

Die Generalversammlung in Sanierungssituationen

DOMINIK RIEDER*

SCHLAGWÖRTER	Sanierung – Aktiengesellschaft – Generalversammlung – Verwaltungsrat – Kapitalschnitt
ZUSAMMENFASSUNG	Die Aktionäre versorgen die Aktiengesellschaft mit Aktienkapital. Ist dieses Kapital zur Hälfte verloren, hat der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung der Aktionäre einzuberufen und dieser Sanierungsmassnahmen zu beantragen. Vorliegender Beitrag beleuchtet die Bedeutung der Generalversammlung in Sanierungssituationen und behandelt dabei insbesondere Fragen der Einberufung, der Informationsrechte der Aktionäre und der Besonderheiten der richterlichen Mitwirkung.
RÉSUMÉ	Les actionnaires fournissent du capital à la société anonyme. S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales ne sont plus couvertes, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement. Cet article souligne l'importance de l'assemblée générale annuelle dans les situations de restructuration et traite en particulier des questions de convocation de l'assemblée, du droit à l'information des actionnaires et des particularités de la participation judiciaire.
ABSTRACT	The shareholders provide the stock corporation with share capital. If half of this capital is lost, the Board of Directors must immediately convene a General Meeting of Shareholders and propose measures to remedy the situation. This article highlights the importance of the General Meeting in restructuring situations and deals in particular with questions of convening the meeting, the information rights of shareholders and the special features of judicial participation.

I. Einleitung

Gerät eine Gesellschaft in eine (finanzielle) Krise, ist es primär am Verwaltungsrat, das Ruder zu übernehmen.¹ Dieser ist in vielfacher Hinsicht gefordert, wenngleich das Gesetz nur wenig hilfreiche Hinweise liefern kann, was konkret zu tun ist. Immerhin gibt das Gesetz dem Verwaltungsrat die Vorgabe, dass er bei einem hälftigen Kapitalverlust unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen hat und dieser Sanierungsmassnahmen beantragen muss.

Die Revision des Aktienrechts will auf die zwingende Einberufung der Generalversammlung bei einem hälftigen Kapitalverlust verzichten. In der Vernehmlassung wurde diese Pflicht wegen ihrer Kosten-, Zeit- und Publizitätsfolgen als oftmals wirkungslos oder sogar kontraproduktiv bezeichnet.² Vielmehr solle es künftig im pflichtgemässen Ermessen des Verwaltungsrats liegen, wie er die Aktionäre miteinbezieht.³

Vor diesem Hintergrund will vorliegender Beitrag die Rolle der Generalversammlung «als oberstes Organ der Aktiengesellschaft»⁴ in Sanierungssituationen beleuchten. Das Thema des vorliegenden Beitrags ist die Bedeutung des *Organs* Generalversammlung in Sanierungssituationen. Zur Klarstellung sei erwähnt, dass

* Dr. iur. DOMINIK RIEDER, Rechtsanwalt in Basel und Zürich. Dieser Beitrag entstand im Rahmen seiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen. Der Autor dankt seinen Kollegen Herrn RA Dr. iur. MARC WOLFER sowie Frau RA MARLEN SCHULTZE, MLaw, für die Durchsicht des Textes und die wertvollen Hinweise.

¹ Vgl. zu den Aufgaben des Verwaltungsrats in Sanierungssituationen im Einzelnen OLIVER KÄLIN, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Ein Rechtshandbuch für Verwaltungsräte, Zürich 2016, N 290 ff.; ferner LUKAS GLANZMANN, Die Pflichten des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG – Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Zürich 2003, passim, beide m.w.H.

² Der Vorentwurf sah noch eine zwingende Einberufung für Fälle vor, bei denen der von einem zugelassenen Revisor geprüfte Liquiditätsplan gezeigt hätte, dass eine Zahlungsunfähigkeit drohte oder der Liquiditätsplan nicht plausibel gewesen wäre (Art. 725 Abs. 4 VE-OR).

³ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016, BBI 2017 575; vgl. auch LUKAS GLANZMANN, Drohende Zahlungsunfähigkeit, Kapitalverlust und Überschuldung, GesKR 2017, 387 ff., 395.

⁴ Art. 698 Abs. 1 OR; statt vieler BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 25.

der vorliegende Beitrag keine Abhandlung zur Aktienrechtsrevision darstellt. Der Beitrag versteht sich als Abhandlung *de lege lata* und beschränkt sich auf einige Hinweise zur angedachten Revision des Aktienrechts.

II. Einberufung der Generalversammlung

1. Normzweck

Gemäss Art. 725 Abs. 1 OR⁵ hat der Verwaltungsrat bei einem hälftigen Kapitalverlust unverzüglich eine Generalversammlung einzuberufen und dieser Sanierungsmassnahmen zu beantragen.⁶ Für die Modalitäten der Einberufung gelten die Vorgaben von Art. 699 ff. OR und für die Universalversammlung Art. 701 OR.⁷

Art. 725 Abs. 1 OR dient dem Schutz der Aktionäre.⁸ Bei einem hälftigen Kapitalverlust soll die Generalversammlung über Liquidation, Sanierung oder Fortführung ohne Sanierung entscheiden können, bevor eine Überschuldung eingetreten ist.⁹ Die Aktionäre sollen im Rahmen der Generalversammlung das Recht haben, über die finanzielle Situation ihrer Gesellschaft informiert zu werden,¹⁰ damit sie gegebenenfalls eingreifen können, bevor das gesamte Eigenkapital aufgebraucht ist und sie vor vollendete Tatsachen gestellt werden.¹¹ Nach einem Teil der Lehre soll die Einberufungspflicht

auch dem Gesellschafterschutz und den Gläubiger- und Arbeitnehmerinteressen dienen.¹²

Im Gegensatz dazu dient die Benachrichtigung des Richters nach Art. 725 Abs. 2 OR nicht mehr den Aktionärsinteressen, sondern vielmehr – und primär – den Gläubigerinteressen.¹³ Nach dem Bundesgericht schützt die Bestimmung überdies auch die Allgemeinheit und die zukünftigen Kreditgeber sowie das Gesellschaftsinteresse.¹⁴

2. Unübertragbare und unentziehbare Aufgabe des Verwaltungsrats

Wenngleich Art. 716a OR die Einberufung der Generalversammlung bei hälftigem Kapitalverlust nicht ausdrücklich als Aufgabe des Verwaltungsrats nennt, gilt sie als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe im Sinne dieser Bestimmung.¹⁵

Dies darf aber nicht zur Annahme führen, dass es die primäre Pflicht des Verwaltungsrats im Sanierungsfall ist, die Generalversammlung einzuberufen oder die Bilanz beim Gericht zu deponieren. Vielmehr hat er auch beim hälftigen Kapitalverlust primär die Geschäfte der Gesellschaft zu führen¹⁶ und die Sanierung vorzubereiten.¹⁷ Für den Verwaltungsrat geht es m.E. primär darum, die Gesellschaft am Leben zu erhalten, auch wenn er die Ansicht vertreten sollte, dass eine Einstellung der Geschäftstätigkeit und damit die Liquidation sinnvoller sei. Es obliegt den Aktionären, zu einem späteren Zeitpunkt – gegebenenfalls auch auf Antrag des Verwaltungsrats – diesen Entscheid zu fällen.¹⁸

⁵ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220).

⁶ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 13 N 713, bezeichnet diese Bestimmung als wesentlichen Kern des Rechts der Kapitalgesellschaften.

⁷ Vgl. für diesbezügliche Problemstellungen im Allgemeinen URS BERTSCHINGER, Ausgewählte Fragen zur Einberufung, Traktandierung und Zuständigkeit der Generalversammlung, AJP 2001, 901 ff.

⁸ BGE 121 III 420, 425, E. 3a; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 50 N 191; JÜRIG A. KOEFERLI, Der Sanierer der Aktiengesellschaft; Arbeitsleistungsvertrag, Kapitalverlust, Überschuldung und Verantwortlichkeit, Diss. Universität Zürich 1994, 80.

⁹ BGE 121 III 420, 425, E. 3a m.w.H. zur Botschaft und Literatur.

¹⁰ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 3; KÄLIN (Fn. 1), N 456; GLANZMANN (Fn. 1), 82; JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015, § 8 N 58.

¹¹ DAMIAN K. GRAF, Gesellschaftsorgane zwischen Aktienrecht und Strafrecht, Habil. Universität Zürich 2017, N 735; vgl. auch KÄLIN (Fn. 1), N 456.

¹² BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 3; BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 714a.

¹³ Statt vieler BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 40 ff. m.w.H.

¹⁴ BGE 128 III 180, 182, E. 2; vgl. zur Frage des Gesellschaftsinteresses im Allgemeinen MARK DRENHAUSER, Das Gesellschaftsinteresse im Schweizer Aktienrecht, Ein systemtheoretischer Rundgang, Basel 2015.

¹⁵ KOEFERLI (Fn. 8), 99; BSK OR II-WÄTTER/PELLANDA, Art. 716a N 33; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 6; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 8), § 23 N 19.

¹⁶ LUKAS HANDSCHIN, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, ZBJV 2000, 433 ff., 439.

¹⁷ KÄLIN (Fn. 1), N 452.

¹⁸ Vgl. Art. 736 OR.

3. Beantragung von Sanierungsmassnahmen

Ebenfalls – zumindest nach dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 1 OR – hat der Verwaltungsrat der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen zu beantragen. Darauf ist weiter unten in Kapitel III. zurückzukommen.

4. Hälftiger Kapitalverlust

Das Gesetz knüpft den Auslöser der Einberufungspflicht nach Art. 725 Abs. 1 OR an den hälftigen Kapitalverlust. Ein solcher liegt vor, wenn die Hälfte des Aktienkapitals (inkl. eines allfälligen Partizipationskapitals) und der gesetzlichen Reserven zu Fortführungswerten nicht mehr gedeckt ist. Einzelheiten – insbesondere betreffend die Auflösung von Reserven – sind umstritten und höchststrichterlich noch ungeklärt.¹⁹

Der Wortlaut von Art. 725 Abs. 1 OR spricht davon, dass die letzte Jahresbilanz massgebend sein soll. Richtig wird allerdings sein, dass immer dann, wenn der Verwaltungsrat den Verdacht eines hälftigen Kapitalverlusts hat,²⁰ eine Zwischenbilanz zu erstellen und darauf basierend zu entscheiden ist, ob er eine Generalversammlung einberuft.²¹

5. Unverzüglichkeit der Einberufung

Die Unverzüglichkeit der Einberufung zielt auf eine ausserordentliche Generalversammlung (Sanierungsversammlung).²² Insbesondere BÖCKLI propagiert eine Aufschiebfrist von vier bis sechs Wochen in Abhängigkeit der Komplexität und der Erfolgsaussichten der Sanierung.²³ Folgt man dieser Ansicht, wäre ein Aufschub bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung nur möglich, wenn diese ohnehin während der Aufschiebfrist stattfinden soll.²⁴

M.E. ist zur Beantwortung dieser Frage im Einzelfall die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats massgebend.²⁵ Der Entscheid des Verwaltungsrats, wann die ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen ist, ist m.E. ein Geschäftsentscheid und dem Verwaltungsrat ist demnach ein Ermessen zuzugestehen.²⁶

6. Alternative Einberufung durch die Revisionsstelle oder den Liquidator

Die Einberufung ist primär die Aufgabe des Verwaltungsrats. Unterlässt dieser die Einberufung, ist es sekundär nach Art. 699 Abs. 1 OR die Aufgabe der Revisionsstelle²⁷ resp. des Liquidators²⁸ oder allenfalls des Sachwalters²⁹.

7. Einberufung bei einer überschuldeten Gesellschaft

Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR hat der Verwaltungsrat einer überschuldeten Gesellschaft den Richter zu benachrichtigen, der dann den Konkurs über die Gesellschaft und somit die Zwangsliquidation einleitet. Besteht Aussicht auf Sanierung, kann die Gesellschaft im Verfahren des Konkursaufschubs³⁰ oder im Verfahren der Nachlassstundung³¹ saniert werden.³²

Das Bundesgericht und ein überwiegender Teil der Lehre lassen aber unter gewissen Voraussetzungen zu, dass bei einer Überschuldung von der Benachrichtigung des Richters abgesehen werden und die Gesellschaft ohne Mitwirkung des Richters (also eine sogenannte privatrechtliche Sanierung³³) saniert werden kann.³⁴ Die Mehrheit der Lehre stimmt der Rechtspre-

¹⁹ Vgl. statt vieler BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 18; BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 717 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 8), § 50 N 195 f.

²⁰ Der Verwaltungsrat hat nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR die Finanzverantwortung über die Gesellschaft.

²¹ BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 718, der davon spricht, dass der Wortlaut ungenau sei. Es wäre interessant zu erfahren, wie das Bundesgericht eine Abweichung von diesem an sich klaren und expliziten Wortlauts begründen würde.

²² BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 719a.

²³ BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 754.

²⁴ Offenbar a.A. ist BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 753a, nach dem ein Aufschub bis zur nächsten Generalversammlung dann möglich sein soll, wenn die ordentliche Generalversammlung mit der Aufschiebfrist «mehr oder weniger zusammenfällt».

²⁵ Zu diesen Pflichten vgl. Art. 717 Abs. 1 OR.

²⁶ Vgl. zum Begriff des Geschäftsentscheids ROLF SETHE, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: Sethe/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich 2014, 165 ff., 173 f. Diese Frage ist insb. darum von Interesse, weil im Falle eines Geschäftsentscheids die «Business Judgement Rule» für die Beurteilung einer Pflichtverletzung durch den Verwaltungsrat angewandt werden kann.

²⁷ BGE 86 II 171, 182, E. 2b.

²⁸ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 8), § 23 N 21.

²⁹ Zur Einberufung durch den Sachwalter vgl. unten Kapitel VI.

³⁰ Art. 725a OR.

³¹ Art. 293 ff. SchKG.

³² BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 766.

³³ Vgl. URS SCHENKER, Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, SJZ 2009, 485 ff.

³⁴ Art. 725a Abs. 1 OR; BGE 132 III 564, 572, E. 5.1; BGER 4C.366/2000 (16. Juni 2001), E. 2.a; PETER FORSTMOSER/

chung zu, wonach eine Überschuldungsanzeige aufgeschoben werden kann.³⁵ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird vereinzelt, vor allem mit Bezug auf den klaren Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR, explizit abgelehnt³⁶ respektive kritisch beurteilt^{37, 38}. Gemäss BÖCKLI zählt diese Praxis allerdings «zum gängigen Schweizer Rechtsbestand».³⁹

Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ergeht daraus, dass auch im Falle der Überschuldung noch immer eine Generalversammlung einberufen werden kann, sollte sich der Verwaltungsrat gegen die Benachrichtigung des Richters entscheiden. Wichtig ist allerdings die Bemerkung, dass sich die Voraussetzungen für den Verwaltungsrat hier anders präsentieren als im Falle eines hälftigen Kapitalverlusts. Eine Einberufung bei einer überschuldeten Gesellschaft ist nur dann statthaft, wenn die Voraussetzungen einer Aufschiebung der Überschuldungsanzeige gegeben sind. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dies zusammenfassend dann der Fall, wenn (i) Aussichten auf eine dauerhafte Gesundung der Gesellschaft bestehen, (ii) der Verwaltungsrat prüft, ob die Sanierung ökonomisch sinnvoll ist und (iii) die Sanierung unverzüglich erfolgt. Zudem müssen (iv) die Voraussetzungen des Konkursaufschubs nach Art. 725a OR⁴⁰ gegeben sein, wonach im Wesentlichen ebenfalls eine Aussicht

auf Sanierung bestehen muss und die Forderungen der Gläubiger nicht einer erhöhten Gefährdung durch eine Verschlechterung der finanziellen Lage ausgesetzt sein dürfen.⁴¹ Hinsichtlich einer möglichen Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats kann hier das Bundesgericht zitiert werden: «Die Verwaltung handelt nicht schuldhaft, wenn sie unverzüglich saniert, statt sich an den Richter zu wenden, und in einer schwierigen Lage tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden darf.»⁴² Ein für die Gläubiger allenfalls entstandener Schaden wird als *Verschleppungsschaden* einzuklagen sein.⁴³

Unklar hingegen ist aber auch hier die Frage, wie lange mit der Benachrichtigung des Richters zugewartet und somit auch, wie lange mit einer Einberufung der Generalversammlung zugewartet werden kann. Gemäss BÖCKLI bedeutet unverzüglich im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung innert vier bis sechs Wochen.⁴⁴ Nach FORSTMOSER soll so lange mit der Benachrichtigung zugewartet werden können, wie die Sanierungsbemühungen andauern und die begründete Erwartung besteht, dass sie zu einem erfolgreichen Abschluss geführt werden können.⁴⁵ Das Bundesgericht lässt diesbezüglich m.E. keine klare Rechtsprechung erkennen.⁴⁶ Zu bemerken ist, dass die relativ kurze Frist,

HANS-UELI VOGT, Liberierung durch Verrechnung mit einer nicht werthaltigen Forderung: eine zulässige Form der Sanierung einer überschuldeten Gesellschaft?, ZSR 2003, 531 ff., 550; vgl. auch BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 40a; vgl. ebenfalls zum Ganzen PETER FORSTMOSER, Der Richter als Krisenmanager?, in: Forstmoser et al., Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 263 ff. m.w.H. zur Rechtsprechung und Lehre, und LUKAS GLANZMANN, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Kunz (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 278.

³⁵ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 40a; vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 13 N 15; YVES MAUCHLE/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige warten?, SZW 2004, 227 ff., 234; zum Ganzen auch RUDOLF LANZ, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Diss. Universität Bern 1984, 148.

³⁶ Vgl. v.a. ROLAND RUEDIN/EMMANUEL PIAGET, Le moment de l'avis au juge, PJA 2003, 1329 ff.

³⁷ ZK-HOMBURGER, Art. 725 N 1250 ff.

³⁸ Vgl. eine Zusammenfassung des Meinungsstands bei STEFAN WIRZ, Die Überschuldungsanzeige als Pflicht und Pflichtverletzung, Basel 2015 (Basler Studien zur Rechtswissenschaft Band 119), N 52.

³⁹ BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 816a.

⁴⁰ Vgl. zum Konkursaufschub ausführlich WIRZ (Fn. 38), passim.

⁴¹ Vgl. v.a. BGE 116 II 533; BGer 4C.366/2000 (19. Juni 2001), E. 4.b; vgl. auch BGE 116 II 533, 540, E. 5a und BGE 132 II 564; vgl. dazu auch MAUCHLE/VON DER CRONE (Fn. 35), 231 ff. Die Sanierungsfähigkeit und die Sanierungswürdigkeit sind im Zuge dieser Prüfung ebenfalls zu berücksichtigen. Diese beiden Komponenten stützen sich auf den Wortlaut «Aussicht auf Sanierung» in Art. 725a OR. Eine Gesellschaft ist dann sanierungsfähig, wenn davon ausgegangen werden kann, dass sie in absehbarer Zeit wieder Gewinne erzielt und eine angemessene Rentabilität erwirtschaften kann, vgl. FELIX SCHALCHER, Die Sanierung von Kapitalgesellschaften im schweizerischen Steuerrecht, Diss. Universität Bern 2008, 45.

⁴² BGer 4C.366/2000 (19. Juni 2001), E. 4.b. mit Verweis auf BGE 116 II 533, 540, E. 5a. Vgl. dazu weiter KOEFERLI (Fn. 8), 159; DOROTHEA SENN, Die Haftung des Verwaltungsrats bei der Sanierung der AG, Basel 2001 (=SSHW 209), 88 f.

⁴³ Zum Begriff DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 10), § 14 N 108a.

⁴⁴ BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 816a; gleich auch ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht: mit neuem Recht der GmbH, der Revision und der kollektiven Kapitalanlagen, 11. Aufl., Bern 2012, § 16 N 85.

⁴⁵ FORSTMOSER (Fn. 34), 288.

⁴⁶ GLA. MAUCHLE/VON DER CRONE (Fn. 35), 233; a.A. offenbar BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 816, der von einer gefestigten Bundesgerichtspraxis spricht; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBI 2007 1691; vgl. ferner den Entscheid des Handelsgerichts Zürich, HG100052-O vom 7. März 2013, E. III, wo sogar eine Frist

die gerade auch zum Gläubigerschutz aufgestellt worden ist,⁴⁷ unter Umständen ebenfalls zu deren Nachteil gereichen kann. So etwa dann, wenn der Verwaltungsrat aufgrund der Gefahr einer Verantwortlichkeit im Falle eines Scheiterns alles daran setzt, die Gesellschaft möglichst schnell zu sanieren, wenn er sich einmal für eine privatrechtliche Sanierung entschieden hat. Scheitert dieses Unterfangen, dürfte der Schaden für die Gläubiger tendenziell grösser sein, als wenn die Benachrichtigung des Richters gleich vorgenommen oder aber dem Verwaltungsrat mehr Zeit zur Sanierung zugestanden worden wäre.⁴⁸ Somit dürfte eine längere Frist m.E. für privatrechtliche Sanierungen nicht *per se* gegen die Gläubigerinteressen sprechen.

Klarheit betreffend die Frist soll Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 E-OR schaffen. Gemäss dieser Bestimmung soll der Richter nicht benachrichtigt werden müssen, wenn begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenbilanzen, behoben werden kann und sich die Überschuldung nicht wesentlich erhöht. Die vorgesehene Frist entspricht in etwa der von einem Teil der Lehre geforderten Frist.

III. Sanierungsmassnahmen der Generalversammlung

1. Zur Sanierung im Allgemeinen

Das Gesetz definiert den Begriff der Sanierungsmassnahme nicht. Der Begriff der Sanierungsmassnahme wird folglich offen⁴⁹ und weit⁵⁰ ausgelegt. Ziel jeder Sanierungsmassnahme ist es, die Sanierungsbedürftigkeit

zu bekämpfen und somit einen Sanierungserfolg zu erreichen.⁵¹

Im Schrifttum hat sich in Abhängigkeit des zu erreichenden Zieles folgende primäre Kategorisierung durchgesetzt:⁵²

- *operative, betriebliche oder organisatorische Sanierungsmassnahmen*
- *finanzielle Sanierungsmassnahmen.*

Die *operativen Sanierungsmassnahmen* verfolgen primär das Ziel, beispielsweise durch Umgestaltung der Gesellschaft, durch eine Veränderung der Strategie des Unternehmens, der Schliessung eines Betriebsteils oder der Änderung des Gesellschaftszwecks nachhaltig eine Sanierungsbedürftigkeit zu bekämpfen.⁵³

Bei den *finanziellen Sanierungsmassnahmen* geht es darum, der Gesellschaft neue Mittel zur Verfügung zu stellen und die Bilanz zu bereinigen. Gemäss KESSELBACH zielen die finanziellen Sanierungsmassnahmen auf die Gesundung des unternehmerischen Kapitalaufbaus.⁵⁴ Das Ziel solcher Massnahmen liegt nach SCHENKER darin, dass die Passivseite der Bilanz mit dem Unternehmenswert wieder in Einklang gebracht wird, indem die Passiven gesamthaft reduziert werden,

von über acht Monaten nicht beanstandet wurde. Das Handelsgericht bezeichnet es als «realitätsfremd», wenn man einem Verwaltungsrat einer Gruppengesellschaft und damit der Konzernleitung nur eine sechswöchige Frist einräumt, um die Gruppengesellschaft zu sanieren. Demnach muss die Sanierungsfrist so lange Bestand haben, als ernsthafte und aussichtsreiche Sanierungsbemühungen erfolgen. Vgl. dazu die Kommentierung von ROLAND FISCHER/FLAVIO DELLI COLLI, Sanierungsbemühungen bei Überschuldung, GesKR 2014, 255 ff.

⁴⁷ Vgl. statt vieler BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 40a m.w.H.

⁴⁸ Vgl. zum Problem des grösseren Gläubigerschadens bei nicht sofortiger Benachrichtigung LUKAS GLANZMANN (Fn. 34), 281.

⁴⁹ BÖCKLI (Fn. 6), §13 N 751a.

⁵⁰ KOEFERLI (Fn. 8), 111.

⁵¹ DOMINIK RIEDER, Der vollständige Kapitalschnitt – Kapitalherabsetzung auf null mit Kapitalerhöhung, Zürich/St. Gallen 2016, (St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht 14), N 188.

⁵² MAX BOEMLE/CARSTEN STOLZ, Unternehmensfinanzierung: Instrumente, Märkte, Formen, Anlässe, 14. Aufl. Zürich 2010–2012, 652; VITO ROBERTO, Rechtsprobleme bei Sanierungen – ein Überblick, in: Roberto (Hrsg.), Sanierung der AG – Ausgewählte Fragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, 12 f.; STEPHAN KESSELBACH, Krise und Sanierung bei Aktiengesellschaften – insbesondere aus strafrechtlicher Sicht, unter Berücksichtigung des Art. 152 StGB, Diss. Universität Zürich 2000, 30 ff., wie auch ARMAND P. RUBLI, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich/St. Gallen 2002 (SSHW 2018), 123, sehen als dritte Kategorie noch sog. *Sofortmassnahmen*. Diese lassen sich m.E. aber ebenfalls unter die beiden oben genannten Kategorien subsumieren und rechtfertigen somit keine eigene Kategorisierung, zudem ist aus dieser Unterscheidung m.E. kein rechtlicher Nutzen ableitbar; RUBLI (Fn. 52), 62, sieht eine weitere Kategorisierung nach Massgabe der unternehmerischen Ziele und dem Verlauf einer Krise: finanzielle Sanierungsmassnahmen, ertragswirtschaftliche Sanierungsmassnahmen und Sanierungsmassnahmen in der Strategie; m.E. handelt es sich bei den beiden Letztgenannten ebenfalls um operative Sanierungsmassnahmen, gl.A. wie hier: KOEFERLI (Fn. 8), 112 f. und ULYSSES VON SALIS, Kapitalverlust und Sanierungsfusion, in: Sprecher (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen II, Zürich 2011, 149 ff., 157.

⁵³ Statt vieler KOEFERLI (Fn. 8), 112 f. m.w.H.

⁵⁴ KESSELBACH (Fn. 52), 32.

ein vernünftiges Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital hergestellt und gleichzeitig die zur Betriebsführung notwendige Liquidität sichergestellt wird.⁵⁵ Eine Sanierung kann mit finanziellen Sanierungsmassnahmen über rein buchhalterische Wertkorrekturen oder über eine Veränderung des Eigenkapitals, des Fremdkapitals oder durch Fusion erfolgen.⁵⁶ Damit eine Sanierung allerdings nachhaltig erfolgreich sein kann, ist meist vorausgesetzt, dass neues Kapital gefunden wird.⁵⁷

2. Sanierungsmassnahmen der Generalversammlung im Besonderen

2.1 Aktienrechtliches Paritätsprinzip als Ausgangslage

Es fragt sich, welche Sanierungsmassnahmen der Verwaltungsrat der Generalversammlung beantragen resp. diese beschliessen kann. Die Lehre ist sich trotz des offenen Wortlauts von Art. 725 Abs. 1 OR mehrheitlich darin einig, dass das aktienrechtliche Paritätsprinzip⁵⁸ (aktienrechtliche Kompetenzzuweisung), wonach jedem Organ bestimmte Aufgaben zugewiesen sind, für die es grundsätzlich alleine zuständig ist,⁵⁹ durch Art. 725 Abs. 1 OR weder eingeschränkt noch relativiert wird.⁶⁰ Das Paritätsprinzip führt dazu, dass in Sanierungssituationen der Verwaltungsrat und die Generalversammlung innerhalb ihrer Kompetenzen zum Sanierungserfolg beizutragen haben. Bei einer Sanierung also insbesondere dann, wenn finanzielle Sanierungsmassnahmen beschlossen werden sollen.⁶¹ Operative Massnahmen hingegen bleiben in der Kompetenz des

Verwaltungsrats. Zu beachten ist, dass u.U. für operative Sanierungsmassnahmen die Generalversammlung dann einzubeziehen ist, wenn mit der Ergreifung der operativen Sanierungsmassnahme eine Änderung des Gesellschaftszwecks verbunden wäre.⁶² LANZ dagegen vertritt die Ansicht, dass nach Art. 725 Abs. 1 OR der Generalversammlung sämtliche Sanierungsbemühungen vorgelegt werden müssen.⁶³

Es stellt sich demnach die Frage, ob das Paritätsprinzip durch Art. 725 OR durchbrochen wird. Nach der hier vertretenen Ansicht und in Übereinstimmung mit der h.L.⁶⁴ durchbricht Art. 725 Abs. 1 OR das Paritätsprinzip nicht. Diese Bestimmung überträgt die Geschäftsführung nicht an die Generalversammlung. Mit anderen Worten bleibt die Generalklausel von Art. 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR unangetastet, wonach die Generalversammlung die unübertragbare Befugnis hat, über Gegenstände Beschlüsse zu fassen, die durch Gesetz oder Statuten⁶⁵ dieser vorbehalten sind.⁶⁶ Die Generalversammlung kann somit nur über Sanierungsmassnahmen befinden, die in ihren Kompetenzbereich fallen, also namentlich die Veränderung des Aktienkapitals, Abwahl von Verwaltungsräten oder eine Sanierungsfusion nach Art. 6 FusG⁶⁷, und beispielsweise nicht, ob Grundstücke aufgewertet werden sollen.⁶⁸ Dabei kom-

⁵⁵ SCHENKER (Fn. 33), 487.

⁵⁶ BSK OR II-WÜSTNER, Art. 725 N 12.

⁵⁷ BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 764, der das Erfordernis nach neuem Geld als «Gretchenfrage» jeder erfolgreichen Sanierung bezeichnet. Daneben sind v.a. Forderungsverzichte denkbar.

⁵⁸ Zum Paritätsprinzip BÖCKLI (Fn. 6), § 12 N 3 und FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 8), § 20 N 9 ff.; vgl. auch URS BERTSCHINGER, Zuständigkeit der Generalversammlung der Aktiengesellschaft – ein unterschätzter Aspekt der Corporate Governance, in: Schweizer (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich 2002, 309 ff.; DANIEL M. HÄUSERMANN, Wider das Paritätsprinzip! – Lektionen aus Grossbritannien, SZW 2014, 255 ff.; BGE 100 II 384: Das BGER verwendet den Begriff Paritätsprinzip in diesem Entscheid nicht.

⁵⁹ Definition nach PETER FORSTMOSER, Eingriffe der Generalversammlung in den Kompetenzbereich des Verwaltungsrats – Möglichkeiten und Grenzen, SZW 1994, 169 ff., 170.

⁶⁰ BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 756; HANDSCHIN (Fn. 17), 443; KOEFERLI (Fn. 8), 111; VON SALIS (Fn. 52), 8; BSK OR II-WÜSTNER, Art. 725 N 28; VON DER CRONE (Fn. 35), § 13 N 6.

⁶¹ So auch VON DER CRONE (Fn. 35), § 13 N 6.

⁶² Vgl. KÄLIN (Fn. 1), N 459.

⁶³ RUDOLF LANZ, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Diss. Universität Bern 1984 (Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 68, Zürich 1985), 102; differenziert LUCA DALLA TORRE, Die Sanierungsfusion – eine rechtliche und ökonomische Analyse, Bern 2007, ASR 741, 358 f.

⁶⁴ Vgl. Fn. 60.

⁶⁵ Ein Spielraum für statuarische Kompetenzzuweisungen zugunsten der Generalversammlung in Sanierungssituationen dürfte nicht gegeben sein, vgl. dazu im Allgemeinen FORSTMOSER (Fn. 59), 169 ff., und DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 10), § 14 N 15.

⁶⁶ Vgl. für einen Zuständigkeitskatalog der Generalversammlung im Allgemeinen BÖCKLI (Fn. 6), § 12 N 15 ff.

⁶⁷ Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG, SR 221.301).

⁶⁸ GLA. KOEFERLI (Fn. 8), 111, und VON SALIS (Fn. 52), 13; ähnlich auch DALLA TORRE (Fn. 63), 358 f. Vgl. aber FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 8), § 30 N 72, die auf die Möglichkeit hinweisen, dass der Verwaltungsrat sich entschliessen kann, der Generalversammlung eine spezifische Frage zur Abstimmung vorzulegen. Die Abstimmung habe dann aber nur konsultativen Charakter. Gerade bei Sanierungssituationen kann sich ein solches Vorgehen unter der Sorgfaltspflicht bei Gesellschaften mit überschaubaren Verhältnissen empfehlen. Die zustimmenden Aktionäre werden dann keine Legitimation mehr haben, aus dem betreffenden

men meist mehrere Sanierungsmassnahmen gleichzeitig oder gestaffelt zum Tragen.⁶⁹

2.2 Keine Pflicht des Verwaltungsrats, Sanierungsmassnahmen zu beantragen

Aus dem Gesagten muss folgen, dass der Verwaltungsrat, entgegen dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 1 OR, keine Sanierungsmassnahmen beantragen muss, sollte er davon ausgehen und auch schlüssig darlegen können, dass die Sanierungsbedürftigkeit ohne im Kompetenzbereich der Generalversammlung stehende Massnahmen überwunden werden kann.⁷⁰ Die Generalversammlung wird in einem solchen Fall aber nicht obsolet, denn die Aktionäre können an dieser Versammlung noch immer eigene Anträge stellen und mit dem Verwaltungsrat in Diskussion treten. Zudem können die Aktionäre an der Generalversammlung ihre Informationsrechte geltend machen.⁷¹ Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Generalversammlung nicht verpflichtet ist, (beantragte) Sanierungsmassnahmen zu beschliessen, auch wenn die Sanierung dadurch gefährdet wird.⁷²

2.3 Einschränkungen des Paritätsprinzips zugunsten des Verwaltungsrats

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesgericht eine Einschränkung des Paritätsprinzips zugunsten einer Kompetenzerweiterung für den Verwaltungsrat⁷³ in Sanierungssituationen unter besonderen Umständen zulässt. Vorausgesetzt ist, dass der Gesellschaftszweck aufgrund einer Überschuldung nicht mehr erreicht werden kann. Sodann müssen die Handlungen des Verwaltungsrats sich an den Interessen der Mitarbeitenden und der Gesellschaftsgläubiger orientieren. Schliesslich muss eine rechtzeitige Beschlussfassung durch die Generalversammlung verunmög-

licht sein.⁷⁴ Insbesondere die letzte Voraussetzung ist m.E. nur ganz zurückhaltend anzunehmen. Hat der Verwaltungsrat unter diesem Titel in die Kompetenz der Generalversammlung eingegriffen, wird der Beschluss der Generalversammlung baldmöglichst nachzuholen sein. Dadurch kann die Handlung des Verwaltungsrats entweder geheilt oder allenfalls korrigiert werden.

IV. Information der Aktionäre

1. Gesetzliche Konzeption der Informationsrechte

Das Aktienrecht kennt ein *dreistufiges Informationskonzept*.⁷⁵ Danach verpflichtet zunächst Art. 696 OR den Verwaltungsrat, vor einer ordentlichen Generalversammlung gewisse Grundinformationen spontan und aktiv bekanntzugeben. Sodann ist jeder Aktionär einzeln⁷⁶ nach Art. 697 OR berechtigt, an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und von der Revisionsstelle über die Durchführung und Ergebnisse ihrer Prüfung zu verlangen und es ist ihm unter bestimmten Voraussetzungen Einsicht in die Geschäftsbücher und Korrespondenzen zu gewähren. Schliesslich kann jeder Aktionär nach Art. 697a OR der Generalversammlung beantragen, bestimmte Sachverhalte durch eine Sonderprüfung abklären zu lassen, sofern dies zur Ausübung der Aktionärsrechte erforderlich ist.⁷⁷ In Sanierungssituationen wird den Aktionären aufgrund des

Geschäft Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen (zum letzten Satz vgl. FORSTMOSER [Fn. 59], 173).

⁶⁹ BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 752; RUBLI (Fn. 52), 124.

⁷⁰ Vgl. JÖRG WITMER, Der Rangrücktritt im schweizerischen Aktienrecht, St. Gallen 1999 (Schriftenreihe der Treuhänderkammer 162), 85 f.; a.A. wohl KÄLIN (Fn. 1), N 451.

⁷¹ Dazu sogleich unten Kapitel IV.

⁷² Vgl. BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 756, und VON SALIS (Fn. 52), 13.

⁷³ Soweit ersichtlich, wurde der umgekehrte Fall, also eine Kompetenzverschiebung vom Verwaltungsrat hin zur Generalversammlung, vom Bundesgericht viele Jahre zurückliegend bei einer Gesellschaft bejaht, die über keine Verwaltung mehr verfügte, BGE 78 II 374.

⁷⁴ BGE 116 II 320, insb. 323, E. 3a; vgl. auch BSK OR II-DUBS/TRUFFER, Art. 698 N 8d.

⁷⁵ BGE 133 III 453, 456, E. 7.2; BSK OR II-WEBER, Art. 696 N 1b; PETER FORSTMOSER, Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs, in: Rechtsfragen um die Generalversammlung, SnA 11/1997, 89; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 8), § 40 N 149; FELIX HORBER, Die Informationsrechte des Aktionärs: Eine systematische Darstellung, Zürich 1995, 25 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (Fn. 44), § 16 N 189; BERTRAND G. SCHOTT, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich 2009 (SSHW 285), 273; ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N 927. Für die Information der Aktionäre im Allgemeinen ist insb. auf LARISSA MAROLDA MARTINEZ, Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht, Zürich 2006 (SSHW 248), passim, und für die Rechtsfolgen einer mangelhaften Informierung insb. auf SCHOTT (Fn. 75), 273 ff., zu verweisen.

⁷⁶ Vgl. statt vieler BSK OR II-WEBER, Art. 697 N 2 m.w.H.

⁷⁷ Vgl. FORSTMOSER (Fn. 75), 89.

Zeitdrucks eine Sonderprüfung in aller Regel nicht weiterhelfen.⁷⁸

Aus diesen Ausführungen wird ersichtlich, dass die Generalversammlung der zentrale Ort ist, an welchem die Aktionäre zu Informationen gelangen.⁷⁹ Ob eine Auskunft oder eine Einsicht erforderlich ist, bestimmt sich gemäss dem Bundesgericht nach Massgabe eines vernünftigen Durchschnittsaktionärs.⁸⁰ In der Literatur wird das Kriterium der Erforderlichkeit weit ausgelegt und ist im Zweifelsfall zu bejahen.⁸¹ Die Auskunft kann gemäss Art. 697 Abs. 2 OR dann verweigert werden, wenn durch die Auskunft Geschäftsgeheimnisse oder andere schutzwürdige Interessen der Gesellschaft gefährdet werden. Die Konzeption der Informationsrechte ist im Wesentlichen so gestaltet, dass die Aktionäre Auskunft an der Generalversammlung vom Verwaltungsrat, alternativ von der Revisionsstelle, erhalten. Ein Mangel an Information stellt denn grundsätzlich einen Verfahrensmangel dar⁸² und der Beschluss kann angefochten werden, wenn die geschuldete Information unterblieben ist oder unrichtig war.⁸³

2. Informationsbedürfnis der Aktionäre in Sanierungssituationen

2.1 Grundsätzliches

Das soeben skizzierte Informationskonzept hat auch in Sanierungssituationen Gültigkeit. Dabei ist insbesondere dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in Sanierungssituationen der Zeitdruck auf alle Beteiligten sehr

gross ist und die ausserordentliche Generalversammlung nicht gleich sorgfältig vorbereitet werden kann wie eine ordentliche Generalversammlung bei normalem Geschäftsverlauf. Zudem stehen der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht nach Art. 696 Abs. 1 OR in der Regel nicht zur Verfügung.

In Sanierungssituationen bezieht das Gesetz mit Art. 725 OR die Generalversammlung stärker mit ein als beim üblichen Geschäftsgang. Die Bedeutung der Generalversammlung steigt. Daraus muss abgeleitet werden, dass die Generalversammlung, um dieser Rolle gerecht zu werden, in hohem Masse auf Informationen betreffend die operative Tätigkeit ihrer Gesellschaft angewiesen ist. Daher muss der Informationsfluss vom Verwaltungsrat an die Generalversammlung gewährleistet sein.⁸⁴ Obwohl das System von Art. 725 OR dieses Informationsbedürfnis nicht nennt und keine diesbezüglichen Vorgaben macht, findet sich in Art. 697 Abs. 2 OR dafür eine eindeutige gesetzliche Grundlage.⁸⁵

Freilich lässt sich nicht abstrakt beurteilen, wie die Anforderungen von Art. 697 Abs. 2 OR im Einzelfall zu erfüllen sind. In Abhängigkeit von ganz verschiedenen Faktoren, wie etwa der Zusammensetzung des Aktionariats, der Kapitalstruktur, der beabsichtigten Sanierungsmassnahme etc., ist die Frage nach dem Informationsbedürfnis im Einzelfall zu beantworten.⁸⁶

Um dem Informationsbedürfnis der Generalversammlung gerecht zu werden, ist nach der hier vertretenen Ansicht die Generalversammlung so zu informieren, dass sie entscheiden kann, ob sie die Gesellschaft liquidieren, sanieren oder ob sie überhaupt nichts tun will.⁸⁷ Um aus diesen Optionen zu wählen, sind nachfolgend skizzierte Minimalanforderungen vorausgesetzt.

2.2 Minimalanforderungen für die Generalversammlung

Der Verwaltungsrat dürfte regelmässig daran interessiert sein, sein Sanierungskonzept und die beantrag-

⁷⁸ Vgl. dazu etwa RENÉ SCHWARZENBACH/REGULA DANNECKER, Fallbeispiel Swissair zum Aktienrecht und SchKG, Der Schweizer Treuhänder 2002, 519 ff.

⁷⁹ VON BÜREN/STOFFEL/WEBER (Fn. 75), N 931; BÖCKLI (Fn. 6), § 12 N 149; PETER V. KUNZ, Das Informationsrecht des Aktionärs in der Generalversammlung, AJP 2001, 883 ff., 883 f., bezeichnet die Generalversammlung als «Dreh- und Angelpunkt der Informationsrechte»; vgl. ferner RIEDER (Fn. 51), N 330.

⁸⁰ Vgl. BGE 132 III 71, 75, E. 1.3. m.w.H. zur Rechtsprechung.

⁸¹ SCHOTT (Fn. 75), 274; vgl. auch BÖCKLI (Fn. 6), § 12 N 152; PETER V. KUNZ, Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Habil. Universität Bern 2001, § 12 N 20; MAROLDA MARTINEZ (Fn. 75), 169.

⁸² Vgl. JEAN NICOLAS DRUEY, Mängel des GV-Beschlusses, in: Druey (Hrsg.), Rechtsfragen um die Generalversammlung, Zürich 1997, 131 ff., 137, der die Informationsmängel als Sonderkategorie der Verfahrensmängel bezeichnet; vgl. weiter SCHOTT (Fn. 75), 30.

⁸³ DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 10), § 12 N 63. Diese Autoren gehen davon aus, dass das Argument der unterbliebenen oder unrichtigen Information immer wichtiger werden dürfte.

⁸⁴ Vgl. HANDSCHIN (Fn. 16), 441.

⁸⁵ Dazu insb. HORBER (Fn. 75), 19 und 22 ff., sowie MAROLDA MARTINEZ (Fn. 75), 146 ff.

⁸⁶ Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Aktionäre ist die Frage zu beantworten, ob der Verwaltungsrat im Vorfeld der Generalversammlung mit ausgewählten Aktionären Gespräche betreffend Sanierungsmassnahmen führen kann, vgl. GLANZMANN (Fn. 1), 82, der sich unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für diese Möglichkeit ausspricht.

⁸⁷ So auch KÄLIN (Fn. 1), N 457.

ten Sanierungsmassnahmen der Generalversammlung möglichst gut zu verkaufen, einerseits um die Beschlussfassung der notwendigen Beschlüsse zu erreichen, andererseits um den Sanierungsmassnahmen im eigenen Kompetenzbereich zusätzliche Legitimation zu verschaffen. Dennoch gilt es Minimalanforderungen festzuhalten, die der Generalversammlung – insbesondere auch im Interesse der Minderheitsaktionäre – ermöglichen sollen, ihre Rechte informiert wahrzunehmen. Diese Minimalanforderungen sind in der (a.) Traktandierung, (b.) in der Zwischenbilanz und (c.) in einem Sanierungskonzept zu sehen.

Der Begriff der Minimalanforderungen soll insbesondere darauf hinweisen, dass abhängig vom Einzelfall weitere Informationen zu liefern sind. Dies gilt z.B. betreffend die Sanierungsfusion, welche nach Art. 12 ff. FusG diverse Vorgaben betreffend die Information der Generalversammlung macht.⁸⁸ Der Verwaltungsrat darf sich bei der Informationsgewährung m.E. aber nicht grundsätzlich auf den Standpunkt stellen, dass die Information nur in Abhängigkeit von der beantragten Sanierungsmassnahme zu gewähren sei. Da die Generalversammlung frei darin ist, auch nicht beantragte Sanierungsmassnahmen zu beschliessen, sind den Aktionären gewisse Grundinformationen zur Verfügung zu stellen. Diese hier als Minimalanforderungen bezeichneten Grundinformationen bilden die Grundlage für die Informationsgewährung.

a. Traktandierung

Über nicht ordnungsgemäss angekündigte Gegenstände kann die Generalversammlung keine verbindlichen Beschlüsse fassen.⁸⁹ Die Traktandierung dient den Aktionären dazu, sich auf die Generalversammlung vorzubereiten.⁹⁰

Zu traktandieren ist zum einen ein hälftiger Kapitalverlust resp. eine Überschuldung, zum anderen Sanierungsmassnahmen. Das Traktandum *Sanierungsmassnahmen* ist selbst dann zu traktandieren, wenn der Verwaltungsrat der Generalversammlung gar keine Sanierungsmassnahmen beantragen will.⁹¹ Denn nur so hat die Generalversammlung die Möglichkeit, auch ohne Antrag des Verwaltungsrats, selbstständig Sanie-

rungsmassnahmen auf Antrag eines Aktionärs zu beschliessen.⁹² Verzichtet der Verwaltungsrat darauf, der Generalversammlung Sanierungsmassnahmen zu beantragen, hat er dies ferner zu begründen.⁹³

b. Zwischenbilanz

In BGE 121 III 420 führt das Bundesgericht in Zusammenhang mit einem vollständigen Kapitalschnitt aus, dass der Generalversammlung im System von Art. 725 OR⁹⁴ keine Zwischenbilanz vorzulegen sei. Das, so das Bundesgericht weiter, schliesse aber nicht aus, dass «der Verwaltungsrat den Aktionären Auskunft über den aktuellen Stand zu geben hat, soweit dies für die Ausübung ihrer Rechte erforderlich ist».⁹⁵ Wie dieses Erfordernis ohne Zwischenbilanz sichergestellt werden soll, führt das Bundesgericht nicht aus. KÄLIN hält dazu fest, dass es, abgesehen von ganz einfachen Verhältnissen, ohne eine aktuelle Zwischenbilanz, zusammen mit Erfolgsrechnung, Geldflussrechnung und Liquiditätsplan kaum möglich sein wird, die Orientierung der Generalversammlung zu gewährleisten.⁹⁶

Gestützt auf diesen Bundesgerichtsentscheid folgert die h.L., dass das Bundesgericht keine Zwischenbilanz zur Orientierung der Generalversammlung nach Art. 725 OR fordert.⁹⁷ Dazu ist zu bemerken, dass im erwähnten Entscheid die Sanierungsmassnahme in

⁸⁸ Vgl. dazu insb. DALLA TORRE (Fn. 63), 292 ff.

⁸⁹ Art. 700 Abs. 3 OR; BÖCKLI (Fn. 6), § 12 N 100b; BGE 121 III 420, 423, E. 2.

⁹⁰ BGE 103 II 141, 143, E. a.

⁹¹ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 25.

⁹² Vgl. BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 756. Will dies die Generalversammlung tun, dürfte es sich empfehlen, zur Vorbereitung eine zweite Generalversammlung einberufen zu lassen (vgl. Art. 700 Abs. 3 OR).

⁹³ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 28.

⁹⁴ Das BGer führt im einschlägigen Entscheid aus, dass nach Art. 725 Abs. 2 OR keine Zwischenbilanz vorausgesetzt sei (BGE 121 III 420, 425 E. 3). Dabei kann es sich m.E. nur um eine Ungenauigkeit handeln, die darauf zurückzuführen ist, dass im zu beurteilenden Fall das Handeln einer nach Art. 725 Abs. 2 OR überschuldeten Gesellschaft zu beurteilen war. Falls dem entgegen meiner Ansicht nicht so ist, sei darauf hingewiesen, dass es keinen Unterschied machen kann, ob eine Sanierungsversammlung aufgrund eines hälftigen Kapitalverlusts oder einer Überschuldung einberufen wird. Da das Gesetz im Falle der Überschuldung davon ausgeht, dass das Gericht zu benachrichtigen ist, können Anforderungen an die Sanierungsversammlung nach Art. 725 Abs. 2 OR nicht anders beurteilt werden als nach Abs. 1 dieser Bestimmung.

⁹⁵ BGE 121 III 420, 425, E. 3a.

⁹⁶ KÄLIN (Fn. 1), Fn. 899.

⁹⁷ BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 755; BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 27; DALLA TORRE (Fn. 63), 357 f.; KÄLIN (Fn. 1), Fn. 899; DERS., Der Sanierungsplan nach OR und SchKG, AJP 2016, 436; VON SALIS (Fn. 52), 9.

Gestalt eines vollständigen Kapitalschnitts im Rahmen einer ordentlichen Generalversammlung beschlossen worden ist und somit nach Art. 696 OR der Generalversammlung der Geschäftsbericht und der Revisionsbericht zur Verfügung standen. Zudem weist das Bundesgericht ausdrücklich auf die Vorgabe von Art. 697 OR hin, geht dann allerdings nicht näher darauf ein, da eine Verletzung dieser Bestimmung *in casu* von der Klägerin nicht gerügt worden war. Vor diesem Hintergrund ist der h.L., die gestützt auf diese Rechtsprechung zum Schluss kommt, es sei bei einer Sanierungsversammlung keine Zwischenbilanz verlangt, m.E. mit Vorsicht zu begegnen.⁹⁸

Ungeachtet dessen ist nach der hier vertretenen Ansicht der Generalversammlung nach Art. 725 OR eine Zwischenbilanz (inkl. einer Erfolgsrechnung⁹⁹) vorzulegen.¹⁰⁰ Ob diese revidiert sein muss, ist eine Frage der Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats.¹⁰¹ Gerade weil die Generalversammlung in der Regel finanzielle Sanierungsmassnahmen beschliessen wird, kommt der Zwischenbilanz eine wichtige Funktion zu. Wenn möglich ist die Zwischenbilanz den Aktionären mit der Einladung zuzustellen, damit sich diese ein Bild über den finanziellen Zustand ihrer Gesellschaft und Gedanken zu allfälligen Sanierungsmassnahmen machen können.

c. Sanierungskonzept

Auch betreffend die Notwendigkeit eines Sanierungskonzepts im Rahmen einer privatrechtlichen Sanierung schweigt das Gesetz.¹⁰² Das Gesetz verlangt ein Sanierungskonzept nur im Nachlassverfahren nach Art. 293 lit. a SchKG¹⁰³ und bei der Bankensanierung nach Art. 29 BankG^{104,105}. Das Bundesgericht hat sich auch zur Frage des Sanierungskonzepts in Zusammenhang mit einem vollständigen Kapitalschnitt geäußert und im zu beurteilenden Fall festgehalten, dass der Generalversammlung ein Sanierungskonzept hätte vorgelegt werden müssen: «Ohne Kenntnis dieses Konzepts kann

die Generalversammlung nicht beurteilen, ob die traktandierete «Harmonika» einen Sanierungszweck aufweist. Zudem können auch die Aktionäre ohne Aufklärung über das Sanierungskonzept keinen informierten Entscheid darüber fällen, ob sie durch Ausübung ihres Bezugsrechts weiterhin an der Gesellschaft partizipieren wollen.»¹⁰⁶

Diese Rechtsprechung lässt sich nicht verallgemeinern resp. auf andere Sanierungsmassnahmen übertragen, da der vollständige Kapitalschnitt nach Art. 732a Abs. 1 OR explizit einen Sanierungszweck verlangt. Dennoch wird das Informationsbedürfnis eines Aktionärs bei einer anderen Sanierungsmassnahme nicht grundsätzlich anders sein als bei einer Kapitalherabsetzung auf null. Das Erfordernis des Sanierungszwecks in Art. 732a Abs. 1 OR ist keine Bestimmung betreffend Information der Aktionäre, sondern will vielmehr Minderheitsaktionäre davor schützen, dass ihre Aktien gegen ihren Willen zu einem anderen Zweck als jenem der Sanierung vernichtet werden können.¹⁰⁷ Somit muss die Aussage des Bundesgerichts *mutatis mutandis* m.E. auch dann gelten, wenn kein vollständiger Kapitalschnitt zur Debatte steht, also auch bei anderen Sanierungsmassnahmen. Allerdings ist unterstrichen, dass die gesetzliche Grundlage weder in Art. 725 Abs. 1 und 2 OR noch in Art. 732a Abs. 1 OR zu suchen ist, sondern sich aus Art. 697 Abs. 2 OR ergibt und auch nach dem Massstab dieser Bestimmung im Einzelfall zu entscheiden ist, welchen Inhalt ein Sanierungskonzept zu haben hat.

Im Zuge des Informationsanspruchs der Generalversammlung nach Art. 697 Abs. 2 OR hat der Verwaltungsrat das Sanierungskonzept – spätestens an der Generalversammlung – zu präsentieren und Fragen dazu zu beantworten.¹⁰⁸

⁹⁸ Vgl. RIEDER (Fn. 51), N 272 ff.

⁹⁹ Eine Geldflussrechnung und ein eigentlicher Liquiditätsplan sind m.E. nicht zwingend nötig.

¹⁰⁰ Gl.A. BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 755; KÄLIN (Fn. 1), N 456.

¹⁰¹ VON SALIS (Fn. 52), 9.

¹⁰² Auch Sanierungsplan.

¹⁰³ Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG, SR 281.1).

¹⁰⁴ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG, SR 952.0).

¹⁰⁵ KÄLIN (Fn. 97), 436.

¹⁰⁶ BGE 138 III 204, 210, E. 3.3.3; vgl. zum Ganzen RIEDER (Fn. 51), N 254 ff., insb. auch betreffend Inhalt eines Sanierungskonzepts.

¹⁰⁷ Zum Ganzen RIEDER (Fn. 51), N 143 ff.

¹⁰⁸ Gl.A. KOEFERLI (Fn. 8), 21; GEORGE KRNETA, Praxiskommentar Verwaltungsrat, Bern 2005, Art. 725 N 2174; vgl. auch BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 751. Im Rahmen der Beurteilung eines vollständigen Kapitalschnitts hat sich das Bundesgericht in BGE 138 III 204, 211, E. 4 dazu geäußert und aufgrund Fehlens des Sanierungskonzepts die Anfechtbarkeit des Generalversammlungsbeschlusses resp. die Nichtigkeit des Durchführungsbeschlusses des Verwaltungsrats bejaht.

V. Zur Kompetenz der Generalversammlung im Konkursaufschub

Der Konkurs kann gemäss Art. 725a OR auf Antrag des Verwaltungsrats oder eines Gläubigers vom Richter aufgeschoben werden. Der Konkursaufschub ist in der Literatur breit untersucht.¹⁰⁹ Neben den formellen Voraussetzungen ist in materieller Hinsicht insbesondere vorausgesetzt, dass Aussicht auf Sanierung besteht, die Gesellschaft sanierungsfähig und -würdig ist und die Gläubiger durch den Konkursaufschub nicht schlechter gestellt werden als durch die Einleitung des Konkursverfahrens. Ein eigentlicher Sanierungsplan ist nicht vorausgesetzt, wonach die Gläubiger also nicht zwingend miteinzubeziehen sind.¹¹⁰

Zweck des Konkursaufschubs ist es gemäss der Rechtsprechung, «im Interesse der Gläubiger und der Gesellschaft die Rahmenbedingungen zu schaffen, um realistische Chancen auf eine Sanierung der Gesellschaft auszuloten und gegebenenfalls wahrzunehmen».¹¹¹ Im Konkursaufschub soll eine erfolgreiche Sanierung ohne Betreibungs- und somit ohne Zeitdruck unter richterlicher Aufsicht ermöglicht werden. Die Dauer des Konkursaufschubs hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab und ist vom Richter nach seinem Ermessen festzulegen.¹¹²

Es fragt sich im hier interessierenden Zusammenhang, ob der Konkursaufschub die Kompetenzen der Generalversammlung beschränkt. Im Grundsatz ist diese Frage zu verneinen. Die Generalversammlung bleibt in ihrer Rolle durch den Konkursaufschub unberührt.¹¹³

Die Gläubiger können nicht zu Sanierungsmassnahmen gezwungen werden, weshalb die Sanierungslast bei der Gesellschaft und ihren Organen verbleibt.¹¹⁴ Im Einzelfall können aber die vom Richter angeordneten Massnahmen zur Erhaltung des Vermögens die Kompetenz der Generalversammlung beschränken, etwa durch ein Zustimmungserfordernis des Sachwalters zu einer Sanierungsmassnahme.¹¹⁵

Entzieht der Richter dem Verwaltungsrat die Geschäftsführungsbefugnis und überträgt sie dem Sachwalter, obliegt es diesem, die Generalversammlung einzuberufen und allenfalls Sanierungsmassnahmen zu beantragen und die beschlossenen Massnahmen durchzuführen.¹¹⁶

VI. Zur Kompetenz der Generalversammlung im gerichtlichen Nachlassvertrag

Ist eine Sanierung auch innerhalb des Konkursaufschubs nicht möglich, stellt sich die gleiche Frage betreffend die Kompetenz der Generalversammlung auch im Rahmen eines Nachlassvertrags, welchem in aller Regel eine Nachlassstundung vorangegangen ist.¹¹⁷ Auf einen aussergerichtlichen Nachlassvertrag finden die aktienrechtlichen Regeln vollumfänglich Anwendung.¹¹⁸ Nicht ganz klar hingegen ist, inwieweit die Regeln des Aktienrechts auf Sanierungsmassnahmen im Rahmen eines gerichtlichen Nachlassvertrags anzuwenden sind. Die Frage ist vor allem betreffend das Kapitalherabsetzungsverfahren – sei es mit oder ohne gleichzeitige Wiedererhöhung – von Bedeutung.

¹⁰⁹ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 6 ff.; ALEXANDER DUBACH, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ 1998, 149 ff., 156; PETER REINARZ, Die Unternehmens-Sanierung im Lichte des Aktien- und des Steuerrechts, AJP 1997, 443 ff., 445; WIRZ (Fn. 38), passim.

¹¹⁰ THOMAS SPRECHER, Die Revision des Sanierungsrechts, in: Sprecher (Hrsg.), Das schweizerische Prozessrecht im Umbruch, Zürich 2010, 137 ff., 149; zu den Voraussetzungen im Einzelnen WIRZ (Fn. 38), 59 ff.

¹¹¹ BGE 127 III 374, 378, E. 3c; vgl. auch BGE 101 III 99 und BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 4.

¹¹² DALLA TORRE (Fn. 63), 396.

¹¹³ Wohl gl.A. BGER 11.09.2007 H 99/2006, E. 5: «Die Anordnungen des Richters haben sich auf den Erhalt des Vermögens und die Gleichbehandlung der Gläubiger zu beschränken und nicht auf die Ausgestaltung und Durchführung der Sanierung zu erstrecken.» So auch FRANÇOISE VOUILLOZ, Perte de Capital, Surendettement, ouverture et ajournement de la Faillite L'état des lieux, ECS 2004, 312 ff., 318; betreffend Kapitalschnitt gl.A. BÖCKLI (Fn. 6), § 2 N 402 und RIEDER (Fn. 51), N 210 ff.; für die Sanierungsfusion DALLA TORRE (Fn. 63), 400.

¹¹⁴ BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 4.

¹¹⁵ VOUILLOZ (Fn. 113), 319.

¹¹⁶ Zum Ganzen statt vieler BÖCKLI (Fn. 6), § 13 N 836 ff., und BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725a N 10, beide m.w.H.

¹¹⁷ Art. 293a SchKG. Es ist nicht zwingend, dass die Nachlassstundung in einem Nachlassvertrag endet. Eine Sanierung, und somit auch ein vollständiger Kapitalschnitt, ist auch ausserhalb eines Nachlassvertrags möglich. Zu beachten sind allerdings die richterlich angeordneten Verfügungsbeschränkungen (KUKO SchKG-HUNKELER, Vor Art. 293–336 N 14 f.).

¹¹⁸ Vgl. PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht, Grundlagen, Gründung und Änderung des Grundkapitals, Band I, Zürich 1981, § 16 N 474; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 8), § 53 N 13; MICHEL HEINZMANN, Die Herabsetzung des Aktienkapitals, Freiburg 2004 (Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg 228), N 487 m.w.H.

FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL äussern sich bezüglich der Anwendbarkeit des Kapitalherabsetzungsverfahrens dahingehend, dass dieses nicht beachtet werden müsse, wenn das Aktienkapital durch einen gerichtlichen Nachlassvertrag herabgesetzt würde. Vielmehr kämen dann Art. 293 ff. SchKG oder die einschlägigen Spezialbestimmungen zur Anwendung.¹¹⁹ Nach BÖCKLI¹²⁰, FORSTMOSER¹²¹ und HEINZMANN¹²² hingegen sei die Kapitalherabsetzung auch in diesem Fall zwingend von der Generalversammlung zu beschliessen; eine Kompetenzverschiebung hin zum Richter finde hier also nicht statt. Der zweiten Ansicht ist zu folgen.¹²³ Die Bestimmungen im SchKG beinhalten keine Regeln dazu, dass der Richter im Rahmen eines Nachlassverfahrens das Aktienkapital der Gesellschaft herabsetzen könnte.¹²⁴ Somit bleibt auch im Rahmen eines Nachlassvertrags die Generalversammlung für den Durchführungsbeschluss zuständig und nicht etwa der Richter.¹²⁵

Dies muss auch dann gelten, wenn der Richter die Zusicherung von Gläubigern oder neuen Investoren erhalten hat, dass diese bereit sind, neues Kapital für eine Kapitalerhöhung zur Verfügung zu stellen. Freilich kann dadurch eine Sanierung verhindert werden, sollten die Aktionäre diesen Schritt nicht machen wollen. Das Gericht wird den Verwaltungsrat resp. den Sachwalter fragen, ob das Einverständnis der Generalversammlung vorliegt, ansonsten die Sanierung scheitern wird. Es wird also am Verwaltungsrat resp. am Sachwalter liegen, den Aktionären die Vorteile einer beabsichtigten Sanierungsmassnahme aufzuzeigen. Dies dürfte umso leichter sein, wenn ohne die Sanierungsmassnahme die Auflösung der Gesellschaft resultierte.¹²⁶ VON DER CRONE fordert in diesem Zusammenhang *de lege ferenda*,

dass die Kooperation von Aktionären und Gläubigern während der Sanierung institutionalisiert wird.¹²⁷

VII. Erkenntnisse und Ausblick

Der Generalversammlung kommt in Sanierungssituationen eine wichtige Bedeutung zu. Dies wird unabhängig der Frage, ob eine Generalversammlung in Sanierungssituationen zwingend einzuberufen ist, so bleiben. Der Entwurf des Aktienrechts sieht keine zwingende Einberufung der Generalversammlung in Sanierungssituationen mehr vor.¹²⁸ Eine Einberufung und somit ein Einbezug der Generalversammlung soll es aber auch nach dem Entwurf immer dann geben, wenn Massnahmen beschlossen werden sollen, die aufgrund des Paritätsprinzips einen Beschluss der Generalversammlung verlangen.

Vor diesem Hintergrund leuchtet die in der Vernehmlassung geäusserte Forderung ein, dass eine zwingende Einberufung gar nicht nötig sei.¹²⁹ Allerdings verkennt diese Forderung, dass es bei der Einberufung eben nicht nur um die Beschlussfassung über Sanierungsmassnahmen geht. Vielmehr geht es auch darum, die Aktionäre zu informieren und ihnen so auch zu ermöglichen, ihre Beteiligung abzustossen. M.E. rechtfertigt sich die Einberufungspflicht bei hälftigem Kapitalverlust insbesondere darum, weil es im Falle eines Scheiterns der Sanierung primär die Aktionäre sind, die ihre Einlagen verlieren. So gibt denn das Gesetz auch dem Aktionär als *Träger des residualen Risikos*¹³⁰ die Möglichkeit, mitzuentcheiden, wie seine Einlage noch zu retten ist. Dies mag freilich bei Publikumsgesellschaften ein Problem darstellen, da die Einberufung aufgrund einer Sanierungssituation direkten Einfluss auf den Aktienkurs haben wird. Bei kleineren und privat gehaltenen Gesellschaften hingegen ist das Informationsbedürfnis m.E. höher zu gewichten als das Geheimhaltungsinteresse über die schlechte finanzielle Situation der Gesellschaft. Auch sei diesbezüglich in Erinnerung gerufen, dass die Generalversammlung Sanierungsmassnahmen beschliessen kann, auch wenn der Verwaltungsrat keine solchen beantragt. Verlangt das Gesetz einen Ein-

¹¹⁹ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 8), § 53 N 12.

¹²⁰ BÖCKLI (Fn. 6), § 2 N 403.

¹²¹ FORSTMOSER (Fn. 118), § 16 N 480.

¹²² HEINZMANN (Fn. 114), N 499; ebenso DALLA TORRE (Fn. 63), 406.

¹²³ Gleiches gilt auch im deutschen Recht gemäss § 264 Abs. 3 AktG (Aktiengesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 06.09.1965).

¹²⁴ Gl.A. HEINZMANN (Fn. 118), N 499; vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 44), § 16 N 656.

¹²⁵ Gl.A. FORSTMOSER (Fn. 118), § 16 N 479; anders soll es sich dann verhalten, wenn der Richter im Rahmen einer Auflösungsklage die Herabsetzung gestützt auf Art. 731b Abs. 1 Ziff. 4 OR anordnet. Dann wird der Wille der Generalversammlung durch den Willen des Richters ersetzt, vgl. BÖCKLI (Fn. 6), § 16 N 205; vgl. auch BGer 4A_166/2016 (1. September 2016), E. 3.3.

¹²⁶ Vgl. dazu auch HEINZMANN (Fn. 118), N 500 f.

¹²⁷ HANS CASPAR VON DER CRONE, Bericht zu einer Teilrevision des Aktienrechts, Teil 3: Corporate Governance/Unternehmenssanierung, 17 f.

¹²⁸ Vgl. Art. 725 ff. E-OR.

¹²⁹ Botschaft (Fn. 3), BBI 2017 575.

¹³⁰ Zum Begriff und seiner Bedeutung MARKUS RUFFNER, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000, 135 ff.

bezug der Generalversammlung, muss diese auch über die (informationellen) Grundlagen verfügen, um einen überlegten Entscheid treffen zu können. Damit die Generalversammlung einen informierten Entscheid fällen kann, sind der hälftige Kapitalverlust resp. die Überschuldung sowie allfällige Sanierungsmassnahmen zu traktandieren. Den Aktionären ist sodann zumindest eine (revidierte) Zwischenbilanz und in groben Zügen ein Sanierungskonzept zu präsentieren. Im Einzelfall ist diese Frage v.a. unter der Vorgabe von Art. 697 Abs. 2 OR zu beantworten.

Gemäss BÖCKLI ist die absolute Einberufung der Generalversammlung nicht der Weisheit letzter Schluss.¹³¹ Die Einberufung alleine in das Ermessen des Verwaltungsrats zu legen, kann – und das hat vorliegender Beitrag zeigen wollen – hingegen ebenfalls nicht deren letzter Schluss sein.

¹³¹ PETER BÖCKLI, Eine Blütenlese der Neuerungen im Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, GesKR 2015, 1 ff., 5.