rahmen von Art. 740 f. OR eingesetzt⁶⁹; spezielle Regelungen gelten für den Fall eines Gesellschaftskonkurses⁷⁰.

⁶³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.

⁶⁴ Es gibt eine Vielzahl von *rechtlichen Sanierungsrisiken*: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.4.

⁶⁵ Wenige Besonderheiten bestehen in Bezug auf *Konzerne*: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.

⁶⁶ Anders als bei der Sanierungsvariante gibt es bei der Liquidationsvariante *keine fusionsrechtliche* Regelung, denn die allenfalls in Frage stehenden Umstrukturierungen (also: Fusion, Spaltung, Umwandlung sowie Vermögensübertragung) erfolgen jeweils *liquidationslos*: Art. 738 OR.

⁶⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1.1.

⁶⁸ Die *Beendigung einer AG* durchläuft *drei Phasen*, nämlich die Liquidation (Art. 739 ff. OR), die der Auflösung folgt (Art. 736 ff. OR – u.a. Konkursöffnung: Art. 736 Ziff. 3 OR) und der Handelsregisterlöschung (Art. 746 OR) vorangeht; die *Organkompetenzen* werden mit der Liquidation eingeschränkt auf Handlungen, „die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind“ (Art. 739 Abs. 2 OR).

⁶⁹ Verschiedene Personen kommen als *Liquidatoren* in Frage: Art. 740 OR.

⁷⁰ Die *Konkursverwaltung* nimmt in einem solchen Fall die Liquidation wahr: Art. 740 Abs. 5 OR.

2. Konzernrechtliche Aspekte

2.1 Drohender Zusammenbruch

2.1.1 Probleme auf Aktiven-Seite

Trotz Verwendung des *Begriffs* „Konzerninsolvenz“ gilt: „Der Konzern als solcher ist in der Schweiz nicht konkursfähig“⁷¹. Der „Fiebermesser“ bzw. die „Krisenampel“ gemäss Art. 725 OR⁷² bezieht sich *nicht* auf den Konzern, sondern auf *einzelne* Konzerngesellschaften⁷³. M.E. ist unter „Konzerninsolvenz“ ein Zustand zu verstehen, in dem sich eine oder mehrere wesentliche Konzernunternehmungen in finanzieller Schieflage⁷⁴ befinden, wodurch die Unternehmensgruppe und deren Tätigkeit in Frage gestellt werden.

Für eine Konzerninsolvenz – was immer darunter verstanden werden soll – bestehen unter rechtlichen Aspekten *unklare Konturen*, denn eine Gesamtbetrachtung⁷⁵ scheint ausgeschlossen zu sein. Selbst bei einer finanziellen Krisensituation für einen Konzern dürften einzelne Gruppenunternehmungen nach wie vor gut dastehen.

Finanzielle Probleme von Konzernunternehmungen entstehen regelmässig auf der *Aktiven-Seite* ihrer Bilanzen⁷⁶. Sollten andere Gesellschaften desselben Konzerns (ebenfalls) in Schwierigkeiten stecken, kann dies im Einzelfall zu einer „Ansteckung“ oder sogar zu einem eigentlichen „Schneeball-Effekt“ führen. Konzerninterne „toxic assets“ (nämlich: Beteiligungen an sowie Forderungen gegenüber anderen Gruppengesellschaften)⁷⁷ führen zum Zusammenbruch⁷⁸, d.h., Konzerne *kippen* „von oben nach unten“ und „seitwärts“.

⁷¹ BOPP, S. 20.

⁷² Vgl. dazu vorne Ziff. 1.3.1.2.

⁷³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1.2.

⁷⁴ Mit Blick auf die *Bilanz* gilt, etwas trivialisiert, was folgt: „On the left is nothing right, and on the right is nothing left“ (Hinweise: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 59).

⁷⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.1.2.

⁷⁶ Eine *Problemlösung* erfolgt hingegen in aller Regel auf der *Passiven-Seite* – sei es beim Fremdkapital (Forderungsverzicht, Rangrücktritt, Sanierungsdarlehen etc.) oder sei es beim Eigenkapital (z.B. Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung).

⁷⁷ Gruppenunternehmungen sind regelmässig durch eine Vielzahl von Verträgen und von gegenseitigen Beteiligungen „*miteinander verwoben*“: BOPP, S. 20.

⁷⁸ KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 92 FN 312; es braucht auf den Aktiven (z.B. Gruppenbeteiligungen sowie Gruppenforderungen) entsprechende *Wertberichtigun-*

2.1.2 Einzelbetrachtung v. Gesamtbetrachtung

Konzerne beruhen auf dem sog. *Trennungsprinzip*, d.h., sämtliche Gruppengesellschaften führen juristische Eigenleben⁷⁹. Das Bundesgericht bringt dies etwa wie folgt zum Ausdruck: „Das schweizerische Recht kennt (...) kein eigentliches Konzernrecht und behandelt jede Gesellschaft als ein *rechtlich selbständiges* Gebilde mit eigenen Organen, welche die Geschäfte im Interesse der besagten Gesellschaft und *nicht in demjenigen des Konzerns*, anderer Gesellschaften oder des sie beherrschenden Anteilsinhabers zu tätigen haben“⁸⁰.

Es dominiert der *Grundsatz der Einzelbetrachtung*, und nur in Ausnahmefällen erfolgt eine Gesamtbetrachtung. M.E. falsch wäre indes ein „Entweder – oder“⁸¹, denn „[d]er Konzern (stellt) immer unter gewissen Aspekten eine *Einheit*, unter anderen aber eine *Mehrzahl von Einheiten* (dar). Alle Theorien, die generell entweder auf die eine oder die andere Seite zielen, schütten das Kind mit dem Bade aus. Die Idee selbst würde damit preisgegeben“⁸².

Die Lehre befasst sich *konzerndogmatisch* intensiv mit diesem „für Juristen fast unerträglichen Gemisch von „Einheit“ und Vielheit“ (...)“⁸³, ohne dass überzeugende Lösungen aufgezeigt worden wären⁸⁴. Pragmatisch betrachtet will das Trennungsprinzip „allen Beteiligten einen angemessenen Anteil am „Konzernkuchen“ sichern“⁸⁵. Eine umfassende Gesamtbetrachtung – teils als sog. Einheitstheorie bezeichnet – muss *abgelehnt* werden⁸⁶.

gen, was in der Folge zu weiteren Problemen bei dieser Unternehmung führen kann; zudem: KUNZ, TBTF, Rz. 68.

⁷⁹ Die folgenden thematischen Ausführungen finden sich in mehreren Publikationen des Unterzeichners; allg.: DRUEY, § 1 N 90 ff.; BERTSCHINGER, N 293 ff. m.w.H.; HANDSCHIN, Konzern, S. 183 ff.; VON BÜREN, S. 78.

⁸⁰ BGE 138 II 61 Erw. 4.1; Hervorhebungen hinzugefügt.

⁸¹ KUNZ, Klarstellungen, S. 42.

⁸² DRUEY, § 1 N 98; Hervorhebungen im Original.

⁸³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 154.

⁸⁴ Übersicht zur Debatte: BERTSCHINGER, N 293 ff.

⁸⁵ BERTSCHINGER, N 296 a.E.

⁸⁶ Überzeugend: BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 155 f. m.w.H.; früh bereits: CAFLISCH, S. 206 ff.; Hinweise: ALBERS-SCHÖNBERG, S. 12; m.E. schliesst dies indes nicht aus, gewisse *Konzerne als einfache Gesellschaften* zu qualifizieren: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2.

Eine *dogmatisch bruchlose Lösung* zum Konzern („Vielheit“ v. „Einheit“) ist *unmöglich*, d.h., ein „Spagat des Konzernrechts“⁸⁷ scheint unvermeidlich – nicht anders verhält es sich notabene in ausländischen Rechtsordnungen. Teilweise fließen konzernspezifische Elemente einer Gesamtbetrachtung (etwa „Konzernwissen“)⁸⁸ in die grundsätzliche Einzelbetrachtung jeder Gruppenunternehmung ein. Bei den meisten *praxisrelevanten Konzernsachverhalten* ist von *Einzelbetrachtungen* auszugehen; als Beispiele können genannt werden: Konzernfinanzierungen⁸⁹ sowie Konzernhaftungen⁹⁰.

Das Trennungsprinzip wird *rechtspolitisch* z.T. kritisiert: „[Beim] Gläubigerschutz (...) wiegt der Mangel schwer, denn er gestattet es, zwischen juristisch säuberlich getrennten, ökonomisch aber zweifelsfrei zusammengehörenden Einheiten *hin und her zu jonglieren*. So können etwa Aktiven einer einzelnen Gesellschaft des Konzerns durch Verrechnung oder Dividendenzahlung innerhalb des Konzerns dem legitimen Zugriff von Gläubigern entzogen werden (...). Die Swissair-Affäre ist ein besonders krasses und bedauerliches Beispiel für diesen *Missbrauch des Prinzips der „kommunizierenden Röhren“* (...)“⁹¹.

Immer wieder kommen *singuläre Gesamtbetrachtungen* im Konzernrecht der Schweiz vor⁹². Eine umfassende Regelung würde m.E. jedoch die Daseinsberechtigung der Unternehmensgruppe prinzipiell in Frage stellen. Es handelt sich somit zwar um *relativ seltene*, allerdings gewichtige *Ausnahmesituationen*⁹³. Gesamtbetrachtungen werden durch Rechtssetzungen (z.B. Konzernrechnung⁹⁴, konsolidierte Finanzmarktaufsicht⁹⁵

⁸⁷ JÖRG, S. 31 (Zwischentitel).

⁸⁸ Hierzu: ABEGGLEN, S. 229 ff.

⁸⁹ Statt aller: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 80 ff.

⁹⁰ Übersicht: JÖRG, S. 102 ff.; KUNZ, Klarstellungen, *passim*; eine *Ausnahme* von der Regel stellt etwa die haftungsrechtliche Spezialität des sog. *Durchgriffs* dar.

⁹¹ Aus der *Begründung einer Motion* (Hervorhebungen hinzugefügt) zur „Schaffung eines schweizerischen Konzernrechts“ aus dem Jahr 2007 (07.3479), die im Jahr 2009 abgeschrieben wurde.

⁹² Mehrheitlich wird von einer sog. *modifizierten Einheitstheorie* ausgegangen: CAFLISCH, S. 210; ALBERS-SCHÖNBERG, S. 12; BERTSCHINGER, N 299, spricht hingegen von einem sog. *modifizierten Trennungsprinzip* – für eine Gesamtbetrachtung bzw. eine „Einheitsbetrachtung des Konzerns“ plädierend: NOBEL, S. 160 ff. (nach eigener Einschätzung „im Lichte der Wirklichkeit“: a.a.O. S. 162).

⁹³ Gl.M.: HANDSCHIN, Konzern, S. 183 ff., v.a. S. 186 ff.

⁹⁴ Konzernrechnung bzw. konsolidierte Jahresrechnung: Art. 663e ff. OR.

⁹⁵ Beispiele: Art. 43 Abs. 3 FINMAG („konsolidierte Aufsicht“); Art. 18 Abs. 3 NBG („Mindestreserven auf konsolidierter Basis“); statt aller: VOGEL/KÜPFER, S. 69 f. –

oder Konzernbesteuerung⁹⁶) und durch Rechtsanwendungen (z.B. Durchgriff auf die Obergesellschaft⁹⁷, Einsichtsrecht der Aktionäre der herrschenden Gesellschaft bei abhängigen Unternehmungen⁹⁸ oder Wissenszurechnung im Konzern⁹⁹) begründet¹⁰⁰.

Das *Konzerninsolvenzrecht* sieht prinzipiell *keine Konsolidierungen* vor¹⁰¹. Dies führt de lege lata dazu, dass einerseits bei Gruppensanierungen¹⁰² (unbesehen der konkreten Sanierungsmassnahmen: Restrukturierungen, Sanierungsvereinbarungen, sanierende Finanzierungen etc.) sowie andererseits bei Gruppenliquidationen¹⁰³ jeweils *Einzelbetrachtungen* vorzunehmen sind – obwohl teils konzernrechtliche Sonderaspekte einfließen mögen.

2.2 Konzernsanierung

2.2.1 Restrukturierungen

Zahlreiche *Unternehmensrestrukturierungen* verfolgen das Ziel einer Sanierung. Gesellschaften und damit mittelbar Konzerne können bilanzmässig – also sozusagen durch „*buchhalterische Tricks*“ (Aufwertung be-

dieses Regelungsumfeld hat Folgen z.B. für eine *Wissenszurechnung in Bankkonzernen*: ABEGGLEN, S. 298 ff.

⁹⁶ Beispiele: Art. 61 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 DBG; allg.: BGE 138 II 57 („verdeckte Gewinnausschüttung“).

⁹⁷ Hierzu: BGE 108 II 213; BGE 113 II 31; BGE 130 III 495.

⁹⁸ BGE 132 III 71 – diese bundesgerichtliche Rechtsprechung soll ins künftige Aktienrecht übernommen werden: Art. 697^{bis} Abs. 3 E-OR; Botschaft: BBl 2008 1608 FN 24 sowie 1672.

⁹⁹ Hinweise: JÖRG, S. 96 ff.; grundlegend: ABEGGLEN, S. 229 ff.

¹⁰⁰ Ein eigentliches *Konzept für Gesamtbetrachtungen* ist zwar nicht ersichtlich – immerhin besteht m.E. bei den aktuellen Ausnahmefällen von einer Einzelbetrachtung sozusagen der „gemeinsame Nenner“ darin, dass *Missbrauchssituationen* des Trennungsprinzips *verhindert* werden sollen.

¹⁰¹ Statt vieler: VON BÜREN, S. 585 ff.; eine umfassende Gesamtbetrachtung wird u.a. dadurch verhindert, dass es *keine* „Konzerngläubiger“ gibt, sondern nur *Gläubiger konkreter* Gruppenunternehmungen (REBSAMEN, N 11) – eine Einzelbetrachtung wird v.a. durch das *Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger* nahe gelegt, weil ansonsten die Gläubiger der finanziell besser dastehenden Konzerngesellschaften durch sanierende „Mitteltransfers“ benachteiligt würden.

¹⁰² Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.

¹⁰³ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.3.

stimmter Aktiven: Art. 670 Abs. 1 OR¹⁰⁴; Kapitalerhöhung mittels Verrechnungsliberierung: Art. 652e Ziff. 2 OR¹⁰⁵ etc.)¹⁰⁶ – ebenso saniert werden wie durch Kosteneinsparungen (beispielsweise Entlassungen von Arbeitnehmern)¹⁰⁷, durch sanierende Vereinbarungen mit Gläubigern¹⁰⁸, durch Unternehmens- bzw. Konzernfinanzierungen¹⁰⁹, durch sog. Kapitalschnitte („Harmonika“)¹¹⁰ oder sonstwie¹¹¹.

Sanierende Eingriffe in *Konzernstrukturen* erfolgen z.B. durch *Sanierungsfusionen* im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 FusG: „Eine Gesellschaft, deren [Nominalkapital] 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“¹¹². Denkbar sind schliesslich der *Verkauf* oder der *Börsengang* einer Konzernunternehmung.

Eine konzernrechtliche Sanierungsvariante erwähnt der BR: „Die Rettung des schuldnerischen Unternehmens erfolgt in der Praxis oft über einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, kombiniert mit der *Gründung einer Auffanggesellschaft*. Die zu sanierende Gesellschaft gründet eine Tochtergesellschaft, deren Aktienkapital durch Sacheinlagen der frei verfügbaren *Aktiven der Muttergesellschaft* liberiert werden“¹¹³ – über die Obergesellschaft wird ein Nachlassverfahren eröffnet, an dessen Ende der

¹⁰⁴ RUBLI, S. 151 ff.

¹⁰⁵ Sog. *Debt/Equity-Swap*: BÖCKLI, Aktienrecht, § 2 N 143 ff.; RUBLI, S. 205 ff.

¹⁰⁶ Das Einfordern des „*non-versé*“ durch den VR (Art. 634a OR) verbessert zwar die *Liquidität*, jedoch nicht die Bilanzsituation, d.h., es erfolgt keine buchhalterische Sanierung.

¹⁰⁷ Statt vieler: GEISER, S. 119 ff.; generell zu Konzernanstellungsverträgen: GEISER/UHLIG, S. 757 ff.

¹⁰⁸ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.2.

¹⁰⁹ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.3.

¹¹⁰ Kombination von Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung: BÜHLER, Sanierung, S. 55 ff.

¹¹¹ Grundlegend zu Sanierungsleistungen innerhalb eines Konzerns: ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 353 ff.

¹¹² Bei einigen *konzerninternen* Fusionen sind *Erleichterungen* möglich: Art. 23 f. FusG; m.E. gelangen Art. 23 f. FusG ebenfalls im Rahmen von Art. 6 FusG zur Anwendung.

¹¹³ BBl 2010 6492; Hervorhebungen hinzugefügt – zur Auffanggesellschaft („Special Purpose Vehicle“ bzw. SPV): ROBERTO, S. 15 FN 16.

Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung eine *Befriedigung* der Gläubiger mit *Aktien der Untergesellschaft* vorsieht¹¹⁴.

2.2.2 Diverse Vereinbarungen

Des Weiteren kann versucht werden, durch *Verhandlungen* eine Sanierung des Konzerns bzw. von einzelnen Gruppenunternehmungen zu erreichen. Dies setzt im Rahmen von Art. 1 Abs. 1 OR die *Zustimmungen der Betroffenen* – in erster Linie der Gläubiger – voraus, weil solche Sanierungen jeweils durch Abreden erfolgen. Es kommt eine Vielzahl von *sanierenden Vereinbarungen* in Betracht¹¹⁵, und zwar nicht zuletzt in Konzernverhältnissen¹¹⁶.

Weder Rechtssetzung noch Rechtsanwendung kennen eine sanierende Gesamtbetrachtung¹¹⁷. Allfällige Abreden zur Sanierung müssen jeweils mit einzelnen Gruppenunternehmungen geschlossen werden. In der Wirtschaftsrealität im Vordergrund¹¹⁸ stehen v.a. *Forderungsverzicht* (Art. 115 OR)¹¹⁹, *Rangrücktritt* (Subordination: Art. 725 Abs. 2 OR¹²⁰)¹²¹ sowie schliesslich *Sanierungsdarlehen* als Finanzierungsmassnahmen¹²². Angesichts des Ausschlusses einer Gesamtbetrachtung ist m.E. *unzuläs-*

¹¹⁴ BBl 2010 6492: „Diese Vorgehensweise stellt eine praktikable und vernünftige Möglichkeit dar, das schuldnerische Unternehmen in eine neue Gesellschaft überzuführen und somit de facto zu retten“; mit einer legislativen Neuordnung (also: Art. 314 Abs. 1^{bis} E-SchKG und Art. 318 Abs. 1^{bis} E-SchKG) wird diese Praxis abgesichert: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.1; eine Spezialordnung besteht betreffend sanierungsbedürftigen *Banken* („Bad Bank“ sowie „Bridge Bank“): Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1.1.

¹¹⁵ RUBLI, S. 178 ff.; SCHENKER, S. 491 ff.; GRAF, S. 111 ff.

¹¹⁶ Sanierungsverhandlungen mit *Gläubigern* dürften sich regelmässig einfacher ergeben, wenn es sich dabei nicht um konzernfremde Dritte, sondern um *andere Konzerngesellschaften* handelt – nichtsdestotrotz müssen die Prinzipien eines „Dealing at Arm’s Length“ ebenfalls beachtet werden.

¹¹⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.2.

¹¹⁸ Weitere Beispiele: RUBLI, S. 178 ff. (sog. Stillhalteabkommen), S. 205 ff. (Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital) sowie S. 214 ff. (Schuldübernahme und Gläubigerbefriedigung).

¹¹⁹ Für den ganz oder teilweise *verzichtenden Gläubiger* handelt es sich um die einschneidendste Sanierungsmassnahme – in der Praxis wird ein solcher Verzicht meist von *Gesellschaften desselben Konzerns* ausgesprochen: RUBLI, S. 217.

¹²⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.3.1.2.

¹²¹ Statt vieler: RUBLI, S. 183 ff. – in der Praxis handelt es sich bei dieser Sanierungsvariante häufig um einen „*Rangrücktritt im Konzern*“ (a.a.O. S. 185 ff.).

¹²² Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.3.1; das „Arm’s Length“-Prinzip ist anwendbar: BÜHLER, Sanierung, S. 43; HOLD, S. 104 f.

sig, konzernintern von *stillschweigenden* Zustimmungen auszugehen, d.h., Konzernunternehmungen haben ausdrücklich sanierende Abreden zu treffen¹²³, ohne dass solche Vereinbarungen fingiert werden dürfen.

Das Konzept „*Vereinbarungen*“ strebt, etwas trivialisiert, eine Sanierung des Fremdkapitals an, d.h., neue Mittel werden meist nicht zugeführt¹²⁴. Der Mittelzufuhr zugunsten der sanierungsbedürftigen Gesellschaft dient hingegen das Konzept „*Finanzierungen*“ (z.B. Konzernfinanzierungen)¹²⁵ – sei es beim Fremdkapital¹²⁶ oder sei es beim Eigenkapital¹²⁷. Durch solche Finanzierungen werden einerseits die Aktiven („Cash“) sowie – im gleichen Ausmass – andererseits die Passiven vergrössert, so dass der Bilanzverlust gleich bleibt¹²⁸.

2.2.3 Sanierung durch Finanzierung(en)

2.2.3.1 Fremdkapitalfinanzierungen

Beim Fremdkapital („Debt“ bzw. „Liabilities“)¹²⁹ bestehen – anders als beim Eigenkapital¹³⁰ – keine quantitativen und keine qualitativen Vorgaben. Unternehmungen sind frei, ob und in welchem Umfang und bei wem sie sich *verschulden*. Der Financier des Fremdkapitals erwirbt (anders als der Gesellschafter) keine Beteiligung, sondern eine Forderung gegen die Gesellschaft als Schuldnerin, d.h., es handelt sich um einen *Gläubiger*.

Das Prinzip der Irrelevanz des Fremdkapitalgebers wird allenfalls durchbrochen, wenn *Allein- oder Mehrheitsgesellschafter* zusätzlich oder parallel zur Beteiligung als Fremdkapitalgeber (z.B. Aktionärsdarlehen) „ihrer“ Gesellschaft auftreten. Dies ist zwar vertragsrechtlich sowie gesellschaftsrechtlich *grundsätzlich zulässig*, kann aber verschiedene

¹²³ VR von Gruppengesellschaften haben Art. 717 OR zu beachten.

¹²⁴ Gl.M.: RUBLI, S. 178.

¹²⁵ Für *Konzernfinanzierungen* zeichnet die *Obergesellschaft* verantwortlich; allg.: ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 353 ff.; RUBLI, S. 56 ff.

¹²⁶ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.3.1.

¹²⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.3.2.

¹²⁸ Bei *Unternehmensfinanzierungen* erfolgt eine Sanierung also *nicht* durch *Verlustreduktion*, sondern durch den Umstand, dass sich die Relation des (gleich gebliebenen) Bilanzverlusts in Bezug auf die *gewachsenen Passiven* verbessert – z.B. macht der Unternehmensverlust nach einer Finanzierung weniger als 50 Prozent des massgeblichen Eigenkapitals aus (Art. 725 Abs. 1 OR ist nicht mehr anwendbar).

¹²⁹ Zu den folgenden Ausführungen bereits: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 62 ff.

¹³⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.3.2.

Rechtsrisiken mit sich bringen¹³¹ – ein Zentralthema bei Konzernfinanzierungen¹³². Konzerne bzw. Konzernunternehmungen beschaffen sich Fremdkapital im Wesentlichen durch Darlehen oder durch Anleiensobligationen, wobei freie juristische Wahl besteht¹³³.

Darlehen an Konzernunternehmungen¹³⁴ haben für Unternehmensgruppen keine automatischen Rechtsfolgen. Fremdkapitalfinanzierung mittels *Anleiensobligation* führt in Konzernverhältnissen¹³⁵ hingegen dazu, dass einerseits in jedem Fall eine konsolidierte Jahresrechnung erstellt werden muss¹³⁶, und dass andererseits eine umfassende Offenlegungspflicht dieser Konzernrechnung erfolgt¹³⁷. In einem Konzern können sich Optionsrechte oder Wandelrechte nicht allein auf die Aktien des Emittenten als Bezugsquelle, sondern alternativ auf Beteiligungspapiere irgendeines Konzernunternehmens beziehen.

Sog. *Sanierungsdarlehen* stellen zentrale Fremdkapitalfinanzierungen bei Unternehmungen mit finanziellen Problemen dar¹³⁸. Es handelt sich um Darlehen mit *Zweckbindung*, nämlich zur (versuchten) Unternehmenssanierung¹³⁹. Der Terminus „Sanierungsdarlehen“ ergibt sich nicht

¹³¹ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.4.

¹³² Statt vieler: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 85 ff. m.w.H.

¹³³ Bei *Fremdkapitalfinanzierungen* von Unternehmensgruppen sind konzerninterne und konzernexterne Finanzierungsströme zu unterscheiden – beim zweiten Szenario bleiben Konzernunternehmungen insofern bedeutsam, als sie oft zur sog. *Besicherung* externer Darlehen etc. nutzbar gemacht werden (z.B. Bürgschaften, Garantien sowie Patronatserklärungen – hierzu: VON BÜREN, S. 435 ff.); Finanzierungsströme bzw. deren Besicherungen können in *drei Konzernrichtungen* verlaufen, nämlich „von oben nach unten“ („Down-stream“) oder von „unten nach oben“ („Up-stream“) oder „seitwärts“ („Side-stream“).

¹³⁴ Allg.: FRIZ, *passim*.

¹³⁵ Hinweise: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 82.

¹³⁶ Art. 663e Abs. 3 Ziff. 2 OR – es handelt sich um eine *Gegenausnahme* zur *Ausnahme* eines Verzichts auf eine Konzernrechnung bei „Kleinkonzernen“.

¹³⁷ Art. 697h Abs. 1 Ziff. 1 OR.

¹³⁸ Statt vieler zum Sanierungsdarlehen: ROTH, Sanierungsdarlehen, *passim*; RUBLI, S. 190 ff.; EMMENEGGER, *passim*; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, *passim*; UMBACH-SPAHN, S. 170 ff.

¹³⁹ BGE 134 III 459 Erw. 5.2: „Diese Zahlungsmittel müssen dabei zum *besonderen Zweck der Sanierung* gewährt worden sein und nicht bloss mit der Absicht, Geld kurzfristig und zu hohem Zins anzulegen (...);“ Hervorhebung hinzugefügt – zudem: EMMENEGGER, S. 157.

aus dem Gesetz¹⁴⁰, und die Praxis erscheint rechtsunsicher¹⁴¹. Das *idealtypische* Sanierungsdarlehen erweist sich als *relativ anfechtungsresistent* (aus SchKG)¹⁴² – ansonsten entstehen aus solchen Darlehen bzw. aus deren Rückzahlungen¹⁴³ verschiedene *Rechtsrisiken* insbesondere nach Insolvenzrecht¹⁴⁴ und nach Gesellschaftsrecht¹⁴⁵.

2.2.3.2 Eigenkapitalfinanzierungen

Eigenkapital („Equity“)¹⁴⁶ der Gesellschaft stellt Risikokapital der Gesellschafter dar¹⁴⁷, d.h., es besteht insbesondere – anders als beim Fremdkapital¹⁴⁸ – kein (Rück-)Zahlungsanspruch des Financiers. Eigenkapital vermittelt an der Unternehmung als Investorenanspruch eine *Beteiligung* und nicht einen Gläubigeranspruch. Eine solche Beteiligung verschafft deren Inhaber(n) ein Bündel von Rechten, nämlich die Gesellschafterrechte¹⁴⁹.

Debattiert wird in der Doktrin die Frage, ob eine Pflicht zur angemessenen Eigenkapitalausstattung besteht oder nicht¹⁵⁰. Die Gesellschaften sind nach verschiedenen Ansichten in der Lehre *nicht gänzlich frei* zur

¹⁴⁰ Bei der aktuellen Revision des SchKG (vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.1) wurde bewusst auf eine *Regelung von Sanierungsdarlehen verzichtet*: BBl 2010 6466 f.; hierzu: EMMENEGGER, S. 183 ff.

¹⁴¹ Beispielsweise hält LORANDI, S. 215, fest, dass die bundesgerichtlichen Vorgaben zum Vorliegen eines Sanierungsdarlehens „eher rudimentär“, sowie „nebulös“ sind; die Lehre diskutiert *drei Varianten*, und zwar „gewöhnliche Sanierungsdarlehen“, „privilegierte Sanierungsdarlehen“ sowie „eigenkapitalersetzende Sanierungsdarlehen“: EMMENEGGER, S. 157 ff.; zum Nachrang: ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 257 ff.

¹⁴² BGE 134 III 458 f. Erw. 5.2 (obiter); zur *Privilegierung* einer Anfechtungsfreistellung: EMMENEGGER, S. 158; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 262; UMBACH-SPAHN, S. 171.

¹⁴³ GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 267 ff. sowie S. 274 ff.

¹⁴⁴ Paulianische Anfechtungen: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.4.2.

¹⁴⁵ Eigenkapitalersetzende Darlehen bei *konzerninterner* Darlehensgewährung: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.4.3.

¹⁴⁶ Zu den folgenden Ausführungen bereits: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 67 ff.

¹⁴⁷ Allg.: HANDSCHIN, Eigenkapital, S. 71 ff.; BÖCKLI, Eigenkapitalschutz, S. 1 ff.

¹⁴⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3.1.

¹⁴⁹ Besonders wichtig ist dies bei *Konzernverhältnissen*, weil Beteiligungskonzerne in der Schweiz überwiegen, d.h., mit einer konzerninternen Eigenkapitalfinanzierung kann nebst einer Sanierung allenfalls die Beteiligung erhöht und damit die Konzernleitungsmacht verstärkt werden.

¹⁵⁰ Statt aller: GLANZMANN, Kapitalausstattung, S. 51 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 N 273 ff.

Finanzierung mittels Eigenkapital – dies gilt nicht zuletzt innerhalb eines Konzerns, d.h., der VR der Obergesellschaft sollte im Rahmen von Art. 717 OR sein konzernweites Augenmerk spezifisch auf diesen Aspekt richten. Während das rechtliche Interesse idealtypisch auf ein möglichst hohes Eigenkapital gerichtet ist, kann das betriebswirtschaftliche Interesse in die andere Richtung gehen¹⁵¹.

Hinsichtlich Unternehmensfinanzierungen steht das *Nominalkapital* der Gesellschaften und dabei meist das Aktienkapital der AG im Vordergrund des Interesses. Bei Eigenkapitalgebern werden konzeptionell *Aktionäre* einerseits von *Partizipanten* andererseits unterschieden. Die Entstehung der beiden Eigenkapitalien, die verschiedene Bezüge zueinander haben¹⁵², erfolgt auf unterschiedliche Weise. Die Rechtsstellungen der Aktionäre und der Partizipanten (Art. 656c ff. OR) ähneln sich zwar, sind aber nicht identisch¹⁵³.

Seit dem Jahr 2012 können *Bankkonzerne* im Rahmen von Art. 11 ff. BankG zwei neue Eigenkapitalformen einführen, nämlich einerseits sog. *Vorratskapital* sowie andererseits sog. *Wandlungskapital*. Diese Kapitalformen werden z.B. bei der Obergesellschaft geschaffen – unabhängig davon, ob die herrschende Unternehmung selber eine Bank ist oder nicht¹⁵⁴.

M.E. wird für neue Mittel einer Gesellschaft aus einer sanierenden Kapitalerhöhung der *Verwendungszweck eingeschränkt*. Immerhin hat jedoch das Bundesgericht zugelassen, dass die aus Kapitalerhöhungen resultierenden *Liberierungserlöse zur Erfüllung* bereits vorgängig bestehender Forderungen von Aktienzeichnern eingesetzt werden (z.B. zur Rückzahlung eines früheren Aktionärsdarlehens)¹⁵⁵. Ein aktienrechtlicher Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR liegt nicht vor, sofern eine „reale Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Ak-

¹⁵¹ Die *Eigenkapitalrendite steigt* bei *gleichem Gewinn* in Verbindung mit *sinkendem Risikokapital*; aus diesem Grund versuchen oftmals AG, ihr „überschüssiges“ Eigenkapital an die Aktionäre „zurückzugeben“ (z.B. mittels Rückkaufsprogrammen und mittels Kapitalherabsetzungen).

¹⁵² Beispiele: Art. 656a Abs. 2 OR, Art. 656b Abs. 3/Abs. 4 OR oder Art. 656g OR.

¹⁵³ Partizipationsscheine sind in *Konzernverhältnissen* mangels Stimmrecht für die Konzernleitung irrelevant, sollten m.E. aber als Eigenkapitalfinanzierung zu *Sanierungszwecken nicht unterschätzt* werden.

¹⁵⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1.2.

¹⁵⁵ Im Jahr 1961: BGE 87 II 180 Erw. 7 sowie 182 Erw. 9c.

tionär beglichen“ wird¹⁵⁶ – dies gilt nicht zuletzt für den Fall eines eigenkapitalersetzenden Darlehens¹⁵⁷ eines Gesellschafters¹⁵⁸.

2.2.4 Rechtliche Sanierungsrisiken

2.2.4.1 Strafrechtliche Aspekte

Der wohl kleinste gemeinsame Nenner einer Analyse betreffend Konzernsanierungen dürfte darin liegen, dass in fast jedem Fall damit *Rechtsrisiken* – wenn auch aus verschiedenen Rechtsgebieten (Strafrecht etc.) entspringend – verbunden sind: „Sanierungen innerhalb eines Konzerns sind (...) *relativ heikle* Transaktionen, sowohl aus der Sicht der *sanierenden* wie auch aus der Sicht der die Sanierungsleistung *empfangenden* Gesellschaft“¹⁵⁹.

Das *Konzernstrafrecht* wird immer wichtiger in der Wirtschaftsrealität¹⁶⁰. Beispielsweise sind im Zusammenhang mit dem „Swissair“-Konkurs entsprechende Urteile des Bezirksgerichts Bülach¹⁶¹ sogar in einer breiten Öffentlichkeit diskutiert worden. Nicht allein *natürliche Personen*, die im Zusammenhang mit Unternehmensgruppen tätig sind (z.B. Mitglieder des VR), geraten in den Fokus, sondern auch *einzelne Konzerngesellschaften* im Rahmen von Art. 102 StGB („Verantwortlichkeit des Unternehmens“)¹⁶².

Sanierende Vermögensverschiebungen (z.B. innerhalb des Konzerns) können sich als *strafrechtlich heikel* erweisen¹⁶³. Angesichts der Vielzahl möglicher Sanierungsbemühungen bestehen zahlreiche Risiken; sollten – als Beispiel – für eine Sanierung fällige Unternehmensschulden bezahlt werden, kann dies zur Strafverfolgung führen¹⁶⁴. Die folgenden *Straftat-*

¹⁵⁶ BGE 4A_496/2010 Erw. 2.4; zu diesem Urteil: VOGT/PETER, S. 228 ff.; kritisch: SCHÜTZ, *passim*.

¹⁵⁷ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.4.3.

¹⁵⁸ BGE 4A_496/2010 Erw. 2.4 m.w.H.

¹⁵⁹ VOGEL/KÜPFER, S. 113; Hervorhebungen hinzugefügt.

¹⁶⁰ Übersichten: NIGGLI/GFELLER, *passim*; SCHUBARTH, Konzernstrafrecht, *passim*; SCHUBARTH, Konzernsanierung, *passim*.

¹⁶¹ Hierzu: SCHUBARTH/PETER, *passim*; VOGEL/KÜPFER, Haftungsrisiken, S. 109 f.

¹⁶² Grundlegend: HEINIGER, *passim*; zudem: LANZ/RYSER, S. 43; NIGGLI/GFELLER, Verantwortlichkeit, S. 168 ff.; SCHUBARTH, Konzernsanierung, S. 27 ff.

¹⁶³ Zu konzerninternen Vorteilszuwendungen *ohne Sanierungszweck*: SCHUBARTH, Konzernstrafrecht, S. 163 ff.; allg.: KESSELBACH, *passim*.

¹⁶⁴ Im Detail: WOHLERS, S. 195 ff.

bestände stehen in der Praxis im Vordergrund¹⁶⁵: ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)¹⁶⁶, Gläubigerschädigung (Art. 164 StGB), Gläubigerbevorzugung (Art. 167 StGB) sowie – mindestens in krassen Fällen¹⁶⁷ – Misswirtschaft (Art. 165 StGB)¹⁶⁸.

Als strafrechtlich wohl besonders heikel müssen insbesondere „*Up-Stream*“-*Situationen* einerseits sowie „*Side-Stream*“-*Situationen* andererseits – seien es Darlehen oder Besicherungen – qualifiziert werden, die einem Drittvergleich („*Dealing at Arm's Length*“) nicht standzuhalten vermögen¹⁶⁹. Strafrechtlich betroffen sein können etwa *Mitglieder des VR abhängiger* Unternehmungen¹⁷⁰. Die wirkungsvollste Sanierungsmaßnahme, nämlich der Forderungsverzicht¹⁷¹, stellt nicht selten eine strafbare Gläubigerschädigung dar¹⁷². Keine Strafbarkeit liegt indes vor, wenn das Eigenkapital nicht betroffen ist¹⁷³.

2.2.4.2 *Insolvenzrechtliche Aspekte*

Mit den *paulianischen Anfechtungsklagen* „sollen Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, die ihr durch eine Rechtshandlung nach den Artikeln 286-288 entzogen worden sind“ (Art. 285 Abs. 1 SchKG) – unter diese rückerstattungspflichtigen „Rechtshandlungen“ können nicht zuletzt Vermögensverschiebungen innerhalb einer Unternehmensgruppe¹⁷⁴ und dabei etwa *konzerninterne* Sanierungsleistungen¹⁷⁵ fallen.

¹⁶⁵ Allg.: UMBACH-SPAHN, S. 159; ROBERTO, S. 15; DONATSCH, S. 7 ff.

¹⁶⁶ LANZ/RYSER, S. 34 ff.; DONATSCH, S. 7 ff.

¹⁶⁷ ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 402.

¹⁶⁸ Statt aller: DONATSCH, S. 9 f.

¹⁶⁹ LANZ/RYSER, S. 33.

¹⁷⁰ Bei Art. 158 StGB kommen ebenfalls z.B. *VR-Mitglieder der Obergesellschaft* in Frage, nämlich als allfällige *faktische* Organe: LANZ/RYSER, S. 34.

¹⁷¹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2.

¹⁷² LANZ/RYSER, S. 42.

¹⁷³ SCHUBARTH, Konzernsanierung, S. 21, hält dazu fest: „Soweit der Transfer aus freiem Eigenkapital erfolgt, ist der Vorgang unproblematisch“.

¹⁷⁴ Hierzu: VON BÜREN, S. 593 ff.; ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 365 ff. – eine Sonderbehandlung ist bei *kapitalersetzenden Darlehen* zu diskutieren: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.2.4.3.

¹⁷⁵ Als Übersicht: UMBACH-SPAHN, S. 161 ff.; ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 380 ff. und v.a. S. 387 ff. bzw. S. 392 bzw. S. 397 f. (jeweils re konzerninterne Sanierungsleistungen bzw. -darlehen).

Das Argument, dass solche Leistungen „zur Wahrnehmung des Konzerninteresses erforderlich gewesen“ seien¹⁷⁶, dürfte selten anfechtungsresistent sein. Immerhin ist m.E. nicht ausgeschlossen, zwischen den drei Konzernrichtungen (also: „down-stream“, „up-stream“ und „side-stream“) jeweils zu differenzieren.

Insolvenzrechtlich werden Schenkungsanfechtungen (Art. 286 SchKG)¹⁷⁷, Überschuldungsanfechtungen (Art. 287 SchKG)¹⁷⁸ sowie Absichtsanfechtungen (Art. 288 SchKG)¹⁷⁹ unterschieden. Gerade bei *Sanierungsdarlehen* durch Dritte¹⁸⁰ stellen paulianische Anfechtungen de lege lata ein nicht zu unterschätzendes Risiko dar¹⁸¹. Es gibt heute (noch) keine eigentliche sog. „Konzern-Pauliana“, immerhin sollen künftig Konzernsituationen durch eine Beweislastumkehr bei paulianischen Anfechtungen berücksichtigt werden¹⁸².

2.2.4.3 Gesellschaftsrechtliche Aspekte

Konzerninterne Leistungen zur Sanierung müssen u.a. Schranken des Insolvenzrechts¹⁸³, des Strafrechts¹⁸⁴ sowie des Gesellschaftsrechts¹⁸⁵ be-

¹⁷⁶ REBSAMEN, N 537.

¹⁷⁷ Da „Schenkungen“ oder „unentgeltliche Verfügungen“ angefochten werden können, erweist sich das *Prinzip des „Dealing at Arm’s Length“* als zentrales Verteidigungsdispositiv.

¹⁷⁸ Gewisse Rechtshandlungen (z.B. Sicherheitsbestellung oder Tilgung einer Geldschuld) sind anfechtbar, wenn sie *zeitlich zu nahe* bei der Konkurseröffnung und im *Zeitpunkt der Überschuldung* vorgenommen wurden: Art. 287 Abs. 1 SchKG; m.E. kommt Art. 287 Abs. 2 SchKG (sc. Verteidigung des Begünstigten durch Nichtwissen bzw. Nichtwissenmüssen) insofern konzernrechtliche Bedeutung zu, dass nämlich bei einer *begünstigten Konzerngesellschaft* zumindest ihr (*Konzern-*)Wissen *vermutet* wird, so dass die Regelung nicht anwendbar scheint.

¹⁷⁹ M.E. dürfte die in Art. 288 SchKG erwähnte *erkennbare Absicht* ohne weiteres in *Konzernverhältnissen gegeben* sein; wohl gl.M.: REBSAMEN, N 548.

¹⁸⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3.1; sollte ein *konzerninternes* Sanierungsdarlehen vorliegen, wird die *Thematik „Pauliana“ verdrängt* durch die Thematik „eigenkapitalersetzendes (Gesellschafter-)Darlehen“.

¹⁸¹ Die jüngste Praxis insbesondere im Zusammenhang mit dem „Swissair-Konkurs“ (z.B. BGE 134 III 452 „ZKB“) wurde von einer Vielzahl von Autoren dargestellt – hierzu statt vieler: GALLIKER/VON DER CRONE, S. 602 ff.; VOGT, S. 163 ff.; HUNKELER, Beratungsdienstleistungen, S. 548 ff.; UMBACH-SPAHN, S. 161 ff.; GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, *passim*.

¹⁸² Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.1.

¹⁸³ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.4.2.

¹⁸⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.4.1.

achten. Zentrale gesellschafts- bzw. *aktienrechtliche Grenzen* finden sich – als Beispiele – in Art. 718a Abs. 1 OR (beschränkte Vertretungsmacht)¹⁸⁶, in Art. 680 Abs. 2 OR (Verstoss gegen Verbot der Einlagenrückgewähr)¹⁸⁷ und in Art. 678 Abs. 2 OR (Missachtung des Verbots verdeckter Gewinnentnahmen)¹⁸⁸.

Sanierungen gehören zum *Pflichtenheft des VR* (z.B. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR)¹⁸⁹. Die „Krisenampel“¹⁹⁰ gemäss Art. 725 f. OR äussert sich nicht zum *zeitlichen Vorgehen*, so dass Sanierungsbemühungen *zu früh* oder *zu spät* erfolgen können. Sofern eine Pflichtwidrigkeit des VR vorliegt, muss mit Verantwortlichkeitsklagen (Art. 754 ff. OR)¹⁹¹ gerechnet werden. In der Lehre wird teils auf das Erfordernis von „*Toleranzfristen*“ hingewiesen¹⁹², und in der Praxis erfolgt ein (übermässiger) Schutz durch die sog. „Business Judgment Rule“.

Besonders heikel und somit riskant sind Gruppensanierungen mittels *Konzernfinanzierungen*, und zwar v.a. beim Fremdkapital¹⁹³. Eine Sonderbehandlung einer sanierungsbedürftigen Konzerngesellschaft erscheint prinzipiell unzulässig, d.h., eine *angemessene Entschädigung* ist unerlässlich¹⁹⁴. Darlehen bzw. Besicherungen „up-stream“ sowie „side-stream“ werden streng bewertet – m.E. kann konzerngesellschaftsrechtlich eine „*Down-stream*“-*Situation* ebenso heikel sein¹⁹⁵, wenn eine Sanierung *a priori hoffnungslos* erscheint¹⁹⁶.

¹⁸⁵ Übersicht: ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 359 ff., v.a. S. 363 ff.

¹⁸⁶ In Bezug auf *Konzernfinanzierungen*: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 87; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, S. 190 ff.; VON BÜREN/LÜTHI, S. 93 ff.; GRAF, S. 143 ff.

¹⁸⁷ Allg.: ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 363 ff.; VON BÜREN/LÜTHI, S. 86 ff.

¹⁸⁸ Statt aller: VON BÜREN/LÜTHI, S. 88 ff.; ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 369 ff.; RUBLI, S. 264 ff. bzw. S. 267 ff.

¹⁸⁹ SCHENKER, S. 485 f.

¹⁹⁰ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.3.1.2.

¹⁹¹ Generell zur Thematik: SENN, *passim*.

¹⁹² Hinweise: BÜHLER, Sanierung, S. 28 ff.; der Autor schlägt eine *gesetzliche* Regelung vor: a.a.O. S. 32 ff.

¹⁹³ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3.1.

¹⁹⁴ Konzerninterne Darlehen oder konzerninterne Besicherungen (für konzernexterne Finanzierungen) müssen einem sog. „*Drittmannstest*“ genügen bzw. ein „*Dealing at Arm's Length*“ darstellen: KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 83 f. sowie S. 89; NEUHAUS/WATTER, Konzerngesellschaften, S. 181 ff. m.w.H.

¹⁹⁵ Übersicht: NEUHAUS/WATTER, S. 208 ff.

¹⁹⁶ KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 86 sowie S. 93 f. – im Hinblick auf eine „*Hoffnungslosigkeit*“ erscheint eine Ex ante-Betrachtung notwendig: „Ex post ist

Von (regulären) Finanzierungen innerhalb eines Konzerns sind Sanierungsdarlehen¹⁹⁷ zu unterscheiden, die ihrerseits in engem Bezug¹⁹⁸ zu sog. *eigenkapitalersetzenden (Gesellschafter-)Darlehen* – beispielsweise durch Konzernunternehmungen – stehen¹⁹⁹:

In einer finanziellen Krise kann es vorkommen, dass ein *interessierter Gesellschafter* (z.B. die Obergesellschaft) der sanierungsbedürftigen Unternehmung statt Eigenkapital ein *Darlehen* gewährt. Sollte trotzdem ein Konkurs eintreten, ist in Lehre und Praxis umstritten²⁰⁰, ob dieses (pro forma) Darlehen kolloziert werden darf – teils wird von einer *Umqualifikation* in Eigenkapital²⁰¹ und teils von einem *konkludenten Rangrücktritt* (Subordination)²⁰² ausgegangen²⁰³, wobei sich das Bundesgericht²⁰⁴ nicht definitiv festgelegt hat²⁰⁵. Im Rahmen der GmbH-Revision wurde ein

jedermann klüger; kann die herrschende Gesellschaft *vernünftigerweise* mit einer erfolgreichen Sanierung rechnen, darf ihr diese *sachgerechte Erwartung* nicht zum Vorwurf gemacht werden – es muss m.E. eine *Art von „business judgment rule“* befolgt werden“ (a.a.O. S. 94 FN 329; Hervorhebungen im Original); allg.: VON BÜREN/LÜTHI, S. 77; FRIZ, S. 326; NEUHAUS/WATTER, S. 208 f.; UMBACH-SPAHN, S. 165 ff.

¹⁹⁷ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3.1.

¹⁹⁸ Abgrenzungen bei den Rechtsfolgen: HOLD, S. 226 ff.

¹⁹⁹ Statt vieler: HOLD, *passim*; RUBLI, S. 192 ff., v.a. S. 197 ff.; VON BÜREN, S. 591 ff.; ROTH, Sanierungsdarlehen, S. 258 ff.; BÜHLER, Sanierung, S. 43 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 779 ff.; STÖCKLI, S. 662 ff.

²⁰⁰ Hinweise: BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 779 ff.; KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 92 f.

²⁰¹ VON GREYERZ, S. 547 ff.

²⁰² Beispiele: VOGEL, S. 302; HUBER, S. 285; DRUEY/VOGEL, S. 182 f.

²⁰³ Bei einer *Umqualifikation* wäre eine *Kollokation ausgeschlossen*, obwohl keine bilanzmässige Umbuchung von Fremdkapital zu Eigenkapital erfolgte, d.h., ein sanierender Darlehensgeber würde nicht allein allen (übrigen) Gläubigern „nachgestellt“, sondern mit den Gesellschaftern gleichgestellt, die keinen Sanierungsversuch unternommen haben; m.E. erscheint ein *konkludenter Rangrücktritt sachgerechter*.

²⁰⁴ Eine *Umqualifikation* hat das Bundesgericht im Jahr 2006 *abgelehnt*: BGE 5C.230/2005 Erw. 3 („dem geltenden schweizerischen Recht fremd“) – die Frage einer Subordination blieb bis anhin unbeantwortet (a.a.O. Erw. 4: „kann offen bleiben“); diese *Ablehnung* wurde in der Folge *bestätigt*: BGE 6B_492/2009 Erw. 2.3.2 sowie BGE 4A_496/2010 Erw. 2.4 („grundsätzlich abgelehnt“).

²⁰⁵ Das *Zürcher Obergericht* hat sich im Jahr 1993 bei einem Schwesterdarlehen für die Variante der Umqualifikation ausgesprochen und somit die Kollokation abgelehnt (hierzu etwa: VOGEL, *passim*; DRUEY/VOGEL, S. 179 ff.); im Jahr 2004 hat das *Bezirksgericht Zürich* für ein Mutterdarlehen zwar die Kollokation zugelassen, allerdings mit einer Rücktrittsbelastung: ZR 104 (2005) Nr. 21 (hierzu: HUBER, *passim*).

Regelungsvorschlag gemacht²⁰⁶, der m.E. leider nicht verwirklicht wurde; Deutschland kennt eine ausdrückliche Ordnung²⁰⁷.

2.3 Konzernliquidation

Einen Schritt weiter als die Thematik der Konzernsanierung²⁰⁸ geht die Thematik der Konzernliquidation²⁰⁹. Teilweise wird eine *Konzernliquidation i.e.S.* bzw. eine Konsolidierung der Gruppenunternehmungen bei der Liquidation bejaht: „La consolidation n’est en principe pas contraire à l’ordre public suisse“²¹⁰; eine *klare Rechtsgrundlage fehlt* allerdings mindestens de lege lata²¹¹, und eine wissenschaftliche Debatte fand niemals statt.

Der Terminus der Konzernliquidation verfügt über keinen definitiven Bedeutungsgehalt. Als Konzernliquidation kann beispielsweise sogar die *Liquidation einzelner* Konzernunternehmungen verstanden werden, die im Einzelfall naheliegend sein kann: „Nicht selten muss (...) die betreffende Tochtergesellschaft zugunsten des noch lebensfähigen Teils des Konzerns (insbesondere der Muttergesellschaft) geopfert werden“²¹².

Teilweise erfolgt die Konzernliquidation dadurch, dass die *Obergesellschaft freiwillig liquidiert* wird. Im Rahmen einer solchen Liquidation werden die abhängigen Unternehmungen verwertet (z.B. mittels Verkauf), was selbst möglich ist, wenn sich diese Gesellschaften in finanziellen Schwierigkeiten befinden²¹³.

²⁰⁶ Art. 807c VE-OR – abgedruckt z.B. bei: BÜHLER, Sanierung, S. 46; zur Debatte gestellt wurde ein *absoluter Rangrücktritt*: BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 781 ff.; HOLD, S. 17 ff.

²⁰⁷ Kein Rangrücktritt bei Sanierungsdarlehen: § 39 (1) Ziff. 5 i.V.m. (4) Insolvenzordnung (InsO); allg.: WITTIG, S. 1743 ff.

²⁰⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.

²⁰⁹ Übersicht: PETER/BIRCHLER, *passim*; zur Wirtschaftsrealität: PETER, Atomism, S. 226 ff.

²¹⁰ PETER/BIRCHLER, S. 131.

²¹¹ In diesem Sinne: PETER/BIRCHLER, S. 129 („défaut de base légale claire“); diese Autoren stützen ihre These denn auch auf generelle Grundlagen, nämlich etwa auf *Konzernvertrauen* einerseits sowie auf *Rechtsmissbrauch* andererseits: a.a.O. S. 129 f.; zudem: PETER, Atomism, S. 235 ff. m.w.H.

²¹² SCHUBARTH/PETER, S. 462; diese im konzernstrafrechtlichen Zusammenhang gemachte Aussage kann m.E. *konzerninsolvenzrechtlich verallgemeinert* werden.

²¹³ Im Jahr 2012 wurde beim notleidenden „Swissmetal“-Konzern ein VR-Antrag in der GV auf *Liquidation der Holdinggesellschaft* gestellt (und angenommen), obwohl sich

M.E. kann eine Konsolidierung, wenn überhaupt, (rechtspolitisch) eher bei Konzernsanierungen als bei Konzernliquidationen in Frage kommen. Bei einer Liquidation ist nämlich unbestreitbar, dass das *Ende (kurz) bevorsteht*, so dass die rechtliche Selbständigkeit – ohne Gläubigerbevorzungen o.Ä. – vorzugehen hat. Bei einer Konzernliquidation erscheint also eine *Einzelbetrachtung* unerlässlich²¹⁴, d.h., Art. 739 ff. OR sind anwendbar bei einzelnen Konzerngesellschaften. Spezifische Regelungen bestehen einzig für den Fall, dass eine Unternehmensgruppe als einfache Gesellschaft qualifiziert werden kann²¹⁵.

2.4 Ausgewählte Sonderfragen

2.4.1 Bankkonzern

2.4.1.1 Spezialregime

Unterschiedliche Banken- bzw. Finanzkrisen haben im Laufe der Zeit zu *Revisionen des Bankenrechts* in der Schweiz geführt, wobei es in erster Linie jeweils um das bankengesetzliche Sanierungs- bzw. Liquidationsrecht für Banken und für Bankkonzerne ging (sc. Art. 25 ff. BankG²¹⁶ sowie Art. 33 ff. BankG²¹⁷); zu erwähnen sind die Revisionen im Jahr 2004²¹⁸, im Jahr 2011²¹⁹ sowie im Jahr 2012²²⁰. Das *Bankengesetz als „Lex specialis“* geht etwa dem SchKG, dem OR oder dem FusG vor (Art. 25 Abs. 3 BankG)²²¹.

Das *Bankeninsolvenzrecht* kommt bei *Banken* zur Anwendung, d.h. einzig bei Rechtsträgern mit einer entsprechenden Bankbewilligung der

einige Untergesellschaften in Nachlassverfahren befanden: NZZ Nr. 130 (2012) S. 27 („Swissmetal vor der Liquidation“).

²¹⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.2.

²¹⁵ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.2.

²¹⁶ Elfter Abschnitt: Massnahmen bei Insolvenzgefahr.

²¹⁷ Zwölfter Abschnitt: Konkursliquidation insolventer Banken (Bankenkonkurs).

²¹⁸ Botschaft vom 20. November 2002: BBl 2002 8060 ff.; Stichwort: „*Spar- und Leihkasse Thun*“; allg. zur Thematik: GUGGENBÜHL/ESSEBIER, S. 126 ff.

²¹⁹ Botschaft vom 12. Mai 2010: BBl 2010 3993 ff.; Stichwort: „*Sicherung der Einlagen*“ – zu internationalen Aspekten: GUGGENBÜHL/ESSEBIER, S. 132 ff.

²²⁰ Botschaft vom 20. April 2011: BBl 2011 4717 ff.; Stichwort: „*Stärkung der Stabilität im Finanzsektor*“, d.h. TBTF-Situationen: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.4.1.2.

²²¹ HUNKELER, Bankensanierung, S. 482; PULVER/SCHOTT, S. 241 f.

Aufsichtsbehörde²²². Bankkonzerngesellschaften *ohne Bankbewilligung* werden nach „regulären“ Normen saniert oder liquidiert. Für Sanierungsverfahren sowie für Bankenkonkursverfahren muss als spezifische *Voraussetzung* eine „begründete Besorgnis [bestehen], dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat (...)“ (Art. 25 Abs. 1 BankG)²²³. M.E. liegen die grössten Herausforderungen bei *grenzüberschreitenden Sachverhalten* vor²²⁴.

Ein *Bankensanierungsverfahren* gemäss Art. 28 ff. BankG²²⁵ kommt in Frage bei „begründeter Aussicht auf Sanierung der Bank“ (Art. 28 Abs. 1 BankG)²²⁶. Der hoheitliche Sanierungsversuch wird von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA) gesteuert, die beispielsweise einen *Sanierungsbeauftragten* mit der Erstellung eines *Sanierungsplans* mandatieren kann (Art. 28 Abs. 3 BankG)²²⁷ – vorgesehen werden können diverse Sanierungsmassnahmen²²⁸. In der Wirtschaftsrealität kommen Bankensanierungsverfahren *relativ selten* vor²²⁹, wenn auch in zunehmender Zahl in jüngerer Vergangenheit.

Ein *Bankenkonkursverfahren* im Rahmen von Art. 33 ff. BankG²³⁰ resultiert, „wenn keine Aussicht auf Sanierung“ besteht oder wenn eine Sanierung der Bank gescheitert ist (Art. 33 Abs. 1 BankG). Die FINMA hat bewusst eine starke Rolle²³¹ erhalten und ernennt u.a. *Konkursliquida-toren* gemäss Art. 33 Abs. 3 BankG. Die zentralen *Rechtsgrundlagen* sind

²²² PULVER/SCHOTT, S. 242 ad FN 15.

²²³ Konzeptionell wird im Hinblick auf Banken mit Finanzproblemen die Möglichkeit eröffnet, *möglichst frühzeitig* zu intervenieren: PULVER/SCHOTT, S. 245; als weitere „Massnahmen bei Insolvenzgefahr“ (Titel zu Art. 25 ff. BankG) kommen – nebst *Bankensanierungsverfahren* und *Bankenkonkursverfahren* – sog. *Schutzmassnahmen* in Frage: Art. 25 Abs. 1 lit. a BankG i.V.m. Art. 26 BankG.

²²⁴ Hinweise: GUGGENBÜHL/ESSEBIER, *passim*; HUNKELER, Bankensanierung, S. 487 ff.

²²⁵ Hierzu: PULVER/SCHOTT, S. 272 ff.; HUNKELER, Bankensanierung, *passim*; graphische Darstellung zum Sanierungsverfahren: ROTH, Stabilität, S. 288.

²²⁶ *Alternativ* kann sich die *begründete Aussicht* ebenfalls auf die „Weiterführung einzelner Bankdienstleistungen“ beziehen: Art. 28 Abs. 1 BankG; zudem: Art. 30 BankG.

²²⁷ Zu *Genehmigungserfordernis(sen)*: Art. 31 f. BankG.

²²⁸ Aufzählung: HUNKELER, Bankensanierung, S. 483.

²²⁹ Beispiele waren schweizerische Zweigniederlassungen von „*Lehman Brothers*“ und von „*Kaupthing*“: HUNKELER, Bankensanierung, S. 484 – in der Folge kam es jeweils trotzdem zu Konkursöffnungen.

²³⁰ Hierzu: PULVER/SCHOTT, S. 282 ff.; GUGGENBÜHL/ESSEBIER, *passim*.

²³¹ PULVER/SCHOTT, S. 283 m.w.H. in FN 152.

Art. 221 ff. SchKG (Vorbehalt: Art. 34 Abs. 2 BankG) sowie Art. 33 ff. BankG²³².

Bei Banken bzw. bei Bankkonzernen kommen in Höchststrisikosituationen immer wieder sog. *Auffanggesellschaften* (sc. „Übergangsbanken“, sei es als „Bad Bank“, sei es als „Bridge Bank“) zum „sanierenden“, d.h. rettenden Einsatz²³³ – indes mit unterschiedlichen legalen Konstrukten²³⁴ sowie auf verschiedenen Rechtsgrundlagen²³⁵. Im (hoheitlichen) Zusammenhang sind zwei historische Beispiele hervorzuheben, nämlich die „Rettungen“ der „*Berner Kantonalbank*“ im Jahr 1993²³⁶ sowie der „*UBS*“ im Jahr 2008²³⁷.

Bankkonzerne sowie deren Sanierung bzw. Liquidation werden *nicht ausdrücklich* erwähnt im aktuellen Bankenrecht. Während im bankenrechtlichen Aufsichtsrecht eine Gesamtbetrachtung zum Ausdruck ge-

²³² Die Details finden sich in der *Bankenkonzernverordnung-FINMA* (SR 952.812.32); im Jahr 2012 hat die FINMA eine neue Bankeninsolvenzverordnung-FINMA vorgeschlagen, die das Bankeninsolvenzrecht in weiten Teilen neu schreiben wird; Erläuterungsbericht vom 16. Januar 2012.

²³³ Rechtlich werden *nicht Konzerne*, sondern *eine oder mehrere Konzerngesellschaften* gerettet.

²³⁴ Eine Auffanggesellschaft zur „Bankrettung“ kann, etwas trivialisiert, entweder auf *hoheitlicher* Basis (sc. unter Mitwirkung der Regulatoren) oder auf *privatrechtlicher* Grundlage entstehen; bei privaten Auffanggesellschaften erfolgen die „Ausgliederungen“ basierend auf dem Umstrukturierungsrecht, d.h., es handelt sich meist um *Spaltungen* oder um *Vermögensübertragungen*, so dass Rechtsunsicherheiten bleiben, ob bei einem allfälligen „Kreditorenterfer“ eine Zustimmung der Gläubiger erforderlich ist.

²³⁵ Eine „Übergangsbank“ kann in einem *Sanierungsverfahren* gegründet werden (z.B. Art. 30 Abs. 2 BankG oder Art. 31b Abs. 1 BankG – BBl 2010 4008); zudem: HUNKELER, *Bankensanierung*, S. 485, sowie ROTH, *Stabilität*, S. 287 sowie S. 291 f.; m.E. ist eine Auffanggesellschaft ebenfalls möglich als *Schutzmassnahme* im Rahmen von Art. 25 f. BankG, sofern die (hohen) Voraussetzungen einer „Insolvenzgefahr“ erfüllt sind.

²³⁶ Es wurden „faule Kredite“, also Debitorenforderungen, in Höhe von ca. CHF 6,6 Mia. an die staatliche Auffanggesellschaft „*Dezennium-Finanz AG*“ übertragen bzw. ausgelagert und bis ins Jahr 2003 liquidiert (im Anschluss wurde die Auffanggesellschaft, die mehrheitlich dem Kanton Bern gehörte, liquidiert und gelöscht) – Vergleichbares fand im Jahr 2000 zur Rettung der „*Genfer Kantonalbank*“ statt.

²³⁷ Die SNB gründete die „*StabFund Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen*“, die in der Folge sog. „toxic assets“ (v.a. „Subprime Loans“ u.a.) der „UBS“ übernahm und zurzeit verwertet; detailliert (und i.c. kritisch): KUNZ, *Wiederbelebung, passim*; zudem ehemals zu beachten: Verordnung des BR über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. Oktober 2008 (SR 611.055) – aufgehoben am 20. Januar 2010 (AS 2010 447).

langt²³⁸, verhält es sich (noch) anders bei Sanierungen sowie bei Liquidationen. Das Insolvenzrecht im Allgemeinen sowie das *Bankeninsolvenzrecht* im Besonderen favorisieren *Trennungsprinzip* bzw. *Einzelbetrachtung*.

2.4.1.2 *Too Big to Fail (TBTF)*

Grössere und kleinere Banken gehen auf globaler Skala immer wieder Konkurs²³⁹ (und teils erfolgen aufwändige Rettungsaktionen)²⁴⁰. *Insolvenzgefahren disziplinieren* Unternehmungen, und zwar nicht allein in der Finanzbranche. Sollte das Konkursrisiko wegfallen, droht riskantes Verhalten. Gewisse Finanzinstitute erweisen sich – sei es national oder international – indes als so bedeutsam für die Volkswirtschaft(en), dass der Staat ihren *Untergang verhindern* muss²⁴¹, d.h., es besteht eine *faktische Staatsgarantie*.

Die „Finanzkrise 2008“ führte zu einer globalen Bankenkrise. In Bezug auf sog. *systemrelevante Banken* wurden zahlreiche *legislative Reformbemühungen* unternommen²⁴². Bei den Vorschlägen steht regelmässig die Prävention²⁴³ im Vordergrund – nicht zu vernachlässigen sind indes die *Sanierung* sowie *Abwicklung*. Das schweizerische Bankenrecht wurde in den letzten Jahren mehrfach revidiert²⁴⁴. Die jüngste Revision im Jahr 2012 betrifft insbesondere die *zwei TBTF-Banken* (sc. „UBS“ und „CS“)²⁴⁵, für die künftig eine *zusätzliche Sonderordnung* beachtet werden muss²⁴⁶.

²³⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.2.

²³⁹ Beispiele: „*Drexel Burnham Lambert*“ (1990) sowie „*Lehman Brothers*“ (2008/2009).

²⁴⁰ Die intensivsten Rettungsaktionen betrafen nicht Banken, sondern andere Finanzinstitutionen, nämlich z.B. den Hedge Fund „*Long-Term Capital Management*“ (LTCM: 1998) sowie schliesslich die Versicherungs- bzw. Finanzgruppe „*American International Group*“ (AIG: 2008).

²⁴¹ Solche Unternehmen sind zu „gross“, als dass der Staat ihren Untergang zulassen dürfte – oder m.a.W. sind sie eben „*too big to fail*“: KUNZ, TBTF, *passim*.

²⁴² Hinweise: KUNZ, TBTF, Rz. 23 ff.

²⁴³ Beispiele: Vorschriften zum *Eigenkapital* sowie zu den *Reserven*; Stichwort: „Basel 2.5“ bzw. „Basel III“.

²⁴⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.1.1.

²⁴⁵ KUNZ, TBTF, Rz. 48: „Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht der gesamte Konzern, sondern nur Konzernteile als TBTF zu qualifizieren sind, wobei diese Teile wohl meist

Mit Art. 7 ff. BankG werden systemrelevante Banken geregelt, d.h. zwar einzelne Banken, aber ebenfalls „Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate“ (Art. 7 Abs. 1 BankG), die gemäss Art. 8 Abs. 1 BankG für die „schweizerische Volkswirtschaft unverzichtbar und nicht kurzfristig substituierbar“ sind²⁴⁷. Solche Banken müssen erhöhte Anforderungen z.B. zu *Eigenmitteln*, zu *Liquiditäten* und zu *Notfallplanungen* erfüllen (Art. 9 Abs. 2 BankG)²⁴⁸. Die äusserst umstrittenen Details werden nicht durch Gesetz, sondern auf *Verordnungsstufe* reguliert²⁴⁹, wobei sich das Parlament ein *Vetorecht* vorbehält²⁵⁰.

Die mit der jüngsten BankG-Revision eingeführten *neuen Eigenkapitalformen* (nämlich: Vorratskapital sowie Wandlungskapital gemäss Art. 11 ff. BankG) werden nicht zuletzt für *Obergesellschaften* in Konzernen eine wichtige Rolle spielen²⁵¹, und zwar unabhängig ihres aufsichtsrechtlichen Status. In diesem Zusammenhang erfolgte eine bewusste *bankenrechtliche „Ausweitung“*, denn die Konzernmuttergesellschaft „muss keine Bank sein“²⁵².

nicht synchron mit der Konzernstruktur (...), sondern eher gesellschaftenübergreifend vorliegen dürften“.

²⁴⁶ Hintergründe: KUNZ, TBTF, Rz. 30 ff.; Übersicht: ROTH, Stabilität, *passim*.

²⁴⁷ Der Entscheid, welche Bank als systemrelevant zu qualifizieren ist, steht – nach Anhörung der FINMA – der SNB zu, die insofern als Regulator aktiv ist: Art. 8 Abs. 3 BankG.

²⁴⁸ Diese *spezifische Notfallplanung* – sozusagen als Vorstufe eines *Abwicklungsprozesses* – muss „hinsichtlich Struktur, Infrastruktur, Führung und Kontrolle sowie konzerninterner Liquiditäts- und Kapitalflüsse so [ausgestaltet sein], dass diese umgehend umgesetzt werden kann und im Fall drohender Insolvenz die Weiterführung ihrer systemrelevanten Funktionen gewährleistet ist“: Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG; der *Prävention* dienen beispielsweise neue Eigenkapitalformen gemäss Art. 11 ff. BankG, die allerdings nicht auf systemrelevante Banken beschränkt sind: ROTH, Stabilität, S. 289.

²⁴⁹ Es geht v.a. um Änderungen der *Bankenverordnung* (SR 952.02) sowie der *Eigenmittelverordnung* (SR 952.03) – hierzu: Erläuterungsbericht des EFD vom 5. Dezember 2011 (Zielsetzung S. 9/31: „Gegenstand [...] ist die Verbesserung der Sanier- und Liquidierbarkeit („Resolvability“) der gesamten Finanzgruppe in der Schweiz und im Ausland“) und Kurzbericht EFD zur Anhörung vom 1. Juni 2012.

²⁵⁰ Ziff. II. bis Übergangsbestimmungen (AB 2011 NR 1482).

²⁵¹ Art. 11 Abs. 1 BankG erwähnt ausdrücklich „Konzernobergesellschaften von Finanzgruppen und bankdominierten Finanzkonglomeraten“.

²⁵² ROTH, Stabilität, S. 289; es findet eine Gesamtbetrachtung statt: „Hintergrund dieser Ausweitung ist, dass Banken die Eigenmittelvorschriften nicht nur auf Stufe Einzelinstitute, sondern auch auf Gruppen- und Konglomeratsstufe erfüllen müssen und einer konsolidierten Aufsicht unterstehen (...)“ (a.a.O.).

Der generelle Fokus auf präventive Massnahmen (sowohl national als auch international) erscheint zwar nachvollziehbar. Es bleibt m.E. jedoch der berechtigte Eindruck zurück, dass die TBTF-Themen der *Sanierung* sowie der *Liquidation* zu wenig vertieft oder sogar vernachlässigt wurden. Der politische Druck für kreative Ordnungen scheint nicht (mehr) vorhanden zu sein, nachdem die „Finanzkrise 2008“ einige Jahre zurückliegt.

In der heutigen globalisierten Wirtschaftsrealität kommen Bankenkrisen nur noch selten beschränkt auf nationale Rechtsordnungen vor. Aus diesem Grund werden immer wieder bzw. immer häufiger *internationale legislative Bemühungen* unternommen – selten mit überzeugendem Erfolg. Im Jahr 2012 legte die EU einen Vorschlag für eine *neue EU-Richtlinie* „zur Festlegung eines Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen (...)“²⁵³ vor, deren *Schicksal offen* erscheint; debattiert wird die Thematik ausserdem beim Stichwort der Schaffung einer sog. „Bankenunion“ in der EU²⁵⁴.

2.4.2 Konzern als einfache Gesellschaft

In der Doktrin besteht ein langjähriger Meinungsstreit darüber, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein *Konzern als einfache Gesellschaft* gemäss Art. 530 ff. OR qualifiziert werden kann²⁵⁵; das Bundesgericht hat die Frage bis anhin nicht entschieden²⁵⁶. Während sich die wohl h.M. ablehnend äussert²⁵⁷, kann eine solche Qualifikation *ausnahmsweise bejaht* werden, nämlich insbesondere, wenn die Unternehmensgruppen (oder Teile davon) auf Alleinbeteiligungen sowie auf statutarischen Konzernklauseln beruhen²⁵⁸.

Eine solche – sicherlich äusserst seltene – Qualifikation für einen *konkreten* Konzern hat verschiedene Rechtsfolgen. Die Insolvenz einer Kon-

²⁵³ COM(2012) 280final/2; allg.: NZZ Nr. 130 (2012) S. 1: „EU will sich für Banken-
krisen rüsten“.

²⁵⁴ Drei Standbeine sollen geschaffen werden, nämlich eine Europäische Bankenaufsicht,
eine Europäische Einlagenversicherung sowie schliesslich ein *Europäisches Abwick-
lungsregime*: NZZ Nr. 147 (2012) S. 33 („Eine Bankenunion soll die „Währungsunion
2.0“ einleiten“).

²⁵⁵ Hinweise: KUNZ, Rundflug, S. 179 f.

²⁵⁶ Im Jahr 2004: BGE 4C.217/2003 Erw. 3.3 (i.c. abgelehnt).

²⁵⁷ Statt aller: BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 157 ff.

²⁵⁸ Detailliert: KUNZ, Konzernqualifikation, S. 354 ff., v.a. S. 358 ff.; zudem: KUNZ,
Rundflug, S. 180.

zerngesellschaft führt beispielsweise zur *Auflösung* des Konzerns (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR)²⁵⁹, wobei dies gemäss Art. 551 OR keine Auswirkungen auf die „Verbindlichkeiten gegenüber Dritten“ hat. M.E. besteht *keine automatische „Insolvenzhaftung“* sämtlicher Konzernunternehmungen, wie teils vorgebracht wird²⁶⁰, sondern einzig eine Haftung im Rahmen von Art. 544 Abs. 3 OR²⁶¹.

2.5 Rechtspolitische Bestrebungen

2.5.1 Nationale Ebene

In der Schweiz steht *de lege lata* (noch) *kein spezifisches* Konzerninsolvenzrecht in Kraft²⁶²; der Konzernkonkurs ist – nach wie vor – „presque totalement ignorée en Suisse“²⁶³. Vielmehr müssen Sanierungen sowie Liquidationen von Konzernen – korrekter: von Konzernunternehmungen – *ohne Sondervorschriften* beispielsweise im OR oder im SchKG jeweils im „regulären“, meist mühseligen legalen Rahmen durchgeführt werden²⁶⁴. Forderungen *de lege ferenda* für ein nationales Konzerninsolvenzrecht kamen immer wieder auf.

Nach dem Inkrafttreten der bis anhin einzigen „grossen“ SchKG-Revision anfangs des Jahres 1997 folgte im Jahr 2001 der *Zusammenbruch des „Swissair“-Konzerns*, der auf verschiedenen Ebenen (Aktienrecht, Sanierungsrecht etc.) rechtspolitische Vorstösse auslöste²⁶⁵. In der Folge setzte der Bund eine Expertengruppe ein (2003 bzw. 2006), die sich in erster Linie mit der Thematik der *Unternehmenssanierung* zu beschäf-

²⁵⁹ Beachtlich werden in der Folge die *spezifischen Liquidationsregeln* gemäss Art. 548 ff. OR.

²⁶⁰ Vermutlich unter diesem (praktischen) Aspekt die Rechtsqualifikation ablehnend BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 158 a.E.: „In der *Insolvenz* wäre jede Konzerngesellschaft für die Schulden jeder andern eine echte Solidarschuldnerin“; Hervorhebung im Original – der Autor spricht weiter von einer „Solidarhaftung kreuz und quer im Konzern“ (a.a.O. N 163), was m.E. so nicht zutreffend erscheint.

²⁶¹ Es geht um die Schulden, die von den *konkret betroffenen* Konzernunternehmungen „gemeinschaftlich oder durch Stellvertretung“ eingegangen worden sind, d.h. auf Basis einer *Stellvertretung gemäss Art. 32 ff. OR* und daher mit der Notwendigkeit einer *Vollmacht*: KUNZ, Rundflug, S. 53 m.w.H.

²⁶² RUBLI, S. 119; KUNZ, Unternehmensfinanzierung, S. 92.

²⁶³ PETER, faillite, S. 221.

²⁶⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 1.3.2/Ziff. 1.3.3.

²⁶⁵ Rechtspolitische Vorschläge aus der Doktrin: BOPP, S. 32 ff.

tigen hatte. Diese Expertengruppe lehnte die Schaffung eines umfassenden Konzerninsolvenzrechts ab²⁶⁶.

Der BR folgte²⁶⁷ – nach zustimmender Vernehmlassung – im Jahr 2010 im Wesentlichen diesen Empfehlungen und schlug einen grundsätzlichen „Verzicht auf die Schaffung eines Konzerninsolvenzrechts“ vor, wobei *Konzernverhältnissen* nur, aber immerhin zumindest „punktuell Rechnung getragen“ werden soll²⁶⁸. Im Vordergrund des aktuellen bundesrätlichen SchKG-Revisionsentwurfs betreffend Konzerne stehen *drei Themen*:

Es werden, erstens, *Beweiserleichterungen* (sog. Beweislastumkehren) bei *paulianischen Anfechtungen* gemäss Art. 285 ff. SchKG²⁶⁹ gegenüber konzerninternen Leistungen vorgeschlagen²⁷⁰. Art. 286 Abs. 3 E-SchKG zur Schenkungspauliana: „Bei der Anfechtung einer Handlung zugunsten einer *nahe stehenden Person* des Schuldners trägt diese die *Beweislast* dafür, dass kein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt. Als nahe stehende Personen gelten auch *Gesellschaften eines Konzerns* (...)“²⁷¹.

²⁶⁶ Bericht zur *Phase 1* (April 2005): „Die Schaffung eines eigentlichen *Sonderrechts für Grossinsolvenzen* hält die Expertengruppe als nicht sachgerecht (Stichwort „Konzernkonkurs“) (...)“; Hervorhebung im Original (S. 4 – detaillierte Ausführungen: S. 10 f. und S. 46 ff.); Bericht zur *Phase 2* (Dezember 2008): „Die Schaffung eines eigentlichen *Sonderrechts für Grossinsolvenzen* (Stichwort „Konzernkonkurs“) hält die Expertengruppe nach wie vor als nicht spruchreif. Das Insolvenzrecht darf grundsätzlich nicht durchbrechen, was das materielle Recht vorgibt und schützt. Vielmehr ist am heutigen System festzuhalten, wonach auch beim Zusammenbruch von Konzernen das allgemeine Verfahrensrecht anzuwenden ist (*atomistic approach* statt Konsolidation)“; Hervorhebung im Original (S. 4 – detaillierter: S. 26 ff.).

²⁶⁷ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010: BBl 2010 6455 ff.; bundesrätlicher Vorentwurf: BBl 2010 6507 ff.; allg.: HUNKELER, Revision.

²⁶⁸ BBl 2010 6461; nach RODRIGUEZ, S. 292, steht dies in einem „gewissen Widerspruch“ zu Vorschlägen auf internationaler Ebene: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

²⁶⁹ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.4.2.

²⁷⁰ Kritisch, weil dadurch „intra-group Transaktionen in der Verdachtsperiode faktisch unter Anfechtbarkeitsgeneralverdacht gestellt werden“: RODRIGUEZ, S. 294; internationale Empfehlungen gehen *weniger weit* als der schweizerische Entwurf: Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2; bereits vor mehr als 20 Jahren wurde rechtspolitisch eine *spezifische „Konzern-Pauliana“* postuliert: PETER, *groupes*, S. 1 ff., v.a. S. 12 ff.

²⁷¹ Hervorhebungen hinzugefügt – dieselbe Beweiserleichterung ergibt sich zudem aus Art. 288 Abs. 2 E-SchKG im Hinblick auf die Deliktspauliana; allg.: BBl 2010 6462 sowie 6477 f.

Bei „gleichzeitig mehrere[n] Insolvenzverfahren über verschiedene Konzerngesellschaften“²⁷² besteht, zweitens, eine *Pflicht zur Verfahrenskoordination* der Behörden. Art. 4a Abs. 1 E-SchKG sieht vor: „Bei Konkursen und Nachlassverfahren, die in einem *sachlichen Zusammenhang* stehen, *koordinieren* die *beteiligten* Vollstreckungsorgane, Aufsichtsbehörden und Gerichte ihre Handlungen soweit als möglich“²⁷³ – auch jüngste internationale Empfehlungen gehen in dieselbe Richtung²⁷⁴.

Konzernverhältnisse sollen schliesslich, drittens, nutzbar gemacht werden, indem sie im Rahmen einer *Sanierung mittels Auffanggesellschaft* zum Einsatz gelangen (können); Art. 314 Abs. 1^{bis} E-SchKG und ebenso Art. 318 Abs. 1^{bis} E-SchKG halten ausdrücklich fest: „Die Nachlassdividende kann ganz oder teilweise aus Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten an der Schuldnerin oder an einer Auffanggesellschaft [z.B. speziell gegründete Tochtergesellschaft der zu sanierenden Unternehmung] bestehen“²⁷⁵.

M.E. ist zu *bedauern*, dass auf ein umfassenderes Konzerninsolvenzrecht sowie insbesondere auf eine (teilweise) „materielle Konsolidierung“ bei Gruppeninsolvenzen²⁷⁶ *verzichtet* werden soll²⁷⁷. Das Ungenügen der heutigen Regularien erscheint augenfällig etwa bei der TBTF-Regelung für Grossbanken²⁷⁸. Immerhin sind die für die aktuelle SchKG-Revision

²⁷² BBI 2010 6462.

²⁷³ Hervorhebungen hinzugefügt; die Botschaft stellt klar: „Als *sachlicher Zusammenhang* gelten insbesondere *Konzernverhältnisse*“ (BBI 2010 6470, Hervorhebungen hinzugefügt); zudem: BBI 2010 6469 f.; denkbar ist z.B. die *Einsetzung desselben Sachwalters* für *mehrere* Verfahren (zur bereits heute praktizierten Konzentration: BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 42b; BOPP, S. 32 FN 49).

²⁷⁴ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

²⁷⁵ Solche Restrukturierungen kommen regelmässig vor: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.1.

²⁷⁶ Internationale Empfehlungen gehen teils weiter: RODRIGUEZ, S. 283 FN 66/FN 67.

²⁷⁷ Ähnlich bereits: DRUEY/VOGEL, S. 184 ff.; VOGEL, S. 304 FN 36; ebenso für Deutschland: PAULUS, S. 291 f.; allg.: HIRTE, *passim* (mit Vorschlägen *de lege ferenda*: a.a.O. S. 221 ff.); nicht überzeugend als Gegenargument erscheint, dass das „materielle Recht“ eine Einzelbetrachtung vornehme, denn einige konzernrechtliche Unterteilsrechtsgebiete sehen eine Gesamtbetrachtung vor: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.2; noch weniger überzeugt die Aussage, dass durch eine Gesamtlösung „auch die solventen Gesellschaften eines Konzerns in das Insolvenzverfahren einbezogen werden müssten und es so auch zu einer Liquidation finanziell intakter Gesellschaften kommen könnte“: BBI 2010 6469; dies ist die (nicht beantwortete) „Gretchenfrage“: BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 42a.

²⁷⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.1.2; KUNZ, TBTF, Rz. 58 a.E.: „Es kann m.E. durchaus als Mangel betrachtet werden, dass die Schweiz *kein Konzerninsolvenzrecht* kennt“;

vorgelegten bundesrätlichen *Einzelvorschläge begrüßenswert* – ob basierend auf diesen rechtspolitischen Vorstellungen wirklich künftige Rechtsnormen entstehen werden, erscheint (noch) unsicher²⁷⁹. Auf internationaler Ebene²⁸⁰ werden detaillierte Vorschläge diskutiert.

2.5.2 Internationale Ebene

Im internationalen Vergleich sind generelle Konzernrechtskodifikationen selten, und sogar *äusserst selten* finden sich mehr oder weniger umfassende *Konzerninsolvenzordnungen*. Insofern spiegelt die Schweiz geradezu den internationalen Status quo. Während in den meisten Staaten²⁸¹ keine Regelungen bestehen, kennen einige Staaten (z.B. Argentinien²⁸², Spanien²⁸³ oder die USA²⁸⁴) Einzelbestimmungen. Seit einigen Jahren unternimmt *Deutschland* ein Revisionsprojekt – jüngst zur Schaffung eines Konzerninsolvenzrechts („3. Stufe“)²⁸⁵.

Rechtssetzungen für Konzerninsolvenzordnungen stehen immer wieder auf der internationalen Agenda. Die im Jahr 1966 von der UNO geschaffene *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) fördert Rechtsangleichungen im internationalen Handelsrecht²⁸⁶. Nebst *verbindlichen Rechtsakten* werden teils *unverbindliche Modellgesetze* u.Ä. „erlassen“, die den nationalen Ordnungen als legislative Vorbilder dienen sollen. Die *Schweiz* ist Mitglied der UNCITRAL seit dem Jahr 2004.

Hervorhebung im Original – der Unterzeichner schlug ein spezialgesetzliches Abwicklungsverfahren vor: a.a.O. Rz. 91 ff.

²⁷⁹ Der *Nationalrat* fasste am 29. September 2011 einen Nichteintretensbeschluss; der *Ständerat* trat hingegen am 31. Mai 2012 auf die Vorlage ein – allg.: VANDEBROEK, S. 31.

²⁸⁰ Vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.2.

²⁸¹ Als Beispiele zu erwähnen sind Österreich, Belgien oder Norwegen: BBI 2010 6468.

²⁸² PAULUS, S. 271 FN 1.

²⁸³ Details: RODRIGUEZ, S. 295 FN 99.

²⁸⁴ BBI 2010 6468 m.w.H. – detailliert: BOPP, S. 22 ff.; der U.S. Bankruptcy Code sieht die Möglichkeit einer „*Substantive Consolidation*“ vor: HIRTE, S. 217 sowie S. 221.

²⁸⁵ PAULUS, S. 280 ff.; es steht keine materielle Konsolidierung zur Debatte, sondern primär die Einführung eines sog. *Koordinierungsverfahrens* mit einem *Koordinierungsverwalter*; allg.: Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Änderung der Insolvenzordnung): S. 127/11.

²⁸⁶ Beispiele sind die *Schiedsgerichtsbarkeit* sowie das *Insolvenzrecht*.

Im Jahr 2006 setzte UNCITRAL eine Arbeitsgruppe („Working Group“) ein²⁸⁷, die sich mit *Insolvenzen von Unternehmensgruppen* beschäftigen sollte²⁸⁸. Im Jahr 2010 legte dieses Expertengremium mit einem 90 Seiten umfassenden legislativen Bericht eine Vielzahl von *Empfehlungen* vor²⁸⁹ (konkret: „UNCITRAL – Legislative Guide on Insolvency Law – Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency“)²⁹⁰:

Diese Empfehlungen zielen ab auf grenzüberschreitende Gruppeninsolvenzen („cross-border insolvency“) sowie auf nationale Konzerninsolvenzen („domestic context“). Im zweiten Bereich werden für Ausnahmefälle *materielle Konsolidierungen* empfohlen²⁹¹. Im Vordergrund der (nationalen) Empfehlungen stehen – wie in einigen Landesordnungen – die *Verfahrenskoordinationen* für Konzerninsolvenzverfahren²⁹². Keine Empfehlung (etwa betreffend Beweiserleichterungen o.a.) macht die UNCITRAL hingegen für *konzerninterne Transaktionen* wie beispielsweise Darlehen zwischen Gruppenunternehmungen²⁹³.

Es gilt (nach wie vor): „It has been a widely accepted principle of European law that, as such, there is no such thing as the insolvency of a corporate group“²⁹⁴. Das sog. „*Forum Europaeum Konzernrecht*“ hat sich *nicht* zur Thematik der Konzerninsolvenz geäußert. Im Bereich der EU

²⁸⁷ Zu den Hintergründen: RODRIGUEZ, S. 267 ff.

²⁸⁸ Definition des Konzerns bzw. der „*Enterprise group*“: „two or more enterprises that are interconnected by control or significant ownership“ (Glossary, S. 3).

²⁸⁹ Der Anwendungsbereich ist auf (nationale) Rechtssetzungen beschränkt, so dass m.E. diese Empfehlungen – vorbehaltlich einer kausalen legislativen „Umsetzung“ im Landesrecht – für die *Rechtsanwendung nicht herangezogen* werden können; a.M.: RODRIGUEZ, S. 296.

²⁹⁰ Übersichten: PAULUS, S. 272 ff.; RODRIGUEZ, S. 271 ff. (es handelt sich dabei um eine „wissenschaftliche und gesetzgeberische Pionierarbeit“: a.a.O. S. 295).

²⁹¹ Gemeint mit der „*Substantive Consolidation*“ ist „the treatment of the assets and liabilities of two or more enterprise group members as if they were part of a single insolvency estate“ (Glossary, S. 4); detailliert dazu: Rec. 219-231 (S. 49 ff.) – diese internationalen Empfehlungen gehen *weiter als die SchKG-Revision*: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.1; zu den USA: BOPP, S. 29 f.

²⁹² Beispiele: „Joint application for commencement“ (Rec. 199-201: S. 18 ff.); „Procedural coordination“ (Rec. 202-210: S. 23 ff.) oder „Appointment of an insolvency representative“ (Rec. 232-236: S. 61 ff.); die *SchKG-Revision* „passt“ somit zu dieser Empfehlung: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.1.

²⁹³ Insofern gehen die Empfehlungen *weniger weit* als die *SchKG-Revision*: Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.1.

²⁹⁴ HIRTE, S. 214.

muss für grenzüberschreitende Verhältnisse die im Jahr 2002 in Kraft getretene sog. *Europäische Insolvenzverordnung* (EuInsVO) berücksichtigt werden²⁹⁵, die im Jahr 2012 überarbeitet werden soll²⁹⁶; dabei ist umstritten, ob überhaupt bzw. inwiefern dieses Regelwerk auf internationale Konzerninsolvenzen zur Anwendung gelangt²⁹⁷.

3. Schlussbemerkungen

Konzerninsolvenzen stellen in den schweizerischen sowie in den internationalen Wirtschaftsrealitäten einen zentralen Sachverhalt für Unternehmensgruppen dar. Finanzkrisen von Unternehmensgruppen finden in einem *legalen Grenzbereich* zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht statt. Ausserdem gibt es zu Konzerninsolvenzen mehrere *verwandte Themenbereiche*, nämlich etwa Konzernfinanzierung²⁹⁸ sowie Konzernhaftung²⁹⁹.

Juristisch *wäre* ohne Zweifel die simpelste Sanierungsvariante, wenn Konzerngesellschaften eine eigentliche Rechtspflicht hätten, sich in finanziellen Krisen gegenseitig zu „unterstützen“. In der Schweiz – und nicht anders verhält es sich im Ausland – besteht jedoch *keine generelle Beistandspflicht* zwischen Konzernunternehmungen³⁰⁰. Eine solche Beistandspflicht oder (sozusagen als Rückseite) eine allgemeine konzerninterne Haftung würden m.E. den Konzern *konzeptionell* und *praktisch* in Frage stellen.

Bei Sanierungen sowie bei Liquidationen werden Konzernunternehmungen *prinzipiell unabhängig* von der Unternehmensgruppe behandelt („Atomistic Approach“)³⁰¹. Insofern gilt in diesen pathologischen Situa-

²⁹⁵ Zur Thematik allg.: DEYDA, *passim*.

²⁹⁶ EuInsVO: Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren: L 160/1; die EuInsVO sieht allerdings *keine Sonderregeln für Konzerne* vor, was einen Grund für die geplante Überarbeitung darstellt.

²⁹⁷ Hinweise zum Meinungsstreit: RODRIGUEZ, S. 295 FN 100.

²⁹⁸ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3.

²⁹⁹ M.E. zu kurz gegriffen durch BOPP, S. 22: „[Es] reduziert sich das schweizerische Konzerninsolvenzrecht im Wesentlichen auf die Konzernhaftung (...)“.

³⁰⁰ *Ausnahmen* von diesem Grundsatz bestehen insbesondere bei *Bankkonzernen*, mindestens unter aufsichtsrechtlicher Perspektive re Eigenmittelausstattung: BGE 116 Ib 339 Erw. 3. a („SKA/CS Holding“) – hierzu: DRUEY/VOGEL, S. 128 ff.

³⁰¹ Kritisch insbesondere: PETER, *faillite*, S. 225 („cette situation objectivement totalement insatisfaisante“); generell: PETER, *Atomism*, *passim*.

tionen nicht das Motto: „Alle für einen, und einer für alle“, sondern das *konzernrechtliche Motto*: „Jeder für sich“ – rechtlich gelangt das *Trennungsprinzip* (sc. Einzelbetrachtung statt Gesamtbetrachtung) zur Anwendung³⁰².

Es besteht zurzeit *kein (kodifiziertes) Konzerninsolvenzrecht* in der Schweiz³⁰³. Die aktuelle *SchKG-Revision* thematisiert allerdings einige Regelungsvorschläge, die sich spezifisch auf Konzernverhältnisse beziehen³⁰⁴ – diese nationalen Vorschläge gehen teils weiter und teils weniger weit als die Diskussionen auf internationaler Ebene (v.a. UNCITRAL)³⁰⁵; m.E. sollte jedoch die bis anhin *fehlende* Ermöglichung einer *materiellen Konsolidierung* noch einmal debattiert werden³⁰⁶. Die sog. *UNCITRAL Empfehlung 220* sieht vor³⁰⁷:

„The insolvency law may specify that, at the request of a person permitted to make an application (...), the *court* may order substantive consolidation with respect to *two or more* enterprise group members only in the following *limited circumstances*:

(a) Where the court is satisfied that the assets or liabilities of the enterprise group members are *intermingled to such an extent* that the ownership of assets and responsibility for liabilities cannot be identified without *disproportionate* expense or delay; or (b) Where the court is satisfied that enterprise group members are engaged in a *fraudulent scheme* or *activity with no legitimate business purpose* and that substantive consolidation is essential to rectify that scheme or activity“. M.E. dürfte dies dem künftigen „internationalen Standard“ entsprechen, wenn auch erst in einer eher fernen Zukunft.

³⁰² Vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.2.

³⁰³ Eine *Minderheit* der Doktrin hat sich *rechtspolitisch positiv* zu einer (mindestens eingeschränkten) Regelung ausgesprochen – statt aller: PETER, Atomism, S. 113 ff.; PETER/BIRCHLER, S. 131 („La consolidation n’est en principe pas contraire à l’ordre public suisse“); BOPP, S. 22 ad FN 8; HUNKELER, Versäumnis, Rz. 8 (re „Gruppenkonkurs“).

³⁰⁴ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.1.

³⁰⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.2.

³⁰⁶ Eine solche „Zusammenlegung“ der Konkursmassen wird hingegen von BÖCKLI, Aktienrecht, § 11 N 41, als „geradezu ungeheuerlicher Eingriff in die bestehende Rechtsordnung“ betrachtet.

³⁰⁷ Rec. 220: S. 58; Hervorhebungen hinzugefügt.

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN, SANDRO: Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, Habil., Bern 2004.
- ALBERS-SCHÖNBERG, MAX: Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss., Zürich 1980.
- BERTSCHINGER, URS: Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.
- BEYELER, KARIN: Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss., Zürich 2004.
- BÖCKLI, PETER (Aktienrecht): Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.
- BÖCKLI, PETER (Eigenkapitalschutz): Der bilanzbezogene Eigenkapitalschutz: Eigenkapitaltest und Solvenzttest im kritischen Vergleich, SZW 81 (2009), 1.
- BOPP, LUKAS: Konzerninsolvenz?, in: BERTI, STEPHEN/GIRSBERGER, DANIEL (Hrsg.): „Nur, aber immerhin“ – Festgabe zum 50. Geburtstag von A. K. Schnyder, Zürich 2002, S. 19.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Sanierung): Sanierung nach Aktienrecht de lege lata et ferenda, Zürich 2010.
- BÜHLER, CHRISTOPH B. (Aktiengesellschaft): Aussergerichtliche Sanierung der Aktiengesellschaft, ST 84 (2010), S. 444.
- CAFLISCH, SILVIO: Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1960.
- DEYDA, STEPHAN: Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht, Diss., Köln 2008.
- DONATSCH, ANDREAS: Mögliche strafrechtliche Konsequenzen von (fehlgeschlagenen) Sanierungsmassnahmen, in: ACKERMANN, JÜRIG-BEAT/WOHLERS, WOLFGANG (Hrsg.): Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution, Zürich 2011, S. 1.
- DRUEY, JEAN NICOLAS: Gesellschafts- und Handelsrecht, bearbeitet von EVA DRUEY JUST und LUKAS GLANZMANN, 10. Aufl., Zürich 2010.
- DRUEY, JEAN NICOLAS/VOGEL, ALEXANDER: Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.
- EMMENEGGER, SUSAN: Das Sanierungsdarlehen, in: Schweizerische Bankrechtstagung 2010, Basel 2010, S. 153.
- FORSTMOSER, PETER: Der Richter als Krisenmanager?, in: FORSTMOSER, PETER/HONSELL, HEINRICH et al. (Hrsg.): Festschrift für H.P. Walter, Bern 2005, S. 276.
- FRIZ, ENRICO: Darlehen an Konzerngesellschaften, GesKR 4/2006, S. 325.
- GALLIKER, ANDREA/VON DER CRONE, HANS CASPAR: Absichtsanfechtung und Sanierung, SZW 80 (2008), S. 602.
- GEISER, THOMAS: Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: VITO, ROBERTO (Hrsg.): Sanierung der AG, Zürich 2003, S. 119.
- GEISER, THOMAS/UHLIG, KAI-PETER: Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 139 (2003), S. 757.
- GLANZMANN, LUKAS (Kapitalausstattung): Die Pflicht zur angemessenen Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft, AJP 6 (1997), S. 51.
- GLANZMANN, LUKAS (Sanierungsdarlehen): Sanierungsdarlehen, ZBJV 146 (2010), S. 261.
- GRAF, HANSJÖRG: Verträge zwischen Konzerngesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Sanierungsleistungen und Sicherungsgeschäfte, Diss., Bern 1988.

- GUGGENBÜHL, MARKUS/ESSEBIER, JANA: Das Schweizerische Internationale Bankenkonnkursrecht. Praxis und Revisionsbedarf, SZW 82 (2010), S. 125.
- HAAR, BRIGITTE: Die Personengesellschaft im Konzern, Frankfurt 2006.
- HANDSCHIN, LUKAS (Konzern): Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil., Basel 1992.
- HANDSCHIN, LUKAS (Eigenkapital): Das Eigenkapital als Risikoreserve, in: KUNZ, PETER V./HERREN, DOROTHEA/COTTIER, THOMAS/MATTEOTTI, RENÉ (Hrsg.): Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 71.
- HARSCH, SEBASTIAN: Die einheitliche Leitung im Konzern, Diss., Bern 2005.
- HEINIGER, MATTHIAS: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Diss., Bern 2010.
- HIRTE, HERIBERT: Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies, ECFR 5 (2008), S. 213.
- HOLD, MICHAEL: Das kapitalersetzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss., St. Gallen 2000.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012.
- HUBER, UELI: Umqualifizierung von Darlehen im Konkurs einer Konzerngesellschaft?, SZW 78 (2006), S. 282.
- HUNKELER, DANIEL (Versäumnis): Versäumnis des Gesetzgebers als Mitursache für das Swissair-Debakel, Jusletter vom 18. März 2002.
- HUNKELER, DANIEL (Bankensanierung): Bankensanierung – insbesondere unter internationalen Aspekten, SZW 82 (2010), S. 481.
- HUNKELER, DANIEL (Revision): Umfassende Revision des Sanierungsrechts lanciert, Jusletter vom 13. September 2010.
- HUNKELER, DANIEL (Beratungsdienstleistungen): Anfechtbarkeit von Zahlungen für Beratungsdienstleistungen mit Sanierungskontext, GesKR 2011, S. 548.
- JÖRG, FLORIAN S.: Altes und Neues zum Konzerngesellschaftsrecht, in: ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, Bern 2007, S. 19.
- KAUFMANN, MARKUS: Personengesellschaften als Konzernspitze, Diss., Bern 1988.
- KESSELBACH, STEPHAN: Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht: unter besonderer Berücksichtigung des Art. 152 StGB, Diss., Zürich 2001.
- KUNZ, PETER V. (Minderheitenschutz): Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil., Bern 2001.
- KUNZ, PETER V. (Wiederbelebung): Eine etwas überraschende Wiederbelebung der Personengesellschaften durch die Schweizerische Nationalbank, Jusletter vom 15. Dezember 2008.
- KUNZ, PETER V. (TBTF): TBTF – Überlegungen zur „Too big to Fail“-Problematik, Jusletter vom 17. Mai 2010.
- KUNZ, PETER V. (Unternehmensfinanzierung): Unternehmensfinanzierung sowie Konzernfinanzierung, in: KUNZ, PETER V./JÖRG, FLORIAN S./ARTER, OLIVER (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V, Bern 2010, S. 45.
- KUNZ, PETER V. (Klarstellungen): Klarstellungen zur Konzernhaftung, recht 29 (2011), S. 41.
- KUNZ, PETER V. (Rundflug): Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht, Bern 2011.
- KUNZ, PETER V. (Konzernqualifikation): Unternehmensgruppen: Konzernbegriffe sowie Konzernqualifikation, ZBJV 148 (2012), S. 354.

- LANZ, MARTIN/RYSER, ROLAND M.: Strafrechtliche Aspekte der Financial Assistance, GesKR 2008, S. 33.
- LORANDI, FRANCO: Neuere Rechtsprechung zur insolvenzrechtlichen Anfechtung, BISchK (2009), S. 215.
- NEUHAUS, MARKUS/WATTER, ROLF: Handels- und steuerrechtliche Aspekte von Up-, Down- und Sidestream-Garantien zugunsten von Konzerngesellschaften, in: KRAMER, ERNST A./NOBEL, PETER/WALDBURGER, ROBERT (Hrsg.): Festschrift für Peter Böckli, Zürich 2006, S. 173.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/GFELLER, DIEGO R.: Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/AMSTUTZ, MARC (Hrsg.): Verantwortlichkeit im Unternehmen – Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, S. 151.
- NOBEL, PETER: Aktiengesellschaft, Konzern und Unternehmen, in: SETHE, ROLF et al. (Hrsg.): Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, S. 160.
- PAULUS, CHRISTOPH G.: Wege zu einem Konzerninsolvenzrecht, ZGR 39 (2010), S. 270.
- PETER, HENRY (groupes): L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, SAG 61 (1989), S. 1.
- PETER, HENRY (Atomism): From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency, in: Schriften zum internationalen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, S. 87.
- PETER, HENRY (faillite): La faillite consolidée, in: FOËX, BÉNÉDICT/THÉVENOZ, LUC (Hrsg.): Insolvenze, désendettement et redressement, Festschrift für L. Dallèves, Basel 2000, S. 221.
- PETER, HENRY/BIRCHLER, FRANCESCA: Liquidation des groupes de sociétés et consolidation, SZW 67 (1995), S. 122.
- PULVER, URS/SCHOTT, BERTRAND G.: Das Insolvenzrecht für Banken und Effektenhändler – Überblick über die Sonderregelung und ausgewählte Fragen, in: SPRECHER, THOMAS (Hrsg.): Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2011, S. 237.
- REBSAMEN, THOMAS: Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss., Freiburg 2004.
- ROBERTO, VITO: Rechtsprobleme bei Sanierungen – ein Überblick, in: ROBERTO, VITO (Hrsg.): Sanierung der AG, Zürich 2003, S. 9.
- RODRIGUEZ, RODRIGO: Die Empfehlungen der UNCITRAL zur Behandlung von Gruppeninsolvenzen unter Berücksichtigung der Sanierungsrechtsrevision in der Schweiz, ZZPInt 15 (2010), S. 267.
- ROTH, DANIEL (Stabilität): „Too big to fail“ – Stärkung der Stabilität im Finanzsektor, SJZ 108 (2012), S. 285.
- ROTH, JÜRIG (Sanierungsdarlehen): Sanierungsdarlehen, Diss., Basel 2009.
- RUBLI, ARMAND P.: Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss., Zürich 2002.
- SCHENKER, URS: Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, SJZ 105 (2009), S. 485.
- SCHUBARTH, MARTIN (Konzernstrafrecht): Konzernstrafrecht, SZW 78 (2006), S. 161.
- SCHUBARTH, MARTIN (Konzernsanierung): Konzernstrafrecht: Verdeckte Vorteilszuwendungen – Konzernsanierung – Organhaftung – Unternehmenshaftung, in: ACKERMANN, JÜRIG-BEAT/WOHLERS, WOLFGANG (Hrsg.): Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, Zürich 2008, S. 1.
- SCHUBARTH, MARTIN/PETER, HENRY: Die Bedeutung der Swissair-Urteile des Bezirksgerichts Bülach für das Konzernstrafrecht, SZW 80 (2008), S. 455.
- SCHÜTZ, JÜRIG: Zur Rückzahlung von vorbestehenden Gesellschaftsschulden, Jusletter vom 6. Juni 2011.

- SENN, DOROTHEA: Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss., Basel 2001.
- STÖCKLI, URS: Das kapitalersetzende Darlehen im Konkurs einer Aktiengesellschaft – Umqualifikation als Risiko, ST 81 (2007), S. 662.
- UMBACH-SPAHN, BRIGITTE: Pauliana und Sanierung, in: SPRECHER, THOMAS (Hrsg.): Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2011, S. 157.
- VANDEBROEK, JOS: Firmensanierungen als politischer Zankapfel, NZZ Nr. 106 (2012), S. 31.
- VOGEL, ALEXANDER: Kapitalersetzende „Sanierungs“-Darlehen im Konzern, SZW 65 (1993), S. 299.
- VOGEL, ALEXANDER/KÜPFER, DANIEL: Haftungsrisiken im Konzern – insbesondere bei Sanierungen, in: KUNZ, PETER V./ARTER, OLIVER/JÖRG, FLORIAN S. (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Bern 2011, S. 65.
- VOGT, HANS-UELI: Krisenmanagement unter dem Damoklesschwert der paulianischen Anfechtung, GesKR 2009, S. 163.
- VOGT, HANS-UELI/PETER, ANNA: Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr, GesKR 2011, S. 228.
- VON BÜREN, ROLAND: Der Konzern, SPR VIII/6, 2. Aufl., Basel 2005.
- VON BÜREN, ROLAND/LÜTHI, BENDICHT: Sicherung von Krediten Dritter im Konzern, in: EMMENEGGER, SUSAN (Hrsg.): Kreditsicherheiten, Basel 2008, S. 55.
- VON GREYERZ, CHRISTOPH: Kapitalersetzende Darlehen, in: BÖCKLI, PETER/EICHENBERGER, KURT/HINDERLING, HANS/TSCHUDI, HANS PETER (Hrsg.): Festschrift für F. Vischer, Zürich 1983, S. 547.
- WITTIG, ARNE: Das Sanierungsprivileg für Gesellschafterdarlehen im neuen § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO, in: BITTER, GEORG/LUTTER, MARCUS/PRIESTER, HANS-JOACHIM et al. (Hrsg.): Festschrift für K. Schmidt, Köln 2009, S. 1743.
- WOHLERS, WOLFGANG: Die Begleichung fälliger Schulden – Strafbarkeitsrisiken für Schuldner und Gläubiger, in: ACKERMANN, JÜRIG-BEAT/WOHLERS, WOLFGANG (Hrsg.): Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalabwicklung, Zürich 2011, S. 195.