

Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?

PETER FORSTMOSER* und HANS-UELI VOGT**

I. Einleitung

In wirtschaftlich schwierigen Zeiten rücken Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Sanierungen von Gesellschaften vermehrt ins Zentrum des Interesses. In diesem Beitrag geht es um die bei vielen Sanierungen wichtige Frage, ob in einer *überschuldeten Gesellschaft* neu geschaffenes Aktienkapital in der Weise liberiert werden darf, dass die *Liberierungsforderung der Gesellschaft mit Forderungen von Gläubigern und nunmehrigen Aktionären verrechnet* wird; es geht, anders gewendet, um die Frage, ob Aktionäre ihre Liberierungsschuld dadurch tilgen können, dass sie eine angesichts der Überschuldung der Gesellschaft *nicht werthaltige Forderung zur Verrechnung bringen*. Falls dies grundsätzlich zulässig ist, stellt sich die weitere Frage, ob eine solche Verrechnungsliberierung allenfalls besonderen Voraussetzungen untersteht.

Eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung (verbunden mit einer vorgängigen deklarativen, der Beseitigung eines Verlustvortrages dienenden Kapitalherabsetzung¹) stellt bei einer überschuldeten Gesellschaft – also einer Gesellschaft, deren Fremdkapital nicht mehr vollständig durch Aktiven (Vermögenswerte) gedeckt ist² – eine *Sanierungsmassnahme*

* Dr. iur., Rechtsanwalt, LL. M.; ordentlicher Professor für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht an der Universität Zürich.

** Dr. iur., Rechtsanwalt, LL. M.; Assistenzprofessor für Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich. – Die Autoren danken lic. iur. Jonas Bornhauser, lic. iur. Roger Dürr und lic. iur. Lukas Wiget, Assistenten am Lehrstuhl von Hans-Ueli Vogt, für wertvolle inhaltliche Hinweise und Anregungen sowie ihre Unterstützung bei der Sammlung des Materials.

1 Siehe zur deklarativen Kapitalherabsetzung OR 732 in Verbindung mit OR 735.

2 Die Frage der Zulässigkeit und allfälliger Schranken der Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft stellt sich nur dann, wenn das Fremdkapital aufgrund einer korrekten Bewertung insbesondere der Aktiven nicht vollständig durch Vermögenswerte gedeckt ist. Mithin kann eine Gesellschaft überschuldet sein, ohne dass dies aus der Bilanz hervorgeinge;

dar.³ Diese besteht darin, dass sich die Gesellschaft mit Gläubigern – meist Bankengläubigern und Obligationären – auf eine Umwandlung von deren Forderungen in Aktienkapital einigt.⁴ In der Bilanz wird durch die Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung das Fremdkapital in der Gesellschaft reduziert und diese dadurch mitunter aus der Überschuldung herausgeführt, während das Aktienkapital (als Teil des Eigenkapitals) in entsprechendem Umfang erhöht wird. Es findet also eine Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital statt, ein *debt-equity swap*.⁵ Im Falle einer vollständigen Beseitigung der Überschuldung eröffnet eine solche Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital einer Gesellschaft die Möglichkeit, ihre Unternehmenstätigkeit ohne – bilanzmässige – Altlasten neu auszurichten und als Unternehmung für allfällige Investoren zu einem attraktiven Investitionsobjekt zu werden.

Aus *wirtschafts- und unternehmenspolitischer* Sicht ist die geschilderte Sanierungsmassnahme differenziert, letztlich aber positiv zu beurteilen. Einerseits besteht ein volkswirtschaftliches, gesetzlich sanktioniertes⁶ Interesse daran, an sich lebensfähige und potenziell effiziente Unternehmungen zu sanieren. Unternehmungen sollen nicht unnötig zerschlagen und durch den Übergang von Fortführungs- zu Liquidationswerten soll nicht ein erheblicher Teil der in der Unternehmung liegenden Werte vernichtet werden. Andererseits mag man sich daran stören, dass Gläubiger, die sich ursprünglich gegen ein Engagement als Risikokapitalgeber entschieden hatten und darum in Zeiten guten Geschäftsgangs auch nicht am Erfolg der Unternehmung partizipierten, später, wenn die Gesellschaft um ihr Überleben kämpft, «gebeten» werden, sich ins gleiche Boot wie die Risikokapitalgeber zu setzen; dies in

dann nämlich, wenn die Aktiven in der Bilanz in entscheidendem Ausmass überbewertet sind. Immerhin dürfen einer Überschuldungsprüfung Fortführungswerte zugrunde gelegt werden; denn nach OR 725 II Satz 2 ist der Richter nur dann zu benachrichtigen, wenn sich aus einer Zwischenbilanz ergibt, «dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind» (siehe hierzu auch MICHAEL HOPF, Die Aufgaben der Revisionsstelle in der finanziellen Krise der AG, ST 2002, S. 643 ff., S. 644).

- 3 Siehe BGE 87 II 169, 177; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 52 N 125, § 53 N 343; GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, Kommentar zu OR 652c, N 3, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002; CHRISTOPH K. WIDMER, Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998 (= SSHW Bd. 184), S. 383.
- 4 Siehe zum konsensualen Charakter der Verrechnungsliberierung LUKAS GLANZMANN, Die Schranken der Liberierung durch Verrechnung nach schweizerischem Aktienrecht, ZSR 1999 I, S. 221 ff., S. 224; WIDMER (FN 3), S. 383 ff.; ZINDEL/ISLER (FN 3), Kommentar zu OR 652c, N 5.
- 5 Siehe zum Vorgang der Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft im Einzelnen hinten II.
- 6 Siehe insbesondere OR 725 f. und dazu hinten III.2.c.

der Regel ohne konkrete Aussicht, bald in den Genuss des *upside potential* des Risikos zu kommen, sondern gegenteils mit der Aussicht, sich im Falle des – angesichts der wirtschaftlichen Lage der Unternehmung durchaus zu befürchtenden – Konkurses ganz zu hinterst einreihen zu müssen, hinter den verbleibenden Gläubigern. Die Gläubiger, die sich gegen eine Verantwortung als Risikokapitalgeber entschieden haben, sehen sich nun, in einer kritischen Phase des Lebens einer Unternehmung, in eine unternehmerische Verantwortung versetzt: Von ihrer Bereitschaft, ihre Forderungen in Eigenkapital umzuwandeln, hängt das Überleben der Gesellschaft ab. Da die Aktionäre ihren «Einsatz» in der Gesellschaft verloren haben, wenn diese überschuldet ist, entspricht es indes durchaus dem unternehmenspolitischen Gebot des Gleichlaufs von Kapital und Herrschaft, dass die Gläubiger Verantwortung übernehmen. Durch die Aussicht, im drohenden Konkurs aufgrund der Wertezerschlagung mehr zu verlieren als bei der Preisgabe der Gläubigerstellung im Zuge der Sanierung, verringert sich überdies die Last der Unternehmensverantwortung: Die ureigenen Interessen der Gläubiger decken sich typischerweise durchaus mit dem Sanierungsinteresse der Gesellschaft und der Volkswirtschaft, was für die Gläubiger die Entscheidung erleichtert, ihre Forderungen in Eigenkapital umzuwandeln.⁷

In *rechtlicher* Hinsicht ist die durch eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung bewirkte Sanierungsmassnahme bei einer überschuldeten Gesellschaft von gewissen Autoren als unzulässig bezeichnet worden: Da eine überschuldete Gesellschaft nicht in der Lage ist, alle ihre Schulden bei Fälligkeit zu begleichen, liege der wirtschaftliche Wert von Forderungen gegen eine solche Gesellschaft unter dem nominalen Forderungsbetrag; werde eine in diesem Sinne nicht werthaltige Forderung gegen die Liberierungsforderung der Gesellschaft zur Verrechnung gebracht,⁸ so bedeute dies eine unvollständige Liberierung des gezeichneten Aktienkapitals und damit einen Verstoss gegen das Verbot der Unterpari-Emission.⁹ Von anderen Autoren

- 7 Siehe zur wirtschafts- und unternehmenspolitischen Beurteilung der Verrechnungsliberierung als Sanierungsmassnahme auch etwa «Die Gläubiger kommen in den «driver seat»», Interview mit Peter Forstmoser, in: Finanz und Wirtschaft, 30. April 2003, Nr. 34, S. 23.
- 8 Fehlende Werthaltigkeit der Forderung bedeutet, dass nicht mit einer zeitgerechten und vollständigen Erfüllung der Schulden der Gesellschaft zu rechnen ist. Aus diesem Grunde liegt der wirtschaftliche Wert der Forderung unter ihrem Nominalwert. Die so umschriebene fehlende Werthaltigkeit einer Forderung steht nicht nur dann in Frage, wenn die Gesellschaft überschuldet ist, sondern auch etwa, wenn sie illiquid ist (ohne deswegen überschuldet zu sein) oder wenn ihre Ertragslage schlecht ist. Hier wird allein die Bedeutung der fehlenden Werthaltigkeit einer Forderung wegen Überschuldung der Gesellschaft untersucht.
- 9 In diesem Sinne insbesondere PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2. A., Zürich 1996, Rz. 206af. (zit.: BÖCKLI, Aktienrecht): «Die Einlage ist nur insoweit erbracht, als der *Verkehrswert der Forderung* gegen die Gesellschaft nicht unter deren Nennwert gefallen ist. [...] Überschreitet das Disagio [...] eine Schwankungs- und Unwesentlichkeitsgrenze, so kann

wird eine Verrechnungsliberierung demgegenüber auch bei einer überschuldeten Gesellschaft als zulässig erachtet.¹⁰

Im vorliegenden Beitrag geht es um diese rechtliche Problematik. Dabei werden die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen nach den Regeln der juristischen Methode ausgelegt (III.). Vorab ist indes der mit der Verrechnungsliberierung verbundene Vorgang in der Bilanz näher zu untersuchen (II.), denn aus dessen Verständnis ergeben sich die Zusammenhänge, die vor allem im Rahmen der systematischen und der teleologischen Auslegung von zentraler Bedeutung sind.

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.« Dass diese Überlegung zutrifft, zeigt sich auch in der Behandlung der Verrechnungsliberierung als *Sacheinlage der Forderung* im deutschen Recht: nie ist ein Nennbetrag zu einem höheren Wert liberiert als zum Verkehrswert der eingelegten Sache. Lässt man in dieser Situation eine in ihrem Marktwert deutlich unter dem Nominalwert gesunkene Forderung zu 100% als Deckung für neue Aktiennennwerte zu, so liegt materiell eine verbotene *Unterpariemission* vor.» (Hervorhebungen im Original); sodann auch DERSELBE, Revisionsfelder im Aktienrecht und Corporate Governance, ZBJV 2002, S. 709 ff., S. 728 ff. (zit.: BÖCKLI, Revisionsfelder), wonach, falls selbst mit Rücksicht auf die erwarteten Auswirkungen der Sanierung eine Überschuldung vorliege, die neu ausgegebenen Aktien «nicht oder nur teilweise liberiert» seien, womit ein «Emissionsschwindel» sowie ein «diametral[er]» Verstoss «gegen die Grundsätze des Eigenkapitalschutzes» vorliege und womit, aufgrund der Eintragung im Handelsregister, auch «die Grenze der Strafbarkeit überschritten» werde (S. 730); sodann auch Treuhandkammer (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung (Revisionshandbuch), Bd. 4, Zürich 1998, N 7.2422, S. 39 f., wonach «die zu verrechnende Forderung des Kapitaleinbringers vollständig durch Aktiven der zu sanierenden Gesellschaft gedeckt» sein müsse; PETER MOSIMANN, Die Liberierung von Aktien durch Verrechnung, Diss. Basel 1976 (= Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 112, Basel und Stuttgart 1978), S. 67–70, wonach die zur Verrechnung gestellte Forderung «als vollwertig bewertet worden sein [muss]. Ohne diese Bewertung kann nicht festgestellt werden, ob die Verrechnung nach der objektiven Sachlage nicht eine (verbotene) Subpari-Emission bewirkt» (S. 67); WIDMER (FN 3), S. 389, wonach «eine Verrechnungsforderung im Interesse der ordnungsgemässen Kapitalaufbringung maximal im Umfang ihres *Nennwerts* respektive ihres tieferen Verkehrswerts eine Tilgung der Liberierungspflicht bewirken kann» (Hervorhebung im Original); DOROTHEA SENN, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Diss. Basel 2001 (= SSHW Bd. 209), S. 155 f., aufgrund einer analogen Anwendung von SchKG 213 II Ziff. 2; PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Bern 2001, § 2 N 47 ff., der die Gleichbehandlung der Aktionäre anführt; PETER SCHOCH, Zur Kapitalerhöhung durch Verrechnung – Eine Entgegnung, NZZ Nr. 202, 1999, S. 27.

10 ZINDEL/ISLER (FN 3), Kommentar zu Art. 652c OR, N 4, sowie PETER R. ISLER/GAUDENZ G. ZINDEL, Kommentar zu OR 653a, N 9 f., in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002; LAMBERT/GERICKE, Kommentar zu OR 652c, N 6, in: Jolanta Kren Kostkiewicz *et al.* (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002; HANS CASPAR VON

II. Der Vorgang der Verrechnungsliberierung in der Bilanz

1. Vorbemerkung: Liberierungsarten mit und solche ohne Vermehrung der Aktiven

Im Regelfall einer Kapitalerhöhung – der Kapitalerhöhung mit *Barliberierung*¹¹ oder *Sacheinlage*¹² – nehmen die Aktiven und Passiven einer Gesellschaft, nimmt also ihre Bilanzsumme um (mindestens) den Betrag des neu geschaffenen Aktienkapitals zu.¹³ Auf der Passivseite wächst die Sperrziffer «Aktienkapital» und damit das Eigenkapital der Gesellschaft um den gesamten Nennwert der neu geschaffenen Aktien, während auf der Aktivseite zusätzliche Werte in diesem Umfang hinzukommen: liquide Mittel im Falle einer Barliberierung, Sach- oder andere Vermögenswerte im Falle einer Sacheinlage.

In den Ausnahmefällen der *Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital*¹⁴ und der *Liberierung durch Verrechnung*¹⁵ bleibt demgegenüber der Gesamtumfang der Aktiven wie auch derjenige der Passiven unverändert. Die Aktivseite der Bilanz wird in diesen Fällen in keiner Weise berührt. Eine Veränderung erfolgt dagegen auf der Passivseite, indem die Trennlinie zwischen den verschiedenen Positionen verschoben wird, unter Beibehaltung der Gesamtsumme der Passiven. Während bei der Umwandlung von Eigenkapital die Vergrößerung des Aktienkapitals durch eine Verkleinerung des übrigen, frei verwendbaren Eigenkapitals erlangt wird – also durch eine Verschiebung innerhalb des Eigenkapitals, bei unverändertem Umfang des gesamten Eigenkapitals wie auch des Fremdkapitals –, kommt es bei der Verrechnungsliberierung dadurch zu einer Vergrößerung des Aktienkapitals, dass das Fremdkapi-

DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts: Nennwertlose Aktien, REPRAX 2002, S. 1 ff., S. 15 f.; RICO CAMPONOVO, Aktienkapital durch Verrechnungsliberierung, ST 1999, S. 885 ff., *passim*; GLANZMANN (FN 4), S. 227 ff.; ARMAND P. RUBLI, Sanierungsmaßnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2002 (= SSHW Bd. 218), S. 207–213; vgl. auch CHRISTIAN KÖPFLI, Kapitalerhöhung aus Aktionärsdarlehen: Zulässigkeit und Quorum, Jahrbuch des Handelsregisters, 1994, S. 18 ff., S. 21; PETER REINARZ, Die Unternehmens-Sanierung im Lichte des Aktien- und des Steuerrechts, AJP 1997, S. 443 ff., S. 451; MICHAEL HOLD, Das kapitaleretzende Darlehen im schweizerischen Aktien- und Konkursrecht, Diss. St. Gallen 2000 (= St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Band 60), S. 184 f.

11 OR 652c in Verbindung mit OR 633.

12 OR 652c in Verbindung mit OR 634.

13 Um *mehr* als den Betrag des neu geschaffenen Aktienkapitals wächst die Bilanzsumme, wenn nicht zu pari, sondern mit einem Agio liberiert wird. Dieser Fall kann im Folgenden jedoch ausser Acht gelassen werden.

14 OR 652d.

15 Vgl. OR 652e Ziff. 2 sowie OR 652c in Verbindung mit OR 634a II.

tal verkleinert und der Gesamtumfang des Eigenkapitals vergrössert wird. Bei der Verrechnungsliberierung verschiebt sich somit die Trennlinie zwischen Eigenkapital und Fremdkapital: Das Eigenkapital – und darin spezifisch die Sperrziffer «Aktienkapital» – erhöht sich um den Betrag der Kapitalerhöhung, das Fremdkapital verringert sich um denselben Betrag. Nach einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung hat die Gesellschaft demzufolge im Umfang des neu geschaffenen Aktienkapitals weniger Schulden (woraus sich der Sanierungseffekt dieser Liberierungsart ergibt). Indirekt wirkt sich die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital freilich auch auf der Aktivseite aus, indem die Gesellschaft nun weniger Vermögenswerte zur Deckung ihrer Schulden benötigt, das heisst, indem sie einen geringeren Betrag der Aktiven dem Fremdkapital zuweisen und durch dieses «binden» muss.

2. Die Verrechnungsliberierung aus der Sicht der Gesellschaft, der Gläubiger und der Aktionäre

a) Durch den Vorgang der Verrechnungsliberierung verbessert sich das Bilanzbild aus der Sicht der *Gesellschaft* allemal, sei die zur Verrechnung gebrachte Forderung werthaltig oder nicht, die Gesellschaft also überschuldet oder nicht:¹⁶

- *Fall 1:* Ist das *Aktienkapital voll gedeckt*, dann bleibt es aufgrund einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung voll gedeckt, wobei sich wegen der Erhöhung des Aktienkapitals bei gleichzeitiger Verminderung der Schulden die *Eigenkapitalquote erhöht*.
- *Fall 2:* Besteht vor der Kapitalerhöhung eine *Unterbilanz*, dann wird diese durch die Verrechnungsliberierung zwar nicht behoben, denn die Verrechnungsliberierung verändert die Summe der Aktiven und jene der Passiven nicht, sodass der nicht durch Aktiven gedeckte Teil des Fremd- und Aktienkapitals unverändert bleibt. Doch *verbessert* sich aufgrund der Reduktion des Fremdkapitals und der gleichzeitigen Erhöhung des Aktienkapitals auch in diesem Fall die *Eigenkapitalquote*.
- *Fall 3a:* Ist die Gesellschaft vor der Kapitalerhöhung *überschuldet*, und zwar in einem Betrag, der *kleiner ist als die zur Verrechnung gebrachte Forderung*,¹⁷ dann wird mittels der Verrechnungsliberierung die *Überschuldung beseitigt* und weist die Gesellschaft künftig nur noch eine *Unterbilanz* auf.

- *Fall 3b:* Ist die Gesellschaft *überschuldet* und wird eine Kapitalerhöhung im *Umfang der zur Verrechnung gebrachten Forderung* durchgeführt, dann wird dadurch gerade die *Überschuldung beseitigt* und bleibt im Übrigen eine *Unterbilanz* bestehen.
- *Fall 3c:* Ist die Gesellschaft vor der Kapitalerhöhung um einen Betrag *überschuldet*, der die *zur Verrechnung gebrachte Forderung übersteigt*, dann vermag die Verrechnungsliberierung die *Überschuldung nicht zu beseitigen*. Wohl aber wird die *Eigenkapitalquote* auch in diesem Fall *verbessert*: Das Fremdkapital nimmt um den Betrag der zur Verrechnung gestellten Forderung ab, das (nach wie vor negative) Eigenkapital nimmt um den entsprechenden Betrag zu.

b) Aus der Sicht der *bisherigen Gläubiger* führt die Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung in jedem Fall zu einer *Verbesserung* ihrer Stellung:¹⁸

- In den *Fällen 1* und *2* verbessert sich die «Überdeckung» der Forderungen der Gläubiger.
- In den *Fällen 3a* und *3b* wird durch die Verrechnungsliberierung die Deckung der bisher nicht voll gedeckten Forderungen herbeigeführt (wenn auch eine Unterbilanz bestehen bleibt).
- Im *Fall 3c* verringert sich die Unterdeckung, stehen doch nach vollzogener Verrechnungsliberierung die unveränderten Aktiven der Gesellschaft einem Fremdkapital gegenüber, das um die durch Verrechnung getilgten Schulden geringer ist.

Die Verbesserung der Gläubigerstellung ist allerdings kein spezifisches Merkmal einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung; sie ist vielmehr jeder Kapitalerhöhung eigen. Folglich kann sich die Zulässigkeit einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft nicht bereits und allein daraus ergeben, dass sie zu einer Verbesserung der Gläubigerstellung führt.¹⁹ Von Bedeutung ist aber immerhin die Feststellung, dass die Gläubiger mit einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung nicht schlechter fahren, als sie es bei einer Liberierungsart mit tatsächlichem Mittelzufluss (Bar- oder Sacheinlageliberierung) täten, sofern durch die Verrechnungsliberierung – allenfalls verbunden mit weiteren Sanierungsmassnahmen, wie namentlich einem Forderungsverzicht – die *Überschuldung beseitigt* wird:

- Hat eine Gesellschaft Aktiven von 400, Fremdkapital von 600 und ein Aktienkapital von 100, so bewirkt eine Kapitalerhöhung auf 300 (also um den

¹⁶ ISLER/ZINDEL (FN 10), Kommentar zu Art. 653 a OR, N 9.

¹⁷ Wenn hier und nachfolgend die Verrechnungsforderung in ein Verhältnis zum Umfang der Überschuldung gesetzt wird, geschieht dies in der Annahme, dass das *gesamte* neu geschaffene Aktienkapital durch Verrechnung liberiert wird.

¹⁸ Vgl. hierzu auch GLANZMANN (FN 4), S. 228 f.; CAMPONOVO (FN 10), S. 888; RUBLI (FN 10), S. 208; vgl. zur Beurteilung einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung aus der Sicht auch *künftiger* Gläubiger hinten III.4.a.

¹⁹ RUBLI (FN 10), S. 208; insofern wohl anderer Meinung GLANZMANN (FN 4), S. 229.

Betrag der Überschuldung; Fall 3b) eine Deckung zu 100% der vormalig nur zu 67% gedeckten Forderungen. Würde in einer Form liberiert, die der Gesellschaft Mittel zufließen lässt, so läge der Deckungsgrad neu ebenfalls bei 100%.

- Erhöht die Gesellschaft bei selbiger Bilanz ihr Aktienkapital auf 400 (also um einen *grösseren Betrag als die Überschuldung*; Fall 3a), so führt die Verrechnungsliberierung zu einer Deckung der Forderungen von 133%, eine Liberierung mit Mittelzufluss zu einer solchen von 117%.
- Erhöht die Gesellschaft bei selbiger Bilanz ihr Aktienkapital auf 200 (also um einen *geringeren Betrag als die Überschuldung*; Fall 3c), so führt die Verrechnungsliberierung zu einer Deckung der Forderungen von 80%, eine Liberierung mit Mittelzufluss zu einer solchen von 83%.

Mithin führt im Falle einer überschuldeten Gesellschaft eine Verrechnungsliberierung, verglichen mit einer Bar- oder Sacheinlageliberierung, dann zu einem für die verbleibenden Gläubiger *vorteilhaften Ergebnis*, wenn die Gesellschaft durch die Kapitalerhöhung mehr als nur aus der Überschuldung herausgeführt wird. Die Verrechnungsliberierung ist im Lichte eines Vergleichs mit einer Bar- oder Sacheinlageliberierung *neutral*, wenn die Kapitalerhöhung dem Betrag der Überschuldung genau entspricht. Die Verrechnungsliberierung ist dagegen für die übrigen Gläubiger im Vergleich zu einer Bar- oder Sacheinlageliberierung *nachteilig*, wenn mit ihr die Überschuldung nicht beseitigt wird.²⁰

20 Dieses Ergebnis ist nicht von den konkreten hievorigen Zahlenbeispielen abhängig, sondern gilt allgemein und erklärt sich wie folgt: Der – aus Gläubigersicht massgebliche – Grad der Deckung des Fremdkapitals ergibt sich aus dem Verhältnis der gesamten Aktiven zum gesamten Fremdkapital: Deckungsgrad [%] = Aktiven [CHF] / Fremdkapital [CHF]. Bei einer *Bar- oder Sacheinlageliberierung* kommen der Gesellschaft neue Aktiven zu, womit sich der Zähler des Deckungsgrad-Quotienten um den liberierten Betrag erhöht, während der Nenner unverändert bleibt. Anders bei der *Verrechnungsliberierung*: Dort wird Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt, womit sich der Nenner des Deckungsgrad-Quotienten um den liberierten Betrag vermindert, während der Zähler unverändert bleibt. Betrachtet man, von einem unter 1 liegenden Deckungsgrad-Quotienten (Überschuldung) ausgehend, die Zunahme des Deckungsgrades, die sich aus einer Vergrößerung des Zählers (Bar- oder Sacheinlageliberierung) oder einer Verkleinerung des Nenners (Verrechnungsliberierung) ergibt, so lässt sich folgende Gesetzmässigkeit erkennen: Die Vergrößerung des Zählers um den Betrag x führt zu einer grösseren Zunahme des Quotienten als eine Verkleinerung des Nenners um den Betrag x, wenn der neue Quotient kleiner als 1 ist; demgegenüber führt die Verkleinerung des Nenners um den Betrag x zu einer grösseren Zunahme des Quotienten als eine Vergrößerung des Zählers um den Betrag x, wenn der neue Quotient grösser als 1 ist. Aus diesem Grunde führt eine Verrechnungsliberierung (= Verkleinerung des Nenners) zu einem höheren Deckungsgrad (= Quotient) als eine Bar- oder Sacheinlageliberierung (= Vergrößerung des Zählers), wenn durch die Kapitalerhöhung (= Veränderung um den Betrag x) die Überschuldung beseitigt wird (= Quotient grösser als 1). Vgl. auch RUBLI (FN 10), S. 209.

c) Aus der Sicht der *bisherigen Aktionäre* wirkt sich eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung letztlich ebenfalls stets *positiv* aus. Denn jede Massnahme, welche die Schulden einer Gesellschaft reduziert, erhöht die Aussichten des Aktionärs auf einen Liquidationserlös bzw. einen Anteil an künftigen Gewinnen sowie die – für den Wert der Beteiligung des Aktionärs bedeutende – Eigenkapitalquote.²¹ Von den beiden Alternativen, sich entweder im Konkurs der Gesellschaft hinter Gläubigern mit hohen Forderungen einreihen und damit leer ausgehen zu müssen oder stattdessen einen allfälligen Liquidationserlös oder allfällige künftige Gewinne mit einer grösseren Zahl von Aktionären teilen zu müssen, werden die bisherigen Aktionäre die letztere, die Verrechnungsliberierung bevorzugen:

- Im Fall 1 (*volle Deckung des Aktienkapitals*) erhöht sich grundsätzlich der Wert der Beteiligung der Aktionäre: Indem bei gleich bleibenden Aktiven der Umfang des Fremdkapitals abnimmt, ist es für die Aktionäre wahrscheinlicher, dereinst an einem allfälligen Liquidationserlös partizipieren zu können, bzw. kann schon früher ein Anteil an künftigen Gewinnen ausbezahlt werden (was sich beides in der Bewertung der Aktien niederschlägt). Werden die neu geschaffenen Aktien zum inneren Wert der bisherigen Aktien (oder über diesem Wert) ausgegeben, dann ergibt sich daraus auch keine Verminderung des Werts der Beteiligung der bisherigen Aktionäre (Kapitalverwässerung); zu einer solchen käme es nur, wenn die Aktien unter ihrem inneren Wert ausgegeben würden.
- Im Fall 2 (*Unterbilanz*) erhöht sich der Wert der Beteiligung der Aktionäre ebenfalls. Da die neu geschaffenen Aktien mindestens zu pari ausgegeben werden müssen²² – dies, obwohl das Aktienkapital nicht voll gedeckt ist –, werden die bisherigen Aktionäre bessergestellt, und es besteht keine Gefahr einer Kapitalverwässerung.
- In den Fällen 3a–c (*Überschuldung*) verhält es sich grundsätzlich ebenso: Stets wird das Fremdkapital reduziert, womit die Aussicht auf einen Anteil am Liquidationserlös bzw. an künftigen Gewinnen und damit der Wert der Aktie steigt. Im Fall 3a (*Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung in grösserem Betrag als die Überschuldung*) ist die Steigerung des Wertes der Aktie noch konkreter, indem die Gesellschaft bereits aufgrund der Kapitalerhöhung über nicht mehr durch Fremdkapital gebundenes Vermögen verfügt.

Für die Aktionäre ist dabei einerlei, ob die Kapitalerhöhung mit Bar- oder Sacheinlageliberierung oder aber mit Verrechnungsliberierung durchgeführt wird: Von Bedeutung ist für sie der Umfang der nicht durch Fremdkapital ge-

21 Siehe vorn II.2.; vgl. auch GLANZMANN (FN 4), S. 234.

22 OR 624 Satz 1.

bundenen Aktiven; diese Grösse aber wird entweder um einen bestimmten Betrag erweitert (Fall einer Liberierung mit Mittelzufluss), oder es wird das Fremdkapital um den entsprechenden Betrag reduziert (Fall der Verrechnungsliberierung).

d) Die Betrachtung des Vorgangs der Verrechnungsliberierung in der Bilanz macht deutlich, dass eine Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft – also die Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung – *niemanden schädigt oder benachteiligt*.²³ Bei dieser Ausgangslage ist von vornherein schwer einzusehen, weshalb eine solche Verrechnungsliberierung nicht zulässig sein soll. Diese rechtliche Intuition ist nun durch eine Auslegung der massgeblichen Gesetzesbestimmungen zu bestärken und zu präzisieren.

III. Die Zulässigkeit der Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung

Die Liberierung neu geschaffenen Aktienkapitals durch Verrechnung ist auch bei einer überschuldeten Gesellschaft *zulässig*; Werthaltigkeit der zur Verrechnung gebrachten Forderung ist darum keine Voraussetzung einer rechtswirksamen Verrechnungsliberierung. Erforderlich ist indes, dass die *Überschuldung* durch die Kapitalerhöhung – allenfalls im Verbund mit anderen Massnahmen, wie eine zusätzliche Kapitalerhöhung mit Zufluss neuer Mittel oder Forderungsverzichte – *beseitigt* wird. Diese These wird nachstehend gestützt auf die verschiedenen Elemente der Gesetzesauslegung begründet.

1. Das grammatikalische Auslegungselement: «Bestand» und «Verrechenbarkeit der Schuld»

Während unter dem Aktienrecht von 1936 die Liberierung durch Verrechnung nur auf Verordnungsstufe²⁴ vorgesehen und ihre Rechtmässigkeit überdies umstritten war,²⁵ sieht das Aktienrecht von 1991 die Verrechnungsliberierung ausdrücklich vor: zum einen als Form der Leistung bei der Gründung,²⁶ zum andern als Liberierungsform bei der Kapitalerhöhung.²⁷ Verlangt wird für die

23 LAMBERT/GERICKE (FN 10), Kommentar zu OR 652c, N 6; VON DER CRONE (FN 10), S. 16.

24 Siehe altHRegV 80 (wiedergegeben hinten FN 127).

25 Siehe etwa MOSIMANN (FN 9), *passim*; PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Band I/1, Zürich 1981, § 10 N 205 ff.

26 Vgl. OR 634a II, 635 Ziff. 2.

27 Vgl. OR 652c (in Verbindung mit OR 635 Ziff. 2 und 634a II) und OR 652e Ziff. 2.

Verrechnungsliberierung, dass der Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht über «den Bestand und die Verrechenbarkeit der Schuld» Rechenschaft gibt.²⁸ Weitere Anforderungen an die Schuld, insbesondere ein Erfordernis der Werthaltigkeit der entsprechenden Forderung, sind dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Mit dem Begriff der «*Verrechenbarkeit*» wird auf die allgemeinen Verrechnungsvoraussetzungen – Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit, Erfüllbarkeit bzw. Fälligkeit²⁹ – Bezug genommen.³⁰ Zu diesen Voraussetzungen zählt die Bonität der beiden Schuldner nicht.³¹ «*Verrechenbarkeit*» besteht mithin auch dann, wenn die Verrechnungsforderung vom Schuldner, dem Verrechnungsgegner, nicht erfüllt werden könnte. «*Bestand*» der Schuld bedeutet, dass die Forderung, die zur Verrechnung gebracht wird, «*tatsächlich existiert*»³², «*wirklich existiert*»³³. Nach allgemeinem *juristischem* Sprachgebrauch «*besteht*» eine Forderung dann, wenn die Voraussetzungen eines Entstehungsgrundes für eine Forderung erfüllt sind und kein Erlöschensgrund vorliegt. Dem so verstandenen Begriff des «*Bestandes*» einer Forderung ist keine Aussage über einen vom Nominalwert abweichenden wirtschaftlichen Wert der Forderung zu entnehmen; auch eine Forderung, deren wirtschaftlicher Wert wegen geringer Bonität des Schuldners unter ihrem Nennwert liegt oder die wegen Überschuldung nicht erfüllt werden kann, «*besteht*». OR 171, die Bestimmung über die «*Gewährleistung*» bei der Zession, bestätigt dieses Textverständnis: In Absatz 1 von OR 171 wird mit «*Bestand*» in bewusstem Gegensatz zum Begriff der «*Zahlungsfähigkeit*» in Absatz 2 allein das Vorliegen der Voraussetzungen eines Entstehungsgrundes und das Fehlen eines Erlöschensgrundes erfasst.³⁴ Überdies wäre es auch nach dem *gewöhnlichen* Sprachgebrauch nicht zutreffend, die Werthaltigkeit einer Forderung als Aspekt ihres «*Bestandes*» aufzufassen: Auch nach dem *gewöhnlichen* Sprachgebrauch wird zwischen dem «*Bestand*», der Existenz einer Forderung und

28 OR 635 Ziff. 2 bzw. OR 652e Ziff. 2.

29 OR 120 I.

30 Siehe die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745, 858; GAUDENZ G. ZINDEL/PETER R. ISLER, Kommentar zu OR 652e, N 5, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002; vgl. auch WIDMER (FN 3), S. 395.

31 Siehe im Einzelnen hinten III.2.a.

32 WIDMER (FN 3), S. 395.

33 BÖCKLI, Aktienrecht (FN 9), Rz. 206.

34 DANIEL GIRSBERGER, Kommentar zu OR 171, N 7, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. A., Basel/Genf/München 2003; EUGEN SPIRIG, Kommentar zu OR 171, N 16, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V/1/k, 1. Lieferung (Art. 164–174), Zürich 1993.

ihrer Werthaltigkeit, gemessen an der Aussicht auf vollständige und zeitgerechte Befriedigung, unterschieden.

Dass die Wortwahl des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Verrechnungsliberierung eine bewusste war, zeigt die gesetzliche Regelung der Liberierung durch *Sacheinlage*. Dort wird im Zusammenhang mit dem Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht ausdrücklich von der «Angemessenheit der Bewertung» der Sacheinlage gesprochen.³⁵ Den klaren Wortlaut der gesetzlichen Regelung der Verrechnungsliberierung, welcher keine Bewertung der zur Verrechnung gebrachten Forderung vorsieht, darf man unter diesen Umständen nicht leichthin zur Seite schieben.³⁶

Das grammatikalische Auslegungselement führt mithin zum Schluss, dass die *Werthaltigkeit einer Forderung keine Voraussetzung* einer Verrechnungsliberierung ist oder, anders ausgedrückt, dass eine Liberierung durch Verrechnung auch in einer *überschuldeten Gesellschaft zulässig* ist.

2. Das systematische Auslegungselement: Insbesondere die anderen Liberierungsarten und die Bestimmungen über die Überschuldung einer Gesellschaft

Für die Frage der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft erscheinen im Rahmen einer systematischen Auslegung die folgenden Normzusammenhänge als relevant: der Zusammenhang mit den allgemeinen Bestimmungen über die Verrechnung (lit. a), jener mit den anderen Liberierungsarten (lit. b), mit den Bestimmungen über die Überschuldung einer Gesellschaft (lit. c), mit den Regeln über den Schutz und die Gleichbehandlung der Aktionäre (lit. d) und schliesslich der Zusammenhang mit verschiedenen konkursrechtlichen Vorschriften (lit. e).

a) Die allgemeinen Bestimmungen über die Verrechnung

Nach ZGB 7 sind die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts auch auf «andere zivilrechtliche Verhältnisse» und somit auch auf Gesellschaften anwendbar.³⁷ Damit sind die allgemeinen Bestimmungen über die

Verrechnung³⁸ jedenfalls im Grundsatz auch *auf die Verrechnungsliberierung anwendbar*.³⁹ Im Lichte des allgemeinen Verrechnungsrechts lautet die Frage der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft, ob die fehlende Bonität des Schuldners der Verrechnungsforderung einer Verrechnung entgegensteht, wenn deren Voraussetzungen im Übrigen erfüllt sind. Eine mechanische, unreflektierte Anwendung von OR 120 ff. ist dabei freilich abzulehnen. In jedem Fall ist bei der Anwendung allgemeiner obligationenrechtlicher Regeln auf gesellschaftsrechtliche Verhältnisse zu prüfen, ob Besonderheiten des Gesellschaftsrechts Abweichungen von den allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen erfordern.⁴⁰

Voraussetzung der Verrechnung zweier Forderungen ist nach OR 120 I, dass von zwei Personen jede eine Forderung gegen die andere besitzt. Die Forderungen müssen zudem ihrem Gegenstand nach gleichartig und die Verrechnungsforderung muss fällig sein.⁴¹ Weitere Voraussetzungen wie Leistungsfähigkeit oder, spezifischer, Liquidität des Schuldners bestehen nicht, ganz im Gegenteil: «Zahlungsunfähigkeit hindert die Verrechnung [. . .] nicht. Ist doch allgemein bekannt, dass auch Forderungen, die auf dem Betreibungswege nicht einbringlich wären, zur Verrechnung gebracht werden können»⁴². Zweck der Verrechnung ist – neben der Vereinfachung des Zahlungsverkehrs – eben gerade auch, dass sich der Gläubiger selbst in jenen Fällen Befriedigung verschaffen kann, in denen es dem Schuldner an der Leistungsfähigkeit fehlt;⁴³ der Gläubiger kann «sich befriedigen, während er ohne Verrechnung zu Verlust käme»⁴⁴. Insofern besitzt die Verrechnung eine «Sicherungsfunktion»⁴⁵. Dabei ist auch und gerade bei Schuldnern, die nicht leisten könnten, für die Verrechnung stets der Nominalwert der Forderung massgebend.⁴⁶

35 OR 635 Ziff. 1 bzw. OR 652e Ziff. 1. Eine Angemessenheitsprüfung ist im Übrigen auch im Zusammenhang mit der Einräumung besonderer Vorteile vorgesehen (OR 635 Ziff. 3 bzw. OR 652e Ziff. 5).

36 Die systematische, nicht auf den Wortlaut beschränkte Betrachtung der Verrechnungsliberierung im Lichte der übrigen Liberierungsarten erfolgt hinten III.2.b.

37 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 6 N 2 und FN 2, sowie allgemein VIKTOR LIEBER, Kommentar zu ZGB 7, N 27 und 80, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), 1. Teilband (Art. 1–7), Zürich 1998.

38 OR 120 ff.

39 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 15 N 31 f., sowie die Hinweise bei WIDMER (FN 3), S. 381 ff., insbesondere S. 386, und ferner VIKTOR AEPLI, Vorbemerkungen zu OR 120–126, N 50 f., in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Teilband V/1/h (Art. 114–126), 3. A., Zürich 1991; LAMBERT/GERICKE (FN 10), Kommentar zu OR 652c, N 6.

40 Vgl. bezüglich der Geltung der allgemeinen Regeln der Verrechnung für die Verrechnungsliberierung GLANZMANN (FN 4), S. 225 f.; WIDMER (FN 3), S. 386 ff.; vgl. allgemein auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 6 FN 2.

41 Entgegen dem Wortlaut von OR 120 I braucht die Hauptforderung nicht fällig zu sein; es genügt, dass sie erfüllbar ist (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. A., Zürich 2003, Nr. 3414).

42 BGE 76 III 13, 15 f.

43 AEPLI (FN 39), Vorbemerkungen zu OR 120–126, N 5, 31, und Kommentar zu OR 120, N 104; SENN (FN 9), S. 154 f.

44 AEPLI (FN 39), Kommentar zu OR 123, N 7.

45 AEPLI (FN 39), Vorbemerkungen zu OR 120–126, N 31, und Kommentar zu OR 123, N 7.

46 AEPLI (FN 39), Kommentar zu OR 120, N 104.

Die durch das systematische Auslegungselement gebotene Berücksichtigung der allgemeinen Bestimmungen über die Verrechnung führt somit zum Schluss, dass eine Verrechnung gestützt auf eine *nicht werthaltige Forderung* und somit die Verrechnung mit einer Forderung gegenüber einer *überschuldeten Gesellschaft* im Umfang des Nominalbetrages der Forderung *zulässig* ist; *Werthaltigkeit* der Verrechnungsforderung ist nach OR 120 ff. *keine* Voraussetzung einer Verrechnung.

b) Die anderen Liberierungsarten

In Rahmen des systematischen Auslegungselements ist die Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft sodann insbesondere in ihrem Verhältnis zu den übrigen Liberierungsarten zu betrachten: im Verhältnis zur Barliberierung (lit. aa), zur Liberierung durch Sacheinlage⁴⁷ (lit. bb) und zur Liberierung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital (lit. cc). Wird der Schutz der Gläubiger als Massstab im Rahmen eines Vergleichs der verschiedenen Liberierungsarten verwendet,⁴⁸ so können aus dem Vergleich mit den anderen Liberierungsarten Schlüsse hinsichtlich der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft gezogen werden (lit. dd).

aa) Bei der *Barliberierung*⁴⁹ wird zwecks Sicherung der tatsächlichen Kapitalaufbringung die Einzahlung der Geldeinlage auf ein Sperrkonto verlangt; die einbezahlten Beträge dürfen sodann nur der Gesellschaft ausbezahlt werden.⁵⁰ Zwangsläufig steht mit der Leistung der Einlage auch deren Vollwertigkeit und damit die tatsächliche Erfüllung der Liberierungspflicht fest. Im Gegensatz dazu ist die Verrechnungsliberierung eine Liberierungsart, bei der eine tatsächliche Einzahlung gerade vermieden werden soll und kein tatsächlicher Mittelzufluss beabsichtigt ist. Wie die Liberierungspflicht bei der Verrechnungsliberierung vollständig erfüllt wird, lässt sich daher nicht durch einen Beizug der Regeln über die Barliberierung bestimmen, denn diese verfolgen – notwendigerweise anders als jene über die Verrechnungsliberierung – den Zweck, die tatsächliche Kapitalaufbringung sicherzustellen.

47 Die Bestimmungen über *Sachübernahmen* können in diesem Zusammenhang als Sonderfall der Bestimmungen über Sacheinlagen verstanden werden; sie brauchen nicht eigens betrachtet zu werden.

48 Siehe zur Massgeblichkeit des Gesichtspunktes des Gläubigerschutzes hinten III.4.a.

49 OR 652c in Verbindung mit OR 633.

50 OR 633.

bb) Aus einer Gegenüberstellung von Verrechnungsliberierung und *Liberierung durch Sacheinlage*⁵¹ ergibt sich im Ergebnis das Gleiche wie aus der vorangehenden Gegenüberstellung von Verrechnungsliberierung und Barliberierung. So hat der Gesetzgeber in verschiedenen Zusammenhängen die *Bewertung von Sacheinlagen* geregelt – als Teil des bedingt notwendigen Statuteninhalts,⁵² im Zusammenhang mit der Einlageleistung bei der Gründung⁵³ sowie im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung⁵⁴ –, während er auf eine Bewertung der Verrechnungsforderung bei der Regelung der Verrechnungsliberierung verzichtet hat und es mit einer Rechenschaftsablage über den «Bestand» der Forderung bewenden liess. Insbesondere aufgrund der Nachbarschaft von OR 652e Ziff. 2 betreffend Rechenschaft über den «Bestand und die Verrechenbarkeit der Schuld» im Kapitalerhöhungsbericht und von OR 652e Ziff. 1, wo die Prüfung der «Angemessenheit der Bewertung» von Sacheinlagen vorgeschrieben wird, ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber eine angemessene Bewertung der Verrechnungsforderung verlangt hätte, falls er die Liberierung durch Verrechnung und jene durch Sacheinlage in diesem Punkt hätte gleich behandeln wollen.⁵⁵ Statt die Verrechnungsliberierung und die Liberierung durch Sacheinlage gleich zu behandeln, hat der Gesetzgeber indes vielmehr die beiden Liberierungsarten bezüglich der zu beobachtenden Formvorschriften gesondert und unterschiedlich geregelt, wobei die Vorschriften über die Verrechnungsliberierung durchwegs weniger streng sind.⁵⁶ So besteht für *Sacheinlagen* *statutarische Publizität*.⁵⁷ Zusätzlich besteht *Handelsregisterpublizität*, und zwar in dem Sinne, dass die Sacheinlage in der Eintragung im Handelsregister – und nicht lediglich in den bei der Anmeldung einzureichenden Belegen – zum Ausdruck kommt.⁵⁸ Damit wird zu Gunsten der Gläubiger, aber auch der Gesellschaft und der Aktionäre kundgetan, dass die eingebrachten Vermögenswerte solche sind, die ein erhöhtes Risiko fehlender Werthaltig-

51 OR 652c in Verbindung mit OR 634.

52 OR 628 I.

53 OR 635 Ziff. 1.

54 OR 652e Ziff. 1.

55 Siehe zu diesem Argument auch vorn III.1.

56 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 15 N 29; GLANZMANN (FN 4), S. 223 f. – Ob alle Unterschiede zwischen der Regelung der Sacheinlage- und jener der Verrechnungsliberierung sachlich gerechtfertigt sind, braucht hier nicht diskutiert zu werden (siehe hiezu etwa BÖCKLI, Aktienrecht, FN 9, Rz. 117; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, FN 3, § 15 N 63). Im Rahmen der vorliegenden systematischen Auslegung geht es allein darum, die Gesetz gewordenen Vorstellungen des Gesetzgebers zu ermitteln und darzustellen.

57 OR 628 I.

58 OR 641 Ziff. 6; siehe auch HRegV 78 II lit. a (Gründungsbericht als Beleg der Anmeldung beim Handelsregister) und HRegV 80 I lit. e (Kapitalerhöhungsbericht als Beleg der Anmeldung beim Handelsregister).

keit mit sich bringen.⁵⁹ Demgegenüber besteht *keine statutarische Publizität* bei der *Verrechnungsliberierung*. Auf eine solche hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet und sich damit begnügt, Publizität im Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht vorzuschreiben.⁶⁰ Da Letztere Belege der Anmeldung beim Handelsregister sind,⁶¹ besteht zwar Handelsregisterpublizität.⁶² In der *Handelsregistereintragung* kommt die Verrechnungsliberierung dagegen *nicht* zum Ausdruck;⁶³ dies in Abweichung vom früheren Recht, welches die Eintragung des durch Verrechnung liberierten Betrages im Handelsregister vorsah.⁶⁴ Sodann bestehen bei der Verrechnungsliberierung auch insofern keine Formvorschriften, als der der Verrechnungsforderung zu Grunde liegende Vertrag nicht schriftlich abgeschlossen worden sein muss;⁶⁵ es genügt, dass sich der Verwaltungsrat im Kapitalerhöhungsbericht zum «Bestand [...] der Schuld» äussert. Ein weiterer Unterschied zwischen einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungs- und einer solchen mit Sacheinlageliberierung besteht endlich darin, dass im Falle einer Sacheinlageliberierung die Kapitalerhöhung gestützt auf einen «wichtigen Beschluss» im Sinne von OR 704 erfolgt, während für den Fall einer Verrechnungsliberierung das Quorum von OR 703 genügt.⁶⁶

Das Fehlen eines Erfordernisses der angemessenen Bewertung, die fehlende Statutenpublizität, die begrenzte Handelsregisterpublizität und das Genügen des ordentlichen Quorums im Falle einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung sind angesichts der Bestimmungen von OR 652e Ziff. 1 (Kapitalerhöhungsbericht betreffend unter anderem die Angemessenheit der Bewertung von Sacheinlagen), OR 628 I (Sacheinlagen als bedingt notwendiger Statuteninhalt), OR 641 Ziff. 6 (Eintragung der Sacheinlage im Handelsregister) und OR 704 I Ziff. 5 («wichtiger Beschluss» im Falle einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlage) als Hinweise darauf aufzufassen, dass der Gesetzgeber die *Verrechnungsliberierung nicht als Sacheinlageliberierung konzipiert* hat, sondern als eine *eigenständige Liberierungsart*.⁶⁷ Das Bun-

desgericht hat die Ansicht, es handle sich bei der Liberierung durch Verrechnung um eine Sacheinlage, unter altem Aktienrecht denn auch explizit verworfen: «Die nach schweizerischem Recht zulässige Verrechnung einer Gläubigerforderung mit der Liberierungsschuld des betreffenden Gläubigers stellt [...] keine Sacheinlage dar.»⁶⁸ «Denn als solche ist gemäss Art. 628 Abs. 1 OR ein Vermögenswert zu betrachten, den ein Aktionär in die Gesellschaft einbringt und der alsdann zu bewerten und dem Einleger anzurechnen ist, während er der A. G. als Aktivum verbleibt. Die Gläubigerforderung des Zeichners wird aber im Falle der Verrechnung nicht eingebracht; denn sie erlischt ja in dem Moment, wo an sich die Liberierung stattzufinden hätte»⁶⁹. Darum war im konkreten Fall die Gläubigerforderung «für die Bewertung der Aktiven der A. G. durch andere Aktionäre und Gläubiger ohne Bedeutung»⁷⁰. Der Gesetzgeber wie auch das Bundesgericht haben mithin bei der Verrechnungsliberierung kein Schutz- oder Informationsbedürfnis auch nur einer Kategorie der am Vorgang Beteiligten ausmachen können, welches die gesetzlichen Vorkehren, die für eine Liberierung durch Sacheinlage bestehen, rechtfertigen würden.

Dass die Liberierung durch Verrechnung nicht nur aufgrund ihrer rechtlichen Regelung, sondern auch *im wirtschaftlichen Ergebnis keine «Einlage einer Forderung» (im Sinne einer Sacheinlage)* darstellt, wird deutlich, wenn man die beiden Arten der Liberierung einander bilanzmässig gegenüberstellt. Die Sacheinlage bewirkt eine Vermehrung der Aktiven; diese Aktiven werden der durch die Kapitalerhöhung erweiterten Sperrziffer «Aktienkapital» zugewiesen. Aktiv- und Passivseite wachsen in gleichem Umfang. Demgegenüber lässt die Verrechnungsliberierung die Aktivseite unberührt, womit auch wirtschaftlich betrachtet keine Einlage vorliegt.

Zu unterscheiden ist die Liberierung durch Verrechnung von der *Einbringung einer Forderung gegenüber einem Dritten* als Sacheinlage. Bei dieser findet mangels Gegenseitigkeit⁷¹ keine Verrechnung statt. Ebenso wenig findet, nachdem die Forderung der Gesellschaft zediert worden ist, eine Vereinigung im Sinne von OR 118 statt, da die Gesellschaft nicht Forderungsschuldnerin ist.⁷² Auch die Betrachtung der Bilanz macht deutlich, dass die Einbringung einer Forderung gegenüber einem Dritten als Sacheinlage zu

59 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 15 N 7, 37, 57 ff.; FRANZ SCHENKER, Kommentar zu OR 628, N 1, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002.

60 OR 635 Ziff. 2 und 652e Ziff. 2; vgl. Botschaft (FN 30), S. 858.

61 HRegV 78 II lit. a bzw. HRegV 80 I lit. e.

62 Siehe zur Öffentlichkeit der Belege OR 930 und HRegV 9.

63 Vgl. OR 641, insbesondere Ziff. 6.

64 Siehe altHRegV 80 II (wiedergegeben hinten FN 127).

65 GLANZMANN (FN 4), S. 223.

66 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 52 N 127. Aufgrund der mit einer Verrechnungsliberierung oft verbundenen Einschränkung oder Aufhebung des Bezugsrechts (OR 704 I Ziff. 6) wird vielfach gleichwohl das qualifizierte Quorum erforderlich sein (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, FN 3, § 52 N 127 FN 49).

67 Siehe Botschaft (FN 30), S. 854; ZINDEL/ISLER (FN 3), Kommentar zu OR 652c, N 3; GLANZMANN (FN 4), S. 223; WIDMER (FN 3), S. 381; vgl. auch ROLF WATTER, Bemerkungen zur Unlo-

gik der Sacheinlage- und Sachübernahmenvorschriften im Schweizer Aktienrecht, AJP 1994, S. 147 ff., S. 150.

68 BGE 87 II 169, 177; ebenso das Aargauische Obergericht in AGVE 1974, S. 49 ff., S. 53.

69 BGE 87 II 169, 177.

70 BGE 87 II 169, 178.

71 OR 120 I: «... zwei Personen *einander* Geldsummen [...] schulden...» (Hervorhebung hinzugefügt).

72 Vgl. OR 118 I: «... Eigenschaften des Gläubigers und des Schuldners *in einer Person* zusammentreffen...» (Hervorhebung hinzugefügt).

qualifizieren ist. In diesem Fall fliesst der Gesellschaft nämlich tatsächlich ein Aktivum zu. Die Passiven und die Aktiven werden vergrössert. Weil die Forderung gegenüber einem Dritten auch nach erfüllter Liberierungsschuld in der Gesellschaftsbilanz als Aktivum verbleibt, ist auch ihre Werthaltigkeit von Belang. Dabei sind Forderungen als Aktiven nach dem Verkehrswert zu verbuchen.⁷³ Liegt der Verkehrswert unter dem Nominalwert einer Forderung, so steht auf der Aktivseite ein überbewertetes Aktivum. Wird eine Wertkorrektur vorgenommen, findet eine Verkürzung der Aktivseite statt. Das neu geschaffene Aktienkapital ist in einem solchen Fall durch die eingebrachte Forderung nicht voll liberiert worden.⁷⁴ Bei der Verrechnungsliberierung wird dagegen auf der Aktivseite keine Änderung durch Verbuchung eines überbewerteten Aktivums – also auch keine falsche Änderung – bewirkt; es erfolgt überhaupt keine Einlage.

Die Verrechnungsliberierung stellt somit neben der Liberierung durch Sacheinlage und der Barliberierung eine «*dritte, selbständige und qualifizierte Einlagekategorie*»⁷⁵ dar.

cc) Bei der *Liberierung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital*⁷⁶ wird – wie bei der Verrechnungsliberierung – auf der Aktivseite der Bilanz nichts verändert. Es wird lediglich gleichsam die Trennlinie innerhalb des Eigenkapitals verschoben, indem frei verwendbares Eigenkapital in Aktienkapital umgewandelt wird. Dabei stellen sich Fragen der Bewertung nur mit Bezug auf die neu dem Aktienkapital zuzuweisenden Aktiven; die richtige Bewertung dieser Aktiven steht jedoch nicht in direktem Zusammenhang mit der Liberierung, sondern hat ungeachtet der Neustrukturierung der Passivseite ohnehin zu erfolgen. Im Zusammenhang mit der Erfüllung der Liberierungspflicht ist die Werthaltigkeit einer Leistung hier – anders als bei der Barliberierung, der Liberierung durch Sacheinlage und der Verrechnungsliberierung – von vornherein kein Thema, da die Aktienkäufer keine Leistung zu erbringen haben, die Aktien eben «gratis» ausgegeben werden. Entsprechend können aus der Liberierung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital auch keine Schlüsse für oder wider ein Erfordernis der Werthaltigkeit bei der Verrechnungsliberierung gezogen werden.

dd) Als *Zwischenergebnis* der Betrachtung der Verrechnungsliberierung im systematischen Kontext der anderen Liberierungsarten ist festzuhalten, dass die Liberierung durch Verrechnung eine *eigenständige Liberierungsart* dar-

stellt, die sich sowohl von der Barliberierung als auch von den anderen Formen der qualifizierten Liberierung unterscheidet. Wegen ihrer unterschiedlichen gesetzlichen Regelung sowie wegen ihrer unterschiedlichen Auswirkungen in der Bilanz können insbesondere aus der Ordnung der Bar- und der Sacheinlageliberierung keine Schlüsse hinsichtlich der Verrechnungsliberierung gezogen werden. Insbesondere fehlt es an einer genügenden Ähnlichkeit dieser verschiedenen Liberierungsarten, welche es gestatten und gebieten würde, das Erfordernis einer angemessenen Bewertung der Sacheinlage auf die Verrechnungsliberierung zu übertragen, im Sinne eines Erfordernisses der Werthaltigkeit der Verrechnungsforderung.

Trotz des grundlegenden Unterschiedes zwischen der Verrechnungsliberierung und den Liberierungsarten mit tatsächlichem Mittelzufluss erlaubt die Gegenüberstellung dieser verschiedenen Liberierungsarten einen *Schluss* hinsichtlich der *Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft*: Aus einer Gegenüberstellung von Liberierungsarten mit tatsächlichem Mittelzufluss und der Verrechnungsliberierung folgt, dass eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung *jedenfalls dann* ohne weiteres zulässig ist, wenn dadurch die Gläubiger *nicht schlechter gestellt* werden als bei einer *Kapitalerhöhung mit tatsächlichem Mittelzufluss*.⁷⁷ Denn problematisch kann eine Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft von vornherein nur dann sein, wenn sie unter Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes gegenüber einer Barliberierung oder einer Liberierung mit Sacheinlage nachteilig ist. Eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung stellt Gläubiger dann nicht schlechter als eine solche mit Bar- oder Sacheinlageliberierung, wenn durch die Kapitalerhöhung die *Überschuldung beseitigt* wird.⁷⁸

77 Vgl. hiezu auch GLANZMANN (FN 4), S. 229.

78 Siehe vorn II.2., insbesondere FN 20. – Dass eine Besser- oder Gleichstellung der Gläubiger im Vergleich zu einer Liberierungsart mit tatsächlichem Mittelzufluss eine *Notwendigkeit* wäre, damit eine Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft zulässig ist, dass also eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft *nur* zulässig wäre, wenn dadurch die Überschuldung beseitigt wird, lässt sich dagegen wegen der dargestellten Unterschiedlichkeit von Verrechnungsliberierung und den Liberierungsarten mit tatsächlichem Mittelzufluss gerade *nicht* aufgrund einer systematischen Betrachtung der anderen Liberierungsarten begründen (in diesem Sinne wohl auch GLANZMANN, FN 4, S. 229). Ob sich ein solches Erfordernis indes aus anderen Bestimmungen ergibt, insbesondere aus jenen über die Überschuldung einer Gesellschaft, bleibt zu prüfen.

73 Vgl. allgemein OR 960 II sowie OR 662a II Ziff. 3.

74 Vgl. auch CAMPONOVO (FN 10), S. 887 FN 23.

75 MOSIMANN (FN 9), S. 22.

76 OR 652d.

c) Die Bestimmungen über die Überschuldung einer Gesellschaft

Wohl will der Gesetzgeber sicherstellen, dass anlässlich der Gründung bzw. einer Kapitalerhöhung dem (neu geschaffenen) Aktienkapital in seiner vollen Höhe Aktiven – Barmittel, eingebrachte Sachwerte oder auch Forderungen gegen die Gründer – gegenüberstehen.⁷⁹ In der Folge kann sich jedoch das Reinvermögen einer Gesellschaft und können sich damit die Aktiven, die der Sperrziffer «Aktienkapital» zugewiesen sind, verringern, und es kann zu einer *Unterbilanz* kommen.⁸⁰ Eine Einstellung der Geschäftstätigkeit ist vom Gesetz deswegen nicht verlangt. Vorgesehen ist lediglich für den Fall eines Kapitalverlusts eine gesellschaftsinterne Massnahme, welche den Gläubigern nicht notwendigerweise einen Schutz bietet, nämlich die Einberufung einer Generalversammlung, der Sanierungsmassnahmen zu beantragen sind.⁸¹ Das Bestehen einer Unterbilanz ist als solches somit nicht verboten; verboten ist im Falle einer Unterbilanz nur eine freiwillige Vermögensverminderung. Die Gläubiger, deren Schutz die Kapitalschutzbestimmungen und insbesondere die Bestimmungen über die Liberierung des Aktienkapitals in erster Linie dienen,⁸² haben grundsätzlich keinen Anspruch auf volle Aktienkapitaldeckung.⁸³

Eine *überschuldete* Gesellschaft hat grundsätzlich den Richter zu benachrichtigen.⁸⁴ Damit wird im Prinzip der Konkurs der Gesellschaft eingeleitet.⁸⁵ Bei «Aussicht auf Sanierung»⁸⁶ – und zwar einer «*konkrete[n]* Aussicht auf Sanierung»⁸⁷ – kann der Konkurs aufgeschoben werden.⁸⁸ Der Verwaltungsrat kann jedoch trotz Überschuldung zunächst von der Benachrichtigung des Richters absehen, die Möglichkeiten einer Sanierung prüfen und die Benachrichtigung bei echten Sanierungschancen unterlassen.⁸⁹ Der Gang zum Rich-

ter ist indes unumgänglich, wenn keine Sanierung möglich ist, welche die Überschuldung der Gesellschaft beseitigt.

Von Bedeutung ist der Kapitalschutz bei Unterbilanz und Überschuldung im vorliegenden Zusammenhang für die Frage der *Zulässigkeit einer Kapitalerhöhung bei einer überschuldeten Gesellschaft*. Das Gesetz verbietet einer überschuldeten Gesellschaft nicht, ihr Kapital zu erhöhen. Die Kapitalerhöhung kann bei einer überschuldeten Gesellschaft – allein oder im Verbund mit anderen Massnahmen – gerade eine Sanierungsmassnahme sein. Verlangt ist allerdings, dass nach erfolgter Kapitalerhöhung (und allfälligen weiteren Sanierungsmassnahmen) die Gesellschaft *nicht mehr überschuldet* ist, das heisst, dass sämtliche Gläubiger voll befriedigt werden könnten.⁹⁰ Nur eine Sanierung, mit der (wenigstens) die Überschuldung beseitigt wird, kann als nachhaltig bezeichnet werden; dies ist Voraussetzung dafür, dass trotz Überschuldung der Gang zum Richter unterlassen werden kann, und Voraussetzung dafür, dass der Richter den Konkurs wegen Aussicht auf Sanierung aufschieben kann. Zulässig ist damit auch bei einer überschuldeten Gesellschaft insbesondere die Kapitalherabsetzung und anschliessende Wiedererhöhung.⁹¹ Erhöht eine überschuldete Gesellschaft ihr Kapital in solchem Umfang, dass die Überschuldung beseitigt wird, und wird – was ausreicht – zu pari liberiert, dann bleibt zwangsläufig eine Unterdeckung bestehen; diese wird aber gesetzlich nicht beanstandet.⁹²

79 Genau besehen trifft dies im Zusammenhang mit der Gründung nicht zu, werden doch die Gründungskosten regelmässig der Gesellschaft selbst belastet, weshalb das Aktienkapital im Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft meist nicht voll gedeckt ist.

80 Bei einer Gesellschaft kurz nach ihrer Gründung ist das Aktienkapital regelmässig nicht voll gedeckt, da aus geschäftlicher Tätigkeit zunächst Kosten auflaufen, welche Aktiven verzehren, bevor Erträge eingehen, durch welche die Aktiven sich wieder vergrössern.

81 OR 725 I.

82 Siehe hinten III.4.a.

83 Siehe ISLER/ZINDEL (FN 10), Kommentar zu OR 653 a, N 9.

84 OR 725 II Satz 2.

85 OR 725 a I Satz 1.

86 OR 725 a I Satz 2.

87 BGE 4C.366/2000 vom 19.6.2001 (Hervorhebung hinzugefügt).

88 OR 725 a I Satz 2.

89 Vgl. BGE 116 II 533, 540 f.; BGE 108 V 183, 188; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 50 N 212; HOPF (FN 2), S. 646.

90 HANSPETER WÜSTINER, Kommentar zu OR 725 a, N 6, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. A., Basel/Genf/München 2002; FORSTMOSER (FN 25), § 16 N 415.

91 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 53 N 337; vgl. auch FORSTMOSER (FN 25), § 16 N 212 ff., ferner die dortige Verweisung unter anderem auf BÜRGI, der allgemein festhält, dass «auch bei Überschuldung von der Anrufung des Konkursrichters abgesehen und das direkte Verfahren der *Sanierungsherabsetzung* nach dem vorliegenden Artikel [OR 735] ergriffen werden [kann], wenn eine *erfolgreiche Sanierung sichergestellt ist*» (FRIEDRICH WOLFHART BÜRGI, Kommentar zu OR 735, N 11, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [Zürcher Kommentar], Band V, Teil 5/b/2 [Art. 698–738], Zürich 1969 [Hervorhebungen im Original]).

92 Der Vorgang einer Kapitalerhöhung durch eine überschuldete Gesellschaft ist – soweit ersichtlich – in Lehre und Praxis nur im Zusammenhang mit OR 735 und damit in der Kombination einer Kapitalerhöhung mit gleichzeitiger Kapitalherabsetzung behandelt worden. Dies ändert aber nichts am Grundsatz, dass eine Kapitalerhöhung auch dann zulässig ist, wenn sie nicht zu einer vollen Deckung des Aktienkapitals führt. Einen einschlägigen Fall hatte das Bundesgericht im Entscheid BGE 76 I 162 ff. zu beurteilen: Eine Gesellschaft, bei welcher «mehr als das gesamte Aktienkapital verloren gegangen» war (BGE a. a. O., 163), wollte das Kapital auf Null herabsetzen und es unmittelbar danach durch Ausgabe neuer Aktien zu pari wieder erhöhen. Entgegen der Auffassung des Handelsregisteramtes des Kantons Zürich und der Direktion der Justiz des Kantons Zürich hat das Bundesgericht ein solches Vorgehen mit dem Hinweis darauf toleriert, dass der Konkursrichter die Konkurseröffnung aufschieben könne, sofern Aussicht auf Sanierung bestehe und dass es in solchen Fällen einfacher sei, «direkt das Verfahren der Sanierungsherabsetzung zu ergreifen», ohne den

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass eine Kapitalerhöhung – gleichgültig, wie das neu geschaffene Kapital liberiert wird – *unzulässig* ist, wenn durch sie die *Überschuldung* der Gesellschaft *nicht beseitigt* wird, selbst nicht im Verbund mit anderen Sanierungsmassnahmen (wie namentlich einem – vollständigen oder teilweisen – Forderungsverzicht).⁹³ Den Bestimmungen von OR 725 f. ist somit zwar nicht direkt ein Hinweis bezüglich eines Erfordernisses der Werthaltigkeit einer zwecks Liberierung zur Verrechnung gebrachten Forderung zu entnehmen. Doch ist den Bestimmungen von OR 725 f. zu entnehmen, dass eine überschuldete Gesellschaft insofern in ihren Handlungsmöglichkeiten eingeschränkt ist, als mit einer Kapitalerhöhung (als einer Sanierungsmassnahme) die Überschuldung beseitigt werden muss. Aufgrund der Bestimmungen über die Überschuldung einer Gesellschaft – und nicht aus einer Eigenheit der Verrechnungsliberierung – ergibt sich, dass eine Kapitalerhöhung – auch, aber nicht nur eine solche mit Verrechnungsliberierung – bei einer überschuldeten Gesellschaft nur dann zulässig ist, wenn durch die Verrechnungsliberierung die Überschuldung beseitigt wird.⁹⁴

d) Schutz und Gleichbehandlung der Aktionäre

aa) Ein *Schutz der Aktionäre* steht im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung in zweierlei Hinsicht zur Diskussion: Einerseits geht es um die allfällige *Schwächung der Mitwirkungs- und der Vermögensrechte der bisherigen Aktionäre* (je nachdem, was für Beteiligungspapiere und zu welchem Wert diese ausgegeben werden), andererseits um den Einfluss, den die *Wahl der einen oder anderen Liberierungsart* auf den Wert der Beteiligung der Aktionäre hat. Was den ersten Gesichtspunkt betrifft, so dient grundsätzlich das Bezugsrecht dem Schutz der Aktionäre.⁹⁵

Richter zu benachrichtigen (BGE a. a. O., 167; ebenso BGE 116 II 533, 541). Der offenkundige Umstand, dass das Aktienkapital nach erfolgter Herabsetzung und Wiedererhöhung nicht voll gedeckt sein würde, wurde vom Bundesgericht nicht kritisiert. Erwähnt sei noch, dass der Entscheid 76 I 162 ff. *in casu* deshalb von besonderer Bedeutung ist, weil er eine Liberierung durch Verrechnung mit einer Forderung des Zeichners gegen die Gesellschaft betraf und für rechtens erklärte. Vgl. im Übrigen auch SJZ 1968, S. 142 Nr. 97.

93 Ebenso ISLER/ZINDEL (FN 10), Kommentar zu OR 653a, N 9 f.

94 Dabei ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass das Vorliegen einer Überschuldung auf der Grundlage einer korrekten Bewertung insbesondere der Aktiven zu beurteilen ist (siehe vorn FN 2). Sind die Aktiven einer Gesellschaft überbewertet, so wird das Erfordernis der Beseitigung der Überschuldung nicht erfüllt, wenn mit der Verrechnungsliberierung und den allfälligen weiteren Sanierungsmassnahmen lediglich die nominelle, gemäss Bilanz bestehende Überschuldung verschwindet.

95 OR 652b.

Wird dieses entzogen, so nimmt der Einfluss der bisherigen Aktionäre in der Generalversammlung ab. Auch sind künftige Gewinne bzw. ist ein allfälliger Liquidationserlös mit einer grösseren Zahl von Aktionären zu teilen. Dies sind jedoch keine besonderen Konsequenzen einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung, sondern Folgen einer jeden Kapitalerhöhung, die unter Entzug des Bezugsrechts erfolgt.⁹⁶ Das Bezugsrecht wird nun freilich im Falle einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung notwendigerweise entzogen, da die neu ausgegebenen Aktien den Gesellschaftsgläubigern und nunmehrigen neuen Aktionären zugewiesen werden müssen, damit es zur angestrebten Schuldenreduktion und Sanierung kommt.⁹⁷ Dabei liegt im Sanierungsziel in aller Regel der für einen Entzug des Bezugsrechts vorausgesetzte «wichtige Grund».⁹⁸

Ob es einen Schutz der Aktionäre in Bezug auf die *Wahl einer bestimmten Liberierungsart* gibt, braucht hier nicht in grundsätzlicher Weise erörtert zu werden. Das Interesse des Aktionärs – und sei es auch ein rein faktisches – geht jedenfalls dahin, dass der Wert der Gesellschaft und damit seiner Beteiligung möglichst hoch sein soll. Diesem Interesse dient jede Massnahme, die die Schulden einer Gesellschaft reduziert, da dadurch die Aussicht auf einen Gewinnanteil bzw. einen Anteil am Liquidationserlös sowie die Eigenkapitalquote erhöht werden. Eine solche Massnahme stellt auch eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung dar, und zwar ungeachtet dessen, ob die Gesellschaft überschuldet, die zur Verrechnung gebrachte Forderung also nicht werthaltig ist, denn in jedem Fall wird Fremdkapital im Umfang des nominalen Forderungsbetrages aus der Bilanz der Gesellschaft eliminiert.⁹⁹ Die Aktionärsinteressen sprechen somit *nicht* dagegen, dass auch in einer *überschuldeten Gesellschaft* neu geschaffenes Aktienkapital durch *Verrechnung liberiert* werden kann.¹⁰⁰

bb) Schranken der Zulässigkeit oder gar die Unzulässigkeit einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft könnten sich aus dem *aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot* ergeben. Denn die bisherigen Aktionäre befinden sich in einer anderen Rechtsstellung als jene, die, vormals Gläubiger, nun neu Aktionäre werden, und diese wiederum befinden sich in einer anderen Rechtsstellung als allenfalls solche, die neu Aktionäre werden, ohne zuvor Gläubiger der Gesellschaft gewesen zu sein. Rechtliche Grundlage der Beurteilung einer darin allenfalls zu erbli-

96 Vgl. GLANZMANN (FN 4), S. 233 f.

97 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 52 N 127 FN 49; CAMPONOVO (FN 10), S. 888.

98 Siehe zu diesem Erfordernis eines Bezugsrechtsentzuges OR 652b II.

99 Siehe vorn II.1., III.2.a sowie hinten III.4.a; GLANZMANN (FN 4), S. 234.

100 Vgl. CAMPONOVO (FN 10), S. 888; ZINDEL/ISLER (FN 3), Kommentar zu OR 652c, N 4.

ckenden Ungleichbehandlung ist OR 717 II, wonach «Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln» sind. Das so umschriebene, an den Verwaltungsrat gerichtete Gleichbehandlungsgebot gilt auch für die Generalversammlung; ihre Beschlüsse sind anfechtbar, wenn sie «eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre bewirken»¹⁰¹. Mit den Wendungen «unter gleichen Voraussetzungen» bzw. «durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigt» wird die Relativität des Gleichbehandlungsgrundsatzes zum Ausdruck gebracht. Eine Ungleichbehandlung kann nämlich mit Blick auf das Gesellschaftsinteresse gerechtfertigt sein.¹⁰²

Im vorliegenden Zusammenhang kann man sich einerseits fragen, ob der Gleichbehandlungsgrundsatz durch eine Kapitalerhöhung mit teilweiser Verrechnungsliberierung – im Umfang, der zur Beseitigung der Überschuldung notwendig ist – verletzt wird. In einem solchen Fall liberieren einzelne Gläubiger neu geschaffenes Aktienkapital mit einer nicht werthaltigen Forderung, während *andere neue Aktionäre* das Aktienkapital auf eine Art liberieren, die der Gesellschaft neue Mittel zufließen lässt. Die Frage einer Ungleichbehandlung braucht hier nicht in grundsätzlicher Weise beantwortet zu werden, da in der Praxis meist – jedenfalls im Zuge einer ersten von allenfalls mehreren sukzessiven Kapitalerhöhungen – das gesamte neu geschaffene Aktienkapital durch Verrechnung liberiert wird. Im Übrigen rechtfertigt der bei einer überschuldeten Gesellschaft mittels einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung verfolgte Sanierungszweck¹⁰³ die formale Ungleichbehandlung, welche die Aktionäre erleiden, die ihre Aktien bar oder durch Sacheinlage liberieren: Aktionäre, die durch Verrechnung liberieren, wie auch solche, die ihre Liberierungspflicht durch Barzahlung oder Sacheinlage erfüllen, leisten einen Beitrag dazu, dass die Gesellschaft sich aus ihrer prekären Situation befreien kann.¹⁰⁴

Andererseits stellt sich die Frage einer Ungleichbehandlung der Aktionäre im Verhältnis zwischen den neuen Aktionären, die vormalig Gläubiger waren, und den *bisherigen Aktionären*, die zu einem früheren Zeitpunkt Gesellschaftskapital durch Aufbringung eigener Mittel liberiert haben. Hier dürfte es ebenfalls an einer rechtlich relevanten Ungleichbehandlung fehlen. In aller Regel werden sich zwischen den beiden zu vergleichenden Zeitpunkten die Verhältnisse wesentlich geändert haben; Verhältnisse, welche eine Gesell-

schaft mit Blick auf das Gesellschaftsinteresse dazu bringen können, neues Aktienkapital durch Verrechnung statt durch tatsächlichen Vermögenszufluss liberieren zu lassen, da damit eine Sanierung eingeleitet und die Gesellschaft aus einer problematischen Lage herausgeführt werden kann. Solche veränderten Verhältnisse rechtfertigen eine andere, den gegenwärtigen Verhältnissen angepasste Liberierungsart und damit eine formale Ungleichbehandlung gegenüber den bisherigen Aktionären. Hinzu kommt, dass sich die Verrechnungsliberierung für die bisherigen Aktionäre letztlich ohnehin positiv auswirkt,¹⁰⁵ weshalb ein Vorwurf der Ungleichbehandlung schwer zu begründen wäre.¹⁰⁶

Soweit die Frage hier untersucht wurde, verstösst eine Kapitalerhöhung mit *Verrechnungsliberierung* auch bei einer *überschuldeten Gesellschaft* nicht gegen das aktienrechtliche Gleichbehandlungsgebot.

e) Die Bestimmungen über die paulianische Anfechtung und die Verrechnung im Konkurs

Die Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung als eine Sanierungsmaßnahme erfolgt angesichts eines ernsthaft drohenden Konkurses und soll diesen abwenden. Darum sind im Rahmen einer systematischen Auslegung der Vorschriften über die Verrechnungsliberierung die potenziell einschlägigen konkursrechtlichen Vorschriften in die Betrachtung mit einzubeziehen. Von Interesse sind einerseits die Tatbestände der paulianischen Anfechtung¹⁰⁷ (lit. aa), und zwar insofern, als die zu sanierende Gesellschaft später allenfalls in Konkurs fällt. Andererseits geht es um die Vorschriften betreffend die Verrechnung im Konkurs (lit. bb), weil sich aus ihnen allenfalls Schranken einer Verrechnung in einer Sanierungsphase ergeben (was eine analoge Anwendung der betreffenden konkursrechtlichen Bestimmungen bedeuten würde).

aa) Bei einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung befinden sich verschiedene Gläubiger in verschiedenen Rechtsstellungen: Zu unterscheiden sind die Gläubiger, die durch die Verrechnungsliberierung Aktionäre werden, von den Gläubigern, die kein Aktienkapital zeichnen und Gläubiger bleiben. In diesem Zusammenhang ist zunächst SchKG 288, die Bestimmung über die *Absichtsanfechtung*, anzuführen. Danach sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, «welche der Schuldner innerhalb der letzten fünf Jahre vor der [...] Konkursöffnung in der dem andern Teile erkennbaren Absicht vor-

101 OR 706 II Ziff. 3.

102 Vgl. im Einzelnen CLAIRE HUGUENIN JACOBS, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Habil. Zürich 1994, S. 31, S. 37 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 39 N 58 ff.

103 Siehe zu diesem Zweck hinten III.4.b.

104 Vgl. auch CAMPONOVO (FN 10), S. 888 FN 27; anderer Meinung KUNZ (FN 9), § 2 N 48 f.; SCHOCH (FN 9), S. 27.

105 Siehe vorn II.2.

106 Im Ergebnis ebenso CAMPONOVO (FN 10), S. 888 FN 27.

107 SchKG 285 ff.

genommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen». Vorausgesetzt ist eine Schädigung der Gläubiger, indem das Vollstreckungssubstrat vermindert oder die Stellung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren sonst wie verschlechtert wird.¹⁰⁸ Eine Gläubigerbenachteiligung oder Gläubigerbegünstigung zu Lasten jener, die nach der Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung *Gläubiger bleiben*, liegt schon darum nicht vor, weil deren Aussicht auf eine Konkursdividende angesichts der Umwandlung eines Teils des Fremdkapitals in Aktienkapital steigt.¹⁰⁹ Zudem ist für die Gläubiger, die kein Aktienkapital zeichnen, eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung gar günstiger als eine solche mit tatsächlichem Mittelzufluss, falls die Gesellschaft aufgrund der Kapitalerhöhung aus der Überschuldung herauskommt¹¹⁰ – eine notwendige Voraussetzung einer Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft, wie sich bereits aus den Bestimmungen über die Überschuldung einer Gesellschaft ergeben hat.¹¹¹

Kurz anzusprechen ist auch die *Überschuldungsanfechtung* nach SchKG 287. Anfechtbar ist unter anderem die «*Tilgung einer Geldschuld auf andere Weise als durch Barschaft oder durch anderweitige übliche Zahlungsmittel*»¹¹². Die Tilgung von Geldschulden durch Verrechnung wird von dieser Bestimmung jedoch nicht erfasst,¹¹³ was angesichts der Tatsache, dass die Gläubiger grundsätzlich selbst im Konkurs der Gesellschaft noch verrechnen können,¹¹⁴ durchaus einleuchtet. Wird die durch eine Kapitalerhöhung begründete Liberierungsschuld durch Verrechnung getilgt, so wird dadurch folglich keine Grundlage für eine Überschuldungsanfechtung gelegt. Anfechtbar ist nach SchKG 287 sodann auch die «*Zahlung einer nicht verfallenen Schuld*»¹¹⁵. Ungeachtet der Frage, ob die einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser Bestimmung im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung erfüllt sein könnten, fehlt es hier ohnehin an einer Schädigung der Gläubiger; durch eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung wird deren Situation allemal verbessert, zumal wenn dadurch – wie dies vorausgesetzt ist¹¹⁶ – die Überschuldung der Gesellschaft beseitigt

wird.¹¹⁷ Einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft steht somit keine Gefahr einer späteren Überschuldungsanfechtung entgegen.

bb) Nach SchKG 213 I kann ein Gläubiger «seine Forderung mit einer Forderung, welche dem Schuldner ihm gegenüber zusteht, verrechnen». Die *grundsätzliche Zulässigkeit der Verrechnung im Konkurs* bestätigt somit das bereits im Zusammenhang mit den allgemeinen Bestimmungen über die Verrechnung vorgefundene Ergebnis, wonach die fehlende Werthaltigkeit einer zur Verrechnung gebrachten Forderung einer Verrechnung nicht entgegensteht.¹¹⁸

Immerhin: «Im Konkurs [...] einer Aktiengesellschaft [...] können nicht voll einbezahlte Beträge [...] des Gesellschaftskapitals [...] nicht verrechnet werden.»¹¹⁹ Dieses *Verbot der Verrechnung gegen Einlageforderungen* bringt die besondere Bedeutung des Gesellschaftskapitals als Haftungssubstrat für die Gläubiger zum Ausdruck¹²⁰ und will, wie die anderen Verrechnungsverbote nach SchKG 213, die mit der Verrechnung verbundene Besserstellung eines Gläubigers gegenüber den anderen Gläubigern verhindern.¹²¹

Eine nach SchKG 213 IV verbotene Verrechnung weist auf den ersten Blick eine gewisse Ähnlichkeit mit einer Verrechnung auf, durch die in einer überschuldeten Gesellschaft neues Aktienkapital liberiert wird: In beiden Situationen sichert sich ein Gläubiger einer nicht werthaltigen Forderung die Erfüllung seiner Forderung durch Verrechnung mit einer Liberierungsschuld, während die übrigen Gläubiger mit dem Risiko konfrontiert bleiben, nicht voll befriedigt zu werden (wobei durch die Verrechnung immerhin der Gesamtbetrag der übrigen Schulden der Gesellschaft reduziert wird). Das Verrechnungsverbot von SchKG 213 IV ist jedoch weder nach seinem Wortlaut – «[i]m Konkurs . . . einer Aktiengesellschaft»¹²² – noch angesichts seiner systematischen Einbettung ins SchKG noch nach seinem Zweck und der ihm zugrunde liegenden Interessenkonstellation auf die Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft anwendbar. Was insbesondere den Zweck des Verrechnungsverbots anlangt, das Haftungssubstrat für alle

108 BGE 99 III 27, 32; ADRIAN STAHELIN, Kommentar zu SchKG 285, N 14, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Basel/Genf/München 1998.

109 Siehe vorn II.2.

110 Siehe vorn II.2.

111 Siehe vorn III.2.c.

112 SchKG 287 Abs. 1 Ziff. 2 (Hervorhebung hinzugefügt).

113 STAHELIN (FN 108), Kommentar zu SchKG 287, N 9.

114 Siehe SchKG 213 I und dazu sogleich hinten.

115 SchKG 287 Abs. 1 Ziff. 3.

116 Siehe vorn III.2.c.

117 Siehe vorn II.2.

118 Siehe vorn III.2.a.

119 SchKG 213 IV.

120 Siehe CHRISTOPH STÄUBLI/JEAN-CLAUDE DUBACHER, Kommentar zu SchKG 213, N 5 und 27, in: Staehelin/Bauer/Staehelin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG II, Basel/Genf/München 1998.

121 Siehe allgemein zur Begründung der Verrechnungsverbote von SchKG 213 II–IV STÄUBLI/DUBACHER (FN 120), Kommentar zu SchKG 213, N 2.

122 Hervorhebung hinzugefügt.

Gläubiger gleichermassen zu erhalten, so spielt dieser Zweck im Zusammenhang mit einer Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft schon darum keine Rolle, weil eine solche Verrechnungsliberierung – anders als die Verrechnung mit der Liberierungsschuld im Konkurs – nicht zu einer Schlechterstellung oder Benachteiligung der verbleibenden Gläubiger führt. Die anderen, verbleibenden Gläubiger profitieren vom Vorgang der Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung nämlich dadurch, dass sich durch die Sanierung ihre Aussichten verbessern, dereinst befriedigt zu werden, indem eine Rückkehr der Gesellschaft zu wirtschaftlichem Erfolg ermöglicht wird. Damit steigt die Werthaltigkeit der Forderungen der verbleibenden Gläubiger.¹²³ An einer solchen Besserstellung der übrigen Gläubiger fehlt es im Falle einer nach SchKG 213 IV verbotenen Verrechnung: Die Gesellschaft ist bereits im Konkurs, der verrechnende Gläubiger verschafft den anderen Gläubigern keinen Vorteil dadurch, dass er die offene Liberierungsschuld durch Verrechnung tilgt, sondern «beraubt» sie im Gegenteil eines Aktivums.

Ein Blick in die Gesellschaftsbilanz macht den Unterschied zwischen einer nach SchKG 213 IV verbotenen Verrechnung und einer Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft deutlich: Die nach SchKG 213 IV verbotene Verrechnung stellt die verbleibenden Gläubiger schlechter, weil bei einer überschuldeten Gesellschaft eine Verminderung der Aktiven (Wegfall der durch Verrechnung getilgten Forderung der Gesellschaft auf Leistung des nicht einbezahlten Aktienkapitals) bei gleichzeitiger Verminderung der Passiven im gleichen Umfang (Wegfall der Forderung des Aktionärs gegen die Gesellschaft aufgrund der Verrechnung) stets zu einer Reduktion des Deckungsgrades führt.¹²⁴ Demgegenüber führt die Verrechnungsliberierung – auch bei einer überschuldeten Gesellschaft – dazu, dass das Fremdkapital, bei unverändertem Umfang der Aktiven, reduziert wird, woraus allemal eine für die Gläubiger vorteilhafte Erhöhung des Deckungsgrades resultiert. Wird somit der durch das Verrechnungsverbot von SchKG 213 IV verfolgte Zweck – Erhaltung des Haftungssubstrats zu Gunsten aller Gläubiger – durch eine Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft nicht tangiert, so

123 Siehe vorn II.2.

124 Der Grad der Deckung des Fremdkapitals ergibt sich, wie bereits früher ausgeführt, aus dem Verhältnis der gesamten Aktiven zum gesamten Fremdkapital: Deckungsgrad [%] = Aktiven [CHF] / Fremdkapital [CHF]. Liegt der Deckungsgrad, wie dies bei einer überschuldeten Gesellschaft definitionsgemäss der Fall ist, unter 100%, so führt eine Verkleinerung des Zählers um den Betrag x (Wegfall der Forderung auf Leistung des nicht einbezahlten Aktienkapitals) stets zu einem geringeren Wert als eine Verkleinerung des Nenners um den Betrag x (Wegfall der Forderung des Aktionärs gegen die Gesellschaft): $3/4$ ist weniger als $4/5$, $2/3$ ist weniger als $3/4$, $1/2$ ist weniger als $2/3$.

ist einer analogen Anwendung dieses Verrechnungsverbots auf eine solche Verrechnungsliberierung die Grundlage entzogen.¹²⁵

- f) Ergebnis: Zulässigkeit der Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung aufgrund des systematischen Auslegungselements

Aus einer Betrachtung der systematischen Zusammenhänge rund um die Verrechnungsliberierung ergibt sich für die Frage ihrer Zulässigkeit in einer überschuldeten Gesellschaft – und damit für die Frage der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung mit einer nicht werthaltigen Forderung – im Wesentlichen Folgendes: Nach den allgemeinen Regeln über die Verrechnung ist nicht vorausgesetzt, dass die zur Verrechnung gebrachte Forderung in vollem Umfang werthaltig ist. Sodann stellt sich die Verrechnungsliberierung als eine gegenüber den anderen Liberierungsarten eigenständige Liberierungsart dar, was zur Konsequenz hat, dass Anforderungen, die der Gesetzgeber insbesondere für die Liberierung durch Sacheinlage aufgestellt hat, nicht auf die Verrechnungsliberierung übertragen werden können. Immerhin ist aus dem Vergleich mit den anderen Liberierungsarten der Schluss zu ziehen, dass eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft jedenfalls *dann* zulässig ist, wenn damit die Überschuldung beseitigt wird. Aus den Bestimmungen über die Überschuldung einer Gesellschaft ergibt sich, dass eine Kapitalerhöhung – und damit auch eine solche mit Verrechnungsliberierung – bei einer überschuldeten Gesellschaft *nur* dann zulässig ist, wenn sie dadurch aus der Überschuldung herausgeführt wird. Grundsätzlich keine Schranken einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft ergeben sich aus dem aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot, dem Aktionärsschutz sowie aus den potenziell einschlägigen konkursrechtlichen Bestimmungen.

3. *Das historische Auslegungselement: Vermeidung einer Liberierung durch Verrechnung mittels vorgetäuschter, künstlicher Forderungen*

Nach der *Botschaft des Bundesrates zur Revision des Aktienrechts von 1991* sollte mit der Prüfung des Bestandes der Forderung im Gründungs- bzw. Kapitalerhöhungsbericht vermieden werden, «dass künstlich geschaffene Forde-

125 Vgl. in diesem Sinne, mit etwas anderer Begründung, auch GLANZMANN (FN 4), S. 231 f.; CAMPONOVO (FN 10), S. 886 FN 11; RUBLI (FN 10), S. 212 f.; anderer Meinung SENN (FN 9), S. 155 f., gestützt auf SchKG 213 II Ziff. 2.

rungen, die eines ernsthaften Rechtsgrundes entbehren, zur Liberierung des Grundkapitals verwendet werden»¹²⁶. Darauf, dass die Prüfung des Bestandes der Forderung auch deren Werthaltigkeit betreffe, deuten diese Ausführungen nicht hin; sie machen vielmehr deutlich, dass der Wortlaut des Gesetzes – «Bestand [...] der Schuld» – die Absicht des Gesetzgebers treffend zum Ausdruck bringt.

In die gleiche Richtung deutet die vom Bundesgericht vorgenommene Auslegung von altHRegV 80¹²⁷, welche Bestimmung die Vorgängerin der heutigen gesetzlichen Regelung ist. Diese Bestimmung «will verhüten, dass die Liberierungsschuld eines Aktienzeichners durch Verrechnung mit zweifelhaften oder gar vorgetäuschten Ansprüchen gegenüber der A. G. getilgt und auf diese Weise das Aktienkapital geschwächt wird. [...] Damit soll den Handelsregisterbehörden und weiteren Interessenten ermöglicht werden, sich über die Rechtmässigkeit der erfolgten Verrechnung Klarheit zu verschaffen.»¹²⁸ Das Bundesgericht hat die Bestimmung von altHRegV 80 somit nicht in dem Sinne interpretiert, dass unter den Nachweis der «Existenz» der Forderung auch deren Werthaltigkeit falle. Diese Feststellung ist von Bedeutung, denn mit der Revision des Aktienrechts von 1991 hat sich das Konzept der Verrechnungsliberierung grundsätzlich nicht geändert.¹²⁹

Eine historisch orientierte Auslegung der Vorschriften über die Verrechnungsliberierung legt somit den Schluss nahe, es habe der Gesetzgeber im Rahmen der Verrechnungsliberierung *kein Erfordernis der Werthaltigkeit* der zur Verrechnung gebrachten Forderung statuieren wollen.

4. Das teleologische Auslegungselement: Kapitalschutz- und Sanierungszweck

a) Kapitalschutz als Zweck der Liberierungsvorschriften

Die Vorschriften über die Liberierung des Aktienkapitals gehören zu den Kapitalschutzvorschriften. Diese bezwecken die Sicherung der Funktion des Aktienkapitals, welche darin besteht, als Ausgleich zur Haftungsbeschränkung eine minimale Haftungsbasis für die Gläubiger bereitzustellen, indem

in seiner Höhe Vermögenswerte in der Gesellschaft vorhanden sein und verbleiben sollen.¹³⁰ Das Aktienkapital ist ein bilanztechnisches Instrument, das zur Hauptsache dem *Schutz der Gläubiger* dient, und zwar im Besonderen dem Schutz ihrer geldwerten Ansprüche gegenüber der Gesellschaft.¹³¹ Zu den durch die Kapitalschutzvorschriften zu schützenden Gläubigern zählen einerseits die potenziellen künftigen Gläubiger, andererseits aber auch die gegenwärtigen Gläubiger. Von ihrer Zielsetzung her sind die Kapitalschutzbestimmungen somit im Lichte des Gläubigerschutzes zu sehen. Dabei kommt den Liberierungsvorschriften im Rahmen des Kapitalschutzes insbesondere die Teilaufgabe zu, die Funktion des Aktienkapitals im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung zu sichern.

Der im Kontext der Verrechnungsliberierung mit einer nicht werthaltigen Forderung oft verwendete Ausdruck «Kapitalaufbringung» scheint ein besonderes Verständnis des zuvor skizzierten Kapitalschutzes zu implizieren: ein Verständnis, nach dem sicherzustellen sei, dass der Gesellschaft effektiv, tatsächlich Mittel (Aktiven) in der Höhe des neu geschaffenen Aktienkapitals zufließen.¹³² Durch Sicherung einer Aktivenvermehrung in entsprechender Höhe soll wenigstens zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung der Gläubigerschutzfunktion des Aktienkapitals in effektiver Weise Rechnung getragen werden; denn letztlich profitieren die Gläubiger von tatsächlich vorhandenen Aktiven und nicht von Passiven, denen bestimmte Aktiven gegenüberstehen *sollten*, es mitunter aber nicht tun. Allein, das Konzept des auf dem Aktienkapital basierenden Gläubigerschutzes ist im schweizerischen Aktienrecht ein differenzierteres: Zwar zielen die Vorschriften im Zusammenhang mit der Barliberierung, der Sacheinlageliberierung und den Sachübernahmen¹³³ darauf ab, der Gesellschaft tatsächlich Mittel zukommen zu lassen bzw. zu belassen. Wie der aktienrechtliche Kapitalschutz im Zusammenhang mit der Liberierung die ihm zugeordnete Funktion erfüllt, zeigt sich indessen erst, wenn man weitere gesetzliche Tatbestände qualifizierter Kapitalerhöhungen in die

126 BBl 1983 II 745, 858.

127 «Haben Aktionäre ihre Aktien ganz oder teilweise durch Verrechnung mit Forderungen an die Gesellschaft liberiert, so muss sich aus der öffentlichen Urkunde über die Gründung oder die Kapitalerhöhung ergeben, dass und wie die Existenz dieser Forderungen nachgewiesen worden ist.» (Abs. 1). «In der Handelsregistereintragung ist der Gesamtbetrag desjenigen Teils des Grundkapitals zu nennen, der durch Verrechnung liberiert worden ist.» (Abs. 2).

128 BGE 87 II 169, 179 f.

129 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 15 N 28 f.; GLANZMANN (FN 4), S. 222 f.

130 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 49 N 33 ff.; vgl. auch BÖCKLI, Aktienrecht (FN 9), Rz. 40a; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 9. A., Bern 2004, § 16 N 52.

131 Vgl. ALFRED SIEGWART, Kommentar zu OR 620, N 6, 13, 16, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Band V, Teil 5a (Art. 620–659), Zürich 1945; ISLER/ZINDEL (FN 10), Kommentar zu OR 653 a, N 9.

132 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht (FN 9), Rz. 206af.: «Die Einlage ist nur insoweit erbracht als ...» und: «Lässt man [...] 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.»; MOSIMANN (FN 9), S. 69: «Prinzip der Realität der Kapitalaufbringung»; WIDMER (FN 3), S. 389: «... im Interesse der ordnungsgemässen Kapitalaufbringung...».

133 Vgl. OR 633 und 634, gegebenenfalls in Verbindung mit OR 652c, sodann OR 635 Ziff. 1 bzw. OR 652e Ziff. 1, OR 635a bzw. OR 652f, ferner OR 628, 652g I Ziff. 3.

Betrachtung mit einbezieht. Sicherstellung einer Haftungsbasis zu Gunsten der Gläubiger bedeutet danach nämlich nicht notwendig, dass bei einer Kapitalerhöhung der Gesellschaft tatsächlich Mittel in entsprechender Höhe zuzufliessen hätten.¹³⁴

Zunächst zeigt sich anhand der Kapitalerhöhung durch *Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital*¹³⁵, dass eine Gesellschaft ihr Aktienkapital erhöhen kann, ohne dass im Umfang des neu geschaffenen Kapitals Mittel in die Gesellschaft zu fliessen bräuchten. Die Kapitalerhöhung ist hier mit keiner Vermehrung des Gesellschaftsvermögens verbunden; die Aktien werden «gratis» ausgegeben. Der Kapitalschutz durch Liberierungsvorschriften hat demzufolge aufgrund der gesetzlichen Ordnung nicht zum Zweck sicherzustellen, dass der Gesellschaft tatsächlich im Umfang des neu geschaffenen Aktienkapitals neue Mittel zufließen. Es genügt, dass dem nunmehr erhöhten Aktienkapital mehr Aktiven gegenüberstehen, was aber nicht nur durch tatsächlichen Mittelzufluss, sondern auch dadurch erreicht werden kann, dass bisher frei verwendbare, schon in der Gesellschaft befindliche Vermögenswerte der Sperrziffer «Aktienkapital» zugewiesen werden.¹³⁶ Sodann belegt gerade auch die hier zur Diskussion stehende – und vom Gesetzgeber ausdrücklich zugelassene – *Verrechnungsliberierung*¹³⁷, dass Kapitalschutz im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung keinen tatsächlichen Mittelzufluss voraussetzt. Die Verrechnungsliberierung führt nicht zu einer Veränderung auf der Aktivseite, lässt der Gesellschaft also keine Mittel zukommen. Vielmehr können aufgrund einer Reduktion des Fremdkapitals frei verwendbar gewordene Mittel der Sperrziffer «Aktienkapital» zugewiesen werden. Sind aber weder die Verrechnungsliberierung noch die Kapitalerhöhung durch Umwandlung von frei verwendbarem Eigenkapital einem Grundsatz der tatsächlichen Kapitalaufbringung verpflichtet, so darf die Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung nicht mit Argumenten bekämpft werden, hinter denen das Postulat einer tatsächlichen Kapitalaufbringung steht.

Was die *Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft* betrifft, so ist nun freilich nicht zu leugnen, dass hier dem neu geschaffenen Aktienkapital keine Aktiven in entsprechendem Umfang zugewiesen werden können, und zwar insbesondere auch keine bereits in der Gesellschaft befindlichen: Wird nämlich durch die Verrechnungsliberierung nur gerade die Überschuldung beseitigt, so bleiben alle Aktiven der Gesellschaft durch das verbleibende Fremdkapital gebunden; wird durch die Verrechnungsliberierung

nicht bloss die Überschuldung beseitigt, sondern in weiter gehendem Ausmass Fremdkapital abgebaut, so bleibt es allemal bei einer Unterbilanz, und dem Aktienkapital können lediglich in dem Ausmass Vermögenswerte zugewiesen werden, in dem die Kapitalerhöhung den Betrag der Überschuldung übersteigt.¹³⁸

Dass die Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft somit nicht zur Sperrung von Vermögenswerten im Umfang des neu geschaffenen Aktienkapitals führt, heisst jedoch nicht, dass sie dem Kapitalschutzzweck der Liberierungsvorschriften widerspricht, wie sich aus folgenden teleologischen Überlegungen ergibt: Durch eine Kapitalerhöhung sollen grundsätzlich zusätzliche Vermögenswerte durch die Sperrziffer «Aktienkapital» gebunden werden. Diese Bindung von Vermögen ist jedoch kein Selbstzweck, sondern durch das Ziel des Kapitalschutzes bestimmt. Danach ist das durch das Aktienkapital gebundene Vermögen dazu da, ein Haftungssubstrat zur Deckung der Forderungen der Gläubiger zu bilden. Diese normative Funktion des Aktienkapitals hat bei einer überschuldeten Gesellschaft versagt. Nicht nur ist das Aktienkapital nicht mehr durch Vermögenswerte gedeckt, sondern es ist nicht einmal mehr das Fremdkapital gedeckt. Entscheidend ist nun, dass dem durch die Kapitalschutzvorschriften sanktionierten Interesse der Gläubiger an einem Haftungssubstrat im Umfang des Aktienkapitals bzw. an einer entsprechenden Erweiterung des Haftungssubstrats im Falle der Überschuldung durch jede Massnahme gedient wird, die den Grad der Deckung der Gläubigerforderungen erhöht. Eine solche Massnahme stellt die Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung dar.¹³⁹ Darum steht die Auffassung, eine Verrechnungsliberierung sei in einer überschuldeten Gesellschaft unzulässig, weil keine oder nicht genügend neue Aktiven gebunden werden können, im Widerspruch zum Kapitalschutzzweck der Liberierungsvorschriften. Diese Auffassung führt dazu, dass mit einem vermeintlichen Kapitalschutz-Argument eine den Gläubigern dienende Massnahme unterbunden und folglich der Gläubigerschutz pervertiert wird.

Im Übrigen trifft ohnehin bei *jeder* Liberierungsart zu, dass eine Kapitalerhöhung *nicht* zur *Sperrung von Vermögenswerten im Umfang des neu geschaffenen Aktienkapitals* führt, falls die Gesellschaft *überschuldet* ist; dass es bei einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft nicht zur Sperrung von Vermögenswerten im Umfang des neu geschaffenen Aktienkapitals kommt und eine Unterbilanz bestehen bleibt, ist nicht eine Konsequenz der Verrechnungsliberierung, sondern eine solche der

134 Siehe auch GLANZMANN (FN 4), S. 230.

135 OR 652d.

136 Vgl. zum Ganzen FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 52 N 129.

137 Vgl. OR 652e Ziff. 2 sowie OR 652c in Verbindung mit OR 634a II.

138 Siehe vorn II.2. Unter anderem auf den hier angesprochenen Umstand stützt PETER BÖCKLI (Revisionsfelder, FN 9, S. 730 f.) seine Auffassung der Unzulässigkeit der Verrechnungsliberierung bei einer überschuldeten Gesellschaft.

139 Siehe zu den Auswirkungen der Verrechnungsliberierung vorn II.2.

Überschuldung der Gesellschaft. Auch eine Barliberierung im Umfang der Überschuldung erlaubt es nicht, entsprechende Vermögenswerte dem neu geschaffenen Aktienkapital zuzuweisen. Eine Kapitalerhöhung ist jedoch in einer überschuldeten Gesellschaft unter der früher herausgearbeiteten Voraussetzung zulässig, dass durch sie die Überschuldung beseitigt wird, obwohl eine Unterbilanz bestehen bleibt.¹⁴⁰ Damit aber wäre es systemwidrig, eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung zu verbieten, weil sie nicht zur Sperrung von Aktiven im Umfang des neu geschaffenen Aktienkapitals führt, denn dies ist in einer überschuldeten Gesellschaft eben niemals der Fall, wenn mit der Kapitalerhöhung gerade die Überschuldung beseitigt wird.¹⁴¹

Im Lichte des Kapitalschutzes wird auch deutlich, dass die entscheidende Sicht auf den Vorgang der Verrechnungsliberierung jene der *Gesellschaft* ist,¹⁴² und zwar jene *nach vollzogener Verrechnungsliberierung*. Auf den Standpunkt des *Liberierungsschuldners* und die fehlende Werthaltigkeit der von ihm zur Verrechnung gebrachten Forderung zu einem Zeitpunkt *vor* der Verrechnungserklärung kommt es *nicht* an. Gerade auf diesem Standpunkt scheint aber die Auffassung zu basieren, die Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung stelle eine Unterpäri-Emission dar. Hinter dieser Auffassung scheint die Vorstellung zu stecken, die «Hingabe» einer aus der Sicht des Liberierungsschuldners nicht werthaltigen Forderung bedeute für die Gesellschaft notwendigerweise eine unvollständige Erfüllung der Liberierungspflicht, so wie die Einbringung eines verrosteten Wagens als Sacheinlage eine unvollständige Erfüllung der Liberierungspflicht bedeutet, wenn der Wagen zu seinem Neuwert angerechnet werden soll. Diese Vorstellung lässt ausser Acht, dass die *nicht werthaltige Forderung* zwar in der Bilanz des *Liberierungsschuldners* ein *Aktivum* darstellt, das dieser aufgrund einer Bewertung nach dem *Verkehrswert* nicht zu seinem Nominalwert verbuchen darf,¹⁴³ dass aber die korrespondierende *Schuld* bei der *Gesellschaft* ein *Passivum* darstellt, das diese aufgrund des Vorsichtsprinzips jedenfalls mit seinem *Nominalwert* verbuchen muss.¹⁴⁴ Denn eine Darlehensnehmerin kann «sich gewiss nicht darauf berufen, sie sei eine unsichere Darlehensschuldnerin und das Darlehen darum nicht vollwertig.»¹⁴⁵ Anders gewendet: Die Vermögenslage einer überschuldeten Gesellschaft verbessert sich im vollen Umfang der aufgrund der Verrechnungsliberierung getilgten Schuld; insofern ist die zur

Verrechnung gebrachte Forderung werthaltig. Gerade deshalb wird bei der Verrechnungsliberierung, anders als bei einer Liberierung durch Sacheinlage, keine Prüfung der Angemessenheit der Bewertung verlangt und ist sie auch nicht zu verlangen; die Forderung wäre ohnehin nach ihrem Nominalwert zu «bewerten», denn dieser ist für die Gesellschaft entscheidend. Mithin führen die massgeblichen Bewertungsgrundsätze dazu, dass die Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung für die Gesellschaft die gleiche Wirkung zeitigt wie die Verrechnung mit einer werthaltigen Forderung. Die Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung bewirkt in der Bilanz der Gesellschaft – und nur auf *ihre* Bilanz kommt es an! – allemal eine vollständige Erfüllung der Liberierungspflicht.¹⁴⁶

Aus dem Kapitalschutzzweck der Liberierungsvorschriften ist somit auf die *Zulässigkeit* einer Kapitalerhöhung mit *Verrechnungsliberierung* in einer *überschuldeten Gesellschaft* zu schliessen.

b) Sanierung als Zweck der Verrechnungsliberierung

Eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung bezweckt nicht, wie dies für Kapitalerhöhungen mit tatsächlichem Mittelzufluss (Barliberierung, Liberierung durch Sacheinlage) der Fall ist, eine Vermehrung der Aktiven, sodass solche Aktiven der Gesellschaft für ihre Unternehmenstätigkeit zur Verfügung stehen.¹⁴⁷ Die Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung bewirkt einen Abbau von Schulden durch Umwandlung der Schulden in Eigenkapital. Folglich ist sie geeignet und ist es auch ihr Zweck, zur Sanierung einer Bilanz beizutragen.¹⁴⁸ Die Verrechnungsliberierung dient einer Gesellschaft damit auch dazu, den Gang zum Richter zu vermeiden¹⁴⁹ und einer Gesellschaft eine Neuausrichtung ihrer Unternehmenstätigkeit zu ermöglichen.

Der Sanierungszweck der Verrechnungsliberierung würde missachtet, wenn als Voraussetzung für eine Verrechnungsliberierung verlangt würde, dass die zur Verrechnung gebrachte Forderung werthaltig ist; denn damit würde just für Fälle der Überschuldung – welche die Ursache der fehlenden Werthaltigkeit ist – ein Mittel des bilanzmässigen Schuldenabbaus und damit der Sanierung verunmöglicht, also in Fällen, in denen eine Sanierung beson-

140 Siehe vorn III.2.c.

141 Vgl. zum Gesagten im Übrigen auch GLANZMANN (FN 4), S. 230.

142 Vgl. auch HOLD (FN 10), S. 184.

143 Vgl. allgemein OR 960 II sowie OR 662a II Ziff. 3.

144 Siehe FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 51 N 42; RUBLI (FN 10), S. 210; siehe allgemein zum Vorsichtsprinzip OR 662a II Ziff. 3.

145 BGE 87 II 169, 178.

146 Vgl. im Sinne des Gesagten – mit Nachdruck und überzeugend – CAMPONOVO (FN 10), S. 886 f.; ebenso die Sicht der Gesellschaft als die einzige massgebliche betonend LAMBERT/GERICKE (FN 10), Kommentar zu OR 652c, N 6.

147 Vgl. allgemein zu den Zwecken einer Kapitalerhöhung FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 52 N 4.

148 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 3), § 52 N 7; GLANZMANN (FN 4), S. 221; CAMPONOVO (FN 10), S. 885; SENN (FN 9), S. 152.

149 Vgl. OR 725 II Satz 2.

ders Not tut.¹⁵⁰ Angesichts des Sanierungszwecks einer Verrechnungsliberierung käme es einer Auslegung *contra rationem legis* gleich, wenn die Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft ausgeschlossen würde. Nachdem eine Kapitalerhöhung bei einer überschuldeten Gesellschaft ohnehin nur zulässig ist, wenn durch sie die Überschuldung beseitigt wird,¹⁵¹ ist auch sichergestellt, dass die Verrechnungsliberierung ihren Zweck, die Sanierung, tatsächlich erfüllen kann. Umgekehrt folgt gerade auch aus dem Sanierungszweck der Verrechnungsliberierung, dass die Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung nur zulässig ist, wenn damit die Überschuldung beseitigt wird, denn nur so kommt es zu einer nachhaltigen Bilanzsanierung.¹⁵²

Eine an ihrem Sanierungszweck ausgerichtete Betrachtung der *Verrechnungsliberierung* führt somit zum Ergebnis, dass sie auch in einer *überschuldeten Gesellschaft* zulässig ist; sie ist es aber nur dann, wenn mit ihr die *Überschuldung* der Gesellschaft *beseitigt* wird.

IV. Ergebnis

Eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung ist auch in einer überschuldeten Gesellschaft zulässig; die im Rahmen einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung zur Verrechnung gebrachten Forderungen brauchen nicht in dem Sinne werthaltig zu sein, dass ihr wirtschaftlicher Wert ihrem nominalen Wert entspricht. Notwendig ist jedoch, dass durch die Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung – allenfalls verbunden mit weiteren Sanierungsmassnahmen – die Überschuldung der Gesellschaft beseitigt wird.¹⁵³

Die Zulässigkeit einer Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft ergibt sich bei einer allein an den involvierten Interessen orientierten Betrachtung daraus, dass durch ein solches Vorgehen weder Gläubiger- noch Aktionärs- noch (sonstige) Gesellschaftsinteressen verletzt oder beeinträchtigt werden. Die Auslegung der massgeblichen Bestimmungen nach den Regeln der juristischen Methode hat dieses Ergebnis bestätigt: Aus einer *grammatikalischen* Auslegung der Vorschriften über die Verrechnungsliberierung – Prüfung des «Bestand[es] und [der] Verrechenbarkeit der Schuld»¹⁵⁴ durch den Verwaltungsrat im Rahmen des Kapi-

150 Vgl. zu diesem Zusammenhang auch GLANZMANN (FN 4), S. 222, 227; LAMBERT/GERICKE (FN 10), Kommentar zu OR 652c, N 6.

151 Siehe vorn III.2.c.

152 Vgl. vorn III.2.c.

153 Siehe zur praktischen Bedeutung dieser Rechtslage im Zusammenhang mit Wandelobligationen ISLER/ZINDEL (FN 10), Kommentar zu OR 653a, N 10.

154 OR 635 Ziff. 2, 652e Ziff. 2.

talerhöhungsberichts – ergibt sich keine Schranke einer Verrechnungsliberierung, wonach die zur Verrechnung gebrachte Forderung werthaltig sein müsste, die Gesellschaft also nicht überschuldet sein dürfte. Aus einer *systematischen* Auslegung ergibt sich eine solche Schranke ebenfalls nicht, insbesondere nicht aus einem Vergleich mit den anderen Liberierungsarten. Aus einer Betrachtung der anderen Liberierungsarten folgt vielmehr, dass eine Verrechnungsliberierung jedenfalls *dann* zulässig ist, wenn mit ihr die Überschuldung der Gesellschaft beseitigt wird, während sich aus den Regeln über die Überschuldung einer Gesellschaft ergibt, dass eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung *nur* zulässig ist, wenn damit die Überschuldung beseitigt wird. Die *historische* Auslegung der Bestimmungen über die Verrechnungsliberierung bietet ebenfalls keine Grundlage für ein Erfordernis der Werthaltigkeit der zur Verrechnung gebrachten Forderung. Schliesslich hat die *teleologische* Auslegung zu einem Ergebnis geführt, das mit jenem der systematischen Auslegung übereinstimmt: Aus dem Kapitalschutzzweck der Liberierungsvorschriften sowie dem Sanierungszweck der Verrechnungsliberierung folgt ebenfalls, dass eine Kapitalerhöhung mit Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft zulässig ist, jedoch nur dann, wenn die Gesellschaft dadurch aus der Überschuldung herausgeführt wird.

Die *Einschränkung*, wonach eine Verrechnungsliberierung in einer überschuldeten Gesellschaft nur dann zulässig ist, wenn durch sie – allenfalls verbunden mit weiteren Sanierungsmassnahmen – die *Überschuldung beseitigt* wird, ergibt sich aufgrund der Kapitalschutzbestimmungen, welche im Rahmen einer systematischen und teleologischen Auslegung zu berücksichtigen sind. Dieses Auslegungsergebnis überwiegt gegenüber dem Ergebnis, zu dem eine allein grammatikalische und historische Auslegung wohl führen würde, nämlich der Zulässigkeit der Verrechnungsliberierung selbst dann, wenn die Überschuldung nicht beseitigt wird. Insbesondere das Regelungsziel, Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft dadurch zu schützen, dass nur durch eine nachhaltige, das heisst, die Überschuldung beseitigende Sanierung der Gang zum Richter bzw. der Konkurs vermieden werden kann, spricht dafür, den insofern zu wenig differenzierten Wortlaut der Bestimmungen über die Verrechnungsliberierung im Sinne eines Erfordernisses der Beseitigung der Überschuldung teleologisch zu reduzieren.