

Gesetzgebung und Rechtsprechung wurden aufbereitet von **Dr. iur. Thiemo Sturny** und **lic. iur. Dzevrije Zendeli**, beide Walder Wyss AG (Zürich)



Coronavirus und Generalversammlungen

Nach den ersten Erfahrungen im letzten Jahr werden General- und Gesellschafterversammlungen (GV) von schweizerischen Kapital- und Personengesellschaften aufgrund des generellen Versammlungsverbots in Art. 6 der COVID-19-Verordnung besondere Lage (SR 818.101.26) auch 2021 wieder ohne physische Präsenz der Aktionäre oder Gesellschafter durchgeführt werden müssen. Konkret bedeutet dies Folgendes:

Grundsätzlich sind die üblichen gesetzlichen und statutarischen Fristen und Formalitäten für die Einberufung der GV einzuhalten. Zusätzlich muss spätestens vier Tage vor der GV (sofern nicht bereits mit der Einladung erfolgt) schriftlich mitgeteilt oder elektronisch veröffentlicht werden, in welcher Form die Aktionäre oder Gesellschafter an der GV teilnehmen und ihre Rechte ausüben können. Unter den COVID-Regularien (Art. 27 COVID-19-Verordnung 3, SR 818.101.24) ist vorgesehen, dass die Teilnahme-rechte (1) schriftlich (eigenhändig unterzeichnet oder mittels qualifizierter Signatur), (2) elektronisch, namentlich in der Form einer Telefon- oder Videokonferenz, oder (3) durch einen von der Gesellschaft bezeichneten unabhängigen Stimmrechtsvertreter ausgeübt werden können. Bei der Durchführung in elektronischer Form muss sichergestellt werden, dass jeder Teilnehmende identifiziert/authentifiziert werden und sich an der GV äussern, die Voten anderer Teilnehmender hören und seine Rechte ausüben kann.

Die GV selber wird als «Restversammlung» mit physischer Präsenz eines Vorsitzenden, eines Protokollführers und Stimmzählers, allenfalls eines unabhängigen Stimmrechtsvertreterers und eines Revisionsstellenvertreterers sowie im Falle von beurkundungspflichtigen Beschlüssen eines Notars durchgeführt. Wie üblich ist ein Protokoll der GV zu erstellen. Für die Durchführung der «Restversammlung» ist keine kantonale Bewilligung erforderlich.

Die COVID-Regularien für die Durchführung der GV gelten befristet bis zum 31. Dezember 2021.



Rechtsgültige Unterschriften aus dem Homeoffice

Im schweizerischen Recht gilt der Grundsatz der Formfreiheit: Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt (Art. 11 OR). Während das Gesetz nur ausnahmsweise Schriftform für Verträge verlangt (Beispiele sind etwa Abtretungserklärungen, Schenkungsversprechen oder Bürgschaftserklärungen), ist es in der Geschäftspraxis namentlich aus Beweisgründen weit verbreitet, Verträge schriftlich abzuschliessen und im Vertrag vorzusehen, dass der Vertrag selber und allfällige Änderungen daran der Schriftform bedürfen. In Zeiten von Homeoffice stellt sich die Frage, wie dieses Schriftform-erfordernis in der Praxis umgesetzt werden kann.

Gemäss Art. 14 OR muss ein Vertrag, für den gesetzlich oder vertraglich die Schriftform vorgeschrieben ist, von den Vertragsparteien handschriftlich unterzeichnet werden («wet-ink signature»). Eine beglaubigte elektronische Signatur in Kombination mit einem beglaubigten Zeitstempel im Sinne des Bundesgesetzes über die elektronische Signatur (SR 943.03) ist einer handschriftlichen Unterschrift gleichgestellt, vorbehaltlich einer anderslautenden gesetzlichen oder vertraglichen Regelung. Dementsprechend ist nicht jede elektronische Signatur einer eigenhändigen Unterschrift gleichwertig, sondern es muss sich um eine qualifizierte elektronische Signatur mit einem qualifizierten Zeitstempel handeln. In der Schweiz gibt es zurzeit nur vier autorisierte Anbieter von qualifizierten elektronischen Signaturen (Swisscom, QuoVadis, SwissSign und das BAKOM).

Wo keine gesetzliche Formvorschrift gilt und eigenhändige Unterschriften oder qualifizierte elektronische Signa-

turen nicht zur Verfügung stehen bzw. nur umständlich zu beschaffen sind, die Vertragsparteien aber trotzdem auf die Schriftform nicht verzichten wollen, bleibt es ihnen unbenommen, in der Schriftform-Klausel im Vertrag das Erfordernis der Schriftform abweichend zu regeln. So kann z.B. vorgesehen werden, dass mit DocuSign, Adobe Sign oder gar nur per eingescannter Unterschrift oder E-Mail-Austausch «unterzeichnet» werden kann. Wichtig ist, im Vertrag explizit vorzusehen, dass solche Signaturen das vertraglich vereinbarte Schriftformerfordernis erfüllen, andernfalls der Vertrag wegen Formungültigkeit für nichtig erklärt werden kann.



Sanierungsdarlehen (BGer 5A_671/2018 vom 8. September 2020)

Die in finanzielle Schwierigkeiten geratene A. AG einigte sich am 2. Dezember 2011 mit den Banken B., C., D., E. und F. auf eine Verlängerung der Stillhalteabkommen. Danach durften die bisherigen Kreditlimiten bis Ende 2011 genutzt werden und sollten dann bis zum 30. Juni 2012 etappenweise auf null reduziert werden. Weiter vereinbarte die A. AG Ende 2011 mit Zustimmung der Banken einen Asset Deal mit einem Dritten zur Übernahme von Inventar, Personal und nicht angefangenen Aufträgen sowie die Rückmietung von Personal und Inventar zur Beendigung von Restaufträgen. Zudem wurden Rangrücktritte mit den Banken und Aktionären sowie ein Darlehen vom Verwaltungsratspräsidenten verabredet.

Wie vereinbart zahlte die A. AG den Banken bis Ende Februar 2012 über 90% der ausstehenden Kredite zurück. In der Folge verschlechterte sich die finanzielle Lage der A. AG. Am 15. Mai 2012 wurde die Nachlassstundung bewilligt und am 7. August 2013 wurde der von der A. AG mit ihren Gläubigern geschlossene Nachlassvertrag

bestätigt sowie eine Nachlassliquidatorin eingesetzt.

Am 24. Juli 2015 erhob die A. AG in Nachlassliquidation paulianische Anfechtungsklage wegen Absichtsanfechtung gegen alle fünf Banken und beantragte, diese seien zur Zahlung von insgesamt CHF 2,3 Mio. zu verpflichten. Mit Entscheid vom 15. März 2017 wurde die Klage gutgeheissen. Die dagegen erhobene Berufung der Banken wurde vom kantonalen Appellationsgericht gutgeheissen. Dagegen erhob die A. AG in Nachlassliquidation Beschwerde ans Bundesgericht.

Mit der Absichtspauliana sollen Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung zugeführt werden, welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung bzw. Bewilligung der Nachlassstundung in der dem anderen Teile erkennbaren Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen, auf Dritte übertragen hat. Objektiv wird vorausgesetzt, dass die angefochtene Handlung die Gläubiger schädigt. In subjektiver Hinsicht wird die Schädigungsabsicht des Schuldners sowie die Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht für den Begünstigten vorausgesetzt. Gemäss Vorinstanz fehlte es für eine Haftung bereits an dieser subjektiven Voraussetzung.

Ein gewichtiges Indiz für eine Schädigungsabsicht besteht, wenn sich der Darlehensnehmer seiner finanziellen Notlage bewusst ist. Ist dies der Fall, so muss davon ausgegangen werden, dass der Darlehensnehmer zumindest in Kauf genommen hat, dass durch die Rückzahlung andere Gläubiger geschädigt werden. Die Schädigungsabsicht fehlt, wenn der Schuldner ernsthaft um seine Rettung kämpft und diese Erfolg versprechend erscheint. Unter dem Aspekt der Schädigungsabsicht (und -erkennbarkeit) ist daher relevant, ob es sich beim Darlehen um ein sog. Sanierungsdarlehen handelt.

Die Aufnahme und Rückzahlung eines Darlehens wird als Einheit und damit als anfechtungsresistentes Sanierungsdarlehen betrachtet, wenn besondere Voraussetzungen erfüllt sind: (1.) Der Schuldner muss sich um die Sanierung bemühen; (2.) die Sa-

nierungsbemühungen müssen Erfolg versprechend erscheinen; (3.) das Darlehen muss zum Zweck der Sanierung und damit im Interesse der übrigen Gläubiger gewährt werden.

Gemäss Bundesgericht ist der anfechtungsrechtlich relevante Sanierungsbegriff, welcher alle Massnahmen zur Wiederherstellung existenzhaltender Gewinne erfasst, nicht mit dem bilanzrechtlichen Sanierungsbegriff gleichzusetzen. Für die Frage, ob ein Sanierungsdarlehen vorliegt, ist auf die Optik der Gläubiger abzustellen. Der erforderliche, d.h. die Anfechtung ausschliessende Kontext ist gegeben, wenn mit der beabsichtigten Sanierung eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger bezweckt wird und damit der Konkurs oder ein Nachlassverfahren abgewendet werden soll. Aus Gläubigerwarte ist es daher grundsätzlich unerheblich, ob die bisherige Gesellschaft in der Folge weiterbesteht oder nicht, solange die Gläubiger voll befriedigt werden und der Konkurs abgewendet wird.

Die blosser Nichtfälligkeitstellung oder Verlängerung eines vorbestehenden Kredits muss (als bloss indirekter Sanierungsbeitrag) vom privilegierten (von der Anfechtung freigestellten) Sanierungsdarlehen abgegrenzt werden. In diesem Zusammenhang ist eine Sonderleistung des Kreditgebers notwendig (z.B. eine Sanierungsvereinbarung, eigentliches Entgegenkommen oder direkte Unterstützung), welche anhand der konkreten Situation zu beurteilen ist und sich vom Verhalten von gewöhnlichen Kreditgebern unterscheidet. Der Sanierungswille kann sich (auch) aus äusseren Umständen ergeben, die objektiv auf den entsprechenden Willen schliessen lassen würden.

Die Voraussetzungen eines Sanierungsdarlehens wurden vorliegend bejaht. Mit der Vereinbarung vom 2. Dezember 2011 einschliesslich des Asset Deal wurde ein Paket von Massnahmen geschnürt, die als koordinierte Aktion von mehreren Akteuren (Gläubigerbanken und Aktionären) erscheinen. Nach Vollzug des Asset Deal sollte die Schuldnerin weder in Nachlassstundung noch in Konkurs gehen dürfen, sondern fortbestehen,

um die Restaufträge fertigzustellen. Aus dem Verkaufserlös des Asset Deal zu Fortführungswerten und den Zahlungen aus den Restaufträgen sollten alle Gläubiger bezahlt werden. Der Liquidationsplan hat zudem alle geplanten Ein- und Ausgaben während der Liquidationsphase bis zur Fertigstellung der Restaufträge beinhaltet. Auch haben die Banken mit der Verlängerung des Stillhalteabkommens um zwei Monate und dem Rangrücktritt für neue Kreditlimiten bis Ende Juni 2021 eine genügende Sonderleistung erbracht.

Bemerkung

Das Bundesgericht präzisiert in diesem Entscheid, dass für die Frage, ob ein Sanierungsdarlehen vorliegt, die Optik der Gläubiger massgebend ist. So kann auch eine blosser Kreditverlängerung ein privilegiertes Sanierungsdarlehen darstellen, sofern diese Kreditverlängerung im Rahmen eines Gesamtplans gewährt wird und dadurch berechtigte Hoffnung auf Sanierung (verstanden als Befriedigung aller Gläubiger) besteht.