

Rico A. Camponovo

Aktienkapitalerhöhung durch Verrechnungsliberierung

Bestätigung der rechtlichen Zulässigkeit im Sanierungsfalle

Ein beliebtes und wirkungsvolles Instrument zur Bilanzsanierung ist die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital. Dabei wird eine Kapitalerhöhung durch Verrechnung mit Schulden der Gesellschaft liberiert, wodurch der betreffende Gläubiger Aktionär seiner Schuldnerin wird. Diese einfache Massnahme hilft der überschuldeten Gesellschaft, ihre Bilanz wieder ins Lot zu bringen. Obwohl diese Massnahme auf einer klaren rechtlichen Grundlage beruht, auf eine langjährige, auch unter dem alten Aktienrecht unangefochtene Praxis zurückblicken kann und zudem die Interessen aller an der Gesellschaft beteiligten Aktionäre und Gläubiger wahrt, wurde sie in letzter Zeit kritisiert. Neu müsste demnach die zur Verrechnung gebrachte Forderung aus der Sicht des Gläubigers werthaltig sein. Diese Kritik ist unbegründet.

1. Einleitung und Problemstellung

1.1 Keine Änderungen bei der Revision des Aktienrechts

Das neue Aktienrecht hat am Institut der Liberierung durch Verrechnung materiell nichts geändert [1]. Im alten Recht basierte diese Möglichkeit auf Art. 80 der Handelsregisterverordnung. Neu wird diese Liberierungsart – wenn auch indirekt – im Gesetz in den Art. 652e Ziff. 2 (Kapitalerhöhung) und Art. 635 Ziff. 2 OR (Gründung) sowie in Art. 634a Abs. 2 OR (nachträgliche Leistung) erwähnt [2].

Bis zum heutigen Zeitpunkt ist es unbestritten [3], dass die nachfolgenden

Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieser Liberierungsart zu erfüllen sind: Die Schuld muss gemäss Art. 652e Ziff. 2 OR bestehen und verrechenbar sein und der Verwaltungsrat hat in einem schriftlichen Bericht (Art. 652e OR) darüber Rechenschaft zu geben. Die Forderungen müssen daher i.S.v. Art. 120 Abs. 1 OR verrechenbar, d. h. gleichartig, gegenseitig und fällig sein [4]. Gemäss Art. 652f OR muss zudem die Revisionstelle den Kapitalerhöhungsbericht des Verwaltungsrates prüfen und bestätigen, dass dieser vollständig und richtig ist.

1.2 Problemstellung

Bisher haben die unter Ziffer 1.1 erwähnten Voraussetzungen gemäss einschlägiger Lehre [5] und Rechtsprechung [6] für die Liberierung durch Verrechnung – auch im Sanierungsfalle – genügt. Auch in der Praxis war dieses Institut im Überschuldungsfalle anerkannt und wurde – zu Recht, wie sich zeigen wird – regelmässig eingesetzt.

Obwohl nun das neue Aktienrecht an diesen Voraussetzungen nichts geändert hat, erwähnt Chaudet 1993 [7] erstmals für den Sanierungsfall die Frage – allerdings nur in bezug auf eine rangrücktrittsbelastete Schuld – ob eine Liberierung durch Verrechnung möglich sei. Chaudet lässt für seine Frage zuerst zwei Antwortmöglichkeiten zu: Erstens Ja, weil sowohl aus Sicht der Aktionäre als auch aus Sicht der Gesellschaft diese Passivenreduktion bzw. Eigenkapitalerhöhung eine finanzielle Besserstellung bedeute. Zweitens, fährt Chaudet weiter, müsse jedoch beachtet werden, dass eine rangrücktrittsbelastete Forderung – nach Massgabe der effektiven Rücktrittsbelastung – ganz oder teilweise nicht fäl-



Rico A. Camponovo, Rechtsanwalt, lic. iur. et lic. oec. publ., Vizedirektor und Leiter des Fachteams Revisionsrecht bei der KPMG Fides, Zürich

lig sei und daher nicht verrechnet werden könne.

Chaudet kommt zum Ergebnis, dass die rangrücktrittsbelastete Forderung in bezug auf die Fälligkeit ein Zwitter («hybride») sei. Sie sei daher nur fällig (und verrechenbar) – so die unbegründete Behauptung Chaudets (dazu hinten Ziff. 4.) – soweit sie durch die Aktiven der Gesellschaft abgedeckt sei. Wenn die Gesellschaft keine Aktiven habe, sei die Forderung wertlos.

Nachdem Böckli in der Erstaufgabe [8] des «Schweizer Aktienrecht» von 1992 noch keine Probleme bei der Liberierung durch Verrechnung im Sanierungsfalle sah, scheint er diese Idee von Chaudet in seiner Zweitaufgabe [9] von 1996 aufgenommen zu haben. Dabei geht er allerdings wesentlich weiter als Chaudet. Böckli erklärt erstens die üblichen rangrücktrittsbelasteten Forderungen mangels Fälligkeit generell als nicht geeignet für die Liberierung durch Verrechnung (dazu hinten Ziff. 4.). Zweitens lehnt er dieses Institut im Sanierungsfalle für alle Forderungen ab, soweit die Forderung aus der Sicht des Gläubigers nicht werthaltig sei. Diese Meinung ist für diesen Aufsatz grundlegend und soll daher nachfolgend im Wortlaut wiedergegeben werden (Auszüge aus N 206a und 206b):

«Der Verwaltungsrat hat im *Kapitalerhöhungsbericht* den Bestand und die Verrechenbarkeit – dabei vor allem die Fälligkeit – der Schuld zu bestätigen.

...

(8. Zeile, Anm. des Verfassers)

Die Einlage ist nur soweit erbracht, als der *Verkehrswert der Forderung* gegen die Gesellschaft nicht unter deren Nennwert gefallen ist. Ist die Gesellschaft als Schuldnerin finanziell so angeschlagen, dass der Verkehrswert ihrer Schuld unter den Nennwert fällt, so bedeutet das, dass der Kapitalmarkt nicht mehr mit einer zeitgerechten und völligen Befriedigung des Gläubigers durch Kapitalrückzahlung rechnet. Überschreitet das Disagio, bezogen auf den gemäss Marktzinssatz zu errechnenden Zeitwert, eine Schwankungs- und Unwesentlichkeitsgrenze, so kann der Verzicht auf die Forderung gegen die Gesellschaft nicht mehr im Nominalbetrag als volle Deckung anerkannt werden. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Die Anerkennung der Verrechnung bedeutet nur, dass man die Auszahlung und Wiedereinzahlung als unnötigen Umweg vermeiden will. Liegt der Verkehrswert der Forderung beträchtlich unter

ihrem Nennwert, ist nach Auffassung des Marktes die fristgerechte Auszahlung im vollen Betrag nicht mehr wahrscheinlich. Und ein noch stärkeres Disagio, bis hinunter auf 50 % und 30 % des Nennwertes, deutet fast unwiderlegbar daraufhin, dass ganz allgemein die Schulden nicht mehr durch werthaltige Aktiven gedeckt sind...

Lässt man in dieser Situation eine in ihrem Marktwert deutlich unter den Nominalwert gesunkene Forderung zu 100 % als Deckung für neue Aktiennennwerte zu, so liegt materiell eine verbotene *Unterpariemission* vor.»

Diese Äusserungen und die Begründung von Böckli sind in der schweizerischen Aktienrechtslandschaft bereits im Rechtsalltag (Konkursfall Biber) [10] virulent geworden. Auch in der Presse wurde die Ansicht von Böckli kürzlich von Peter Schoch (und weiteren Personen aus dem Umfeld der Konkursverwaltung der Biber) unterstützt [11].

In der Praxis wird dieses Sanierungsinstrument infolge des grossen Bedarfes jedoch nach wie vor laufend eingesetzt. Dadurch sind die Revisionsstellen in dieser Frage – wegen der obligatorischen und zwingend bedingungslos [12] auszugestaltenden Prüfungsbestätigung (Art. 652f Abs. 1 OR) – ebenfalls zu einer juristischen Meinungsbildung aufgefordert. Zudem würde diese neue Ansicht diese Sanierungsvariante zum Verschwinden bringen [13]. Eine gut begründete Entgegnung zu Böcklis und Chaudets Ansicht ist daher notwendig [14].

1.3 Sachverhalt

Die nachfolgenden Äusserungen orientieren sich an folgendem Modellbeispiel: Die X-AG sei überschuldet. Ihren Aktiven von 600 stehe ein Fremdkapital – ohne Rangrücktritt – von 1000 (wovon der Hauptgläubiger G allein ein fälliges Darlehen von 400 besitze) und ein Aktienkapital von 250 gegenüber. Die Überschuldung betrage daher 400. Der «Verkehrswert des Fremdkapitals» (i.S.v. Böckli) beträgt 60 %.

Es stellt sich nun zusammengefasst die Frage, ob dieser Sachverhalt nach wie vor zu einer uneingeschränkten Umwandlung des Darlehens des G von 400 in Eigenkapital berechtige, bzw. ob G die Erhöhung des Aktienkapitals der X-AG um 400, von 250 auf 650, durch

Verrechnung mit seinem Darlehen liberieren könne. Nach dieser Transaktion stünde den Aktiven der X-AG von 600 neu ein Fremdkapital in gleicher Höhe gegenüber; die Überschuldung der X-AG wäre beseitigt.

2. Rechtliche Begründung der Zulässigkeit

2.1 Klare gesetzliche Grundlage für die Verrechnungsliberierung

Wie oben unter Ziff. 1.1 erwähnt sind die gesetzlichen Anforderungen an die Verrechnungsliberierung klar geregelt: Die unbestrittene Schuld muss bestehen und i.S.v. Art. 120 Abs. 1 OR verrechenbar, d.h. fällig und bezüglich der Forderung des Gläubigers gleichartig und gegenseitig sein. Selbstverständlich untersteht dieses Institut zusätzlich – auch wenn dies nicht explizit ausgesprochen wird – den Vorschriften des Eigenkapitalschutzes, die sich wie ein roter Faden [15] durch das ganze Aktienrecht – insbesondere bei Gründung und Kapitalerhöhung – ziehen. Von diesem Schutzgedanken liessen sich Chaudet und Böckli bei ihrer Kritik wohl inspirieren. Insofern kann der (scheinbar) zusätzlichen Voraussetzung der «Werthaltigkeit der *Schuld*» durchaus zugestimmt werden (dazu sogleich in Ziff. 2.2).

Es kann jedoch keine Rede davon sein, dass dieses Institut einer neuen Voraussetzung der «Werthaltigkeit der *Forderung*» unterliege. «Schuld» und «Forderung» sind nicht nur sprachlich, sondern auch rechtlich gesehen zwei streng zu unterscheidende Begriffe. Diese Begriffe gehen zwar, z.B. bei einem Darlehen, aus einem einzigen Rechtsverhältnis – dem Darlehensvertrag – hervor und bezeichnen dieselbe Rechtserscheinung (und zwar je aus der Sicht des Schuldners bzw. Gläubigers); sie verdeutlichen jedoch schon rein sprachlich die unterschiedliche Position von Schuldner und Gläubiger und werden durch unser Rechtssystem völlig unterschiedlich behandelt.

Die in sich korrekten [16] Ausführungen von Böckli zur Werthaltigkeit (Verkehrswert) der Forderung sind mit

anderen Worten für die vorliegende Problematik unbeachtlich. Sie vermischen in unzulässiger Weise die Problematik des Schuldners X-AG (Sicherung der vollen Liberierung) mit einer Problematik des in bezug auf diese Liberierungsfrage unbeteiligten Dritten G (Marktwert der Forderung für G). Es gilt zu beachten, wie Böckli am Anfang von N 206a (s. vorne Zitat, erste Zeile) noch von *der Schuld* spricht – also korrekt die Sicht des Schuldners beachtet – dann jedoch ab der 8. Zeile plötzlich von der *Forderung des Gläubigers* spricht, also zur hier nicht relevanten Sicht des Gläubigers wechselt [17].

Für die Frage, ob das neue Eigenkapital liberiert sei, spielen aber einzig Erwägungen aus der Sicht der Schuldnerin X-AG eine Rolle, weil die Kapitalschutzmassnahmen des Aktienrechts bei der Liberierung die Schuldnerin bzw. ihre Aktionäre und Gläubiger und nicht die zur Liberierung verpflichtete Drittperson G schützen wollen. Daran ändert sich auch nichts, wenn die zur Liberierung verpflichtete Person selber Gläubiger der Schuldnerin X-AG ist. G bedarf bezüglich seiner eigenen Liberierung keines aktienrechtlichen Schutzes.

Schlussfolgerung

Die Frage der Werthaltigkeit der Liberierung darf gesetzesgemäss nicht aus der Sicht des liberierenden Dritten G angegangen werden. Für diese Frage ist einzig der Blickwinkel der X-AG relevant. Die neue Ansicht steht nicht im Einklang mit den gesetzlichen Anforderungen [18] an die Liberierung durch Verrechnung.

2.2 Werthaltigkeit eines Passivums

Böcklis Meinung verkennt zudem, dass ein Passivum aus Sicht des Schuldners immer im Umfang des Nominalbetrages [19] werthaltig ist [20]. Das gesamte Schweizerische Rechtssystem basiert auf dieser Grundlage. Nirgends im OR wird der volle rechtliche Bestand einer Schuld vom Umfang oder der Werthaltigkeit der Aktiven desselben Schuldners abhängig gemacht. Dieses Prinzip ist so selbstverständlich, dass es nir-

gends explizite erwähnt werden müsste (vgl. z.B. Art. 68 ff. OR oder Art. 97 ff. OR).

Am eindrücklichsten [21] manifestiert sich dieses Grundprinzip z.B. im Konkurs, werden doch die Schulden der Konkursitin in ihrem rechtlichen Bestand durch das Zwangsvollstreckungsverfahren keineswegs angefasst. Selbst im krassest denkbaren Fall der «Wertlosigkeit», nämlich bei einer Konkursdividende von 0% (Null Prozent), wird der rechtliche Bestand der Schuld in keiner Weise in Frage gestellt. Der Gläubiger erhält einen Verlustschein, der ihm in einem späteren Zeitpunkt eine erneute Geltendmachung der Forderung ermöglicht (z.B. Art. 265 und Art. 265a SchKG)! Dieses Beispiel illustriert schön, dass ein Passivum per definitionem werthaltig ist. Die von Böckli geforderte «Werthaltigkeit» ist im Sinne des aktienrechtlichen Kapitalschutzes gegeben. Andererseits ist die von ihm geforderte Werthaltigkeit der Forderung für die Liberierung durch Verrechnung nicht relevant.

Schlussfolgerung

Ein unbestrittenes Passivum ist im Betrag des Nominalwertes aus Sicht der Schuldnerin X-AG zweifellos werthaltig. Die Liberierung einer Kapitalerhöhung durch Verrechnung mit einer solchen Schuld erfüllt daher – unbesehen der Aktivseite der Bilanz der X-AG – sämtliche aktienrechtlichen Vorschriften zum Schutze des Eigenkapitals. Die Liberierung mit einer existierenden Schuld ist mit anderen Worten eine *vollwertige Liberierung* [22] aus der Sicht der betroffenen X-AG bzw. des schweizerischen Aktienrechts.

2.3 Verrechnung als Vermeidung von Auszahlung und Wiedereinzahlung?

Böckli begründet seine Ansicht weiter damit, die Verrechnung bedeute nur, dass man die Auszahlung und Wiedereinzahlung als unnötigen Umweg vermeiden wolle. Diese Konstruktion soll wohl nochmals den reduzierten Wert der Forderung illustrieren.

Tatsächlich leuchtet sofort ein, dass diese Auszahlung erstens ohne paulianische (Art. 285 ff. SchKG) und strafrechtliche Risiken (Art. 167 StGB) nicht mehr erfolgen könnte, bzw. zweitens – aus freilich rein theoretischer Sicht – nur zum unter dem Nominalwert liegenden Verkehrswert (60% in unserem Fall) erfolgen dürfte. Die «Wiedereinzahlung» dieses reduzierten Betrages durch den Gläubiger/Aktienzeichner gegen Erstattung von Aktien im Nominalwert der ursprünglichen Schuld entspräche tatsächlich nicht einer vollwertigen Liberierung.

Dieser Gedanke enthält einerseits wiederum den unbeachtlichen – und bereits oben zurückgewiesenen – Blickwinkel des Dritten. Zudem stützt er sich auf die dem schweizerischen Recht fremde Behandlung der Liberierung durch Verrechnung als Sacheinlage der Forderung des Gläubigers. Nicht zufällig verweist Böckli in N 206b auf das deutsche Recht, welches die Verrechnungsliberierung entsprechend behandelt [23]. Der bereits in Fussnote 6 erwähnte BGE 87 II 169 ff. hat diese Ansicht für das schweizerische Recht jedoch verworfen. Das neue Aktienrecht hat daran – wie bereits gesagt – nichts verändert.

Schlussfolgerung

Die Verrechnung beim Institut der Liberierung von Aktienkapital bedeutet nicht, dass man die Auszahlung und Wiedereinzahlung als unnötigen Umweg vermeiden will. Sie ist kein Spezialfall der Sacheinlage. Die Ansicht von Böckli ist nicht stichhaltig [24].

3. Praktische Begründung der Zulässigkeit

3.1 Unterpariemission?

Böckli ist weiter der Ansicht, dass eine Unterpariemission vorliege.

Die verbotene Unterpariemission führt normalerweise dazu, dass der nicht einbezahlte Betrag später trotzdem liberiert werden muss. Praktisch würde dies in unserem Fall dazu füh-

ren, dass der Gläubiger G, trotz der seinerzeit unbestritten erfolgten Aus-händigung des gesamten Darlehensbetrages von 400, nochmals einen Betrag von 160 (entsprechend dem Verkehrswert von 60%) nachliberieren müsste. Hätte die X-AG gar keine Aktiven mehr (oder wäre das Darlehen rangrücktrittsbelastet, dazu weiter unten) beliefe sich der Verkehrswert auf 0%, womit G nochmals 400 einzahlen müsste. Im Extremfall würde dies dazu führen, dass G den Betrag von 400 der X-AG doppelt aushändigen muss. Die Nachliberierung infolge Unterpariemission führt aber im Gegenteil zur *einmaligen* Einzahlung des ursprünglich nicht einbezahlten Betrages. Auch vom Ergebnis her zeigt sich, dass keine Unterpariemission vorliegt und dass die alte Praxis zu einem sinnvollen Resultat führt.

Dazu kommt, dass bei einer Unterpariemission definitionsgemäss eine Schwächung der Gesellschaft eintritt; deswegen ist sie ja vom Gesetzgeber verpönt. Bei der Unterpariemission werden nämlich Passiven in einem gewissen Nominalwert neu geschaffen, ohne dass der entsprechende Aktivenzufluss (oder Passivenabfluss) diesen Nominalwert erreicht. Die Deckung des Eigenkapitals und/oder des Fremdkapitals wird zwangsläufig im entsprechenden Ausmass reduziert. Bei der hier diskutierten Sachlage tritt in Tat und Wahrheit genau der gegenteilige Effekt ein. Nach der Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital wird die Substanz der Gesellschaft nie geschwächt. Für die übrigen Gläubiger der Gesellschaft tritt immer eine Stärkung der Substanz ein [25]. So zeigt das Beispiel schön, wie die übrigen Gläubiger der X-AG nach der Umwandlung statt einer Deckung von 60% nun über volle Deckung (100%) ihrer Forderungen verfügen. G wird als einziger Gläubiger durch diese Transaktion benachteiligt. Er tauscht – allerdings freiwillig – die Vorteile seiner Stellung als Gläubiger gegen diejenige als Aktionär ein. Es ist unklar, weshalb Böckli das Wort Unterpariemission erwähnt, ohne wenigstens darauf einzugehen, dass bei dieser speziellen «Unterpariemission» eine Stärkung statt eine Schwächung der Substanz eintrete.

Schlussfolgerung

Die Emission erfolgt zu pari.

3.2 Stärkung der Stellung der Aktionäre

Auch für die Aktionäre ist die Transaktion von Vorteil. Erfolgt die Kapitalerhöhung unter Wahrung der Bezugsrechte (Art. 652b Abs. 1 OR) – so wenn die liberierenden Gläubiger bereits Aktionäre waren –, so ergeben sich keine Probleme.

Erfolgt sie unter Aufhebung des Bezugsrechtes, so muss für diesen Beschluss immerhin das qualifizierte Quorum von Art. 704 Abs. 1 Ziff. 6 OR eingehalten werden. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass einer Minderheit von Aktionären die Sanierung bzw. der Verlust relativer Stimmkraft aufgezungen wird. Dabei sind opponierende Aktionäre allerdings dadurch geschützt, dass der Entzug des Bezugsrechtes sie gemäss Art. 652b Abs. 2 OR nicht in unsachlicher Weise benachteiligen darf.

Dieser möglichen Benachteiligung der Aktionärsminorität stehen die Vorteile für die Gesellschaft und damit für alle Aktionäre gegenüber. Das vor der Sanierung wertlose Aktienkapital wird insofern aufgewertet, als es wenigstens wieder an die Schwelle der Werthaltigkeit herangeführt wird. Dazu bekundet die Sanierung den vorhandenen Zukunftsglauben für die X-AG und eröffnet damit auch für die alten Aktionäre eine Perspektive möglichen Wertwachstums. In der Praxis wird einem finanzkräftigen Aktionär die Möglichkeit, sich an der Sanierung durch Wahrung seines Bezugsrechtes zu beteiligen, i.d.R. ohne weiteres geboten. Meist haben die alten Aktionäre jedoch resigniert und sind froh, dass Gläubiger zur Übernahme von Risikokapital bereit sind. Nicht selten erfolgen die erforderlichen Sanierungsbeschlüsse der Generalversammlung daher einstimmig.

Schlussfolgerung

Auch für die Aktionäre [26] wirkt sich die Liberierung durch Verrechnung

positiv aus. Im übrigen ist die Frage der Zulässigkeit des Bezugsrechtsentzuges bzw. der allfälligen Benachteiligung von Aktionären von derjenigen der Liberierung durch Verrechnung dann völlig unabhängig, wenn die Liberierung effektiv werthaltig ist. Dieser Aufsatz zeigt, dass letzteres der Fall ist [27].

4. Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei rangrücktrittsbelasteten Schulden

4.1 Sachverhalt und Fragestellung

Wie präsentiert sich die hier diskutierte Frage, falls wir sachverhaltsmässig annehmen, dass die Darlehensschuld des G mit einem Rangrücktritt belastet und daher zwingend gestundet ist? Wie bereits in Ziffer 1. erörtert, kann die Verrechnung aber nur mit einer fälligen Schuld erfolgen.

Chaudet (oben Ziffer 1.2) scheint der Ansicht zu sein, dass die Fälligkeit des Passivums von der Abdeckung dieses Passivums durch Aktiven der Gesellschaft abhängig sei. Zwischen den Aktiven einer Bilanz und der Fälligkeit eines Passivums besteht jedoch kein Zusammenhang. Die Fälligkeit einer Schuld hängt von vertraglichen Abmachungen (z. B. Art. 318 OR) oder von der entsprechenden gesetzlichen Ordnung ab (Art. 75 OR). Die Meinung von Chaudet ist unverständlich.

Es stellt sich nun die Frage, ob die Darlehensschuld gegenüber G – zwecks Ermöglichung der Umwandlung in Eigenkapital – fällig gestellt werden darf.

4.2 Rechtliche Begründung der Zulässigkeit

Der Rangrücktrittsvertrag ist ein Vertrag zugunsten Dritter [28]. Daraus ergibt sich, dass die X-AG und G diesen Vertrag nicht – auch nicht einvernehmlich – zuungunsten der betroffenen Dritten abändern dürfen. Einvernehmliche Änderungen zugunsten dieser Dritten sind jedoch selbstredend möglich.

Genau darum handelt es sich bei der Fälligkeitstellung einer rangrücktrittsbelasteten Schuld. Wie oben gezeigt, werden alle an der Transaktion nicht beteiligten Gläubiger durch die Umwandlung begünstigt. Sogar eine opponierende Aktionärsminderheit wird – wenn sämtliche aktienrechtlichen Vorschriften eingehalten werden – durch diese Transaktion begünstigt. Einer Fälligkeitstellung steht nichts im Wege [29].

Im Mustertext der Treuhand-Kammer [30] wird die Umwandlung in Eigenkapital ausdrücklich vorgesehen. Dies ist jedoch nicht unbedingt erforderlich. Jede Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung enthält implizite die Vereinbarung, dass die fragliche Schuld – einzig zwecks Ermöglichung der Umwandlung – fällig gestellt werden kann.

Die Überlegungen zur Werthaltigkeit etc. in den Ziffern 2. und 3. oben gelten analog für die rangrücktrittsbelastete Schuld.

Schlussfolgerung

Die Darlehensschuld gegenüber G darf – einzig zwecks Ermöglichung der Umwandlung in Eigenkapital – fällig gestellt werden.

5. Schlussfolgerungen

Die Liberierung durch Verrechnung bei der Sanierung ist rechtlich eindeutig und problemlos möglich. Sie erreicht zudem auf einfachste Weise den anvisierten Sanierungszweck. Weiter verbessert sie die finanzielle Lage aller Beteiligten. Es zeigt sich, dass die Prüfungsbestätigung gemäss Art. 652f OR nach wie vor abgegeben werden darf.

Die Ansichten von Chaudet und Böckli entbehren einer Grundlage. In der Praxis erreichen sie sogar das Gegenteil dessen, was sie anvisieren: anstatt die Gesellschaft zu schützen, verhindern sie die Stärkung ihrer Substanz. ■■■

Anmerkungen

1 Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter; Schweizerisches Aktienrecht, Bern

1996, im folgenden «Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel», § 15 N 43 und § 52 N 116 und N 122 ff.; Böckli, Peter; Schweizer Aktienrecht, 1.A. Zürich 1992, im folgenden «Böckli 1.A.», N 206; Böckli, Peter; Schweizer Aktienrecht, 2.A. Zürich 1996, im folgenden «Böckli 2.A.», N 206 bis 206b.

2 Dieser Aufsatz bezieht sich nur auf die ordentliche und genehmigte Kapitalerhöhung.

3 Böckli 2. A., N 206 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 15 N 28 ff.; Treuhand-Kammer, Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Zürich 1998, im folgenden «HWP», Ziff. 7.24, S. 39 sowie Ziff. 7.15, S. 17.

4 Undenkbar ist hingegen die Anwendung des Absatzes 2 von Art. 120 OR. So kann der Aktienzeichner bzw. Schuldner des Liberierungsbetrages diese Schuld nicht mit seiner durch die AG bestrittenen Forderung verrechnen; damit würde die Frage, ob die Liberierung erfolgt sei, bis zum Entscheid über die bestrittene Forderung hinausgeschoben. Bei der Eintragung der Erhöhung ins Handelsregister muss die Liberierung jedoch zweifelsfrei erfolgt sein. Die Anwendung von Art. 120 Abs. 3 OR ist denkbar. Ansonsten kann eine verjährte Forderung des Liberierungsschuldners nicht zur Verrechnung gebracht werden.

5 So ausdrücklich für den Sanierungsfall: Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 52 N 125; sowie ebenso ausdrücklich Treuhand-Kammer, Revisionshandbuch der Schweiz, Zürich 1992, im folgenden «RHB», Ziff. 7.40422, S. 568 bzw. Ziff. 7.307, S. 547 und – die auch heute noch unverändert gültige – Fachmitteilung Nr. 7 der Treuhand-Kammer («Der Rangrücktritt»), Zürich 1996, wo dies ausdrücklich vorgesehen wird; folgende Literaturstelle hat den Sanierungsfall bei der Liberierung durch Verrechnung immerhin für nicht erwähnenswert befunden: Böckli 1. A., N 206.

6 Z.B. BGE 87 II 169 ff. insb. 177, der feststellte, dass die Liberierung durch Verrechnung keinen Spezialfall der Liberierung durch Sacheinlage darstelle, bei welcher der Gläubiger seine Forderung gegenüber der Gesellschaft in die Gesellschaft einbringe und die Forderung anschliessend infolge Konfusion untergehe. Richtig stellt Glanzmann (Glanzmann, Lukas; Die Kapitalerhöhung durch Verrechnung, Sinnvolle Sanierungsmassnahme bei Aktiengesellschaften, in: Neue Zürcher Zeitung, Nr. 158 vom 12. Juli 1999, im folgenden «Glanzmann», S. 15) fest, dass dieser Entscheid seine Gültigkeit auch unter dem neuen Aktienrecht behalten habe, weil sich das Konzept der Liberierung durch Verrechnung nicht geändert habe. Seither ist in dieser Sache auch kein neuer höchstrichterlicher Entscheid gefallen.

7 Chaudet, François; L'augmentation ordinaire du capital social, dans: Le nouveau droit des sociétés anonymes, Publication CEDICAC 23, Lausanne 1993, S. 285.

8 Böckli 1.A., N 206.

9 Böckli 2.A., N 206 bis 206b.

10 Neue Zürcher Zeitung, Nr. 169 vom 24./25. Juli 1999, im folgenden «NZZ», S. 17; Tages-Anzeiger vom 24. Juli 1999, S. 21; allerdings haben die betroffenen Gläubiger trotz Vergleichsabschluss eine Nachliberierungspflicht stets bestritten. Diese Argumentation ist umso einleuchtender, weil mit dem Vergleich auch allfällige Verantwortlichkeitsansprüche gegen diese Gläubiger – sie hatten formelle eigene Vertreter in den Verwaltungsrat der gescheiterten Gesellschaft ent-

sandt und waren entsprechend exponiert – erledigt wurden.

11 Neue Zürcher Zeitung, Nr. 202 vom 1. September 1999, S. 27; Die Argumentation verläuft allerdings entlang den in diesem Aufsatz widerlegten Argumenten Böcklis. Das zusätzlich erwähnte Argument des Verrechnungsverbots im Konkurs (Art. 213 Abs. 4 SchKG) ist nicht stichhaltig. In diesem Fall geht es nämlich um eine noch gar nie erfolgte Liberierung, die auch im Konkurs noch nachgeholt werden soll. Es handelt sich bei dieser sinnvollen Vorschrift um eine logische Konsequenz der aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften. Die Liberierung durch Verrechnung mit einem Passivum ist voll werthaltig und hat daher mit Art. 213 Abs. 4 SchKG nichts zu tun. Gemäss Art. 634a OR darf die nachträgliche Leistung auf nicht voll liberierte Aktien ausserhalb des Konkurses auch durch Verrechnung erfolgen. Allerdings ist ein Extremfall denkbar, wo diese Verrechnung auch vor Konkurseröffnung nicht gestattet wäre, und zwar wenn der Nachliberierungsschuldner, der im Konkurs zum geldmässigen Einschliessen des entsprechenden Betrages verpflichtet würde, kurz vor der Konkurseröffnung diese Schuld in einer Kapitalerhöhung mit Liberierung durch Verrechnung tilgt. Dies würde eine Gläubigerbenachteiligung bzw. -begünstigung i.S. der Art. 285 ff. SchKG bedeuten.

Alle anderen Argumente des NZZ-Artikels werden im vorliegenden Aufsatz mit Begründung zurückgewiesen. Der Vorschlag mit den Genussscheinen und dem Verzicht der Gläubiger ist rechtlich tatsächlich eine Alternative zur Liberierung durch Verrechnung. Sie ist aber wesentlich unpraktischer als die problemlose Liberierung durch Verrechnung und hat sich deshalb in der Praxis nicht durchgesetzt.

12 Eine Einschränkung der Revisionstelle in ihrer Prüfungsbestätigung bezüglich der Äusserungen des Verwaltungsrates (im Kapitalerhöhungsbericht) zur Verrechenbarkeit ist nicht denkbar. Die Bestätigung der Vollständigkeit und Richtigkeit des Berichtes des Verwaltungsrates muss schon deshalb bedingungslos erfolgen, weil die vollständige Liberierung gesichert sein muss.

13 Wie die NZZ, S. 17, bereits durch die Bemerkung antönt, dass es nun kaum noch jemanden gebe, der eine Sanierung in der Art der Biber-«Sanierung» durchzuziehen wagt.

14 Die gute Argumentation Glanzmanns kann präzisiert und wesentlich erweitert werden.

15 Z.B. Art. 628, Art. 632 ff. OR für die Gründung sowie Art. 650 ff. insbesondere Art. 652c ff. OR für die Kapitalerhöhung.

16 Es versteht sich von selber, dass ein Gläubiger seine ungesicherte Forderung gegen einen überschuldeten Debitoren ganz oder teilweise wertberichtigen muss. Doch dies ist eine Massnahme aus der Sicht des Gläubigers.

17 Vergleichbar mit diesem Gedankensprung wäre z.B., wenn man die rechtlichen Voraussetzungen der Schuldübernahme (die Frage des Gläubigerwechsels aus Sicht des Schuldners, welche u.a. Zustimmung des Gläubigers erfordert, Art. 175 ff. OR) mit den entsprechenden Vorschriften über die Debitorenzession (die Frage des Schuldnerwechsels aus Sicht des Gläubigers, welche keiner Zustimmung des Debitoren bedarf, Art. 164 OR) vermischt.

18 Ebenso Glanzmann, S. 15.

- 19 Z. B. HWP Ziff. 2.25, S. 73, wo lakonisch festgehalten wird, dass die Passiven vollständig zu erfassen seien, bzw. in HWP Ziff. 2.23, S. 49; oder HWP Ziff. 2.34, S. 134 und S. 214.
- 20 Es versteht sich, dass Passiven überhöht (stille Reserven) sein können oder sich einer Quantifizierung entziehen können (Rückstellungen). Bei fest verzinslichen Fremdkapitalien kann sich auch der Barwert der Verbindlichkeit vom Nominalbetrag entfernen etc. Diese Varianten spielen für die vorliegende Diskussion jedoch keine Rolle.
- 21 Weitere Beispiele liessen sich finden.
- 22 Es versteht sich, dass die Gläubiger bei der Befolgung der Vorschriften von Böckli noch besser gestellt würden, weil der zusätzliche Zufluss von Barmitteln die finanzielle Lage der Gesellschaft noch mehr verbessern würde. Wie auch Glanzmann richtig bemerkt, (S. 15) haben die Gläubiger jedoch keinerlei Anspruch auf Durchführung einer Kapitalerhöhung. Diese Überlegungen sind allerdings reine Theorie. Kaum ein Gläubiger würde unter diesen Umständen die Kapitalerhöhung mitmachen.
- 23 Die Werthaltigkeit der Forderung spielt mit Gewissheit in folgendem Falle eine Rolle: G möchte die Kapitalerhöhung durch eine Forderung, die ihm gegen seinen Debitoren Z zu steht, liberieren. Bei dieser Liberierung findet sich die Entsprechung für die Zunahme des nominellen Aktienkapitals auf der Aktivseite der Bilanz der X-AG, wo neu die eingebrachte Forderung gegen Z bilanziert wird. Dies ist nichts anderes als eine Sacheinlage, deren Werthaltigkeit nach Art. 652e Ziff. 1 OR geprüft werden muss. Aktiven sind nicht per definitionem werthaltig. Bei der Liberierung durch Verrechnung hingegen findet sich die Entsprechung der Kapitalerhöhung auf der Passivseite, wo die Schuld des G verschwindet. Eine Bewertung entfällt, da Passiven per definitionem werthaltig sind.
- 24 Leider hat das HWP in Ziff. 7.24, S. 39f. die Behauptungen (nicht jedoch die Begründungen) von Böckli tel quel übernommen, und zwar in einer 180°-Kehrtwendung zur Ausgabe von 1992. Dagegen ist folgendes zu sagen: Erstens widerspricht sich dasselbe HWP in Ziff. 2.38, S. 365, wo es nach wie vor die alte – m. E. richtige – Ansicht vertritt, dass die Umwandlung von rangrücktrittsbelasteten Darlehen in Eigenkapital gestattet sei. Zweitens fehlt es m. E. an einer Begründung im HWP. So müsse gemäss HWP sichergestellt sein, dass die zu verrechnende Forderung des Kapitaleinbringers vollständig durch Aktiven der zu sanierenden Gesellschaft gedeckt sei. Es bleibt verschlossen, was damit gemeint sein könnte. Gewiss haben die Aktiven bei der vorliegenden Fragestellung nichts mit der Passivseite der Gesellschaft zu tun; im Gegenteil wird ja der Sanierungsbedarf überhaupt erst durch die Tatsache des Passivenüberhangs ausgelöst. Diese Tatsache soll nun gleichzeitig Auslöser und Verhinderer der Schaffung von Eigenkapital sein?
- 25 Unklar ist, weshalb Glanzmann die Situation der künftigen Gläubiger speziell betrachtet und sich die Frage stellt, ob diese allenfalls ein Recht darauf hätten, dass bei einer Kapitalerhöhung z. B. ein Liquiditätszufluss erfolge. Dies ist nicht der Fall. Einzig dürfen die künftigen Gläubiger darauf vertrauen, dass das neue Kapital liberiert sei. Welche der verschiedenen vom Gesetz zur Verfügung gestellten Liberierungsformen gewählt wird, ist nicht Sache der Gläubiger. Im übrigen fehlt es bei der Sacheinlage ebenfalls an einer Liquiditätszufuhr, insbesondere wenn das Aktivum ins Anlagevermögen eingestellt wird.
- 26 Ebenso Glanzmann, S. 15.
- 27 Im erwähnten Artikel der NZZ vom 1.9.99 wird gegen Ende behauptet, dass der Zeichner, der seine Liberierungspflicht in bar oder durch Sacheinlage erfülle, fraglos eine grössere Leistung als derjenige erbringe, welcher lediglich notleidende Forderungen zur Verrechnung bringe. Dies führe zu einer Ungleichbehandlung der Aktionäre. Abgesehen davon, dass dieses Argument wiederum grundlegend von der falschen Annahme der Nichtwerthaltigkeit eines Passivums ausgeht, übersieht es zudem, dass der aktienrechtliche Schutz bei einer vollwertigen Liberierung allen Aktionären zu Gute kommt. Für die Gesellschaft und die Gläubiger stellt das Aktienrecht sicher, dass jede Liberierung vollwertig erfolgt. Unterschiede in der Finanzkraft der Aktionäre bzw. im Zeitpunkt der Liberierung sind für diese Frage irrelevant. Auch wenn die Aktionäre m. a. W. in diesem Punkt ungleich behandelt wären, so betrifft diese Ungleichbehandlung nicht ihren aktienrechtlichen Schutz in Bezug auf die Liberierungsvorschriften und die Ungleichbehandlung ist daher keine aktienrechtliche.
- 28 Böckli 2.A., N 1705a; Camponovo, Rico A.: Aufgaben und Stellung der Revisionsstelle im Umfeld von Art. 725 OR, in: Der Schweizer Treuhänder 9/97, S. 769 f. Ziff. 6.2 Abs. 3.
- 29 In BGE 87 II 179 wird die vorzeitige Fälligkeit für eine gestundete Forderung bejaht.
- 30 Fachmitteilung Nr. 7 der Treuhand-Kammer («Der Rangrücktritt»), Zürich 1996.

RESUME

Augmentation du capital-actions par la compensation de créances

Un moyen apprécié et efficace pour un assainissement du bilan consiste à transformer des fonds étrangers en fonds propres. La libération de l'augmentation de capital intervient alors par une compensation avec des dettes de la société, le créancier concerné de la société débitrice devenant actionnaire de celle-ci. Cette simple mesure permet ainsi à une société surendettée de redresser son bilan.

Bien que cette mesure repose sur une base juridique claire ainsi que sur une pratique bien établie et jamais remise

en cause (déjà sous l'ancien droit des sociétés) et que de plus, elle sauvegarde les intérêts de tous les actionnaires et créanciers de la société, elle a été la cible, ces derniers temps, de critiques.

Selon celles-ci, formulées entre autres par Böckli et Chaudet, il conviendrait de considérer la créance convertie à sa valeur inhérente (par opposition à sa valeur nominale). Cette interprétation, dérivée en particulier du droit allemand (qui assimile la libération de capital par conversion de créance à un

apport en nature), paraît infondée à l'auteur. Celui-ci estime que dans le cadre d'un assainissement, la notion de libération de capital par compensation de créance est juridiquement claire et sans équivoque. Le droit suisse prévoit expressément cette forme spécifique de libération qui peut donc être effectuée sans problème et représente par ailleurs le moyen le plus simple pour atteindre l'objectif recherché par l'assainissement en améliorant la situation financière de toutes les parties concernées.

RAC/HL

An Fachteam Revisionsrecht

Datum 25. Mai 2000

Von Rico A. Camponovo, J

Ref Cam/Bad

Cc R. Züger

KPMG-Praxis bei Kapitalerhöhungen mit Liberierung durch Verrechnung bei überschuldeten Gesellschaften

A. Ausgangslage

Die Problematik um die Liberierung durch Verrechnung bei überschuldeten Gesellschaften setze ich als bekannt voraus. Sie wurde vor allem im Anschluss an die Neuauflage des Schweizerischen Aktienrechts von Peter Böckli (1996) und nachdem das HWP von 1998 unglücklicherweise an einer Stelle eine ähnliche Änderung vorgenommen hat aktuell. Zudem sind diese Probleme im Rechtsalltag (Konkursfall Biber) im Jahre 1999 in der Presse aufgetaucht. In meinem Aufsatz im ST 10/99 S. 885 ff. habe ich mich mit dieser Fragestellung im Detail auseinandergesetzt und die Argumente von Böckli rechtlich widerlegt. Schlussfolgerung war, dass die Aktienkapitalerhöhung durch Verrechnungsliberierung im Sanierungsfalle nach wie vor zweifellos möglich sei.

B. Fragestellung

Bei einer Firma in der Grösse von KPMG kommt ca. alle ein bis zwei Wochen ein diesbezüglicher Fall in der Praxis vor. Dabei müssen die Revisoren bei der Abgabe des Prüfberichtes bedingungslos ja oder nein zur vorgesehenen Verrechnungsliberierung sagen. Es gibt keinen Mittelweg, weil bedingte Revisionsberichte in einem solchen Fall nicht zulässig sind.

Es hat sich daher die Frage gestellt, ob die KPMG-Praxis infolge der erwähnten Kritik geändert werden muss.

C. Lösungsvorschlag

Im Oktober/November 1999 wurde diese Frage, insbesondere zwischen Stefan Zwicker, Peter Herzog, Rudolf Züger und mir, diskutiert. Herr Züger tendierte dazu, den Entscheid über die KPMG-Praxis in diesen Fällen den Juristen zu überlassen, weil es sich um ein typisch juristisches Problem handelt. In der Folge haben Stefan Zwicker, Peter Herzog und ich einstimmig entschieden, dass an der bisherigen Praxis mit guten Gründen festgehalten werden kann und muss.

Es versteht sich, dass in solchen Fällen die gesamten Umstände besonders genau zu prüfen sind und vor allem Umgehungen von anderen Kapitalerhöhungsarten nicht akzeptiert werden könnten. Trotz der klaren Entscheidung für die Zulässigkeit der bisherigen Praxis muss fest-

