

**Fall 7****Frage 1**

Die erste Teilfrage bezieht sich auf die Qualifikation der Bilanz. Die HWW AG weist zurzeit ein Bruttovermögen von 9.7 Mio. CHF. auf und ein Nettovermögen von 100'000. CHF. Das Aktienkapital und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind. Auf der Aktivseite muss der Posten Verlust/Verlustvortrag eingesetzt werden. Die Aktiven decken neben dem Aktienkapital auch nicht mehr das gesamte FK. Es handelt sich hierbei um die qualifizierte Form der Unterbilanz: dem Kapitalverlust. Die Zweite Teilfrage, bezieht sich auf was der VR dagegen machen muss. Gem. Art 725 I OR muss der VR unverzüglich eine Generalversammlung einberufen, wenn die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt sind und dort Sanierungsmassnahmen beantragen. Art 725 II OR wenn Besorgnis zur Überschuldung besteht, muss der VR eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Liquidationswerte zu erstellen. Weiter müsste der Richter informiert werden, sofern nicht Gläubiger bei ihren Forderungen im Rang zurücktreten oder Sanierungsmassnahmen in Aussicht sind (Art. 725a OR) Grundsätzlich hätte der VR bereits bei der Überschuldung, diese anzeigen müssen, falls er dies unterlässt hätte dies die Revision stelle machen müssen (Art. 729c OR). Bei Kapitalverlust trifft diese keine Pflicht mehr. Hat der VR seine Pflichten verletzt, kann er gem. Art 754 OR in die Verantwortlichkeit genommen werden. I.c. Der VR muss unverzüglich eine GV einberufen gem. Art 699 OR und Sanierungsmassnahmen beantragen. **Fazit:** Es liegt ein Kapitalverlust vor und der VR hat Massnahmen gem. Art. 725 I und II OR zu treffen.

**Frage 2**

**a)** Wieder werden wie in Frage 1 untersucht was vorliegt und was der VR unternehmen muss. Bei der im April 2011 erstellten Zwischenbilanz, ist das Bruttovermögen auf 9 Mio. CHF. zusammenschmolzen. Nettovermögen besteht keines mehr. Anstellte tritt eine Überschuldung von 600'000 CHF. ein. Die Gesellschaft ist Überschuldet. Der VR hätte die Pflicht eine Zwischenbilanz aufzustellen und diese von einem zugelassenen Revisor prüfen zu lassen (Art. 725 II OR). Ergibt sich aus der Zwischenbilanz, dass die Forderungen der Gläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Liquidationswerten gedeckt sind, muss der Verwaltungsrat dies beim Richter anzeigen. Die Anzeigepflicht kann ausbleiben, wenn Gläubiger im Rang ihrer Forderungen zurücktreten. Weiter kann der VR den Konkursaufschub verlangen, wenn ernsthaft Sanierungsmassnahmen in Aussicht gestellt werden gem. Art. 725a OR. I.c. wurde eine Zwischenbilanz erstellt. Die Forderungen der Fortführungs- und Liquidationswerten sind nicht mehr gedeckt. Der VR müsste nun entweder Verhandlungen mit Gläubigern aufnehmen, die in ihrem Rang zurücktreten, den Richter informieren oder einen wirksamen Sanierungsplan vorlegen, mit welchem der Konkursaufschub möglich ist. **Fazit:** Es liegt Überschuldung vor. Der VR hat die vorher genannten Pflichten.

**b)** Es wird nun untersucht, welche Sanierungsmassnahmen durch Einsatz der Aktionärsdarlehen zur Verfügung stehen. Wie bereits erwähnt, können die Darlehensgläubiger im Rang zurücktreten gem. Art 725 II OR. Zuerst könnten aber noch buchmässige Wertkorrekturen vorgenommen werden. Gem. Art 670 I OR können Grundstücke oder Beteiligungen, deren wirklichem Wert über die Anschaffungskosten –oder Herstellungskosten gestiegen ist, bis höchstens zu diesem Wert aufgewertet werden. Eine weiter buchhalterische Korrektur, ist die Auflösung der gesetzlichen Reserven gem. Art. 671 III OR. Weiter können auch stille Reserven aufgelöst werden, sowie Rückstellungen (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10 Auflage, Bern 2007, Vgl. S. 410ff.). Eine andere Möglichkeit ist eine Kapitalerhöhung gem. Art 650 OR, damit frische Mittel in die AG einfliessen. Weiter kann ein Aktionär auch Darlehen das sog. Sanierungsdarlehen gewähren. Ein Rangrücktritt der Gläubiger ist auch möglich. Es kann auch das Gegenteil gemacht werden, nämlich eine Kapitalherabsetzung entweder eine konstitutive oder deklarative gem. den Regeln von Art. 732 ff.

OR. Die nächste Möglichkeit besteht mit der so genannten Harmonika, indem das Aktienkapital auf Null herabgesetzt wird und anschliessend wieder zur selben Höhe mit neuem voll liberiertem Aktienkapital erhöht wird. Der Vorteil ist dass dies keine Statutenänderung verlangt werden sofort wieder das Aktienkapital in derselben Höhe voll liberiert wird (Art.732 I OR). Dafür gehen die bisherigen Rechte der Aktionäre unter und die alten Aktien müssen vernichtet werden und neue herausgegeben werden (Art 732a OR). Weiter kann eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung durchgeführt werden. Dabei einigt sich die Gesellschaft mit den Gläubigern zur Umwandlung von deren Forderungen in Aktienkapital. Dabei vermindert sich FK und erhöht das EK. Es wird also FK in EK umgewandelt, sog. debt-equity swap (<http://www.forstmoser.ch/publications/articles/2003-verrechnung-zsr.pdf> S.2). I.c. schweigt sich der SV aus was genau im AV drin ist. Falls Liegenschaften oder andere Gerätschaften die im Wert gestiegen sind, können diese Aufgewertet werden. Falls noch vorhanden sollten die stillen Reserven aufgelöst werden. Es sind keine gesetzlichen Reserven ersichtlich. Weiter können die drei Darlehensgläubiger H V und W, e in ihrem Rang zurücktreten oder sie könnten den debt-equity swap machen und damit das Aktienkapital erhöhen, um die Gesellschaft vor Überschuldung zu retten. Weiter könnte man die Harmonika einsetzen eine Kapitalherabsetzung ist nicht zu empfehlen. **Fazit:** Zuerst sollten die Reserven aufgelöst werden. H V und W sollten ihre Darlehen durch einen debt-equity swap der Gesellschaft als Eigenkapital überlassen, womit die Gesellschaft durch die Darlehen saniert wird.

### Frage 3

a) Gem. Art. 754 I OR haften VR und GL gegenüber der Gesellschaft sowohl den einzelnen Aktionären den Gesellschaftsgläubiger für den Schaden, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Weiter Ansprüche können gem. Art 757 und 717 OR geltend gemacht werden. Es muss ein Schaden vorliegen. Ein Schaden ist gem. der Differenztheorie, die Differenz zwischen aktuellen Vermögen und dem hypothetischen Vermögenstand, die sich entweder in der Minderung der aktiven oder in der Erhöhung der passiven niederschlägt ohne die Pflichtverletzung. Es braucht Wiederrechtlichkeit entweder ein Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut oder einer Verletzung einer Schutznorm. Das Vermögen ist kein absolut geschütztes Rechtsgut. Es braucht natürliche und adäquate Kausalität. Die natürliche Kausalität richtet sich nach sine qua non. Die adäquanz ist gegeben, wenn nach gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung der Schädigende Ereignis an sich geeignet ist den Schaden zu verursachen. Sowie muss ein Verschulden vorliegen. Auf der Subjektiven des Verschulden ist Urteilsfähigkeit der Person fordert. Auf der objektiven Seite, wird ein Sorgfaltsmassstab angewandt, der eine durchschnittliche Person angewendet hätte. I.c. verlieren die Gläubiger und Aktionäre ihr eingesetztes Vermögen. Ein Schaden liegt vor. Für die Wiederrechtlichkeit kommt Art. 725 OR infrage, weil der VR unterlassen hat Sanierungsmassnahmen zu ergreifen. Hätte der VR Sanierungsmassnahmen ergriffen werden Schaden höchst wahrscheinlich nicht entstanden. Es ist auch nach allgemeiner Lauf der Dinge normal, dass ein unterlassen von Pflichten zu einem Schaden führt. Mangels gegenseitig sind H V und W sicher urteilsfähig. Der VR unterliess absichtlich Sanierungsmassnahmen wodurch er vorsätzlich handelte. **Fazit:** Die Konkursmasse hat Anspruch auf Schadensersatz gemäss Art. 754 I OR.

b) Gem. Art. 759 I OR haftet jeder der Beteiligten Umfang des ihm zurechenbaren Schadens unbeschränkt und solidarisch im Aussenverhältnis. Gem. Art. 759 II OR können auch mehrere Personen für den Gesamtschaden eingeklagt werden. Im Innenverhältnis müsste dann Regress genommen werden. I.c. ist W zahlungsunfähig, was bedeutet er kann den Schadensersatzanspruch nicht befriedigen, entweder wird der Schaden bei H und V eingeklagt oder der Gesamtschaden geltend gemacht und individuelle Schadensberechnung dem Richter zu überlassen. **Fazit:** Es sollten nur H und V eingeklagt werden oder aufgrund der Prozessökonomie den ganzen Schaden geltend gemacht werden.