

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Literatur- und Materialienverzeichnis	XXXI
Einleitung	1
Stand der Aktienrechtsrevision im Spätsommer 2016	2
Erster Teil: Grundlagen	5
I. Begriffe	7
A. Unternehmensbegriff	7
1. Wirtschaftliches Verständnis des Unternehmensbegriffs	7
2. Unternehmensträger	10
B. Begriff der Krise	13
1. Betriebswirtschaftlicher Begriff der Unternehmenskrise	13
a) Allgemein	13
b) Die Bedeutung von Verlusten	14
2. Handelsrechtliches Begriffsverständnis	15
a) Gesetzliche Schwellen und Verluste	15
b) Folgerung	17
C. Sanierungsbegriff	17
1. Fehlender gesetzlicher Sanierungsbegriff	17
2. Betriebswirtschaftlicher Sanierungsbegriff	18
3. Rechtlicher Sanierungsbegriff	19
a) Handelsrechtlicher Sanierungsbegriff	20
b) Betreibungsrechtlicher Sanierungsbegriff	22
c) Steuerrechtlicher Sanierungsbegriff	23
d) Fazit	24
II. Krisenursachen	24
A. Ursachenpluralität	24
B. Ausserbetriebliche Ursachen	25
1. Plötzlich auftretende Ursachen	25
2. Sich verzögert verwirklichende Ursachen	26
C. Innerbetriebliche Ursachen	28
1. Liquiditätsmangel und mangelhafte Liquiditätsplanung	28
2. Führungsfehler	28

III. Sanierungsarten	29
A. Allgemein.....	29
B. Privatrechtliche Sanierung.....	30
1. Überblick.....	30
2. Vor- und Nachteile der privatrechtlichen Sanierung	31
C. Sanierung unter gerichtlicher Mitwirkung	33
1. Konkursaufschub und Nachlassverfahren	33
2. Vor- und Nachteile der gerichtlichen Sanierung.....	35
IV. Sanierungsvorbereitung.....	36
A. Bilanzbereinigung.....	36
1. Allgemein	36
2. Wertberichtigungen	37
3. Rückstellungen	38
4. Auflösen von Reserven.....	38
B. Sanierungsplan	42
1. Drehbuch der Sanierung.....	42
2. Sanierungsfähigkeit und Sanierungswürdigkeit.....	42
3. Ausgestaltung.....	44
a) Form	44
b) Aufbau und Inhalt.....	44
c) Zusammenfassung	48
V. Sanierungsmassnahmen	48
A. Keine Erwähnung im Gesetz	48
B. Einteilung von Sanierungsmassnahmen	49
C. Sofortmassnahmen des Verwaltungsrats.....	50
1. Allgemein	50
2. Stillhalteabkommen	50
3. Rangrücktritt	52
a) Inhalt und Wirkung.....	52
b) Nachrangvereinbarung.....	54
c) Patronatserklärung.....	55
4. Massnahmen zur Liquiditätsbeschaffung	56
a) Einfordern von ausstehenden und fälligen Guthaben	56
b) Verkauf von Gesellschaftsaktiven.....	57
5. Sparmassnahmen	58
a) Allgemein.....	58
b) Sofort wirksame Massnahmen	58

c) Verzögert wirksame Massnahmen	58
D. Längerfristige Sanierungsmassnahmen des Verwaltungsrats	61
1. Allgemein	61
2. Forderungsverzicht	62
a) Allgemein.....	62
b) Besserungs- und Sanierungsgenusscheine	63
3. Umwandlung von kurzfristigem in langfristiges Fremdkapital	64
4. Verkauf von Gesellschaftsaktiven.....	65
5. Sanierungsdarlehen	66
a) Allgemein.....	66
b) Kapitalersetzendes Darlehen und Rangrücktritt.....	67
6. Debt Equity Swap	70
a) Allgemein.....	70
b) Werthaltigkeit der Verrechnungsforderung	70
7. Reorganisation und Strategieänderung.....	72
a) Reorganisation.....	72
b) Strategieänderung.....	73
8. Auffanggesellschaft	74
E. Sanierungsmassnahmen der Generalversammlung	75
1. Kapitalherabsetzung.....	75
a) Arten	75
b) Konstitutive Kapitalherabsetzung.....	76
c) Deklarative Kapitalherabsetzung	76
2. Kapitalschnitt.....	77
3. Kapitalerhöhung	79
4. Kapitalband.....	81
F. Kapitalzuschüsse.....	82
G. Sanierungsfusion und Notverkauf des Unternehmens	83
1. Fehlende Überlebensfähigkeit als Voraussetzung.....	83
2. Sanierungsfusion.....	83
3. Notverkauf des Unternehmens	85
VI. Zusammenfassung des ersten Teils	85

Zweiter Teil: Sanierungspflicht vor Überschuldung.....	87
I. Einleitung.....	89
II. Kriseneintritt und Erkennbarkeit.....	90
A. Rechtstheoretisches	90
1. Gesetzliche Schwellen als ungeeignete Krisenmerkmale	90
2. Problem der Krise als Tatbestand.....	92
B. Krisensymptome	95
1. Allgemein	95
2. Gesetzlich definierte Krisensymptome	95
3. Verluste.....	95
4. Weitere Krisensymptome.....	95
a) Symptome für den Verwaltungsrat	96
b) Symptome für Dritte.....	98
5. Bedeutung der eigenen Mittel der Gesellschaft.....	99
C. Ergebnis.....	101
D. Folgerung für die Frage nach einer Sanierungspflicht	101
III. Meinungsübersicht zur Überwachungs- und Sanierungspflicht	101
A. Überwachungspflicht	102
B. Sanierungspflicht	103
IV. Aufgaben des Verwaltungsrats und Pflichten der Mitglieder.....	104
A. Verwaltungsrat.....	104
1. Mehrfachbedeutung des Begriffs	104
2. Exekutive und nicht exekutive Verwaltungsratsmitglieder	105
B. Gesamtverwaltungsrat als Adressat des Art. 716a Abs. 1 OR.....	107
C. Verwaltungsratsmitglieder als Adressaten des Art. 717 OR.....	109
D. Überwachungs- und Sanierungspflicht	110
V. Aufgaben in Art. 716a Abs. 1 OR im Einzelnen	111
A. Verhältnis von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 zu Ziff. 2–7 OR	111
B. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.....	111
1. Inhalt der Oberleitung	111
2. Strategische Führung der Gesellschaft.....	112
a) Allgemein.....	112
b) Anpassung der Strategie in der Krisensituation	114

3.	Mittelallokation	115
a)	Allgemein.....	115
b)	In Krisenzeiten	116
4.	Kontrolle der geschäftsführenden Personen	118
C.	Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR.....	119
1.	Organisationsverantwortung.....	119
a)	Allgemein.....	119
b)	Interne Organisation des Verwaltungsrats	119
c)	Organisation der geschäftsführenden Personen	120
d)	Berichterstattung	121
2.	Organisationsverantwortung während der Krise	122
D.	Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR.....	125
1.	Allgemein	125
2.	Finanzplanung	125
a)	Zweck	125
b)	Form und Inhalt.....	126
c)	Finanzplanung während der Krise.....	129
3.	Rechnungswesen.....	131
a)	Allgemein.....	131
b)	Externes Rechnungswesen.....	132
c)	Internes Rechnungswesen	136
d)	Abgrenzung	137
e)	Ausgestaltung des Rechnungswesens während der Krise	138
4.	Finanzkontrolle	139
a)	Inhalt und Umfang.....	139
b)	Internes Kontrollsysteem (IKS) als Teil der Finanzkontrolle.....	141
c)	Controlling.....	143
d)	Finanzkontrolle während der Krise.....	144
E.	Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 und Ziff. 5 OR	147
1.	Systematische Einordnung	147
2.	Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR	149
a)	Aktienrechtliches und zivilrechtliches Verhältnis der geschäftsführenden Personen zur Gesellschaft	149
b)	Cura in eligendo.....	151
c)	Cura in instruendo.....	154
3.	Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR	155
a)	Oberaufsicht als Überwachung	155
b)	Überwachung ex post.....	156
c)	Überwachung ex ante.....	158
d)	Cura in custodiendo	159

Inhaltsverzeichnis

4. Die drei curae als zur Sorgfaltspflicht gehörend.....	162
F. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR.....	163
1. Allgemein	163
2. Erstellung des Geschäftsberichts	163
3. Vorbereitung der Sanierungsversammlung und Ausführen von Sanierungsmassnahmen.....	164
G. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR und Art. 725 Abs. 1 OR.....	165
1. Verhältnis der beiden Bestimmungen	165
2. Kapitalverlust.....	165
a) Begriffliche Verwendung.....	165
b) VE-Art. 725 OR	168
c) Vorgehen beim Eintritt des massgebenden Kapitalverlusts	169
d) Überwachungsaufgabe als Inhalt von Art. 725 Abs. 1 OR	170
e) Anordnen von Sanierungsmassnahmen	171
3. Sanierungsversammlung.....	172
a) Allgemein.....	172
b) Modalitäten	174
c) Zweck	175
4. Beantragen von Sanierungsmassnahmen	176
a) Sanierungsplan	176
b) Sanierungsmassnahmen der Generalversammlung.....	177
H. Zusammenfassung und Folgerung.....	178
 VI. Sorgfaltspflicht.....	179
A. Inhalt	179
B. Bestimmung des Zuordnungskriteriums	180
C. Mitwirkungspflicht.....	181
1. Allgemein	181
2. Folgerung für die Überwachungs- und Sanierungsaufgabe des Verwaltungsrats	182
D. Verwaltungsratssitzungen.....	183
1. Sorgfalt in der Sitzungsvorbereitung.....	183
a) Anzahl der Sitzungen	183
b) Vorbereitungspflicht	184
c) Sitzungsvorbereitung während der Krise	190
2. Sorgfalt in der Sitzungsteilnahme	191
a) Die Rolle des Verwaltungsratspräsidenten	191
b) Teilnahmepflicht	193
c) Sitzungsteilnahme während der Krise	194

E.	Anforderungsprofil des Verwaltungsratsmitglieds	197
1.	Regelwerke.....	197
2.	Lehre und Rechtsprechung	199
a)	Allgemein.....	199
b)	Grundkenntnisse der Rechnungslegung.....	201
c)	Grundkenntnisse der rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Zusammenhänge	202
d)	Weitere Fachkenntnisse	203
e)	Unternehmenskenntnisse.....	205
3.	Kein Minimalstandard definierbar.....	206
F.	Übernahmeverschulden.....	207
1.	Allgemein	207
2.	Übernahmeverschulden des Verwaltungsratsmitglieds.....	208
a)	Schadenstiftende Handlung	208
b)	Beweisthema	209
3.	Beizug von Fachpersonen	210
a)	Allgemein.....	210
b)	Haftung der Fachperson.....	211
c)	Haftung der Verwaltungsratsmitglieder	211
d)	Geschäftsleitungsmitglieder und Mitarbeiter unterer Hierarchiestufen.....	213
e)	Mitverwaltungsratsmitglieder	214
VII.	Treuepflicht.....	214
A.	Gesellschaftsinteresse	214
1.	Allgemein	214
2.	Gesellschaftsinteresse und Aktionärsinteresse.....	215
a)	Grundsatz	215
b)	Differenzierung.....	218
B.	Inhalt der Treuepflicht.....	222
1.	Unterlassungspflicht.....	223
2.	Handlungspflicht.....	224
a)	Allgemein.....	224
b)	Während der Krise.....	226
VIII.	Zusammenfassung des zweiten Teils.....	226

Dritter Teil: Sanierungspflicht nach Überschuldung	231
I. Überblick.....	233
II. Überschuldung.....	234
A. Begriff.....	234
B. Abgrenzung zur Zahlungsunfähigkeit	234
C. Handlungsanweisung in Art. 725 Abs. 2 OR	236
1. Allgemein	236
2. Begründete Besorgnis	236
a) Objektiviertes Empfinden.....	236
b) Handlungspflicht des Verwaltungsratsmitglieds.....	239
3. Zwischenbilanzen.....	239
a) Fortführungswert	239
b) Veräußerungswert	241
4. Überschuldungsanzeige.....	242
D. Wirkung der Überschuldung.....	243
1. Überschuldung als Schnittstelle	243
2. Konkursöffnung als Katalysator für Verantwortlichkeitsklagen.....	244
a) Verantwortlichkeitsklagen ausser Konkurs.....	244
b) Verantwortlichkeitsklagen im Konkurs	245
III. Handlungsmöglichkeiten des Verwaltungsrats bei Überschuldung....	248
A. Allgemein.....	248
B. Aufschieben der Überschuldungsanzeige.....	250
1. Aufschub ohne Rangrücktritte.....	250
a) Problem der Toleranzfristen.....	250
b) Pflicht zum Sanierungsversuch nach Eintritt der Überschuldung	253
2. Keine Pflicht zur Beschaffung von Rangrücktrittserklärungen	256
C. Konkursaufschub.....	257
1. Allgemein	257
a) Rechtsnatur	257
b) Geplante Aufhebung der Bestimmung.....	257
2. Voraussetzungen.....	258
a) Lehre und Rechtsprechung	258
b) Bedeutung des Revisionsberichts und des Sanierungsplans	260
c) Beurteilung der Sanierungsfähigkeit durch das Gericht.....	262
3. Rechtsfolgen bei gutheissendem Entscheid	263
a) Allgemein.....	263
b) Gerichtliche Massnahmen	265

4.	Wirkung des Konkursaufschubs auf die Sanierungspflicht der Verwaltungsratsmitglieder.....	269
D.	Provisorische Nachlassstundung.....	270
1.	Revidierte Bestimmungen über die Nachlassstundung	270
2.	Gesuch um Nachlassstundung.....	271
a)	Gesuch der Gesellschaft	271
b)	Gesuch eines Gläubigers	273
3.	Gerichtliche Beurteilung.....	274
a)	Im Zweifelsfall Gutheissung	274
b)	Gerichtliche Massnahmen	277
4.	Wirkungen auf die Gesellschaft.....	278
a)	Allgemein.....	278
b)	Überwachung durch den Sachwalter	281
c)	Übertragung der Geschäftsführungskompetenz.....	284
5.	Exkurs zum Nachlassvertrag.....	287
a)	Allgemein.....	287
b)	Ordentlicher Nachlassvertrag	288
c)	Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.....	289
E.	Definitive Nachlassstundung	290
1.	Gerichtlicher Entscheid.....	290
2.	Wirkung, Zweck und Dauer.....	292
3.	Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder	293
IV.	Zusammenfassung des dritten Teils	294
Vierter Teil: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit		297
I.	Einleitung.....	299
II.	Funktion des Haftpflicht- und des Verantwortlichkeitsrechts.....	299
A.	Allgemein.....	299
B.	Verhaltenssteuerung	300
1.	Allgemein	300
2.	Direkte finanzielle Nachteile	301
3.	Versicherbarkeit von Verantwortlichkeitsansprüchen.....	302
4.	Indirekte finanzielle Nachteile	304
5.	Folgerung	305
C.	Schadensausgleich.....	306
1.	Wiederherstellung des Rechtsfriedens.....	306
2.	Wirtschaftliche Funktion	307

3.	Ökonomischer Schadensbegriff und Differenzhypothese in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	307
D.	Verhaltensmodelle.....	310
1.	Verhalten einer Gesellschaft.....	310
2.	Verhalten des Verwaltungsratsmitglieds	312
a)	Allgemein.....	312
b)	Gefahr von Verantwortlichkeitsansprüchen	315
c)	Finanzielle Anreize.....	316
III.	Haftungsvoraussetzungen	318
A.	Persönliche Verschuldenshaftung.....	319
B.	Haftungsvoraussetzungen im Einzelnen.....	320
1.	Schaden	320
a)	Schaden als reiner Vermögensschaden.....	320
b)	Reiner Vermögensschaden und Widerrechtlichkeit	322
c)	Mittelbarer und unmittelbarer, direkter und indirekter Schaden .	324
d)	Schaden und Konkurs	327
2.	Widerrechtlichkeit.....	328
a)	Prospekthaftung (Art. 752 OR)	328
b)	Gründungshaftung (Art. 753 OR)	330
c)	Geschäftsführungshaftung (Art. 754)	333
d)	Revisionshaftung (Art. 755 OR).....	336
e)	Inhalt der Widerrechtlichkeit in Art. 752–755 OR.....	339
3.	Kausalzusammenhang	342
a)	Natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang.....	342
b)	Prospekthaftung (Art. 752 OR)	344
c)	Kausalzusammenhang in Art. 753, Art. 754 und Art. 755 OR	346
4.	Verschulden	347
a)	Objektivierte Fahrlässigkeit.....	347
b)	Abgrenzung zur objektivierten Sorgfalt.....	350
c)	Kritik der Lehre.....	352
IV.	Ausgewählte Verteidigungsargumente	354
A.	Nicht verwirklichter Sachverhalt.....	355
1.	Hypothese des rechtzeitigen und zweckmässigen Handelns	355
2.	Kausalzusammenhang zwischen Sanierungsmassnahme und Sanierungserfolg	357
B.	Rechtmässiges Alternativverhalten	359
1.	Begriff	359
2.	Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Sanierungserfolg....	360

a)	Allgemein.....	360
b)	Art. 50 Abs. 1 OR.....	363
3.	Verschulden bei Abwesenheit.....	365
C.	Business Judgment Rule	367
1.	Allgemein	367
a)	Begriff und Zweck.....	367
b)	Geschäftsentscheid als unternehmerischer Entscheid	368
2.	Business Judgment Rule und Sorgfaltspflicht.....	368
a)	Anforderungen an Verwaltungsratsbeschlüsse	368
b)	Stand der Diskussion in der Schweiz.....	369
c)	Bundesgerichtliche Rechtsprechung.....	371
d)	Bedeutung für das angegriffene Verwaltungsratsmitglied.....	373
D.	Décharge.....	375
1.	Begriff	375
2.	Wirkung.....	375
3.	Einwilligung des Verletzten	377
E.	Delegation der Geschäftsführung.....	378
1.	Voraussetzungen und Wirkung der Delegation	378
2.	Delegation und Kausalzusammenhang.....	380
F.	Differenzierte Solidarität	382
1.	Begriff	382
2.	Folgen	382
V.	Zusammenfassung des vierten Teils	384
Zusammenfassung aller vier Teile.....		386
Stichwortverzeichnis.....		391