

1. Unterbilanz und Kapitalverlust

Das Aktienkapital stellt eine Wertquote dar, in deren Höhe sich die Aktionäre zu Einlagen in das Gesellschaftsvermögen verpflichtet haben. Das Bruttovermögen ergibt sich aus all den einer Gesellschaft zustehenden Vermögenswerten. Das Netto- oder Reinvermögen ist die Differenz zwischen Bruttovermögen und Fremdkapital, den Verpflichtungen einer Gesellschaft. Eine Unterbilanz liegt vor, wenn das Reinvermögen einer Gesellschaft unter die Wertquote ihres Aktienkapitals sinkt, welches dann nicht mehr vollständig gedeckt ist (ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, § 16 N 48 ff.). Ein Kapitalverlust hingegen liegt gemäss OR 725 I erst vor, wenn die letzte Jahresbilanz ergibt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist. Dies ist eine qualifizierte Form der Unterbilanz. Der Verwaltungsrat (VR) hat dann unverzüglich eine Generalversammlung (GV) einzuberufen und dieser Sanierungsmassnahmen zu beantragen. Man spricht daher auch von der „Alarmglocke“ zur Einleitung von Sanierungsmassnahmen (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 1 N 277). Die HVW AG besitzt gemäss Jahresbilanz von 2010 ein Aktienkapital von CHF 400'000.-, ein Bruttovermögen von CHF 9'700'000.- und Fremdkapital in der Höhe von CHF 9'600'000.-. Ihr Reinvermögen beträgt demnach lediglich CHF 100'000.-. Reserven besitzt die HVW AG noch nicht. Damit ist die Summe von Aktienkapital und Reserven der HVW AG zu mehr als der Hälfte nicht mehr gedeckt. Es liegt ein Kapitalverlust i.S.v. OR 725 I vor. Der VR der HVW AG hat unverzüglich eine ausserordentlich GV einzuberufen. Es gelten die Regeln von OR 700 f. Der VR bereitet die GV (Sanierungsversammlung) vor und legt ihr die Sanierungsmassnahmen in entscheidungsreifer Form vor. Dazu sind die Aktionäre vorhergehend über Ursachen und Auswirkungen der Sanierung in schriftlicher Form zu unterrichten (BÖCKLI, § 13 N 751 ff.).

2. Überschuldung und Sanierung

a) Überschuldung

Gemäss OR 725 II muss der VR bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellen und diese einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorlegen. Ergibt sich aus dieser Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten gedeckt sind, so liegt nach OR 725 II eine Überschuldung vor. In einem solchen Fall hat der VR das Gericht darüber zu benachrichtigen, sofern kein Rangrücktritt in der Höhe der Unterdeckung stattfindet. Unter Rangrücktritt ist ein echter Vertrag zugunsten Dritten zu verstehen, durch den ein oder mehrere Gesellschaftsgläubiger zugunsten der übrigen Gesellschaftsgläubiger in der Höhe der Überschuldung vorübergehend auf die Ausübung ihrer Forderungsrechte gegenüber der Gesellschaft verzichten (BÖCKLI, § 13 N 798). Gemäss Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerten verfügt die HVW AG im April 2011 über ein Aktienkapital von CHF 400'000.-, ein Bruttovermögen von noch CHF 9'000'000.- und ein unverändertes Fremdkapital von CHF 9'600'000.-. An die Stelle des Reinvermögens ist demnach eine Überschuldung von CHF 600'000.- getreten. Dadurch wird weder das Aktienkapital noch das gesamte Fremdkapital durch die Aktiven gedeckt. Die HVW AG ist überschuldet. Ein Rangrücktritt von Gläubigern der HVW AG liegt nicht vor. Der VR der HVW AG muss dem Gericht die Überschuldung anzeigen. Das Gericht eröffnet daraufhin nach OR 725a I den Konkurs über die Gesellschaft. Sofern Aussicht auf sofortige Sanierung besteht, kann der Konkurs vom Gericht aufgeschoben werden. Stattdessen trifft es dann Massnahmen zur Vermögenserhaltung.

b) Sanierung

Die HVW AG könnte versuchen, die Gläubiger dazu zu bewegen, ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft in Aktienkapital umzuwandeln (*debt-equity-swap*). Dies kommt dann einer Kapitalerhöhung durch Verrechnungsliberalisierung gemäss OR 652e Ziff. 2 gleich und führt zu einer Vergrösserung des Eigenkapitals und einer entsprechenden Verminderung des

Fremdkapitals. Gesamthaft verändert sich die Höhe der Passiven jedoch nicht (BÖCKLI, § 13 N 752 ff.). Für eine Verrechnung setzen OR 120 ff. Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit und Verfügbarkeit beider Forderungen voraus. Die Liberierungsforderung muss zudem erfüllbar, die Gegenforderung fällig und klagbar sein. Sowohl die Aktionärsdarlehen von Hans, Valentina und Walter als auch die Liberierungsforderung der HVW AG lauten auf Geld und sind mangels anderweitiger Angaben auch verfügbar. Die Darlehensforderungen bestehen gegenüber der HVW AG, die Liberierungsforderungen gegenüber den Gläubigern Hans, Valentina und Walter. Die Forderungen sind also gegenseitig. Gemäss Sachverhalt steht der Erfüllbarkeit und der Klagbarkeit der Forderungen nichts im Wege. Die Liberierungsforderung wäre zudem fällig. Somit ist eine Verrechnung der Forderungen nach OR 120 möglich. Formell ist nebst einer Verrechnungserklärung ein Kapitalerhöhungsbericht nötig, in dem gemäss OR 635 Ziff. 2 über Bestand und Verrechenbarkeit der Forderungen Rechenschaft gegeben wird. Dieser Bericht ist nach OR 652f I von einem zugelassenen Revisor zu prüfen und seine Richtigkeit und Vollständigkeit zu bestätigen. Anschliessend bedarf es einer Statutenänderung gemäss OR 652g I.

3. Verantwortlichkeit

a) Ansprüche der Konkursmasse

Die Verletzung der Pflichten des VR gemäss OR 725 I und II stellt einen schweren Gesetzesverstoss dar und führt zur Verantwortlichkeit des VR nach OR 754 ff. (HANSPETER WÜSTINER, Art. 725 N 6, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter [Hrsg.], Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: OR II Art. 530-1186, 3. Aufl., Basel 2008). Gemäss OR 754 I sind die Mitglieder des VR der Gesellschaft, den Aktionären und auch den Gesellschaftsgläubigern für den Schaden, den sie in absichtlicher oder fahrlässiger Verletzung ihrer Pflichten verursachen, verantwortlich. Gesellschaftsgläubiger sind jedoch gemäss OR 757 I erst im Konkurs der Gesellschaft zur Klage berechtigt, da sie zuvor nicht geschädigt sind. Die Gläubigergesamtheit, vertreten durch die Konkursverwaltung hat nach OR 757 I ein Vorklagerecht. Zu unterscheiden ist ferner der mittelbare vom unmittelbaren Schaden. Wer nur geschädigt ist, weil die Gesellschaft einen Schaden erleidet, kann gemäss OR 756 I nur auf Leistung an die Gesellschaft klagen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 577). Vorausgesetzt wird also ein Schaden, eine Pflichtverletzung, Verschulden sowie Kausalität zwischen Schaden und Pflichtverletzung (BÖCKLI, § 2 N 123 ff.). Gemäss Sachverhalt unterlässt der VR der HVW AG trotz Kapitalverlust und Überschuldung jegliche Massnahmen und vertraut auf die selbständige Besserung der finanziellen Lage der Gesellschaft. Der VR verletzt somit widerrechtlich seine Pflichten gemäss OR 725 I und II. Durch dieses Unterlassen der Sanierungsmassnahmen fällt die HVW AG in Konkurs, wodurch die Gläubiger ihre Forderungen (teilweise) verlieren. Es ist somit kausal für den entstandenen Schaden. Die VR wussten um die finanzielle Notlage der Gesellschaft und ihrer zu erfüllenden Pflichten. Sie unterliessen diese im Vertrauen auf selbständige Besserung der Situation absichtlich. Damit haften die drei VR Hans, Valentina und Walter der Konkursmasse für den Schaden gemäss OR 754 I i.V.m 756 I.

b) Zahlungsunfähigkeit des Walters

Gemäss OR 759 I haften alle ersatzpflichtigen VR nach Massgabe ihres Verschuldens und den Umständen solidarisch miteinander. Vorliegend sind alle VR gleichermassen verantwortlich. Sie haften somit alle solidarisch. Bei solidarischer Haftung kann der Gläubiger gemäss OR 144 I von allen Solidarschuldnern die ganze oder nur einen Teil der Schuld fordern. Nach OR 759 II können mehrere Verantwortliche gemeinsam für den Gesamtschaden eingeklagt werden. Der Richter bestimmt dann den Rückgriff unter den Solidarschuldnern. Die Konkursmasse sollte daher nur Hans und Valentina auf den ganzen Schaden einklagen. Das Rückgriffsrecht von Hans und Valentina auf Walter bestimmt dann der Richter. Es ist somit ihr Problem, wie sie den zuviel bezahlten Betrag von Walter zurückerstattet bekommen.