

Interzession im Interesse des Aktionärs

**Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von
Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz**

Arnold F. Rusch

Vorwort

Allen, die zu dieser Dissertation beigetragen haben, möchte ich an dieser Stelle ganz herzlich danken. Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dieter Zobl für das Interesse an der Fragestellung und die Betreuung der Dissertation. Herrn lic. iur. Christian Tannò, Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. Simon Schlauri und Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. Franz J. Kessler LL.M. danke ich für das Lektorat und die kritischen Anregungen.

Arnold F. Rusch

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	I
Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XIX

Erstes Kapitel

Einführung und Grundlagen 1

§ 1 Fragestellung und Inhalt	1
§ 2 Konstellationen und Fallbeispiele	4
§ 3 Verwendungszweck der aufgenommenen Gelder	14

Zweites Kapitel

Anwendbare Schutzmechanismen 18

§ 4 Vereinbarkeit mit Gesellschaftszweck und -interesse.....	18
§ 5 Unsittlichkeit	79
§ 6 Begrenzung des Erwerbs und Haltens eigener Aktien	85
§ 7 Verdeckte Gewinnausschüttung	100
§ 8 Verbot der Einlagerückgewähr.....	134
§ 9 Gleichbehandlung der Aktionäre.....	149

Drittes Kapitel

Formelles Vorgehen und verantwortlichkeitsrechtliche Aspekte 158

§ 10 Genehmigung durch Verwaltungsräte	158
§ 11 Genehmigung durch die Generalversammlung	159
§ 12 Relevanter Zeitpunkt der Generalversammlungsbeschlusses	163
§ 13 Verantwortlichkeitsrechtliche Aspekte	165

Viertes Kapitel

Übrige Rechtsgebiete und Problemkreise im Überblick 183

§ 14 Internationales Privatrecht.....	183
§ 15 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	192
§ 16 Steuerrecht.....	203
§ 17 StGB	212
§ 18 Legal Opinion.....	224

Fünftes Kapitel

Zusammenfassung wichtigster Erkenntnisse 232

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	I
Inhaltsübersicht	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XIX

Erstes Kapitel

Einführung und Grundlagen.....1

§ 1 Fragestellung und Inhalt	1
I. Fragestellung	1
II. Überblick über die zu behandelnden Problemkreise.....	1
§ 2 Konstellationen und Fallbeispiele	4
I. Einleitung	4
II. Motive und Fallbeispiele.....	5
1. Motive der Interzession im Interesse des Aktionärs	5
a) Strukturelle Nachrangigkeit.....	6
b) Leicht verwertbare Vermögenswerte	6
c) Vermögensverschiebungen, Tresor-, Metamorphosen- und Durchleitungseffekt.....	6
d) Effizienz.....	7
e) Leveraged Buyout	8
2. Erscheinungsformen der Interzession	8
3. Vertrag mit Konzernwirkung.....	11
4. Fallbeispiele	12
§ 3 Verwendungszweck der aufgenommenen Gelder	14
I. Leveraged Buyout.....	14
1. Definition des Leveraged Buyout	14
2. Problematische Aspekte des leveraged buyout.....	15
II. Gewöhnlicher Investitionsbedarf	16
III. Sanierung.....	17

Zweites Kapitel

Anwendbare Schutzmechanismen.....18

§ 4 Vereinbarkeit mit Gesellschaftszweck und -interesse	18
I. Vereinbarkeit mit Gesellschaftszweck und Endzweck	19
1. Zweck und Endzweck	19
a) Zweck.....	19
b) Endzweck.....	19
c) Konzern-, Unterwerfungs- und Finanzierungszweck	20
aa) Problematische Aspekte des Unterwerfungszwecks.....	20

bb)	Zulässigkeit des Konzernzwecks	23
d)	Quoren für die Zweckänderung	25
e)	Stillschweigende Zweckänderung	26
2.	Beurteilung der Notwendigkeit der Zweckanpassung anhand der Ziele der Zweckfestlegung	27
a)	Gesellschaftszweck als Richtschnur des zulässigen Tätigkeitfeldes und als Begrenzung der Vertretungsmacht	27
b)	Gesellschaftszweck als Richtschnur des Gesellschaftsinteresses	28
c)	Gesellschaftszweck als Grenze der zulässigen Abhängigkeit	29
d)	Gesellschaftszweck als Minderheitenschutz	31
3.	Kasuistik zum Gesellschaftszweck	31
a)	Kammgarnspinnerei-Entscheid	31
b)	Socsil-Entscheid	32
c)	Ulysse-Nardin-Entscheid	32
d)	Prospera-Entscheid	33
4.	Einfluss der „Ultra-Vires-Doktrin“	34
5.	Zwischenergebnis	36
II.	Vereinbarkeit mit Gesellschaftsinteresse	37
1.	Definition des Gesellschaftsinteresses	37
2.	Nachteilige Rechtsgeschäfte und Schranken des Konzerneinflusses ...	38
a)	Rechtliche Verbindlichkeit nachteiliger Weisungen	39
b)	Nachteilsausgleich gemäss § 311 AktG	40
c)	Anwendbarkeit des Regelungsgehalts von § 311 AktG in der Schweiz	43
3.	Gesellschaftsinteresse und Gegenleistung	44
a)	Problemstellung	44
b)	Erkennbarkeit des interesssewidrigen Geschäfts	45
c)	Handeln zu Drittkonditionen	46
d)	Formen der Gegenleistung	47
aa)	Steigerung der Kreditwürdigkeit der Interzedentin	47
bb)	Gewinnung neuer Kunden	49
cc)	Direkte Gegenleistungen	49
e)	Beurteilung und Bewertung der Gegenleistung	51
f)	Sicherung des Ausgleichs durch echten Vertrag zugunsten Dritter..	52
III.	Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis	53
1.	Problemstellung und Definitionen	53
2.	Generelle Anwendbarkeit der Dichotomie der Vertretungsmacht und -befugnis	56
3.	Genehmigung durch neben- oder übergeordnete Organe	59
a)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	59
b)	Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	61
c)	Problematik der Genehmigung	64
4.	Zuständiges Genehmigungsorgan	65
a)	Verwaltungsrat	65
aa)	Bestimmung des zur Genehmigung befugten Verwaltungsrats	65
bb)	Genehmigung durch Gesamtverwaltungsrat	68
cc)	Widerstand im Verwaltungsrat	70

b) Generalversammlung	71
aa) Genehmigungsbeschluss	71
bb) Anwendbares Quorum	72
cc) Ausstandspflicht.....	73
c) Revisionsstelle	74
d) Beistand	76
IV. Ergebnis.....	77
 § 5 Unsittlichkeit	79
I. Problemstellung und Definitionen	79
1. Schutzbereich und Abgrenzung zu Art. 20 OR	79
2. Anwendbarkeit auf juristische Personen.....	80
II. Rechtsprechung und Lehre	81
1. Globalzession im Konzern.....	81
2. Ewige Verträge und Knebelverträge.....	82
3. Willensbildung aufgrund Veranlassung.....	82
4. Einhaltung der übrigen Schutzvorschriften	83
III. Zweck als Gradmesser übermässiger Bindung.....	84
IV. Ergebnis.....	84
 § 6 Begrenzung des Erwerbs und Haltens eigener Aktien	85
I. Zusammenhang zur Interzession im Interesse des Aktionärs.....	85
1. Problemstellung	85
2. Probleme des Erwerbs und Haltens eigener Aktien.....	86
a) Kapitalschutz	86
b) Kontrollproblematik.....	87
3. Lösung des Schweizer Aktienrechts	87
4. Abgrenzung des Erwerbs eigener Aktien von der Einlagerückgewähr. 88	
II. Rechtsvergleichung mit Deutschland und der EU	89
1. EU-Kapitalschutzrichtlinie von 1976	89
2. Rechtslage in Deutschland.....	91
a) Beschränkung des Erwerbs eigener Aktien	91
b) Umgehungsgeschäfte	91
III. Anwendbarkeit von Art. 659 OR auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers.....	93
1. Problemstellung	93
2. Gesetzlicher Umgehungstatbestand.....	93
3. Genügende Kapitalschutzvorschriften	93
a) Kontroll- und Machtproblematik	94
b) Kapitalschutzproblematik	95
c) Relevanz der Erwerbsobergrenze, der Offenlegungspflicht und der Reservebildung.....	97
aa) Erwerbsobergrenze	97
bb) Reservebildung	98
cc) Offenlegungspflichten.....	98
IV. Ergebnis.....	98

§ 7 Verdeckte Gewinnausschüttung	100
I. Definitionen und Problemstellung	100
1. Verdeckte Gewinnausschüttung als Begriff des Steuerrechts	100
2. Verdeckte Gewinnausschüttung als Begriff des Aktienrechts	101
3. Unterschiede zwischen der handels- und steuerrechtlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung	102
4. Interzession im Interesse des Aktionärs als verdeckte Gewinnausschüttung	102
II. Voraussetzungen des Rückerstattungsanspruchs	105
1. Offensichtliches Missverhältnis zwischen den Leistungen	105
a) Handeln zu Drittkonditionen als massgebliches Kriterium	105
b) Bestimmung der Gegenleistung	107
c) Voraussetzungen nach Aebi	107
aa) Entscheid „I-Konzern“	108
bb) Entscheid „Werner K. Rey“	109
d) Minimaler Konnex zwischen Leistung und Gegenleistung	111
e) Bewertung und Vergleich der Leistungen	112
f) Beurteilung der Leistungsdisparität: Offensichtlichkeit des Missverhältnisses	113
g) Bösgläubigkeit	114
h) Offensichtliches Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft	115
2. Relevanz des Gesellschaftszwecks	116
a) Keine Aufgabe der Gewinnstrebigkeit	117
b) Fehlende gesetzliche Grundlage	117
c) Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung in den übrigen Problemkreisen	118
d) Gefahr des Haftungsdurchgriffs	118
3. Zeitpunkt zur Beurteilung der Leistungsäquivalenz	121
4. Rückerstattungspflichtige Personen	122
III. Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Ausschüttungsnormen	123
1. Zentrale Bedeutung der Abgeltung zu Drittkonditionen	123
2. Formelle Voraussetzungen einer Ausschüttung	124
3. Anwendung in der Praxis	125
4. Zulässigkeit der Praxis	126
5. Zweiter Generalversammlungsbeschluss im Zeitpunkt der Vollstreckung der Sicherheit	127
a) Unrealistischer zweiter Generalversammlungsbeschluss	128
b) Relevanter Zeitpunkt der Ausschüttung	128
6. Formelle Ausschüttung des Werts der Interzession	130
7. Zwischenergebnis	131
IV. Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung als Anwendungsfall einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis	132
V. Ergebnis	132
§ 8 Verbot der Einlagerückgewähr	134
I. Problemstellung	134

II.	Bezug der Einlagerückgewähr zur Interzession im Interesse des Aktionärs	135
1.	Darlehen an den Aktionär als verwandter Problemkreis	135
a)	Übersicht	135
b)	Entscheid des Bezirksgerichts Aarau	136
c)	Binder	136
d)	Schultz	137
e)	Glanzmann	137
f)	Bochud	138
g)	Böckli	138
h)	Folgerungen	138
2.	Anwendbarkeit des Verbots der Einlagerückgewähr auf die Interzession im Interesse des Aktionärs	139
III.	Zentrale Bedeutung der Abgeltung zu Drittkonditionen	140
1.	Interzessionsgeschäft zu Drittkonditionen	140
2.	Fälle der Irrelevanz des Aktionärsstatus	141
3.	Kasuistik	142
a)	Frigotherm-Entscheid	142
b)	Geopa-Entscheid	143
c)	Bemerkungen	143
IV.	Beschränkung auf die frei ausschüttbaren Mittel	143
V.	Geschütztes Kapital	144
VI.	Verbot der Einlagerückgewähr als Anwendungsfall einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis	145
1.	Lehre	145
2.	Kasuistik	146
VII.	Folgen der Einlagerückgewähr	146
1.	Nichtigkeit und Rückerstattungspflicht der Aktionäre	146
2.	Rückerstattungspflicht Dritter nur bei Bösgläubigkeit	147
3.	Reduktion auf das erlaubte Mass und Teilnichtigkeit	148
§ 9	Gleichbehandlung der Aktionäre	149
I.	Problemstellung	149
1.	Gleichbehandlungsprinzip und Verwaltungsrat	149
2.	Gleichbehandlungsprinzip und Generalversammlung	150
II.	Zentrale Bedeutung der Abgeltung zu Drittkonditionen	152
1.	Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen	152
2.	Folgen der fehlenden Abgeltung zu Drittkonditionen	153
III.	Zustimmung des Minderheitsaktionärs	154
IV.	Auskauf des Minderheitsaktionärs	155
V.	Interzession und Vollstreckung als Ausschüttung an alle Aktionäre	156
1.	Ausschüttung als Bardividende und Sachdividende	156
2.	Verteilung des Erlöses der verwerteten Sicherheit an alle Aktionäre	156

Drittes Kapitel

Formelles Vorgehen und verantwortlichkeitsrechtliche Aspekte158

§ 10 Genehmigung durch Verwaltungsräte	158
§ 11 Genehmigung durch die Generalversammlung	159
§ 12 Relevanter Zeitpunkt der Generalversammlungsbeschlusses	163
I. Problemstellung	163
II. Genehmigungsbeschluss	163
III. Ausschüttungsbeschluss	164
§ 13 Verantwortlichkeitsrechtliche Aspekte	165
I. Problemstellung	165
II. Organstellung	167
III. Genehmigung durch die Generalversammlung	168
IV. Durchgriffshaftung	169
1. Problemstellung	169
2. Fallgruppen des Durchgriffs	170
a) Einleitende Überlegungen	170
b) Vermögensvermischung	172
c) Unterkapitalisierung	173
d) Verdeckte Gewinnausschüttung	173
3. Vermeidung der Durchgriffshaftung	175
a) Grundsatz des dealing at arm's length	175
b) Vermeidung des Unterwerfungs- oder Finanzierungszwecks	175
V. Klumpenrisiko	176
1. Problemstellung	176
2. Rechtsprechung zum Klumpenrisiko	177
3. Bankengesetz und -verordnung	178
4. Ergebnis	180
VI. Limitierung auf die frei ausschüttbaren Mittel	180
VII. Zentrale Bedeutung der Entschädigung zu Drittkonditionen	181

Viertes Kapitel

Übrige Rechtsgebiete und Problemkreise im Überblick183

§ 14 Internationales Privatrecht	183
I. Problemstellung	183
II. Anknüpfung: Vertrags- oder Gesellschaftsstatut?	184
1. Vertragsstatut	184
2. Gesellschaftsstatut	184
a) Abgrenzung zum Deliktsstatut	185
b) Verdeckte Gewinnausschüttung	185
c) Konzern	186
d) Durchgriff	187
e) Vertretungsmacht und -befugnis	188

3. Zwischenergebnis	188
III. Umgehung des Kapitalschutzes in mehrstufigen Konzernen.....	189
1. Problemstellung	189
2. Anwendbares Gesellschaftsstatut.....	189
a) Problemstellung	189
b) Loi d'application immédiate	190
§ 15 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	192
I. Vollstreckung der Sicherheiten	192
II. Behandlung im Konkurs.....	193
III. Paulianische Anfechtung.....	195
1. Schenkungsanfechtung	196
a) Gesetzliche Grundlage	196
b) Fehlende rechtliche oder sittliche Verpflichtung zur Leistung	197
c) Fehlende Gegenleistung oder Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	198
2. Überschuldungs- und Absichtsanfechtung	201
§ 16 Steuerrecht	203
I. Problemstellung.....	203
II. Einkommenssteuer	204
1. Reingewinn der Interzedentin	204
a) Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung	205
b) Leistung an den Aktionär oder eine diesem nahe stehende Person	206
c) Erkennbarkeit bzw. bewusste Vorteilszuwendung	207
2. Einkommen des Aktionärs.....	208
3. Sonderfall der indirekten Teilliquidation.....	209
III. Verrechnungssteuer	210
IV. Steuerhinterziehung und -betrug	211
§ 17 StGB	212
I. Ungetreue Geschäftsbesorgung	212
1. Tathandlung	212
a) Missbrauchs- und Treubruchstatbestand.....	212
b) Geschäftsführereigenschaft.....	212
c) Pflichtverletzung und Vermögensschaden.....	213
2. Pflichtwidrigkeit und Genehmigung.....	214
3. Kasuistik	215
a) BGE 105 IV 189 ff.....	215
b) BGE 123 IV 17 ff.....	215
c) BGE 117 IV 259 ff.....	216
d) BGE 109 IV 111 ff.....	216
e) Entscheid I-Konzern	217
aa) Sachverhalt.....	217
bb) Bemerkungen	218
f) BGE 105 IV 106 ff.....	219
g) Prospera-Entscheid	219

h) Rechtsvergleichung: Französische <i>Rozenblum-Praxis</i>	220
4. Ergebnis	221
II. Veruntreuung.....	221
III. Konkurs- und Betreibungsdelikte	222
1. Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung	222
2. Misswirtschaft	223
§ 18 Legal Opinion	224
I. Wesen und Zweck der Legal Opinion	224
1. Definition und Problemstellung.....	224
2. Rechtliche Erfassung der third party legal opinion.....	225
a) Culpa in contrahendo.....	226
b) Aspekte der Vertrauenshaftung	227
3. Anwendbares Recht	228
II. Erfassung der Interzession in der Legal Opinion	229
Fünftes Kapitel: Zusammenfassung wichtigster Erkenntnisse	232

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a. A.	Anderer Ansicht
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, St. Gallen 1992 ff.
Abs.	Absatz
a. M.	Anderer Meinung
Art.	Artikel
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, SR 952.0
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen, SR 952.02
BGE	Entscheid des schweizerischen Bundesgerichts, Lausanne
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
bzw.	beziehungsweise
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, SR 642.11
Diss.	Dissertation
EBK	Eidg. Bankenkommission
f., ff.	folgend(e)
FN	Fussnote
FS	Festschrift
Gl. M.	Gleicher Meinung
i.c.	In casu, vorliegend
insb.	insbesondere
lit.	Litera
MwStG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, SR 641.20
N.	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

OR	Schweizerisches Obligationenrecht, SR 220
RJN	Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise
Rz.	Randziffer
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich 1928 ff., ab 1990: SZW
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1
SJ	Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich
StE	Der Steuerentscheid, Sammlung aktueller steuerrechtlicher Entscheidungen
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Zürich 1990 ff., bis 1989: SAG
u.a.	unter anderem
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, SR 642.21
VStV	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, SR 642.211
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

Literaturverzeichnis

- ADOLFF JOHANNES Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Anwälte bei der Abgabe von Third Party Legal Opinions, Münchner Universitätsschriften, Band 129, München 1997.
- AEBI DIETER Interzession. Kreditsicherungsgeschäfte im Interesse des beherrschenden Aktionärs und des Konzerns, Diss. Zürich 2001.
- ALBERS-SCHÖNBERG MAX Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss. Zürich 1980.
- AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A. Bern 2003.
- AMSTUTZ MARC Konzernorganisationsrecht, Diss. Zürich 1993.
- BANKG-VERFASSEN Zobl Dieter/Schwob Renate/Geiger Hans/Winzeler Christoph (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich Basel Genf 1976-2004.
- BÄR ROLF Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1993, in: ZBJV 131 (1995), S. 427 ff. (zitiert: Bär, ZBJV 131).
- BÄR ROLF Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, in: ZBJV 134 (1998), S. 269 ff. (zitiert: Bär, ZBJV 134).
- BÄR ROLF Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, in: ZBJV 59 (1959), S. 369 ff. (zitiert: Bär, ZBJV 95)
- BARTHOLD BEAT M. Cash-Pooling – eine juristische Pandorabüchse, in: Finanz und Wirtschaft, Ausgabe vom 25. Februar 2004, S. 38.

BARTHOLET OLIVER	Transferpreisberichtigung und ihre Sekundäraspekte im schweizerischen Steuerrecht, Diss. Basel 1995, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 48, Basel und Frankfurt am Main 1995.
BÄRTSCHI HARALD	Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich 2001 = SSHW Band 210.
BAUMANN MAX	Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband, Art. 1-7 ZGB, Kommentar zu Art. 2 ZGB, 3. A. Zürich 1998.
BEHNISCH URS R.	Verdeckte Gewinnausschüttungen und Steuerstrafrecht, in: Der Schweizerische Treuhänder, Band 67 (1993) S. 379 ff.
BENCKENDORFF ANDREAS	Erwerb eigener Aktien im deutschen und US-amerikanischen Recht, Diss. Konstanz 1998 (Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht, Band I, Baden-Baden 1998).
BERTSCHINGER URS	Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.
BEZZENBERGER TILMAN	Erwerb eigener Aktien durch die AG, Köln 2002.
BINDER PETER M.	Das Verbot der Einlagerückgewähr im Aktienrecht, Diss. Bern 1980.
BOCHUD LOUIS	Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern 1991 (Berner Beiträge zum Steuer- und Wirtschaftsrecht Heft 2).
BÖCKLI PETER	Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen an Aktionäre, in: Böckli Peter/Eichenberger Kurt/Hinderling Hans/Tschudi Hans Peter (Hrsg.), Festschrift für Frank Vischer zum 60. Geburtstag, S. 527 ff., Zürich 1983 (zitiert: Böckli, Darlehen II).

BÖCKLI PETER	Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang, in: Der Schweizer Treuhänder, Heft 2/1980, S. 4 ff. Zürich 1980 (zitiert: Böckli, Darlehen I).
BÖCKLI PETER	Einführung in die IAS, Schriften zum neuen Aktienrecht, Band 16, Zürich 2000 (zitiert: Böckli, IAS).
BÖCKLI PETER	Schweizerisches Aktienrecht, 3. A., Zürich 2004 (zitiert: Böckli).
BÖCKLI PETER	Verantwortlichkeit der Organmitglieder: Hürdenlauf der direkt Geschädigten, in: Charlotte Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 65, Bern 2003, S. 27 ff. (zitiert: Böckli, Verantwortlichkeit).
BOEMLE MAX	Der Jahresabschluss, 4.A., Zürich 2001.
BOEMLE MAX/GSELL MAX/ JETZER JEAN-PIERRE/NYFFELER PAUL/ THALMAN CHRISTIAN	Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002.
BOSMAN ALEIDUS GERARD	Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984.
BREHM ROLAND	Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 1990.
BRÜCKNER CHRISTIAN	Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000.
BUCHER EUGEN	Organschaft, Prokura, Stellvertretung, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi, S. 39 ff., Zürich 1971.

BUCHER EUGEN	Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, 2. Abteilung, Die natürlichen Personen, Zweiter Teilband, Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993.
CARY WILLIAM L./EISENBERG MELVIN ARON	Cases and Materials on Corporations, 7.A., New York 1995.
DAENIKER DANIEL	Versicherung, Prozesskostenersatz und Freistellung (Indemnification) von Organpersonen, in: von der Crone, Weber, Zäch und Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich Basel Genf 2003, S. 523 ff.
DALLÈVES LOUIS	Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) NF 92 (1973) II. Halbband, S. 559 ff.
DBG-VERFASSER	Zweifel Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1-82, Basel Genf München 2000.
DENNLER MARKUS	Durchgriff im Konzern, Diss. Zürich 1984.
DELLMANN KLAUS	Bilanzierung nach neuem Aktienrecht, 3. A., Bern 1996.
DONATSCH ANDREAS	Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 114 (1996), S. 200 ff. (zitiert: Donatsch, ZStrR 1996).
DONATSCH ANDREAS	Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 120 (2002), S. 1 ff. (zitiert: Donatsch, ZStrR 2002).
DRUEY JEAN NICOLAS	Aufgaben eines Konzernrechts, in: ZSR 99 (1980) Neue Folge, 2. Halbband, S. 273 ff. (zitiert: Druey, ZSR).

DRUEY JEAN NICOLAS	Das deutsche Konzernrecht aus der Sicht des übrigen Europa, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), Sonderheft 11, Konzernrecht im Ausland, Berlin New York 1994, S. 310 ff. (zitiert: Druey, ZGR).
DRUEY JEAN NICOLAS/VOGEL ALEXANDER	Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.
DUSS MARCO	Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, in: Steuer Revue 42 (1987), S. 1ff.
EBENROTH CARSTEN THOMAS	Zum “Durchgriff” im Gesellschaftsrecht, in: SAG 57 (1985), S. 124-136.
ECONOMIESUISSE (HRSG.)	Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, Zürich 2002.
EGGER AUGUST	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band: Einleitung und Personenrecht, Art. 1-89 ZGB, 2. A., Zürich 1930.
EMMERICH VOLKER/SONNENSCHNIGER JÜRGEN/HABERSACK MATHIAS	Konzernrecht, 7. A., München 2001.
ESSMANN BERNARD F. J.	Die Bankbeziehungen im Cash Management der Unternehmen, Diss. Zürich 1995 (Bank- und Finanzwirtschaftliche Forschungen, Band 223, Bern 1996).
FORSTMOSER PETER	Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern, in: Nedim Peter Vogt und Dieter Zobl (Hrsg.), Der Allgemeine Teil und das Ganze – Liber Amicorum für Hermann Schulin, S. 9 ff. Basel Genf München 2002.
FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER	Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
FORUM EUROPÆUM KONZERNRECHT	Konzernrecht für Europa, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), 4/1998, S.672 ff.

FRICK JOACHIM	Culpa in contrahendo – Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie, Diss. Zürich 1992.
FRITZSCHE HANS/WALDER-BOHNER HANS ULRICH	Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, 3. A., Zürich 1984 und Band II, 3. A., Zürich 1993.
FURRER ADELRICH	Erwerb eigener Aktien, Diss. Zürich 1934.
GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER RENÉ/SCHMID JÖRG/REY HEINZ	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I und II, 8. A., Zürich 2003.
GIGER ERNST	Der Erwerb eigener Aktien, Diss. Bern 1995 (Berner Beiträge zum Steuer- und Wirtschaftsrecht, Heft 9).
GLANZMANN LUKAS	Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen 1996 (St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 45, Bern Stuttgart Wien 1996).
GLAZER DONALD W./FITZGIBBON SCOTT/WEISE STEVEN O.	Glazer and FitzGibbon on Legal Opinions, 2. A., New York 2001.
GRAF HANSJÖRG	Verträge zwischen Konzerngesellschaften, Diss. Bern 1988.
GRÜNINGER HAROLD	Steuerrechtliche Entwicklungen (insbesondere im Jahr 1999), in: SZW (72) 2000, S. 25 ff.
GÖRLING HELMUT	Die Konzernhaftung in mehrstufigen Unternehmensverbindungen, Diss. Frankfurt am Main 1998 (Europäischen Hochschulschriften, Reihe 2, Rechtswissenschaft, Band 2363, Frankfurt am Main 1997).
GRONER ROGER	Erwerb eigener Aktien, Diss. Basel 2003 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Band 68).

GRUSON MICHAEL/HUTTER STEPHAN/KUTSCHERA MICHAEL	Legal Opinions in International Transactions, 4. A., London The Hague New York, 2003.
HAMILTON ROBERT W.	Corporations, Black Letter Series, 3.A. St. Paul 1992. (zitiert: Hamilton, Black Letter Series).
HAMILTON ROBERT W.	Cases and Materials on Corporations including Partnerships and Limited Liability Companies, 6.A. St. Paul 1998. (zitiert: Hamilton, Corporations).
HANDSCHIN LUKAS	Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.
HANDSCHIN LUKAS	Treuepflicht des Verwaltungsrats bei der gesellschaftsinternen Entscheidfindung, in: von der Crone, Weber, Zäch und Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich Basel Genf 2003, S. 169 ff. (zitiert: Handschin, Treuepflicht).
HELDNER GABRIEL	Das Management-Buyout (MBO) – Zivil- und steuerrechtliche Überlegungen, in: Zünd André/Schultz Günther/Glaus Bruno U. (Hrsg.), Bewertung, Prüfung und Beratung in Theorie und Praxis, Festschrift für Carl Helbling, Band 107 der Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Zürich 1992, S. 223 ff.
HERTIG GÉRARD	Considérations supplémentaires à propos de la décision CS, in: SZW 3/1991, S. 155 ff.
HEUBERGER RETO	Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts, Diss. Bern 2001 (Berner Beiträge zum Steuer- und Wirtschaftsrecht, Heft 15).
HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT	Steuerrecht, Band II, Schriftenreihe Finanzwirt- schaft und Finanzrecht, Band 8, 9.A., Bern Stutt- gart Wien 2002.
HOFSTETTER KARL	Corporate Governance in der Schweiz, Zürich 2002 (zitiert: Hofstetter, Corporate).

HOFSTETTER KARL	Corporate Governance im Konzern, in: von der Crone, Weber, Zäch und Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich Basel Genf 2003, S. 301 ff. (zitiert: Hofstetter, Konzern).
HOFSTETTER KARL	Erwerb und Wiederveräußerung eigener Aktien durch börsenkotierte Unternehmen, in: Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Festschrift für Rolf Bär, Bern 1998, S. 135 ff. (zitiert: Hofstetter, Erwerb).
HOFSTETTER KARL	Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Band 59, Tübingen 1995 (zitiert: Hofstetter, Haftungsregeln).
HORMUTH MARK W.	Recht und Praxis des konzernweiten Cash Managements, Diss. München 1997, (Konzern, Konzernrecht und Konzernfinanzierung, Teil 8, Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abt. B, Rechtswissenschaft, Schriften des Instituts für deutsches und internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Band 116, Berlin 1998).
HOLDERNESS A. SIDNEY JR./WUNNICKE BROOKE	Legal Opinion Letters Formbook, 2. A., New York 2003.
HOMBURGER ERIC	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilbd. V. 5b, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR, Zürich 1997.
HONSELL HEINRICH	Der Erwerb eigener Aktien durch die Aktiengesellschaft, in: von der Crone, Weber, Zäch und Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich Basel Genf 2003, S. 561 ff.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (HRSG.)	Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. A., Basel Genf München 2002 (zitiert: ZGB-Verfasser).
HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K. (HRSG.)	Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel 1996 (zitiert: IPRG-Verfasser).
HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (HRSG.)	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. A. Basel 2003 (zitiert: OR-Verfasser).
HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF (HRSG.)	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privat- recht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. A. Basel 2002 (zitiert: OR-Verfasser).
HUGUENIN JACOBS CLAIRE	Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, (Zürcher Habilitationsschrift) Zürich 1994.
IPRG-VERFASSER	Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel 1996.
ISLER PETER R.	Die Einreden des Verwaltungsrats bei Verantwort- lichkeitsansprüchen im Konkurs der AG, in: von der Crone, Weber, Zäch und Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich Basel Genf 2003, S. 439 ff.
JULA ROCCO/BREITBARTH CARMEN	Liquiditätsausgleich im Konzern durch konzernin- terne Darlehen, in: Die Aktiengesellschaft (AG), Heft 6/1997, S. 256 ff.
KÄFER KARL	Berner Kommentar, Band VII: Das Obligationen- recht, 2. Abteilung: Die Kaufmännische Buch- führung, 2. Teilband: Art. 958-964 OR, Bern 1981.

KAISER URS	Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, Diss. Bern 1987 (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 513, Bern 1987).
KLASS TOBIAS	Der Buyout von Aktiengesellschaften, Diss. Kiel 1999 (Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 28 Baden-Baden 2000).
KLEINER BEAT	Bankgarantie, 4.A., Zürich 1990.
KLEINER BEAT/LUTZ BENNO	Das Eigenkapital im Bankkonzern, in: SZW 3/1991 S. 141 ff.
KONZERNFINANZIERUNG- VERFASSEN	Lutter Marcus/Scheffler Eberhard/Schneider Uwe W. (Hrsg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1998 (zitiert: Konzernfinanzierung-Verfasser).
KROPFF BRUNO/SEMLER JOHANNES (HRSG.)	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1-53), München 2000, Band 2 (§§ 53a-75), München 2003, Band 8 (§§ 278-328), München 2000 (zitiert: MK-Verfasser).
KUMMER MAX	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1969, in: ZBJV 107 (1971) S. 209 ff.
KUMMER MAX	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1974, in: ZBJV 112 (1976) 137 ff.
KUNZ PETER V.	Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht: eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bern 2001.
KUZMIC KRISTINA	Haftung aus „Konzernvertrauen“, Diss Zürich 1998 (SSHW Band 187).
LAMBERT CLAUDE ANDRÉ	Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1992.

LEMP PAUL	Vertragsabschluss durch Organe in Doppelstellung, in: Festgabe Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 309 ff.
LOCHER PETER	Die verdeckte Gewinnausschüttung im Aktien- und Steuerrecht, in: Aktienrecht 1992-1997, Versuch einer Bilanz (FS Rolf Bär), Bern 1998, S. 249 ff.
LUCHTERHANDT HANS FRIEDRICH	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 133. Band, Stuttgart 1970, S. 1 ff.
LUTERBACHER THIERRY	Verantwortlichkeit und Versicherung, in: Charlotte Baer (Hrsg.), Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 65, Bern 2003, S. 129 ff.
LUTTER MARCUS	Kommentar zu § 57 AktG, in: Zöllner Wolfgang (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-75, 2.A., Köln Berlin Bonn München 1988.
LUTTER MARCUS/SCHIEFFLER EBERHARD/SCHNEIDER UWE W. (HRSG.)	Handbuch der Konzernfinanzierung, Köln 1998, (zitiert: Konzernfinanzierung-Verfasser).
MARTI ARMIN	Verdeckte Gewinnausschüttungen und Transferpreise, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Neuhaus et al., Schriftenreihe der Treuhandkammer, Band 150, Zürich 1997, S. S. 91 ff.
MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J.	Die Entscheidung durch die Generalversammlung von Fragen aus dem Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, in: Aktienrecht 1992-1997, Versuch einer Bilanz (FS Rolf Bär), Bern 1998, S. 263 ff.
MERKT HANNO	US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Schriftenreihe Recht der Internationalen Wirtschaft, Band 37, Heidelberg 1991.

MITCHELL LAWRENCE E.	Fairness and Trust in Corporate Law, in: Duke Law Journal, Volume 43, 1993-1994, S. 425 ff.
MK-VERFASSER	Kropff Bruno/Semler Johannes (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1-53), München 2000, Band 2 (§§ 53a-75), München 2003, Band 8 (§§ 278-328), München 2000.
MÜLLER THOMAS FRIEDRICH	Der Schutz der Aktiengesellschaft vor unzulässigen Kapitalentnahmen, Diss. Bern 1997.
MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN	Der Verwaltungsrat, 2. A., Zürich 1999.
NEUHAUS MARKUS RUDOLF	Die Besteuerung des Aktienertrags, Diss. Zürich 1988 (zitiert: Neuhaus, Besteuerung).
NEUHAUS MARKUS RUDOLF	Verdeckte Gewinnausschüttungen aus steuerrechtlicher Sicht, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Neuhaus et al., Schriftenreihe der Treuhandskammer, Band 150, Zürich 1997, S. 9 ff. (zitiert: Neuhaus, verdeckte Gewinnausschüttungen).
NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (HRSG.)	Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, Basel Genf München 2003 (zitiert: StGB-Verfasser).
OESCH CHRISTOPH	Die Konkretisierung des Dealing at arm's length-Grundsatzes, in: Steuer Revue 46 (1991) S. 65 ff.
OHO WOLFGANG/EBERBACH CHRISTIAN	Konzernfinanzierung durch Cash-Pooling, in: Der Betrieb, Heft 16/2001, S. 825 ff.
OR-VERFASSER	Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. A. Basel 2003 Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Watter Rolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, 2. A. Basel 2002.

PEDROJA GRAZIANO	Anzeigepflichten der Revisionsstellen bei Gesetzesverstössen, in: Der Schweizer Treuhänder, 71 (1997), S. 775 ff.
PELTZER MARTIN/BELL MARTIN	Besicherung von Gesellschafterkrediten mit dem GmbH-Vermögen?, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1993, S. 1757 ff.
PETER HENRY	L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, in: SAG 61 (1989) S. 1 ff.
PFUND W. ROBERT	Handbücher zum Fiskalrecht des Bundes, Band 5, Die eidgenössische Verrechnungssteuer, I. Teil, Einleitung und Erläuterungen zu Art. 1 bis 20 des Gesetzes, Basel 1971.
POSNER RICHARD A.	Economic Analysis of Law, 6. A., New York 2003.
RASCHEIN ROLF	Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Dallèves et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, S. 357 ff.
REHBERG JÖRG/SCHMID NIKLAUS/DONATSCH ANDREAS	Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 8.A., Zürich Basel Genf 2003.
REHM CHRISTIAN	Projektfinanzierung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 2002 (Schweizer Schriften zum Bankrecht, Band 65).
REICH MARKUS	Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, in: ASA 54 (1985/1986) S. 609 ff..
RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN	Handkommentar zum DBG, Zürich 2003.
RIEMER HANS MICHAEL	Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1-10 ZGB), 2. A. Bern 2003.

ROMY ISABELLE	Mise en oeuvre des prétentions en responsabilité des créanciers et exécution forcée, in: von der Crone, Weber, Zäch und Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich Basel Genf 2003, S. 479 ff.
RUBLI ARMAND P.	Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002 = SSHW Band 218, Zürich Basel Genf 2002.
RUEDIN ROLAND	Vers un droit des groupes de sociétés?, in: ZSR 99 (1980) Neue Folge, 2. Halbband, S. 147 ff.
SCHERRER BRUNO/ZUMOFFEN FRUTTERO JOËLLE	Steuerstrafrecht und verdeckte Gewinnausschüttungen, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Neuhaus et al., Schriftenreihe der Treuhandkammer, Band 150, Zürich 1997, S. 63 ff.
SCHILTKNECHT RETO	Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Diss. Bern 1997.
SCHKG-VERFASSER	Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1-87; SchKG II, Art. 88-220 und SchKG III, Art. 221-352, alle Basel Genf München 1998.
SCHLEIFFER PATRICK	Der gesetzliche Stimmrechtsausschluss im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1993.
SCHLUEP WALTER RENÉ	Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Diss. St. Gallen 1955.
SCHLUEP WALTER RENÉ	Lauterkeitsrechtliche Aspekte des „Unfriendly Takeover“, in: SAG 3/88, S. 89 ff. (zitiert: Schluep, SAG).
SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN- KAUP BETTINA	Sachenrecht, 2. A., Zürich Basel Genf 2003.

SCHMID NIKLAUS	Einige Aspekte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 105 (1988), S. 156 ff.
SCHNEIDER UWE H.	Das Recht der Konzernfinanzierung, in: ZGR 1984 S. 497 ff.
SCHNYDER ANTON K.	Wirtschaftskollisionsrecht, Zürich 1990.
SCHNYDER ANTON K./BOPP LUKAS	Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs – noch einmal zum Verhältnis von Art. 757 OR und Art. 260 SchKG, in: von der Crone, Weber, Zäch und Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich Basel Genf 2003, S. 497.
SCHOTT ANSGAR	Insichgeschäft und Interessenkonflikt, Diss. Zürich 2002 (Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 178).
SCHREIBER CHRISTIAN	Die Zweckbindung bei der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1974.
SCHROEDER ULRICH	Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs, Diss. Bonn 1993 (Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 92), Köln Berlin München 1995.
SCHULTZ GÜNTHER	Zur Problematik von Darlehen an Aktionäre aus der Sicht der Kontrollstelle, in: Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer (Hrsg.), Abschlussprüfung und Unternehmensberatung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Zürich 1975, S. 238 ff.
SCHWENZER INGEBORG	Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003.

SCYBOZ GEORGES	Garantievertrag und Bürgschaft, in: Frank Vischer (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht (SPR), 7. Band: Obligationenrecht, 2. Halbband: Besondere Vertragsverhältnisse, S. 315 ff. Basel und Stuttgart 1979.
SENN DOROTHEA	Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Basel 2001 (SSHW Band 209, Zürich 2001).
SIEGWART ALFRED	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teil a: Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659 OR, Zürich 1945.
SIEHR KURT	Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002.
SPÖRRI BEAT	Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, Diss. Zürich 1996 (SSHW Band 171).
STAEHELIN ADRIAN/BAUER THOMAS/STAEHELIN DANIEL	Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1-87; SchKG II, Art. 88-220 und SchKG III, Art. 221-352, alle Basel Genf München 1998 (zitiert: SchKG-Verfasser).
STGB-VERFASSER	Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, Basel Genf München 2003.
STHG-VERFASSER	Zweifel Martin/Athanas Peter (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I 1, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 2. A., Basel Genf München 2002.
STOCKAR CONRAD/HOCH- REUTENER HANS PETER (HRSG.)	Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, Band 2: Geltendes Recht, Basel 2003.

STOFFEL WALTER A./HEINZ-MANN MICHEL	Interessendurchgriff?, in: von der Crone, Weber, Zäch und Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich Basel Genf 2003, S. 199 ff.
STRATENWERTH GÜNTER	Qualifizierte Veruntreuung und Organhaftung, in: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Band 96 (1979), S. 90 ff.
STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO	Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. A. Bern 2003.
STUTZ BETTINA/VON DER CRONE HANS CASPAR	Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, in: SZW 2/2003, S. 102 ff.
TAPPOLET KLAUS	Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1973.
TERRIBILINI SERGIO	Die aktienrechtliche Regelung des Erwerbs eigener Aktien, Publikation der Swiss Banking School Nr. 176, Bern Stuttgart Wien 1997.
TREUHAND-KAMMER (HRSG.)	Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung 1998, Band 1-4, Zürich 1998.
TRIGO TRINDADE RITA	La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in: SJ 120 (1998), S. 1 ff.
TSCHÄNI RUDOLF	M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, Zürich Basel Genf 2003.
VOGEL ALEXANDER	Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft, Diss. St. Gallen 1997 (St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 50, Bern, Stuttgart und Wien 1997; zitiert: Vogel, Haftung).

VOGEL ALEXANDER	Kapitalersetzende „Sanierungs“-Darlehen im Konzern, Besprechung des Urteils des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 19. Januar 1993, in: SZW 65 (1993), S. 299 ff. (zitiert: Vogel, Sanierungsdarlehen).
VON BÜREN ROLAND	Schweizerisches Privatrecht, Achter Band, Handelsrecht, Sechster Halbband, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Basel 1997.
VON GREYERZ CHRISTOPH	Schweizerisches Privatrecht, Achter Band, Handelsrecht, Zweiter Teilband, Die Kapitalgesellschaften, Die Aktiengesellschaft, S. 1 ff., Basel und Frankfurt am Main 1982.
VON DER CRONE HANS CASPAR	Interessenkonflikte im Aktienrecht, in: SZW 66 (1994), S. 1 ff.
VON PLANTA ANDREAS	Die Haftung des Hauptaktionärs, Diss. Basel 1981 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Band 3).
VON PLANTA FLURIN	Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Diss. Zürich 1988.
VON SALIS-LÜTOLF ULYSSES	Private Equity Finanzierungsverträge, Zürich Basel Genf 2002.
WALTER HANS PETER	Vertrauenshaftung im Umfeld des Vertrages, in: ZBJV 132 (1996), S. 273 ff.
WATTER ROLF	Die Verpflichtung der AG aus rechtsgeschäftlichem Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe, Diss. Zürich 1985 (Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 81; zitiert: Watter, Verpflichtung).
WATTER ROLF	Minderheitenschutz im neuen Aktienrecht, in: AJP 2/1993, S. 117 ff. (zitiert: Watter, Minderheitenschutz).

WATTER ROLF	Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften: Die zivil- und handelsrechtliche Sicht, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Neuhaus et al., Schriftenreihe der Treuhandkammer, Band 150, Zürich 1997, S. 137 ff. (zitiert: Watter, verdeckte Gewinnausschüttungen).
WICK MARKUS	Der Durchgriff und das auf ihn anwendbare Recht gemäss IPRG, Diss. Basel 1994 (SSHW Band 170, Zürich 1996).
WILD KURT	Gruppeninterne Dienstleistungen: Steuerliche Richtlinien und deren Umsetzung in der Praxis, in: Steuer Revue 53 (1998) S. 407 ff.
WOHLMANN HERBERT	Die Treuepflicht des Aktionärs, Diss. Zürich 1968.
ZÄCH ROGER	Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Stellvertretung, 2. Unterteilband, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990.
ZGB-VERFASSTER	Honsell Heinrich/Vogt Nedin Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. A., Basel Genf München 2002.
ZIMMERLING MARC	Kapitalerhaltung und Konzernfinanzierung. Eine Untersuchung der kapitalerhaltungsrechtlichen Problematik aufsteigender Sicherheiten im Konzern, (Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien, Band 29), Frankfurt am Main 1998.
ZOBL DIETER	Haftung der Gesellschaft für die Vertretungshandlungen ihrer Organe in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Aktienrecht 1992-1997, Versuch einer Bilanz (FS Rolf Bär), Bern 1998, S. 435 ff. (zitiert: Zobl, Haftung).

ZOBL DIETER	Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, 2. A., Bern 1982.
ZOBL DIETER	Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, in: ZBJV 125 (1989) S. 289 ff. (zitiert: Zobl, Probleme).
ZOBL DIETER	Sicherungsgeschäfte der Aktiengesellschaft im Interesse des Aktionärs, in: Banken und Bankrecht im Wandel, FS für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 183 ff. (zitiert: Zobl, Sicherungsgeschäfte).
ZOBL DIETER/SCHWOB RENATE/GEIGER HANS/WINZLER CHRISTOPH (HRSG.)	Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich Basel Genf 1976-2004 (zitiert: BankG-Verfasser).
ZÜRCHER WOLFGANG	Der Gläubigerschutz im schweizerischen Aktienrechts-Konzern, Diss. Zürich 1993 (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Band 547, Bern 1993).

Erstes Kapitel: Einführung und Grundlagen

§ 1 Fragestellung und Inhalt

I. Fragestellung

Diese Arbeit befasst sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist, dass eine Aktiengesellschaft gültig Sicherheiten für Schulden ihrer Mutter- oder Schwestergesellschaft oder allgemein ihrer Aktionärin bestellt. Damit wird ein so genanntes Interzessionsgeschäft abgeschlossen, indem gegenüber einem Gläubiger die Haftung für einen Dritten (i.c. für den Aktionär) übernommen wird.¹ Die Fragestellung bezieht sich auf die *Gültigkeit* dieser Interzessionsgeschäfte, weshalb der Fokus dieser Arbeit auf der Rechtsprechung liegt. Diese *Interzession im Interesse des Aktionärs*² wirft eine Vielzahl rechtlicher Probleme auf. Diese Arbeit betrachtet die verschiedenen Problemkreise zwar je einzeln. Die einzelnen Lösungsansätze werden jedoch immer auch dahingehend geprüft, ob sie zur Lösung der übrigen rechtlichen Probleme taugen.

II. Überblick über die zu behandelnden Problemkreise

Die rechtlichen Probleme der Interzession im Interesse des Aktionärs beginnen schon beim Abschluss des Interzessionsvertrages. Bereits die gewählte Terminologie deutet darauf hin, dass die Interzession zumeist nicht

¹ Interzession bedeutet das Einstehen für eine fremde Schuld (lat. *intercedere*, dazwischentreten). Zum Begriff des Interzessionsgeschäfts siehe SCYBOZ, S. 334 f. und ZOBL, Art. 884 ZGB N 933.

² In Deutschland ist die Interzession im Interesse des Aktionärs auch unter dem Begriff *aufsteigende Sicherheiten* bekannt. In England und Amerika sind die Begriffe *upstream security* (Interzession zugunsten des Aktionärs) oder *cross-stream security* (Interzession zugunsten einer Schwestergesellschaft) gängig.

im eigenen Interesse der Gesellschaft erfolgt, sondern im Interesse der Aktionärin, die eine Muttergesellschaft im Konzern oder eine natürliche Person sein kann. Lehre und Rechtsprechung haben griffige Kriterien entwickelt, wie derartige *Interessenkonflikte* überwunden werden, und wie sich die Verwaltungsräte vor dem Vorwurf schützen können, die Interessen der Gesellschaft nicht in guten Treuen gewahrt zu haben. Untersucht wird in diesem Abschnitt zuerst, ob die Eingehung der Interzession im Interesse des Aktionärs als Rechtsgeschäft vom Gesellschaftszweck gedeckt ist. Diese Fragen sowie die Problematik der Unterwerfung der Gesellschaft unter die Interessen des Aktionärs oder eines Konzerns mittels Festlegung eines statutarischen Unterwerfungs- und Finanzierungszwecks werden in § 4 behandelt (Gesellschaftszweck und Gesellschaftsinteresse).

Das Verbot übermässiger Bindung als Verletzung der guten Sitten ist Teil des in Art. 27 Abs. 2 ZGB enthaltenen *Schutzes der Persönlichkeit*. Die Interzession im Interesse des Aktionärs kann dazu führen, dass eine Gesellschaft ausgehöhlt und ihrer gegenwärtigen und zukünftigen Betriebsmittel beraubt wird. Das Thema der Unsittlichkeit wird in § 5 besprochen.

Vor allem im Bereich des so genannten *leveraged buyout* (abgekürzt LBO) ist die Frage relevant, ob auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers die *Einschränkungen des Erwerbs eigener Aktien* gemäss Art. 659 OR anwendbar sind. Bei einem leveraged buyout handelt es sich um einen fremdfinanzierten Unternehmenskauf, im Rahmen dessen das Vermögen der Zielgesellschaft zur Finanzierung des Kaufpreises in Anspruch genommen wird. Anhand eines Vergleichs mit der Rechtslage in Deutschland wird der Frage nachgegangen, ob die Einschränkungen des Erwerbs eigener Aktien die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers auch in der Schweiz erfassen. Der Problemkreis des Erwerbs und Haltens eigener Aktien wird in § 6 behandelt.

Die Interzession im Interesse des Aktionärs ist eine finanzielle Dienstleistung an den Aktionär. Dem Gläubiger des Aktionärs wird der Zugriff auf das Vermögen der Gesellschaft ermöglicht. Wird diese Dienstleistung überhaupt nicht oder nicht adäquat entschädigt, kommt dem Aktionär eine geldwerte Leistung zu, die nicht im formellen Verfahren der Kapitalherabsetzung oder der Dividendenausschüttung beschlossen worden ist. Es sind die Kapitalschutzvorschriften des *Verbots der Einlagerückgewähr* sowie der *verdeckten Gewinnausschüttung*, die derartigem Verhalten die notwendigen Grenzen setzen. Im Rahmen der Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung wird der Frage nachgegangen, worin eine adäquate Gegenleistung für die Interzession im Interesse des Aktionärs bestehen kann, und ob verdeckte Gewinnausschüttungen bei Vorliegen eines so ge-

nannten Unterwerfungs-, Konzern- oder Finanzierungszwecks trotzdem der Rückerstattungspflicht unterliegen. Die Problemkreise der verdeckten Gewinnausschüttung sowie der Einlagerückgewähr werden in § 7 und § 8 behandelt.

Die Interzession im Interesse des Aktionärs wird zusätzlich vom *aktienrechtlichen Gleichbehandlungsprinzip* erfasst, wenn die Interzession lediglich zugunsten eines Mehrheitsaktionärs erfolgt. Existieren bei der Interzession auch Minderheitsaktionäre, so haben diese Anspruch darauf, dass mit dem Hauptaktionär wie mit unabhängigen Vertragspartnern Verträge zu Drittkonditionen geschlossen werden. Das aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip bildet Gegenstand des § 9.

Im dritten Kapitel (§ 10 bis § 13) wird das formelle Vorgehen der Genehmigung der Interzession im Interesse des Aktionärs behandelt und auf Aspekte der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit eingegangen. Im Rahmen der Behandlung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit werden insbesondere der Organbegriff, das Klumpenrisiko sowie die Durchgriffshaftung behandelt. Bei den Genehmigungshandlungen liegt der Fokus auf der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Abschluss und zur Genehmigung von Geschäften, die mit einem Interessenkonflikt behaftet sind.

Das vierte Kapitel (§ 14 bis § 18) behandelt die übrigen Problemkreise (IPRG, SchKG, Steuerrecht, StGB, Erfassung der Interzession im Interesse des Aktionärs in der legal opinion) *im Überblick* und beginnt mit der internationalprivatrechtlichen Anknüpfung der Interzession im Interesse des Aktionärs in § 14. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Interzession im Interesse des Aktionärs unter das Vertrags-, Delikts- oder das Gesellschaftsstatut fällt. Fällt es unter das Gesellschaftsstatut, muss zwischen dem Statut der Tochter- und der Muttergesellschaft unterschieden werden.

Die Interzession im Interesse des Aktionärs ohne adäquate Gegenleistung des Aktionärs ist mittels der *actiones paulianae* des SchKG in den relevanten Anfechtungsperioden anfechtbar. Weiter wird geprüft, wie Verantwortlichkeitsansprüche und die Interzession im Interesse des Aktionärs im Konkurs behandelt werden. Die Erfassung der Interzession im Interesse des Aktionärs im Bereich des SchKG wird in § 15 behandelt.

Die Behandlung der aktienrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung war Gegenstand der Überlegungen in § 7. Mit deren *steuerrechtlichen* Erfassung und Korrektur in den einzelnen Steuerarten befasst sich § 16 dieser Arbeit.

Strafrechtlich relevant wird die Interzession im Interesse des Aktionärs, wenn das Gesellschaftsvermögen ohne Entschädigung für Zwecke des Aktionärs eingesetzt wird. Es ist insbesondere die ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB, die sogar dann eingreift, wenn die Interzession zugunsten des Alleinaktionärs erfolgt. Die strafrechtlichen Tatbestände und die Kasuistik dazu bilden Gegenstand der Gedanken in § 17.

Zum Schluss wird die Behandlung der Interzession im Interesse des Aktionärs für den Praktiker im Bereich der *legal opinion* dargelegt. Die *legal opinion*, insbesondere die so genannte *third party legal opinion*, die der Anwalt für die Gegenpartei seines Klienten abgibt, ist ein häufig genutztes Instrument zur Bestätigung der Gültigkeit und Vollstreckbarkeit rechtlicher Ansprüche und dient nicht zuletzt auch der juristischen Qualitätssicherung und der Risikoverteilung. Die rechtliche Einordnung der Haftung aufgrund einer abgegebenen *third party legal opinion* sowie die Frage, welche Bestätigungen in einer *legal opinion* abgegeben werden und auf welche Gefahren hingewiesen werden muss, sollen in § 18 gezeigt werden.

§ 2 Konstellationen und Fallbeispiele

I. Einleitung

Die Interzession im Interesse des Aktionärs kommt in personalistischen Verhältnissen und in Konzernen vor.³ Die Interzession kann zugunsten der Schuld der Muttergesellschaft (*upstream*) oder der Schwestergesellschaft (*cross-stream*) erfolgen. Insbesondere in personalistischen Verhältnissen macht sie das grundsätzliche Dilemma evident, dass der Aktionär für seine

³ Die Interzession erfolgt in *personalistischen* Verhältnissen zugunsten der natürlichen Person, die Aktionär ist. Im Konzern erfolgt die Interzession zugunsten der Muttergesellschaft, der Schwestergesellschaft oder der Konzernspitzengesellschaft. Zum Begriff des Konzerns siehe Art. 663e Abs. 1 OR; HANDSCHIN, S. 1; GLANZMANN, S. 12 ff.; DALLÈVES, S. 575 ff.; ZÜRCHER, S. 99 mit weiteren Hinweisen. Der Konzern ist eine wirtschaftliche Zusammenfassung von zwei oder mehr rechtlich selbständigen Unternehmen unter einheitlicher Leitung. Siehe dazu auch die deutsche Definition eines Konzerns in § 18 AktG: „Sind ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzerngesellschaften (...) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden auch sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.“

wirtschaftliche Tätigkeit zwar die Begrenzung des Haftungssubstrats durch die Gründung einer juristischen Person wünscht, gleichzeitig aber auch den maximalen Nutzen aus der Gesellschaft ziehen will. Das Gesellschaftsvermögen als Sondervermögen muss vor ungerechtfertigten Entnahmen der Aktionäre und der Verwaltung – die häufig nicht im Gesellschaftsinteresse liegen – geschützt werden. Eines der Hauptprobleme liegt auch im Umstand, dass Gläubiger der Gesellschaft in Konkurrenz mit Privatgläubigern des Aktionärs treten müssen, was in dieser Form gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Nur wenige der in dieser Arbeit behandelten Probleme ergeben sich hingegen, wenn die Muttergesellschaft zugunsten der Tochtergesellschaft oder allgemein die Aktionärin zugunsten der Schuld ihrer Gesellschaft interzediert. Diese so genannte *downstream*-Besicherung hilft der Interzedentin und macht so einen Vermögenswert – die Aktienbeteiligung – wertvoller, der sich bereits in ihrem Eigentum befindet.⁴ Das Wohlergehen der Tochtergesellschaft liegt so direkt auch im Interesse der Muttergesellschaft. Die Gesellschaftsinteressen sind dadurch gewahrt und Kapitalschutzvorschriften grundsätzlich nicht tangiert.⁵ Diese Arbeit behandelt in Übereinstimmung mit der Fragestellung nur die Interzession im Interesse des Aktionärs. Spiegelbildlich soll in dieser Arbeit jedoch analysiert werden, wie der umgekehrte Fall – die Interzession im Interesse des Aktionärs – genauso selbstverständlich auch im Interesse der Interzedentin liegen kann.

II. Motive und Fallbeispiele

1. Motive der Interzession im Interesse des Aktionärs

Es stellt sich die Frage, weshalb die Tochtergesellschaft für die Schuld der Muttergesellschaft Sicherheiten stellen soll. Die Muttergesellschaft könnte beispielsweise auch die Aktien der Tochtergesellschaft verpfänden. Diese befinden sich in direktem Eigentum der Muttergesellschaft und könnten von der kreditgebenden Bank zu Pfand genommen werden. Zumindest indirekt könnte die Bank auf die Vermögenswerte der Tochtergesellschaften

⁴ ZR 98 (1999) S. 251 f.; RUBLI, S. 129 f. und S. 283; vgl. KLEINER/LUTZ, S. 148.

⁵ Es sind auch bei der *downstream*-Besicherung rechtlich problematische Konstellationen denkbar, wenn beispielsweise bei einer konkursreifen Tochtergesellschaft mit unzureichenden Kapitalspritzen versucht wird, den überfälligen und letztlich unausweichlichen Konkurs für eine gewisse Zeit hinauszuzögern.

greifen. Im Vergleich zu dieser Variante ist die Interzession im Interesse des Aktionärs jedoch mit vielen Vorteilen verbunden, auf die nachfolgend eingegangen wird.

a) Strukturelle Nachrangigkeit

Bei näherer Betrachtung liegen die Vorteile der Interzession durch Tochtergesellschaften auf der Hand. Ein wichtiger Grund für die Interzession im Interesse des Aktionärs liegt im Phänomen der *strukturellen Nachrangigkeit*.⁶ Haftet bloss die Konzernspitzengesellschaft für die Darlehensschuld, können ihre Gläubiger zwar auf die Vermögenswerte greifen, zu denen auch die Aktien der Tochtergesellschaften gehören. Die direkten Gläubiger der Tochtergesellschaft können sich an deren Vermögen jedoch direkt befriedigen. Bei einer Liquidation einer Gesellschaft werden die Aktionäre erst nach allen Gläubigern am Schluss befriedigt.⁷ Dies ist dann kein Problem, wenn die Tochtergesellschaften finanziell gesund sind. Fallen hingegen die verschiedenen Konzerngesellschaften aufgrund eines Dominoeffekts des kollektiven Kredit- und Vertrauensverlusts zusammen, sehen sich die Gläubiger der Konzernspitzengesellschaft nur noch wertlosen Aktienbeteiligungen gegenüber, während die direkten Gläubiger der Tochtergesellschaften bereits deren Aktiven zu ihren Gunsten verwertet haben.⁸ Für die Banken ist es deshalb wichtig, direkt mittels Sicherungsrechten auch auf die Vermögenswerte der Tochtergesellschaft greifen zu können. Ermöglicht wird dies durch die Interzession im Interesse des Aktionärs.

b) Leicht verwertbare Vermögenswerte

Die Banken streben überdies danach, leicht realisierbare Vermögenswerte und insbesondere Bargeldpositionen direkt verwerten bzw. einziehen zu können, ohne selber zuerst in die Aktionärsposition eintreten und bei der Verwertung der einzelnen Vermögenswerte Verantwortung tragen zu müssen.

c) Vermögensverschiebungen, Tresor-, Metamorphosen- und Durchleitungseffekt

Im Konzern treten häufig Gewinn- und Vermögensverschiebungen auf. Möglicherweise wird in den Tochtergesellschaften, die ebenfalls vom auf-

⁶ DRUEY/VOGEL, S. 199 und S. 358; SCHNEIDER, S. 503; vgl. ZÜRCHER, S. 23 f.; RUBLI, S. 69; HORMUTH, S. 38.

⁷ Art. 745 Abs. 1 OR.

⁸ DRUEY/VOGEL, S. 358.

genommenen Darlehen profitieren, eine *Gewinnthesaurierung* praktiziert und auf die Ausschüttung von Dividenden verzichtet (*Tresoreffekt*).⁹ Das aufgenommene Darlehen oder das Eigenkapital der Muttergesellschaft können dazu verwendet werden, um bei der Tochtergesellschaft das Aktienkapital zu erhöhen oder ihr ein Darlehen zu gewähren. Fremdkapital wird so konzernintern zu Eigenkapital und umgekehrt (*Metamorphoseneffekt*).¹⁰ Hinzu kommt, dass die von einer zentralen Gesellschaft aufgenommenen Darlehen häufig aufgrund der Automatismen eines *cash management* an andere Konzerngesellschaften weitergeleitet werden (*Durchleitungseffekt*).¹¹ Wenn die kreditgebende Bank nur eine Konzerngesellschaft als Schuldnerin hat, kann sie sich somit nicht darauf verlassen, dass die Gewinne und Vorteile des Darlehens oder der daraus getätigten Investition auch bei dieser Gesellschaft anfallen. Auch ist möglich, dass andere Konzerngesellschaften direkter und stärker vom Darlehen profitieren als die eigentliche Darlehensnehmerin. Die Bank hat deshalb ein Interesse, möglichst alle Werte als Sicherheit zu erhalten und auf alle Gesellschaften und deren Vermögen direkt greifen zu können.¹² Dies ermöglicht eine schnellere Verwertung und einen direkten Zugriff auf die Vermögenswerte in den verschiedenen Jurisdiktionen.¹³

d) Effizienz

Die Interzession im Interesse des Aktionärs ist auch aus Effizienzgründen geboten. Die Konzernspitze nimmt zentral bei einer Bank oder einem Bankensyndikat ein Darlehen auf. Die gebündelte Nachfrage durch die Konzernspitzengesellschaft oder durch eine einzige, auf Finanzierungsfragen spezialisierte Konzerngesellschaft und die umfassende Besicherung der Schuld ermöglichen meist bessere Konditionen und erleichtern die Finanzkontrolle.¹⁴ Die besseren Konditionen können darin liegen, dass für das Darlehen tiefere Zinsen verlangt werden oder ein höheres Darlehen gewährt wird. Allenfalls wird durch die Interzession erst die notwendige Bo-

⁹ RUBLI, S. 67; HORMUTH, S. 37.

¹⁰ GLANZMANN, S. 20; RUBLI, S. 67; HORMUTH, S. 37.

¹¹ RUBLI, S. 67; vgl. HORMUTH, S. 167; vgl. zum Begriff des *cash management* hinten, FN 26.

¹² Vgl. dazu der deutsche Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. März 1998, in: NJW 1998, Heft 35, S. 2592 ff., insbesondere S. 2595.

¹³ Die kreditgebende Bank kann sich die am schnellsten zu realisierenden Vermögenswerte in derjenigen Jurisdiktion aussuchen, die die geringsten prozessualen Hürden kennt.

¹⁴ JULA/BREITBARTH, S. 256; vgl. ZIMMERLING, S. 66 f.; vgl. HORMUTH, S. 41 f.; POSNER geht davon aus, dass sich bei einer Besicherung der Schuld die Kontrollkosten reduzieren, da der Gläubiger sich nicht mehr auf das Gedeihen des Schuldners konzentrieren, sondern nur den Wert der Sicherheiten korrekt ermitteln muss. Der durch die Besicherung geringere Verlust im Falle der Nichtbegleichung der Schuld und die geringeren Kontrollkosten resultieren meist in einer Reduktion der Zinsen oder einer höheren Kreditlimite (siehe POSNER, § 14.4 S. 414 f.).

nität für die Gewährung eines Darlehens geschaffen. Die Besicherung der aufgenommenen Gelder erfolgt dann über jede Konzerngesellschaft einzeln, ebenso die Weiterleitung der aufgenommenen Gelder an die einzelnen Konzerngesellschaften.

e) **Leveraged Buyout**

Die Notwendigkeit der Interzession im Interesse des Aktionärs tritt insbesondere beim so genannten *leveraged buyout (LBO)* deutlich zu Tage. Der *leveraged buyout* steht für einen Unternehmenskauf, bei dem zur Finanzierung des Kaufpreises überwiegend Fremdkapital eingesetzt wird, das mit dem Vermögen der Zielgesellschaft abgesichert ist.¹⁵ Der Aktienkäufer kann auf diese Weise – vereinfacht gesagt – die Aktienmehrheit an einer Gesellschaft kaufen, die er aus eigenen Mitteln nicht bezahlen könnte. Das Vermögen der übernommenen Gesellschaft und ihr zukünftiger Ertrag werden für die Finanzierung des Kaufpreises verwendet. Die ökonomische Begründung dieses Vorgehens liegt darin, dass die Schuldzinsen für das Darlehen tiefer sind als die zu erwartende Eigenkapitalrendite.¹⁶

2. **Erscheinungsformen der Interzession**

Die Interzession im Interesse des Aktionärs kann durch verschiedene Sicherungsgeschäfte erfolgen. Im Vordergrund steht die Eingehung einer Bürgschaft gemäss Art. 492 ff. OR oder einer Garantie gemäss Art. 111 OR.¹⁷ Denkbar ist auch der kumulative Schuldbeitritt, wobei dieser nicht unbedingt als Interzession erfolgen muss, sondern auch als definitive Verpflichtung beabsichtigt sein kann.¹⁸

Die Einräumung eines Pfandrechts kann an beweglichen Sachen, Liegenschaften und Immaterialgüterrechten erfolgen. Aktien, Konten, Schuldbriefe, Patente und Marken sind beliebte Pfandobjekte. Bei der Interzession im Interesse des Aktionärs handelt es sich dann um ein *Drittpfandrecht*.¹⁹ Ebenso können Grundpfandrechte als Grundpfandverschreibung und Schuldbrief, nicht jedoch als Gült, für die Schuld Dritter errichtet werden.²⁰

¹⁵ KLASS, S. 14; TSCHÄNI, S. 183; siehe auch die Beschreibung des erfolgreichen LBO der Geberit-Gruppe bei TSCHÄNI, S. 180 ff.

¹⁶ TSCHÄNI, S. 183.

¹⁷ Zum Garantievertrag siehe KLEINER, S. 153 ff.

¹⁸ Der Schuldbeitritt kann sowohl Interzession als auch Sanierungsmassnahme sein, je nach dem Willen der Parteien; vgl. dazu AEBI, S. 54.

¹⁹ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1865.

²⁰ Vgl. Art. 824 Abs. 2 ZGB (Grundpfandverschreibung), Art. 845 Abs. 1 ZGB (Schuldbrief) und Art. 851 Abs. 1 und 2 ZGB (Gült); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1606.

Die Verpfändung von Marken, Designs und Patenten ist gegenüber gutgläubigen Erwerbern nur wirksam, wenn sie im Marken-, Design- bzw. Patentregister eingetragen worden ist.²¹ Die Pfandnahme eines beweglichen Gegenstandes setzt die Einräumung des Besitzes voraus.²² Aus diesem Grund ist die im Ausland häufig praktizierte Verpfändung ganzer Warenlager in der Schweiz nicht möglich.²³

Grundstücke, bewegliche Sachen und Forderungen können auch *sicherungsweise* übertragen bzw. zediert werden (*Sicherungsübereignung und -zession*).²⁴ Eine besonders ausgeprägte und einschneidende Form einer Sicherungszession ist die Globalzession aller bestehenden und zukünftigen Forderungen.

Es gibt jedoch auch untypische Sachverhalte, die im Ergebnis betrachtet ebenfalls einen Sicherungseffekt bewirken, obwohl kein eigentlicher Sicherungsvertrag abgeschlossen wurde. Zu denken ist an Vereinbarungen im Bereich des *cash pooling* und an *Konzernverrechnungsklauseln*.²⁵

Das *cash pooling* ist eine Konzentration der Barmittel im Konzern und wird im Rahmen eines zentral organisierten *cash management* vorgenommen.²⁶ Es bewirkt, dass auf einzelnen Konten der Konzerngesellschaften auftretende Negativsaldi automatisch und weltweit mit den Guthaben anderer Konzerngesellschaften vollständig oder bis zu einer vereinbarten Grenze ausgeglichen und verrechnet werden.²⁷ Dadurch kann verhindert werden, dass auf einzelnen Konten höhere Schuldzinsen bezahlt werden müssen, obwohl der gesamte Konzern über genügend von den Banken tiefer verzinste Barmittel verfügt.²⁸ Häufig wird zusätzlich zu

²¹ Vgl. Art. 19 Abs. 2 MSchG (Markenschutzgesetz, SR 232.11), Art. 14 Abs. 2 DesG (Designgesetz, SR 232.12) und Art. 33 Abs. 4 PatG (Patentgesetz, SR 232.14).

²² Art. 884 Abs. 1 ZGB.

²³ TSCHÄNI, S. 201; vgl. ZOBL, Syst. Teil, N 257 und N 1395.

²⁴ ZOBL, Syst. Teil, N 1300 ff., insb. N 1395 ff. und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 2013 ff. (zur Sicherungsübereignung); ZOBL, Syst. Teil, N 1507 ff. und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 2022 ff. (zur Sicherungszession).

²⁵ Zum cash pooling siehe OHO/EBERBACH, S. 825 ff.; dabei wird zwischen einem virtuellen und einem physischen cash pooling unterschieden. Beim virtuellen cash pooling werden die Kontensaldi lediglich rechnerisch zusammengefasst, wobei das Ergebnis Grundlage der jeweiligen Haben- und Sollzinssätze ist (OHO/EBERBACH, S. 825 und 829); vgl. KONZERNFINANZIERUNG-MAIER-REIMER, Rz. 16.67 f. S. 523 und KONZERNFINANZIERUNG-LUTTER/SCHNEIDER, Rz. 1.76 f. S. 27.

²⁶ BOEMLE/GSELL/JETZER/NYFFELER/THALMANN, S. 243; zum Begriff des cash management siehe auch HORMUTH, S. 51: „Das Cash Management umfasst alle Aufgaben und Massnahmen, die zur Liquiditätssicherung und zur Erreichung höchster Effizienz im Zahlungsverkehr durchgeführt werden“; siehe auch MK-KROPFF, § 311 N 184 f.

²⁷ Vgl. KONZERNFINANZIERUNG-LUTTER/SCHNEIDER, Rz. 1.76 f. S. 27.

²⁸ OHO/EBERBACH, S. 825; HORMUTH, S. 23 und insb. S. 56 f.

diesem wirtschaftlichen Interzessionseffekt eine tatsächliche Interzession zugunsten der Bank für den verrechneten Saldo verlangt.²⁹ Der totale Kreditbedarf und die Finanzierungskosten im Konzern nehmen als Folge des cash pooling ab. Überdies vereinfacht sich die konzernweite Liquiditätsplanung.³⁰ Diesem positiven finanziellen Gesamteffekt stehen grosse Nachteile gegenüber, falls die Leistungen jeder am cash pooling beteiligten Gesellschaft nicht entschädigt und verzinst werden, oder falls allfällige Rückerstattungsansprüche nicht durchsetzbar sind. Im Ergebnis bewirkt das cash pooling eine Vermögensgefährdung, indem für die Schulden einer anderen, allenfalls weniger kreditwürdigen Konzerngesellschaft interzediert und bei tatsächlicher Verrechnung die Schuld beglichen wird.³¹ Die Bonität einer einzelnen Konzerngesellschaft kann dadurch leiden. Auch ist möglich, dass bei nicht rechtzeitiger Beendigung des cash pooling – was bei finanzieller Schieflage und Konkursgefahr einzelner Konzerngesellschaften schnell passieren sollte – Gelder an bereits überschuldete Gesellschaften fliessen und damit für den Gesamtkonzern verloren gehen.³²

Die *Konzernverrechnungsklausel* dient dazu, dass Banken oder andere Vertragspartner ihre Forderungen gegenüber einer Konzerngesellschaft mit Ansprüchen gegenüber anderen Konzerngesellschaften verrechnen können.³³ Das *cash pooling* und die Konzernverrechnungsklausel haben somit beide den Effekt, dass eine Gesellschaft das Risiko der Insolvenz der anderen Gesellschaft mit allenfalls schlechterer Bonität tragen muss, für eine Schuld, die bestenfalls im mittelbaren Interesse der betroffenen Gesellschaft eingegangen worden ist.

²⁹ BARTHOLD, S. 38, der deutlich aufzeigt und warnt, dass viele Unternehmer sich der juristischen Komplexität des cash pooling nicht bewusst sind. Allgemein ist zu bemerken, dass in der Praxis nur wenige Gedanken zur juristischen Komplexität der Interzession im Interesse des Aktionärs oder des Konzerns angestellt werden, siehe dazu auch HORMUTH, S. 5, 103 und 110 f.

³⁰ ESSMANN, S. 140, wo weitere Vorteile des cash pooling aufgezeigt werden; HORMUTH, S. 57 und S. 97 und das dort zitierte Beispiel der Volkswagen AG, die jährlich aufgrund des durch cash pooling geringeren Liquiditätsbedarfs ca. DM 2 Mio. an Finanzierungskosten einspart.

³¹ Der Nachteilsausgleich kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass beim virtuellen cash pooling die Zinssätze den jeweiligen Konzerngesellschaften direkt gutgeschrieben oder belastet werden (*Zinsoptimierungsmodell*). Beim *Zinskompensationsmodell* kommen die Zinsvorteile lediglich dem „Masterkonto“ zugute (OHO/EBERBACH, S. 825 f.). Beim physischen cash pooling müssen die tatsächlichen Cash-Abgänge ersetzt und verzinst werden. Für die Haftungsübernahme ist eine Avalprovision geschuldet (OHO/EBERBACH, S. 830; vgl. auch HORMUTH, S. 125-138 und ESSMANN, S. 140 zur Nachteiligkeit des cash pooling).

³² Vgl. BARTHOLD, S. 38; die direkteste Nachteiligkeit für eine Konzerngesellschaft ergibt sich im Falle, dass andere Konzerngesellschaften allfällige zu Hilfszwecken erfolgte Zahlungen nicht mehr zurückerstatten können: vgl. dazu HORMUTH, S. 146.

³³ Vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 436 f., ohne auf die damit verbundenen Probleme hinzuweisen; vgl. KONZERNFINANZIERUNG-MAIER-REIMER, Rz. 16.68 f. S. 523.

3. Vertrag mit Konzernwirkung

Die Tatsache, dass Gesellschaften ohne adäquate Gegenleistung für Schulden eines Aktionärs bürgen, zeigt, dass die Veranlassung und die Motivation dazu von aussen kommen müssen.³⁴ Keine Gesellschaft würde dies von sich aus tun. Es ist deshalb kurz auf die diesbezügliche Willensbildung einzugehen. In Konzernverhältnissen nimmt entweder die Konzernspitze oder eine auf Finanzleistungen fokussierte Dienstleistungsgesellschaft des Konzerns ein Darlehen bei einer Bank oder einem Bankensyndikat auf.³⁵ Diese Gesellschaft verpflichtet sich, die von der Bank gewünschten Sicherheiten zu stellen oder *stellen zu lassen*, da sich die relevanten und von den Banken als Sicherheiten gewünschten Vermögenswerte bei anderen Gesellschaften des Konzerns befinden. Die Muttergesellschaft kann diese Interzession nicht alleine ausführen. Sie kann lediglich versuchen, aufgrund ihrer allfällig vorhandenen Leitungsmacht die Tochtergesellschaft zu einem Interzessionsgeschäft zu *veranlassen*, wodurch der Vertrag eine Konzernwirkung erhält.³⁶

Weigert sich die Tochtergesellschaft, liegt eventuell ein Fall von *Unmöglichkeit* vor, denn Weisungen im Konzern sind nach Schweizer Recht im Gegensatz zum deutschen Recht nicht verbindlich.³⁷ Die Weisungerteilung an angestellte Verwaltungsräte aufgrund eines Arbeits- oder Mandatsvertrags ist allerdings möglich.³⁸ Die gesellschaftsrechtliche Treue-

³⁴ Vgl. EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 403.

³⁵ Vgl. ZIMMERLING, S. 21.

³⁶ HANDSCHIN, S. 245 ff. und 259 f.

³⁷ BOSMAN, S. 130 f.; vgl. ZÜRCHER, S. 214 ff. und 224; GRAF, S. 49 und S. 103; a. M. HANDSCHIN, S. 245 ff. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 428, lassen Weisungen nur zu, wenn sie nicht gegen zwingendes Recht verstossen und wenn sie Entscheidungen im Ermessensbereich der Verwaltungsräte betreffen. Aufgrund der fehlenden Verbindlichkeit der Weisungen fällt auch eine Haftung für die Tochtergesellschaft als Hilfsperson ausser Betracht, siehe die Hinweise bei ZÜRCHER, S. 217 und 224. Es ist allerdings fraglich, ob es sich wirklich um Unmöglichkeit handelt. Weigert sich die Tochtergesellschaft, weil sie keine adäquate Gegenleistung erhält, ist es stets möglich, die adäquate Gegenleistung zu erbringen und richtig zu erfüllen. Weigert sie sich auch dann noch, liegt wohl ein Fall von Unmöglichkeit vor. Weisungen negativer Art können im Aktienrecht aufgrund der Sorgfaltspflicht der Verwaltungsräte nicht verbindlich sein, vgl. GRAF, S. 49 und S. 103; vgl. auch die verschiedene Rechtslage in Deutschland bei Vorliegen eines *Beherrschungsvertrages* (siehe hinten S. 20 ff.): Weisungen sind dann zu befolgen, es sei denn, sie liegen offensichtlich nicht im Konzerninteresse, siehe § 308 AktG, HORMUTH, S. 154 ff. und EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 358. Im *faktischen Konzern* gibt es nach deutschem Recht kein Weisungsrecht und keine Befolgungspflicht, siehe S. 40 ff. und EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 401 f.

³⁸ Bei Vorliegen eines Mandatsvertrags empfehlen MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 286 ff., dass eine Versicherung für Verantwortlichkeitsansprüche abgeschlossen wird und nebst einer Enthaltungsklausel die Pflicht der Mandantin stipuliert wird, die Tochtergesellschaft stets ausreichend finanziell zu dotieren.

pflicht geht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre jedoch weiter als die arbeitsvertragsrechtliche, weshalb angestellte Verwaltungsräte gut daran tun, solche Weisungen nicht auszuführen, sofern dadurch ihre Gesellschaft geschädigt wird, in der sie als Verwaltungsrat sitzen.³⁹ Die Frage, ob Unmöglichkeit vorliegt, beantwortet sich unterschiedlich nach dem Vertragsinhalt, der entweder einen *Erfolg* bei der Tochtergesellschaft oder ein blosses *Leitungshandeln* verspricht.⁴⁰ In der Praxis wird diese Problematik umgangen, indem der Abschluss der gültigen Interzessionsgeschäfte durch die Tochtergesellschaften als aufschiebende Bedingung des Darlehensvertrages vereinbart wird.

4. Fallbeispiele

Anhand der nachfolgenden, konkreten Fallbeispiele sollen die oben überblicksmässig aufgezählten Problemkreise dargelegt werden.

In einem ersten Fall geht es um eine Gesellschaft, die zugunsten der Schuld ihres 80%-Hauptaktionärs eine Garantie einging. Die Garantie wurde vom 80%-Hauptaktionär, der zugleich Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift ist, unterzeichnet. Dieser hat bei einer Bank einen Kredit aufgenommen, um die Vermögensteilungs- und Rentenansprüche seiner Ehefrau anlässlich der soeben ausgesprochenen Scheidung bestreiten zu können. Gegenüber der Bank hat er diesen Zweck des Darlehens offengelegt. Die Gesellschaft erhielt für die Garantie keine Gegenleistung.

In diesem Fall sind die Themenbereiche der Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis⁴¹, die verdeckte Gewinnausschüttung⁴² in steuer- und handelsrechtlicher Hinsicht sowie das Gleichbehandlungsprinzip⁴³ tangiert. Je nach Kapitalausstattung liegt auch eine verbotene Einlagerückgewähr⁴⁴ vor. Falls die Gesellschaft in Konkurs fällt, wäre eine paulianische Anfechtungsklage⁴⁵ oder die Einrede gegen die Kollokation der Garantie-

³⁹ Siehe dazu SCHILTKNECHT, S. 31 und BGE 4C.258/2003 Erw. 2.1: „Dabei erweist sich in der Regel, dass die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht weiter geht als die arbeitsvertragsrechtliche.“ Die beanstandete Leistung ging in diesem Fall an die Konzernschwester, was möglicherweise für die arbeitsvertragliche Treuepflicht von Belang gewesen wäre. Das Bundesgericht liess aber die Frage offen, da der Verwaltungsrat aufgrund der Verletzung der *aktienrechtlichen* Treuepflicht im gleichen Ausmass haftete. Vgl. auch BGE 128 III 131 f. und 125 III 81.

⁴⁰ HANDSCHIN, S. 247; ZÜRCHER, S. 215. ZÜRCHER benützt den Begriff der *Bemühungspflicht*.

⁴¹ Siehe hinten, S. 53 ff.

⁴² Siehe hinten, S. 100 ff. und S. 203 ff.

⁴³ Siehe hinten, S. 149 ff.

⁴⁴ Siehe hinten, S. 134 ff.

⁴⁵ Siehe hinten, S. 195 ff.

forderung überprüfenswert. In strafrechtlicher Hinsicht kommt der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung⁴⁶ in Frage. Das Handeln des Verwaltungsrats und Hauptaktionärs hätte gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund des manifesten Interessenkonflikts der Genehmigung durch die Generalversammlung mittels eines anfechtbaren Entscheides bedurft.⁴⁷ Die Bank konnte sich ohne diese Genehmigung nicht gutgläubig auf die Vertretungsbefugnis des Verwaltungsrats berufen, da sie wusste, dass das Darlehen der Gesellschaft nicht zugute kommen würde. Nicht zu hören wäre der Einwand des Verwaltungsrats, dass durch diesen Kredit eine Teilung des Aktionariats verhindert werden konnte, da dies nicht zu den Aufgaben der Gesellschaft gehört. Kommen Gesellschafts-gläubiger durch diese Transaktion zu Schaden, steht ihnen im Konkursfalle eine Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit offen.

Im zweiten Fall ist der für die Gesellschaft handelnde Verwaltungsrat Alleinaktionär. Ein Teil des Interessenkonflikts fällt jetzt weg, da sein Handeln implizit durch die Generalversammlung gedeckt ist.⁴⁸ Auch das aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip ist nicht mehr anwendbar. Die Interessen der Gläubiger der Interzedentin hingegen gilt es nach wie vor zu wahren. In steuer- und handelsrechtlicher Hinsicht liegt trotzdem eine verdeckte Gewinnausschüttung vor.⁴⁹ Das Handeln des Alleinaktionärs erfüllt in strafrechtlicher Hinsicht trotz seiner Eigenschaft als Alleinaktionär möglicherweise auch den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung, falls das den Gläubigern dienende Aktienkapital angetastet wird.⁵⁰

⁴⁶ Siehe hinten, S. 212 ff.

⁴⁷ BGE 126 III 366.

⁴⁸ BGE 126 III 366.

⁴⁹ Siehe hinten, S. 100 ff. und S. 203 ff.

⁵⁰ Siehe hinten, S. 212 ff.

§ 3 Verwendungszweck der aufgenommenen Gelder

I. Leveraged Buyout

1. Definition des Leveraged Buyout

Der *leveraged buyout (LBO)* steht für einen Unternehmenskauf, bei dem zur Finanzierung des Kaufpreises überwiegend Fremdkapital eingesetzt wird, das mit dem Vermögen der Zielgesellschaft abgesichert ist.⁵¹ Der Unternehmenskauf erfolgt durch eine meistens speziell für diesen Zweck gegründete Gesellschaft.⁵² Der buyout trägt deshalb das Attribut *leveraged*, weil die Übernahme weitestgehend fremdfinanziert ist und die Gesellschaft deshalb einen hohen Verschuldungsgrad aufweist, der eine Hebelwirkung hervorruft. Die Hebelwirkung (englisch *leverage effect*) rührt daher, dass mit verstärktem Einsatz von Fremdkapital eine überproportionale Steigerung der Eigenkapitalrendite herbeigeführt wird.⁵³ Ein passendes, d.h. mit möglichst wenig Schulden belastetes Unternehmen⁵⁴ kann dank eines LBO auch dann gekauft werden, wenn der Käufer nicht über die notwendigen Mittel zur Bezahlung des Kaufpreises verfügt. Der Kaufpreis finanziert sich teilweise durch die übernommene Gesellschaft selbst, was sofort an den legendären Baron von Münchhausen denken lässt, der sich mitsamt Pferd an den eigenen Haaren aus dem Morast zieht.⁵⁵

⁵¹ KLASS, S. 14; TSCHÄNI, S. 183; vgl. auch PELTZER/BELL, S. 1757; siehe auch die Beschreibung des erfolgreichen LBO der Geberit-Gruppe bei TSCHÄNI, S. 180 ff. Der leveraged buyout wird auch *leveraged management buyout* genannt, wenn das Management eine Gesellschaft übernimmt, siehe BOEMLE/GSELL/JETZER/NYFFELER/THALMANN, S. 720 f. und 736 f.; vgl. auch HELDNER, S. 224 ff.

⁵² TSCHÄNI, S. 182; vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999 in StE 1999 B 24.4. Nr. 53a = ASA 69 (2000/2001) S. 642 ff., S. 643.

⁵³ KLEINER/LUTZ, S. 146 FN 2; vgl. dazu auch POSNER, § 14.4 S. 414 und § 15.2 S. 449 f. Der *leverage effect* lässt sich nochmals verstärken, indem eine mehrstufige Konzernorganisation gewählt wird, siehe dazu KONZERNFINANZIERUNG-SIGLE, Rz. 33.30, S. 1069 f. und GÖRLING, S. 41. Ist die Gesamtkapitalrendite in der Gesellschaft höher als die Zinsen auf dem Fremdkapital, so steigt die Rentabilität des Eigenkapitals mit der Erhöhung des Fremdkapitals an, was eine Hebelwirkung auslöst. Dies ist zugleich auch die ökonomische Zielsetzung des LBO (vgl. dazu MK-OECHSLER, § 71 N 5 und TSCHÄNI, S. 183).

⁵⁴ TSCHÄNI, S. 186.

⁵⁵ KLASS, S. 13, mit weiteren Hinweisen.

2. Problematische Aspekte des leveraged buyout

Die Tatsache, dass das Vermögen der Zielgesellschaft zur Finanzierung des Kaufpreises belastet wird, deutet darauf hin, dass der Aktienerwerber zu wenig eigene Mittel für die Ausrichtung des Kaufpreises hat. Dies ist wiederum ein Zeichen dafür, dass die Rückzahlung des Darlehens gefährdet ist und folglich das Risiko der Inanspruchnahme allfälliger Garantien und der Verwertung der von der Zielgesellschaft bestellten Sicherheiten nicht bloss theoretisch besteht.⁵⁶

Zu dieser Tatsache kommt die negative Beurteilung des LBO in der Öffentlichkeit, zu der die so genannten *Raider* beigetragen haben. Der Raider wird als moderner Freibeuter bezeichnet, der Unternehmungen gegen deren Willen (*unfriendly or hostile takeovers*) erwirbt und Teile des Unternehmens sofort veräussert oder stilllegt. Darüber hinaus ist das Vorgehen des Raiders geprägt von einer Finanzierungsstrategie, die zur systematischen Aushöhlung gesunder Unternehmen und zur Plünderung wertvoller Vermögenswerte und der Liquiditätsreserven führt (so genanntes *asset stripping*).⁵⁷ Häufig wird die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers überhaupt nicht oder nicht adäquat entschädigt. Die ganze Interzession entpuppt sich sodann als ein für die Gesellschaft interessewidriges und existenzbedrohendes Geschäft. Die Gesellschaft investiert in den eigenen *Kontrollwechsel*, was ihr eine grosse, vom Gesetz nicht vorgesehene Machtfülle verleiht, aber nicht zu ihren Aufgaben gehört.⁵⁸

Das Steuerrecht erfasst derartige Unternehmensübernahmen – sofern die weiteren Voraussetzungen gegeben sind – als *indirekte Teilliquidation*.⁵⁹ In denjenigen Fällen, in denen der Kaufpreis aus Mitteln der übernommenen Gesellschaft finanziert wird und ihr diese nicht mehr zugeführt werden, sinkt der Wert der Gesellschaft. Der Verkäufer erhält somit einen übersetzten Kaufpreis, da wirtschaftlich betrachtet die Gesellschaft teilweise liquidiert und entleert wird.⁶⁰

⁵⁶ Vgl. die Bemerkungen im Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999 zu einem leveraged buyout in StE 1999 B 24.4. Nr. 53d und e = ASA 69 (2000/2001) S. 642 ff., S. 649 f. Die dort enthaltenen Ansichten übersehen jedoch, dass die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers ebenfalls durch andere Motive geboten sein kann, siehe dazu vorne, S. 5 ff.; vgl. auch die Übersicht über die problematischen Aspekte eines MBO bei HELDNER, S. 230 ff.

⁵⁷ Zum *unfriendly takeover* und zum *Raider* siehe SCHLUEP, SAG 3/88 S. 89 ff. mit weiteren Hinweisen; ZR 98 (1999) S. 241 ff.; MK-OECHSLER, § 71 N 2 und § 71a N 1.

⁵⁸ Vgl. MK-OECHSLER, § 71a N 2.

⁵⁹ Siehe dazu hinten, § 16 II 3, S. 209.

⁶⁰ Vgl. die Bemerkungen im Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999 in ASA 69 (2000/2001) S. 646.

In Europa begegnete man diesen Problemen mit der zweiten Kapitalschutzrichtlinie, die die so genannte *financial assistance* bei der Finanzierung des Erwerbs eigenen Aktien verbietet. In Umsetzung dieser Richtlinie haben diverse Staaten Normen erlassen, die die Besicherung des Darlehens an den Aktienerwerber für unzulässig erklären (vgl. hierzu S. 89 ff.). In der Schweiz existieren lediglich die Einschränkungen des Erwerbs und Haltens eigener Aktien gemäss Art. 659 ff. OR, die beim leveraged buyout direkt nicht anwendbar sind. Es ist in dieser Arbeit zu prüfen, ob die Beschränkungen des Erwerbs eigener Aktien auf den leveraged buyout aufgrund des Verbots der Gesetzesumgehung auch anwendbar sind.⁶¹

II. Gewöhnlicher Investitionsbedarf

Jede Gesellschaft kann einmal in die Lage kommen, dass sie sich für die Befriedigung ihres Liquiditätsbedarfs, für die Finanzierung neuer Investitionsprojekte oder bei der Umfinanzierung wegen günstiger Zinskonditionen auf dem Markt um ein Darlehen bemühen muss. Die Besicherung eines Kredits führt in der Regel zu tieferen Zinsen, höheren Kreditlimiten oder schafft überhaupt erst die für die Aufnahme von Schulden notwendige Bonität. Die zentrale und einmalige Aufnahme von Fremdmitteln über die Konzernspitzengesellschaft kann aufgrund des höheren Volumens und der vertieften Kenntnisse der Konzernspitze effizienter und kostengünstiger erfolgen als der individuelle Abschluss von Darlehensverträgen durch jede einzelne Konzerngesellschaft.⁶² Die zentrale Wahrnehmung der Finanzierung und Liquiditätsausstattung mittels des so genannten *cash management* ist eines der bedeutendsten Merkmale der einheitlichen Leitung im Konzern. Es ist sodann üblich, dass auch die Tochtergesellschaften für diese zentral aufgenommenen Gelder Sicherheiten stellen müssen. Die Interzession ist ohne Zweifel dann gerechtfertigt und liegt im Gesellschaftsinteresse der Interzedentin, wenn sie im Umfang der Interzession Mittel aus dem zentral aufgenommenen Darlehen erhält. In dieser Arbeit werden auch weitere Möglichkeiten der adäquaten Abgeltung der Interzession im Interesse des Aktionärs gezeigt.⁶³

Der zeitliche Konnex zwischen Mittelaufnahme und Übernahme der Gesellschaft kann ein Indiz dafür sein, dass nicht für den gewöhnlichen Investitionsbedarf Gelder aufgenommen werden, sondern eine LBO-Fi-

⁶¹ Siehe dazu hinten, S. 93 ff.

⁶² Vgl. JULA/BREITBARTH, S. 256. Anstelle der Konzernspitze kann auch eine Konzernbank, d.h. eine auf Finanzierungsfragen spezialisierte Konzerngesellschaft die Fremdmittel aufnehmen.

⁶³ Siehe hinten, S. 44 ff. und S. 107 ff.

finanzierung beabsichtigt ist. In Deutschland erfasst § 71a AktG deshalb im Zusammenhang mit Unternehmensübernahmen zur Verhinderung von Umgehungen auch die Finanzierung und Interzession im Interesse des Aktionärs *nach erfolgtem Aktienerwerb*.⁶⁴ Der Unternehmenskauf mittels eines LBO erfolgt meistens erst durch eine ungesicherte Zwischenfinanzierung, die nach der Übernahme teilweise amortisiert wird.⁶⁵ Vor der Übernahme verfügt der Erwerber auch nicht über die notwendige Einflussmöglichkeit, um die Bestellung der notwendigen Sicherheiten oder die direkte Mittelentnahme einzuleiten.⁶⁶

III. Sanierung

Die Interzession im Interesse des Aktionärs betrifft den Themenkreis der Sanierung von Unternehmungen mit ungenügender Kapitalstruktur nur am Rande. Der aktienrechtliche Begriff der Sanierung und der Sanierungsmassnahme ergibt sich durch Auslegung der in Art. 725 OR genannten Fälle des Kapitalverlusts oder der Überschuldung. Es sind folglich unter Sanierungsmassnahmen diejenigen Massnahmen zu verstehen, die den Kapitalverlust oder die Überschuldung beheben.⁶⁷ Die Interzession ist in diesem Sinne keine Sanierungsleistung, die zur Verlustdeckung und Beseitigung einer Überschuldung dienen könnte. Unter Sanierungsleistungen sind in dieser Arbeit insbesondere Kapitalzuschüsse, der Forderungsverzicht, die Kapitalerhöhung, die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital und die Schuldübernahme zu verstehen, die den Kapitalverlust oder die Überschuldung beheben.⁶⁸ Durch die blosser Interzession für eine Darlehensaufnahme ergibt sich höchstens ein Aktiventausch. Der Kapitalverlust und die Überschuldung werden dadurch nicht abgetragen.⁶⁹ Eine Sanierung kann nur gelingen, wenn von Aktionären oder Gläubigern tatsächlich Opfer erbracht werden. Erst wenn eine Sanierungsleistung nicht rückforderbar ist oder ohne adäquate Gegenleistung erfolgt, kann sie ihre Wirkung voll entfalten.⁷⁰ Auf Sanierungsaspekte wird in dieser Arbeit daher nicht näher eingegangen.⁷¹

⁶⁴ MK-OECHSLER, § 71a N 4 und 27.

⁶⁵ TSCHÄNI, S. 183

⁶⁶ MK-OECHSLER, § 71a N 27.

⁶⁷ Vgl. BÖCKLI, § 13 N 716; vgl. zum aktienrechtlichen Sanierungsbegriff auch RUBLI, S. 73 f.

⁶⁸ Vgl. SENN, S. 150-164.

⁶⁹ Vgl. ZR 98 (1999) S. 250; vgl. RUBLI, S. 178; vgl. AEBI, S. 49.

⁷⁰ ZR 98 (1999) S. 250; vgl. SENN, S. 92.

⁷¹ Für Sanierungsmassnahmen wird auf die Dissertationen von SENN und RUBLI verwiesen. Die Interzession im Interesse des Aktionärs kann hingegen zur Beseitigung von Liquiditätsengpässen nicht überschuldeter Gesellschaften eingesetzt werden. Der Liquiditätsengpass kann zwar auch

Zweites Kapitel: Anwendbare Schutzmechanismen

§ 4 Vereinbarkeit mit Gesellschaftszweck und -interesse

Die Vereinbarkeit der Interzession im Interesse des Aktionärs mit dem Gesellschaftszweck, dem Endzweck der Gewinnstrebigkeit (siehe nachfolgender Abschnitt § 4 I) und dem Gesellschaftsinteresse (§ 4 II) soll in diesem Paragraphen vertieft behandelt werden. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob die Interzession im Interesse des Aktionärs oder Dritter vom Gesellschaftszweck gedeckt sein kann oder ob dieser durch Festlegung eines Konzern- oder Unterwerfungszwecks angepasst werden sollte. Weiter wird abgeklärt, unter welchen Bedingungen das Interzessionsgeschäft auch im eigenen Gesellschaftsinteresse der Interzedentin liegen kann bzw. dem Endzweck der Gewinnstrebigkeit entgegensteht (§ 4 II). Im letzten Abschnitt (§ 4 III) wird das mit dem Gesellschaftszweck verbundene Begriffspaar der Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis erläutert.

zum Konkurs führen, gehört jedoch nicht zum aktienrechtlichen Sanierungsfall (zur Liquiditätskrise siehe SENN, S. 59 f.). Anhand der Sanierungssituation kann jedoch die Interessenlage im Konzern verdeutlicht werden. Eine Hilfeleistung der einen Schwestergesellschaft an die andere ist isoliert betrachtet ein eindeutig interessenwidriges Geschäft. Hängen die einzelnen Konzerngesellschaften jedoch finanziell, als Vertragspartner oder Abnehmer stark voneinander ab, kann der Konkurs einer Gesellschaft einem *Dominoeffekt* ähnlich den Vertrauensentzug und den Konkurs aller Gesellschaften zur Folge haben (DRUEY/VOGEL, S. 112; siehe auch RUBLI, S. 82 f., BGE 116 Ib 337 und PETER, S. 4 zum kollektiven Konkurs). In grossen Kreditverträgen und Anleihen wird dem Phänomen des Dominoeffekts mit einer so genannten *cross-default*-Klausel Rechnung getragen. Gleichzeitig wird dadurch der Dominoeffekt aber auch verstärkt. Eine *cross-default*-Klausel bewirkt, dass die Insolvenz oder der Verzug einer Konzerngesellschaft die Gläubigerin ermächtigt, alle Forderungen an die Konzernmutter oder andere Konzerngesellschaften sofort fällig zu stellen (siehe dazu HOFSTETTER, Konzern, S. 314 und VON SALIS-LÜTOLF, N 1086).

I. Vereinbarkeit mit Gesellschaftszweck und Endzweck

Zur Beantwortung der Frage, ob die Interzession im Interesse des Aktionärs von Gesellschaftszweck, Endzweck der Gewinnstrebigkeit oder Konzernzweck gedeckt sind, müssen diese Begriffe und die Zulässigkeit des Konzernzwecks zuerst dargelegt werden (siehe nachfolgend Ziff. 1). Anhand der Ziele der Zweckfestlegung (Ziff. 2) ist sodann zu prüfen, ob eine Zweckanpassung für die Interzession im Interesse des Aktionärs notwendig ist. Die dadurch gewonnenen Erkenntnisse werden durch die Kasuistik zum Gesellschaftszweck abgestützt (Ziff. 3), wobei in einem separaten Abschnitt die „Ultra-Vires-Doktrin“ (Ziff. 4) abgelehnt wird.

1. Zweck und Endzweck

a) Zweck

Der Gesellschaftszweck besteht aus dem *Zweck* und dem *Endzweck* der Gesellschaft. Jede Gesellschaft hat einen *Zweck*, der als zwingender Statuteninhalt anlässlich der Gründung definiert werden muss.⁷² Der Zweck umschreibt das vorgesehene Tätigkeitsfeld der Gesellschaft und wird deshalb auch thematischer Zweck genannt.⁷³ Der thematische Zweck begrenzt die Vertretungsmacht der für die Gesellschaft handelnden Organe.⁷⁴ Die Umschreibung des vorgesehenen Tätigkeitsfeldes geht deutlich über unbestimmte Angaben hinaus⁷⁵ und zeigt in allgemeiner Weise, „was eine Gesellschaft im besonderen zu tun und zu erreichen beabsichtigt, um ihren Endzweck zu fördern.“⁷⁶ Der Zweck der Gesellschaft kann nach Massgabe von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR geändert werden. Benötigt werden eine Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und die absolute Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte.

b) Endzweck

Der *Endzweck* hingegen definiert die Zielsetzung einer Gesellschaft ohne Bezugnahme auf die konkrete Tätigkeit. Der Endzweck enthält lediglich die Zielsetzung im weitesten Sinne,⁷⁷ nämlich die Wirtschaftlichkeit der

⁷² Art. 626 Ziff. 2 OR.

⁷³ HANDSCHIN, S. 92; vgl. OR-SCHENKER, Art. 626 N 9.

⁷⁴ Art. 718a OR.

⁷⁵ OR-SCHENKER, Art. 626 N 9.

⁷⁶ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 47.

⁷⁷ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 46.

Gesellschaft oder deren Gewinnstrebigkeit.⁷⁸ Die Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft stellt den Normalfall dar, der nicht ausdrücklich aus den Statuten hervorgehen muss.⁷⁹ Der Endzweck der Gewinnstrebigkeit kann nur mit Zustimmung sämtlicher Aktionäre aufgehoben werden, ansonsten der Generalversammlungsbeschluss gemäss Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR anfechtbar ist.

c) Konzern-, Unterwerfungs- und Finanzierungszweck

Bei Schweizer Tochtergesellschaften von Konzernen ist häufig ein so genannter *Konzernzweck* oder *Unterwerfungszweck* in den Statuten enthalten, wonach die Tochtergesellschaft sich dem Konzern unterordnet und Konzerninteressen zu wahren hat.⁸⁰ Noch detaillierter enthalten Statuten zuweilen explizite Klauseln, wonach die Gesellschaft *auch unentgeltlich* Finanzierungen und Sicherheiten zugunsten von Aktionären und Dritten gewähren kann (so genannter *Finanzierungszweck*).⁸¹ Damit entfallen gemäss herrschender Lehre allfällige Rückerstattungsansprüche aus verdeckten Gewinnausschüttungen.⁸² Auf diese Ansicht, die in dieser Arbeit abgelehnt wird, ist hinten auf S. 116 f. detailliert zurückzukommen.

aa) Problematische Aspekte des Unterwerfungszwecks

Eines der Hauptprobleme des Unterwerfungszwecks liegt darin, dass im Schweizer Recht ein griffiges Korrektiv zu den negativen Folgen der Unterwerfung fehlt. Diese Aussage ist anhand der nachfolgenden Über-

⁷⁸ BÖCKLI, § 1 N 294.

⁷⁹ HANDSCHIN, S. 97.

⁸⁰ HANDSCHIN, S. 96/97; vgl. VON BÜREN, S. 86; TAPPOLET, S. 111; AMSTUTZ, N 594; vgl. RUBLI, S. 14.

⁸¹ Vgl. SHAB Nr. 13 vom 22. Januar 2003, Meldungsnummer 823986: „Getronics (Schweiz) AG, (...) Zweck neu: Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von elektronischen und anderen Geräten sowie von Software und Netzwerken; erbringt alle damit zusammenhängenden Dienstleistungen; die Geschäftstätigkeit ist vorwiegend auf den schweizerischen Markt ausgerichtet; kann Beteiligungen im In- und Ausland erwerben, verwalten und veräussern und im In- und Ausland Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften errichten, **Dritten einschliesslich direkten oder indirekten Aktionären der Gesellschaft oder Gesellschaften, an denen solche beteiligt sind, direkte oder indirekte Finanzierungen gewähren, sei es mittels Darlehen oder anderen Finanzierungen oder durch die Stellung von Sicherheiten jedwelcher Art, ob gegen Entgelt oder nicht** sowie Grundstücke erwerben oder veräussern und alle Rechtshandlungen vornehmen, die mit dem Zweck der Gesellschaft im Zusammenhang stehen [Fettdruck hinzugefügt].“

⁸² Vgl. SPÖRRI, S. 193: „Der Zweck der Gesellschaft hat Vorrang: Sind Leistungen ohne entsprechende Gegenleistungen durch den Gesellschaftszweck gerechtfertigt, so muss die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht zurücktreten; es kann nicht Sinn und Zweck dieser Regel sein, die Zulässigkeit von Aktiengesellschaften mit idealem Endzweck oder von nicht gewinnstrebigen Aktiengesellschaften in Frage zu stellen und zu unterlaufen“; HEUBERGER, S. 107 ff.; NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 54 f.

legungen zum deutschen Recht zu vertiefen. In Deutschland existiert im Aktienrecht eine ähnliche Form der Unterwerfung, die gesetzlich geregelt ist und die Nachteiligkeit der Unterwerfung mittels klar definierten Ansprüchen ausgleicht. Es ist der *Beherrschungsvertrag*, der wie der Unterwerfungszweck ebenfalls im Handelsregister einzutragen ist.⁸³ Mit dem Beherrschungsvertrag überträgt eine Aktiengesellschaft die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen.⁸⁴ Der Beherrschungsvertrag erlaubt es der beherrschenden Gesellschaft, der beherrschten Gesellschaft auch *nachteilige Weisungen* im Interesse des Konzerns verbindlich zu erteilen, es sei denn, der Beherrschungsvertrag schliesse dies aus.⁸⁵ Das Konzerninteresse ist dann gewahrt, wenn die Geschäfte den Belangen der herrschenden Gesellschaft oder mit ihr und der beherrschten Gesellschaft verbundenen Gesellschaften dienen, d.h. diesen Gesellschaften wenigstens mittelbar Vorteile bringen.⁸⁶ Leistungen aufgrund nachteiliger Weisungen gelten bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages nicht als Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften der Einlagerückgewähr und der verdeckten Gewinnausschüttung.⁸⁷

Als *Korrelat* für das Weisungsrecht auch hinsichtlich nachteiliger Weisungen und die Ausserkraftsetzung der deutschen Kapitalschutzvorschriften trifft die beherrschende Gesellschaft aus Gründen des Gläubigerschutzes eine Verlustübernahmepflicht und bei Beendigung des Beherrschungsvertrags eine Sicherheitsleistungspflicht.⁸⁸ Die Ursache des Ver-

⁸³ § 291 AktG i.V.m. § 294 Abs. 1 AktG.

⁸⁴ EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 157.

⁸⁵ § 308 AktG und HORMUTH, S. 162. Die nachteiligen Weisungen müssen im Konzerninteresse liegen. Verdeckte Gewinnausschüttungen an konzernfremde Dritte oder die Verfolgung von Privatinteressen des Aktionärs oder dritter Personen sind unzulässig, siehe MK-ALTMETZEN, § 308 N 97 und 101 f. Ein Geschäft liegt dann im Konzerninteresse, wenn ein Konzernunternehmen daraus Vorteile hat, welche anderweitige Konzernnachteile überwiegen. Eine Weisung, mit einem konzernfremden Unternehmen einen Vertrag abzuschliessen, kann deshalb auch im Konzerninteresse liegen, vgl. MK-ALTMETZEN, § 308 N 106. Die Weisungen sind bindend, es sei denn, sie liegen offensichtlich nicht im Konzerninteresse, siehe § 308 Abs. 2 AktG und EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 358 und 367: „Zum Schutze der abhängigen Gesellschaft ist ein derartiger Missbrauchsfall bereits anzunehmen, wenn die Unvereinbarkeit einer nachteiligen Weisung mit dem Konzerninteresse für jeden Sachkenner ohne weitere Nachforschungen auf der Hand liegt.“

⁸⁶ HORMUTH, S. 139 und S. 163; vgl. RUBLI, S. 236 f.

⁸⁷ MK-ALTMETZEN, § 308 N 95 und 97; vgl. GÖRLING, S. 88.

⁸⁸ § 302 und 303 AktG; MK-ALTMETZEN, § 302 AktG N 8-11; EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 279 f. und 290 f., zur Sicherheitsleistungspflicht siehe EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 296 f. Der Normzweck von §§ 300-303 AktG liegt darin, den Gläubigern das bilanzmässige Anfangsvermögen zu sichern (siehe dazu EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 279). Eine nachteilige Weisung betrifft eine Massnahme, die ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter bei Würdigung der Interessen seiner Gesellschaft nicht vorgenommen hätte, siehe EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 365. Eine weitere

lusts bei der beherrschten Gesellschaft spielt dabei keine Rolle.⁸⁹ Auch die Minderheitsaktionäre erleiden durch die Gewinnabführung oder durch Beherrschung mit nachteiligen Weisungen einen Verlust, wenn Dividenden aufgrund der fehlenden Gewinne ausbleiben.⁹⁰ Sie haben deshalb Anspruch auf eine angemessene Ausgleichszahlung, die einer Dividendengarantie gleichkommt.⁹¹ Auf Verlangen eines Minderheitsaktionärs muss die beherrschende Gesellschaft zudem dessen Aktien gegen eine angemessene Abfindung erwerben.⁹² Die Organe der gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens trifft überdies eine gesamtschuldnerische Organhaftung bei unsorgfältiger Weisungserteilung.⁹³ Daneben kennt auch das deutsche Recht den Durchgriff.⁹⁴

Entsprechende Vorschriften, die die negativen Folgen eines Unterwerfungszwecks für Minderheitsaktionäre und Gläubiger regeln, fehlen im schweizerischen Recht. Auf die Probleme und Gefährdung der abhängigen Gesellschaft sind die gewöhnlichen aktienrechtlichen Korrektive anwendbar. Die Gläubiger einer Schweizer Gesellschaft mit Unterwerfungszweck sind auf die paulianischen Anfechtungsklagen, die Verantwortlichkeitsklagen, die Delikts- und Vertrauenshaftung sowie den restriktiv angewandten Durchgriff angewiesen. Die beherrschende Gesellschaft wird zwar aus *faktischer Organschaft* den Gläubigern und Aktionären gegenüber für negative Weisungen und Einmischung verantwortlich.⁹⁵ Die Verantwortlichkeitsklage aus faktischer Organschaft nimmt jedoch zu wenig Rücksicht auf den Konzern als vielgliedriges, horizontal und vertikal aufgebautes Gebilde, das zu einer permanent koordinierten und einheitlichen

Schranke des Weisungsrechts bildet nach überwiegender Lehre die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft, vgl. EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 370 f. und MK-ALTMETZEN, § 308 N 115-129.

⁸⁹ EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 293. Die Verlustausgleichspflicht wird von den Organen der beherrschten Gesellschaft eingefordert. Geschieht dies nicht, können Gläubiger sich den Anspruch pfänden und überweisen lassen. Die Organe können den Anspruch überdies den Gläubigern abtreten, siehe EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 295 f.

⁹⁰ MK-BILDA, § 304 N 7.

⁹¹ § 304 AktG; vgl. MK-BILDA, § 304 N 2 f.; vgl. GÖRLING, S. 88 und 133; EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 305 f. Die Ausgleichszahlung bemisst sich nach der Ertragslage, den Ertragsaussichten oder, falls die beherrschende Vertragspartei eine Aktiengesellschaft ist, nach ihren Ausschüttungen.

⁹² § 305 AktG; GÖRLING, S. 88; EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 325. Die Abfindung kann in Geld oder in Aktien der beherrschenden Gesellschaft bestehen.

⁹³ § 309 AktG, GÖRLING, S. 88.

⁹⁴ EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 287. Zum Durchgriff im schweizerischen Recht siehe hinten, S. 187ff.

⁹⁵ Vgl. dazu BÖCKLI, § 18 N 144 f.; GRAF, S. 51; vgl. RUEDIN, S. 177 f.; DRUEY/VOGEL, S. 346 ff., S. 349; ZÜRCHER, S. 159-164; vgl. SCHILTKNECHT, S. 97; BGE 117 II 574.

Interessenwahrnehmung strebt.⁹⁶ Die Voraussetzungen des Durchgriffs wiederum sind zu restriktiv undbürden den Klägern ebenfalls erhebliche Prozessrisiken auf.⁹⁷

Diese Lösungen, die den Gläubigern und Minderheitsaktionären die ganze Beweislast und sämtliche Prozessrisiken aufbürden, sind weit weniger transparent als die explizite deutsche Regelung, die verbindliche und klar definierte Ansprüche schafft.⁹⁸ Demgegenüber werden die Schweizer Minderheitsaktionäre durch den gemäss herrschender Lehre fehlenden Rückerstattungsanspruch bei verdeckten Gewinnausschüttungen in Gesellschaften mit Unterwerfungszweck eines wichtigen Korrektivs beraubt. Zu prüfen ist deshalb, ob der Konzernzweck angesichts der nicht vorhandenen Ausgleichsmechanismen überhaupt zulässig ist.

bb) Zulässigkeit des Konzernzwecks

Es stellt sich die Frage der Zulässigkeit solcher Unterwerfungsklauseln und der anwendbaren Quoren bei der Zweckänderung. Die Botschaft zum neuen Aktienrecht erwähnt die Möglichkeit, die einheitliche Leitung und die Koordinierung der Interessen im Konzern durch eine statutarische Grundlage herbeizuführen.⁹⁹ Die herrschende Lehre geht ebenfalls von der Zulässigkeit der Unterwerfungsklauseln aus¹⁰⁰ und verneint insbesondere eine übermässige Bindung im Sinne des Art. 27 ZGB.¹⁰¹ Da eine Gesellschaft sich durch den Liquidationsbeschluss gemäss Art. 736 OR selbst

⁹⁶ Vgl. die Kritik von ZÜRCHER, S. 168.

⁹⁷ Vgl. ZÜRCHER, S. 191 f.; vgl. HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 178 und insb. S. 257, wo er die Beweislastverteilung in eng integrierten Konzernen als prohibitiv bezeichnet. Er schlägt deshalb eine *Beweislastumkehr* vor.

⁹⁸ Vgl. diesbezüglich die Analyse des geltenden Rechts bei RUEDIN, S. 178 f. und S. 190 f.; vgl. auch die Kritik HOFSTETTERS, Haftungsregeln, S. 178, 180, 203 und 229. HOFSTETTER vermisst beim Durchgriff einen Feinsteuerungsmechanismus, der auf die Konzerngegebenheiten Rücksicht nimmt. Er bemängelt, dass die übrigen Korrekturen zu wenig auf das Aktionärsverhalten von Konzernmuttergesellschaften zielen (HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 178 und S. 180). Die klagenden Gläubiger tragen eine schwierige Beweislast und ein erhebliches Risiko (HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 203 f., S. 229 und S. 261).

⁹⁹ BBl 1983 II 818: „Die Mittel zur Herbeiführung der einheitlichen Leitung sind vielgestaltig. Im Vordergrund steht die Beteiligung am Kapital einer andern Gesellschaft (...) Doch kann die einheitliche Leitung auch auf statutarischer, vertraglicher oder personeller Grundlage erfolgen. Eine Gesellschaft kann sich statutarisch auf eine andere Gesellschaft oder eine Gesellschaftsgruppe ausrichten.“

¹⁰⁰ Vgl. TAPPOLET, S. 112; vgl. VON BÜREN, S. 86 mit weiteren Hinweisen in FN 42; ANDREAS VON PLANTA, S. 27 f.; AMSTUTZ, N 594; FLURIN VON PLANTA, S. 99 f.

¹⁰¹ HANDSCHIN, S. 95, mit weiteren Hinweisen.

„zerstören“ kann, muss *a maiore ad minus* auch zulässig sein, dass die Gesellschaft sich im Tätigkeitsfeld auf die Interessen Dritter fokussiert.¹⁰²

Die deutsche Definition des Konzerns in § 18 AktG wurde in der Schweiz zwar übernommen, nicht aber die korrespondierenden Ausgleichsmechanismen hinsichtlich der nachteiligen Folgen der Konzernzugehörigkeit für die beherrschte Gesellschaft, Minderheitsaktionäre und Gläubiger.¹⁰³ Der Konzernzweck, der aufgrund des Handelsregisters zwar öffentlich bekannt ist, hat keine genügende Warnfunktion im Geschäftsalltag. Das Fehlen der gesetzlichen Korrektive für nachteilige Geschäfte aufgrund der Konzernzugehörigkeit schafft zahlreiche Probleme und Ungereimtheiten, auf die in dieser Arbeit mehrfach zurückzukommen ist. Trotzdem ist der herrschenden Lehre zuzustimmen, dass der Konzernzweck zulässig ist – gleichzeitig muss aber dessen Bedeutung relativiert werden. Da *de lege lata* kein Ausgleichssystem zum Konzernzweck besteht, ist das diesbezügliche Korrelat der Ausserkraftsetzung der Kapitalschutznormen und der Pflicht zur Weisungsbefolgung zu verneinen (siehe dazu eingehend S. 39 ff. und zum fehlenden Rückerstattungsanspruch S. 116 ff.).

Unterschiedlich sind die Folgen des Unterwerfungszwecks im Hinblick auf den Endzweck der Gewinnstrebigkeit zu beurteilen. Der Unterwerfungszweck kann den Endzweck der Gewinnstrebigkeit tangieren oder vereiteln, sofern die Gesellschaft beispielsweise nur dazu benützt wird, zu Selbstkostenpreisen an Konzernmitglieder zu liefern, unentgeltlich im Interesse des Aktionärs zu interzedieren oder Darlehen ohne Verzinsung zu gewähren.¹⁰⁴ Trotzdem ist die Gesellschaft im Geschäftsverkehr mit unabhängigen Vertragspartnern – sofern sie nicht ausschliesslich mit Konzerngesellschaften Verträge abschliesst – darauf bedacht, stets gewinnbringende Geschäfte abzuschliessen. Es wird sich deshalb zumeist um eine lediglich *teilweise und selektive Aufgabe* der Gewinnstrebigkeit handeln. Die Relevanz dieser Unterscheidung liegt in den anwendbaren Quoren für

¹⁰² HANDSCHIN, S. 95; vgl. aber dazu HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 193, der die Zulässigkeit der Berücksichtigung des der Gesellschaft widerstrebenden Konzerninteresses verneint: „Für eine Beachtung des dem Tochterinteresse widersprechenden Konzerninteresses fehlt eine konzernrechtliche Grundlage. Diese müsste konsequenterweise auch von entsprechenden organisations- und haftungsrechtlichen Normen begleitet sein“; vgl. auch REICH, S. 617: „Die schweizerische Rechtsordnung kennt kein besonderes Konzernrecht. Der Kapitalgesellschaft ist es deshalb handelsrechtlich untersagt, ihre eigenen Interessen zum alleinigen Nutzen einer übergeordneten Wirtschaftseinheit hintanzustellen.“

¹⁰³ BBl 1983 II 817, wo auf § 18 AktG verwiesen wird; zum fehlenden Korrektiv für negativen Konzerneinfluss vgl. HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 193.

¹⁰⁴ Vgl. HANDSCHIN, S. 93 FN. 6; vgl. TAPPOLET, S. 110 ff.; vgl. ANDREAS VON PLANTA, S. 25; vgl. VON BÜREN, S. 87 und S. 87 FN 45.

eine allfällige Zweckänderung. Auf diese und die so genannte *modifizierte Gewinnstrebigkeit* ist nachfolgend einzugehen.

d) Quoren für die Zweckänderung

ANDREAS VON PLANTA und HANDSCHIN lassen die Änderung des Zwecks in einen Unterwerfungszweck wegen Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR nur unter Zustimmung aller Aktionäre zu, da im Unterwerfungszweck eine potenzielle Gefährdung des wohlerworbenen Rechts auf Gewinnstrebigkeit, d.h. der auf Gewinnerzielung gerichteten Interessen der Aktionäre liegt.¹⁰⁵ VON BÜREN sieht hingegen im erhöhten Quorum von Art. 704 Abs. 1 OR einen genügenden Schutz,¹⁰⁶ differenziert aber im Sinne einer *modifizierten Gewinnstrebigkeit*: Je nach Einbindungsintensität kann die Gewinnstrebigkeit ganz aufgehoben oder bloss beschränkt werden. Solange neben der Ausrichtung auf das Konzerninteresse eine Gewinnerzielung der abhängigen Gesellschaft möglich bleibt, sieht VON BÜREN keine Aufhebung der Gewinnstrebigkeit, die dem Einstimmigkeitserfordernis unterliegen würde.¹⁰⁷ KUNZ erachtet ebenfalls das Quorum von Art. 704 Abs. 1 OR als einen genügenden Minderheitenschutz, berücksichtigt dabei aber auch die Präventivwirkung durch die notarielle Beglaubigung mit anschliessender Publikation im SHAB.¹⁰⁸

Die Frage nach der aufgehobenen Gewinnstrebigkeit stellt sich nicht bloss bei einer unentgeltlichen Interzession im Interesse des Aktionärs, sondern auch bei der häufig auftretenden Verpflichtung, keine Dividenden auszubezahlen, bis die besicherte Darlehensschuld zurückbezahlt oder eine Investition amortisiert worden ist.¹⁰⁹ Gesellschaften, die derartige Verpflichtungen eingehen, bleiben grundsätzlich gewinnstrebig. Sie sollen Gewinne machen, aber auf längerfristiger Basis und vor allem bei Geschäften mit anderen Vertragspartnern als dem Aktionär oder der Mutter- bzw.

¹⁰⁵ ANDREAS VON PLANTA, S. 28; gl. M. TAPPOLET, S. 112; vgl. HANDSCHIN, S. 96, der die 2/3-Mehrheit nur genügen lässt, wenn statutarische Minderheitenrechte geschaffen werden; vgl. FLURIN VON PLANTA, S. 100.

¹⁰⁶ Vgl. VON BÜREN, S. 86 f.

¹⁰⁷ VON BÜREN, S. 87.

¹⁰⁸ KUNZ, S. 1002 FN 286. Zu präzisieren ist, dass KUNZ *entweder* einen einstimmigen Genehmigungsbeschluss hinsichtlich gewisser Geschäfte (aufsteigende Sicherheiten, zinslose Darlehen an Konzerngesellschaften) verlangt *oder* einen Zweckänderungsbeschluss, für den er jedoch das qualifizierte Mehr von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR genügen lässt. Die Ansicht, wonach für den Genehmigungsbeschluss Einstimmigkeit gefordert wird, steht in Widerspruch zu der in dieser Arbeit vertretenen Meinung. Ebenso wird in dieser Arbeit die Notwendigkeit einer Zweck-erweiterung für die Interzession im Interesse des Aktionärs abgelehnt.

¹⁰⁹ TSCHÄNI, S. 187 FN 1; VON SALIS-LÜTOLF, N 430, 686, 691; vgl. VON BÜREN, S. 129 FN 281.

Schwestergesellschaften.¹¹⁰ Die Gewinnstrebigkeit wird dadurch bloss temporär und selektiv zurückgestellt, um das wichtigere Ziel des Schuldenabbaus bei der Muttergesellschaft zu verfolgen. Die Eingehung derartiger Verpflichtungen alleine stellt daher richtigerweise noch keine Aufhebung der Gewinnstrebigkeit dar.¹¹¹

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass das Erfordernis der Einstimmigkeit bei der Zweckänderung nur für einen *dauernd und klar aufgehobenen Endzweck der Gewinnstrebigkeit* gilt, was sich auch positiv auf die Rechtssicherheit auswirkt.¹¹²

e) Stillschweigende Zweckänderung

Es stellt sich die Frage, ob der Gesellschaftszweck auch stillschweigend geändert werden kann, beispielsweise durch Abschluss eines wichtigen Vertrages oder durch die Interzession im Interesse des Aktionärs. In der Lehre wird dies teilweise bejaht.¹¹³ Das Bundesgericht hat sich in BGE 100 II 384 mit einem Fusionsvertrag befasst, der das Wesen, die Organisation und den Geschäftsbereich einer Gesellschaft stark veränderte.¹¹⁴ Das Bundesgericht entschied, dass solche Verträge zwingend der Genehmigung durch die Generalversammlung bedürfen.¹¹⁵ KUMMER bringt dagegen vor, dass der Gesellschaftszweck sich durch einen Vertrag

¹¹⁰ Gl. M. AMSTUTZ, N 594: „Schon juristisch-konstruktiv ist es vorstellbar, dass eine Gesellschaft im Dienst einer anderen steht – was mittels des Zwecks largo sensu verlautbart werden muss –, daneben aber gewinnstrebig bleibt, also einen wirtschaftlichen Endzweck beibehält.“ Dieser Gedanke findet sich abgeschwächt auch bei VON BÜREN, S. 129 FN 281: „Kein Problem ist dagegen die vorübergehende Thesaurierung von Gewinnen z.B. im Hinblick auf die Eigenfinanzierung zukünftiger Investitionsvorhaben des abhängigen Unternehmens“; siehe zur längerfristigen Optik der Gewinnmaximierung auch bei Vorliegen eines Unterwerfungszwecks GLANZMANN, S. 32 f.

¹¹¹ VON SALIS-LÜTOLF, N 690 f.; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 51.

¹¹² Vgl. SCHREIBER, S. 91; vgl. BGE 100 II 393, wo präzisiert wird, dass die Gewinnstrebigkeit als wohlerworbenes Recht nicht absolut gilt: „Dieses Recht des Aktionärs wird indessen durch das weitgehende Ermessen der Gesellschaft, welche neben der Gewinnerzielung auch andere Interessen (z.B. Existenzsicherung der Arbeitnehmer, Investitionen) wahrzunehmen hat, eingeschränkt. Der einzelne Aktionär muss sich demnach damit abfinden, dass die Gesellschaft (nach dem Willen der Mehrheit der Aktionäre) aus sachlichen Gründen eine Gesellschaftspolitik betreibt, die nur auf lange Sicht gewinnbringend ist“; siehe dazu auch VON GREYERZ, S. 156.

¹¹³ Vgl. HANDSCHIN, S. 100 ff., insb. 102 f. und 155 ff. und VON BÜREN, S. 88 f. bejahen die Zulässigkeit stillschweigender Zweckänderungen nur, falls kein Minderheitsaktionariat besteht oder eine öffentliche Konzerneingliederung stattfindet; ablehnend auch KUMMER, ZBJV 112 (1976) S. 153; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 72 und 78 äussern sich nur dahingehend, dass eine faktische Zweckänderung nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen sei.

¹¹⁴ Es ging um den Fusionsvertrag und die Umwandlung der Betriebsgesellschaft in eine Verwaltungs- und Holdinggesellschaft.

¹¹⁵ BGE 100 II 391; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 72 und 78.

der Gesellschaft mit einem Dritten nie ändert, *auch wenn der Vertrag von der Generalversammlung genehmigt worden ist*, weil das formelle Verfahren der Zweckänderung nicht eingehalten worden ist.¹¹⁶ Die Zweckänderung in den Statuten bedarf eines formellen Verfahrens und der Publikation, denn der Gesellschaftszweck hat eine Schutzwirkung gegenüber Minderheitsaktionären und Dritten. Durch die Genehmigung seitens der Generalversammlung wird den Minderheitsaktionären zumindest ermöglicht, den Beschluss anzufechten. Bei der stillen Zweckänderung fehlen jedoch die notarielle Beurkundung, der öffentliche Handelsregistereintrag und die Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB). Die fehlende Publizität kann sich für gegenwärtige und zukünftige Gläubiger, Vertragspartner und spätere Aktienerwerber negativ auswirken und ist allgemein der Rechtssicherheit abträglich.¹¹⁷ Die Debatte um die stillschweigende Zweckänderung geht jedoch von der Prämisse aus, dass ein zweckwidriges Geschäft vorliegt, was für den Bereich der Interzession im Interesse des Aktionärs in dieser Arbeit im nachfolgenden zweiten Abschnitt verneint wird. Auf die stillschweigende Zweckänderung wird deshalb nicht näher eingegangen.

2. Beurteilung der Notwendigkeit der Zweckanpassung anhand der Ziele der Zweckfestlegung

Nachfolgend soll geprüft werden, welche Ziele mit der Festlegung des Zwecks der Gesellschaft verfolgt werden und ob diese Ziele die Erweiterung des Gesellschaftszwecks um eine Unterwerfungs- oder Finanzierungsklausel für die Interzession im Interesse des Aktionärs notwendig machen.

a) Gesellschaftszweck als Richtschnur des zulässigen Tätigkeitfeldes und als Begrenzung der Vertretungsmacht

Zu den Innenwirkungen der Zweckfestlegung gehört die Beschränkung des Tätigkeitfeldes der Gesellschaft; der Zweck ist massgebend für die internen Rechte und Pflichten der Organe und damit auch für deren Verantwortlichkeit.¹¹⁸ Der Zweck begrenzt überdies gemäss Art. 718a OR die Vertretungsmacht der für die Gesellschaft handelnden Personen. Die Begrenzung der Vertretungsmacht hat sowohl Innen- als auch Aussen-

¹¹⁶ Vgl. KUMMER, ZBJV 112 (1976) S. 153.

¹¹⁷ Vgl. die Bedenken gegenüber einer stillschweigenden Zweckänderung bei HANDSCHIN, S. 101 f.

¹¹⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 54.

wirkung. Vertretungshandlungen, die innerhalb des Zwecks liegen, binden die Gesellschaft gegenüber gutgläubigen Dritten.¹¹⁹ Ratio legis sind der Verkehrsschutz und die Verkehrssicherheit.¹²⁰ Gutgläubige Dritte sollen sich möglichst weitgehend darauf verlassen können, dass die Organe die Gesellschaft durch ihre Vertretungshandlungen binden können.

Es ist auch aus Sicht der Gesellschaft durchaus wünschbar, dass die Interzession im Interesse des Aktionärs von der Vertretungsmacht gedeckt ist.¹²¹ Eine Einschränkung des Gesellschaftszwecks wäre sogar gefährlich. Jede Gesellschaft kann einmal in eine Situation kommen, die eine Kreditsicherung im Interesse des Aktionärs oder Dritter notwendig macht.¹²² Dies kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn ein überlebenswichtiges Darlehen an einen wichtigen Abnehmer und Vertragspartner besichert werden muss, weil sonst die eigene Weiterexistenz auf dem Spiel steht oder in Konzernverhältnissen ein Dominoeffekt zusammenbrechender Gesellschaften zu befürchten ist, wenn eine Konzerngesellschaft in den Konkurs fällt.

b) Gesellschaftszweck als Richtschnur des Gesellschaftsinteresses

Auf das Gesellschaftsinteresse wird in § 4 II (hinten S. 37 ff.) vertieft eingegangen. Der Zweck der Gesellschaft ist einer der möglichen Beurteilungsmassstäbe zur Definition des Gesellschaftsinteresses anhand der divergierenden Interessen innerhalb einer Gesellschaft.¹²³ Dies trifft insbesondere nach der Meinung BÄRS zu, der den Fokus des Gesellschaftsinteresses auf die Aktionärsinteressen und damit auch auf den von den Aktionären in den Statuten gewählten Zweck richtet.¹²⁴

Dieses Ziel der Zweckfestlegung kann mit einem Unterwerfungszweck und einem Finanzierungszweck gefördert werden. Zu denken ist an die Interzession im Interesse des Aktionärs oder Dritter ohne Gegenleistung. Sind diese Geschäfte und das Konzerninteresse explizit im Zweck erwähnt, so beeinflusst dies auch die Interessenabwägung durch die für die Gesellschaft handelnden Personen. Diese dürfen sich *grundsätzlich* bei der Beurteilung, ob sie die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen gemäss Art. 717

¹¹⁹ Vgl. Art. 718a Abs. 1 und 2 OR; vgl. VON BÜREN, S. 85 und 148.

¹²⁰ VON DER CRONE, S. 6; vgl. BUCHER, S. 53.

¹²¹ Angesichts der weiten Auslegung des Gesellschaftszwecks durch das Bundesgericht in BGE 116 II 323 („Kammgarncspinnerei-Entscheid“, siehe hinten S. 31) ist auch keine Notwendigkeit eines Unterwerfungszwecks ersichtlich.

¹²² ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 186 FN 12.

¹²³ Vgl. LAMBERT, S. 60 f. und S. 213.

¹²⁴ Vgl. BÄR, ZBJV 95, S. 380.

Abs. 1 OR gewahrt haben, auf einen allfälligen Unterwerfungszweck oder Finanzierungszweck berufen.

Für den Dritten, der mit der Gesellschaft kontrahieren will, sind diese Überlegungen weniger wichtig. Für ihn ist die *Vertretungsmacht* relevant und Gutgläubigkeit hinsichtlich der *Vertretungsbefugnis*. Das Bundesgericht hat auch Geschäfte im vorwiegenden oder alleinigen Interesse des Aktionärs oder Verwaltungsrats zugelassen, sofern nur der Dritte bezüglich der gesellschaftsinternen Vertretungsbefugnis gutgläubig war.¹²⁵ Erfolgt die Interzession für den Dritten erkennbar gegen die Interessen der Gesellschaft oder besteht die Gefahr einer Benachteiligung, muss der Dritte im eigenen Interesse¹²⁶ sicherstellen, dass das Geschäft von neben- oder übergeordneten Organen genehmigt bzw. die für die Gesellschaft handelnde Person zum Abschluss des Geschäfts ermächtigt wird.¹²⁷

c) Gesellschaftszweck als Grenze der zulässigen Abhängigkeit

Eine Gesellschaft kann die zulässige Abhängigkeit vom Aktionär und von Dritten im Zweck festlegen.¹²⁸ Der Zweck kann umgekehrt auch dazu dienen, die Unabhängigkeit explizit zu statuieren und mittels Einstimmigkeitsquoren zu petrifizieren.¹²⁹ Dies kann eine Konzernierung, die Aufgabe der wirtschaftlichen Selbständigkeit ohne Zweckanpassung und, im Zusammenhang mit einer Vinkulierung, die Eintragung eines Neuerwerbers im Aktienbuch verhindern.¹³⁰ Der im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) publizierte Zweck einer Gesellschaft dient somit auch den Interessen von künftigen Gläubigern und Aktionären dahingehend, dass er über

¹²⁵ BGE 20 441 f.; 110 II 290. Das Bundesgericht stellt in diesem Entscheid fest, dass der Schuldbeitritt keinem anderen Zweck als dem persönlichen Interesse des Verwaltungsrats Pinkas gedient hat. Da der Dritte jedoch gutgläubig war, war der Schuldbeitritt durch den Gesellschaftszweck gedeckt: „*En effet, pour réaliser ses buts de fabrication et d'import-export, une telle société pouvait parfaitement chercher à obtenir des prestations, des financements, des prêts ou des avances impliquant des reconnaissances de dettes et des garanties, soit des engagements du genre de ceux qu'elle a souscrits. Il s'agit d'actes qui manifestement, de façon indirecte, peuvent contribuer à atteindre le but social. Ces éléments suffisent pour que le tiers de bonne foi qui a traité avec la société soit protégé, et cela sans qu'importe la circonstance que, concrètement, l'acte litigieux souscrit n'ait bénéficié qu'à Pinkas et n'ait servi en réalité en rien le but social de Socsil S.A. Au demeurant, la mauvaise foi de la demanderesse n'a pas été démontrée; au contraire, de sérieux indices font apparaître que cette dernière était de bonne foi en croyant procéder, comme elle l'a fait, à des investissements en faveur de Socsil S.A.*”

¹²⁶ Im eigenen Interesse deshalb, weil der Dritte dem Massstab der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB genügen muss.

¹²⁷ BGE 127 III 333 f.

¹²⁸ Vgl. VON BÜREN, S. 86.

¹²⁹ Vgl. HANDSCHIN, S. 98; zu den Petrifizierungsklauseln vgl. BÖCKLI, § 12 N 397 ff.

¹³⁰ Vgl. BÖCKLI, § 1 N 295 und § 6 N 257 ff.; vgl. Art. 685b Abs. 2 OR; vgl. VON BÜREN, S. 86

die Ausrichtung des Tätigkeitsfeldes informiert und zugleich den Grad der Abhängigkeit bzw. der Unabhängigkeit definieren kann.

Im Bereich mit der Interzession im Interesse des Aktionärs dienen der Unterwerfungs- und der Finanzierungszweck überdies als Warnung gegenüber zukünftigen Gläubigern, die durch die Interzession im Interesse des Aktionärs Haftungssubstrat verlieren könnten. Damit geht es letztlich auch um die *Eigenverantwortlichkeit* des Gläubigers einer Gesellschaft mit Unterwerfungszweck.¹³¹ Die Privatautonomie gebietet es, dass der Vertragspartner ausgesucht und geprüft wird, wobei ein Unterwerfungszweck auffallen müsste. Dies dürfte im Geschäftsalltag jedoch kaum der Fall sein, denn nur bei wirklich grossen Transaktionen wird der Zweck einer Gesellschaft vorgängig analysiert.

Der Gesellschaftszweck und die daraus fliessende Vertretungsmacht stellen angesichts der grosszügigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen über die Warnwirkung hinausgehenden, repressiven Schutz für die Gläubiger dar. Das Bundesgericht hat in BGE 126 III 366 festgehalten, dass die beschränkte Gültigkeit von Geschäften mit Interessenkonflikten, die die Vertretungsbefugnis beschränken, allein dem Schutz der Gesellschaft diene und Gläubigerinteressen mittels Verantwortlichkeitsklage und paulianischer Anfechtungsklagen geschützt seien.¹³²

Angesichts der weiten Auslegung des Gesellschaftszwecks spricht auch dieses Ziel der Zweckfestsetzung nicht für die Notwendigkeit eines Unterwerfungszwecks. Hingegen hätte die seltene Statuierung der Unabhängigkeit im Zweck eine Wirkung, die die Sorgfaltspflichten der Dritten bei der Interzession im Interesse des Aktionärs erhöht: Sie müssten sich aktiv nach den Umständen erkundigen und sicherstellen, dass das Geschäft im Interesse der explizit als unabhängig bezeichneten Aktiengesellschaft liegt.

¹³¹ Vgl. dazu ZÜRCHER, S. 6 ff., S. 9. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit des Gesellschaftsgläubigers spielt nur, wenn man die Eigenschaften der Gesellschaft kennen muss und sich darauf verlassen kann (siehe ZÜRCHER, S. 31). Dies ist bei einer Gesellschaft mit Unterwerfungszweck nicht unbedingt der Fall. Es ist fraglich, ob ein Gläubiger einer Gesellschaft mit Unterwerfungszweck in der Schweiz wirklich mit Vermögensverschiebungen rechnen muss. Die Folgen des Unterwerfungszwecks sind unklar, denn dem Unterwerfungszweck stehen jedenfalls keine expliziten gesetzlichen Haftungsverschärfungen gegenüber. In der Konsequenz bedeutet dies, dass eine normale Vertragsbindung einer Konzerngesellschaft nicht mehr ausreicht, sondern stets von allen Konzerngesellschaften besichert werden müsste, was den Geschäftsverkehr massiv erschweren würde.

¹³² Folgende Autoren sprechen sich ebenfalls dafür aus, dass die Gläubiger mit den Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklagen genügend geschützt sind: ZOBL, Probleme, S. 312; LEMP, S. 323. Dagegen sprechen sich STOFFEL/HEINZMANN, S. 208 f. und STUTZ/VON DER CRONE, S. 109 aus.

d) Gesellschaftszweck als Minderheitenschutz

Die Bindung der für die Gesellschaft handelnden Personen an den Gesellschaftszweck dient auch dem Schutz des Minderheitsaktionärs, wobei der Schutz angesichts der weiten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Zweckkonformität von Rechtsgeschäften nicht besonders stark ist.¹³³ Minderheitenschutz im Sinne einer Warnwirkung kann sich aus einem in den Gesellschaftsstatuten enthaltenen Unterwerfungszweck ergeben, der einen potenziellen Erwerber davon abhalten könnte, eine Minderheitsbeteiligung zu erwerben. Die Quoren gemäss Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR und Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR zur Änderung des Zwecks und des Endzwecks stellen weitere Aspekte des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft dar.

3. Kasuistik zum Gesellschaftszweck

a) Kammgarnspinnerei-Entscheid

Das Bundesgericht legt den Gesellschaftszweck in der Vorschrift des Art. 718a OR grosszügig aus:

„Unter Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann, sind nicht bloss solche zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen; erfasst sind vielmehr ebenfalls ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht geradezu ausgeschlossen werden.“¹³⁴

Es ist KUNZ zuzustimmen, dass diese weite Auslegung der Zweckgrenze keine wirkliche Begrenzung der Vertretungsmacht zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger und der Aktionäre bewirkt.¹³⁵ Diese grosszügige Umschreibung der zweckkonformen Geschäfte trägt jedoch entscheidend zur Verkehrssicherheit bei, weil dadurch auch die Interzession im Interesse des

¹³³ KUNZ, S. 1001; vgl. BGE 116 II 320 ff.

¹³⁴ BGE 116 II 323. Zu beurteilen war im zitierten BGE 116 II 320 ff. (Kammgarnspinnerei-Entscheid, vgl. BÖCKLI, § 13 N 500) der Verkauf aller Aktiven einer überschuldeten Aktiengesellschaft durch den Verwaltungsrat. Das Bundesgericht bejahte die Vertretungsmacht jedoch nur angesichts der zeitlichen Dringlichkeit und der Überschuldung der Gesellschaft, die aufgrund der Konkursreife den Gesellschaftszweck sowieso nicht mehr erreichen konnte. Hinzu kam, dass eine rechtzeitige Beschlussfassung durch eine Generalversammlung wegen besonderer Umstände (unklare Stimmberechtigung, die Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung war; bei Stimmberechtigung wäre eine Pattsituation eingetreten) nicht möglich war.

¹³⁵ KUNZ, S. 1001 f.

Aktionärs von einem gewöhnlichen Gesellschaftszweck gedeckt sein kann. Nachfolgend ist auf Entscheide einzugehen, in denen die Interzession im Interesse des Aktionärs oder Verwaltungsrats bzw. im Ergebnis ähnliche Sachverhalte behandelt werden.

b) Socsil-Entscheid

Im Entscheid BGE 111 II 284 ff. („Socsil“) hielt das Bundesgericht fest, dass das Eingehen eines Schuldbeitritts der Socsil SA für die Schuld ihres Verwaltungsrats Pinkas gegenüber der Negresco SA vom Zweck der Gesellschaft gedeckt sei. Die Socsil SA hatte zum Zweck die Fabrikation, den Verkauf und den Export von Chemikalien bzw. den Handel von Waren aller Art.¹³⁶ Pinkas war Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift und unterzeichnete den Schuldbeitritt selber. Im Urteil wird festgehalten, dass der Schuldbeitritt ausschliesslich den Interessen des Verwaltungsrats Pinkas diene. Da die Negresco SA diesbezüglich jedoch gutgläubig war, stellte dies kein Problem dar; der Schuldbeitritt war vom Gesellschaftszweck gedeckt.

c) Ulysse-Nardin-Entscheid

Ein besonders anschauliches Beispiel stellt der Fall Ulysse Nardin dar.¹³⁷ Schmid war Verwaltungsrat der Ogival SA und ihrer Tochtergesellschaft Ulysse Nardin SA. Er unterzeichnete als Verwaltungsrat namens der Ogival SA einen Darlehensvertrag mit der Vaudoise Assurances über CHF 350'000. Namens der Ulysse Nardin SA unterzeichnete er eine Bürgschaft als Sicherheit für die Kreditgeberin. Das Darlehen verwendete er in der Höhe von CHF 57'429 für die Rückzahlung einer persönlichen Schuld und den Rest von CHF 292'571 für die Tochterunternehmung Ulysse Nardin SA. Die Vaudoise Assurances wusste, dass das Darlehen im Teilbetrag von CHF 57'429 für persönliche Zwecke Schmidts verwendet würde. Schmid handelte zwar im Rahmen seiner Vertretungsmacht, überschritt aber bei der Unterzeichnung der Bürgschaft seine Vertretungsbefugnis.¹³⁸ Die Kreditgeberin Vaudoise Assurances war diesbezüglich nicht gutgläubig. Die Bürgschaft wurde deshalb vom Gericht um den Teil reduziert, den Schmid zur Sicherung seiner persönlichen Schuld verwendete.

¹³⁶ BGE 111 II 284: „(...) la fabrication, vente et exportation du protoxyde d'azote et autres gaz narcotiques, exportation d'appareils d'analgésie et de narcose ainsi que l'exportation et l'importation de marchandises de toutes sortes.”

¹³⁷ Entscheid des Neuenburger Kantonsgerichts vom 5. November 1984, abgedruckt in Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise (RJN) 1984, S. 69 ff., zusammengefasst in SAG 57 (1985) S. 185 Nr. 16.

¹³⁸ Siehe mehr zur Dichotomie der Vertretungsmacht und -befugnis auf S. 53 ff.

d) Prospera-Entscheid

Im Entscheid BGE 95 II 442 („Prospera“) beurteilte das Bundesgericht die Vereinbarkeit einer Bürgschaft im persönlichen Interesse des Gesellschafters mit dem Gesellschaftszweck. Frischknecht nahm für sich persönlich ein Darlehen bei einer Bank auf. Als Sicherheit unterzeichnete er als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Prospera GmbH eine Bürgschaftserklärung. Das Bundesgericht fügte der sonst weiten Definition des Gesellschaftszwecks ein stark einschränkendes Erfordernis hinzu:

*„Immer muss aber erwiesen sein, dass das konkrete Rechtsgeschäft, dessen Gültigkeit in Frage steht, vom Gesellschaftszweck (unmittelbar oder mittelbar) mit sich gebracht werden konnte. Es genügt also z.B. nicht, dass der Gesellschaftszweck an sich die Eingehung von Bürgschaften erfordern kann, sondern er muss die unter ganz bestimmten Umständen eingegangene konkrete Bürgschaft haben mit sich bringen können.“*¹³⁹

Dieses zusätzliche Erfordernis wurde in den späteren Entscheiden nicht mehr geprüft und fallen gelassen.¹⁴⁰ Es führte im konkreten Fall dazu, dass das Bundesgericht die Bürgschaft als vom Zweck der Gesellschaft nicht gedeckt betrachtete.¹⁴¹ Diese Rechtsprechung hätte weitreichende Folgen auf die Verkehrssicherheit gehabt, denn im Ergebnis wurden Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis vermischt. Der Gutgläubensschutz Dritter wurde klar geschwächt und das Risiko treuwidriger Entscheide von Organen der Gesellschaft auf Dritte überwältzt.

Als Folge davon müsste man im Zweck einer Gesellschaft alle möglichen Geschäfte erwähnen. Die Ultra-Vires-Doktrin wurde im Prospera-Entscheid nur singulär angewendet und in der Folge stark kritisiert.¹⁴² Trotzdem wird die Erweiterung des Zwecks der Gesellschaft für die Interzession im Interesse des Aktionärs von TSCHÄNI mit explizitem Hin-

¹³⁹ BGE 95 II 450. Diesen Zusammenhang (zwischen dem konkreten Rechtsgeschäft und dem Gesellschaftszweck) musste diejenige Partei nachweisen, die aus ihm Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Es ist diejenige Partei, die behauptet, das umstrittene Rechtsgeschäft habe entgegen dem durch seinen Inhalt erweckten Anschein vom Gesellschaftszweck mit sich gebracht werden können.

¹⁴⁰ Vgl. BÖCKLI, § 13 N 497; HOMBURGER, Art. 718a N 1157; ZOBL, Probleme, S. 292; vgl. BGE 96 II 445; 111 II 289: „C'est ainsi que l'acte juridique est apprécié en fonction de sa nature, de son type, et non pas en fonction de la relation concrète qu'il peut avoir, dans la réalité d'une opération donnée, avec le but de la société.“

¹⁴¹ BGE 95 II 454: „Der statutarische Zweck der Prospera GmbH kann bei objektiver Betrachtung nicht dahin verstanden werden, er lasse eine ausschliesslich im persönlichen Interesse des Geschäftsführers liegende Bürgschaft der vorliegenden Art zu.“

¹⁴² BÖCKLI, § 13 N 497; vgl. auch die Kritik bei KUNZ, S. 1001 FN 276, KUMMER, ZBJV 107 (1971) S. 216 f. und BUCHER, S. 51 ff.

weis auf die dem Entscheid zugrunde liegende Ultra-Vires-Doktrin vorge schlagen und häufig praktiziert.¹⁴³ Auf die Ultra-Vires-Doktrin ist deshalb nachfolgend vertieft einzugehen.

4. Einfluss der „Ultra-Vires-Doktrin“

Im Prospera-Entscheid des Bundesgerichts lassen sich Spuren der „Ultra-Vires-Doktrin“ erkennen.¹⁴⁴ Die klassische Ultra-Vires-Doktrin kommt aus den amerikanischen und englischen Rechtsgebieten und betrachtete die juristische Person als Fiktion, die lediglich insoweit existierte, als dies in den Gesellschaftsdokumenten vorgesehen war.¹⁴⁵ Transaktionen, die in den Gesellschaftsdokumenten nicht enthalten waren, waren *ultra vires* (lateinisch für *jenseits der Befugnis, jenseits der Ermächtigung*, wörtlich übersetzt *über den Kräften*). Die Gesellschaftsdokumente dienten nach der Ultra-Vires-Doktrin sowohl der Einschränkung der Vertretungsmacht als auch der Vertretungsbefugnis.¹⁴⁶ Der ursprüngliche Zweck der Ultra-Vires-Doktrin lag darin, die Öffentlichkeit und Gläubiger vor nicht sanktionierter Tätigkeit der juristischen Personen zu schützen, führte aber im Ergebnis zum Gegenteil. Reuige Schuldner besannen sich auf die Doktrin, um lästige Schulden nicht erfüllen zu müssen, deren Zweckkonformität die Aktionäre mittels Zweckerweiterungen in der Hand gehabt hätten.¹⁴⁷

¹⁴³ Vgl. TSCHÄNI, S. 202.

¹⁴⁴ Vgl. Prospera-Entscheid, BGE 95 II 442 ff.; BÖCKLI, § 13 N 497.

¹⁴⁵ CARY/EISENBERG, S. 206; vgl. SCHREIBER, S. 88; zum englischen Recht vgl. WATTER, Ver pflichtung, N 128, N 173 b.

¹⁴⁶ Vgl. SCHREIBER, S. 88; vgl. MERKT, N 248; vgl. CARY/EISENBERG, S. 207; HAMILTON, Black Letter Series, S. 162; die Verschmelzung von Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht war auch dem Schweizer Ultra-Vires-Entscheid eigen (Prospera-Entscheid, BGE 95 II 442 ff.); vgl. die Erklärung zum Zweckartikel der Real Estate Corporation, zitiert in: Real Estate Capital Corp. et al. v. Thunder Corp. et al., 287 N.E.2d 843: „*The foregoing clauses shall be construed both as purposes and powers and it is hereby expressly provided that the enumeration herein of specific purposes and powers shall not be held to limit or restrict in any manner the general powers of the corporation.*”

¹⁴⁷ HAMILTON, Corporations, S. 213 f. Hatten beide Parteien einmal erfüllt, war die Ultra-Vires-Doktrin nicht mehr anwendbar; die Hauptprobleme ergaben sich in den Fällen, in denen nur eine Partei ganz oder teilweise erfüllt hatte und die andere ihre Leistung gestützt auf die Ultra-Vires-Doktrin versagte. Die strikte Ultra-Vires-Doktrin wurde in derartigen Fällen mittels Verwirkung, ungerechtfertigter Bereicherung oder Billigkeitsüberlegungen gemildert. Gerichte betrachteten die Interzession als durch so genannte implizit gewährte Befugnisse (*implied powers*) gedeckt (CARY/EISENBERG, S. 207). Ebenso liessen die Gerichte die Anrufung der Doktrin nicht zu, wenn die Transaktion von allen Aktionären genehmigt und keine Gesellschaftsgläubiger ge schädigt wurden (vgl. HAMILTON, Black Letter Series, S. 163; Real Estate Capital Corp. et al. v. Thunder Corp. et al., 287 N.E.2d 843 f.; CARY/EISENBERG, S. 209).

Ein Dauerbrenner unter den Gerichtsentscheiden zur Ultra-Vires-Doktrin war die Sicherheitenbestellung für Schulden Dritter.¹⁴⁸ Die frühen Entscheide versagten solchen Garantien die Durchsetzung, sofern die relevanten Gesellschaftsdokumente nicht explizit die Sicherheitenbestellung für Schulden Dritter enthielten.¹⁴⁹ Da dies wiederum direkt die eigenen Gesellschaftsinteressen tangierte und auch wünschenswerte Handlungen verunmöglichte, reagierten die Verfasser der Gesellschaftsdokumente mit der Redaktion breit gefasster und leserfeindlicher Texte, die alle nur erdenklichen Transaktionen durch explizite Erwähnung abdecken sollten.¹⁵⁰

Der Einfluss der Ultra-Vires-Doktrin wurde durch neue Gesetzgebung in den meisten US-Gliedstaaten minimiert. Das Gesetz erlaubt den Gesellschaften explizit auch die Interzession im Interesse des Aktionärs, sofern sie auch im Interesse der Interzedentin liegt.¹⁵¹ Die verbleibenden Gerichtsentscheide betreffen Schenkungen, Liberalitäten und unentgeltliche Interzession im ausschliesslichen Interesse des Aktionärs oder Direktors. Die Ultra-Vires-Doktrin kann bei unentgeltlicher Interzession jedoch nicht mehr als Einrede gegen die Leistungspflicht hervorgebracht werden.¹⁵² Die neue Ultra-Vires-Doktrin dient lediglich einem *Aktionär* dazu, die betreffenden Transaktionen anzufechten.¹⁵³ Die modernen Gesetze des US-Bundesstaates Delaware haben auch dieses Recht limitiert. So ist im Gesetz nur noch vorgesehen, auf derartige Klagen hin ein Rechtsgeschäft aufzuheben, wenn alle von der Transaktion betroffenen Personen Parteien des Verfahrens sind, die Aufhebung der Transaktion aufgrund von Billigkeitsabwägungen angezeigt ist und wiederum nach Billigkeit Schadenersatz zugesprochen wird.¹⁵⁴

¹⁴⁸ CARY/EISENBERG, S. 207.

¹⁴⁹ *Brinson v. Mill Supply Co.*, 219 N.C. 498, 14 S.E.2d 505 (1941); CARY/EISENBERG, S. 207.

¹⁵⁰ CARY/EISENBERG, S. 209; SCHREIBER, S. 88.

¹⁵¹ Vgl. HAMILTON, Black Letter Series, S. 165; Delaware Corp. Code § 122, al. 4 and 13; zur Erweiterung der Gesetze zur Eindämmung der Ultra-Vires-Doktrin siehe auch DAENIKER, S. 527, der das Beispiel des Auslagenersatzes für Organpersonen in Verantwortlichkeitsverfahren behandelt, der bis zur Erweiterung der Gesetze ebenfalls als *ultra vires* taxiert worden ist.

¹⁵² Vgl. *Inter-Continental Corporation et al. v. Moody*, 411 S.W.2d 585 f.

¹⁵³ *Real Estate Capital Corp. et al. v. Thunder Corp. et al.*, 287 N.E.2d 838 ff.

¹⁵⁴ Delaware Corp. Code § 124. Effect of lack of corporate capacity or power; *ultra vires*: “No act of a corporation and no conveyance or transfer of real or personal property to or by a corporation shall be invalid by reason of the fact that the corporation was without capacity or power to do such act or to make or receive such conveyance or transfer, but such lack of capacity or power may be asserted:

(1) In a proceeding by a stockholder against the corporation to enjoin the doing of any act or acts or the transfer of real or personal property by or to the corporation. If the unauthorized acts or transfer sought to be enjoined are being, or are to be, performed or made pursuant to any contract to which the corporation is a party, the court may, if all of the parties to the contract are parties to the proceeding and if it deems the same to be equitable, set aside and enjoin the per-

Die Ultra-Vires-Doktrin ist dem Schweizer Recht fremd, was auch die zahlreichen kritischen Reaktionen auf den Schweizer Ultra-Vires-Entscheid BGE 95 II 442 („Prospera“) zeigten.¹⁵⁵ Für die Schweiz jedoch interessant ist die Tatsache, dass die Gesetzgebung der meisten US-Bundesstaaten auf die Unsitte reagierte, die Gesellschaftsdokumente mit ausufernden Beschreibungen aller möglichen Transaktionen zu füllen.¹⁵⁶ Diese Tendenz besteht teilweise auch in der Schweiz. Es ist durchaus üblich, den Zweck einer Gesellschaft explizit für die Interzession im Interesse des Aktionärs anzupassen, obwohl aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung diesbezüglich keine Notwendigkeit besteht.¹⁵⁷

De lege ferenda ist es deshalb im Konzernrecht nicht angezeigt, eine explizite Norm zu schaffen, die abhängigen Gesellschaften klar erlaubt, aufsteigende Sicherheiten zu bestellen. Wichtiger wäre es, den Ausgleich solcher nachteiliger Geschäfte im Interesse des Aktionärs zum Schutz der Gläubiger und Aktionäre zu regeln. Die Warn- und Schutzwirkung eines Unterwerfungszwecks für Aktienerwerber oder Gläubiger ist trotz SHAB-Publikation und öffentlichem Handelsregister als gering einzustufen. Bei Alltagstransaktionen der Gesellschaft wird sich niemand darum kümmern. Bei grossen Transaktionen (zu denken ist an grosse Kreditvergaben, Unternehmensübernahmen und Fusionen) werden im Rahmen einer *Due Diligence* sowieso alle Eventualverpflichtungen und Finanzierungsströme einer intensiven Prüfung unterzogen.¹⁵⁸

5. Zwischenergebnis

Angesichts der grosszügigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Vertretungsmacht kann davon ausgegangen werden, dass der Zweck die Interzession im Interesse des Aktionärs bei Gutgläubigkeit des Dritten hinsichtlich der Vertretungsbefugnis stets zulässt und Anpassungen des Gesellschaftszwecks im Sinne eines Unterwerfungszwecks oder eines Finanzie-

formance of such contract, and in so doing may allow to the corporation or to the other parties to the contract, as the case may be, such compensation as may be equitable for the loss or damage sustained by any of them which may result from the action of the court in setting aside and enjoining the performance of such contract, but anticipated profits to be derived from the performance of the contract shall not be awarded by the court as a loss or damage sustained”; siehe auch den sehr ähnlichen Text des Texas Business Corporation Act, § 2.04; vgl. Goodman v. Ladd Estate Co., 246 Or. 621.

¹⁵⁵ Vgl. BÖCKLI, § 13 N 497; KUNZ, S. 1001 FN 276; KUMMER, ZBJV 107 (1971) S. 216 f.; BUCHER, S. 51 ff.; vgl. HOMBURGER, Art. 718a N 1154 ff.

¹⁵⁶ Vgl. CARY/EISENBERG, S. 209.

¹⁵⁷ Vgl. BGE 116 II 320 ff. (Kammgarnspinnerei-Entscheid); vgl. TSCHÄNI, S. 202.

¹⁵⁸ Zur Due Diligence siehe TSCHÄNI, S. 21 f.

rungszwecks nicht notwendig sind. Die allfällige Bösgläubigkeit des Dritten hinsichtlich der intern gültigen Vertretungsbefugnis kann nicht durch eine Zweckerweiterung geheilt werden. Hiefür sind andere Massnahmen zu ergreifen, die tatsächlich die Vertretungsbefugnis bestätigen und nicht die Vertretungsmacht erweitern, die sich im Innenverhältnis wiederum beliebig einschränken lässt. Diese Massnahmen, die der Interzidentin eine Gegenleistung zur Interzession verschaffen und insbesondere die Genehmigung durch neben- oder übergeordnete Organe, werden in den nachfolgenden Abschnitten dargelegt.¹⁵⁹

II. Vereinbarkeit mit Gesellschaftsinteresse

1. Definition des Gesellschaftsinteresses

Der Begriff des *Gesellschaftsinteresses* wird in Art. 717 OR als Richtschnur der Aufgabenerfüllung durch Verwaltungsräte und mit der Geschäftsführung befasster Dritter erwähnt.¹⁶⁰ Angesichts der Vielzahl divergierender Interessen und Interessengruppen in einer Aktiengesellschaft ist es gemäss LAMBERT unmöglich, diesen Begriff operational und justiziabel zu konkretisieren.¹⁶¹ SCHLUEP sieht im Gesellschaftsinteresse den Ausgleich aller beteiligten Interessen im Sinne der materialen Gerechtigkeit.¹⁶² BÄR rückt das Aktionärsinteresse in den Vordergrund. Bei der Beurteilung divergierender Aktionärsinteressen dient als Bewertungsmassstab der wiederum von den Aktionären selbst gewählte Gesellschaftszweck; erst hernach ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber durch eine allfällige Berücksichtigung von Drittinteressen eine Modifikation des Bewertungsstabes gewollt hat.¹⁶³ Prägnant formuliert, dient das Gesellschaftsinteresse somit kaum als klare und eindeutige Verhaltensmaxime, sondern stellt das

¹⁵⁹ Siehe § 4 II und III.

¹⁶⁰ Art. 717 Abs. 1 OR: „Die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.“

¹⁶¹ LAMBERT, S. 211. Interessendivergenzen existieren insbesondere in den folgenden Gruppen: Aktionär und Verwaltung; Mehrheitsaktionär und Minderheitsaktionär; Aktionär und Gläubiger; Arbeitnehmer und Verwaltung; kurz- und langfristige Anleger; vgl. hierzu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3 N 45 ff.

¹⁶² SCHLUEP, S. 399 ff.

¹⁶³ BÄR, ZBJV 95, S. 380.

Resultat einer Interessenabwägung dar, die von Gesetzes wegen mit aller Sorgfalt und in guten Treuen vorzunehmen ist.¹⁶⁴

2. Nachteilige Rechtsgeschäfte und Schranken des Konzern-einflusses

Im Konzern werden abhängige Gesellschaften häufig dazu veranlasst, für sie nachteilige oder höchstens mittelbar vorteilhafte Rechtsgeschäfte mit der Konzernmutter, anderen abhängigen Konzerngesellschaften oder unabhängigen Dritten abzuschliessen. Beispiele hierfür sind inadäquate Transferpreise für Leistungen im Konzern, die Darlehensgewährung sowie die Interzession zugunsten der Konzernmutter ohne adäquate Gegenleistung. Doppelorgane, delegierte oder fiduziarische Verwaltungsräte befinden sich deshalb beim Abschluss von Verträgen zwischen den beiden Gesellschaften in einem kaum zu lösenden *Interessenkonflikt*.¹⁶⁵ Diese Verwaltungsräte sind durch eine arbeitsvertragliche und eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht gegenüber zwei verschiedenen Gesellschaften gebunden. In diesem Zusammenhang wird auch von einem *doppelten Pflichtenexus* gesprochen.¹⁶⁶ Diese Konfliktsituation entlastet den Verwaltungsrat keineswegs. Er muss die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren, ansonsten er aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit und allenfalls sogar strafrechtlich belangt werden kann.¹⁶⁷ Die konzernmässige Beeinflussung zu solchen nachteiligen Geschäften ist überdies nur dann legitim, wenn die daraus entstehenden Nachteile direkt ausgeglichen werden, wobei an die Sorgfalt des Verwaltungsrats ein besonders strenger Massstab gelegt wird, wenn das Geschäft nicht im Gesellschaftsinteresse liegt, sondern im eigenen oder demjenigen des Aktionärs liegt.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Vgl. Art. 717 Abs. 1 OR; HOMBURGER, Art. 717 N 779; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 3 N 28: „Dabei wird sich zeigen, dass das Bemühen, einen Ausgleich zwischen divergierenden Interessen zu finden, sich wie roter Faden durch das gesamte Aktienrecht zieht.“

¹⁶⁵ Der delegierte oder fiduziarische Verwaltungsrat muss grundsätzlich aufgrund des Arbeits- oder Mandatsverhältnisses Weisungen seines Arbeitgebers annehmen. Gerade vom Arbeitnehmer-Verwaltungsrat wird eine Art der Interessenwahrnehmung mit einem höchstmöglichen Mass an Loyalität erwartet, die der Amtsführung eines *Statthalters* gleichkommt (siehe SCHILTKNECHT, S. 19 und 34 f.). Das Dilemma liegt darin, dass jede Veränderung des Vertrags eine Verbesserung bei der einen Gesellschaft und in gleichem Ausmass eine Verschlechterung der Konditionen für die andere Gesellschaft bedeutet. Dies ist die grösstmögliche Intensität eines Interessengegensatzes. Die Interessen und die Pflichten widersprechen sich diametral in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht, vgl. zur unterschiedlichen Brisanz von Interessenkonflikten BÖCKLI, § 13 N 636-642.

¹⁶⁶ SCHILTKNECHT, S. 87 und 161 f.

¹⁶⁷ Vgl. FORSTMOSER, S. 14 f.; vgl. SCHILTKNECHT, S. 56; vgl. OR-WATTER, Art. 716a N 3 und Art. 717 N 21; vgl. BGE 4C.258/2003, Erw. 2.2.2.

¹⁶⁸ ZR 98 (1999) Nr. 52 S. 243; BGE 4C.258/2003, Erw. 2.2.2.

a) **Rechtliche Verbindlichkeit nachteiliger Weisungen**

Nach der in dieser Arbeit geltenden Meinung sind Weisungen im Konzern nicht verbindlich, es sei denn, sie betreffen lediglich den Bereich, den der Verwaltungsrat ausschliesslich nach seinem eigenen pflichtgemässen Ermessen zu entscheiden hat.¹⁶⁹ Dieser Bereich des Ermessens ist bei der Interzession im Interesse des Aktionärs jedoch nicht relevant. Weisungen, wonach nachteilige Geschäfte¹⁷⁰ mit Konzerngesellschaften oder Dritten abzuschliessen seien, können nicht verbindlich sein, wenn dadurch die Vorschriften des Gesetzes oder der Statuten verletzt werden. Dies ist tatsächlich meistens der Fall und trifft jedenfalls für die entschädigungslose Interzession im Interesse des Aktionärs zu. Dabei ist insbesondere an die Verletzung der Treuepflicht und des Gleichbehandlungsprinzips zu denken, an die Kapitalschutzvorschriften (Einlagerückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung) und die strafrechtlichen Normen.¹⁷¹

Der Interessenkonflikt spitzt sich zu, wenn der Verwaltungsrat aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Weisungen zu befolgen hat. Hier gilt jedoch, dass im Rahmen des Arbeitsverhältnisses die zwingenden Vorschriften des Aktienrechts unbedingt zu wahren sind und der Arbeitgeber sich zum vornherein damit einverstanden erklärt, dass der Arbeitnehmer-Verwaltungsrat – der so genannte *Fiduziant* – in Übereinstimmung mit seinen Organpflichten handelt.¹⁷² Die Pflichten aufgrund der aktienrechtlichen Treuepflicht haben gegenüber der arbeitsvertraglichen Treuepflicht eindeutig Vorrang.¹⁷³ Das Aktienrecht geht von einem Verwaltungsrat aus, der die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahrt und die eigenen arbeitsrechtlichen Pflichten zurücksetzt.¹⁷⁴

Ein weiterer und wichtiger Grund, weshalb in der Schweiz nachteilige Weisungen im Konzern auch bei Vorliegen eines Unterwerfungs- oder Finanzierungszwecks keine Verbindlichkeit geniessen können, liegt im

¹⁶⁹ Vgl. SCHILTKNECHT, S. 85 und 87; vgl. AMSTUTZ, N 606 f., vgl. SENN, S. 18 f. und DALLÈVES, S. 648 f.; a.M. hinsichtlich des Ermessensbereichs BOSMAN, S. 45.

¹⁷⁰ Nachteilig ist jede Handlung, die nicht nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* zustande gekommen ist und von *ökonomischen Prinzipien* abweicht, siehe AMSTUTZ, N 638.

¹⁷¹ Art. 717 OR (Sorgfaltspflicht und Gleichbehandlungsprinzip); Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR (siehe § 7 zur verdeckten Gewinnausschüttung und § 8 zur Einlagerückgewähr). Zu den strafrechtlichen Normen siehe hinten § 17.

¹⁷² Vgl. SCHILTKNECHT, S. 85; siehe dazu die diesbezüglichen Überlegungen zu einem Verwaltungsauftrag, der explizit Gesetz und Statuten gegenüber allfälligen Weisungen vorbehält: ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 188 ff.; vgl. die *dissenting opinion* hiezu in ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 195 ff., die den Verwaltungsauftrag trotz Vorbehalt des Gesetzes und Statuten als sittenwidrig im Sinne des Art. 27 ZGB betrachtet; vgl. auch HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 208.

¹⁷³ BGE 4C.258/2003, Erw. 2.1.

¹⁷⁴ BGE 4C.258/2003, Erw. 2.2.2.

fehlenden gesetzlichen Korrektiv.¹⁷⁵ Es ist nachfolgend anhand des deutschen Konzernrechts zu zeigen, dass die Zulässigkeit und Befolungspflicht nachteiliger Weisungen durch weitgehende Ausgleichsansprüche zu korrigieren sind. Derartige Vorschriften fehlen in der Schweiz.

b) Nachteilsausgleich gemäss § 311 AktG

Das deutsche Aktiengesetz kennt mit § 311 AktG eine explizite Norm zum Nachteilsausgleich im *faktischen Konzern*, in dem kein Beherrschungsvertrag abgeschlossen wurde.¹⁷⁶ Die Norm beruht auf dem Gedanken, dass es nicht angeht, alleine aufgrund wirtschaftlicher Macht entschädigungslose Eingriffe in die abhängige Gesellschaft zu tätigen.¹⁷⁷ Danach sind solche Geschäfte entweder zu unterlassen oder die daraus resultierenden Nachteile noch während desselben Geschäftsjahres auszugleichen. Die für die Einzelgesellschaft nachteiligen Geschäfte und Transaktionen müssen im Konzerninteresse liegen.¹⁷⁸ Gibt es keinen Ausgleich, muss am Ende des Geschäftsjahres genau bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Der abhängigen Gesellschaft muss sodann ein *Rechtsanspruch* auf die so bestimmten Vorteile einge-

¹⁷⁵ AMSTUTZ lehnt ebenfalls die Verbindlichkeit von Weisungen auch bei Vorliegen eines Konzernzwecks ab. Er lässt Weisungen lediglich zu, wenn sich der Verwaltungsrat nach pflichtgemäßem Ermessen auf eine Weisung einlassen darf (AMSTUTZ, N 607); vgl. dazu HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 193, der die Zulässigkeit der Berücksichtigung des der Gesellschaft widerstrebenden Konzerninteresses verneint: „Für eine Beachtung des dem Tochterinteresse widersprechenden Konzerninteresses fehlt eine konzernrechtliche Grundlage. Diese müsste konsequenterweise auch von entsprechenden organisations- und haftungsrechtlichen Normen begleitet sein“; vgl. auch DUSS, S. 8 und REICH, S. 617: „Die schweizerische Rechtsordnung kennt kein besonderes Konzernrecht. Der Kapitalgesellschaft ist es deshalb handelsrechtlich untersagt, ihre eigenen Interessen zum alleinigen Nutzen einer übergeordneten Wirtschaftseinheit hintanzustellen.“

¹⁷⁶ § 311 AktG: „(1) Besteht kein Beherrschungsvertrag, so darf ein herrschendes Unternehmen seinen Einfluss nicht dazu benutzen, eine abhängige Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien zu veranlassen, ein für sie nachteiliges Rechtsgeschäft vorzunehmen oder Massnahmen zu ihrem Nachteil zu treffen oder zu unterlassen, es sei denn, dass die Nachteile ausgeglichen werden. (2) Ist der Ausgleich nicht während des Geschäftsjahrs tatsächlich erfolgt, so muss spätestens am Ende des Geschäftsjahres, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt werden, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Auf die zum Ausgleich bestimmten Vorteile ist der abhängigen Gesellschaft ein Rechtsanspruch zu gewähren.“ Zum faktischen Konzern vgl. auch EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 388 ff. und AMSTUTZ, N 612 ff.

¹⁷⁷ Vgl. EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 390 und 392.

¹⁷⁸ HORMUTH, S. 138 f. und S. 163.

räumt werden. Der Ausgleich kann nicht in allgemeinen Konzernvorteilen bestehen.¹⁷⁹

Der Normzweck dieser Bestimmung ist im Schutz der abhängigen Gesellschaft, der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger suchen.¹⁸⁰ In der deutschen Lehre wird im Zusammenhang mit dieser Norm von einem *Konzernprivileg* gesprochen, das nachteilige Geschäfte trotz der Verletzung der Treuepflicht zulässt, sofern ein *nachträglicher Ausgleich* erfolgt.¹⁸¹ Dieses Privileg ist jedoch mit einer Berichtspflicht und diversen Prüfungspflichten verbunden.¹⁸² Es ist folglich kein Freipass für eine Vielzahl von Geschäften zulasten der Tochtergesellschaft. § 311 AktG greift nur dann, wenn es um den Ausgleich einzelner isolierbarer Nachteilszufügungen geht. Ist dies nicht mehr möglich, trifft das beherrschende Unternehmen eine *Verlustübernahmepflicht*.¹⁸³ Unterbleibt der Nachteilsausgleich, so wird das herrschende Unternehmen gemäss § 317 AktG schadenersatzpflichtig.¹⁸⁴

Die Regelung des § 311 AktG verdrängt und ersetzt die Kapitalerhaltungsvorschriften. Anstelle der Rückgewähr und der Treuepflicht tritt die Verpflichtung zum Nachteilsausgleich.¹⁸⁵ § 311 AktG erfasst jeden Nachteil, soweit dieser auf die Abhängigkeit zurückzuführen ist. Die Muttergesellschaft soll nicht für das allgemeine Unternehmerrisiko haften, das auch ohne faktische Konzernierung bestehen würde, sondern nur für ihre Weisung oder Veranlassung.¹⁸⁶ Um die effektive Durchsetzung dieser Ansprüche zu ermöglichen, wurden auch prozessuale Vorkehrungen getroffen. Die Minderheitsaktionäre und Gläubiger der abhängigen Gesellschaft sind von vielen Informationen abgeschnitten, für die sie in allfälligen Prozessen beweispflichtig wären. Den Minderheitsaktionären, Gläubigern und der abhängigen Gesellschaft werden deshalb bei der Durchsetzung

¹⁷⁹ MK-KROPFF, § 311 N 2 und 235 f.; EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 416 nennen die allgemeinen Vorteile *passive Konzerneffekte*; vgl. LUCHTERHANDT, S. 56 ff.; zu den allgemeinen Konzernvorteilen ökonomischer Art siehe die Aufzählung bei GÖRLING, S. 28 ff.

¹⁸⁰ MK-KROPFF, § 311 N 3 ff.; EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 392.

¹⁸¹ Vgl. dazu ZIMMERLING, S. 96; MK-KROPFF, § 311 N 31 und 37 ff.; vgl. auch EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 392 f. und 399.

¹⁸² §§ 312-315 und 318 AktG; ZIMMERLING, S. 98; vgl. die Beschreibung dieser Informationspflichten bei RUEDIN, S. 219; EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 417 ff.

¹⁸³ Vgl. ZIMMERLING, S. 105 ff.; vgl. MK-KROPFF, § 311 N 9.

¹⁸⁴ EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 389 und S. 433.

¹⁸⁵ Wird der Nachteil nicht ausgeglichen oder ist dies gar nicht möglich, treten die Haftung nach § 317 AktG, die Rückgewährspflicht und die Haftung aus Verletzung der Treuepflicht wieder in Kraft, siehe EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 398 f.; vgl. auch KLASS, S. 123 f.

¹⁸⁶ Vgl. EMMERICH/SONNENSCHN/HABERSACK, S. 405; vgl. Urteil des BGH vom 23.

September 1991 in NJW 1991, Heft 49, S. 3144.

dieser Ansprüche Beweiserleichterungen zugestanden.¹⁸⁷ Nach einem Teil der Lehre genügt der so genannte *Beweis des ersten Anscheins*. Die herrschende Lehre geht bei nachteiligem Handeln von einer *tatsächlichen Vermutung* der haftungsbegründenden Veranlassung aus.¹⁸⁸

Im Bereich der Interzession im Interesse des Aktionärs ist ein Nachteil dann zu verneinen, wenn die Darlehensaufnahme zentral erfolgt und die aufgenommenen Gelder im Ausmass der Sicherstellung an die abhängigen Gesellschaften weitergeleitet werden. Auch kein Nachteil besteht, wenn die abhängigen Interzedentinnen zwar für die ganze Darlehensschuld des Aktionärs bürgen, jedoch alle Konzerngesellschaften solche Verpflichtungen auf sich nehmen und so die Kreditfähigkeit des Konzerns auch zugunsten der abhängigen Gesellschaft steigt.¹⁸⁹ Die Benachteiligung kann demgegenüber darin liegen, dass die Inanspruchnahme der Sicherheiten nicht unwahrscheinlich ist und der Regressanspruch der abhängigen Gesellschaft unsicher ist.¹⁹⁰ Die Nachteileiligkeit eines Rechtsgeschäfts kann auch nach

¹⁸⁷ MK-KROPFF, § 311 N 73 und insb. N 81 ff.; vgl. EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 403: „Denn häufig erfolgt die Einflussnahme auf eher informellem Wege; insbesondere allgemein gehaltene Direktiven oder „Empfehlungen“ können das Handeln des Vorstands prägen, ohne dass eine aussenstehende Person in der Lage wäre, die konkrete Ursache einer einzelnen Massnahme darzutun. Was die aussenstehenden Aktionäre ebenso wie die Gläubiger allenfalls feststellen können, ist vielmehr, dass ihre Gesellschaft gegen ihre offenkundigen Interessen zum Vorteil des herrschenden Unternehmens gehandelt und dadurch einen Vermögensnachteil erlitten hat. Zu Recht geht deshalb die herrschende Meinung davon aus, dass der abhängigen Gesellschaft, ihren Gläubigern und ihren aussenstehenden Aktionären Beweiserleichterungen zugute kommen“; siehe auch die diesbezüglichen Überlegungen im Urteil des BGH vom 29. März 1993 („TBB“-Fall) in NJW 1993, Heft 18, S. 1203, wo von Erleichterungen der Substantiierungslast gesprochen wird; vgl. auch die Bemerkungen von DUSS, S. 3, zu einem unvorteilhaften Vertrag zwischen zwei Schweizer Konzerngesellschaften: „Weil eine derart langfristige Bindung zu unvorteilhaften Bedingungen unter Dritten nicht anzutreffen ist, lässt sie sich nur mit Konzerninteressen erklären.“

¹⁸⁸ Vgl. EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 403 f. vertreten die Beweiserleichterung des *Beweises des ersten Anscheins*; vgl. MK-KROPFF, § 311 N 82 ff. KROPFF lehnt den *Beweis des ersten Anscheins* ab. Die Lehre ist sich nicht darüber einig, ob die Vermutung nur in Konzernverhältnissen gelten soll und nur gelten soll, falls das herrschende Unternehmen oder andere Konzernunternehmen Vorteile erlangt haben; Vgl. auch MK-KROPFF, § 311 N 99: Bei personellen Verflechtungen (Doppelmandat) gehen die Beweisprobleme zu Lasten des herrschenden Unternehmens. Es wird der Lebenserfahrung entsprechend vermutet, dass nachteiliges Handeln zulasten der abhängigen Gesellschaft auf Veranlassung der Muttergesellschaft geschehen ist.

¹⁸⁹ MK-KROPFF, § 311 N 191.

¹⁹⁰ EMMERICH/SONNENSCHNEIN/HABERSACK, S. 407 f. Vgl. die andere Ansicht des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 19. März 1998, in NJW 1998, Heft 35, S. 2599: „Das Ber.Ger. hat die Bestellung von Sicherheiten für eine fremde Schuld als unentgeltlich angesehen, wenn der Sicherungsgeber dazu nicht verpflichtet war und keinen Gegenwert erhalten hat. Diese Sichtweise ist zu eng (...) Die Sicherstellung einer fremden Schuld ist auch dann entgeltlich, wenn dem Sicherungsgeber für seine Leistung die Kreditgewährung an den Dritten versprochen wird, an der er ein wirtschaftliches Interesse hat (...). Diese Voraussetzungen liegen vor, falls der Beitritt der Schuldnerin zum Sicherheitenpoolvertrag bei Ausreichung der zusätzlichen Kredite an AB

den Grundsätzen der verdeckten Gewinnausschüttung und der Einlagerückgewähr bestimmt werden.¹⁹¹

Die Interzession im Interesse des Aktionärs ist nicht nachteilig, wenn sie im Zeitpunkt ihres Abschlusses den Anforderungen eines Drittgeschäfts genügt, d.h. nach den Grundsätzen des *dealing at arm's length* erfolgt. Werden in diesem Zeitpunkt alle relevanten Faktoren – und dazu gehört auch das Risiko der Inanspruchnahme der Sicherheiten und ein möglicherweise nicht durchsetzbarer Regressanspruch gegen die Muttergesellschaft – korrekt gewürdigt und entschädigt, ist die Interzession auch dann nicht nachteilig, wenn die Sicherheit später tatsächlich beansprucht wird.¹⁹²

c) Anwendbarkeit des Regelungsgehalts von § 311 AktG in der Schweiz

In der Schweiz gibt es keine gesetzliche Bestimmung, die den Regelungsgehalt von § 311 AktG genau abdeckt. Einen vergleichbaren Schutz bieten jedoch die Normen der verdeckten Gewinnausschüttung, des Verbots der Einlagerückgewähr und der Treue- und Interessenwahrungspflicht der Verwaltungsräte.¹⁹³ Das *Konzernprivileg*, das den Ausgleich der Nachteile auch erst *nachträglich* zulässt, ist jedoch unbekannt. Die Verzögerung des Ausgleichs ist demnach in der Schweiz bereits ein Schaden.¹⁹⁴ Im deutschen Recht ist es somit möglich, Leistungen mit nachträglichen Gegenleistungen auszugleichen, die in keinem Konnex zueinander stehen.¹⁹⁵ In der Schweiz muss hingegen ein minimaler Konnex zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen. Der Konnex besteht darin, dass die eine Leistung ohne die andere nicht erbracht worden wäre.¹⁹⁶ Das in der Schweiz gültige Prinzip, das den Ausgleich *simultan* realisiert, ist das Prinzip des Handelns zu Drittkonditionen (*dealing at arm's length*).¹⁹⁷

Die im deutschen Recht vorgesehenen Beweiserleichterungen sind in der Schweiz ebenfalls nicht bekannt. HOFSTETTER fordert mit beachtlichen Argumenten eine im Ergebnis ähnliche Beweislastumkehr. Die Tochtergläubiger müssten bloss den Beweis für die Existenz eines (mittelbaren)

und C gewiss war, die Kreditgewährung ohne diesen Beitritt nicht zustande gekommen wäre und die Schuldnerin an der Kreditgewährung an AB ein eigenes Interesse hatte. Letzteres ist im Verhältnis zwischen Konzerngesellschaften regelmässig der Fall.“

¹⁹¹ EMMERICH/SONNENSCHNIGER/HABERSACK, S. 410.

¹⁹² Zur Bewertung der Interzession siehe hinten, S. 112 f.; vgl. auch MK-KROPFF, § 311 N 192.

¹⁹³ Art. 678 Abs. 2 OR, Art. 680 Abs. 2 OR, Art. 754 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 717 Abs. 1 OR.

¹⁹⁴ Vgl. AMSTUTZ, N 645.

¹⁹⁵ Vgl. LUCHTERHANDT, S. 55 f.; MK-KROPFF, § 311 N 239.

¹⁹⁶ Siehe hinten S. 111; BGE 113 Ib 29.

¹⁹⁷ Siehe hinten, S. 46 ff. und S. 105 ff.

Schadens sowie der Ausübung einer einheitlichen Leitung im Sinne des Konzernbegriffs erbringen. In der Folge würden eine Vermutung des Vorliegens eines qualifizierten Konzerns und eine Haftungsvermutung zu Lasten der Konzernmuttergesellschaft eintreten. Diese könnte von der Konzernmuttergesellschaft durch den Beweis widerlegt werden, dass keine Sorgfaltspflichtsverletzung, kein qualifizierter Konzern, kein Kausalzusammenhang oder kein Verschulden vorliegt.¹⁹⁸ *De lege ferenda* könnte auch Abhilfe über eine spezifische Anfechtungsklage für Konzernsachverhalte geschaffen werden. Es geht um eine *Konzernpauliana* mit Beweislastumkehr, die die Konzernmuttergesellschaft oder nahe stehende Empfänger zur Rückerstattung aller Begünstigungen über eine längere Dauer als nach geltendem Recht vorgesehen verpflichtet.¹⁹⁹

3. Gesellschaftsinteresse und Gegenleistung

a) Problemstellung

Die Interzession im Interesse des Aktionärs ist stets mit einem Interessenkonflikt behaftet, da gesellschaftseigene Vermögenswerte für fremde Schulden als Sicherheit dienen. Erfolgt die Sicherheitenbestellung unentgeltlich oder ohne direkten oder indirekten Nutzen für die Gesellschaft, wird der Interessenkonflikt manifest. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung schliesst die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der Gesellschaft stillschweigend jene Geschäfte aus, welche sich als interessen- oder pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen.²⁰⁰ Stillschweigende Beschränkungen der Vertretungsbefugnis können aber dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden:

¹⁹⁸ HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 230 ff. und S. 257 f. Der Beweis einheitlicher Leitung ist nach HOFSTETTER in der Erfassung derjenigen Situationen zu suchen, in denen das Eigeninteresse der Tochter durch Ausrichtung auf Konzerninteressen verdrängt wird. Als entscheidendes Kriterium wird der Tatbestand der Einmischung gesehen, die sich vor allem im Finanzwesen, in der Strategieplanung, in der Produktion und im Absatz manifestieren kann. Es geht dabei um Einfluss, der über das passive Aktionärsverhalten hinausgeht. Das Kriterium der einheitlichen Leitung kann von der Muttergesellschaft widerlegt werden, indem gezeigt wird, dass es sich nur um vereinzelte und lockere Verbindungen handelt, die mit dem bestehenden schweizerischen Gesellschafts- und Prozessrechts rekonstruiert werden können (HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 234 ff.).

¹⁹⁹ HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 190 und PETER, S. 2 und 12 f.

²⁰⁰ BGE 126 III 363: „Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen“; vgl. ZOBL, Probleme, S. 295 f.

„Während beim Selbstkontrahieren und der Doppelvertretung die Vertretungsmacht grundsätzlich fehlt und nur ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände besteht, schliesst der blosser Interessenkonflikt aus Gründen der Verkehrssicherheit die Vertretungsmacht nicht von vornherein aus, sondern lässt sie nur entfallen, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen.“²⁰¹

b) Erkennbarkeit des interessewidrigen Geschäfts

Die kreditgebende Bank weiss, wer für wessen Schuld interzediert. Die Bank, die eine Besicherung auch durch Sicherheiten der Tochtergesellschaften einer kreditnehmenden Gesellschaft verlangt oder akzeptiert, muss damit rechnen, dass die Tochtergesellschaft die gewünschten Sicherheiten unentgeltlich oder ohne adäquate Gegenleistung aufgrund der Veranlassung der Schuldnerin bestellen muss. Die Interzession liegt dann nicht im Interesse der Gesellschaft. Die Überlegungen in BGE 126 III 365 deuten ebenfalls darauf hin, dass schon die Tatsache der Besicherung der Schuld des Aktionärs durch die Gesellschaft ein Indiz dafür darstellt, dass die Kreditgeberin die Bonität des Schuldners als nicht ausreichend betrachtet. Falls die Bonität tatsächlich schlecht ist, ist der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft nach einer allfälligen Beanspruchung der Sicherheiten nicht gewährleistet. Diese Tatsache beweist für das Bundesgericht, dass sich die Kreditgeberin der Benachteiligung und des Interessenkonflikts der Vertreter der Gesellschaft bewusst sein muss.²⁰²

„Hätte sie Schwegler tatsächlich für zahlungsfähig gehalten, ist nicht einzusehen, weshalb es überhaupt zur Vereinbarung vom 10. Juli 1992 kommen musste, wie bereits das Handelsgericht ausgeführt hat. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Gefahr einer Benachteiligung der Klägerin für die Beklagte erkennbar und sie diesbezüglich nicht gutgläubig war.“²⁰³

Im Rahmen grosser Kreditverträge muss üblicherweise die Kreditnehmerin den Verwendungszweck der aufgenommenen Gelder offenlegen. Aufschiebende Bedingung dieser Kreditverträge ist meist auch die Abgabe eines Rechtsgutachtens (engl. *legal opinion*, siehe dazu eingehend § 18), in denen Anwälte der Schuldnerin den kreditgebenden Banken darlegen, dass es sich um gültige begebene und vollstreckbare Sicherheiten handle. Derartige Transaktionen werden immer mit juristischer Unterstützung vorbe-

²⁰¹ BGE 126 III 364; vgl. auch ZOBL, Probleme, S. 297.

²⁰² Vgl. STOFFEL/HEINZMANN, S. 201 f.

²⁰³ BGE 126 III 365.

reitet. Auch der Bankier sollte wissen, dass hinsichtlich aufsteigender Sicherheiten besondere Vorsicht geboten ist.²⁰⁴ Der Sorgfaltsmassstab ist aufgrund dieser qualifizierenden Umstände hoch anzusetzen.

Nachfolgend soll dargelegt werden, was eine adäquate Gegenleistung sein kann und wie die kreditgebende Bank sicherstellen kann, dass die Interzession eine adäquate Gegenleistung für die Interzession erhält. Unter § 4 III (Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis) ist sodann darzulegen, wie die Interzession im Interesse des Aktionärs mit oder ohne Gegenleistung trotz Interessenkonflikt von einem neben- oder übergeordneten Organ gültig genehmigt werden kann.

c) Handeln zu Drittkonditionen

Im Idealfall gewährt die sicherheitenbestellende Tochter- oder Schwester-gesellschaft ihre Sicherheiten zu *Drittkonditionen* (engl. *at arm's length* oder *dealing at arm's length*), so dass keine der beiden Parteien bevorzugt wird, Leistungen und Gegenleistungen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen und der Vertrag in dieser Form auch zwischen unabhängigen Gesellschaften hätte abgeschlossen werden können.²⁰⁵ Das in der Definition des *dealing at arm's length* von SPÖRRI²⁰⁶ enthaltene Kriterium, dass die Sicherheitenbestellung auch einer unabhängigen Gesellschaft gewährt worden wäre, ist allerdings problematisch, denn ein Handels- oder Industrieunternehmen würde auch bei adäquater Gegenleistung kaum freiwillig das Risiko der Insolvenz einer beliebigen Drittperson übernehmen.²⁰⁷ Das so verstandene Prinzip des *dealing at arm's length* setzt einen funktionierenden Markt der Interzession zugunsten unabhängiger Dritter voraus. Ein solcher Markt existiert jedoch nur im Bankensektor.²⁰⁸

²⁰⁴ Vgl. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 187 FN 22; vgl. ZIMMERLING, S. 148 f.

²⁰⁵ HANDSCHIN, S. 115; ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 188 FN 24. REICH, S. 617, nennt dieses Prinzip den „Massstab des Fremdverhaltens.“

²⁰⁶ SPÖRRI, S. 177: „Das Prinzip des „*dealing at arm's length*“ ist gewahrt, wenn eine Aktiengesellschaft einem ihrer Aktionäre eine Leistung zu den gleichen Konditionen erbringt wie gegenüber einem unabhängigen Dritten, der den vernünftig denkenden Marktteilnehmer verkörpert. Eine Leistung ist also „*at arm's length*“, wenn sie dem objektiven Drittvergleich standhält. Anders ausgedrückt: Das Prinzip des „*dealing at arm's length*“ erhebt das Fremdverhalten zum relevanten Massstab.“

²⁰⁷ Vgl. MK-BAYER, § 57 N 85 und 37; vgl. ZIMMERLING, S. 78 f.

²⁰⁸ Es existiert kein funktionierender Markt für Interzessionsgeschäfte von Nichtbanken (siehe ZIMMERLING, S. 152). Einzig Banken bieten Bürgschaften und Garantien an. Bankgarantien gelten als besonders sichere Sicherheiten. Die Kosten einer Bankgarantie können deshalb nur als Vergleichszahlen herangezogen werden. Eine vertiefte Behandlung der Kontroverse, ob deswegen die Interzession im Interesse des Aktionärs gar nicht zu Drittkonditionen erbracht werden kann, gehört thematisch eher zum Problemkreis der verdeckten Gewinnausschüttung (siehe § 7 hinten, S. 100 ff.).

Für die Beurteilung des Gesellschaftsinteresses ist es ausreichend, wenn die Interzession auf beiden Seiten objektiviert betrachtet wird, d.h. aus der Sicht einer Unternehmung, die wie eine Bank Sicherheiten im Rahmen ihrer üblichen Tätigkeit bestellt und aus der Sicht des Dritten, der die Sicherheit annimmt und den vernünftig handelnden Marktteilnehmer darstellt, wobei die Betonung auf das Kriterium der *Ausgewogenheit* der Leistungen und auf die *Nichtbevorzugung* einer Partei gelegt wird.²⁰⁹

d) Formen der Gegenleistung

Als Gegenleistung für die Interzession im Interesse des Aktionärs sind mehrere Arten von Leistungen denkbar:

- Steigerung der Kreditwürdigkeit der abhängigen Gesellschaft durch Verbesserung der Kreditwürdigkeit des Konzerns oder allgemein der Aktionärin; Existenzsicherung durch die Muttergesellschaft;
- Sicherung und Gewinnung von Vertragspartnern und Kunden;
- Direkte Gegenleistungen: Weiterleitung der Darlehensvaluta durch die Kreditnehmerin an die abhängige Gesellschaft in der Höhe des Wertes der von ihr bestellten Sicherheiten oder Bezahlung von Interzessionsgebühren.

Nachfolgend soll anhand der Rechtsprechung auf diese drei Formen der Gegenleistung eingegangen werden.

aa) *Steigerung der Kreditwürdigkeit der Interzedentin*

Das Bundesgericht hat sich mehrfach mit dem Problemkreis der indirekten Gegenleistung im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsinteresse befasst. In BGE 20 435 ff. war eine Bürgschaft zu beurteilen, die ein einzelzeichnungsberechtigter Kollektivgesellschaftler im Namen der Kollektivgesellschaft zur Besicherung einer persönlichen Schuld einging. Das Bundesgericht hielt fest, dass es sehr wohl im Interesse der Gesellschaft liegen kann, den Kredit des Gesellschafters aufrecht zu erhalten, da die Gesellschaft vom Kredit der Gesellschafter abhängig oder zumindest beeinflusst ist.²¹⁰ Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob die Kenntnis der Bank,

²⁰⁹ Zu denken ist beispielsweise an eine Bank, die gegen Entgelt Bankgarantien im Auftrag ihres Kunden ausstellt.

²¹⁰ BGE 20 441: „Es kann sehr wohl im Interesse einer Kollektivgesellschaft liegen, den Kredit eines Gesellschafters aufrecht zu erhalten und denselben der Gesellschaft zu erhalten, da in der Regel die Gesellschaft von dem Kredite der Gesellschafter abhängig oder doch durch denselben wesentlich beeinflusst ist.“ Erfolgt die Steigerung der Kreditwürdigkeit indirekt durch die Verbesserung der finanziellen Lage der Aktionärin, so handelt es sich lediglich um eine *Reflex-*

dass die Besicherung der Gelder im Privatinteresse des Gesellschafters erfolgt sei, schon für die Annahme des bösen Glaubens hinsichtlich der Vertretungsbefugnis ausreicht. Die beklagte Gesellschaft hatte nämlich selbst zugegeben, dass ein Teil der Gelder ihr zugekommen sei.²¹¹

Die Argumentation, wonach die Stärkung des Kredits des Gesellschafters auch im Interesse der Kollektivgesellschaft liege, kann für eine Aktiengesellschaft als juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit nicht uneingeschränkt gelten.²¹² Insbesondere im Konzern ist es jedoch denkbar, dass eine Tochterunternehmung, die hauptsächlich mit Gesellschaften innerhalb des Konzerns handelt, ein Interesse an der Stärkung der finanziellen Situation ihrer Muttergesellschaft hat, da ihr eigener Kredit indirekt auch gestärkt wird.²¹³ Zu denken ist auch an nicht konzerngebundene Aktiengesellschaften in personalistischen Verhältnissen, deren Tätigkeit von der persönlichen Arbeitsleistung in der Gesellschaft und damit auch vom Kredit des Aktionärs abhängen.²¹⁴

wirkung. Die direkte Steigerung der Kreditwürdigkeit hingegen kann beispielsweise mittels Patronatserklärung erreicht werden.

²¹¹ BGE 20 442: „Die Vorinstanz (...) stellt auf Grund eigener Zugeständnisse der Beklagten fest, dass wirklich ein Teil der infolge der Krediteröffnung von Klickermann bezogenen Beträge der Gesellschaft zugeflossen sei; war dies der Fall, so waren bei der durch die Bürgschaft bewirkten Verlängerung des Kredites Klickermann in der Tat auch die Interessen der Gesellschaft mit im Spiel.“

²¹² Vgl. ZR 1990 S. 63: „Denkbar wäre allenfalls der Hinweis auf ein Interesse der Klägerin gewesen, ihren offensichtlich nicht zahlungskräftigen Verwaltungsräten bzw. Aktionären finanziell beizustehen. Eine solche Argumentation würde aber dem Wesen der Aktiengesellschaft als juristischer Person mit eigener Rechtspersönlichkeit nicht gerecht werden. Die Situation ist deshalb anders als etwa bei der Kollektivgesellschaft (vgl. BGE 20 440 f.), wo gesagt werden kann, der Kredit der Gesellschaft werde gefördert, wenn sie denjenigen des Gesellschafters fördert.“

²¹³ Dieser Gedanke wurde mit Bezug auf Finanzgesellschaften in BGE 116 Ib 338 vorgebracht: „Wie die Eidgenössische Bankenkommission am Fall Drexel zeigt, besteht innerhalb eines wie immer gearteten Bankkonzerns eine faktische Abhängigkeit der Solvenz und Vertrauenswürdigkeit der einzelnen Gesellschaften. Auch ohne rechtliche Verpflichtungen und ohne Beteiligungsverhältnis kann eine Bank unter Umständen zur Erhaltung ihrer eigenen Kreditwürdigkeit faktisch gezwungen sein, die Zahlungsfähigkeit der Konzerngesellschaften des Bank- und Finanzsektors zu erhalten und für deren Verbindlichkeiten einzustehen“; vgl. auch ZR 98 (1999) S. 242 und PETER, S. 5.

²¹⁴ Zu denken wäre beispielsweise an eine Aktiengesellschaft, die das Management und die Werbeaktivitäten eines Sportlers oder Musikers wahrnimmt oder massgeblich durch die Arbeitsleistung einer Person existiert, die ihr Alleinaktionär ist. Die Aktiengesellschaft könnte ohne diesen speziellen Aktionär und Arbeitnehmer kaum weiterexistieren. Die Verwertung der Aktien im Privatkonkurs dieser Person würde auch kaum viel einbringen.

bb) Gewinnung neuer Kunden

Im Entscheid BGE 31 II 96 ff. prüfte das Bundesgericht, ob das von einer Kommanditgesellschaft abgegebene Schadloshaltungsversprechen im Interesse der Kommanditgesellschaft liege. Die Kommanditgesellschaft wollte einen Vertragspartner einer in Nachlassstundung befindlichen Kollektivgesellschaft für sich gewinnen und schlug diesem vor, die ausstehenden Geschäfte zu übernehmen und versprach Deckung bei allfälligen Schäden aus dem Nachlassvertrag. Der unbeschränkt haftende Gesellschafter, der diese Verpflichtung einging, war zugleich Kollektivgesellschaftler der sich in Nachlassstundung befindlichen Gesellschaft. Das Schadloshaltungsversprechen betraf einen Schaden von CHF 8'391.95, das effektive Ergebnis der übernommenen Geschäftsabschlüsse jedoch nur etwa CHF 250–500. Das Bundesgericht stimmte mit der Vorinstanz überein, dass nicht ausschlaggebend sei, ob das konkrete Resultat dem eingegangenen Risiko entspreche. Das gesamte Interesse, nämlich die zukünftige Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen mit dem Geschäftspartner, war durchaus beträchtlich.²¹⁵ Die Fortsetzung und Gewinnung von Geschäftsbeziehungen können durchaus auch legitime, im Gesellschaftsinteresse liegende Motive für eine Interzession sein. Für die Interzession im Interesse des Aktionärs bedeutet dies, dass beispielsweise der Ausbau und die Sicherstellung des konzerninternen Handelsvolumens oder die Benützung von Anlagen oder Vertriebskanälen der Muttergesellschaft durchaus auch im Gesellschaftsinteresse liegen und die Interzession rechtfertigen können.

cc) Direkte Gegenleistungen

Der Entscheid BGE 52 II 358 ff. betraf die Indossierung von Wechseln namens einer AG durch deren einzigem Verwaltungsrat in dessen eigenem Interesse. Der Verwaltungsrat behauptete, er habe der Gesellschaft als Gegenleistung ein Warenlager zukommen lassen. Der rechtlich relevante Sachverhalt ging jedoch davon aus, dass die Gesellschaft für die Indossierung keine Gegenleistung erhalten habe. Aufgrund der Bösgläubigkeit des Dritten – er wusste um die Schädigung der Gesellschaft – stand dem Anspruch aus dem Wechsel gegenüber der Gesellschaft die Einrede der Arglist entgegen.²¹⁶

Die direkteste Form der Abgeltung einer Interzession stellt die *Interzessionsgebühr* dar. Eine Interzessionsgebühr entschädigt für das Kreditrisiko und geltet die Kreditvergünstigung ab, die der Aktionär durch die

²¹⁵ BGE 31 II 101.

²¹⁶ BGE 52 II 361.

Interzession der abhängigen Gesellschaft erzielt.²¹⁷ Da es keinen Markt für Interzessionsleistungen von Nichtbanken gibt, ist die Berechnung der ad-äquaten Interzessionsgebühr schwierig.²¹⁸ Die relevanten Faktoren sind die Ernsthaftigkeit und Fähigkeit des Aktionärs, die besicherte Schuld zu begleichen. Das branchenübliche Wirtschaftsrisiko ist bei der Beurteilung des Risikos der Inanspruchnahme ebenfalls relevant. Eine Rolle spielt auch, ob die Interzedentin nach erfolgter Inanspruchnahme der Sicherheiten erfolgreich den Regressanspruch einziehen kann, was mit hoher Wahrscheinlichkeit zu verneinen ist. Die Regressforderung entsteht nämlich erst, wenn der Pfandschuldner seine Forderung nicht begleichen kann oder will. Sie wird deshalb in den meisten Fällen kaum einbringlich sein.²¹⁹ Bei der Berechnung der Interzessionsgebühr ist deshalb auch die Wahrscheinlichkeit des Ausfalls der Regressforderung einzukalkulieren, genauso wie die mittelbaren Vorteile und Gegenleistungen. Die Gegenleistung für die Interzession im Interesse des Aktionärs ist deshalb nicht eine normale Gegenleistung aus Interzessionsauftrag oder eine Garantiekommission, sondern enthält wie bei der Kommission für die Bankgarantie auch Elemente einer *Versicherungsprämie*, die den wahrscheinlichen Ausfall der Regressforderung miteinbeziehen.²²⁰ Selbstverständlich sollte der Interzedentin trotzdem der Regress gegenüber ihrer Aktionärin offenstehen.

Eine weitere Form der direkten Abgeltung stellt auch die Weiterleitung der Darlehensvaluta an die sicherheitenbestellende Tochtergesellschaft dar.²²¹ Dieser Fall war im „Ulysse Nardin“-Fall von einem Zivilgericht im Kanton Neuenburg zu beurteilen. Die Tochtergesellschaft Ulysse Nardin SA musste eine Bürgschaft für den Kredit in der Höhe von CHF 350'000 stellen, den die Muttergesellschaft Ogival SA bezog. Schmid unterzeichnete als Verwaltungsrat beider Gesellschaften sowohl den Kreditvertrag namens der Ogival SA als auch die Bürgschaft namens der Ulysse Nardin SA. Der Kredit wurde auf das persönliche Konto des Verwaltungsrats Schmid bezahlt. Er verwendete CHF 57'429 des Kredits für rein persönliche Zwecke. Den Rest leitete er als Kredit an die Ulysse Nardin SA weiter. Als Ulysse Nardin SA aus der Bürgschaft belangt wurde, verweigerte sie die Zahlung mit der Begründung, das Darlehen sei an Schmid persönlich und nicht an die Ogival SA ausbezahlt worden. Das

²¹⁷ Vgl. zur Kreditvergünstigung KONZERNFINANZIERUNG-SIEKER, Rz. 28.86 S. 945; AEBI, S. 110 ff.

²¹⁸ Siehe auch hinten, S. 112 f.; AEBI, S. 111; ZIMMERLING, S. 152.

²¹⁹ Vgl. dazu ZIMMERLING, S. 34 und S. 113. Die Regressforderung ist überdies genau betrachtet gar nicht Gegenleistung für die *Pfandbestellung*, sondern für die *Befriedigung des Pfandgläubigers* (vgl. BGE 95 III 55).

²²⁰ KLEINER, S. 102 f.; siehe zur Feststellung des Werts der Interzession hinten, S. 112 f.

²²¹ Vgl. KONZERNFINANZIERUNG-HIRTE, Rz. 35.8, S. 1115; dazu auch ZIMMERLING, S. 79 f.

Gericht verwarf diesen Einwand. Es widerspreche Treu und Glauben, die Nichtigkeit eines Vertrags anzurufen, von dem man direkt profitiert habe. Die Ulysse Nardin SA hatte richtigerweise an der Bürgschaft ein eigenes Interesse in der Höhe der ihr zugekommenen Gelder. Da die Kreditgeberin wusste, dass CHF 57'429 für rein persönliche Zwecke verwendet wurden, war sie diesbezüglich bösgläubig. Die Verpflichtung aus der Bürgschaft wurde deshalb anhand der intern gültigen Vertretungsbefugnis beurteilt. Die Bürgschaftssumme wurde in der Folge vom Gericht um die von Schmid persönlich verwendeten CHF 57'429 reduziert.²²²

e) **Beurteilung und Bewertung der Gegenleistung**

Bestehen bei der Bank aufgrund ihrer massgebenden subjektiven Beurteilung Zweifel, dass die Interzession intern adäquat abgegolten wird, gebietet die Sorgfaltspflicht weitere Abklärungen und Vorkehrungen zur Wahrung des guten Glaubens in die Vertretungsbefugnis der für die Interzedentin handelnden Vertreter.

Für die kreditgebende Bank, die Sicherheiten seitens der Tochterunternehmungen der Kreditnehmerin verlangt, ist die Adäquanz der Gegenleistung schwierig abzuschätzen.²²³ Insbesondere bei mittelbaren Gegenleistungen wie der Erhaltung der Gruppenbonität oder des Kundenstammes ist eine Bezifferung des Wertes der Leistung fast nicht möglich, da derartige Leistungen ihre Wirkungen oft erst mittel- oder längerfristig zeitigen.²²⁴ Die Leistungen müssen sich nach der Beurteilung der handelnden Personen jedoch existenzsichernd, ertragswährend oder ertragssteigernd auswirken, damit sie als im Interesse der Gesellschaft liegend betrachtet werden können.²²⁵

In Sanierungssituationen und Liquiditätsengpässen wird häufig gänzlich auf unmittelbare Gegenleistungen für die Interzession verzichtet.²²⁶ Die

²²² Entscheid des Neuenburger Kantonsgerichts vom 5. November 1984, abgedruckt in Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise (RJN) 1984, S. 69 ff., zusammengefasst in SAG 57 (1985) S. 185 Nr. 16.

²²³ Vgl. VON BÜREN, S. 149: „Denn obwohl eine Handlung auf den ersten Blick den Anschein erwecken könnte, dass damit zugunsten des Konzerns die Interessen des abhängigen Unternehmens geschädigt werden sollen, wäre es aber durchaus möglich, dass die Interessen des abhängigen Unternehmens gerade dadurch wahrgenommen würden, dass der Konzern als Ganzes durch diese Handlung gestärkt oder gestützt würde, was wiederum dem abhängigen Unternehmen als Teil des Konzerns zugute käme. In der Praxis liesse sich eine entsprechende Behauptung nur selten schlüssig widerlegen.“

²²⁴ VOGEL, Sanierungsdarlehen, S. 303 FN 31.

²²⁵ Vgl. AEBI, S. 116. Dies entspricht auch der Analyse des *potential benefit test* bei der verdeckten Gewinnausschüttung, siehe hinten S. 112.

²²⁶ Vgl. AEBI, S. 116.

Interzession ist jedoch keine Sanierungsleistung, die der Verlustdeckung und Beseitigung einer Überschuldung dient. Unter Sanierungsleistungen sind Kapitalzuschuss, Forderungsverzicht, Schuldübernahme und Schuldbeitritt zu verstehen. Die Interzession im Interesse des Aktionärs hat deshalb keinen Sanierungscharakter und sollte stets in unmittelbarer Weise, aber unter Berücksichtigung der mittelbaren Vorteile und Gegenleistungen, adäquat abgegolten werden.²²⁷ Die genaue Bewertung der Adäquanz der Abgeltung gehört thematisch vorwiegend zum Problemkreis der verdeckten Gewinnausschüttung und der aktienrechtlichen Rückstellungspflicht und wird dort vertieft behandelt (siehe hinten, S. 105 ff.).

f) Sicherung des Ausgleichs durch echten Vertrag zugunsten Dritter

Eine Vorkehrung der Bank kann darin bestehen, dass im Kreditvertrag zwischen der Bank und der Aktionärin einerseits und im Interzessionsvertrag zwischen der Bank und der abhängigen Gesellschaft andererseits stipuliert wird, dass die Gesellschaft eine – stets unter Berücksichtigung und Bewertung der mittelbaren Vorteile und Gegenleistungen – adäquate Interzessionsgebühr erhält. Im Kreditvertrag ist es möglich, die Pflicht zur adäquaten Gegenleistung als *echten Vertrag zu Gunsten Dritter* im Sinne des Art. 112 Abs. 2 OR auszugestalten. Darin verspricht die Darlehensnehmerin der Darleiherin, dass sie ihre Tochtergesellschaft für die im Rahmen des Darlehensvertrages geleisteten Interzessionen adäquat entschädigen wird und beschreibt, mit welchen Gegenleistungen und in welcher Höhe dies geschieht. Es ist auch möglich, die Weiterleitung der Darlehensvaluta an eine Tochtergesellschaft explizit als Verwendungszweck in den Kreditvertrag aufzunehmen und ebenfalls als echten Vertrag zugunsten Dritter auszugestalten.²²⁸ Die adäquate Gegenleistung kann überdies in der Präambel des Interzessionsvertrages zwischen der Bank und der Interzedentin erwähnt werden. Die Beschreibung der Entschädigung könnte analog zum deutschen Ausgleichsanspruch bei nachteiligen Weisungen im faktischen Konzern nach § 311 Abs. 2 AktG erfolgen, jedoch als Bestandteil des Darlehensvertrags in der Form eines echten Vertrags zugunsten der Interzedentin.

Die Ernsthaftigkeit solcher Aktionärversprechen, die Interzession nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* abzugelten, ist kaum überprüf-

²²⁷ Siehe dazu eingehend hinten S. 107 ff.

²²⁸ Vgl. SCHNEIDER, S. 499 FN 3, der folgenden Wortlaut vorschlägt: „Dieser Kredit dient zur Weiterleitung an die Tochtergesellschaft X.“ Dies begründet jedoch noch keinen echten Vertrag zugunsten Dritter.

bar.²²⁹ Wird hingegen aufgrund des echten Vertrags zugunsten Dritter ein selbständiges Klagerecht für die Interzedentin begründet, kann diese die adäquate Gegenleistung selbst einfordern.²³⁰ Dadurch verschiebt sich die Verantwortung zurück zur Interzedentin. Da hiermit tatsächlich ein klagbarer Anspruch entsteht, ist der Nachweis der Bösgläubigkeit seitens der Bank hinsichtlich der Vertretungsmacht nochmals erschwert und der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB eindeutig Genüge getan.

AEBl²³¹ verneint die Massgeblichkeit der subjektiven Sicht auf das Gesellschaftsinteresse und damit des guten Glaubens hinsichtlich der Vertretungsbefugnis bei möglichen Interessenkonflikten. Nach seiner Ansicht ist für die Rechtmässigkeit der Interzession einzig die Verpflichtung zur adäquaten Gegenleistung massgebend. Ohne adäquate Gegenleistung ist die Interzession als verdeckte Gewinnausschüttung seines Erachtens nichtig, ohne dass der gute Glaube hinsichtlich der Vertretungsbefugnis etwas daran ändern würde.

Nach der hier vertretenen Auffassung erfasst jedoch die Regelung durch das Begriffspaar der Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht und damit der Gutglaubensschutz Dritter die Summe aller gesellschaftsinternen, gewillkürten oder aktienrechtlichen Schranken. Auf diese Ansicht ist im folgenden Abschnitt vertieft einzugehen.

III. Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis

1. Problemstellung und Definitionen

Art. 718a OR definiert die *Vertretungsmacht* der für die Gesellschaft handelnden Personen anhand des Gesellschaftszwecks und steckt den Rahmen des „rechtlichen Könnens“ im Aussenverhältnis ab. Die *Vertretungsbefugnis* hingegen steht für das „rechtliche Dürfen“²³² im Innenver-

²²⁹ Vgl. AEBl, S. 107 f.; vgl. VON BÜREN, S. 173.

²³⁰ Vgl. hierzu die Rechtslage in Deutschland. Bekommt die abhängige Interzedentin nicht während des Jahres einen Ausgleich für die nachteiligen Geschäfte, muss die herrschende Gesellschaft am Ende des Geschäftsjahres genau darlegen, wann und durch welche Vorteile die nachteiligen Geschäfte ausgeglichen werden sollen. Dies hat durch Gewährung eines Rechtsanspruchs zu geschehen (§ 311 Abs. 2 AktG).

²³¹ Vgl. AEBl, S. 102 f.

²³² ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 186 f.; ZOBL, Probleme, S. 294; ZOBL, Haftung, S. 437; VON BÜREN, S. 148; ZÜRCHER, S. 32 f.

hältnis und ist beliebig einschränkbar.²³³ Dieses durch Differenzierung sich ergänzende Begriffspaar (*Dichotomie*) spielt in den meisten Problemkreisen dieser Arbeit eine wesentliche Rolle. Der hinsichtlich der Vertretungsbefugnis gutgläubige Dritte darf sich auf die Vertretungsmacht anhand des Gesellschaftszwecks in seiner weiten bundesgerichtlichen Auslegung verlassen.²³⁴ Er muss sich lediglich die im Handelsregister eintragbaren Beschränkungen (Beschränkung der Vertretungsmacht auf eine Haupt- oder Zweigniederlassung sowie die Kollektivunterschrift) entgegenhalten lassen.²³⁵ Die weite Auslegung des Gesellschaftszwecks und damit der Vertretungsmacht dient nicht nur dem Verkehrs- und Gutglaubensschutz Dritter. Sie liegt auch im Interesse der Gesellschaft, indem der Dritte nicht bereits auf der Gültigkeit des Geschäfts bestehen kann, wenn er gutgläubig annahm, das Geschäft sei vom Zweck der Gesellschaft gedeckt.²³⁶

Der gute Glauben des Dritten muss sich demnach darauf beziehen, dass das geplante Geschäft durch die *Vertretungsbefugnis* gedeckt ist.²³⁷ Beschränkungen der Vertretungsbefugnis können explizit in Organisationsreglementen, Weisungen und Arbeitsverträgen enthalten sein. Bei den stillschweigenden Beschränkungen der Vertretungsbefugnis ist an Geschäfte zu denken, die zwar nicht ausdrücklich verboten sind, aber dem mutmasslichen Willen der vertretenen Gesellschaft widersprechen, weil sie beispielsweise nicht vorteilhaft oder mit einem Interessenkonflikt behaftet sind.²³⁸ In diese Kategorie fällt auch die Interzession im Interesse des Aktionärs. Der Interessenkonflikt besteht darin, dass der Aktionär ein Darlehen zu möglichst günstigen Konditionen möchte, weshalb sich eine Besicherung aufdrängt. Die Gesellschaft möchte jedoch kaum ihre Vermögenswerte mit Pfandrechten zugunsten einer fremden Schuld belasten. Schon gar nicht liegt es in ihrem Interesse, dies unentgeltlich tun.²³⁹

²³³ ZOBL, Probleme, S. 294 f.; vgl. WATTER, Verpflichtung, N 186; vgl. ZÜRCHER, S. 33.

²³⁴ Vgl. BGE 116 II 323: „Unter Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann, sind nicht bloss solche zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen; erfasst sind vielmehr ebenfalls ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht geradezu ausgeschlossen werden.“

²³⁵ Art. 718a Abs. 2 OR; vgl. ZOBL, Haftung, S. 437.

²³⁶ Vgl. KUMMER, ZBJV 107 (1971) S. 216.

²³⁷ Vgl. STUTZ/VON DER CRONE, S. 104 f.; vgl. ZOBL, Haftung, S. 438; ZOBL, Probleme, S. 297: „War der Dritte mit Bezug auf die im Innenverhältnis bestehende Beschränkung der Vertretungsbefugnis gutgläubig, so kann sie ihm nicht entgegengehalten werden“; BGE 126 III 363.

²³⁸ ZOBL, Probleme, S. 295 f.; BGE 126 III 363 f.; Beispiele von Fällen der Interessenkollisionen bei ZOBL, Probleme, S. 304 f.

²³⁹ Vgl. ZIMMERLING, S. 58 f.

Der gute Glaube wird gemäss Art. 3 Abs. 1 ZGB vermutet. Die Gesellschaft kann Kenntnis der geringeren Vertretungsbefugnis seitens der Gegenpartei beweisen oder gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB die Vermutung des guten Glaubens dadurch widerlegen, indem sie zeigt, dass die sich auf den guten Glauben berufende Partei angesichts der Umstände nicht die gebotene Aufmerksamkeit an den Tag legte und somit *normativ* bösgläubig handelte.²⁴⁰ Der Sorgfaltsmassstab richtet sich gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB nach den Umständen des Einzelfalles.²⁴¹ Das Bundesgericht wendet überdies eine weitere Unterscheidung an: Bei Missbrauch der Vertretungsmacht genügen schwache Zweifel zur Begründung der Bösgläubigkeit, während bei einer blossen Überschreitung ernsthafte Zweifel zur Annahme der Bösgläubigkeit vorausgesetzt werden.²⁴²

Im Falle der Interzession im Interesse des Aktionärs steht der gute Glaube der kreditgebenden Bank hinsichtlich der Vertretungsbefugnis auf dem Prüfstand. Bei grossen Kreditverträgen gehören Organisationsreglemente und Statuten als integraler Bestandteil regelmässig zur Kreditdokumentation. Darin enthaltene Beschränkungen der Vertretungsbefugnis werden auf diesem Wege der Bank offengelegt. Nach Art. 9 Abs. 3 BankV hat die Geschäftsführung die für die Beschlussfassung und Überwachung der Kredite erforderlichen Unterlagen zusammenzustellen. Diese müssen auch der bankengesetzlichen Revisionsstelle erlauben, sich ein zuverlässiges Urteil über das Geschäft zu bilden. Dies ist Teil der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit der Bank im Sinne des Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.²⁴³ Allfällige Beschränkungen der Vertretungsbefugnis in Arbeitsverträgen, mündlichen und schriftlichen Weisungen oder Instruktionen bleiben der

²⁴⁰ BGE 119 II 25.

²⁴¹ Vgl. ZÜRCHER, S. 35, der auch die Meinungen zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 933 Abs. 2 OR oder Art. 3 Abs. 2 ZGB darlegt. Der wesentliche Unterschied liegt darin, dass bei Art. 933 Abs. 2 OR nur Absicht den Tatbestand der Bösgläubigkeit erfüllt, während bei Art. 3 Abs. 2 ZGB auch leichte Fahrlässigkeit zur Zerstörung des guten Glaubens ausreicht. Richtigerweise ist Art. 3 Abs. 2 ZGB anwendbar, denn Art. 933 Abs. 2 OR bezieht sich auf eintragungspflichtige Tatsachen im Handelsregister. Interne Beschränkungen der Vertretungsmacht – wie sie beispielsweise stillschweigend für Geschäfte mit Interessenkonflikt gelten – lassen sich mit Ausnahme der in Art. 718a Abs. 2 OR erwähnten Tatbestände gar nicht eintragen. In BGE 126 III 364 f. wird zutreffend und ohne explizite Nennung von Art. 3 Abs. 2 ZGB vom Fahrlässigkeitsbegriff und nicht von einer allfälligen Absicht ausgegangen: „*Vorliegend behauptet die Klägerin jedoch, die Beklagte sei bösgläubig gewesen. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob diese den Interessenkonflikt erkannt hat oder hätte erkennen müssen.*“

²⁴² BGE 119 II 27; vgl. die Kritik zu diesem Entscheid bei ZOBL, Haftung, S. 439 und BÄR, ZBJV 131, S. 433.

²⁴³ Vgl. hierzu die Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 2. Dezember 1985 in EBK-Bulletin 16 (1986), S. 27 ff.

Kreditgeberin hingegen regelmässig verborgen, was sich kaum vermeiden lässt.

Die gebotene durchschnittliche Aufmerksamkeit ist anhand der Umstände zu bestimmen.²⁴⁴ Grundsätzlich ist die kreditgebende Bank nicht verpflichtet, nach Beschränkungen der Vertretungsbefugnis zu suchen.²⁴⁵ Angesichts des professionellen Hintergrundes von Kreditinstituten, die sich bei Kredittransaktionen Bilanzen und gesellschaftsrechtliche Dokumente (Statuten, Organisationsreglement, Handelsregisterauszug etc.) vorlegen lassen und aufgrund des Bankengesetzes zur Erstellung einer Kreditdokumentation verpflichtet sind, ist folglich aufgrund der gesamten Umstände von einem erhöhten Sorgfaltsmassstab auszugehen.²⁴⁶ Anhand der Kredit- und Sicherheitenverträge weiss die Bank überdies, wer für wessen Schuld Sicherheiten bestellt. Angesichts des bekannten Missbrauchspotentials und des möglichen Interessenkonflikts bei der Interzession im Interesse des Aktionärs muss die kreditgebende Bank deshalb höchste Vorsicht walten lassen.²⁴⁷

Die stets mögliche und oft praktizierte Erweiterung des Gesellschaftszwecks hin zu einem Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck *genügt indessen nur vordergründig* und bleibt insbesondere dann ohne Wirkung, wenn die durch den Gesellschaftszweck definierte Vertretungsmacht intern beschränkt worden ist. Wie unter § 4 I gezeigt, erlaubt die weite bundesgerichtliche Auslegung des Gesellschaftszwecks und damit der Vertretungsmacht die Interzession im Interesse des Aktionärs. Interessewidrige Geschäfte sind jedoch von der Vertretungsbefugnis stillschweigend ausgeschlossen. Ein erweiterter Gesellschaftszweck vergrössert zwar die Vertretungsmacht, aber beseitigt die allfällige Beschränkung der Vertretungsbefugnis nicht. Deshalb ist vielmehr auf eine Klarstellung hinsichtlich der Vertretungsbefugnis der für die Gesellschaft handelnden Organe durch neben- oder übergeordnete Organe hinzuwirken. Auf derartige Genehmigungshandlungen ist nachfolgend und unter Ziff. 3 einzugehen.

2. Generelle Anwendbarkeit der Dichotomie der Vertretungsmacht und -befugnis

Gemäss Art. 718a OR können die Vertreter der Gesellschaft alle Handlungen vornehmen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen

²⁴⁴ Vgl. ZOB, Probleme, S. 299 f.

²⁴⁵ Vgl. ZOB, Probleme, S. 299 f.

²⁴⁶ Vgl. hierzu ZIMMERLING, S. 148 f. und ZOB, Sicherungsgeschäfte, S. 187.

²⁴⁷ ZOB, Sicherungsgeschäfte, S. 187 FN 22.

kann. Der hinsichtlich der Vertretungsbefugnis gutgläubige Dritte kann sich auf die Vertretungsmacht verlassen, die durch den Gesellschaftszweck definiert wird. Interne Beschränkungen, die er nicht kannte, muss er sich grundsätzlich nicht anrechnen lassen. Von der Vertretungsbefugnis *stillschweigend* ausgeschlossen sind nach dem mutmasslichen Willen der Gesellschaft jene Geschäfte, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen.²⁴⁸

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Dichotomie der Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis auch auf andere Einschränkungen des Aktienrechts anwendbar ist, wie zum Beispiel auf die verdeckte Gewinnausschüttung (Art. 678 Abs. 2 OR) oder das Verbot der Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR). Diese Normen beschränken zweifellos auch die Vertretungsbefugnis der für die Gesellschaft handelnden Organe. Sie richten sich primär an die Gesellschaft, die Aktionäre, die Mitglieder des Verwaltungsrats oder an Dritte, die diesen *nahe stehen*. Sie regeln die Folgen einer verdeckten Gewinnausschüttung für diese Personen explizit, nicht jedoch die Folgen für unabhängige Dritte.

Bei fehlender Gutgläubigkeit des Dritten in die Vertretungsbefugnis kommt das Geschäft nicht zustande. Bereits erhaltene Leistungen müssen nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückerstattet werden.²⁴⁹ Für die *nahe stehenden Dritten* fällt das abgeschlossene Geschäft nicht dahin, sondern es entsteht eine Rückerstattungspflicht hinsichtlich derjenigen Leistungen, die in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen (Art. 678 Abs. 2 OR). Die Anforderungen der Rückerstattungspflicht und der Dichotomie der Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis sind sich im Ergebnis jedoch ähnlich, denn das Erfordernis der Bösgläubigkeit hinsichtlich der Vertretungsbefugnis dürfte im Erfordernis des offensichtlichen Missverhältnisses im Sinne des Art. 678 Abs. 2 OR aufgehen. Besteht ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Leistung der Gesellschaft (die Interzession) und Gegenleistung der Aktionärin (Abgeltung der Interzession), so kann sich der nahe stehende Dritte kaum auf seinen guten Glauben berufen.²⁵⁰

²⁴⁸ Vgl. BGE 126 III 363; vgl. ZOBL, Probleme, S. 295 f.

²⁴⁹ Vgl. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 191.

²⁵⁰ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 122. Unterschiede zwischen der Rückerstattungspflicht und der Dichotomie der Vertretungsmacht und -befugnis ergeben sich bei der längeren Verjährungsfrist des Rückerstattungsanspruchs, die gemäss Art. 678 Abs. 4 OR fünf Jahre beträgt, während normale Bereicherungsansprüche mit Ablauf eines Jahres ab Kenntnis des Anspruchs verjähren (vgl. Art. 67 Abs. 1 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 123). Der Minderheitsaktionär hat gegen den Empfänger nur ein Klagerecht bei Vorliegen einer ver-

ZOBL und SPÖRRI gehen davon aus, dass die Grundsätze der Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht auch für die internen aktienrechtlichen Beschränkungen des Verbots der Einlagerückgewähr und der verdeckten Gewinnausschüttung gelten.²⁵¹ Die kreditgebende Bank fällt nicht in die Kategorie des *nahe stehenden Dritten* im Sinne des Art. 678 Abs. 2 OR und ist somit nicht Normadressatin der Ausschüttungsvorschriften.²⁵² Die Bank erhält durch die Interzession im Interesse des Aktionärs auch keine Gewinnausschüttung. Es ist vielmehr der Aktionär, der in den Genuss der Besicherung seines Kredits kommt, was sich in günstigeren Konditionen, einer höheren Kreditlimite oder in der Tatsache manifestiert, dass er erst aufgrund der Interzession Kreditwürdigkeit erlangt.²⁵³ Diese Vorteile stellen eine geldwerte Leistung der Gesellschaft an ihren Aktionär, nicht an die Kreditgeberin dar.

Die Argumentation des Zürcher Handelsgerichts aus dem Jahr 1987 spricht ebenfalls für die Ansicht von ZOBL und SPÖRRI.²⁵⁴ In diesem Fall liessen zwei Verwaltungsräte eine persönliche Schuld – es ging in casu um die Rückzahlung des Darlehens, das für die Liberierung des Aktienkapitals verwendet worden war – über die Gesellschaft zurückzahlen. Das Handelsgericht führte aus, dass die Schuldenregulierung von Dritten, Aktionären und Verwaltungsräten vorliegend auf eine Rückzahlung des Aktienkapitals hinauslaufe, was gegen das Verbot der Einlagerückgewähr verstosse. Der Dritte wusste dies, weshalb er hinsichtlich der Vertretungsbefugnis nicht gutgläubig war.²⁵⁵ Es ist somit erstellt, dass die Dichotomie der Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis alle aktienrechtlichen Einschränkungen erfasst.

deckten Gewinnausschüttung, nicht aber bei einer Überschreitung der Vertretungsbefugnis. In letzterem Falle kann er nur gegen den Verwaltungsrat auf Ersatz gemäss Art. 754 OR klagen, siehe WATTER, verdeckte Gewinnausschüttung, S. 153 FN 48.

²⁵¹ ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 187 und 190 ff.; vgl. SPÖRRI, S. 210 f. und 218 f.; vgl.

WATTER, verdeckte Gewinnausschüttung, S. 153.

²⁵² Vgl. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 190.

²⁵³ Vgl. ZIMMERLING, S. 66 f.

²⁵⁴ ZR 1990 Nr. 36 S. 63.

²⁵⁵ ZR 1990 Nr. 36 S. 63: „Damit lag eine Rückzahlung des Aktienkapitals vor, die gesetzlich untersagt ist (Art. 680 Abs. 2 OR) und selbstredend ebenfalls durch den Zweck der Aktiengesellschaft nicht gedeckt wird. X, der sowohl bei der Klägerin als auch bei der Beklagten im Verwaltungsrat war, hatte von dieser Aktion nicht nur Kenntnis, sondern war sogar an dieser beteiligt. Die Beklagte war deshalb im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bösgläubig.“

3. Genehmigung durch neben- oder übergeordnete Organe

a) Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung die Vertretungsmacht bei Selbstkontrahieren und Doppelvertretung abgelehnt, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen liege aufgrund der Natur des Geschäfts nicht vor oder es liege eine besondere vorgängige Ermächtigung oder nachträgliche Genehmigung des Geschäfts vor.²⁵⁶ In BGE 126 III 361 hatte das Bundesgericht die Frage zu beantworten, ob die Vertretungsmacht auch bei anderen Geschäften mit Interessenkollision in gleicher Weise wie beim Selbstkontrahieren automatisch dahinfällt. Es hat die Ausdehnung auf Geschäfte mit Interessenkollision abgelehnt, zu denen auch die Interzession im Interesse des Aktionärs gehört.²⁵⁷

Bei Geschäften mit Interessenkonflikten ist die Vertretungsbefugnis lediglich *stillschweigend* begrenzt. Aus Gründen der Verkehrssicherheit fällt die Vertretungsmacht nur dann weg, wenn der Dritte den Interessenkonflikt erkannt hat oder hätte erkennen können.²⁵⁸ Sofern das handelnde Organ im vorliegenden Fall Alleinaktionär der Aktiengesellschaft war, sah das Bundesgericht keinen Interessenkonflikt zwischen dem handelnden Organ und der vertretenen Gesellschaft. Das Schutzbedürfnis wurde insbesondere deshalb verneint, weil zu folgern sei, dass die vom handelnden Organ geplante Transaktion zugleich vom Willen der Generalversammlung gedeckt sei.²⁵⁹ Ein allfälliges Schutzbedürfnis von Gläubigern wurde in Abweichung zur früheren Rechtsprechung²⁶⁰ verneint, da das Verbot des Selbstkontrahierens und die beschränkte Gültigkeit von Rechtsgeschäften mit Interessenkonflikten allein dem Schutz der Gesellschaft diene; den

²⁵⁶ BGE 126 III 363; 89 II 325; 95 II 453 und 621; 99 Ia 9.

²⁵⁷ Im konkreten Fall erhielt Freddy Schwegler *wirtschaftlich betrachtet* ein Darlehen, dessen Rückzahlung die G. Schwegler AG versprach. Alleiniger Aktionär der G. Schwegler AG war Freddy Schwegler.

²⁵⁸ BGE 126 III 363 f.; vgl. ZOBL, Probleme, S. 305, der die Normextension ebenfalls mit der Begründung ablehnt, dass bei Insichgeschäften die Rechts- und Verkehrssicherheit durch den Hinfall der Vertretungsmacht nicht tangiert ist, da Doppelvertretung und Selbstkontrahierung sofort erkennbar sind.

²⁵⁹ BGE 126 III 366; STOFFEL/HEINZMANN, S. 203, nennen dies „Interessendurchgriff“ und kritisieren, dass damit auch Rechtsgeschäfte, die in einem Eigeninteressenkonflikt abgeschlossen wurden, gegenüber bösgläubigen Vertragsparteien Bestand haben, sofern keine weiteren Aktionäre vorhanden sind.

²⁶⁰ BGE 50 II 184 f.; vgl. hierzu STOFFEL/HEINZMANN, S. 202.

Gläubigern stünden zum Schutz ihrer Interessen die paulianischen Anfechtungsklagen und die Verantwortlichkeitsklage zur Verfügung.²⁶¹

Es stellt sich die Frage, wie es sich bei Aktiengesellschaften verhält, die nicht von einem Alleinaktionär gehalten werden, oder bei denen das für die Gesellschaft handelnde Organ nicht zugleich Alleinaktionär ist. Es ist davon auszugehen, dass das Geschäft von anderen Verwaltungsräten gemäss ihrer Zeichnungsbefugnis genehmigt werden kann.²⁶² Existieren keine unabhängigen Verwaltungsräte, die das Geschäft ohne Interessenkonflikt genehmigen könnten, sieht die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Schutz der Minderheitsaktionäre die Notwendigkeit einer vorgängigen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung mittels eines anfechtbaren Beschlusses vor.²⁶³ Verwaltungsratsbeschlüsse kann man nicht anfechten, weshalb damit ein Generalversammlungsbeschluss gemeint sein muss.²⁶⁴

Das Vorliegen mehrerer Aktionäre lässt indessen nicht zwingend den Schluss zu, dass ein Interessenkonflikt unter den Aktionären existiert. Dass weitere Aktionäre vorhanden sind, ist lediglich eine notwendige, jedoch nicht hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen eines Interessenkonflikts. Sind die weiteren Aktionäre beispielsweise als Verwaltungsräte bloss fiduziarische Halter einer Qualifikationsaktie oder aufgrund eines Mandatsvertrages verpflichtet, sich den Interessen des Hauptaktionärs unterzuordnen, so liegen keine unterschiedlichen Interessen vor.²⁶⁵

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bewirkt eine Stärkung der Position der Minderheitsaktionäre und der Gesellschaftsgläubiger. Wenn das Bundesgericht fordert, dass die Genehmigung des Geschäfts in Form eines anfechtbaren Beschlusses ergehe, schützt es vordergründig zwar nur die Minderheitsaktionäre. Das Bundesgericht hält sogar fest, dass es mit der

²⁶¹ BGE 126 III 366 f.; vgl. BGE 93 II 481; vgl. STOFFEL/HEINZMANN, S. 202 f.; die folgenden Autoren sprechen sich ebenfalls dafür aus, dass die Gläubiger mit den Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklagen genügend geschützt sind: ZOBL, Probleme, S. 312 f.; LEMP, S. 323. Dagegen sprechen sich STOFFEL/HEINZMANN auf S. 208 f. und STUTZ/VON DER CRONE, S. 109 aus.

²⁶² Zur Begründung dieser Ansicht siehe S. 65 ff.

²⁶³ BGE 126 III 366 und 127 III 335; vgl. dazu SCHOTT, S. 208 ff.; vgl. a. M. ZÄCH, Art. 33 N 81, der im Stellvertretungsrecht bei Besitz der Mehrheit oder Gesamtheit der Aktien davon ausgeht, dass eine spezielle Bevollmächtigung auch zum Selbstkontrahieren vorliegt; problematisch ist jedoch die fehlende Anfechtungsmöglichkeit für die Minderheitsaktionäre.

²⁶⁴ Zur fehlenden Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 31 N 41.

²⁶⁵ BGE 4C.329/2000, Erw. 4a und b. Dies ist der Folgeentscheid des Bundesgerichts, nachdem die Streitsache in BGE 126 III 367 an die untere Instanz zwecks Feststellung, ob Schwegler Alleinaktionär gewesen sei, zurückgewiesen worden ist. Zum Begriff der *Qualifikationsaktie* im Sinne von Art. 707 Abs. 1 OR siehe BÖCKLI, § 13 N 32.

Rechtsprechung zur beschränkten Gültigkeit von Rechtsgeschäften mit Interessenkonflikt nur die Minderheitsaktionäre schützen wolle und verweist für die Belange der Gesellschaftsgläubiger auf die Verantwortlichkeits- und die paulianischen Anfechtungsklagen.²⁶⁶ Den Gläubigern zugute kommt jedoch, dass der Generalversammlungsbeschluss nicht nur anfechtbar, sondern sogar *nichtig* ist, wenn dadurch die Kapitalschutzvorschriften verletzt werden (Art. 706b Ziff. 3 OR).²⁶⁷ Darunter sind Normen zu verstehen, die das Grundkapital und gesetzliche Reserven schützen. Die verdeckte Gewinnausschüttung fällt nicht darunter, deren Verletzung durch andere Normen und durch die blosser Anfechtbarkeit korrigiert wird.²⁶⁸ Die Anfechtbarkeit bzw. die Nichtigkeit des Generalversammlungsbeschlusses kommt auch den Gesellschaftsgläubigern bei der Verfolgung ihrer Interessen im Konkurs im Rahmen der paulianischen Anfechtung und bei den Verantwortlichkeitsklagen zugute.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung fördert überdies die Rechtssicherheit. Diese gebietet nämlich, dass der Dritte, der den Interessenkonflikt erkannt hat, sich aufgrund des Gutglaubensschutzes auf die *Bestätigung der Vertretungsbefugnis* durch das zuständige Organ oder die Vormundschaftsbehörde verlassen darf.²⁶⁹

b) Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

STOFFEL/HEINZMANN bezeichnen den Entscheid BGE 126 III 361 als *erstaunlich tolerant*.²⁷⁰ Sie kritisieren, dass es damit zu einem Interessendurchgriff komme, welcher der Natur der Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft nicht gerecht werde. Die Interessen der Gesellschaft würden mit denjenigen des Alleinaktionärs gleichgesetzt. Diese Rechtsprechung habe zur Folge, dass auch Rechtsgeschäfte, die in einem Eigeninteressenkonflikt abgeschlossen wurden, gegenüber bösgläubigen Vertragsparteien Bestand hätten, sofern keine weiteren Aktionäre vorhanden seien.²⁷¹ Die Gläubiger und Minderheitsaktionäre, die auf beschwerliche und risikoreiche Klagen

²⁶⁶ BGE 126 III 366.

²⁶⁷ Vgl. ZÜRCHER, S. 39.

²⁶⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 98 f. und § 50 N 130; a.A. BÖCKLI, § 16 N 172, der unter die Kapitalschutznormen alle Kapitalschutzvorschriften subsumiert (vgl. aber auch BÖCKLI, § 12 N 547 f.); differenzierend dazu OR-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 16 und 16a.

²⁶⁹ Vgl. die Überlegungen in BGE 120 II 10.

²⁷⁰ STOFFEL/HEINZMANN, S. 199.

²⁷¹ STOFFEL/HEINZMANN, S. 203.

verwiesen würden und oft nicht über die notwendigen Informationen verfügten, seien durch die direkte Ungültigkeitsfolge besser geschützt.²⁷²

Diese Kritik geht von einem unterschiedlichen Verständnis der Bösgläubigkeit aus. War Freddy Schwegler in BGE 126 III 361 Alleinaktionär und einziger Verwaltungsrat, so waren seine Handlungen von der Generalversammlung jederzeit gedeckt. Die Vertretungsbefugnis hinsichtlich des interessewidrigen Geschäfts wurde somit von Freddy Schwegler als Alleinaktionär bestätigt.²⁷³ Damit war die Kaufmann & Co. als Vertragspartnerin *gutgläubig* hinsichtlich der Vertretungsbefugnis des Freddy Schwegler als einzigem Verwaltungsrat der G. Schwegler AG. Dies muss aus Verkehrsschutz- und Rechtssicherheitsgründen genügen.²⁷⁴ Zuzustimmen ist STOFFEL/HEINZMANN darin, dass dadurch alleine noch keine adäquate Entschädigung der Interzession erreicht wird und der Vertragspartner trotz Gutgläubigkeit hinsichtlich der Vertretungsbefugnis möglicherweise weiss, dass ein für die Interzedentin nachteiliges Geschäft abgeschlossen worden ist. Das Problem des Interessenkonflikts ist so tatsächlich nicht umfassend gelöst. Es wird lediglich auf eine andere Ebene verschoben, nämlich diejenige des SchKG, des Strafrechts sowie der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, die allesamt den geschädigten Gläubigern indessen erhebliche Bürden zumuten.

Die Kritik von STOFFEL/HEINZMANN trifft weiter einen berechtigten Punkt, nämlich dass die Gläubiger oder Minderheitsaktionäre die Klagelast und das Klagerisiko tragen müssen. Immerhin erfahren die Minderheitsaktionäre durch das bundesgerichtliche Erfordernis des anfechtbaren Entscheids, was für ein Geschäft geplant ist. Diese Tatsache allein dürfte *de facto* für eine gewisse Präventionswirkung und Mässigung des Verwaltungsrats und Hauptaktionärs sorgen. Kommt es trotzdem zu einem Generalversammlungsbeschluss, der ein Geschäft gestattet, das eine Einlagerückgewähr bewirkt, liegt sogar Nichtigkeit vor (Art. 706b Ziff. 3 OR). Die drohende Anfechtung oder gar Nichtigkeit des Genehmigungsbe-

²⁷² STOFFEL/HEINZMANN, S. 207 ff. Sie argumentieren, dass die Fristen für die Anfechtungsklagen des SchKG zu kurz bemessen seien und die Überschuldung im Zeitpunkt der Benachteiligung oft noch nicht vorliege (STOFFEL/HEINZMANN, S. 208 f.).

²⁷³ In dieser Arbeit bezieht sich der gute Glaube bei Geschäften mit Interessenkonflikten darauf, dass das Geschäft von der Vertretungsbefugnis gedeckt ist; siehe ZOBL, Haftung, S. 438; ZOBL, Probleme, S. 297: „*War der Dritte mit Bezug auf die im Innenverhältnis bestehende Beschränkung der Vertretungsbefugnis gutgläubig, so kann sie ihm nicht entgegengehalten werden*“; BGE 126 III 363 und 366.

²⁷⁴ Das Bundesgericht hat in BGE 120 II 10 festgehalten, dass die Genehmigung durch das zuständige Organ für die Wahrung des guten Glaubens der Vertragspartei ausreichen muss.

schluss der Generalversammlung sorgt somit für den notwendigen Schutz.

Der Rest der Kritik fusst auf einer unterschiedlichen Wertung der Rechtssicherheit. Der Schutz der gutgläubigen und unabhängigen Vertragspartner der Gesellschaft ist höher zu gewichten als der Schutz der Minderheitsaktionäre, die selbst Teil der Gesellschaft sind und deshalb ein höheres Risiko tragen müssen. Der Verkehrsschutz bzw. die Verkehrssicherheit sind die Hauptmotive der vom Bundesgericht getroffenen Regelung.²⁷⁵ Allerdings ist beizufügen, dass die Existenz weiterer Aktionäre für den Vertragspartner im Geschäftsalltag nur schwierig festzustellen ist, was der Verkehrssicherheit wiederum abträglich ist. Davon zeugt auch der weitere Prozessverlauf des BGE 126 III 361: Das Bundesgericht wies das Verfahren zur Feststellung der Frage zurück, ob Schwegler im relevanten Zeitpunkt alleiniger Aktionär war. Aus prozessualen Gründen erhob das St. Galler Handelsgericht keine weiteren Beweise und entschied aufgrund der vorhandenen Akten, obwohl entsprechende Tatsachenbehauptungen fehlten. Den Zustand der Beweislosigkeit hatte in Übereinstimmung mit Art. 8 ZGB die Klägerin (G. Schwegler AG im Konkurs) zu tragen, denn sie berief sich auf die mangelhafte Willensbildung, den Interessenkonflikt und dessen Erkennbarkeit als rechtsaufhebende Tatsachen. Die Klage wurde abgewiesen, was vom Bundesgericht bestätigt wurde.²⁷⁶ Das Bundesgericht führte im zweiten Entscheid folgendes aus:

„Auf Berufung der Klägerin erkannte das Bundesgericht, Freddy Schwegler als handelndes Organ der Klägerin habe diese nur gültig vertreten können, sofern kein für die Beklagte erkennbarer Interessenkonflikt zwischen ihm und der Klägerin bestand. Ein Interessenkonflikt sei indes ausgeschlossen, wenn das handelnde Organ Alleinaktionär gewesen sei, mithin das abgeschlossene Geschäft den Interessen allfälliger Minderheitsaktionäre nicht zuwiderlaufe.“²⁷⁷

Es stellt sich die Frage, ob dies den angestrebten Verkehrsschutz nicht gleich wieder zunichte macht. Es ist jedoch den Vertragsparteien zuzumuten, bei erkanntem Interessenkonflikt Nachforschungen zu betreiben und auf eine formelle und explizite Genehmigung durch die Generalversammlung hinzuwirken. Es lohnt sich deshalb, aus Beweisgründen festzuhalten, wie das Aktionariat strukturiert ist und ob trotz der Existenz von Minderheitsaktionären aufgrund besonderer Situationen kein Interessen-

²⁷⁵ BGE 126 III 364; vgl. 120 II 10.

²⁷⁶ Handelsgericht des Kantons St. Gallen, Entscheid HG.2000.67-HGK vom 29. September 2000 und BGE 4C.329/2000.

²⁷⁷ BGE 4C.329/2000 B.

konflikt vorliegt. Dies kann der Fall sein, wenn die Minderheitsaktionäre bloss als Verwaltungsräte eine Qualifikationsaktie – allenfalls sogar nur auf fiduziarischer Basis – halten.²⁷⁸ Die Feststellung des Aktionariats ist bei kleineren Alltagsgeschäften tatsächlich eine unpraktische Bürde. Bei grossen Kreditverträgen hingegen dürfte dieser Zusatzaufwand nicht ins Gewicht fallen.

In der Lehre ist das notwendige Quorum des Genehmigungsbeschlusses der Generalversammlung strittig. Nachfolgend soll gezeigt werden, welche Problematik die Genehmigung innehat, welche Quoren für einen Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung gelten und welche Organe für die Genehmigung der Interzession im Interesse des Aktionärs zuständig sein können.

c) Problematik der Genehmigung

Im Aktienrecht gilt das so genannte *Paritätsprinzip*. Die gesellschaftlichen Organe einer Aktiengesellschaft stehen nicht hierarchisch übereinander, sondern funktional nebeneinander.²⁷⁹ Nebst den einzelnen, explizit genannten Kompetenzbereichen im Gesetz hat der Verwaltungsrat eine Auffangkompetenz gemäss Art. 716 Abs. 1 OR.²⁸⁰ Die gesetzliche Kompetenz-zuteilung ist somit lückenlos. Dennoch besteht häufig das Bedürfnis, ein umstrittenes oder besonders wichtiges Geschäft der Generalversammlung vorzulegen. Angesichts der Lückenlosigkeit der Kompetenzzuteilung ist dies zwar grundsätzlich nicht zulässig. Lehre und Rechtsprechung gewähren aber einige Ausnahmen, namentlich bei Vorliegen von Interessenkonflikten.²⁸¹ Darunter fällt auch die Interzession im Interesse des Aktionärs.

Die Bestellung von Sicherheiten für *eigene* Schulden fällt in die Kategorie der Verwaltungshandlungen. Wird die Sicherheit hingegen für Schulden der Mutter- oder Schwestergesellschaft bestellt, so befindet sich der für die Gesellschaft handelnde Verwaltungsrat in einem Interessenkonflikt. Als Mehrheitsaktionär liegt die Interzession zwar in seinem eigenen Interesse, aber nicht in demjenigen der Minderheitsaktionäre oder der Gesellschaft. Der Hauptaktionär macht sodann häufig für die Interzession zu seinen

²⁷⁸ Vgl. BGE 4C.329/2000 Erw. 4b.

²⁷⁹ MEIER-SCHATZ, S. 264, der auch festhält, dass der Begriff „oberstes Organ“ in Art. 698 Abs. 1 OR missverständlich ist und nicht auf etwa auf eine Hierarchie deutet, sondern vielmehr auf die grundlegende Bedeutung der Aufgaben, die der GV anvertraut sind; vgl. VON GREYERZ, S. 185; STUTZ/VON DER CRONE, S. 108; vgl. BERTSCHINGER, S. 131.

²⁸⁰ BÖCKLI, § 13 N 296 („Kompetenzauffangbecken“); VON GREYERZ, S. 198.

²⁸¹ BÖCKLI, § 12 N 44.

Gunsten seinen Einfluss geltend. Ist der Verwaltungsrat nicht oder nur in unbedeutendem Masse Aktionär, droht ihm im Verweigerungsfall die Abwahl durch den Mehrheitsaktionär. Stimmt er dem interessewidrigen Geschäft zu, drohen ihm Verantwortlichkeitsklagen.²⁸²

4. Zuständiges Genehmigungsorgan

Bei der Genehmigung von Geschäften mit Interessenkollision ist nach demselben Vorgehen wie bei der Genehmigung von Doppelvertretung und Selbstkontrahierung vorzugehen: Es ist die Genehmigung eines neben- oder übergeordneten Organs zu suchen. In der reichen Kasuistik und Lehre finden sich Beispiele von Genehmigungshandlungen expliziter und stillschweigender Art sowie die Genehmigung durch einzelne oder alle Verwaltungsräte oder durch die Generalversammlung. Vereinzelt werden auch die Ernennung eines Beistands oder eines Sonderbeauftragten oder die unabhängige Begutachtung durch die Revisionsstelle mittels *fairness opinion* erwähnt.²⁸³

a) Verwaltungsrat

Es stellt sich nachfolgend die Frage, inwieweit die Genehmigung von Geschäften mit Interessenkonflikt durch einen einzelnen Verwaltungsrat, die übrigen Verwaltungsräte oder durch den Gesamtverwaltungsrat erfolgen kann.

aa) Bestimmung des zur Genehmigung befugten Verwaltungsrats

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung fordert nicht die Genehmigung der interessewidrigen Geschäfte durch den Gesamtverwaltungsrat, sondern lediglich durch einzelne Verwaltungsräte, die das in Frage kommende Geschäft ebenfalls nach Massgabe ihrer Zeichnungsberechtigung hätten abschliessen können.²⁸⁴ Eine weitergehende Differenzierung fehlt. Da die Ge-

²⁸² Zu diesem Interessenkonflikt und zur Veranlassung vgl. MK-KROPFF, § 311 N 73 und 76, HORMUTH, S. 120 und EMMERICH/SONNENSCHNIG/HABERSACK, S. 403: „Denn häufig erfolgt die Einflussnahme auf eher informellem Wege; insbesondere allgemein gehaltene Direktiven oder „Empfehlungen“ können das Handeln des Vorstands prägen, ohne dass eine aussenstehende Person in der Lage wäre, die konkrete Ursache einer einzelnen Massnahme darzutun.“

²⁸³ BGE 126 III 363; 127 III 334; STUTZ/VON DER CRONE, S. 105 f.; ZOBL, Probleme, S. 313; Handelsgericht und Bundesgericht in ZR 77 (1978) Nr. 44 S. 127.

²⁸⁴ BGE 127 III 334 f., insb. 334: „Dies bedeutet, dass jedes einzelne Mitglied des Verwaltungsrates nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung auch ein Insichgeschäft eines anderen Verwaltungsrates nachträglich genehmigen kann (...). Dies hat schon deshalb zu gelten, weil es einem Verwaltungsrat selbstredend möglich sein muss, ein von einem anderen Verwaltungsrats-

nehmungshandlung aufgrund des Interessenkonflikts geboten ist, muss der Dritte, vorliegend die kreditgebende Bank, zur Wahrung des guten Glaubens höchste Vorsicht walten lassen. Da die Sicherheiten nicht von der Schuldnerin, sondern von einer Tochtergesellschaft der Schuldnerin bestellt werden, ist die Bank über den potenziellen Interessenkonflikt grundsätzlich im Bilde. Für die bösgläubige Partei beurteilt sich die Vertretungswirkung in solchen Fällen nach der internen *Vertretungsbefugnis*, nicht nach der *Vertretungsmacht*.²⁸⁵ Für die Genehmigungshandlung sind deshalb ein Verwaltungsrat oder mehrere Verwaltungsräte zu bestimmen, die nicht unter dem Interessenkonflikt stehen und somit *vertretungsbefugt* sind. Die Genehmigungshandlung macht nur Sinn, wenn sie von einem Verwaltungsrat vorgenommen wird, der sich nicht in einem Interessenkonflikt befindet und damit auch intern befugt ist, ein solches Geschäft abzuschliessen.²⁸⁶

Dabei ist nicht bloss dann von einem Interessenkonflikt auszugehen, wenn der Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft zugleich Verwaltungsrat der beherrschten Gesellschaft ist oder aufgrund einer vertraglichen Abmachung als *fiduziarischer Verwaltungsrat* handelt. Ein Interessenkonflikt besteht vielmehr schon dann, wenn der Verwaltungsrat vom Verwaltungsratshonorar oder vom Auftragsvolumen wirtschaftlich abhängig ist oder seine Abwahl befürchten muss, wenn er die Direktiven und Wünsche der beherrschenden Gesellschaft nicht umsetzt. Der Wink mit der Abberufung dürfte in solchen Verhältnissen stets für Kooperation sorgen.²⁸⁷ Die einfache Bitte der Konzernmutter ist folglich eher als Aufforderung oder *Veranlassung* zu einem Geschäft zu verstehen, die bei Nichtbefolgung in die Abwahl des renitenten Verwaltungsrats mündet.²⁸⁸

mitglied abgeschlossenes Geschäft, das er selbst ohne weiteres abschliessen könnte, nachträglich auch zu genehmigen.“

²⁸⁵ Vgl. STUTZ/VON DER CRONE, S. 104 f. und S. 107.

²⁸⁶ Vgl. STUTZ/VON DER CRONE, S. 107.

²⁸⁷ ZR 98 (1999) S. 243; ANDREAS VON PLANTA, S. 10; vgl. HANDSCHIN, Treuepflicht, S. 177 f., der auf faktische Abhängigkeitsverhältnisse eingeht. Der Verwaltungsrat kann beispielsweise ein hohes Verwaltungsratshonorar beziehen oder von Folgeaufträgen abhängig sein.

²⁸⁸ Vgl. AMSTUTZ, N 632-634, insb. N 633; vgl. MK-KROPFF, § 311 N 73 und 76, vgl.

HORMUTH, S. 120 und EMMERICH/SONNENSCHNIGER/HABERSACK, S. 403: „Denn häufig erfolgt die Einflussnahme auf eher informellem Wege; insbesondere allgemein gehaltene Direktiven oder „Empfehlungen“ können das Handeln des Vorstands prägen, ohne dass eine aussenstehende Person in der Lage wäre, die konkrete Ursache einer einzelnen Massnahme darzutun.“ Vgl. die Überlegungen hierzu bei HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 17 f. und 197. Nebst direkten Weisungen kommt auch Beeinflussung mittels Produktspezifikationen, Budgetvorgaben, Empfehlungen, standardisierten Methoden, Rechenschaftspflichten, Inspektionen, allgemein enggeschnürter verbindlicher Unternehmenskultur oder das Vorliegen von Koalitionen in Frage. Diese können sogar einen vorausseilenden Gehorsam provozieren, „ohne dass ein spezifischer Mutterinput nachgewiesen werden kann“, siehe HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 18.

Der Sachverhalt in BGE 126 III 361 betrifft nur den Einpersonen-Verwaltungsrat. Nicht geklärt wird die Frage, ob die Genehmigung durch die Generalversammlung bei Vorliegen von Minderheitsaktionären auch dann eingeholt werden muss, wenn der Verwaltungsrat aus mehreren Mitgliedern besteht. SCHOTT bejaht diese Frage.²⁸⁹ In der vorliegenden Arbeit wird sie grundsätzlich verneint. Für den Fall, dass der Verwaltungsrat aus mehreren Mitgliedern besteht, kann analog zur Rechtsprechung bei Inischgeschäften jeder andere Verwaltungsrat das fragliche Geschäft genehmigen.²⁹⁰ Es ist jedoch eine gewichtige Einschränkung zu machen, weshalb das Ergebnis wiederum mit der Ansicht SCHOTTS übereinstimmt. Im vorherigen Abschnitt wurde gezeigt, dass Interessenkonflikte nicht bloss bei fiduziarischen Verwaltungsräten bestehen. Deshalb ist nur der unabhängige Verwaltungsrat, der sich nicht in einem Interessenkonflikt befindet, tatsächlich *vertretungsbefugt*. Nur für den Fall, dass die Minderheitsaktionäre als Gruppe einen eigenen Verwaltungsrat haben, den sie gemäss Art. 709 Abs. 1 bzw. Abs. 2 OR oder aufgrund eines Aktionärsbindungsvertrags selber vorschlagen dürfen²⁹¹ und der damit über die notwendige Unabhängigkeit verfügt, genügt die Genehmigung durch diesen Verwaltungsrat.²⁹² Existieren somit keine *vertretungsbefugten* Verwaltungsräte, ist die Genehmigung durch die Generalversammlung in Form eines anfechtbaren Beschlusses zu suchen.²⁹³

Das Genügen der Genehmigung durch einen vertretungsbefugten und wirklich unabhängigen Verwaltungsrat erhöht den Schutz des Minderheitsaktionärs. Die Erteilung der Genehmigung durch den Mehrheitsaktionär anlässlich der Generalversammlung wäre so gut wie sicher. Der Minderheitsaktionär wäre zur Wahrnehmung seiner Interessen sodann auf den beschwerlichen und risikoreichen Gerichtsweg im Sinne eines *nachträglichen Korrektivs* verwiesen. Die Zustimmung durch einen unabhängigen Vertreter der Minderheitsaktionäre im Verwaltungsrat hingegen ist eher unsicher und schafft damit ein *präventives Schutzinstrument*. Dieser wird erst zustimmen, wenn er sich von der Adäquanz der allfälligen Gegenleistung überzeugen lassen konnte.

²⁸⁹ SCHOTT, S. 209 f.

²⁹⁰ BGE 127 III 334 f.; vgl. auch ZOBL, Probleme, S. 313.

²⁹¹ Vgl. zu den Kategorien-, Gruppen- und Minderheitsvertretern BÖCKLI, § 13 N 66 ff., insb. N 77; HUGUENIN JACOBS, S. 182 f. und OR-WERNLI, Art. 709 N 20-28.

²⁹² Vgl. SCHOTT, S. 210 (für Geschäfte mit Interessenkonflikten) und S. 231 (bei Doppelvertretung).

²⁹³ Vgl. BGE 127 III 335; vgl. SCHOTT, S. 206 f.; vgl. STUTZ/VON DER CRONE, S. 108. Zum Erfordernis des anfechtbaren Beschlusses siehe BGE 126 III 366.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass nur in seltenen Fällen die Genehmigung durch andere Verwaltungsräte gültig erteilt werden kann, nämlich dann, wenn die genehmigenden Verwaltungsräte vertretungsbefugt sind, d.h. nicht unter einem Interessenkonflikt stehen. Dies dürfte meistens nur dann der Fall sein, wenn sie wie oben dargelegt vom Hauptaktionär unabhängig sind, d.h. von den Minderheitsaktionären vorgeschlagen werden und einen festen Anspruch auf einen Sitz im Verwaltungsrat haben.

bb) Genehmigung durch Gesamtverwaltungsrat

In der Praxis wird im Sinne einer maximalen Absicherung meist die Genehmigung durch den Gesamtverwaltungsrat und durch die Generalversammlung gesucht. Auf den ersten Blick erscheint dies überflüssig. Eine Genehmigung des Geschäfts durch den Gesamtverwaltungsrat kann aber in seltenen und unwahrscheinlichen Fällen angezeigt sein, um dem Gesamtverwaltungsrat die Berechtigung zur Anfechtung eines allfälligen Genehmigungsbeschlusses der Generalversammlung zu nehmen. Der Gesamtverwaltungsrat ist zwar zur Anfechtungsklage legitimiert, verliert aber bei Zustimmung zum Geschäft nach dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* das Klagerecht.²⁹⁴ Die kreditgebende Bank, die Sicherheiten für den Kredit will, dürfte überdies nicht immer wissen, welche Verwaltungsräte sich in einem Interessenkonflikt befinden.

Es stellt sich die Frage, ob für einen allfälligen Genehmigungsbeschluss des Gesamtverwaltungsrats Ausstandspflichten gelten. Die Ausstandspflicht von Verwaltungsräten mit Interessenkonflikten ist in der Lehre umstritten.²⁹⁵ Der Verwaltungsrat ist *einerseits* gesetzlich zur Treue verpflichtet und muss die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.²⁹⁶ Die Wahrnehmung der Interessen des Hauptaktionärs im Verwaltungsrat kann indessen unter Umständen mit den Gesellschaftsinteressen in guten Treuen gar nicht vereinbar sein. Die Treuepflicht der Verwaltungsräte spricht somit für die Ausstandspflicht im Verwaltungsrat.²⁹⁷ *Andererseits* hat der Verwaltungsrat seine Aufgaben grundsätzlich als Kollektiv zu erfüllen. Bei einem Verwaltungsrat, der sich zur Hauptsache aus Vertretern des Hauptaktionärs zusammensetzt, würde dies bedeuten, dass über die Geschäfte mit dem Hauptaktionär stets eine nicht repräsentative Minderheit zu entscheiden hätte.²⁹⁸ Da das Bundesgericht die

²⁹⁴ Dies gilt analog zum Aktionär, der sein Anfechtungsrecht verliert, wenn er dem Beschluss zugestimmt hat. Siehe dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 45 und SENN, S. 14 f.

²⁹⁵ Vgl. statt vieler SCHOTT, S. 259.

²⁹⁶ Art. 717 Abs. 1 OR.

²⁹⁷ Vgl. SCHOTT, S. 259; BÖCKLI, § 13 N 643; VON DER CRONE, S. 5.

²⁹⁸ VON DER CRONE, S. 5; vgl. auch FORSTMOSER, S. 19.

Genehmigung durch einzelne Verwaltungsräte nach Massgabe ihrer Zeichnungsberechtigung vorsieht, ist dieser Einwand, dass der Verwaltungsrat als Kollektivgremium entscheiden soll, nicht mehr von Bedeutung.²⁹⁹ Häufig wird aus Mangel an wirklich unabhängigen Verwaltungsräten sowieso ein Generalversammlungsbeschluss einzuholen sein.

Aus der hier vertretenen Ansicht, wonach der genehmigende Verwaltungsrat selbst nicht in einem Interessenkonflikt stehen darf, ist zu folgern, dass eine Genehmigung des Geschäfts durch den Gesamtverwaltungsrat unter Ausschluss derjenigen Mitglieder stattfindet, die sich in einem Interessenkonflikt befinden. Diese Ansicht wird von der herrschenden Lehre geteilt.³⁰⁰ Sie entspricht dem prozeduralen Begriff der *fairness* im amerikanischen Recht, das eine Genehmigung von Geschäften mit Interessenkonflikten durch so genannte *disinterested directors*, d.h. unabhängige und am Geschäft nicht beteiligte Direktoren oder Verwaltungsräte vorschlägt.³⁰¹ Sie deckt sich auch mit den modernen Regeln der *Corporate Governance*: Der Verwaltungsrat, der sich in einem Interessenkonflikt befindet, muss den Gesamtverwaltungsrat über diesen Interessenkonflikt vorgängig informieren und allenfalls bereits bei der Willensbildung in den Ausstand treten.³⁰² Besteht nur schon die *Gefahr eines Interessenkonflikts*,

²⁹⁹ Vgl. die Argumente bei SCHOTT, S. 259; BGE 127 III 335.

³⁰⁰ Vgl. SCHOTT, S. 259; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 34; BÖCKLI, § 12 N 456 in fine und § 13 N 643.

³⁰¹ Vgl. MITCHELL, S. 440 und 456; vgl. den Entscheid *Lewis v. SL & E*, 629 F.2d 764, p. 769 und das dort zitierte New York Business Corporation Law, § 713: „*No contract or other transaction between a corporation and one or more of its directors, or between a corporation and any other corporation, firm, association or other entity in which one or more of its directors are directors or officers, or have a substantial financial interest, shall be either void or voidable for this reason alone or by reason alone that such director or directors are present at the meeting of the board, or of a committee thereof, which approves such contract or transaction, or that his or their votes are counted for such purpose: (1) If the material facts as to such director's interest in such contract or transaction and as to any such common directorship, officership or financial interest are disclosed in good faith or known to the board or committee, and the board or committee approves such contract or transaction by a vote sufficient for such purpose without counting the vote of such interested director or, if the votes of the disinterested directors are insufficient to constitute an act of the board as defined in section 708 (Action by the board), by unanimous vote of the disinterested directors (...).*”

³⁰² BÖCKLI, § 13 N 652; HANDSCHIN, Treuepflicht, S. 171 ff., wobei der Verwaltungsrat mitdiskutieren kann, wenn die anderen Verwaltungsräte über den Interessenkonflikt informiert worden sind und keiner den Ausschluss des betreffenden Mitglieds verlangt, wobei diesem Antrag jederzeit Folge zu leisten wäre; vgl. HOFSTETTER, Corporate, S. 47, Ziff. 7.4.3; ECONOMIESUISSE, Swiss Code of Best Practice, S. 12, Regel Nr. 16: „*Jedes Mitglied von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hat seine persönlichen und geschäftlichen Verhältnisse so zu ordnen, dass Interessenkonflikte mit der Gesellschaft möglichst vermieden werden.* — *Tritt ein Interessenkonflikt auf, so benachrichtigt das betroffene Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung den Verwaltungsratspräsidenten. Der Präsident bzw. Vizepräsident*

hat der betroffene Verwaltungsrat mittels geeigneter Massnahmen sicherzustellen, dass die Interessen der Gesellschaft gebührend berücksichtigt werden.³⁰³

cc) Widerstand im Verwaltungsrat

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der abhängige Verwaltungsrat ein Widerstandsrecht oder gar eine Widerstandspflicht hat gegenüber der Anweisung oder des Einflusses des Aktionärs, Sicherheiten für dessen Schuld zu bestellen. Nachteilige Weisungen sind im Konzern zwar gesellschaftsrechtlich nicht verbindlich.³⁰⁴ Trotzdem steht der abhängige Verwaltungsrat einerseits unter der Drohung der jederzeit möglichen Abwahl durch die Aktionäre. Andererseits muss er die Interessen der abhängigen Gesellschaft wahren und verhindern, dass Verantwortlichkeitsansprüche gegen ihn entstehen.³⁰⁵ Dies kann durch einen Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung erfolgen. Geschieht dies nicht und drohen Verantwortlichkeitsansprüche – weil die Interzession im Interesse des Aktionärs beispielsweise von diesem nicht adäquat abgegolten wird oder Gläubiger zu Schaden kommen – bleibt nur die Niederlegung des Verwaltungsratsmandats. Vorgängig sollte der Verwaltungsrat der abhängigen Gesellschaft versuchen, auf den Aktionär oder die Konzernspitze Einfluss zu nehmen. Der abhängige Verwaltungsrat sollte auf der Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen, auf der Einhaltung der Kapitalschutzvorschriften (siehe §§ 7 und 8) sowie auf der Genehmigung der Interzession durch die Generalversammlung beharren.³⁰⁶ Verschuldete Abwesenheit und Stillschweigen an den relevanten Verwaltungsratssitzungen vermag die Haftung aus Verantwortlichkeit nicht zu reduzieren.³⁰⁷ Ist der schädigende Charakter eines Geschäfts bekannt oder hätte er objektiv er-

beantragt einen der Intensität des Interessengegensatzes entsprechenden Entscheid des Verwaltungsrats; dieser beschliesst unter Ausstand des Betroffenen.

— Wer der Gesellschaft entgegenstehende Interessen hat oder solche Interessen für Dritte vertreten muss, tritt bei der Willensbildung in den Ausstand. Eine Person, die in einem dauernden Interessenkonflikt steht, kann dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung nicht angehören.

— Geschäfte zwischen der Gesellschaft und Organmitgliedern oder ihnen nahe stehenden Personen unterstehen dem Grundsatz des Abschlusses zu Drittbedingungen; sie werden unter Ausstand der Betroffenen genehmigt. Nötigenfalls ist eine neutrale Begutachtung anzuordnen.“

³⁰³ BGE 4C.258/2003, Erw. 2.2.2.

³⁰⁴ BOSMAN, S. 130 f.; a. M. HANDSCHIN, S. 245.

³⁰⁵ Zu den Möglichkeiten, die dem Verwaltungsrat allgemein offenstehen, siehe FLURIN VON PLANTA, S. 161 ff.; ZR 98 (1990) S. 244 (Werner K. Rey-Entscheid).

³⁰⁶ FLURIN VON PLANTA, S. 163 f. empfiehlt dem Verwaltungsrat das „Bestehen auf Einhaltung der Formalien“; genauso empfehlen MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 278 und SCHILTKNECHT, S. 185 f., die strikte Beachtung der Formalitäten.

³⁰⁷ BÄRTSCHI, S. 244 f.

kannt werden müssen, so kann die Verantwortlichkeit nur durch aktives Handeln und Widerstand, d.h. mittels ausdrücklicher Opposition oder nachträglich mittels Antrag auf Wiedererwägung verhindert werden.³⁰⁸

b) Generalversammlung

aa) Genehmigungsbeschluss

Die Handlungen des Verwaltungsrats, der zugleich Alleinaktionär ist, sind implizit als von der Generalversammlung gedeckt zu betrachten.³⁰⁹ Ebenso stellten in BGE 78 II 375 die Beschlüsse des Alleinaktionärs einer Gesellschaft, die vorübergehend keinen Verwaltungsrat hatte, gültige Verwaltungshandlungen dar. Existieren jedoch nebst dem einzigen Verwaltungsrat und Mehrheitsaktionär noch Minderheitsaktionäre, so ist der Genehmigungsbeschluss mittels eines anfechtbaren Beschlusses zu treffen.³¹⁰ Ebenso ist die Genehmigung durch die Generalversammlung zu suchen, wenn keine weiteren, nicht mit einem Interessenkonflikt belasteten Verwaltungsräte das Geschäft genehmigen können.³¹¹ Die Genehmigung der Interzession im Interesse des Aktionärs durch den Mehrheitsaktionär an der Generalversammlung stellt zwar eine *Selbstgenehmigung* dar, die vordergründig betrachtet kaum von Bedeutung sein kann. Die besondere rechtliche Relevanz liegt aber in der Anfechtungsmöglichkeit des Generalversammlungsbeschlusses durch die Minderheitsaktionäre.³¹² Das Bundesgericht schloss indessen die Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Generalversammlung bei einem Sachverhalt aus, der Gegenstand einer Verantwortlichkeitsklage gegen die Gesellschaftsorgane – in casu gegen den Verwaltungsrat – bilden kann.³¹³ Die herrschende Lehre lehnt dies jedoch angesichts der verschiedenen Rechtsnatur und der klaren Unterschiede in den Prozessvoraussetzungen und im Prozessthema klar ab.³¹⁴

Die Genehmigung durch die Generalversammlung definiert die *Vertretungsbefugnis* hinsichtlich des geplanten oder durchgeführten Geschäfts. Auf eine derartige Genehmigungshandlung darf und muss sich der Dritte

³⁰⁸ BÄRTSCHI, S. 244; FLURIN VON PLANTA, S. 166 ff.; SENN, S. 21; vgl. zum deutschen Recht LUCHTERHANDT, S. 51.

³⁰⁹ BGE 126 III 366.

³¹⁰ BGE 126 III 366; vgl. SCHOTT, S. 232 f.

³¹¹ Siehe vorne, S. 65 ff.

³¹² STOFFEL/HEINZMANN, S. 207; BÖCKLI, § 12 N 44; vgl. WATTER, Verpflichtung, N 127.

³¹³ BGE 92 II 246; 100 II 389.

³¹⁴ Vgl. WATTER, Verpflichtung, N 127 FN 347 mit weiteren Hinweisen; vgl. KUMMER, ZBJV 112 (1976) S. 155; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 7; BÖCKLI, § 16 N 143 und § 18 N 456.

aus Verkehrsschutzüberlegungen verlassen können.³¹⁵ Es stellt sich jedoch für den Verwaltungsrat die Frage, ob die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats gemäss Art. 754 Abs. 1 OR durch die Genehmigung der Generalversammlung wegfällt. Die herrschende Lehre sieht in einem rechtmässigen oder nicht angefochtenen Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung eine verantwortungsrechtlich relevante Einwilligung, die die Haftungsvoraussetzung der Pflichtwidrigkeit beseitigt.³¹⁶ Handelt der Verwaltungsrat nach Weisungen des Alleinaktionärs oder aller Aktionäre zusammen, so ist der Gesellschaft die Verantwortlichkeitsklage nach dem Prinzip *volenti non fit iniuria* verwehrt.³¹⁷ Die informelle und die formelle Zustimmung in Kenntnis der Umstände des pflichtwidrigen Geschäfts führen überdies nach Treu und Glauben dazu, dass das Prozessführungsrecht der zustimmenden Aktionäre analog zu den Folgen bei der aktienrechtlichen Décharge dahinfällt.³¹⁸

Diese Überlegungen treffen hinsichtlich allfälliger Klagen von Gläubigern nicht zu. Ihren Ansprüchen stehen weder die Beschlüsse der Generalversammlung noch die Zustimmung der Aktionäre entgegen.³¹⁹

bb) Anwendbares Quorum

Gemäss KUNZ muss der Generalversammlungsbeschluss, der ein *statutenwidriges* Geschäft genehmigt, einstimmig erfolgen.³²⁰ Er zählt zu den seltenen Fällen, die dies erfordern, die Interzession im Interesse des Aktionärs.³²¹ Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht und angesichts der weiten bundesgerichtlichen Auslegung der Zweckklausel ist die Interzession im Interesse des Aktionärs indessen stets vom Zweck der Gesellschaft gedeckt.³²² Es ist deshalb auch nicht einzusehen, weshalb das

³¹⁵ Vgl. die Überlegungen in BGE 120 II 10.

³¹⁶ BÄRTSCHI, S. 318; Bundesgerichtsentscheid vom 15. Juni 1999 in SJ 121 (1999) S. 484; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 157.

³¹⁷ Vgl. BÄRTSCHI, S. 320; Bundesgerichtsentscheid vom 15. Juni 1999 in SJ 121 (1999) S. 484; BGE 111 II 183: „En application de l'adage *volenti non fit iniuria*, l'action sociale peut se heurter au principe du consentement donné - fût-ce tacitement ou par actes concluants - par la société elle-même, soit par son assemblée générale, à l'acte incriminé; un tel consentement exclut en effet le caractère illicite de ce dernier à son égard (...)”; BGE 83 II 56 und 65.

³¹⁸ BÄRTSCHI, S. 320 f.

³¹⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 160; STUTZ/VON DER CRONE, S. 109.

³²⁰ KUNZ, S. 1002 N 86.

³²¹ KUNZ, S. 1002 N 85 FN 283. Er benützt an dieser Stelle lediglich den englischen Begriff für die Interzession im Interesse des Aktionärs (*upstream security or security rights*).

³²² Vgl. vorne S. 27 ff. Folgerichtig ist auch für die Interzession im Interesse des Aktionärs der Problemkreis der *stillschweigenden* Zweckänderung oder -erweiterung nicht betroffen (vgl. dazu vorne S. 26 ff. und BGE 100 II 391; KUMMER, ZBJV 112 (1976) S. 153; WATTER, Verpflichtung, N 127 FN 346; HANDSCHIN, S. 100 ff.).

qualifizierte Quorum von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR, welches für Zweckänderungen gilt, auch für die Genehmigung in der Generalversammlung notwendig sein sollte.

Angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die die Genehmigung des mit einem Interessenkonflikt behafteten Geschäfts mittels eines anfechtbaren Beschlusses vorsieht, fällt das Einstimmigkeitsquorum ebenfalls ausser Betracht.³²³ Es ist deshalb nach dem Grundsatz von Art. 703 OR bloss die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen zu fordern.

cc) Ausstandspflicht

Es wurde oben dargelegt, dass bei Interessenkonflikten eine Genehmigungshandlung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ erfolgen muss.³²⁴ Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der persönlich an der Interzession interessierte Aktionär oder die Muttergesellschaft, für deren Schuld die Interzession erfolgt, beim Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung mitwirken kann.

Im Vereinsrecht ist ein Mitglied vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn über ein Geschäft zwischen diesem Mitglied und dem Verein beschlossen wird.³²⁵ Im Aktienrecht sind einzig die an der Geschäftsführung beteiligten Personen gemäss Art. 695 Abs. 1 OR vom Stimmrecht beim Beschluss über die Entlastung des Verwaltungsrates ausgeschlossen.³²⁶ Ein allgemeiner Stimmrechtsausschluss in der Generalversammlung bei Vorliegen von Interessenkonflikten ist im Aktienrecht nicht vorgesehen. Die analoge Anwendung von Art. 68 ZGB wird für das Aktienrecht von Rechtsprechung und Lehre abgelehnt.³²⁷

Es gibt drei weitere Gründe, die gegen einen allgemeinen Stimmrechtsausschluss in der Generalversammlung bei Interessenkonflikten sprechen. Zu nennen ist *erstens* das Gebot des Verkehrsschutzes sowie der Rechtsklarheit. Konstellationen von Interessenkonflikten sind für den Dritten nicht immer zweifelsfrei erkennbar. Der Dritte muss sich aber auf die Gültigkeit

³²³ Vgl. BGE 126 III 366.

³²⁴ Siehe vorne, S. 59 ff.

³²⁵ Art. 68 ZGB: „Jedes Mitglied ist von Gesetzes wegen vom Stimmrechte ausgeschlossen bei der Beschlussfassung über ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit zwischen ihm, seinem Ehegatten oder einer mit ihm in gerader Linie verwandten Person einerseits und dem Vereine anderseits“; SCHOTT, S. 257 f.

³²⁶ Aufgrund analoger Anwendung des Art. 695 Abs. 1 OR will SCHILTKNECHT, S. 184 den dominierenden Aktionär von der Stimmabgabe beim Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung ausschliessen.

³²⁷ BGE 100 II 389; 83 II 64; SCHOTT, S. 258; SCHLEIFFER, S. 235; LEMP, S. 315; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 24 N 76; BÖCKLI, § 12 N 454 mit weiteren Hinweisen.

des Genehmigungsbeschlusses der Generalversammlung verlassen können und nicht überprüfen müssen, ob alle vom Interessenkonflikt betroffenen Aktionäre sich der Stimme enthalten haben oder vom Stimmrecht ausgeschlossen worden sind.³²⁸

Der fehlende Stimmrechtsausschluss bei Interessenkonflikten ist *zweitens* durch die fehlende Treuepflicht des Aktionärs begründet. Die Treuepflicht kann ihm auch statutarisch nicht auferlegt werden.³²⁹ Das Fehlen der Treuepflicht des Aktionärs in der Generalversammlung wird teilweise durch die *Anfechtbarkeit* der Generalversammlungsbeschlüsse korrigiert.³³⁰ Dadurch erwächst dem Minderheitsaktionär ein genügender Schutz.

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann *drittens* geschlossen werden, dass der Mehrheitsaktionär auch abstimmen soll.³³¹ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht einerseits davon aus, dass Handlungen des Verwaltungsrats, der zugleich Alleinaktionär ist, implizit von der Generalversammlung genehmigt sind, und fordert andererseits die Genehmigung von Geschäften mit Interessenkonflikten bei Vorliegen von Minderheitsaktionären wegen des Anfechtungsrechts.³³² Die Anfechtungsklage des Minderheitsaktionärs setzt voraus, dass der Hauptaktionär nicht in seinem Sinne gestimmt hat. Wenn nur der Minderheitsaktionär zur Stimmabgabe berechtigt wäre, gäbe es nichts anzufechten. Daraus ergibt sich zwingend, dass der Mehrheitsaktionär auch abstimmen soll.

c) Revisionsstelle

Während die Genehmigung durch andere Verwaltungsräte oder die Generalversammlung das vom Interessenkonflikt betroffene Geschäft abstützen, kann der Nachweis der materiellen Angemessenheit auch materiell am Ergebnis geführt werden.³³³ Im Themenkreis der Interzession im Interesse des Aktionärs würde eine vorgängige unabhängige Bewertung der Interzession durch eine Bank oder neutrale Begutachtung durch eine Revisionsstelle, wonach die Abgeltung der Interzession zu fairen Konditionen erfolgt, die Pflichtwidrigkeit des Handelns unter einem Interessenkonflikt

³²⁸ Vgl. auch die Überlegungen in BGE 120 II 10.

³²⁹ SCHOTT, S. 258; vgl. Art. 680 Abs. 1 OR; BÖCKLI, § 1 N 14; WOHLMANN, S. 107; a. M. KUNZ, S. 514.

³³⁰ Spiegelbildlich sind Verwaltungsratsbeschlüsse nicht anfechtbar. Dafür ist der Verwaltungsrat im Gegensatz zum Aktionär an die Treuepflicht gebunden.

³³¹ Vgl. STOFFEL/HEINZMANN, S. 206: „Am Ausgang des Generalversammlungsbeschlusses kann in derartigen Fällen kaum Zweifel bestehen, da der Mehrheitsaktionär per definitionem über die absolute Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen (Art. 704 OR) verfügt.“

³³² BGE 126 III 366; vgl. hierzu STOFFEL/HEINZMANN, S. 207.

³³³ VON DER CRONE, S. 8; vgl. BGE 89 II 328 ff., wo ein solcher Beweisversuch gescheitert ist.

beseitigen.³³⁴ Überdies ist die Revisionsstelle zur Abgabe eines solchen Gutachtens (engl. *fairness opinion*) aufgrund des gesetzlich statuierten Unabhängigkeitserfordernisses und der Vertrautheit mit der finanziellen Situation der Gesellschaft befähigt und besonders geeignet.³³⁵

Es stellt sich jedoch die Frage, was unter Fairness überhaupt zu verstehen ist. Fairness besteht aus zwei Komponenten, nämlich dem fairen Preis und dem fairen Handeln.³³⁶ Der faire Preis ist derjenige, der auch zwischen unabhängigen Unternehmen bezahlt würde.³³⁷ Er bestimmt sich nach dem Prinzip des Handelns zu Drittkonditionen (*dealing at arm's length*).³³⁸ Das Prinzip des fairen Handelns fokussiert zusätzlich auf den Entscheidungsfindungsprozess. Die relevante Frage lautet, ob auch unbeteiligte Parteien aufgrund der vorhandenen Zeit für den Entscheidungsfindungsprozess, der Verhandlungsführung und der vorhandenen Informationen einen solchen Vertrag abschliessen würden.³³⁹ Die Revisionsstelle müsste in ihrer *fairness opinion* diese Fragen beantworten.

Interessant ist die *fairness opinion* deshalb, weil sie auf eine *materielle* Fairness abzielt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gemäss BGE 126 III 361 bewirkt lediglich eine *prozedurale* Fairness, bei der über

³³⁴ Die Pflichtverletzung bestünde in der Verletzung der sorgfältigen Interessenwahrung und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft gemäss Art. 717 Abs. 1 OR.

³³⁵ Vgl. VON DER CRONE, S. 9; vgl. FORSTMOSER, S. 18; zu den fachlichen Voraussetzungen siehe Art. 727a OR und OR-WATTER, Art. 727a N 4-6. Zur besonderen Befähigung siehe Art. 727b OR und OR-WATTER, Art. 727b N 10-14. Die neutrale Begutachtung wird auch im Swiss Code of Best Practice, S. 12, Regel Nr. 16 der ECONOMIESUISSE vorgeschlagen: „Geschäfte zwischen der Gesellschaft und Organmitgliedern oder ihnen nahe stehenden Personen unterstehen dem Grundsatz des Abschlusses zu Drittbedingungen; sie werden unter Ausstand der Betroffenen genehmigt. Nötigenfalls ist eine neutrale Begutachtung anzuordnen.“ Zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle vom Verwaltungsrat und den Mehrheitsaktionären siehe Art. 727c OR.

³³⁶ Vgl. Weinberger v. UOP, 457 A.2d 701, p. 715: „However, the test for fairness is not a bifurcated one as between fair dealing and price. All aspects of the issue must be examined as a whole since the question is one of entire fairness (...) Since it is apparent that this long completed transaction is too involved to undo, and in view of the Chancellor's discretion, the award, if any, should be in the form of monetary damages based upon entire fairness standards, i.e., fair dealing and fair price.“ Dieser Test wird deshalb auch *entire fairness test* genannt, siehe MITCHELL, S. 463 und 465.

³³⁷ MITCHELL, S. 445.

³³⁸ MITCHELL, S. 463; zum Grundsatz des *dealing at arm's length* siehe vorne S. 46 ff. und hinten S. 105 ff.

³³⁹ MITCHELL, S. 445 f.; Weinberger v. UOP, 457 A.2d 701, p. 710: „Since fairness in this context can be equated to conduct by a theoretical, wholly independent, board of directors acting upon the matter before them, it is unfortunate that this course apparently was neither considered nor pursued. Particularly in a parent-subsidary context, a showing that the action taken was as though each of the contending parties had in fact exerted its bargaining power against the other at arm's length is strong evidence that the transaction meets the test of fairness.“

einen Interessenkonflikt hinweggesehen wird, weil die Genehmigung eines neben- oder übergeordneten Organs vorliegt. Dies ist für sich noch keine Garantie für *materielle* Gerechtigkeit.³⁴⁰ Die Genehmigung des mit einem Interessenkonflikt behafteten Geschäfts durch die Generalversammlung ermöglicht zumindest durch das Anfechtungsrecht eine materielle Kontrolle.

Die besondere Eignung der Revisionsstelle zur Abgabe eines unabhängigen Gutachtens ergibt sich auch daraus, dass sich die Revisionsstelle aufgrund des Gesetzes und der Anforderungen der diversen Rechnungslegungsstandards ohnehin mit Sicherheiten, Eventualverbindlichkeiten sowie Geschäften mit nahe stehenden Personen vertieft auseinandersetzen muss.³⁴¹

Ein weiterer Grund für die spezielle Eignung der Revisionsstelle zur Erstellung eines Gutachtens liegt in der *Anzeigepflicht* der Revisionsstelle gemäss Art. 729b Abs. 1 OR. Die Revisionsstelle hat Verstösse gegen Gesetz und Statuten dem Verwaltungsrat und in wichtigen Fällen auch der Generalversammlung zu melden. Sie hat ihre Prüfung so zu planen und durchzuführen, dass schwerwiegende deliktische Handlungen aufgedeckt werden. Meldepflichtige Verstösse gegen Gesetz und Statuten sind beispielsweise die verdeckte Gewinnausschüttung unter grober Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Aktionäre und Verstösse gegen das Verbot der Einlagerückgewähr.³⁴² Diese Themenbereiche sind bei der Interzession im Interesse des Aktionärs stets problematisch (siehe § 7 und § 8).

d) Beistand

Art. 393 Ziff. 4 ZGB sieht vor, dass bei einer Körperschaft oder Stiftung ein Beistand ernannt werden kann. Diese Norm ist auch auf Aktiengesellschaften anwendbar.³⁴³ Die Verbeistandungsgründe sind die Fälle der

³⁴⁰ Vgl. zum Unterschied zwischen *substantive* und *procedural* fairness MITCHELL, S. 458. Gerichte und Gesetzgebung tendieren dazu, die einfachere Beurteilung und Feststellbarkeit der *procedural fairness* dem schwierigen Thema der *substantive fairness* vorzuziehen, siehe MITCHELL, S. 472 ff.

³⁴¹ Vgl. BÖCKLI, IAS, S. 127 f. und 172 f.; Handbuch der Wirtschaftsprüfung der TREUHAND-KAMMER, Rz. 2.3407, 2.3601, 2.383. Die Revisionsstelle muss auch den Anhang der Jahresrechnung prüfen, wo die Interzessionen aufgelistet werden müssen, vgl. Art. 663b Ziff. 1 OR, Art. 662 Abs. 2 OR und Art. 728 Abs. 1 OR.

³⁴² PEDROJA, S. 775; vgl. auch den Musterrevisionsbericht bei OR-WATTER, Art. 729 N 12, der auf die Grundsätze des Berufsstandes verweist, „wonach eine Prüfung so zu planen und durchzuführen ist, dass wesentliche Fehlaussagen in der Jahresrechnung mit angemessener Sicherheit erkannt werden.“

³⁴³ BGE 78 II 374; 69 II 21; ZGB-LANGENEGGER, Art. 392 N 17.

Interessenkollision sowie das Fehlen der erforderlichen Organe, sofern nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt wird.³⁴⁴ Das Bundesgericht hat in BGE 78 II 374 festgehalten und in BGE 126 III 501 ff. bestätigt, dass die Ernennung eines Beistands für eine juristische Person nur ein mit Zurückhaltung zu handhabender *Notbehelf* sei. Die Notsituation darf überdies nicht kurzfristig behebbar sein. Im Beispiel von BGE 78 II 369 ff. konnte die Verwaltung vorübergehend durch die Generalversammlung wahrgenommen werden, weshalb die Ernennung eines Beistandes abgelehnt wurde. Das Vormundschaftsrecht erweist sich tatsächlich als untauglicher Weg, um Interessenkonflikte im Wirtschaftsleben zu lösen. Die Ernennung eines Beistands ist im Geschäftsalltag kaum praktikabel und sollte in Übereinstimmung mit der Lehre und der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur als *ultima ratio* angewendet werden.³⁴⁵

IV. Ergebnis

Für die Interzession im Interesse des Aktionärs ist die Ergänzung des Gesellschaftszwecks um eine Konzern-, Unterwerfungs- oder Finanzierungs-klausel nicht notwendig. Sie schadet aber auch nicht im Themenkreis des Gesellschaftszwecks und -interesses. Die Gefahr für die kreditgebende Bank und die Vertreter der Interzedentin rührt daher, dass die intern gültige Vertretungsbefugnis beliebig einschränkbar ist: Eine Erweiterung des Gesellschaftszwecks erweitert zwar die Vertretungsmacht, nicht aber die Vertretungsbefugnis. Nur die gutgläubige Bank kann sich auf die durch den Gesellschaftszweck definierte Vertretungsmacht berufen. Bei bösem Glauben des Dritten hinsichtlich des interessewidrigen Geschäfts ist indessen die Vertretungsbefugnis relevant, weshalb auf eine Genehmigung durch neben- oder übergeordnete Organe hinzuwirken ist. Diese Genehmigung definiert und bestätigt die Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft hinsichtlich des konkreten Geschäfts.

Die Interzession im Interesse des Aktionärs ist mit einem Interessenkonflikt behaftet. Die Gesellschaft läuft Gefahr, für die Interzession und das Risiko der Inanspruchnahme der Sicherheiten nicht adäquat entschädigt zu werden. Wehrt sich der abhängige Verwaltungsrat gegen die Veranlassung oder den Wunsch der Muttergesellschaft, riskiert er seine Abwahl. Setzt er

³⁴⁴ Art. 393 Ziff. 4 ZGB i.V.m. Art. 392 Ziff. 2 ZGB *per analogiam*; ZGB-LANGENEGGER, Art. 392 N 17 und 25; BGE 126 III 501 f.

³⁴⁵ Vgl. ZOBL, Probleme, S. 311 f.; vgl. auch HANDSCHIN, Treuepflicht, S. 179.

sich aber nicht für eine adäquate Entschädigung ein, riskiert er die persönliche Haftbarkeit aufgrund von Verantwortlichkeitsklagen.³⁴⁶

Zu den stillschweigenden Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gehört auch das Handeln in einem Interessenkonflikt. Die kreditgebende Bank weiss, wessen Schuld aus wessen Vermögen gesichert wird. Genauso muss der Bank bekannt sein, dass die Interzession im Interesse des Aktionärs rechtlich problematisch ist. Die kreditgebende Bank ist sich deshalb des Interessenkonflikts grundsätzlich bewusst und muss Vorkehrungen treffen, um den guten Glauben in die Vertretungsbefugnis der für die Interzedentin handelnden Personen zu wahren.³⁴⁷

Zu den Vorkehrungen zur Bestätigung der Vertretungsbefugnis gehört gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre die Genehmigung des unter einem Interessenkonflikt geschlossenen Geschäfts durch neben- oder übergeordnete Organe der Gesellschaft. Dies kann je nach Zeichnungsberechtigung durch einen oder zwei materiell vertretungsbefugte, d.h. nicht in einem Interessenkonflikt stehende Verwaltungsräte geschehen. Existieren Minderheitsaktionäre, so hat die Interzession für die Schuld des Hauptaktionärs durch die Generalversammlung in Form eines anfechtbaren Beschlusses zu erfolgen. Haben die Minderheitsaktionäre einen Anspruch auf eine Vertretung im Verwaltungsrat, so kann die Genehmigung durch diesen Verwaltungsrat ebenfalls gültig vorgenommen werden. Sofern der Alleinaktionär als Verwaltungsrat handelt, ist von Zustimmung der Generalversammlung auszugehen. Aus Beweisgründen sollte trotzdem ein formeller Generalversammlungsbeschluss gefällt werden.³⁴⁸

Damit die Interzession im Interesse des Aktionärs auch vom Gesellschaftsinteresse gedeckt ist, haben die Verwaltung der Interzedentin und die Kreditgeberin ein Interesse daran, eine adäquate Entschädigung der Interzedentin für die Interzession sicherzustellen. Dies geschieht durch Vertragsklauseln im Kreditvertrag der Bank mit der Aktionärin der Interzedentin, wonach die Interzession adäquat zu entschädigen sei. Die

³⁴⁶ Siehe vorne, S. 38 ff.

³⁴⁷ Siehe vorne, S. 53 ff.

³⁴⁸ Siehe vorne, S. 59 ff. Vgl. auch die Probleme zur Feststellung des Aktionariats und des Beweises eines allfälligen Interessenkonflikts. Diese Probleme führten in BGE 126 III 367 zur Rückweisung der Streitsache zur Beantwortung der Frage, ob Schwegler als Alleinaktionär gehandelt hat oder ob weitere Minderheitsaktionäre und damit allenfalls ein Interessenkonflikt bestanden, wobei das Vorliegen von Minderheitsaktionären noch nicht unbedingt für einen Interessenkonflikt sprechen muss. Der neue Entscheid des Handelsgerichts wurde an das Bundesgericht weitergezogen. Dort konnte die Frage nach dem Vorliegen von Minderheitsaktionären und eines Interessenkonflikts nicht bejaht werden, weshalb die Klageabweisung bestätigt werden konnte, siehe BGE 4C.329/2000.

Klauseln sind so zu gestalten, dass sie als echter Vertrag zugunsten Dritter klagbare Ansprüche begründen. Die Bemessung der Entschädigung für die Interzession hat zu Drittkonditionen nach dem Prinzip des *dealing at arm's length* zu erfolgen. Dabei sind die direkten und die allfällig vorhandenen indirekten Vorteile – zu denken ist hier an die Erhaltung der Gruppenbonität oder die Existenzsicherung eines wichtigen Zulieferers oder Kunden – zu bewerten und zu berücksichtigen.³⁴⁹

§ 5 Unsittlichkeit

I. Problemstellung und Definitionen

Das Grundanliegen von Art. 27 ZGB ist der Schutz der persönlichen Freiheit vor rechtlich missbilliger Vertragsbindung.³⁵⁰ Die Interzession im Interesse des Aktionärs kann eine Aktiengesellschaft aller Betriebsmittel berauben und sogar deren wirtschaftliche Existenz vernichten. Zediert eine Gesellschaft beispielsweise alle zukünftigen Forderungen, verpfändet dazu noch alle wesentlichen Güter, Immaterialgüterrechte und das Grundeigentum als Sicherung für ein der Aktionärin gewährtes Darlehen, so ist die Gesellschaft vollkommen ausgehöhlt. Nachfolgend soll anhand von Lehre und Rechtsprechung dargelegt werden, wann eine übermässige Bindung vorliegt und wie eine solche verhindert werden kann.

1. Schutzbereich und Abgrenzung zu Art. 20 OR

Art. 27 Abs. 2 ZGB will die individuelle Freiheit vor übermässiger vertraglicher Selbstbindung gewährleisten. In der Praxis werden die Anwendungsfälle von Art. 27 Abs. 2 ZGB meist (oder auch) Art. 20 OR zugeordnet. Art. 20 OR geht indessen von einem anderen Konzept aus, nämlich der Verweigerung des Rechtsschutzes bei Vereinbarungen mit sittenwidrigem Inhalt oder Zweck. Während bei Art. 20 OR eine von Amtes wegen zu beachtende Missbilligung des *Inhalts* des Vertrages vorliegt, ist es bei Art. 27 Abs. 2 ZGB die Missbilligung der Tatsache *vertraglicher Bindung*, die von

³⁴⁹ Siehe vorne, S. 37 ff. und S. 52 ff.

³⁵⁰ BUCHER, Art. 27 N 1.

Amtes wegen zu beachten ist, und die Missbilligung des *Übermasses der Bindung*, die nur von der geschützten Person vorgebracht werden kann.³⁵¹

2. Anwendbarkeit auf juristische Personen

Juristische Personen sind den natürlichen Personen grundsätzlich gleichgestellt und aller Rechte und Pflichten fähig, die keine natürlichen Eigenschaften des Menschen wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft als Voraussetzung haben.³⁵² Den juristischen Personen gehen indessen genau im Schutzbereich des Art. 27 Abs. 2 ZGB das subjektive Empfinden und die freie Selbstbestimmung als die primären Anliegen des Persönlichkeitsschutzes ab. Die Anwendung des Art. 27 Abs. 2 ZGB muss deshalb besonders begründet werden. Gemäss BUCHER sprechen für die Anwendung von Art. 27 Abs. 2 ZGB auf juristische Personen die allgemeinen vertragsrechtlichen Prinzipien (etwa der Ausschluss ewiger oder unzulässiger einseitiger Verträge, der auch für juristische Personen gelten muss), die Anliegen der Allgemeinheit, die individuelle Freiheit zu gewährleisten sowie die Häufigkeit von personalistischen Gesellschaften, in denen besonders enge Bindungen zum Gesellschafter vorliegen können.³⁵³

Die juristische Person kann sich tatsächlich als Einmanngesellschaft in die Abhängigkeit einer Person stellen. Allgemein stellt die Abhängigkeit von Gesellschaftern das Wesensmerkmal einer juristischen Person dar, weil sie sich gar nicht selber beherrschen darf.³⁵⁴ Es stellt sich deshalb die Frage, weshalb die Gesellschaft aufgrund der Abhängigkeit zum Allein- oder Hauptaktionär mit ihm nicht besonders stark bindende Verträge eingehen kann. EGGER beispielsweise sieht folgerichtig die Anwendung des Persönlichkeitsschutzes auf juristische Personen als nicht eigentlich sachgerecht an und befürwortet lediglich einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des Schutzes der öffentlichen Ordnung, der Rechtfertigung der Bindungen durch die wirtschaftliche Vernunft und des Schutzes der Mitglieder der juristischen Person.³⁵⁵ Der Schutzbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB ist bei

³⁵¹ Vgl. BGE 129 III 213 f.; vgl. BUCHER, Art. 27 N 114, 127, 163 und 166. BUCHER zeigt dies anhand des anschaulichen Beispiels des Ordensbeitritts und der Zahlung von Bestechungsgeldern. Während einem freiwilligen Ordensbeitritt nichts entgegenzusetzen ist (Missbilligung der Tatsache vertraglicher Bindung als Anwendungsfall von Art. 27 Abs. 2 ZGB), verliert die Bezahlung von Bestechungsgeldern auch ohne vertragliche Grundlage und bei vollkommener Freiwilligkeit nichts von ihrer Verwerflichkeit (Verwerflichkeit des Inhalts, Art. 20 OR).

³⁵² Art. 53 ZGB.

³⁵³ BUCHER, Art. 27 N 510-513; vgl. auch die Überlegungen zur Anwendbarkeit des Art. 27 ZGB auf juristische Personen in ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 196.

³⁵⁴ HANDSCHIN, S. 87.

³⁵⁵ EGGER, Art. 53 N 17; vgl. DALLÈVES, S. 646.

juristischen Personen deshalb anhand einzelner Ansatzpunkte differenziert und unter Berücksichtigung der *grösseren Bindungsfähigkeit der juristischen Person* festzulegen. Die nachfolgende Diskussion der Rechtsprechung will die einzelnen Ansatzpunkte aufzeigen.

II. Rechtsprechung und Lehre

1. Globalzession im Konzern

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung befasste sich mehrmals mit der Globalzession bestehender und künftiger Forderungen. In einem Entscheid aus dem Jahre 1980 ging es um eine Globalzession zwischen Gesellschaften desselben Konzerns.³⁵⁶ Die Greyfin Ltd. zederte alle bestehenden und künftigen Forderungen ungeachtet ihres Rechtsgrunds an die Greyhound Financial and Leasing Corporation AG. Beide Gesellschaften beteiligten sich an einem Immobilienprojekt der Transalpina Haute-Nendaz SA in Sizilien, die in Konkurs fiel. Die Konkursmasse der Transalpina bestritt die Gültigkeit der Zession aufgrund von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR. Das Bundesgericht hielt fest, dass der Schutz vor übermässiger Bindung bei der juristischen Person nicht so weit gehe wie bei der natürlichen Person. Es differenzierte auch nach der Person, zu der die Bindungen bestehen: Während es für eine juristische Person unzulässig sei, sich ihrer Freiheit zugunsten Dritter zu entäussern, zu denen keine Bindung bestehe, sei dies zugunsten von Personen, von denen die juristische Person abhängig sei, zulässig. In solchen Fällen diene die Anrufung von Art. 27 ZGB nur noch dazu, Minderheitenrechte zu schützen und den Durchgriff zu verwirklichen.³⁵⁷ Das Bundesgericht ging zwar vom Grundsatz aus, dass die Abtretung aller bestehenden und zukünftigen Forderungen im Grundsatz mit dem Persönlichkeitsrecht unvereinbar sei und überdies gegen die guten Sitten im Sinne des Art. 20 OR verstosse.³⁵⁸ Zwischen Greyfin, Greyhound und Transalpina bestanden aber enge und wechselseitige finanzielle Beziehungen.³⁵⁹ Angesichts dieser engen Bindungen und der Tatsache, dass es keine Anzeichen dafür gab, dass die Interessen der Grey-

³⁵⁶ BGE 106 II 369 ff. = Jdt 1982 II 59 = Pra 1981 (70) Nr. 89; auszugsweise abgedruckt und mit Kommentaren versehen in DRUEY/VOGEL, S. 93 ff.

³⁵⁷ BGE 106 II 378 f.

³⁵⁸ BGE 84 II 366 f. (bei natürlichen Personen); BGE 106 II 377 f.

³⁵⁹ Die drei Gesellschaften wurden weitgehend von denselben Personen geleitet. Erst vor Bundesgericht wurde behauptet, dass die Greyfin eine Tochtergesellschaft der Greyhound sei, was allerdings als Novum vor Bundesgericht nicht zulässig war, siehe BGE 106 II 378.

fin in unzulässiger Weise verletzt wurden, sah das Bundesgericht keinen Anlass, wie die Vorinstanz *ex officio* die Nichtigkeit der Zession festzustellen.³⁶⁰

2. Ewige Verträge und Knebelverträge

Das Bundesgericht äusserte sich zur Unsittlichkeit auch im Zusammenhang mit der Unzulässigkeit der ewigen Verträge, deren Kündbarkeit sowie der Reduktion der Dauer auf das zulässige Mass.³⁶¹ Dieser Problemkreis bezieht sich jedoch auf Dauerschuldverhältnisse und ist bei der Interzession im Interesse des Aktionärs folglich kaum relevant. Anhand der entwickelten Kriterien lassen sich jedoch Leitsätze für die Interzession im Interesse des Aktionärs feststellen. So wird eine vertragliche Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nur dann als übermässig angesehen, wenn die Gesellschaft der Willkür eines anderen ausgeliefert wird, die die wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen der wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind.³⁶² Bei juristischen Personen wurde die Unzulässigkeit der Delegation von der Generalversammlung vorbehaltenen Kompetenzen damit begründet, dass die juristische Person ihr Selbstbestimmungsrecht verliert und sich fremder Willkür ausliefert, was einer Entmündigung gleichkomme.³⁶³

3. Willensbildung aufgrund Veranlassung

Auch durch die Art des Zustandekommens der Interzession im Interesse des Aktionärs kann das Verbot der übermässigen Bindung tangiert sein. Die Interzession im Interesse des Aktionärs erfolgt meist nur gestützt auf *eine* Willensbildung.³⁶⁴ Während die Aktionärin beschliesst, dass ihre Schuld durch Vermögenswerte der Tochtergesellschaft gesichert wird, weist sie die abhängigen, meist angestellten Verwaltungsräte an oder beein-

³⁶⁰ BGE 106 II 379.

³⁶¹ BGE 93 II 300; 97 II 399; 113 II 210; 114 II 159 ff.

³⁶² BGE 114 II 162; vgl. BRÜCKNER, S. 270, der diese Formel als missverständlich kritisiert: „Wären existenzgefährdende Verträge generell Anwendungsfälle von Art. 27 Abs. 2 ZGB, dann könnten die Konkursämter geschlossen werden.“ BRÜCKNER sieht die übermässige Bindung bei den so genannten Knebelverträgen nicht darin, dass sie die wirtschaftlichen Möglichkeiten des Schuldners übersteigen und zu dessen Ende führen, sondern in der entwürdigenden Qualität und der Nichtplanbarkeit von Auswirkungen der vertraglichen Pflichten.

³⁶³ BGE 67 I 265. In diesem Entscheid ging es um einen Genehmigungsvorbehalt in den Statuten einer Genossenschaft, wonach Statutenänderungen nur mit Zustimmung eines bestimmten Einzelmitglieds (i.c. des Gemeinwesens) beschlossen werden können.

³⁶⁴ HANDSCHIN, S. 121 FN 26.

flusst sie, die nötigen Beschlüsse zu fassen. Durch die Beschneidung oder Verhinderung der notwendigen Willensbildung im Verwaltungsrat der Interzedentin kann deshalb auch eine übermässige Bindung resultieren. Dieser Problemkreis ist durch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Geschäften mit Interessenkonflikten indessen deutlich griffiger gelöst als durch die Normen der Unsittlichkeit.³⁶⁵

4. Einhaltung der übrigen Schutzvorschriften

In den Prozessen um die Firmengebilde des gescheiterten Financiers Werner K. Rey wurde nicht direkt Bezug auf Art. 27 Abs. 2 ZGB, wohl aber auf die übermässige Bindung durch die Konzerngewalt genommen:

*„Konzernmässige Beeinflussung ist demnach nur insoweit legitim, wie die damit einhergehenden Benachteiligungen ausgeglichen werden. Nimmt die Konzernmacht ein Ausmass an, das dem Funktionieren des Systems abträglich ist, so können die ihretwegen der Tochtergesellschaft zugefügten Nachteile unmöglich wettgemacht werden. Die Grenze der legitimen Konzerngewalt liegt mit anderen Worten da, wo die Tochtergesellschaft den Status eines selbständigen Unternehmensträgers verliert, der imstande ist, sein Schicksal aus eigener Kraft zu bewältigen.“*³⁶⁶

Zu demselben Ergebnis kommt man durch Anwendung der Normen zur verdeckten Gewinnausschüttung und der Einlagerückgewähr.

TSCHÄNI verneint einen Verstoss gegen die guten Sitten, sofern die Interzession zugunsten des Aktionärs oder des Erwerbers der Aktienmehrheit nicht zu einer krassen wirtschaftlichen Aushöhlung der Gesellschaft führt und verweist auf die Üblichkeit solcher Geschäfte in der Bankenpraxis.³⁶⁷ Die Üblichkeit solcher Geschäfte ist allerdings kein normativer Gradmesser, denn Kriterium sind die *guten Sitten*, nicht die Sitten, die in Tat und Wahrheit auch *Unsitten* sein können.³⁶⁸ TSCHÄNI ist jedoch dahingehend beizupflichten, dass kein Verstoss gegen die guten Sitten vorliegt, sofern die aktienrechtlichen und die übrigen Schutzvorschriften eingehalten werden.³⁶⁹ Dies zeigt indessen deutlich, dass dem Kriterium der

³⁶⁵ Vgl. BGE 126 III 363.

³⁶⁶ ZR 98 (1999) S. 243; zum Thema der adäquaten Abgeltung der Interzession im Interesse des Aktionärs siehe vorne S. 46 ff.

³⁶⁷ TSCHÄNI, S. 193 und 201.

³⁶⁸ BUCHER, Art. 27 N 270; zu diesem Themenkomplex vgl. auch BRÜCKNER, S. 231 FN 212 mit weiteren Hinweisen.

³⁶⁹ TSCHÄNI, S. 201.

guten Sitten und dem Verbot der übermässigen Bindung *keine eigenständige Bedeutung* zukommt.

III. Zweck als Gradmesser übermässiger Bindung

Gemäss HANDSCHIN macht bei Vorliegen eines Unterwerfungszwecks zugunsten eines Dritten ein allfälliges Übermass in der Vertragsbindung zu dieser Person den Vertrag nicht ungültig.³⁷⁰ Aus den nachfolgend dargestellten Gründen wird diese Ansicht zwar geteilt, aber im Ergebnis als unwesentlich betrachtet.

Die Interzession im Interesse des Aktionärs ist durch aktienrechtliche, schuldbetreibungsrechtliche, steuerrechtliche und strafrechtliche Normen geregelt. Alleine die aktienrechtlichen Vorschriften – die Zweckgrenze, die Interessenwahrungspflicht, die Dichotomie der Vertretungsmacht und –befugnis, das Verbot der Einlagerückgewähr und der verdeckten Gewinnausschüttung sowie das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre – setzen der Interzession im Interesse des Aktionärs klarere Grenzen als das schwammige Verbot der übermässigen Bindung, dessen Anwendung auf juristische Personen ohnehin nicht wirklich sachgerecht wirkt. Wie oben gezeigt wurde, ist die Interzession im Interesse des Aktionärs alleine aufgrund der obgenannten aktienrechtlichen und anderer Vorschriften als ungültig erkannt, bevor die Analyse, ob eine Bindung übermässig ist, zur Berücksichtigung auch des Gesellschaftszwecks führt.

IV. Ergebnis

Das Verbot der übermässigen Bindung in Art. 27 Abs. 2 ZGB ist bezüglich der Interzession im Interesse des Aktionärs kaum relevant. Die aktienrechtlichen Vorschriften³⁷¹ und die schuldbetreibungs- sowie strafrechtlichen Vorschriften setzen der Interzession im Interesse des Aktionärs klarere Grenzen.³⁷² In diesem Sinne besonders bezeichnend und bemerkenswert ist, dass der einzige Gerichtsentscheid, der eine Zession aller bestehenden und zukünftigen Forderungen zugunsten einer anderen Konzerngesell-

³⁷⁰ HANDSCHIN, S. 125.

³⁷¹ Darunter sind die Dichotomie von Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis (siehe vorne, S. 53 ff.), das Verbot der Einlagerückgewähr (siehe hinten, S. 134 ff.) und das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung (siehe S. 100 ff.) zu verstehen.

³⁷² Zum Strafrecht siehe hinten, S. 212 ff. Zum Bereich des SchKG siehe ebenfalls hinten, S. 192 ff.

schaft auf die übermässige Bindung hin prüfte, die Globalzession gerade deshalb zuliess, weil die Firmen eng miteinander verbunden und von denselben natürlichen Personen vertreten waren.³⁷³

§ 6 Begrenzung des Erwerbs und Haltens eigener Aktien

I. Zusammenhang zur Interzession im Interesse des Aktionärs

1. Problemstellung

Bei einem *leveraged buyout (LBO)* wird eine Gesellschaft an einen Erwerber verkauft, der zwecks Finanzierung des Aktienkaufpreises ein Darlehen aufnimmt und dieses gleichzeitig oder unmittelbar anschliessend an den Kauf mit Vermögenswerten der übernommenen Gesellschaft absichern lässt.³⁷⁴ Es geht folglich auch um eine Interzession im Interesse des *Aktionärs* oder, genauer gesprochen, des *Aktienerwerbers*. Dabei geht es nicht darum, den eigenen Finanzierungsbedarf direkt oder indirekt zu besichern. Die Besicherung erfolgt zum Zweck, den Erwerb der eigenen Gesellschaft einem Dritten zu ermöglichen.³⁷⁵

In der Lehre wurde vereinzelt die Frage aufgeworfen, ob die Interzession im Interesse des Aktionärs bei einem LBO die Einschränkung des Erwerbs und Haltens eigener Aktien verletzt oder eine Umgehungshandlung derselben darstellt.³⁷⁶ In den nachfolgenden Abschnitten soll gezeigt werden, welche Probleme der Erwerb und das Halten eigener Aktien mit sich bringen, welche Lösungen hiezu gefunden wurden und ob die Ziele der gesetzlichen Einschränkungen durch die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers tangiert werden. Dazu ist auch rechtsvergleichend auf die Lösungsansätze der Europäischen Union und der Bundesrepublik Deut-

³⁷³ BGE 106 II 378 = Pra 70 Nr. 89 S. 225.

³⁷⁴ Siehe vorne, S. 14 ff.

³⁷⁵ Siehe vorne, S. 15 ff.

³⁷⁶ Gegen die Anwendung von Art. 659 OR auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers ist TSCHÄNI, S. 206 f.; für die Anwendung sind ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 193 ff.; vgl. auch FURRER, S. 108 ff. und 125.

schand einzugehen. Am Schluss soll die Frage beantwortet werden, ob die Einschränkungen der Art. 659 ff. OR auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers anwendbar sind.

2. Probleme des Erwerbs und Haltens eigener Aktien

Der Erwerb und das Halten eigener Aktien sind in mehrfacher Hinsicht problematisch. Die wichtigsten Gründe sind im Kapitalschutz, weitere Gründe aber auch in Belangen der Kontrolle der Gesellschaft zu suchen.³⁷⁷

a) Kapitalschutz

Kauft eine Gesellschaft eigene Aktien von einzelnen Aktionären, verringert sie ihre Liquidität, oft unter Missachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Aktionäre. Der Kauf der Aktien läuft auf eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens hinaus, und zwar unter Missachtung der Ausschüttungs- und Liquidationsnormen des Aktienrechts. Diese Problematik hat in einigen Gliedstaaten der USA dazu geführt, dass der Rückkauf der eigenen Aktien als Ausschüttung (engl. *distribution*) betrachtet wird und nicht als Erwerb eines Vermögenswertes; die zurückgekauften Aktien gehören in der Folge nur noch zum *genehmigten* Aktienkapital.³⁷⁸ Ein Wertverlust der Aktien wirkt sich überdies mit verstärkter Wirkung auf die Gesellschaft aus: Verlieren die Aktien an Wert, verliert die Gesellschaft ebenfalls an Wert und umgekehrt (so genannter *Doppelschaden*).³⁷⁹ Das Kursrisiko der Aktien wird zum Unternehmensrisiko.³⁸⁰

³⁷⁷ Zur Problematik des Haltens eigener Aktien siehe BÖCKLI, § 4 N 194-207, FORST-MOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 131-138, HONSELL, S. 561 ff.; TERRIBILINI, S. 9 f., GIGER, S. 9-15, SIEGWART, Art. 659 N 1 und FURRER, S. 33 ff.; vgl. zum deutschen Recht MK-OECHSLER, § 71 N 18-25.

³⁷⁸ BEZZENBERGER, S. 72 f.; vgl. Model Business Corporation Act of the American Bar Association § 6.31: „(a) A corporation may acquire its own shares, and shares so acquired constitute authorized but unissued shares. (b) If the articles of incorporation prohibit the reissue of the acquired shares, the number of authorized shares is reduced by the number of shares acquired“ und § 1.40 „(6): “Distribution” means a direct or indirect transfer of money or other property (except its own shares) or incurrence of indebtedness by a corporation to or for the benefit of its shareholders in respect of any of its shares. A distribution may be in the form of a declaration or payment of a dividend; a purchase, redemption, or other acquisition of shares; a distribution of indebtedness; or otherwise“; vgl. HONSELL, S. 566.

³⁷⁹ Zum Begriff des Doppelschadens siehe MK-OECHSLER, § 71 N 29 und § 71a N 3.

³⁸⁰ Vgl. ZÜRCHER, S. 53 ff.

b) Kontrollproblematik

Hält die Gesellschaft eine massgebende Beteiligung an sich selbst, kann sie sich selbst führen. Die Verwaltung erhält eine vom Aktienrecht nicht gewollte Machtfülle. Die Gesellschaft wird ihr eigenes Mitglied und kontrolliert sich selbst, unter Ausschluss des Marktes. Zusätzlich ist an die Gefahr von Kursmanipulationen bei den An- und Verkäufen der eigenen Aktien zu denken.³⁸¹ Beim LBO kommt hinzu, dass die Gesellschaft durch ihre Hilfe bei der Finanzierung des Kaufpreises eine Investition in den Wechsel der eigenen Kontrollmehrheit leistet.³⁸² Ob dieser Einfluss und die damit verbundene Investition wirklich im Einklang mit den Interessen der Gesellschaft erfolgen, ist zumindest fragwürdig.³⁸³

3. Lösung des Schweizer Aktienrechts

Der Gesetzgeber hat auf diese Kapitalschutz- und die Kontrollproblematik mit den Vorschriften der Art. 659, 659a und 659b OR reagiert. Der Erwerb eigener Aktien ist gemäss Art. 659 Abs. 1 OR zulässig, sofern frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür notwendigen Mittel vorhanden ist. Der Betrag, der dem Anschaffungswert der Aktien entspricht, ist gesondert als Reserve auszuweisen.³⁸⁴ Der Kontrollproblematik wurde mit der Bestimmung Rechnung getragen, dass das Stimmrecht an den eigenen Aktien ruht.³⁸⁵ Der gesamte Nennwert der eigenen Aktien darf überdies zehn Prozent des Aktienkapitals nicht übersteigen.³⁸⁶

Der *Erwerb* der Aktien wird folglich nach Umfang (10%-Obergrenze und Verfügbarkeit von frei verwendbarem Eigenkapital), Gleichbehandlung (bei der Auswahl der Aktienverkäufer gemäss dem Gleichbehandlungsprinzip in Art. 717 Abs. 2 OR) und der allgemeinen Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) geregelt. Das *Halten* der eigenen Aktien wird durch

³⁸¹ GIGER, S. 10 f.

³⁸² MK-OECHSLER, § 71a N 2.

³⁸³ Vgl. TSCHÄNI, S. 192 f. Er erwähnt, dass die Gesellschaft ein Interesse daran haben kann, in eine andere Unternehmung eingegliedert zu werden. Zu bedenken ist aber stets, dass die Gesellschaft die Mittel, die sie zur Besicherung ihres Kaufpreises erbringt, auch für Investitionen und für die Sicherung der eigenen Überlebensfähigkeit nutzen könnte.

³⁸⁴ Art. 659a Abs. 2 OR.

³⁸⁵ Art. 659a OR; vgl. dazu HOFSTETTER, Erwerb, S. 141.

³⁸⁶ Art. 659 Abs. 1 OR. Die Erwerbsobergrenze von 10% stellt eine *Ordnungsvorschrift* dar, siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 173.

das ruhende Stimmrecht, die Reservenbildung und die Transparenz im Anhang zur Jahresrechnung (Art. 663b Ziff. 10 OR) erfasst.³⁸⁷

4. Abgrenzung des Erwerbs eigener Aktien von der Einlagerückgewähr

Die Verletzung des Gebots der Einlagerückgewähr wird in der Botschaft zum neuen Aktienrecht als erste der Gefahren des Erwerbs eigener Aktien genannt.³⁸⁸ Es stellt sich deshalb die Frage, wie das Verhältnis des Erwerbs eigener Aktien zur Einlagerückgewähr gemäss Art. 680 Abs. 2 OR ist.

Die erste gemeinsame Einschränkung betrifft die Herkunft der für den Aktienwerb verwendeten Gelder. Nur wenn die Aktien von der Gesellschaft zulasten des Aktienkapitals oder der gesetzlichen Reserven erworben werden, kann eine Einlagerückgewähr vorliegen.³⁸⁹ Beim zulässigen Erwerb nach Art. 659 OR stellt sich die Frage nach einer Verletzung von Art. 680 Abs. 2 OR gar nicht mehr, da genügend frei verwendbares Eigenkapital vorhanden gewesen sein muss und eine Reserve in der Höhe des Anschaffungswerts gebildet werden muss.³⁹⁰ Verfügt die Gesellschaft nicht über ausreichende Reserven und kauft sie trotzdem eigene Aktien, so liegt nicht nur ein Verstoss gegen Art. 659 OR vor, sondern auch gegen Art. 680 Abs. 2 OR, sofern die Gesellschaft durch den Erwerb zulasten des gebundenen Eigenkapitals entreichert wird. Dies trifft dann zu, wenn die eigenen Aktien im Verhältnis zum Erwerbspreis keinen äquivalenten Ge-

³⁸⁷ Vgl. dazu anschaulich GRONER, S. 86. Es stellt sich die Frage, ob die 10%-Obergrenze überhaupt notwendig und sinnvoll ist. Die Obergrenze wurde mit der Aktienrechtsrevision von 1991 eingeführt und orientierte sich an der Kapitalschutzrichtlinie der EG und am deutschen Recht, die beide ebenfalls eine 10%-Obergrenze enthalten (vgl. Botschaft zum Aktienrecht, BBl 1983 II 760, Ziffer 122.5; HOFSTETTER, Erwerb, S. 138). Das deutsche Recht erlaubte vor Inkrafttreten der Kapitalschutzrichtlinie den Erwerb eigener Aktien auch zulasten des gebundenen Kapitals, also auch zum Schaden allfälliger Gläubiger, die dadurch Haftungssubstrat verloren (BENCKENDORFF, S. 228 und 300; vgl. MK-OECHSLER, § 71 N 39). Vor diesem Hintergrund machte die Obergrenze von 10% Sinn. Mit Einführung der Bestimmungen des § 71 AktG, wonach die Aktien nicht mehr zulasten des Grundkapitals erworben werden können, hätte man die 10%-Obergrenze fallen lassen können, denn es kann für die Gläubiger richtigerweise nicht darauf ankommen, ob der Gewinn als Dividende verteilt oder zum Rückkauf der Aktien verwendet wird (BENCKENDORFF, S. 228, 235 und 299 f.). Die 10%-Obergrenze dient somit weniger dem Kapital- und Gläubigerschutz, als vielmehr der Aufrechterhaltung der Kontroll- und der Machtverhältnisse in der Aktiengesellschaft. Diesem Schutzbedürfnis wird jedoch durch das ruhende Stimmrecht bereits Rechnung getragen. Auf die fehlende Kapital- und Gläubigerschutzrelevanz wird im Zusammenhang mit der fraglichen Anwendung von Art. 659 ff. OR auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers nochmals zurückzukommen sein (siehe hinten S. 93 ff.).

³⁸⁸ Botschaft zum Aktienrecht, BBl 1983 II 804 f. Ziffer 208.1.

³⁸⁹ GIGER, S. 13.

³⁹⁰ GIGER, S. 91.

genwert darstellen und dadurch das Reinvermögen unter die Höhe des Aktien- und Partizipationskapitals sinkt.³⁹¹ Die beiden Normen überschneiden sich demnach teilweise.³⁹²

II. Rechtsvergleichung mit Deutschland und der EU

Zur Beantwortung der Frage, ob Art. 659 OR auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers Anwendung findet (siehe dazu § 6 III), empfiehlt sich vorab die Analyse der diesbezüglich expliziten Normen im europäischen und deutschen Recht.

1. EU-Kapitalschutzrichtlinie von 1976

Der Rat der Europäischen Gemeinschaften erliess 1976 die so genannte Kapitalschutzrichtlinie.³⁹³ Schon deren Präambel bezieht sich direkt auf die Problematik des Erwerbs eigener Aktien.³⁹⁴ Die Kapitalschutzrichtlinie enthält das Verbot, eigene Aktien zu zeichnen. Sofern in einem Mitgliedstaat der Erwerb eigener Aktien erlaubt ist, wird er in Art. 19 der Kapitalschutzrichtlinie diversen Beschränkungen unterworfen. So ist für den Erwerb der eigenen Aktien die Genehmigung durch die Generalversammlung notwendig. Nur der Erwerb vollbezahlter Aktien ist zulässig. Hinzu kommt eine Beschränkung des Haltens eigener Aktien auf 10% des gezeichneten Kapitals. Die Begrenzung auf 10% soll die Gefahr möglicher Missbräuche durch die Verwaltungsorgane der Gesellschaft verhindern.³⁹⁵

Überdies enthält Art. 23 der Kapitalschutzrichtlinie das Verbot für die Gesellschaft, einem Dritten die Finanzierung ihrer Aktien mittels Darlehen

³⁹¹ GIGER, S. 91 f.

³⁹² GIGER, S. 91; zum aOR siehe BGE 60 II 319 f., 110 II 301, BINDER, S. 89 ff., SIEGWART, Art. 659 N 4, FURRER, S. 148.

³⁹³ Zweite Richtlinie des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (77/91/EWG); siehe zur Kapitalschutzrichtlinie eingehend BENCKENDORFF, S. 187 ff.

³⁹⁴ Präambel der Kapitalschutzrichtlinie: „Die Gemeinschaft muss deshalb Vorschriften erlassen, um das Kapital als Sicherheit für die Gläubiger zu erhalten, indem insbesondere untersagt wird, dass das Kapital durch nicht geschuldete Ausschüttungen an die Aktionäre verringert wird, und indem die Möglichkeit einer Gesellschaft, eigene Aktien zu erwerben, begrenzt wird.“

³⁹⁵ BENCKENDORFF, S. 191.

oder Sicherheitenbestellung zu ermöglichen.³⁹⁶ Bezweckt wurde damit, mögliche Umgehungen des Erwerbs eigener Aktien zu verhindern.³⁹⁷ Es stellt sich jedoch die Frage, ob Art. 23 als Umgehungstatbestand wirklich den genauen Regelungsgehalt der Art. 19 ff. der Kapitalschutzrichtlinie vor Umgehungen schützt. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

Art. 23 der Kapitalschutzrichtlinie wurde dem Modell des britischen Section 54 des Companies Act 1948 nachgebildet.³⁹⁸ Der Normzweck von Section 54 betraf die Problematik der so genannten *financial assistance* und umfasste ein Verbot für Gesellschaften, Dritte mittels Sicherheiten, Darlehen oder finanzieller Unterstützung beim Erwerb von Anteilen der Gesellschaft zu unterstützen. Es liegt auf der Hand, dass mit diesem Verbot nicht oder zumindest nicht nur dieselben Probleme wie beim Erwerb eigener Aktien tangiert werden, denn die interzedierende Gesellschaft hält klarerweise nicht ihre eigenen Aktien und übt auch keine eigenen Stimmrechte aus. Der Aktienerwerber übt diese Rechte aus. Die Gefahr des *Doppelschadens*, wonach das Aktienkursrisiko zum Unternehmensrisiko wird, weil der Wertzerfall der Unternehmung zum Wertzerfall der eigenen Aktien führt bzw. umgekehrt, besteht ebenfalls nicht. Es bleibt einzig das Insolvenzrisiko des Darlehensnehmers. Die Vorschrift basiert auf der Annahme, dass der Aktienerwerber, der für ein Darlehen Sicherheiten der übernommenen Gesellschaft beansprucht, offensichtlich weder über die zum Erwerb notwendigen Mittel noch über die notwendige Kreditwürdigkeit verfügt. Diese Vermutung erlaubt die Folgerung, dass die bestellte Sicherheit einem hohen Risiko der Inanspruchnahme ausgesetzt ist, das Minderheitsaktionären und Gläubigern nicht zuzumuten ist.³⁹⁹

³⁹⁶ Artikel 23 der Kapitalschutzrichtlinie: „(1) Eine Gesellschaft darf im Hinblick auf den Erwerb ihrer Aktien durch einen Dritten weder Vorschüsse geben noch Darlehen gewähren noch Sicherheiten leisten. (2) Absatz 1 gilt nicht für Rechtsgeschäfte, die im Rahmen der laufenden Geschäfte der Banken und anderer Finanzinstitute getätigt werden, und auch nicht für Geschäfte, die im Hinblick auf den Erwerb von Aktien durch oder für Arbeitnehmer der Gesellschaft oder einer mit ihr verbundenen Gesellschaft getätigt werden. Diese Geschäfte dürfen jedoch nicht dazu führen, daß das Nettoaktivvermögen der Gesellschaft den in Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe a) genannten Betrag unterschreitet. (3) Absatz 1 gilt nicht für Geschäfte, die im Hinblick auf den Erwerb von Aktien nach Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe h) getätigt werden.“

³⁹⁷ BENCKENDORFF, S. 195.

³⁹⁸ SCHROEDER, S. 110 f.; Abdruck von Section 54 Companies Act 1948 in SCHROEDER, S. 304; KLASS S. 21; vgl. MK-OECHSLER, § 71a N 1.

³⁹⁹ Siehe dazu vorne S. 14 ff.; SCHROEDER, S. 98; siehe dazu auch die Überlegungen im Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999 in StE 1999 B 24.4. Nr. 53d und e = ASA 69 (2000/2001) S. 642 ff., insb. S. 649.

2. Rechtslage in Deutschland

a) Beschränkung des Erwerbs eigener Aktien

Der Erwerb eigener Aktien und Umgehungsgeschäfte der Beschränkung des Erwerbs eigener Aktien sind in § 71 und 71a AktG geregelt. Es dürfen mit Ermächtigung der Hauptversammlung eigene Aktien erworben werden bis zu einer Obergrenze von 10% des Grundkapitals (§ 71 Abs. 1 Ziff. 8 und Abs. 2 AktG). Für die eigenen Aktien ist überdies eine Rückstellung (im deutschen Text *Rücklage*) zu bilden, ohne das Grundkapital oder nach Gesetz und Satzung zu bildende Rückstellungen zu mindern (§ 71 Abs. 2 AktG und § 272 Abs. 4 HGB).

b) Umgehungsgeschäfte

§ 71a AktG verbietet die Umgehungsgeschäfte zu § 71 AktG. § 71a Abs. 1 AktG soll dazu dienen, das in § 71 AktG geregelte grundsätzliche Verbot des Erwerbs eigener Aktien gegen mögliche Umgehungen durch Geschäfte zu sichern, die für die Gesellschaft im Risiko und im wirtschaftlichen Ergebnis ähnlich sind.⁴⁰⁰ Er sieht die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften vor, die die Leistung eines Vorschusses, eines Darlehens oder einer Sicherheit durch die Gesellschaft an einen Dritten zum Zweck des Erwerbs von Aktien der eigenen Gesellschaft zum Gegenstand haben.

Es stellt sich die Frage nach dem genauen Normzweck dieser Regelung, die nicht bloss ein Umgehungstatbestand des Verbots des Erwerbs eigener Aktien sein kann.⁴⁰¹ § 71 AktG will den Austausch liquider Mittel gegen eigene Anteile erfassen, während § 71a AktG den Austausch liquider Mittel gegen Forderungen zum Gegenstand hat. Die Norm hat somit einen Doppelzweck. Einerseits bezweckt sie die Verhinderung der Umgehung des Erwerbs eigener Aktien, andererseits schafft die Norm einen Bezug zu Unternehmensübernahmen (so genannter *Takeover-Bezug*), wenn sie die Verwendung des Gesellschaftsvermögens zur Erwerbsfinanzierung ausserhalb der legalen Gewinnausschüttung verbietet.⁴⁰²

Die Norm des § 71a AktG hat tatsächlich einen klaren Bezug zu Unternehmensübernahmen. Dies erklärt auch die Tatsache, dass in Deutschland die Interzession im Interesse des Aktionärs für den gewöhnlichen Liquiditäts- und Investitionsbedarf zulässig ist, die Besicherung des Aktien-

⁴⁰⁰ KLASS, S. 19; MK-OECHSLER, § 71a N 3.

⁴⁰¹ Vgl. MK-OECHSLER, § 71a N 3 f.

⁴⁰² MK-OECHSLER, § 71a N 3 f.

erwerbs indessen sowohl vor als auch nach dem Aktienkauf, also als vor-
gängige *und* nachträgliche Finanzierung des Aktienkaufs verboten
bleibt.⁴⁰³

Es stellt sich die Frage, ob § 71a AktG nebst dem Kapitalschutz auch die *Kontrollproblematik* des Erwerbs eigener Aktien aufnimmt. Die Gesellschaft hält bei der Finanzierung des Aktienerwerbs eines Dritten nicht ihre eigenen Aktien und kann den damit verbundenen Einfluss gar nicht ausüben. Die Kontrollproblematik kann nur noch darin bestehen, dass die Gesellschaft durch die *Geschäftsleitung* mit einer finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs Einfluss auf den Kurswert ihrer Aktien nimmt oder entscheiden kann, wer neuer Aktionär wird, indem sie für dessen Schuld Sicherheiten bestellt und ihm so den Erwerb ermöglicht.⁴⁰⁴ Diese Konstellation wird noch deutlicher beim so genannten *management buyout* (*MBO*), bei dem die Mitglieder der Geschäftsleitung gleich selber die eigene Gesellschaft kaufen und dabei zur Finanzierung auf das Gesellschaftsvermögen zurückgreifen. Zu beachten ist indessen, dass auch bei einem leveraged buyout nach wie vor der bisherige Aktionär durch Auswahl des Erwerbers bestimmt, wer neuer Aktionär wird und dem Aktienerwerber durch die gestiegene Verschuldung eine neue Kontrollinstanz in der Person des gesellschaftsfremden Kreditgebers erwächst.⁴⁰⁵ Kreditverträge zur Finanzierung von Unternehmensübernahmen enthalten rigorose Kontrollinstrumente und Mitteilungspflichten und verlangen die Einhaltung von finanziellen Grenzwerten, bei deren Nichterfüllung Verzugsfolgen eintreten oder andere Nachteile drohen, wie zum Beispiel die Pflicht zur sofortigen Rückzahlung des Darlehens.⁴⁰⁶ Derartige Pflichten führen zu einer strafferen Kosteneinhaltung und Ausgabendisziplin.⁴⁰⁷ Die Machtverschiebung zugunsten des Vorstands beim *leveraged buyout* ist deshalb nur eine vordergründige Erscheinung. Die Kontrollproblematik beim *leveraged buyout* ist folglich nicht so virulent wie beim tatsächlichen Erwerb eigener Aktien.

⁴⁰³ MK-OECHSLER, § 71a N 3 f. und 27 f.; vgl. MK-BAYER, § 57 N 86; vgl. SCHROEDER, S. 194 ff.

⁴⁰⁴ MK-OECHSLER, § 71a N 4; vgl. KLASS, S. 21; vgl. SCHROEDER, S. 114.

⁴⁰⁵ MK-OECHSLER, § 71a N 2.

⁴⁰⁶ VON SALIS-LÜTOLF, N 1316-1334.

⁴⁰⁷ MK-OECHSLER, § 71a N 2. Die Informationen dienen der Kreditgeberin dazu, die Gesellschaft indirekt zu steuern, ohne in die unerwünschte Rolle des faktischen Organs zu geraten (vgl. SENN, S. 119; vgl. VON SALIS-LÜTOLF, N 1333 f.).

III. Anwendbarkeit von Art. 659 OR auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers

1. Problemstellung

In Deutschland wird § 71a AktG als Umgehungstatbestand zum grundsätzlichen Verbot des Erwerbs eigener Aktien betrachtet. Angesichts der expliziten Rechtslage in Deutschland stellt sich die Frage, ob die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers in der Schweiz als Umgehung ebenfalls den Beschränkungen des Art. 659 OR unterworfen ist.

2. Gesetzlicher Umgehungstatbestand

Die Gesetzesumgehung wird nach neuerer Lehre nicht mehr als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB betrachtet, sondern durch extensive Auslegung der umgangenen Norm, Lückenfüllung oder durch Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise erfasst.⁴⁰⁸

Deshalb kommt es darauf an, ob in der Interzession zwecks Finanzierung des Aktienerwerbs durch einen Dritten der Sinn und Zweck von Art. 659 OR umgangen wird. Dass die Beschränkungen des Art. 659 OR nicht direkt anwendbar sind, liegt auf der Hand. Die Gesellschaft hält keine eigenen Aktien und erwirbt diese auch nicht. Es stellt sich somit die Frage, ob die Norm des Art. 659 OR die Erweiterung auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers einerseits *erträgt* und andererseits *erfordert*.⁴⁰⁹ Aufgrund der nachfolgenden Überlegungen wird dies verneint.

3. Genügende Kapitalschutzvorschriften

Die Normzwecke der Art. 659 ff. OR sind in der Hauptsache in der Wahrung der Macht- und Kontrollverhältnisse und im Kapitalschutz zu suchen.⁴¹⁰ Nachfolgend ist darzulegen, dass diese Normzwecke bereits anderweitig genügend geschützt oder im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung sind.

⁴⁰⁸ RIEMER, S. 119; BAUMANN, Art. 2 N 53.

⁴⁰⁹ Vgl. zur Fragestellung EGGER, Art. 2 N 40.

⁴¹⁰ Siehe vorne S. 86 ff.

a) Kontroll- und Machtproblematik

Bei der Interzession im Interesse des Aktienerwerbers kann die Interzendentin die Stimmen der eigenen Aktien nicht ausüben, denn diese werden vom Aktienerwerber gehalten. Damit fällt der wichtigste Aspekt der Kontrollproblematik weg.

Die Verwaltung kann höchstens durch Verweigerung oder Gewährung der Interzession – je nach Person des Aktienerwerbers – indirekt Einfluss darauf nehmen, wer Aktionär wird.⁴¹¹ Diese Art der Einflussnahme wird umso deutlicher, wenn die Geschäftsleitung die Aktien der Gesellschaft im Rahmen eines *management buyout* gleich selber kaufen will. Allerdings ist diese Möglichkeit der Einflussnahme eher von geringer Bedeutung.⁴¹² In jedem Fall entscheidet der bisherige Aktionär selbst durch Auswahl des Käufers, wer neuer Aktionär wird. Dies zeigt sich auch an der Tatsache, dass die Interzession zumeist in gemeinsamer Absprache des Aktienverkäufers mit dem Aktienerwerber erfolgt.⁴¹³

Gewährt die Gesellschaft einem Aktienerwerber die gewünschten Sicherheiten nicht, so dürfte es dem Aktienerwerber leicht fallen, eine Zwischenfinanzierung einzugehen, die nach Übernahme der Gesellschaft und Auswechslung der renitenten Verwaltung abgelöst oder neu besichert wird. Diese Umgehung wird vom deutschen Recht zwar auch erfasst.⁴¹⁴ Wird jedoch die Interzession im Interesse der Aktienerwerbers zugelassen, spricht das Argument der stets möglichen Zwischenfinanzierung und der Auswechselbarkeit einer renitenten Verwaltung genau gegen die Existenz einer Macht- und Kontrollproblematik oder einer Ballung der Macht bei der Verwaltung. Das Argument zeigt dann, dass die Verwaltung die Kontrolle und den Einfluss, wer Aktionär wird, eben nicht oder nicht mehr als mit den gewöhnlich erlaubten Massnahmen ausüben kann.

Ferner wird die Macht der Verwaltung zusätzlich durch die meist engmaschigen Informationspflichten und die rigorose Finanzkontrolle der gesellschaftsfremden Kreditgläubiger eingeschränkt.⁴¹⁵

⁴¹¹ MK-OECHSLER, § 71 N 22 und insb. § 71a N 4; KLASS, S. 21.

⁴¹² Siehe auch vorne, S. 91 f.

⁴¹³ Vgl. die Erwägungen im Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999 in ASA 69 (2000/2001) S. 646 und 650 f. = StE 1999 B 24.4. Nr. 53d-f.

⁴¹⁴ MK-OECHSLER, § 71a N 27.

⁴¹⁵ Vgl. VON SALIS-LÜTOLF, N 1333 f. und SENN, S. 119; vgl. auch BGE 107 II 354 f., wo auch die Frage behandelt wird, ab wann die Banken durch ihre Einflussnahme zum faktischen Organ werden, was zur Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit führen kann; siehe ZÜRCHER, S. 23 zu Mitbestimmungsrechten von Gläubigern in Kreditverträgen; vgl. MK-OECHSLER, § 71a N 2.

b) Kapitalschutzproblematik

Die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers wird eindeutig vom Verbot der Einlagerückgewähr und der verdeckten Gewinnausschüttung erfasst. Angesichts dieser Tatsache ist zu fragen, ob die Norm des Art. 659 OR die Erweiterung auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers im Hinblick auf den Kapitalschutz noch erfordert.

FURRER⁴¹⁶ hat sich in seiner Zürcher Dissertation aus dem Jahre 1934 intensiv mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Er argumentiert, dass die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers gegen den primären Sinn und Zweck des Verbots des Erwerbs eigener Aktien verstösst, indem das zu beurteilende Geschäft zu einer effektiv vom Gesetz verbotenen Risikobelastung des gesellschaftlichen Vermögens führt. Die Gerichtsentscheide, die er als Belege für diese Aussage zitiert, behandeln jedoch den direkten Erwerb eigener Aktien einer Gesellschaft durch ihre Tochtergesellschaften sowie primär das Verbot der Einlagerückgewähr und betreffen allesamt deutsches Recht.⁴¹⁷ Das genaue Studium der Entscheide zeigt, dass die

⁴¹⁶ FURRER, S. 110; vgl. auch FURRER, S. 100: „Ihrem Sinn nach will aber die Bestimmung die Eingehung gewisser obligatorischer Vereinbarungen seitens der Gesellschaft mit einem Dritten untersagen, die im wirtschaftlichen Effekt zu einer ebensolchen Risikobelastung des gesellschaftlichen Vermögens und unter Umständen zu denselben Unzuträglichkeiten führen, wie der direkte Erwerb.“

⁴¹⁷ Der von FURRER auf S. 112 ff. zitierte Fall aus der Praxis der betraf die Deutschen Linoleum-Werke AG Berlin (DLW, eine Tochtergesellschaft der CLU), die wegen ihrer hohen Liquidität ein grosses Aktienpaket an der Continental Linoleum-Union (CLU) Zürich erworben hat, das dem Generaldirektor der DLW gehörte. Dass dieses Rechtsgeschäft eine Umgehung des Verbots des Haltens eigener Aktien darstellt, ist offensichtlich und würde heutzutage direkt von Art. 659b Abs. 1 OR erfasst. Ein weiterer von FURRER zitierter Fall betrifft die Einlagerückgewähr (Entscheid des Reichsgerichts in Zivilsachen von 1930, abgedruckt in der Juristische Wochenschrift, 1930, S. 3730 ff.; zusammengefasst bei FURRER, S. 125 f.; zitiert bei ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 194 FN 58). Ein Grossaktionär veräusserte seine bei der Gründung übernommenen Aktien (74% des Aktienkapitals) an einen anderen Aktionär, wobei die Gesellschaft für die Kaufpreisforderung dem Veräusserer gegenüber eine Bürgschaft einging und sich zur Bestellung einer Hypothek auf ihrem Grundbesitz verpflichtete, mit der Massgabe, dass sie aus dem Gegenwert der Hypothek die Kaufpreisansprüche des Veräusserers gegenüber dem Erwerber der Aktien abzudecken habe. Die Gesellschaft zahlte später die Kaufpreisschuld des Erwerbers. Die Verbürgung der Gesellschaft für die Kaufpreiszahlung und dessen Entrichtung wurde vom Gericht als verbotene Einlagerückgewähr gewertet. Die Aktien wurden zwar vom Aktienerwerber im eigenen Namen, aber nur *als Treuhänder* für die Gesellschaft gehalten. Die Gesellschaft hätte sogar aufgrund der Bezahlung einen jederzeitigen Anspruch auf Auslieferung der eigenen Aktien gehabt. FURRER zitiert diesen Entscheid richtigerweise bei der Behandlung des Verbots des Erwerbs eigener Aktien und der Einlagerückgewähr. Die Besicherung der Kaufpreissumme war nicht das vordergründige Problem, sondern die Aktionen, um die direkte Bezahlung des Kaufpreises durch die Gesellschaft zu kaschieren. Der Kommentator des Entscheides in der Juristischen Wochenschrift fasste die Kernaussage des Entscheides richtigerweise dahingehend zusammen, dass die Substanz der Gesellschaft geschützt sei und nicht für den Erwerb eigener Aktien eingesetzt werden dürfe. Der Aktionär könne nur Ansprüche aus der ordentlichen

beiden Schweizer Kapitalschutzvorschriften der Einlagerückgewähr und der verdeckten Gewinnausschüttung einen ausreichenden Schutz geboten hätten. Das Verbot des Erwerbs eigener Aktien wurde zwar in der Klagebegründung⁴¹⁸ erwähnt, spielte jedoch für den Klageentscheid keine Rolle.

Im Unterschied zu den im deutschen Entscheid beschriebenen Transaktionen geht es bei einem *leveraged buyout* nicht darum, dass eigene Aktien von Dritten treuhänderisch für die Gesellschaft erworben werden sollen, was in den Schranken der Art. 659 ff. OR heutzutage sogar zulässig wäre. Die Gesellschaft erhält bei einem *leveraged buyout* keinen Anspruch auf Auslieferung der Aktien und hält auch zu keinem Zeitpunkt eigene Aktien. Werden die bestellten Sicherheiten beansprucht und vollstreckt, erlangt die Interzedentin lediglich einen Rückzahlungsanspruch gegen den Aktienerwerber, der die von der Interzedentin besicherte Schuld nicht beglichen hat.

Auf die Unterscheidung der Normen zum Erwerb eigener Aktien und der Einlagerückgewähr wurde in dieser Arbeit bereits hingewiesen.⁴¹⁹ Das Verbot der Einlagerückgewähr findet keine Anwendung, sofern ein nach den Vorschriften des Erwerbs eigener Aktien gültiger Aktienerwerb vorliegt. Verfügt die Gesellschaft über genügend frei verwendbares Eigenkapital, so bleibt Art. 680 Abs. 2 OR unberührt.⁴²⁰ Auch die Normen der verdeckten Gewinnausschüttung bleiben unberührt, solange die Aktien zu Drittkonditionen (*at arm's length*) aus frei ausschüttbaren Gesellschaftsmitteln erworben werden.

Die Diskrepanz zu den Kapitalschutzvorschriften liegt folglich in der Ordnungsvorschrift der 10%-Obergrenze des Erwerbs eigener Aktien, der Offenlegungspflicht und der vorgeschriebenen Reservebildung. Nachfolgend soll gezeigt werden, dass der zusätzliche Schutz, der mit diesen Vorschriften bezweckt wird, bei der Beurteilung der Probleme der Interzession im Interesse des Aktienerwerbers nicht mehr benötigt wird.

Verteilung des Reingewinnes erheben. Siehe dazu die Bemerkung von Heilbrunn in JW 1930 S. 3731: „Daraus kann gefolgert werden, dass das Reichsgericht nicht nur einen Rückkauf von Gründeraktien für unzulässig ansieht, vielmehr auch jeden Ankauf von Aktien durch die Gesellschaft selbst über die Bestimmung des § 226 hinaus als eine Handlung ansehen will, die unter Umständen Vorstand und Aufsichtsrat, wie auch den verkaufenden Aktionär, den Gläubigern gegenüber haftbar macht, sofern die Bezahlung aus der Substanz der Gesellschaft erfolgt.“

⁴¹⁸ Die damalige Norm war § 226 aHGB, abgedruckt in MK-OECHSLER, § 71 N 28; JW 1930 S. 3731; vgl. zu dieser damals geltenden Norm auch BENCKENDORFF, S. 37.

⁴¹⁹ Siehe vorne, S. 88.

⁴²⁰ Siehe vorne, S. 88; GIGER, S. 91; vgl. HONSELL, S. 566 f.

c) Relevanz der Erwerbsobergrenze, der Offenlegungspflicht und der Reservebildung

aa) Erwerbsobergrenze

Die 10%-Obergrenze wurde mit der Aktienrechtsrevision von 1991 eingeführt und orientierte sich an der Kapitalschutzrichtlinie der EG und am deutschen Recht, die beide ebenfalls eine 10%-Obergrenze enthalten.⁴²¹ Sie stellt eine Ordnungsvorschrift dar.⁴²² Für das deutsche Recht kommt der Obergrenze jedoch keine eigenständige Bedeutung für den Gläubigerschutz mehr zu. Vor Inkrafttreten der EG-Kapitalschutzrichtlinie erlaubte das deutsche Aktiengesetz den Erwerb eigener Aktien auch zulasten des Grundkapitals und damit zum Nachteil der Gläubiger, womit die 10%-Obergrenze Sinn machte. Als die weitere Kapitalgrenze des § 71 Abs. 2 AktG⁴²³ eingeführt wurde, hat die 10%-Obergrenze ihre früher wichtige Funktion verloren. Die Obergrenze verhindert im deutschen wie im schweizerischen Recht noch, dass eine Gesellschaft ihre gesamten ausschüttungsfähigen Mittel für den Erwerb eigener Aktien verwendet. Die 10%-Obergrenze verhindert jedoch nicht, dass alle frei ausschüttbaren Mittel als Dividenden ausbezahlt werden. Den Gläubigern erwächst in dieser Hinsicht folglich kein grösserer Schutz.⁴²⁴

Ebenso ist das Risiko für die Gesellschaft bei der Interzession für den gewöhnlichen Finanzbedarf gleich gross wie bei der Interzession zur Unterstützung des Aktienerwerbers, sofern das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung sowie der Einlagerückgewähr beachtet werden.⁴²⁵ Ein allfällig erhöhtes Risiko liegt darin, dass der Aktienerwerber, der für ein Darlehen Sicherheiten der übernommenen Gesellschaft beansprucht, offensichtlich nicht über die zum Erwerb notwendigen Mittel und über das notwendige Kreditvolumen verfügt, was die Interzedentin gefährden kann. Diese Vermutung erlaubt die Schlussfolgerung, dass die bestellte Sicherheit einem höheren Risiko ausgesetzt ist, das Minderheitsaktionären und

⁴²¹ Vgl. vorne, S. 91 ff.; Botschaft zum Aktienrecht, BBl 1983 II 760 Ziffer 122.5; vgl. HOFSTETTER, Erwerb, S. 138.

⁴²² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 173.

⁴²³ § 71 Abs. 2 Satz 2 AktG: „Dieser Erwerb ist ferner nur zulässig, wenn die Gesellschaft die nach § 272 Abs. 4 des Handelsgesetzbuchs vorgeschriebene Rücklage für eigene Aktien bilden kann, ohne das Grundkapital oder eine nach Gesetz oder Satzung zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zu Zahlungen an die Aktionäre verwandt werden darf.“

⁴²⁴ Vgl. BENCKENDORFF, S. 228 und 299 f.

⁴²⁵ Es ist auch im deutschen Recht klar, dass die Interzession im Interesse des Aktionärs zulässig ist, sofern sie für den gewöhnlichen Finanzbedarf und nicht für den Zweck der Unterstützung des Aktienerwerbs erfolgt und überdies die Kapitalschutzvorschriften eingehalten werden, vgl. dazu MK-BAYER, § 57 N 86.

Gläubigern nicht zugemutet werden kann.⁴²⁶ Dasselbe lässt sich jedoch auch über eine Gesellschaft sagen, die für den gewöhnlichen Finanzbedarf ein Darlehen aufnimmt und dabei Vermögenswerte der Tochtergesellschaft als Sicherheiten begeben muss. Das Argument, wonach die Sicherheiten bei der Interzession im Interesse des Aktienerwerbers besonders gefährdet sind, ist auch etwas oberflächlich. Dabei geht vergessen, dass es auch andere, ebenso gewichtige Motive für die Interzession im Interesse des Aktionärs gibt. Zu denken ist an die Vermeidung des Problems der so genannten strukturellen Nachrangigkeit, der Effizienz und der Risikominderung für die Banken.⁴²⁷

Als Fazit kann festgehalten werden, dass die Erwerbsobergrenze keinen zusätzlichen Schutz darstellt.

bb) Reservebildung

Die Reservebildung für eigene Aktien hat zum Ziel, dass Eigenkapital in der Höhe des Erwerbspreises solange nicht an die Aktionäre ausgeschüttet wird, als die Gesellschaft die eigenen Aktien hält.⁴²⁸ Diese zusätzliche Ausschüttungssperre macht bei der Interzession im Interesse des Aktienerwerbers aber keinen Sinn, da keine eigenen Aktien gehalten werden und folglich auch kein Erwerbspreis dafür bezahlt werden musste.

cc) Offenlegungspflichten

Eigene Aktien sind im Anhang zur Jahresrechnung offenzulegen.⁴²⁹ Dieselbe Offenlegungspflicht gilt für Bürgschaften, Garantieverpflichtungen und Pfandbestellungen zugunsten Dritter gemäss Art. 663b Ziff. 1 OR. In beiden Fällen ist somit die Transparenz gleichermassen gewahrt.

IV. Ergebnis

In Deutschland wurde im Interesse der Rechtssicherheit die gesetzgeberische Grundentscheidung und Wertung getroffen, dass das Risiko bei der Unterstützung des Aktienerwerbs Dritter hoch ist und dass dieses Risiko dem Erwerb eigener Aktien gleichzusetzen sei, auch wenn vielleicht

⁴²⁶ SCHROEDER, S. 98.

⁴²⁷ Siehe dazu vorne, S. 5 ff.

⁴²⁸ GIGER, S. 93, GRONER, S. 139.

⁴²⁹ Art. 663b Ziff. 10 OR.

keine klassische Umgehungssituation vorliegt.⁴³⁰ In der Schweiz wurde diese Entscheidung nicht getroffen und verbleibt dem Rechtsanwender.

Es wurde oben gezeigt, dass die Anwendung der 10%-Obergrenze sowie der Reservebildung bei der Interzession im Interesse des Aktienerwerbers in der Schweiz weder notwendig, noch zweckmässig sind. Auch die Problematik der Gesetzesumgehung ist nicht tangiert. Wenn die Gefahr der Interzession im Interesse des Aktienerwerbers unter die Einschränkungen der Art. 659 ff. OR fallen würde, hätte dies eine Ausdehnung des Tatbestands zur Folge, die auf eine schwer fassbare und generalisierende Risikovermeidung hinausliefe. Schwer fassbar würde das Verbot deshalb, weil die Interzession im Interesse des Aktionärs für den gewöhnlichen Finanzbedarf grundsätzlich erlaubt wäre, aber für die Gesellschaft weitestgehend dieselben Folgen zeitigte wie die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers.⁴³¹

Die Einschränkungen des Erwerbs eigener Aktien gemäss Art. 659 ff. OR sind auf die Interzession im Interesse des Aktienerwerbers nicht anwendbar.⁴³² Der von Art. 659 ff. OR bezweckte Kapitalschutzgedanke ist mit den Verboten der verdeckten Gewinnausschüttung und der Einlagerückgewähr ausreichend gewahrt, während die Kontrollproblematik bei der Interzession im Interesse des Aktienerwerbers nicht relevant ist.

⁴³⁰ Vgl. KLASS, S. 29.

⁴³¹ Ein grundsätzlicher und legitimer Einwand gegen diese Art der Finanzierung liegt darin, dass die Vermögenswerte für den Aktionär und nicht für die Gesellschaft verwendet werden. Die Gesellschaft könnte beispielsweise auch eigene Investitionen besichern. Dies ist vom Problembereich der verdeckten Gewinnausschüttung und des Gesellschaftsinteresses erfasst. Die dort gefundenen Lösungen der Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* (siehe vorne, S. 46 f. und hinten, S. 105 ff.) und der Beschränkung der Inanspruchnahme der Sicherheiten auf die frei ausschüttbaren Mittel (siehe hinten, S. 180 f.) sind jedoch genügend. Wenn die Gesellschaft Vermögenswerte als Dividenden an die Aktionäre ausschütten kann, muss die Verwendung dieses Teils des Vermögens auch für die Besicherung der Schuld des Aktionärs eingesetzt werden können – die Gläubiger werden dadurch nicht schlechter gestellt. Existieren Minderheitsaktionäre, liegt keine Benachteiligung vor, wenn die Gesellschaft für die Interzession im Interesse des Hauptaktionärs adäquat zu Drittkonditionen entschädigt wird.

⁴³² Gl. M. TSCHÄNI, S. 207 und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 68 N 68 (ohne Begründung, lediglich mit Hinweis auf die fehlende Europakompatibilität des Schweizer Rechts und auf die steuerrechtliche Problematik). A. M. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 193 ff.

§ 7 Verdeckte Gewinnausschüttung

I. Definitionen und Problemstellung

Wird die Interzession im Interesse des Aktionärs nicht entschädigt, kommt der Hauptaktionär in den Genuss eines geldwerten Vorteils, der ausserhalb des formellen Verfahrens der Gewinnausschüttung geleistet wird. Nachfolgend ist auf die steuer- und handelsrechtliche Erfassung der verdeckten Ausschüttung einzugehen (siehe nachfolgende Ziff. 1-3) sowie die Erfassung der Interzession im Interesse des Aktionärs als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln (siehe Ziff. 4).

1. Verdeckte Gewinnausschüttung als Begriff des Steuerrechts

Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung stammt aus dem Steuerrecht.⁴³³ Internationale und regionale Unterschiede im Steuerfuss, die nicht identische Erfassung von Kapitalgewinnen bei juristischen und natürlichen Personen und die wirtschaftliche Doppelbelastung durch die Besteuerung von Gewinnen der Gesellschaft und deren Ausschüttungen an die Aktionäre führten zu vielfältigen Versuchen, Gewinne dort anfallen zu lassen, wo sie am geringsten oder gar nicht besteuert werden.⁴³⁴ Die verdeckte Gewinnausschüttung kann auch dazu dienen, eine schwache Konzerngesellschaft zu stärken, Gläubigern Haftungssubstrat zu entziehen oder Minderheitsaktionäre zu benachteiligen.⁴³⁵ Beispiele für derartige Versuche sind zu tiefe oder zu hohe Verrechnungspreise für Güter und Dienstleistungen im Konzern, die Belastung der Gesellschaft mit privaten Lebenshaltungskosten des Aktionärs oder der Verwaltung, allgemein für die Gesellschaft unvorteilhafte Geschäfte mit dem Aktionär und die Einbringung von Betriebsgesellschaften in eigene Holdinggesellschaften des Aktionärs.⁴³⁶

⁴³³ Vgl. WATTER, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 139; OR-KURER, Art. 678 N 12.

⁴³⁴ Vgl. zu den Motiven REICH, S. 616; NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 11 und S. 14 f.; zur wirtschaftlichen Doppelbelastung siehe HEUBERGER, S. 160 f. und NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 14; vgl. auch HORMUTH, S. 50.

⁴³⁵ Siehe REICH, S. 616 f.

⁴³⁶ Zu den zitierten Beispielen HEUBERGER, S. 3 ff.; NEUHAUS, Besteuerung, S. 232 f. und zur Transponierung S. 254 (Abtretung von Aktien an eine vom abtretenden Aktionär beherrschte Gesellschaft zu einem über dem Nennwert der abgetretenen Aktien liegenden Wert, jedoch Einbringung der Aktien in die Gesellschaft gegen Nennwert, siehe dazu auch GRÜNINGER, S. 28 ff.);

Sofern verdeckte Gewinnausschüttungen von den Steuerbehörden nicht entdeckt und korrigiert werden, haben sie den doppelten Vorteil, dass sie nicht wie Dividenden aus versteuertem Gewinn ausgeschüttet werden müssen und beim ausschüttenden Unternehmen als steuerlich abzugsfähiger Aufwand den steuerbaren Gewinn reduzieren.⁴³⁷ Auf die steuerrechtliche Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung wird in § 16 vertieft eingegangen.

2. Verdeckte Gewinnausschüttung als Begriff des Aktienrechts

Die aktienrechtliche verdeckte Gewinnausschüttung ist in Art. 678 Abs. 2 OR geregelt und schützt das aktienrechtliche Sondervermögen vor ungerechtfertigten Entnahmen. Das Gesetz verwendet den Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung im Gesetzestext jedoch nicht. Während Art. 678 OR in Abs. 1 die ungerechtfertigten, aber offen ausgeschütteten Zahlungen erfasst, regelt Abs. 2 die übrigen, verdeckt ausgeschütteten Leistungen. Aktionäre und Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen sind zur Rückerstattung anderer, d.h. nicht in Dividenden, Gewinnanteilen, Bauzinsen oder Tantiemen bestehender Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit die Leistungen in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen.

HEUBERGER⁴³⁸ erklärt die verdeckte Gewinnausschüttung bei Rechtsgeschäften anschaulich mit der *zweifachen causa* (Rechtsgrund), die der Leistung zugrundeliegt. Die *schuldrechtliche causa* umfasst das Rechtsgeschäft zu den normalen Bedingungen, also als tatsächlich geschäftsmässig begründeter Aufwand zu Drittkonditionen. Die Leistungen, die über die adäquate Gegenleistung hinausgehen, erfolgen aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses (lat. *societatis causa*) und stellen die eigentliche Gewinnausschüttung dar.

NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 11 und S. 14 f.; MARTI, S. 92 f.; vgl. VON BÜREN, S. 155 ff.

⁴³⁷ VON BÜREN, S. 153 FN 418.

⁴³⁸ HEUBERGER, S. 8 f.; vgl. REICH, S. 612; vgl. ZIMMERLING, S. 68ff, insbesondere S. 70.

3. Unterschiede zwischen der handels- und steuerrechtlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung

Es besteht keine Deckungsgleichheit zwischen der aktien- und der steuerrechtlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung.⁴³⁹ Das Steuerrecht löst das Problem der verdeckten Gewinnausschüttung durch Erfassung und Hinzurechnung derselben bei den relevanten Steuerarten.⁴⁴⁰ Das Aktienrecht hingegen gewährt der Gesellschaft bei verdeckten Gewinnausschüttungen nach Massgabe des Art. 678 Abs. 2 OR einen Rückerstattungsanspruch.

Weitere Unterschiede ergeben sich beim Vergleich der Voraussetzungen. Das Aktienrecht erfasst auch Leistungen, die an Verwaltungsräte geflossen sind und verwendet das Konzept der *Bösgläubigkeit* in Art. 678 OR, während das Steuerrecht *Erkennbarkeit* der Begünstigung fordert.⁴⁴¹

Die herrschende Lehre geht überdies davon aus, dass im Gegensatz zum Steuerrecht bei Vorliegen eines Konzern- oder Unterwerfungszwecks keine Rückerstattungspflicht verdeckter Gewinnausschüttungen gemäss Art. 678 Abs. 2 OR besteht. Bei der steuerrechtlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung ist ein derart angepasster Zweck der Gesellschaft demgegenüber unbeachtlich.⁴⁴²

4. Interzession im Interesse des Aktionärs als verdeckte Gewinnausschüttung

Bereits in den Ausführungen zum Gesellschaftsinteresse sowie zu den Grundsätzen von Vertretungsmacht und –befugnis (§ 4 II und III) wurde gezeigt, dass die Interzession im Interesse des Aktionärs adäquat entschädigt werden sollte, damit sie auch im Interesse der Gesellschaft liegt. Art. 678 Abs. 2 OR erfasst dieses Kriterium ebenfalls. Eine der Voraussetzungen der Rückerstattungspflicht von Leistungen ist *das offensichtliche Missverhältnis* zwischen Leistung und Gegenleistung. Nachfolgend ist darauf einzugehen, welche Leistungen bei der Interzession im Interesse des Aktionärs erbracht werden.

⁴³⁹ NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 51.

⁴⁴⁰ Vgl. REICH, S. 640.

⁴⁴¹ NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 51.

⁴⁴² Siehe mehr zur Relevanz des Gesellschaftszwecks hinten, S. 116 ff.; NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 54 f.

Durch die Interzession im Interesse des Aktionärs kann der Aktionär oder die Muttergesellschaft zu günstigeren Bedingungen Kredite aufnehmen. In einigen Fällen wird die Interzession im Interesse des Aktionärs die Darlehensaufnahme überhaupt oder die Darlehensaufnahme in einer bestimmten Höhe sogar erst ermöglichen.⁴⁴³ Es handelt sich somit bei der Interzession im Interesse des Aktionärs um den Transfer einer finanziellen *Dienstleistung* zugunsten der Muttergesellschaft oder des Aktionärs. Mit der Interzession im Interesse des Aktionärs wird Vermögen der Gesellschaft dafür eingesetzt, eine Schuld des Aktionärs sicherzustellen. Es geht somit letztlich um eine *Kreditierung* oder *Kreditverschaffung*, die als Dienstleistung einen ähnlichen Wert verkörpert wie ein Darlehen, bei dem ein marktgerechter Zins als adäquate Gegenleistung ohne weiteres festgestellt werden kann. Die Übernahme des Risikos der Inanspruchnahme der Sicherheit und das Zurverfügungstellen einer Kreditsicherheit stellen ebenfalls einen wirtschaftlichen Wert dar.⁴⁴⁴ Banken beispielsweise bieten dies als entgeltliche Dienstleistung ihren Kunden an. Sie stellen im Auftrag des Kunden zugunsten von dessen Vertragspartnern Bankgarantien zur Sicherung vertraglicher Ansprüche aus. Sie erhalten dafür von ihrem Kunden ein Entgelt und im Falle der Inanspruchnahme der Garantie einen Regressanspruch.⁴⁴⁵

Die Leistung der Interzedentin geht dabei nur vordergründig an die kreditgebende Bank. Vielmehr kommt der Aktionär in den Genuss des Nutzens und der Vorteile der Interzession (siehe vorheriger Abschnitt). Bei der Interzession im Interesse des Aktionärs ohne adäquate Entschädigung kann auch regelmässig davon ausgegangen werden, dass sie auf Veranlassung des Aktionärs hin eingegangen wurde. Keine Gesellschaft würde für die Schuld eines unabhängigen Dritten ohne adäquate Gegenleistung interzedieren.⁴⁴⁶ Deshalb kann aufgrund der *Vorteile*, die dem Aktionär zu-

⁴⁴³ ZIMMERLING, S. 66 f.

⁴⁴⁴ Zu den Faktoren der Wertbestimmung siehe hinten, S. 112 f. Vgl. ZIMMERLING, S. 47. Die Sicherheitenbestellung stellt einen ähnlichen Wert und ein ähnliches Risiko dar, vgl. hierzu die Bestimmungen zur Risikoerfassung in Art. 21g Abs. 1 BankV, wonach Eventualverpflichtungen wie Bürgschaften und Garantien gemäss genau definierter *Kreditumrechnungsfaktoren* in ein so genanntes *Kreditäquivalent* umzurechnen sind. Der Begriff des Kredits im deutschen Gesetz über das Kreditwesen (§ 19 Abs. 1 Ziff. 4 und 5 BRD-KWG) umfasst nebst Darlehen auch Bürgschaften, Garantien oder Gewährleistungen. Kredit ist folglich ein Oberbegriff für Darlehen und Interzession, siehe dazu auch BÖCKLI, Darlehen II, S. 529 FN 7.

⁴⁴⁵ Siehe zur Bankgarantie BOEMLE/GSELL/JETZER/NYFFELER/THALMANN, S. 130 f. und KLEINER, S. 102 f. und S. 169 zum Garantierauftrag.

⁴⁴⁶ Vgl. MK-BAYER, § 57 N 84; vgl. ZIMMERLING, S. 59; vgl. EMMERICH/SONNENSCHNIG/HABERSACK, S. 403: „Denn häufig erfolgt die Einflussnahme auf eher informellem Wege; insbesondere allgemein gehaltene Direktiven oder „Empfehlungen“ können das Handeln des Vorstands prägen, ohne dass eine aussenstehende Person in der Lage wäre, die konkrete

kommen, der *Interessenlage* und der beschriebenen *Veranlassung* von einer Leistung an den Aktionär gesprochen werden, die er verursacht hat.⁴⁴⁷

Die obenstehenden Überlegungen treffen nicht nur auf die Interzession für die Schuld des Aktionärs zu. Sie gelten auch für den Fall, dass eine Tochtergesellschaft für eine andere Tochtergesellschaft desselben Konzerns interzediert (so genannte *cross-stream security*, im Gegensatz zur aufsteigenden Sicherheit für die Schuld des Aktionärs, der so genannten *upstream security*). Dies zeigt ebenfalls die Tatsache, dass im Aktienrecht in Art. 678 Abs. 2 OR auch dem Aktionär nahe stehende Dritte, worunter auch die Schwestergesellschaft fällt, als Leistungsempfänger rückerstattungspflichtig und somit dem Aktionär gleichgesetzt werden. Die Interzession zugunsten einer Schwestergesellschaft erfolgt ebenfalls als Interzession im Interesse des Aktionärs. Die Muttergesellschaft profitiert davon, dass sich die Schwestergesellschaften untereinander aushelfen. Im Steuerrecht wird dieser Gedanke mit der so genannten *Dreieckstheorie* aufgenommen. Die Dreieckstheorie erfasst auch die dazwischengeschobenen Leistungsempfänger. Bei der Interzession für die Schuld der Schwestergesellschaft ohne Gegenleistung bedeutete dies, dass die Interzedentin eine geldwerte Leistung erbringt, die dem Aktionär zukäme, der sie in der Folge seiner Tochtergesellschaft weiterleitete. Die Leistung wird dadurch steuerrechtlich bei drei Personen erfasst.⁴⁴⁸ Der gedankliche Weg über den Aktionär ist indessen nicht nur ein theoretischer Gedanke. Es ist vielmehr zu vermuten, dass der Aktionär auch diese Interzession angeordnet oder veranlasst hat.⁴⁴⁹ Dies tut er nur, weil die Interzession auch ihm zugute

Ursache einer einzelnen Massnahme darzutun. Was die aussenstehenden Aktionäre ebenso wie die Gläubiger allenfalls feststellen können, ist vielmehr, dass ihre Gesellschaft gegen ihre offenkundigen Interessen zum Vorteil des herrschenden Unternehmens gehandelt und dadurch einen Vermögensnachteil erlitten hat“; siehe auch das Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz vom 10. Februar 1977, in AG 1977 S. 231 ff., insb. S. 232.

⁴⁴⁷ Vgl. dazu ZIMMERLING, S. 57 ff. und S. 61 ff.; vgl. auch BGE 109 II 129 zur Einlagerückgewähr: „Die Auszahlung an den Gläubiger des Aktionärs kommt unter solchen Umständen einer Leistung der Gesellschaft zugunsten des Aktionärs gleich; im Ergebnis läuft sie auf dasselbe hinaus, wie wenn an den Aktionär zurückbezahlt worden wäre und dieser seinen Geldgeber befriedigt hätte. Damit aber ist eine unzulässige Rückzahlung des Aktienkapitals gegeben, welche die Einlagepflicht des Beklagten wieder aufleben lässt“; siehe auch HEUBERGER, S. 101: „Begünstigt ist nicht der Empfänger, sondern der Aktionär, und gegen diesen richtet sich der Anspruch der Gesellschaft.“

⁴⁴⁸ Es ist einerseits die verdeckte Gewinnausschüttung der leistenden Gesellschaft an den Anteilshaber und andererseits eine verdeckte Kapitaleinlage bei der begünstigten Tochtergesellschaft, siehe DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 249; vgl. REICH, S. 635; vgl. HEUBERGER, S. 310 f.; vgl. auch DRUEY/VOGEL, S. 190.

⁴⁴⁹ Vgl. DRUEY/VOGEL, S. 201/202; vgl. RUBLI, S. 287; vgl. auch WATTER, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 147 FN 30.

kommt und deshalb in seinem Interesse liegt. Es gibt aber auch Fälle, in denen der Beistand zugunsten der eigenen Schwestergesellschaft direkt im Interesse der anderen Schwestergesellschaft liegt. Dies kann dann zutreffen, wenn eine Gesellschaft von der Weiterexistenz der anderen abhängt, weil sie mit ihr wirtschaftlich eng verflochten ist, beispielsweise als deren Hauptabnehmerin.⁴⁵⁰ Die Hilfe kann auch zur Verhinderung einer Kettenreaktion zusammenbrechender Konzerngesellschaften (*Domino-effekt*) geboten sein, da der Zusammenbruch und Vertrauensverlust einer Konzerngesellschaft zu einem kollektiven Zusammenbruch führen kann. Trotzdem erfolgen solche Leistungen immer auch im Interesse der Muttergesellschaft oder in personalistischen Verhältnissen zugunsten des Aktionärs beider Gesellschaften.⁴⁵¹

Erfolgt der Transfer ohne adäquate Gegenleistung, werden Interessen der Gesellschaft, der Gläubiger oder der Minderheitsaktionäre betroffen. Um eine Benachteiligung der Gläubiger und Minderheitsaktionäre zu vermeiden, sollte der Transfer von Gütern und Dienstleistungen an den Aktionär deshalb stets zu Drittkonditionen erfolgen, nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length*.⁴⁵² Nachfolgend ist darauf bei der Behandlung der Voraussetzungen des Rückerstattungsanspruchs vertieft einzugehen.

II. Voraussetzungen des Rückerstattungsanspruchs

1. Offensichtliches Missverhältnis zwischen den Leistungen

a) Handeln zu Drittkonditionen als massgebliches Kriterium

Ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht dann, wenn dieselbe Dienstleistung zu denselben Konditionen auch für einen unabhängigen Dritten erbracht worden wäre.⁴⁵³ Das Handeln zu Drittkonditionen (*dealing at arm's length*) setzt dann allerdings einen funktionierenden Markt für die relevante Dienstleistung voraus. Die Bestellung von Sicherheiten hat jedoch nur in Finanzkreisen einen Markt und damit einen Marktwert.⁴⁵⁴ Zu denken ist an Banken, die gegen Entgelt

⁴⁵⁰ Vgl. KLEINER/LUTZ, S. 148.

⁴⁵¹ Vgl. hierzu die Überlegungen in ZR 98 (1999) S. 252.

⁴⁵² Siehe dazu vorne S. 46 ff.

⁴⁵³ SPÖRRI, S. 177; OR-KURER, Art. 678 N 14.

⁴⁵⁴ Vgl. AEBI, S. 111; ZIMMERLING, S. 152.

Bankgarantien zur Besicherung von Pflichten jeder Art zugunsten der Gläubiger ausstellen.

Gesellschaften ausserhalb des Finanzdienstleistungssektors bestellen kaum je Sicherheiten zur Besicherung von Schulden unabhängiger Dritter. Sie tun dies nur aufgrund des Gesellschaftsverhältnisses (*societatis causa*), weil der Aktionär es verlangt oder wünscht.⁴⁵⁵ Eine Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen ist dennoch möglich, wenn man Drittkonditionen in einem weiteren Sinne als *faire und ausgewogene Bedingungen* bezeichnet, die keine Partei benachteiligen. Es sind dann Konditionen eines Geschäfts, das *hypothetisch* auch zwischen vernünftigen und voneinander unabhängigen Parteien hätte abgeschlossen werden können. Zur Verdeutlichung dieser Prinzipien ist nachfolgend auf die explizite Erfassung der Organkredite in der Bankengesetzgebung einzugehen.

Die Bankengesetzgebung regelt in Art. 4^{ter} BankG Kredite an Mitglieder der Bankorgane, an massgebende Aktionäre sowie an die ihnen nahe stehenden Personen und Gesellschaften (*Organkredite*). Organkredite dürfen nur nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Bankgewerbes gewährt werden. Als Richtschnur ist angegeben, dass bezüglich der Organkredite dieselben Kriterien im Hinblick auf Information, Dokumentation und Stellung von Sicherheiten erfüllt sein müssen, die auch für Geschäfte mit unbeteiligten Dritten gelten. Es dürfen keine Kredite gesprochen werden, welche eine unabhängige Bank nicht ebenfalls zu den gleichen Konditionen gewähren würde.⁴⁵⁶ Der Geltungsbereich dieser Vorschrift erstreckt sich nicht bloss auf Kredite, sondern auf alle Forderungsverhältnisse und auch auf Interzessionen.⁴⁵⁷

Wie nachfolgend zu zeigen ist, umfasst das genaue Prüfschema zur Beurteilung des offensichtlichen Missverhältnisses die *Bestimmung* der Leistungen, die *Bewertung* und den *Vergleich* der Leistungen sowie die *Beurteilung der Leistungsdisparität*.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Vgl. MK-BAYER, § 57 N 37 und 85; vgl. ZIMMERLING, S. 78 f.; GRAF, S. 155.

⁴⁵⁶ Vgl. die Verfügung der EBK vom 22. März 1995 i. S. Bank X in EBK-Bulletin Heft 29 (1995), S. 13; ein Blankokredit ist beispielsweise zulässig, sofern die dafür üblichen Voraussetzungen vorliegen, vgl. dazu BANKG-LUTZ, Art. 4^{ter} N 2.

⁴⁵⁷ BANKG-LUTZ, Art. 4^{ter} N 8.

⁴⁵⁸ SPÖRRI, S. 178.

b) Bestimmung der Gegenleistung

Als mögliche Gegenleistungen für die Interzession im Interesse des Aktionärs kommen die folgenden Leistungen in Frage:

- Steigerung der Kreditwürdigkeit der abhängigen Gesellschaft durch Verbesserung der Kreditwürdigkeit des Konzerns oder allgemein der Aktionärin;
- Erhaltung der Gruppenbonität und Existenzsicherung durch die Muttergesellschaft;
- Sicherung bestehender und Gewinnung neuer Absatzwege, Zulieferer, Kunden und Vertragspartner;
- Unmittelbare Gegenleistungen: Weiterleitung der Darlehensvaluta durch die Kreditnehmerin an die abhängige Gesellschaft in der Höhe des Wertes der von ihr bestellten Sicherheiten; Bezahlung von Interzessionsgebühren.

Es stellt sich die Frage, ob die allgemeineren, nicht unmittelbaren Gegenleistungen, die bei der Beurteilung des Gesellschaftsinteresses eine Rolle spielen, für die verdeckte Gewinnausschüttung ebenfalls relevant sein können. Dass sie bei der Beurteilung der Wahrung des Gesellschaftsinteresses von Bedeutung sind, wurde bereits vorne auf S. 47 ff. gezeigt. Mit Ausnahme der Interzessionsgebühr und der Weiterleitung der Darlehensvaluta stellen die obgenannten Leistungen nur mittelbare Gegenleistungen dar. Zur Beurteilung der Adäquanz der Entschädigung sind sämtliche Gegenleistungen der Interzession entgegenzustellen, wie nachfolgend darzulegen ist.⁴⁵⁹

c) Voraussetzungen nach AEBl

AEBl fordert *erstens*, dass die mittelbaren Gegenleistungen sich früher oder später finanziell positiv auswirken und „irgendwann einmal in Franken und Rappen messbar sein“ müssen.⁴⁶⁰ Bei gänzlichem oder teilweisem Ausbleiben einer unmittelbaren Interzessionsgebühr durch die Kreditnehmerin fordert AEBl, dass eine Abhängigkeit der Interzedentin von der Kreditnehmerin besteht und *kumulativ* der Kredit für die Kreditnehmerin für deren Überleben entscheidend ist.⁴⁶¹ Er schliesst damit die Berück-

⁴⁵⁹ Vgl. dazu RUBLI, S. 247.

⁴⁶⁰ AEBl, S. 116.

⁴⁶¹ AEBl, S. 116 f.

sichtigung der bloss mittelbaren Gegenleistungen bei der Besicherung des *gewöhnlichen, nicht existenzrettenden* Investitionsbedarfs aus.⁴⁶²

Zweitens sei in Situationen, die für die Interzedentin existenzbedrohend sind, keine genaue Berechnung des Werts der Gegenleistung der Interzession mehr notwendig.⁴⁶³

Beide Ansichten werden in dieser Arbeit abgelehnt. Sie berücksichtigen *einerseits* nicht, dass die Existenzrettung auch zu teuer erkaufte werden kann.⁴⁶⁴ *Andererseits* ist sowohl in der Sanierungssituation, als auch beim gewöhnlichen Investitionsbedarf eine adäquate Gegenleistung für die Interzession zu fordern, die aus *mittelbaren und unmittelbaren* Gegenleistungen bestehen kann.⁴⁶⁵

Die Auffassungen AEBIS stützen sich auf den bei DRUEY/VOGEL teilweise abgedruckten Entscheid „I-Konzern“, den Entscheid BGE 117 IV 259 ff. sowie den Werner K. Rey-Entscheid.⁴⁶⁶ Der Entscheid zum I-Konzern behandelt die strafrechtliche Erfassung der Interzession im Interesse des Aktionärs als ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB. Nachfolgend ist zuerst auf diesen Entscheid einzugehen.

aa) Entscheid „I-Konzern“

A beherrschte zusammen mit M die I AG, welche nebst anderen Beteiligungen 78% an der E AG hielt. Die E AG kaufte sämtliche Aktien der C AG. Der Kaufpreis von CHF 4.4 Mio. wurde mit CHF 1 Mio. aus Mitteln der E AG und zu CHF 3.4 Mio. mit einem Bankkredit der Bank K bezahlt, der mit einer Grundpfandverschreibung zulasten des Grundeigentums der C AG besichert wurde.

In einer ersten Umfinanzierung nahm die I AG einen Kredit bei der Bank D über CHF 6 Mio. auf. CHF 3.4 Mio. wurden an die E AG weitergeleitet, damit sie den Kredit der Bank K zurückzahlen konnte. Je CHF 0.5 Mio. gingen an die I AG und E AG und zusätzlich CHF 1.6 Mio. an die I AG als Liquiditätsreserve. Die C AG besicherte den Kredit der Bank K an die I AG mit einer Grundpfandverschreibung über CHF 7.2 Mio.

⁴⁶² Vgl. RUBLI, S. 247, der die Ansicht AEBIS ebenfalls ablehnt.

⁴⁶³ AEBI, S. 117.

⁴⁶⁴ Gl. M. RUBLI, S. 252 FN 1188.

⁴⁶⁵ RUBLI, S. 247.

⁴⁶⁶ DRUEY/VOGEL, S. 108 ff. und 413 ff.; der Entscheid „I-Konzern“ betrifft den nicht publizierten Entscheid des Kassationshofs des Bundesgerichts vom 19. Januar 1996 in Sachen S. gegen Staatsanwalt des Kantons Graubünden.

In einer zweiten Umfinanzierung schloss die I AG einen Kreditvertrag über CHF 6 Mio. mit der Bank B ab. Damit wurde der bestehende Kredit der Bank K abgelöst. Als Sicherheit diente nach wie vor die Grundpfandverschreibung der C AG über CHF 7.2 Mio. Die E AG, C AG und weitere Tochterunternehmungen schlossen zugunsten der Bank B Globalzessionen ab. Die C AG, E AG und die K AG unterzeichneten jeweils eine Solidarbürgschaft über CHF 6 Mio.

Das Bundesgericht hielt sich an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung, wonach die Belastungen der C AG nicht durch Gegenleistungen der I AG aufgewogen worden seien. Der Entscheid setzt sich jedoch mit den möglicherweise vorhandenen *mittelbaren Gegenleistungen* nicht auseinander. Ein Konzern hat beispielsweise bei der späteren Fremdkapitalsuche darunter zu leiden, wenn er eine Tochterunternehmung hoch überschuldet in die Konkursliquidation schickt. Banken werden aufgrund der gesamthaft gesunkenen Kreditwürdigkeit bei einer allfälligen weiteren Kreditvergabe strengere Massstäbe anwenden. Allenfalls müssen die Konzerngesellschaften, falls sie überhaupt weiterexistieren, aufgrund der neuen Risikobeurteilung bei neuen Krediten höhere Zinsen bezahlen. Bei abhängigen Gesellschaften oder Gesellschaften, die stark auf den Aktionär als Persönlichkeit oder Arbeitskraft ausgerichtet sind, löst der Zusammenbruch einer Gesellschaft einen Dominoeffekt aus, d.h. der Zusammenbruch einer Gesellschaft oder der finanzielle Ruin des Aktionärs zieht den Zusammenbruch des ganzen Konzerns nach sich.⁴⁶⁷ Der Entscheid zum „I-Konzern“ lässt eine Berücksichtigung und Bewertung dieser indirekten Gegenleistungen und Effekte vermissen und kann deshalb als Stütze der Auffassungen AEBIS (siehe nachfolgend und vorne, lit. c) nur bedingt dienen, wonach mittelbare Gegenleistungen der Interzession für den gewöhnlichen Finanzbedarf nicht berücksichtigt werden.

bb) *Entscheid „Werner K. Rey“*

AEBI stützt seine Ansicht, dass bei teilweise oder ganzem Ausbleiben einer direkten Gegenleistung eine Abhängigkeit der Interzedentin von der Kreditnehmerin bestehen und *kumulativ* der Kredit für die Kreditnehmerin für deren Existenz entscheidend sein muss, auch auf den Zürcher Entscheid über die Vorgänge in den Gesellschaften um den gescheiterten Financier Werner K. Rey.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ DRUEY/VOGEL, S. 112; siehe zum Dominoeffekt auch BGE 116 Ib 337.

⁴⁶⁸ AEBI, S. 116 mit Verweis auf ZR 98 (1999) S. 252, wo folgendes steht: „Dennoch kann die Erbringung von Kapitalleistungen an andere Tochter-Gesellschaften grundsätzlich vom Gesellschaftszweck der Schwester-Gesellschaft gedeckt und damit zulässig sein. So liegt etwa die

In diesem Entscheid geht es um eine Finanzleistung an eine bereits in der Höhe von CHF 308 Mio. überschuldete Tochtergesellschaft Osec Ltd. Die Finanzleistung bestand in der Übertragung eines Aktienpakets im Wert von ca. CHF 23 Mio.⁴⁶⁹ Das Gericht hielt fest, dass diese Leistung den Wert der weiterhin völlig überschuldeten Tochterunternehmung bestenfalls in geringem Ausmass heben konnte, aber am Schicksal der Osec Ltd. nichts mehr zu ändern vermochte. Deshalb wurde die Leistung als *Liberalität* bezeichnet, als Leistung ohne Gegenleistung.⁴⁷⁰ Eine derart untaugliche Massnahme konnte gar keine mittelbaren Vorteile generieren.

Es geht folglich im Werner K. Rey-Entscheid um eigentliche Sanierungsleistungen, bei denen das Überleben der Konzerngesellschaften auf dem Spiel steht. Es ist richtig, dass Sanierungsleistungen nur Sinn machen, wenn die leistende Gesellschaft von der empfangenden Gesellschaft abhängig ist und der Kredit für die Kreditnehmerin existentielle Bedeutung hat. Es kann aber nicht sein, dass nur in solchen Situationen auf eine unmittelbare Gegenleistung verzichtet werden kann. Derartige extreme Sanierungssituationen können nicht als genereller Massstab bei der Bestimmung der Gegenleistungen für die Interzession im Interesse des Aktionärs verallgemeinert werden, denn es ist auch bei *gewöhnlichem Liquiditätsbedarf* gesunder, nicht überschuldeter Unternehmungen durchaus denkbar, dass die *mittelbaren* Gegenleistungen den Wert einer adäquaten *unmittelbaren* Gegenleistung (z.B. eine direkt zu zahlende Interzessionsgebühr) ersetzen können. In jedem Falle müssen die mittelbaren Vorteile und Gegenleistungen bei der Errechnung einer Interzessionsgebühr mitberücksichtigt werden.

Die Sanierungssituation, wie sie im Werner K. Rey-Entscheid vorliegt, war klar aussichtslos und deshalb rein nachteilig. AEBI vertritt die Ansicht, dass es nicht auf die genaue Berechnung der wirtschaftlichen Vorteile aus der Geschäftsbeziehung ankomme, sofern eine existentielle wirtschaftliche Abhängigkeit der Interzedentin vom Kreditnehmer vorliege.⁴⁷¹ Diese Ansicht wird in dieser Arbeit abgelehnt. Der Entscheid Werner K. Rey zeigt deut-

finanzielle Unterstützung auch im Interesse der leistenden Gesellschaft, wenn ihre eigene Existenz infolge der engen Konzernverbundenheit vom Weiterbestand der notleidenden Gesellschaft abhängt. Ein anderes Motiv für die Leistung kann das Interesse der einzelnen Konzerngesellschaft an der Erhaltung der Kreditwürdigkeit des Gesamtkonzerns darstellen.“

⁴⁶⁹ Durch Auslegung wurde ermittelt, dass es sich dabei nicht um ein Darlehen handeln konnte, sondern um einen Kapitalzuschuss ohne Rückforderungsmöglichkeit. Ein rückforderbares Darlehen hätte angesichts der Überschuldungssituation der Tochterfirma gar nichts gebracht, siehe ZR 98 (1999) S. 250.

⁴⁷⁰ ZR 98 (1999) S. 252.

⁴⁷¹ AEBI, S. 117.

lich, dass auch Sanierungsleistungen zu teuer – weil nutzlos – erbracht werden können.⁴⁷²

Es kann jedoch nicht angehen, dass bei der Bestimmung der Gegenleistungen für die Interzession im Interesse des Aktionärs eine Aufrechnung *ex post* aller möglichen Leistungen und Taten des Aktionärs oder des gesamten Konzerns oder gar allgemeiner Konzernvorteile durchgeführt wird.⁴⁷³ Zwar erfolgt die Bestimmung der relevanten Leistungen nicht unbedingt *auf einen Vertrag beschränkt* als Einzelbetrachtung wie bei der Übervorteilung gemäss Art. 21 OR oder teilweise bei der verdeckten Gewinnausschüttung im Steuerrecht.⁴⁷⁴ Eine Gesamtbetrachtung ist durchaus möglich, verwässert aber die Wirksamkeit der Forderung nach einer Gegenleistung. Es muss deshalb richtigerweise ein *Konnex* zwischen der Leistung und Gegenleistung bestehen, worauf im nachfolgenden Abschnitt genauer eingegangen wird. Es ist sodann der Interzedentin und der Aktionärin zuzumuten und aus Beweisgründen zu empfehlen, dass als Rechtfertigung der Interzession die unmittelbaren und mittelbaren Gegenleistungen bei Abschluss der Verträge *vorgängig und umfassend dargestellt und bewertet* werden.⁴⁷⁵

d) Minimaler Konnex zwischen Leistung und Gegenleistung

Es stellt sich die Frage, worin der geforderte minimale Konnex zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.⁴⁷⁶ Werden die mittelbaren und unmittelbaren Gegenleistungen der Interzession im Sicherheitenvertrag oder im Kreditvertrag niedergeschrieben, so entsteht ein Konnex in zumindest

⁴⁷² Vgl. RUBLI, S. 252 FN 1188.

⁴⁷³ Allgemeine Konzernvorteile (auch passive Konzerneffekte genannt) können nicht als Gegenleistung betrachtet werden, siehe AMSTUTZ, N 645. Allgemeine Konzernvorteile werden – wie es der Begriff schon andeutet – ungeachtet der konkreten Leistung der Konzerngesellschaft alleine wegen des Faktums der Konzernzugehörigkeit erbracht.

⁴⁷⁴ SPÖRRI, S. 179 FN 32; HEUBERGER, S. 109 f. zum Aktienrecht und S. 197 f. zum Steuerrecht.

⁴⁷⁵ Vgl. AMSTUTZ, N 639 und N 645: „Nicht in Frage gestellt wird damit, dass der Vorteil *ex ante* zu ermitteln ist“; DRUEY/VOGEL, S. 417: „Das hindert u.E. aber nicht, dass den Angeklagten vorgeworfen werden kann, sie hätten sich anlässlich der einschlägigen Dispositionen zu wenig um die Rechtfertigung im Interesse der unmittelbar belasteten Gesellschaft gekümmert“; zur Konnexität der Leistungen siehe SPÖRRI, S. 179, der einen minimalen Konnex zwischen Leistung und Gegenleistung fordert: „Unzulässig ist die nachträgliche Berufung auf eine Verknüpfung mit selbständigen, abgeschlossenen Transaktionen, die sich im nachhinein als wenig glücklich erwiesen haben, oder die Berücksichtigung einer Unzahl anderer Transaktionen, mit dem Ziel, die Offensichtlichkeit der Leistungsdisparität zu verwässern“; zur Bedeutung der korrekten und vor allem vorgängigen Dokumentation siehe WILD, S. 410 und 415 f. sowie OESCH, S. 76 f. Die genügende Dokumentation ist ein Indiz im Steuerrecht, ob ein Geschäft ernst gemeint ist oder lediglich eine Mittelentnahme tarnen soll, vgl. HEUBERGER, S. 287 f. und OESCH, S. 77.

⁴⁷⁶ Vgl. SPÖRRI, S. 179.

formeller Hinsicht, aber auch in materieller Hinsicht im Sinne eines Austauschverhältnisses. Wenn es eine Gegenleistung zur Interzession sein soll, kann man erwarten, dass die Leistungen zusammenhängen, d.h. in einem *zwingenden Verhältnis* zueinander stehen. Dies bedeutet, dass das eine Geschäft ohne das andere nicht abgeschlossen worden wäre. So verstanden geht es um einen *Einzelausgleich* nachteiliger Geschäfte.⁴⁷⁷

e) Bewertung und Vergleich der Leistungen

Während die Weiterleitung der Darlehensvaluta sowie die Höhe der Interzessionsgebühren in absoluten Zahlen bestimmbar sind, ist die Bewertung der mittelbaren Gegenleistungen schwierig.⁴⁷⁸ Angesichts der Schwammigkeit der mittelbaren Gegenleistungen müssen griffigere Kriterien der Bewertung gefunden werden.

DRUEY/VOGEL schlagen vor, dass die Bewertung mittelbarer Gegenleistungen mittels *allgemeiner Erfahrungssätze* erfolgen könnte.⁴⁷⁹ Die Bewertung hat tatsächlich nach Erfahrungssätzen und allgemeinen Berechnungsmethoden zu erfolgen, darf aber das Kriterium des Missverhältnisses der Gegenleistungen nicht verwässern. Es darf insbesondere nicht dazu führen, dass *allgemeine Konzernvorteile* als Gegenleistung akzeptiert werden.⁴⁸⁰ Im Falle der Zulassung allgemeiner Konzernvorteile als Gegenleistung der Interzession könnte nicht mehr behauptet werden, dass die Interzession zu ausgewogenen Drittkonditionen erfolgt, da keine unabhängige Person auf einer derart vagen Basis Sicherheiten für die Schuld einer von der Gesellschaft unabhängigen Drittperson stellen würde.

Immaterielle Güter wie zum Beispiel Konzerndienstleistungen oder die Erhaltung der Gruppenbonität haben selten einen klar definierten Wert, geschweige denn einen Markt- oder Börsenwert. Die meisten der mittelbaren Gegenleistungen der Interzession im Interesse des Aktionärs fallen in diese Kategorie. Die mittelbaren Gegenleistungen müssen deshalb *bewertet* werden. Es muss mittels einer Prognose beurteilt werden, ob sie der Interzedentin einen möglichen Nutzen eintragen, den so genannten *potential*

⁴⁷⁷ Diese Ansicht entspricht auch einem Teil der Lehre zur steuerrechtlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung, vgl. HEUBERGER, S. 202; vgl. BARTHOLET, S. 115 und 120; vgl. BOCHUD, S. 188 FN 366; BGE 113 Ib 29: „Die vom Beschwerdeführer geforderte Gesamtbetrachtung könnte jedoch nur dann zur Anwendung kommen, wenn ein direkter Zusammenhang zwischen den angeblich zu kompensierenden Rechtsgeschäften vorliegen würde, derweise, dass das eine ohne das andere nicht abgeschlossen worden wäre.“

⁴⁷⁸ Vgl. DRUEY/VOGEL, S. 417.

⁴⁷⁹ DRUEY/VOGEL, S. 112.

⁴⁸⁰ Siehe vorne, FN 473.

benefit.⁴⁸¹ Nach dem *benefit test* kommt es darauf an, ob die Interzedentin aus der Gegenleistung einen tatsächlichen Vorteil ziehen kann oder ob sie zumindest damit rechnen kann, in den Genuss eines solchen Vorteils zu gelangen und die Gegenleistung somit ein Gewinnelement enthält.⁴⁸²

Diese Gegenleistungen müssen mit dem *Wert der Interzession* verglichen werden. Dieser Wert beruht ebenfalls auf einer *Schätzung*, da ein funktionierender Markt für die Interzession im Interesse des Aktionärs nicht existiert.⁴⁸³ Die relevanten Faktoren zur Ermittlung des Werts der Interzession sind die Ernsthaftigkeit und Fähigkeit des Aktionärs zur Begleichung der besicherten Schuld, die Wahrscheinlichkeit der Beanspruchung der Sicherheiten, der Wert und die Verwertbarkeit der Sicherheiten sowie der durch die Interzession erreichte Schuldzinsenvorteil. Als Vergleichspreise können die Kosten einer vergleichbaren Bankgarantie, die Höhe der notwendigen Rückstellungen oder die Zinskosten eines Darlehens in gleicher Höhe, mit gleicher Laufzeit und gleicher Schuldnerbonität dienen.⁴⁸⁴

f) Beurteilung der Leistungsdisparität: Offensichtlichkeit des Missverhältnisses

Nach der Bestimmung und Bewertung der relevanten Gegenleistungen ist in einer dritten Phase die Leistungsdisparität zu werten. Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR erfasst nur Leistungen, die in einem *offensichtlichen* Missverhältnis zur Gegenleistung stehen. Diese Norm steht in inhaltlicher Nähe zur Problematik des Gesellschaftsinteresses, zu den Grundsätzen der Vertretungsmacht und -befugnis sowie zur Übervorteilung nach Art. 21 OR. Auch bei der steuerrechtlichen Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung wird ein im Ergebnis ähnliches Kriterium der *Erkennbarkeit* gefordert.⁴⁸⁵ Normzweck des Offensichtlichkeitskriteriums ist es, eine *kleinliche Nachrechnerei* zu verhindern, den Gesellschaften ein geschäftsmässiges Ermessen zu belassen und den

⁴⁸¹ NEUHAUS, Besteuerung, S. 205 ff.

⁴⁸² NEUHAUS, Besteuerung, S. 206 f.; VON BÜREN, S. 161.

⁴⁸³ Siehe vorne, FN 208 und ZIMMERLING, S. 152.

⁴⁸⁴ Vgl. MK-KROPFF, § 311 N 194. Die Interzession im Interesse des Aktionärs ist eine *Kreditverschaffung* und ähnelt dem Darlehen deshalb stark. Die Bankgesetzgebung zum Klumpenrisiko erfasst deshalb nicht bloss Darlehen, sondern alle Eventualverbindlichkeiten. Diese werden in ein *Kreditäquivalent* umgerechnet. Bürgschaften und Garantien werden mit dem Faktor 1 umgerechnet (siehe hinten, S. 178 f.). Bei einem Vergleich mit den Kosten einer Bankgarantie ist stets zu berücksichtigen, dass Bankgarantien besonders krisenfeste Sicherheiten sind.

⁴⁸⁵ Vgl. NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 51; NEUHAUS, Besteuerung, S. 97.

Rückerstattungsanspruch damit nur unter strengen Voraussetzungen zuzulassen.⁴⁸⁶

Erfolgt die Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length*, so stellt sich die Frage nach der Offensichtlichkeit der Wertdisparität nicht.⁴⁸⁷ SPÖRRI beschreibt die Offensichtlichkeit des Missverhältnisses als Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung, das jeglichen vernünftigen wirtschaftlichen Grundes entbehrt. Die Unausgewogenheit muss augenfällig sein und offen zu Tage treten und einem vergleichbaren, durchschnittlichen Dritten, der gerecht und billig denkt und die konkreten Verhältnisse vernünftig beurteilt, auffallen. Das Missverhältnis muss aber nicht unerträglich, schockierend oder aussergewöhnlich sein.⁴⁸⁸ Der Richter muss gestützt auf diese Überlegungen einen Ermessensentscheid treffen.

g) Bösgläubigkeit

In der Lehre ist umstritten, ob das in Art. 678 Abs. 1 OR erwähnte Kriterium der Bösgläubigkeit auch für den Rückerstattungsanspruch des Art. 678 Abs. 2 OR gilt.⁴⁸⁹ Zu erkennen ist eine gewichtige Argumentationslinie, wonach *im Ergebnis* Bösgläubigkeit meist vorliegt, da Art. 678 Abs. 2 OR ein *offensichtliches Missverhältnis* zwischen Leistung und Gegenleistung fordert.⁴⁹⁰ Wer ein offensichtliches Missverhältnis nicht bemerkt, kann für sich nicht beanspruchen, die gemäss Art. 3 Abs. 2 ZGB nach den Umständen geforderte Aufmerksamkeit an den Tag gelegt zu haben. Am weitesten geht SPÖRRI, der für die Rückerstattungspflicht nahe

⁴⁸⁶ SPÖRRI, S. 186 f.; OR-KURER, Art. 678 N 17; BBl 1983 II 897 erklärt das Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft: „Das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung wird somit von zwei Voraussetzungen abhängig gemacht. Dieser doppelte und recht strenge Massstab soll eine kleinliche Nachrechnerei verhindern und den Entscheid von Einzelfällen im weiten Grenzfeld erleichtern. Sind die zwei Voraussetzungen erfüllt, so ist die verdeckte Gewinnausschüttung ungerechtfertigt; am guten Glauben des Empfängers wird es regelmässig fehlen.“

⁴⁸⁷ HEUBERGER, S. 111.

⁴⁸⁸ SPÖRRI, S. 185 f.

⁴⁸⁹ Für das Erfordernis der Bösgläubigkeit: Botschaft zum neuen Aktienrecht, BBl 1983 II 897: „Sind die zwei Voraussetzungen [Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sowie zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft] erfüllt, so ist die verdeckte Gewinnausschüttung ungerechtfertigt; am guten Glauben des Empfängers wird es regelmässig fehlen“; vgl. OR-KURER, Art. 678 N 18; BÖCKLI, § 12 N 554 (Vermutung des bösen Glaubens, wobei der Gegenbeweis des guten Glaubens zuzulassen sei); WATTER, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 153 mit der einfachen Bemerkung, dass dies aus Art. 678 Abs. 1 OR folge; SPÖRRI, S. 216-223 (aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit); vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 122; gegen das Erfordernis der Bösgläubigkeit: ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 190 und LOCHER, S. 255 f.; ohne Stellungnahme HEUBERGER, S. 115 f.

⁴⁹⁰ Vgl. BBl 1983 II 897; vgl. BÖCKLI, § 12 N 554.

stehender Personen bei Art. 678 Abs. 2 OR zusätzlich noch das Element der Begünstigungsabsicht seitens der handelnden Personen der leistenden Gesellschaft fordert.⁴⁹¹

Für diese Arbeit hat das Kriterium der Bösgläubigkeit kaum eine praktische Bedeutung. Die Banken, die Sicherheiten einer Tochtergesellschaft annehmen, um die Schuld der Muttergesellschaft zu besichern, fallen nicht unter den Begriff der nahe stehenden Person nach Art. 678 Abs. 2 OR.⁴⁹² Für die Bank bestimmt sich die Gültigkeit der Interzession nach ihrer Gutgläubigkeit hinsichtlich der Vertretungsbefugnis der für die Interzedentin handelnden Personen.⁴⁹³ Die Personen, die von der Rückerstattungspflicht im Sinne des Art. 678 Abs. 2 OR betroffen sind, werden angesichts der Offensichtlichkeit des Missverhältnisses im Ergebnis in den allermeisten Fällen bösgläubig sein. Die von BÖCKLI propagierte Anwendung einer Vermutung der Bösgläubigkeit mit Möglichkeit des Gegenbeweises des guten Glaubens stellt deshalb angesichts der tatsächlichen Verhältnisse eine praktikable Lösung dar.⁴⁹⁴

h) Offensichtliches Missverhältnis zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft

In der Lehre ist die Bedeutung des in Art. 678 Abs. 2 OR enthaltenen Kriterium des offensichtlichen Missverhältnisses zur *wirtschaftlichen Lage* der Gesellschaft umstritten.⁴⁹⁵ Die Anwendung dieses Kriteriums wird weitgehend abgelehnt und bedeutet konkret, dass verdeckte Gewinnausschüttungen bei gutem Geschäftsgang eher zulässig sind als bei schlechtem.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ SPÖRRI, S. 214 f.; SPÖRRI betrachtet bei der Analyse des Normzwecks der Rückerstattungspflicht *nahe stehender Personen* nicht den Vermögensschutz, sondern die Missbrauchsproblematik und die Begünstigungsabsicht als vordringend; vgl. dazu HEUBERGER, S. 114 f.

⁴⁹² Vgl. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 190 und zur ähnlichen Rechtslage in Deutschland ZIMMERLING, S. 116 ff.

⁴⁹³ Siehe dazu mehr hinten, S. 132 ff.

⁴⁹⁴ Vgl. BÖCKLI, § 12 N 554. Es ist überdies die Anwendung einer Vermutung, die auch dem Geist der Botschaft entspricht, die davon ausgeht, dass es am guten Glauben des Empfängers regelmässig fehlen wird, vgl. BBl 1983 II 897.

⁴⁹⁵ Die Botschaft geht klar von einem doppelten Standard aus: BBl 1983 II 897 erklärt das Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft: „*Das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung wird somit von zwei Voraussetzungen abhängig gemacht. Dieser doppelte und recht strenge Massstab soll eine kleinliche Nachrechnung verhindern und den Entscheid von Einzelfällen im weiten Grenzfeld erleichtern. Sind die zwei Voraussetzungen erfüllt, so ist die verdeckte Gewinnausschüttung ungerechtfertigt; am guten Glauben des Empfängers wird es regelmässig fehlen.*“

⁴⁹⁶ Gegen das Kriterium der Offensichtlichkeit des Missverhältnisses zwischen Leistung und wirtschaftlicher Lage der Gesellschaft sprechen sich HEUBERGER, S. 112 ff., SPÖRRI, S. 198 ff.,

Für BÖCKLI und LOCHER ist das Kriterium der wirtschaftlichen Lage nur von untergeordneter Bedeutung. Sie überprüfen dieses Kriterium lediglich im Rahmen der Beurteilung der Frage des offensichtlichen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung.⁴⁹⁷ Im Ergebnis führt diese Meinung dazu, dass die Offensichtlichkeit des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung umso eher anzunehmen ist, je schlechter es der Gesellschaft geht. Dies widerspricht jedoch den Realitäten bei Sanierungsleistungen, die aufgrund der prekären finanziellen Situation meistens ohne direkte Gegenleistungen erfolgen und bei denen das Risiko des Totalverlustes und des Ruins am höchsten ist.⁴⁹⁸ Es sind überdies keine Anhaltspunkte in der Botschaft sichtbar, dass die wirtschaftliche Lage in diesem Sinne mitzubersichtigen sei.

Die Auslegungsvariante von KURER, die jener von BÖCKLI ähnelt, will nach Feststellung des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen den Leistungen das Kriterium des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage dahingehend verstanden wissen, dass die *Auswirkungen* des fraglichen Geschäfts auf die Gesellschaft und ihr wirtschaftliches Umfeld (Kapitalausstattung, Gewinn, Aktionäre, Gläubiger) beurteilt werden. Die Auswirkungen auf die Aktionäre sind beispielsweise kleiner und geringer zu gewichten, wenn es gar keine Minderheitsaktionäre gibt.⁴⁹⁹ Diese überzeugende Variante, die den Fokus auf die spürbaren Auswirkungen der verdeckten Gewinnausschüttung richtet, wendet das Kriterium des Missverhältnisses zur wirtschaftlichen Lage sinnvoll an und kommt dem Gesetzestext recht nah.

2. Relevanz des Gesellschaftszwecks

Gesellschaften mit Unterwerfungszweck oder Finanzierungszweck können aufgrund ihres Zwecks explizit Interzessionen im Interesse des Aktionärs eingehen. Wie in dieser Arbeit gezeigt wurde, können dies gemäss der grosszügigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch Gesellschaften

WATTER, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 153 FN 46 und WATTER, Minderheitenschutz, S. 121 aus.

⁴⁹⁷ Vgl. BÖCKLI, § 12 N 557 und LOCHER, S. 255.

⁴⁹⁸ Zur Sanierung siehe vorne, S. 17. Die Interzession im Interesse des Aktionärs hat kaum Sanierungscharakter, da mit Sicherheiten die Überschuldung oder der Kapitalverlust nicht behoben werden können. Auch mit einem Darlehen ist eine Sanierung, die die Überschuldung oder den Kapitalverlust beheben soll, nicht zu bewerkstelligen. Sanierungsleistungen sind daher Kapitalspritzen ohne Rückforderungsanspruch: siehe ZR 98 (1999) S. 250; AEBI, S. 49.

⁴⁹⁹ OR-KURER, Art. 678 N 16; vgl. auch WATTER, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 153 FN 45.

ohne entsprechende Zweckerweiterung tun.⁵⁰⁰ Es bleibt die Frage, ob das Vorliegen eines Unterwerfungs- oder eines Finanzierungszwecks dazu führt, dass über verdeckte Gewinnausschüttungen hinweggesehen und auf den Rückerstattungsanspruch verzichtet werden kann. Nach der Argumentation von SPÖRRI liegt kein Missverhältnis vor, wenn der Gesellschaftszweck angepasst worden ist, da der Zweck der Gesellschaft Vorrang vor der aktienrechtlichen Rückerstattungspflicht habe. Es könne nicht angehen, dass die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht nicht gewinnstrebige Aktiengesellschaften mit idealem Endzweck verhindere.⁵⁰¹ Diese Ansicht ist aus mehreren Gründen abzulehnen, auf die nachfolgend einzugehen ist.

a) Keine Aufgabe der Gewinnstrebigkeit

Nach der in dieser Arbeit geäußerten Ansicht geht bei Gesellschaften mit Unterwerfungszweck oder Finanzierungszweck nicht notwendigerweise eine Aufgabe der Gewinnstrebigkeit einher.⁵⁰² Die Gewinnstrebigkeit wird zumeist nur bei Geschäften mit dem Aktionär *temporär* oder *vereinzelt* aufgegeben, um einen längerfristigen Vorteil zu erzielen, an günstigere Konditionen zu gelangen, eine bessere Gruppenbonität zu erzielen oder einen Liquiditätsengpass zu meistern. Diese Gesellschaften sollen grundsätzlich Gewinne machen, aber auf längerfristiger Basis und vor allem bei Geschäften mit anderen Vertragspartnern als dem Aktionär.⁵⁰³

b) Fehlende gesetzliche Grundlage

Weiter liefert das Gesetz keinen Hinweis darauf, dass ideale, nicht gewinnstrebige Gesellschaften oder Gesellschaften mit genossenschaftsähnlicher

⁵⁰⁰ Siehe vorne, S. 27 ff.

⁵⁰¹ SPÖRRI, S. 193: „Der Zweck der Gesellschaft hat Vorrang: Sind Leistungen ohne entsprechende Gegenleistungen durch den Gesellschaftszweck gerechtfertigt, so muss die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht zurücktreten; es kann nicht Sinn und Zweck dieser Regel sein, die Zulässigkeit von Aktiengesellschaften mit idealem Endzweck oder von nicht gewinnstrebigen Aktiengesellschaften in Frage zu stellen und zu unterlaufen“; HEUBERGER, S. 107 ff.; NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 54 f.

⁵⁰² Siehe vorne, S. 25 f.

⁵⁰³ AMSTUTZ, N 594: „Schon juristisch-konstruktiv ist es vorstellbar, dass eine Gesellschaft im Dienst einer anderen steht – was mittels des Zwecks *largo sensu* verlautbart werden muss –, daneben aber gewinnstrebig bleibt, also einen wirtschaftlichen Endzweck beibehält.“ Dieser Gedanke findet sich abgeschwächt auch bei VON BÜREN, S. 129 FN 281: „Kein Problem ist dagegen die vorübergehende Thesaurierung von Gewinnen z.B. im Hinblick auf die Eigenfinanzierung zukünftiger Investitionsvorhaben des abhängigen Unternehmens“; vgl. auch GLANZMANN, S. 33: „Weil die Gesellschaft nur auf lange Sicht gewinnstrebig sein muss, unterliegt sie auch mit einer Konzern-Klausel der gleichen Verhaltensmaxime, wie wenn sie nicht über eine derartige Statutenbestimmung verfügte: Sie hat sich in ihrer Tätigkeit grundsätzlich an ihren langfristigen Interessen zu orientieren.“

Zielsetzung oder Unterwerfungszweck von Art. 678 OR nicht erfasst werden sollen.⁵⁰⁴

c) Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung in den übrigen Problemkreisen

Ein weiteres Problem liegt in der eindeutigen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttungen in anderen Problemkreisen, die keine Rücksicht auf einen allfälligen Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck nehmen. Das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung gebietet deshalb, Art. 678 OR auf alle Aktiengesellschaften anzuwenden. Die Interzession im Interesse des Aktionärs ohne adäquate Gegenleistung unterliegt beispielsweise ungeachtet der Zweckerweiterung den entsprechenden paulianischen Anfechtungstatbeständen.⁵⁰⁵ Erfolgen Gewinnverlagerungen mittels unentgeltlicher Interzession, so werden sie als geldwerte Leistungen trotz Zweckerweiterung der Besteuerung zugeführt.⁵⁰⁶ Die Vermögens- und Interessenvermischung schafft überdies die Voraussetzungen des Haftungsdurchgriffs, auf den nachfolgend vertieft einzugehen ist.

d) Gefahr des Haftungsdurchgriffs

Die Gefahr des Haftungsdurchgriffs muss ebenfalls im Auge behalten werden. Erfolgen Geschäfte nicht nach dem Prinzip des *dealing at arm's length* und damit nicht zu Drittkonditionen, gefährden sich die Muttergesellschaft und allgemein der Aktionär, indem sie die Voraussetzungen für die Anwendung des Durchgriffs schaffen.⁵⁰⁷ Dabei werden die Kosten für den Finanzbedarf, die eigentlich die Muttergesellschaft tragen sollte, teilweise von der Tochtergesellschaft durch Interzession getragen. Durch die Interzession und die allfällige Vollstreckung der von der Tochtergesellschaft gestellten Sicherheiten ereignet sich überdies eine Interessen- und Vermögensvermischung. Wenn Konzerngesellschaften für das Wohl der übrigen Konzernglieder eingesetzt werden, wird die Unterteilbarkeit der verschiedenen Gesellschaftsvermögen negiert. Dies geschieht in einer Gesellschaft mit Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck im Bereich der verdeckten Gewinnausschüttung gemäss herrschender Lehre ohne Rückerstattungsanspruch und damit ohne griffiges Korrektiv.⁵⁰⁸ Die logische

⁵⁰⁴ Vgl. zur ähnlichen Rechtslage in Deutschland MK-BAYER, § 57 N 94 f.

⁵⁰⁵ Siehe hinten S. 195 ff.

⁵⁰⁶ Vgl. NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 54 f.

⁵⁰⁷ Vgl. zu den allgemeinen Voraussetzungen des Durchgriffs FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 53 ff.

⁵⁰⁸ Vgl. SPÖRRI, S. 193; HEUBERGER, S. 107 ff.; vgl. NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 54 f.

Folge kann nur sein, dass diese Unterteilung des Gesellschafts- und des Aktionärvermögens auch bei der Haftung negiert wird oder die Muttergesellschaft für die Verluste der Tochtergesellschaft aufkommen muss. Dies sollte nicht nur bei Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs geschehen, sondern zum Schutz der Gläubiger und Minderheitsaktionäre schon bei blosser Angemessenheit.⁵⁰⁹ Diese Ansicht lässt sich mit dem Gebot der *Risikobeherrschung* begründen. Die gesteigerte Möglichkeit, auch nachteiligen Einfluss zu nehmen, muss mit einer gesteigerten und explizit verankerten Verantwortung begegnet werden, die klar definierte Ansprüche verleiht. Es muss im Konzern einen Gleichlauf von Herrschaft und Haftung geben.⁵¹⁰

Zur Untermauerung dieses Gedankens ist ein Vergleich mit der deutschen Rechtslage angezeigt. In Deutschland ist eine dem Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck ähnlicher Beherrschungstatbestand rechtlich geregelt. Es ist der so genannte *Beherrschungsvertrag*, der wie der Unterwerfungszweck ebenfalls im Handelsregister einzutragen ist.⁵¹¹ Als *Preis und Korrelat* für die Ausserkraftsetzung der Kapitalschutzvorschriften muss die beherrschende oder die gewinnabführende Gesellschaft die Verluste der

⁵⁰⁹ Vgl. die Vorschläge bei DRUEY, ZSR, S. 376: „*Nur eine solche Lösung [Behandlung des Konzerns als Vermögenseinheit] kann dem Wesen des Konzerns gerecht werden. Dieses ist gekennzeichnet durch die Einsetzung der Teile im Dienst des Ganzen, was auch die Verteilung der Mittel aus Gesichtspunkten des Gesamtkonzerns zur Folge hat. Eine Behandlung als Einheit ist deshalb nicht nur aus dem Motiv des Missbrauchs, also gegen die Möglichkeit der gezielten Aushöhung von einzelnen T [Tochtergesellschaften] zum Schaden ihrer Gläubiger, erforderlich, sondern weil eine „angemessene“ Zuteilung des Vermögens an die Einheiten aufgrund einer Fiktion der Unabhängigkeit an der Unmöglichkeit der konzerninternen Leistungsbewertung scheitert.*“ DRUEY sieht die Lösung darin, dass die Muttergesellschaft entweder für die Tochtergesellschaft mithaftet oder bezüglich der Tochtergesellschaft eine so genannte *Auffüllungspflicht* hat (DRUEY, ZSR, S. 377).

⁵¹⁰ Siehe zum Gedanken der Risikobeherrschung als Teil des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes ZÜRCHER, S. 23 und zum *Gleichlauf von Herrschaft und Haftung* ebenfalls ZÜRCHER, S. 88 ff., wobei anzumerken ist, dass nicht eine Herrschaft im Sinne einer Aktienmehrheit und des alleine daraus resultierenden Einflusses in der Generalversammlung gemeint ist, welche noch nicht haftungsauslösend ist, sondern eine Herrschaft durch *Beeinflussung und Weisung*; SCHNEIDER, S. 513 f. schlägt zum Ausgleich der Gefahren einer Konzernierung eine *Sonderrücklage* für Konzernbeteiligungen vor; siehe dazu auch ZÜRCHER, S. 46.

⁵¹¹ § 291 AktG i.V.m. § 294 Abs. 1 AktG. Dabei spielt es keine Rolle, ob an der Spitze des Konzerns ein Unternehmen oder eine natürliche Person steht. Auch diese kann ein *herrschendes Unternehmen* im Sinne der konzernrechtlichen Schutzbestimmungen sein, vgl. Urteil des BGH vom 29. März 1993 in NJW 1993, Heft 18, S. 1202; Urteil des BGH vom 13. Oktober 1977 in NJW 1978, Heft 3, S. 104 ff., in dem auch die Bundesrepublik Deutschland als herrschendes Unternehmen betrachtet wurde; vgl. Urteil des BGH vom 16. September 1985 („Autokran“) in NJW 1986, Heft 4, S. 190; vgl. Urteil des BGH vom 23. September 1991 in NJW 1991, Heft 49, S. 3143; MK-KROPFF, § 311 N 54-59. Auch in der Schweiz kann eine natürliche Person das herrschende Rechtssubjekt in einem Konzern sein, siehe dazu GLANZMANN, S. 13.

beherrschten Gesellschaft übernehmen.⁵¹² Dadurch werden die erweiterten Einflussmöglichkeiten der Leitungsmacht und die Verantwortlichkeit in Einklang gebracht.⁵¹³

Entsprechende Normen fehlen in der Schweiz. Bei Gesellschaften mit Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck legt die herrschende Gesellschaft ihren Einfluss offen dar und fokussiert das Interesse der abhängigen Gesellschaft auf die Konzerninteressen. Dieser Macht- und Interessenverschiebung geht jedoch kein adäquater Schutzmechanismus für die Minderheitsaktionäre und Gesellschaftsgläubiger einher. Die herrschende Lehre will im Gegenteil bei Gesellschaften mit Konzern- oder Unterwerfungszweck sogar den Rückerstattungsanspruch verdeckter Gewinnausschüttungen versagen.⁵¹⁴ Damit finden Vermögensverschiebungen ohne Korrektur statt.

Die Anwendung des Durchgriffs hingegen ist zu restriktiv, um einen wirklichen Schutz zu bieten, und bürdet den Klägern das gesamte Beweis- und Prozessrisiko auf.⁵¹⁵ Von der Eintragung des Konzernzwecks im Handelsregister geht im Alltag kaum eine schützende Warnwirkung aus. Die Kenntnis des im Handelsregister eingetragenen Unterwerfungszwecks ist lediglich aufgrund der positiven Publizitätswirkung gewährleistet.⁵¹⁶ Nur bei grossen und wichtigen Transaktionen wird der Zweck einer Gesellschaft tatsächlich studiert und beurteilt. Es sollte deshalb nur schon aus rechtspolitischen Gründen stets eine adäquate Entschädigung für die Interzession im Interesse des Aktionärs geleistet werden, auch wenn ein Finanzierungs- oder Unterwerfungszweck vorliegt. Auf das Thema der Durchgriffshaftung wird in § 13 IV (S. 169 ff.) vertieft eingegangen.

⁵¹² § 302 AktG; HORMUTH, S. 188; MK-ALTMEPPE, § 302 AktG N 8-11. Endet der Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag, so haben die Gläubiger binnen sechs Monaten das Recht, Sicherheitsleistung zu verlangen, § 303 AktG.

⁵¹³ GÖRLING, S. 87; siehe auch HORMUTH, S. 188. Auch im Bereich des faktischen Konzerns tritt gemäss § 317 AktG eine Haftung der Muttergesellschaft für nachteilige Weisungen ein, sofern sich die nachteiligen Weisungen nicht mehr isolieren und ausgleichen lassen und auf die Belange der abhängigen Gesellschaft nicht angemessen Rücksicht genommen wird. Die Muttergesellschaft trifft dann auch im faktischen Konzern die Verlustübernahme- und die Sicherheitsleistungspflicht nach § 302 und 303 AktG, vgl. Urteil des BGH vom 29. März 1993 („TBB-Fall“) in NJW 1993, Heft 18, S. 1200 ff., insbesondere S. 1202 f.; EMMERICH/SONNENSCHEIN/HABERSACK, S. 440 f.; siehe zum TBB-Fall HORMUTH, S. 212. In der deutschen Lehre wird diese Art des Konzerns, in dem sich die einzelnen Nachteile nicht mehr isolieren lassen, „qualifizierter faktischer Konzern“ genannt. Zum qualifizierten faktischen Konzern siehe HORMUTH, S. 210-216.

⁵¹⁴ Siehe vorne, S. 116 ff.

⁵¹⁵ Vgl. ZÜRCHER, S. 191 f.; vgl. HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 178.

⁵¹⁶ Vgl. Art. 933 Abs. 1 OR; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 16 N 52.

3. Zeitpunkt zur Beurteilung der Leistungsäquivalenz

Für die Beurteilung der Leistungsäquivalenz im Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts sprechen gewichtige Gründe. Es wäre stossend, wenn beispielsweise eine Bürgschaft nach den Vertragsbedingungen zwar adäquat entschädigt wird, die Adäquanz nach einer Inanspruchnahme jedoch erneut beurteilt würde. Dieses Vorgehen hätte *einerseits* zur Folge, dass eine nicht beanspruchte Sicherheit stets als vorteilhaft angesehen würde. Wenn eine Sicherheit zugunsten der Schuld eines Dritten eingegangen wird, macht die Interzedentin *andererseits* im Vollstreckungsfalle wohl häufig ein Verlustgeschäft, denn die Regressforderung dürfte selten einbringlich sein.⁵¹⁷ Die Interzession stellt jedoch auch ohne Beanspruchung der Sicherheiten einen Wert dar.

Die Interzession hat einen Risikocharakter, denn der Regressanspruch ist stets mit einer Unsicherheit behaftet. Ebenso unsicher ist, ob die Sicherheit überhaupt beansprucht wird. Mit einer Neuurteilung der Entschädigungsäquivalenz der Interzession nach erfolgter Inanspruchnahme würde dieses vertragsimmanente Risikopotential ausgeschaltet. Die Äquivalenz der Leistungen ist deshalb im Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts zu beurteilen.⁵¹⁸ Spätere, unvorhersehbare Einflüsse sollen bei der Beurteilung der Leistungsäquivalenz keine Rolle mehr spielen.⁵¹⁹ Spiegelbildlich gilt aber auch, dass eine inadäquate Gegenleistung zur Interzession nicht etwa dadurch geheilt wird, dass die Sicherheit später nicht beansprucht wird. Die Bonität des Schuldners – und damit direkt verbunden – die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme müssen die entscheidenden Faktoren bei der Bemessung der Entschädigung zu Drittkonditionen sein. Dies macht wie gesagt nur dann Sinn, wenn die Beurteilung im Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts erfolgt.

⁵¹⁷ Vgl. dazu ZIMMERLING, S. 34 und S. 113.

⁵¹⁸ Vgl. WATTER, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 147. WATTER bringt auch deutlichere Beispiele verdeckter Gewinnausschüttungen, die besser zeigen, dass es auf die Beurteilung der Leistungsäquivalenz im Zeitpunkt beim Vertragsabschluss oder der Leistungserbringung ankommen muss. Erweist sich beispielsweise eine Werbekampagne nachträglich als Flop, liegt trotzdem eine Leistungsadäquanz vor, wenn die Organe in guten Treuen annehmen durften, dass sich der Effekt der Werbung positiv auf die Gesellschaft auswirken werde; vgl. auch die Bemerkungen ZIMMERLINGS zur Rechtslage in Deutschland, ZIMMERLING, S. 31 f.

⁵¹⁹ WATTER, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 147.

4. Rückerstattungspflichtige Personen

Der Rückerstattungspflicht unterliegen gemäss Art. 678 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 OR Aktionäre, Mitglieder des Verwaltungsrates sowie diesen nahe stehende Personen. Die Erfassung der nahe stehenden Personen will verhindern, dass das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung durch Leistungen an Personen umgangen wird, die mit Verwaltungsräten oder Aktionären vertraglich, verwandtschaftlich, rechtlich oder tatsächlich eine enge Beziehung haben.⁵²⁰ Als nahe stehende Personen gelten insbesondere Verwandte, Gesellschaften desselben Konzerns und Begünstigte von Treuhandverhältnissen.⁵²¹

Es stellt sich die Frage, ob die Bank, die über einen Kreditvertrag mit der Aktionärin oder der Muttergesellschaft der Interzedentin verbunden ist, nicht auch eine dem Aktionär oder dem Verwaltungsrat nahe stehende Person im Sinne des Art. 678 OR ist. Als nahe stehend kann auch eine Person gelten, die mit dem Aktionär oder dem Verwaltungsrat finanziell stark verflochten ist, beispielsweise ein dominanter Hauptgläubiger, der über die Gesellschaft ähnlich wie ein Aktionär verfügen kann.⁵²² Bei einer gewöhnlichen Kreditgewährung trifft dies jedoch für die kreditgebende Bank nicht zu.

Der verdeckte Gewinn geht bei der Interzession im Interesse des Aktionärs nicht an die Bank, sondern an den Aktionär oder die Muttergesellschaft. Die Bank erhält keine verdeckte Gewinnausschüttung, sondern Zinsen und Sicherheiten für das geleistete Darlehen. Der Aktionär – und nicht die kreditgebende Bank – profitiert durch die Interzession, indem er in den Genuss günstigerer Zinsen kommt. Die Bank erhält die Sicherheit auch nicht aufgrund einer allfälligen Nähe zum Interzedentin, sondern weil der Kreditschuldner in einer besonderen Nähe zur Interzedentin steht und diese zum Abschluss der Interzession in seinem Interesse beeinflussen oder veranlassen kann. Die Bank, die der Muttergesellschaft der Interzedentin einen Kredit gibt, gehört somit nicht zu den von Art. 678 Abs. 2 OR erfassten Personen.⁵²³

Die kreditgebende Bank wird im Ergebnis jedoch einem ähnlichen Regime unterworfen, denn die Grundsätze der Vertretungsmacht und Vertretungs-

⁵²⁰ SPÖRRI, S. 33 ff. insb. S. 35 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 115; BÖCKLI, § 12 N 551.

⁵²¹ SPÖRRI, S. 36.

⁵²² Vgl. STOCKAR/HOCHREUTENER (Hrsg.), Praxis der Bundessteuern, Art. 20 VStV Abs. 1 N 11; vgl. OR-KURER, Art. 678 N 8.

⁵²³ Vgl. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 190.

befugnis sind auch auf den Problemkreis der verdeckten Gewinnausschüttung anwendbar. Das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung richtet sich an die Aktionäre und den Verwaltungsrat und stellt eine Beschränkung ihrer Vertretungsbefugnis dar. Die Bank muss folglich beim Abschluss des Interzessionsgeschäfts diesbezüglich gutgläubig sein.⁵²⁴

III. Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Ausschüttungsnormen

In diesem dritten Abschnitt ist die Frage zu beantworten, unter welchen Voraussetzungen eine Ausschüttung vorliegt, die im formellen Verfahren der Dividendenausschüttung beschlossen werden muss, und wie dies genau zu geschehen hat.

1. Zentrale Bedeutung der Abgeltung zu Drittkonditionen

Bei einem nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* abgeschlossenen Geschäft kann keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, da kein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.⁵²⁵ Ebenfalls liegt keine aktienrechtlich relevante verdeckte Gewinnausschüttung vor, wenn der Zweck der Gesellschaft um eine Unterwerfungs- bzw. Konzernklausel erweitert wurde. Dies wird in dieser Arbeit zwar abgelehnt, entspricht aber der herrschenden Lehre.⁵²⁶ Auch wenn die herrschende Lehre anerkannt wird, gilt es zu beachten, dass der erweiterte Gesellschaftszweck in den anderen Themenbereichen keine Lösung darstellt.⁵²⁷

⁵²⁴ Siehe hinten, § 7 IV, S. 132 ff.

⁵²⁵ Siehe vorne, S. 105 ff.; AEBI, S. 135.

⁵²⁶ Siehe vorne, S. 116 ff.

⁵²⁷ Bei Ausbleiben einer adäquaten Gegenleistung wird die Interzession in steuerrechtlicher Hinsicht von den Normen der steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung erfasst, trotz des angepassten Gesellschaftszwecks, siehe SPÖRRI, S. 343; vgl. NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttung, S. 55. Die Interzession mit adäquater Entschädigung zu Drittkonditionen verhindert auch eine Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr. Ebenso wird die nicht adäquat entschädigte Interzession während den relevanten Anfechtungsperioden von der paulianischen Anfechtung des SchKG erfasst (Art. 286-288 SchKG; vgl. SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 N 6, Art. 287 N 4 und Art. 288 N 6). Die Interzession im Interesse des Aktionärs ohne Gegenleistung und die daraus resultierenden Vermögensverschiebungen schaffen überdies die Voraussetzungen der Durchgriffshaftung. Die adäquate Abgeltung der Interzession im Interesse des Aktionärs ist somit von zentraler Bedeutung, nicht bloss im Zusammenhang mit der verdeckten Gewinnausschüttung. Die Verpflichtung zur adäquaten Abgeltung der Interzession erfolgt am sichersten in der Form des *echten Vertrags zugunsten Dritter*, der als Vertragsbestandteil in den Dar-

2. Formelle Voraussetzungen einer Ausschüttung

Von grosser Bedeutung ist die Frage, ob die formellen Ausschüttungsnormen (siehe nachfolgender Abschnitt) auf die Interzession im Interesse des Aktionärs anwendbar sind, wenn keine Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen vorliegt. BÖCKLI spricht von einem Entnahmeverbot mit zwei Ausnahmen, nämlich der Kapitalherabsetzung sowie der formellen Ausschüttung.⁵²⁸ Ausschüttungen an die Aktionäre dürfen nur in Form von Dividenden, Bauzinsen und Tantiemen erfolgen. Die Festsetzung derartiger Ausschüttungen erfolgt in einem formellen Verfahren, das zwingend einen Beschluss der Generalversammlung in Anwesenheit eines Revisors vorsieht.⁵²⁹ Die vorliegend in Frage kommende Ausschüttung als Dividende bedarf überdies der vorgängigen Äufnung der gesetzlichen Reserven und einer Prüfung durch die Revisionsstelle, die einen Revisionsbericht abgibt.⁵³⁰

Der zeitliche Ablauf einer Ausschüttung ist im Gesetz ebenfalls genau geregelt.⁵³¹ Der Verwaltungsrat erstellt die Jahresrechnung (Art. 662 OR) und erhebt den Antrag auf Verwendung des Bilanzgewinnes (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR). Die Revisionsstelle hat beides auf Übereinstimmung mit Gesetz und Statuten zu überprüfen (Art. 728 Abs. 1 OR). Über die Ergebnisse der Prüfung hat sie einen Revisionsbericht zu erstellen (Art. 729 OR). Die Jahresrechnung und der Revisionsbericht sind den Aktionären spätestens 20 Tage vor der Generalversammlung zur Einsicht aufzulegen (Art. 696 Abs. 1 OR). Die Generalversammlung darf sodann die Jahresrechnung nur dann abnehmen und über die Verwendung des Bilanzgewinnes beschliessen, wenn ein Revisionsbericht vorliegt, ansonsten die Beschlüsse nichtig sind (Art. 729c Abs. 2 OR). Das Fehlen eines Revisors an der Generalversammlung macht den Beschluss der Generalversammlung anfechtbar. Auf das Erfordernis der Teilnahme des Revisors kann die Gesellschaft jedoch durch einstimmigen Beschluss verzichten (Art. 729c Abs. 3 OR).⁵³²

lehensvertrag aufgenommen wird. Darin verspricht die Kreditnehmerin, ihre Tochtergesellschaft für die Interzession adäquat zu entschädigen (siehe dazu vorne S. 52).

⁵²⁸ BÖCKLI, Darlehen I, S. 4.

⁵²⁹ Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR und Art. 729c Abs. 1 OR.

⁵³⁰ Art. 675 OR; Art. 674 OR in Verbindung mit Art. 671-673 OR; Art. 729c OR.

⁵³¹ Zum Ablauf der rechtmässigen Ausschüttung siehe BÖCKLI § 12 N 518-525 und 529 ff., insbesondere N 531.

⁵³² Vgl. zu den Details OR-WATTER, Art. 729c N 2 ff.

3. Anwendung in der Praxis

Die Interzession im Interesse des Aktionärs sollte schon aufgrund des Interessenkonflikts gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ genehmigt werden. Das Interzessionsgeschäft kann durch einen unabhängigen Verwaltungsrat oder, falls kein solcher existiert, bei Vorliegen von Minderheitsaktionären durch die Generalversammlung genehmigt werden.⁵³³ Somit dürfte zwar im Regelfalle ein Generalversammlungsbeschluss vorliegen. Dieser erfolgt aber nicht zu Ausschüttungszwecken, sondern zur Behebung der allfälligen Diskrepanz zwischen nach aussen gültiger Vertretungsmacht und interner Vertretungsbefugnis. Es stellt sich deshalb die Frage, ob ein derartiger Generalversammlungsbeschluss auch als Ausschüttungsbeschluss betrachtet werden kann, so wie dies in der Praxis gängig ist.⁵³⁴ TSCHÄNI erwähnt in diesem Zusammenhang, dass ein Beschluss der Generalversammlung nur dann eine genügende Rechtsgrundlage der Ausschüttung darstellt, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Gewinnausschüttung erfüllt sind. Allerdings vertritt er auch die Auffassung, dass ein Generalversammlungsbeschluss im Zeitpunkt der Ausstellung der Sicherheit genügt, wobei der Revisionsbericht im Zeitpunkt der Vollstreckung eingeholt wird.⁵³⁵ Der Revisionsbericht dient dazu, die frei ausschüttbaren Mittel festzustellen. Damit nur frei ausschüttbare Mittel ausgeschüttet werden, wird im Interzessionsvertrag ebenfalls eine Limitierung der Vollstreckung der Sicherheit auf den von der Revisionsstelle im Zeitpunkt der Vollstreckung maximal als Dividende ausschüttbaren Gewinn festgelegt.⁵³⁶

Das von TSCHÄNI vorgeschlagene Vorgehen vereint grundsätzlich zwar alle Voraussetzungen einer Dividendenausschüttung, bringt aber die im Aktienrecht vorgesehene *Chronologie* durcheinander. Es stellt sich deshalb die Frage nach der Zulässigkeit dieses in der Praxis üblichen Vorgehens, das – wie bereits erwähnt – nur dann zu wählen ist, wenn die Interzession im Interesse des Aktionärs ohne adäquate Gegenleistung erfolgt. Die genaue Fragestellung lautet, ob die Verschiebungen der Chronologie des Ablaufs der Dividendenausschüttung die Erreichung des beabsichtigten Normzwecks erschwert oder gar vereitelt.

⁵³³ Siehe vorne, S. 59 ff.

⁵³⁴ Vgl. TSCHÄNI, S. 204: „...um nicht beurteilen zu müssen, ob ein offensichtliches Missverhältnis vorliegt, verlangt die kreditgebende Bank nicht selten, dass die Generalversammlung der Gesellschaft, welche die Sicherheiten ausstellt, die Abgabe der Sicherheiten gutheisst. Damit wird dem Argument entgegengetreten, es liege eine Gewinnentnahme vor, welche nur durch die Generalversammlung beschlossen werden könne.“

⁵³⁵ TSCHÄNI, S. 204 und S. 205 FN 54.

⁵³⁶ TSCHÄNI, S. 205 FN 54.

4. Zulässigkeit der Praxis

Das Gesetz enthält in Art. 729c Abs. 1 OR die klare Bestimmung, dass die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes nur dann beschliessen kann, wenn ein Revisionsbericht vorliegt und ein Revisor anwesend ist. Als Rechtsfolge sieht Art. 729c Abs. 2 OR vor, dass der Generalversammlungsbeschluss ohne Revisionsbericht *nichtig* bzw. ohne Anwesenheit des Revisors, auf welche die Generalversammlung durch einstimmigen Beschluss verzichten kann, *anfechtbar* ist. Der Normzweck von Art. 729c OR liegt darin, dass die Aktionäre bei der Beschlussfassung Fragen über die Jahresrechnung und den Revisionsbericht an die Revisionsstelle stellen können.⁵³⁷

Gemäss BÖCKLI hat die Schutzfunktion dieser in sich geschlossenen Regelung und Chronologie für die ordnungsgemässe Dividendenausschüttung vorrangige Bedeutung. Deshalb ist der Ausschüttungsbeschluss nichtig, der sich überhaupt nicht auf einen bestimmten und genehmigten Jahresabschluss bezieht.⁵³⁸ Dies wäre der Fall bei der Interzession im Interesse des Aktionärs, da die Sicherheit bestellt, vielleicht aber erst Jahre später im Verzugsfall vollstreckt wird. Die bei der Verwertung frei ausschüttbaren Mittel sind im Zeitpunkt des Beschlusses der Generalversammlung somit noch nicht bekannt.

Allerdings ist anzufügen, dass das maximale Risiko der Inanspruchnahme der Sicherheiten im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung zumindest abstrakt bekannt ist. Es ist die maximale, im Interzessionsvertrag genannte Haftungssumme, nach oben zusätzlich beschränkt auf den maximalen Betrag der frei ausschüttbaren Mittel.⁵³⁹ Auch die Gläubiger sind davon grundsätzlich nicht beschwert, denn frei ausschüttbare Mittel könnten auch als Dividenden ausgeschüttet werden, womit sie ihnen nicht mehr als Haftungsgrundlage dienen.

Diese Risikoanalyse und Praktikabilitätsüberlegungen sprechen durchaus für die in der Praxis übliche und von TSCHÄNI unterstützte Vorgehensweise.⁵⁴⁰ Das Gesetz ist jedoch eindeutig. Es ist eines der Wesensmerkmale der Aktiengesellschaft, dass sie ein Sondervermögen darstellt und den Aktionären ein Haftungsausschluss gegenüber Dritten gewährt wird.⁵⁴¹ Im Gegenzug ist aber notwendig, dass dieses Sondervermögen aufgrund eines

⁵³⁷ OR-WATTER, Art. 729c N 1.

⁵³⁸ BÖCKLI, § 12 N 529 ff.

⁵³⁹ Vgl. TSCHÄNI, S. 205 FN 54.

⁵⁴⁰ Vgl. TSCHÄNI, S. 205 FN 54.

⁵⁴¹ Siehe ZÜRCHER, S. 16 ff. zum *aktienrechtlichen Trennungsprinzip*; vgl. Art. 620 Abs. 2 OR.

Interessenkonfliktes vor den eigenen Aktionären geschützt werden muss.⁵⁴² Im Aktienrecht herrscht deshalb ein *numerus clausus* an Ausschüttungsformen, die in formeller und chronologischer Hinsicht klar geregelt sind.⁵⁴³ Der Generalversammlungsbeschluss muss sich auf einen Jahresabschluss beziehen, den die Revisionsstelle geprüft und über den sie einen Bericht verfasst hat.⁵⁴⁴ Die in der Praxis übliche Vorgehensweise ist somit aufgrund der nicht gesetzeskonformen Chronologie unzulässig. In der Praxis wird deshalb häufig ein zweiter Generalversammlungsbeschluss im Zeitpunkt der Beanspruchung der Sicherheiten verlangt, der die formelle Ausschüttung beschliesst. Nachfolgend (siehe Ziff. 5) ist zu zeigen, dass dies nicht praktikabel ist.

Ein weiteres Problem liegt darin, dass diese Ausschüttungsvariante von Minderheitsaktionären wegen Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips angefochten werden kann, sofern die Ausschüttung nicht an alle Aktionäre erfolgt. Die Interzession eignet sich jedoch nicht für Ausschüttungen an alle Aktionäre, es sei denn für den wenig wahrscheinlichen Fall, dass alle Aktionäre einen Kredit zu besichern hätten. Es wäre hingegen möglich, den Wert der Interzession festzustellen und diesen den Minderheitsaktionären im Ausmass ihrer Beteiligung zukommen zu lassen, während der Hauptaktionär in den Genuss der Besicherung seiner Schuld kommt.⁵⁴⁵ Auf diese Variante ist unter Ziff. 6 einzugehen.

5. Zweiter Generalversammlungsbeschluss im Zeitpunkt der Vollstreckung der Sicherheit

Wegen der nicht gesetzeskonformen Chronologie des Praxisvorgehens wird teilweise versucht, die Interzession mittels eines zweiten Generalversammlungsbeschlusses im Zeitpunkt der Beanspruchung der Sicherheiten zu korrigieren.⁵⁴⁶ Es würden somit ein *Genehmigungsbeschluss* im Zeitpunkt der Bestellung und ein *Ausschüttungsbeschluss* im Zeitpunkt der Beanspruchung gefasst.

Diese Ansicht ist abzulehnen, denn sie beruht *erstens* auf der unrealistischen Annahme (siehe nachfolgend unter lit. a), dass im Zeitpunkt

⁵⁴² Vgl. BÖCKLI, Darlehen II, S. 531.

⁵⁴³ Vgl. BÖCKLI, Darlehen I, S. 4.

⁵⁴⁴ Art. 729 OR; Art. 729c Abs. 1 OR.

⁵⁴⁵ Dass die Interzession keine Barauszahlung darstellt, ist kein Problem, da Sachdividenden in der Lehre nicht ausgeschlossen und insbesondere bei Zustimmung der Aktionäre zulässig sind, siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 66 ff.; BÖCKLI, § 12 N 536; AEBI, S. 138.

⁵⁴⁶ Siehe den Hinweis bei TSCHÄNI, S. 204 f.

der Beanspruchung der Sicherheiten noch ein Generalversammlungsbeschluss ergeht und *zweitens* auf der unrichtigen Auffassung, dass erst die Beanspruchung der Sicherheiten einen ausgeschütteten Wert darstellt (siehe hinten, lit. b).

a) Unrealistischer zweiter Generalversammlungsbeschluss

Es ist unrealistisch, dass im Zeitpunkt der Vollstreckung nochmals eine Generalversammlung abgehalten werden kann, die die Ausschüttung genehmigt.⁵⁴⁷

Die Vollstreckung von Sicherheiten aufgrund eines Verzugsfalls stellt eine *Konfrontationssituation* dar, in der keine Zugeständnisse gemacht werden. Meist zeigen die Interzedentin sowie deren Aktionärin *Auflösungsercheinungen*. Die zentrale Aufnahme eines Darlehens und die Besicherung durch alle Konzerngesellschaften stellt als Konzernfinanzierung ein wesentliches Instrument der einheitlichen Leitung dar. Kann die Schuld nicht beglichen werden, ist aufgrund des Zusammenbruchs der einheitlichen Finanzierung von einer gravierenden Situation für den ganzen Konzern auszugehen. Es ist möglich, dass aufgrund des *Dominoeffektes* bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der der ganze Konzern und alle Tochtergesellschaften zusammenbrechen, insbesondere dann, wenn die Vermögenswerte aller Konzerngesellschaften zur Besicherung der Schuld der Muttergesellschaft herangezogen worden sind.

Dass sich die zweite Generalversammlung angesichts dieser Konfrontations- und Auflösungssituation für die tatsächliche Ausschüttung in Form der Verwertung und Auszahlung der bestellten Sicherheiten aussprechen würde, ist unwahrscheinlich.

b) Relevanter Zeitpunkt der Ausschüttung

Das Erfordernis des zweiten Generalversammlungsbeschlusses im Zeitpunkt der Beanspruchung der Sicherheiten legt den Schluss nahe, dass erst dann eine tatsächliche Ausschüttung vorliegt. Wie nachfolgend zu zeigen ist, stellt die Interzession auch ohne Beanspruchung einen Wert dar, was durch diese Art der Ausschüttung missachtet wird.

Der relevante Zeitpunkt des Vermögensabflusses ist je nach Art der Sicherheit verschieden. Bei Sicherungsübereignungen sowie Sicherungs- und Globalzessionen kann die kreditgebende Bank schon beim Abschluss des

⁵⁴⁷ Gl. M. TSCHÄNI, S. 205.

Vertrages über die Sicherheit verfügen.⁵⁴⁸ Bei persönlichen Sicherheiten wie z.B. der Bürgschaft ist die Feststellung des relevanten Zeitpunkts schwieriger. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts liegt noch kein tatsächlicher Vermögensabgang vor, sondern lediglich eine Vermögensgefährdung.

Aus bilanzieller Sicht werden die Sicherungsübereignungen, Globalzessionen und Pfandbelastungen gleich behandelt. Die übertragenen oder belasteten Güter und Forderungen werden weiterhin bei der Interzedentin aktiviert.⁵⁴⁹ Sie werden jedoch als Eventualverbindlichkeiten im Anhang der Jahresrechnung speziell ausgewiesen (Art. 663b Ziff. 1 OR).⁵⁵⁰ Im Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts ist der Vermögenswert erst gefährdet. Droht bei verschlechterter Finanzlage die Gefahr einer Beanspruchung der Sicherheiten, sind Rückstellungen zu bilden.⁵⁵¹ BOCHUD hingegen betrachtet bereits den Abschluss des Interzessionsgeschäfts als unmittelbaren Vermögensabgang.⁵⁵²

Die Besicherung eines vom Aktionär aufgenommenen Darlehens stellt richtigerweise schon zum Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts eine Leistung aus dem Vermögen der AG an den begünstigten Aktionär dar, denn sie verschafft Kredit, ähnlich wie ein Darlehen.⁵⁵³ Die Beurteilung der Adäquanz der Leistungen hat deshalb eindeutig im Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts zu erfolgen.⁵⁵⁴ Bei einer adäquaten Abgeltung der Interzession braucht es zwar keinen Ausschüttungs-

⁵⁴⁸ Die Sicherungsverträge bei Globalzessionen enthalten jedoch meist Klauseln, wonach die Verfügungsgewalt der Interzedentin über Konten der Interzedentin erhalten bleibt und die Zedentin ihre Forderungen vorerst selbst eintreiben muss. Die kreditgebende Bank *notifiziert* die kontoführende Bank erst bei Eintritt einer verschlechterten Finanzlage, dass eine Sicherungs-zession vorliegt und überlässt der Zedentin auf Zusehen hin das Einziehungsrecht der Forderungen, vgl. ZOBL, Syst. Teil, N 1585; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 2026. Der Grund liegt darin, dass die Kreditwürdigkeit der Zedentin nicht unnötig beeinträchtigt werden soll.

⁵⁴⁹ KÄFER, Art. 958 N 398 ff.; DELLMANN, S. 145.

⁵⁵⁰ Vgl. OR-NEUHAUS/ILG, Art. 663b N 9-14.

⁵⁵¹ Vgl. OR-NEUHAUS/ILG, Art. 663b N 14; BOEMLE, S. 403. Im Zeitpunkt der Verwertung findet der definitive Mittelabfluss statt. Gemäss MERKEL löst erst die Beanspruchung den Vermögensabgang aus, während bei persönlichen Sicherheiten die Rückstellung aufgrund der drohenden Beanspruchung relevant ist, vgl. KONZERNFINANZIERUNG-MERKEL, Rz. 17.47, S. 552 und PELTZER/BELL, S. 1760 f.; siehe auch ZIMMERLING, S. 31 f. mit weiteren Hinweisen.

⁵⁵² BOCHUD, S. 182 FN 334.

⁵⁵³ Die Übernahme des Insolvenzrisikos für den Aktionär stellt einen Wert dar, der ungefähr einem Darlehen in derselben Höhe gleichkommt. Der Vorteil für den Aktionär besteht darin, dass er allenfalls tiefere Zinsen für das Darlehen bezahlen muss oder durch die Interzession erst die notwendige Kreditwürdigkeit erlangt. Auf die bilanzielle Sichtweise, die erst bei Gefahr der Inanspruchnahme mit Rückstellungen reagiert, kann es nicht ankommen, siehe ZIMMERLING, S. 33 f.

⁵⁵⁴ Gl. M. zum deutschen Recht ZIMMERLING, S. 31 f.

beschluss, da keine Ausschüttung stattfindet. Es spricht vieles dafür, dass dies auch der relevante Zeitpunkt für einen Ausschüttungsbeschluss sein müsste.

In Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts ist jedoch noch unbekannt, wie viel tatsächlich beansprucht wird. Der Ausschüttungsbeschluss muss sich aber auf die im Zeitpunkt des Beschlusses vorhandenen, von der Revisionsstelle als frei ausschüttbar bezeichneten Mittel beziehen und eine betragsmässig klar definierte Dividendenzahlung nennen. Im Abschlusszeitpunkt ist dies nicht möglich, es sei denn, man schütte den *Wert der Interzession* aus und nicht den tatsächliche Vermögensabfluss anlässlich der Beanspruchung der Sicherheit (siehe nachfolgend Ziff. 6). Damit ist jedoch ein unlösbarer Konflikt gegeben, der die Variante der blossen Ausschüttung der beanspruchten Summe im Verwertungszeitpunkt wegfallen lässt.

6. Formelle Ausschüttung des Werts der Interzession

AEBI hat einen Formulierungsvorschlag für eine formelle Ausschüttung des Werts der Interzession an alle Aktionäre entworfen.⁵⁵⁵

„Ausschüttung von Fr. xxx auf dem Gesellschaftskapital wie folgt: Ausschüttung an B (Hauptaktionär mit X% Beteiligung) in der Höhe von Fr. xxy (gleich Fr. x pro Aktie), zusammengesetzt aus der auf fünf Jahre befristeten Sicherung (Bürgschaft etc. über Fr. yyy) des XY-Kredits über Fr. zzz der Bank A zugunsten des B (bzw. der C AG) als Sachausschüttung im Wert von Fr. xyx (abdiskontierte theoretisch geschuldete Gegenleistung für die Sicherung) und einer Bardividende in der Höhe von Fr. xxy (35% von Fr. xxy) zur Abdeckung der eidgenössischen Verrechnungssteuer, sowie Auszahlung einer verhältnismässigen Bardividende an die übrigen Aktionäre in der Höhe von insgesamt Fr. yxx (gleich Fr. x pro Aktie), unter vorgängigem Abzug von 35% eidgenössischer Verrechnungssteuer.“

Dieser Mustertext schüttet nicht die *beanspruchte* Sicherheit aus, sondern den *Wert* der Interzession. Dieser Wert muss der adäquaten Abgeltung nach dem Grundsatz des dealing at arm's length entsprechen. Diese Ausschüttung des Werts der Interzession kann deshalb schon im Zeitpunkt des Abschlusses der Interzession beschlossen werden, denn eine adäquat entschädigte Interzession im Interesse des Aktionärs wird nicht zu einer verdeckten Ausschüttung, auch wenn sie später beansprucht wird. Die von AEBI vorgeschlagene Lösung ist somit korrekt, erfordert jedoch eine ad-

⁵⁵⁵ AEBI, S. 142 FN 35.

äquate Bewertung der Interzession und genügend frei ausschüttbare Mittel für die Barausschüttung an die Minderheitsaktionäre im Zeitpunkt der Bestellung. Liegen diese vor, sollte als einfacherer Weg die Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen gewählt werden, da in diesem Fall die Ausschüttungsnormen gar nicht anwendbar sind.

7. Zwischenergebnis

Die Ausschüttung des *Werts* der Interzession erfordert eine vorgängige Bewertung der Interzession, damit dieser Wert als Ausschüttungsbetrag im Ausschüttungsbeschluss genannt werden kann.⁵⁵⁶ Die Bewertung der Interzession im Interesse des Aktionärs stellt jedoch eines der schwierigsten Probleme dar.⁵⁵⁷ Ist die Interzession einmal bewertet, sollte der Einfachheit halber die tatsächliche Abgeltung des Interzessionsgeschäfts zu Drittkonditionen erfolgen, da damit gar kein Ausschüttungsbeschluss mehr notwendig ist.

Das in der Praxis übliche, unter Ziff. 3 vorne dargelegte Vorgehen deckt sich nicht mit der im Gesetz vorgesehenen und zwingenden Chronologie der Ausschüttung. Die gewählte Reihenfolge – zuerst wird ein Generalversammlungsbeschluss gefasst, der die auf die im Verwertungszeitpunkt frei ausschüttbaren Mittel limitierten Sicherheiten genehmigt, welche später durch Revisionsbericht festzustellen sind – missachtet die aktienrechtliche Chronologie der Ausschüttung. Hinzu kommt, dass die *Motivation* des Generalversammlungsbeschlusses zur Genehmigung der Interzession in der Überwindung des vorhandenen Interessenkonflikts durch Bestätigung der Vertretungsbefugnis liegt. Der wirkliche Wille der Generalversammlung würde strapaziert, wenn dieser Genehmigungsbeschluss plötzlich als Ausschüttungsbeschluss interpretiert würde. Soll es ein Ausschüttungsbeschluss sein, muss die Ausschüttung als solche bezeichnet und beziffert werden.

Diejenige Variante, die lediglich den im Zeitpunkt der Sicherheitenverwertung tatsächlich beanspruchten Betrag ausschütten will (siehe vorne Ziff. 5), scheidet aus Praktikabilitätsüberlegungen aus. Überdies missachtet diese Variante die Tatsache, dass die Interzession auch vor der Beanspruchung und bei Ausbleiben der Beanspruchung einen Wert darstellt.

⁵⁵⁶ Vgl. den Textvorschlag für die formelle Ausschüttung vorne S. 130 und bei AEBI, S. 142 FN 35.

⁵⁵⁷ Siehe zur Bewertung der Interzession vorne, S. 112 f.

IV. Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung als Anwendungsfall einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis

Das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung ist ein Anwendungsfall der Dichotomie der Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis. Die für die Gesellschaft handelnden Organe können alle vom Gesellschaftszweck gedeckten Geschäfte vornehmen, müssen dabei aber die Normen der verdeckten Gewinnausschüttung beachten. Die Normen der verdeckten Gewinnausschüttung beschränken somit die intern gültige Vertretungsbefugnis. Aussenstehende – mit Ausnahme der in Art. 678 Abs. 2 OR genannten nahe stehenden Personen, zu denen die kreditgebende Bank nicht gezählt wird – sind nicht Normadressaten von Art. 678 Abs. 2 OR.⁵⁵⁸ Die Bank, die dem Aktionär ein Darlehen gibt und von dessen Gesellschaft Sicherheiten akzeptiert, braucht sich *grundsätzlich* nicht darum zu kümmern, ob die Interzession im internen Verhältnis zu Drittkonditionen entschädigt wird. Nur bei fehlendem gutem Glauben hinsichtlich der verdeckten Gewinnausschüttung wird sie nach Bereicherungsrecht rückerstattungspflichtig.⁵⁵⁹ Die kreditgebenden Banken müssen aufgrund des erhöhten Sorgfaltspflichtenmassstabes jedoch wissen, dass die Interzession im Interesse des Aktionärs mit einem *Interessenkonflikt* behaftet ist und dass bei fehlender Gegenleistung oder einem offensichtlichen Missverhältnis der Leistungen eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt. Bereits Fahrlässigkeit genügt zur Annahme der Bösgläubigkeit.⁵⁶⁰ Dies ist Grund genug für die kreditgebende Bank, bei der Interzession im Interesse des Aktionärs *im eigenen Interesse* auf einer adäquaten Entschädigung der Interzedentin zu beharren und diese als echten Vertrag zugunsten Dritter (in casu der Interzedentin) in den Kreditvertrag aufzunehmen. Sie kann auf diese Weise darlegen, dass sie einen klagbaren Anspruch der Interzedentin auf eine adäquate Gegenleistung geschaffen und sich um die adäquate Gegenleistung für die Interzedentin bemüht hat.

V. Ergebnis

Die Interzession im Interesse des Aktionärs muss nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* entschädigt werden. Die Beurteilung der Adäquanz

⁵⁵⁸ Siehe vorne, S. 122 f.; ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 190.

⁵⁵⁹ ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 191.

⁵⁶⁰ ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 191; vgl. zur Fahrlässigkeit auch ZIMMERLING, S. 148.

der Gegenleistung, die in mittelbaren und unmittelbaren Leistungen bestehen kann, hat im Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts zu erfolgen.

Verfügt die Interzedentin über eine Unterwerfungs- oder Konzernklausel im Zweckartikel, spielt eine inadäquate Abgeltung der Interzession für den Problemkreis der verdeckten Gewinnausschüttung nach der herrschenden Lehre keine Rolle mehr. Naheliegend wäre deshalb, lediglich den Zweck der Gesellschaft entsprechend anzupassen und sich nicht weiter um eine adäquate Gegenleistung für die Interzession zu kümmern. Diese Ansicht wird jedoch in dieser Arbeit aus mehreren Gründen abgelehnt:⁵⁶¹

Es gilt zu beachten, dass trotz Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck verdeckte Gewinnausschüttungen vom Steuerrecht erfasst werden. Bei fehlender oder inadäquater Entschädigung der Interzession ist es überdies möglich, dass bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die paulianischen Anfechtungstatbestände anwendbar sind, die sich auch als Einrede gegen die Kollokation der Forderungen der Bank als pfandgesicherte Forderungen richten können. Hinzu kommt, dass der Aktionär bei Vermögensverschiebungen zwischen ihm und der Aktiengesellschaft und nicht korrekter Trennung der Vermögensbereiche Gefahr läuft, der Durchgriffshaftung ausgesetzt zu werden. Fällt die Gesellschaft in Konkurs, drohen dem Verwaltungsrat überdies Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaftsgläubiger, weil er die Interessen der Gesellschaft nicht richtig gewahrt hat. Nur schon aufgrund dieser Überlegungen sollte die Entschädigung der Interzession zu Drittkonditionen gesucht werden.

Die Umdeutung des Genehmigungsbeschlusses in einen Ausschüttungsbeschluss missachtet die Chronologie der aktienrechtlichen Dividendenausschüttung und stellt deshalb keinen gangbaren Weg dar. Die Ausschüttung des Werts der Interzession stellt eine korrekte, aber aufwendige Lösung dar, denn sie verlangt eine Bewertung der Interzession und vorhandene Mittel für die tatsächliche Ausschüttung.⁵⁶² Die adäquate Bewertung der Interzession ist jedoch schwierig. Ist sie einmal erfolgt, sollte das Geschäft der Einfachheit halber nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* entschädigt werden, womit eine formelle Ausschüttung entbehrlich wäre.

⁵⁶¹ Siehe vorne, S. 116 ff.

⁵⁶² Während der Hauptaktionär in den Genuss der Interzession kommt, sollten die Minderheitsaktionäre den Anteil der Ausschüttung *bar* erhalten.

§ 8 Verbot der Einlagerückgewähr

I. Problemstellung

Die Aktiengesellschaft bildet ein vom Aktionär getrenntes Sondervermögen. Die Versuchung für den Aktionär ist gross, einerseits durch den persönlichen Haftungsausschluss als Aktionär geschützt sein zu wollen, andererseits aber vom Vermögen der Aktiengesellschaft weitmöglichst profitieren zu können. Es gilt deshalb sicherzustellen, dass die vom Aktionär geleisteten und noch zu leistenden Einlagen gegenüber der Aktiengesellschaft im Interesse der Gesellschaft, der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger nicht wieder entzogen werden können.⁵⁶³ Nur in den formal geregelten Abläufen der Ausschüttung und der Kapitalherabsetzung kann ein Kapitalrückfluss an die Aktionäre stattfinden.

Das Grundkapital bindet in seiner Höhe Vermögen und verleiht der Aktiengesellschaft eine Kredit- und Haftungsbasis, die gemäss Art. 680 Abs. 2 OR nicht zurückerstattet werden darf.⁵⁶⁴ Die Bestimmung ist im Zusammenhang mit Art. 680 Abs. 1 OR zu verstehen, wonach die einzige Pflicht des Aktionärs die Liberierung der Aktien ist. Das Verbot der Einlagerückgewähr enthält auch den Grundsatz, dass niemand aus einer Aktiengesellschaft austreten, sondern lediglich seine Aktien an Dritte verkaufen kann.⁵⁶⁵ Die Einschränkungen des Erwerbs eigener Aktien dienen somit teilweise demselben Zweck.⁵⁶⁶ Der Normzweck des Verbots der Einlagerückgewähr ist vorwiegend im Schutz der Gläubiger und Arbeitnehmer zu suchen, aber auch im Schutz der Gesellschaft vor ihren Aktionären.⁵⁶⁷

Das Verbot der Einlagerückgewähr umfasst nicht nur die direkte Rückzahlung oder Rückzahlungsverpflichtung der Gesellschaft. Auch Verträge und Transaktionen, die wirtschaftlich betrachtet auf eine Rückzahlung der Einlage hinauslaufen, werden vom Verbot der Einlagerückgewähr erfasst.⁵⁶⁸ Dies ist eine Parallele zur verdeckten Gewinnausschüttung. Während jedoch das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung die *frei*

⁵⁶³ Vgl. BINDER, S. 1; vgl. ZÜRCHER, S. 53; vgl. OR-KURER, Art. 680 N 1 f.

⁵⁶⁴ Art. 680 Abs. 2 OR: „*Ein Recht, den eingezahlten Betrag zurückzufordern, steht dem Aktionär nicht zu.*“

⁵⁶⁵ MÜLLER, S. 45; OR-KURER, Art. 680 N 15.

⁵⁶⁶ BGE 117 II 297.

⁵⁶⁷ MÜLLER, S. 45; BINDER, S. 8.

⁵⁶⁸ TSCHÄNI, S. 202 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 109; vgl. OR-KURER, Art. 680 N 22.

ausschüttbaren Mittel vor verdeckten Entnahmen schützt, erfasst das Verbot der Einlagerückgewähr Beschlüsse und Geschäfte, die die *Kapitaleinlage* betreffen.⁵⁶⁹

Nachfolgend soll gezeigt werden, worin das geschützte Kapital besteht (siehe S. 144 ff.), unter welchen Voraussetzungen die Interzession im Interesse des Aktionärs eine verbotene Einlagerückgewähr darstellt (siehe nachfolgend), wie dies verhindert werden kann und welches die Folgen bei Missachtung des Verbots der Einlagerückgewähr für die Gesellschaft sowie für die kreditgebende Bank sind (siehe S. 146 ff.).

II. Bezug der Einlagerückgewähr zur Interzession im Interesse des Aktionärs

1. Darlehen an den Aktionär als verwandter Problemkreis

a) Übersicht

Darlehen an Aktionäre als aktienrechtlich kritischer Vorgang wurden in der Lehre häufig behandelt.⁵⁷⁰ Wird die Einlage einem Aktionär aufgrund eines Darlehensvertrages zurückerstattet, kann dies auf eine nachträgliche Bildung eines *non-versé* (d.h. eines noch nicht eingezahlten Aktienkapitals) hinauslaufen.⁵⁷¹ Das reguläre *non-versé* ist im Gegensatz zur nachträglichen verbotenen Einlagerückgewähr für jedermann aus dem Handelsregistrauszug ersichtlich, was eine gewisse Warnwirkung auf Gesellschaftsgläubiger ausübt.⁵⁷² Nebst der Einlagerückgewähr kann gemäss BÖCKLI auch eine Sorgfaltspflichtsverletzung vorliegen, wenn der Verwaltungsrat bei der Darlehensgewährung das Gebot vernünftiger Risikoverteilung missachtet und dadurch ein Klumpenrisiko schafft oder das Darlehen kein *Umsatzgeschäft* darstellt.⁵⁷³ Weitere Faktoren der Beurteilung der Darlehen liegen in der Bonität, der Rückzahlungswilligkeit und -fähigkeit des Aktionärs.⁵⁷⁴ Das Kriterium der Rückzahlungswilligkeit berücksichtigt auch

⁵⁶⁹ BINDER, S. 36; vgl. OR-KURER, Art. 680 N 29.

⁵⁷⁰ Siehe statt vieler die Abhandlungen von BOCHUD und BÖCKLI, Darlehen I und II.

⁵⁷¹ SJZ 1985 S. 43; vgl. BÖCKLI, Darlehen II, S. 538; vgl. OR-KURER, Art. 680 N 26.

⁵⁷² Vgl. Art. 641 Ziff. 4 OR und GLANZMANN, S. 57.

⁵⁷³ BÖCKLI, § 12 N 545; vgl. BÖCKLI, Darlehen II, S. 529 und S. 543 ff. Umsatzgeschäfte sind Geschäfte zu Marktbedingungen, siehe ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 188 FN 24.

⁵⁷⁴ Vgl. BINDER, S. 84; OR-KURER, Art. 680 N 22.

die Gefahr, dass der Darlehensvertrag lediglich fingiert ist, um die Einlagerückgewähr zu kaschieren.⁵⁷⁵

b) Entscheid des Bezirksgerichts Aarau

Der Entscheid des Bezirksgerichts Aarau aus dem Jahre 1983 betrifft die Einlagerückgewähr, die allerdings auf andere Weise als durch eine Interzession zustande gekommen ist.⁵⁷⁶ Eine AG liess über einen Mitarbeiter, der als Strohmann wirkte, die X-AG gründen. Nach aussen trat der Mitarbeiter als unabhängiger Hauptaktionär auf. Als der Mitarbeiter nicht im Sinne der Gründerin wirkte, wollte diese die Bareinlage zu einem Darlehen an den Mitarbeiter umqualifizieren, was der Mitarbeiter sogar anerkannte, jedoch mit Gegenforderungen verrechnete. Das Gericht wies die Rückforderung der zum Darlehen umqualifizierten Bareinlage ab, weil es eine verbotene Einlagerückgewähr darstelle. Dabei ist zu beachten, dass die Umqualifizierung der treuhänderischen Gründung in ein Darlehen die Gesellschaftsmittel gar nicht tangiert hätte, da das Darlehen beim ehemaligen Mitarbeiter als Beklagten und nicht bei der Gesellschaft eingefordert wurde. Von einer Umkehrung des Einlagevorganges kann somit nicht gesprochen werden, es sei denn, der ehemalige Mitarbeiter würde sein persönliches Darlehen mit Gesellschaftsmitteln zurückzahlen.⁵⁷⁷ Dafür gibt es im Entscheid jedoch keine Anhaltspunkte. Die Parteien hätten dasselbe Ergebnis durch einen „Verkauf“ der Aktien an den ehemaligen Mitarbeiter erreichen können. Es wäre die Umwandlung des fiduziarischen Eigentums in normales Eigentum gewesen. Eine derartige Transaktion muss zulässig sein. Der Entscheid und der strenge Massstab werfen deshalb zwar Fragen auf. Die nachträgliche Umqualifizierung der Bareinlage in ein Darlehen deutet jedoch auf einen *Umgehungswillen* hin, was die Strenge rechtfertigt.

c) BINDER

BINDER schliesst Darlehen an Aktionäre nicht grundsätzlich aus. Er sieht lediglich dann einen Verstoß gegen Art. 680 Abs. 2 OR, wenn der Rückerstattungsanspruch aufgrund eines bloss simulierten Darlehensvertrages⁵⁷⁸ oder der Zahlungsunfähigkeit des Aktionärs fiktiv ist *und* das Darlehen grösser ist als die Differenz zwischen Eigenkapital und Grundkapital.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ Vgl. VON GREYERZ, S. 63; vgl. OR-KURER, Art. 680 N 22.

⁵⁷⁶ Entscheid des Bezirksgerichts Aarau in SJZ 1985 S. 42 ff.

⁵⁷⁷ Derartige Vorgänge kamen in anderen Entscheiden vor, siehe ZR 1990 Nr. 36, SJ 1969 S. 150 ff. und BGE 109 II 128 f.

⁵⁷⁸ Zum simulierten oder fiktiven Darlehen siehe GLANZMANN, S. 4 f. und 9 f.

⁵⁷⁹ Vgl. BINDER, S. 84 f.

BINDER argumentiert, dass das Darlehen an Aktionäre letztlich ein Bewertungsproblem darstelle.⁵⁸⁰ Ein Darlehen, dessen Rückzahlungsanspruch einen wirklichen Gegenwert darstelle, könne auch Bestandteil des Mindestreinvermögens bilden. Sofern die Bonität des Aktionärs in Ordnung ist oder er für das erhaltene Darlehen sogar Sicherheiten stellt, besteht keine Gefährdung des Grundkapitals.⁵⁸¹ BINDER macht bei der Anwendung des Verbots der Einlagerückgewähr einen generellen Vorbehalt für Umsatzgeschäfte, d.h. Darlehen, bei denen der Aktionär gegenüber der Gesellschaft wie ein Dritter auftritt. Derartige Geschäfte seien gültig, auch wenn das Vermögen dadurch unter das Grundkapital fällt.⁵⁸²

d) SCHULTZ

SCHULTZ erkennt eine Einlagerückgewähr durch Aktionärsdarlehen, wenn die Darlehen grösser sind als das effektive Eigenkapital abzüglich einbezahltes Aktienkapital und ein eventuelles Agio. Er spricht nicht nur von Darlehen, sondern auch von der Kreditierung aufgrund eines Kontokorrents, die aus dem ordentlichen Geschäftsverkehr resultiert, sofern der Anteilseigner wie ein Dritter auftritt und grundsätzlich gleich behandelt wird und zählt diese nicht zu den problematischen Aktionärsdarlehen. Er macht auch eine Ausnahme für das Aktivgeschäft von konzerneigenen Finanzgesellschaften.⁵⁸³

e) GLANZMANN

GLANZMANN macht die Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften durch ein Aktionärsdarlehen wesentlich davon abhängig, ob das Darlehen fingiert oder die Bonität des Aktionärs zweifelhaft ist. Die Bonität des Aktionärs bildet bei GLANZMANN Teil der Beurteilung, ob ein Darlehen fiktiv ist.⁵⁸⁴

⁵⁸⁰ BINDER, S. 84.

⁵⁸¹ BINDER, S. 85.

⁵⁸² BINDER, S. 36 f.

⁵⁸³ SCHULTZ, S. 239 f. Es stellt sich die Frage, wie es sich dabei mit Darlehen verhält, die von Tochtergesellschaften gewährt werden, die keine konzerninternen Finanzgesellschaften, sondern beispielsweise Produktionsbetriebe sind. Die Gewährung eines Darlehens durch solche Gesellschaften erfolgt ausschliesslich aufgrund der Aktionärs Eigenschaft (*societatis causa*), selten aus geschäftlichen Gründen (vgl. MK-BAYER, § 57 N 85). Auch solche Betriebe erbringen jedoch häufig Leistungen für die Konzernmutter, deren Bezahlung erst später erfolgt oder die mittels Kontokorrent ausgeglichen werden. Diese Kreditierung ist mit derselben Problematik wie ein Darlehen behaftet. Trotz der Leistung *societatis causa* wurde gezeigt (siehe vorne S. 105), dass die Konditionen dennoch objektiv ausgewogen und im Drittvergleich angemessen sein können. Es kommt deshalb massgebend auf das Kriterium des *dealing at arm's length* an.

⁵⁸⁴ GLANZMANN, S. 99.

f) BOCHUD

BOCHUD schliesst die Anwendung der Kapitalentnahmenormen bei Geschäften aus, die aus dem ordentlichen Geschäftsverkehr herrühren und zu üblichen Konditionen abgeschlossen werden. Die Beurteilung, ob ein Darlehen zum ordentlichen Geschäftsverkehr zu zählen ist, hat anhand des Gesellschaftszwecks zu erfolgen. Dabei sind Darlehen an den Aktionär für dessen privaten Konsum stets genauer zu beurteilen, während Darlehen, die unmittelbar den Gesellschaftszweck fördern, eher als problemlos erscheinen.⁵⁸⁵

g) BÖCKLI

Nach BÖCKLI sind vom Verbot der Einlagerückgewähr diejenigen Darlehen nicht erfasst, die dem normalen Geschäftsverkehr als Umsätze zwischen einer Gesellschaft und ihren Aktionären zugeordnet werden können.⁵⁸⁶ Als problematisch erachtet BÖCKLI diejenigen Fälle, in denen der mit mindestens 10% beteiligte Aktionär von seiner Gesellschaft eine Zahlung als Darlehen erhält, die zugleich mehr als 10% seiner eigenen Quote am Eigenkapital ausmacht. BÖCKLI räumt aber zugleich ein, dass die Grenze von Fall zu Fall verschieden sei. Den Grenzwert von 10% wählte er, weil dieser der erste allgemeine Schwellenwert des Aktienrechts ist.⁵⁸⁷

h) Folgerungen

Die Lehrmeinungen sind sich einig, dass Darlehen mit dem Aktionär nicht unter das Verbot der Einlagerückgewähr fallen, wenn sie zu Drittkonditionen abgewickelt werden und nicht fingiert sind. Die Frage, ob ein Darlehen an einen unabhängigen Dritten auch gewährt worden wäre, muss bei Gesellschaften ausserhalb des Finanzsektors jedoch häufig verneint werden. Letztlich erfolgen solche Darlehen *societatis causa*, was aber alleine noch nichts über die Ausgestaltung der Konditionen des Darlehens aussagt. Das Prinzip des *dealing at arm's length* und des Handelns zu Drittkonditionen in einem etwas weiter verstandenen Sinne – nämlich im Sinne der grundsätzlichen Ausgewogenheit der Vertragsbedingungen und nicht im Sinne des Kriteriums, ob die Darlehensgewährung auch an einen unabhängigen Dritten erfolgt wäre – sind auch beim Verbot der Einlagerückgewähr im Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen an den Aktionär von entscheidender Bedeutung.

⁵⁸⁵ BOCHUD, S. 147.

⁵⁸⁶ BÖCKLI, Darlehen II, S. 528 FN 1.

⁵⁸⁷ BÖCKLI, Darlehen II, S. 529.

Weiter kann eine Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr vermieden werden, wenn das Darlehen aus frei ausschüttbaren Gesellschaftsmitteln gewährt wird. Ein weiterer wichtiger Gradmesser für die Zulässigkeit der Aktionärsdarlehen ist die Ernsthaftigkeit des Aktionärs, das Darlehen zurückzubezahlen. Die Bonität des Aktionärs ist ein Indiz hiezu.

2. Anwendbarkeit des Verbots der Einlagerückgewähr auf die Interzession im Interesse des Aktionärs

Die anhand des Darlehens an Aktionäre aufgezeigten Probleme lassen sich auf die Interzession im Interesse des Aktionärs übertragen. Darlehen an Aktionäre sind der Interzession im Interesse des Aktionärs in vielen Belangen sehr ähnlich: In beiden Fällen werden Vermögensgegenstände der Gesellschaft einem Risiko ausgesetzt, das von der Bonität und dem Geschäftsgang des Aktionärs abhängt. Es geht letztlich um eine *Kreditierung*, die im Fall des Darlehens direkt und im Fall der Interzession im Interesse des Aktionärs indirekt erfolgt.

Die Frage, ob ein fiktives Geschäft ohne Rückzahlungsfähigkeit und -willigkeit des Schuldners vorliegt, das lediglich eine Mittelentnahme kaschieren soll, ist bei der Interzession im Interesse des Aktionärs ebenso relevant wie beim Darlehen an den Aktionär.⁵⁸⁸ Die Übernahme des Risikos der Inanspruchnahme der Sicherheit und das Zurverfügungstellen einer Kreditsicherheit stellen bereits einen wirtschaftlichen Wert dar.⁵⁸⁹ Der Wert und das Risiko der Interzession entsprechen dabei ungefähr dem Wert und dem Risiko eines Darlehens.⁵⁹⁰ Diese Leistung geht nur vordergründig an die kreditgebende Bank. Der Aktionär trägt den Nutzen der Interzession, der sich *dreifach* manifestieren kann. Es ist *erstens* möglich, dass er ohne Interzession gar kein oder *zweitens* kein Darlehen in dieser Höhe erhalten hätte. In den meisten Fällen bewirkt die Interzession *drittens* eine Reduktion der Darlehenszinsen.⁵⁹¹

⁵⁸⁸ Dabei ist nicht nur die Rückzahlung der besicherten Schuld an die Bank gemeint, sondern auch die allfällige Begleichung einer Regressforderung nach erfolgter Inanspruchnahme der Sicherheiten. Siehe die diesbezüglichen Überlegungen im Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999 in ASA 69 (2000/2001) S. 649 f.

⁵⁸⁹ ZIMMERLING, S. 47.

⁵⁹⁰ Vgl. hiezu die Bankengesetzgebung zur Erfassung von Klumpenrisiken: Eventualverpflichtungen sind gemäss genau definierter *Kreditumrechnungsfaktoren* in ein so genanntes *Kreditäquivalent* umzurechnen. Bei Aval-, Bürgschafts- und Garantieverpflichtungen wird der Nominal- oder Barwert der Eventualverpflichtung mit dem Faktor 1 in das entsprechende Kreditäquivalent umgerechnet. Die Bandbreite der Kreditumrechnungsfaktoren reicht von 0,25 bis 6,25 (Art. 12d Abs. 2 BankV).

⁵⁹¹ ZIMMERLING, S. 66 f.

Bei der Interzession im Interesse des Aktionärs ohne adäquate Entschädigung kann auch regelmässig davon ausgegangen werden, dass sie auf Veranlassung oder Einflussnahme des Aktionärs hin eingegangen wurde. Keine Gesellschaft würde für die Schuld eines unabhängigen Dritten ohne adäquate Gegenleistung interzedieren.⁵⁹² Aufgrund der *Vorteile*, die dem Aktionär zukommen und aufgrund der beschriebenen *Veranlassung* kann deshalb von einer Leistung an den Aktionär gesprochen werden, die er verursacht hat.⁵⁹³ An ihn richtet sich auch das Verbot der Einlagerückgewähr.

Nachfolgend soll gezeigt werden, dass das Verbot der Einlagerückgewähr nicht anwendbar ist bei adäquater Abgeltung der Interzession, guter Bonität und ernsthaftem Willen des Aktionärs, die besicherte Schuld zurückzubezahlen. Weiter ist darzulegen, worin das geschützte Kapital besteht (siehe Abschnitt V).

III. Zentrale Bedeutung der Abgeltung zu Drittkonditionen

Aufgrund der für das Darlehen an Aktionäre gezogenen Schlüssen (siehe vorne, S. 138) und der ähnlichen Problematik ist die Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen (*dealing at arm's length*) von zentraler Bedeutung auch für die Gültigkeit der Interzession angesichts der Vorschriften der Einlagerückgewähr und der übrigen Normen.⁵⁹⁴ Nachfolgend ist darzulegen, wann ein Interzessionsgeschäft zu Drittkonditionen vorliegt.

1. Interzessionsgeschäft zu Drittkonditionen

Am eindeutigsten wird der Grundsatz der Abgeltung zu Drittkonditionen greifbar, wenn die Konzernspitze zentral und damit kostengünstiger ein Darlehen aufnimmt, dieses durch alle Tochtergesellschaften besichern lässt

⁵⁹² MK-BAYER, § 57 N 84; ZIMMERLING, S. 59; vgl. EMMERICH/SONNENSCHNIGER/HABERSACK, S. 403.

⁵⁹³ Vgl. dazu ZIMMERLING, S. 57 ff. und S. 61 ff.; vgl. auch BGE 109 II 129: „Die Auszahlung an den Gläubiger des Aktionärs kommt unter solchen Umständen einer Leistung der Gesellschaft zugunsten des Aktionärs gleich; im Ergebnis läuft sie auf dasselbe hinaus, wie wenn an den Aktionär zurückbezahlt worden wäre und dieser seinen Geldgeber befriedigt hätte. Damit aber ist eine unzulässige Rückzahlung des Aktienkapitals gegeben, welche die Einlagepflicht des Beklagten wieder aufleben lässt.“

⁵⁹⁴ Die Abgeltung der Interzession ist somit in den Themenkreisen Gesellschaftsinteresse, verdeckte Gewinnausschüttung (in aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Hinsicht), Vermeidung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit und der Durchgriffshaftung, im Bereich des SchKG und des Strafrechts von zentraler Bedeutung für die Beurteilung der Gültigkeit der Interzession.

und in der Folge die Darlehensvaluta im Konzern an die Tochtergesellschaften in der Höhe des Werts oder des Anteils der gestellten Sicherheiten weiterleitet.⁵⁹⁵ Es ist gut möglich, dass die Gesellschaft dieselben Sicherheiten auch zur Aufnahme des eigenen Finanzbedarfs benötigt hätte.

Auch durch die Bezahlung einer adäquaten Interzessionsgebühr, die alle relevanten Umstände berücksichtigt und auf die Risiken der Inanspruchnahme und der Vollstreckbarkeit der Subrogationsforderung eingeht, lässt sich die Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr vermeiden.⁵⁹⁶ Es ist der Gesellschaft demnach keineswegs untersagt, Umsatzgeschäfte vorzunehmen, die das Aktienkapital tangieren.⁵⁹⁷ Das Aktienkapital, das lediglich eine Sperrziffer⁵⁹⁸ darstellt, ist auch Betriebskapital.⁵⁹⁹

Sofern die Interzession adäquat zu Drittkonditionen entschädigt wird, keine Simulation vorliegt und die Bonität des Aktionärs eine Rückzahlung der besicherten Schulden erwarten lässt, ist ein tatsächlicher Gegenwert für die Interzession vorhanden, auch wenn damit das Grundkapital der Gesellschaft betroffen ist. Derartige „Umsatzgeschäfte“ sind auch im Bereich des von Art. 680 Abs. 2 OR geschützten Kapitals zulässig.

2. Fälle der Irrelevanz des Aktionärsstatus

Spiegelbildlich muss auch der Schluss gelten, dass die Interzession zugunsten eines Aktionärs zulässig sein muss, wenn die Aktionärseigenschaft keinen Konnex zur Interzession aufweist.⁶⁰⁰ Zu denken ist an Fälle, in denen zugunsten eines nicht massgeblichen Minderheitsaktionärs interzediert wird. BÖCKLI zieht die Grenze einer massgeblichen Beteiligung bei etwa 10%, weil dies die erste allgemeine Schwelle im Aktienrecht darstelle. Die Grenze müsste jedoch individuell nach einer Analyse der gesamten Aktionärsstruktur auf den konkreten Sachverhalt hin gezogen werden.⁶⁰¹

⁵⁹⁵ MK-BAYER, § 57 N 86; ZIMMERLING, S. 79 f.

⁵⁹⁶ Vgl. LUTTER, § 57 AktG N 75 (Kölner Kommentar); anderer Ansicht MK-BAYER, § 57 N 85. Siehe zur Feststellung des Werts der Interzession vorne, S. 112 f.

⁵⁹⁷ BINDER, S. 36 f.

⁵⁹⁸ Siehe dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 49 N 23.

⁵⁹⁹ BINDER, S. 11; vgl. MÜLLER, S. 47.

⁶⁰⁰ Vgl. den ähnlichen Gedankengang im Zusammenhang mit der Gewährung von Darlehen an Aktionäre bei BOCHUD, S. 148 und BÖCKLI, Darlehen II, S. 528 f.

⁶⁰¹ BÖCKLI, Darlehen II, S. 529 FN 6.

3. Kasuistik

a) Frigotherm-Entscheid

Das Bundesgericht hat in BGE 87 II 169 („Frigotherm“) einen Entscheid zu einem Sachverhalt gefällt, der indirekt die Ausnahme der Umsatzgeschäfte vom Verbot der Einlagerückgewähr bestätigt. Dem Entscheid liegt der Sachverhalt zugrunde, wonach die Frigotherm AG eine Kapitalerhöhung durchführen wollte. Der Aktionär Pieren wollte sich an der Kapitalerhöhung beteiligen, sofern er die Aktien durch Verrechnung mit seiner unstrittigen Darlehensforderung gegenüber der Gesellschaft liberieren könne.⁶⁰² Der Verwaltungsratspräsident beharrte jedoch auf der Barliberierung. Pieren akzeptierte dies, beharrte aber seinerseits auf der sofortigen Rückzahlung des Darlehens. Man kam überein, dass die Gesellschaft ein Wechselakzept über CHF 30'000 ausstellen sollte, Pieren den Wechsel bei einer Bank diskontieren lassen und den Erlös für die Barliberierung verwenden konnte. Die Generalversammlung beschloss die Kapitalerhöhung mit Barliberierung am 6. Juni 1958 und stellte den Wechsel mit Verfall auf den 30. Juni 1958 aus. Pieren diskontierte den Wechsel bei einer Bank und liberierte mit dem Erlös die Aktien bar. Die Gesellschaft fiel im April 1959 in Konkurs.

Das Bundesgericht verneinte einen Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr und gegen die Vorschriften der Verrechnungsliberierung, da die Aktien tatsächlich bar liberiert worden seien und keine Verrechnung stattgefunden habe. Es beurteilte auch die Gefahrensituation und stellte fest, dass die Gesellschaft Pieren gegenüber unstreitig zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet gewesen sei. Die Gesellschaft bezahlte demnach das Darlehen zurück, nicht die Einlage.⁶⁰³

Die Begründung des Bundesgerichts ist ein klares Indiz dafür, dass ein ernstgemeintes, nicht simuliertes Geschäft gegenüber dem Aktionär nicht unter das Verbot der Einlagerückgewähr fällt. Der Entscheid äussert sich auch zu den Bedingungen und zum Grund der Forderung. Der Begriff des Umsatzgeschäfts oder des Geschäfts zu Drittkonditionen wird zwar nicht verwendet, aber das Bundesgericht hält an anderer Stelle fest, dass der Aktionär durch die Rückzahlung des Darlehens nicht etwa einen be-

⁶⁰² Das Darlehen entstand aus der Umwandlung einer Kaufpreisforderung. Pieren belieferte die Frigotherm AG mit Metallen, Maschinen und Boilern. Die AG schuldete ihm aus Lieferungen CHF 30'000. Diese Summe wurde in ein Darlehen umgewandelt, das ab 30. April 1959 innert 30 Tagen zahlbar war.

⁶⁰³ BGE 87 II 182.

sonderen Vorteil erhalten habe. Angesichts der Tatsache, dass Pieren im Jahre 1957 seine fällige Kaufpreisforderung in ein Darlehen umwandelte und damit die Schuld der Gesellschaft für fast zwei Jahre stundete, stellte die um zehn Monate verfrühte Rückzahlung des Darlehens nach der Auffassung des Bundesgerichts keine relevante Schwächung des Grundkapitals dar.⁶⁰⁴

b) Geopa-Entscheid

Der in SJ 1969 S. 150 ff. abgedruckte Entscheid des Bundesgerichts „Geopa SA“ nimmt Bezug auf den Frigotharm-Entscheid und hält fest, dass die Gesellschaft mit dem Erlös der Aktienliberierung Gesellschaftsschulden zurückzahlen könne. Im konkreten Fall wurde eine Kapitalerhöhung in bar durchgeführt. Die Gesellschaft zahlte der Zeichnerin das Geld wenige Tage später wieder zurück. Die Gründerin machte geltend, sie habe Forderungen gegenüber der Gesellschaft im gleichen Ausmass gehabt. Diese nachträglich vorgebrachten Forderungen waren im Zeitpunkt der Rückzahlung aber nicht einmal vollständig verbucht. Es handelte sich somit nach Ansicht des Gerichts um eine unerlaubte Scheinliberierung und Einlagerückgewähr.⁶⁰⁵

c) Bemerkungen

Der unterschiedliche Ausgang des Frigotharm- und des Geopa-Entscheids zeigt, dass es entscheidend darauf ankommt, ob die Leistung des Aktionärs eine reale Schuld darstellt. Der Grund liegt im *Missbrauchspotential*. Wenn ein Aktionär für seine Schuld Sicherheiten der Gesellschaft verwendet oder verwenden lässt, deren Vollstreckung das geschützte Kapital im Sinne des Art. 680 Abs. 2 OR erfasst, muss er die höchstmögliche Sorgfalt anwenden, damit ihm später nicht der Vorwurf der Simulation der Gegenleistung gemacht werden kann.

IV. Beschränkung auf die frei ausschüttbaren Mittel

Der aufgrund des Missbrauchspotentials permanent drohende Vorwurf der inadäquaten Abgeltung schafft Unsicherheit und provoziert möglicherweise Rechtsstreitigkeiten, auch wenn die Interzession im Interesse des Aktionärs nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* entschädigt

⁶⁰⁴ Vgl. BGE 87 II 179.

⁶⁰⁵ SJ 1969 S. 154.

worden ist.⁶⁰⁶ Es kann sich deshalb empfehlen, die Vollstreckung der Sicherheit auf die frei ausschüttbaren Mittel zu beschränken, um allfälligen Vorwürfen den Wind aus den Segeln zu nehmen, es liege ein Verstoss gegen das Verbot der Einlagerückgewähr vor.⁶⁰⁷ Die Höhe der frei ausschüttbaren Mittel kann durch die unabhängige Revisionsstelle festgestellt werden. Die Sicherheiten können sodann nur in der Höhe der frei ausschüttbaren Mittel vollstreckt und verwertet werden.

Liegt kein Geschäft zu Drittkonditionen vor, sollte eine Beanspruchung des Aktienkapitals unbedingt vermieden werden. Dies kann im Interzessionsvertrag durch Aufnahme einer Klausel geschehen, wonach die Sicherheiten lediglich im Ausmass der im Vollstreckungszeitpunkt frei ausschüttbaren Mittel vollstreckt werden dürfen. Derartige Klauseln sind übliche Bestandteile von Interzessionsverträgen. Damit kein Streit über die Höhe der frei ausschüttbaren Mittel entsteht, kann deren Feststellung im Verwertungszeitpunkt der Revisionsstelle überlassen werden.⁶⁰⁸ Auch dies sollte als Voraussetzung der Vollstreckung bereits im Interzessionsvertrag geregelt werden. Der *Verwertungszeitpunkt* zur Feststellung der frei ausschüttbaren Mittel ist aus Gründen des Gläubigerschutzes geboten.⁶⁰⁹ Die Beschränkung auf die frei ausschüttbaren Mittel hat auch verantwortlichkeits- und strafrechtliche Relevanz (siehe hinten S. 180 und S. 216).

V. Geschütztes Kapital

Nach dem Gesetzeswortlaut gehört der *eingezahlte Betrag* zum geschützten Kapital im Sinne des Art. 680 Abs. 2 OR. Dazu gehört trotz dieses Wortlauts auch der noch nicht liberierte Teil (so genannter *non-versé*) der Ein-

⁶⁰⁶ Für die Einzelheiten der Abgeltung zu Drittkonditionen kann vollumfänglich auf die vorhergehenden Ausführungen zur verdeckten Gewinnausschüttung verwiesen werden (siehe vorne S. 105 f.).

⁶⁰⁷ Vgl. dazu TSCHÄNI, S. 205 FN 54.

⁶⁰⁸ Vgl. dazu TSCHÄNI, S. 205 FN 54.

⁶⁰⁹ Der tatsächliche Mittelabfluss ist erst in diesem Zeitpunkt bekannt. Die Feststellung der frei ausschüttbaren Mittel im Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts würde eine spätere wirtschaftliche Verschlechterung der Finanzsituation der Interzedentin nicht mehr berücksichtigen, was eine grosse Gefahr mit sich bringen würde. Aufgrund der häufig existierenden wirtschaftlichen Abhängigkeiten zwischen den Konzerngesellschaften ist anzunehmen, dass bei Insolvenz der Kreditnehmerin auch die Interzedentin finanziell kaum auf Rosen gebettet und die Kapitaleinlage besonders stark gefährdet ist. Deshalb drängt sich die Feststellung der frei ausschüttbaren Mittel im Verwertungszeitpunkt auf. Dieser Zeitpunkt ist von den relevanten Beurteilungszeitpunkten der Adäquanz der Gegenleistungen (siehe vorne, S. 121 f. und S. 128 f.) und dem Zeitpunkt der Ausschüttung des Werts der Interzession (siehe S. 130 f.) zu unterscheiden.

lage.⁶¹⁰ Geschützt sind das Aktien- und das Partizipationskapital.⁶¹¹ Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass Art. 680 Abs. 2 OR nur das Aktienkapital schütze.⁶¹² Nach herrschender Lehre gehören die *gesetzlichen Reserven* nicht zum geschützten Kapital i.S.v. Art. 680 Abs. 2 OR.⁶¹³ Diese sind bereits durch Art. 671 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 678 OR geschützt.⁶¹⁴ Umstritten ist auch, ob das *Agio* zum geschützten Kapital gezählt wird. Das *Agio* ist die Differenz zum Nominalwert der Aktie bei Überpari-Emissionen. Es handelt sich somit um eine Einzahlung, die im Zusammenhang mit der Aktienliberierung erfolgt, weshalb es von Art. 680 Abs. 2 OR zu Recht erfasst wird.⁶¹⁵

VI. Verbot der Einlagerückgewähr als Anwendungsfall einer Beschränkung der Vertretungsbefugnis

1. Lehre

Die Grundsätze der Vertretungsmacht und -befugnis spielen auch bei der Einlagerückgewähr eine Rolle.⁶¹⁶ Das Verbot der Einlagerückgewähr stellt eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis dar. Ist die Bank hinsichtlich der Einlagerückgewähr bösgläubig, kommt das Geschäft nicht zustande. Wurde die Sicherheit bereits realisiert, wird die Bank rückleistungspflichtig gemäss Art. 62 ff. OR.⁶¹⁷ Da Banken bei der Kreditvergabe anhand der Finanzdaten zu prüfen haben, wie sich die Interzession auf die Gesellschaft auswirkt, wird die Bank diesbezüglich kaum gutgläubig sein können.⁶¹⁸

⁶¹⁰ MÜLLER, S. 46 f.; vgl. OR-KURER, Art. 680 N 18; BÖCKLI, Darlehen II, S. 538 f. FN 74; a.M. Handbuch der Revisionspraxis der TREUHAND-KAMMER, S. 353 f. Rz. 2.38312, das lediglich das einbezahlte Aktienkapital zuzüglich eines allfälligen, bei der Ausgabe der Aktien bezahlten Aufgeldes (*Agio*) erfasst.

⁶¹¹ OR-KURER, Art. 680 N 18; GLANZMANN, S. 73.

⁶¹² BINDER, S. 31; weitere Hinweise bei MÜLLER, S. 55.

⁶¹³ Vgl. OR-KURER, Art. 680 N 20.

⁶¹⁴ OR-KURER, Art. 680 N 20; vgl. aber auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 29.

⁶¹⁵ Vgl. dazu BÖCKLI, § 12 N 526 ff. und MÜLLER, S. 55; VON GREYERZ, S. 63, SCHULTZ, S. 239 und BOCHUD, S. 152 zählen das *Agio* zum geschützten Kapital. OR-KURER, Art. 680 N 19 und GLANZMANN, S. 74 ff. zählen das *Agio* zum geschützten Kapital, solange es nicht durch GV-Beschluss zur allgemeinen gesetzlichen Reserve wird. Wird das *Agio* sodann gemäss Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR der allgemeinen Reserve zugewiesen, ist es wiederum durch Art. 671 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 678 OR geschützt.

⁶¹⁶ Vgl. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 192 f.; ZR 1990 Nr. 36 S. 63; vgl. zur identischen Rechtslage im deutschen Recht LUTTER, § 57 AktG N 75 (Kölner Kommentar).

⁶¹⁷ ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 193.

⁶¹⁸ Siehe aber hinten, S. 147 f.

2. Kasuistik

Das Zürcher Handelsgericht wendete diese Prinzipien in einem Urteil aus dem Jahre 1987 an.⁶¹⁹ Die Klägerin, eine AG, wurde von A, B und X gegründet. Der Betrag von CHF 100'000 zur Aktienliberierung wurde von einer von X kontrollierten Gesellschaft (Beklagte) als Darlehen je hälftig A und B zur Verfügung gestellt. Nach einigen Monaten hob X mittels eines Checks die CHF 100'000 vom Bankkonto der Klägerin wieder ab. Die Klägerin verlangte danach erfolgreich die Rückzahlung des Betrages. Mit dem von A und X unterzeichneten Check wurde somit die persönliche Darlehensschuld von A und B aus dem Vermögen der Gesellschaft getilgt. A und X hatten wohl die Vertretungsmacht und die Unterschriftenberechtigung, einen solchen Check gültig zu unterzeichnen. Damit wurde aber eine Einlagerückgewähr vollzogen, die von der Vertretungsbefugnis nicht gedeckt war.⁶²⁰ X als Verwaltungsrat der Klägerin und der Beklagten wusste um diesen Sachverhalt und war somit bösgläubig.⁶²¹

VII. Folgen der Einlagerückgewähr

1. Nichtigkeit und Rückerstattungspflicht der Aktionäre

Nach herrschender Lehre ist die Einlagerückgewähr als Rückzahlungsabschluss und auch als vertragliche Vereinbarung nichtig und lässt die Einlagepflicht des Aktionärs wieder aufleben.⁶²² Adressaten des Art. 680

⁶¹⁹ Vgl. ZR 1990 Nr 36 S. 59 ff., insb. S. 63.

⁶²⁰ Im Entscheid wird von einer Leistung gesprochen, die vom Zweck der Gesellschaft nicht gedeckt sei. Diese Terminologie ist unscharf. Richtigerweise müsste es heissen, dass eine Einlagerückgewähr vorliegt, die von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen und nur bei Gutgläubigkeit des Dritten hinsichtlich dieser Beschränkung durchsetzbar ist. Das Zürcher Handelsgericht prüfte ebenfalls, ob die Rückzahlung vom Gesellschaftszweck gedeckt war. Aufgrund der besonderen Umstände des Falles – die Gründer haben nicht erfasst, dass es sich bei der Aktiengesellschaft um ein Sondervermögen handelt – war selbst eine nur mittelbare Förderung des Gesellschaftszwecks nicht ersichtlich. Eine solche Förderung wurde von den Gründern offensichtlich nicht einmal behauptet. Die Rückzahlung des Darlehens wäre angesichts der grosszügigen Zweckgrenze des Bundesgerichts vom Gesellschaftszweck und damit von der Vertretungsmacht wohl gedeckt. Die Formulierung, dass das interessewidrige Geschäft nicht vom Zweck gedeckt war, rückt den Entscheid in die Nähe der ultra-vires-Doktrin. Im gleichen Entscheid wird die ultra-vires-Doktrin des Prospera-Entsides (BGE 95 II 450) jedoch explizit verworfen. Die Argumentation des Zürcher Handelsgerichts ist im Ergebnis richtig. Es wird anhand der Dichotomie der Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis argumentiert, jedoch mit anderen, unscharfen Begriffen.

⁶²¹ ZR 1990 Nr 36 S. 59ff, S. 63.

⁶²² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 107 ff.; BINDER, S. 37; MÜLLER, S. 45 f.

Abs. 2 OR sind die Aktionäre der Gesellschaft. Die kreditgebende Bank, die von der Gesellschaft des Kreditnehmers Sicherheiten erhält, fällt nicht unter die Adressaten des Verbots der Einlagerückgewähr. Es stellt sich aber die Frage, ob die Nichtigkeit oder die Teilnichtigkeit der Einlagerückgewähr nicht auch auf die kreditgebende Bank durchschlägt. Auf diese Frage ist im folgenden Abschnitt einzugehen.

2. Rückerstattungspflicht Dritter nur bei Bösgläubigkeit

Es gibt Meinungen, die von der absoluten Nichtigkeit der Einlagerückgewähr ausgehen, von der auch gutgläubige Dritte betroffen wären, die Leistungen der Gesellschaft empfangen haben.⁶²³ Die Begründung dieser Strenge liegt darin, dass das Verbot der Einlagerückgewähr im Vergleich zum Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung einen qualifizierten Verstoss gegen die Kapitalschutznormen darstellt.⁶²⁴ Während Gewinne grundsätzlich zur Ausschüttung bestimmt sind, muss die Kapitaleinlage als Haftungsgrundlage für die Gläubiger erhalten werden. Das Aktienkapital kann nur mittels Kapitalherabsetzung reduziert werden. Weiter ist im Unterschied zur Regelung der Einlagerückgewähr hinsichtlich der verdeckten Gewinnausschüttung im Gesetz festgehalten, dass der gute Glaube nahe stehender Dritter geschützt werden soll.⁶²⁵

Die Einlagerückgewähr als interne Beschränkung der Vertretungsmacht ist ein Anwendungsfall der Grundsätze der Vertretungsmacht und –befugnis. Deshalb sollte die Bank nur bei Bösgläubigkeit hinsichtlich der Einlagerückgewähr den Vollstreckungsanspruch bezüglich der geleisteten Sicherheiten verlieren und bei bereits erfolgter Leistung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen rückerstattungspflichtig werden. Für diese Lösung sprechen diverse Lehrmeinungen und der Entscheid des Zürcher Handelsgerichts.⁶²⁶

ZOBL macht allerdings eine gewichtige Einschränkung, nach der die kreditgebende Bank, die vor der Kreditgewährung regelmässig Finanzdaten der Schuldnerin sowie der Interzedentin prüfen lässt, hinsichtlich einer Einlagerückgewähr selten gutgläubig sein könne.⁶²⁷ Wie vorne auf S. 140 ff. gezeigt, fallen jedoch Interzessionen, die als *Umsatzgeschäfte* zu Dritt-

⁶²³ Vgl. OR-KURER, Art. 680 N 25.

⁶²⁴ Vgl. ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 193.

⁶²⁵ Art. 678 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 OR.

⁶²⁶ ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 192 f.; vgl. ZR 1990 Nr. 36 S. 63 (siehe dazu vorne, S. 146);

vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 109.

⁶²⁷ ZOBL, Sicherungsgeschäfte, S. 193.

konditionen abgewickelt werden, nicht unter das Verbot der Einlagerückgewähr.⁶²⁸ Wird die adäquate Gegenleistung für die Interzession jedoch bloss simuliert, kann dieses interne Faktum der kreditgebenden Bank kaum zum Schaden reichen.⁶²⁹ Dies muss insbesondere dann gelten, wenn im Kreditvertrag die adäquate Gegenleistung für die Interzession als klagbarer Anspruch im Sinne eines *echten Vertrages zugunsten Dritter* stipuliert worden ist.⁶³⁰ In solchen Fällen ist an der Ernsthaftigkeit und Gutgläubigkeit der kreditgebenden Bank kaum zu zweifeln. Es gibt folglich doch realistische Fälle und Situationen, in denen der gute Glaube der kreditgebenden Bank auch hinsichtlich der Einlagerückgewähr vorliegen dürfte.

3. Reduktion auf das erlaubte Mass und Teilnichtigkeit

Es stellt sich die Frage, ob die nicht entschädigte Interzession, die nicht auf die frei ausschüttbaren Mittel begrenzt ist, bei Bösgläubigkeit lediglich im Umfang der Verletzung der Einlage *nichtig* oder bloss *teilnichtig* ist. Weiter stellt sich die Frage, ob bei nicht adäquater Gegenleistung der Interzessionsvertrag ebenfalls im Rahmen der fehlenden Adäquanz teilnichtig ist.⁶³¹

Bei der Interzession ohne Gegenleistung, die im Verwertungsfall auch das Aktienkapital betrifft, ist die Nichtigkeit nur bezüglich dieses Teiles der Leistung gegeben.⁶³² Genauso verhält es sich, wenn die Interzession bloss zur Hälfte entschädigt wird, d.h. bloss die Hälfte der adäquaten Entschädigung geleistet wird.⁶³³ Betrifft die Nichtigkeit bloss *einen Teil* des Vertrages, so ist nur dieser Teil nichtig, sofern nicht angenommen werden muss, die Parteien hätten den Vertrag ohne den nichtigen Teil – der in der

⁶²⁸ Am offensichtlichsten wird dies, wenn die Darlehensaufnahme zentral durch die Konzernspitze erfolgt und die aufgenommenen Gelder konzernintern an die Tochtergesellschaften im Umfang ihrer Sicherheitenbestellung weitergeleitet werden.

⁶²⁹ Vgl. die Überlegungen im Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24. Oktober 1979 in AG 1980 S. 273 ff. insb. S. 275.

⁶³⁰ Siehe vorne, S. 52 ff.

⁶³¹ Vgl. AEBI, S. 167.

⁶³² Vgl. hiezu TSCHÄNI, S. 203: „Soweit das Verbot der Einlagerückgewähr verletzt ist, besteht die Pflicht der kreditgebenden Bank, die unter den Sicherheiten erbrachten Leistungen zurückzuerstatten, bzw. sie kann die Sicherheiten in diesem Umfang nicht durchsetzen.“ Vgl. diesbezüglich auch den „Ulysse Nardin“-Entscheid (siehe vorne S. 32; Entscheid des Neuenburger Kantonsgerichts vom 5. November 1984, abgedruckt in Recueil de Jurisprudence Neuchâteloise (RJN) 1984, S. 69 ff., zusammengefasst in SAG 57 (1985) S. 185 Nr. 16), wo eine Tochtergesellschaft die Bezahlung desjenigen Teils der Bürgschaft für die Schuld der Muttergesellschaft verweigern konnte, der direkt an den Verwaltungsrat persönlich floss, was die Bank wusste. Die Bank war bezüglich dieses Teils der Interzession bösgläubig.

⁶³³ Vgl. AEBI, S. 167.

Leistungsdisparität oder der Verletzung der aktienrechtlichen Einlage bestehen kann – gar nicht geschlossen.⁶³⁴ Die *Teilnichtigkeit* wird gemäss Art. 20 Abs. 2 OR vermutet.⁶³⁵ Ist die kreditgebende Bank bezüglich der Verletzung der Einlagerückgewähr oder der adäquaten Entschädigung bösgläubig, ist ihr der Zugriff auf die Sicherheiten nur auf das erlaubte Mass beschränkt zu gestatten.⁶³⁶

§ 9 Gleichbehandlung der Aktionäre

I. Problemstellung

In den folgenden Abschnitten soll gezeigt werden, worin die Bedeutung des Gleichbehandlungsprinzips der Aktionäre im Verwaltungsrat und in der Generalversammlung besteht und wie die Interessengegensätze vereint werden können.

1. Gleichbehandlungsprinzip und Verwaltungsrat

In Art. 717 Abs. 2 OR ist das aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip als Teil der Sorgfalts- und Treuepflicht der Mitglieder des Verwaltungsrats statuiert. Die Mitglieder des Verwaltungsrats haben Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Die Relevanz für den Themenbereich der Interzession im Interesse des Aktionärs ist evident. Existieren Minderheitsaktionäre in einer Aktiengesellschaft, tangiert die Interzession im Interesse des Hauptaktionärs deren Rechte.⁶³⁷ Die Interzedentin trägt das Insolvenzrisiko des Hauptaktionärs, was als finanzielle

⁶³⁴ SPÖRRI, S. 244; vgl. MÜLLER, S. 68 f.; allgemein SCHWENZER, Rz. 32.39 S. 220; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 693; BGE 120 II 40.

⁶³⁵ Dasselbe Resultat lässt sich mit der so genannten *Reduktion auf das erlaubte Mass* begründen, siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 706; SCHWENZER, Rz. 32.44 S. 221; BGE 120 II 41; 114 II 163; 107 II 218 f.; 93 II 192.

⁶³⁶ Vgl. hiezu TSCHÄNI, S. 203; vgl. diesbezüglich auch den „Ulysse Nardin“-Entscheid (siehe FN 632).

⁶³⁷ Klar ist aber auch, dass das Gleichbehandlungsprinzip nur verletzt werden kann, wenn ein heterogenes Aktionariat besteht. Es braucht also mindestens einen Minderheitsaktionär. Bei Alleinaktionären kann das aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip keine Rolle spielen; vgl. HUGUENIN JACOBS, S. 261 f.

Dienstleistung einen Wert darstellt, der den Minderheitsaktionären vorenthalten wird.

2. Gleichbehandlungsprinzip und Generalversammlung

Wie vorne (siehe S. 71 ff.) gezeigt wurde, bedarf die Interzession im Interesse des Aktionärs der Genehmigung der Generalversammlung durch einen anfechtbaren Entscheid, sofern Minderheitsaktionäre existieren. Nachfolgend ist deshalb abzuklären, ob der Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung mit dem Gleichbehandlungsprinzip vereinbar ist.

Einer der Anfechtungsgründe ist die Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips. Der Wortlaut von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR enthält jedoch eine Einschränkung, über deren Bedeutung in der Lehre Uneinigkeit herrscht:

*„Anfechtbar sind insbesondere Beschlüsse, die (...) eine durch den **Gesellschaftszweck** nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken.“*

Es wäre angesichts der in der Praxis häufig in Statuten enthaltenen Unterwerfungs- und Finanzierungszweckklauseln und der Bedeutung, die die herrschende Lehre solchen Klauseln beimisst, keineswegs abwegig, den Unterwerfungszweck als Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung der Aktionäre zu betrachten.⁶³⁸ Der Unterwerfungszweck dient dazu, die Gesellschaft in den Dienst einer anderen Gesellschaft oder eines Konzerns zu stellen. Bei der Interzession im Interesse des Aktionärs steht vor allem die Interessenwahrnehmung für den Hauptaktionär in Frage. Der Zweck der Gesellschaft ist überdies einer der möglichen Beurteilungsmassstäbe zur Definition des Gesellschaftsinteresses anhand der divergierenden Interessen innerhalb einer Gesellschaft.⁶³⁹

BÖCKLI sieht im Wortlaut von Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR ein Redaktionsversehen. Der Verweis gelte nicht dem Gesellschaftszweck, sondern dem vom Gesellschaftszweck nur teilweise erfassten Gesellschaftsinteresse. Es sei kaum vorstellbar, wie der Gesellschaftszweck für sich alleine eine Un-

⁶³⁸ KUNZ, S. 528 f. und OR-DREIFUSS/LEBRECHT, Art. 706 N 15 (Basler Kommentar Auflage 1994; in der neuen Auflage nicht mehr vorhanden) verweisen auf den Gesellschaftszweck. Zur Relevanz des Gesellschaftszweck siehe auch vorne, S. 116 ff.

⁶³⁹ Vgl. LAMBERT, S. 60 f. und S. 213; vgl. auch BÄR, ZBJV 95, S. 380, der den Fokus des Gesellschaftsinteresses auf die Aktionärsinteressen und damit auch auf den von den Aktionären in den Statuten gewählten Zweck richtet.

gleichbehandlung der Aktionäre nahelegen könnte.⁶⁴⁰ KUNZ vertritt dagegen die Ansicht, dass die Generalversammlung einen grösseren Spielraum als der Verwaltungsrat habe, weil im Gesetzestext die Rechtfertigung des Zwecks der Gesellschaft enthalten sei.⁶⁴¹

Der Massstab zur Feststellung einer aktienrechtlich unzulässigen Ungleichbehandlung ist bei Beschlüssen der Generalversammlung tatsächlich nicht so streng wie bei Verwaltungsratsbeschlüssen.⁶⁴² Das Bundesgericht korrigiert Beschlüsse der Generalversammlung nur, wenn die Mehrheit ihre Macht im Hinblick auf entgegengesetzte Interessen der Minderheit *offensichtlich* missbraucht und begründet den unterschiedlichen Massstab zum Gleichbehandlungsprinzip im Verwaltungsrat mit der gesetzlichen Verpflichtung der Verwaltungsräte zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses.⁶⁴³ Dies deutet darauf hin, dass das Bundesgericht das Wort „Gesell-

⁶⁴⁰ BÖCKLI, § 16 N 115; gl. M., jedoch ohne Begründung des Redaktionsversehens FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 27; HUGUENIN JACOBS, S. 39 FN 62; OR-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 14.

⁶⁴¹ KUNZ, S. 528 f.; vgl. auch OR-DREIFUSS/LEBRECHT, Art. 706 N 15 (Basler Kommentar, Auflage 1994; in der neuen Auflage nicht mehr vorhanden). Der Bezug auf den Gesellschaftszweck im Sinne des Zweckverfolgungsartikels in den Statuten lässt sich anhand der Botschaft und Rechtsprechung nicht herleiten, vgl. BBl 1983 II 885: „*Jede Benachteiligung der Aktionäre muss verhältnismässig sein, d.h. der Grad der Beeinträchtigung durch die Generalversammlung muss im Hinblick auf den angestrebten Zweck zu verantworten sein. Die Mittel-Zweck-Proportion muss gewahrt sein. Wenn beispielsweise eine Gesellschaft ihre Namenaktien vinkuliert, so muss der gewählte Grad der Vinkulierung durch den mit der Vinkulierung angestrebten Zweck gerechtfertigt sein.*“ Vgl. auch BGE 69 II 250: „*Es genügt vielmehr, wenn die Organe der A.-G. bei Beschlüssen, welche die rechtlichen Beziehungen zwischen den Aktionären und der Gesellschaft betreffen, alle Aktionäre soweit gleich behandeln, als nicht Abweichungen im Interesse der Gesamtheit der Gesellschafter an der Verfolgung des Gesellschaftszwecks unumgänglich notwendig sind; eine ungleichmässig Behandlung der Aktionäre ist mit anderen Worten dort, aber auch nur dort, zulässig, wo sie ein angemessenes Mittel zu einem gerechtfertigten Zweck darstellt, also nicht unsachlich ist*“; siehe auch die ähnlichen Definitionen in BGE 88 II 105, 91 II 301, 93 II 406, 95 II 162, 99 II 58, 102 II 267 und 4C.242/2001.

⁶⁴² Vgl. HOMBURGER, Art. 717 N 1106. KUNZ sieht den Grund für den Unterschied darin, dass für die Generalversammlung in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR der Rechtfertigungsgrund des Gesellschaftszwecks genannt wird, vgl. KUNZ, S. 528 f.; a.M. BÖCKLI, § 16 N 115; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 27; vgl. HUGUENIN JACOBS, S. 39 FN 62; OR-DUBS/TRUFFER, Art. 706 N 14.

⁶⁴³ Vgl. BGE 4C.242/2001 Erw. 3.3, wo der den Unterschied zum Gleichbehandlungsprinzip in der Generalversammlung zum Gleichbehandlungsprinzip des Verwaltungsrats deutlich darstellt: „*Obschon die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei Beschlüssen der Generalversammlung nicht beanstandet, dass die Mehrheit ihre eigenen Interessen denjenigen der Minderheit voranstellt, und den Richter nur einschreiten lässt, wenn die Mehrheit ihre Macht im Hinblick auf entgegengesetzte Interessen der Minderheit offensichtlich missbraucht (...), darf dies nicht auf Entscheide des Verwaltungsrats übertragen werden (...). Der Verwaltungsrat ist aufgrund von Art. 717 OR verpflichtet, bei seinen Entscheiden allein auf das Interesse der Gesellschaft abzustellen und die Interessen von Mehrheit und Minderheit in gleicher Weise zu berücksichtigen, so-*

schaftszweck“ in Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR kaum im Sinne BÖCKLIS als Gesellschaftsinteresse, sondern tatsächlich als Gesellschaftszweck liest. Die vom Bundesgericht getroffene Begründung der Unterscheidung wäre sonst nicht stichhaltig, wenn auch bei Generalversammlungsbeschlüssen auf das Gesellschaftsinteresse abgestellt würde.

Allerdings bleiben gewichtige Zweifel, denn das Bundesgericht verwendet stets die den Generalversammlungsbeschluss betreffende Standardformel, wonach von Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre abgewichen werden dürfe, „soweit dies für die Verfolgung des Gesellschaftszweckes im Interesse der Gesamtheit aller Aktionäre unumgänglich notwendig ist.“⁶⁴⁴ Aufgrund dieser Formulierung kann es deshalb auf den Zweck alleine nicht ankommen, was wiederum für die Argumentation BÖCKLIS spricht. Die Begründung der Unterscheidung des Beurteilungsmassstabs bei der Generalversammlung und im Verwaltungsrat würde jedoch keinen Sinn mehr machen, wenn beide Male das Gesellschaftsinteresse als relevanter Massstab angesehen wird.

Aufgrund dieser Rechtsunsicherheit und der unterschiedlichen Auffassungen in der Lehre sollte deshalb nicht auf eine Änderung des Gesellschaftszwecks hingewirkt werden, sondern der sichere Weg der Abgeltung der Interzession im Interesse des Aktionärs zu Drittkonditionen gewählt werden (siehe folgender Abschnitt).

II. Zentrale Bedeutung der Abgeltung zu Drittkonditionen

1. Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen

Das Gleichbehandlungsprinzip ist verletzt, wenn Sonderleistungen an Aktionäre fliessen.⁶⁴⁵ Auch bei der Interzession im Interesse des Aktionärs erhält der Aktionär durch die Interzession günstigere Kreditbedingungen. Der Aktionär kommt in den Genuss des geldwerten Vorteils, dass die Gesellschaft einen Teil seines Insolvenzrisikos übernimmt und ihm so Kredit verschafft. Darin kann eine gleichbehandlungswidrige Umverteilung von Vermögen liegen. Wird die Interzession indessen in jeder Hinsicht adäquat entschädigt, liegt keine Umverteilung vor. Die Beurteilung der Adäquanz

weit sie mit dem Gesellschaftsinteresse vereinbar sind“; vgl. auch HOMBURGER, Art. 717 N 1107.

⁶⁴⁴ BGE 4C.242/2001 Erw. 3.1.

⁶⁴⁵ Vgl. BÖCKLI, § 13 N 679 f.; vgl. HUGUENIN JACOBS, S. 274, die daraus eine Einschränkung der Vertragsfreiheit ableitet.

der Abgeltung durch die Vertreter der Gesellschaft muss alle Faktoren der Interzession erfassen: Es sind die Bonität des Aktionärs, die Höhe der besicherten Schuld, die Ernsthaftigkeit und Fähigkeit, die besicherte Schuld bzw. die Subrogationsforderung zurückzuzahlen und der durch die Interzession erreichten Schuldzinsenvorteil. Das Gleichbehandlungsprinzip ist bei der Interzession im Interesse des Aktionärs nicht verletzt, wenn diese zu Drittkonditionen erfolgt.⁶⁴⁶

2. Folgen der fehlenden Abgeltung zu Drittkonditionen

Wird die Interzession im Interesse des Hauptaktionärs trotz existierender Minderheitsaktionäre nicht zu Drittkonditionen entschädigt, stellt sich die Frage nach den Folgen der Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips.

HANDSCHIN vertritt die Ansicht, dass das Gleichbehandlungsprinzip als Instrument des Minderheitenschutzes ungenügend sei. Er begründet dies mit der fehlenden Anfechtbarkeit von Verwaltungsratsbeschlüssen, der damit einhergehenden Beschränkung der Korrektur auf Schadenersatz sowie des Fehlens eines uneingeschränkten Anspruchs auf Gleichbehandlung nach Massgabe der Beteiligung.⁶⁴⁷

Eine mögliche Ergänzung des Minderheitenschutzes könnte in der von HUGUENIN JACOBS vorgeschlagenen Vertragsanfechtung liegen.⁶⁴⁸ Für die Vertragsanfechtung existiert allerdings keine gesetzliche Grundlage, denn nach dem Gesetz ist nur der Beschluss der Generalversammlung anfechtbar.⁶⁴⁹ Da aber aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Beseitigung des Interessenkonflikts häufig die Genehmigung des Interzessionsgeschäfts durch die Generalversammlung eingeholt werden dürfte – was in der Praxis die übliche Vorgehensweise darstellt – existiert meist ein Generalversammlungsbeschluss, der aufgrund der Verletzung des Gleichbehandlungsprinzips angefochten werden kann. Das Bundesgericht fordert sogar die Genehmigung durch die Generalversammlung zum Schutz der Minderheitsaktionäre, damit ein *anfechtbarer Entscheid* vorliegt.⁶⁵⁰ Der von HUGUENIN JACOBS kritisierte Mangel der fehlenden An-

⁶⁴⁶ Vgl. auch vorne, S. 46 und S. 105 ff.; vgl. die allgemeinen Überlegungen hiezu von HUGUENIN JACOBS, S. 262 f. und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 39 N 50 FN 17.

⁶⁴⁷ HANDSCHIN, S. 135.

⁶⁴⁸ HUGUENIN JACOBS, S. 267 f. Das Gleichbehandlungsprinzip wäre dann als inhaltliche Beschränkung der Vertragsfreiheit der Gesellschaft beim Abschluss von Verträgen mit der Aktionärin zu verstehen (vgl. BÖCKLI, § 13 N 690; HUGUENIN JACOBS S. 255 ff.).

⁶⁴⁹ Art. 706 OR, insbesondere Art. 706 Abs. 2 Ziff. 3 OR; BÖCKLI, § 16 N 100;

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 2 und § 31 N 41.

⁶⁵⁰ BGE 126 III 366.

fechtungsmöglichkeit gegen Verträge wird in der Praxis somit kaum zur Geltung kommen, da die Verträge zumeist von der Generalversammlung genehmigt werden müssen.

Der Richter wird jedoch einen Generalversammlungsbeschluss aufgrund einer Anfechtungsklage nicht sofort aufheben, nur weil er eine Ungleichbehandlung feststellt. Die Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses hängt von einer qualifizierten, d.h. offensichtlich missbräuchlichen Ungleichbehandlung der Minderheit ab.⁶⁵¹

Die Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen stellt somit auch im Problemkreis des Gleichbehandlungsprinzips die am einfachsten zu realisierende Lösung dar. Es gibt indessen auch andere Möglichkeiten, dem Gleichbehandlungsprinzip der Aktionäre Genüge zu tun oder zumindest die Rechtsfolgen der Verletzung des Prinzips nicht eintreten zu lassen. Auf diese anderen Möglichkeiten wird in den folgenden drei Abschnitten eingegangen.

III. Zustimmung des Minderheitsaktionärs

Die Zustimmung des Minderheitsaktionärs – genauer geht es um den Aktionär, der nicht in den Genuss der Besicherung seiner Schulden kommt – beim Generalversammlungsbeschluss zur Genehmigung der Interzession im Interesse des Hauptaktionärs hat zur Folge, dass der Minderheitsaktionär das Recht verliert, den Beschluss der Generalversammlung anzufechten.⁶⁵²

Allerdings ist die Zustimmung des Minderheitsaktionärs nicht notwendig, um die Sicherheit im Interesse des Aktionärs zu bestellen. Dies ist die logische Konsequenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach mit Interessenkonflikten behaftete Geschäfte nicht durch die zeichnungsberechtigten Personen alleine abgeschlossen werden können, sondern bei Vorliegen von Minderheitsaktionären der Genehmigung mittels eines an-

⁶⁵¹ Vgl. vorne, S. 150 ff. Der Missbrauch ist dann gegeben, wenn die Ungleichbehandlung sich nicht durch vernünftige wirtschaftliche Erwägungen rechtfertigen lässt, die Interessen der Minderheit beeinträchtigt und Sonderinteressen der Mehrheit ohne Grund bevorzugt werden, siehe BGE 95 II 164; 102 II 269; 4C.242/2001, Erw. 3.3: „*Obschon die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei Beschlüssen der Generalversammlung nicht beanstandet, dass die Mehrheit ihre eigenen Interessen denjenigen der Minderheit voranstellt, und den Richter nur einschreiten lässt, wenn die Mehrheit ihre Macht im Hinblick auf entgegengesetzte Interessen der Minderheit offensichtlich missbraucht (...), darf dies nicht auf Entscheide des Verwaltungsrats übertragen werden.*“

⁶⁵² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 45.

fechtbaren Beschlusses bedürfen.⁶⁵³ Diese Rechtsprechung macht nur Sinn, wenn nicht Einstimmigkeit verlangt wird.⁶⁵⁴

IV. Auskauf des Minderheitsaktionärs

Die Interessen der Minderheitsaktionäre sind gemäss HANDSCHIN mit dem Gleichbehandlungsprinzip nur ungenügend geschützt.⁶⁵⁵ Er schlägt *de lege ferenda* vor, dass dem Mutterunternehmen die zeitlich unbefristete Pflicht auferlegt würde, die Aktien der Minderheitsaktionäre, die eine Benachteiligung wegen der Ausrichtung der Geschäftspolitik auf das Konzerninteresse befürchten, zum wirklichen, vom Richter zu bestimmenden Wert zu übernehmen.⁶⁵⁶ HANDSCHIN schliesst dies aus dem vermögenswerten Recht eines Aktionärs am inneren Wert der Gesellschaft. Er betrachtet die von ihm vorgeschlagene Übernahmepflicht als allgemeinen Grundsatz, der aus dem Recht am inneren Wert der Gesellschaft resultiert, nicht bloss als eine Sonderregel des Börsenrechts.⁶⁵⁷ Das deutsche Konzernrecht kennt ein solches Recht bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages. Auf Verlangen eines Minderheitsaktionärs muss die beherrschende Gesellschaft dessen Aktien gegen eine angemessene Abfindung in Aktien oder Geld erwerben.⁶⁵⁸

De lege ferenda oder auf freiwilliger Basis wäre der Auskauf des Minderheitsaktionärs sicher eine überlegenswerteres Vorgehen. Der Lösungsansatz

⁶⁵³ BGE 126 III 366.

⁶⁵⁴ Soll der Minderheitsaktionär tatsächlich eine Anfechtungsklage erheben können, bedingt dies, dass der Hauptaktionär nicht in seinem Sinne gestimmt hat. Wenn nur der Minderheitsaktionär zur Stimmabgabe berechtigt wäre, gäbe es für ihn nichts anzufechten. KUNZ fordert für Genehmigungsbeschlüsse der Interzession im Interesse des Aktionärs Einstimmigkeit (siehe KUNZ, S. 1002). Er betrachtet jedoch die Interzession im Interesse des Aktionärs als Beispiel eines *statutenwidrigen* Rechtsgeschäfts. In dieser Arbeit wurde festgehalten, dass der Zweck der Gesellschaft angesichts der grosszügigen bundesgerichtlichen Praxis kein Hindernis für die Interzession im Interesse des Aktionärs und derartige Geschäfte auch nicht das Ende der Gewinnstrebigkeit bedeuten (siehe S. 25 f. und S. 72 f.; vgl. VON SALIS-LÜTOLF, N 690 f.; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 40 N 51).

⁶⁵⁵ HANDSCHIN, S. 135.

⁶⁵⁶ HANDSCHIN, S. 158 f.; nach dem geltenden Recht gibt es kein solches Recht, nur die ähnlichen Fälle des Art. 685b Abs. 4 OR, der Angebotspflicht und des Squeeze-Out gemäss Art. 32 f. BEHG (Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.1) bei Übernahmen börsenkotierter Gesellschaften. Art. 8 FusG (Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003, SR 221.301, AS 2004 S. 2617 ff.) sieht die Möglichkeit vor, dass der Fusionsvertrag den Gesellschaftern die Wahl zwischen Anteilen oder Abfindung ermöglichen kann.

⁶⁵⁷ Vgl. HANDSCHIN, S. 140 f. HANDSCHIN geht davon aus, dass sich das Problem bei einer Übernahme der Gesellschaft am deutlichsten stellt und deswegen im Börsengesetz kodifiziert wurde.

⁶⁵⁸ § 305 AktG; GÖRLING, S. 88; EMMERICH/SONNENSCHNIG/HABERSACK, S. 325.

des umfassenden, alle relevanten Faktoren berücksichtigenden *dealing at arm's length* führt jedoch bereits *de lege lata* zu einem überzeugenden Ergebnis. Es ist die Pflicht des Hauptaktionärs, dem Minderheitsaktionär Gleichbehandlung oder Ausgleich zu verschaffen, was zur Pflicht der Muttergesellschaft führt, mit einer nicht zu 100% kontrollierten Tochtergesellschaft ausschliesslich zu Drittkonditionen zu verkehren und die aus ihr fliessenden Gewinnanteile ausschliesslich auf dem dafür rechtlich einzig vorgesehenen Weg der Dividende zu beziehen.⁶⁵⁹

V. Interzession und Vollstreckung als Ausschüttung an alle Aktionäre

1. Ausschüttung als Bardividende und Sachdividende

Findet keine Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen statt, kann die Gleichbehandlung der Aktionäre auch durch einen formellen Ausschüttungsbeschluss an alle Aktionäre gewahrt sein. Der Hauptaktionär erhält dadurch die Besicherung seiner persönlichen Schuld gegenüber der kreditgebenden Bank und die Minderheitsaktionäre ein Äquivalent in Geld.⁶⁶⁰ Wie vorne schon festgehalten, bedingt die Ausschüttungsvariante eine Bewertung der Sicherheitenbestellung.⁶⁶¹ Ist eine solche Bewertung erfolgt, sollte jedoch der Weg der Entschädigung der Interzession zu Drittkonditionen gewählt werden, weil dadurch eine formelle Ausschüttung entbehrlich wird.

2. Verteilung des Erlöses der verwerteten Sicherheit an alle Aktionäre

Bei einer nicht entschädigten Interzession zugunsten des Hauptaktionärs liegt der Gedanke nahe, dass im Sicherheitenvertrag vereinbart werden könnte, dass der Erlös der Verwertung der Sicherheiten anteilmässig unter den Aktionären verteilt wird und die Bank, die dem Hauptaktionär das Darlehen gewährt hat, nur den Anteil am Erlös erhält, der der Aktienbeteiligung des Hauptaktionärs und Schuldners entspricht.

⁶⁵⁹ HANDSCHIN, S. 142 und 147 f.

⁶⁶⁰ Siehe Vorschlag eines Ausschüttungsbeschlusses vorne S. 130 f. und bei AEBI, S. 142 FN 35.

⁶⁶¹ Siehe vorne S. 123 ff.

Dies würde jedoch nur die Gleichbehandlung der Aktionäre sicherstellen. Ein derartiges Vorgehen wird dennoch als nicht formelle Ausschüttung und Vermögensvermischung von den Vorschriften des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung und der Einlagerückgewähr erfasst. Als Vermögensvermischung und Leistung ohne Gegenleistung würde dieses Vorgehen überdies von der Durchgriffshaftung und den paulianischen Anfechtungsklagen grundsätzlich trotzdem erfasst und stellt deshalb keinen gangbaren Weg dar.

Drittes Kapitel: Formelles Vorgehen und verantwortlichkeitsrechtliche Aspekte

Im zweiten Kapitel lag der Fokus der Untersuchung auf der Frage, wie die Interzession im Interesse des Aktionärs im Lichte der anwendbaren Schutzmechanismen gültig abgeschlossen werden kann. In diesem dritten Kapitel sollen das formelle Vorgehen und einzelne Aspekte der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit anhand der gewonnenen Erkenntnisse dargelegt werden. Zwischen dem formellen Vorgehen, wonach die Genehmigung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ zu suchen ist, und der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit besteht ein Zusammenhang, wie noch darzulegen ist.

§ 10 Genehmigung durch Verwaltungsräte

Der Abschluss der Interzession im Interesse des Aktionärs stellt ein Geschäft dar, das mit einem Interessenkonflikt behaftet ist. Geschäfte mit Interessenkonflikten sind vertretungsrechtlich problematisch, weil die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der Gesellschaft *stillschweigend* jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen.⁶⁶²

Nur der bösgläubige Dritte muss sich diese stillschweigende Beschränkung entgegenhalten lassen. Die kreditgebende Bank wird aufgrund der eingereichten Finanz- und Gesellschaftsdaten über den Interessenkonflikt im Bilde sein, da sie weiss, wer die Sicherheit für wessen Schuld bestellt. Sie muss deshalb zur Wahrung ihres guten Glaubens auf eine Genehmigung der Interzession seitens eines neben- oder übergeordneten Organs hin-

⁶⁶² ZOBL, Probleme, S. 295 f.; BGE 126 III 363.

wirken.⁶⁶³ Auf diese Genehmigung muss sich die kreditgebende Bank als Geschäftspartnerin aufgrund von Verkehrsschutzüberlegungen verlassen können.⁶⁶⁴ Das Bundesgericht hat sich auch zur Frage geäußert, welches das neben- oder übergeordnete Organ ist. Jedes Verwaltungsratsmitglied, das nicht in einem Interessenkonflikt steht, kann nach Massgabe seiner Zeichnungsberechtigung Geschäfte der anderen Verwaltungsräte genehmigen. Die Genehmigung durch den Gesamtverwaltungsrat ist folglich nicht notwendig.⁶⁶⁵ Gibt es nur einen Verwaltungsrat, so ist bei Vorliegen von Minderheitsaktionären die Genehmigung durch die Generalversammlung einzuholen.⁶⁶⁶

In der Praxis kommt es häufig vor, dass die Sicherheitenverträge durch die Generalversammlung und den Gesamtverwaltungsrat genehmigt werden. Dies ist zwar nicht notwendig, aber auch nicht schädlich. Die Genehmigung durch den Gesamtverwaltungsrat hat zur Folge, dass der Verwaltungsrat den Generalversammlungsbeschluss nicht mehr anfechten kann, was aber ohnehin kaum vorkommen dürfte.

Die Sicherheitenbestellung für grössere Schulden und für Schulden Dritter ist zumeist im internen Organisationsreglement dem Gesamtverwaltungsrat vorbehalten. Die Genehmigung durch den Gesamtverwaltungsrat dürfte also weiterhin die Regel darstellen. Der kreditgebenden Bank sind solche Einschränkungen nur bei Bösgläubigkeit entgegenzuhalten. Bei grösseren Kreditverträgen lassen sich die kreditgebenden Banken jedoch alle gesellschaftsrechtlichen Dokumente vorlegen und legen sie als Anhang dem Kreditvertrag bei. Geschieht dies, muss sich die kreditgebende Bank den Inhalt dieser Dokumente klar entgegenhalten lassen.

§ 11 Genehmigung durch die Generalversammlung

Interessen- und pflichtwidriges Vertretungshandeln ist von der Vertretungsbefugnis stillschweigend ausgeschlossen. Die Interzession im Interesse des Aktionärs stellt möglicherweise interessenwidriges Handeln dar, insbesondere dann, wenn die Gesellschaft für die Interzession nicht

⁶⁶³ Vgl. BGE 126 III 363.

⁶⁶⁴ Vgl. die Überlegungen zur Gültigkeit einer Bestätigung der Vertretungsbefugnis durch ein neben- oder übergeordnetes Organ in BGE 120 II 10.

⁶⁶⁵ Siehe vorne, S. 65 ff.; vgl. BGE 127 III 334.

⁶⁶⁶ Siehe vorne, S. 71 ff.; BGE 127 III 334; 126 III 366.

adäquat entschädigt wird. Falls keine unabhängigen, nicht in einem Interessenkonflikt stehenden Verwaltungsräte die Genehmigung vornehmen können, ist bei Vorliegen von Minderheitsaktionären zum Schutz der Minderheit die Genehmigung mittels eines anfechtbaren Beschlusses der Generalversammlung zu suchen.⁶⁶⁷ Dies muss auch gelten, wenn die Interzession adäquat entschädigt wird, denn der Interessenkonflikt besteht trotzdem.⁶⁶⁸

Die Genehmigung durch die Generalversammlung ist auch deshalb angezeigt, weil der Verwaltungsrat einem strengeren Massstab bei der Beurteilung hinsichtlich des Gleichbehandlungsprinzips unterliegt.⁶⁶⁹

TSCHÄNI tritt ebenfalls für die *Genehmigung* der Interzession durch die Generalversammlung ein, begründet dies aber anders. Damit könne dem Argument entgegengetreten werden, es liege eine Gewinnentnahme vor, die nur aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses hätte durchgeführt werden dürfen.⁶⁷⁰ Diese Begründung und dieses Vorgehen werden in dieser Arbeit abgelehnt.⁶⁷¹ In der Genehmigung eines Interzessionsgeschäfts kann noch kein Ausschüttungsbeschluss gesehen werden. Der Generalversammlungsbeschluss muss sich auf einen Jahresabschluss beziehen, den die Revisionsstelle geprüft und über den sie einen Bericht verfasst hat. Der Revisor muss überdies an der Generalversammlung teilnehmen, damit man ihm Fragen zur vorgelegten Rechnung stellen kann.⁶⁷² Die zwingende Chronologie des Ausschüttungsverfahrens verunmöglicht, einen Generalversammlungsbeschluss zu fällen, wenn noch nicht bekannt ist, wie hoch der Betrag der im Vollstreckungszeitpunkt frei ausschüttbaren Mittel sein wird und der Bericht nicht auf die Gewinnverwendung Bezug nehmen kann, es sei denn, es werde der *Wert* der Interzession ausgeschüttet.⁶⁷³

⁶⁶⁷ BGE 126 III 366.

⁶⁶⁸ Vgl. die Überlegungen in BGE 126 III 364: „Während beim Selbstkontrahieren und der Doppelvertretung die Vertretungsmacht grundsätzlich fehlt und nur ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände besteht, schliesst der blosser Interessenkonflikt aus Gründen der Verkehrssicherheit die Vertretungsmacht nicht von vornherein aus, sondern lässt sie nur entfallen, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen. Dann aber fehlt es an der Vertretungsmacht, **selbst wenn sich der Interessenkonflikt im konkreten Fall nicht zum Nachteil der vertretenen Person ausgewirkt hat.**“ [Fettdruck hinzugefügt].

⁶⁶⁹ Vgl. vorne S. 150 ff.; vgl. BGE 4C.242/2001 Erw. 3.1.

⁶⁷⁰ TSCHÄNI, S. 204; siehe auch TSCHÄNI, S. 205 FN 54.

⁶⁷¹ Vgl. vorne S. 126 ff.

⁶⁷² Art. 729 OR; Art. 729c Abs. 1 OR.

⁶⁷³ Siehe vorne, S. 123 ff. Zur Ausschüttung des Werts der Interzession siehe vorne S. 130 f.

AEBI sieht in der Genehmigung der Interzession im Interesse des Aktionärs durch die Generalversammlung eine untaugliche Massnahme zur Herstellung der Rechtmässigkeit. Wenn keine Verpflichtung zur adäquaten Abgeltung der Interzession besteht, muss nach AEBI eine Gewinnausschüttung an die Aktionäre formell korrekt beschlossen werden.⁶⁷⁴ Entgegen der Meinung AEBIS ist es aus *zwei Gründen* trotzdem angezeigt, die Interzession durch die Generalversammlung genehmigen zu lassen:

Erstens ist unter dem Aspekt der Vertretungsbefugnis und Vertretungsmacht die Genehmigung angesichts des potenziellen Interessenkonflikts notwendig zur Wahrung des guten Glaubens der kreditgebenden Bank. Es ist nicht richtig, dass ein Geschäft zugunsten des Aktionärs, das nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* abgewickelt werden soll, von den im Handelsregister eingetragenen zeichnungsberechtigten Personen alleine abgeschlossen werden kann. Der Interessenkonflikt bestünde nach wie vor. Deswegen muss entweder eine Genehmigung eines neben- oder übergeordneten Organs vorliegen oder eine Bestätigung einer unabhängigen Stelle, dass wirklich eine adäquate Entschädigung geleistet wird. Die kreditgebende Bank wird das *Gefahrenpotential* für die Interessen der Interzedentin regelmässig erkennen, denn sie muss wissen, wer für wessen Schuld einsteht. Erkennt sie die potenziell widerstrebenden Interessen, kann sie sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits nicht mehr auf die Vertretungsmacht verlassen, auch wenn das Geschäft tatsächlich keine Benachteiligung der Interzedentin verursacht.⁶⁷⁵

Zweitens ist auf den Einwand AEBIS einzugehen, dass der Generalversammlungsbeschluss zur Herstellung der Rechtmässigkeit untauglich sei, wenn eine Sicherheitenbestellung genehmigt wird, die nicht *at arm's length* entschädigt wird, da der Beschluss anfechtbar oder nichtig sei.⁶⁷⁶

Eine Anfechtungsklage gegen einen Beschluss der Generalversammlung ist jedoch nicht automatisch erfolgreich, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt. Nur wenn die Mehrheit ihre Macht im Hinblick auf entgegengesetzte Interessen der Minderheit offensichtlich missbraucht, darf der Richter

⁶⁷⁴ AEBI, S. 136.

⁶⁷⁵ BGE 126 III 364: „Während beim Selbstkontrahieren und der Doppelvertretung die Vertretungsmacht grundsätzlich fehlt und nur ausnahmsweise aufgrund besonderer Umstände besteht, schliesst der blosser Interessenkonflikt aus Gründen der Verkehrssicherheit die Vertretungsmacht nicht von vornherein aus, sondern lässt sie nur entfallen, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen. Dann aber fehlt es an der Vertretungsmacht, selbst wenn sich der Interessenkonflikt im konkreten Fall nicht zum Nachteil der vertretenen Person ausgewirkt hat.“

⁶⁷⁶ AEBI, S. 136 FN 22.

einschreiten.⁶⁷⁷ Zwischen der exakten Entschädigung der Interzession *at arm's length* und diesem Massstab des offensichtlichen Missbrauchs ist eine Zone, in der sich die kreditgebende Bank absichern muss, weil die Gültigkeit der Sicherheiten auf dem Spiel steht. Die adäquate Entschädigung kann in der Praxis bei Fehlen genau bestimmbarer Marktpreise kaum je ein eindeutiges und exaktes Ergebnis darstellen, sondern besteht in einer Bandbreite möglicher adäquater Entschädigungen.

Das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung und der Einlagerückgewähr wird von den Grundsätzen der Vertretungsmacht und -befugnis erfasst. Auch hier muss die kreditgebende Bank Vorkehren treffen, um ihren guten Glauben in die Vertretungsbefugnis zu wahren. AEBI ist insofern zuzustimmen, dass die Verletzung des Verbots der Einlagerückgewähr den Generalversammlungsbeschluss tatsächlich nichtig macht (vgl. Art. 706b Ziff. 3 OR). Die Verletzung des Verbots der verdeckten Gewinnausschüttung hingegen macht den Generalversammlungsbeschluss lediglich anfechtbar.⁶⁷⁸ Wiederum existiert hinsichtlich der verdeckten Gewinnausschüttung ein Unterschied zur exakten Entschädigung *at arm's length*: Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt erst dann vor, wenn die Leistungen der Gesellschaft in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen.⁶⁷⁹

Dies zeigt, dass zwischen der genauen Entschädigung und der Hinfälligkeit des Generalversammlungsbeschlusses durch Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit durchaus ein beträchtlicher Spielraum existieren kann. Die kreditgebende Bank will für das von ihr gewährte Darlehen gültige Sicherheiten. Die Genehmigung durch die Generalversammlung stellt deshalb ein taugliches Mittel zur Bestätigung der Vertretungsbefugnis dar, auf das Verlass sein kann und muss. Ist der Spielraum zwischen der exakten Abgeltung und dem Massstab des Art. 678 Abs. 2 OR überschritten, dann – aber erst dann – liegt unter der Bedingung der anderen Voraussetzungen eine Gewinnausschüttung vor, die als Ausschüttung formell korrekt durchgeführt werden sollte. In diesem Punkt ist AEBI beizupflichten.

⁶⁷⁷ Vgl. vorne, S. 150 ff.; BGE 102 II 269.

⁶⁷⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 98 f.; a. A. BÖCKLI, § 16 N 172, der unter die Kapitalschutznormen alle Kapitalschutzvorschriften subsumiert (vgl. aber BÖCKLI, § 12 N 547 f.); differenzierend dazu OR-DUBS/TRUFFER, Art. 706b N 16 und 16a.

⁶⁷⁹ Gemäss Botschaft zum revidierten Aktienrecht (siehe BB1 1983 II 897) soll „*dieser doppelte und recht strenge Massstab eine kleinliche Nachrechnerei verhindern und den Entscheid von Einzelfällen im weiten Grenzfeld erleichtern.*“ Anzumerken ist, dass die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage umstritten ist, vgl. statt vieler BÖCKLI, § 12 N 555 ff.; siehe auch vorne, S. 115 ff.

§ 12 Relevanter Zeitpunkt der Generalversammlungsbeschlusses

I. Problemstellung

Die Bestimmung des relevanten Zeitpunkts des Generalversammlungsbeschlusses hängt vom Ziel des Beschlusses ab. Erfolgt der Generalversammlungsbeschluss lediglich zu Genehmigungszwecken aufgrund der möglichen Differenz zwischen Vertretungsmacht und Vertretungsbefugnis, so ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts relevant. In Abschnitt III ist darzulegen, dass dies auch der einzig relevante Zeitpunkt der Gewinnausschüttung ist.

II. Genehmigungsbeschluss

Die Genehmigung der Interzession erfolgt aus Gründen der Absicherung der Vertretungsbefugnis. Die kreditgebende Bank möchte sich auf die Vertretungsbefugnis der für die Gesellschaft handelnden Organe verlassen können, auch wenn das Geschäft nur potenziell mit einem Interessenkonflikt behaftet ist.⁶⁸⁰

In dieser Arbeit wird die Entschädigung zu Drittkonditionen als zentrales Element der Gültigkeit der Interzession im Interesse des Aktionärs angesehen. Eine adäquate Entschädigung schliesst sämtliche Faktoren in die Beurteilung ein. Darunter fallen auch die Bonität des Aktionärs und die Gefahr der Beanspruchung und Vollstreckung der Sicherheit und die Durchsetzbarkeit der Rückzahlungsforderung, falls die Sicherheiten tatsächlich beansprucht werden.⁶⁸¹ Es müssen alle Faktoren berücksichtigt werden, die dem sorgfältigen Geschäftsführer im Zeitpunkt der Entscheidung vorliegen.

Ist die Entschädigung korrekt *at arm's length* berechnet und festgehalten, kann die Interzession problemlos im Zeitpunkt der Bestellung genehmigt werden. Es kann somit gar nicht mehr auf den Vollstreckungszeitpunkt ankommen, da dessen möglicher Eintritt bereits bei der Berechnung der Gegenleistung mitberücksichtigt werden muss. Die so beurteilte Interzession wird nicht zu einem nachteiligen Geschäft, auch wenn sie später

⁶⁸⁰ Siehe vorne, S. 53 ff.

⁶⁸¹ Siehe vorne, S. 112 f.

beansprucht wird. Umgekehrt bleibt aber die nicht entschädigte Interzession für die Interzedentin nachteilig, auch wenn sie nicht beansprucht wird.⁶⁸² Dieses Konzept ist auch durch die aktienrechtliche Verantwortlichkeit geprägt, die für *fehlerhaft zustande gekommene* Entscheidungen haften lässt, nicht jedoch für *fehlgeschlagene Entscheide*.⁶⁸³

III. Ausschüttungsbeschluss

Wie vorne gezeigt (S. 130 ff.), stellt nur die formelle Ausschüttung des Werts der Interzession eine gangbare Lösung dar. Die Ausschüttung kann je nach Ausgestaltung als einmalige Ausschüttung für die gesamte Dauer der geleisteten Sicherheit oder als eine Ausschüttung pro Geschäftsjahr von der Generalversammlung im Zeitpunkt des Abschlusses des Interzessionsgeschäfts beschlossen werden.⁶⁸⁴

Aufgrund der zwingenden Chronologie der Gewinnausschüttung fällt die in der Praxis übliche Vorgehensweise ausser Betracht.⁶⁸⁵ Dieses auch von TSCHÄNI vorgeschlagene Vorgehen, wonach das Interzessionsgeschäft von der Generalversammlung genehmigt wird, der Interzessionsvertrag die maximal vollstreckbare Summe auf die im Zeitpunkt der Beanspruchung frei ausschüttbaren Mittel limitiert und die Ausschüttung an die Voraussetzung eines im Vollstreckungszeitpunkt einzuholenden Revisionsberichts bindet, deckt sich nicht mit der im Gesetz vorgesehenen und zwingenden Chronologie der Ausschüttung: Der Revisionsbericht muss sich auf einen Jahresabschluss und einen Antrag auf Gewinnverwendung beziehen.⁶⁸⁶ Erst gestützt auf diese Informationen kann die Generalversammlung gültig entscheiden.

Gegen einen zweiten Generalversammlungsbeschluss im Zeitpunkt der Beanspruchung der Sicherheiten sprechen sodann praktische Gründe.⁶⁸⁷ Es ist aufgrund der Konfrontationssituation unrealistisch, dass im Zeitpunkt der Vollstreckung nochmals eine Generalversammlung abgehalten werden

⁶⁸² MK-KROPFF, § 311 N 139 ff., insb. 141 und 192; vgl. auch LUCHTERHANDT, S. 17 f.; vgl. zum deutschen Recht auch den Entscheid des Oberlandesgerichts Koblenz vom 10. Februar 1977 in AG 1977 S. 231 und die dort enthaltenen Kommentare auf S. 233, die im Gegensatz zur herrschenden Lehre davon ausgehen, dass mit der blossen Interzession noch kein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften vorliege, sondern erst mit der Verwertung der Sicherheiten.

⁶⁸³ Vgl. VON GREYERZ, S. 296; AMSTUTZ, N 639; vgl. auch SENN, S. 18 und 42 f.

⁶⁸⁴ Vgl. AEBI, S. 142 f. und die Bemerkungen hiezu vorne unter § 7 III (S. 130 f.).

⁶⁸⁵ Siehe vorne S. 126 ff.

⁶⁸⁶ Art. 728, 729 und 729c OR.

⁶⁸⁷ Siehe vorne S. 126 ff.

kann.⁶⁸⁸ Aufgrund des möglichen „Dominoeffekts“ bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Muttergesellschaft ist es denkbar, dass alle Konzerngesellschaften zusammenbrechen. Dass sich die Generalversammlung angesichts dieser Situation für die tatsächliche Ausschüttung aussprechen würde, ist unwahrscheinlich. Diese Variante missachtet überdies die Tatsache, dass die Interzession einen Wert darstellt, auch wenn sie nicht beansprucht wird.

§ 13 Verantwortlichsrechtliche Aspekte

I. Problemstellung

Im zweiten Kapitel wurde auf die Interzession im Interesse des Aktionärs anwendbaren Normen eingegangen. Der Fragestellung dieser Arbeit entsprechend richtete sich der Fokus darauf, wie vor allem aus Sicht der Kreditgeberin gültig Sicherheiten im Interesse des Aktionärs bestellt werden können. Ob der Verwaltungsrat dabei Verantwortlichkeitsklagen ausgesetzt wird, wurde weitgehend ausgeklammert. Dabei gilt es zu beachten, dass die in BGE 126 III 361 dargelegte Lösung zur Überwindung des Interessenkonflikts – wonach die Genehmigung durch ein neben- oder übergeordnetes Organ zu suchen ist – lediglich eine *prozedurale*, nicht jedoch eine *materielle Fairness* sicherstellt und als solche beispielsweise nicht vor allfälligen Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger im Konkurs schützt. In diesem Paragraphen geht es nun darum, einzelne Verantwortlichsaspekte der Interzession im Interesse des Aktionärs zu beleuchten und zu zeigen, wie sich der Verwaltungsrat zu verhalten hat, um der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zu entgehen.

Den Verwaltungsrat und die mit der Geschäftsführung betrauten Personen trifft insbesondere die Gleichbehandlungs-, Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 717 OR. Sie werden nach Massgabe von Art. 754 OR gegenüber den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden haftbar, den sie in absichtlicher oder fahrlässiger Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Der Verwaltungsrat muss über die Einhaltung sämtlicher im zweiten Kapitel besprochener Themenkreise wachen und bei Verletzungen derselben einschreiten. Begeht er selber eine Verletzung oder stellt er eine

⁶⁸⁸ TSCHÄNI, S. 205.

Verletzung von Vorschriften dieser Bereiche fest und schreitet nicht dagegen ein, wird er für den Schaden verantwortlich und haftbar.⁶⁸⁹

Der Sorgfaltsmassstab ist besonders hoch, wenn Verwaltungsräte im Interesse des Aktionärs oder von Drittpersonen oder sogar im eigenen Interesse handeln.⁶⁹⁰ Dabei wird nicht darauf geachtet, ob die schädigende Handlung zugunsten einer Konzerngesellschaft erfolgt und somit von einem allfälligen Konzerninteresse gedeckt ist. Das Bundesgericht hielt zur *gesellschaftsrechtlichen* Treuepflicht fest, dass sie nur für diejenige Gesellschaft gelte, in deren Verwaltungsrat man sitzt und für die man in casu entscheidet.⁶⁹¹ Bei der Beurteilung des Schadens wird überdies nicht berücksichtigt, ob die geschädigte Gesellschaft einen Schadenersatz- oder Rückerstattungsanspruch gegen eine andere Konzerngesellschaft in gleicher Höhe erhält.⁶⁹²

In diesem § 13 wird nicht auf *allgemein vorhandene* Möglichkeiten eingegangen, wie die Verantwortlichkeitshaftung verhindert werden kann. Nahelegend wären in diesem Zusammenhang der Mandatsvertrag mit der

⁶⁸⁹ Der Verwaltungsrat muss alle Normen einhalten (Einhalten der Vertretungsbefugnis, Einhaltung des Gesellschaftszwecks und Wahrung des Gesellschaftsinteresses, Vermeidung der Unsitlichkeit, Einschränkung des Haltens eigener Aktien, Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung und Einlagerückgewähr sowie die Gleichbehandlung der Aktionäre). Zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats aufgrund der Einlagerückgewähr siehe BINDER, S. 50 und MÜLLER, S. 69 f.; zur Verantwortlichkeit aus verdeckter Gewinnausschüttung SPÖRRI, S. 289 f., der auch auf die Konkurrenz zur aktienrechtlichen Rückerstattungspflicht eingeht, denn der Schaden reduziert sich um den Betrag der zurückerstatteten Werte, wobei es auch eine Verantwortlichkeit aus unterlassener Rückforderung gibt; zur Verantwortlichkeit aus Verletzung des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsprinzips HUGUENIN JACOBS, S. 210 ff.

⁶⁹⁰ BGE 113 II 57; Bundesgerichtsentscheid vom 25. Mai 1981, abgedruckt in SJ 104 (1982) S. 221 ff., S. 226; BGE 4C.258/2003, Erw. 2.2.2.

⁶⁹¹ Das Bundesgericht liess zwar offen, ob ein relevantes Konzerninteresse bei der *arbeitsvertraglichen* Treuepflicht existiert (vgl. BGE 4C.258/2003, Erw. 2.2.1 und Erw. 2.2.2). Der Entscheid enthält keine Angaben darüber, ob die fragliche Konzerngesellschaft einen Unterwerfungszweck hatte. Ein allfälliger Unterwerfungszweck dürfte jedoch folgenlos bleiben. Die zu beurteilende Handlung, die in einer Vergütung an eine andere Konzerngesellschaft lag, stellt trotzdem eine Pflichtverletzung dar, denn es flossen Leistungen ohne Gegenleistung von der Gesellschaft ab. Die Verfolgung eines Konzerninteresses ist nicht feststellbar, denn es wurde von einer Schwestergesellschaft an die andere ein Schaden ausgeglichen, der sich aufgrund der schlechten Marktentwicklung ereignete. Es gibt im Entscheid auch keinerlei Hinweise, dass die Bezahlung dieses Schadens für das Überleben der Gesellschaft notwendig gewesen wäre. Das Bundesgericht bejahte dennoch, dass die Handlung im Konzerninteresse gelegen hat. Die Leistung ist an eine andere Konzerngesellschaft erfolgt und hinterliess einen Schaden in gleicher Höhe bei der vergütenden Gesellschaft (Erw. 2.2.1). Dieser Zahlungszweck allein dürfte jedoch kaum dem Begriff des Konzerninteresses gerecht werden. Zum Konzern- und Gesellschaftsinteresse siehe SCHILTKNECHT, S. 121 ff. und MK-ALTMEPPEN, § 308 N 106.

⁶⁹² BGE 4C.258/2003, Erw. 2.3. Der eingeklagte Verwaltungsrat hat es allerdings in der Hand, die Zahlung von Schadenersatz von der Abtretung allfälliger Rückerstattungsansprüche abhängig zu machen, sofern sie noch einbringlich sind. Dies kann er mittels Streitverkündung erreichen.

Pflicht der Mandantin, die Tochtergesellschaft mit ausreichender Liquidität und finanziellen Mitteln zu versorgen, der Mandatsvertrag mit Enthaftungsklausel oder der Abschluss einer Versicherung.⁶⁹³

II. Organstellung

Die Organeigenschaft im Sinne von Art. 754 OR liegt nicht nur dann vor, wenn es um das Handeln der Entscheidungsorgane geht, die ausdrücklich als solche ernannt worden sind. Auch Personen, die Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen, fallen unter die Organhaftung.⁶⁹⁴ Die Organstellung bedarf somit einer Einbindung in die Willensbildung der Gesellschaft. Aus der blossen Zeichnungsberechtigung kann noch keine leitende Stellung abgeleitet werden. Die aktienrechtliche Haftung setzt dort ein, wo die arbeitsvertragliche Haftung in organisatorischer und hierarchischer Hinsicht nicht mehr sachgerecht erscheint. Es genügt aber, wenn die handelnden Personen tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben, den Geschäftsgang der Gesellschaft massgebend zu beeinflussen.⁶⁹⁵

Das Bundesgericht hat festgestellt, dass das Eingehen von Bürgschaften und Garantien zur Besicherung von Privatarlehen im Interesse eines Verwaltungsrats ein den Organen vorbehaltenes Handeln darstellt und deshalb unter die Organhaftung fällt.⁶⁹⁶ Dies wurde in einem Entscheid festgehalten, in dem eine kollektivzeichnungsberechtigte Prokuristin zusammen mit einem Verwaltungsrat namens der Gesellschaft Bürgschaften für private Schulden des Verwaltungsrats einging. Sie machte geltend, dass sie nicht ein Organ im Sinne des Art. 754 OR sei.⁶⁹⁷ Das Obergericht des Kantons Zürich urteilte, dass auch die kollektive Unterzeichnung der Bürgschaften und Garantien in Millionenhöhe durch die Prokuristin unter die

⁶⁹³ Zum Mandatsvertrag mit der Pflicht, für ausreichende finanzielle Mittel zu sorgen und zum Mandatsvertrag mit Enthaftungsklausel siehe MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 286 f. und SCHILTKNECHT, S. 57 und S. 163; vgl. auch DAENIKER, S. 535 ff. Zur Versicherung eingehend BÄRTSCHI, S. 39 ff.; DAENIKER, S. 531 ff.; LUTERBACHER, S. 133 ff.; SCHILTKNECHT, S. 56 ff., S. 164 und insb. S. 171 ff.; SENN, S. 23 f. und MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 287.

⁶⁹⁴ BGE 128 III 30. Das Organ nimmt im Gegensatz zum Angestellten die Leitung aufgrund selbstständiger Beschlüsse und eigenverantwortlicher Handlungen wahr; es geht vereinfacht gesagt nicht um Führung, sondern um eigenverantwortliche Leitung, vgl. dazu BANKG-KLEINER, Art. 41 N 22; vgl. auch BÄRTSCHI, S. 101 ff.; BGE 117 II 572 f.; 128 III 31; vgl. OR-WIDMER/BANZ, Art. 754 N 7.

⁶⁹⁵ BGE 111 II 484; 117 II 442.

⁶⁹⁶ BGE 117 II 442 f.

⁶⁹⁷ BGE 117 II 441.

Organhaftung im Sinne des Art. 754 OR und Art. 41 BankG falle, was das Bundesgericht bestätigte.⁶⁹⁸

Aufgrund der Kritik diverser Autoren schränkte das Bundesgericht die Aussagen in BGE 117 II 442 später dahingehend ein, dass eine dauernde Zuständigkeit für gewisse, das Alltagsgeschäft generell übersteigende Entscheide in eigener Verantwortung wahrgenommen werden muss, die sich spürbar auf das Geschäftsergebnis auswirken. Personen in untergeordneter und abhängiger Stellung, wie sie etwa der eines Prokuristen entspricht, können danach höchstens in Ausnahmefällen noch als Organe bezeichnet werden. Angestellte auf einer hierarchisch untergeordneten Stufe können auch dann nicht als Organ haftbar gemacht werden können, wenn sie im Rahmen von Entscheidvorbereitungen oder Entscheidungsausführungen Entscheide von erheblicher Bedeutung fällen.⁶⁹⁹

Handlungen eines Organs sind nach diesem Entscheid folglich unabhängig von Rang oder Titel eines Mitarbeiters dann gegeben, wenn eine Person *dauernd* Geschäfte abwickelt und Entscheide trifft, die nicht mehr zur Routine des Alltagsgeschäfts gehören, sondern von unternehmerischer Bedeutung sind, d.h. sich spürbar auf den Status der Gesellschaft auswirken und aufgrund der internen Zuständigkeit in eigener Verantwortung wahrgenommen werden. Dies dürfte bei der Interzession im Interesse des Aktionärs über hohe Beträge häufig gegeben sein.

III. Genehmigung durch die Generalversammlung

Der Verwaltungsrat steht beim Abschluss der Interzession im Interesse des Aktionärs in einem Interessenkonflikt. Das Bundesgericht gebietet in solchen Fällen die Genehmigung des Geschäfts durch ein neben- oder übergeordnetes Organ.⁷⁰⁰ Hat die Gesellschaft nur einen Verwaltungsrat oder keine unabhängigen Verwaltungsräte und existieren Minderheitsaktionäre, verlangt das Bundesgericht die Genehmigung durch einen anfechtbaren Entscheid der Generalversammlung.⁷⁰¹

⁶⁹⁸ BGE 117 II 442 f.; vgl. auch BANKG-KLEINER, Art. 41 N 22.

⁶⁹⁹ BGE 128 III 31; vgl. OR-WIDMER/BANZ, Art. 754 N 7; vgl. die Kritik zu BGE 117 II 442 ff. von TRIGO TRINDADE, S. 23 f. und von KLAUS HÜTTE in AJP 4/92, S. 516 ff., insb. S. 517, wonach das Bundesgericht die Bedeutung der Zweitunterschrift hierarchisch unterstellter Personen und deren Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft überschätzt habe.

⁷⁰⁰ BGE 126 III 363 f.

⁷⁰¹ Siehe vorne, S. 71 ff.; BGE 126 III 366.

Der Verwaltungsrat kann durch die Genehmigung der Interzession durch die Generalversammlung zumindest die Verantwortlichkeitsklage der Aktionäre abwenden. Die herrschende Lehre sieht in einem rechtmässigen oder nicht angefochtenen Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung eine verantwortungsrechtlich relevante Einwilligung, die die Haftungsvoraussetzung der Pflichtwidrigkeit beseitigt.⁷⁰² Handelt der Verwaltungsrat nach Weisungen des Alleinaktionärs oder aller Aktionäre zusammen, so ist der Gesellschaft die Verantwortlichkeitsklage verwehrt.⁷⁰³ Informelle und formelle Zustimmung in Kenntnis der Umstände des pflichtwidrigen Geschäfts führen überdies nach Treu und Glauben dazu, dass das Prozessführungsrecht der zustimmenden Aktionäre analog zu den Folgen bei der aktienrechtlichen Décharge dahinfällt.⁷⁰⁴

Diese Überlegungen treffen hinsichtlich allfälliger Klagen von Gläubigern jedoch nicht zu. Ihren Ansprüchen stehen weder die Zustimmung der Generalversammlung noch des Verwaltungsrats entgegen.⁷⁰⁵

IV. Durchgriffshaftung

1. Problemstellung

Erbringt der Aktionär für die von ihm veranlasste Interzession keine Gegenleistung, liegt in der Übernahme des Insolvenzrisikos durch die Gesellschaft und in der möglichen Inanspruchnahme der Sicherheiten eine Vermischung des Vermögens und eine so genannte *Sphärenvermischung* vor, d.h. eine Vernachlässigung der Selbständigkeit der Gesellschaft.⁷⁰⁶ Lässt der Aktionär eine persönliche Schuld, die für seinen persönlichen Konsum begründet wurde, durch seine Gesellschaft besichern, verfolgt er darüber hinaus gesellschaftsfremde Sonderinteressen.⁷⁰⁷ Dies sind klassische Fallgruppen des Durchgriffs. Die Beschränkung des Haftungssubstrats auf das Gesellschaftsvermögen kann unter solchen Voraussetzungen zu stossenden Ergebnissen führen.⁷⁰⁸

⁷⁰² BÄRTSCHI, S. 318; Bundesgerichtsentscheid vom 15. Juni 1999 in SJ 121 (1999) S. 484; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 157.

⁷⁰³ Bundesgerichtsentscheid vom 15. Juni 1999 in SJ 121 (1999) S. 484; BGE 111 II 183; 83 II 56 und 65.

⁷⁰⁴ BÄRTSCHI, S. 320 f.

⁷⁰⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 160; STUTZ/VON DER CRONE, S. 109.

⁷⁰⁶ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 64.

⁷⁰⁷ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 67.

⁷⁰⁸ Siehe dazu eingehend ZÜRCHER, S. 178 ff.

Der Durchgriff wird in der Schweiz mit dem Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) sowie mit dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) begründet.⁷⁰⁹ Die Folgen des Durchgriffs liegen in der Ausweitung der Haftung auf das herrschende Unternehmen oder den Aktionär (so genannter Haftungsdurchgriff) oder in der Beseitigung der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person.⁷¹⁰ Grundsätzlich ist jedoch vom Prinzip der Trennung von Gesellschaft und Aktionär auszugehen. Der Durchgriff stellt im Interesse der Rechtssicherheit die Ausnahme dar, die einer besonderen Begründung bedarf.⁷¹¹ Dies resultiert aus der Begründung des Durchgriffs mit der Rechtsmissbrauchsproblematik, die ebenfalls nur in qualifizierten Fällen Anwendung findet.⁷¹² Erfolgen die verdeckte Gewinnausschüttung oder allgemein Vermögensverschiebungen im Rahmen nachvollziehbarer und kalkulierbarer Transaktionen, müssen sie deshalb nach dem Grundsatz der *Subsidiarität* mittels der relevanten Kapitalschutz- und Haftungsnormen korrigiert werden.⁷¹³

2. Fallgruppen des Durchgriffs

a) Einleitende Überlegungen

Die Interzession im Interesse des Aktionärs oder der Muttergesellschaft tangiert die Durchgriffsfälle der Vermögensvermischung, der Unterkapitalisierung und der verdeckten Gewinnausschüttung. Nachfolgend ist auf diese Bereiche einzeln einzugehen. Die folgenden, allgemeinen Vor-

⁷⁰⁹ KUZMIC, S. 108 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 52; VON BÜREN, S. 172.

⁷¹⁰ DENNLER, S. 25 f.; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 69; ZÜRCHER, S. 182 f.

⁷¹¹ DENNLER, S. 31; ZR 98 (1999) S. 236; BGE 108 II 214; BOSMAN, S. 62 und 71 f.

⁷¹² KUZMIC, S. 112; BAUMANN, Art. 2 N 329.

⁷¹³ Zu denken ist an die Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR, das Wiederaufleben der Einlagepflicht gemäss Art. 680 Abs. 2 OR und an die aktienrechtliche Verantwortlichkeit der Organe gemäss Art. 754 OR. Nur wenn sich diese Transaktionen nicht mehr isolieren lassen oder aufgrund mangelhafter Dokumentation gar nicht erfassbar sind, rechtfertigt sich der Durchgriff, vgl. KUZMIC, S. 128; WICK, S. 176; siehe die ähnliche Lage in Deutschland beim so genannten qualifizierten faktischen Konzern, bei dem sich die einzelnen Nachteile nicht mehr isolieren lassen und deshalb die Verlustübernahmepflicht gemäss § 302 AktG analog angewendet wird (HORMUTH, S. 215 f.). HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 186 f. und S. 257, lehnt die Subsidiarität des Durchgriffs bei Beherrschungstatbeständen ab. Nach seiner Ansicht muss der Tochtergläubiger lediglich einen Beherrschungstatbestand und eine Schädigung (den Tochterkonkurs) beweisen und zudem, dass die Tochtergesellschaft unterkapitalisiert war, die gesellschaftsrechtlichen Formalitäten nicht eingehalten worden sind, eine Vermögens- oder Sphärenvermischung stattgefunden hat oder ein Institutsmissbrauch vorliegt. Liegt ein derartiger Beweis vor, will HOFSTETTER vom Nachweis des Kausalzusammenhangs und der Nichtverfügbarkeit anderer Haftungsinstitute absehen.

aussetzungen der *Beherrschung und des Rechtsmissbrauchs* sind allen Fallgruppen eigen.⁷¹⁴

Die Beherrschung und Fremdsteuerung beruhen meistens auf Aktienbesitz, der massgebend sein muss.⁷¹⁵ Die Beherrschung einer Aktiengesellschaft ist als solche jedoch nicht haftungsauslösend. Eine Haftung kann sich deshalb nur aus *nachteiliger* Fremdsteuerung ergeben.⁷¹⁶ Die Muttergesellschaft muss sodann ihre eigenen Interessen durch die Tochtergesellschaft wahrnehmen, wobei sie in Kauf nimmt, dass den Einzelinteressen der Tochtergesellschaft entgegengewirkt wird.⁷¹⁷ Hinzu kommt ein Verhalten, das die Geltendmachung der Selbständigkeit der Gesellschaft als *rechtsmissbräuchlich* erscheinen lässt.⁷¹⁸

Der Unterwerfungszweck und der Finanzierungszweck, wonach auch die *unentgeltliche* Bestellung von Sicherheiten im Interesse der Muttergesellschaft im Zweck explizit erlaubt wird, erweist sich in dieser Hinsicht als problematisch. Erlaubt der Gesellschaftszweck die unentgeltliche Interzession und wird diesem Zweck *tatsächlich nachgelebt*,⁷¹⁹ so finden im Ergebnis verdeckte Gewinnausschüttungen und Vermögensverschiebungen ohne Gegenleistung statt. Die normalerweise geteilten Vermögen werden vermischt und die Interessen der Muttergesellschaft oder des Konzerns werden über die Einzelinteressen der Gesellschaft gestellt. Die Interessenverfolgung durch den Aktionär kann dann zu einer nachteiligen Fremdsteuerung der Gesellschaft durch den Aktionär führen, die der Gesellschaft keinen selbständigen Willen mehr lässt.⁷²⁰ Die Vermögensvermischung und die nachteilige Fremdsteuerung sind zwei mögliche Anwendungsfälle der Durchgriffshaftung. Es ist zwar richtig, dass die Durchgriffshaftung nur im Sinne einer Ausnahme und mit Zurückhaltung zur Anwendung gelangen sollte.⁷²¹ Dieses Prinzip der *Subsidiarität* versagt indessen, wenn

⁷¹⁴ Vgl. KUZMIC, S. 110 ff.; vgl. ZÜRCHER, S. 183 nennt die Voraussetzungen der Gläubigerschädigung, des Abhängigkeitsverhältnisses und der missbräuchlichen Verwendung der juristischen Person.

⁷¹⁵ Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 62 N 54 f.; ZR 98 (1999) S. 235; BGE 81 II 459: „Eine solche Gesellschaft stellt wirtschaftlich kein selbständiges Gebilde dar, sondern sie ist ein blosses Werkzeug in der Hand des Allein- oder Hauptaktionärs, dessen Willen sie Untertan ist.“

⁷¹⁶ KUZMIC, S. 129; ZÜRCHER, S. 185 f.

⁷¹⁷ ZR 98 (1999) S. 236; vgl. auch BGE 71 II 275 f. zum Fall, in dem der wichtigste Aktionär die Aktiengesellschaft für seine persönlichen Interessen einsetzt und über die Gesellschaft auch ungeachtet anderer Aktionäre verfügen kann.

⁷¹⁸ KUZMIC, S. 111 f.

⁷¹⁹ Die blossen Möglichkeit zur Beherrschung genügt nicht. Sie muss tatsächlich ausgeübt werden, siehe SCHILTKNECHT, S. 6 f.

⁷²⁰ BOSMAN, S. 64.

⁷²¹ Die Vermögensverschiebungen und nachteiligen Transaktionen zwischen der abhängigen und der beherrschenden Gesellschaft sollten primär mit Hilfe der gesetzlich explizit statuierten

eine Vielzahl ungünstiger Transaktionen und Interzessionen im Interesse des Aktionärs eingegangen worden sind, die nicht mehr einzeln bewertet und korrigiert werden können.⁷²²

Hinzu kommt, dass die herrschende Lehre die Rückerstattungspflicht verdeckter Gewinnausschüttungen bei Vorliegen eines Unterwerfungs- oder Finanzierungszwecks ablehnt.⁷²³ Diese Ansicht führt dazu, dass ein wesentlicher primärer Schutzbehelf zur Korrektur verdeckter Gewinnausschüttungen wegfällt. Der Unterwerfungszweck ist ein zusätzliches und explizites Eingeständnis, dass für den Aktionär bzw. die Muttergesellschaft unentgeltliche Leistungen erbracht werden können. Auch aus diesen Gründen sollte von Unterwerfungs- und Finanzierungszwecken abgesehen werden – insbesondere in denjenigen Fällen, in denen die Gefahr besteht, dass die Gläubigerinteressen nicht voll gewahrt werden können.

b) Vermögensvermischung

Erfolgt die Interzession im Interesse des Aktionärs ohne direkte oder indirekte Gegenleistungen – also auch nicht zur Erhaltung der Gruppenbonität, sondern lediglich für private Interessen des Aktionärs – kann eine zum Durchgriff führende Vermögensvermischung vorliegen. Die Vermögensvermischung kann *direkt* erfolgen bei Übertragungen des vollen Rechts mittels Sicherungsübereignungen und Sicherungszeessionen oder *indirekt* durch Bürgschaften und Garantien, in allen Fällen ohne Gegenleistung. Derartige Interzessionsgeschäfte führen zu Vermögensvermischungen, insbesondere in denjenigen Fällen, in denen die Verschiebungen nicht korrekt verbucht werden.⁷²⁴ Auch die wechselnde Bean-

Kapitalschutz- und Haftungsvorschriften sowie der paulianischen Anfechtungsklagen korrigiert werden, siehe vorne, S. 169.

⁷²² Vgl. VOGEL, Haftung, S. 172: „Ein Durchgriff zufolge Vermögensvermischung bzw. –verschiebung dürfte sich daher auf diejenigen Fälle beschränken, wo sich die zahlreichen Vermögensverschiebungen nicht mehr einzeln bewerten und nachvollziehen lassen und daher ein allfälliger Rückforderungsanspruch nicht mehr substantiiert bzw. beziffert werden kann.“ Die bloße Zahl der Transaktionen ist in dieser Hinsicht lediglich einer der relevanten Faktoren. Wenige Transaktionen können schon ausreichen, wenn sie schlecht dokumentiert oder nicht ordnungsgemäss verbucht worden sind.

⁷²³ Siehe vorne, S. 116 ff.; SPÖRRI, S. 193; HEUBERGER, S. 107 ff.; vgl. NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 54 f.

⁷²⁴ Vgl. die Beispiele bei VON BÜREN, S. 173; WICK, S. 176; vgl. HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 181, der den Fall erwähnt, dass Vermögen in nicht mehr nachprüfbarer Weise vermischt werden, so dass eine Rekonstruktion ihrer Zugehörigkeit nur noch willkürlich möglich wäre; DENNLER, S. 57, nennt bei der Vermögensvermischung diverse Anwendungsfälle der verdeckten Gewinnausschüttung: „Einer bestimmten Konzerngesellschaft werden Aktiven übertragen mit dem Ziel, sie kreditfähig zu machen. Gleichzeitig wird eine andere Gesellschaft gezwungen, sich

spruchung von Vermögenswerten der Gesellschaft für ein Mitglied und für die juristische Person selbst fällt unter die Kategorie der Vermögensvermischung.⁷²⁵ Die Vermögensvermischung führt jedoch nur dann zum Durchgriff, wenn sie nicht durch andere, gesetzlich explizit statuierte Haftungs- oder Kapitalschutzvorschriften korrigiert wird.⁷²⁶

c) Unterkapitalisierung

Die Gesellschaft muss eine angemessene kapitalmässige Ausstattung haben, die es ihr ermöglicht, allfällige Verluste aufzufangen und einen sofortigen Konkurs zu verhindern.⁷²⁷ Die Wahrung der kapitalmässigen Ausstattung ist eigentlich Sache des Verwaltungsrats. Nimmt er diese Pflicht nicht wahr, kann er dafür haftbar gemacht werden. Der Durchgriff anstelle der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit wird jedoch gewählt, weil die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Gesellschaft mit ausreichendem Risikokapital ausgestattet worden sei.⁷²⁸ Als grobes und nur restriktiv anwendbares Korrektiv ist der Durchgriff allerdings nicht dazu geeignet, eine Feinsteuerung der Kapitalausstattung von Tochtergesellschaften zu erreichen.⁷²⁹

Durch eine unangemessene Belastung des Gesellschaftsvermögens durch die Interzession im Interesse des Aktionärs kann es im Verwertungsfalle dazu kommen, dass eine Gesellschaft der finanziellen Mittel beraubt wird, die sie zur Erfüllung ihres Zwecks benötigt.⁷³⁰ Dabei kann der von DENNLER dargelegte Durchgriffsfall vorliegen, wonach eine Gesellschaft zu Geschäften veranlasst wird, für die ihr die notwendigen Mittel fehlen.⁷³¹

d) Verdeckte Gewinnausschüttung

Die verdeckte Gewinnausschüttung wurde bereits in § 7 behandelt.⁷³² Sie kann systematisch dazu benützt werden, Gewinne im Konzern am steuer-

zu überschulden (...) Die Mutter schliesst mit ihrer Tochter ein Rechtsgeschäft ab, wobei die Tochter gegenüber der Mutter wesentlich schlechter gestellt wird.“

⁷²⁵ EBENROTH, S. 132; vgl. den Durchgriffsfall in BGE 102 III 170, wo ein Haus dem Alleinaktionär ohne Mietzins zur Verfügung gestellt und auch noch auf Gesellschaftskosten teuer renoviert worden ist. In BGE 102 III 170 wurde für Schulden des Alleinaktionärs auf das Gesellschaftsvermögen gegriffen. Es lag somit ein umgekehrter Durchgriff vor.

⁷²⁶ VOGEL, Haftung, S. 171.

⁷²⁷ KUZMIC, S. 122; siehe auch HANDSCHIN, S. 315 und ALBERS-SCHÖNBERG, S. 127 f.

⁷²⁸ VOGEL, Haftung, S. 169 f.; vgl. EBENROTH, S. 133.

⁷²⁹ HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 180.

⁷³⁰ Vgl. DENNLER, S. 60. Es kann deshalb empfehlenswert sein, den Erlös der Beanspruchung der Sicherheiten auf die frei ausschüttbaren Mittel zu beschränken (siehe hinten, S. 180).

⁷³¹ DENNLER, S. 60.

⁷³² Siehe vorne S. 100 ff.

günstigsten Ort oder in der haftungsmässig optimalen Gesellschaft anfallen zu lassen.⁷³³ Wird eine Gesellschaft dadurch zugunsten ihrer Mutter- oder Schwestergesellschaften systematisch ausgehöhlt und in den Konkurs getrieben, sind die Gläubiger der Gesellschaft geschädigt, da ihnen das Haftungssubstrat entzogen wurde. Die Subsidiarität des Durchgriffs gebietet zwar, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung gemäss Art. 678 Abs. 2 OR korrigiert wird. Erfolgen verdeckte Gewinnausschüttungen jedoch in mehreren Transaktionen, die aufgrund ihrer Anzahl oder mangelhaften Verbuchung und Dokumentation nicht mehr bezifferbar sind und daher nicht mehr einzeln korrigiert werden können, stellt sich die Frage neu. In solchen Fällen ist aufgrund der fehlenden tatsächlichen Möglichkeit der Korrektur durch die Rückerstattungspflicht der *Haftungsdurchgriff* angebracht.⁷³⁴

Die herrschende Lehre verneint einen Rückerstattungsanspruch gemäss Art. 678 Abs. 2 OR, wenn die Gesellschaft einen Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck aufweist.⁷³⁵ Dies kann jedoch nur zutreffen, solange alle Gesellschaftsgläubiger voll befriedigt werden. Eine explizite Klausel im Gesellschaftszweck, wonach sich die Gesellschaft den Interessen des Konzerns unterwirft und gegebenenfalls auch unentgeltlich Sicherheiten bestellen kann, ist im Hinblick auf die Anwendung des Haftungsdurchgriffs problematisch. Dieser Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck ermöglichen damit die verpönte *Sphären- und Vermögensvermischung* sowie *Fremdsteuerung* und erheben sie sogar zum Zweck.⁷³⁶ Erweist sich die *Beherrschung* und die *Unterwerfung* unter das Konzerninteresse oder das Interesse der Aktionärin als negativ für die Gesellschaft, liegt ebenfalls ein Anwendungsfall des Durchgriffs vor, wenn die dadurch verursachten Nachteile nicht ausgeglichen werden.⁷³⁷

⁷³³ Vgl. DENNLER, S. 66 f.; vgl. VON BÜREN, S. 173; vgl. DUSS, S. 3; ALBERS-SCHÖNBERG, S. 129.

⁷³⁴ Vgl. VOGEL, Haftung, S. 166 und 171 f.

⁷³⁵ Vgl. vorne S. 20 ff. und S. 116 ff.; SPÖRRI, S. 193; HEUBERGER, S. 107 ff.; vgl. NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 54 f.

⁷³⁶ Vgl. WICK, S. 12. Er spricht von der Möglichkeit, mittels statutarischer Ausrichtung der Gesellschaft auf die Interessen einer anderer Rechtsperson eine eigentliche „Sklavenstellung“ zu begründen.

⁷³⁷ ZR 98 (1999) S. 243 f.: „Konzernmässige Beeinflussung ist demnach nur insoweit legitim, wie die damit einhergehenden Benachteiligungen ausgeglichen werden. Nimmt die Konzernmacht ein Ausmass an, das dem Funktionieren des Systems abträglich ist, so können die ihrerwegen der Tochtergesellschaft zugefügten Nachteile unmöglich wettgemacht werden. Die Grenze der legitimen Konzerngewalt liegt mit anderen Worten da, wo die Tochtergesellschaft den Status eines selbständigen Unternehmensträgers verliert, der imstande ist, sein Schicksal aus eigener Kraft zu bewältigen (...) Vielmehr entsteht der Eindruck, er [Werner K. Rey] habe keinen Unterschied zwischen seiner persönlichen Vermögenssphäre und jener seiner Führung anvertrauten

3. Vermeidung der Durchgriffshaftung

a) Grundsatz des *dealing at arm's length*

Die Durchgriffshaftung lässt sich einzig durch die Einhaltung der Trennung der Vermögen und Interessen im Verhältnis zwischen der juristischen Person und dem Aktionär vermeiden. Dieses Auseinanderhalten der Vermögensmassen und der Interessenwahrnehmung ist durch strikte Einhaltung des Grundsatzes des *dealing at arm's length* realisierbar. Die Interzession im Interesse des Aktionärs ist deshalb stets zu Drittbedingungen zu entschädigen, unter Berücksichtigung der direkten und indirekten Gegenleistungen der Interzession.⁷³⁸

b) Vermeidung des Unterwerfungs- oder Finanzierungszwecks

Der Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck erfüllt, sofern ihm nachgelebt wird, die Voraussetzungen zur Durchgriffshaftung und ist deshalb zu vermeiden. Nach der herrschenden Lehre entsteht bei Vorliegen eines Unterwerfungs- oder Finanzierungszwecks kein Rückerstattungsanspruch aus verdeckter Gewinnausschüttung. Diese Ansicht wird in dieser Arbeit abgelehnt.⁷³⁹ Sie schafft angesichts der subsidiären Anwendung des Durchgriffs zusätzliche Probleme, da primär die existierenden Ausgleichsmechanismen des Aktienrechts zur Korrektur der Vermögensvermischungen eingesetzt werden sollten.⁷⁴⁰ Da nach herrschender Lehre bei Gesellschaften mit Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck keine Rückerstattungspflicht hinsichtlich verdeckter Gewinnausschüttungen besteht, bleiben als Korrektiv nur noch die Verantwortlichkeitsklage und der Durchgriff. Auch wenn man die Ansicht der herrschenden Lehre nicht teilt, liegt im Unterwerfungszweck oder im Finanzierungszweck ein grundsätzliches Eingeständnis, dass die Interessen des Konzerns oder der Muttergesellschaft wahrgenommen werden. Damit ist auch erstellt, dass die eigenen Interessen nach adäquater Abgeltung der Verträge mit Konzerngesellschaften hintangestellt werden.

Gesellschaften gemacht“; zum Thema der adäquaten Abgeltung der Interzession im Interesse des Aktionärs siehe vorne, S. 38 ff. und S. 105 ff.

⁷³⁸ Siehe vorne S. 46 ff. und S. 105 ff.

⁷³⁹ Siehe vorne, S. 116 ff.; SPÖRRI, S. 193; HEUBERGER, S. 107 ff.; NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 54 f.

⁷⁴⁰ Vgl. WICK, S. 176 und KUZMIC, S. 128.

V. Klumpenrisiko

1. Problemstellung

Der Verwaltungsrat muss aufgrund der Sorgfaltspflicht darüber wachen, dass genügend Aktiven vorhanden und rechtzeitig realisierbar sind, um die Passiven zu decken.⁷⁴¹ Die sorgfältige Anlage gebietet, dass der Verwaltungsrat dabei nicht alles auf eine Karte setzt und ein für die Gesellschaft gefährliches *Klumpenrisiko* schafft. Es ist das Gebot vernünftiger Risikoverteilung in der Vermögensanlage.⁷⁴²

Der Bezug zur Interzession im Interesse des Aktionärs ist evident. Wenn die Gesellschaft ihre Vermögenswerte *umfassend* für die Besicherung der Schulden des Aktionärs einsetzt, ist der Bestand dieser Vermögenswerte von der Insolvenz und von der Zahlungswilligkeit des Allein- oder Hauptaktionärs gegenüber Dritten abhängig.

In Konzernverhältnissen kommt hinzu, dass Sicherheiten zugunsten von Gesellschaften gestellt werden, deren Erfolg und Bonität zumindest teilweise vom eigenen Wohlergehen der Interzedentin abhängig sind. Folglich tritt ein Abwärtssog ein – just in dem Moment, in dem man die eigenen Vermögenswerte am nötigsten hätte, werden sie zugunsten einer anderen Konzerngesellschaft belastet oder verwertet.⁷⁴³ Die Gefahr eines Klumpenrisikos ist im Konzern deswegen höher als in unabhängigen Gesellschaften. Der Vertrauensverlust oder die Insolvenz einer Konzerngesellschaft kann dazu führen, dass alle Konzerngesellschaften einen Vertrauensverlust bei Kunden, Vertriebspartnern oder Kreditgebern erleiden. Dieser *Dominoeffekt* des kollektiven Vertrauens- und Kreditverlusts zeigt sich besonders deutlich im *Bankkonzern*.⁷⁴⁴ Es besteht folglich kein Grund, Konzerngesellschaften bezüglich der Klumpenrisiken grosszügiger zu behandeln. Im Gegenteil kann durch die notwendige Verhinderung des Dominoeffekts

⁷⁴¹ Vgl. BGE 113 II 56.

⁷⁴² BÖCKLI, § 12 N 545; BÖCKLI, Darlehen II, S. 544; BÄRTSCHI, S. 247 f.; DRUEY/VOGEL, S. 194; vgl. BGE 99 II 179 f.; 113 II 57. Das Klumpenrisiko ist in der Bankengesetzgebung erfasst (siehe hinten, S. 178). Das Bankenrecht ist jedoch nicht *Rechtsquelle* des Klumpenrisikos, sondern eine *Konkretisierung* davon, siehe BÖCKLI, Darlehen I, S. 8.

⁷⁴³ Vgl. hierzu ZIMMERLING, S. 47 f.

⁷⁴⁴ DRUEY/VOGEL, S. 112 und S. 194 f.; vgl. KLEINER/LUTZ, S. 146; vgl. HERTIG, S. 157; BGE 116 Ib 337: „Wie die Eidgenössische Bankenkommision hervorhebt, stellt der Bankkonzern ein empfindlich reagierendes Verbundsystem dar, in welchem die Insolvenz eines Gliedes zum Vertrauensentzug gegenüber den andern Gliedern führt.“

eine *faktische Beistandspflicht* entstehen, die es verunmöglicht, konkursreife Tochtergesellschaften in den Konkurs zu führen.⁷⁴⁵

2. Rechtsprechung zum Klumpenrisiko

Anhand der Rechtsprechung, die sich zu Darlehen an Aktionäre entwickelt hat, lassen sich Kriterien des verpönten Klumpenrisikos darlegen. Massgebend ist, ob sich die Höhe des Kredits im Verhältnis zu sämtlichen Aktiven der Gesellschaft noch verantworten lässt. Die Bildung von Rückstellungen oder Wertberichtigungen genügt nicht.⁷⁴⁶ Der Verwaltungsrat hat vielmehr auch bei solventen Schuldnern die Kredite zu kündigen, bis das zulässige Mass wieder erreicht ist.⁷⁴⁷ Das Klumpenrisiko liegt auch dann vor, wenn die Bonität des Aktionärs gut ist.⁷⁴⁸ Der diesbezügliche Sorgfaltsmassstab bei der Beurteilung des Klumpenrisikos durch den Verwaltungsrat ist besonders hoch anzusetzen, wenn der Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im Interesse von Aktionären oder Drittpersonen handelt, wie es bei der Interzession im Interesse des Aktionärs zumeist der Fall sein dürfte.⁷⁴⁹ Auch die Revisionsstelle hat auf Klumpenrisiken hinzuweisen und auf deren Abbau hinzuwirken. Sie hat bei grossen Aktionärsdarlehen die Bonität des Aktionärs zu überprüfen und allenfalls Wertberichtigungen zu verlangen.⁷⁵⁰

Das Bundesgericht hatte 1981 den Fall zu beurteilen, in dem ein Aktionär und Verwaltungsrat Y gegenüber der Gesellschaft Kontokorrentschulden in der Höhe von drei Fünfteln der Aktiven der Gesellschaft hatte.⁷⁵¹ Diese Höhe der Schulden kam zustande, weil der Aktionär und Verwaltungsrat X, der ebenfalls Kontokorrentschulden gegenüber der Gesellschaft hatte, seine Aktien Y verkaufte, der den Kaufpreis teilweise durch Übernahme

⁷⁴⁵ Vgl. BGE 116 Ib 338; vgl. die Kritik zu diesem Entscheid bei KLEINER/LUTZ, S. 145 ff. Die faktische Beistandspflicht wird in Art. 13a BankV erwähnt und zwingt eine Bank und die ihr zugerechneten Unternehmungen, für die eine solche faktische Beistandspflicht besteht, die Eigenmittelvorschriften *einzelnd und konsolidiert* zu erfüllen; vgl. dazu auch BANKG-LUTZ/GEIGER, Art. 4 N 89; DRUEY/VOGEL, S. 128 ff., insb. S. 131 ff.; vgl. ZÜRCHER, S. 237; DRUEY, ZSR, S. 376; DALLÈVES, S. 683, der den einhergehenden Prestige- und Reputationsverlust des Konkurses einer Tochtergesellschaft unterstreicht.

⁷⁴⁶ BGE 113 II 58.

⁷⁴⁷ BÖCKLI, Darlehen I, S. 8; BGE 113 II 58; ZR 88 S. 206.

⁷⁴⁸ BGE 113 II 58. Vgl. auch BGE 2A.79/2002 E. 3.1: Eine Gesellschaft gewährte dem beherrschenden Aktionär ihrer Muttergesellschaft ein Darlehen von DM 1'539'553.50, bei einer Bilanzsumme von DM 1'706'768.94. Das Bundesgericht bejahte das Vorliegen eines Klumpenrisikos klar.

⁷⁴⁹ BGE 113 II 57; 4C.258/2003, Erw. 2.2.2.

⁷⁵⁰ BGE 116 II 542.

⁷⁵¹ Bundesgerichtsentscheid vom 25. Mai 1981, abgedruckt in SJ (104) 1982 S. 223.

der Schuld des X beglich. Das Bundesgericht bejahte eine Sorgfaltpflichtsverletzung von X, der es dadurch zuliess, dass die Gesellschaft ungesicherte Forderungen in der Höhe von drei Fünfteln der Gesellschaftsaktiven gegenüber einem einzigen Aktionär hatte. Es sei der Gesellschaft unbenommen, für ihren Aktionär ein Kontokorrent zu führen. Es widerspreche aber den Interessen der Gesellschaft, wenn ein grosser Teil der Aktiven in Kontokorrentforderungen gegenüber einem Aktionär umgewandelt werden. Das Bundesgericht verglich die Höhe der ausstehenden Kontokorrentforderungen auch mit der Höhe des Gewinns. Der ausschüttbare Gewinn belief sich auf weniger als CHF 60'000, was in keinem Verhältnis zu den ausstehenden Forderungen in der Höhe von CHF 122'966.21 stand. Diese Schuld des Aktionärs Y, der schon anderweitig oft betrieben worden war, war ungesichert.⁷⁵²

Das Zürcher Obergericht hielt in einem Entscheid aus dem Jahre 1988 fest, dass ein Darlehen in der Höhe von 9% der Gesellschaftsaktiven angesichts erheblicher, rasch realisierbarer stiller Reserven kein Klumpenrisiko darstelle. In einem weiteren Schritt prüfte das Obergericht das Verhältnis der Höhe des Darlehens zu den der Gesellschaft zur Verfügung stehenden freien Mitteln. Das bereinigte Eigenkapital betrug zu verschiedenen Zeitpunkten CHF 2,194 Mio. bzw. 1,802 Mio., während sich die Forderungen gegen den Alleinaktionär dazu auf CHF 2,845 Mio. bzw. CHF 2,787 Mio. beliefen. Ein früherer Revisionsbericht hielt fest, dass der Kredit bereits damals mehr als das Zweifache des Aktienkapitals betrug. Das Obergericht betrachtete jedoch die Frage als entscheidend, ob die Höhe des Darlehens *im Vergleich zu sämtlichen Aktiven* der Gesellschaft die Interessen der Gesellschaft und deren Gläubiger beeinträchtigte. Dies verneinte das Obergericht aufgrund des anteiligen Verhältnisses und unter dem Hinweis, dass das Darlehen durch das Vermögen des Alleinaktionärs gedeckt war.⁷⁵³

3. Bankengesetz und -verordnung

Das Klumpenrisiko wird in der Bankengesetzgebung ausführlich erfasst.⁷⁵⁴ Die Regelung gilt zwar nur für die dem Gesetz unterstellten Banken im Sinne von Art. 1 BankG. Der Regelungsgehalt ist jedoch auch für Effektenhändler relevant.⁷⁵⁵ An dieser Stelle soll anhand der Bankengesetzgebung

⁷⁵² Bundesgerichtsentscheid vom 25. Mai 1981, abgedruckt in SJ (104) 1982 S. 227.

⁷⁵³ ZR 88 (1989) Nr. 65 S. 206 f.

⁷⁵⁴ Art. 4^{bis} BankG (SR 952) und Art. 21 ff. BankV (SR 952.02).

⁷⁵⁵ Art. 13 BEHG (Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.1) und Art. 29 BEHV (Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.11) mit Verweisen auf die Bankenverordnung.

verdeutlicht werden, dass die Interzession im Interesse des Aktionärs ein dem Darlehen *ähnliches Risiko* darstellt.

Die Bankengesetzgebung erfasst im Rahmen der Feststellung der Klumpenrisiken nicht nur die Kreditgewährung, sondern alle Geschäfte, die Risikopositionen darstellen, worunter auch die Interzession fällt.⁷⁵⁶ Derartige Eventualverpflichtungen sind gemäss den genau definierten *Kreditumrechnungsfaktoren* in ein *Kreditäquivalent* umzurechnen.⁷⁵⁷ Bei Aval-, Bürgschafts- und Garantieverpflichtungen wird der Nominal- oder Barwert der Eventualverpflichtung mit dem Faktor 1 in das Kreditäquivalent umgerechnet. Eine derartige Eventualverpflichtung wird hinsichtlich des Risikos folglich einem Darlehen in derselben Höhe gleichgesetzt.⁷⁵⁸

Gemäss Art. 4^{bis} Abs. 1 BankG müssen die Ausleihungen einer Bank an einen einzelnen Kunden sowie die Beteiligungen an einem einzelnen Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zu ihren eigenen Mitteln stehen. Die Verordnung zum Bankengesetz definiert die Angemessenheit der Risiken zu den eigenen Mitteln eingehender. Ein Klumpenrisiko liegt vor, wenn die Risikoposition einer Gegenpartei 10% der eigenen Mittel der Bank erreicht oder überschreitet. Klumpenrisiken sind ab dieser Grösse dem Verwaltungsrat und der bankengesetzlichen Revisionsstelle zu melden.⁷⁵⁹ Eine Risikoposition darf 25% der eigenen Mittel nicht überschreiten.⁷⁶⁰ Alle Klumpenrisiken zusammen dürfen 800% der anrechenbaren eigenen Mittel nicht überschreiten.⁷⁶¹

⁷⁵⁶ Vgl. BANKG-LUTZ, Art. 4^{bis} N 12 f.; vgl. die Verfügung der EBK vom 26. Februar 1985 in EBK-Bulletin 15 (1985) S. 20.

⁷⁵⁷ Art. 21g Abs. 1 BankV.

⁷⁵⁸ Die Bandbreite der Kreditumrechnungsfaktoren reicht von 0,25 bis 6,25, vgl. Art. 12d Abs. 2 BankV.

⁷⁵⁹ Art. 21 BankV.

⁷⁶⁰ Art. 21a Abs. 1 BankV.

⁷⁶¹ Art. 21b Abs. 1 BankV. Die Klumpenrisiken sind auf *konsolidierter Basis* zu melden, wenn das Bankinstitut aufgrund des Art. 13a BankV verpflichtet ist, die Eigenkapitalvorschriften auf konsolidierter Basis einzuhalten (Art. 21m BankV; vgl. BANKG-LUTZ, Art. 4^{bis} N 40; vgl. auch BANKG-LUTZ/GEIGER, Art. 4 N 89). Gehört die Bank einem Bankkonzern an, der einer angemessenen Aufsicht auf konsolidierter Basis untersteht, sind die Risikopositionen der Konzerngesellschaften, welche Teil der Konsolidierung bilden und ihrerseits angemessen beaufsichtigt werden – oder ausschliesslich Konzerngesellschaften als Vertragspartner haben – von der Einhaltung der Obergrenze des Art. 21a Abs. 1 BankV (25% der anrechenbaren eigenen Mittel) ausgenommen (Art. 21a Abs. 2 BankV; vgl. BOEMLE/GSELL/JETZER/NYFFELER/THALMANN, S. 652, wo vorgebracht wird, dass eine Obergrenze von 25% die Zentralisierung der Tresorerie und des Risikomanagements des Bankkonzerns verunmöglichen würde.

4. Ergebnis

Der Verwaltungsrat muss bei der Interzession im Interesse des Aktionärs aufgrund der Sorgfaltspflicht und der drohenden Haftbarkeit aufgrund der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit bedacht sein, dass die Risiken der Gesellschaft vernünftig verteilt sind. Dabei sind als Richtschnur alle Elemente aus der Rechtsprechung zu berücksichtigen. Dies sind die Bonität des Aktionärs, das Verhältnis des Risikopostens zum frei ausschüttbaren Kapital und zu den gesamten Aktiven, die zeitliche Verfügbarkeit und die Höhe allfälliger Reserven. Aufgrund einer Gesamtbetrachtung all dieser Faktoren hat der Verwaltungsrat zu entscheiden, was noch als vernünftige Risikoverteilung akzeptiert werden kann.

Die Verpflichtungen sind bei Vorliegen eines Klumpenrisikos zu reduzieren, denn die Bildung von Rückstellungen genügt nicht. Die Begrenzung der Inanspruchnahme der Sicherheiten auf die frei ausschüttbaren Mittel (siehe nachfolgend unter VI) stellt deshalb eine taugliche Massnahme zur Risikominimierung dar.

VI. Limitierung auf die frei ausschüttbaren Mittel

In der Praxis ist es üblich, die Höhe des maximal vollstreckbaren Betrages der Sicherheiten auf die im Vollstreckungszeitpunkt frei als Dividende ausschüttbaren Mittel zu limitieren.⁷⁶² Diese Vorkehrung stellt sicher, dass das Verbot der Einlagerückgewähr im Sinne von Art. 680 Abs. 2 OR nicht verletzt wird. Weiter trägt sie dazu bei, dass kein Klumpenrisiko entsteht und in strafrechtlicher Hinsicht unter bestimmten Voraussetzungen der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nicht erfüllt wird.⁷⁶³ Andere Probleme werden dadurch jedoch nicht gelöst.⁷⁶⁴

⁷⁶² Vgl. den Hinweis hiezu bei TSCHÄNI, S. 205 FN 54.

⁷⁶³ Siehe S. 214; vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 261.

⁷⁶⁴ Die Interzession im Interesse des Aktionärs kann trotz der Limitierung auf die frei ausschüttbaren Mittel dazu führen, dass der Leistungsempfänger im Sinne von Art. 678 Abs. 2 OR aufgrund der verdeckten Gewinnausschüttung rückerstattungspflichtig wird, weil die Leistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung steht. In Fällen mit offensichtlichem Missverhältnis sollte deshalb eine formelle Ausschüttung des *Werts der Interzession* erfolgen. Ein Ausschüttungsbeschluss lässt sich in solchen Fällen nur vermeiden, wenn man der herrschenden Lehre folgt und den Zweck der Gesellschaft um eine Unterwerfungsklausel ergänzt. Nach der herrschenden Lehre werden Leistungsempfänger trotz offensichtlichem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aufgrund der verdeckten Gewinnausschüttung nicht rückerstattungspflichtig, wenn die Interzedentin einen Unterwerfungszweck aufweist (siehe vorne, S. 116 ff.). Diese Ansicht der herrschenden Lehre wird in dieser Arbeit abgelehnt und von einem

VII. Zentrale Bedeutung der Entschädigung zu Drittkonditionen

Der Verwaltungsrat wird haftbar, wenn er Vermögenswerte der Gesellschaft ohne oder ohne adäquate Gegenleistung veräussert.⁷⁶⁵ Dasselbe gilt für die Interzession im Interesse des Aktionärs. Der Verwaltungsrat der Interzedentin verhält sich hinsichtlich aller rechtlichen Problembereiche nur dann korrekt, wenn er auf der Entschädigung der Interzession zu Drittkonditionen nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* beharrt.⁷⁶⁶

Für Banken im Sinne des Bankengesetzes ist in Art. 4^{ter} BankG sogar festgelegt, dass so genannte Organkredite, unter denen sämtliche Risikopositionen an Organe und massgebliche Aktionäre zu verstehen sind, nur nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Bankgewerbes gewährt werden dürfen. Eine Bank darf ihren Organen keine Kredite zu Konditionen gewähren, die eine unabhängige Bank nicht ebenfalls zu denselben Konditionen gewähren würde.⁷⁶⁷ Die Norm des Art. 4^{ter} BankG gilt auch für andere Geschäfte und die Interzession, die mittels *Kreditumrechnungsfaktoren* in ein so genanntes *Kreditäquivalent* umgerechnet werden.⁷⁶⁸

Der Sorgfaltsmassstab für den Verwaltungsrat ist besonders streng, wenn es um Geschäfte geht, die nicht im Interesse der Gesellschaft eingegangen werden, sondern im eigenen Interesse des Verwaltungsrats, des Aktionärs oder sonstigen Dritten.⁷⁶⁹ Der Verwaltungsrat ist deshalb bei der Interzession im Interesse des Aktionärs – unabhängig von allfälligen Weisungen seines Arbeitgebers oder des Aktionärs – aufgrund der drohenden aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber den Gläubigern gehalten, für eine adäquate Entschädigung der Interzedentin besorgt zu sein.

Die Abwicklung der Interzession zu Drittkonditionen ist von zentraler Bedeutung für deren Gültigkeit in den rechtlichen Problemkreisen der verdeckten Gewinnausschüttung (in aktien- und steuerrechtlicher Hinsicht),⁷⁷⁰

Unterwerfungs- bzw. Finanzierungszweck wird aufgrund der Gefahr des Durchgriffs abgeraten (siehe vorne S. 175).

⁷⁶⁵ SJ 106 (1984) S. 486 f.; RJN (Revue jurassienne de jurisprudence) 1999, S. 220 f.; ZR 59 (1960) Nr. 130 S. 330 ff.

⁷⁶⁶ Zur Berechnung dieser Gegenleistung siehe vorne, S. 112 f.

⁷⁶⁷ Vgl. Verfügung der EBK vom 22. März 1995 in Sachen Bank X in EBK-Bulletin Heft 29 (1995), S. 13; BANKG-LUTZ, Art. 4^{ter} N 2.

⁷⁶⁸ Vgl. BANKG-LUTZ, Art. 4^{ter} N 8; Art. 12d Abs. 1 und 2 BankV.

⁷⁶⁹ BGE 113 II 57; 4C.258/2003, Erw. 2.2.2.

⁷⁷⁰ Siehe vorne, S. 105 ff. und hinten, S. 205 ff.

des Verbots der Einlagerückgewähr,⁷⁷¹ des Gesellschaftszwecks und -interesses,⁷⁷² der paulianischen Anfechtungsklagen des SchKG,⁷⁷³ der ungetreuen Geschäftsbesorgung,⁷⁷⁴ der Gleichbehandlung der Aktionäre⁷⁷⁵ sowie der Verhinderung der Durchgriffshaftung.⁷⁷⁶

Das Beharren des Verwaltungsrats auf einer adäquaten Entschädigung für die Interzession im Interesse des Aktionärs gehört nicht nur zu den Pflichten des Verwaltungsrats in personalistischen Verhältnissen, sondern auch im Konzern: Die konzernmässige Beeinflussung der Tochtergesellschaften ist nur insoweit legitim, als die dadurch entstehenden Benachteiligungen ausgeglichen werden.⁷⁷⁷ Werden die beherrschten Gesellschaften nämlich mittels verdeckter Gewinnausschüttungen und interessewidrigen Geschäften geschwächt, kann dies dazu führen, dass die beherrschte Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, ihr Schicksal aus eigener Kraft zu bewältigen.

Dies ist nicht bloss für den Verwaltungsrat gefährlich, der auf Weisung der Muttergesellschaft handelt. Während diesem die Inanspruchnahme aufgrund der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit droht, muss der Haupt- oder Alleinaktionär nebst der Inanspruchnahme als faktisches Organ fürchten, dass als *ultima ratio* sein persönliches Vermögen von der Durchgriffshaftung erfasst wird.⁷⁷⁸ Der Allein- oder Hauptaktionär muss folglich auch ein Interesse daran haben, dass die Interzedentin adäquat entschädigt wird. Auch die kreditgebende Bank hat daran ein Interesse. Wird die Interzession nicht adäquat entschädigt, sind die paulianischen Anfechtungstatbestände auf das Interzessionsgeschäft anwendbar. Die Sicherheit kann aufgrund der paulianischen Anfechtung unbeachtlich sein und die Forderung der Bank deshalb als ungesicherte Forderung kolloziert werden (siehe zur paulianischen Anfechtung hinten, S. 195 ff.).

⁷⁷¹ Siehe vorne, S. 140 ff.

⁷⁷² Siehe vorne, S. 46 ff.

⁷⁷³ Siehe hinten, S. 196 ff.

⁷⁷⁴ Siehe hinten, S. 212 ff.

⁷⁷⁵ Siehe vorne, S. 152 ff.

⁷⁷⁶ Siehe vorne, S. 175.

⁷⁷⁷ ZR 98 (1999) S. 243.

⁷⁷⁸ Vgl. vorne, S. 169 ff.; vgl. ANDREAS VON PLANTA, S. 168 ff.; ZR 98 (1999) S. 236; vgl. auch BGE 71 II 275 f. zum Fall, in dem der wichtigste Aktionär die Aktiengesellschaft für seine persönlichen Interessen einsetzt und über diese auch ungeachtet anderer Aktionäre verfügen kann.

Viertes Kapitel: Übrige Rechtsgebiete und Problemkreise im Überblick

§ 14 Internationales Privatrecht

I. Problemstellung

Bei grossen Kreditverhältnissen, bei denen auch Tochtergesellschaften eines internationalen Konzerns Sicherheiten zugunsten der Schuld der Konzernspitzengesellschaft bestellen müssen, stellt sich die Frage nach dem auf den Sicherheitenvertrag anwendbaren Recht. In vielen Jurisdiktionen gibt es Beschränkungen hinsichtlich der Interzession im Interesse des Aktionärs. Es gilt für diese Jurisdiktionen abzuklären, ob der Sicherheitenvertrag dem Vertragsstatut oder einem anderen Recht als dem auf die Interzedentin anwendbaren Gesellschaftsstatut unterstellt werden kann (siehe Abschnitt II). Das Problem der Kapitalschutzvorschriften verschärft sich in mehrstufigen Konzernen. Wäre es beispielsweise den ausländischen Tochtergesellschaften einer Schweizer Subholding möglich, unbeschränkte Garantien und weitere Sicherheiten ohne Gegenleistung zugunsten der Konzernspitzengesellschaft stellen zu können, stellt sich die Frage der Anwendbarkeit der Schweizer Kapitalschutzvorschriften. Auf diese Problematik ist in Abschnitt III einzugehen.

II. Anknüpfung: Vertrags- oder Gesellschaftsstatut?

1. Vertragsstatut

Die Interzession erfolgt durch Abschluss eines Vertrages. Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht ein Vertrag grundsätzlich dem von den Parteien gewählten Recht. Bei Fehlen einer Rechtswahl untersteht der Vertrag gemäss Art. 117 IPRG dem Recht des Staates, in dem die Partei, die die charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem sich ihre Niederlassung befindet. Bei Bürgschafts- und Garantieverträgen gilt als charakteristische Leistung die Leistung des Bürgen oder Garanten.⁷⁷⁹ Bei Zessionen – beispielsweise der Globalzession aller zukünftigen Forderungen – wäre aufgrund des Art. 145 Abs. 1 IPRG die Rechtswahl oder subsidiär das auf die Forderung anwendbare Recht massgebend.

Das Vertrags- oder Zessionsstatut regelt jedoch nicht die Fragen, die hinsichtlich der Interzession im Interesse des Aktionärs relevant sind. Das Vertragsstatut bestimmt lediglich den Inhalt, die Erfüllung, die Abwicklung, das Zustandekommen und die Beendigung des Vertrages und regelt Fragen der Verjährung.⁷⁸⁰ Dies sind – mit Ausnahme des Zustandekommens – jedoch nicht die Problemfelder der Interzession im Interesse des Aktionärs. Das Zustandekommen des Interzessionsgeschäfts ist weniger ein Konsensproblem, sondern vorwiegend eines der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze der Vertretungsmacht und –befugnis, allfällig vorhandener Regeln des Konzernrechts und des Kapital- und Gläubigerschutzes. Die Qualifikation über das Vertragsstatut ist deshalb internationalprivatrechtlich unpassend.⁷⁸¹ Das Interesse gilt deshalb vornehmlich der Anknüpfung über das Gesellschaftsstatut, auf welches nachfolgend einzugehen ist.

2. Gesellschaftsstatut

Gemäss Art. 154 IPRG unterstehen Gesellschaften dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind, wenn sie die darin vorge-

⁷⁷⁹ Art. 117 Abs. 3 lit. e IPRG. Zur Prüfungsreihenfolge siehe IPRG-AMSTUTZ/VOGT/WANG, Art. 117 N 11 f.

⁷⁸⁰ SIEHR, S. 237.

⁷⁸¹ Würde die Qualifikation nur nach Schweizer oder deutschem Recht erfolgen, wäre ebenfalls das Gesellschaftsstatut massgebend. Die Qualifikation in der Schweiz erfolgt nach internationalprivatrechtlichen Grundsätzen und nicht nach materiellem Schweizer Recht. Siehe dazu die Bemerkungen bei SIEHR, S. 528.

schriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften dieses Rechts erfüllen oder, falls solche Vorschriften nicht bestehen, wenn sie sich nach dem Recht dieses Staates organisiert haben. Das Gesellschaftsstatut gilt gemäss Art. 155 IPRG für die Rechts- und Handlungsfähigkeit (Art. 155 lit. c IPRG), die internen Beziehungen, namentlich diejenigen zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern (Art. 155 lit. f IPRG), die Haftung aus Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Art. 155 lit. g IPRG), die Haftung für ihre Schulden (Art. 155 lit. h IPRG) und die Vertretung der aufgrund ihrer Organisation handelnden Personen (Art. 155 lit. i IPRG). Zur Organisation der Gesellschaft gemäss Art. 155 lit. e IPRG gehören auch die zum Schutze der Aktionäre und Gläubiger bestehenden Kapitalerhaltungsvorschriften.⁷⁸² Diese gesetzliche Regelung bezweckt, dem Gesellschaftsstatut einen möglichst weiten Anwendungsbereich zu geben.⁷⁸³

a) Abgrenzung zum Deliktsstatut

Es wäre denkbar, dass die Verletzung der aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften auch vom *Deliktsstatut* (Art. 132 ff. IPRG) erfasst würde. Dies trifft jedoch nur für die Verletzung allgemeiner *deliktischer* Normen zu. Liegt die unerlaubte Handlung in der Verletzung *gesellschaftsrechtlicher* Normen, so ist das Gesellschaftsstatut anwendbar.⁷⁸⁴ Genauso wurde im Entscheid in Sachen Werner K. Rey entschieden.⁷⁸⁵ Ansprüche der Gesellschaft gegen eine Person als Einflussnehmer von aussen (i.c. ging es um Anstiftung zu gesellschaftsschädigendem Verhalten) unterliegen dem Deliktsstatut. Die Beurteilung der Einflussnahme als herrschender Unternehmer untersteht hingegen dem Gesellschaftsstatut.⁷⁸⁶

b) Verdeckte Gewinnausschüttung

Die Beurteilung verdeckter Gewinnausschüttungen erfolgt über das Gesellschaftsstatut.⁷⁸⁷ Bei der Interzession im Interesse des Aktionärs ist zum einen die vertretungsrechtliche Seite im Sinne der Dichotomie der Ver-

⁷⁸² IPRG-VON PLANTA, Art. 155 N 11.

⁷⁸³ BGE 128 III 349; BBl 1983 I 442. Das Bundesgericht hat denn auch entschieden, dass der Haftungsdurchgriff im internationalen Verhältnis dem auf die Gesellschaft anwendbaren Recht untersteht, siehe BGE 128 III 348 ff.

⁷⁸⁴ IPRG-VON PLANTA, Art. 155 IPRG N 7; SIEHR, S. 401.

⁷⁸⁵ ZR 98 (1999) S. 225 ff.

⁷⁸⁶ ZR 98 (1999) S. 254. Die Anwendbarkeit des Deliktsstatuts würde aufgrund des massgeblichen Erfolgs- oder des subsidiären Begehungsortes (Art. 133 Abs. 2 IPRG) in den meisten Fällen bedeuten, dass das Recht am Sitz der abhängigen Gesellschaft zur Anwendung gelangte, vgl. HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 247 f.

⁷⁸⁷ Vgl. WATTER, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 158 f.

tretungsmacht und -befugnis relevant, die eindeutig vom Gesellschaftsstatut gemäss Art. 155 lit. i IPRG und Art. 158 IPRG geregelt wird (siehe hinten S. 188). Zum andern werden die Fragen zur Rückerstattungspflicht verdeckter Gewinnausschüttungen aufgrund von Art. 155 lit. f und g IPRG ebenfalls vom Gesellschaftsstatut der leistenden Gesellschaft entschieden, folglich vom Statut der interzedierenden Tochtergesellschaft.⁷⁸⁸

c) Konzern

Das IPRG enthält keine Kollisionsnormen für die Beurteilung internationaler Konzerne. Die Konzernproblematik der Interzession im Interesse des Aktionärs liegt in der Beeinflussung durch die Muttergesellschaft zu nachteiligen Geschäften und dem Schutz der Minderheitsaktionäre und der Gesellschaftsgläubiger.⁷⁸⁹ Beide Problemkreise werden vom Gesellschaftsstatut der beherrschten bzw. abhängigen Gesellschaft erfasst. Einerseits ergibt sich dies aus der teilweisen Erfassung durch Art. 155 lit. f-h IPRG, die allesamt zum Gesellschaftsstatut gehören. Das Verhältnis des beherrschenden Aktionärs zur Gesellschaft ist Teil der internen Beziehungen der Gesellschaft zu ihren Mitgliedern, der Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften sowie der Haftung für Schulden der Gesellschaft (Art. 155 lit. f-h IPRG). Die Kapitalentnahmenormen des Schweizer Aktienrechts sind zwingend und dienen dem Schutz der Minderheitsaktionäre und der Gesellschaftsgläubiger.⁷⁹⁰ Existieren solche oder ähnliche Vorschriften im Ausland, werden sie vom Schweizer Richter als schützenswerte und offensichtliche Interessen unter den Voraussetzungen des Art. 19 IPRG angewandt, obwohl eigentlich ein anderes Recht anwendbar wäre.⁷⁹¹ Die transnationale Anwendung solcher Vorschriften ist notwendig, da ansonsten der Gesetzeszweck nicht realisiert werden könnte.⁷⁹²

⁷⁸⁸ Vgl. WATTER, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 158 f.

⁷⁸⁹ Siehe dazu vorne, S. 38 ff.

⁷⁹⁰ Vgl. die Überlegungen bei HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 246 ff. und S. 256 f., der grundsätzlich von der Anwendbarkeit des Tochterstatuts ausgeht. Vgl. die identische Rechtslage in Deutschland, wenn eine deutsche Gesellschaft einen Beherrschungsvertrag abschliesst und sich so einer ausländischen Gesellschaft unterwirft. Auf das abhängige deutsche Unternehmen sind ohne Derogationsmöglichkeit alle deutschen Schutzvorschriften (§ 302-305 AktG) anwendbar, siehe EMMERICH/SONNENSCHNIG/HABERSACK, S. 167 und HORMUTH, S. 223 f. Dasselbe gilt für den faktischen Konzern, wo auf die ausländische Muttergesellschaft die Regelungen des § 311 AktG zum Schutz der deutschen Gesellschaft, ihrer Gläubiger und Gesellschafter anwendbar sind (HORMUTH, S. 223).

⁷⁹¹ Vgl. IPRG-MÄCHLER-ERNE, Art. 19 IPRG N 12 ff.; vgl. ZR 98 (1999) S. 254.

⁷⁹² Vgl. ZR 98 (1999) S. 254.

d) Durchgriff

Der Durchgriff ist grundsätzlich ein Anwendungsfall des *Rechtsmissbrauchsverbots*.⁷⁹³ Dieses gehört zum positiven ordre public im Sinne von Art. 18 IPRG, weshalb die Frage des Durchgriffs stets zur Anwendbarkeit des Schweizer Rechts führen müsste. Das Bundesgericht jedoch hat diese Auffassung für den Haftungsdurchgriff zu Recht aus zwei Gründen abgelehnt. Der Durchgriff ist zum einen nach kollisionsrechtlicher Auslegung nicht überall wie in der Schweiz ein Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs, sondern ein gesellschaftsrechtliches Problem. Die Durchgriffshaftung ist zum andern keine Rechtsfigur, die aufgrund ihres besonderen Zwecks zwingend die Anwendung Schweizer Rechts verlangt.⁷⁹⁴ Führt das ausländische Recht zu einem Ergebnis, das mit dem schweizerischen ordre public unvereinbar ist, könnte die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts aufgrund des negativen ordre public immer noch gemäss Art. 17 IPRG ausgeschlossen werden.⁷⁹⁵

Der Durchgriff aufgrund von *Vermögensvermischungen*, die thematisch zu den Verletzungen der Kapitalentnahmenormen gehören, fällt eindeutig in den Anwendungsbereich des Gesellschaftsstatuts der abhängigen Gesellschaft.⁷⁹⁶ Vermögensvermischungen tangieren zwar stets die Interessen der abhängigen und der beherrschenden Gesellschaft. Der Durchgriff erfolgt indessen aufgrund der Verletzung von Vorschriften, die zum Schutz der Tochtergesellschaft und deren Gläubigern aufgestellt worden sind. Für die Anwendung des Gesellschaftsstatuts der Muttergesellschaft lassen sich deshalb keine schutzwürdigen Interessen erkennen.⁷⁹⁷

Dieselben Überlegungen treffen auf den Durchgriffsfall der *Unterkapitalisierung* zu, bei dem ebenfalls aufgrund der Abwägung der Schutzwürdigkeit der entgegenstehenden Interessen auf das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft abgestellt wird.⁷⁹⁸ Das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft erfasst auch den Durchgriff aufgrund *nachteiliger*

⁷⁹³ BGE 121 III 321.

⁷⁹⁴ BGE 128 III 349 f. In BGE 128 III 206 f. hatte das Bundesgericht noch entschieden, dass das Rechtsmissbrauchsverbot zum positiven ordre public gehört, weshalb in solchen Fällen stets Schweizer Recht anwendbar sei; vgl. dazu auch ZR 98 (1999) S. 238 f.

⁷⁹⁵ BGE 128 III 350.

⁷⁹⁶ Zu den Kapitalentnahmenormen zählen insbesondere die Normen der Dividendenausschüttung, Rückerstattung von Einlagen, Reservebildung, Bilanzierungsvorschriften, vgl. WICK, S. 181.

⁷⁹⁷ WICK, S. 181 f.; vgl. auch HOFSTETTER, Haftungsregeln, S. 249.

⁷⁹⁸ WICK, S. 173 f.

*Fremdsteuerung.*⁷⁹⁹ Stets sind die Schutzbedürfnisse der abhängigen Gesellschaft höher zu gewichten als diejenigen der Aktionärin. Deshalb wird in Fragen des Durchgriffs auf den Aktionär oder die Muttergesellschaft in Konzernen das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft angewandt. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts: Es wendet beim direkten Durchgriff auf das Vermögen des Aktionärs das Recht der betroffenen Gesellschaft an. Auch beim umgekehrten Haftungsdurchgriff auf das Vermögen der abhängigen Gesellschaft für Schulden des Aktionärs ist das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft anwendbar.⁸⁰⁰

e) Vertretungsmacht und -befugnis

Der Problemkreis der Vertretungsmacht und -befugnis wird unter Vorbehalt der Spezialanknüpfung des Art. 158 IPRG ebenfalls vom Gesellschaftsstatut erfasst (Art. 155 lit. i IPRG). Dazu gehören die Zweckgrenze sowie die Einschränkungen des Selbstkontrahierens und der Doppelvertretung.⁸⁰¹

Gemäss der Sonderanknüpfung des Art. 158 IPRG ist es der Gesellschaft verwehrt, sich gegenüber gutgläubigen Dritten auf Beschränkungen der Handlungsfähigkeit zu berufen, die am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Dritten unbekannt sind. Zu den Beschränkungen, die in anderen Staaten unbekannt sein können, gehören beispielsweise die Schweizer Zweckgrenze gemäss Art. 718a OR und die in gewissen US-Bundesstaaten teilweise noch existierende Ultra-Vires-Doktrin.⁸⁰²

3. Zwischenergebnis

Das *Gesellschaftsstatut* regelt die für die Interzession im Interesse des Aktionärs relevanten Fragen. Anhand der Normzwecke kommt stets das Gesellschaftsstatut der *abhängigen* Gesellschaft zur Anwendung.

⁷⁹⁹ Vgl. WICK, S. 225 f., der von der Haftung aufgrund der Mitgliederzahl oder der Fremdsteuerung spricht.

⁸⁰⁰ BGE 128 III 349.

⁸⁰¹ IPRG-WATTER, Art. 158 IPRG N 2; vgl. zur Situation vor Inkrafttreten des IPRG BGE 20 440, 95 II 448 (*Prospera*-Entscheid; dort wurde jedoch der Normgehalt des Art. 158 IPRG nicht beachtet, da nicht auf den Gutgläubensschutz abgestellt und im Ergebnis die so genannte Ultra-Vires-Doktrin angewandt wurde, siehe vorne S. 33) und BGE 101 II 170.

⁸⁰² IPRG-WATTER, Art. 158 IPRG N 8.

III. Umgehung des Kapitalschutzes in mehrstufigen Konzernen

1. Problemstellung

Die nachfolgenden Überlegungen basieren auf folgendem Sachverhalt: Ein Konzern wird von einer ausländischen Konzernspitzengesellschaft beherrscht. Diese nimmt bei einer Bank ein Darlehen auf, welches durch alle Gesellschaften des Konzerns mittels Garantien und Pfandbestellungen besichert wird. Die Schweizer Subholdinggesellschaft und deren Töchter im Ausland werden auch verpflichtet, Sicherheiten zu stellen. Die Beteiligung an den Tochtergesellschaften ist der einzige Vermögenswert der Schweizer Subholding. Sofern die Tochtergesellschaften im Ausland keinen Restriktionen hinsichtlich aufsteigender Sicherheiten unterstellt sind, könnten die Normen der verdeckten Gewinnausschüttung und der Einlagerückgewähr durch die interzedierenden Tochtergesellschaften im Ausland umgangen werden. Es stellt sich die Frage, ob in solchen Fällen das Schweizer Gesellschaftsstatut hinsichtlich des Kapitalschutzes auch auf die Interzession der ausländischen Tochtergesellschaften der Schweizer Subholding anwendbar ist.

2. Anwendbares Gesellschaftsstatut

a) Problemstellung

Nach den in diesem Kapitel beschriebenen Grundsätzen ist es das Gesellschaftsstatut der abhängigen Gesellschaft, das für Fragen der Beherrschung durch den Aktionär und die Problematik der Kapitalerhaltungsvorschriften massgebend ist. Dies hätte zur Folge, dass im vorliegenden Fall der Schweizer Subholding und der ausländischen Tochtergesellschaften deren Gesellschaftsstatut zur Anwendung gelangte. Die Schweizer Kapitalerhaltungsvorschriften wären somit nicht anwendbar. Diese sind jedoch eindeutig auf die Schweizer Subholding anwendbar und wären im Ergebnis verletzt, wenn die ausländischen Tochtergesellschaften ausgehöhlt werden und die Schweizer Subholding über keine anderen Vermögenswerte als die Beteiligungen an den Tochtergesellschaften verfügt.

Das anwendbare Recht ist hinsichtlich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit relevant: Sofern die ausländischen Tochtergesellschaften der Schweizer Subholding von denselben Personen geleitet werden, stellt sich

die Frage, ob sie für die Interzession ihrer Tochterunternehmungen nach Art. 754 OR aktienrechtlich verantwortlich gemacht werden können. Falls die Schweizer Subholding als Allein- oder Hauptaktionärin der ausländischen Gesellschaften die Interzession genehmigen muss, so hat sie es in der Hand, ob die Kapitalschutzvorschriften hinsichtlich aller Gesellschaften eingehalten werden. Die Gläubiger der Schweizer Subholding werden sich darauf berufen, dass die Organe der Schweizer Subholding aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit nach Schweizer Recht für die Interzessionsgeschäfte der ausländischen Tochtergesellschaften haftbar werden. Entscheidend ist für die Frage der Verantwortlichkeit aber auch hier, ob die Schweizer Kapitalschutzvorschriften auf die ausländischen Tochtergesellschaften anwendbar sind.

b) Loi d'application immédiate

Einen Lösungsansatz zu dieser Problematik bietet die so genannte *loi d'application immédiate* gemäss Art. 18 IPRG, wonach zwingende Bestimmungen des schweizerischen Rechts *wegen ihres besonderen Zwecks* unabhängig von dem durch das IPRG bezeichneten Recht anzuwenden sind. Die rechtsanwendende Instanz wendet dann inländisches Recht an, wenn dieses zwingend ist, d.h. *fundamentale Bedeutung* für den Staat und die Rechtsgemeinschaft in einer internationalen Dimension aufweist.⁸⁰³ Die Norm muss jedoch keinen besonderen *ethischen Wert* aufweisen.⁸⁰⁴ Als Beispiele nennt die Botschaft zum IPRG die Vorschriften über den Erwerb schweizerischer Grundstücke durch Personen im Ausland und die öffentlichrechtlichen Schutznormen des Arbeitsgesetzes.⁸⁰⁵

Die Normen der verdeckten Gewinnausschüttung und das Verbot der Einlagerückgewähr sind im Gesellschaftsrecht von vergleichbar wichtiger Bedeutung, denn sie realisieren die tatsächliche Schaffung des aktienrechtlichen Sondervermögens, das nur in wenigen und formell reglementierten Verfahren angetastet werden darf.⁸⁰⁶ Zur Anwendung der *loi d'application immédiate* bedarf es stets einer Abwägung der in Frage kommenden Interessen.⁸⁰⁷ Die Schweizer Normen zur verdeckten Gewinnausschüttung und des Verbots der Einlagerückgewähr sind tangiert, wenn die Tochterunternehmungen finanziell ausgeblutet werden. Die Interzession hat damit eine

⁸⁰³ Vgl. BBl 1983 I 314; IPRG-MÄCHLER-ERNE, Art. 18 IPRG N 10.

⁸⁰⁴ WICK, S. 86.

⁸⁰⁵ BBl 1983 I 314.

⁸⁰⁶ Vgl. BÖCKLI, Darlehen I, S. 4. Siehe zur besonderen Bedeutung der Kapitalerhaltungsvorschriften auch in Deutschland ZIMMERLING, S. 134 f.

⁸⁰⁷ IPRG-MÄCHLER-ERNE, Art. 18 IPRG N 11.

Inlandsbeziehung und Inlandwirkung, obwohl sie im Ausland und durch eine ausländische Tochtergesellschaft vorgenommen wird, denn die zu schützenden Subjekte – die Minderheitsaktionäre und die Gesellschaftsgläubiger der Schweizer Subholding – sind in der Schweiz lokalisiert oder haben diesen Status aufgrund des Schweizer Rechts.⁸⁰⁸ Die Anwendung der Schweizer Kapitalschutzvorschriften aufgrund des Art. 18 IPRG stellt somit einen gangbaren Weg dar.

Dieses Ergebnis drängt sich auch unter Missbrauchsaspekten auf. Werden die Gesellschaften einheitlich geleitet, muss aufgrund der Wissenszurechnung klar sein, dass die Organe der ausländischen Töchter keine unlimitierten Interzessionen eingehen können, ohne das geschützte Kapital der Schweizer Subholding zu schmälern. Es stellte somit eine klare Sorgfaltspflichtsverletzung dar, nicht auch auf das geschützte Kapital der Muttergesellschaft Rücksicht zu nehmen. Nach Treu und Glauben wäre die Behauptung missbräuchlich, die Verletzung der Kapitalschutzvorschriften sei durch die Tochterunternehmungen erfolgt und nach deren Recht zulässig.⁸⁰⁹ Dies ist vergleichbar mit der Konstruktion des *Zurechnungsdurchgriffs*, der auch ohne Rechtsmissbrauch anwendbar ist.⁸¹⁰ Es ist jedoch auch ein durchgriffsähnlicher Tatbestand, wenn die Kapitalschutzvorschriften der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft ausgedehnt werden, weil die rechtlich selbständige Betrachtung gegen Treu und Glauben verstiesse.

Dieser Sachverhalt ist der Anwendung der Einschränkung des Haltens eigener Aktien auf Tochtergesellschaften (Art. 659b OR) im Ausland sehr ähnlich.⁸¹¹ Auch dort hat die Schweizer Obergesellschaft alle Einschränkungen zu beachten, ohne dass sich einzelne Pflichten an die ausländischen Untergesellschaften richten. Liegt die Verantwortung bei der Obergesellschaft, so ist der Schutz ihrer Gläubiger und Aktionäre trotz ausländischer Untergesellschaften gewährleistet.⁸¹² Die Organe der Schweizer Subholding werden demnach für die Verletzung der Kapitalschutzvorschriften gegenüber den Gläubigern der Schweizer Subholding nach Schweizer Recht haftbar, obwohl sie als Organe der ausländischen

⁸⁰⁸ Vgl. die Überlegungen bei SCHNYDER, S. 172 und 177; vgl. auch IPRG-MÄCHLER-ERNE, Art. 18 IPRG N 14; vgl. zum Binnenbezug ZR 98 (1999) S. 235.

⁸⁰⁹ Vgl. den Durchgriffsfall in BGE 71 II 274 ff., in dem Konkurrenzverbote und sonstige Pflichten nicht bloss für den Aktionär, sondern auch für die von ihm beherrschten Gesellschaften gelten.

⁸¹⁰ WICK, S. 87 und 269. Dabei werden Eigenschaften, Wissen, Nichtwissen oder Verhalten der abhängigen Gesellschaft der beherrschenden Gesellschaft als eigene zugerechnet und umgekehrt.

⁸¹¹ Vgl. BGE 72 II 275 ff. zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Art. 659b OR.

⁸¹² GIGER, S. 120; vgl. BÖCKLI, § 4 N 333; vgl. OR-VON PLANTA/LENZ, Art. 659b N 15a.

Tochtergesellschaften gewirkt haben. Dies ist klarerweise dann der Fall, wenn die Gesellschaften unter einheitlicher Leitung stehen oder der Beschluss zur Interzession der Schweizer Subholding als Allein- oder Hauptaktionärin zur Genehmigung vorgelegen hat und die Einflussmöglichkeit nicht wahrgenommen wurde.

§ 15 Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

I. Vollstreckung der Sicherheiten

Kann die Aktionärin oder die Muttergesellschaft der Interzedentin die Darlehensschuld nicht zurückbezahlen, so wird die kreditgebende Bank versuchen, die Pfandsicherheiten und fiduziarisch eingeräumten Sicherheiten zu verwerten sowie die vorhandenen Bürgschaften und Garantien einzufordern. Bereits in diesem Stadium kann die Interzedentin gegen den Mittelabfluss vorgehen. Die Organe der Interzedentin sind sogar dazu verpflichtet, falls die Interzession ein Verstoß gegen Gesetz und Statuten darstellt.⁸¹³ Die Opposition erweist sich in der Praxis jedoch häufig als schwierig, weil die Banken in den Sicherheitenverträgen die Privatverwertung der sicherungsübereigneten Gegenstände oder sicherungszedierter Konten vorsehen, so dass häufig keine formelle Betreibung auf Pfandverwertung erfolgt.

Gehen die Banken aufgrund der Bürgschaften vor oder streben sie die Betreibung auf Pfandverwertung an, kann gegen den Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag erhoben werden (Art. 74 SchKG). Der Rechtsvorschlag erfasst nicht nur die Forderung, sondern auch das Bestehen eines allfälligen Pfandrechts.⁸¹⁴ Es ist jedoch auch möglich, lediglich das Bestehen eines Pfandrechts zu bestreiten.

⁸¹³ Die Mitglieder des Verwaltungsrates müssen die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Dazu gehört auch, gegen die Geltendmachung unberechtigter Forderungen vorzugehen und darauf zu achten, dass der Gesellschaft keine Vermögenswerte ohne angemessene Gegenleistung entzogen werden, vgl. BÄRTSCHI, S. 247.

⁸¹⁴ SCHKG-BESSENICH, Art. 74 N 26; Art. 85 VZG, der auch für die Faustpfandverwertung gilt, vgl. BGE 57 III 26; zum alten Recht siehe FRITZSCHE/WALDER, § 17 N 42 S. 214.

II. Behandlung im Konkurs

Die Interzession im Interesse des Aktionärs begründet eine Eventualverpflichtung. Eventualverpflichtungen sind aufschiebend bedingte Forderungen im Sinne von Art. 151 OR: Die Inanspruchnahme der Sicherheiten hängt davon ab, ob die besicherte Schuld vom Aktionär oder von der Muttergesellschaft beglichen wird. Eventualverpflichtungen können im Konkurs der Interzedentin zum vollen Wert angemeldet werden. Die Dividende kann der Gläubiger jedoch erst beziehen, wenn die Bedingung eingetreten ist.⁸¹⁵

Bürgschaften werden in Art. 215 SchKG explizit erfasst. Die Forderungen aus Bürgschaften können auch geltend gemacht werden, wenn sie noch nicht fällig sind. Die Konkursmasse der Interzedentin tritt für den von ihr bezahlten Betrag in die Rechte des Gläubigers ein. Diese Subrogationsforderung gemäss Art. 507 Abs. 1 OR dürfte jedoch meistens wertlos sein, da die Bürgschaft erst dann beansprucht wird, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlen kann.⁸¹⁶

Die Konkursverwaltung prüft sodann im Rahmen der *Erwahrung der Konkursforderungen* die eingegebenen Forderungen und entscheidet über deren Anerkennung und Kollokation.⁸¹⁷ Bei Vorliegen von Anfechtungstatbeständen kann die Konkursverwaltung die pfandgesicherte Forderung in der dritten Klasse kollozieren und damit das der Anfechtung unterliegende Pfandrecht abweisen.⁸¹⁸ Bei Vorliegen der entsprechenden Anfechtungsvoraussetzungen kann sie auch der Forderung selbst (beispielsweise aus Bürgschaft oder Garantie) die Anerkennung und Kollokation versagen. Wurde das Geschäft bereits vollzogen, kann die Konkursverwaltung namens der Konkursmasse die paulianische Anfechtungsklage erheben (Art. 285 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Lehnt die zweite Gläubigerversammlung die Erhebung der Anfechtungsklage ab, kann jeder Gläubiger die Abtretung der strittigen Ansprüche verlangen.⁸¹⁹

Der oder die Abtretungsgläubiger klagen nicht aufgrund einer zivilrechtlichen Abtretung. Sie erhalten lediglich das Prozessführungsrecht mit dem Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten Erlös und klagen als so genannte Prozessstandschafter.⁸²⁰ Im Bereich der Interzession im Inter-

⁸¹⁵ Art. 210 Abs. 1 SchKG; SCHKG-SCHWOB, Art. 210 N 1.

⁸¹⁶ Vgl. ZIMMERLING, S. 34.

⁸¹⁷ Art. 244-248 SchKG.

⁸¹⁸ BGE 114 III 112; SCHKG-HIERHOLZER, Art. 247 N 23.

⁸¹⁹ Art. 253 und 260 SchKG; SCHKG-BERTI, Art. 260 N 14, 20, 24.

⁸²⁰ SCHKG-BERTI, Art. 260 N 56; BGE 122 III 189.

esse des Aktionärs interessiert besonders die Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen.

Die Behandlung der Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs aufgrund mittelbarer Schädigung ist in Art. 757 OR besonders geregelt. Bei der durch die Interzession im Interesse des Aktionärs hervorgerufenen Gläubigerschädigung dürfte es sich kaum um unmittelbaren Schaden handeln, da die anwendbaren Schutznormen *nicht nur* den Gläubigern zugute kommen und es beim unmittelbaren Schaden überdies eines persönlichen Handelns gegenüber dem betroffenen Gläubiger bedarf.⁸²¹ Nach den Voraussetzungen des Art. 757 OR sind jeder Aktionär und Gläubiger zur Geltendmachung der Ansprüche berechtigt, sobald die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung verzichtet hat.⁸²² Bei den abgetretenen Verantwortlichkeitsansprüchen wurde *früher* zwischen einer Gesellschafts- und einer Gläubigerklage unterschieden.⁸²³ Die praktische Konsequenz lag darin, dass gegen die Gesellschaftsklage die allfällige Zustimmung der Generalversammlung als Einwilligung entgegengehalten werden konnte.⁸²⁴ Das Bundesgericht änderte später die Rechtsprechung dahingehend, dass es nach Konkurseröffnung für die Geltendmachung des mittelbaren Schadens nur noch einen *einheitlichen Anspruch der Gläubigergesamtheit* gebe. Dieser Klage können Einreden, die den verantwortlichen Organen gegen die Gesellschaft, den Abtretungsgläubiger oder gegen einzelne Gläubiger zustünden, nicht entgegengehalten werden.⁸²⁵ Dies bedeutet, dass die Einreden der Décharge und der Zustimmung durch die Generalversammlung abgeschnitten sind. Alles deutet darauf hin, dass diese Rechtsprechung zu

⁸²¹ BGE 125 III 88 ff., insbesondere 90; BÄRTSCHI, S. 285 f. Es gibt nur wenige Normen, die ausschliesslich die Gläubiger schützen, siehe die möglichen Anwendungsfälle bei BÄRTSCHI, S. 286 f. Es geht hauptsächlich um die Normen der Liquidation, die Benachrichtigung des Richters bei offensichtlicher Überschuldung sowie die Prüfungspflicht bei vorzeitiger Verteilung des Liquidationsüberschusses. Zur Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden allgemein siehe BGE 125 III 88 ff.; 122 III 191 ff.; OR-WIDMER/BANZ, Art. 754 N 14-20; SCHNYDER/BOPP, S. 498 f. und S. 501 ff.; ROMY, S. 481 f.; BÄRTSCHI, S. 172 f. und S. 285 ff.

⁸²² OR-WIDMER/BANZ, Art. 757 N 17.

⁸²³ SCHNYDER/BOPP, S. 497 f.

⁸²⁴ BGE 111 II 183 f.; vgl. OR-WIDMER/BANZ, Art. 757 N 9; ISLER, S. 441.

⁸²⁵ BÄR, ZBJV 134, S. 275 und 277, er nennt diese Theorie *Ablösungstheorie*, weil die Ansprüche aus dem Recht der Gesellschaft und dem Recht von Aktionären oder Gläubigern durch den einheitlichen Anspruch aus der Gläubigergesamtheit abgelöst werden; vgl. ROMY, S. 483 und 488 f.; vgl. SCHNYDER/BOPP, S. 500; ISLER, S. 444 f.; OR-WIDMER/BANZ, Art. 757 N 13 f.; vgl. ZÜRCHER, S. 156 f.; vgl. RASCHEIN, S. 362 ff.; BGE 117 II 441; 122 III 169; 122 III 189; 122 III 490; 4C.262/2000 Erw. 2b.; vgl. die abweichende Meinung und Kritik von SCHNYDER/BOPP, S. 505 ff. und ISLER, S. 445 f.

Art. 756 Abs. 2 altOR auch unter dem revidierten Aktienrecht gilt.⁸²⁶ Das Bundesgericht zitiert in Entscheiden zum alten Recht auch das revidierte Recht und hält fest, dass es keinen Unterschied mache, ob das alte oder das neue Recht zur Anwendung gelange.⁸²⁷

III. Paulianische Anfechtung

Gläubiger einer Gesellschaft können durch die unentgeltliche oder nicht adäquat abgegoltene Interzession im Interesse des Aktionärs geschädigt werden. Fällt die Gesellschaft in Konkurs oder erhalten die Gläubiger einen Pfändungsverlustschein, können die der Gesellschaft entzogenen Vermögenswerte unter den Voraussetzungen von Art. 285 ff. SchKG durch die paulianische Anfechtung der Zwangsvollstreckung zugeführt werden.

Die Anfechtungsklage ist eine betreibungsrechtliche Klage mit *Reflexwirkung* auf das materielle Recht. Die paulianische Anfechtung ist auch dann anwendbar, wenn die Zuwendung an den begünstigten Dritten zivilrechtlich zulässig war.⁸²⁸ Dies ist vorliegend von besonderer Bedeutung. Die Interzession im Interesse des Aktionärs ohne adäquate Gegenleistung stellt eine verdeckte Gewinnausschüttung gemäss Art. 678 Abs. 2 OR dar. Verdeckte Gewinnausschüttungen, die bei Gesellschaften mit Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck nach herrschender Lehre zu keiner zivilrechtlichen Rückerstattungspflicht führen und damit zivilrechtlich gültig sind, können folglich mittels der paulianischen Anfechtung korrigiert werden. Die Anfechtungsklage umfasst die Schenkungs-, die Überschuldungs- und die Absichtspauliana. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale werden nachfolgend erörtert.

⁸²⁶ Vgl. BÄR, ZBJV 134, S. 275; BÄRTSCHI, S. 155; ISLER, S. 444; OR-WIDMER/BANZ, Art. 757 N 12-15; ZÜRCHER, S. 157.

⁸²⁷ BGE 4C.130/2001 Erw. 2a: „*Les actions et omissions à raison desquelles les administrateurs sont recherchés en responsabilité sont soumises à l'ancien droit de la société anonyme si elles sont intervenues avant le 1er juillet 1992 (ATF 122 III 488 consid. 3a). Cette question est toute-fois sans incidence concrète, puisque - comme on le verra - les principes fondamentaux applicables en l'espèce n'ont pas changé*“ und Erw. 2b: „*Après la faillite, seule la masse en faillite peut agir contre l'administrateur pour réclamer réparation du dommage causé à la société; un créancier ne peut agir que sur la base d'un mandat procédural, c'est-à-dire en qualité de cessionnaire des droits de la masse (art. 260 LP; art. 756 al. 2 aCO, art. 757 al. 2 CO; ATF 122 III 166 consid. 3a, 195 consid. 9a, 488 consid. 3b). Le cessionnaire peut alors réclamer réparation de tout le dommage causé directement à la société et indirectement à ses créanciers (ATF 122 III 195 consid. 9a)*“; vgl. auch BGE 128 III 183.

⁸²⁸ SCHKG-STAEHELIN, Art. 285 N 9.

1. Schenkungsanfechtung

a) Gesetzliche Grundlage

Die Schenkungsanfechtung ist in Art. 286 SchKG geregelt. Sie erfasst Schenkungen und unentgeltliche Verfügungen, die der Schuldner innerhalb des letzten Jahres vor der Pfändung oder Konkursöffnung vorgenommen hat. Den Schenkungen sind gemäss Art. 286 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG auch diejenigen Rechtsgeschäfte unterstellt, bei denen der Schuldner zwar eine Gegenleistung angenommen hat, die jedoch zu seiner Leistung in einem Missverhältnis steht und deshalb eine gemischte Schenkung darstellt.⁸²⁹ Die Sicherheitenbestellung für eine fremde Schuld fällt unter Abs. 1 von Art. 286 SchKG, wenn sie ohne Gegenleistung erfolgt. Hingegen ist Abs. 2 Ziff. 1 anwendbar, wenn Gegenleistung und Leistung in einem *Misshverhältnis* stehen.⁸³⁰ Ob der Schuldner oder der Begünstigte das Missverhältnis erkennen konnten, ist irrelevant.⁸³¹ Für die kreditgebende Bank kann die Schenkungspauliana gefährlich werden, da kein Gutglaubensschutz besteht wie bei den Grundsätzen der Vertretungsmacht und -befugnis.⁸³² Die Schenkungspauliana ist auch anwendbar, wenn die begünstigte Partei nicht bösgläubig war.⁸³³ Anfechtbar sind jedoch nur Handlungen, die in der Verdachtsperiode innerhalb eines Jahres vor der Pfändung oder Konkursöffnung erfolgen.⁸³⁴

Die Wirkungen einer erfolgreichen Anfechtungsklage mit Bezug auf eine Interzession im Interesse des Aktionärs können darin bestehen, dass eine Forderung im Konkurs der Interzedentin nicht als pfandgesichert im Lastenverzeichnis kolloziert wird oder der Begünstigte oder die Vertragspartei Leistungen zurückerstatten müssen. Die Anfechtungsklage kann auch einredeweise gegen eine Kollokations-, Widerspruchs- oder Aussonderungsklage oder eine Klage auf Anerkennung eines privilegierten Pfändungsanschlusses geltend gemacht werden.⁸³⁵

⁸²⁹ PETER, S. 7, der lateinisch von einem *negotium cum donatione mixtum* spricht.

⁸³⁰ Vgl. SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 N 5 (Bürgschaften), N 6 (Bestellung eines Pfandes) und N 15 (gemischte Schenkungen).

⁸³¹ SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 N 3 und 15.

⁸³² Siehe dazu vorne S. 53 ff.

⁸³³ SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 N 3; AMONN/WALTHER, § 52 N 15 S. 427/428; FRITZSCHE/WALDER, § 66 N 5 S. 551; BGE 53 III 42; 49 III 30.

⁸³⁴ Art. 286 Abs. 1 SchKG; SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 N 12.

⁸³⁵ SCHKG-STAEHELIN, Art. 289 N 4. So wurde beispielsweise in BGE 95 III 50 (siehe hinten, S. 198) das Pfandrecht der kreditgebenden Bank nicht ins Lastenverzeichnis aufgenommen.

Wurde das Geschäft bereits vollzogen, kann sich die Anfechtungsklage gegen die kreditgebende Bank richten, deren Kredit durch die Interzedentin besichert worden ist, oder gegen den Aktionär, der durch die Kreditgewährung einen Vorteil erlangt hat.⁸³⁶ Die Bank erhält durch die Interzession zwar auch einen Vorteil, nämlich eine höhere Deckung, hätte aber ohne die Sicherheiten kaum ein Darlehen in der fraglichen Höhe gewährt.⁸³⁷ Der Aktionär hat zwar den Sicherheitenvertrag nicht geschlossen, kommt aber in bedeutenderem Ausmass als die kreditgebende Bank in den Genuss eines wesentlichen Vorteils. Der Vorteil besteht darin, dass er allenfalls tiefere Zinsen für das Darlehen bezahlt hat oder durch die Interzession erst kreditwürdig geworden ist. Trotzdem wird hier im Unterschied zur verdeckten Gewinnausschüttung nicht nur der Aktionär erfasst, sondern auch die kreditgebende Bank.

b) Fehlende rechtliche oder sittliche Verpflichtung zur Leistung

Das Bundesgericht beurteilte den Fall einer Interzession zugunsten von Schwestergesellschaften im Lichte von Art. 286 SchKG.⁸³⁸ Das Bundesgericht prüfte dabei das auch in der Lehre anerkannte Kriterium der fehlenden rechtlichen oder sittlichen Verpflichtung zur Leistung.⁸³⁹

Werner Fuchs beherrschte die Gesellschaft IBZ Finanz AG (nachfolgend „IBZ“), die ihrerseits die Ladenstadt in Köln AG (nachfolgend „Ladenstadt“) beherrschte. Die Wirtschaftsbank Zürich gewährte der Ladenstadt und der IBZ einen Kontokorrentkredit. Der Schuldendienst stockte, weshalb die Wirtschaftsbank die IBZ und die Ladenstadt über CHF 588'500 betrieb. Daraufhin stellte deren Schwestergesellschaft, die Kommanditgesellschaft W. Fuchs & Co., zur Sicherstellung der Forderung der IBZ und Ladenstadt eine Grundpfandverschreibung über CHF 500'000 aus. IBZ, Ladenstadt und W. Fuchs & Co. fielen im Laufe eines Jahres nach Abschluss der Interzession in Konkurs. Die Konkursverwaltung der W. Fuchs & Co. wies die Ansprüche der Wirtschaftsbank aus der Pfandbestellung unter Berufung auf Art. 286 SchKG (Schenkungsanfechtung) und Art. 287 SchKG (Überschuldungsanfechtung) ab.

Das Bundesgericht klärte zuerst ab, ob die W. Fuchs & Co. rechtlich verpflichtet war, ihre Leistungen zu erbringen. Besteht eine solche Pflicht, die

⁸³⁶ Art. 290 SchKG; vgl. SCHKG-STAEHELIN, Art. 290 N 3 ff.

⁸³⁷ Vgl. dazu BGE 31 II 353, wo der Gedanke des Vorteils der Bank übermässig betont wird. Dabei geht vergessen, dass die Besicherung der Bankforderung für die Darlehensgewährung oder die Höhe des Darlehens oder dessen Rückzahlungsstundung häufig kausal ist.

⁸³⁸ BGE 95 III 47 ff.

⁸³⁹ SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 N 6 und 10.

sittlich oder rechtlich begründet werden kann, oder erfolgt die Sicherheitenbestellung für eine eigene Schuld, ist Art. 286 SchKG nicht anwendbar.⁸⁴⁰ Eine solche rechtliche oder sittliche Pflicht konnte anhand des Sachverhalts nicht festgestellt werden.

Es stellt sich jedoch vorliegend die Frage, ob bei Gesellschaften mit Konzern-, Finanzierungs- oder Unterwerfungszweck eine die Schenkungspauliana ausschliessende rechtliche Beistandspflicht besteht. Dies ist aus mehreren Gründen zu verneinen, da dem Gläubigerschutz zumindest bei der paulianischen Anfechtung Vorrang zu gewähren ist: Im Bereich des SchKG denkt man *erstens* bei rechtlichen oder sittlichen Verpflichtungen eher an gesetzliche Pflichten oder verwandtschaftliche Hilfeleistungen für Menschen in Not, als an die Interzession im Interesse des Aktionärs.⁸⁴¹ Das Bundesgericht hat *zweitens* festgehalten, dass die Rechtsprechung zur beschränkten Gültigkeit von Rechtsgeschäften mit Interessenkonflikten alleine dem Schutz der Gesellschaft diene. Für den Gläubigerschutz verweist das Bundesgericht auf die paulianischen Anfechtungsklagen und die aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen.⁸⁴² Dieser vom Bundesgericht bestätigte Schutz- und Korrekturgedanke der paulianischen Anfechtungsklagen würde illusorisch, wenn das Korrektiv der paulianischen Anfechtungsklagen bei Gesellschaften mit Unterwerfungs- oder Finanzierungszweck nicht anwendbar wäre. Hinzu kommt *drittens*, dass Unterwerfungs- und Finanzierungszweck lediglich im Sinne einer Kann-Vorschrift zu solchen Handlungen ermächtigen, nicht jedoch verpflichten sollen. Daraus kann keine Beistandspflicht abgeleitet werden.

c) Fehlende Gegenleistung oder Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

Eine weitere Voraussetzung der Schenkungsanfechtung ist das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung oder das Missverhältnis zwischen Leistung und erhaltener Gegenleistung. Da subjektive Elemente der Erkennbarkeit keine Rolle spielen, muss das Missverhältnis nicht offensichtlich sein.

⁸⁴⁰ Vgl. BGE 95 III 51 f.; 31 II 352; SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 N 6.

⁸⁴¹ Beispiele für eine *sittliche* Pflicht sind Hilfe an verwaisten Verwandten (vgl. BGE 53 II 199), die Rente an das ausserhehliche Kind (vgl. BGE 44 II 6) oder die Begünstigung der Ehefrau aus der Lebensversicherung (BGE 34 II 400; vgl. SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 SchKG N 5, 6 und 10). Ein Beispiel einer *rechtlichen* Verpflichtung ist die Verwandtenunterstützungspflicht gemäss Art. 328 Abs. 1 ZGB; siehe zur rechtlichen Verpflichtung auch BGE 95 III 51.

⁸⁴² BGE 126 III 366f.

Dennoch ist ein gewisser *Ermessensspielraum* einzuräumen, wenn keine genau definierten Marktpreise bestehen.⁸⁴³

Das Bundesgericht setzte sich ebenfalls in BGE 95 III 54 ff. mit der Frage auseinander, ob die *Regressforderung* als adäquate Gegenleistung gelten kann, und verneinte dies aus mehreren Gründen: Wenn ein Pfandeigentümer, dessen Grundstück oder Faustpfand für eine fremde Schuld verpfändet ist, den Pfandgläubiger befriedigt, geht dessen Forderung von Gesetzes wegen auf ihn über.⁸⁴⁴ Die Regressforderung ist jedoch genau betrachtet nicht Gegenleistung für die *Pfandbestellung*, sondern eine Ersatzleistung für die *Befriedigung des Pfandgläubigers*.⁸⁴⁵ Das Bundesgericht argumentierte *eventualiter*, dass die Pfandbestellung, selbst wenn man die Regressforderung als Gegenleistung betrachtete, auf jeden Fall von Art. 286 SchKG erfasst würde, wenn von vornherein ausgeschlossen ist, dass der Pfandeigentümer für die Regressforderung voll oder auch nur annähernd voll befriedigt wird.⁸⁴⁶ Die Regressforderung wird in der Praxis dann entstehen, wenn der Pfandschuldner seine Forderung nicht begleichen kann. Die Regressforderung wird deshalb in den meisten Fällen kaum oder bestenfalls nur teilweise einbringlich sein.⁸⁴⁷ Schon aufgrund dieser praktischen Überlegung taugt die Regressforderung nicht als Gegenleistung für die Interzession im Interesse des Aktionärs.

Das Bundesgericht liess im vorliegenden Fall offen, ob eine Leistung an eine dem Pfandeigentümer nahe stehende Person als Gegenleistung – da auch im eigenen Interesse liegend – anerkannt werden kann, weil die Schuldnerinnen durch die Sicherheiten *keine neuen Kredite* erhielten. Die Grundpfandverschreibung erfolgte zur Besicherung der überfälligen existierenden Kredite, also um eine Stundung der Rückzahlung zu erzielen.⁸⁴⁸ Damit erhält die Schuldnerin jedoch *de facto* auch einen neuen Kredit.⁸⁴⁹ Die Überlegungen des Bundesgerichts sind deshalb teilweise fragwürdig, denn die Erhaltung der Gruppenbonität oder eine Stundung bei

⁸⁴³ SCHKG-STAEHELIN, Art. 286 N 15; vgl. PETER, S. 7, zu den Bewertungsschwierigkeiten, die wiederum zu Beweisschwierigkeiten der Kläger führen.

⁸⁴⁴ Art. 827 Abs. 2 ZGB, Art. 110 Ziff. 1 OR; ZOBL, Art. 884 ZGB N 293. Dasselbe gilt für den Rückgriff des Bürgen (Art. 507 Abs. 1 OR) auf den Hauptschuldner.

⁸⁴⁵ BGE 95 III 55.

⁸⁴⁶ BGE 95 III 56; 49 III 31; vgl. auch BGE 31 II 353.

⁸⁴⁷ Vgl. dazu ZIMMERLING, S. 34 und S. 113.

⁸⁴⁸ BGE 95 III 59.

⁸⁴⁹ Das gewaltige Missbrauchspotential macht die Überlegungen des Bundesgerichts trotzdem nachvollziehbar. Es kann unter dem Gesichtspunkt der Absichtspauliana nicht angehen, dass der dem finanziellen Ruin nahe stehende Schuldner einzelne Gläubiger besser stellen kann, indem er nachträglich zusätzliche Sicherheiten stellt (vgl. BGE 99 III 91). Geht es jedoch lediglich um einen Liquiditätsengpass, dürften diese Überlegungen nicht mehr gelten.

Liquiditätsengpässen können im Interesse aller zusammenhängenden Gesellschaften liegen, damit ein so genannter *Dominoeffekt* zusammenbrechender Konzerngesellschaften vermieden werden kann.⁸⁵⁰

Durch die Erwägungen in BGE 95 III 59 ergibt sich auch, dass eine bloss *Stundung* nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung noch nicht als Gegenleistung gelten kann. Dies wurde in BGE 31 II 354 f. noch eingehend geprüft und offen gelassen. Richtigerweise stellt die Stundung fälliger Forderungen auch eine Kreditierung dar, die durchaus als Gegenleistung für die Interzession im Interesse des Aktionärs berücksichtigt werden sollte. Im Bereich des SchKG kollidiert diese Ansicht *nur scheinbar* mit der Überschuldungsanfechtung gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG, die die Bestellung von Sicherheiten für bereits bestehende Schulden erfasst, zu deren Sicherstellung der Schuldner nicht schon früher verpflichtet war. Diese Anfechtungsart ist bei der Sicherstellung *fremder* Schulden gar nicht anwendbar (wohl aber die Absichtsanfechtung, siehe dazu nachfolgend Ziff. 2).

AEBI vertritt die Ansicht, dass die Interzession ohne Gegenleistung nicht anfechtbar sei, wenn sie aus einem Sanierungsmotiv heraus geschehe.⁸⁵¹ Aus der Überlegung heraus, dass die Weiterexistenz des Konzerns oder die Vermeidung des Zusammenbruchs mehrerer oder aller Konzerngesellschaften als mittelbare Gegenleistung durchaus berücksichtigt werden müssen, ist dies sicher richtig, doch wird dabei vergessen, dass auch eine Existenzrettung zu teuer erkaufte werden kann (siehe vorne S. 107 ff.). Die Interzession ist überdies keine Sanierungsleistung, die zur Verlustdeckung und Beseitigung einer Überschuldung dient (siehe dazu vorne S. 17 f.).⁸⁵² Die Interzession im Interesse des Aktionärs kann somit höchstens bei Liquiditätsengpässen nicht überschuldeter Gesellschaften von Nutzen sein. In solchen Fällen ist es jedoch angezeigt, die Interzession unter Berücksichtigung der mittelbaren Gegenleistungen trotzdem zu Drittkonditionen abzugelten.

⁸⁵⁰ Vgl. die Überlegungen bei SENN, S. 169 f., die in Sanierungssituationen für die Berücksichtigung der Notlage und der Dringlichkeit bei der Beurteilung des Leistungsverhältnisses plädiert. Der Dominoeffekt trat im vorliegenden Fall tatsächlich ein. Alle drei Gesellschaften (W. Fuchs & Co., IBZ und Ladenstadt) fielen innert eines knappen Jahres in Konkurs, vgl.

BGE 95 III 50.

⁸⁵¹ AEBI, S. 211; vgl. auch SENN, S. 169 f.

⁸⁵² AEBI, S. 49.

2. Überschuldungs- und Absichtsanfechtung

Die Überschuldungsanfechtung ist auf die Interzession im Interesse des Aktionärs nicht anwendbar. Die Überschuldungsanfechtung gemäss Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG erfasst die Bestellung von Sicherheiten durch den Schuldner für bereits bestehende Verbindlichkeiten, zu deren Sicherstellung *der Schuldner* nicht schon früher verpflichtet war. Deshalb ist die Überschuldungsanfechtung bei der Interzession für eine fremde Schuld – wie vorliegend auf die Besicherung der Schuld des Aktionärs – nicht anwendbar.⁸⁵³ Die Besicherung einer fremden Schuld kann jedoch, auch wenn eine gültige Verpflichtung zur Besicherung bestand, von der Absichtsanfechtung erfasst werden.⁸⁵⁴

Die *Absichtsanfechtung* gemäss Art. 288 SchKG erfasst alle Rechtshandlungen, die der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkurseröffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen.

Für die Interzession im Interesse des Aktionärs ist wesentlich, dass Geschäfte *mit gleichwertiger Gegenleistung* mangels Schädigung von der Absichtsanfechtung nicht erfasst werden.⁸⁵⁵ In diesem Zusammenhang be-

⁸⁵³ AMONN/WALTHER, § 52 N 17 S. 428; vgl. BGE 95 III 52; scheinbar a.M. SCHKG-STAEHELIN, Art. 287 N 4 mit Verweisen, die seine Aussage widerlegen.

⁸⁵⁴ BGE 99 III 91: „Nach feststehender Rechtsprechung ist eine nachträgliche Pfandbestellung, falls die Voraussetzungen dieser Bestimmung zutreffen, ungeachtet des Umstandes anfechtbar, dass der Schuldner schon früher zur Sicherheitsleistung verpflichtet war (...) Der dem finanziellen Zusammenbruch nahe Schuldner soll nicht einzelne Gläubiger in einer für diese erkennbaren Weise auf Kosten anderer besser stellen können“; BGE 62 III 65; 43 III 346; 40 III 208; 38 II 354. Die Überschuldungsanfechtung ist jedoch weiterhin anwendbar, wenn die Interzedentin *auch* direkte Schuldnerin der Bank ist, was vorkommen kann. Die *période suspecte* beläuft sich auf ein Jahr vor der Pfändung oder Konkurseröffnung, wobei der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme bereits überschuldet gewesen sein muss. Unter die Bestellung der Sicherheiten im Sinne des Art. 287 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG fallen auch auf *dingliche Sicherstellung* gerichtete Rechtshandlungen wie z.B. Sicherungszessionen und die fiduziarische Einräumung des Eigentums an Fahrnis und Grundstücken, vgl. BGE 85 III 198; SCHKG-STAEHELIN, Art. 287 N 5. Während es bei der Schenkungspauliana auf die subjektive Erkennbarkeit nicht ankommt, ist die Anfechtung bei der Überschuldungspauliana ausgeschlossen, wenn der Begünstigte nachweist, dass er die Überschuldung des Schuldners nicht gekannt hat und auch nicht hätte kennen müssen (Art. 287 Abs. 2 SchKG). Diese Regelung entspricht nicht dem gewöhnlichen Gutglaubensschutz, bei dem das Vorhandensein des guten Glaubens vermutet wird (Art. 3 Abs. 1 ZGB). Es ist bei der Überschuldungspauliana bloss eine *widerlegbare Vermutung der Bösgläubigkeit*, vgl. SCHKG-STAEHELIN, Art. 287 N 19. Insbesondere die kreditgebende Bank ist dadurch gehalten, mittels sorgfältigen Erkundigungen die finanzielle Situation des Schuldners abzuklären, vgl. SCHKG-STAEHELIN, Art. 287 N 21.

⁸⁵⁵ SCHKG-STAEHELIN, Art. 288 N 11; BGE 53 III 79; 65 III 147; 74 III 88.

urteilte das Bundesgericht einen Sachverhalt, bei dem gegen Abtretung von Forderungen ein Kredit in Höhe von 70% des Nominalwertes der zedierten Forderungen gewährt wurde. Dieses Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wurde aufgrund der nur teilweise einbringlichen Forderungen geschützt.⁸⁵⁶

Die Anfechtbarkeit bleibt trotz gleichwertiger Gegenleistung erhalten, wenn es für den Begünstigten *erkennbar* war, dass der Schuldner über die Gegenleistung nicht im Sinne der Gläubigergesamtheit verfügt, sondern über seine Aktiven zum Schaden aller oder einzelner Gläubiger verfügen will.⁸⁵⁷ Von besonderem Interesse sind Darlehen, die erkennbar dazu benötigt werden, besonders drängende Gläubiger zu befriedigen. Dies ist ein legitimer Zweck und nicht anfechtbar, wenn die Darlehen bloss einen Liquiditätsengpass überbrücken und das Durchhalten ermöglichen sollen.⁸⁵⁸ Geschieht dies für den Darleiher jedoch erkennbar ohne wirklichen Sanierungsplan, sondern lediglich um einen drohenden Konkurs *hinauszuschieben und einzelne Gläubiger vorab zu befriedigen*, so ist dies ein anfechtbares Vorgehen im Sinne des Art. 288 SchKG.⁸⁵⁹ Im Hinblick auf die Interzession im Interesse des Aktionärs könnte diese zweckfremde Verwendung der Aktiven auch darin liegen, dass ein Kredit an den Aktionär für dessen persönlichen Konsum besichert werden soll und so nicht der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehen wird.⁸⁶⁰

Beweisschwierigkeiten bezüglich der schädigenden Absicht und deren Erkennbarkeit werden durch eine grosszügige Auslegung gemildert: Es genügt bereits, dass der Vertragspartner bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen müssen, dass der Schuldner eine Benachteiligung beabsichtigt, was vor allem dann zutrifft, wenn Anzeichen für eine schlechte Vermögenslage des Schuldners vorliegen und der Begünstigte bei Anwendung der ihm nach den Umständen zumutbaren Aufmerksamkeit die Benachteiligung der übrigen Gläubiger als natürliche Folge der Pfandsicherung hätte voraussehen können.⁸⁶¹

⁸⁵⁶ BGE 101 III 94 ff.

⁸⁵⁷ SCHKG-STAEHELIN, Art. 288 N 12.; BGE 79 III 175; 74 III 51 f.; 99 III 34.

⁸⁵⁸ BGE 99 III 37.

⁸⁵⁹ Vgl. BGE 74 III 52 ff.

⁸⁶⁰ Das Bundesgericht prüfte einen Sachverhalt, bei dem ein Bauunternehmer eines seiner Autos, ein Sofa und eine künstliche Höhensonne verkaufte und sich mit dem Bargeld auf die Flucht machte. Die zweckwidrige Verwendung dieser Gelder war für den Käufer dieser Gegenstände nicht erkennbar (BGE 79 III 176).

⁸⁶¹ SCHKG-STAEHELIN, Art. 288 N 16 und 20; vgl. PETER, S. 10; BGE 83 III 86; vgl. BGE 99 III 91 f.

§ 16 Steuerrecht

I. Problemstellung

Erfolgt die Interzession im Interesse des Aktionärs ohne Gegenleistung, so entgeht der Interzedentin eine Leistung, auf die sie bei Geschäften zwischen unabhängigen Vertragspartnern Anspruch hätte. Wird die Sicherheit beansprucht, schmälert sich ihr Gewinn ohne entsprechende Gegenleistung. Derartige Transaktionen können die steuerrechtliche Veranlagung stören, denn sie verringern den Reingewinn, der Bemessungsgrundlage der Gewinnsteuer der juristischen Personen ist.⁸⁶²

Der Aktionär erhält dadurch einen *geldwerten Vorteil*, der ebenfalls zum steuerbaren Ertrag der Aktie gehört.⁸⁶³ Ohne die Interzession hätte er entweder kein Darlehen oder kein Darlehen in dieser Höhe erhalten oder nur zu einem höheren Zinssatz. Derartige Dienstleistungen des Kapitalverkehrs spielen nicht nur in personalistischen Verhältnissen, sondern insbesondere auch in verbundenen Unternehmungen eines Konzerns eine Rolle.⁸⁶⁴

Die verdeckte Gewinnausschüttung ist nicht nur in den Bereichen der Einkommens-, Gewinn- und Verrechnungssteuer relevant, sondern auch hinsichtlich der Emissionsabgabe und der Mehrwertsteuer.⁸⁶⁵ Vertieft soll nachfolgend auf die Einkommens- und Verrechnungssteuern sowie auf das Steuerstrafrecht eingegangen werden.

⁸⁶² Art. 57 DBG.

⁸⁶³ Vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG; vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999 in ASA 69 (2000/2001) S. 649 f., wo die Verpfändung von Schuldbriefen für die Schuld des Aktionärs bereits als Mittelentnahme beurteilt wird.

⁸⁶⁴ REICH, S. 613, der als Beispiele des Kapitalverkehrs zwischen verbundenen Unternehmen das Darlehen, die Verlustabdeckung, die Bürgschaft und die Garantie nennt.

⁸⁶⁵ Vgl. Art. 33 Abs. 2 MwStG (SR 641.20): „Im Falle einer Lieferung oder Dienstleistung an eine nahestehende Person gilt als Entgelt der Wert, der unter unabhängigen Dritten vereinbart würde“; vgl. auch Art. 22 Abs. 1 und 2 MwStG; vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. a StG (Bundesgesetz über die Stempelabgaben, SR 641.10); vgl. hierzu NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 21; vgl. AEBI, S. 223 FN 83.

II. Einkommenssteuer

1. Reingewinn der Interzedentin

Grundlage der Besteuerung ist der Reingewinn, wie er sich aus dem Saldo der handelsrechtskonformen Bilanz und Erfolgsrechnung ergibt (sog. *Massgeblichkeitsprinzip*).⁸⁶⁶ Sind die Bilanz und die Erfolgsrechnung nicht handelsrechtskonform, sind sie zu korrigieren, was in der Praxis jedoch nur zurückhaltend getan wird.⁸⁶⁷

Zwischen Handels- und Steuerrecht bestehen überdies Unterschiede. Das Handelsrecht wendet das Vorsichtsprinzip an.⁸⁶⁸ Das Steuerrecht hingegen geht von einer periodengerechten Abgrenzung des Gewinns aus und rechnet zum Reingewinn Abschreibungen und Rückstellungen hinzu, die *geschäftsmässig nicht begründet* sind.⁸⁶⁹ Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass das Steuerrecht einen Unterwerfungszweck im Gegensatz zur aktienrechtlichen Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung nicht beachtet.⁸⁷⁰

Der Fiskus rechnet zum steuerbaren Gewinn einer Gesellschaft auch die von ihr getätigten verdeckten Gewinnausschüttungen hinzu.⁸⁷¹ Derartige Leistungen können in Form der *verdeckten Gewinnausschüttung* im engeren Sinne erfolgen, wenn die Sicherheiten bestellt werden, aber die Begleichung der besicherten Schuld unrealistisch ist und es zur Verwertung der Sicherheiten kommt.⁸⁷² Die Leistungen können aber auch als so genannte *Gewinnvorwegnahme* erbracht werden, wenn der Wert der Interzession nicht adäquat nach dem Prinzip des *dealing at arm's length* ent-

⁸⁶⁶ HEUBERGER, S. 166 ff.; DBG-BRÜLSAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 11 f.; zur Kritik am Massgeblichkeitsprinzip siehe HEUBERGER, S. 177 ff.

⁸⁶⁷ HEUBERGER, S. 167 und S. 180 f.

⁸⁶⁸ Vgl. die Normen Art. 662a Abs. 2 Ziff. 3 OR; Art. 667 OR; Art. 669 OR; Art. 670 OR; Art. 960 Abs. 2 OR; DBG-BRÜLSAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 23 f.; HEUBERGER, S. 133 f.

⁸⁶⁹ Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG; vgl. NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 23 f.

⁸⁷⁰ Vgl. HEUBERGER, S. 176 f., was zur Folge hat, dass unentgeltliche Dienstleistungen im Konzern zum Reingewinn hinzugerechnet werden, obwohl handelsrechtlich korrekt kein Gewinn verbucht worden ist; vgl. auch NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 55.

⁸⁷¹ Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG: „*offene und verdeckte Gewinnausschüttungen und geschäftsmässig nicht begründete Zuwendungen an Dritte*“ und Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG; Art. 24 Abs. 1 lit. a und b StHG; § 64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. e StG ZH.

⁸⁷² Dieser Fall kommt häufiger bei Darlehen an den Aktionär vor, wenn die Gesellschaft nicht ernstlich damit rechnet, dass das Darlehen zurückbezahlt wird, siehe dazu HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 88 und die Aufstellung bei NEUHAUS, Besteuerung, S. 109.

schädigt wird.⁸⁷³ Die Beurteilung und Bewertung der Leistungen und Dienstleistungen erfolgen nach der Preisvergleichsmethode, mittels kosten- und gewinnorientierten Methoden oder anhand einer Schätzung der erwarteten Vorteile.⁸⁷⁴

Merkmale beider Formen der verdeckten Gewinnausschüttung sind das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, die Leistung an einen Aktionär oder eine diesem nahe stehende Person sowie die Erkennbarkeit für die Organe.⁸⁷⁵ Nachfolgend ist auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale vertieft einzugehen.

a) Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung

Die Feststellung des Missverhältnisses erfolgt nach dem Drittvergleich. Es wird geprüft, ob dasselbe Geschäft auch mit einem unabhängigen Dritten abgeschlossen worden wäre. Bei dieser Prüfung wird festgestellt, ob vom Prinzip des *dealing at arm's length* abgewichen wurde.⁸⁷⁶ Der Marktvergleich funktioniert jedoch nur dort, wo es tatsächlich einen Markt gibt.⁸⁷⁷ In Fällen ohne Markt- oder Börsenpreis ist auf vergleichbare Geschäfte oder auf einen hypothetischen Wert abzustellen.⁸⁷⁸ Die Leistung muss in einem *offensichtlichen* Missverhältnis zur Gegenleistung stehen. Bei Marktpreisen ist jede Differenz offensichtlich, es sei denn, besondere Umstände des Einzelfalls rechtfertigen die Differenz. Bei geschätzten Vergleichspreisen gibt es einen Ermessensspielraum. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bejaht beispielsweise beim Verkauf von Liegenschaften ein offensichtliches Missverständnis, wenn die Differenz zwischen geschätztem Wert und tatsächlich erzielttem Kaufpreis mindestens 25% beträgt. Die Eidg. Steuerverwaltung betrachtet das Missverhältnis ab einer Differenz von 20% als offensichtlich.⁸⁷⁹ Um den Drittvergleich zu verein-

⁸⁷³ Vgl. zur Gewinnvorwegnahme HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 89-91; vgl. die Aufstellung bei NEUHAUS, Besteuerung, S. 109; vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 58 DBG N 89.

⁸⁷⁴ Die Methoden heissen Preisvergleichsmethode (*comparable uncontrolled price method*), Wiederverkaufs- oder Absatzpreismethode (*resale price method*) und Kostenaufschlagsmethode (*cost plus method*), siehe DBG-BRÜLISAUER/KUHN, § 58 DBG N 122 ff.; bei Dienstleistungen kann auch die Bewertung anhand der *geschätzten Vorteile* erfolgen, siehe DBG-BRÜLISAUER/KUHN, § 58 DBG N 134; vgl. WILD, S. 412; OESCH, S. 65 ff.; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 58 DBG N 96.

⁸⁷⁵ HEUBERGER, S. 182; NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 22; NEUHAUS, Besteuerung, S. 96 f.; vgl. REICH, S. 621; StHG-KUHN/BRÜLISAUER, Art. 24 StHG N 76; DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 104; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 58 DBG N 91.

⁸⁷⁶ HEUBERGER, S. 183; vgl. HÖHN/WALDBURGER, § 48 N 84; NEUHAUS, Besteuerung, S. 129; vgl. REICH, S. 651; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 58 DBG N 90.

⁸⁷⁷ NEUHAUS, Besteuerung, S. 172.

⁸⁷⁸ HEUBERGER, S. 195.

⁸⁷⁹ HEUBERGER, S. 195.

fachen, hat die Eidg. Steuerverwaltung in diversen Bereichen Richtlinien erlassen, so zum Beispiel für Zinsen für Vorschüsse an Beteiligte.⁸⁸⁰

b) Leistung an den Aktionär oder eine diesem nahe stehende Person

Die Interzession wird mit der Bank abgeschlossen, erfolgt jedoch zur Be-
sicherung der Darlehensschuld des Aktionärs. Der Aktionär erhält durch
die Interzession günstigere Darlehenszinsen, ein höheres Darlehen oder er
wird durch die Interzession überhaupt erst kreditwürdig. Die Leistung er-
folgt somit zwar *indirekt*, aber dennoch an den Aktionär und nicht etwa an
eine diesem nahe stehende Person. In diesem Zusammenhang ist in der
Lehre umstritten, ob auch der Minderheitsaktionär Empfänger einer ver-
deckten Gewinnausschüttung sein kann.⁸⁸¹ Ein Teil der Lehre vertritt die
Ansicht, dass der Minderheitsaktionär nur dann Empfänger einer verdeck-
ten Gewinnausschüttung sei, wenn er eine besondere Einflussmöglichkeit
auf die Gesellschaft habe.⁸⁸² Die Lehre ist sich jedoch darin einig, dass der
Minderheitsaktionär nur in personenbezogenen Gesellschaften als
Empfänger in Frage kommt, nicht jedoch in echten Publikumsgesell-
schaften.⁸⁸³ Der Verwaltungsrat mit Qualifikationsaktie steht für die Be-
lange der steuerrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung nicht in einem
beteiligungsrechtlichen Verhältnis, es sei denn, das Verwaltungsrats-
mitglied stehe einem Aktionär nahe.⁸⁸⁴ Der Rechtsgrund der Leistung muss
im Beteiligungsverhältnis liegen. Derartige Leistungen erfolgen *societatis
causa* auch für einen nahe stehenden Dritten, wenn sie im Beteiligungsver-
hältnis des Anteilsinhabers begründet sind und einem unabhängigen
Dritten verweigert worden wären.⁸⁸⁵

Der Einbezug nahe stehender Personen kann auch mittels Theorien erklärt
werden. Das Steuerrecht hat zu diesem Problemkreis die so genannte
Direktbegünstigungstheorie und die *Dreieckstheorie* entwickelt.⁸⁸⁶ Auf
diese beiden Theorien ist nachfolgend kurz einzugehen.

Nach der *Direktbegünstigungstheorie*, die das handelsrechtliche Konzept
des Art. 678 Abs. 2 OR übernimmt, werden dem Aktionär nahe stehende

⁸⁸⁰ Merkblatt der Eidg. Steuerverwaltung (EStV) vom 20. Januar 2003 über Zinssätze für die Be-
rechnung geldwerter Leistungen; vgl. die Übersicht über die zahlreichen Richtlinien in DBG-
BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 114.

⁸⁸¹ Vgl. die Übersicht über die divergierenden Ansichten bei HEUBERGER, S. 206 ff.

⁸⁸² Vgl. HEUBERGER, S. 206 ff.

⁸⁸³ DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 151; HEUBERGER, S. 209.

⁸⁸⁴ Vgl. DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 144; HEUBERGER, S. 209.

⁸⁸⁵ HEUBERGER, S. 215; Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 8. Februar 1995 in
StE 1995 B 92.3 Nr. 8 Erw. 2 und 2a; BGE 2A.79/2002 Erw. 1 (zur Verrechnungssteuer).

⁸⁸⁶ HEUBERGER, S. 309 ff.; DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 248-250.

Leistungsempfänger direkt besteuert. Allfällige dazwischenstehende Personen werden vernachlässigt.⁸⁸⁷ Die *Dreieckstheorie* hingegen erfasst jeden einzelnen Leistungsempfänger. Bei der Interzession für die Schwes-tergesellschaft ohne Gegenleistung würde dies bedeuten, dass zuerst dem Aktionär eine geldwerte Leistung zukommt, die dieser dann seiner Tochtergesellschaft weiterleitet. Es ist zum einen die verdeckte Gewinnausschüttung an den Anteilsinhaber und zum andern eine verdeckte Kapitaleinlage bei der begünstigten Tochtergesellschaft.⁸⁸⁸ Die Direktbegünstigungstheorie wird im Bereich der Emissionsabgaben und der Verrechnungssteuer angewandt, während für die direkte Bundessteuer (noch) die Dreieckstheorie gilt.⁸⁸⁹

c) Erkennbarkeit bzw. bewusste Vorteilszuwendung

Verdeckte Gewinnausschüttungen müssen für die Organe erkennbar sein. Massgebend ist nach dem objektivierten Standard, was die Organe hätten erkennen müssen.⁸⁹⁰ Das Kriterium der Erkennbarkeit bezieht sich auf das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Mit dem Erfordernis der Erkennbarkeit sollen *wirtschaftlich ungeschickte Dispositionen* von der Erfassung als verdeckte Gewinnausschüttungen ausgenommen werden.⁸⁹¹ Diese Ansicht wird in der Lehre teilweise abgelehnt, da die Fragen, ob Leistungen der Gesellschaft der Kostencharakter zukommt und ob mitgliedschafts- und schuldrechtliche Beziehungen vermischt wurden, nach objektiven Kriterien beantwortet werden müssen.⁸⁹²

Die Rechtsprechung hierzu ist nicht einheitlich. Das Zürcher Verwaltungsgericht verlangt eine *bewusste* Vorteilszuwendung, während die bundesgerichtliche Rechtsprechung meist schon auf die *Erkennbarkeit* der Vorteilszuwendung abstellt.⁸⁹³ Der Unterschied wird dadurch gemildert, dass bei

⁸⁸⁷ Vgl. DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 248 und 251; vgl. HEUBERGER, S. 312.

⁸⁸⁸ DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 249; HEUBERGER, S. 310 f. Zur verdeckten Kapitaleinlage siehe REICH, S. 625 ff. Bei der *modifizierten Dreieckstheorie* wird derselbe Ansatz gewählt. Es wird aber auf die Unterschiede in der steuerlichen Erfassung der involvierten Personen Rücksicht genommen. In der Praxis kommt es dann darauf an, ob die Beteiligungen im Privat- oder Geschäftsvermögen gehalten werden, vgl. DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 250; HEUBERGER, S. 311 f.

⁸⁸⁹ DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 251; vgl. HEUBERGER, S. 311 f.

⁸⁹⁰ Vgl. HEUBERGER, S. 222; NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 26.

⁸⁹¹ DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 177; vgl. Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 24. November 1977, abgedruckt in ZBl 79 (1978) S. 264 ff., S. 265.

⁸⁹² NEUHAUS, Besteuerung, S. 103 und S. 108; NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 26; vgl. HEUBERGER, S. 223.

⁸⁹³ Urteil des Bundesgerichts vom 30. April 1991 in ASA 61 (1992/1993) S. 55; Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 8. Februar 1995 in StE 1995 B 92.3 Nr. 8 Erw. 2; vgl. Ent-

Vorliegen eines eindeutigen Missverhältnisses die Begünstigungsabsicht und die Erkennbarkeit vermutet werden, womit der Gegenbeweis praktisch verunmöglicht wird.⁸⁹⁴

2. Einkommen des Aktionärs

Gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG unterliegen auch *geldwerte Vorteile* aus Beteiligungen aller Art der Einkommenssteuer. Es sind die Leistungen der Gesellschaft an die Inhaber von Beteiligungsrechten, denen keine oder keine genügenden Leistungen gegenüberstehen und die einem an der Gesellschaft nicht beteiligten Dritten nicht oder in wesentlich geringerem Umfang erbracht worden wären.⁸⁹⁵

Die diesbezügliche Rechtsprechung betrifft vor allem Darlehen an den Aktionär. Anhand des Drittvergleichs ist festzustellen, ob das Darlehen auch einem unabhängigen Dritten gewährt worden wäre.⁸⁹⁶ Dazu sind alle Umstände des Darlehens zu würdigen, nämlich das Verhältnis des Darlehens zum Vermögen der Gesellschaft, die Verzinsung, die allfällige Hinzurechnung der Zinsen zum Kapital, die Darlehensdokumentation, die Rückzahlung, die Rückzahlungsfähigkeit und der Zweck des Darlehens und der Gesellschaft.⁸⁹⁷

Dieselben Kriterien gelten *analog* auch für die Beurteilung der Frage, ob eine Interzession eine Mittelentnahme einleiten sollte.⁸⁹⁸ Es sind die Bereitschaft und Fähigkeit des Aktionärs, die besicherte Hauptschuld zu begleichen, die korrekte Dokumentation der Interzession, die korrekte Entschädigung der Interzession *at arm's length* und deren tatsächliche Entrichtung, das Verhältnis der Eventualforderung zum gesamten Vermögen der Interzedentin und der Gesellschaftszweck der Interzedentin, wobei an-

scheid des Zürcher Verwaltungsgerichts vom 24. November 1977, abgedruckt in ZBl 79 (1978) S. 264 ff., S. 265.

⁸⁹⁴ Vgl. HEUBERGER, S. 223; SPÖRRI, S. 319; DBG-BRÜLISAUER/KUHN, Art. 58 DBG N 172; BGE 113 Ib 25; vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 58 DBG N 92.

⁸⁹⁵ DBG-REICH, Art. 20 DBG N 46; Urteil des Bundesgerichts vom 13. Dezember 1996 in ASA 66 (1997/1998) S. 561, wonach es nicht darauf ankomme, ob die Leistung an den Aktionär aus Gewinnen oder aus den Reserven stamme. Auch ein Darlehen, das im Ergebnis der aktienrechtlich verpönten Einlagerückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) gleichkommt, kann unter den Begriff der geldwerten Leistung fallen (vgl. hiezu aber auch DBG-REICH, Art. 20 DBG N 52).

⁸⁹⁶ Entscheid des Bundesgerichts vom 25. November 1983 in ASA 53 (1984/1985) S. 60;

ASA 66 (1997/1998) S. 559.

⁸⁹⁷ Entscheid des Bundesgerichts vom 25. November 1983 in ASA 53 (1984/1985) S. 59 ff. und BOCHUD, S. 121 ff. und 293 ff. Zur Dokumentation des Geschäfts siehe WILD, S. 410 und 415 f.

⁸⁹⁸ Ein Teil dieser Kriterien wurden im Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999, abgedruckt in ASA 69 (2000/2001) S. 642 ff., S. 649 f., spezifisch für die Interzession behandelt.

zumerken ist, dass die Zweckgrenze angesichts der grosszügigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein wirkliches Hindernis darstellt. Aufgrund der Würdigung kann der Schluss gerechtfertigt sein, die ganze Interzession als simuliert oder bloss die Differenz zur adäquaten Gegenleistung als geldwerten Vorteil zu betrachten.⁸⁹⁹

3. Sonderfall der indirekten Teilliquidation

Bei der Veräusserung von Beteiligungsrechten an Dritte kann dem Veräusserer ein geldwerter Vorteil aus der Beteiligung zukommen, wenn die Erwerberin den Kaufpreis nicht aus eigenen Mitteln, sondern aus Mitteln der übernommenen Gesellschaft aufbringt (indirekte Teilliquidation).⁹⁰⁰ Das Bundesgericht hat hiezu drei kumulative Voraussetzungen aufgestellt. Die Beteiligungsrechte müssen *erstens* an einen Käufer veräussert werden, für den das Buchwertprinzip gilt. Bei der veräusserten Gesellschaft muss *zweitens* eine Mittelentnahme bzw. eine Substanzverminderung eintreten, wobei *drittens* Verkäufer und Käufer diese durch gemeinsames Zusammenwirken eingeleitet haben.⁹⁰¹

Diese Transaktion entspricht der Finanzierungsstrategie beim *leveraged buyout* (LBO).⁹⁰² Bestellt die veräusserte Gesellschaft zugunsten des Aktienerwerbers Sicherheiten, damit dieser ein Darlehen zur Begleichung des Kaufpreises aufnehmen kann, so kann dies ebenfalls eine Mittelentnahme im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darstellen.⁹⁰³

⁸⁹⁹ Hilfreich für die Feststellung der inadäquaten Gegenleistung bzw. Verzinsung sind die Richtlinien und Merkblätter der EStV, wo die Mindestzinssätze dargelegt sind: Merkblatt der Eidg. Steuerverwaltung vom 20. Januar 2003 über Zinssätze für die Berechnung geldwerter Leistungen.

⁹⁰⁰ Vgl. DBG-REICH, Art. 20 DBG N 72 und GRÜNINGER, S. 29 ff., insb. S. 31ff; vgl. Erw. 3a) des Entscheids des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2001 in ASA 72 (2003/2004) S. 221.

⁹⁰¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999, abgedruckt in ASA 69 (2000/2001) S. 642 ff., S. 646 = StE 1999 B 24.4. Nr. 53 Erw. 3c. sowie BGE 2A.331/2003 Erw. 4.3.

⁹⁰² Siehe dazu vorne S. 8 f. und S. 14 f.

⁹⁰³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. April 1999, abgedruckt in ASA 69 (2000/2001) S. 642 ff., S. 649 f. Im vorliegenden Fall verkaufte die natürliche Person W seine Beteiligungen an der X AG, Y AG und Z AG an die V Holding. Zur Begleichung des Kaufpreises nahm die V Holding ein Darlehen bei einer Bank D auf, die als Sicherheit zwei Eigentümerschuldbriefe auf Liegenschaften der X AG zu Pfand erhielt. Diese Schuldbriefe wurden während den Vertragsverhandlungen zum Aktienkauf errichtet, kurz vor der Gründung der V Holding und Abschluss des Kaufvertrags. Das Bundesgericht schloss aufgrund der beschränkten Eigenmittel der V Holding, dass mit der Rückzahlung der Mittel an die übernommene Gesellschaft nicht mehr zu rechnen war, deren Entnahme durch die Pfandbestellung eingeleitet worden war. Alleine die Verpfändung der beiden Schuldbriefe zeige, dass mangels anderer Finanzierungsmöglichkeiten auf Mittel der übernommenen Gesellschaft zurückgegriffen wurde und diese so ihren eigenen

III. Verrechnungssteuer

Die Verrechnungssteuer ist hinsichtlich der verdeckten Gewinnausschüttung mit der direkten Bundessteuer weitgehend deckungsgleich.⁹⁰⁴ Es sind dieselben Voraussetzungen der Leistung ohne entsprechende Gegenleistung, die an einen Aktionär oder eine ihm nahe stehende Person erfolgt und für die Gesellschaftsorgane erkennbar war.⁹⁰⁵

Nach Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG unterliegt der Verrechnungssteuer der Kapitalertrag der von einem Inländer ausgegebenen Aktien, wobei als solcher Ertrag jede geldwerte Leistung der Gesellschaft an Inhaber von Beteiligungsrechten oder an ihnen nahe stehende Dritte gilt (Art. 20 Abs. 1 VStV). Zu den steuerbaren geldwerten Leistungen gehört nach ständiger Rechtsprechung jede Art von Zuwendung an Aktionäre, die ihren Rechtsgrund ausschliesslich im Beteiligungsverhältnis hat und somit *societatis causa* erfolgt. In dem Mass, in welchem solche Leistungen einem unteiligten Dritten unter den gleichen Umständen nicht erbracht worden wären, ist die Verrechnungssteuer geschuldet.⁹⁰⁶ Die Eidg. Steuerverwaltung erlässt zur Vereinfachung auch für die Verrechnungssteuer jedes Jahr ein Rundschreiben, in dem die Zinssätze für die Berechnung der geldwerten Leistungen als Richtlinien festgelegt werden.⁹⁰⁷

Die Verrechnungssteuer stellt für inländische Leistungsempfänger eine *Sicherungssteuer* dar, denn sie erwerben bei ordnungsgemässer Deklaration der Einkünfte einen Rückerstattungsanspruch (Art. 1 Abs. 2 i.V.m. Art. 21 ff. VStG). Für den ausländischen Leistungsempfänger kann sie je nach Doppelbesteuerungsabkommen eine endgültige Belastung darstellen.⁹⁰⁸ Steuerpflichtig ist die leistende Gesellschaft. Sie muss die Steuer von derzeit 35% der steuerbaren Leistung dem Empfänger überwälzen. Unterlässt sie dies, erbringt sie eine zusätzliche, ebenfalls steuerbare Leistung, anhand welcher die Bruttoleistung errechnet wird.⁹⁰⁹

Kaufpreis aufbringen musste; vgl. auch die Bemerkung zur indirekten Teilliquidation und zum *leveraged buyout* in BGE 2A.331/2003 Erw. 4.7.

⁹⁰⁴ Vgl. NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 19 ff.; vgl. BGE 107 Ib 330; vgl. aber auch den Entscheid des Bundesgerichts vom 29. Oktober 1992 in ASA 62 (1993/1994) S. 285.

⁹⁰⁵ Vgl. PFUND, Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG N 3.53.

⁹⁰⁶ BGE 2A.457/2002 Erw. 3 und 3.1.

⁹⁰⁷ Rundschreiben der EStV vom 20. Januar 2004 (Verrechnungssteuer) zu den Zinssätzen 2004 für die Berechnung geldwerter Leistungen.

⁹⁰⁸ Vgl. NEUHAUS, verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 19.

⁹⁰⁹ Art. 14 Abs. 1 VStG: „Die steuerbare Leistung ist bei der Auszahlung, Überweisung, Gutsschrift oder Verrechnung ohne Rücksicht auf die Person des Gläubigers um den Steuerbetrag zu kürzen. Vereinbarungen, die dieser Verpflichtung widersprechen, sind nichtig“; vgl. REICH,

IV. Steuerhinterziehung und -betrug

Die verdeckte Gewinnausschüttung ist auch steuerstrafrechtlich relevant. Wird die Interzession nicht adäquat entschädigt, so kommen die Tatbestände der Steuerhinterziehung und des Steuerbetrugs in Frage. Der objektive Tatbestand der *Steuerhinterziehung* gemäss Art. 175 DBG ist dann erfüllt, wenn vorsätzlich oder fahrlässig bewirkt wird, dass eine Veranlagung unterbleibt oder unvollständig ist.

Auf den Themenbereich der Interzession im Interesse des Aktionärs bezogen liegt bei Fahrlässigkeit oder Vorsatz eine Steuerhinterziehung dann vor, wenn die Interzession im Interesse des Aktionärs ohne Gegenleistung bleibt oder ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht und die so erfolgte *Gewinnvorwegnahme* nicht deklariert wird.⁹¹⁰

Der Tatbestand des *Steuerbetrugs* stellt hingegen auf den Gebrauch von Urkunden wie Geschäftsbücher, Bilanzen, Erfolgsrechnungen und Lohnausweise zum Zwecke einer Steuerhinterziehung ab. Wird der Vorgang zwar korrekt verbucht, besteht jedoch ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, so liegt kein Steuerbetrug im Sinne von Art. 186 DBG vor.⁹¹¹ Der Tatbestand ist hinsichtlich der Urkundenfälschung im Steuerbetrug jedoch erfüllt, wenn die verdeckte Gewinnausschüttung in der Buchhaltung verschleiert wird, indem sie nicht verbucht oder ein Geschäftsvorfall verbucht wird, der sich so nicht ereignet hat.⁹¹²

S. 624; vgl. PFUND, Art. 13 VStG N 3.5: Es erfolgt sodann die Berechnung der Bruttoleistung, die so genannte *Aufrechnung ins Hundert*: $\text{Bruttobetrag} = (\text{Nettobetrag} \times 100) : 65$.

⁹¹⁰ Vgl. SCHERRER/ZUMOFFEN FRUTTERO, S. 75 ff.; vgl. auch BEHNISCH, S. 381.

⁹¹¹ SCHERRER/ZUMOFFEN FRUTTERO, S. 75.

⁹¹² SCHERRER/ZUMOFFEN FRUTTERO, S. 75.

§ 17 StGB

I. Ungetreue Geschäftsbesorgung

1. Tathandlung

a) Missbrauchs- und Treubruchstatbestand

Die Interzession im Interesse des Aktionärs ist nicht nur steuerstrafrechtlich relevant (siehe dazu vorne, S. 211 ff.). Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB kann ebenfalls erfüllt sein. Art. 158 StGB enthält einen Treubruch- sowie einen Missbrauchstatbestand, beide begangen in der Eigenschaft als Geschäftsführer.⁹¹³ Während der Treubruchtatbestand die Absicht der unrechtmässigen Bereicherung für sich oder einen anderen nicht voraussetzt, bei Vorliegen aber mit einem höheren Strafmass sanktioniert, setzt der Missbrauchstatbestand die Bereicherungsabsicht voraus. Der Missbrauchstatbestand stellt die für die Interzession im Interesse des Aktionärs typische Grundkonstellation der Dichotomie der Vertretungsmacht und -befugnis dar, wonach die für die Gesellschaft handelnde Person aufgrund der Vertretungsmacht mehr *kann*, als sie gemäss der Vertretungsbefugnis tatsächlich *darf*.⁹¹⁴

b) Geschäftsführereigenschaft

Geschäftsführer im Sinne des Strafrechts kann ein Geschäftsführer oder ein Verwaltungsrat sein.⁹¹⁵ Geschäftsführer ist, wer in tatsächlicher oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines

⁹¹³ Art. 158 Ziff. 1 und 2 StGB lauten: „1. Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Gefängnis bestraft. Wer als Geschäftsführer ohne Auftrag gleich handelt, wird mit der gleichen Strafe belegt. Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren erkannt werden.

2. Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, die ihm durch das Gesetz, einen behördlichen Auftrag oder ein Rechtsgeschäft eingeräumte Ermächtigung, jemanden zu vertreten, missbraucht und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.“

⁹¹⁴ Vgl. STGB-NIGGLI, Art. 158 N 125.

⁹¹⁵ STGB-NIGGLI, Art. 158 N 22.

ändern für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat.⁹¹⁶ Dabei ist zu beachten, dass das Vermögen der Aktiengesellschaft auch für den Alleinaktionär grundsätzlich fremd ist.⁹¹⁷

c) Pflichtverletzung und Vermögensschaden

Der Geschäftsführer muss durch eine Pflichtverletzung in der Vermögensverwaltung zulassen oder bewirken, dass der Treugeber am Vermögen geschädigt wird. Die Pflichtverletzung kann darin bestehen, dass der Geschäftsführer Vermögenswerte entgegen den Gesellschaftsinteressen an Dritte überträgt, ohne dass die Gesellschaft einen Gegenwert erhält.⁹¹⁸ DONATSCH nennt als Beispiel die Eingehung ohne Gegenleistung von unüblich hohen Risiken zu Lasten der Gesellschaft durch Bankgarantien oder Bürgschaften.⁹¹⁹ Der Tatbestand der aktienrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung ist ebenfalls eine Pflichtverletzung, die allerdings durch Genehmigung der Gesellschaft geheilt werden kann, sofern das Aktienkapital und die Reserven nicht tangiert sind (siehe nachfolgend Ziff. 2).⁹²⁰

Der Vermögensschaden im Sinne des Gesetzes ist gegeben bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nichtverminderung der Passiven oder Nichtvermehrung der Aktiven sowie, wenn das Vermögen in einem Masse *gefährdet* wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist.⁹²¹ Der wirtschaftliche Wert ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits dann vermindert, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigungen oder Rückstellungen Rechnung getragen werden muss, was bei Bürgschaften, Darlehen und Garantie häufig der Fall sein dürfte.⁹²²

⁹¹⁶ STGB-NIGGLI, Art. 158 N 11; BGE 123 IV 21.

⁹¹⁷ BGE 97 IV 13 ff.; 117 IV 264; zu den Ausnahmen siehe BGE 109 IV 111 f., in dem das Bundesgericht es als selbstverständlich angenommen hat, dass der Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft, die nach ihrer Zweckbestimmung im Interesse der Muttergesellschaft arbeiten soll, Gewinne durch die Muttergesellschaft direkt abschöpfen lassen durfte; siehe auch BGE 117 IV 265 f.; STGB-NIGGLI, Art. 158 N 14; vgl. dazu SCHMID, S. 183, der eine strikte Beachtung der Selbständigkeit der juristischen Personen fordert.

⁹¹⁸ Vgl. DONATSCH, ZStrR 2002, S. 9.

⁹¹⁹ DONATSCH, ZStrR 2002, S. 10.

⁹²⁰ BGE 117 IV 268.

⁹²¹ BGE 123 IV 22.

⁹²² Vgl. BGE 123 IV 22; 122 IV 281; 121 IV 107 f.; STGB-NIGGLI, Art. 158 N 114.

2. Pflichtwidrigkeit und Genehmigung

Die bei der Interzession im Interesse des Aktionärs zumeist vorliegende Genehmigung durch die Generalversammlung oder das Handeln des Alleinaktionärs heben die strafrechtliche Pflichtwidrigkeit nur dann auf, wenn die Ausschüttungssperren eingehalten werden, denn die Kapitalschutznormen dienen nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen.⁹²³ Weiter dienen sie auch den Minderheitsaktionären, weshalb die in BGE 117 IV 267 ff. geänderte Rechtsprechung nur für Handlungen des Alleinaktionärs zutreffen dürfte.⁹²⁴

Eine als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizierende Vermögensdisposition auf Kosten der Gesellschaft durch den Alleinaktionär ist daher nur dann und insoweit pflichtwidrig, als das nach ihrer Vornahme verbleibende Reinvermögen der Gesellschaft, d.h. die Aktiven nach Abzug der Passiven, nicht mehr zur Deckung des Aktienkapitals und der gebundenen Reserven ausreicht.⁹²⁵ Die Tatsache, dass die Gesellschaft die Ausschüttungen zivilrechtlich zurückfordern kann, hebt das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens nicht auf.⁹²⁶ Der Alleinaktionär muss deshalb darauf achten, dass die Geschäfte in seinem Interesse das Aktienkapital und die gebundenen Reserven nicht tangieren. Bei der Interzession im Interesse des Aktionärs geschieht dies *primär* durch die Abgeltung der Interzession zu Drittkonditionen. *Sekundär* können das Aktienkapital und die gebundenen Reserven dadurch geschützt werden, dass im Sicherheitenvertrag der maximale Erlös der Verwertung der Sicherheiten und die maximale Beanspruchung der Bürgschaften und Garantien auf die im Beanspruchungs- bzw. Verwertungszeitpunkt frei als Dividenden ausschüttbaren Mittel der Gesellschaft beschränkt werden.⁹²⁷

⁹²³ Vgl. BGE 117 IV 267 ff. Vgl. DONATSCH, ZStrR 2002, S. 21, der die Genehmigung durch die Generalversammlung nicht als Aufhebung der *Pflichtwidrigkeit* betrachtet, sondern beim Tatbestandselement des *Schadens* berücksichtigt. DONATSCH geht davon aus, dass eine strafrechtliche Einwilligung nur *vor* der tatbestandsmässigen Handlung wirksam sei. Die wirksame Genehmigung würde dann nur noch insofern relevant, als sie den Schaden wegfallen lässt.

BGE 126 III 363 zeigt jedoch, dass eine vorgängige, simultane oder nachträgliche Genehmigung des mit einem Interessenkonflikt behafteten Geschäfts möglich ist. Nach DONATSCH, ZStrR 2002, S. 21, wäre in den Fällen der nachträglichen Genehmigung eine Verurteilung wegen *versuchter* ungetreuer Geschäftsbesorgung noch möglich.

⁹²⁴ Vgl. BGE 117 IV 267. Das Schutzbedürfnis der Aktionäre fällt bei Handlungen des Alleinaktionärs logischerweise weg.

⁹²⁵ BGE 117 IV 268.

⁹²⁶ Vgl. DONATSCH, ZStrR 2002, S. 21.

⁹²⁷ Siehe dazu vorne § 13 VI S. 180 ff.

In den sonstigen Fällen – in denen das Aktienkapital verletzt wird oder Minderheitsaktionäre existieren, die mit der Interzession nicht einverstanden sind – bringt die Genehmigung in strafrechtlicher Hinsicht nichts. Auch die Genehmigung durch den Gesamtverwaltungsrat entlastet den Geschäftsführer nicht, ebenso wenig wie die Verteidigung, man sei bloss Mitglied eines kollektiven Geschäftsführungsorgans gewesen oder man habe nur als Strohmann die Eigenschaft eines Geschäftsführers innegehabt.⁹²⁸

3. Kasuistik

a) BGE 105 IV 189 ff.

Eine Bank-Prokuristin unterschrieb zusammen mit dem Geschäftsführer und Delegierten des Verwaltungsrats Bankgarantien, Bürgschaften und Pfandverträge über Vermögenswerte ihrer Bank zugunsten privater Geldgeber des Verwaltungsrats. Die Prokuristin wurde von der ungetreuen Geschäftsbesorgung freigesprochen, weil der Schädigungsvorsatz nicht vorlag. Sie glaubte an einen Ausgleich für die nachteiligen Geschäfte, weil sie die Übernahme des Kundenstammes einer anderen Gesellschaft ermöglichen sollten.⁹²⁹

b) BGE 123 IV 17 ff.

BGE 123 IV 17 ff. behandelt den Fall eines nicht zeichnungsberechtigten Angestellten, der im Namen seines Arbeitgebers für Dritte Garantien über sehr hohe Beträge ausstellte. Die Garantien waren zwar nicht gültig, verursachten der Gesellschaft dennoch einen Schaden im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Der Angestellte wurde wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verurteilt.⁹³⁰ Die Gesellschaft musste die Banken über die ungültigen Garantien unterrichten und hätte sich gegen Ansprüche aus den vermeintlichen Garantien wehren müssen. Daraus ist zu schliessen, dass es als angeklagtes Organ wenig erfolgversprechend ist, auf die zivilrechtliche Ungültigkeit der eingegangenen Sicherheiten zu pochen.

⁹²⁸ Erw. 2a des nicht publizierten Entscheid des Kassationshofs des Bundesgerichts vom 19. Januar 1996 in Sachen S. gegen Staatsanwalt des Kantons Graubünden, abgedruckt in DRUEY/VOGEL, S. 413; BGE 105 IV 110.

⁹²⁹ BGE 105 IV 189 ff., 191 f.

⁹³⁰ BGE 123 IV 17 ff.; vgl. auch den ähnlichen Sachverhalt in BGE 121 IV 104.

c) BGE 117 IV 259 ff.

BGE 117 IV 259 ff. betraf einen Alleinaktionär und Verwaltungsrat, der seinen privaten Konsum aus Geldern der Gesellschaft finanzierte. Das Bundesgericht hielt fest, dass das Gesellschaftsvermögen auch für den Alleinaktionär fremd sei. Die Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung könne bei Handlungen des Alleinaktionärs jedoch nur insoweit erfolgen, als dadurch das Aktienkapital und die gebundenen Reserven tangiert worden seien. Dieses Vermögen diene den Arbeitnehmern und den vorhandenen und zukünftigen Gesellschaftsgläubigern.

Sind diese gebundenen Vermögenswerte nicht tangiert, ist zusätzlich (d.h. kumulativ) die Frage positiv zu beantworten, ob die so erfassten Vermögensdispositionen der Pflicht zu sorgfältigem Handeln entsprechen und damit als Aufwand akzeptiert werden können.⁹³¹ Die Beantwortung dieser Frage hängt von der finanziellen Situation der Gesellschaft und von der Art, vom Zweck und Umfang des Aufwands ab.

d) BGE 109 IV 111 ff.

BGE 109 IV 111 ff. handelt von einer Tochtergesellschaft (EBO AG) einer ausländischen Gesellschaft (EBO S.à.r.l. in Frankreich). Der Zweck der EBO AG war es, im Interesse der Muttergesellschaft zu arbeiten. Das Bundesgericht betrachtete es deshalb als selbstverständlich, dass Gewinne direkt abgeschöpft werden können. Der Geschäftsführer liess Gewinne, die für die Muttergesellschaft bestimmt waren, einer von ihm beherrschten Gesellschaft zukommen und entzog sie so der Muttergesellschaft. Der Geschäftsführer der Tochtergesellschaft wurde wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verurteilt. Das Bundesgericht hielt fest, dass die strafrechtliche Verantwortung und die Treuepflicht nicht aufgehoben seien, auch wenn die Mittel, die sich der Geschäftsführer aneignete, bei korrekter Geschäftsabwicklung vermutlich direkt von der Muttergesellschaft abgeschöpft und gar nie von der Tochtergesellschaft eingenommen worden wären.⁹³²

Das Bundesgericht definiert die Treuepflicht des Geschäftsführers einer Tochtergesellschaft mit Unterwerfungszweck in einem erweiterten Sinne, indem ihm nicht nur die Sorge für das Vermögen dieser Tochtergesellschaft anvertraut ist, sondern er auch für die Vermögensinteressen der

⁹³¹ BGE 117 IV 268 f. Vorliegend ging es um Leasingraten für einen Luxuswagen, die Miete für die Residenz des Verwaltungsrats in einem Edelhotel und Alimente für seine Tochter aus erster Ehe; vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 261.

⁹³² BGE 109 IV 113.

Muttergesellschaft zu sorgen hat, soweit sich dies aus der Organisation und dem Zweck der Tochtergesellschaft ergibt.

Dass man Gewinne als Geschäftsführer einer Gesellschaft nicht persönlich einstreichen darf, nur weil sie nicht direkt der Gesellschaft, sondern der Muttergesellschaft zugute kommen, ist selbstverständlich. Die Äusserungen des Bundesgerichts zum Unterwerfungszweck sind hingegen etwas zu vereinfachend gefasst, wonach der Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft, die nach ihrer Zweckbestimmung im Interesse der Muttergesellschaft arbeiten soll, selbstverständlich Gewinne durch die Muttergesellschaft direkt abschöpfen lassen kann.⁹³³ Dieser grosszügige Standard kann nur gelten, solange die Interessen der Gläubiger und der Minderheitsaktionäre gewahrt sind. Damit werden im Ergebnis verdeckte Gewinnausschüttungen und Gewinnvorwegnahmen bei Vorliegen eines Unterwerfungszwecks von der Treuepflicht in strafrechtlicher Hinsicht als gedeckt erachtet. Dies kann in dieser vereinfachten und pauschalen Form nicht gelten. Es muss ein Ausgleich in Form eines Verlustausgleichs oder einer Rückerstattungspflicht erfolgen, doch darüber schweigt sich das Bundesgericht aus. Die Ansicht, wonach verdeckte Gewinnausschüttungen bei Gesellschaften mit Unterwerfungszweck nicht zur aktienrechtlichen Rückerstattungspflicht führen, wird deshalb in dieser Arbeit aus mehreren Gründen abgelehnt (siehe vorne S. 116 ff.).

e) Entscheid I-Konzern

Der Entscheid I-Konzern betrifft die Interzession im Interesse des Aktionärs.⁹³⁴ Diverse Tochtergesellschaften mussten zugunsten der Schuld ihres direkten Alleinaktionärs oder ihres indirekten Mehrheitsaktionärs interzedieren. Es geht um den nachfolgenden Sachverhalt, der sich in drei Stufen (eine Finanzierung und zwei Umfinanzierungen) ereignet hat.

aa) Sachverhalt

A beherrschte zusammen mit M die I AG, welche nebst anderen Tochtergesellschaften 78% an der E AG hielt. E AG kaufte sämtliche Aktien der C AG. Der Kaufpreis von CHF 4.4 Mio. wurde mit CHF 1 Mio. aus Mitteln der E AG und zu CHF 3.4 Mio. mit einem Bankkredit der Bank K bezahlt,

⁹³³ Vgl. BGE 109 IV 111: „Als Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft, die nach ihrer Zweckbestimmung im Interesse der Muttergesellschaft arbeiten soll, durfte M. selbstverständlich Gewinne durch die Muttergesellschaft direkt abschöpfen lassen.“

⁹³⁴ DRUEY/VOGEL, S. 108 ff. und 413 ff.; der Entscheid „I-Konzern“ (siehe auch vorne, S. 108) betrifft den nicht publizierten Entscheid des Kassationshofs des Bundesgerichts vom 19. Januar 1996 in Sachen S. gegen Staatsanwalt des Kantons Graubünden.

der mit einer Grundpfandverschreibung zulasten des Grundeigentums der C AG besichert worden ist.

In einer ersten Umfinanzierung nahm die I AG einen Kredit bei der Bank D über CHF 6 Mio. auf. CHF 3.4 Mio. wurden an die E AG weitergeleitet, damit sie den Kredit der Bank K zurückzahlen konnte. Je CHF 500'000 gingen an die I AG und E AG und zusätzlich CHF 1.6 Mio. an die I AG als Liquiditätsreserve. Die C AG besicherte den Kredit der Bank K an die I AG mit einer Grundpfandverschreibung über CHF 7.2 Mio.

In einer zweiten Umfinanzierung schloss die I AG einen Kreditvertrag über CHF 6 Mio. mit der Bank B. Damit wurde der bestehende Kredit der Bank K abgelöst. Als Sicherheit diente nach wie vor die Grundpfandverschreibung der C AG über CHF 7.2 Mio. Die E AG, C AG und weitere Tochterunternehmungen schlossen zugunsten der Bank B Globalzessionen ab. Die C AG, E AG und die K AG unterzeichneten jeweils eine Solidarbürgschaft über CHF 6 Mio.

bb) Bemerkungen

Aus prozessualen Gründen hielt sich das Bundesgericht an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung, wonach die Belastungen der C AG nicht durch Gegenleistungen der I AG aufgewogen worden seien.⁹³⁵ Das Bundesgericht hielt fest, dass es nicht angehe, „*gesunde und selbständige Tochtergesellschaften zugunsten der Muttergesellschaft derart stark zu belasten, dass sie in ihrer Existenz gefährdet werden.*“⁹³⁶ Die Verteidigung, wonach die Organe für das Wohl der gesamten Unternehmensgruppe „I-Konzern“ zu sorgen habe, wurde abgelehnt und der Geschäftsführer der ungetreuen Geschäftsführung nach Art. 159 alt StGB verurteilt. Der Entscheid betont die *Existenzgefährdung*. Die finanzielle Substanz der Enkelingesellschaft C AG, die auch den Minderheitsaktionären der E AG und den Gläubigern dient, dürfe nicht angegriffen werden. Der Wert der C AG betrug CHF 4.4 Mio. Zu Lasten dieser Gesellschaft wurde eine Grundpfandverschreibung in der Höhe von CHF 7.2 Mio. abgeschlossen, wodurch auch das Vermögen der E AG stark gefährdet wurde, das zu 70% aus der 100%-Beteiligung an der C AG bestand.⁹³⁷

Das Bundesgericht hat in Übereinstimmung mit BGE 117 IV 268 gewürdigt, ob die Interzession zugunsten des Alleinaktionärs erfolgt und das Aktienkapital tangiert ist. Hinsichtlich der ersten Finanzierung, bei der die

⁹³⁵ Siehe dazu auch vorne, S. 108 ff.

⁹³⁶ DRUEY/VOGEL, S. 109.

⁹³⁷ DRUEY/VOGEL, S. 110 ff. und 414.

C AG eine Belastung zur Besicherung der Schuld ihrer Alleinaktionärin eingehen musste, die Nettosubstanz aber auch mit der Belastung das Eigenkapital überstieg, wurden die Geschäftsführer freigesprochen.⁹³⁸ Die erste Interzession der C AG diente bloss der direkten und einzigen Aktionärin E AG. Die C AG wurde erst bei der ersten und zweiten *Umfinanzierung* auch zugunsten der Schuld der Konzernspitzengesellschaft I AG belastet. Die I AG als oberste Gesellschaft hielt an der E AG jedoch nur 78% und war somit nur *Mehrheitsaktionärin* der E AG. Die in BGE 117 IV 268 entwickelten Grundsätze für Alleinaktionäre konnten deshalb nicht mehr greifen. Die Umfinanzierungen erfolgten somit zulasten der Minderheitsaktionäre der E AG, die ein Recht darauf haben, dass die Gesellschaft, an der sie 22% der Aktien halten, Leistungen an die Hauptaktionärin nur zu Drittkonditionen erbringt.⁹³⁹

f) BGE 105 IV 106 ff.

Einen weiteren Fall der Interzession im Interesse des Gesellschafters behandelt BGE 105 IV 106 ff. F. war Geschäftsführer und Verwaltungsrat der G AG. Er war zugleich Stiftungsrat der Vorsorgestiftung der G AG. Die Stiftung beherrschte eine Immobiliengesellschaft. Eines der Gebäude der Immobiliengesellschaft wurde mit einem Schuldbrief belastet, der als Sicherheit für die Schuld der G AG gegenüber einer Bank übertragen wurde. Später übernahm die Stiftung die Schuld in ihre Bücher. F. wurde wegen ungetreuer Geschäftsführung als Stiftungsrat der Vorsorgestiftung verurteilt.

g) Prospera-Entscheid

Im Entscheid „Prospera“ kam es ebenfalls zu einer Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsführung durch die Interzession im Interesse des Geschäftsführers. Geschäftsführer Frischknecht ging eine Solidarbürgschaft im Namen der Prospera GmbH ein und verpfändete die beim Bankverein liegenden Wertschriften der Prospera zugunsten der Bank für Gemeinwirtschaft für seine persönliche Kreditschuld. Der Prospera-Entscheid ist ausführlich beschrieben auf S. 33 ff.⁹⁴⁰

⁹³⁸ DRUEY/VOGEL, S. 108 und 415.

⁹³⁹ DRUEY/VOGEL, S. 415 f.

⁹⁴⁰ BGE 95 II 447.

h) Rechtsvergleichung: Französische Rozenblum-Praxis

Interessant ist ein Vergleich mit dem französischen Konzernrecht. Die so genannte *Rozenblum-Praxis* des französischen Cour de Cassation befreit den Geschäftsführer vom Vorwurf der ungetreuen Geschäftsführung, wenn mehrere Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind. Dies sind eine strukturell verfestigte Gruppe, eine einheitliche Konzernpolitik, insgesamt intakte Aussichten auf Ausgleich sowie keine Verpflichtungen, die über die Kräfte der Einzelgesellschaft hinausgehen.⁹⁴¹ Das Ziel der Rozenblum-Praxis ist es, einen Ausgleich der Eigeninteressen der einzelnen Gesellschaften mit dem Gesamtinteresse der Gruppe zu finden.⁹⁴²

Das Kriterium der verfestigten Gruppe will sicherstellen, dass innerhalb der Gesamtgruppe den einzelnen Gruppengesellschaften eine gewisse Eigenständigkeit verbleibt. Von der Rozenblum-Praxis sollen nur Gruppen mit einer Struktur profitieren, die alle Gruppengesellschaften zu einer ausgewogenen Vorteils- und Lastengemeinschaft in organisatorischer und wirtschaftlicher Weise verbindet.⁹⁴³

Das zweite Kriterium der einheitlichen Gruppenpolitik bezweckt den Ausschluss von Gruppen, die lediglich punktuell und kurzfristig auf Entwicklungen und Anforderungen reagieren. Notwendig ist auch bei kurzfristigen Reaktionen eine Rückkoppelung an die mittel- und langfristige Planung für die Gesamtgruppe.⁹⁴⁴

Die letzten beiden Voraussetzungen der intakten Aussicht auf Ausgleich und der Begrenzung der Verpflichtungen gehen vom Konzept aus, dass nicht jeder nachteilige Einfluss isoliert auszugleichen ist und dass die einzelne Belastung nicht zu einer existentiellen Gefährdung einer Gesellschaft führen darf.⁹⁴⁵

Die französische Rozenblum-Praxis ist mit vielen unbestimmten Rechtsbegriffen ziemlich schwammig geraten. Sie ist aber grosszügiger als die schweizerische Rechtsprechung, die vom isolierten Ausgleich für jedes nachteilige Geschäft ausgeht. Das Prinzip des Einzelausgleichs *at arm's length* hat jedoch den Vorteil, dass es in allen Rechtsgebieten eine tragfähige Lösung darstellt.

⁹⁴¹ Vgl. FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, S. 705 ff.; DRUEY, ZGR, S. 318 FN 46; vgl. DRUEY/VOGEL, S. 111 FN 27 und ZÜRCHER, S. 110. Der Leitsatz der Rozenblum-Praxis ist auch abgedruckt bei AMSTUTZ, N 620.

⁹⁴² FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, S. 705.

⁹⁴³ FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, S. 706; AMSTUTZ, N 621.

⁹⁴⁴ FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, S. 707; AMSTUTZ, N 621.

⁹⁴⁵ FORUM EUROPAEUM KONZERNRECHT, S. 708; AMSTUTZ, N 623.

4. Ergebnis

Die Rechtsprechung berücksichtigt sämtliche Umstände der Interzession. So gilt ein grosszügigerer Massstab, wenn die Entnahme durch einen Verwaltungsrat erfolgt, der Alleinaktionär ist. Auch berücksichtigt die Rechtsprechung bei der Beurteilung der Treuepflicht des Geschäftsführers den Zweck der Gesellschaft. Die wichtigsten Grenzen muss jedoch auch der Alleinaktionär beachten, nämlich die gebundenen Reserven und das Aktienkapital. Sind diese gebundenen Vermögenswerte nicht tangiert, ist kumulativ die Frage positiv zu beantworten, ob die so erfassten Vermögensdispositionen der Pflicht zu sorgfältigem Handeln entsprechen und damit als Aufwand akzeptiert werden können.⁹⁴⁶ Es empfiehlt sich deshalb bei nicht adäquater Abgeltung der Interzession, den maximalen Verwertungserlös und die maximale Beanspruchung von Garantien auf die im Zeitpunkt der Beanspruchung frei ausschüttbaren Mittel zu beschränken und die Gesellschaft nicht mit Interzessionen zu belasten, die zur Finanzierung des persönlichen Konsums des Aktionärs dienen.

Die korrekte Vorgehensweise ist deshalb der Ausgleich aller Nachteile bei Geschäften zwischen verbundenen Gesellschaften oder zwischen der Gesellschaft und ihrem Aktionär. Dies geschieht durch konsequente Entschädigung der Interzession nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length*.

II. Veruntreuung

Der Tatbestand der Veruntreuung gemäss Art. 138 StGB setzt im Unterschied zur ungetreuen Geschäftsbesorgung stets die Bereicherungsabsicht, anvertraute fremde Sachen oder Vermögenswerte sowie eine Aneignungshandlung voraus.⁹⁴⁷ Der Anwendungsbereich ist ansonsten weitgehend deckungsgleich. Bei Konkurrenzen geht nach herrschender Lehre die Veruntreuung vor.⁹⁴⁸ Diesbezüglich besteht ein Streit, ob die Vermögenswerte einer Gesellschaft den Organen anvertraut sind.⁹⁴⁹ In dieser Arbeit wird von der Ansicht DONATSCHS ausgegangen, der die Vermögenswerte nicht

⁹⁴⁶ BGE 117 IV 268 f.; vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 261.

⁹⁴⁷ STGB-NIGGLI, Art. 158 StGB N 155 und STGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB N 195; vgl. DONATSCH, ZStrR 1996, S. 220.

⁹⁴⁸ STGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB N 195.

⁹⁴⁹ DONATSCH, ZStrR 2002, S. 25 und DONATSCH, ZStrR 1996, S. 219 vertritt die Ansicht, dass die Vermögenswerte den Organen der Gesellschaft nicht anvertraut sind; a.M. vgl. STRATEN-WERTH, S. 95; vgl. STGB-NIGGLI/RIEDO, Art. 138 StGB N 195 und REHBERG/SCHMID/DONATSCH, S. 257 f.

als den Organen anvertraut betrachtet, da sie die Vermögenswerte im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit einzusetzen haben. Das Konzept der anvertrauten Sache, wie es der Veruntreuung gemäss Art. 138 StGB zugrunde liegt, passt tatsächlich nicht auf diesen Sachverhalt.

III. Konkurs- und Betreibungsdelikte

1. Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung

In Frage kommt hier insbesondere Art. 164 StGB, der vereinfacht dargestellt ahndet, was im Bereich des SchKG durch die Anfechtungsklage erfasst wird.⁹⁵⁰ Zu den Tatbestandselementen gehört objektiv der Eintritt des Konkurses, ein für die Gläubiger schädlicher Eingriff in das Vermögen des Schuldners sowie in subjektiver Hinsicht Vorsatz. Im Zusammenhang mit der Interzession im Interesse des Aktionärs ist die Tatbestandsvariante der unentgeltlichen Veräusserung von Vermögenswerten oder der Veräusserung gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert einschlägig. Als Massstab zur Beurteilung der Leistungen dient das Äquivalenzprinzip.⁹⁵¹

Der Katalog der möglichen Handlungen in Art. 164 StGB ist abschliessend.⁹⁵² Es stellt sich deshalb die Frage, ob unter der Veräusserung auch die Pfandbelastung zu subsumieren ist. Eindeutig darunter fallen die zur Sicherung erfolgten Vollübertragungen der Sicherungszessionen und Sicherungsübertragungen. Die Eingehung einer Pfandbelastung stellt eine dingliche Belastung dar; es könnte somit von einer teilweisen Veräusserung gesprochen werden. Die Eingehung einer Garantie oder Bürgschaft hingegen sind vom Wortlaut nicht mehr gedeckt. Es ist davon auszugehen, dass derartige Verpflichtungen vom abschliessenden Handlungs-

⁹⁵⁰ STGB-BRUNNER, Art. 164 StGB N 1; BGE 126 IV 9; BBl 1991 II 1061; vgl. Art. 164 StGB: „1. Der Schuldner, der zum Schaden der Gläubiger sein Vermögen vermindert, indem er Vermögenswerte beschädigt, zerstört, entwertet oder unbrauchbar macht, Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussert, ohne sachlichen Grund anfallende Rechte ausschlägt oder auf Rechte unentgeltlich verzichtet, wird, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft. 2. Unter den gleichen Voraussetzungen wird der Dritte, der zum Schaden der Gläubiger eine solche Handlung vornimmt, mit Gefängnis bestraft.“

⁹⁵¹ STGB-BRUNNER, Art. 164 StGB N 14.

⁹⁵² BGE 126 IV 9; BBl 1991 II 1061; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, S. 301; vgl. die Kritik bei STRATENWERTH/JENNY, S. 471.

katalog des neuen Art. 164 StGB nicht mehr erfasst werden.⁹⁵³ Derartige Handlungen können jedoch unter den Tatbestand der Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB fallen, auf den nachfolgend einzugehen ist.

2. Misswirtschaft

Die Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB ist ein Auffangtatbestand.⁹⁵⁴ Sie erfasst diejenigen Handlungen des Schuldners, der auf andere Weise als in Art. 164 StGB seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert. Dies kann durch *Misswirtschaft*, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung geschehen. Die relevanten Sorgfaltspflichten für Verwaltungsräte sind dem Zivilrecht zu entnehmen, beispielsweise die Treuepflicht gemäss Art. 717 OR oder die Anzeigepflichten gemäss Art. 725 OR.⁹⁵⁵ Die Interzession im Interesse des Aktionärs ohne adäquate Gegenleistung dürfte bei entsprechendem Umfang der Interzession und entsprechender finanzieller Ausstattung der Gesellschaft alle erwähnten Tatbestandsvarianten erfüllen. Der Tatbestand erfordert auf der subjektiven Seite Vorsatz, allerdings mit gewissen handlungsinhärenten Fahrlässigkeitselementen.⁹⁵⁶

⁹⁵³ Vgl. STRATENWERTH/JENNY, S. 471. Unter dem alten Recht war beispielsweise die Eingehung neuer Verbindlichkeiten, denen keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht, ebenfalls erfasst, vgl. BGE 97 IV 22.

⁹⁵⁴ REHBERG/SCHMID/DONATSCH, S. 303.

⁹⁵⁵ REHBERG/SCHMID/DONATSCH, S. 304.

⁹⁵⁶ Vgl. die Kritik zu den vielen unbestimmten Begriffen und den handlungsinhärenten Fahrlässigkeitselementen bei STRATENWERTH/JENNY, S. 473 und die Ausführungen in BB1 1991 II 1065. Die Fahrlässigkeitskomponente ergibt sich durch die in Art. 165 StGB enthaltenen Begriffe „*leichtsinnige* Gewährung von Kredit“, „*Verschleuderung* von Vermögenswerten“ oder „*arge* Nachlässigkeit in der Berufsausübung“; vgl. hierzu auch REHBERG/SCHMID/DONATSCH, S. 305.

§ 18 Legal Opinion

I. Wesen und Zweck der Legal Opinion

1. Definition und Problemstellung

Bei komplexen Kreditgeschäften ist es üblich, dass die Parteien über den Bestand und die Durchsetzbarkeit ihrer Forderungen eine juristische Absicherung und Bestätigung wünschen. In der Praxis geschieht dies durch ein juristisches Gutachten. Der gängige englische Begriff hierfür heisst *legal opinion*. Zwei Fälle sind dabei zu unterscheiden. *Einerseits* kann eine Vertragspartei von ihrem eigenen Anwalt die Abgabe eines Gutachtens verlangen. *Andererseits* hat sich vor allem in Amerika die Usanz entwickelt, derartige Gutachten von der Vertragsgegenpartei zu verlangen. Der Anwalt der Kreditnehmerin muss beispielsweise gegenüber den Banken bestätigen, dass sie einen gültigen und durchsetzbaren Anspruch auf Kreditrückzahlung haben und dass ihre Forderung gültig besichert worden ist. Diese Form des juristischen Gutachtens wird *third party legal opinion* genannt.⁹⁵⁷

In der Praxis kommt die Transaktion meist erst durch Abgabe einer legal opinion zustande. Die Abgabe einer befriedigenden legal opinion bildet dann eine aufschiebende Bedingung für die Gültigkeit des Vertrages und wird im Vertrag als so genannte aufschiebende Bedingung (*condition precedent*) statuiert.⁹⁵⁸

Der Zweck einer legal opinion ist die Risikobegrenzung durch Risikoevaluation und –abwälzung. Der führenden Bank im Bankensyndikat dient die legal opinion als Referenzgutachten für die übrigen Syndikatsbanken und der Qualitätssicherung. Nicht zuletzt deswegen bringt sie den Anwalt, der die legal opinion verfasst, in ein Dilemma. Entdeckt er später Fehler, die seinem Klienten nützen, riskiert er mit deren Mitteilung die eigene Haftbarkeit gegenüber der Gegenpartei seines Klienten. Dies beeinflusst die Motivationslage.⁹⁵⁹

⁹⁵⁷ ADOLFF, S. 1; GRUSON/HUTTER/KUTSCHERA, S. 12.

⁹⁵⁸ GRUSON/HUTTER/KUTSCHERA, S. 9; ADOLFF, S. 21 f.

⁹⁵⁹ Zu den einzelnen Motiven einer legal opinion siehe ADOLFF, S. 28 ff. und REHM, S. 354 f.
Zur Beeinflussung der Motivationslage ADOLFF, S. 32 f.

Damit die legal opinion im Geschäftsverkehr wirklich von Nutzen sein kann, sind eine standardisierte Sprache und gängige Formeln zu wählen.⁹⁶⁰ Sie werden deshalb meistens auf Englisch verfasst. In Amerika existieren so genannte *legal opinion formbooks*, die die gängigen Formeln und Mustergutachten wiedergeben sowie teilweise AGB-ähnliche Geschäftsbedingungen für die Abgabe einer legal opinion enthalten.⁹⁶¹ Die Standardisierung hat auch die formelle Gliederung der legal opinion beeinflusst. In einem ersten Teil der opinion wird der formale Rahmen abgesteckt (*opinion framework*), im zweiten Teil geht es darum, wie mit Tatsachen umgegangen wird und insbesondere um die ungeprüften Annahmen (*assumptions*). Danach folgen die eigentlichen Aussagen zur Gültigkeit und Durchsetzbarkeit der Forderungen und Rechte (*substantive opinion*). Am Schluss finden sich die Einschränkungen zu den gemachten Aussagen (*qualifications*).⁹⁶²

2. Rechtliche Erfassung der third party legal opinion

Die Abgabe einer third party legal opinion wirft vielfältige Probleme auf. Es stellt sich insbesondere die Frage, aufgrund welcher Haftungsgrundlage der Anwalt von der Gegenseite seines Klienten in Anspruch genommen werden kann. Während die Abgabe eines Gutachtens an den eigenen Klienten einen gewöhnlichen Vorgang im Rahmen des Anwaltsmandats darstellt, ist die Frage der rechtlichen Würdigung einer *third party legal opinion* schwieriger zu beantworten. Weiter ist fraglich, welches Recht auf dieses Verhältnis anwendbar ist, da sich die Parteien häufig in verschiedenen Jurisdiktionen befinden (siehe Ziff. 3).

Die juristische Würdigung der Beziehung zwischen Anwalt und der Gegenpartei des Mandanten ist komplex. Die überzeugendsten Varianten sind die unerlaubte Handlung, der echte Vertrag zugunsten Dritter, der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die Drittschadensliquidation sowie die Haftung des Verhandlungsgehilfen aus culpa in contrahendo.⁹⁶³

⁹⁶⁰ GRUSON/HUTTER/KUTSCHERA, S. 10.

⁹⁶¹ Siehe das Formbook von HOLDERNESS/WUNNICKE; siehe weitere Verweise bei ADOLFF, S. 4 FN 9; Third Party Legal Opinion Accord, including the Legal Opinion Accord, of the Section of Business Law, of the American Bar Association (ABA), abgedruckt in GLAZER/FITZ-GIBBON/WEISE, Appendix 2; siehe das Mustergutachten in GRUSON/HUTTER/KUTSCHERA, S. 28 ff.

⁹⁶² ADOLFF, S. 7.

⁹⁶³ Das Bundesgericht anerkennt den Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter noch nicht, siehe BGE 4C.230/2003 Erw. 1; ADOLFF, S. 96 f. (zum echten Vertrag zugunsten Dritter und zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter), S. 109 ff. zur Drittschadensliquidation und S. 118 ff. zur Haftung des Verhandlungsgehilfen aus culpa in contrahendo; zum Themenbereich

a) Culpa in contrahendo

Besonders im Bereich der third party legal opinion erscheint das Haftungskonzept des Verhandlungsgehilfen aus culpa in contrahendo als passend. Das Bundesgericht zieht eine Anwendung der culpa in contrahendo nur in Betracht, wenn das Gutachten eine erforderliche Sachnähe zu den Vertragsverhandlungen aufweist und im Hinblick darauf erstellt wurde.⁹⁶⁴ Die Abgabe der befriedigenden legal opinion bildet tatsächlich meistens explizit eine aufschiebende Bedingung des Darlehensvertrages.⁹⁶⁵ Es ist deshalb davon auszugehen, dass ihr eine grosse Bedeutung für die kreditgebende Bank zukommt. Sie wird nur dann ein Darlehen gewähren, wenn sie eine befriedigende legal opinion über die Gültigkeit und Vollstreckbarkeit ihres Rückzahlungsanspruchs und dessen Besicherung erhalten hat. Der legal opinion kommt deshalb eine entscheidende Bedeutung beim Entscheid über den Vertragsschluss zu. Der Anwalt erstattet das Gutachten für seinen Klienten und muss sich der haftungsbegründenden Bedeutung seiner Aussagen bewusst sein. Dies zeigt sich auch darin, dass der Anwalt die legal opinion aus seiner eigenen Sicht verfasst und für sich selbst spricht.⁹⁶⁶ Er weiss aufgrund seiner Teilnahme an den Verhandlungen über den Darlehensvertrags und die Sicherheitenstruktur immer um die Wichtigkeit dieses Gutachtens, das geeignet und dazu bestimmt ist, Vertrauen beim Vertragspartner des Klienten zu erwecken. Er ist deshalb ein *Gehilfe* beim Vertragsschluss und folgerichtig ebenfalls der culpa in contrahendo zu unterwerfen.⁹⁶⁷ Die Haftung aus culpa in contrahendo ist ein Anwendungsfall der Vertrauenshaftung,⁹⁶⁸ auf welche vertieft im folgenden Abschnitt einzugehen ist.

der so genannten „Drittweitergabefälle“ siehe auch KAISER, S. 210 ff. KAISER verwirft Vertragsfiktionen (S. 214), Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (S. 215 ff.), Drittschadensliquidation (S. 218 f.), bejaht hingegen eine Vertrauenshaftung (S. 221 ff. und S. 226). WALTER verneint eine vertragliche Drittschutzwirkung ebenfalls (WALTER, S. 291). Er argumentiert dahingehend, dass es nicht einleuchten kann, Schutzwirkungen zugunsten eines Dritten abzuleiten, dessen Interessen in einem Gegensatz zum Vertragspartner des Gutachters stehen. Aus demselben Grund lehnt er die Ausdehnung aufgrund des „Wohl-und-Wehe-Gedankens“ ab. REHM, S. 355, lässt den Anwalt für die third party legal opinion aus Vertragsrecht haften. Bei ausdrücklicher Nennung des Dritten in der legal opinion liegt nach REHM ein Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von Art. 112 OR vor.

⁹⁶⁴ BGE 4C.230/2003, Erw. 1.

⁹⁶⁵ GRUSON/HUTTER/KUTSCHERA, S. 9; ADOLFF, S. 21 f.

⁹⁶⁶ ADOLFF, S. 121.

⁹⁶⁷ Vgl. WALTER, S. 292; vgl. ADOLFF, S. 121 f.; vgl. FRICK, S. 235 f.

⁹⁶⁸ BGE 4C.193/2000, Erw. 5.

b) Aspekte der Vertrauenshaftung

Das Bundesgericht hat sich schon mehrfach mit der Haftung für Rat und Auskunft befasst und griffige Kriterien einer Vertrauenshaftung entwickelt, die auch für den Bereich der *third party legal opinion* Geltung hat.⁹⁶⁹ Die dort erwähnten Sachverhalte sind zwar nicht so formell wie die Abgabe einer legal opinion, bei der die Anwälte stets vor Augen haben müssen, dass sie für ihre Aussagen haftbar werden können. Die Haftbarkeit aufgrund der Abgabe einer legal opinion bildet sogar ein wesentliches Motiv, zwecks Risikoabwälzung eine legal opinion zu verlangen. Die bundesgerichtliche Konstruktion ist trotz dieses Mangels für den Bereich der third party legal opinion durchaus passend.

Das Bundesgericht begründet die Vertrauenshaftung einerseits mit Verhaltenspflichten, die sich aus einem *gesetzlichen Schutz- oder Schuldverhältnis* ergeben, andererseits wendet es Art. 41 Abs. 1 OR an, wobei zum Schutz fremden Vermögens eine entsprechende *ungeschriebene Verhaltensnorm* die Grundlage bildet.⁹⁷⁰ Nach beiden Konzeptionen kommt es

⁹⁶⁹ Siehe BGE 124 III 368 (Anwalt bestätigte die Richtigkeit eines unrichtigen Vermögensinventars gegenüber der Käuferin des Aktienpakets seines Mandanten); BGE 111 II 471 ff.; 112 II 258 ff.; 4C.193/2000 Erw. 4a: „Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Erteilung einer Auskunft, die weder in Ausübung eines Gewerbes noch sonst gegen Entgelt gegeben wird, nicht als Erfüllung einer übernommenen vertraglichen Verpflichtung anzusehen, sondern als ein ausservertragliches Handeln. Dies gilt auch für Bankauskünfte, die ein Kunde unabhängig von einem bestimmten Geschäft erbittet und erhält (...). Wer über Verhältnisse befragt wird, in die er kraft seiner Stellung besonderen Einblick besitzt, hat – wenn er sich überhaupt auf eine Antwort einlässt – wahrheitsgetreu Auskunft zu geben, sofern für ihn erkennbar ist, dass diese für den Adressaten voraussichtlich folgenschwere Bedeutung hat oder haben kann. Er darf nicht absichtlich falsche Tatsachen behaupten oder leichtfertig Angaben machen, deren Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit ihm ohne lange Prüfung in die Augen springen muss. Der Angefragte handelt nicht bloss dann widerrechtlich, wenn er wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige positive Angaben macht, sondern ebenso, wenn er Tatsachen verschweigt, die ihm bekannt sind und von denen er sich sagen muss, dass ihre Kenntnis den in Frage stehenden Entschluss beeinflussen könnte.“ Vgl. dazu auch KAISER, S. 221 ff., WALTER, S. 273 ff., insbesondere S. 291 ff., wo er sich für die Anwendbarkeit der Haftung aus culpa in contrahendo ausspricht.

⁹⁷⁰ BGE 4C.193/2000, Erw. 4a. Das Bundesgericht lokalisiert die Vertrauenshaftung zwischen der Delikts- und der Vertragshaftung (vgl. BGE 4C.230/2003). Es äussert sich zwar nicht explizit darüber, dass es sich auf Abs. 1 von Art. 41 OR stützt. Abs. 2 verlangt indessen Absicht sowie einen Verstoß gegen die guten Sitten. Beide Voraussetzungen sind in den relevanten Entscheiden nicht geprüft worden und lagen auch nicht vor. Die vom Bundesgericht entwickelte ungeschriebene Schutznorm zeigt, dass es von der Rechtswidrigkeit im Sinne des Art. 41 Abs. 1 OR ausgegangen ist. Vgl. auch SCHWENZER, Rz. 50.24 S. 311, die den Anspruch explizit auf Abs. 1 stützt; BREHM lehnt die Ansicht des Bundesgerichts ab und wendet bei der Erteilung eines unrichtigen Rats Abs. 2 an, siehe BREHM, Art. 41 N 44 und 46. Art. 41 Abs. 2 OR kommt dann zum Zuge, wenn eine Handlung nicht gegen ein Gebot oder Verbot verstösst (vgl. BREHM, Art. 41 N 236). Die Tatsache, dass das Bundesgericht eine ungeschriebene Verhaltensnorm geschaffen hat, zeigt, dass es derartige Fälle unter Art. 41 Abs. 1 OR subsumiert.

aufgrund der Umstände zu einer rechtlichen Sonderverbindung, aus welcher sich höhere Anforderungen ergeben als die aus dem Massstab der Widerrechtlichkeit oder des Verstosses gegen die guten Sitten abzuleitende Forderung des ethischen Minimums, welches unter normalen Umständen zu respektieren wäre.⁹⁷¹ Der Vertrauensträger muss eine Sorgfaltspflichtverletzung begangen haben, die adäquat-kausal zum Schaden geführt hat.⁹⁷² Das Verhalten des Schädigers muss geeignet sein, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen beim Geschädigten zu wecken.⁹⁷³ Es genügt, dass die in Anspruch genommene Person explizit oder normativ zurechenbar kundgetan hat, für die Richtigkeit bestimmter Äusserungen einzustehen und der Ansprecher im berechtigten Vertrauen darauf Anordnungen getroffen hat, die ihm zum Schaden gereichten. Der Rechtsanwalt, der ein Schriftstück erarbeitet, welches dann von seinem Auftraggeber an den Dritten weitergegeben wird, tritt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in eine mittelbare Beziehung zum Empfänger, wenn die Weitergabe mit seinem Einverständnis erfolgt.⁹⁷⁴ Dies trifft bei einer third party legal opinion zu.

3. Anwendbares Recht

Es bestehen drei mögliche Anknüpfungstatbestände. Die Haftung des Anwalts gegenüber der Gegenpartei des Mandanten könnte erstens als unerlaubte Handlung betrachtet werden. Die zweite und dritte Möglichkeit sind die akzessorische Anknüpfung an das Mandatsverhältnis zwischen Anwalt und Klient) oder an das Transaktionsverhältnis (zwischen Klient und der anderen Vertragspartei).⁹⁷⁵

Das Bundesgericht wendet bei einem Schweizer Auskunftsggeber schweizerisches Recht an, unbekümmert darum, ob der Anspruch aus unerlaubter Handlung oder aus Vertrag herzuleiten ist, da sowohl der Handlungsort wie ein allfälliger vertraglicher Schwerpunkt in der Schweiz liegen.⁹⁷⁶ Dabei geht vergessen, dass Art. 133 Abs. 2 IPRG das Recht am *Erfolgsort* zur Anwendung gelangen lässt, sofern der Anwalt mit dem Ein-

⁹⁷¹ BGE 4C.193/2000, Erw. 4a. Zum gesetzlichen Schutzverhältnis siehe auch KAISER, S. 226 f.

⁹⁷² BÖCKLI, Verantwortlichkeit, S. 58; BGE 4C.230/2003, Erw. 2.1.

⁹⁷³ BGE 4C.230/2003, Erw. 2.1: „Es handelt sich dabei um die Haftung eines vertragsfremden Dritten, bei welcher das von diesem erweckte Vertrauen die Rechtsgrundlage eines Schadenersatzanspruchs bildet, wenn es anschliessend enttäuscht wird.“

⁹⁷⁴ Vgl. BGE 4C.230/2003, Erw. 2.2.

⁹⁷⁵ ADOLFF, S. 197 ff. und S. 203.

⁹⁷⁶ BGE 111 II 473 f.; vgl. FRICK, S. 249 ff. Er spricht sich auf S. 252 für die Anwendung des Deliktsstatuts aus.

tritt des Erfolgs in diesem Staat rechnen musste. Dies dürfte bei einer legal opinion zutreffen. Hinzu kommt, dass bei der Anknüpfung über das Deliktsstatut eine Rechtswahl gemäss Art. 132 IPRG erst *nach* Eintritt des schädigenden Ereignisses möglich ist, was im Rahmen einer legal opinion als vollkommen unpraktikabel erscheint. Die Erfassung dieses Verhältnisses nur durch das Delikts- oder nur durch das Vertragsrecht wird der Ausgestaltung dieser Sonderbeziehung nicht gerecht.⁹⁷⁷ Es ist ein eigenständiges gesetzliches Schutz- oder Schuldverhältnis, im Rahmen dessen der Anwalt die charakteristische Leistung erbringt. Die Anknüpfung über das Vertragsstatut ist deshalb vom Ergebnis her gesehen notwendig, aber auch passender.⁹⁷⁸

Die Frage des auf die legal opinion anwendbaren Rechts sollte deshalb durch Rechtswahl wie beim Vertragsstatut gelöst werden.⁹⁷⁹ Bei einer legal opinion muss eine einseitige Erklärung genügen, die als Voraussetzung der Abgabe der legal opinion ausgestaltet wird:

*„This opinion may only be relied upon under the express condition that any interpretation is to occur based on Swiss law and Swiss legal concepts.“*⁹⁸⁰

II. Erfassung der Interzession in der Legal Opinion

Die third party legal opinion muss sich gegenüber der kreditgebenden Bank über die Gültigkeit und Vollstreckbarkeit der bestellten Sicherheiten äussern. Wird die Sicherheit nicht zweifelsfrei nach dem Grundsatz des dealing at arm's length entschädigt, rechtfertigen sich einschränkende Bemerkungen. Zur eigentlichen *substantive opinion* wird sodann eine *qualification* hinzugefügt. Diese hat insbesondere auf die Einhaltung der Kapitalschutzvorschriften hinzuweisen.

Die Erwähnung der Tatsache, dass Verwaltungsrat und Generalversammlung gültig getagt und beschlossen haben (die so genannten

⁹⁷⁷ Vgl. BGE 4C.230/2003, Erw. 2.1: „Die Haftung aus erwecktem Vertrauen, welche als Oberbegriff jene aus culpa in contrahendo und die weiteren interessenmässig gleich gelagerten Tatbestandsgruppen umfasst (...), ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt“; BÖCKLI, Verantwortlichkeit, S. 52 und 57: „Diese Sonderverbindung muss einerseits intensiver sein als das allgemein in einer Rechtsgemeinschaft geltende Prinzip, dass man rechtswidrige Schädigungen anderer zu unterlassen hat (Art. 41 OR), und andererseits weniger stark konkretisiert sein, als dies in einem Vertragsverhältnis (Haftung aus Vertrag gemäss Art. 98 OR) der Fall ist.“

⁹⁷⁸ A. M. FRICK, S. 251.

⁹⁷⁹ Vgl. dazu ADOLFF, S. 202.

⁹⁸⁰ Die hier verwendeten Klauseln wurden anhand nicht veröffentlichter Vorlagen zusammengestellt.

assumptions) und der Generalversammlungsbeschluss nicht angefochten worden ist, lautet wie folgt:⁹⁸¹

*„We assume that the resolutions of the board of directors and of the shareholders were duly passed at properly convened meetings and have not been amended, rescinded or challenged and are in full force and effect.“*⁹⁸²

Wurde die Interzession im Interesse des Aktionärs nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* entschädigt oder wird die Darlehensvaluta an die interzedierende Tochtergesellschaft im Umfang der Interzession weitergeleitet, sollte dies ebenfalls bei den *assumptions* erwähnt werden:

„We assume that the company has received an adequate consideration for the grant of the pledge in accordance with the principle of dealing at arm's length.“

„We assume that the loan has been made available to the pledgor in the amount of the value of the pledged assets.“

Die eigentliche Aussage der legal opinion, die so genannte *substantive opinion*, bestätigt die grundsätzliche Gültigkeit und Vollstreckbarkeit der bestellten Sicherheit:⁹⁸³

*„We are of the opinion that the pledge agreement is valid, binding and, subject to the qualifications below, enforceable in accordance with its terms against the company and that the bank has a valid and enforceable security interest over the pledged assets.“*⁹⁸⁴

Diese Aussage stimmt nicht vollumfänglich bei der Interzession im Interesse des Aktionärs, die nicht zu Drittkonditionen entschädigt wird. Es sind deshalb einschränkende Vorbehalte (so genannte *qualifications*) anzubringen:⁹⁸⁵

„This opinion is subject to the following qualification: To the extent that the pledge is granted as a security for the obligations of direct and indirect shareholders or other affiliates of the company, the grant of the pledge may be subject to challenge under the relevant provisions of Swiss corporate law generally protecting the share capital, the general reserves and

⁹⁸¹ Zu den *assumptions* siehe ADOLFF, S. 9 f.

⁹⁸² Die hier verwendeten Klauseln wurden anhand nicht veröffentlichter Vorlagen zusammengestellt.

⁹⁸³ Zur *substantive opinion* siehe ADOLFF, S. 10 ff.

⁹⁸⁴ Die hier verwendeten Klauseln wurden anhand nicht veröffentlichter Vorlagen zusammengestellt.

⁹⁸⁵ Zu den *qualifications* siehe ADOLFF, S. 20.

the shareholders' equity. The grant of and any application of proceeds achieved under the pledge may be construed as a dividend payment and require that the legal prerequisites of Swiss corporate law for the payment of dividends are complied with at the time such dividend payment is deemed to occur. Therefore, even if the pledge was in compliance with all general rules, formal requirements and the corporate purpose, there is a considerable risk that a court would invalidate the pledge or limit its enforceability to the freely distributable funds which in effect may frustrate the support sought by the pledge.”⁹⁸⁶

Die obgenannten Einschränkungen und die allenfalls im Sicherheitenvertrag enthaltene Beschränkung des Verwertungserlöses auf die frei ausschüttbaren Mittel können zur Folge haben, dass die vermeintliche Sicherheit sich für die Bank als vollkommen wertlos erweist. Die kreditgebende Bank sollte deshalb darauf aufmerksam gemacht werden:

„Attention is drawn to the section limiting the proceeds of the pledge to the freely distributable funds under Swiss corporate law. In situations of financial distress, these limitations would in effect substantially reduce the amount recoverable hereunder, as the case may be to zero.”⁹⁸⁷

⁹⁸⁶ Die hier verwendeten Klauseln wurden anhand nicht veröffentlichter Vorlagen zusammengestellt.

⁹⁸⁷ Die hier verwendeten Klauseln wurden anhand nicht veröffentlichter Vorlagen zusammengestellt.

Fünftes Kapitel: Zusammenfassung wichtigster Erkenntnisse

Die Eingehung der Interzession im Interesse des Aktionärs ist angesichts der grosszügigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung vom Gesellschaftszweck gedeckt. Die in der Praxis übliche Zweckerweiterung ist nicht notwendig.

Die Interzession im Interesse des Aktionärs stellt jedoch ein mit einem Interessenkonflikt behaftetes Geschäft dar. Die Interzedentin übernimmt das Insolvenzrisiko des Aktionärs. Dies stellt einen Wert dar, den der Aktionär, dessen Schuld besichert wird, ausgleichen muss. Die Berücksichtigung des Gesellschaftsinteresses macht es notwendig, dass die Interzedentin eine adäquate Gegenleistung für die Interzession erhält. Die Gegenleistung kann aus mittel- oder unmittelbaren Gegenleistungen bestehen. Die *mittelbaren Gegenleistungen* sind Leistungen, die einen möglichen Nutzen versprechen, wie z.B. die Erhaltung der Gruppenbonität oder die Sicherung und Gewinnung von Vertragspartnern. *Unmittelbare Gegenleistungen* sind die Weiterleitung der Darlehensvaluta an die Interzedentin im Umfang der Interzession oder die Bezahlung einer Interzessionsgebühr, die alle relevanten Faktoren der Interzession berücksichtigt. Die relevanten Faktoren sind namentlich die mittelbaren Vorteile der Interzession, die Bonität des Aktionärs, dessen Rückzahlungswilligkeit und -fähigkeit und damit auch die Gefahr der Inanspruchnahme der Sicherheiten. Die Interzessionsgebühr ist zu Drittkonditionen nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* zu errechnen. Diese Interzessionsgebühr muss dem Wert der Interzession entsprechen. Auch dieser Wert ist, da kein Interzessionsmarkt für Nichtbanken besteht, anhand von Vergleichszahlen (Kosten einer Bankgarantie, Kosten eines Darlehens, eingesparte Zinskosten aufgrund der Interzession) zu schätzen.

Für die kreditgebende Bank ist es empfehlenswert, die tatsächliche Abgeltung durch die adäquate Gegenleistung im Kreditvertrag zwischen Bank und Muttergesellschaft als klagbaren Anspruch im Sinne eines echten Vertrags zugunsten Dritter – hier der Interzedentin – auszugestalten. Die Art und Höhe der Gegenleistung sind genau zu dokumentieren.

Damit besteht der Interessenkonflikt der für die Interzedentin handelnden Organe weiter. Da die Bank weiss, dass die Interzedentin für die Schuld der Aktionärin einsteht, muss sie sich des Interessenkonflikts bewusst sein. Geschäfte mit Interessenkonflikten werden von der Vertretungsbefugnis stillschweigend ausgeschlossen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt zur Überwindung des Interessenkonflikts die Bestätigung der Vertretungsbefugnis durch ein neben- oder übergeordnetes Organ.

Die Genehmigung kann durch andere Verwaltungsräte gemäss ihrer Zeichnungsberechtigung erfolgen, sofern diese vom Hauptaktionär, für dessen Schuld die Interzession erfolgt, unabhängig sind. Dies ist nach der in dieser Arbeit gezeigten Meinung nur dann der Fall, wenn sie als Vertreter der Minderheitsaktionäre Anspruch auf Einsitz im Verwaltungsrat haben und keine Abwahl befürchten müssen. Keine Genehmigung ist notwendig, wenn der Alleinaktionär gehandelt hat. Gibt es Minderheitsaktionäre und existieren keine unabhängigen Verwaltungsräte, so ist die Genehmigung mittels eines anfechtbaren Beschlusses der Generalversammlung einzuholen. Damit dieser Generalversammlungsbeschluss durch die Anfechtungsklage nicht hinfällig wird oder wegen Verletzung der Einlagerückgewähr gar nichtig ist, ist die Interzession im Interesse des Aktionärs nach dem Grundsatz des *dealing at arm's length* zu entschädigen.

Fehlt eine adäquate Gegenleistung für die Interzession, so ist der Wert der *Interzession* formell als Sachdividende oder bei Vorliegen von Minderheitsaktionären als gemischte Bar- und Sachdividende auszuschütten.

Lebenslauf

Ich wurde am 27. Dezember 1971 in Basel geboren. Meine Jugend verbrachte ich in Reinach (BL) und Gonten (AI). Ich besuchte das Gymnasium St. Antonius in Appenzell, wo ich 1991 das Maturitätszeugnis Typus B erlangte.

Nach zwei Semestern Romanistik und Anglistik an der Universität Basel nahm ich das Jusstudium an der Universität Zürich auf. Dieses schloss ich im Sommer 1997 mit dem Lizentiat ab. Nach meiner Tätigkeit als Auditor und Sekretär am Bezirksgericht Zürich erwarb ich im Herbst 1999 das Zürcher Anwaltspatent. Seither arbeite ich als angestellter Rechtsanwalt. Ich ergänzte meine juristische Ausbildung in Amerika im Rahmen eines Studienaufenthalts an der University of Chicago, die mir im Jahre 2002 den LL.M.-Titel verlieh.