Entwicklungen im Gesellschaftsrecht V

Herausgegeben von:
Peter V. Kunz
Florian S. Jörg
Oliver Arter

Mit Beiträgen von:
Lukas Glanzmann
Harold Grüninger
Florian S. Jörg
Peter Jung
Peter V. Kunz
Roland Müller
Urs Schenker
Rudolf Tschäni



Stämpfli Verlag AG Bern · 2010

Verkauf von Unternehmen in Krisensituationen

Urs Schenker*

Inhaltsverzeichnis

Verkauf von Unternehmen in Krisensituationen 303
1. Verkauf von Tochtergesellschaften und Betrieben in Krisensituationen 304
2. Rahmenbedingungen beim Unternehmensverkauf in einer Krisensituation 305
3. Die Pflichten von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung beim Verkauf eines Betriebes an eine Tochtergesellschaft 306
3.1 Kompetenzen 306
3.1.1 Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Generalversammlung 306
3.1.2 Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung 308
3.2 Die Pflichten des Verwaltungsrates im Hinblick auf die Veräusserung von Unternehmen 309
3.2.1 Die Pflicht zur Wahrung der Gesellschaftsinteressen 309
3.2.2 Interessenwahrung in der Sanierungssituation 310
3.3 Die Sanktion der Pflichtverletzung – Verantwortlichkeit 310
4. Anfechtungsklagen 312
4.1 Schenkungsanfechtung 312
4.2 Überschuldungsanfechtung 313
4.3 Absichtsanfechtung 314
4.4 Der Leistungsempfänger als Beklagter der Anfechtungsklage 316
5. Konkrete Problemsituationen 316
5.1 Verkauf einer Tochtergesellschaft oder eines Betriebes zu einem Preis unter dem Verkehrswert 316
5.1.1 Haftung des Verwaltungsrates 317
5.1.2 Anfechtungsklagen 319
5.2 Debt/Asset Swap 320
5.2.1 Anfechtungsklage 320
5.2.2 Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates 321
5.3 Gläubigerbevorzugung durch Transaktionsgestaltung 322
5.3.1 Anfechtungen 323
5.3.2 Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates 323
5.4 Gläubigerbevorzugung durch Verwendung des Verkaufserlöses 323

* Der Autor bedankt sich bei MLaw Julia Huber, die das Manuskript kritisch durchgelesen hat und bei der Erstellung der Fussnoten behilflich war.

5.4.1 Anfechtung 324
5.4.2 Verantwortlichkeitsansprüche 324
6. Schlussfolgerungen 325
Literaturverzeichnis 326

1. Verkauf von Tochtergesellschaften und Betrieben in Krisensituationen

Wenn ein Unternehmen damit rechnen muss, dass es seine stehenden Schulden bei Fälligkeit weder zahlen noch refinanzieren kann, so befindet es sich in einer akuten finanziellen Krise – ein Schicksal, das jedes Jahr verschiedene Unternehmen ereilt. Die Gründe für eine derartige Entwicklung variieren von Unternehmen zu Unternehmen, wobei auch die Intensität des Problems unterschiedlich ist: Bei stark betroffenen Unternehmen ist es klar, dass sie unmittelbar bevorstehende Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllen können; bei weniger betroffenen Unternehmen besteht dagegen nur die abstrakte Gefahr, dass sie Forderungen, die in den nächsten zwei bis drei Jahren fällig werden, nicht zu befriedigenden Konditionen refinanzieren können[1]. In einer derartigen Krisensituation stellt sich für viele Unternehmen die Frage, ob der Verkauf gewisser Tochtergesellschaften oder Betriebe ein Schritt zur Lösung des Problems ist[2]. Es sind unterschiedliche Gründe, die ein Unternehmen zu einem derartigen Schritt bewegen:

- Viele Unternehmen, die sich in finanziellen Schwierigkeiten befinden, reduzieren ihre Geschäftstätigkeit auf ein Volumen, das sie finanzieren können, und verkaufen deshalb einzelne Betriebe oder Tochtergesellschaften, die nicht mehr in die enger definierte Geschäftsstrategie passen. Zusätzlich fliesst aus diesen Transaktionen dem Unternehmen Liquidität zu, die zur Reduktion von Schulden verwendet werden kann.
- Zum Teil versuchen Unternehmen aber auch, diejenigen Tochtergesellschaften und Betriebe zu verkaufen, die das Unternehmen direkt mit Verlusten belasten. Derartige Transaktionen ermöglichen dem Verkäufer, die eigene betriebliche Situation und den Cash Flow zu verbessern. Der Verkauf selbst führt oft allerdings nicht zu einem nennenswerten Liquiditätszufluss, da die Erlöse bei der Veräusserung derartiger Unternehmen meistens sehr gering sind.
- Unternehmen, die unmittelbar vor einem Konkurs stehen, haben manchmal aber auch den Wunsch, einzelne Tochtergesellschaften und Betriebsunternehmensbereiche zu verkaufen, um auf diese Weise Werte zu retten, die im Konkurs wegen der Einstellung der Betriebstätigkeit verloren gehen. Auf diese Weise werden manchmal funktionierende Betriebe vor dem Konkurs an eine Auffanggesellschaft verkauft, die das Unternehmen unbeeinflusst vom Konkurs weiterführen kann. Erfolgt der Verkauf an eine von Dritten gehaltene Auffanggesellschaft, so werden auf diese Weise der Konkursmasse Mittel zugeführt, welche die Konkursdividende für die Gläubiger erhöhen. Ist die Auffanggesellschaft dagegen eine Tochtergesellschaft der konkursgeweihten Gesellschaft, so wird durch den Verkauf ein Aktivum gesichert, das die Konkursmasse im Rahmen der Konkursabwicklung verkaufen kann.

2. Rahmenbedingungen beim Unternehmensverkauf in einer Krisensituation

Wenn sich ein Unternehmen in einer finanziellen Krisensituation befindet, kann ein Konkurs nicht ausgeschlossen werden bzw. liegt – je nach konkreter Situation des Unternehmens – sogar relativ nahe. Kommt es später tatsächlich zu einem Konkurs oder zu einem Nachlassverfahren, so werden erfahrungsgemäss alle Transaktionen, die vor diesem Ereignis vorgenommen wurden und zu einer erheblichen Veränderung der Aktiven oder Passiven des Unternehmens führten, von der Konkursverwaltung[3] in einem Nachlassverfahren und zum Teil auch von den Gläubigern analysiert, um zu klären, ob die betreffenden Transaktionen Angriffspunkte bieten, die es erlauben, Mittel in die Masse zurückzuführen[4]. Ein Unternehmensverkauf, der in den letzten zwölf oder vierundzwanzig Monaten vor der Eröffnung des Konkursverfahrens oder des Nachlassverfahrens vorgenommen wurde, wird wegen der Bedeutung, die eine derartige Transaktion für das Unternehmen und die Zusammensetzung seines Vermögens hat, meistens sehr kritisch analysiert. Dabei wird einerseits geprüft, ob die Organe, welche für die Gesellschaft handelten, tatsächlich die Kompetenz

1 GLANZMANN, 20.
2 TSCHÄNI, 7.

3 Bzw. im Nachlassverfahren vom Sachwalter.
4 AMONN/WALTHER, § 52 N 1 ff.

für Abschluss und Durchführung der betreffenden Transaktion hatten[5]. Andererseits werden auch immer die Möglichkeiten von Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklagen geprüft. Die rechtlichen Vorschriften über die Kompetenz der Organe, ihre Verantwortlichkeit und die Anfechtungsklagen bilden dementsprechend auch die Rahmenbedingungen, denen sich Management und Verwaltungsrat einer Gesellschaft, die in einer Krisensituation Betriebe oder Tochtergesellschaften verkaufen will, anpassen müssen[6].

3. Die Pflichten von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung beim Verkauf eines Betriebes an eine Tochtergesellschaft

3.1 Kompetenzen

3.1.1 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. 2 OR in den Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrates fällt, so dass dieser ohne Zustimmung der Generalversammlung über eine derartige Transaktion entscheiden kann[7]. 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[8], so liegt eine Liquidation bzw. Teilliquidation der Gesellschaft vor, die gemäss Art. 736 Ziff. 2 OR allein von der Generalversammlung beschlossen werden kann[9]. Ein Beschluss der Generalversammlung ist gemäss Art. 626 Ziff. 2 i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 1 OR aber auch notwendig, falls der Verkauf faktisch zur Änderung des Gesellschaftszweckes führt, weil mit dem Verkauf eine im Zweckartikel der Statuten als Hauptzweck aufgeführte Tätigkeit aufgegeben wird[10].

Führt der Verwaltungsrat eine Transaktion durch, mit der er seine Kompetenzen überschreitet, so ist der betreffende Verkauf – sofern er nicht von der Generalversammlung nachträglich genehmigt wird[11] – nichtig und kann entsprechend von der Konkurs- bzw. Nachlassmasse rückabgewickelt werden[12]. Die Rückabwicklung des Verkaufs 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 Eigentumsanspruchs der Masse zurückgeben muss. Für den bezahlten Kaufpreis hat er aber nur eine Bereicherungsforderung i.S.v. Art. 62 ff. OR, die das Schicksal der übrigen Drittklassforderungen teilt; immerhin kann der Käufer aber an den zurückzuerstattenden Aktiven ein Retentionsrecht i.S.v. Art. 895 ZGB geltend machen, um eine Forderung auf Rückzahlung des Kaufpreises zu sichern[13].

Das Bundesgericht ist allerdings vom Vorbehalt der Kompetenzen der Generalversammlung für Liquidation und Zweckänderung abgewichen, wenn eine Tochtergesellschaft oder ein Betrieb im Hinblick auf ein unmittelbar bevorstehendes Konkurs- bzw. Nachlassverfahren verkauft wird. 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[14]. Das Bundesgericht geht davon aus, dass in einer derartigen Situation die Aktionäre keine schützenswerten Interessen daran haben, eine Liquidation oder eine Zweckänderung zu verhindern, weil der ursprüngliche Unternehmenszweck wegen des bevorstehenden Konkurses ohnehin nicht mehr verfolgt werden kann und dass deshalb das Interesse der Gläubiger und der Ar-

5 BGE 116 II 323; BÖCKLI, § 13 N 500; TSCHÄNI, 108 f.

6 GLANZMANN, 64 ff.; zum Ganzen: HANDSCHIN, 433 ff.; TSCHÄNI, 111.

7 SCHNYDRIG/VISCHER, 1195.

8 Diese Situation kann sich insbesondere dann ergeben, wenn der grösste Teil des Betriebes an eine Auffanggesellschaft verkauft wird, vgl. die Situation, die BGE 116 II 320 zugrunde liegt.

9 TSCHÄNI, 108 f.; BÖCKLI, § 17 N 76 ff.

10 BGE 100 II 384 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 77 ff.; BÖCKLI, § 13 N 302b.

11 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.

12 BAUEN/BERNET, N 442; BÖCKLI, § 13 N 302.

13 BGE 127 III 426; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 1918 ff.

14 BGE 116 II 323 f.; BÖCKLI, § 13 N 500.

beitnehmer an der Erhaltung der betrieblichen Werte und Arbeitsplätze vorgeht.

3.1.2 Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Gemäss Art. 716 Abs. 2 OR i.V.m. 716b OR kann der Verwaltungsrat unter Vorbehalt der in Art. 716a OR aufgeführten zwingenden Kompetenzen die Geschäftsführung an einzelne Mitglieder des Verwaltungsrates oder an Direktoren übertragen, sofern die Statuten diese Möglichkeit vorsehen und ein Organisationsreglement erlassen wird, das die Geschäftsführungskompetenzen entsprechend ordnet[15]. 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 Organisationsreglements vom Verwaltungsrat auf die Geschäftsleitung übertragen werden kann[16]. Eine derartige Kompetenzdelegation wird der Verwaltungsrat aber in den meisten Fällen nicht von der Verantwortung für die betreffende Transaktion entlasten[17]. Handelt es sich bei einem Unternehmensverkauf um eine für die Finanzen des Unternehmens und seine zukünftige Ausrichtung und Strategie wesentliche Transaktion[18], 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 als unangemessen 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 Verkaufs 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 vorsieht, dass Unternehmensverkäufe nur mit Zustimmung des Verwaltungsrates durchgeführt werden können[19].

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.

3.2 Die Pflichten des Verwaltungsrates im Hinblick auf die Veräusserung von Unternehmen

3.2.1 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[20]. 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[21].

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 Interessenkonflikten ist bei Unter-

---

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

16 MEYER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 403 ff. und 436.

17 Vgl. dazu BÖCKLI, § 18 N 118 ff.

18 Diese Situation trifft insbesondere dann ein, wenn ein Unternehmen, wie oben in Ziff. 1 dargestellt, seine Geschäftstätigkeit mit dem Verkauf auf einen Teilbereich bei der bisherigen Tätigkeit fokussiert oder wenn der Verkauf ein wichtiger Schritt zur Refinanzierung der Gesellschaft ist.

19 BÖCKLI, § 13 N 306, 353 f., 374 ff.; SCHNYDRIG/VISCHER, 1196.

20 SCHNYDRIG/VISCHER, 1198 f.

21 TSCHÄNI/DIEM, 56 f.

nehmensverkäufen insbesondere dann wesentlich, wenn ein Unternehmen an einen Hauptaktionär bzw. an eine dem Verwaltungsrat bzw. den Hauptaktionären nahe stehende Gesellschaft verkauft werden soll[22].

3.2.2 Interessenwahrung in der Sanierungssituation

Die Pflicht, die Interessen der Gesellschaft zu wahren, beinhaltet 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[23]. Diese Pflicht tritt im Zusammenhang mit dem hier behandelten Thema in den Vordergrund, da der Unternehmensverkauf im Zusammenhang mit Sanierungsbemühungen erfolgt.

Die Pflicht, im Interessen 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[24]. Diese Pflicht ist wesentlich, wenn ein Unternehmensverkauf, wie oben in Ziff. 1 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.

3.3 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 aber nicht für den Erfolg seiner Handlung verantwortlich, sondern nur für die Erfüllung seiner Pflichten, d.h. für sorgfältiges Handeln[25]. 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. Daher haftet der Verwaltungsrat nicht, wenn sich ex-post feststellen lässt, dass ein Verkauf wirtschaftlich unglücklich war, da der Wert des verkauften Unternehmens aufgrund späterer Entwicklungen nach dem Verkauf massiv gestiegen ist. Dieses Risiko des wirtschaftlichen Erfolges bzw. Misserfolges muss als Unternehmensrisiko von den Aktionären bzw. in zweiter Linie von den Gläubigern getragen werden[26].

Die Sorgfalt, die der Verwaltungsrat aufzuwenden hat, richtet sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichtes nach objektiven Kriterien[27]; der Verwaltungsrat muss die Sorgfalt aufbringen, die ein Verwaltungsrat oder Geschäftsführer zur Bewältigung der konkreten Situation in Anbetracht aller relevanten Umstände vernünftigerweise anzuwenden hat. Damit führen Unkenntnis oder Unerfahrenheit des Verwaltungsrates nicht zu einer Entlastung bezüglich der Sorgfaltspflicht[28]. 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. Deshalb 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[29]. Gerade wenn ein Verkauf im Umfeld einer finanziellen Krisensituation geplant wird und deshalb spezielle Rahmenbedingungen beachtet werden müssen[30], ist der Einbezug von Spezialisten praktisch Voraussetzung für ein sorgfältiges Vorgehen.

---

22 Vgl. zum Ganzen DAENIKER, 113 ff.; TSCHÄNI/DIEM, 56 f.
23 GLANZMANN, 38; BÖCKLI, § 13 N 751 ff.
24 AMONN/WALTHER, § 38 N 33; GLANZMANN, 51 f.
25 BGE 116 II 541; BasK-WIDMER/GERICKE/WALLER, N 22 zu Art. 754 OR.
26 TSCHÄNI/DIEM, 60.
27 BGE 113 II 56; BGE 99 II 179.
28 BGE 97 II 411; 122 III 200; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 20 f.
29 BGer 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007, E. 5.2.1; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 9 zu Art. 717 OR; ISLER, 16 f.; BÖCKLI, § 13 N 490.
30 Dazu Ziff. 2 oben.

4. 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 (Liquidationsvergleich) zur Anwendung, nicht aber beim ordentlichen Nachlass (Stundungs- oder Prozessvergleich) i.S.v. Art. 314 ff. SchKG[31].

4.1 Schenkungsanfechtung

Gemäss Art. 286 SchKG sind alle Schenkungen und unentgeltlichen Verfügungen, die ein Schuldner innerhalb der letzten zwölf Monate[32] 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 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[33].

Die Schenkungsanfechtung kann bei einem Verkauf in einer Krisensituation zur Anwendung kommen, wenn ein Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Verkehrswert besteht, d.h. der Verkehrswert erheblich über dem realisierten Verkaufspreis liegt[34]. Da in einer Krisensituation, bei der

31 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.

32 Die "période suspecte" von zwölf 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 i.S.v. Art. 725a OR und auch um die Dauer der Betreibung, die zum Konkurs führte.

33 BGE 95 III 51; AMONN/WALTHER, § 52 N 11 ff.; TSCHÄNI, 112.

34 BGE 95 III 52; BasK-STAEHELIN, N 15 zu Art. 286 SchKG.

der Käufer weiss, dass der Verkäufer das Unternehmen verkaufen muss, selten hohe Preise realisiert werden können, könnte ein Gläubiger oder Konkursverwalter, der später Unternehmensbewertungen und tatsächlich erzielten Verkaufspreis vergleicht, zu dem Schluss kommen, dass eine Anfechtung tatsächlich möglich ist. Für die Analyse der Differenz zwischen Verkauf- 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. Daher muss die Konjunkturlage im Zeitpunkt des Verkaufes genauso in Betracht gezogen werden wie der Zeitdruck und die schlechte Verhandlungsposition, welche die verkaufende Gesellschaft hat. Zur Anfechtung genügt es dementsprechend nicht, wenn ein Unternehmen in einem anderen Zeitpunkt oder bei besserer Verhandlungsposition und ohne Zeitdruck zu einem höheren Preis hätte verkauft werden können[35]. Zur Anfechtung kann es daher nur kommen, wenn die Gesellschaft konkrete Möglichkeiten für einen besseren Preis ausschlägt, indem es bei verschiedenen Angeboten nicht zum höchstmöglichen Preis verkauft und dies nicht durch andere für das Unternehmen relevante Faktoren begründen kann[36]. Das Gleiche gilt, wenn die Organe der Gesellschaft bewusst keine Konkurrenzangebote einholen, sondern zu einem offensichtlich untersetzten Preis das Unternehmen an einen der Hauptaktionäre bzw. nahe stehende Personen verkaufen.

4.2 Überschuldungsanfechtung

Gemäss Art. 287 SchKG sind die folgenden Rechtshandlungen anfechtbar, wenn sie ein Schuldner innerhalb der letzten zwölf Monate vor der Eröffnung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens[37] vorgenommen hat[38], sofern der betreffende Schuldner im Zeitpunkt, in dem diese Handlungen vorgenommen wurden, bereits überschuldet war:

35 TSCHÄNI, 112 f.

36 Solvenz des Käufers, Sicherheit und Geschwindigkeit des Vollzuges etc.

37 Art. 287 SchKG kommt allerdings nur beim Liquidationsvergleich zur Anwendung.

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

- 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[39].

Die Überschuldungsanfechtung kann aufgrund ihrer Voraussetzungen beim Verkauf eines Unternehmens zur Anwendung kommen, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt des Unternehmensverkaufes überschuldet ist und der Kaufpreis mit einer Gegenforderung des Käufers verrechnet wird. Sie findet aber auch Anwendung, wenn die Gesellschaft mit dem Verkaufserlös Schulden bezahlt, die noch nicht fällig sind. In diesen Fällen könnte der Verkauf bzw. die Rückzahlung der Schulden gemäss Art. 287 SchKG angefochten werden. Selbst wenn die objektiven Voraussetzungen für die Überschuldungsanfechtung erfüllt sind, kommt diese im konkreten Fall jedoch nicht zur Anwendung, wenn der betreffend Drittgläubiger nachweisen kann, dass ihm die Überschuldung der Verkäuferin im Zeitpunkt, in dem die betreffende Transaktion vorgenommen wurde[40], nicht bekannt gewesen ist und er diese bei normaler Aufmerksamkeit auch nicht hätte erkennen müssen[41].

4.3 Absichtsanfechtung

Gemäss Art. 288 SchKG sind sämtliche Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Eröffnung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens[42] 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[43].

39 AMONN/WALTHER, § 52 N 16 ff.

40 D.h. im Zeitpunkt, in dem er den Kaufpreis mit seiner Gegenforderung verrechnete bzw. die Rückzahlung seiner Forderung entgegennahm.

41 TSCHÄNI, 113 f.

42 Art. 288 SchKG kommt aber wie alle anderen Anfechtungsklagen nur beim Liquidationsvergleich zur Anwendung.

43 Massstab ist die einem normalen Dritten zumutbare Aufmerksamkeit. Das Mass der Sorgfalt ist aber umso grösser, je näher sich Unternehmer und betreffender Dritter stehen und je grösser die erkennbare wirtschaftliche Bedeutung der Transaktion für den Schuldner ist; BGE 135 III 267.

Die Absichtsanfechtung kommt nach der Gerichtspraxis letztlich immer dann zur Anwendung, wenn 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. nur mit der Absicht, einzelne Gläubiger zu bevorzugen, begründet werden kann[44]. Handlungen, die im Rahmen des normalen Geschäftsganges liegen, wie z.B. der Verkauf von Produkten, können dagegen nicht angefochten werden, selbst wenn sie objektiv zu einer Verringerung des Haftungssubstrates führen, weil in diesen Fällen keine Absicht zur Gläubigerbevorzugung besteht, sondern nur das Geschäft weitergeführt wird[45].

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 zu Gunsten Dritter ohne adäquate Gegenleistung anfechtbar. Der Anwendungsbereich der Absichtsanfechtung überschneidet sich 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 auch zur Anwendung kommen, wenn fällige Finanzschulden bezahlt werden, dem Schuldner im Zeitpunkt der Zahlung aber klar ist, dass er nicht alle seine übrigen Forderungen bezahlen oder refinanzieren kann, wenn diese fällig werden[46]. Daher darf ein Unternehmen, das erkennt, dass es nicht alle seine Schulden bei Fälligkeit bezahlen oder refinanzieren kann, seine Finanzgläubiger nur noch gleichmässig befriedigen, 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 m.E.

44 BGE 99 III 34; 101 III 94; 83 III 85.

45 Vgl. dazu WITTMER, 155 f.

46 BGE 99 III 34; 134 III 462.

auch in einer derartigen Situation bezahlt werden, da die Zahlung der Kreditoren notwendige Voraussetzung für die weitere Existenz des Unternehmens ist und eine Zahlungsverweigerung, die zur Einstellung von Lieferungen und Leistungen sowie in letzter Konsequenz zur Einstellung des Betriebes führt, die Masse noch stärker verringern würde.

4.4 Der Leistungsempfänger als Beklagter der Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage richtet sich jeweils gegen den Empfänger der Leistung, der – bei Obsiegen der Masse im Anfechtungsverfahren – diese der Masse zur Verwertung herausgeben muss[47]. Soweit die eingeklagte Gegenpartei bei der anfechtbaren Handlung dem Unternehmen eine Gegenleistung zugewendet hat, hat sie 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[48]. Soweit die Masse nicht mehr bereichert ist, weil sie geringer ist als die Forderung auf Rückgabe der Gegenleistung, wird die überschiessende Forderung als gewöhnliche Drittklassforderung kolloziert[49]. In diesem Fall kann die Gegenpartei die Rückerstattung der im Rahmen der anfechtbaren Handlungen erhaltenen Aktiven auch nicht von der Rückzahlung der Gegenleistung abhängig machen, sondern erleidet auf dieser Gegenleistung einen Verlust, da sie auf dem überschiessenden Teil der Gegenleistung nur noch die Konkurs- bzw. Liquidationsdividende erhält.

5. Konkrete Problemsituationen

5.1 Verkauf einer Tochtergesellschaft oder eines Betriebes zu einem Preis unter dem Verkehrswert

Verkauft ein Unternehmen eine Tochtergesellschaft oder einen Betrieb zu billig, d.h. unter dem Verkehrswert, so erhalten die Gläubiger im Falle des

47 Art. 290 SchKG.
48 BasK-BAUER, N 30 ff. zu Art. 291 SchKG.
49 AMONN/WALTHER, § 52 N 56.

Konkurses eine geringere Konkursdividende, da die Masse um die Differenz zwischen Verkehrswert und tatsächlichem Kaufpreis vermindert wurde.

5.1.1 Haftung des Verwaltungsrates

Im Sinne der Wahrung der Interessen der Gesellschaft hat der Verwaltungsrat bei einem Unternehmensverkauf die Schritte einzuleiten, die notwendig sind, um einen möglichst hohen Preis zu erreichen. Daher muss er primär den Verkaufsprozess so 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[50]. Wenn nur eine Alternative verfolgt wird, beispielsweise ein "natürlicher" Käufer sich aufdrängt[51], oder aber aus Gründen der Geheimhaltung[52] 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 aber auch, dass der Verwaltungsrat bei konkurrierenden Angeboten das für die Gesellschaft bessere, d.h. im Regelfall das höhere Angebot auswählen sollte[53].

Der Massstab der Sorgfalt beim Verwaltungsrat und der Geschäftsführung wird zwar, wie vorne dargelegt, grundsätzlich objektiv, d.h. unabhängig von den persönlichen Fähigkeiten des Verwaltungsrates, bestimmt.

50 TSCHÄNI/DIEM, 56 ff.; WATTER, 6.
51 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.
52 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 Anlagebau, wo bei Unsicherheiten über die Besitzverhältnisse häufig alle Aufträge zurückgehalten werden.
53 Die Berücksichtigung eines tieferen Angebotes kann sich allerdings aufdrängen, wenn dieses schneller abgewickelt wird, die Abwicklungssicherheit grösser ist (insbesondere bei unterschiedlicher Solvenz der Kaufinteressenten), die Zahlung schneller erfolgt oder geringere Preisrückbehalte zur Sicherung von Garantie von allfälligen Ansprüchen des Käufers als Zusicherungen und Garantien verlangt werden.

Trotzdem sind aber bei einem Verkauf in einer finanziellen Krisensituation die konkreten Umstände des Verkaufes bei der Beurteilung des Vorgehens zu berücksichtigen. 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 zu strukturieren – die Organe der verkaufenden Gesellschaft müssen häufig zwischen der schnellen Zuführung von Liquidität und einem möglichst hohen Verkaufspreis eine für das Unternehmen optimale Lösung finden und können deshalb auch im Interesse des Unternehmens nicht einfach den Verkaufspreis maximieren, wenn die Aufrechterhaltung der Liquidität für die Sicherung der Existenz der Gesellschaft notwendig ist. Andererseits ist die finanzielle Notsituation und der damit zusammenhängende Zeitdruck meistens auch den potentiellen 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 fast zwangsläufig unter den Preisen liegen, die erzielt werden können, wenn kein finanzieller Druck besteht, kann dem Verwaltungsrat später nicht zum Vorwurf gemacht werden. Der tiefe Preis ist nicht Konsequenz einer Sorgfaltspflichtverletzung, sondern Folge der widrigen wirtschaftlichen Umstände, die Teil des Unternehmensrisikos sind[54].

Diese Überlegungen zeigen, dass der Verwaltungsrat nur ein Haftungsrisiko hat, wenn er ein Vorgehen wählt, das per se unvernünftig und unsorgfältig ist, weil weder verschiedene Alternativen getestet noch Referenzwerte betrachtet werden, oder wenn er bei der Auswahl zwischen verschiedenen Offerten nicht im Sinne der Interessen des Unternehmens das für das Unternehmen gesamthaft günstigste Angebot auswählt. Ebenfalls zur Haftung kann es kommen, wenn die Organe der Gesellschaft beim Unternehmensverkauf nicht im Sinne des Interesses des Unternehmens handeln, sondern Eigeninteressen oder Interessen Dritter, wie insbesondere Interessen des Hauptaktionärs oder nahe stehender Personen, verfolgen und das Unternehmen zu einem ungenügenden Preis diesen Personen verkaufen.

[54] TSCHÄNI/DIEM, 60.

5.1.2 Anfechtungsklagen

Verkauft ein Unternehmen eine Tochtergesellschaft zu einem Preis, der unter dem Verkehrswert liegt, so ist – je nach Gestaltung des Falles – eine Absichtsanfechtung oder auch eine Schenkungsanfechtung möglich. Die Schenkungsanfechtung kann allerdings nur zum Tragen kommen, wenn die Gesellschaft innert eines Jahres nach dem Verkauf in Konkurs gerät[55]. Die Absichtsanfechtung dagegen setzt voraus, dass die Differenz zwischen Verkehrswert und Kaufpreis sowie auch die Möglichkeit eines Konkurses den Organen der Verkäuferin sowie auch dem Käufer im Zeitpunkt des Verkaufs bekannt war oder bei entsprechender Aufmerksamkeit hätte bekannt sein müssen – aus diesen Elementen ergibt sich nach der bundesgerichtlichen Praxis die für eine Anfechtung notwendige Benachteiligungsabsicht[56].

Wie bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit reicht es zur Begründung der Anfechtung allerdings nicht, eine Abweichung zwischen dem tatsächlich erzielten Preis und einem theoretisch berechneten Unternehmenswert darzustellen. Der Kläger muss vielmehr nachweisen, dass die Gesellschaft im entsprechenden Zeitpunkt tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätte, die betreffende Tochtergesellschaft bzw. den betreffenden Betrieb unter Berücksichtigung aller für den Verkauf relevanten Umstände zu einem höheren Preis zu verkaufen. Analog zur Situation bei der Verantwortlichkeitsklage ist eine Anfechtung dementsprechend möglich, wenn der Verkäuferin verschiedene Angebote vorlagen und ihre Organe bewusst nicht das Angebot mit dem höchsten Preis gewählt haben, ohne dass andere Faktoren ein derartiges Vorgehen gerechtfertigt hätten. Das Gleiche gilt natürlich auch, wenn die Organe der Verkäuferin den Verkaufsvorgang so gestaltet haben, dass höhere Angebote verhindert wurden, indem sie z.B. nur mit nahe stehenden Personen über einen Verkauf verhandelten oder Kaufinteressenten abwiesen, weil ihnen diese aus irgendwelchen Gründen unsympathisch waren.

Wird der Verkauf wegen eines zu niedrigen Preises angefochten, so führt die Anfechtung dazu, dass der Käufer den Verkaufsgegenstand der Konkursmasse zur Verwertung zur Verfügung stellen muss. Im Gegenzug erhält der Käufer eine Forderung in Höhe des bezahlten Kaufpreises ge-

[55] Wie vorne dargestellt, wird die "période suspecte" von zwölf Monaten gemäss Art. 288a SchKG allerdings um die Dauer eines dem Konkurs vorausgehenden Nachlassverfahrens, die Dauer eines allfälligen Konkursaufschubes i.S.v. Art. 725a OR und auch um die Dauer der Betreibung, die zum Konkurs führte, verlängert.

[56] BGE 99 III 34; 134 III 455 ff.; WITTMER, 156.

gen die Konkurs- bzw. Nachlassmasse. Wie oben in Ziff. 4.4 dargestellt, handelt es sich bei dieser Forderung um eine Masseverbindlichkeit, die im Umfang der noch vorhandenen Bereicherung vorweg zu begleichen ist. Soweit keine Bereicherung mehr besteht, d.h. wenn der gesamte Aktivenüberschuss der Masse geringer ist als der Kaufpreis, so ist der überschiessende Teil nur eine nichtprivilegierte und ungesicherte Forderung.

5.2 Debt/Asset Swap

Wenn eine Gesellschaft eine Tochtergesellschaft oder einen Vertrieb einem oder mehreren Gläubigern verkauft und der Kaufpreis nicht in bar bezahlt wird, sondern die Gläubiger den Kaufpreis mit ihren Forderungen verrechnen[57], so führt dies bei einem späteren Konkurs zu einer Gläubigerbevorzugung, da die Gläubiger, welche ihre Forderungen verrechnen konnten, 100% ihrer Forderungen erhalten haben, während die übrigen Gläubiger nur die Konkursdividende erhalten.

5.2.1 Anfechtungsklage

Die Verrechnung der Kaufpreisforderung mit Gegenforderungen unterliegt je nach konkreter Gestaltung des Falles der Überschuldungs- bzw. der Absichtsanfechtung. Die Überschuldungsanfechtung setzt voraus, dass die verkaufende Gesellschaft im Zeitpunkt der Transaktion überschuldet war[58], dies dem Käufer auch bewusst war bzw. bei genügender Aufmerksamkeit hätte bewusst sein sollen und die Transaktion auch innerhalb der "période supspecte" von zwölf Monaten stattfand[59]. Bei der Absichtsanfechtung ist es nicht notwendig, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Transaktion überschuldet war; diese greift vielmehr, wenn den Organen der verkaufenden Gesellschaft wie auch dem Käufer im Zeitpunkt der Transaktion bekannt war, dass die Gesellschaft möglicherweise in Konkurs kommen würde bzw. dass sie diesen Umstand bei genügender Aufmerksamkeit hätten erkennen müssen. Diese aktuelle bzw. potentielle Kenntnis genügt, um die nach Art. 288 SchKG notwendige Benachteiligungsabsicht zu begründen.

[57] BÖCKLI, § 13 N 752; KNOBLOCH, 36; SENN, 152 ff.

[58] D.h. dass in einer nach handelsrechtlichen Vorschriften erstellten Bilanz ihr Fremdkapital höher war als ihre Aktiven.

[59] AMONN/WALTHER, § 52 N 20.

Ein Debt/Asset Swap wird häufig im Rahmen einer Sanierung gemacht, um auf diese Weise Schuldner zu befriedigen, ohne die Liquidität der Gesellschaft zu beeinträchtigen, wobei in diesen Fällen der Bevorzugung des betreffenden Gläubigers dadurch Rechnung getragen wird, dass die Verrechnung mit einem Teilverzicht verbunden wird, d.h. nur ein gewisser Anteil der Forderungen mit der Kaufpreisforderung verrechnet werden kann, während der Gläubiger auf den Überrest verzichten muss – für das verkaufende Unternehmen ist eine derartige Transaktion häufig deshalb attraktiv, weil der Debt/Asset Swap schneller und sicherer durchgeführt werden kann als ein Verkauf an einen Dritten, der in einem aufwändigen Verfahren gesucht werden muss. Auch eine derartige Transaktion kann aber nach Art. 287 bzw. 288 SchKG anfechtbar sein, solange nicht durch die übrigen Sanierungsmassnahmen sichergestellt wird, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Transaktion nicht überschuldet ist und die Beteiligten auch in guten Treuen davon ausgehen können, dass es nach der Sanierung nicht zu einem Konkurs kommen kann. Debt/Asset Swaps sollten daher immer nur vorgenommen werden, wenn sie Teil eines Sanierungskonzeptes sind, welches diese Bedingungen erfüllt.

Wird die Verrechnung erfolgreich angefochten, so muss der Käufer des Unternehmens den Kaufpreis der Masse in bar bezahlen. Im Gegenzug lebt allerdings die verrechnete Forderung wieder auf; diese bildet jedoch im Rahmen des Konkurses nur eine gewöhnliche, nicht privilegierte und ungesicherte Forderung.

5.2.2 Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Durch die Verrechnung kommt es – anders als beim Verkauf unter dem Verkehrswert – nicht zu einer Verringerung der Masse. Die Handlung führt aber dazu, dass einzelne Gläubiger benachteiligt werden. Diese Gläubigerbenachteiligung stellt einen Verstoss gegen die Sorgfaltspflichten von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung dar und führt deshalb zur Haftung gemäss Art. 754 OR[60].

[60] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt jede anfechtbare Handlung auch eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrates dar, so dass sich die Haftung direkt aus dieser Begründung ergibt; BGE 82 II 60.

5.3 Gläubigerbevorzugung durch Transaktionsgestaltung

Wenn ein Betrieb verkauft wird und nicht nur die Aktiven an die Käufer übertragen werden, sondern diese auch Schulden übernehmen, so hat dies den Effekt, dass sich der Kaufpreis um den Betrag der übernommenen Schulden verringert und dass diese Schulden vom Käufer zu 100% bezahlt werden. Kommt es zum Konkurs des Verkäufers, so führen diese Effekte zu einer Benachteiligung der übrigen Gläubiger – einerseits ist die Masse, die zur Befriedigung zur Verfügung steht, kleiner, andererseits sind die Gläubiger, welche eine entsprechend verringerte Befriedigungsquote erhalten, gegenüber den Gläubigern benachteiligt, die dank der Übernahme durch den Käufer vollumfänglich befriedigt wurden. Diese Betrachtung gilt allerdings soweit nicht, als der Käufer Forderungen übernimmt, die durch die Verpfändung der übertragenen Aktiven gesichert sind[61], da es bei diesen Schulden nicht zu einer Verringerung der Masse und einer Gläubigerbenachteiligung kommt – die entsprechenden Gläubiger wären ohnehin aus dem Verwertungserlös der betreffenden Aktiven vorweg befriedigt worden. Das Gleiche gilt auch, wenn der Käufer Forderungen der Arbeitnehmer übernimmt, was gemäss Art. 333 OR ja auch gesetzlich vorgesehen ist, da diese Forderungen gemäss Art. 219 Abs. 4 lit. a SchKG privilegiert sind und deshalb bei einem Konkurs vollumfänglich bezahlt werden, bevor die nachgeordneten Gläubiger befriedigt werden.

Beim Verkauf von Tochtergesellschaften kommt es im Übrigen nicht zu der oben dargestellten Problematik, selbst wenn die verkaufte Tochtergesellschaft erhebliche Schulden aufweist und diese den Verkaufspreis der Aktien entsprechend vermindern. Diese Schulden sind jedoch nicht Schulden der verkaufenden Gesellschaft, sondern allein Schulden der verkauften Tochtergesellschaft, weshalb im Verhältnis zu den Gläubigern der verkaufenden Gesellschaft keine Benachteiligung eintritt[62].

[61] Z.B. wenn Hypothekarschulden, die durch eine Liegenschaft gesichert sind, übertragen werden.

[62] In diesem Sinne sind Schulden einer Tochtergesellschaft "strukturell privilegiert". Der Muttergesellschaft bzw. ihren Gläubigern steht über die Aktien der Tochtergesellschaft nämlich nur das Eigenkapital der Tochtergesellschaft zur Verfügung, dieses entspricht wertmässig immer nur dem Unternehmenswert (*enterprise value*) abzüglich der Schulden.

5.3.1 Anfechtungen

Werden einzelne Gläubiger gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt, weil ihre Forderungen vom Käufer eines Betriebes übernommen werden, so ist eine Absichtsanfechtung möglich, wenn den Organen der verkaufenden Gesellschaft wie auch dem Käufer im Zeitpunkt der Transaktion bewusst war, dass die Verkäuferin in Konkurs kommen kann bzw. den Beteiligten bei normaler Sorgfalt aufgrund der Umstände bekannt sein musste, dass ein Konkurs möglich ist.

Wird die Schuldübernahme durch die Gläubiger angefochten, so führt dies dazu, dass der Käufer den Betrag, der den Kaufpreis reduziert hat, in die Konkursmasse bezahlen muss[63].

Die oben dargestellte Rechtslage hat insbesondere Auswirkungen auf die Konstruktion von Auffanggesellschaften; auf diese dürfen immer nur Aktiven, aber keine Schulden übertragen werden[64].

5.3.2 Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates

Wie schon bei der Gläubigerbevorzugung durch Verrechnung ergibt sich die Haftung des Verwaltungsrates direkt aus der Tatsache, dass er die Gläubiger, die nicht von der Transaktion profitieren konnten, benachteiligt hat. Dies stimmt auch mit dem bundesgerichtlichen Grundsatz überein, dass anfechtbare Handlungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung grundsätzlich immer die Haftung nach Art. 754 OR begründen[65].

5.4 Gläubigerbevorzugung durch Verwendung des Verkaufserlöses

Wenn der Erlös aus dem Verkauf einer Tochtergesellschaft oder eines Betriebes dazu verwendet wird, Schulden zu bezahlen, so vermindert dies direkt die Masse, die in einem späteren Konkurs den Gläubigern zur Verfügung steht und führt auch zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger, da die Gläubiger, welche eine Zahlung erhalten, vollständig befriedigt werden, die übrigen aber nur die Konkursdividende erhalten.

[63] TSCHÄNI, 116.

[64] GLANZMANN, 30 f.; KNOBLOCH, 151 ff. und 155 ff.

[65] BGE 82 II 60.

5.4.1 Anfechtung

Wie oben in Ziff. 4.3 dargestellt, kann die Rückzahlung fälliger Finanzschulden angefochten werden, wenn den Organen der Schuldnerin wie auch dem Gläubiger bekannt war, dass die Schuldnerin in Konkursgefahr war bzw. sie dies bei genügender Aufmerksamkeit hätten erkennen müssen. Der Umstand, dass sich als Reflexwirkung aus dieser Anfechtungsmöglichkeit eine Gleichbehandlungspflicht gegenüber allen Finanzgläubigern ergibt, führt dazu, dass eine Gesellschaft, die in einer finanziellen Krise einen Betrieb oder eine Tochtergesellschaft verkauft, alle fälligen und nicht fälligen Finanzschulden aus dem Verkaufserlös anteilsmässig bedienen sollte[66]. Dies bedeutet letztlich, dass eine Gesellschaft in einer derartigen Situation Veräusserungserlöse immer nur im Rahmen eines Gesamtsanierungsplanes einsetzen sollte, bei dem die Beteiligten in gutem Treuen davon ausgehen können, dass das Überleben der Gesellschaft gesichert ist und sie auch die später fällig werdenden Forderungen bezahlen bzw. refinanzieren kann.

Ist eine Anfechtungsklage gegen den Gläubiger, der die Zahlung empfangen hat, erfolgreich, so muss er die erhaltene Zahlung an die Masse zurückerstatten. Im Gegenzug lebt seine bisherige Forderung wieder auf. Diese Forderung stellt dann allerdings nur eine nicht privilegierte Konkursforderung dar, die nur im Umfang der Konkursdividende bedient wird[67].

5.4.2 Verantwortlichkeitsansprüche

Die Tilgung von Schulden, welche zu einer Ungleichbehandlung von Gläubigern führt, kann auch zur Haftung des Verwaltungsrates gemäss Art. 754 OR führen: Die Verletzung der Gleichbehandlungspflicht gegenüber Finanzschuldnern stellt eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrates dar, welche diese Haftung begründet[68].

66 AMONN/WALTHER, § 42 N 54; KOPTA-STUTZ, 464 f.
67 TSCHÄNI, 116 f.
68 BGE 82 II 60; GLANZMANN, 26.

6. Schlussfolgerungen

Auch eine Gesellschaft, die sich in einer finanziellen Krise befindet, kann Tochtergesellschaften und Betriebe verkaufen, um so Schulden zurückzubezahlen, ihr Bilanzbild zu verbessern und – je nach Zwecksetzung des Verkaufes – auch die eigene Tätigkeit im Rahmen einer neuen Strategie zu fokussieren. Bei derartigen Transaktionen müssen aber die speziellen rechtlichen Rahmenbedingungen, die sich aus der Möglichkeit eines späteren Konkurses ergeben, beachtet werden. Die Möglichkeit von Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsklagen führt dazu, dass beim Verkauf trotz Zeitdrucks sorgfältig vorgegangen werden muss: Das Unternehmen sollte versuchen, durch Auktionsverfahren oder Parallelverhandlungen mit mehreren potentiellen Käufern den Kaufpreis tatsächlich in die Nähe des Marktwertes zu bringen und den Kaufpreis auch durch entsprechende fachmännische Bewertungen abzustützen. Ein derartiges Vorgehen ist insbesondere dann nötig, wenn ein Verkauf an eine nahe stehende Person erfolgt, da in diesem Fall der Vorwurf der bewusst tiefen Preisgestaltung besonders nahe liegt.

Soweit mit dem Erlös Schulden befriedigt werden bzw. durch die Transaktionsgestaltung (d.h. durch die Verrechnung des Kaufpreises mit Schulden oder der Übernahme von Schulden durch den Käufer) Schulden getilgt werden, so sollte diese Schuldentilgung in einen Gesamtsanierungsplan eingebettet werden. Aufgrund eines derartigen Planes sollten dann alle Beteiligten davon ausgehen können, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt, in dem die entsprechende Transaktion vorgenommen wird, nicht überschuldet ist und auch ihre übrigen unbezahlten Schulden bei Fälligkeit zurückzahlen bzw. refinanzieren kann.