EUROPA INSTITUT ZÜRICH

HERAUSGEBER: RUDOLF TSCHÄNI

Mergers & Acquisitions V

Schulthess § 2003

Unternehmensverkauf vor Nachlass- oder Konkursverfahren

von
Urs Schenker

Inhalt

I. Die Ausgangssituation
1. Fall A – Verkauf in einem Zeitpunkt, in dem Konkurs- und Nachlassverfahren unwahrscheinlich erscheinen
2. Fall B – Verkauf im Rahmen von Sanierungsbemühungen
3. Fall C – Verkauf im Hinblick auf ein bevorstehendes Konkurs- oder Nachlassverfahren
4. Angriffsflächen der Gläubiger

II. Die Position von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung – Kompetenz, Verantwortung und Haftung
1. Kompetenzen
a) Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung
b) Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung
2. Die Pflichten des Verwaltungsrates im Hinblick auf die Veräusserung von Unternehmen
a) Die Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen
b) Interessenwahrung in der Sanierungssituation
3. Die Sanktion der Pflichtverletzung – Verantwortlichkeit
4. Haftungsfragen und Risiken im Zusammenhang mit den Fallkonstellationen A, B und C
a) Fall A – Unternehmensverkauf ohne Bezug auf ein späteres Konkurs- oder Nachlassverfahren.
aa) Entscheid zum Unternehmensverkauf
bb) Preis
cc) Gläubigerbevorzugung durch Transaktionsgestaltung bzw. Verwendung des Verkaufserlöses
b) Fall B – Unternehmensverkauf im Rahmen von Sanierungsbemühungen
aa) Entscheid zum Unternehmensverkauf
bb) Preis
cc) Gläubigerbevorzugung durch Transaktionsgestaltung bzw. Verwendung des Verkaufserlöses
c) Fall C – Unternehmensverkauf im Hinblick auf ein bevorstehendes Konkurs- bzw. Nachlassverfahren
aa) Entscheid zum Unternehmensverkauf
bb) Preis
cc) Gläubigerbevorzugung durch Transaktionsgestaltung bzw. Verwendung des Verkaufserlöses

dd) Der Verkauf an eine von der Gesellschaft beherrschte Auffanggesellschaft
5. Strafrechtliche Bestimmungen
a) Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB)
b) Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB)
c) Haftung bei Handlung von unterstellten Personen

III. Anfechtungsklagen
1. Schenkungsanfechtung
2. Überschuldungsanfechtung
3. Absichtsanfechtung
4. Der Leistungsempfänger als Beklagter der Anfechtungsklage

IV. Die Rechte der Arbeitnehmer beim Unternehmensverkauf
1. Verkauf einer Tochtergesellschaft
2. Verkauf eines Betriebes
a) Konsultation der Arbeitnehmer
b) Übergang der Rechte der Arbeitnehmer, Haftung von Käufer und Verkäufer

V. Die Vermeidung von Risiken
1. Fall A (Verkauf ohne Bezug auf finanzielle Probleme oder Konkurs- bzw. Nachlassverfahren)
2. Fall B (Verkauf im Zusammenhang mit einer Sanierung)
3. Fall C (Verkauf im Hinblick auf ein bevorstehendes Konkurs- oder Nachlassverfahren)

Beim Verkauf eines Unternehmens stehen im Normalfall unternehmerische Fragestellungen im Vordergrund. Verwaltungsrat und Geschäftsleitung stellen sich die Frage, welche strategischen, taktischen und operativen Vor- und Nachteile ein Verkauf hat. Bei den rechtlichen Überlegungen zum Unternehmensverkauf stehen dagegen die Struktur der Transaktion sowie die Gestaltung des Kaufvertrages im Vordergrund. In diesem Beitrag wird der Verkauf eines Unternehmens aus anderer Perspektive, nämlich retrospektiv aus der Sicht eines späteren Nachlass- oder Konkursverfahrens beurteilt. Diese Optik, deren Relevanz in der letzten Zeit zugenommen hat, zeigt verschiedene Fallstricke für Geschäftsleitung, Verwaltungsrat und Käufer auf, die beachtet werden müssen, um spätere Klagen zu vermeiden.

I. Die Ausgangssituation

Im Zeitpunkt, in dem ein Unternehmen verkauft wird, kann die Wahrscheinlichkeit eines späteren Konkurs- oder Nachlassverfahrens mehr oder weniger gross sein. Da der Grad der Wahrscheinlichkeit, der im Zeitpunkt des Verkaufs erkennbar ist, für die rechtliche Analyse der Transaktion relevant ist, wird im folgenden zwischen drei Grundsituationen unterschieden.

1. Fall A – Verkauf in einem Zeitpunkt, in dem Konkurs- und Nachlassverfahren unwahrscheinlich erscheinen

Bei dieser Fallkonstellation bestehen im Zeitpunkt, in dem sich Geschäftsleitung und Verwaltungsrat entscheiden, eine Tochtergesellschaft bzw. einen Betrieb zu verkaufen, noch keinerlei Anzeichen, die auf ein Nachlass- oder Konkursverfahren hindeuten; die Gesellschaft weist gesunde Bilanz- und Ertragsverhältnisse auf, weshalb sie in diesem Zeitpunkt keiner Sanierung bedarf. Der Unternehmensverkauf erfolgt in diesem Zeitpunkt typischerweise zur Umsetzung einer von der Gesellschaft selbst bestimmten Unternehmensstrategie und nicht aufgrund einer finanziellen Notlage. Zum Konkurs- bzw. Nachlassverfahren kommt es wesentlich später und – mindestens aus der Sicht der für die Gesellschaft handelnden Organe – aufgrund von Umständen, die im Zeitpunkt des Unternehmensverkaufes nicht erkennbar sind.

2. Fall B – Verkauf im Rahmen von Sanierungsbemühungen

In dieser Fallkonstellation verkauft eine Gesellschaft ein Unternehmen im Rahmen von Sanierungsbemühungen, um Schulden zurückzuzahlen, um Liquidität zu beschaffen oder um eine Tochtergesellschaft bzw. einen Betrieb abzustossen, der Bilanz und Erfolgsrechnung belastet. Die Organe der Gesellschaft gehen im Zeitpunkt des Verkaufs davon aus, dass aufgrund des Verkaufs selbst bzw. aufgrund der Umsetzung eines umfassenden Sanierungsplanes ein Konkurs- oder Nachlassverfahren nicht notwendig ist. Dennoch kommt es in einem späteren Zeitpunkt zu einem Konkurs- oder Nachlassverfahren, weil die Annahmen der Organe bezüglich der Sanierung des Unternehmens bzw. seiner weiteren Entwicklung unrichtig waren, weil die betreffenden Annahmen von nicht vorhergesehenen Entwicklungen überholt wurden.

3. Fall C – Verkauf im Hinblick auf ein bevorstehendes Konkurs- oder Nachlassverfahren

Bei dieser Konstellation sind sich die Organe der Gesellschaft bewusst, dass es zu einem Konkurs- oder Nachlassverfahren kommt und dass dieses unaufschiebbar ist. Sie verkaufen eine Tochtergesellschaft oder einen Betrieb, der für sich betrachtet lebensfähig ist, um diese Einheit aus dem für die Gesamtgesellschaft unvermeidlichen Konkurs- bzw. Nachlassverfahren herauszuhalten. Die Transaktion hat in diesem Sinn den Zweck, den Unternehmenswert zu realisieren, bevor die Unternehmenstätigkeit durch ein Konkurs- bzw. Nachlassverfahren in Mitleidenschaft gezogen oder allenfalls sogar eingestellt wird. Droht aufgrund des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens die Betriebseinstellung, steht bei derartigen Verkäufen häufig auch der Wunsch im Vordergrund, Arbeitsplätze zu erhalten.

Zum Teil werden einzelne Betriebe oder Teilbetriebe vor einem Konkurs- oder Nachlassverfahren nicht an einen Dritten sondern an eine neue Tochtergesellschaft übertragen. Ziel ist es, einen lebensfähigen Teilbereich vor dem Finanzproblem des Gesamtunternehmens zu schützen, um diesen Bereich als selbständige Gesellschaft im Konkurs- bzw. Nachlassverfahren weiterzuführen und die entsprechende Substanz der Masse zu erhalten. Im wirtschaftlichen Sinne handelt es sich bei einer derartigen Transaktion letztlich nicht um einen Verkauf, da nicht ein Wert realisiert wird, sondern um eine Umstrukturierung im Hinblick auf das Konkurs- bzw. Nachlassverfahren, mit der – durch die Erhaltung der unternehmerischen Substanz eines Teilbereiches – Werte erhalten werden.

4. Angriffsflächen der Gläubiger

Kommt es nach einem Verkauf im Sinne von Fall A, B oder C später zu einem Konkurs- oder Nachlassverfahren, beurteilen die Gläubiger die Situation aus der Perspektive des nachfolgenden Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens und der Verluste, die sie in diesem Verfahren erlitten haben. Erfahrungsgemäss können Verkaufstransaktionen, die vor dem Konkurs- bzw. Nachlassverfahren durchgeführt werden, zu Auseinandersetzungen mit den Gläubigern über folgende Problemkreise führen:

– Veräusserung zu einem zu niedrigen Preis

  Wird eine Tochtergesellschaft oder ein Betrieb vor der Einleitung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens verkauft, so wird von den Gläubigern im betreffenden Verfahren häufig der Vorwurf erhoben, dass der Kaufpreis zu niedrig gewesen sei und dass damit den Gläubigern Substanz entzogen worden sei. Der Vorwurf ist selbstverständlich umso stärker, je näher der Zeitpunkt des Verkaufes beim Zeitpunkt der Einleitung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens war und – entsprechend der ungünstigen Verhandlungssituation der Gesellschaft – ein relativ geringer Preis gelöst wurde.

– Gläubigerbevorzugung bei der Verwendung des Verkaufserlöses

  Wenn der Verkaufserlös verwendet wird, um Schulden abzubauen und dabei nur ein Teil der Gläubiger berücksichtigt wird, werden die übrigen Gläubiger häufig den Vorwurf erheben, dass die befriedigten Gläubiger unrechtmässig bevorzugt worden seien.

– Gläubigerbevorzugung durch Struktur der Transaktion

  Wenn die Verkaufstransaktion so strukturiert wird, dass einzelne Gläubiger der verkaufenden Gesellschaft Vorteile erlangen, so wird ebenfalls häufig der Vorwurf der Gläubigerbevorzugung erhoben; eine derartige strukturbedingte Bevorzugung ergibt sich beispielsweise, wenn das verkaufte Unternehmen an Gläubiger verkauft wurde, die den Kaufpreis mit ihren Forderungen verrechnen konnten (Debt/Asset Swap) oder wenn der Verkauf eines Betriebs mit Aktiven und Passiven so strukturiert wird, dass der Käufer auf Anrechnung an den Kaufpreis von der Gesellschaft Schulden übernimmt und diese dann nach der Übernahme vollständig bezahlt werden.

– Substanzverlust durch die Tatsache des Verkaufes

  Zum Teil machen Gläubiger auch unabhängig von der Höhe des Kaufpreises und seiner Verwendung geltend, dass der Unternehmensverkauf an sich verfehlt gewesen sei, da bei einem späteren Verkauf ein höherer Preis hätte erzielt werden können und dass durch den Verkauf der Masse Akti-

ven entzogen worden seien, die nun den Gläubigern nicht mehr zur Verfügung stehen.

Im folgenden ist nun zu untersuchen, inwieweit diese Kritikpunkte bei den in Ziff. I.1., I.2. und I.3. oben dargestellten Fallkonstellationen tatsächlich rechtlich relevant sind und welche Konsequenzen sich daraus für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung für die Planung und Durchführung von Transaktionen ergeben.

II. Die Position von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung – Kompetenz, Verantwortung und Haftung

1. Kompetenzen

a) Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung

Gemäss Art. 716 Abs. 1 OR steht die Führung der Geschäfte einer Aktiengesellschaft dem Verwaltungsrat zu, sofern Gesetz oder Statuten nicht für einzelne Entscheide die Kompetenz der Generalversammlung vorbehalten. Der Verkauf einer Tochtergesellschaft oder eines Betriebes ist grundsätzlich ein Akt der Geschäftsführung, der gemäss Art. 716 Abs. 1 OR in den Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrates fällt, so dass dieser ohne Abstimmung der Generalversammlung über eine derartige Transaktion entscheiden kann. Wird bei einem Verkauf allerdings die Gesamtheit oder der überwiegende Teil aller betrieblich genutzten Aktiven verkauft und damit letztlich die betriebliche Tätigkeit aufgegeben oder massiv reduziert, so liegt eine Liquidation bzw. Teilliquidation der Gesellschaft vor, die gemäss Art. 736 Ziff. 2 OR allein von der Generalversammlung beschlossen werden kann[1]. Ein Beschluss der Generalversammlung ist gemäss Art. 626 Ziff. 2 i.V. mit Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR aber auch notwendig, falls der Verkauf faktisch zu einer Änderung des Gesellschaftszweckes führt, weil eine im Zweckartikel der Statuten als Hauptzweck aufgeführte Tätigkeit aufgegeben wird[2]. Führt der Verwaltungsrat eine Transaktion durch, mit der er seine Kompetenzen überschreitet, so ist der betreffende Verkauf – sofern er

1 BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1580a ff.

2 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich 1996, 200; BGE 100 II 384 ff.

nicht von der Generalversammlung nachträglich genehmigt wird[3], nichtig und kann entsprechend von der Konkurs- bzw. Nachlassmasse rückabgewickelt werden. Die Rückabwicklung des Verkaufes hat für den Käufer einschneidende Wirkungen, da er die im Verkauf erhaltenen Aktien (im Falle des Gesellschaftsverkaufs) bzw. Aktiven (im Falle des Betriebsverkaufs) aufgrund des Eigentumsanspruches der Masse zurückgeben muss. Für den bezahlten Kaufpreis hat er aber nur eine Bereicherungsforderung im Sinne von Art. 62 ff. OR, die das Schicksal der übrigen Drittklassforderungen teilt; immerhin kann der Käufer aber an den zurückzuerstattenden Aktiven ein Retentionsrecht im Sinne von Art. 895 ZGB geltend machen, um seine Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises zu sichern.

Das Bundesgericht ist allerdings vom Vorbehalt der Kompetenzen der Generalversammlung für Liquidation und Zweckänderung abgewichen, wenn ein Verkauf eines Unternehmens im Hinblick auf ein unmittelbar bevorstehendes Konkurs- bzw. Nachlassverfahren durchgeführt wird[4]. Nach bundesgerichtlicher Praxis kann ein Verwaltungsrat in einer derartigen Situation auch ohne Zustimmung handeln, falls der Zeitdruck eine Einberufung der Generalversammlung nicht mehr erlaubt oder aber die Generalversammlung nicht handlungsfähig sein wird[5]. Das Bundesgericht geht davon aus, dass in einer derartigen Situation die Aktionäre wegen des unmittelbar bevorstehenden Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens keine schützenswerten Interessen daran haben, eine Liquidation oder eine Zweckänderung zu verhindern und deshalb das Interesse der Gläubiger und der Arbeitnehmer an der Erhaltung der betrieblichen Werte und Arbeitsplätze vorgeht.

b) Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Gemäss Art. 716 Abs. 2 OR kann der Verwaltungsrat unter Vorbehalt der in Art. 716a OR aufgeführten zwingenden Kompetenzen die Geschäftsführung an

3 Die Genehmigung muss nicht in einem formellen Genehmigungsbeschluss erfolgen; m. E. genügt es, wenn die Generalversammlung die Rechnung des betreffenden Geschäftsjahres, in dem die Transaktion zum Ausdruck kam, genehmigt oder dem Verwaltungsrat in Kenntnis der Transaktion Décharge erteilt, damit bei einem derartigen Beschluss die Ergebnisse der Geschäftsführung genehmigt werden.

4 Fall C oben, Ziff. I.3.

5 BGE 116 II 323f.; BÖCKLI, a.a.O., N 1580b.

einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder an Direktoren übertragen, sofern die Statuten diese Möglichkeit vorsehen und ein Organisationsreglement erlassen wird, das die Geschäftsführungskompetenzen entsprechend ordnet[6]. Der Verkauf einer Tochtergesellschaft oder eines Betriebes ist ein Akt der Geschäftsführung, der auf der Basis von Art. 716 Abs. 2 OR durch den Erlass eines geeigneten Organisationsreglementes vom Verwaltungsrat auf die Geschäftsleitung übertragen werden kann. Eine derartige Kompetenzdelegation wird der Verwaltungsrat aber in den meisten Fällen nicht von der Verantwortung für die betreffende Transaktion entlasten. Handelt es sich bei einem Unternehmensverkauf um eine für die Finanzen des Unternehmens und seine zukünftige Ausrichtung und Strategie wesentliche Transaktion, so ist der Verwaltungsrat aufgrund seiner Pflichten gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR (Oberleitungskompetenz), Ziff. 3 (Finanzplanung) und Ziff. 5 (Oberaufsichtskompetenz) verpflichtet, mindestens über die Tatsache des Verkaufs und den zu erreichenden Preis zu beschliessen bzw. einzuschreiten, falls der Verwaltungsrat den Verkauf selbst oder den vereinbarten Preis nicht als angemessen betrachtet. Damit übernimmt der Verwaltungsrat bei den wesentlichen Transaktionen trotz der Delegation der Geschäftsführungskompetenz an die Geschäftsleitung wiederum die Verantwortung für die in einem späteren Konkurs- bzw. Nachlassverfahren wesentlichen Fragen nämlich die Tatsache des Verkaufes einerseits und den Preis andererseits. In der Praxis trägt der Verwaltungsrat bei den meisten Gesellschaften diese Verantwortung im übrigen allein schon aufgrund der Ausgestaltung des Organisationsreglements, da die überwiegende Anzahl aller Gesellschaften vorsehen, dass Unternehmensverkäufe nur mit Zustimmung des Verwaltungsrates durchgeführt werden können.

Im Sinne der oben dargestellten Kompetenzordnung beziehen sich die folgenden Ausführungen über die Verantwortung und Haftung der Organe auf den Verwaltungsrat; soweit die Geschäftsleitung in diesen Bereichen eigenständige Kompetenzen hat, gelten diese Ausführungen selbstverständlich auch für die Mitglieder der Geschäftsleitung.

6 Im folgenden werden die Personen, denen die Geschäftsführung in dieser Weise delegiert worden ist, d.h. Delegierte und Direktoren gesamthaft als „*Geschäftsleitung*" bezeichnet.

2. Die Pflichten des Verwaltungsrates im Hinblick auf die Veräusserung von Unternehmen

a) Die Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen

Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 717 OR die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren und bei seiner Tätigkeit die im Rahmen seiner Position notwendige Sorgfalt anzuwenden. An diesen Maximen muss sich der Verwaltungsrat auch orientieren, wenn er einen Entscheid über den Verkauf einer Tochtergesellschaft oder eines Betriebes fällt. Die zentrale Pflicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren, hat dabei zwei wesentliche Aspekte; einerseits muss die Transaktion an sich im Interesse der Gesellschaft liegen, andererseits muss bei der Transaktion – in Anbetracht der übrigen finanziell relevanten Bedingungen der Transaktion – ein möglichst hoher Preis erreicht werden. Bei beiden Entscheiden hat der Verwaltungsrat selbstverständlich einen weitgehenden Ermessensspielraum, da die Pflicht zu sorgfältigem Handeln im allgemeinen nicht nur einen einzigen Pfad offen lässt, sondern – im Rahmen der Faktoren, die den Entscheid über den Verkauf wie auch die Bemessung des Preises beeinflussen können – immer mehrere vernünftige Entscheide möglich sind.

Die Pflicht zur Wahrung der Interessen beinhaltet auch das strikte Verbot, bei der Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungstätigkeit Eigeninteressen der betreffenden Organe oder Drittinteressen, wie insbesondere Interessen von einzelnen Aktionären, zulasten der Gesellschaft zu verfolgen. Diese Pflicht zur Vermeidung von Interessenskonflikten ist bei Unternehmensverkäufen insbesondere dann wesentlich, wenn ein Unternehmen an einen Verwaltungsrat oder an einen Hauptaktionär bzw. an eine diesen Personen nahestehende Gesellschaft verkauft werden soll.

b) Interessenwahrung in der Sanierungssituation

Die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren, beinhaltet aber auch die Pflicht, im Falle einer finanziellen Krisensituation die Existenz des Unternehmens durch geeignete Massnahmen zu sichern und sich aktiv um eine Sanierung zu bemühen. Diese Pflicht tritt im Zusammenhang mit dem hier behandelten Thema in den Vordergrund, wenn ein Unternehmensverkauf im Sinne des in

Ziff. I.2. dargestellten Falles B im Zusammenhang mit Sanierungsbemühungen erfolgt.

Die Pflicht, im Interesse der Gesellschaft eine Sanierung zu planen und durchzuführen, tritt allerdings zu Gunsten der Wahrung der Gläubigerinteressen in den Hintergrund, wenn die Gesellschaft überschuldet ist. Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR muss der Verwaltungsrat in diesem Fall die Sanierungsversuche abbrechen und beim Richter Konkurs anmelden, um so die restliche Substanz für die Gläubiger zu bewahren. Diese Pflicht ist wesentlich, wenn ein Unternehmensverkauf – wie in dem in Ziff. I.3. dargestellten Fall C beschrieben – im Hinblick auf ein unmittelbar bevorstehendes Konkurs- oder Nachlassverfahren erfolgt. Im Sinne dieser Bestimmung darf bei einem derartigen Verkauf nur noch die Bewahrung der Substanz für die Gläubiger im Vordergrund stehen.

3. Die Sanktion der Pflichtverletzung – Verantwortlichkeit

Der Verwaltungsrat haftet gemäss Art. 754 OR gegenüber der Gesellschaft bzw. den Gläubigern im Konkurs- oder Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, wenn er seine Pflicht schuldhaft verletzt hat und dadurch den Gläubigern – im Sinne eines adäquaten Kausalzusammenhanges – einen Schaden verursacht hat. Der Verwaltungsrat ist aufgrund dieser Bestimmung – mindestens im rechtlichen Sinne – nicht für den Erfolg seiner Handlung verantwortlich, sondern nur für die Erfüllung seiner Pflichten, d.h. für sorgfältiges Handeln. Bei einem Unternehmensverkauf muss er daher die objektiv gebotene Sorgfalt aufwenden, um die Transaktion vorzubereiten und durchzuführen, ist aber aus rechtlicher Sicht nicht für den Erfolg der Transaktion verantwortlich. Damit haftet der Verwaltungsrat nicht, wenn sich ex-post feststellen lässt, dass ein Verkauf unglücklich war, da der Wert des verkauften Unternehmens aufgrund späterer wirtschaftlicher Entwicklungen nach dem Verkauf massiv gestiegen ist oder der Verkauf anderweitig aus strategischer Sicht ungünstig war. Dieses Risiko des wirtschaftlichen Erfolges bzw. Misserfolges muss als Unternehmensrisiko von den Aktionären bzw. in zweiter Linie von den Gläubigern getragen werden.

Die Sorgfalt, die der Verwaltungsrat aufzuwenden hat, richtet sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nach objektiven Kriterien[7]; der Verwaltungsrat muss die Sorgfalt aufbringen, die ein Verwaltungsrat oder Geschäftsführer zur Bewältigung der konkreten Situation nach dem Stand der Kenntnis vernünftigerweise anzuwenden hat. Damit führen Unkenntnis oder Unerfahrenheit des Verwaltungsrates nicht zu einer Entlastung bezüglich der Sorgfaltspflicht. Ein grösserer Unternehmensverkauf ist aber für viele Verwaltungsräte, die sich auf das operative Geschäft konzentrieren, und auch im Hinblick auf ihre Fähigkeiten in diesem Gebiet gewählt wurden, ein neuer Bereich, in dem sie weder über Kenntnisse noch über praktische Erfahrungen verfügen. Trotz dieses Mankos orientiert sich die Sorgfaltspflicht nicht an den tatsächlichen Kenntnissen der Verwaltungsräte, sondern, wie oben dargestellt, an den objektiven Erfordernissen der Transaktionen. Der Verwaltungsrat muss daher bei derartigen Transaktionen die Sorgfalt aufbringen, die von Personen erwartet wird, die sich mit derartigen Transaktionen professionell auseinandersetzen. Damit kann ein Verwaltungsrat, der nicht selbst über einschlägige Kenntnisse und Erfahrungen verfügt, seiner Sorgfaltspflicht häufig nur nachkommen, wenn er Spezialisten beizieht, die ihn bei der Planung und der Durchführung der Verkaufstransaktionen unterstützen.

4. Haftungsfragen und Risiken im Zusammenhang mit den Fallkonstellationen A, B und C

a) Fall A – Unternehmensverkauf ohne Bezug auf ein späteres Konkurs- oder Nachlassverfahren.

Bei dieser Fallkonstellation wird der Unternehmensverkauf durchgeführt, ohne dass dem Verwaltungsrat Umstände bekannt sind, die auf finanzielle Schwierigkeiten oder gar ein Konkurs- bzw. Nachlassverfahren hindeuten[8].

Wie müssen nun aus der Optik des späteren Konkursverfahrens die in Ziff. I.4. dargestellten Problemkreise beurteilt werden?

aa) Entscheid zum Unternehmensverkauf

In der Fallkonstellation A wird der Entscheid, ein Unternehmen zu verkaufen, normalerweise von betrieblichen bzw. strategischen Überlegungen getragen. In

7 BGE 113 II 56; BGE 99 II 179.

8 Vgl. zur Ausgangslage Ziff. I.1. vorne.

diesem Bereich hat der Verwaltungsrat ein sehr breites Ermessen, da es ihm obliegt, die Strategie festzulegen und diese umzusetzen. Selbst wenn sich später zeigt, dass der entsprechende Entscheid nicht optimal war, weil das verkaufte Unternehmen nach dem Verkauf an Wert gewann, kann dem Verwaltungsrat kein rechtserheblicher Vorwurf gemacht werden, da die Zukunft auch bei sorgfältigem Vorgehen nicht vorherzusehen ist und strategische Entscheide letztlich nicht justiziabel sind. Nur in Grenzbereichen wird ein Verkaufsentscheid derart gegen die Grundregeln der unternehmerischen Vernunft verstossen, dass er tatsächlich per se als unsorgfältig und pflichtverletzend zu betrachten ist; dies dürfte beispielsweise dann zutreffen, wenn ein zentraler Teilbereich an einen Konkurrenten verkauft wird und der Rest der Gesellschaft so von einer wesentlichen Unternehmensfunktion abgeschnitten wird und deshalb nach der Transaktion grosse Verluste erleidet.

Auch bei einem Verkauf an Verwaltungsratsmitglieder, Aktionäre oder diesen nahestehenden Personen und Gesellschaften liegt nicht grundsätzlich eine Sorgfaltspflichtverletzung vor. Der Verkaufsentscheid ist vielmehr wie ein Verkauf an einen Dritten zu beurteilen; in diesen Fällen entscheidet sich die Frage der Pflichtverletzung aber häufig am Preis, der bezahlt wird[9].

bb) Preis

Im Sinne der Wahrung der Interessen der Gesellschaft hat der Verwaltungsrat die Schritte einzuleiten, die notwendig sind, um einen möglichst hohen Preis zu erreichen. Dabei hat er primär einmal den Verkaufsprozess so zu gestalten, dass ein hoher Verkaufspreis erreicht werden kann. So hat er insbesondere dafür zu sorgen, dass zu Beginn des Verkaufsprozesses mehrere Alternativen für den Verkauf bzw. mehrere Kaufinteressenten geprüft werden, damit die beste Alternative bzw. das beste Angebot verfolgt werden kann. Wenn nur eine Alternative verfolgt wird, weil sich beispielsweise ein „natürlicher" Käufer[10] aufdrängt oder

9 Vgl. dazu Ziff. II.4.a)bb) unten.

10 Eine derartige Situation kann sich ergeben, wenn ein Konkurrenzunternehmen als Kaufinteressent auftritt, das ein strategisches Interesse hat und deshalb mit hoher Wahrscheinlichkeit den höchsten Preis bieten wird oder wenn ein Unternehmen von Lizenzen abhängig ist, die bei einem Kontrollwechsel verfallen und gleichzeitig der Lizenzgeber als Interessent auftritt.

aber aus Gründen der Geheimhaltung[11] nicht mehrere Kaufinteressenten angegangen werden können, so sollte der Verwaltungsrat mindestens eine Unternehmensbewertung vornehmen bzw. vornehmen lassen, um einen Referenzwert für den Verkauf zu definieren. Sorgfältiges Vorgehen bedeutet natürlich auch, dass der Verwaltungsrat bei zwei konkurrierenden Angeboten das für die Gesellschaft bessere, d.h. im Regelfall das höhere, auswählen sollte.

Auch bezüglich des Preises hat der Verwaltungsrat keine Erfolgshaftung, sondern nur die Pflicht, sorgfältig vorzugehen, um ein für die Gesellschaft optimales Ergebnis zu erzielen. In diesem Sinne können die Gläubiger den Verwaltungsrat nicht einfach für die Differenz zwischen dem tatsächlich erzielten Kaufpreis und einem aufgrund einer Unternehmensbewertung theoretisch als „richtig" betrachteten Unternehmenswert haftbar machen; der Verwaltungsrat ist auch in diesem Bereich nur verpflichtet, zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft sorgfältig vorzugehen und haftet nur, wenn er diese Pflicht verletzt.

Ein sorgfältiges Vorgehen bezüglich Preis heisst aber nicht, dass beim Verkaufsentscheid der Preis allein entscheidend ist und die Gläubiger in einem späteren Nachlass- oder Konkursverfahren den Verwaltungsrat schematisch für jede Differenz zu einem theoretisch möglichen oder praktisch existierenden höheren Angebot verantwortlich machen können. Die Schadensberechnung aufgrund von theoretisch berechneten „richtigen" Preisen ist von vornherein äusserst schwierig, da es am Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Verwaltungsrates und dem von den Gläubigern behaupteten Schaden fehlt, wenn die Gläubiger zur Schadensberechnung nur die Differenz zwischen dem tatsächlich erzielten Preis und einem aufgrund einer Unternehmensbewertung berechneten theoretisch möglichen Preis geltend machen und nicht nachweisen können, dass ein Verkauf zu einem derartigen theoretischen Preis überhaupt möglich gewesen wäre. Nur in Extremfällen, in denen der Verwaltungsrat höhere Angebote durch ein ungeeignetes Verfahren geradezu verhindert hat, könnte allenfalls ein Schadenersatz wegen Pflichtverletzung geltend gemacht werden, ohne dass tatsächlich ein höheres Angebot vorlag, das abgelehnt wurde. Selbst wenn tatsächlich verschiedene Angebote zu unterschiedlichen Preisen vorgelegen sind und der

11 Bei gewissen Unternehmen ist die Geheimhaltung der beabsichtigten Transaktion zentral, da bei einer Verunsicherung von Kunden und Arbeitnehmern der Unternehmenswert stark in Mitleidenschaft gezogen wird. Derartige Situationen ergeben sich beispielsweise im Anlagenbau, wo bei Unsicherheiten über die Besitzverhältnisse häufig alle Aufträge zurückgehalten werden.

Verwaltungsrat nicht das höchste gewählt hat, muss dies nicht zwingend ein Zeichen unsorgfältigen Vorgehens sein; andere für die Gesellschaft wesentliche Faktoren, wie die Solvenz des Käufers, die Geschwindigkeit und Sicherheit der Abwicklung[12] oder die Möglichkeit, das verkaufte Unternehmen nach dem Verkauf weiter zu beliefern, können dafür massgebend sein, dass nicht allein nach dem Preis entschieden wird. Der Verwaltungsrat kann – im Rahmen der Sozialverantwortung des Unternehmens – bei der Wahl zwischen verschiedenen Angeboten aber auch die Sicherheit der Arbeitsplätze und die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer in Betracht ziehen, da das Obligationenrecht dem Verwaltungsrat grundsätzlich die massvolle Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen erlaubt[13]. Solange sich der Preisentscheid des Verwaltungsrates im Rahmen eines bei sorgfältigem Handeln möglichen Ermessens bewegt, d.h. der Verwaltungsrat die für das Unternehmen relevanten Faktoren in rational nachvollziehbarer Weise abwägt, kann er nicht haftbar gemacht werden, falls er nicht das höchste Angebot annimmt, sondern aufgrund der oben erwähnten Faktoren ein tieferes Angebot berücksichtigt.

Haftungsprobleme können aber entstehen, wenn der Verwaltungsrat zu einem tieferen Preis verkauft, weil er nicht die Interessen des Unternehmens, sondern eigene Interessen oder Interessen Dritter, wie insbesondere Interessen des Hauptaktionärs oder nahestehender Personen verfolgt. Hat der Verwaltungsrat ein Unternehmen wegen eines derartigen Interessenkonfliktes zu einem Preis verkauft, der unter dem Preis liegt, der bei einer sorgfältigen Gestaltung des Verkaufsprozesses hätte erzielt werden können oder hat er sogar höhere Angebote von Dritten abgelehnt, so liegt eine Pflichtverletzung vor, die gemäss Art. 754 OR zur Schadenersatzpflicht des Verwaltungsrates führt. Deshalb sollte der Verwaltungsrat bei Verkäufen an nahestehende Personen selbst in Situationen, in denen kein Konkurs- oder Nachlassverfahren droht, durch entsprechende Gutachten oder besser durch die Einholung von Konkurrenzofferten sicherstellen, dass ein realistischer Verkaufspreis erzielt wird.

12 Wenn bei einem Kaufinteressenten beispielsweise Probleme wegen einer kartellrechtlich notwendigen Bewilligung bestehen, kann sich die Annahme einer preislich tieferen aber nicht mit Unsicherheit belasteten Offerte aufdrängen.

13 Vgl. Art. 671 Abs. 3 OR.

cc) Gläubigerbevorzugung durch Transaktionsgestaltung bzw. Verwendung des Verkaufserlöses

Der Verwaltungsrat hat gemäss Art. 717 Abs. 2 OR die Pflicht, die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Gegenüber den Gläubigern besteht keine gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungspflicht; eine Pflicht zur Gleichbehandlung ergibt sich aber als Reflexwirkung aus den straf- und konkursrechtlichen Vorschriften über die Gläubigerbenachteiligung. Da diese nur zur Anwendung kommen, wenn ein Konkurs bzw. ein Nachlassverfahren vorauszusehen ist und da der Verwaltungsrat bei der Fallkonstellation A davon ausgehen kann, dass die Gesellschaft sämtliche Schulden im Augenblick ihrer Fälligkeiten zurückzahlen bzw. refinanzieren kann, stellt die Rückzahlung von Schulden aus dem Verkaufserlös beim Fall A keine Pflichtverletzung dar. Dasselbe gilt auch, wenn die Transaktion so gestaltet wird, dass der Käufer gewisse Forderungen, die er gegenüber der Gesellschaft hat, mit dem Kaufpreis verrechnen kann oder der Käufer – wie zum Teil bei asset deals üblich – Schulden der Gesellschaft übernimmt und diese vollumfänglich zurückzahlt.

b) Fall B – Unternehmensverkauf im Rahmen von Sanierungsbemühungen

Bei der vorne in Ziff. I.2. dargestellten Fallkonstellation befindet sich die Gesellschaft im Zeitpunkt des Verkaufes in finanziellen Schwierigkeiten. Der Verwaltungsrat geht aber gemäss Ausgangslage in guten Treuen davon aus, dass ein Konkurs- bzw. Nachlassverfahren vermieden werden kann und sieht den Unternehmensverkauf als Schritt zur finanziellen Gesundung des Unternehmens. In Bezug auf die in Ziff. I.4. oben dargestellten Problemkreise ergeben sich in dieser Konstellation folgende Haftungsrisiken:

aa) Entscheid zum Unternehmensverkauf

Bezüglich des Entscheides, ein Unternehmen zu verkaufen, hat der Verwaltungsrat im Fall B meist weniger Bewegungsspielraum als im Fall A; der Verkauf wird angestrebt, um die Finanzlage des Unternehmens zu verbessern oder ist sogar Teil eines umfassenden Sanierungsplanes. Damit sind es häufig weniger strategische Überlegungen, die zum Verkauf führen, als vielmehr das Bestreben, die Liquidität der Gesellschaft sicherzustellen und die Bilanzverhältnisse zu

verbessern. Da die Erhaltung der Existenz des Unternehmens zu den zentralen Aufgaben des Verwaltungsrates gehört[14], verletzt der Verwaltungsrat seine Pflicht auch dann nicht, wenn der Entscheid, eine Tochtergesellschaft oder einen Betrieb zu verkaufen, der vom Verwaltungsrat selbst definierten Strategie des Unternehmens widerspricht, aber in der Absicht vorgenommen wird, Liquidität und Bilanzverhältnisse zu verbessern. Derartige strategische Kehrtwendungen sind letztlich die Frucht äusserer Umstände, die als Teil des wirtschaftlichen Risikos von allen Beteiligten in Kauf genommen werden müssen. Dem Verwaltungsrat kann aufgrund seiner Pflicht, die Existenz des Unternehmens zu wahren, auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn er ein Unternehmen sofort verkauft und nicht durch Reorganisation oder andere Massnahmen zuerst den Wert steigert und es erst nachher zu einem höheren Preis verkauft. Letztlich besteht damit bezüglich des Verkaufsentscheides die gleiche Situation wie in der Fallkonstellation A; der Verwaltungsrat hat bezüglich des Entscheides einen breiten, nicht justiziablen Ermessensspielraum, der es kaum erlaubt, den Verwaltungsrat wegen der Tatsache des Verkaufsentscheides allein haftbar zu machen.

bb) Preis

Verkauft eine Gesellschaft, die sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, eine Tochtergesellschaft oder einen Betrieb, so wird sie praktisch immer einen tieferen Preis erzielen, als eine Gesellschaft, die eine derartige Transaktion aus einer Position der finanziellen Stärke macht. Einerseits hat eine Gesellschaft, die sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, oft nicht die Zeit, die notwendig ist, um ein Unternehmen auf einen Verkauf vorzubereiten und einen Verkaufsprozess optimal durchzuführen, andererseits ist die finanzielle Notsituation und der damit zusammenhängende Zeitdruck meist auch den potenziellen Kaufinteressenten bekannt, was dazu führt, dass diese eine starke Verhandlungsposition haben und diese meist auch konsequent wahrnehmen. Dass aufgrund dieser Umstände Preise realisiert werden, die normalerweise unter den Preisen liegen, die im Fall A erzielt werden können, können die Gläubiger dem Verwaltungsrat in einem späteren Konkurs nicht zum Vorwurf machen, da der tiefere Preis nicht Konsequenz der Sorgfaltspflichtverletzung ist, sondern Folge der widrigen wirtschaftlichen Umstände, die Teil des normalen Unternehmensrisikos sind. Der Verwaltungsrat hat damit wie bereits im Fall A letztlich nur ein Haftungsrisiko, wenn er ein Vorgehen wählt, das per se unvernünftig und unsorgfältig ist, weil weder verschiedene Alternativen getestet werden, noch Referenzwerte beachtet werden, oder wenn er bei der Auswahl zwischen verschiedenen Offerten nicht im Sinne der Interessen des Unternehmens die für die Unternehmung gesamthaft günstigste Offerte[15] auswählt und zu einem niedrigen Preis an eine nahestehende Person verkauft.

14 Dazu Ziff. II.2.b) oben

cc) Gläubigerbevorzugung durch Transaktionsgestaltung bzw. Verwendung des Verkaufserlöses

Im Gegensatz zum vorne in Ziff. II.4.a)cc) behandelten Fall A ist sich der Verwaltungsrat im Fall B bewusst, dass es zu einem Konkurs- bzw. Nachlassverfahren kommen könnte. Damit muss er sich nach den auf diese Verfahren anwendbaren Vorschriften richten und eine Gläubigerbevorzugung i.S. von Art. 286 ff. SchKG bzw. Art. 167 StGB vermeiden. Wie weiter hinten gezeigt wird, verbieten diese Vorschriften die Zahlung einzelner Schulden nur, wenn der Schuldner davon ausgehen muss, dass er nicht alle seine Schulden bei deren Fälligkeit bezahlen oder refinanzieren kann. Damit ist es durchaus möglich, nach einem Verkauf eines Unternehmensteils einzelne Schulden wie z.B. fällige oder sogar überfällige Finanzschulden zurückzuzahlen und andere noch nicht fällige Schulden nicht zu berücksichtigen, solange Verwaltungsrat und Geschäftsleitung aufgrund des getätigten Verkaufes davon ausgehen können, dass sich die Finanzlage der Gesellschaft stabilisiert hat und es entsprechend möglich ist, sämtliche Schulden zurückzubezahlen.

Zahlt die Gesellschaft dagegen aus dem Veräusserungserlös einen Teil ihrer Schulden wie insbesondere fällige oder überfällige Finanzschulden in einem Zeitpunkt zurück, in dem Verwaltungsrat und Geschäftsleitung davon ausgehen müssen, dass sie später nicht alle Schulden im Rahmen ihrer Fälligkeit zahlen oder refinanzieren können, so liegt eine Gläubigerbenachteiligung vor, die zur Schadenersatzpflicht führt. Damit kann die Rückzahlung bloss einzelner Finanzschulden zu einem Haftungsproblem führen, wenn der Verwaltungsrat bei sorg-

15 Vgl. Preis, Solvenz des Käufers, Geschwindigkeit und Sicherheit der Abwicklung etc., dazu Ziff. II.4.a)bb) oben.

fältiger Analyse der erkennbaren Umstände davon ausgehen muss, dass die Gesellschaft tatsächlich nicht in der Lage ist, ihre Schulden fristgerecht zurückzubezahlen. Eine derartige Situation liegt nicht nur vor, wenn die Gesellschaft eine Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR aufweist. Der Verwaltungsrat muss auch davon ausgehen, dass die Gesellschaft in der Zukunft nicht alle Schulden bezahlen kann, wenn die Gesellschaft einen Cash Drain aufweist, der in absehbarer Zukunft zu einem Liquiditätsmangel führen wird oder wenn die Fälligkeiten der übrigen Schulden so gestaffelt sind, dass eine Rückzahlung oder Refinanzierung der Schulden aufgrund des operativen Cashflows und allenfalls weiteren Devestitionen unmöglich ist. Die obigen Ausführungen zeigen, dass der Verwaltungsrat bei einer Verwendung der Verkaufserlöse zur Rückzahlung einzelner Gläubiger bei einem späteren Konkurs- oder Nachlassverfahren nur dann dem Vorwurf der Gläubigerbevorzugung entgehen kann, wenn der Verkauf Teil eines Planes ist, der zur Gesundung des Unternehmens führt und er damit in guten Treuen davon ausgehen kann, dass die Zahlung bzw. Refinanzierung der übrigen Schulden gesichert ist. Problematisch bei der rechtlichen Beurteilung derartiger Situationen ist natürlich, dass der Richter den Fall in einem späteren Zeitpunkt beurteilt, in dem es häufig schwierig ist, vorurteilslos zu analysieren, was der Verwaltungsrat im Zeitpunkt der Zahlung wusste, bzw. hätte wissen müssen; wenn es später zum Konkurs kommt, so besteht leider häufig die Tendenz, die Aktionen und das Wissen des Verwaltungsrates ex post aus der Sicht späterer Erkenntnisse zu beurteilen.

Der Verwaltungsrat vermeidet die Problematik der Gläubigerbenachteiligung von vornherein, wenn er den Verkauf im Rahmen eines umfassenden privaten Sanierungsplanes vornimmt, der vorsieht, dass alle Finanzgläubiger[16] – unabhängig von der Fälligkeit ihrer Forderungen – gleich behandelt werden, d.h. zu proportional gleichen Anteilen aus dem Veräusserungserlös befriedigt werden; in diesem Fall kann kein Gläubiger behaupten, dass er benachteiligt worden sei.

Die obigen Überlegungen zur Rückzahlung einzelner Gläubiger aus dem Verkaufserlös gelten in gleicher Weise auch für die Verwendung von Transaktions-

16 Die kurzfristigen Gläubiger (Kreditoren) müssen nicht in diese Betrachtung einbezogen werden, da sie ohnehin aus den normalen betrieblichen Erlösen kurzfristig vollständig bezahlt werden. Die Ungleichbehandlung gegenüber den Finanzgläubigern rechtfertigt sich nicht nur aufgrund der kurzen Zahlungsziele von Kreditoren, sondern vor allem auch weil die Zahlung der Kreditoren Voraussetzung für weitere Lieferungen und die Aufrechterhaltung des Unternehmenswertes ist.

strukturen, bei denen einzelne Finanzgläubiger dadurch bevorzugt werden, dass sie ihre Forderungen mit dem Kaufpreis verrechnen können oder dadurch, dass die betreffenden Schulden vom Käufer im Rahmen eines Asset Deals übernommen werden. Auch derartige Konstruktionen können zu Ansprüchen führen, wenn der Verwaltungsrat im Zeitpunkt der Transaktion nicht in guten Treuen davon ausgehen konnte, dass sämtliche übrige Finanzschulden fristgerecht zurückbezahlt werden können.

c) Fall C – Unternehmensverkauf im Hinblick auf ein bevorstehendes Konkurs- bzw. Nachlassverfahren

Bei dieser Fallkonstellation verkauft der Verwaltungsrat eine Tochtergesellschaft bzw. einen Betrieb im Bewusstsein, dass die Einleitung eines Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens unmittelbar bevorsteht und leitet dieses auch nach dem Verkauf ein. Es ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt des Verkaufes zu Liquidationswerten[17] überschuldet ist und deshalb der Verwaltungsrat in diesem Zeitpunkt auch die Pflichten hat, die sich aus Art. 725 Abs. 2 OR ergeben. Bei dieser Fallkonstellation ergeben sich im einzelnen bezüglich der in Ziff. I.4. dargestellten Problemkreise die folgenden Risiko- bzw. Haftungssituationen:

aa) Entscheid zum Unternehmensverkauf

In der Situation der Überschuldung hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 Abs. 2 OR die Pflicht, unverzüglich den Konkurs oder ein Nachlassverfahren einzuleiten. Die Geschäftstätigkeit ist dagegen einzustellen, soweit dies zum Schutz der Gläubigerinteressen notwendig ist[18]. Da der Verkauf einer Tochtergesellschaft oder eines Betriebes an einen Dritten ein Akt der Geschäftsführung ist, verletzt der Verwaltungsrat mit einem derartigen Verkauf seine Pflichten, falls er dadurch die Gläubiger schädigt. Eine derartige Schädigung liegt vor, sobald der Kaufpreis unter dem Preis liegt, der im Konkurs- oder Nachlassverfahren erzielt

17 Wenn der Verwaltungsrat plant, die Konkurs- oder Nachlassverfahren einzuleiten, kann nicht mehr von der Fortführung der Gesellschaft ausgegangen werden, weshalb für die Beurteilung der Bilanz gemäss Art. 725 Abs. 2 OR nur noch die Liquidationswerte massgebend sind.

18 WÜSTINER, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, N 40a zu Art. 725.

werden könnte. Damit haftet der Verwaltungsrat bei einem Verkauf, der unmittelbar vor einem Konkurs- oder Nachlassverfahren eingeleitet wird, direkt für den Erfolg des Verkaufs.

bb) Preis

Wie oben dargestellt, wird der Preis, der beim Verkauf erzielt wird, zum Massstab für die Haftung des Verwaltungsrates gemäss Art. 754 OR. Obwohl der Verwaltungsrat beim Verkauf vor dem Konkurs eine Erfolgshaftung für die Höhe des Preises hat, ist in der Praxis das Haftungsrisiko meistens nicht sehr gross, da der Unternehmenswert durch die Einleitung eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens massiv sinkt, wenn dieses Verfahren die Einstellung des verkauften Betriebes notwendig macht. Damit ist ein Notverkauf vor der Einleitung eines Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens normalerweise nur dann problematisch, wenn entweder das Unternehmen im Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens dank Massakrediten weitergeführt werden kann und deshalb der Unternehmenswert nicht so stark zurückgeht wie bei der Einstellung der Unternehmenstätigkeit oder wenn der Verwaltungsrat das Unternehmen unter dem Liquidationswert der einzelnen Aktiven verkauft. Wird im Rahmen einer Haftungsklage der Preis beurteilt, den der Verwaltungsrat erzielt hat, ist aber nicht nur der im Konkursverfahren zu erzielende Preis mit dem tatsächlich erzielten Preis zu vergleichen; es müssen auch die Forderungen, die durch den Verkauf vor dem Konkurs- bzw. Nachlassverfahren für die Masse vermieden wurden, beachtet werden. Wenn im Konkurs- bzw. Nachlassverfahren der Betrieb eingestellt werden muss, so fallen bei der Konkursmasse die Lohnansprüche der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist an. Diese Forderungen sind gemäss Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG in der ersten Klasse privilegiert, belasten daher direkt die Konkursmasse und vermindern entsprechend die Auszahlungen an die übrigen Gläubiger. Überdies können bei einer Einstellung des Betriebes auch die laufenden Verträge des betreffenden Unternehmens nicht erfüllt werden, was entsprechend zu Schadenersatzansprüchen führt. Da es sich dabei allerdings normalerweise um nicht privilegierte Drittklassforderungen handelt, können die entsprechenden Vorteile, die beim Verkauf entstehen, nur im Rahmen dieser Dividende angerechnet werden.

Neben den Pflichten des Verwaltungsrates, die sich direkt aus Art. 725 OR ergeben, hat der Verwaltungsrat aber auch im Fall C die Pflicht, bei der Gestaltung

des Verkaufsverfahrens und beim Entscheid zwischen mehreren Alternativen einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Damit haftet der Verwaltungsrat den Gläubigern, falls er bei verschiedenen möglichen Varianten nicht diejenige mit dem höchsten Preis bzw. den besten Gesamtbedingungen für das Unternehmen wählt. Dem Verwaltungsrat kann dagegen kein Vorwurf gemacht werden, dass der Preis, der beim Notverkauf vor der Einleitung eines Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens erreicht werden kann, wegen der schlechten Verhandlungsposition des Unternehmens und des Zeitdruckes wesentlich tiefer liegt als bei einem Verkauf zu einem früheren Zeitpunkt; abgesehen von der oben dargestellten Haftung bei einem Preis, der unter dem im Konkurs- bzw. Nachlassverfahren zu erzielenden Preis liegt – hat der Verwaltungsrat auch im Fall C keine Erfolgshaftung bezüglich des Kaufpreises, sondern haftet nur für die sorgfältige Durchführung des Verkaufsprozesses.

cc) Gläubigerbevorzugung durch Transaktionsgestaltung bzw. Verwendung des Verkaufserlöses

Wenn der Verwaltungsrat im Bewusstsein des kommenden Konkurs- oder Nachlassverfahrens einen Verkauf durchführt, so darf der Verkaufserlös nicht zur Rückzahlung von Schulden verwendet werden, da jede Zahlung zu einer Reduktion der Masse und damit zu einer Benachteiligung der übrigen Gläubiger führt. Damit verletzt der Verwaltungsrat nicht nur Art. 167 StGB sondern auch seine Verpflichtungen aus Art. 725 Abs. 2 OR, da diese Bestimmung jede Geschäftstätigkeit verbietet, die sich für die Gläubiger negativ auswirkt, wenn der Verwaltungsrat die Pflicht hat, ein Konkurs- oder Nachlassverfahren einzuleiten[19]. Dabei dürfen auch Kreditoren nicht mehr bezahlt werden, da nach der Konzeption von Art. 725 Abs. 2 OR sämtliche Gläubiger in den Konkurs einbezogen werden müssen, um die im Konkursrecht vorgesehene gleichmässige Befriedigung sicherzustellen. Eine Ausnahme bilden nur die privilegierten Forderungen der ersten und zweiten Klasse, die noch so weit bezahlt werden können, als es im Nachlass- bzw. Konkursverfahren zu einer vollständigen Befriedigung dieser Gläubiger kommt. Zwar wird die Masse auch durch die Rückzahlung dieser Forderungen kleiner, gleichzeitig verringern sich aber die vollständig zu befriedigenden privilegierten Forderungen. Dies hat zur Folge, dass sich die Mas-

19 WÜSTINER, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2002, N 4 zu Art. 725.

se, die den nichtprivilegierten Gläubigern zur Verfügung steht, nicht vermindert und damit keine Gläubigerbevorzugung stattfindet. Eine Zahlung privilegierter Gläubiger ist selbstverständlich aber nicht zulässig, wenn die Masse nicht zur Deckung sämtlicher privilegierter Gläubiger ausreicht, da die Zahlung dann schon im Bereich der privilegierten Gläubiger zu einer Gläubigerbenachteiligung führt.

Die gleichen Probleme wie bei der Rückzahlung von Schulden ergeben sich bei einer Transaktionsgestaltung, die einzelne Gläubiger bevorzugt. Eine derartige Bevorzugung liegt beispielsweise vor, wenn die Gesellschaft oder der Betrieb an einen Gläubiger verkauft wird und dieser den Kaufpreis mit seiner Forderung verrechnen kann. Eine unzulässige Privilegierung von einzelnen Gläubigern liegt aber auch vor, wenn ein Betrieb verkauft wird und der Käufer einen Teil der Schulden übernimmt und diese nachher bezahlt. Auch die Privilegierung einzelner Gläubiger durch die Transaktionsgestaltung führt zu einer Haftung des Verwaltungsrates. Der Verwaltungsrat muss deshalb derartige Konstellationen vermeiden und insbesondere beim Verkauf eines Betriebes darauf achten, dass der Käufer nicht irgendwelche Schulden übernimmt[20].

dd) Der Verkauf an eine von der Gesellschaft beherrschte Auffanggesellschaft

Wie oben in Ziff. I.3. dargestellt, werden zum Teil vor einem Konkurs- oder Nachlassverfahren überlebensfähige Betriebsteile in eine von der Gesellschaft selbst beherrschte Auffanggesellschaft ausgegliedert, um eine Stilllegung im Rahmen des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens zu vermeiden und um so den Gläubigern der Gesellschaft Werte zu erhalten. Bei dieser Transaktion handelt es sich aus wirtschaftlicher Sicht letztlich nicht um einen Verkauf sondern um eine Umstrukturierung der Gesellschaft im Hinblick auf das Konkurs- bzw. Nachlassverfahren. Da bei dieser Art der Umstrukturierung die Substanz der Gesellschaft nicht vermindert wird, sondern der Wert des übertragenen Unternehmens in Form der Beteiligung an der Auffanggesellschaft bei der Gesellschaft bleibt, kommt es nicht zu den oben in Ziff. II.4.c)bb) und II.4.c)cc) dargestellten Pro-

20 Die Übernahme zweiseitiger Verträge, bei denen Leistung und Gegenleistung in der Zukunft anfallen, ist dagegen möglich, da der Verzicht auf die Übernahme der Masse keine Vorteile bringen würde, sondern nur zur Entstehung zusätzlicher Schadenersatzforderungen führen würde.

blemen. Probleme können nur entstehen, wenn bei der Übertragung des Betriebes auf die Auffanggesellschaft Schulden übertragen werden, die im Gegensatz zu den übrigen Schulden der Gesellschaft von der Auffanggesellschaft vollständig bezahlt werden, da in diesem Fall eine unzulässige Gläubigerbevorzugung vorliegt.

Der Verwaltungsrat muss daher darauf achten, dass bei einer derartigen Transaktion von der Auffanggesellschaft keine Schulden übernommen werden. Soweit im Konkurs- bzw. Nachlassverfahren allerdings die privilegierten Forderungen vollumfänglich bezahlt werden, ist die Übernahme von privilegierten Schulden durch die Auffanggesellschaft nicht schädlich.

5. Strafrechtliche Bestimmungen

Das Strafgesetzbuch enthält in Art. 163 ff. verschiedene Straftatbestände, die zur Anwendung kommen können, wenn eine Gesellschaft vor der Einleitung eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens noch einzelne Unternehmen verkauft. Insbesondere die in Art. 164 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung) und Art. 167 StGB (Bevorzugung eines Gläubigers) dargestellten Tatbestände können in diesen Fällen Bedeutung erlangen und müssen daher von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung bei derartigen Transaktionen beachtet werden.

Auch wenn es im Bereich der Konkursdelikte bisher relativ selten zu Verurteilungen gekommen ist, da häufig die erforderlichen subjektiven Tatbestandselemente nicht gegeben sind, ist allein schon die Tatsache einer strafrechtlichen Untersuchung für die Organe äusserst problematisch, da die strafrechtliche Untersuchung die weitere berufliche Tätigkeit nach einem Konkurs der Gesellschaft behindern bzw. völlig verunmöglichen kann. Heute besteht auch unverkennbar die Tendenz der Gläubiger, gerade bei grösseren Konkurs- bzw. Nachlassverfahren zunächst ein Strafverfahren einzuleiten, um Beweise für ein späteres Zivilverfahren zu sammeln, was das strafrechtliche Risiko natürlich entsprechend erhöht.

a) Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 StGB)

Gemäss Art. 164 StGB werden die verantwortlichen Organe eines Unternehmens (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren oder Ge-

fängnis bestraft, wenn sie das Vermögen der Gesellschaft zum Schaden der Gläubiger vermindern, indem sie Vermögenswerte beschädigen, verschenken oder zu einem Preis veräussern, der offensichtlich unter ihrem tatsächlichen Verkehrswert liegt. Diese Bestimmung kann daher zur Anwendung kommen, wenn der Verwaltungsrat ein Unternehmen zu einem Preis verkauft, der zu niedrig ist. Da es sich um ein Vorsatzdelikt handelt, kann die Strafe allerdings nur ausgesprochen werden, wenn dem Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem Verkehrswert bewusst ist und sie trotz dieses Bewusstseins den Verkauf unter dem Verkehrswert vornahmen; die blosse Fahrlässigkeit, die wie oben in Ziff. II.4.c) dargestellt für die Begründung der zivilrechtlichen Haftung gemäss Art. 754 OR ausreicht, genügt für die Strafbarkeit nicht.

Art. 164 StGB kann bei jedem Unternehmensverkauf zur Anwendung kommen, wenn das Unternehmen später in ein Konkurs- oder Nachlassverfahren[21] gerät. Dabei ist es nicht wesentlich, ob dem Verwaltungsrat im Zeitpunkt des Verkaufs die Möglichkeit des Konkurses bewusst war, da sich der Tatvorsatz nicht auf den Konkurs, sondern nur auf die Differenz zwischen Verkehrswert und Verkaufspreis bezieht. Damit kann Art. 164 StGB in den oben dargestellten Fällen A, B oder C[22] zur Anwendung kommen. Entscheidend für die Anwendung von Art. 164 StGB ist letztlich die „offensichtliche" Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem Verkehrswert. Genau wie oben in Ziff. II.4.a)bb) für die zivilrechtliche Haftung dargestellt, ist für die Frage, ob eine „offensichtliche Differenz" existiert, nicht ein aufgrund einer Unternehmensbewertung berechneter theoretischer Verkehrswert massgebend, sondern allein der in der konkreten Situation tatsächlich erreichbare Preis. Zu einer Verurteilung kann es aber kommen, wenn der Verwaltungsrat zwischen mehreren Verkaufsmöglichkeiten auswählen konnte und ein Verkauf zu einem tieferen Preis gewählt hat, ohne dass irgendwelche für das Unternehmen relevante Umstände für diese Vorgehensvariante sprachen[23]. Art. 164 StGB kann aber auch zur Anwendung kommen, wenn der Verwaltungsrat beim Verkauf nicht die Interessen der Gesellschaft sondern Eigen- oder Drittinteressen gewahrt hat und das Unternehmen ohne Berücksichtigung anderer Verkaufsmöglichkeiten zu einem äusserst tiefen Preis

21 Art. 164 StGB ist nicht anwendbar, wenn ein ordentlicher Nachlassvertrag abgeschlossen wurde.

22 Vgl. Ziff. I.1., I.2. und I.3.

23 Solvenz des Käufers, Sicherheit der Abwicklung etc; vgl. dazu Ziff. II.4.a)bb) oben.

an Mitglieder des Verwaltungsrates oder an Aktionäre bzw. diesen nahe stehende Personen verkauft hat.

b) Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB)

Gemäss Art. 167 StGB werden die verantwortlichen Organe einer Gesellschaft mit Gefängnis oder Busse bestraft, wenn sie im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft absichtlich einzelne Gläubiger bevorzugen. Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn im Fall C[24], d.h. beim Unternehmensverkauf unmittelbar vor der Einleitung eines Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens, die verantwortlichen Organe den Verkaufserlös verwenden, um Schulden zu bezahlen oder aber dem Käufer erlaubt wird, im Sinne eines Debt/Equity Swap den Kaufpreis mit Forderungen zu verrechnen. Im Fall B[25], d.h. bei einem Verkauf eines Unternehmens im Rahmen von Sanierungsbemühungen kann Art. 167 StGB im Allgemeinen nicht zur Anwendung kommen, da der Verwaltungsrat nicht im „Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit" handelt, sondern diese durch den Verkauf gerade abwenden will.

c) Haftung bei Handlung von unterstellten Personen

Die oben dargestellten Straftatbestände werden nicht nur erfüllt, wenn ein einzelnes Mitglied des Verwaltungsrates bzw. der Geschäftsleitung die entsprechenden Handlungen persönlich vornimmt; Geschäftsleitungs- und Verwaltungsratsmitglieder können sich auch dadurch strafbar machen, dass sie nicht einschreiten, wenn ihnen unterstellte Personen, gegenüber denen sie eine Aufsichtspflicht haben, strafrechtliche Handlungen vornehmen. Daher müssen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung bei einer kritischen Situation des Unternehmens durch entsprechende Weisungen sicherstellen, dass die ihnen unterstellten Personen keine Handlungen vornehmen, die gemäss den obigen Bestimmungen strafbar sind. Gerade in finanziell kritischen Situationen muss insbesondere sichergestellt werden, dass keine Gläubigerbevorzugung vorgenommen wird.

24 Vgl. dazu Ziff. I.3. vorne.

25 Vgl. dazu Ziff. I.2. vorne.

In der konkreten Situation des Unternehmensverkaufes hat der Verwaltungsrat, wie vorne in Ziff. II.1.b) dargestellt, eine gesetzliche Aufsichtspflicht gegenüber den Personen, die den Verkauf vorbereiten und durchführen. Damit kann der Verwaltungsrat in diesen Situationen von der oben dargestellten strafrechtlichen Organverantwortung getroffen werden. Der Verwaltungsrat sollte deshalb auch in Anbetracht dieser Strafbestimmungen seiner Aufsichtspflicht bei Unternehmensverkäufen nachkommen und sowohl bezüglich der Preisgestaltung wie auch der Verwendung des Verkaufserlöses sicherstellen, dass keine strafrechtlich relevanten Handlungen vorgenommen werden.

III. Anfechtungsklagen

Im Konkursverfahren können gemäss Art. 285 ff. SchKG die Konkursmasse oder – sofern die Masse darauf verzichtet – die einzelnen ungedeckten Gläubiger mittels Anfechtungsklage der Masse Vermögenswerte zuführen, die dem Unternehmen vor der Eröffnung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens durch anfechtbare Handlungen entzogen worden sind. Diese Bestimmungen kommen gemäss Art. 331 Abs. 1 SchKG auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zur Anwendung, nicht aber beim gewöhnlichen Nachlass im Sinne von Art. 314 ff. SchKG[26].

1. Schenkungsanfechtung

Gemäss Art. 286 SchKG sind alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, die ein Schuldner innerhalb der letzten 12 Monate[27] vor der Eröffnung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens vorgenommen hat, anfechtbar. Ebenfalls anfechtbar sind Rechtsgeschäfte, bei denen der Schuldner zwar eine Gegenleistung erhalten hat, diese aber zu seiner eigenen Leistung in einem Missverhältnis

26 Der Gesetzgeber ging davon aus, dass beim ordentlichen Nachlass sämtliche Probleme von vorhergehenden Transaktionen und Vermögensverschiebungen im Nachlassvertrag selbst gelöst werden oder überhaupt kein Vertrag zustande kommt, falls die Gläubiger in dieser Weise geschädigt worden sind.

27 Die „période suspecte" von 12 Monaten, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung beginnt, verlängert sich gemäss Art. 288a SchKG allerdings um die Dauer eines vorausgehenden Nachlassverfahrens, die Dauer eines allfälligen Konkursaufschubes im Sinne von Art. 725 a OR und auch um die Dauer der Betreibung, die zum Konkurs führte.

steht. Für die Anwendung von Art. 286 SchKG ist aber kein Schenkungswille notwendig; diese Bestimmung kommt auch zur Anwendung, wenn ein objektives Missverhältnis zwischen Verkehrswert und tatsächlichem Verkaufspreis besteht, diese Differenz den für die Gesellschaft handelnden Organen aber nicht bekannt war.

Die Schenkungsanfechtung kann in den oben dargestellten Fällen A, B und C[28] zur Anwendung kommen, wenn tatsächlich ein Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Verkehrswert besteht, d.h. der Verkehrswert erheblich über dem realisierten Verkaufspreis liegt[29]. Für die Analyse der Differenz zwischen Verkaufswert und Verkehrswert ist allerdings nicht ein aufgrund einer Unternehmensbewertung abstrakt berechneter Verkehrswert massgebend, sondern der Marktpreis, der im Zeitpunkt des Verkaufes im Rahmen der konkreten Umstände hätte realisiert werden können. Damit muss die Konjunkturlage im Zeitpunkt des Verkaufes genauso in Betracht gezogen werden wie der Zeitdruck und die schlechte Verhandlungsposition, die die verkaufende Gesellschaft im Fall B oder C hat; zur Anfechtung genügt es nicht, wenn ein Unternehmen in einem anderen Zeitpunkt oder bei besserer Verhandlungsposition und ohne Zeitdruck zu einem höheren Preis hätte verkauft werden können. Zur Anfechtung kann es damit aber kommen, wenn die Gesellschaft ein Unternehmen bei verschiedenen Angeboten nicht zum höchstmöglichen Preis verkauft und diese Abweichung sich auch nicht durch andere für das Unternehmen relevanten Faktoren begründen lässt[30] oder wenn die Organe der Gesellschaft bewusst gar nicht Konkurrenzangebote einholen, sondern zu einem offensichtlich untersetzten Preis das Unternehmen selbst kaufen oder den Aktionären bzw. nahe stehenden Personen verkaufen.

2. Überschuldungsanfechtung

Gemäss Art. 287 SchKG sind die folgenden Rechtshandlungen anfechtbar, wenn sie ein Schuldner innerhalb der letzten zwölf Monate vor der Eröffnung des

28 Vgl. dazu Ziff. I. oben.

29 Art. 286 SchKG kommt aber nur beim Liquidationsnachlass zur Anwendung und wenn die Handlung innerhalb der 12-Monatsperiode vorgenommen wurde.

30 Solvenz des Käufers, Sicherheit und Geschwindigkeit des Vollzuges etc.; vgl. Ziff. II.4.a)bb).

Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens[31] vorgenommen hat[32], sofern der betreffende Schuldner im Zeitpunkt, in dem diese Handlungen vorgenommen wurden, bereits überschuldet war:

- Bestellung von Sicherheiten für bestehende Verbindlichkeiten, sofern sich der Schuldner nicht bereits früher zu einer Sicherstellung verpflichtet hat;
- Tilgung einer Geldschuld durch Übertragung von Aktiven;
- Zahlung von Schulden, die noch nicht fällig sind.

Die Überschuldungsanfechtung kann aufgrund ihrer Voraussetzung im Fall A, dem Verkauf in der „Normalsituation" ohne finanzielle Schwierigkeiten und ohne Bezug auf ein späteres Konkurs- bzw. Nachlassverfahren[33], nicht zur Anwendung kommen, da das Unternehmen in diesem Fall nicht überschuldet ist. Auch bei der im Fall B geschilderten Ausgangslage, d.h. beim Verkauf im Rahmen von Sanierungsbemühungen, kann diese Bestimmung nicht zur Anwendung kommen, wenn in diesem Zeitpunkt keine Überschuldung vorhanden ist bzw. die privatrechtlichen Sanierungsbemühungen zur Aufhebung der Überschuldung führen. Nur in der Situation, in der die Gesellschaft im Zeitpunkt, in dem Sanierungsschritte eingeleitet werden, bereits überschuldet ist und trotz dieser Sanierungsschritte überschuldet bleibt, könnte die Überschuldungsanfechtung zur Anwendung kommen, falls ein Unternehmen an einen Gläubiger verkauft wird und diesem erlaubt wird, den Kaufpreis zu verrechnen (Debt/Asset Swap) oder wenn der Verkaufserlös zur Zahlung von Schulden verwendet wird, die noch nicht fällig sind.

Im Fall C[34], bei dem der Unternehmensverkauf im Hinblick auf ein unmittelbar bevorstehendes Konkurs- oder Nachlassverfahren erfolgt, ist die Voraussetzung für die Anwendung der Überschuldungsanfechtung grundsätzlich gegeben, da in dieser Fallkonstellation die Gesellschaft im Zeitpunkt des Unternehmensverkaufes überschuldet ist. Wird daher im Fall C das Unternehmen an einen Gläubiger

31 Art. 287 SchKG kommt allerdings nur beim Liquidationsnachlass zur Anwendung.

32 Auch bei der Überschuldungsanfechtung gilt, dass sich die zwölfmonatige „période suspecte" gemäss Art. 288 a SchKG um die Dauer eines vorangegangenen Nachlassverfahrens bzw. Konkursaufschubs und auch um die Dauer der dem Konkurserkenntnis vorangehenden Betreibung verlängert.

33 Dazu Ziff. I.1. vorne.

34 Dazu Ziff. I.3. vorne.

verkauft, der den Kaufpreis mit seiner Forderung verrechnet oder werden mit dem Verkaufserlös Schulden bezahlt, die noch nicht fällig sind, so könnte der Verkauf bzw. die Rückzahlung der Schulden gemäss Art. 287 SchKG angefochten werden. Die Überschuldungsanfechtung kommt nicht zur Anwendung, wenn der betreffende Drittgläubiger nachweisen kann, dass ihm die Überschuldung der Verkäuferin im Zeitpunkt, in dem die betreffende Transaktion vorgenommen wurde, nicht bekannt gewesen ist und er diese bei normaler Aufmerksamkeit auch nicht hätte erkennen müssen.

Damit kann selbst im Fall C der Verkauf eines Unternehmens an einen Gläubiger und die nachfolgende Verrechnung des Kaufpreises nicht angefochten werden, wenn die verkaufende Gesellschaft ihre Überschuldung verheimlichte und auch keine Anzeichen vorhanden waren, aus denen der Vertragspartner ableiten musste, dass das Unternehmen überschuldet war.

3. Absichtsanfechtung

Gemäss Art. 288 SchKG sind sämtliche Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Eröffnung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens[35] vornimmt, um seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, sofern diese Absicht für die in die betreffende Rechtshandlung einbezogene Drittpartei erkennbar war[36].

Die Absichtsanfechtung kommt nach der Gerichtspraxis letztlich immer dann zur Anwendung, wenn dadurch das Haftungssubstrat der Gläubiger vermindert wird, weil einem Unternehmen durch eine Transaktion Aktiven entzogen oder Schulden aufgebürdet werden, ohne dass sich diese Transaktion durch normale geschäftliche Überlegungen rechtfertigen lässt, bzw. einzig mit der Absicht, einzelne Gläubiger zu bevorzugen, begründet werden kann. Handlungen, die im Rahmen des normalen Geschäftsganges liegen wie z.B. der Verkauf von Produkten dagegen können nicht angefochten werden, selbst wenn sie objektiv zu einer

35 Art. 288 SchKG kommt aber wie alle anderen Anfechtungsklagen nur beim Liquidationsnachlass zur Anwendung.

36 Massstab ist die einem normalen Dritten zumutbare Aufmerksamkeit. Das Mass der Sorgfalt ist aber um so grösser, je näher sich Unternehmer und betreffender Dritter stehen und je grösser die erkennbare wirtschaftliche Bedeutung der Transaktion für den Schuldner ist.

Verringerung des Haftungssubstrates führen, weil bei diesen Fällen keine Absicht zur Gläubigerbevorzugung besteht.

Nach den oben dargestellten Grundsätzen sind in der Praxis insbesondere Transaktionen, bei denen Aktiven unter dem Marktwert verkauft werden, vorbestehende Schulden besichert oder in ungewöhnlicher Weise getilgt werden oder auch Sicherungsgeschäfte zugunsten Dritter ohne adäquate Gegenleistung anfechtbar. Der Anwendungsbereich der Absichtsanfechtung überschneidet sich damit mit dem der Schenkungs- und Überschuldungsanfechtung insoweit, als die von diesen Anfechtungsklagen erfassten Geschäfte auch dann mit der Absichtsanfechtung angefochten werden können, wenn die für Art. 286 bzw. Art. 287 SchKG massgebende „période suspecte" von zwölf Monaten abgelaufen ist, sofern die Gesellschaft bzw. ihre Organe die Absicht hatten, einzelne Gläubiger zu bevorzugen und diese Absicht für die Gegenpartei erkennbar war. Während die Überschuldungsanfechtung aber nur bei der Zahlung nicht fälliger Schulden Platz greift, kann die Absichtsanfechtung zur Anwendung kommen, wenn im betreffenden Zeitpunkt die Mittel zur Befriedigung aller fälligen Schulden fehlen, d.h. der Schuldner illiquid oder überschuldet ist. Werden in einem derartigen Zeitpunkt Gläubiger bezahlt, führt die Tilgung der betreffenden Schulden objektiv zu einer Schädigung der anderen Gläubiger, da diese nicht mehr bezahlt werden können und ihnen weniger Substrat zur Verfügung steht[37]. Daraus folgt, dass ein Unternehmen in einer derartigen Situation seine Gläubiger nur noch gleichmässig befriedigen darf, was das Unternehmen dem Zwang aussetzt, mit den Finanzgläubigern zusammen eine Stillhaltevereinbarung abzuschliessen, die eine gleichmässige Befriedigung aller fälligen und nicht fälligen Finanzschulden vorsieht. Kreditoren können dagegen meines Erachtens auch in einer derartigen Situation bezahlt werden, da die Zahlung der Kreditoren notwendige Voraussetzung für die weitere Existenz des Unternehmens ist und Zahlungsverweigerung in diesem Bereich deshalb die Masse noch stärker verringern würde.

Im Fall B wie auch im Fall C kann die Absichtsanfechtung zur Anwendung kommen, wenn die Gesellschaft eine Tochtergesellschaft oder einen Betrieb zu einem Preis verkauft hat, der unter dem Verkehrswert lag und dies sowohl den Organen der Gesellschaft, wie auch dem Käufer bewusst war. Im Fall A ist die Absichtsanfechtung auch bei einem Verkauf unter dem Verkehrswert nicht anfechtbar, da der Verkäuferin die Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen nicht

37 Vgl. BGE 99 III 27 ff., 34 f.

bewusst ist, da diese im Fall A ja auch nach der Transaktion gedeckt sind und somit alle Parteien davon ausgehen können, dass die Gläubiger nicht benachteiligt werden.

Wie schon bei der Schenkungsanfechtung in Ziff. III.1. oben ausgeführt, reicht es allerdings nicht aus, eine Abweichung von einem theoretisch berechneten Unternehmenswert darzustellen, um die Benachteiligungsabsicht nachzuweisen; es muss vielmehr nachgewiesen werden, dass die Gesellschaft im entsprechenden Zeitpunkt tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätte, das Unternehmen in Anbetracht aller Umstände zu einem höheren Preis zu verkaufen. Daher kommt die Absichtsanfechtung zur Anwendung, wenn bei verschiedenen vorliegenden Angeboten bewusst und ohne dass andere Faktoren ein derartiges Vorgehen gerechtfertigt hätten, nicht das Angebot mit dem höchsten Preis gewählt wurde. Eine Absichtsanfechtung ist allerdings in diesem Fall nur möglich, wenn dieser Umstand auch dem Käufer bekannt war; war dem Verkäufer dagegen nicht bekannt, dass es höhere Angebote gab, so war für ihn die Absicht nicht erkennbar, weshalb in diesem Fall die Voraussetzungen für die Anfechtung nicht gegeben sind. Die Absichtsanfechtung kommt insbesondere auch zur Anwendung, wenn ein Unternehmen bewusst zu einem tiefen Preis an eine dem Verwaltungsrat oder Aktionär nahe stehende Person bzw. dem Verwaltungsrat oder Aktionären selbst verkauft worden ist. Wegen der engen Beziehungen zwischen Käufer und Verkäufer bzw. der Identität der handelnden Personen ist in diesem Fall die Benachteiligungsabsicht für den Vertragspartner der Gesellschaft auch klar erkennbar.

Die Absichtsanfechtung ist aber nicht nur möglich, wenn ein Unternehmen zu einem Preis unter dem Verkehrswert verkauft wird, sondern auch wenn die Verwendung des Verkaufserlöses oder die Strukturierung der Transaktion zu einer Gläubigerbevorzugung führt:

- *Im Fall A*[38], bei dem der Verkauf in einer „Normalsituation" der Gesellschaft ohne Bezug auf finanzielle Schwierigkeiten oder gar ein bevorstehendes Nachlass- oder Konkursverfahren erfolgt, ist auch dann keine Absichtsanfechtung möglich, wenn die Rückzahlung bestimmter Schulden aus dem Verkaufserlös oder die Gestaltung der Transaktion (Verrechnung der Kaufpreisforderung mit Schulden oder Übernahme bestimmter Schul-

38 Ziff. I.1. vorne.

den durch den Käufer) das Haftungssubstrat vermindert, das den Gläubigern in einem späteren Konkurs bzw. Nachlassverfahren zur Verfügung steht. Im Fall A wird es – entsprechend der Ausgangslage – immer an der Absicht der Gläubigerbevorzugung bzw. am Erkennen dieser Absicht durch den betroffenen Gläubiger fehlen, da sowohl die Organe des Unternehmens wie auch der betreffende Gläubiger in dieser Situation in guten Treuen davon ausgehen können, dass die Gesellschaft alle ihre Schulden fristgerecht erfüllen kann.

– *Im Fall B*[39], dem Verkauf im Rahmen von Sanierungsbemühungen, führt die Rückzahlung einzelner Schulden aus dem Verkaufserlös oder eine Transaktionsgestaltung, die zur Befriedigung einzelner Gläubiger führt, nicht zu einer Absichtsanfechtung, wenn die Organe der Gesellschaft im Zeitpunkt, in dem die Schulden zurückbezahlt werden bzw. die Transaktion durchgeführt wird, in gutem Treuen davon ausgehen konnten, dass das Unternehmen seine restlichen Schulden aufgrund der vorgenommenen Sanierungs- und Restrukturierungsschritte im Rahmen der normalen Fälligkeiten bezahlen kann.

  Die Rückzahlung einzelner Schulden bzw. eine Transaktionsgestaltung, die zur Befriedigung einzelner Gläubiger führt, gibt aber Anlass zu einer Absichtsanfechtung, wenn die Organe der Gesellschaft bei der Rückzahlung einzelner Schulden bzw. der Gestaltung der Transaktion wussten oder aufgrund normaler Sorgfalt wissen mussten, dass die Gesellschaft trotz der vorgenommenen Restrukturierung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht sämtliche Schulden im Rahmen ihrer Fälligkeiten werde bezahlen oder refinanzieren können und auch die betroffenen Gläubiger diese Situation kannten. Diese Situation liegt nicht nur vor, wenn den Organen der verkaufenden Gesellschaft bekannt war, dazu die Gesellschaft im Zeitpunkt der Schuldenrückzahlung bereits überschuldet war, sondern auch wenn die Organe aufgrund der Fälligkeitsstrukturen der Schulden oder aufgrund eines nachhaltig negativen Cashflows erkennen mussten, dass der Gesellschaft eine fristgerechte Rückzahlung ihrer Schulden nicht möglich sein werde. Da die Absicht der Gläubigerbenachteiligung auch für den Gläubiger, der befriedigt wird, erkennbar sein muss, ist eine Anfechtung nur möglich, wenn diese Situation auch für den Gläubiger erkennbar war. Banken, die aufgrund des bei Bankkrediten üblichen Financial Reporting die finanzielle Situation eines Unternehmens genau kennen, sind in dieser Hinsicht als Gläubiger besonders gefährdet; aufgrund dieser Information können sie eine finanzielle Situation, in der die Rückzahlung eines einzelnen Gläubigers zu einer Gläubigerbenachteiligung führt, meist sehr früh erkennen, was bei einer Rückzahlung die Anfechtung möglich macht.

  Sofern die Organe der Gesellschaft in der konkreten Situation nicht davon ausgehen können, dass es der Gesellschaft möglich sein wird, ihre Schulden fristgerecht zu tilgen bzw. zu refinanzieren, muss der Verwaltungsrat in diesen Fällen letztlich sämtliche Finanzschulden – ob fällig oder nicht – im Rahmen einer Sanierungsvereinbarung mit allen Finanzgläubigern zu gleichen Prozentsätzen zurückführen, da nur bei diesem Vorgehen keine Gläubiger benachteiligt werden. Kurzfristige Kreditoren müssen nicht in eine derartige anteilsmässige Rückzahlung einbezogen werde, da sie ohnehin aus den betrieblichen Erträgen laufend zurückbezahlt, bzw. als Gesamtheit betrachtet, umgewälzt werden.

– *Im Fall C*[40], dem Verkauf eines Unternehmens im Hinblick auf ein bevorstehendes Konkurs- bzw. Nachlassverfahren der Gesellschaft, führt jede Schuldentilgung zur Anfechtung, unabhängig davon, ob die betreffenden Schulden fällig oder nicht fällig waren und auch unabhängig davon, ob es sich um Finanzschulden oder kurzfristige Kreditoren handelte, sofern dem betreffenden Gläubiger bekannt war, dass die Gesellschaft vor einem Konkurs- bzw. Nachlassverfahren steht. Müssen die Organe der Gesellschaft bzw. der betreffende Gläubiger nämlich davon ausgehen, dass die Gesellschaft nach der Rückzahlung ein derartiges Verfahren einleitet, so stellt jede Schuldenrückzahlung eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger dar, da ihnen Substanz entzogen wird[41]. Eine Anfechtung ist nur dann nicht möglich, wenn gesicherte oder privilegierte Forderungen zurückbezahlt werden, die im Konkurs- bzw. Nachlassverfahren tatsächlich zu 100% gedeckt würden, da die Zahlung dieser Schulden nicht zu einer Benachteiligung der übrigen Gläubiger führt.

39 Ziff. I.2. vorne.

40 Vgl. dazu Ziff. I.3. vorne.

41 Insbesondere kann bei den Kreditoren auch nicht mehr von einer weiteren Umwälzung ausgegangen werden, da die betriebliche Tätigkeit ja eingestellt wird.

4. Der Leistungsempfänger als Beklagter der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage richtet sich jeweils gegen den Empfänger der Leistung, der – bei Obsiegen der Masse bzw. der Gläubiger im Anfechtungsverfahren – diese der Masse zur Verwertung herausgeben muss. Soweit die Gegenpartei bei der anfechtbaren Handlung dem Unternehmen eine Gegenleistung zugewendet hat, hat sie in erster Linie Anspruch auf Rückerstattung der in der Masse noch vorhandenen Gegenleistung. Der Anspruch der Gegenpartei auf Rückerstattung ihrer eigenen Leistung stellt eine Masseverbindlichkeit dar, die im Rahmen der beim Unternehmen noch vorhandenen Bereicherung zurückzuerstatten ist[42]. Wenn aber in der Masse von der Gegenleistung weder faktisch noch wertmässig etwas vorhanden ist, wird diese als gewöhnliche Drittklassforderung kolloziert[43]. In diesem Fall kann die Gegenpartei die Rückerstattung der im Rahmen der anfechtbaren Handlungen erhaltenen Aktiven nicht von der Rückzahlung der Gegenleistung abhängig machen, sondern erleidet auf dieser Gegenleistung einen massiven Verlust, da sie nicht die gesamte Gegenleistung, sondern nur die Konkurs- bzw. beim Liquidationsnachlass die Liquidationsdividende auf ihren Gegenleistungen erhält.

In den oben dargestellten Anfechtungssituationen hat die Anfechtung für die betroffene Gegenpartei die folgenden Konsequenzen:

- Wird der Verkauf wegen eines zu niedrigen Preises angefochten, so führt die Anfechtung dazu, dass der Verkaufsgegenstand der Konkursmasse zur Verwertung zur Verfügung gestellt werden muss und der Käufer eine Forderung in Höhe des bezahlten Kaufpreises gegen die Konkurs- bzw. Nachlassmasse hat. Wie oben dargestellt, handelt es sich bei dieser Forderung allerdings um eine Masseverbindlichkeit, die im Umfang der noch vorhandenen Bereicherung vorweg zu begleichen ist.
- Wird nicht die Verkaufstransaktion selbst sondern die Rückzahlung von Schulden angefochten, so muss der betreffende Gläubiger den Rückzahlungsbetrag der Masse zur Verfügung stellen, während die Schuld wieder auflebt. Damit erleidet der betreffende Gläubiger in diesem Fall den gleichen Verlust, wie wenn seine Forderung nicht bezahlt worden, sondern

42 BAUER, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, N 30 ff. zu Art. 291 SchKG.

43 AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, 437 f.

von Anfang an in das Konkurs- bzw. Nachlassverfahren einbezogen worden wäre.

IV. Die Rechte der Arbeitnehmer beim Unternehmensverkauf

Die Arbeitnehmer einer Gesellschaft, die sich in finanziellen Schwierigkeiten befindet, haben meistens ein starkes Interesse daran, dass der Betrieb, in dem sie arbeiten, an einen finanziell potenten Käufer verkauft wird, da so ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Die Rechte der Arbeitnehmer können aber gerade bei Verkäufen von Gesellschaften in schwieriger Finanzsituation die gesamte Transaktion stark beeinflussen.

1. Verkauf einer Tochtergesellschaft

Verkauft eine Gesellschaft eine Tochtergesellschaft, so werden die Rechte der bei dieser Tochtergesellschaft angestellten Arbeitnehmer durch die Verkaufstransaktion nicht berührt. Die betreffende Tochtergesellschaft bleibt ihr Arbeitgeber und die Arbeitsverträge werden mit unverändertem Inhalt weitergeführt. Die Arbeitnehmer haben bezüglich des Verkaufs auch keine Rechte, d.h. müssen zum geplanten Verkauf weder konsultiert, noch vorgängig informiert werden und können diese Transaktion entsprechend auch nicht beeinflussen.

Damit entstehen aus der arbeitsrechtlichen Situation beim Verkauf einer Tochtergesellschaft weder für den Käufer noch für die verkaufende Gesellschaft Probleme.

2. Verkauf eines Betriebes

Verkauft eine Gesellschaft einen Betrieb, so greift diese Transaktion in die Rechtsposition der Arbeitnehmer ein, da ihr Arbeitsverhältnis von der Verkäuferin zum Käufer wechselt. Die Rechte der Arbeitnehmer beeinflussen deshalb derartige Transaktionen direkt.

a) Konsultation der Arbeitnehmer

Überträgt der Arbeitgeber einen Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten, so ist der Arbeitgeber gemäss Art. 333a OR verpflichtet, die betroffenen Arbeitnehmer – oder falls eine Arbeitnehmervertretung im Sinne des Mitwirkungsgesetzes besteht, die Arbeitnehmervertreter – vor dem Vollzug der Transaktion über den Grund des Überganges sowie auch über die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs für die Arbeitgeber zu informieren. Soweit die Übertragung zu Massnahmen führt, die die Position der Arbeitnehmer betreffen, wie z.B. Entlassungen oder Änderungsofferten, so muss den Arbeitnehmern gemäss Art. 333a Abs. 2 OR auch die Möglichkeit gegeben werden, sich zur geplanten Transaktion und den betreffenden Massnahmen zu äussern und Gegenvorschläge zur Verbesserung ihrer Situation einzubringen.

Diese Rechte der Arbeitnehmer sind auch bei einem Verkauf im Rahmen einer Restrukturierung oder Sanierung zu beachten, d.h. auch in den Fällen B und C[44], bei denen häufig ein sehr starker Zeitdruck herrscht. Die Arbeitnehmer müssen auch in diesen Fällen vor dem Vollzug der Transaktion informiert werden bzw. die Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Da den Arbeitnehmern im Rahmen des Konsultationverfahrens eine gewisse Überlegungsfrist (ca. 1 Woche) eingeräumt wird, muss die Konsultation der Arbeitnehmer von Anfang an in die zeitliche Planung der Transaktion einbezogen werden, was dazu führt, dass sich die Transaktion entsprechend verzögert. Selbst wenn der Verkauf des Betriebes wegen der nachfolgenden Restrukturierung letztendlich zu Kündigungen von Arbeitsverhältnissen führt, können die Arbeitnehmer die Transaktion aber nicht verhindern, da das Recht zur Konsultation den Arbeitgeber nur dazu verpflichtet, die entsprechenden Vorschläge anzuhören, aber den Arbeitnehmern keine Möglichkeit gibt, die Transaktion zu verhindern oder Änderungen zu verlangen.

b) Übergang der Rechte der Arbeitnehmer, Haftung von Käufer und Verkäufer

Wird der Betrieb verkauft, so gilt für den Übergang der Arbeitnehmer Art. 333 OR, der vorsieht, dass bei einer Übernahme eines Betriebes oder eines Betriebsteils grundsätzlich alle Arbeitsverhältnisse, die sich auf den betreffenden Betrieb

44 Vgl. dazu Ziff. I.1. und I.2. oben.

bzw. Betriebsteil beziehen, vom Käufer übernommen werden. Überdies haftet gemäss dieser Bestimmung der Käufer des Betriebes auch für sämtliche Ansprüche der übernommenen Arbeitnehmer, die vor der Übertragung entstanden sind. Diese Vorschriften führen gerade bei einem Verkauf, der unmittelbar vor einem Konkurs- bzw. Nachlassverfahren erfolgt – d.h. im Fall C[45] – zu erheblichen Problemen, die zum Teil eine Dimension annehmen können, die die geplante Transaktion verunmöglicht:

- Der Käufer übernimmt sämtliche Arbeitnehmer, die in objektiver Betrachtung für die Leistungserstellung des gekauften Betriebes notwendig waren oder bei dieser mitwirkten. Der Käufer übernimmt daher auch diejenigen Arbeitnehmer, die nur indirekt, wie beispielsweise in der Administration, für den betreffenden Betrieb tätig waren und auch Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz im Rahmen der Übernahme abgebaut werden soll[46], womit der Käufer, die während der Kündigungsfrist anfallenden Saläre tragen muss. Diese Übernahme der gesamten für den Betrieb bzw. Betriebsteil tätigen Arbeitnehmer kann nicht dadurch verhindert werden, dass die Zahl der zu übernehmenden Arbeitnehmer im Kaufvertrag beschränkt wird, da der Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer den Arbeitnehmern nicht entgegengehalten werden kann. Immerhin kann aber durch die genaue Umschreibung eines Betriebes oder Teilbetriebes vermieden werden, dass sich auch noch Arbeitnehmer ausserhalb des zu übernehmenden Betriebes auf Art. 333 OR berufen können.

- Der Käufer haftet für sämtliche vorbestehenden Forderungen der Arbeitnehmer des Betriebes (Löhne, Spesen, Schadenersatzansprüche etc.). Diese Haftung betrifft nicht nur die Arbeitnehmer, die der Käufer tatsächlich übernehmen will, sondern auch die Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer Betriebszugehörigkeit entgegen der Absicht des Käufers vom Käufer gemäss Art. 333 OR übernommen werden müssen und erfasst selbst die Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis vor der Übernahme vom alten Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer selbst gekündigt worden ist. Soweit die betreffenden Arbeitnehmer im Konkurs des ursprünglichen Arbeit-

45 Vgl. dazu Ziff. I.3. vorne.

46 Häufig muss ein Betrieb bei der Übernahme durch eine Auffanggesellschaft redimensioniert werden, um ihn lebensfähig zu erhalten; manchmal ist eine derartige Restrukturierung auch gerade Voraussetzung, dass eine Übernahme überhaupt wirtschaftlich sinnvoll ist.

gebers eine Insolvenzentschädigung erhalten, gehen die betreffenden Ansprüche an die Arbeitslosenkasse, die die Insolvenzentschädigung bezahlt hat, über. Die Arbeitslosenkasse ist aufgrund der geltenden Rechtsgrundlagen verpflichtet, die betreffenden Forderungen gegen den Käufer geltend zu machen, auch wenn dies die Arbeitsplätze selbst wieder gefährdet.

- Der Käufer übernimmt die Arbeitsverträge mit den bestehenden Bedingungen, so dass er die im Rahmen einer Restrukturierung notwendigen Änderungen der Arbeitsbedingungen erst im Rahmen einer Kündigung und des Neuabschlusses von Verträgen – d.h. erst nach Ablauf der Kündigungsfristen – durchsetzen kann.

Art. 333 OR verunmöglicht heute in vielen Situationen die Rettung von Arbeitsplätzen durch den Verkauf von Betrieben, da diese Bestimmung einem Käufer Haftungsrisiken aufbürdet, die unberechenbar und häufig auch untragbar sind. Im Gegensatz zum normalen Betriebskauf kann der Käufer, der kurz vor dem Konkurs der Verkäuferin einen Betrieb kauft, sich ja auch nicht darauf verlassen, dass ihn die Verkäuferin des Betriebes aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung von vorbestehenden Ansprüchen der Arbeitnehmer freistellt, da die verkaufende Gesellschaft in dieser Situation ja gerade nicht mehr zahlungsfähig ist. Eine Absicherung ist daher nur soweit möglich, als für die Übernahme ein Barpreis bezahlt wird und dieser von der Auffanggesellschaft zur Deckung allfälliger Forderungen von Arbeitnehmern und zur Abdeckung des Insolvenzregresses der Arbeitslosenkasse zurückbehalten wird.

Nach herrschender Lehre kommt Art. 333 OR bei einem Betriebskauf von einer Konkursmasse nicht zur Anwendung. Das Gleiche gilt nach einem Gutachten des EJPD auch für die Übernahme eines Betriebes im Nachlassverfahren. Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage allerdings nicht geäussert, so dass immer ein gewisses Risiko besteht, dass selbst in einer derartigen Situation eine Haftung eintreten kann[47].

47 Das Bundesgericht hat in einem Entscheid sogar festgehalten, dass es für die Anwendung von Art. 333 OR unwesentlich ist, ob der Betrieb vom bisherigen Betreiber gekauft wird; für die Anwendung von Art. 333 OR soll es genügen, dass die betriebsnotwendigen Aktiven erworben und der Betrieb tatsächlich in gleicher oder ähnlicher Art weitergeführt wird, was in letzter Konsequenz sogar den Erwerb eines Betriebes von der Konkursmasse Art. 333 OR unterstellen würde (vgl. BGE 123 III 466).

V. Die Vermeidung von Risiken

Wie oben dargestellt, ergeben sich aus den verschiedenen Fallkonstruktionen A, B und C unterschiedliche Risiken für die Beteiligten in Bezug auf zivilrechtliche oder strafrechtliche Verantwortung sowie in Bezug auf die Möglichkeit der Anfechtung. Diese Risiken können wie folgt vermieden werden:

1. Fall A (Verkauf ohne Bezug auf finanzielle Probleme oder Konkurs- bzw. Nachlassverfahren)

Wie oben gezeigt, ergeben sich bei dieser Fallkonstruktion Verantwortlichkeitsprobleme, falls das Unternehmen zu einem Preis verkauft wird, der klar unter dem Verkehrswert liegt. Um Probleme in dieser Hinsicht zu vermeiden, sollte der Verwaltungsrat folgende Massnahmen ergreifen:

- Der Verkaufsprozess sollte so gestaltet werden, dass ein Kaufpreis erzielt wird, der dem Marktwert entspricht, indem mehrere Transaktionsvarianten und Kaufinteressenten geprüft werden. Wenn die Zahl der potentiellen Interessenten klein ist, sollte auch versucht werden, den Marktpreis zu schätzen, um für den Verkauf einen entsprechenden Referenzpreis zu etablieren. Sollte der Verwaltungsrat nicht über die notwendige Sachkenntnis für die Durchführung des Verkaufsprozesses oder die Schätzung des möglichen Marktwertes verfügen, so sollte er für diese Aufgabe geeignete Spezialisten zuziehen.
- Soweit das Unternehmen an einen Verwaltungsrat, einen Aktionär oder diesen Personen nahestehende Gesellschaft oder Personen veräussert wird, sollte der Verwaltungsrat Vergleichangebote anderer Kaufinteressenten einholen oder aber durch die Schätzung eines unabhängigen Dritten den Marktwert möglichst genau eruieren, um sicherzustellen, dass das Unternehmen tatsächlich zum Verkehrswert verkauft wird.

Wesentlich ist, dass diese Massnahmen auch dokumentiert werden, da gerade im Fall A das Konkurs- bzw. Nachlassverfahren erst längere Zeit nach der Transaktion stattfindet und es dann entsprechend schwierig sein kann, die getroffenen Massnahmen bzw. die Sorgfalt der Organe nachzuweisen.

2. Fall B (Verkauf im Zusammenhang mit einer Sanierung)

Wie die obigen Ausführungen zeigen, besteht bei dieser Situation eine erhöhte Gefahr für die Beteiligten, da es nicht nur zu Verantwortlichkeits- und Anfechtungsklagen sowie Strafverfahren kommen kann, wenn der Kaufpreis unter dem Verkehrswert liegt, sondern auch dann, wenn eine Gläubigerbevorteilung vorliegt, weil der Verwaltungsrat den Verkaufserlös zur Rückzahlung einzelner Gläubiger verwendet oder die Transaktion so strukturiert, dass einzelne Gläubiger befriedigt werden, obwohl im betreffenden Zeitpunkt erkennbar ist, dass die Gesellschaft nicht alle ihre Schulden fristgerecht begleichen bzw. refinanzieren kann. Das Risiko, dass dem Verwaltungsrat Vorwürfe betreffend des Preises gemacht werden, erhöht sich im Fall B zusätzlich noch dadurch, dass die Preise, die die Gesellschaft für den Verkauf eines Unternehmens erreichen kann, aufgrund der schlechten Verhandlungspositionen der Gesellschaft schon im voraus relativ niedrig sind.

Der Verwaltungsrat kann diese Risiken durch folgende Massnahmen vermeiden:

- Bezüglich des Kaufpreises sollten die oben für den Fall A in Ziff. V.1. dargestellten Massnahmen ergriffen werden.
- Der Verwaltungsrat sollte einen umfassenden finanziellen Restrukturierungsplan aufstellen, der sicherstellt, dass das Unternehmen tatsächlich sämtliche Schulden entsprechend ihrer Fälligkeit begleichen kann, auch wenn aus dem Verkaufserlös nur einzelne Gläubiger befriedigt werden. Liegt ein derartiger Restrukturierungsplan vor, der im Zeitpunkt seiner Ausarbeitung als realistisch erscheint, so können weder Verantwortlichkeits- noch Anfechtungsklagen erhoben werden, weil einzelne Schulden bezahlt werden, da der Verwaltungsrat die erforderliche Sorgfalt aufgewendet hat bzw. weil keine Absicht, einzelne Gläubiger zu benachteiligen, bestand. Kann der Verwaltungsrat dagegen aufgrund seiner Finanzplanung nicht mit ausreichender Sicherheit davon ausgehen, dass später alle übrigen Schulden entsprechend ihrer Fälligkeit bezahlt oder refinanziert werden können, so sollte der Verwaltungsrat im Rahmen einer privatrechtlichen Stillhalte- bzw. Sanierungsvereinbarung mit den Finanzgläubigern sicherstellen, dass diese aus dem Verkaufserlös unabhängig von ihrer Fälligkeit zu gleichen Teilen befriedigt werden. Stellt der Verwaltungsrat in dieser Weise die Gleichbehandlung der Gläubiger sicher, so kann es von vorneherein nicht zu Verantwortlichkeits- oder Anfechtungsansprüchen oder zu strafrechtlichen Konsequenzen kommen, da es am Tatbestand der Gläubigerbenachteiligung fehlt. Problematisch bei diesem Vorgehen ist allerdings, dass die finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft sämtlichen Gläubigern bekannt werden und sich das Unternehmen auf Verhandlungen mit den Gläubigern einlässt, die häufig dazu führen, dass diese weitere Devestitionen und Rückzahlungen verlangen.

3. Fall C (Verkauf im Hinblick auf ein bevorstehendes Konkurs- oder Nachlassverfahren)

Wie oben dargestellt, ergeben sich bei dieser Fallkonstruktion sowohl aus Sicht der Verantwortlichkeit wie auch bei der Anfechtungsmöglichkeit Probleme, wenn der Verkaufspreis unter dem Preis liegt, der im nachfolgenden Konkurs- oder Nachlassverfahren erzielt werden kann oder wenn Schulden aus dem Veräusserungserlös zurückbezahlt werden. Um diese Probleme zu vermeiden, sollte der Verwaltungsrat in dieser Situation folgendes vorkehren:

- Ein Verkauf sollte nur durchgeführt werden, wenn das Ergebnis klar besser ist als der Verwertungserlös, der im Konkurs- oder Nachlassverfahren erzielt werden kann. Ist der Verwaltungsrat nicht sicher, dass ein derartiges Resultat erreicht werden kann, so sollte er mit dem Kaufinteressenten nur einen Kaufvertrag abschliessen, der unter der Bedingung steht, dass Nachlassgericht und Sachwalter der Transaktion zustimmen. Nach dieser Vorbereitung sollte der Verwaltungsrat dann eine Nachlassstundung beantragen und dem Gericht sowie dem Sachwalter den Antrag stellen, bereits im Rahmen der provisorischen Nachlassstundung das Unternehmen ohne Unterbrechung der Geschäftstätigkeit zu den mit dem Käufer vereinbarten Bedingungen zu verkaufen.
- Der Verkaufserlös muss ungeschmälert der Masse erhalten werden und darf nicht zur Rückzahlung von Schulden verwendet werden; eine Ausnahme kann nur bezüglich privilegierter und pfandgesicherter Forderungen gemacht werden, sofern der Verwaltungsrat sicher ist, dass die privilegierten Forderungen im Rahmen des Konkurs- und Nachlassverfahrens vollumfänglich gedeckt werden.

- Der Verkauf muss so strukturiert werden, dass der Käufer weder den Kaufpreis mit eigenen Forderungen gegen die Gesellschaft verrechnen kann, noch einzelne Forderungen übernimmt, da beide Handlungen zur Gläubigerbevorzugung führen würden.

Wird im Fall C ein Betrieb verkauft, so muss der Käufer aufgrund von Art. 333 OR darauf achten, dass der gekaufte Betrieb so eng umschrieben wird, dass er tatsächlich nur die Arbeitnehmer übernimmt, die im Betrieb, den er übernehmen will, tätig sind. Bei der Planung der Transaktion muss sich der Käufer aber bewusst sein, dass er tatsächlich alle im vertraglich beschriebenen Betrieb oder Teilbetrieb tätigen Arbeitnehmer übernehmen muss, weshalb er die entsprechenden Kosten in seine Berechnung einbeziehen muss. Überdies muss der Käufer auch sicherstellen, dass sämtliche bisher aufgelaufenen Forderungen der übernommenen Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Kaufs beglichen worden sind.

Kann das Problem der Übernahme von Arbeitnehmern nicht durch eine klare Beschreibung des Betriebes gelöst werden und kann auch nicht sichergestellt werden, dass die Forderungen der übertragenen Arbeitnehmer tatsächlich befriedigt worden sind, so sollte der Käufer mit der verkaufenden Gesellschaft vereinbaren, dass er den Kaufpreis bzw. einen Teil des Kaufpreises zurückbehalten kann, um aus dem zurückbehaltenen Teil Forderungen der Arbeitnehmer aus Art. 333 OR zu bezahlen. Auch wenn damit die verkaufende Gesellschaft vor dem Konkurs- bzw. Nachlassverfahren indirekt Schulden aus dem Verkaufspreis zahlt, so führt dies solange nicht zu Problemen, als im Konkurs- bzw. Nachlassverfahren alle 1. Klass-Forderungen vollumfänglich befriedigt werden können, da es sich bei den Ansprüchen, die die Arbeitnehmer auf der Basis von Art. 333 OR gegenüber dem Käufer geltend machen können, um 1. Klass-Forderungen handelt.

Kann das Problem allfälliger Forderungen von Arbeitnehmern nicht durch einen Kaufpreisrückbehalt gelöst werden, da die potentiellen Forderungen der Arbeitnehmer höher sind als der Kaufpreis oder weil im Konkurs nicht alle 1. Klass-Forderungen gedeckt werden können, so sollte der Käufer auf den Kauf vor dem Konkurs- oder Nachlassverfahren verzichten und sich darauf beschränken, eine Offerte abzugeben, die unter der Bedingung steht, dass eine provisorische Nachlassstundung gewährt wird und Sachwalter und Nachlassgericht der Übernahme des Betriebes bzw. Teilbetriebes mit bestimmten Arbeitnehmern und unter Ausschluss der Haftung für die vorhergehenden Schulden zustimmen.