

Dr. iur. Marc Grünenfelder, Rechtsanwalt

Absicherung von Bankkrediten durch Upstream-Sicherheiten

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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