

Aktienrecht

Kapitalersetzende «Sanierungs»-Darlehen im Konzern

(135) Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 19. Januar 1993 (nicht veröffentlicht, rechtskräftig)

I. Sachverhalt

Die F. AG hielt sämtliche Aktien der A. Finanz AG und der A. R. AG. X. war als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift in allen drei Gesellschaften zeichnungs-berechtigt. Seit ca. Ende 1988 war die A. R. AG überschuldet. Im März, Mai und Juni 1989 stellte die A. Finanz AG ihrer Schwestergesellschaft A. R. AG aufgrund mündlicher Darlehensverträge drei Darlehen von insgesamt Fr. 2 800 000. — zur Verfügung. Im November 1989 wurde über die A. Finanz AG und im Dezember 1989 über die A. R. AG der Konkurs eröffnet. Die Klage der Konkursmasse der A. Finanz AG auf Kollokation der drei Darlehen im Konkurs der A. R. AG wurde sowohl vom erstinstanzlichen Einzelrichter wie auch vom Zürcher Obergericht als zweiter Instanz abgewiesen.

II. Erwägungen

Das Obergericht begründete seinen Abweisungsentscheid im wesentlichen wie folgt:

Ein Aktionär, der seiner in finanzieller Bedrängnis stehenden Gesellschaft ein Darlehen gebe, könne die qua Darlehensvertrag entstandene Forderung später — und spätestens im Konkurs — nicht mehr erfolgreich geltend machen, sofern dieser Mittelzufluss als eigentliche Kapitaleinlage und nicht als Darlehen zu betrachten sei. Dies sei dann der Fall, wenn nach Umfang, Ausgestaltung und Zeitpunkt der Darlehenshingabe davon auszugehen sei, dass ein aussenstehender Dritter einen Kredit zu den nämlichen Konditionen verweigert hätte (Drittmannstest) oder das Darlehen in einem Zeitpunkt gewährt worden sei, in welchem nur noch die Leistung einer Kapitaleinlage sanierende Wirkung entfaltet hätte (Sanierungstest). Denn es sei als *venire contra factum proprium* und damit als rechtsmissbräuchlich zu werten, wenn «der am Wohlergehen seiner Gesellschaft interessierte Aktionär durch Zuwendung weiterer Mittel der überschuldeten und damit nicht mehr lebensfähigen juristischen Person zunächst zur Weiterexistenz und folglich weiteren Teilnahme am Wirtschaftsprozess verhilft und somit die Eingehung weiterer Verpflichtungen auf Kosten auch zusätzlicher Gläubiger

ermöglicht, und dann, wenn die Sanierung fehlgeschlagen ist, sein Risiko durch Rückforderung der Zuwendung letztlich zu Lasten anderer Gläubiger möglichst klein halten will»¹. Ergäben daher entweder der Sanierungs- oder der Drittmannstest entsprechende Ergebnisse, so habe eine Umqualifizierung der Darlehen in Kapitaleinlagen zu erfolgen, mit der Folge, dass eine Kollokation im Konkurs ausgeschlossen sei.

Diese für das Verhältnis zwischen Aktionär und Gesellschaft geltenden Grundsätze seien angesichts der gleichen Interessenlage auch auf den Fall konzerninterner Darlehen anzuwenden. Auch im Konzernverbund «sind die wirtschaftlichen Interessen am Erhalt eines Konzernmitglieds ebenso ausgeprägt, hängt doch der Konzern Erfolg nicht zuletzt vom Überleben des gefährdeten oder gar überschuldeten Konzernmitglieds ab. Und in genau gleicher Weise werden durch eine später rückforderbare Mittelzuweisung dieselben wirtschaftlich potentiell schädlichen und irreführenden Scheinverhältnisse perpetuiert, wie im Falle eines Aktionärsdarlehens, welches bei Konkurs der Gesellschaft zurückgefordert wird. Bei dieser Sachlage kann die Berufung der Schwester-, Tochter- oder Muttergesellschaft auf die Rückforderbarkeit der rechtstechnisch als blosse Darlehen statt als Kapitalzuweisung gewährten Zuschüsse ebenso nicht anders denn als offenbar missbräuchlich bezeichnet werden»².

Im zu beurteilenden Fall sei die A. R. AG im Moment der Darlehenshingabe nachweislich überschuldet gewesen, weshalb die Qualifizierung der gewährten Darlehen als Kapitaleinlage angemessen und deshalb eine Kollokation im Konkurs ausgeschlossen sei³.

III. Bemerkungen

1. Überblick/Problemstellung

Die angeführte Entscheidung befasst sich zunächst mit der Behandlung eigenkapitalersetzender Darlehen im Konkurs des Darlehensnehmers im allgemeinen und in Konzernverhältnissen im besonderen. Darüber hinaus ist sie insofern von grundsätzlicher Bedeutung, als sich das urteilende Gericht zur Interessenlage im Konzernverbund und den daraus zu ziehenden Konsequenzen ausspricht.

¹ Obergerichtsentscheid S. 8.

² Obergerichtsentscheid S. 10 f.

³ Obergerichtsentscheid S. 14.

2. Haftungsbeschränkung und Eigenkapital

Eines der Fundamente des Aktienrechts ist das Korrelat zwischen Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen einerseits und Eigenkapital-schutz andererseits: die Aktionäre sind gehalten, ein dem Registereintrag entsprechendes Risikokapital als Haftungssubstrat bei der Gründung zur Verfügung zu stellen, die Gesellschaftsorgane sind nach der Gründung für die Erhaltung dieses Haftungssubstrates zuständig und verantwortlich, geht es trotzdem verloren, so treffen die Organe sukzessive gesetzlich umschriebene Pflichten, als letzte und einschneidendste die Pflicht zur Deponierung der Bilanz⁴. Grundgedanke ist, dass die Aktionäre nicht das ganze Risiko ihrer Geschäftstätigkeit auf Dritte — namentlich Gläubiger — sollen abwälzen dürfen, sondern zumindest einen — durch das Zivilrecht nicht näher bestimmten — Teil davon durch das von ihnen aufzubringende Aktienkapital abzudecken haben. Ist dieser Risikopuffer Aktienkapital zufolge Realisierung des Risikos aufgebraucht, so sind die Gesellschaftsinhaber gehalten, die Geschäftstätigkeit einzustellen und die Gesellschaft zu liquidieren bzw. durch das Konkursamt liquidieren zu lassen oder aber der Gesellschaft neues Risikokapital als Grundlage für eine Weiterführung der Geschäftstätigkeit zur Verfügung zu stellen. Kurz: ohne Eigenkapital weder Aufnahme noch Fortsetzung der Geschäftstätigkeit.

3. Darlehensgewährung bei erkennbarer Überschuldung

Hat eine Gesellschaft jenen kritischen Punkt erreicht, wo sämtliches Eigenkapital aufgebraucht ist und daher eine Einstellung der Geschäftstätigkeit angebracht wäre, sind zufolge des anhaltenden cash-drains in der Regel auch die liquiden Mittel der Gesellschaft aufgebraucht, d. h. die Gesellschaft wird zahlungsunfähig und läuft damit Gefahr, dass auf Antrag eines Gläubigers der Konkurs eröffnet wird⁵. Greift eine (der Gesellschaft nahestehende) Person in den Überlebenskampf der Gesellschaft ein, indem sie

ihr durch Zufuhr neuer Mittel eine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit ermöglicht, obwohl diese wegen mangelnder Eigenkapitalbasis unverzüglich eingestellt werden müsste, so wird sie bei Kenntnis dieser Umstände mitverantwortlich dafür, dass die Gesellschaft gegen aussen — d. h. gegenüber den Gläubigern — den Anschein erweckt, (noch) über genügend Eigenkapital für die Fortführung der Geschäftstätigkeit zu verfügen. Entsprechend kann ihr Verhalten nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nur dahingehend gedeutet werden, dass sie das Risiko einer Fortsetzung der Geschäftstätigkeit zu übernehmen gewillt und die von ihr eingeschossenen Mittel als Eigen- und damit Risikokapital⁶ zur Verfügung zu stellen bereit ist. Kommt es in der Folge trotz der geleisteten Überlebenshilfe zum Kollaps, können die als Risikokapital eingesetzten Geldmittel nicht mehr zurückgefordert werden, das Risiko hat sich realisiert, eine Kollokation ist damit ausgeschlossen^{7 8}. Insofern ist dem Urteil des Obergerichtes zuzustimmen. Es ist jedoch zu prüfen, ob die gewählte Konstruktion — Umqualifizierung der Darlehen in Reserven — in allen Teilen zu überzeugen vermag. Als Alternativkonstruktion bietet sich insbesondere diejenige eines stillschweigenden Rangrücktrittes an⁹.

⁶ D. h. als Risikopuffer für die in der nahen Zukunft — bis zum erhofften Umschwung (?) — zu erwartenden Geschäftsverluste.

⁷ Eine Beurteilung, wie sie auch in anderen Rechtsordnungen ähnlich vorgenommen wird: vgl. § 32a Abs. 1 S. 1 dGmbHG und für Frankreich etwa *D. Schmidt*, ZGR 1982, 276 ff., 280.

⁸ Wenn man entgegen der vom Obergericht vertretenen Auffassung die «Sanierungs»-Darlehen nicht in vollem Umfang für nicht kollozierbar einstufen will, so muss die Kollokation zumindest in dem Betrage verweigert werden, als die Überschuldung seit der Darlehensgewährung zugenommen hat und soweit der Darlehensgeber nicht nachweisen kann, dass diese Zunahme auch durch eine sofortige Konkurseröffnung nicht zu vermeiden gewesen wäre — bspw. weil durch einen starken Preissturz die (auch im Konkurs) nicht kurzfristig verwertbaren Lagerbestände stark an Wert verloren haben. In diesem Umfang wird der Gläubigergesamtheit wohl immer auch ein Anspruch aus Verantwortlichkeit gegen den Darlehensgeber als formelles oder faktisches Organ zustehen.

⁹ Zu der unter altem Aktienrecht herrschenden Unsicherheit über die Zulässigkeit und Wirkung eines Rangrücktrittes vgl. das Urteil des Tribunal Cantonal du Canton de Vaud vom 18.11.1981, teilweise abgedruckt in SZW 1982, 87 ff. mit Kritik von *E. Homburger*. Unter dem Regime des alten Aktienrechts lag daher die Umqualifizierung in Reserven, wie sie v. *Greyerz* (folg. FN) vertrat, näher.

⁴ Art. 725 Abs. 2 Satz 2 OR.

⁵ Die Gläubiger haben keine Möglichkeit, eine zwar überschuldete, aber noch zahlungsfähige Gesellschaft in den Konkurs zu treiben (vgl. BGE 99 Ia 10 ff., 16). Bei Konkursverschleppung zu ihren Lasten bleibt ihnen einzig die Verantwortlichkeitsklage gegen die zuständigen Organe gemäss Art. 754 OR, welche sie jedoch im Unterschied zu den Aktionären gemäss Art. 757 Abs. 1 OR erst nach der Konkurseröffnung erheben können.

4. Problematik der Umqualifizierung in (formelles) Eigenkapital

Mit der Umqualifizierung in eine Kapitaleinlage, wie sie das Obergericht in Anlehnung an v. Greyerz vornimmt¹⁰, sind verschiedene Probleme verbunden. Insbesondere ist zu klären, welche Auswirkungen eine derartige Umqualifizierung der Darlehen im Innenverhältnis, d. h. zwischen den Aktionären und der Gesellschaft hat. Das Obergericht enthält sich hier weitgehend einer Stellungnahme und beschränkt sich – wieder mit Berufung auf v. Greyerz¹¹ – auf die Aussage, die umqualifizierten Darlehen seien nach den für die Reservebildung geltenden Regeln zu behandeln¹². Gemäss v. Greyerz wären auf die umqualifizierten Darlehen sowohl im Aussen- wie im Innenverhältnis die Regeln über die frei verwendbaren Reserven anzuwenden, mit der Konsequenz, dass einerseits die Ausschüttung nicht der Beschränkung von Art. 671 Abs. 3 OR unterliegt, andererseits aber dafür ein formeller Generalversammlungsbeschluss notwendig sein soll und überdies bei einer Ausschüttung als Dividende der Grundsatz der Gleichberechtigung der Aktionäre einzuhalten wäre. Der Beschluss zur Rückzahlung eines umqualifizierten Darlehens durch den Verwaltungsrat wäre nach dieser Ansicht nichtig, der zurückbezahlte Betrag nach Art. 62 ff. OR rückforderbar¹³ und der Verwaltungsrat nach den Art. 754 ff. OR haftbar. Derartige Konsequenzen sind aber für das angestrebte Ziel – nämlich eine Schädigung der übrigen Gläubiger durch die Gewährung von Aktionärsdarlehen zu vermeiden – weder nötig noch wünschbar¹⁴. Wieso der von einem Hauptaktionär zur Rettung der Gesellschaft eingeschossene Betrag nach erfolgreicher Sanierung ohne weiteres auch den übrigen Aktionären zugute kommen soll, ist kaum begründbar¹⁵. Aus zivilrechtlicher Sicht ist auch

nicht einzusehen, wieso auf das zur Verfügung gestellte Kapital nach überstandener Krisensituation keine Zinsen ausgeschüttet werden dürfen, was eine Behandlung als Reserve zwangsläufig zur Folge hätte¹⁶. Der in der Krisensituation Risikokapital zur Verfügung stellende Aktionär wäre damit für den Fall, dass die Gesellschaft später dank gutem Geschäftsgang wieder eine Dividende ausschütten kann, sogar schlechter gestellt als die übrigen Aktionäre. Darüber hinaus hat eine Umqualifizierung in eine Kapitaleinlage steuerrechtliche Konsequenzen, namentlich das Entstehen einer Emissionsabgabeforderung¹⁷, die kaum im Interesse der zu schützenden übrigen Gläubiger liegen können. Auch mit Blick auf die steuerrechtlichen Konsequenzen ist demnach eine Umqualifizierung in eine Kapitaleinlage mit Blick auf das angestrebte Ziel wenig wünschenswert.

5. Konkludenter Rangrücktritt

Das revidierte Aktienrecht sieht vor, dass von einer Bilanzdeponierung wegen Überschuldung der Gesellschaft dann abgesehen werden darf, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Überschuldung «im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten»¹⁸ und damit faktisch bereit sind, die das Eigenkapital übersteigenden Verluste zu übernehmen. In der Regel werden die zu einem Rangrücktritt bereiten Gläubiger – wohl regelmässig Hauptaktionäre – mit Forderungen gegenüber der Gesellschaft im Rang zurücktreten, die in ihrem Gesamtbetrag die aktuelle Unterdeckung übersteigen, um so eine Verlustreserve für die kurzfristig, d. h. bis zum erfolgreichen Abschluss der betrieblichen bzw. unternehmerischen Sa-

Ausklammerung eines angesichts der Vermögenssituation wenig wahrscheinlichen Agios – voll und ganz ihm zu. Möglicherweise hätte er sich gar die Zuteilung von Vorzugsaktien ausbedungen.

¹⁰ Ch. v. Greyerz, Kapitalersetzende Darlehen, FS Vischer, Zürich 1983, 547 ff.

¹¹ Vgl. v. Greyerz, (FN 10), 553.

¹² Obergerichtsentcheid S. 9.

¹³ Vgl. v. Greyerz (FN 10), 553 f.; nach dem geltenden neuen Recht wäre wohl Art. 678 Abs. 2 OR als speziellere Norm anzuwenden; vgl. dazu P. Bockli, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, N 1417.

¹⁴ Das Obergericht betont denn auch selbst, dass «nicht die Zuwendung von Mitteln qua juristisch-technisches Darlehen als offensichtlich missbräuchlich qualifiziert wird, sondern einzig die Rückforderung» (Obergerichtsentcheid S. 10).

¹⁵ Hätte der Darlehensgeber den formellen Weg über die Aktienkapitalerhöhung gewählt, so stünde das mittels Liberierung zur Verfügung gestellte Kapital – unter

¹⁶ So auch v. Greyerz (FN 10), mit Verweis auf Art. 675 Abs. 1 OR.

¹⁷ Nach Art. 12 StG kann zwar ein Erlassgesuch gestellt werden, sofern der Zuschuss sanierungshalber erfolgt; gemäss ständiger Praxis wird ein solcher Erlass jedoch nur dann gewährt, wenn Fremdkapital und Eigenkapital in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen (vgl. EFD 29.6.1982 in Praxis der Bundessteuern, N 10 zu Art. 12 StG), was ja in den meisten problematischen Fällen gerade nicht der Fall sein dürfte.

¹⁸ Art. 725 Abs. 2 Satz 2 a. E. OR; vgl. für die qualifizierten Anforderungen – namentlich eine damit verbundene Stundungsabrede –, die an einen derartigen Rangrücktritt zu stellen sind Bockli (FN 13), N 1703 und U. Behnisch, Aktionärsdarlehen und Rangrücktritt: zivil- und steuerrechtliche Konsequenzen, Prätor 1993, I ff.

nierung anfallenden Verluste zu schaffen¹⁹ und zu verhindern, dass die Gesellschaft ständig an der Grenze zur Überschuldung operieren muss²⁰. Führt ein Hauptaktionär seiner liquiditätsbedürftigen und erkennbar bereits überschuldeten Gesellschaft neue Geldmittel in Form von Darlehen zu, so ist folglich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr davon auszugehen, mit dieser Darlehensgewährung werde stillschweigend ein Rangrücktritt in der Höhe der Unterdeckung der Fremdmittel zuzüglich der bis zum Erfolg der Sanierung anfallenden Verluste vereinbart²¹.

Im Vergleich zu den mit einer Qualifizierung als Kapitaleinlage verbundenen Schwierigkeiten erscheint die Annahme eines stillschweigenden Rangrücktritts als weniger problematisch. Zunächst ergeben sich keine unerwünschten Probleme bei der Rückzahlung der nachrangigen Darlehen, da weder ein Generalversammlungsbeschluss noch die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nötig ist. Auch steuerrechtlich hat ein Rangrücktritt in der Regel keine nachteiligen Folgen²². In der Folge ist die Annahme eines stillschweigenden Rangrücktritts der Umqualifizierung in eine Kapitaleinlage vorzuziehen.

6. Wirkung auf die Haftung der verantwortlichen Organe

Unabhängig von der gewählten Konstruktion stellt sich u. a. die weitere Frage, ob die – im nachhinein erfolgende – Annahme eines konkludenten Rangrücktritts bzw. die Umqualifizierung in Eigenkapital auch zugunsten der verantwortlichen – for-

mellen oder faktischen – Organe wirkt, m. a. W. diese – gleichsam rückwirkend – von der Pflicht zur Bilanzdeponierung und der entsprechenden Haftung bei Unterlassung dieser Massnahme zu befreien vermag. M. E. ist diese Frage konsequenterweise zu bejahen, sofern die gewährten Darlehen ausreichen, um die Überschuldung zu beseitigen. Insbesondere dürfte es dann unter Berücksichtigung der Nachrangigkeit der gewährten Darlehen im Normalfall wohl auch an einem durch die Unterlassung der Bilanzdeponierung adäquat kausal verursachten Schaden fehlen.

7. Konzernrechtliche Erwägungen

Das zu besprechende Urteil geht davon aus, dass zwischen Darlehensgeberin und Darlehensnehmerin ein Konzernverhältnis bestanden habe. Das kodifizierte schweizerische Gesellschaftsrecht kennt den Begriff des Konzerns erst seit der Revision von 1991. Gemäss Art. 663e Abs. 1 OR gelten Gesellschaften als Glieder eines Konzerns, wenn sie durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung zusammengefasst werden. Was unter dem Begriff der einheitlichen Leitung zu verstehen ist, lässt der Gesetzgeber allerdings offen²³. Im vorliegenden Fall begründet das Obergericht das Vorliegen eines Konzernverhältnisses bzw. einer einheitlichen Leitung einerseits mit der Tatsache, dass die F. AG sämtliche Aktien der A. Finanz AG und der A.R. AG hielt und andererseits K. in allen drei Gesellschaften als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift fungierte. Entscheidungsrelevant war demnach vorliegend nicht das konkrete Verhalten der zuständigen Konzernorgane, d. h. das einheitliche Leiten mittels konkreter Weisungen – bspw. die Anweisung an die A. Finanz AG, ihrer sanierungsbedürftigen Schwestergesellschaft Darlehen zu gewähren –, das zentrale Verwalten der liquiden Mittel oder zumindest das Aufstellen von Richtlinien in einzelnen Bereichen (Finanzen, Marketing, Forschung etc.), sondern bereits das Bestehen

¹⁹ Obwohl dies der Gesetzgeber dem Wortlaut der Bestimmung nach nicht zwingend vorschreiben scheint. Mit Blick auf den vorne erwähnten Grundsatz, dass ohne Eigenkapital eine Fortsetzung der Geschäftstätigkeit unzulässig ist, ergäbe die Auslegung nach dem Wortlaut aber ein systemwidriges Resultat.

²⁰ Mit dem für die Organe unangenehmen Risiko, unter Umständen persönlich für zumindest einen Teil der Gläubigerausfälle einstehen zu müssen.

²¹ Zu diskutieren wäre allenfalls, ob der Darlehensgeber zum Beweis zuzulassen sei, dass die von ihm gewährten Darlehen diesen Betrag, d. h. Unterdeckung zuzüglich der unter Berücksichtigung des bisherigen Geschäftsverlaufes realistischerweise zu erwartenden Verluste, übersteigen. Im Normalfall, namentlich im Konkurs, dürfte dieser Beweis ex post ohnehin nur äusserst schwierig zu erbringen sein. Das Obergericht Zürich scheint eine solche Differenzierung jedoch implizit abzulehnen; vgl. Obergerichtsentscheid S. 13.

²² Vgl. immerhin zur Problematik von Rangrückritten zwischen Schwestergesellschaften *Behnisch* (FN 18), 5 ff.

²³ Die Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983 (BBl 1983 II 745 ff.) führt aus, einheitliche Leitung liege «sicher dann vor, wenn die Unternehmenspolitik der einen Gesellschaft durch die Organe der anderen bestimmt wird, wenn also eine Gesellschaft den Leitungsorganen der anderen Weisungen erteilen kann, oder wenn die Leitungsorgane dieser Gesellschaft sich zumindest nach den Vorstellungen, Plänen oder Anregungen der anderen Gesellschaft richten müssen» (818); vgl. zum Begriff der einheitlichen Leitung auch *B. Slongo*, Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs, Zürich 1980, 185 ff.

einer entsprechenden Struktur, namentlich die teilweise Identität der Gesellschaftsorgane²⁴, welche eine einheitliche Leitung ermöglicht.

8. Sanierungsdarlehen zwischen Konzerngesellschaften

Das Zürcher Obergericht spricht sich in seinen Erwägungen im weiteren dahingehend aus, dass es in Konzernverhältnissen für die Beurteilung der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Rückforderung gewährter Darlehen keine Rolle spiele, ob das Darlehen «von der Muttergesellschaft direkt oder von einer wirtschaftlich und rechtlich eng mit ihr verflochtenen Schwestergesellschaft» gewährt worden sei²⁵. Die Annahme eines konkludenten Rangrücktrittes²⁶ hat also im Konzernverbund auch dann zu erfolgen – und dies ist wohl der entscheidende Unterschied zum Nichtkonzern – wenn die darlehensgewährende Gesellschaft an der Darlehensnehmerin *nicht* kapitalmässig beteiligt ist. Dem ist im Grundsatz durchaus zuzustimmen. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid anerkannt, dass im Konzern ein faktischer Beistandszwang zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften bestehen kann, der sich nicht unbedingt an den bestehenden Beteiligungsverhältnissen orientiert²⁷. Im erwähnten Entscheid wurde im Falle eines Bankkonzerns ausgeführt, ein Konzernglied könne «auch ohne rechtliche Verpflichtung und ohne Beteiligungsverhältnis . . . unter Umständen gezwungen sein, die Zahlungsfähigkeit der Konzerngesellschaften . . . zu erhalten und für deren Verbindlichkeiten einzustehen»²⁸. Was das Bundesgericht an besagter Stelle ausführt, muss über den Bankkonzern hinaus in all jenen Fällen gelten, wo die liquiden Mittel des Konzerns zentral verwaltet werden oder alle bzw. zumindest ein gewichtiger Teil der Konzerngesellschaften vom gleichen Kreditinstitut bzw. von den gleichen Hauptgläubigern Kredite bezogen haben. Auch dort gilt nämlich, dass «die Insolvenz eines Gliedes zum Vertrauensentzug gegenüber den anderen Gliedern führt»²⁹. Dementsprechend führt auch

das Obergericht aus, der Konzernserfolg hänge «nicht zuletzt vom Überleben des gefährdeten oder gar überschuldeten Konzernmitgliedes ab»³⁰. Solche konzerninterne Beistandsleistungen an sanierungsbedürftige Konzernmitglieder sind daher unabhängig von der bestehenden Beteiligungsstruktur kritisch auf ihre Risikokapitalqualität zu prüfen.

9. Zulässigkeitsgrenzen konzerninterner Sanierungsleistungen

Das Bundesgericht liess allerdings im erwähnten Entscheid offen, unter welchen Umständen und wie weit eine derartige Beistandspflicht zwischen Konzern-(schwester)gesellschaften vom Gesellschaftszweck der unterstützenden Gesellschaft gedeckt und damit zulässig ist³¹. Namentlich dann, wenn die unterstützende Konzerngesellschaft durch die Sanierungsleistungen in Form von nachrangigen Darlehen an ihre Schwestergesellschaft selbst in den Gefahrenbereich der Überschuldung gerät, ist wohl von der Unzulässigkeit der Beistandsleistung auszugehen. Es bleibt die Frage, welches die adäquaten Rechtsfolgen sind, wenn ein zwischen Konzerngesellschaften gewährtes Darlehen im nachhinein zufolge seiner Risikokapitalqualität als nachrangig eingestuft werden muss, sich die Darlehensgewährung aber gleichzeitig wegen der Vermögenssituation der leistenden Gesellschaft als klar nicht mehr von deren Gesellschaftszweck gedeckt und damit als widerrechtlich darstellt. Soll es bei der Haftung der verantwortlichen Gesellschaftsorgane sein Bewenden haben oder sollte darüber hinaus der beistehenden Gesellschaft – bzw. im Konkurs ihrer Masse – ein irgendwie gearteter Rückforderungsanspruch – gesellschaftsrechtlicher³² oder vollstreckungsrecht-

²⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 116 Ib 331 ff., wo das Bundesgericht für die Beurteilung der Intensität einer Konzernbeziehung u. a. auch auf die personelle Verflechtung zwischen den Organen abstellte (E. 3a).

²⁵ Obergerichtsentscheid S. 13.

²⁶ Bzw. nach der obergerichtlichen Lösung die Behandlung als Eigenkapital.

²⁷ BGE 116 Ib 331 ff.

²⁸ BGE 116 Ib 338, E. 2b.

²⁹ BGE 116 Ib 337, E. 2a.

³⁰ Obergerichtsentscheid S. 10.

³¹ Vgl. dazu kritisch und wohl zu restriktiv die Urteilsbegründung von B. Kleiner/B. Lutz, SZW 1991, 141 ff., 148; vgl. auch P. Forstmoser, Schweizerisches Aktienrecht, Bd. 1, Zürich 1981, § 1 N 239, der auf die vom Gesetzgeber sanktionierte Ausrichtung auf die langfristigen Gesellschaftsinteressen hinweist; zu diesen langfristigen Interessen kann m. E. je nach Situation auch die zufolge des Überlebens der Schwestergesellschaft «gerettete» Gruppenbonität zählen; die Zulässigkeit eines Mitteleinsatzes zum langfristigen indirekten Nutzen der Gesellschaft bejahend auch B. Kleiner, Rechtsstellung der AG im wirtschaftlichen Umfeld, FS Vischer, Zürich 1983, 567 ff., 573 ff. Ausführlich zur Zulässigkeit von konzerninternen Sanierungsleistungen und Sicherungsgeschäften H. Graf, Verträge zwischen Konzerngesellschaften, Bern 1988, 142 ff.

³² In Frage käme insbesondere ein Rückforderungsanspruch gemäss Art. 678 Abs. 2 OR; zur Auslegung dieser Bestim-

licher³³ Natur — zustehen? Hier jedenfalls hat es sich das Obergericht zu einfach gemacht, wenn es mit Verweis auf den erstinstanzlichen Entscheid einen Anspruch der leistenden Gesellschaft gestützt auf Art. 288 SchKG mangels Benachteiligung ihrer Gläubiger ohne nähere Prüfung ablehnt³⁴. Vielmehr stellt sich doch letztlich beim Konkurs mehrerer Konzerngesellschaften die Frage, welche Gläubigergruppe auf Kosten welcher anderen — und in welchem Mass — von einer Korrekturmassnahme, wie sie die Annahme eines konkludenten Rangrücktritts oder die Umqualifizierung in Eigenkapital darstellt, profitieren soll. Ausgehend vom Postulat der Gleichberechtigung der

Gläubiger im Konkurs³⁵ wäre wohl ein Resultat anzustreben, das zu etwa gleich hohen Konkursdividen den für die Gläubiger der einzelnen Konzerngesellschaften führt. Denn im Fall einer Konzerninsolvenz lässt sich eine einseitige Bevorzugung der Gläubiger der darlehensnehmenden Gesellschaft nicht begründen; vielmehr müssen die gleichen Prinzipien, mit denen sich im Falle der Insolvenz nur einer Gesellschaft ein konkludenter Rangrücktritt zu Gunsten der Gläubiger der einen Gesellschaft erst rechtfertigen lässt, auch zu Gunsten derjenigen der anderen gelten: sowenig auf der einen Seite ohne Risikokapital (weiter)gewirtschaftet werden darf, sowenig darf es auf der anderen Seite — im Resultat gegenleistungslos — weggegeben werden. Mithin wäre im vorliegenden Fall zu prüfen gewesen, ob und in welchem Umfang allenfalls die Kollokation der konzerninternen Darlehen gutzuheissen gewesen wäre, um eine ungefähre Gleichbehandlung der Gläubiger zu erreichen³⁶.

Alexander Vogel, Rechtsanwalt, Zürich

mung *Böckli* (FN 13), N 1428 f.; vgl. dazu auch *U. Behnisch*, Verdeckte Gewinnausschüttungen, ST 1993, 379 ff., 380.

³³ Vgl. Art. 285 ff. SchKG; zur paulianischen Anfechtung von Konzerntransaktionen ausführlich *H. Peter*, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, SZW 1989 I ff.; zur paulianischen Anfechtbarkeit eines Rangrücktritts auch *Böckli* (FN 13), N 1709.

³⁴ Obergerichtsentscheid S. 14; bekanntlich setzt ein Anspruch gemäss Art. 288 SchKG im subjektiven Tatbestand nur voraus, dass dem leistenden Gemeinschuldner bei der Verfolgung seiner an sich legitimen Absichten — hier das Überleben der Schwestergesellschaft sicherzustellen — die Möglichkeit einer Schädigung seiner Gläubiger bewusst sein musste (vgl. *H. Fritzsche*, Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, Zürich 1968, 285); andererseits dürfte die weitere Voraussetzung der Erkennbarkeit dieser Schädigungsmöglichkeit für die sanierungsbedürftige Gesellschaft im Regelfall auch gegeben sein, zumindest in überblickbaren Konzernverhältnissen und sicher wie hier im Falle einer Doppelorganschaft.

³⁵ Vgl. *K. Ammon*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. A. Bern 1993, § 35 N 3.

³⁶ De lege ferenda wäre die Einführung eines Konzernkonkurses überlegens- und wohl auch wünschenswert, um eine Gleichbehandlung der Gläubiger verschiedener, finanziell eng verbundener Konzerngesellschaften zu erreichen. Häufig ist nämlich die Verteilung der Aktiven und Passiven auf die einzelnen insolventen Gesellschaften von Zufälligkeiten bestimmt, welche für die Mehrheit der (Klein-)Gläubiger weder voraussehbar noch beeinflussbar sind. Entsprechend zufällig ist denn auch die Höhe der resultierenden Dividende, ein Umstand, der rechtspolitisch kaum zu befriedigen vermag.