

Begriff und Wirkung von Konzernverrechnungsklauseln

Von Prof. Dr. iur. Lukas Handschin, Rechtsanwalt, Universität Basel

Group offsetting clauses are agreements allowing a group-company, which is the debtor of a claim by a third party to meet this claim by offsetting a counterclaim of another group company. In case of bankruptcy of the third party, they can serve as collateral security regarding claims by other group companies. The legal doctrine regarding the validity and enforceability of group offsetting clauses is inconsistent. This essay shows that group offsetting clauses can be structured as contractual substitution-rights (Ersetzungsbefugnis, Alternativermächtigung, facultas al-

ternativa). This means that the obligation of the third-party creditor is limited from the very beginning by the contractual right of the debtor to substitute the payment of the outstanding debt by offsetting (fully or in part) a claim of another group company. The substitution right is a unilateral right of the debtor, which can also be exercised if the creditor of the claim is in bankruptcy and if (as a consequence of this) the counterclaim of the other group company is of no (economic) value.

Inhaltsübersicht

- I. Grundlagen
 - 1. Begriff
 - 2. Wirkung der Konzernverrechnungsklausel
- II. Die Rechtsnatur der Konzernverrechnungsklausel
 - 1. Feststellung der Berechtigten und des Inhalts der Verpflichtungen
 - 2. Konzernverrechnungsklausel als Alternativermächtigung
 - 3. Die Alternativermächtigung als Recht des Schuldners und Last des Gläubigers
 - 4. Die Konzernverrechnungsklausel als Verfügung oder Verpflichtung?
 - 5. Verfügungsmacht über die zu verrechnende Forderung
- III. Die Konzernverrechnungsklausel im Konkurs der Gesellschaft, die eine Konzerngesellschaft mit ihrer Forderung belangt
 - 1. Grundlagen
 - 2. Benachteiligung von Gläubigerinteressen?
 - 3. Gesetzliche Grundlagen: Art. 123 OR und Art. 213 SchKG
 - 4. Alternativermächtigung des Schuldners führt von Anfang an zu einem eingeschränkten Anspruch des Gläubigers
 - 5. Andere Fälle von Alternativermächtigung des Schuldners im Konkurs des Gläubigers
- IV. Zusammenfassung

I. Grundlagen

1. Begriff

Konzernverrechnungsklauseln sind Abreden zwischen zwei oder mehreren Parteien mit dem Inhalt, dass einer Konzerngesellschaft, gegen die ein Dritter eine Forderung erhebt, erlaubt wird, Forderungen

anderer Konzernglieder gegen diesen Dritten zur Verrechnung zu bringen. Den Konzernverrechnungsklauseln kommt als Instrument der Kreditsicherung eine grosse praktische Bedeutung zu, vor allem im Konkurs des Dritten. Sie führen dazu, dass die wirtschaftliche Einheit des Konzerns in Bezug auf die Verrechnung von Forderungen auch als rechtliche Einheit behandelt wird. Ohne die Vereinbarung einer solchen Konzernverrechnungsklausel gilt aufgrund des Erfordernisses der Gegenseitigkeit,¹ dass eine belangte Konzerngesellschaft nur ihre eigenen gegenüber dem Gläubiger bestehenden Forderungen zur Verrechnung bringen kann. Die Konzernverrechnungsklausel ermöglicht in Bezug auf die Verrechnung eine rechtliche Einheitsbehandlung des Konzerns.

Konzernverrechnungsklauseln kommen als einseitige oder als wechselseitige Konzernverrechnungsklauseln vor. Einseitige Konzernverrechnungsklauseln liegen dann vor, wenn in einem Vertrag mit *einem* Dritten festgehalten wird, dass die belangte Konzerngesellschaft gegenüber dem Dritten bestehende Forderungen anderer Konzernglieder (unter Überwindung des Gegenseitigkeitserfordernisses) zur Verrechnung bringen kann.² Solche einseitigen

¹ Peter Gauch/Walter Schluop/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl., Zürich 2008, N 3255; Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, N 762 ff.; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 66 N 14 f.; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2012, N 77.04 f.

² Peter Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Sachen und Rechte, Personen, 8. Aufl., München 2012, N 1519a; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner

Konzernverrechnungsklauseln können die Liquidität des Dritten erheblich einschränken und werden in der Lehre aus diesem Grund teilweise kritisiert,³ aber grundsätzlich als zulässig beurteilt.⁴ Die Konzernverrechnungsklausel, die der deutsche BGH als nicht konkursfest bezeichnet hat,⁵ war eine einseitige Konzernverrechnungsklausel.

Wechselseitige Konzernverrechnungsklauseln unterscheiden sich von den einseitigen Konzernverrechnungsklauseln dadurch, dass auf beiden Seiten ein Konzernverhältnis besteht. In diesen Fällen ist der Dritte ebenfalls Konzerngesellschaft und die Konzernverrechnungsklausel sieht vor, dass beide Seiten befugt sind, die gegenseitig geltend gemachten Forderungen mit Gegenforderungen anderer Konzernglieder zu verrechnen. Diese wechselseitigen Konzernverrechnungsklauseln sind im Gegensatz zu den einseitigen Konzernverrechnungsklauseln nicht unausgewogen zulasten einer Seite. Es steht bei diesen wechselseitigen Konzernverrechnungsklauseln im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht fest, zugunsten welcher Seite sie sich im Konkurs einer der beteiligten Gesellschaften auswirken (weil noch nicht feststeht, über welche Partei der Konkurs eröffnet wird). Im Übrigen unterscheiden sich die wechselseitigen im Ergebnis aber nicht von den einseitigen Konzernverrechnungsklauseln.

2. Wirkung der Konzernverrechnungsklausel

Die Wirkung der Konzernverrechnungsklausel ist zweifach: es gibt einerseits eine Wirkung ausserhalb des Konkurses einer der Vertragsparteien und andererseits eine Wirkung nach dem Konkurs einer der beiden Vertragsparteien. Ausserhalb des Konkurses führt die Vereinbarung einer Konzernverrechnungsklausel vor allem dazu, dass unnötige Liquiditätsverschiebungen vermieden werden. Viel einschneidender ist die Wirkung der Konzernverrechnungsklausel, wenn über eine Gesellschaft der Konkurs eröffnet worden ist. Wenn die Konkursmasse dieser Gesellschaft als Gläubigerin Ansprüche gegenüber einer Konzerngesellschaft geltend macht, sollte diese gestützt auf die Konzernverrechnungsklausel in der Lage sein, den Anspruch der Konkursmasse nicht durch Zahlung zu tilgen, sondern dadurch, dass sie eine Forderung einer anderen Konzerngesellschaft (die eine Forderung gegenüber der konkursiten Gesellschaft hat) zur Verrechnung bringt. Die Konzernverrechnungsklausel führt in dieser Situation dazu, dass die als Folge des Konkurses des Schuldners wertlos gewordene Forderung der anderen Konzerngesellschaft werthaltig wird, weil sie das Potential hat, die belangte Konzerngesellschaft von der Zahlung des geschuldeten Betrages zu entlasten. Der Konzern als Ganzes erleidet (wenn die beiden Forderungen gleich hoch sind) somit trotz des Konkurses keinen Verlust. Der Konzernverrechnungsklausel kommt somit auch eine Besicherungsfunktion zu,⁶ vergleichbar mit der (Sicherungs-)Abtretung von zukünftigen Forderungen.

Auf den ersten Blick wirkt diese Klausel für den Konzern vorteilhaft und für die Gläubiger der konkursiten Gesellschaft nachteilig. Diese Sichtweise greift aber zu kurz. Die Konzernverrechnungsklausel bezweckt nicht eine Besserstellung des Konzerns, sondern sie bezweckt, dass eine Schlechterstellung, die als Folge der verschiedenen juristischen Personen beim Konzern entstehen würde, kompensiert wird. Die Konzernverrechnungsklausel behandelt die Forderungen zwischen Konzerngesellschaften und einem Dritten so, als ob dem Dritten kein Konzern

Teil, ein Studienbuch, 20. Aufl., München 2012, N 305; *Eckard Reh binder*, Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Berlin/Zürich 1969, N 317; *Corinne Zellweger-Gutknecht*, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 7. Teilband, 2. Unterteilband, Allgemeine Bestimmungen, Das Erlöschen der Obligation, Verrechnung, Art. 120–126 OR, Bern 2012, Art. 120 N 327.

³ *Aleïdus Gerard Bosman*, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Diss. Zürich 1984, 152; *Reh binder* (Fn. 2), 414 f.

⁴ *Karl-Heinz Gursky*, in: Julius von Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 362–396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung), Berlin 2011, Vorbemerkungen zu §§ 387 ff. N 94.

⁵ Urteil des BGH vom 13. Juli 2006, IX ZR 152/04; vgl. dazu ausführlich III.3.

⁶ *Klaus Peter Berger*, Der Aufrechnungsvertrag, Aufrechnung durch Vertrag, Vertrag über Aufrechnung, Tübingen 1996, 48 ff.; *Gursky* (Fn. 4), Vorbemerkungen zu §§ 387 ff. N 94 f.; *Reh binder* (Fn. 2), 415; *Arnold F. Rusch*, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich 2004, 8 ff.

gegenüberstehen würde, sondern eine einheitliche Gesellschaft. Wenn es keinen Konzern gäbe, sondern nur eine Gesellschaft, wäre die Verrechenbarkeit der Forderungen fraglos gegeben.

Im Ergebnis führt also die Konzernverrechnungsklausel im Konkurs einer beteiligten Gesellschaft dazu, dass der Nachteil der Konzernstruktur ausgeglichen wird. Sie führt zu einem Vorteil des berechtigten Konzerns bzw. zu einem Nachteil der übrigen Gläubiger der konkursiten Gesellschaft im Umfang des Geldbetrages, der als Folge der Konzernverrechnungsklausel nicht geleistet wird. Diese Wirkung der Konzernverrechnungsklausel im Konkurs einer Partei hat verschiedene Autoren dazu bewogen, sich auf den Standpunkt zu stellen, dass solche Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs unwirksam seien; diese Autoren haben sich dabei allerdings meistens auf einseitige Konzernverrechnungsklauseln bezogen.⁷

II. Die Rechtsnatur der Konzernverrechnungsklausel

1. Feststellung der Berechtigten und des Inhalts der Verpflichtungen

Konzernverrechnungsklauseln kommen in zwei Ausgestaltungsformen vor:⁸ Denkbar ist, dass sie das Recht einer anderen als der belangten Konzerngesellschaft vorsehen, ihre eigene Forderung zur Verrechnung zu bringen. Berechtig ist in diesem Fall die Konzerngesellschaft, die Gläubigerin des Dritten ist, welcher die andere Konzerngesellschaft belangt. In dieser Ausgestaltung der Konzernverrechnungsklausel wird das Recht, eine Forderung des Gläubigers durch Verrechnung zu tilgen, an andere Konzerngesellschaften abgetreten.

In einer anderen Ausgestaltung führt die Konzernverrechnungsklausel dazu, dass die belangte Konzerngesellschaft die Forderung einer anderen

Konzerngesellschaft zur Verrechnung bringen kann. Hier gibt es nur eine Person, die aus der Klausel berechtigt ist: die belangte Konzerngesellschaft. Die Konzernverrechnungsklausel ermächtigt in dieser Ausgestaltung die belangte Konzerngesellschaft, anstelle der Zahlung der geschuldeten Summe eine Forderung einer anderen Konzerngesellschaft gegenüber dem Gläubiger zur Verrechnung zu bringen. Diese Klausel bewirkt also, dass die belangte Konzerngesellschaft unter Durchbrechung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit eine andere als ihre eigene Forderung zur Verrechnung bringen kann. Grundsätzlich ist die Vereinbarung zulässig, welcher der belangten Konzerngesellschaft erlaubt, eine einer anderen Konzerngesellschaft zustehende Forderung trotz fehlender Gegenseitigkeit zu verrechnen: An die Stelle der Verrechnungserklärung tritt bei einer konsensualen Verrechnung «der übereinstimmende Wille der Beteiligten, eine koordinierte Tilgung der Forderungen im Drei- oder Mehrecksverhältnis zuzulassen».⁹

Die Feststellung, welche Partei aus der Konzernverrechnungsklausel berechtigt ist, ist für die rechtliche Einordnung solcher Klauseln von entscheidender Bedeutung: Wenn diejenige Konzerngesellschaft berechtigt ist, deren Forderung zur Verrechnung gebracht werden soll, dann liegt ein Vertrag zugunsten eines Dritten vor (der Konzerngesellschaft, deren Forderung zur Verrechnung gebracht wird), und es wäre die Frage zu beantworten, ob das Recht, die Forderung zur Verrechnung zu bringen, ein obligatorisches Recht ist, und wie sich dieses Recht im Konkurs des (Konzern-fremden) Gläubigers verhält. Bei der Konzernverrechnungsklausel, die der deutsche BGH als nicht konkursfest bezeichnet hat¹⁰ handelte es sich um eine Konzernverrechnungsklausel in der Form eines Vertrages zugunsten Dritter.¹¹

Ist demgegenüber die belangte Partei aus der Klausel berechtigt (und nicht die Partei, deren Forderung zur Verrechnung gebracht werden soll), liegt weder eine Abtretung vor noch ein Vertrag zugunsten eines Dritten. Vielmehr steht der belangten Partei ein

⁷ Vgl. dazu eingehend III.2; weiter *Bülow* (Fn. 2), N 1519a; *Ludwig Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 2003, N 19.29.

⁸ *Berger* (Fn. 6), 174, 305; vgl. auch *Gauch/Schlupe/Emmenegger* (Fn. 1), N 3259 sowie *Martin Schlüter*; in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241–432, 6. Aufl., München 2012, § 387 N 51.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2001 vom 6. September 2002, E. 2.2; *BK-Zellweger-Gutknecht* (Fn. 2), Art. 120 N 309; vgl. auch *Gauch/Schlupe/Emmenegger* (Fn. 1), N 3261.

¹⁰ Urteil des BGH vom 13. Juli 2006, IX ZR 152/04; vgl. auch III.3.

¹¹ Im Urteil (BGH vom 13. Juli 2006, IX ZR 152/04) M-AG, die befugt war, ihre eigenen Forderungen zur Verrechnung zu bringen.

vertraglich eingeräumtes Recht zu, die Forderung des Gläubigers statt durch Zahlung durch Verrechnung mit der Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zu erfüllen.

Im Folgenden soll diese Konzernverrechnungsklausel besprochen werden, welche der belangten Konzerngesellschaft das Recht einräumt, anstelle der geschuldeten Leistung Verrechnung mit einer Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zu erklären.

2. Konzernverrechnungsklausel als Alternativermächtigung

Die rechtliche Einordnung der Konzernverrechnungsklausel als Recht des belangten Schuldners ist uneinheitlich: Die Lehre in Deutschland bezeichnet zwar die Konzernverrechnungsklausel als Innominatvertrag,¹² nimmt aber in ihrer Qualifikation den Umstand auf, dass der belangte Schuldner eine Wahlmöglichkeit hat, auch eine Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zur Verrechnung zu bringen. Die Konzernverrechnungsklausel wird dabei in die Nähe zur Leistung an Erfüllung statt gerückt oder als atypischer Erfüllungsersetzungsvertrag bezeichnet.¹³ In der schweizerischen Literatur wird die Konzernverrechnungsklausel meistens als Innominatvertrag bezeichnet, ohne nähere Qualifizierung.¹⁴ Teilweise wird die Konzernverrechnungsklausel auch als ein Verrechnungsermächtigungsvertrag qualifiziert: «Stellen die Parteien vertraglich lediglich eine gewillkürte Gestaltungslage her bzw. legen sie deren Rahmenbedingungen abweichend von den dispositiven Regeln der Art. 120 OR ff. fest, sodass die Verrechnung anschliessend durch eine einseitige Erklärung ausgelöst werden kann, liegt ein Verrechnungsermächtigungsvertrag vor – unabhängig davon, ob mehr als eine Partei berechtigt wird oder nicht».¹⁵

Die Begriffe «Leistung an Erfüllung statt»¹⁶ oder «Erfüllungsersetzungsvertrag»¹⁷ oder «Verrechnungs-

ermächtigungsvertrag»¹⁸, wie sie in der Lehre verwendet werden, bringen alle zum Ausdruck, dass die berechnete Partei die «normale Erfüllung» (durch Bezahlung der geschuldeten Summe) durch eine andere Leistung ersetzen kann. Es liegt somit eine rechtsgeschäftliche Alternativermächtigung vor. Die Alternativermächtigung bewirkt, dass zwar grundsätzlich die vertraglich vereinbarte Leistung geschuldet ist, doch der Schuldner ermächtigt ist, statt der geschuldeten eine andere Leistung zu erbringen.¹⁹

Bei der Vereinbarung einer Alternativermächtigung sind die Parteien grundsätzlich frei, darüber zu entscheiden, welche Leistung anstelle der primär geschuldeten Hauptschuld erbracht werden darf. Die Leistungen müssen auch nicht zwingend gleichwertig sein.²⁰ Somit spricht grundsätzlich nichts dagegen, der belangten Partei das Recht als alternative Ermächtigung einzuräumen, die Schuld durch Verrechnung mit einer Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zu tilgen und zwar auch dann, wenn der Konkurs des Gläubigers dazu führt, dass die gewählte Ersatzleistung weniger wert ist. Die Alternativermächtigung soll die Position des Schuldners erleichtern, indem diesem das Recht eingeräumt wird, anstelle der vereinbarten Leistung eine andere Leistung zu erbringen. Das Wahlrecht im Sinne dieser Erleichterungsmöglichkeit liegt dabei allein beim Schuldner.²¹ Die Alternativermächtigung der belang-

¹⁸ BK-Zellweger-Gutknecht (Fn. 2), Art. 120 N 316.

¹⁹ Ersetzungsbefugnis, «*facultas alternativa*»; Bernhard Berger, Allgemeines Schuldrecht, Bern 2012, N 1220: «Bei alternativer Ermächtigung des Schuldners ist eine einzige Leistung (Hauptleistung) geschuldet, wobei der Schuldner berechtigt ist, sich durch das Erbringen einer anderen Leistung (Ersatzleistung) zu befreien»; Gauch/Schlupe/Emmenegger (Fn. 1), N 2268: «Die Gläubigerin kann den Schuldner ermächtigen, statt der geschuldeten eine andere Leistung als Erfüllungssurrogat zu erbringen»; Huguenin (Fn. 1), N 679: «Der Schuldner darf an Erfüllung statt die geschuldete Hauptleistung durch eine andere Leistung ersetzen».

²⁰ Berger (Fn. 19), N 1208; Rolf H. Weber, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 68–96, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 72 N 11.

²¹ Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, 300; hierbei hat der wahlberechtigte Schuldner auf die Interessen des Gläubigers keine Rücksicht zu nehmen; Andreas von Tuhr/Hans Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, Nachdruck 1984, 77 f.

¹² Joachim Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate: So wie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 2. Aufl., Tübingen 1994, 327 f.; BK-Zellweger-Gutknecht (Fn. 2), Art. 120 N 301 f.

¹³ MünchKomm-Schlüter (Fn. 8), § 387 N 51: «schuldrechtliches Verfügungsgeschäft eigener Art»; BK-Zellweger-Gutknecht (Fn. 2), Art. 120 N 316.

¹⁴ BK-Zellweger-Gutknecht (Fn. 2), Art. 120 N 315.

¹⁵ BK-Zellweger-Gutknecht (Fn. 2), Art. 120 N 316.

¹⁶ BK-Zellweger-Gutknecht (Fn. 2), Art. 120 N 315.

¹⁷ Vgl. MünchKomm-Schlüter (Fn. 8), § 387 N 51.

ten Konzerngesellschaft führt dazu, dass diese das Recht hat, wahlweise die geltend gemachte Forderung zu erfüllen oder ersatzweise eine Forderung, die ihr oder einer anderen Konzerngesellschaft zusteht, zur Verrechnung zu bringen.

3. Die Alternativermächtigung als Recht des Schuldners und Last des Gläubigers

Die Konzernverrechnungsklausel als Alternativermächtigung der belangten Konzerngesellschaft ist ein vereinbartes (Gestaltungs-)Recht des Schuldners: Der Schuldner kann nach seiner Wahl entweder die Schuld begleichen oder durch Verrechnung mit einer Forderung eines anderen Konzernglieds tilgen. Jedes Recht des Schuldners führt reziprok zu einer analogen Last des Gläubigers: «Der Verpflichtung des Schuldners entspricht ein Recht des Gläubigers, die geschuldete Leistung zu verlangen».²² Jedes «Plus» beim Schuldner führt zu einem entsprechenden «Minus» beim Gläubiger. Das bedeutet, dass die Vereinbarung der Alternativermächtigung des Schuldners unmittelbar (und im Zeitpunkt seiner Vereinbarung) zu einer Einschränkung im Anspruch des Gläubigers führt. Der Inhalt der Forderung des Gläubigers wird durch das Recht des Schuldners, seine Schuld durch Verrechnung einer Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zu tilgen, beschränkt. Wenn die Konzernverrechnungsklausel im Zeitpunkt des Entstehens der Forderung des Gläubigers bereits vereinbart war, ist die Forderung des Gläubigers von Anfang als beschränkter Anspruch entstanden.

4. Die Konzernverrechnungsklausel als Verfügung oder Verpflichtung?

In der deutschen Lehre wird vertreten,²³ dass bereits mit dem Einräumungsvertrag über die Forderung verfügt wird, denn mit der Einräumung des Verrechnungsrechts werden die zu verrechnenden Forderungen bereits mit dem Verrechnungsrecht belastet. Ob mit der Vereinbarung der Konzernverrechnungsklausel über die Forderung verfügt wurde, spielt allerdings weniger eine Rolle. Entscheidend ist, dass der Anspruch des Gläubigers von Anfang an durch das Recht des Schuldners beschränkt ist, auch

eine Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zur Verrechnung zu bringen.

Die Parteien mögen mit der Einräumung der Alternativermächtigung zwar noch nicht über die potentiell betroffenen Forderungen verfügen, «veranlassen aber nicht desto weniger eine Veränderung im Bestand der subjektiven Rechte wenigstens einer der Parteien, was die Verrechnungsermächtigung doch zu einem Verfügungsgeschäft macht».²⁴ Mit der Vereinbarung der Konzernverrechnungsklausel verfügen die Parteien über ihre Ansprüche, indem sie der Gegenpartei die alternative Ermächtigung einräumen, geltend gemachte Ansprüche durch Verrechnung mit einer Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zu tilgen.

Das Recht des belangten Schuldners, durch Erklärung den Inhalt seiner Schuld zu verändern (Verrechnung mit einer Forderung einer Konzerngesellschaft statt Tilgung), ist kein obligatorisches Recht des Schuldners, sondern kommt inhaltlich einem Gestaltungsrecht gleich. Allein durch die Erklärung, die Ersatzleistung zu wählen, übt der Schuldner zwar noch kein Gestaltungsrecht aus, das den Inhalt seiner Pflicht verändert,²⁵ denn der erklärende Schuldner ist erst dann an seine Wahlerklärung gebunden, wenn er geleistet hat. Der Anspruch des Gläubigers auf die Hauptleistung geht erst unter, wenn der Schuldner die Ersatzleistung gehörig erbracht oder angeboten hat. Es genügt also nicht die Verbaloblation, sondern nur die Realoblation. Somit «[...] kann der alternativ ermächtigte Schuldner diesen Wechsel nur durch tatsächliches Anbieten des alternativ Geschuldeten (nicht aber durch verbale Erklärung) bewirken».²⁶ Der alternativ ermächtigte Schuldner soll dem Gläubiger den Anspruch auf die Hauptleistung nur entziehen können, wenn er die Ersatzleistung wirklich erbringt (und nicht nur verspricht). Bei der in der Konzernverrechnungsklausel liegenden Alternativermächtigung wird das Wahlrecht durch eine Verrechnungserklärung der belangten Konzerngesellschaft ausgeübt. Die Verrechnungserklärung ist eine Realoblation und führt als Gestaltungsrecht unmittelbar dazu, dass sowohl die Hauptforderung wie auch die

²² Von Tuhr/Peter (Fn. 21), 15.

²³ Berger (Fn. 6), 166.

²⁴ BK-Zellweger-Gutknecht (Fn. 2), Art. 120 N 316.

²⁵ Berger (Fn. 19), N 1224.

²⁶ Hans Merz, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, Band VI/1, Basel 1984, 140.

Ersatzforderung untergehen.²⁷ Das bedeutet, dass bei der Alternativermächtigung die Wahlerklärung dann ein Gestaltungsrecht ist, wenn sie zugleich eine Realoblation ist, also insbesondere wenn sie durch Abgabe der Verrechnungserklärung erfolgt.²⁸ Macht der Schuldner von seiner Alternativermächtigung Gebrauch, so finden die Vorschriften über die Wahlobligation insofern Anwendung, als es bei der vom Berechtigten getroffenen Wahl sein Bewenden hat.²⁹ Das Wahlrecht des (alternativ) berechtigten Schuldners besteht auch im Konkurs des Gläubigers.³⁰

5. Verfügungsmacht über die zu verrechnende Forderung

Voraussetzung dafür, dass der belangte Schuldner die Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zur Verrechnung bringen kann, ist, dass er befugt ist, über die Forderung der anderen Konzerngesellschaft zu verfügen.³¹ Diese Verfügungsmacht kann der belangten Konzerngesellschaft auch vertraglich eingeräumt werden. Im Konzern kann die Muttergesellschaft im Rahmen ihrer einheitlichen Leitung die Zustimmung der Konzerngesellschaft erwirken, deren Forderung zur Verrechnung gebracht wird. Die Verfügungsmacht über die Forderung der anderen Konzerngesellschaft wird der belangten Konzerngesellschaft erteilt, weil durch die Erteilung der Verfügungsmacht ihre eigene Forderung gegenüber dem konkursiten Dritten wieder werthaltig wird.³² Konzernintern führt das in der Regel zu einer Ersatzpflicht des Konzernunternehmens, dessen (im Konkurs wertlose) Forderung durch die belangte Konzerngesellschaft zur Verrechnung gebracht wird. Die belangte Konzerngesellschaft leistet dann statt an den Dritten an die andere Konzerngesellschaft, deren Forderung sie zur Verrechnung bringt. Die andere Konzerngesellschaft muss aber im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung verfügbars befugt sein. Das wäre beispielsweise dann nicht mehr der Fall, wenn auch über die andere Konzerngesellschaft der Konkurs eröffnet worden

wäre. Nach der Durchgangstheorie entsteht die zur Verrechnung gebrachte Forderung bei der anderen Konzerngesellschaft und kann durch die belangte Konzerngesellschaft nur zur Verrechnung gebracht werden, wenn die andere Konzerngesellschaft darüber verfügen kann.³³

III. Die Konzernverrechnungsklausel im Konkurs der Gesellschaft, die eine Konzerngesellschaft mit ihrer Forderung belangt

1. Grundlagen

Zulässigkeit und Wirkung der Konzernverrechnungsklauseln werden in Lehre und Rechtsprechung ausserhalb des Konkurses nicht infrage gestellt und weitgehend einheitlich beurteilt.³⁴ Ihre praktische Bedeutung hat die Konzernverrechnungsklausel aber vor allem im Konkurs. Die Vereinbarung der Konzernverrechnungsklausel soll sicherstellen, dass im Konkurs einer Gesellschaft, die als Gläubigerin Ansprüche gegenüber einer Konzerngesellschaft erhebt, die belangte Konzerngesellschaft Forderungen anderer Konzerngesellschaften zur Verrechnung bringen kann. Die Konzernverrechnungsklausel führt in dieser Situation dazu, dass die (ohne Abschluss einer solchen Klausel) als Folge des Konkurses des Schuldners wertlos gewordene Forderung der anderen Konzerngesellschaft werthaltig bleibt, weil sie das Potential hat, die belangte Konzerngesellschaft von der Zahlung des geschuldeten Betrages zu entlasten. Der Konzern als Ganzes erleidet (wenn die beiden Forderungen gleich hoch sind) somit als Folge des Konkurses keinen Verlust. Die Konzernverrechnungsklausel führt dazu, dass die Nachteile der Konzernorganisation ausgeglichen und der Konzern als Einheit behandelt wird: «Auch aus tatsächlichen Überlegungen ist nicht einzusehen, wieso die Konkursmasse zulasten des Konzerns einen Vorteil erlangen sollte, den sie nicht erlangen könnte, wenn der Konzern seiner wirt-

²⁷ Schwenzler (Fn. 1), N 78.01.

²⁸ Merz (Fn. 26), 140.

²⁹ Theo Guhl/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, Mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000, § 8 N 14.

³⁰ Vgl. dazu Robert Lauko, Art. 152 Abs. 3 OR und die aufschiebend bedingte Abtretung, Diss. Zürich 2011, 98.

³¹ Bosman (Fn. 3), 153; Gernhuber (Fn. 12), 331.

³² Vgl. dazu III.1.

³³ BK-Zellweger-Gutknecht (Fn. 2), Art. 120 N 305.

³⁴ Vgl. dazu das Urteil A-1662/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Januar 2009, E. 3.3.3; Helmut Brandes, in: Hans-Peter Kirchhof/Hans-Jürgen Lwowski/Rolf Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1, §§ 1–102 InsO, InsVV, 2. Aufl., München 2007, § 94 N 38; Gauch/Schlupe/Emmenegger (Fn. 1), N 3261; Häsemeyer (Fn. 7), N 19.29.

schaftlichen Einheit entsprechend auch eine juristische Einheit wäre».³⁵

2. Benachteiligung von Gläubigerinteressen?

Es stellt sich die Frage, ob Konzernverrechnungsklauseln im beschriebenen Sinn auch im Konkurs wirksam bleiben. In der schweizerischen Literatur³⁶ wird die Wirksamkeit von Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs teilweise mit der Begründung abgelehnt, dass darin eine Benachteiligung der Gläubiger des Konkursiten liege. Diese allgemeine Begründung wird der Fragestellung nicht gerecht. Zum einen erwähnt *Zellweger-Gutknecht* eine einseitige Konzernverrechnungsklausel,³⁷ bei der die Bevorzugung des Konzerns sich aus der «ökonomischen Machtposition des Konzerns»³⁸ ergäbe. Auf die wechselseitige Konzernverrechnungsklausel lassen sich diese ergebnisbezogenen Überlegungen jedenfalls nicht anwenden. Die wechselseitige Konzernverrechnungsklausel ist gerade nicht mit dem Makel behaftet, dass sie einer schwachen durch eine starke Partei abgerungen wurde und dass von Anfang an feststand, zulasten welcher Gläubiger sie sich im Konkursfall auswirken würde.

Weiter sprechen *Gauch/Aepli* ausdrücklich von einer Verrechnungsklausel, welche «dem Konkursgläubiger die Verrechnung erleichtert»,³⁹ also von einer Konzernverrechnungsklausel in der Ausgestaltung, die den Gläubiger des Konkursiten berechtigt,⁴⁰ nicht von einer Klausel, durch welche dem Schuldner die alternative Ermächtigung eingeräumt wird, die Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zur Verrechnung zu bringen. Bei der alternativen Ermächtigung liegt kein Vertrag zugunsten eines Dritten vor, der dazu führen kann, dass die Konzernverrechnungsklausel möglicherweise nicht konkursfest

ist.⁴¹ Die Literaturstelle in *Gauch/Aepli* ist für die Konzernverrechnungsklausel als Alternativermächtigung der belangten Konzerngesellschaft somit nicht einschlägig.

Dazu kommt, dass diese Sichtweise übersieht, dass Konzernverrechnungsklauseln nicht die Privilegierung des Konzerns bezwecken, sondern die Konkursmasse nicht zu privilegieren, indem die Masse nicht besser gestellt werden soll, als wenn sie anstelle von Konzerngesellschaften mit einer einheitlichen Gesellschaft Verträge geschlossen hätte.⁴² Schliesslich gibt es auch andere Vereinbarungen, beispielsweise Verpfändungen von bestimmten Aktiven oder die Sicherungszession von Forderungen, die dazu führen, dass im Konkurs bestimmte Gläubiger privilegiert werden, die Rechte aus diesen Vereinbarungen und Verfügungen beanspruchen können. Vereinbarungen und Verfügungen zugunsten einzelner Gläubiger können also nicht allein mit der Begründung verworfen werden, dass sie zu Benachteiligungen anderer Gläubiger führen, denn dann wären alle Gläubigerprivilegien wirkungslos, also auch Verpfändungen von bestimmten Aktiven und Sicherungszessionen. Das ist offensichtlich falsch. So ist es völlig unbestritten, dass ein Schuldner zukünftige Forderungen sicherheitshalber abtreten kann.⁴³ Nur wenn die Forderung erst nach der Konkurseröffnung entsteht, ist die Abtretung nicht mehr wirksam.⁴⁴

Die Konzernverrechnungsklausel wirkt gegenüber den Gläubigern des belangenden Dritten und Verrechnungsgegners also wie ein Pfandrecht, indem der entsprechende Vermögenswert, d.h. die Forderung des Verrechnungsgegners, dem Zugriff ihrer Gläubiger zugunsten der Schuldnerin bzw. des Konzerns entzogen wird, worin die bereits erwähnte Sicherungsfunktion der Konzernverrechnungsklausel zum Ausdruck kommt.⁴⁵ Dazu kommt, dass die Kritik sich vor allem auf einseitige Konzernverrechnungsklauseln bezieht, bei denen tatsächlich einer Seite zulasten der anderen Seite ein Vorteil eingeräumt wird.⁴⁶ Es steht in der einseitigen Konzernverrechnungsklausel von Anfang an fest, dass sie sich zugunsten der berechtigten Konzerngesellschaften

³⁵ *Lukas Handschin*, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Habil. Basel 1993, Zürich 1994, 277.

³⁶ Insbesondere *Peter Gauch/Viktor Aepli*, in: Wilhelm Schönberger/Peter Gauch, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/1h/1, Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114–126 OR, 3. Aufl., Zürich 1991, Art. 123 N 12 und BK-*Zellweger-Gutknecht* (Fn. 2), Art. 120 N 328; vgl. zudem *Bosman* (Fn. 3), 148 ff.

³⁷ Vgl. dazu I.1.

³⁸ BK-*Zellweger-Gutknecht* (Fn. 2), Art. 120 N 328.

³⁹ ZK-*Gauch/Aepli* (Fn. 36), Art. 123 N 11 f.

⁴⁰ Vgl. dazu II.1; weiter *Berger* (Fn. 6), 305 f.

⁴¹ Vgl. dazu II.1.

⁴² Vgl. dazu I.2.

⁴³ *Schwenzer* (Fn. 1), N 90.27 ff.

⁴⁴ Durchgangstheorie; vgl. *Huguenin* (Fn. 1), N 1373.

⁴⁵ Vgl. dazu I.2.

⁴⁶ Vgl. dazu III.2

auswirkt. Auch die Konzernverrechnungsklausel, die der deutsche BGH als nicht konkursfest bezeichnet hat,⁴⁷ war eine einseitige Konzernverrechnungsklausel. Eine ganz andere Situation liegt aber bei wechselseitigen Konzernverrechnungsklauseln vor. Hier ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht absehbar, zugunsten oder zulasten welcher Seite sich die Klausel auswirken würde. Somit kann auch nicht unterstellt werden, dass sich die Klausel gegen die Interessen der Gläubiger einer bestimmten Partei richtet (wie das bei der einseitigen Klausel der Fall ist), denn zu welchen Lasten oder Gunsten sich die Klausel auswirkt, steht erst fest, wenn über eine der auf beiden Seiten beteiligten Konzerngesellschaften der Konkurs eröffnet worden ist. Die Frage, ob Konzernverrechnungsklauseln im Konkurs wirken, kann daher nicht mit ihrer potentiell negativen Wirkung auf einzelne Konkursgläubiger beantwortet werden.

3. Gesetzliche Grundlagen: Art. 123 OR und Art. 213 SchKG

Gestützt auf Art. 123 OR gilt im Konkurs des Schuldners, dass die Gläubiger ihre Forderungen, auch wenn sie nicht fällig sind, mit Forderungen, die dem Gemeinschuldner ihnen gegenüber zustehen, verrechnen können. Für die Frage, ob die Verrechnung in gewissen Fällen ausgeschlossen oder anfechtbar ist, verweist das OR auf das SchKG. Gemäss Art. 213 Abs. 1 SchKG kann ein Gläubiger seine Forderung mit einer Forderung verrechnen, welche dem Schuldner ihm gegenüber zusteht. Grundsätzlich ist also die Tilgung einer Forderung des Konkursiten durch Verrechnung zulässig, obwohl die Hauptforderung nicht mehr werthaltig ist.⁴⁸ Um den Missbrauch dieser Möglichkeit zu verhindern und sicherzustellen, dass diese Verrechnungssituation nicht nach dem Konkurs geschaffen wird, «[...] nennen die Abs. 2, 3 und 4 von Art. 213 diejenigen Tatbestände, die eine Verrechnung verbieten».⁴⁹ Gemäss Art. 213 Abs. 2 SchKG ist die Verrechnung ausgeschlossen, wenn ein Schuldner oder wenn ein Gläubiger des Schuld-

ners erst nach der Konkurseröffnung Schuldner desselben oder der Konkursmasse wird.⁵⁰

Nach dem Wortlaut von Art. 213 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG wäre die Verrechnung also dann ausgeschlossen, wenn (beim Fehlen einer Konzernverrechnungsklausel) die Konzerngesellschaft, die einen Anspruch gegenüber dem Konkursiten hat, diesen Anspruch an die belangte Konzerngesellschaft nach der Konkurseröffnung zedieren würde. Diese Konstellation liegt bei der Alternativermächtigung gerade nicht vor, denn die Voraussetzungen dafür, dass die belangte Konzerngesellschaft ihre Forderung durch Verrechnungserklärung tilgen kann, sind nicht nach dem Konkurs geschaffen worden. Vielmehr haben die Voraussetzungen für die Möglichkeit, zu verrechnen, mit der Vereinbarung der Konzernverrechnungsklausel als Alternativermächtigung *von Anfang an* bestanden. Die Situation ist somit vergleichbar mit einer bedingten Forderung der belangten Gesellschaft gegen ihre Gläubigerin, bei der es auch nicht auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts ankommt, sondern auf denjenigen der Vereinbarung.⁵¹ Der Grundsatz (nur der Schuldner, der vor der Konkurseröffnung Schuldner des Gläubigers war, kann verrechnen) gilt nämlich nicht uneingeschränkt. Wenn «der Rechtsgrund der Obligation in Tatsachen liegt, die vor der Konkurseröffnung entstanden sind»⁵², kann im Konkurs auch verrechnet werden, wenn die Forderung nach der Konkurseröffnung entstanden ist: «Es handelt sich demnach um einen Anwendungsfall des Grundsatzes, wonach die Verrechnung auch dann zulässig ist, wenn die Forderung vor der Konkurseröffnung zumindest als suspensiv-bedingte bestanden hat».⁵³ So ist es anerkannt, dass der Schuldner verrechnen kann, der durch Erfüllung einer vor dem Konkurs bestandenen Eventualverpflichtung nach dem Konkurs in die Gläubigerstellung subrogiert und sein Rückgriffsrecht ausübt.⁵⁴

Beeinflusst ist die Kontroverse durch die deutsche Diskussion, die gegenüber Konzernverrechnungs-

⁴⁷ Urteil des BGH vom 13. Juli 2006, IX ZR 152/04; vgl. dazu III.3.

⁴⁸ Vgl. dazu I.2.

⁴⁹ Christoph Stäubli, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 213 N 2.

⁵⁰ Kurt Amonn/Fridolin Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008, § 40 N 46 ff.; BSK-Stäubli (Fn. 49), Art. 213 N 18 f.

⁵¹ BSK-Stäubli (Fn. 49), Art. 213 N 18.

⁵² BSK-Stäubli (Fn. 49), Art. 213 N 19 ff.; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band II, Art. 159–292, 4. Aufl., Zürich 1997/99, Art. 213 N 26.

⁵³ BSK-Stäubli (Fn. 49), Art. 213 N 21.

⁵⁴ Amonn/Walther (Fn. 50), § 40 N 48.

klauseln immer kritisch eingestellt war. Sie wurden unter der alten KO durch höchstrichterliche Rechtsprechung als nicht konkursfest beurteilt.⁵⁵ Gemäss (altem) § 55 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 KO (ähnlich § 96 InsO und Art. 213 SchKG) ist die Verrechnung im Konkurs unzulässig, wenn die zu verrechnende Forderung durch den Schuldner erst nach dem Konkurs erworben wurde. Bei der Konzernverrechnungsklausel wird die Forderung zwar nicht nach dem Konkurs erworben, sie schafft jedoch die gleiche Möglichkeit, weil zunächst nicht feststeht, welche der berechtigten Konzerngesellschaften von der Verrechnungsmöglichkeit Gebrauch mache; dies stünde erst im Zeitpunkt der Verrechnung fest.⁵⁶ Aus diesem Grund müsse sich die zur Verrechnung befugte Konzerngesellschaft so behandeln lassen, wie wenn sie die Forderung erst im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung erworben hätte. In der Schweiz wird diese Begründung, soweit darauf eingegangen wird, abgelehnt.⁵⁷

Trotz des Wortlauts des (zwischenzeitlich eingeführten) § 94 InsO, der darauf schliessen lässt, dass auch Vereinbarungen, die eine Verrechnung zulassen, geschützt werden, hat der BGH an der Praxis unter der alten KO festgehalten und erklärt, dass bei einer vorbestandenem Konzernverrechnungsklausel nicht von einer Gegenseitigkeit ausgegangen wird, «solange die Aufrechnung nicht erklärt worden ist».⁵⁸ Bei der Konzernverrechnungsklausel, die der deutsche BGH als nicht konkursfest bezeichnet hat, handelte es sich allerdings nicht um eine Konzernverrechnungsklausel, die dem belangten Schuldner eine Alternativermächtigung einräumte, den geltend gemachten Anspruch durch Verrechnung mit einer Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zu tilgen. Aus dem Sachverhalt ergibt sich vielmehr, dass die berechnete Konzerngesellschaft diejenige Konzerngesellschaft war (im Fall M-AG), die ihre eigene For-

derung zur Verrechnung brachte.⁵⁹ Der Anspruch der konkursiten Gesellschaft (im Fall V GmbH) bestand aber gegenüber einer anderen Konzerngesellschaft (Beklagte). Daher traf auf den beurteilten Sachverhalt die Aussage zu, dass erst nach dem Konkurs feststände, welche Konzerngesellschaft «von der Verrechnungsmöglichkeit Gebrauch mache».⁶⁰ Auf die Alternativermächtigung lässt sich diese Begründung nicht anwenden; hier steht fest, dass die belangte Gesellschaft Verrechnung erklärt.

Dieses deutsche Urteil ist für die Rechtslage in der Schweiz auch aus anderen Gründen nicht einschlägig. Es begründet die Unzulässigkeit der Verrechnung mit dem Zweck von §§ 94–96 InsO, der auch dahin gehe, die Konkursmasse möglichst im Interesse der Gläubiger zusammenzuhalten.⁶¹ Natürlich gibt es den Grundsatz, dass die Konkursmasse im Interesse der Gläubiger zusammengehalten werden muss. Der BGH hat diesen Grundsatz aber auch als Massstab genommen, um die Frage zu beantworten, ob ein bestimmter Vermögenswert der Masse mit der Verrechnungseinrede des berechtigten Schuldners belastet war. Es hat somit aus dem Grundsatz, «die Masse im Interesse der Gläubigergleichbehandlung zusammenzuhalten», eine Vorschrift abgeleitet, um darüber zu entscheiden, ob ein bestimmter Vermögenswert belastet ist und der Masse nicht zur Verfügung steht. Im Ergebnis hat das Gericht festgehalten, dass im Zweifel ein Vermögenswert in die Masse fällt. Ob das nach deutschem Recht richtig ist, muss hier nicht beantwortet werden: sicher wird dieser Grundsatz im schweizerischen Recht nicht beigezogen, wenn es um die Frage geht, ob ein bestimmter Vermögenswert der Masse zusteht oder frei von Rechten Dritter ist. Es gibt im schweizerischen Recht keinen Grundsatz, dass im Zweifel Vermögenswerte zur Masse zu zählen sind. Obwohl es im Interesse der Konkursmasse und somit der Konkursgläubiger läge, Ansprüche Dritter an Vermögenswerten der Masse möglichst abzuwehren, ist die Konkursverwaltung

⁵⁵ Urteil des BGH vom 3. Juni 1981, VIII ZR 171/80; *Harald Hess*, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl., München 1995, § 55 N 1.

⁵⁶ *MünchKomm-Brandes* (Fn. 34), § 94 N 39, 96 N 4.

⁵⁷ *Uwe H. Schneider*, Der Einfluss der Konzernlage auf die Vertragsgestaltung, in: Jean Nicolas Druey (Hrsg.), *Das St. Galler Konzernrechtsgespräch*, Bern/Stuttgart 1988, 181: «überzeugt in keiner Weise».

⁵⁸ Urteil des BGH vom 13. Juli 2006, IX ZR 152/04; *MünchKomm-Brandes* (Fn. 34), § 94 N 39: «Das aufrechnende Konzernmitglied müsse sich so behandeln lassen, als habe es die zur Aufrechnung gestellte Forderung im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung und damit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben».

⁵⁹ Urteil des BGH vom 13. Juli 2006, IX ZR 152/04, Ziff. 7 ff.

⁶⁰ *Berger* (Fn. 6), 174 f., 307.

⁶¹ «[...] widerspricht einem erklärten Ziel der Insolvenzordnung, die Masse im Interesse der Gläubigergleichbehandlung zusammenzuhalten»: Urteil des BGH vom 13. Juli 2006, IX ZR 152/04, Ziff. 12.

verpflichtet, die Ansprüche neutral wie ein Gericht zu prüfen.⁶²

Die Grenze im schweizerischen Recht ist gemäss konstanter Lehre und Rechtsprechung immer nur der Missbrauch,⁶³ der darin erkannt wird, wenn eine Forderung nach oder kurz vor dem Konkurs an einen Konkursschuldner abgetreten wird, damit dieser die abgetretene Forderung anstelle der Bezahlung zur Verrechnung bringen kann und somit seine ehemals wertlose Verrechnungsforderung werthaltig machen kann.⁶⁴ «Entscheidend für den Ausschluss der Verrechnung ist einzig, ob die Gegenforderung erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist oder der Erwerb einer Forderung [...] erst nach diesem Zeitpunkt erfolgte».⁶⁵ Auch das Bundesgericht stützt diese Auffassung in BGE 107 III 144: «Das Verrechnungsverbot von Art. 213 SchKG will nämlich lediglich verhindern, dass sich ein Gläubiger des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung durch neu erworbene Verrechnungsmöglichkeiten Deckung verschafft» und in BGE 137 II 150: «Art. 213 SchKG muss aber seiner ratio legis entsprechend ausgelegt werden: dessen Absatz 1 erklärt die Verrechnung grundsätzlich als zulässig. Das Verrechnungsverbot von Abs. 2 will lediglich verhindern, dass sich ein Gläubiger des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung durch neu erworbene Verrechnungsmöglichkeiten Deckung verschafft». «Art. 213 will alleine Missbrauchstatbestände bei der Kompensation verhindern».⁶⁶ Ein solcher Missbrauch liegt dann vor, wenn der Schuldner des Konkursiten erst nach der Konkurseröffnung sein Gläubiger wird und die Voraussetzungen dafür nicht schon vor Konkurs geschaffen worden sind. Entscheidend für die Zulässigkeit solcher Privilegierung einzelner Gläubiger ist, dass die Verfügungen über die betroffenen Werte nicht nach oder in rechtsmissbräuchlicher Weise unmit-

telbar vor dem Konkurs stattfinden. Dabei kommt es darauf an, dass vor den durch die paulianischen Vorschriften genannten Fristen über die Vermögenswerte verfügt wird.⁶⁷

Der Gleichbehandlungsgrundsatz der Gläubiger spielt also immer nur soweit, wie sich Gläubiger in der gleichen Situation befinden. Gläubiger, die sich ihre Forderungen gegenüber dem konkursiten Schuldner vor dem Konkurs haben sichern lassen, müssen nicht gleich behandelt werden, wie Gläubiger, die über diese Sicherheiten nicht verfügen. Massgebend ist also nicht der Grundsatz der Gleichbehandlung unter den Gläubigern, sondern die Frage, ob die Sicherheit (wie auch immer diese ausgestaltet sein mag) gültig bestellt worden ist. Bei einer Konzernverrechnungsklausel als Alternativermächtigung, die vor dem Konkurs eingeräumt wird, ist dies der Fall, wenn die Einräumung der Konzernverrechnungsklausel nicht paulianisch anfechtbar ist.

4. Alternativermächtigung des Schuldners führt von Anfang an zu einem eingeschränkten Anspruch des Gläubigers

Es wurde aufgezeigt, dass die Alternativermächtigung auf Verrechnung durch die belangte Konzerngesellschaft ein durch die Konzernverrechnungsklausel vereinbartes Gestaltungsrecht des Schuldners ist und dass weiter jedes Recht des Schuldners reziprok eine analoge Pflicht oder Last des Gläubigers bewirkt.⁶⁸ Mit der Vereinbarung der Konzernverrechnungsklausel verfügt der Gläubiger über seine Forderung dergestalt, dass er dem Schuldner das Recht einräumt, die Forderung auch durch Verrechnung mit einer Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zu erfüllen. Der Inhalt der Forderung des Gläubigers wird durch das Recht des Schuldners, seine Pflicht durch eine andere Konzerngesellschaft erfüllen zu lassen, beschränkt. Die Konzernverrechnungsklausel

⁶² Vgl. zum Ganzen: *Dominik Milani*, Die Behandlung der konkursrechtlichen Kollokationsklage im vereinfachten Verfahren, Diss. Bern 2010, Zürich/St. Gallen 2011, 72 ff.

⁶³ *Amonn/Walther* (Fn. 50), § 40 N 46; *Henry Peter*, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), *Kurzkommentar SchKG*, Basel 2009, Art. 213 N 3; *Vincent Jeanneret*, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jandin (Hrsg.), *Commentaire Romand, Poursuite et faillite*, Basel 2005, Art. 213 N 3; *BSK-Stäubli* (Fn. 49), Art. 213 N 2.

⁶⁴ *Jolanta Kren Kostkiewicz*, *Schuldbeitrags- und Konkursrecht*, Zürich 2012, N 1222; *BSK-Stäubli* (Fn. 49), Art. 213 N 19.

⁶⁵ *Amonn/Walther* (Fn. 50), § 40 N 52.

⁶⁶ *BSK-Stäubli* (Fn. 49), Art. 213 N 21.

⁶⁷ Art. 287 SchKG, Überschuldungsanfechtung 1 Jahr; Art. 288 SchKG, Absichtsanfechtung 5 Jahre; vgl. auch *Hans Reiser*, Die paulianische Anfechtung im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichts, SJZ 108 (2012), 102 ff.; *Adrian Staehelin*, in: *Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin* (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 285 N 1, 11 ff., 288 N 8 ff., 16; *Dieter Zobl*, Fragen zur paulianischen Anfechtung, SJZ 96 (2000), 26 ff.

⁶⁸ Vgl. dazu II.3.

führt also im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung zu einer Einschränkung der Forderung des Gläubigers. Diese Wirkung auf der Aktivenseite des Gläubigers besteht bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung der Alternativermächtigung zugunsten des Schuldners.

Diese Schlussfolgerung ist für die Frage des Verhaltens der Konzernverrechnungsklausel im Konkurs des Gläubigers von entscheidender Bedeutung, denn der Konkurs verändert den Anspruch des konkursiten Gläubigers nicht. Der (nunmehr konkursite) Gläubiger *hatte nie den Anspruch darauf*, dass seine Forderung gegenüber einer Konzerngesellschaft durch die belangte Konzerngesellschaft durch Zahlung oder durch Verrechnung einer eigenen Forderung getilgt wird. Der Anspruch des Gläubigers war von Anfang an durch das Recht der belangten Konzerngesellschaft eingeschränkt, statt einer eigenen auch eine Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zur Verrechnung zu bringen. Diese Einschränkung des Rechts des Gläubigers (nach dem Konkurs das Recht der Konkursmasse) müssen sich dieser und damit auch die Gläubiger der konkursiten Gesellschaft gefallen lassen. Es ist nicht einzusehen, warum die betroffenen Gläubiger *nach* Konkurseröffnung besser gestellt werden sollen als der Gläubiger vor der Konkurseröffnung. Die Konzernverrechnungsklausel zu ignorieren, würde bedeuten, dass sich der Anspruch des Gläubigers (nach Konkurs der Gesellschaft) gegenüber der Situation vor dem Konkurs verbessern würde, denn er wäre nicht mehr durch das Recht des Schuldners eingeschränkt, den Anspruch durch Verrechnung mit dem Anspruch einer anderen Konzerngesellschaft zu tilgen.

Wird die Konzernverrechnungsklausel vor dem Beginn der konkursrechtlichen Verdachtsfristen abgeschlossen,⁶⁹ stützt die von der Konkursmasse belangte Konzerngesellschaft ihr Recht, eine Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zur Verrechnung zu bringen, nicht auf einen Umstand, der erst nach Konkurseröffnung eingetreten ist. Konzernverrechnungsklauseln, die der belangten Konzerngesellschaft die Alternativermächtigung einräumen, sind also im Konkurs nur dann unbeachtlich, wenn die Beschränkung des Anspruchs des Gläubigers erst nach Entstehen der Forderung vereinbart wurde und auch dann nur, wenn der Vorgang paulianisch anfechtbar

ist oder erst nach Konkurseröffnung stattgefunden hat.

Der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung der Konzernverrechnungsklausel kommt also grosse Bedeutung zu. Ihr Bestand im Konkurs wird gestärkt, wenn die Klausel als Alternativermächtigung der belangten Konzerngesellschaft formuliert wird. Wird demgegenüber der konzernseitigen Gläubigerin das Recht eingeräumt, die Verrechnung zu erklären,⁷⁰ lässt sich diese dogmatische Legitimation der Konzernverrechnungsklausel im Konkurs nicht anwenden.

5. Andere Fälle von Alternativermächtigung des Schuldners im Konkurs des Gläubigers

Art. 84 Abs. 2 OR räumt dem Schuldner einer auf ausländische Währung lautenden und in der Schweiz erfüllbaren Schuld die gesetzliche Alternativermächtigung⁷¹ ein, die Schuld in Schweizer Franken zu tilgen. Dieses Recht besteht auch im Konkurs des Gläubigers. Das führt dazu, dass der Schuldner den auf ausländische Währung lautenden Anspruch der Konkursmasse trotz fehlender Gleichartigkeit⁷² mit seiner auf Schweizer Franken lautenden Forderung gegenüber der Masse verrechnen kann. Die Rechtslage ist in jeder Hinsicht vergleichbar mit der Konzernverrechnungsklausel als Alternativermächtigung. In beiden Fällen steht dem Schuldner eine Alternativermächtigung zu (einmal die Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zur Verrechnung zu bringen, einmal statt vereinbarter ausländischer Währung in Schweizer Franken zu leisten) und beide Male führt die Alternativermächtigung des Schuldners dazu, dass dieser Forderungen zur Verrechnung bringen kann, die ohne Ausübung der Alternativermächtigung nicht verrechenbar wären (einmal wegen des Fehlens der Gegenseitigkeit, einmal wegen des Fehlens der Gleichartigkeit).

IV. Zusammenfassung

Die Konzernverrechnungsklausel, welche den belangten Schuldner berechtigt, Forderungen des Gläubigers entweder durch Erfüllung oder durch Verrechnung mit einer Forderung einer anderen

⁶⁹ Art. 287 SchKG, Überschuldungsanfechtung 1 Jahr; Art. 288 SchKG, Absichtsanfechtung 5 Jahre; vgl. auch Fn. 67.

⁷⁰ Vgl. dazu II.1.

⁷¹ BGE 134 III 151; *Koller* (Fn. 1), § 41 N 27 ff.

⁷² Vgl. *Schwenzer* (Fn. 1), N 77.08 ff.

Konzerngesellschaft zu tilgen, ist eine Alternativermächtigung des belangten Schuldners. Die belangte Konzerngesellschaft kann ihre Verpflichtung entweder durch Zahlung erfüllen oder durch Verrechnung mit einer Forderung einer anderen Konzerngesellschaft. Das Wahlrecht liegt bei der belangten Partei, die dabei auf die Interessen des Gläubigers keine Rücksicht nehmen muss. Konzernverrechnungsklauseln können einseitig oder wechselseitig vereinbart werden. Die Zulässigkeit von einseitigen Konzernverrechnungsklauseln wird teilweise verneint, weil sie sich zulasten der konzernfremden Vertragspartei auswirken würden. Bei einer wechselseitigen Konzernverrechnungsklausel ist dieser Einwand ohnehin unbeachtlich, weil bei ihr im Zeitpunkt ihrer Vereinbarung nicht feststeht, wer durch die Klausel begünstigt wird.

Das Recht, die Forderung durch Verrechnung mit der Forderung einer anderen Konzerngesellschaft zu tilgen, besteht auch im Konkurs. Wenn das Recht vor dem Konkurs und vor den Fristen von Art. 287 und 288 SchKG eingeräumt wurde, ist auf die Konzernverrechnungsklausel keine der Ausnahmebestimmungen von Art. 213 SchKG anwendbar, welche der Tilgung der Forderung durch Verrechnung entgegenstehen würden. Vielmehr ist bei einer vorab vereinbarten Konzernverrechnungsklausel das (Forderungs-)Recht des Gläubigers von Anfang an durch das Recht des Schuldners (der belangten Konzerngesellschaft) begrenzt, alternativ durch Verrechnung mit der Forderung einer andern Konzerngesellschaft zu erfüllen. Würde die Verrechnung im Konkurs untersagt, käme dies einer Besserstellung des Gläubigers als Folge seines Konkurses gleich. Im Konkurs bleiben die Ansprüche des Konkursiten aber unverändert, keinesfalls verbessern sie sich.