

Dr. iur. Marc Grünenfelder, Rechtsanwalt

# **Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten**

**DIKE**

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht .....	I
Inhaltsverzeichnis .....	III
Kurzzusammenfassung .....	X
Executive Summary .....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XII
Literaturverzeichnis .....	XV
Materialien.....	XXIII
<b>§ 1 Einleitung .....</b>	<b>1</b>
I.    Wirtschaftliche Ausgangslage .....	1
II.   Arten von Upstream-Sicherheiten .....	2
III.  Problemanalyse und Fragestellung.....	3
1. <i>Einleitung</i> .....	3
2. <i>Die zivilrechtliche Zulässigkeit von Upstream- Sicherheiten im</i> <i>Überblick</i> .....	5
3. <i>Die Wertbeständigkeit der Upstream-Sicherheit</i> .....	6
4. <i>Die betriebsrechtliche Zulässigkeit der Upstream-Sicherheit</i> .....	6
5. <i>Flankierende Massnahmen beim Abschluss von</i> <i>Upstream-Sicherheiten</i> .....	7
IV.  Abgrenzung .....	7
<b>§ 2 Grundlagen .....</b>	<b>9</b>
I.    Die inhaltlichen Schranken gemäss Art. 19 f. OR.....	9
1. <i>Einleitung</i> .....	9
2. <i>Grundsatz der Vertragsfreiheit</i> .....	10
3. <i>Die gesetzlichen Regeln</i> .....	10
3.1 Die Grundregeln von Art. 19 f. OR .....	10
3.2 Die Rechtsfolgen eines Verstosses gegen die inhaltlichen Schranken .....	11
II.   Die organschaftliche Vertretung .....	12
1. <i>Einleitung</i> .....	12
2. <i>Die Vertretungsorgane</i> .....	13
3. <i>Der Umfang der organschaftlichen Vertretung</i> .....	15
3.1 Einleitung.....	15
3.2 Die Vertretungsmacht.....	16
3.3 Die Vertretungsbefugnis.....	18
3.4 Der Gutgläubensschutz im Sinne von Art. 718a Abs. 2 OR .....	20
3.5 Der Genehmigungsvorbehalt der Generalversammlung i.S.v. Art. 716b E-OR (Exkurs) .....	23
4. <i>Die Rechtsfolgen bei fehlender Vertretungswirkung</i> .....	24

III.	Zusammenfassung .....	25
<b>§ 3</b>	<b>Die zivilrechtliche Gültigkeit der Upstream-Sicherheit .....</b>	<b>27</b>
I.	Einleitung .....	27
II.	Der statutarische Gesellschaftszweck .....	27
1.	<i>Einleitung</i> .....	27
2.	<i>Der Gesellschaftszweck im Allgemeinen</i> .....	28
2.1	Der statutarische Zweck .....	28
2.2	Der Endzweck .....	29
2.2.1	Die Gewinnstrebigkeit als Regelfall .....	29
2.2.2	Gewinnstrebigkeit als relativer Begriff .....	30
3.	<i>Die Vereinbarkeit der Upstream-Sicherheit mit dem Gesellschaftszweck</i> .....	31
3.1	Grundsätzliche Zweckkonformität .....	31
3.2	Die Zweckerweiterung durch eine Finanzierungsklausel .....	34
3.2.1	Einleitung .....	34
3.2.2	Rechtlicher Nutzen der Zweckerweiterung durch eine Finanzierungsklausel .....	35
4.	<i>Zusammenfassung</i> .....	38
III.	Interessenkollisionen .....	39
1.	<i>Einleitung</i> .....	39
2.	<i>Die Inschlaggeschäfte im Allgemeinen</i> .....	40
3.	<i>Die Zulässigkeit der Upstream-Sicherheit unter dem Aspekt der Interessenkollision</i> .....	42
3.1	Die Upstream-Sicherheit als gesellschaftsinteressewidriges Rechtsgeschäft .....	42
3.2	Der gute Glaube der kreditgebenden Bank beim Abschluss von Upstream-Sicherheiten .....	45
3.3	Die Genehmigung der Upstream-Sicherheit .....	47
3.3.1	Einleitung .....	47
3.3.2	Die Rechtsprechung und Lehre bei wirtschaftlich eng verbundenen Gesellschaften im Allgemeinen .....	47
3.3.3	Die Rechtslage bei Upstream-Sicherheiten im Fall vollständiger Beherrschung einer Tochtergesellschaft .....	49
3.3.4	Die Rechtslage bei Upstream-Sicherheiten im Fall einer bloss mehrheitlich gehaltenen Tochtergesellschaft .....	50
4.	<i>Zusammenfassung</i> .....	54
IV.	Die Reserveschutzvorschriften (Art. 671 ff. OR) .....	55
1.	<i>Allgemeines</i> .....	55
2.	<i>Das geschützte Kapital</i> .....	56
2.1	Überblick über die Reservearten und deren gesetzliche Gliederung .....	56
2.2	Die gesetzlichen Reserven (Art. 671–671b OR) .....	56
2.2.1	Der geschützte und der freie Teil der allgemeinen Reserve (Art. 671 OR) .....	56
2.2.2	Reserve für eigene Aktien (Art. 671a OR) .....	58
2.2.3	Aufwertungsreserve (Art. 671b OR) .....	59

2.2.4	Zwischenergebnis .....	59
2.3	Statutarische Reserven (Art. 672 f. OR) .....	60
2.4	Beschlussmässige Reserven (Art. 674 Abs. 2 und 3 OR) .....	61
2.5	Stille Reserven (Art. 669 Abs. 2–4 OR) .....	62
2.5.1	Allgemeines .....	62
2.5.2	Die Auflösung von stillen Reserven .....	62
2.5.3	Die stillen Reserven als Bestandteil der frei verfügbaren Reserve? .....	63
2.6	Der Umfang der geschützten Reserven gemäss Art. 671 ff. OR (zusammenfassender Überblick).....	66
2.7	Ausblick: Das geschützte Kapital gemäss Art. 671 ff. E-OR.....	67
2.7.1	Übersicht .....	67
2.7.2	Die gesetzliche Kapitalreserve (Art. 671 E-OR) .....	68
2.7.3	Die gesetzliche Gewinnreserve (Art. 672 E-OR) .....	68
2.7.4	Die freiwilligen Gewinnreserven (Art. 673 E-OR) .....	69
2.7.5	Der Umfang der geschützten Reserven gemäss Art. 671 ff. E-OR.....	69
2.7.6	Verrechnung von Verlusten .....	69
3.	<i>Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Reserveschutzvorschriften i.S.v. Art. 671 ff. OR</i> .....	70
3.1	Die Anspruchsgrundlage .....	70
3.1.1	Einleitung .....	70
3.1.2	Anwendbarkeit von Art. 678 OR bei der Verletzung der Reserveschutzvorschriften i.S.v. Art. 671 ff. OR .....	70
3.2	Der Tatbestand der ungerechtfertigten Leistung (verdeckte Gewinnausschüttung) i.S.v. Art. 678 Abs. 2 OR .....	72
3.2.1	Ungerechtfertigte Leistung .....	72
3.2.2	Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung sowie zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft .....	72
3.2.3	Offensichtlichkeit des Missverhältnisses.....	74
3.2.4	Leistung an einen Aktionär oder eine ihm nahestehende Person .....	76
3.2.5	Böser Glaube des Aktionärs oder der ihm nahestehenden Person .....	77
3.3	Rechtsfolgen.....	77
3.3.1	Allgemeines.....	77
3.3.2	Rechtsfolgen gegenüber nahestehenden Personen .....	78
3.3.3	Rechtsfolgen gegenüber ausserstehenden Dritten.....	79
4.	<i>Die Upstream-Sicherheit und die Verletzung der Reserveschutzvorschriften</i> .....	83
4.1	Anwendbarkeit von Art. 671 ff. i.V.m. 678 OR auf die Upstream-Sicherheit.....	83
4.2	Die Upstream-Sicherheit als unzulässige Kapitalentnahme i.S.v. Art. 671 ff. OR (Verletzung des geschützten Kapitals) .....	84
4.2.1	Einleitung .....	84
4.2.2	Die Rechtslage bei Upstream-Darlehen (Überblick).....	84
4.2.3	Die Rechtslage bei Upstream-Sicherheiten .....	85

4.2.4	Rechtsfolgen einer i.S.v. Art. 678 Abs. 2 i.V.m. 671 ff. OR widerrechtlichen Upstream-Sicherheit .....	86
4.2.5	Sonderfälle .....	88
4.2.5.1	Vorliegen von gegenseitig verrechenbaren Forderungen .....	88
4.2.5.2	Abtretung einer bestehenden Forderung der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft an die Bank .....	89
4.2.5.3	Dealing at arm's length-Prinzip? .....	89
4.3	Zusammenfassung .....	90
V.	Das Verbot der Einlagenrückgewähr (Art. 680 Abs. 2 OR) .....	92
1.	<i>Das Verbot der Einlagenrückgewähr</i> .....	92
2.	<i>Das geschützte Kapital</i> .....	92
2.1	Das Aktien- und Partizipationskapital .....	92
2.2	Das Agio .....	93
2.3	Die gebundenen und/oder freien Reserven (Art. 671 ff. OR)? .....	94
2.4	Umfang des geschützten Kapitals .....	96
3.	<i>Der Eigenkapitaltest</i> .....	96
4.	<i>Die Rechtsfolgen einer verbotenen Einlagenrückgewähr</i> .....	98
4.1	Die Anspruchsgrundlage .....	98
4.2	Rechtsfolgen .....	99
5.	<i>Die Upstream-Sicherheit und das Verbot der Einlagenrückgewähr</i> ... 101	
5.1	Die Anwendbarkeit des Verbots der Einlagenrückgewähr auf die Upstream-Sicherheit .....	101
5.2	Die Upstream-Sicherheit als unzulässige Kapitalentnahme i.S.v. Art. 680 Abs. 2 OR (Verletzung des geschützten Kapitals) .....	102
5.2.1	Einleitung .....	102
5.2.2	Die Rechtslage beim Upstream-Darlehen (Überblick) .....	102
5.2.2.1	Das Upstream-Darlehen als unzulässige Kapitalentnahme gemäss Art. 680 Abs. 2 OR (Verletzung des geschützten Kapitals) .....	102
5.2.2.2	Folgen der nachträglichen Verschlechterung der Bonität der Muttergesellschaft .....	104
5.2.3	Die Rechtslage bei der Upstream-Sicherheit .....	105
5.4	Zusammenfassung .....	107
VI.	Die Gewinnausschüttungsvorschriften .....	108
1.	<i>Einleitung</i> .....	108
2.	<i>Voraussetzungen einer gültigen Gewinnausschüttung</i> .....	109
2.1	Materielle Voraussetzungen (Art. 675 Abs. 2 i.V.m. 674 Abs. 1 und 671 ff. OR) .....	109
2.2	Formelle Voraussetzungen (Art. 696 Abs. 1, 698 Abs. 2 Ziffer 4, 716a Abs. 1 Ziffer 6, 728a f. bzw. 729a f. und 731 OR) .....	110
2.2.1	Überblick .....	110
2.2.2	Bei der ordentlichen und bei der eingeschränkten Revision .....	110
2.2.3	Beim Verzicht auf eine Revision .....	111
2.3	Ergebnis .....	111

3.	<i>Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten Gewinnausschüttung in formeller Hinsicht</i> .....	112
3.1	Die Anspruchsgrundlage.....	112
3.2	Die verdeckte Gewinnausschüttung i.S.v. Art. 678 Abs. 2 OR.....	112
4.	<i>Upstream-Sicherheit und die Bestimmungen über ungerechtfertigte Gewinnausschüttung</i> .....	113
4.1	Einleitung.....	113
4.2	Die Upstream-Sicherheit als unzulässige Gewinnausschüttung im formellen Sinn.....	113
4.2.1	Die Rechtslage bei Upstream-Darlehen (Überblick).....	113
4.2.2	Die Rechtslage bei Upstream-Sicherheiten.....	116
4.2.2.1	Allgemeines.....	116
4.2.2.2	Rechtsfolgen einer widerrechtlichen Upstream-Sicherheit unter den Aspekten der Gewinnausschüttung.....	117
4.2.2.3	Der gute Glaube der Bank.....	119
4.2.3	Rechtfertigung eines offensichtlichen Missverhältnisses durch eine Finanzierungsklausel im Gesellschaftszweck.....	121
4.3	Zusammenfassung.....	121
5.	<i>Verhältnis zwischen dem Eigenkapitalschutz (Art. 671 ff. und 680 Abs. 2 OR) und den Gewinnausschüttungsvorschriften (Art. 678 Abs. 2 OR)</i> .....	122
VII.	Die aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht (Art. 706 Abs. 2 Ziffer 3 und 717 Abs. 2 OR).....	123
1.	<i>Die aktienrechtliche Gleichbehandlungspflicht</i> .....	123
2.	<i>Rechtsfolgen einer Verletzung der aktienrechtlichen Gleichbehandlungspflicht</i> .....	125
3.	<i>Die Upstream-Sicherheit und die Gleichbehandlungspflicht</i> .....	126
3.1	Anwendbarkeit.....	126
3.2	Rechtsfolgen einer Verletzung der Gleichbehandlungspflicht i.S.v. Art. 706 Abs. 2 Ziffer 3 und 717 Abs. 2 OR.....	127
3.3	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit Geschäften mit potenzieller Benachteiligungsgefahr.....	128
3.4	Zusammenfassung.....	129
<b>§ 4</b>	<b>Werthaltigkeit und Wertbeständigkeit der Upstream-Sicherheit aus zivilrechtlicher Sicht</b> .....	<b>130</b>
I.	Überblick.....	130
II.	Die buchhalterische Behandlung und Bilanzierung der Upstream-Sicherheit.....	130
1.	<i>Einleitung</i> .....	130
2.	<i>Der Zeitpunkt vor der Verwertung der Upstream-Sicherheit</i> .....	131
3.	<i>Der Zeitpunkt nach der Verwertung der Upstream-Sicherheit</i> .....	133
III.	Problemanalyse: Das zeitliche Auseinanderklaffen zwischen Bestellung und Verwertung der Upstream-Sicherheit.....	134
1.	<i>Der Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung</i> .....	134

2.	<i>Der Zeitpunkt der Sicherheitenverwertung</i> .....	134
3.	<i>Schlussfolgerungen</i> .....	138
IV.	Keine Anwendbarkeit der Kapitalschutzvorschriften im Zeitpunkt der Verwertung .....	139
1.	<i>Einleitung</i> .....	139
2.	<i>Rechtliche Verfügung und entsprechende Bilanzierung im Zeitpunkt der Gewährung der Upstream-Sicherheit</i> .....	140
3.	<i>Genügender Schutz des Risikokapitals durch die Bilanzierungs- und Rechnungslegungspflichten sowie durch Art. 725 OR</i> .....	142
4.	<i>Verkehrs- und Rechtsschutzaspekte</i> .....	143
5.	<i>Volks- und betriebswirtschaftliche Notwendigkeit</i> .....	144
6.	<i>Ausgewogenes Ergebnis für sämtliche Parteien</i> .....	145
7.	<i>Drittsicherheit als gesetzliche Sicherungsform</i> .....	146
8.	<i>Fazit</i> .....	146
<b>§ 5</b>	<b>Die insolvenzrechtliche Gültigkeit der Upstream-Sicherheit</b> .....	<b>148</b>
I.	<i>Einleitung</i> .....	148
II.	Gemeinsame Ausführungen zu den paulianischen Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG) .....	148
1.	<i>Zweck und die Geltendmachung</i> .....	148
2.	<i>Das massgebliche Insolvenzverfahren</i> .....	149
3.	<i>Aktiv- und Passivlegitimation</i> .....	149
4.	<i>Der relevante Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung</i> .....	150
5.	<i>Die Wirkungen der Anfechtung (Art. 291 SchKG)</i> .....	151
III.	Schenkungsanfechtung (Art. 286 SchKG).....	154
1.	<i>Der Tatbestand</i> .....	154
2.	<i>Die Upstream-Sicherheit als anfechtbares Rechtsgeschäft</i> .....	154
2.1	Anwendbarkeit.....	154
2.2	Das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung i.S.v. Art. 286 Abs. 2 Ziffer 1 SchKG .....	155
2.3	Der relevante Zeitpunkt für die Bewertung des Missverhältnisses .....	158
2.4	Fehlende (frühere) Verpflichtung zur Bestellung einer Drittsicherheit .....	159
IV.	Keine Anwendbarkeit der Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG) auf Drittsicherheiten .....	160
V.	Die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG) .....	160
1.	<i>Der Tatbestand</i> .....	160
2.	<i>Anwendbarkeit auf die Upstream-Sicherheit</i> .....	161
3.	<i>Schädigung der Gläubiger infolge Verringerung des Vollstreckungssubstrats</i> .....	162
4.	<i>Schädigungsabsicht des Schuldners</i> .....	163
5.	<i>Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht durch den Begünstigten</i> .....	166
VI.	Schlussfolgerungen .....	169

<b>§ 6</b>	<b>Massnahmenkatalog beim Abschluss einer Upstream-Sicherheit.....</b>	<b>170</b>
I.	Einleitung.....	170
II.	Lösungsvorschläge aus der Lehre .....	170
III.	Heutige Praxis .....	174
IV.	Eigene Stellungnahme.....	176
1.	<i>Einleitung .....</i>	<i>176</i>
2.	<i>Erweiterung des statutarischen Gesellschaftszwecks mittels einer Finanzierungsklausel? .....</i>	<i>176</i>
3.	<i>Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung?.....</i>	<i>177</i>
4.	<i>Genehmigungsbeschluss des Gesamtverwaltungsrats mit der Bestätigung, dass die Upstream-Sicherheit im Interesse der Gesellschaft abgeschlossen wird?.....</i>	<i>178</i>
5.	<i>Ausschüttungsbeschluss der Generalversammlung gestützt auf einen Revisionsbericht über die Prüfung der Jahresrechnung? .....</i>	<i>179</i>
6.	<i>Swiss limitation language? .....</i>	<i>183</i>
7.	<i>Vertragliche Verpflichtung zum dealing at arm's length? .....</i>	<i>185</i>
8.	<i>Vertragliche Gewährleistung zur Berücksichtigung der Bilanzvorschriften? .....</i>	<i>187</i>
9.	<i>Abstützen auf einen Revisionsbericht? .....</i>	<i>187</i>
10.	<i>Der Eigenkapitaltest und die periodische Prüfung und Analyse der Finanzkennzahlen durch die Kreditrisikoabteilung der Bank? .....</i>	<i>188</i>
11.	<i>Vertragliche Informationspflicht zur periodischen Einreichung der Finanzkennzahlen der Upstream-Sicherheitsgeberin? .....</i>	<i>189</i>
12.	<i>Ausserordentlicher Kündigungsgrund infolge Verletzung der Kapitalschutzvorschriften?.....</i>	<i>190</i>
13.	<i>Bestätigung der Abgeltung der Upstream-Sicherheit und Plausibilisierung der Adäquanz dieser Gegenleistung durch die Bank? .....</i>	<i>190</i>
14.	<i>Bildung einer besonderen Reserve zur Deckung des abgeschriebenen Regressanspruches?.....</i>	<i>191</i>
15.	<i>Legal Opinion? .....</i>	<i>193</i>
<b>§ 7</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>195</b>
I.	Die zivilrechtliche Gültigkeit und Wertbeständigkeit der Upstream-Sicherheit .....	195
II.	Die insolvenzrechtliche Gültigkeit der Upstream-Sicherheit .....	197
III.	Zusammenfassende Erkenntnisse für die Bankenpraxis (der Minimalstandard).....	198
<b>Anhang 1:</b>	<b>Muster Finanzierungsklausel .....</b>	<b>201</b>
<b>Anhang 2:</b>	<b>Muster VR-Beschluss .....</b>	<b>202</b>
<b>Anhang 3:</b>	<b>Muster Limitation Language.....</b>	<b>203</b>
<b>Anhang 4:</b>	<b>Muster Limitation Language.....</b>	<b>205</b>