

Dr. iur. Lilian Bühlmann

Gläubiger als Stakeholder im Gesellschaftsrecht

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXIII
Materialienverzeichnis	LI
1. Teil: Grundlagen	1
A. Einleitung	1
B. Gegenstand der Arbeit	3
C. Aufbau der Arbeit	4
D. Die Gläubiger	6
I. Wortherkunft	6
II. Begriff	6
III. Gläubigerkategorien	7
IV. Die Interessen der einzelnen Gläubigerkategorien	8
E. Begriff Stakeholder	9
I. Wortherkunft	9
II. Begriffsverständnisse	10
F. Rechtsquellen des Gesellschaftsrechts	12
2. Teil: Corporate Governance	13
A. Begriff der Corporate Governance	13
I. Wortherkunft	13
II. Definition	14
III. Begriff nach dem Shareholder-Ansatz	14
IV. Begriff nach dem Stakeholder-Ansatz	16
V. Corporate Governance-Richtlinie der SWX Swiss Exchange (RLCG)	18

B. Agency-Theorie	19
I. Allgemeines	19
II. Erweiterung des Agency-Kreises auf Gläubiger	20
III. Agency-Probleme zwischen Gläubigern und Shareholdern	22
C. Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane	23
I. Allgemeines	23
II. Verantwortlichkeitsrechtliche Haftungsnormen	24
III. Begriff Gesellschaftsorgan und die allgemeine Organhaftung	25
1. Organschaft durch Kundgabe	26
2. Organstellung der Kreditgeber und Berater	27
3. Stellung der Banken als haftpflichtige faktische Organe	28
4. Weiterer Personenkreis mit Organfunktion	30
5. Beginn und Ende der Organstellung	30
IV. Klagemöglichkeiten des Gesellschaftsgläubigers gegen Organmitglieder für pflichtwidriges Verhalten	31
1. Allgemeines	31
2. Voraussetzungen für eine Verantwortlichkeitsklage	33
a. Vorliegen eines Schadens	33
b. Pflichtverletzung der Gesellschaftsorgane	33
c. Verschulden des Beklagten	34
d. Adäquater Kausalzusammenhang	35
3. Unterscheidung indirekte und direkte Schädigung	35
a. Klage der Gesellschaftsgläubiger aus indirekter Schädigung	36
b. Klage der Gesellschaftsgläubiger aus direkter Schädigung	36
c. Sonderfall: Schaden aus Bonitätsminderung	38
V. Exkurs: Haftung der Organe für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge (Art. 52 AHVG)	39
VI. Praktische Bedeutung der Verantwortlichkeitsklage	40
VII. Zwischenfazit	41

3. Teil: Formen der Fremdfinanzierung	43
A. Einleitung	43
B. Anleiheobligationen	44
I. Gläubigerschutz bei Anleiheobligationen	44
1. Allgemeines	44
2. Formen (Ausgestaltung) von Anleiheobligationen	46
a. Gewöhnliche Anleiheobligationen (Straight Bonds)	46
b. High Yield Bonds (Junk Bonds)	46
c. Hybride Anleihen	47
d. Wandelanleihen (Convertible Bonds)	47
e. Pflichtwandelanleihen (Mandatory Convertible Bonds)	48
f. Bedingte Pflichtwandelanleihen (Contingent Convertible Bonds oder CoCo Bonds)	49
g. Nachrangige Anleihen (Subordinated Bonds oder Subordinated Debentures)	52
h. Optionsanleihen	52
3. Die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen	53
4. Gläubigerschutz durch den Prospektzwang	56
5. Die Prospekthaftung	59
a. Abgrenzung zwischen Art. 1156 Abs. 3 OR und Art. 752 OR	59
b. Prospekthaftungsklage durch die Gläubigergemeinschaft	60
6. Gläubigerschutz während der Anleiheperiode	62
7. Gläubigerversammlung bei Konkurs des Schuldners	64
8. Zwischenfazit	65
II. Exkurs: Schutz der Wandel- oder Optionsberechtigten bei der bedingten Kapitalerhöhung (Art. 653 OR)	66
C. Weitere Formen der Fremdfinanzierung	68
I. Kreditderivate	68
1. Allgemeines	68
2. Credit Default Swap (CDS)	69
3. Problemstellung bei Kreditderivaten und Ausblick	70
II. Darlehen	72
1. Allgemeines	72

2.	Besondere Formen von Darlehen	72
a.	Das partiarische Darlehen	72
b.	Das Wandeldarlehen	73
c.	Das Darlehen mit Rangrücktritt (nachrangiges Darlehen)	73
3.	Exkurs: Kontokorrentkredit	73
III.	Trust Preferred Securities	74
IV.	Offshore-Finanzierung	74
V.	Der Leverage-Effekt bei der Finanzierung durch zusätzliches Fremdkapital	75
4. Teil:	Rechtlicher Schutz der Gläubiger und deren Stellung im Lebenszyklus einer Gesellschaft	79
A.	Die Gründung einer Gesellschaft	79
I.	Gläubigerschutz mittels Mindestkapital	79
II.	Gläubigerschutz mittels Prospekthaftung	82
III.	Gläubigerschutz mittels Gründungshaftung	83
1.	Aktiv- und Passivlegitimation	84
2.	Die Haftungsvoraussetzungen /-tatbestände	85
a.	Widerrechtlichkeit	85
b.	Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden	86
IV.	Gläubigerschutz mittels Handelsregistereintrag	87
B.	Normale Geschäftstätigkeit einer Gesellschaft	88
I.	Kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung	88
1.	Allgemeines (Rechtliche Grundlagen)	89
2.	Zielsetzung und Zweck der kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung	91
3.	Unterschiedliche Interessen von Gläubigern und Kapitalanlegern	93
4.	Dient Eigenkapitalschutz im Sinne der Kapitalerhaltung (nur) dem Gläubigerschutz?	95
5.	Rechtsschutzmöglichkeiten der Gläubiger bei fehlerhafter Rechnungslegung	95
6.	Zwischenfazit	96

II.	Gläubigereinfluss mittels Covenants	97
1.	Allgemeines	97
2.	Begriff / Wortherkunft / Definition	99
3.	Hybrider Charakter von Covenants	99
4.	Die Principal-Agent-Beziehung bei Covenants	100
5.	Anwendungsbereich von Covenants	101
a.	Covenants bei Unternehmensanleihen	102
b.	Covenants bei Projektfinanzierungen	103
c.	Covenants bei Akquisitionsfinanzierungen	104
d.	Covenants bei Konsortialkrediten	104
6.	Arten von Covenants	105
a.	Positive (affirmative) Covenants	105
b.	Negative (restrictive) Covenants	106
c.	Financial Covenants	107
7.	Rolle und Interessen der Gläubiger bei Covenants	108
a.	Risikobeschränkung	108
b.	Frühwarnsystem	108
c.	Einflussnahme auf die Geschäftsleitung	109
8.	Rechtsfolgen im Falle der Verletzung von Covenants	109
9.	Zwischenfazit	110
III.	Patronatserklärungen im Konzern	111
1.	Allgemeines	111
2.	Formen von Patronatserklärungen	112
3.	Rechtliche Wirkung von Patronatserklärungen	114
4.	Zwischenfazit	115
C.	Die Sanierung einer Gesellschaft	115
I.	Einleitung	115
II.	Begriff der Sanierung	117
1.	Wortherkunft	117
2.	Definition	117
a.	Wirtschaftlicher Sanierungsbegriff	118
b.	Rechtlicher Sanierungsbegriff	118
3.	Ziel der Sanierung aus rechtlicher Sicht	121
III.	Gesetzliche Grundlagen	122
1.	Gesetzliche Grundlagen des Sanierungsrechts für Unternehmen	122
2.	Revision des Sanierungsrechts	123
a.	Konkursaufschub gemäss Art. 725a OR	124

b. Die provisorische Nachlassstundung (Art. 293a–d und Art. 294 SchKG)	124
c. Genehmigung des Nachlassvertrages	125
d. Paulianische Anfechtung	125
e. Arbeitsrechtliche Neuregelung bei Insolvenz	126
3. Exkurs: Verfahren nach Chapter 11	126
4. Sanierungsverfahren im Obligationenrecht	128
5. Aktuelle Rechtslage und Ausblick	128
6. Zwischenfazit	130
IV. Kapitalverlust und Überschuldung (Art. 725 OR); Zahlungsunfähigkeit	131
1. Zweck der Norm	131
2. Begriff hälftiger Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR	133
3. Begriff Überschuldung	134
4. Auslösungsgründe für Sanierungsmassnahmen durch den Verwaltungsrat	134
5. Rolle der Gläubiger bei der aussergerichtlichen Sanierung	136
6. Rolle der Gläubiger bei der gerichtlichen Sanierung	139
7. Toleranzfrist und Rolle des Richters bei Überschuldung	141
8. Zwischenfazit	145
V. Bilanzsanierung über das Fremdkapital	146
1. Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital	148
a. Verrechnungsliberierung bei der Kapitalerhöhung zu Sanierungszwecken	148
b. Wandlungskapital	151
c. Wandelanleihen	151
2. Aussergerichtlicher oder gerichtlicher Nachlassvertrag	151
3. Forderungsverzicht der Gläubiger	151
4. Mittelzufuhr in Form von partiarischen Darlehen	152
5. Stillhalteabkommen	152
6. Rangrücktritt gemäss Art. 725 Abs. 2 OR	153
7. Sanierungsfusion	155
8. Die Spaltung als Sanierungsmassnahme	157
9. Die Umwandlung als Sanierungsmassnahme	159
10. Die Vermögensübertragung als Sanierungsmassnahme	160
VI. Haftung des Verwaltungsrates gegenüber den Gesellschaftsgläubigern	161

VII. Die Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) unter dem Blickwinkel der Gesellschaftssanierung	162
1. Allgemeines	162
2. Rechtliche Grundlage	163
a. Gläubigerschädigung	164
aa. Gläubigergleichbehandlung	164
ab. Austausch gleichwertiger Leistungen	167
b. Schädigungsabsicht	170
c. Erkennbarkeit der Schädigungsabsicht	172
3. Die Absichtsanfechtung im Vergleich zu den aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten	174
4. Das Sanierungsdarlehen und die Absichtsanfechtung	176
a. Begriff	176
b. Bedeutung des bundesgerichtlichen Konzepts des Sanierungsdarlehens für die Praxis	179
c. Zwischenfazit	180
5. Bevorzugung eines Gläubigers gemäss Art. 167 StGB als strafrechtliches Pendant zur Absichtspauliana	181
6. Revidiertes Sanierungsrecht: Neuerungen betreffend die paulianische Anfechtung	182
VIII. Exkurs: Bankensanierung	183
1. Bail-in als Sanierungsmassnahme bei Banken	183
a. Zweck des Bail-in	183
b. Mögliche Kapitalmassnahmen	184
c. Bail-in vs. Contingent Convertible Bonds (CoCos)	184
d. Auswirkungen des Bail-in	185
2. Zwischenfazit	186
D. Der Konkurs einer Gesellschaft	187
I. Einleitung	187
II. Die Rangordnung der Gläubigerbefriedigung im Konkurs	188
1. Pfandgesicherte Forderungen	188
2. Nicht pfandgesicherte Forderungen sowie der ungedeckte Betrag der pfandgesicherten Forderungen	189
III. Die Gläubigerversammlungen und der Gläubigerausschuss	190
1. Die erste Gläubigerversammlung	190
2. Der Gläubigerausschuss	191
3. Die zweite Gläubigerversammlung	192

IV. Die paulianische Anfechtung	193
1. Die Schenkungsanfechtung (Art. 286 SchKG)	193
2. Die Überschuldungsanfechtung (Art. 287 SchKG)	194
3. Die Absichtsanfechtung (Art. 288 SchKG)	194
V. Zwischenfazit	195
E. Die Liquidation einer Gesellschaft	195
I. Allgemeines	195
II. Liquidation durch Insolvenz	197
5. Teil: Bankenregulierung unter spezieller Berücksichtigung von «Too big to fail» (TBTF)	199
A. Allgemeines	199
B. Definition TBTF / Systemrelevanz	203
C. Massnahmen zu den TBTF-Risiken	206
I. Eigenmittelvorschriften	206
II. Liquiditätsanforderungen	208
III. Risikoverteilung	209
IV. Organisationsstruktur	209
D. Neue Instrumente der Kapitalbeschaffung	210
I. Vorratskapital (Art. 12 BankG)	210
II. Wandlungskapital (Art. 13 BankG)	211
E. Leverage Ratio	211
F. Zwischenfazit	212
6. Teil: Schluss	215
A. Zusammenfassung	215
B. Schlusswürdigung	227