



BRUNO PASQUIER

Unwirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs

Postulat für eine konsequente Anwendung des Gleichbehandlungsprinzips

Konzernverrechnungsklauseln haben eine Häufung von Verrechnungsmöglichkeiten zur Folge, die den Konzern im Fall des Konkurses über den Vertragspartner bevorzugen würde. Deutsche und US-amerikanische Gerichte haben auf die Unwirksamkeit solcher Klauseln geschlossen. In der Schweiz sind diese Vertragsabreden in der Lehre umstritten und von der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Dieser Aufsatz zeigt auf, dass diese Vertragsabreden gegen das zwingende Prinzip der Gleichbehandlung verstossen. Er kommt zum Schluss, dass sie im Konkurs unwirksam sind.

Inhaltsübersicht

- I. Konzernverrechnungsklauseln: Rechtsnatur, Erscheinungsformen und Wirkung
- II. Meinungsstand zur «Konkursfestigkeit» von Konzernverrechnungsklauseln
- III. Der Verstoss gegen das Gleichbehandlungsprinzip
 - A. Das konkursrechtliche Prinzip der Gleichbehandlung als Schranke der Vertragsfreiheit
 - B. Die Widerrechtlichkeit von Konzernverrechnungsklauseln
- IV. Die Folgen des Verstosses
- V. Zusammenfassung

I. Konzernverrechnungsklauseln: Rechtsnatur, Erscheinungsformen und Wirkung

In diesem Aufsatz wird auf Verrechnungsklauseln eingegangen, die zwischen Gesellschaften eines Konzerns und Dritten abgeschlossen werden. Von Konzernen spricht man bei der Verbindung von mindestens zwei rechtlich selbstständigen Gesellschaften durch eine einheitliche

Leitung.¹ Während der Konzern eine wirtschaftliche Einheit bildet, werden Konzerngesellschaften in der Regel rechtlich wie andere selbstständige Gesellschaften erfasst, die nicht einem Konzern angehören. Aus rechtlicher Sicht kann diese Organisationsform teils mit Vorteilen und teils mit Nachteilen verbunden sein. Was das hier interessierende Institut der Verrechnung angeht, spielt die rechtliche Selbstständigkeit der Konzernglieder eine massgebliche Rolle, wenn ein Dritter Gläubiger einer Konzerngesellschaft und Schuldner einer anderen Gesellschaft desselben Konzerns ist: Gegenseitigkeit nach Art. 120 Abs. 1 OR liegt in diesem Fall nicht vor, was einer Verrechnung entgegensteht.²

Konzernverrechnungsklauseln, um die es in diesem Aufsatz geht, sollen die genannte fehlende Verrechenbarkeit korrigieren. Durch Konzernverrechnungsklauseln werden die Forderungen so behandelt, als ob dem Dritten kein Konzern gegenüberstehen würde, sondern eine einzige Gesellschaft.³ Zwei Varianten fallen in Betracht.⁴ Entweder wird eine Gesellschaft ermächtigt, eine eigene Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten mit der Forderung einer Gesellschaft desselben Konzerns zu verrechnen. Oder eine Gesellschaft wird ermächtigt, die Verbindlichkeit einer Gesellschaft desselben Konzerns mit einer eigenen Forderung gegenüber einem Dritten zu verrechnen. Falls der Dritte ebenfalls in einer Kon-

¹ Vgl. PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, N 18.

² LUKAS HANDSCHIN, Begriff und Wirkung von Konzernverrechnungsklauseln, SZW 2013, 263 ff., 263; PETER V. KUNZ, Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken, GesKR 2017, 172 ff., 183; THOMAS ROHDE, Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs, Jusletter 26.8.2019, N 2.

³ Vgl. HANDSCHIN (FN 2), 264 f.; CORINNE ZELIWEGER-GUTKNECHT, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen: Das Erlöschen der Obligation, Verrechnung, Art. 120–126 OR, Bern 2013, Art. 120 OR N 327.

⁴ Vgl. HANDSCHIN (FN 2), 264 f.; BK-ZELIWEGER-GUTKNECHT (FN 3), Art. 120 OR N 327.

zernstruktur steht, kann eine Konzernverrechnungsklausel vereinbart werden, die Gesellschaften in beiden Konzernen zur Verrechnung ermächtigt («wechselseitige» Konzernverrechnungsklauseln).⁵

Konzernverrechnungsklauseln sind eine Erscheinungsform der multilateralen Verrechnung (auch «multilaterales Netting» oder «Drittaufrechnung» in Deutschland). Bei Zustimmung aller Beteiligten kann vereinbart werden, dass eine fremde Schuld mit einer eigenen Forderung (oder umgekehrt: fremde Forderung und eigene Schuld) verrechnet werden kann, womit das Erfordernis der Gegenseitigkeit abgebunden wird. Die grundsätzliche Zulässigkeit derartiger Abreden ist unumstritten und wird mit dem dispositiven Charakter der Art. 120 ff. OR begründet.⁶ Nach Ansicht des Bundesgerichts liegt «nicht mehr eine Verrechnung im eigentlichen Sinne» (welche Gegenseitigkeit impliziert) vor, sondern «eine Tilgung durch Vereinbarung».⁷ Ob diesem oder jenem Verständnis gefolgt wird, wonach trotz fehlender Gegenseitigkeit von einer Verrechnung die Rede sein kann,⁸ spielt jedoch für die vorliegende Fragestellung keine Rolle.

Es ist klar, dass Konzernverrechnungsklauseln, die zu einer Erweiterung der Verrechnungsmöglichkeiten führen, eine besondere Bedeutung im Konkurs haben. Die Verrechnung hat für den Konkursgläubiger den wichtigen Vorteil, dass die zur Verrechnung gebrachte Konkursforderung im vollen Umfang erzwungen werden kann.⁹ Der Verrechnungsgläubiger ist in der Regel viel besser gestellt als ein Konkursgläubiger, der auf eine Konkursdividende angewiesen ist (meistens nur eine tiefe Quote der Konkursforderung). Umstritten ist die Wirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs, weil solche Abreden die Situation des betroffenen Konzerns verbessern, weshalb sich die Frage eines Konflikts mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und mit Normen des Konkursrechts stellt. Um diese Frage geht es in diesem Aufsatz.

II. Meinungsstand zur «Konkursfestigkeit» von Konzernverrechnungsklauseln

Wirksame Konzernverrechnungsklauseln hätten, wie dargelegt, zur Folge, dass das finanzielle Risiko des begünstigten Konzerns für den Fall des Konkurses über den Dritten vermindert würde. Die Generalabwicklung (Konkurs) ist jedoch durch das Prinzip der Gleichbehandlung der Gläubiger geprägt (mehr dazu bei III.A.). Es mag daher wenig überraschen, dass die Vereinbarkeit solcher Klauseln mit dem Konkursrecht infrage gestellt wird. Die nachfolgenden Zeilen dienen einem kurzen Überblick über den Meinungsstand.

In der Schweizer Literatur sind Konzernverrechnungsklauseln umstritten. Mehrere Autoren haben sich gegen die Wirksamkeit solcher Klauseln im Konkurs ausgesprochen, weil sie gegen konkursrechtliche Normen oder Prinzipien verstossen.¹⁰ In der neueren Literatur vertreten jedoch LUKAS HANDSCHIN und THOMAS ROHDE die Meinung, dass Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs wirksam seien.¹¹ Auf die Argumente, die für die Wirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln vorgebracht werden, wird unter III.B. näher eingegangen.

Das Bundesgericht hat sich zwar noch nicht direkt zur Konkursfestigkeit von Konzernverrechnungsklauseln geäußert. Im Urteil BGE 115 III 65 ff. hat es sich allerdings gegen die Zulässigkeit von Verrechnungsverträgen ausgesprochen, wonach Verrechenbarkeit trotz fehlender verrechnungsrechtlich relevanter Gegenseitigkeit vereinbart wird. Da Konzernverrechnungsverträge ebenfalls eine Häufung von Verrechnungsmöglichkeiten durch einen Verzicht auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit bewirken, liegt die Relevanz dieses Präjudizes nahe. Im zu beurteilenden Fall hatten der Mieter und der Vermieter eine Vereinbarung getroffen, wonach der Mietzins mit einer Kontokorrentforderung verrechnet werden konnte. Das oberste Gericht hielt fest, dass im Konkurs des Vermieters nach Besitzantritt keine Erklärung für den Eintritt der Konkursmasse in den Vertrag nach Art. 211 Abs. 2 SchKG erforderlich sei.¹² Aus verrechnungsrechtlicher Sicht fehlte die Gegenseitigkeit, weil Massforderungen nur mit Massschulden – nicht etwa mit dem Guthaben aus einem Bankkonto – ver-

⁵ HANDSCHIN (FN 2), 264 f.;

⁶ Ausführlich dazu BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 3), Art. 120 OR N 316 ff. Vgl. auch BGer, 4C.374/2001 6.9.2002, E. 2.2; OGer GL, OG.2013.00061, 9.3.2017, E. 1; BVGer, A-1662/2006, 14.1.2009, E. 3.3.3; HANDSCHIN (FN 2), 268; ROHDE (FN 2), N 3. BGer, 4C.374/2001 6.9.2002, E. 2.2.

⁷ Vgl. insbesondere BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 3), Art. 120 OR N 310: «Führt man sich vor Augen, dass der Verrechnungsvorgang in einer doppelten Ersetzung besteht, bei welcher eine Partei, soweit sich ihre Schuld und ihre Forderung quantitativ ausgleichen, das von ihr Geschuldete als Leistung an Erfüllungsstatt für ihre Forderung einbehält, die dadurch erlischt und so in solutione auch ihre Schuld tilgt [...], so kann – bei entsprechendem Konsens aller Beteiligten – dieser Vorgang auch auf multilaterale Konstellationen übertragen werden.»

⁹ Vgl. statt vieler BRUNO PASQUIER, Schuld- und Konkursrecht – Grundfragen zum gegenseitigen Verhältnis, Zürich 2020, N 364.

¹⁰ Gegen die Wirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln: BK-ZELLWEGER-GUTKNECHT (FN 3), N 328 zu Art. 120 OR; PASQUIER (FN 9), N 465 ff.; KUNZ (FN 2), 183, äussert sich für die Ungültigkeit von einseitigen Konzernverrechnungsklauseln und nimmt jedoch nicht Stellung zu den wechselseitigen Konzernverrechnungsklauseln. VIKTOR AEPLI, Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114–126 OR, Zürich 1991, Art. 123 OR 10 ff., führt aus – ohne die Konzernverrechnungsklauseln explizit zu erwähnen –, dass Vereinbarungen, welche die Verrechnung erleichtern, im Konkurs nicht gelten, selbst wenn sie nicht im Hinblick auf den Konkurs getroffen wurden.

¹¹ HANDSCHIN (FN 2), ROHDE (FN 2).

¹² Zum Eintritt in den Mietvertrag ohne Erklärung der Konkursverwaltung vgl. auch BGE 127 III 273 E. 4a.

rechnet werden können.¹³ Aufgrund der fehlenden Gegenseitigkeit wurde die Möglichkeit einer Verrechnung nach Art. 120 Abs. 1 OR bzw. Art. 213 SchKG abgelehnt. Offenbar argumentierte der Mieter, dass trotz fehlender Gegenseitigkeit eine Verrechnung gestützt auf einen Verrechnungsvertrag möglich sei, der explizit die Möglichkeit der Verrechnung – d.h. auch ohne Gegenseitigkeit – vorsah. Die Wirksamkeit solcher Klauseln wurde jedoch vom Bundesgericht abgelehnt: «Mit Art. 213 SchKG lässt sich nicht vereinbaren, dass ein Schuldner durch vertragliche Vereinbarung mit dem Gläubiger sich zum Voraus die Möglichkeit der Kompensation seiner Gegenforderung und damit deren Deckung im späteren Konkurs des Gläubigers verschafft und dadurch die Wirkung der Konkursöffnung bezüglich seiner Person illusorisch macht. Der Mieter kann sich daher im Konkurs des Vermieters seiner Schuldpflicht der Masse gegenüber nicht durch vorgängigen Verrechnungsvertrag mit dem späteren Gemeinschuldner entziehen.»

Auch im Ausland wird die Vereinbarkeit von Konzernverrechnungsklauseln mit dem Konkursrecht als problematisch betrachtet, wobei – anders als in der Schweiz – diese Frage teils bereits gerichtlich entschieden wurde. US-amerikanische Gerichte haben bereits mehrmals auf die fehlende Wirksamkeit dieser Abreden im Konkurs geschlossen.¹⁴ Diese Urteile wurden damit begründet, dass die Verrechnung im Konkurs zwingend Gegenseitigkeit voraussetze. Auch ein Vergleich zu Deutschland ist von hohem Interesse, weil das deutsche und das schweizerische Konkursrecht («Insolvenzrecht» in Deutschland) viele Ähnlichkeiten aufweisen. Der Bundesgerichtshof schloss in einem Urteil von 2006 auf die Unwirksamkeit solcher Abreden.¹⁵ Die Begründung des deutschen Gerichts ist doppelspurig. Zum einen wurde argumentiert, dass sich die Forderungen nicht im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gemäss § 94 InsO «gegenübergestellt» haben. Zum anderen wurde die Unwirksamkeit dieser Klauseln auch aus allgemeinen Insolvenzzwecken abgeleitet. Es wurde argumentiert, dass die aus Konzernverrechnungsklauseln «folgende Ausweitung der Aufrechnungsmöglichkeiten zu einer Schmälerung der Insolvenzmasse [führt] und damit dem erklärten Ziel der Insolvenzordnung [widerspricht], die Masse im Interesse der Gläubigergleichbehandlung zusammenzuhalten».¹⁶

¹³ Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang vom «Wechsel der Rechtzuständigkeit», der zur Folge hat, dass die Mietzinsforderungen nicht mehr mit den Kontokorrentforderungen verrechnet werden können. Implizit ist dabei, dass die Verrechnung aufgrund der fehlenden konkursrechtlich relevanten Gegenseitigkeit nicht mehr möglich ist. Vgl. dazu ZK-AEPLI (FN 10), Art. 123 OR N 25; BK-ZELLWEGE-GUTKNECHT (FN 3), Art. 123 OR N 54 ff.

¹⁴ In re *SemCrude*, L.P., 399 B.R. 388 (Bankr. D. Del. 2009), In re *Lehman Bros. Holdings Inc.*, 433 B.R. 101 (Bankr. S.D.N.Y. 2010), In re *Lehman Bros. Inc.*, 458 B.R. 134 (Bankr. S.D.N.Y. 2011).

¹⁵ BGH, IX ZR 152/04, 13.7.2006.

¹⁶ BGH, IX ZR 152/04, 13.7.2006, N 20.

III. Der Verstoss gegen das Gleichbehandlungsprinzip

A. Das konkursrechtliche Prinzip der Gleichbehandlung als Schranke der Vertragsfreiheit

Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger ist ein grundlegendes Prinzip des Konkursrechts.¹⁷ Dieser Grundsatz ist das zentrale Kriterium für die Unterscheidung zwischen der General- und der Spezialexécution. In der Spezialexécution werden individualistische Verhalten zugelassen, wie die Betreibung einer Schuld vor anderen Gläubigern, um Zugriff auf das verbleibende Vermögen des Schuldners zu haben. Im Verfahren der Generalexécution hat das Gleichbehandlungsprinzip eine doppelte Bedeutung.¹⁸ Zum einen ist das vorhandene Haftungssubstrat unter gleichberechtigten Konkursgläubigern «quotenmässig» zu verteilen. Zum anderen müssen die Konkursgläubiger gemeinschaftlich (als Konkursmasse) handeln, damit sich die Verluste so gering als möglich gestalten. Die Regeln zur Bildung, zur Organisation und zum Schutz der Konkursmasse sind deshalb ebenfalls Ausfluss des Gleichbehandlungsprinzips.

Die zentrale Bedeutung des Gleichbehandlungsprinzips im Konkursrecht ist unbestritten. Es ist auch klar, dass zahlreiche Normen des Konkursrechts darauf gerichtet sind, das Gleichbehandlungsprinzip zu verwirklichen. Auf den ersten Blick weniger eindeutig ist, unter welchen Umständen das Gleichbehandlungsprinzip der Vertragsfreiheit Schranken zu setzen vermag. Es stellt sich die Frage, ob Vereinbarungen, die in Konflikt mit dem Gleichbehandlungsprinzip treten, einen widerrechtlichen Inhalt haben. Die herrschende Lehre bejaht zu Recht diese Frage und nimmt an, dass bei einem Verstoss gegen das Gleichbehandlungsprinzip die in Art. 20 OR umschriebenen Rechtsfolgen eintreten können.¹⁹

¹⁷ Vgl. bereits die Botschaft vom 8. Mai 1886 zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, BBl 1886 II 1 ff., 47 ff., sowie die Definition von JOSEF KOHLER, Leitfaden des deutschen Konkursrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1903, 1: «Der Konkurs ist ein geregeltes Verfahren, um beim Zusammenbruch des Vermögens einer Person es zu bewirken, dass der Verlust möglichst gleichheitlich von allen Gläubigern getragen wird und sich so gering als möglich gestaltet. Man will also durch gemeinsamen Zugriff retten, was zu retten ist und die Vermögensgrümmen auf eine Weise verteilen, dass das grosse Prinzip der Gleichheit, der Gleichberechtigung sämtlicher Gläubiger zur Geltung gelangt.»

¹⁸ Vgl. dazu eingehend PASQUIER (FN 9), N 9 ff.

¹⁹ Z.B. DANIEL STAEHELIN, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, AJP 2004, 363 ff., 370: «Zudem handelt es sich beim Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs um eine vollstreckungsrechtliche, mithin öffentlich-rechtliche Vorschrift, deren Missachtung gemäss Art. 19 OR die zivilrechtliche Ungültigkeit zur Folge hat»; oder MARTIN PLENIO, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, Bern 2003, 119: «Verträge oder Vertragsteile, die wie im vorangehenden Beispiel lediglich darauf

Diese Meinung verdient Zustimmung. Zutreffend ist zunächst, dass Verstösse gegen das Gleichbehandlungsgebot nicht exklusiv vom Institut der paulianischen Anfechtung geregelt werden. Letzterer Rechtsbehelf erfasst nur Fälle, in denen der Konkurschuldner Verfügungen zugunsten eines Gläubigers getroffen hat. Ferner ergibt sich der zwingende Charakter aus der Natur des Prinzips der Gleichbehandlung.²⁰ Es würde sich um eine Leerformel handeln, würde man die Gleichbehandlung gebieten und gleichzeitig Vereinbarungen zulassen, die eine Bevorzugung einzelner Gläubiger zur Folge haben.²¹ Falls ein Verpflichtungsgeschäft dem Gleichbehandlungsprinzip widerspricht, ist es somit widerrechtlich gemäss Art. 19 f. OR.

In dieselbe Richtung deutet die Schweizer Rechtsprechung. Aus mehreren Urteilen geht hervor, dass Vereinbarungen, die dem Gleichbehandlungsprinzip widersprechen, widerrechtlich sind. Deutlich ist dies etwa in BGE 41 III 136 E. 2 (Entschädigung von 5 % für den Fall des Konkurses über den Schuldner): «In diesem Falle aber steht einer Zulassung der eingeklagten Forderung als Konkursforderung wiederum ein zwingender Grundsatz des Konkursrechts entgegen, nämlich der Grundsatz, dass alles dem Gemeinschuldner im Momente der Konkursöffnung gehörende Vermögen zur Deckung solcher Forderungen bestimmt ist, die auch ohne den Konkurs bestehen würden. Der von der Klägerin beanspruchte Zuschlag ist nach ihrer eigenen Sachdarstellung etwas, worauf sie ohne den Konkurs kein Recht haben würde und was sie sich gerade zu dem Zwecke hat versprochen lassen, um im Konkurse mehr zu erhalten, als das Gesetz vorsieht. Es handelt sich also um nichts anderes als den Versuch einer Umgehung der gesetzlichen Vorschriften über die Verteilung der Konkursmasse, bzw. um die Schaffung eines vom Gesetze nicht gewollten Konkursprivilegs [...]» Im zitierten Urteil liess das Bundesgericht die Frage offen, ob die Abrede unwirksam ist, weil sie gegen Art. 2 ZGB, Art. 20 OR oder die Anfechtungstatbestände (Art. 285 ff. SchKG) verstösst. Auch das Urteil BGE 105 III 92 E. 2a. bringt klar zum Ausdruck, dass das SchKG eine abschliessende Ordnung von Gläubigerprivilegien enthält, die durch Vereinbarungen nicht erweitert werden könne, denn solche Abreden würden gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen: «Le principe de l'égalité des créanciers souffre les exceptions seules que la loi y apporte, soit qu'elle reconnaisse l'effet d'un gage valablement constitué, soit qu'elle munisse une créance d'un privilège (Art. 146 al. 2, Art. 219 al. 1 et 4, Art. 220, Art. 316g LP; cp. Art. 2741, Art. 2745 CCit.). Dans la faillite et le

concordat par abandon d'actif, la loi règle le concours des créanciers en prescrivant l'établissement d'un état de collocation et d'un tableau de distribution. Cette procédure permet de répartir le prix des biens du débiteur de manière égale entre tous ses créanciers. Les règles qui déterminent l'étendue et le rang de la collocation garantissent donc l'égalité des créanciers dans les limites de la loi, et toute dérogation qui leur est apportée constitue une atteinte au principe d'égalité.»²²

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Vereinbarung nach zutreffender und herrschender Meinung gemäss Art. 19 f. OR einen widerrechtlichen Inhalt hat, wenn sie dem Gleichbehandlungsprinzip widerspricht. Dies ist der Fall, wenn die Vereinbarung auf die Bevorzugung eines Gläubigers und die Benachteiligung der anderen Gläubiger abzielt. Es genügt dabei, dass der gemeinsame, mittelbare Zweck der Abrede gegen zwingendes Recht (im vorliegenden Zusammenhang das Gleichbehandlungsprinzip) verstösst.²³ Abschliessend kann noch darauf hingewiesen werden, dass das SchKG zahlreiche Bestimmungen enthält, die auf die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgebots gerichtet sind. In einem Einzelfall kann es schwierig sein, zu bestimmen, ob eine Vereinbarung mit dem Gleichbehandlungsprinzip oder mit einer anderen konkursrechtlichen Norm in Konflikt tritt. Die Übergänge können, wie das Beispiel des Verrechnungsverbots nach Art. 213 SchKG zeigt (vgl. III.B), flussend sein.

B. Die Widerrechtlichkeit von Konzernverrechnungsklauseln

Unter I. wurden der Inhalt und die Wirkung von Konzernverrechnungsklauseln umschrieben. Es wurde dargelegt, dass diese Klauseln eine ganz besondere Bedeutung im Konkurs haben, weil sie eine Häufung von Verrechnungsmöglichkeiten ermöglichen. Die zur Verrechnung gebrachte Konkursforderung werden im vollen Umfang erzwungen, nicht nur als Konkursdividende (meistens nur eine tiefe Quote der Konkursforderung). Es lässt sich wohl kaum bestreiten, dass Konzernverrechnungsklauseln – nebst der Vermeidung von unnötigen Liquiditätsverschiebungen ausserhalb des Konkurses – auch eine Sicherungsfunktion haben: Sie sollen die Situation des Konzerns (im Vergleich zur Lage ohne entsprechende Klausel) im Konkurs des Dritten verbessern.²⁴ Es ist jedoch auch klar, dass damit die anderen Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden. Die Vermehrung von Verrechnungsmöglichkeiten im Konkurs schmälert die Aktiven der Aktivmasse, womit weniger Haftungssubstrat für die anderen Gläubiger

abzielen, andere Gläubiger im Konkursfall zu benachteiligen, wären nach Art. 19 f. OR als nichtig zu qualifizieren». Eingehend PASQUIER (FN 9), N 422 ff. (m.w.H.).

²⁰ So schon: BGE 41 III 136 E. 2: «In diesem Falle aber steht einer Zulassung der eingeklagten Forderung als Konkursforderung wiederum ein *zwingender Grundsatz* des Konkursrechts entgegen [...]» (Hervorhebung hinzugefügt).

²¹ Vgl. dazu PASQUIER (FN 9), N 418.

²² BGE 105 III 92 E. 2a.

²³ ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991, Art. 19 OR N 137; BGE 134 III 438 E. 2.2.

²⁴ HANDSCHIN (FN 2), 264; ROHDE (FN 2), N 3, 18.

bleibt. Es kann somit festgehalten werden, dass Konzernverrechnungsklauseln dem Prinzip der Gläubigergleichbehandlung widersprechen. Sie haben einen widerrechtlichen Inhalt gemäss Art. 20 OR.

Es kann schwierig sein, die einschlägige Rechtsgrundlage zu eruieren.²⁵ Wie bereits erwähnt, stützte das Bundesgericht die Ungültigkeit von Vertragsklauseln, wonach die Parteien bei der Verrechnung auf die Gegenseitigkeit verzichten, auf Art. 213 SchKG.²⁶ Nach dem Wortlaut der Bestimmung sind jedoch nur Fälle erfasst, in denen ein Schuldner- oder Gläubigerwechsel nach Konkurseröffnung stattfindet. Bei Konzernverrechnungsklauseln verzichten jedoch die involvierten Parteien vertraglich auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit. Das Verständnis des Bundesgerichts lässt sich mit einer starken Gewichtung des teleologischen Elements in der Auslegung begründen (Gläubigergleichbehandlung als *ratio legis* für Verrechnungsverbote). Da der betroffene Sachverhalt nicht vom Wortlaut von Art. 213 SchKG erfasst wird, gebietet nach meiner Auffassung das Postulat der Methodenehrlichkeit, dass die Schranke der Vertragsfreiheit direkt auf das Gleichbehandlungsprinzip gestützt wird. Diese Frage dürfte jedoch kaum praktische Bedeutung haben, weil ein Verstoss gegen Art. 213 SchKG auch die Nichtigkeit zur Folge hat (zur Rechtsfolge des Verstosses gegen das Gleichbehandlungsprinzip vgl. IV).²⁷

Wie zuvor angedeutet, äussert sich ein Teil der Lehre für die Wirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs. Die Verfechter der Wirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln bestreiten nicht, dass das Gleichbehandlungsprinzip der Vertragsfreiheit Schranken setzen kann.²⁸ Sie führen jedoch verschiedene Argumente ins Feld, weshalb die genannten Vertragsklauseln wirksam sein sollten. Diese Einwände sind jedoch m.E. nicht überzeugend:

(1) Es wird ausgeführt, dass ein Konflikt mit dem Gleichbehandlungsprinzip bei sogenannten wechselseitigen Konzernverrechnungsklauseln (Gesellschaften in zwei Konzernen werden zur Verrechnung ermächtigt) ausser Betracht falle. Es wird argumentiert, dass dieses Prinzip nicht tangiert werde, weil der Schuldner im Konkurs des betroffenen Gläubigers denselben Vorteil habe und bei Abschluss der Verrechnungsklausel noch nicht feststehe, über wen der Konkurs eröffnet werde.²⁹ Dieses Argument verkennt jedoch das Wesen des Gleich-

behandlungsprinzips: Es regelt nicht das Verhältnis des Schuldners zum Gläubiger, sondern das Verhältnis der Gläubiger untereinander. Es spielt somit für dieses Prinzip keine Rolle, ob eine Partei die andere einseitig bevorzugt oder ob sich die zwei Parteien gegenseitig bevorzugen. Problematisch ist vielmehr, dass andere, nicht an der Verrechnungsabrede beteiligte Konkursgläubiger durch die Häufung von Verrechnungsmöglichkeiten benachteiligt werden.

(2) Es wird auch eine Parallele zu anderen Sicherungsmöglichkeiten gezogen. Wenn das Risiko mit der Begründung von Pfandrechten und der Abtretung von Forderungen vor Konkurseröffnung gesichert werden kann, sollte es – so wird argumentiert – auch möglich sein, dasselbe wirtschaftliche Resultat mit einer Konzernverrechnungsklausel zu erreichen.³⁰ Der Vergleich hinkt. Die Durchsetzbarkeit vertraglicher, nicht dinglich gesicherter Privilegien würde unbeschränkt viele Vereinbarungsmöglichkeiten zulassen, die das Klassensystem des Art. 219 Abs. 4 SchKG aushöhlen würden. Ganz anders: Die Privilegierung dinglicher Sicherheiten wird vom Konkursrecht in Art. 219 Abs. 1 SchKG ausdrücklich anerkannt und geschützt. Die dingliche Rechtslage ist für andere Gläubiger aufgrund des Publizitätsprinzips erkennbar. Das Bundesgericht brachte denn auch in BGE 105 III 94 E. 2a klar zum Ausdruck, dass dingliche Sicherheiten nach Art. 219 Abs. 1 SchKG zugelassen sind, während Vertragsabreden, die einen Gläubiger bevorzugen, gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstossen und unzulässig sind. Abschliessend kann noch darauf hingewiesen werden, dass dingliche Sicherheiten nicht ohne Einschränkung im Konkurs zugelassen werden, sondern gemäss Art. 288 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG angefochten werden können.

(3) Schliesslich wird teils auch das Argument vorgebracht, wonach Konzernverrechnungsklauseln zumeist nicht erst mit der Konkurseröffnung Wirkungen zeitigen, sondern auch ausserhalb des Konkurses gelten.³¹ Auch dieser Einwand überzeugt nicht. Entscheidend ist nur, dass mit solchen Abreden namentlich der Zweck verfolgt wird, eine Häufung von Verrechnungsmöglichkeiten im Konkurs zu ermöglichen. Es dürfte jedoch klar sein, dass solche Abreden namentlich im Hinblick auf ihre Sicherungsfunktion in der Insolvenz einer Vertragspartei vereinbart werden. In diesem Zusammenhang kann hervorgehoben werden, dass die Verrechnungsklausel gemäss BGE 115 III 65 ff. und die Konzernverrechnungsklausel gemäss dem Urteil des BGH vom 13. Juli 2006 – Az. IX ZR 152/04 nicht erst Wirkung mit der Konkurseröffnung bzw. Insolvenzeröffnung hatten.

²⁵ So auch in Deutschland. Der Bundesgerichtshof stützte die Unwirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs sowohl auf § 94 InsO wie auch auf allgemeine, aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung abgeleitete Insolvenzzwecke (BGH, IX ZR 152/04, 13.7.2006).

²⁶ BGE 115 III 65 E. 3b.

²⁷ Statt vieler BSK SchKG I-STÄUBLI, Art. 213 N 39, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs I (Art. 1–158 SchKG). 2. A., Basel 2010.

²⁸ HANDSCHIN (FN 2), 269 f.; ROHDE (FN 2), N 16 ff.

²⁹ So insbesondere HANDSCHIN (FN 2), 269 f. Wohl auch so KUNZ (FN 2), 183, wonach einseitige Konzernverrechnungsklauseln ungültig sind, weil die Gläubiger benachteiligt werden.

³⁰ HANDSCHIN (FN 2), 269; ROHDE (FN 2), N 18, 22.

³¹ ROHDE (FN 2), N 22.

IV. Die Folgen des Verstosses

Es wurde aufgezeigt, dass Konzernverrechnungsklauseln einen widerrechtlichen Inhalt haben, weil sie gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstossen. Die Rechtsfolge ist nach Art. 20 OR zu beurteilen. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass Konzernverrechnungsabreden zumeist in einer umfassenden Vereinbarung enthalten sind, welche zahlreiche andere Klauseln enthält, wie die ISDA Master Agreements.³²

Als mögliche Rechtsfolge kommt gemäss Art. 20 OR Ganznichtigkeit sowie Teilnichtigkeit (bezogen auf die Konzernverrechnungsklausel) infrage. Zudem anerkennen Lehre und Rechtsprechung die «geltungserhaltende Reduktion» (auch «modifizierte Teilnichtigkeit»), wonach der widerrechtliche Inhalt in einen modifizierten, rechtmässigen Inhalt umgewandelt wird.³³ Entscheidend für die Bestimmung der Rechtsfolge ist der hypothetische Parteiwille:³⁴ Was hätten die Parteien vereinbart, wenn ihnen der Teilmangel schon bei Vertragsschluss bewusst gewesen wäre? Es kann davon ausgegangen werden, dass die involvierten Parteien höchst selten auf die gesamte Vereinbarung verzichtet hätten, weshalb Ganznichtigkeit kaum in Betracht kommt. Denkbar ist zunächst die Annahme von Teilnichtigkeit nach Art. 20 Abs. 2 OR mit der Folge, dass die Nichtigkeit nur auf die Konzernverrechnungsklausel bezogen ist, wobei das Vertragsverhältnis im Übrigen aufrechterhalten bleibt. Diese Rechtsfolge wäre geeignet, wenn die Parteien die Verrechnungsklausel nur im Hinblick auf ihre Sicherungsfunktion in der Insolvenz abgeschlossen haben. Bei Konzernverrechnungsklauseln, die auch eine Wirkung vor Konkurseröffnung haben, kommt auch eine «geltungserhaltende Reduktion» infrage. So könnte es sich verhalten, wenn die Konzernverrechnungsklausel vor dem Konkurs auch das Ziel verfolgt, unnötige Liquiditätsverschiebungen zu vermeiden. Steht fest, dass die Parteien bei Kenntnis des Mangels lediglich die Wirkung im Konkurs ausgeschlossen hätten, wandelt sich der Vertrag entsprechend um (Konzernverrechnungsklausel mit Wirkung nur ausserhalb des Konkurses).

V. Zusammenfassung

Durch Konzernverrechnungsklauseln wird auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit gemäss Art. 120 Abs. 1 OR vertraglich verzichtet: Forderungen eines Gläubigers werden so behandelt, als ob ihm kein Konzern gegenüberstehen würde, sondern eine einzige Gesellschaft (vgl. I.). Diese verbreiteten Vertragsabreden sind problematisch, weil der Konzern durch eine – vertraglich eingeräumte – Vermehrung der Verrechnungsmöglichkeiten im Konkurs privilegiert wird. Gerichte in den

Vereinigten Staaten und in Deutschland haben auf die Unwirksamkeit solcher Klauseln geschlossen. Das Bundesgericht hat sich ebenfalls gegen die Wirksamkeit einer Vertragsabrede (bei der jedoch kein Konzern involviert war) geäussert, wonach auf die Gegenseitigkeit für die Verrechnung verzichtet wurde. In der Schweizer Literatur ist die Wirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln umstritten (zum Meinungsstand vgl. II.).

Der Aufsatz zeigt auf, dass Konzernverrechnungsklauseln gegen das Prinzip der Gleichbehandlung verstossen und mithin einen widerrechtlichen Inhalt haben (vgl. III). In diesem Zusammenhang wird auf die Lehrmeinungen für die Wirksamkeit dieser Klauseln eingegangen. Es wird schliesslich dargelegt, dass die Folge dieses Verstosses nur höchst selten Ganznichtigkeit sein dürfte (vgl. IV.). Vielmehr tritt in der Regel die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit oder der Restgültigkeit (die Konzernverrechnungsklausel gilt nur ausserhalb des Konkurses) ein.

³² Vgl. ROHDE (FN 2), N 22.

³³ Grundlegend BGE 107 II 216 ff. (m.w.H.). Vgl. auch BGE 134 III 136 E. 2.3.

³⁴ BGE 138 III 29 E. 2.3.3.