

Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall¹

Von Prof. Dr. LUKAS HANDSCHIN, Rechtsanwalt in Zürich

Im Sanierungsfall ist der Verwaltungsrat ganz besonders gefordert; nie sonst ist das Thema der Verantwortlichkeit so aktuell wie in der Krise; nicht nur, weil der Konkurs und damit der Zeitpunkt, in dem sich die Verantwortlichkeitsfrage stellt, zeitlich nahe scheint, sondern auch deshalb, weil viele der Entscheide, die im Sanierungsfall zu fällen sind, zu den zwingenden Kernkompetenzen des Verwaltungsrats gehören und durch diesen insgesamt als Gremium gefällt werden müssen. Auf den Verwaltungsrat, der sich bisher auf die Wahrnehmung der Kernkompetenzen beschränkte, kommen im Sanierungsfall plötzlich neue Aufgaben zu.

Trotz dieser erhöhten Anforderungen an den Verwaltungsrat im Sanierungsfall gibt das Gesetz nur wenig Hinweise darauf, wie er sich verhalten soll. Die Pflichten, die das Gesetz in Art. 725 OR nennt (Einberufung der Sanierungs-GV bei Verlust der Hälfte des Kapitals; Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung), Themen, die auch dem Praktiker beim Thema der Sanierung als Erstes bewusst werden, sind schwierig in der Anwendung und beschlagen zudem nur einen Teil seiner Pflichten. Bereits die Abklärung, ob diese Pflichten vorliegen, ist schwierig, weil sie davon abhängt, wie die Aktiven und Passiven bewertet werden. Ist, je nach Bewertungsart, das Gesellschaftskapital zur Hälfte verloren oder die Gesellschaft gar überschuldet, stellt sich für den Verwaltungsrat die Frage, wie er vorzugehen hat: Muss er den Richter benachrichtigen, darf er den Richter benachrichtigen oder muss er versuchen, die Gesellschaft zu retten, und macht er sich gar verantwortlich, wenn er den Richter benachrichtigt, solange die Gesellschaft noch eine Überlebenschance hat? Wie muss der Verwaltungsrat vorgehen, wenn zwei Pflichten scheinbar kollidieren, wenn beispielsweise die Gesellschaft zwar überschuldet ist, aber ein Rettungsversuch nach wie vor möglich erscheint?

¹ Vortrag gehalten vor dem Bernischen Juristenverein im Frühjahr 1999.

Die Pflichten des Verwaltungsrats, deren Unterlassung zu seiner Verantwortlichkeit führen kann, lassen sich am einfachsten chronologisch darstellen:

- Analyse des Ist-Zustands als Voraussetzung für seinen Beschluss; Entscheid darüber, ob eine Sanierung möglich ist
- Rettungsversuch, allenfalls unter Einbezug der Aktionäre
- Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung; Konkurs, Nachlassstundung, allenfalls Konkursaufschub

I. Analyse des Ist-Zustands

1. *Analyse des Ist-Zustands als permanente Pflicht des Verwaltungsrats*

Die Analyse des Ist-Zustands einer Gesellschaft ist eine permanente Pflicht des Verwaltungsrats: «Es gehört zu den Pflichten des Verwaltungsrats, die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft stetig zu verfolgen»². In ruhigen Zeiten, wenn die Geschäfte ihren ordnungsgemässen Lauf nehmen, darf die Kadenz dieser Statuserhebungen der Zahl der Verwaltungsratssitzungen entsprechen, welche im Minimum durchzuführen sind. Diese Zahl hängt von der Art der Geschäftstätigkeit ab³; in operativ tätigen Gesellschaften dürfte sie je nach den Verhältnissen bei rund vier Sitzungen pro Jahr liegen. In schwierigen Zeiten, in denen die Gesellschaft einem raschen Wandel ausgesetzt ist, genügt diese Kadenz allerdings oft nicht. Je öfter und präziser diese Analyse des Ist-Zustands ist, desto früher kann der Verwaltungsrat reagieren, Fehlentwicklungen entgegenwirken oder gar verhindern.

Eine Gesellschaft kann in eine Sanierungssituation geraten, weil Prämissen, auf denen die Gesellschaft aufgebaut ist, sich als falsch erwiesen haben: Liegenschaften, denen eine bestimmte Rendite zugeordnet war, werfen diese nicht ab, technische Entwicklungen

2 PETER BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, N 1690; RUDOLF LANZ, Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Zürich 1985, 136; JÜRIG A. KOEFERLI, Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Zürich 1994, 9, 15.

3 PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Aktienrecht, Bern 1996, § 31 N 8.

erweisen sich als undurchführbar etc. Für den Verwaltungsrat, der an der Geschäftsführung nicht aktiv teilnimmt, ist es oft schwierig, diese Entwicklungen zu beurteilen. Er riskiert, dass er erst dann von seinen aktiven Kollegen orientiert wird, wenn der Sanierungsfall bereits vorliegt. In der Folge kann ihm zum Vorwurf geraten, die Pflicht zur permanenten Analyse des Ist-Zustands verletzt zu haben. Dieses Risiko kann der Verwaltungsrat reduzieren, wenn er sich Zahlen vorlegen lässt, denen auch entnommen werden kann, wie die Gesellschaft dastünde, wenn die Prämissen, auf welche die Gesellschaft ihre Bewertungen abstützt, sich als falsch erweisen sollten. Das kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass sich der Verwaltungsrat regelmässig nicht nur Bilanzen zu Fortführungswerten, sondern zusätzlich auch Bilanzen zu Liquidationswerten vorlegen lässt. Er weiss dann, worauf er sich einlässt, und kann, wenn er das Risiko nicht tragen will, noch zurücktreten⁴.

Je gewissenhafter diese permanente Unternehmensanalyse durchgeführt wird, desto weniger schwerwiegend ist der im Sanierungsfall oft zu beobachtende «Einbruch der Wirklichkeit in das Rechnungswerk»⁵, die «Implosion der Aktiven»⁶ und die plötzliche Aufblähung der Passiven. Wird die Analyse des Ist-Zustands konsequent und dauerhaft vorgenommen, sollten Sanierungsfälle eigentlich nur noch eintreten, wenn unerwartete Entwicklungen stattfinden oder wenn sich bewusst eingegangene Risiken als verhängnisvoll erwiesen haben⁷.

2. *Analyse des Ist-Zustands als ausserordentliche Pflicht des Verwaltungsrats im Sanierungsfall*

Im Sanierungsfall ist die Analyse des Ist-Zustands Voraussetzung dafür, gesetzeskonform handeln zu können. Der Verwaltungsrat muss den Ist-Zustand der Gesellschaft in ihrem wirtschaftlichen Um-

4 Was nachher u. U. nicht mehr ohne weiteres möglich ist; vgl. dazu unten Ziff. II/4.

5 BÖCKLI, a. a. O., N 1688.

6 BÖCKLI, a. a. O., N 1688.

7 Das gilt grundsätzlich auch für das bewusste Eingehen von Risiken, solange nicht Geschäfte vorliegen, die nur Risiken, aber keine Chancen bieten. Der Verwaltungsrat wird also nicht schon allein deshalb verantwortlich, wenn er Transaktionen durchführt, die sich im Nachhinein als unvorteilhaft erweisen; normale Risiken dürfen eingegangen werden (BGE 101 II 124).

feld kennen, um zu beurteilen, ob und wie er einen Rettungsversuch unternehmen soll⁸, ob er eine Sanierungs-GV einberufen will⁹ oder ob die Lage gar derart ist, dass die Bilanz deponiert und über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet werden muss¹⁰. Der Verwaltungsrat, der es unterlässt, bei drohender Überschuldung den Ist-Zustand zu ermitteln und für interne Zwecke eine Zwischenbilanz zu Liquidationswerten zu erstellen, wird verantwortlich, auch wenn er sich bei der stillen Sanierung auf einen unsicheren Zufluss weiterer Mittel beruft¹¹.

Wann spätestens muss der Verwaltungsrat den Ist-Zustand erkennen und gestützt darauf handeln, um einer Verantwortung zu entgehen? Zur zeitlichen Komponente der Führungspflicht gibt es in Literatur und Rechtsprechung kaum konkrete Hinweise; die meisten Autoren beschränken sich auf die Bezeichnung von Grundsätzen¹²: Das richtige Verhalten liegt zwischen dem monate-, allenfalls jahrelangen Abwarten (was unzulässig ist) auf der einen und dem überstürzten, unüberlegten Verhalten (was zu inhaltlich falschen Entscheidungen führt) auf der anderen Seite. Dabei kann sicher gesagt werden, dass in komplizierten Verhältnissen länger mit einem Entscheid gewartet werden darf, weil es in diesen Verhältnissen auch länger dauert, bis die Entscheidungsgrundlagen erarbeitet sind.

3. *Die Fortführungsfähigkeit, insbesondere die Liquidität als Teil der Analyse des Ist-Zustands*

Zur Analyse des Ist-Zustands gehört neben der Frage des Kapitalverlusts resp. der Überschuldung, welche die gesetzlichen Pflichten gemäss Art. 725 OR direkt auslösen, immer auch die Frage der Liquidität. Obwohl das Gesetz in Art. 725 OR nicht unmittelbar

8 Vgl. dazu unten Ziff. II.

9 Vgl. dazu unten Ziff. III.

10 Vgl. dazu unten Ziff. IV.

11 Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 15. Oktober 1982; ZR 82 (1983) Nr. 57, 153; OR-Wüstiner, Art. 725 N 35; BÖCKLI, a. a. O., N 1680b.

12 FORSTMOSE/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a. a. O., § 31 N 8: «so oft es die Geschäfte der Gesellschaft erfordern»; WALTER STOFFEL, Le conseil d'administration et la responsabilité des administrateurs et réviseurs, in: Le nouveau droit des sociétés anonymes, Lausanne, 1993, 166: «selon les besoins du moment»; konkreter: BÖCKLI, a. a. O., N 1569a, lässt beim Fehlen von konkreten Anhaltspunkten eine jährliche Überprüfung der Geschäftsführung genügen.

an die Liquiditätslage anknüpft, ist die Liquidität auch für die Beurteilung der rechtlichen Pflichten wichtig, denn eine illiquide Gesellschaft kann nicht mehr weitergeführt werden, was eine Bilanzierung zu Fortführungswerten verbietet. Dieser Wechsel vom Fortführungszum Liquidationswert kann dazu führen, dass die Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt des Liquidationswertes das halbe Kapital verliert oder dass sie gar überschuldet ist, während sie – vor ihrer Liquiditätskrise – zu Fortführungswerten eine ausgeglichene Bilanz aufwies. Diese Situation kann bei Gesellschaften eintreten, die einen hohen Anteil an Aktiven haben, die nur einen Wert haben, sofern das Unternehmen fortgeführt wird. Dazu gehören etwa aktivierte Forschungs- und Entwicklungskosten, Warenlager, Produktionsanlagen, die nur in der Gesellschaft verwendet werden können, Goodwill etc.

In dieser Situation (Überschuldung nur bei Bilanzierung zum Liquidationswert, nicht aber zum Fortführungswert) hängt die Frage, ob die gesetzlichen Massnahmen von Art. 725 OR ergriffen werden müssen, ausschliesslich *davon ab, ob die Gesellschaft zu Fortführungswerten aktivieren darf oder zu Liquidationswerten aktivieren muss. Zu Fortführungswerten darf die Gesellschaft solange bilanzieren, wie die Fortführung des Betriebs als ernsthafte Möglichkeit erscheint*¹³. Befindet sich das Unternehmen auch ohne Überschuldung in einem Liquiditätsengpass, dann ist die Fortführung gefährdet, weil die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr zu erfüllen vermag und die Gläubiger gestützt darauf den Konkurs der Gesellschaft veranlassen können¹⁴. Gelingt es nicht, den Liquidationsengpass zu beseitigen und erscheinen auch Rettungsmassnahmen wie Nachlassstundung und Konkursaufschub unrealistisch, ist die Fortführung des Betriebs keine ernsthafte Möglichkeit mehr, und die Bewertung der Aktiven muss zum Liquidationswert erfolgen. Die praktische Folge dieses Vorgangs dürfte eine massive Abwertung der Aktiven sein, oft derart, dass ihr Ergebnis zu einer Überschuldung führt, mit der Folge, dass der Verwaltungsrat die Bilanz deponieren muss.

Trotz der weitreichenden Konsequenzen, die von der Frage abhängen, ob der Verwaltungsrat vom Fortführungs- oder Liquidations-

13 BÖCKLI, a. a. O., N 840; ausführlich mit weiteren Beispielen: LANZ, a. a. O., 85.

14 Art. 190 Ziff. 2 SchKG; BÖCKLI, a. a. O., N 1684k.

tionswert auszugehen hat, fehlen klare Regeln, denen der Verwaltungsrat folgen könnte. Sicher falsch wäre eine Regel, wonach im Zweifel vom Fortführungswert auszugehen sei, denn darin läge ein enormes Missbrauchspotenzial: Die Gesellschaft könnte den Zeitpunkt für die Vornahme der gesetzlichen Pflichten gemäss Art. 725 OR (insbesondere der Benachrichtigung des Richters) zu Lasten der Gläubiger fast beliebig hinausschieben mit der Begründung, dass sie nach wie vor an die Fortführung glaube und aus diesem Grund zu Fortführungswerten aktivieren dürfe. Trotz dieses Missbrauchspotenzials wäre auch eine gegenteilige Regel falsch, die den Verwaltungsrat zwänge, schon bei ersten Zweifeln an der Fortführungsfähigkeit vom Liquidationswert auszugehen und – wenn die entsprechenden Grenzwerte überschritten werden – eher früh als spät zu handeln. Diese Lösung stünde im Widerspruch zur Pflicht des Verwaltungsrats, die Gesellschaft fortzuführen¹⁵.

4. *Konsequenzen aus der Analyse des Ist-Zustands*

Die Konsequenzen, welche gestützt auf die Analyse des Ist-Zustands gezogen werden, sind weitgehend betriebswirtschaftlicher Art. Der Entscheid, ob ein Rettungsversuch unternommen werden soll, hängt von der Frage ab, ob die Gesellschaft aus eigener Kraft überleben kann, ob allenfalls Aktionäre, Gläubiger oder Dritte bereit sind, bei einer Sanierung mitzumachen etc. Rechtliche Kriterien und Differenzierungen, die dargestellt werden können, fehlen weitgehend.

Wichtig erscheint nur eine Regel: der Verwaltungsrat darf nicht überstürzt vorgehen. Das gilt ganz besonders dann, wenn nicht leicht feststellbar ist, ob die Gesellschaft überhaupt überschuldet ist. Der Verwaltungsrat, der leichtfertig die Bilanz hinterlegt, um sich seiner Verantwortung zu entledigen, riskiert sogar, dass ihm dieses Verhalten von Gläubigern vorgeworfen wird, die geschädigt wurden, wenn feststeht, dass das Unternehmen hätte fortgeführt werden können, wenn der Verwaltungsrat aktiv geblieben wäre.

15 Vgl. dazu unten Ziff. II.

II. **Rettungsversuch als Folge der Leitungspflicht des Verwaltungsrats**

1. *Worum geht es?*

Die Analyse des Ist-Zustands und die Überlegungen, was gestützt darauf getan werden kann, gehen miteinander einher. Mit anderen Worten: der Verwaltungsrat, der gerne sanieren möchte, weiss dies schon bei der Analyse des Ist-Zustands, sieht alles durch die rosa Brille und würdigt diesen entsprechend. Das Gleiche gilt auch umgekehrt: der Verwaltungsrat, der aufgeben will, erkennt die Lage nur in düsteren Farben. Ob die Analyse des Ist-Zustands zum einen oder anderen Schluss führt, ist also auch eine Frage der Pflicht zum Rettungsversuch: der Verwaltungsrat, der schon bei der Analyse des Ist-Zustands den Entschluss über den Rettungsversuch präjudizierend vorwegnimmt, fällt einen Entschluss darüber, ob er sanieren will, und kann nicht geltend machen, dass er bei seinem Entscheid lediglich die Konsequenzen aus der Analyse des Ist-Zustands gezogen habe.

2. *Rettungsversuch als Folge der Leitungspflicht*

Die primären Pflichten des Verwaltungsrats im Sanierungsfall sind nicht die beiden im Gesetz in Art. 725 OR genannten Einberufungs- und Hinterlegungspflichten, sondern die Pflicht, das Geschäft zu führen, die Pflicht zur Oberleitung der Gesellschaft¹⁶. Kommt der Verwaltungsrat zum Schluss, dass das Unternehmen aus eigener Kraft gerettet werden kann, muss er die Rettung versuchen; er muss eingreifen, wenn «die Dinge aus dem Ruder laufen»¹⁷. Das gilt nach Auffassung des Bundesgerichts sogar dann, wenn die Gesellschaft überschuldet ist: «Ist die Aufgabe des ursprünglichen Unternehmenszwecks zufolge Überschuldung der Gesellschaft unausweichlich, so haben deren Organe das Recht und – zumindest moralisch – die Pflicht, für die Betroffenen zu retten, was noch zu retten ist. Dazu können insbesondere auch geeignete Massnahmen zur Erhaltung des Betriebs dienen».¹⁸ Verstärkt wird die Handlungspflicht des Verwaltungsrats im Sanierungsfall durch seine ausserordentlichen Kom-

¹⁶ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1.

¹⁷ BÖCKLI, a. a. O., N 1528.

¹⁸ BGE 116 II 323.

petenzen, die ihm in dieser Situation zukommen; er kann sogar Entscheide fällen, für die in «Friedenszeiten» die Generalversammlung zuständig wäre, wie beispielsweise über die Veräusserung des ganzen Betriebs, auch wenn dies einer faktischen Zweckänderung oder Liquidation der Gesellschaft gleichkäme¹⁹. Dieses Recht ist auch eine Pflicht, denn der Verwaltungsrat ist gehalten, den ihm verliehenen Handlungsspielraum auszufüllen²⁰.

Für den Verwaltungsrat, der bisher schon aktiv die Geschäfte geführt hat, führt die Sanierungssituation und die Pflicht zum Rettungsversuch zu einem neuen Bearbeitungsthema, nicht aber zu einer neuen Rolle im Verwaltungsrat. Für den bisher aktiven Verwaltungsrat ist die Veränderung, die durch die Sanierungssituation erzeugt wird, rein thematisch. Ganz anders liegen die Dinge bei demjenigen Verwaltungsrat, der sich bisher auf die Einhaltung der nicht delegierbaren Oberleitungspflichten beschränkte und die Führung des Tagesgeschäfts seinen aktiven Kollegen und dem Management überliess. Auf diesen Verwaltungsrat kommen im Sanierungsfall bedeutsame Änderungen zu, nicht nur thematisch, sondern (vor allem) auch funktional, denn die Entscheide, die in der Sanierungssituation gefällt werden müssen, gehören alle zu den zwingenden Verwaltungsratspflichten, die nicht delegierbar sind. Es gibt im Sanierungsfall fast keine Entscheide des Tagesgeschäfts mehr, nur noch aussergewöhnliche Entscheide, die zwingend dem Verwaltungsrat obliegen. Mehr noch: die Krise kann dazu führen, dass einige Verwaltungsräte, die intern für bestimmte Themen zuständig wären, die Flucht ergreifen und zurücktreten, mit der Folge, dass sich die verbleibenden Verwaltungsräte auch um deren Pflichten kümmern müssen. Erschwert wird die Situation im Verwaltungsrat oft auch dadurch, dass der Interessenkonflikt zwischen ehemals aktiven und passiven Verwaltungsräten offen ausbricht. Bisher aktive Verwaltungsräte, die ihre eigene Verantwortung für die Krise erkennen, werden bei der Frage, wie die Krise bewältigt werden soll, auch ihre persönliche Situation im Auge haben und versuchen, eine Lösung anzustreben, bei der ihre persönliche Verantwortlichkeit nicht zum Tragen kommt. Erkennen die bisher passiven Verwaltungsräte, dass sich bisher aktive Verwaltungsräte beim Entscheid, ob und wie saniert werden soll, von ihren persönlichen Inte-

19 BGE 116 II 320 ff.

20 BÖCKLI, a. a. O., N 1496.

ressen leiten lassen, müssen sie sogar die Federführung bei der Sanierung übernehmen. Keinesfalls dürfen sie sich in dieser Situation ausschliesslich auf das Urteil der bisher aktiven Verwaltungsräte verlassen, weil sie wissen, dass diese befangen sind²¹.

3. *Informationspflichten im Sanierungsfall (Rettungsversuch)*

Wie immer der Verwaltungsrat im Sanierungsfall auch entscheidet: Gläubiger und Aktionäre haben ein Interesse daran zu wissen, wie es um die Gesellschaft steht. Gläubiger, die nach der Feststellung des Sanierungsbedürfnisses in Unkenntnis dieser Situation der Gesellschaft Kredit gegeben haben und später zu Schaden kommen, könnten einwenden, dass sie in Kenntnis der Situation der Gesellschaft keinen Kredit mehr gegeben hätten. Es stellt sich die Frage, ob eine Gesellschaft verpflichtet ist, auch ausserhalb einer allfälligen Sanierungsgeneralversammlung über wesentliche Vorgänge innerhalb der Gesellschaft zu orientieren.

Einen Anhaltspunkt für diese Frage bietet das Börsenrecht für börsennotierte Gesellschaften. Art. 72 des Kotierungsreglementes sieht zwar eine allgemeine Informationspflicht vor zu Tatsachen, die wegen ihrer Auswirkungen auf die Vermögens- und Finanzlage oder auf den allgemeinen Geschäftsgang der Gesellschaft geeignet sind, zu einer erheblichen Änderung der Börsenkurse zu führen, macht aber gerade für den Sanierungsfall eine Ausnahme; hier darf vorläufig auf eine Bekanntgabe verzichtet werden²². *A maiore ad minus* gilt diese Ausnahmeregel sicherlich auch für Gesellschaften, die nicht an der Börse kotiert sind, bei denen das Informationsbedürfnis Dritter eher kleiner, keinesfalls grösser ist.

4. *Insbesondere die Passivität, das Unterlassen des Rettungsversuchs als Pflichtverletzung; die Frage des Rücktritts*

Die Versuchung des einzelnen Verwaltungsrats, im Sanierungsfall zurückzutreten, ist gross, besonders dann, wenn sich der

21 Vgl. zum Ganzen ausführlich: BÖCKLI, a. a. O., N 1641 ff.

22 So ausdrücklich die «Erläuterungen zur Bekanntgabepflicht bei kursrelevanten Tatsachen gemäss Art. 72 des revidierten Kotierungsreglements (ad-hoc-Publizität)», S. 16: «bei einem Sanierungsfall kann die Bekanntgabe grundsätzlich aufgeschoben werden» (<http://www.swx.com/top/adhg.pdf>).

Verwaltungsrat bei seiner Wahl auf eine eher passive Rolle einstellte und darauf vertraute, dass er sein Amt alleine durch die Beachtung der nicht delegierbaren Oberleitungspflichten ausüben könne. Es stellt sich die Frage, ob das Rücktrittsrecht des Verwaltungsrats auch in dieser Situation vorliegt, oder ob dieser Verwaltungsrat durch seinen Rücktritt seine Leitungspflicht verletzt, die Pflicht zum Eingreifen, wenn die Dinge aus dem Ruder laufen.

Ein Rücktritt zur Unzeit, der das Unternehmen führungslos werden lässt, ist analog zur Vorschrift von Art. 404 OR aus dem Auftragsrecht nach einhelliger Beurteilung in der Lehre pflichtwidrig²³. Dieser Verwaltungsrat verletzt nicht nur die Pflicht, seine Schaffenskraft der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, sondern auch seine Pflicht, gegenüber Dritten über den Stand der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren²⁴. Ein Verwaltungsrat, der weiss, dass sein Rücktritt dazu führt, dass Dritte die schwierige Situation der Gesellschaft erkennen, handelt pflichtwidrig. Erschwert oder verhindert diese Art der Publizität der Gesellschaft die angestrebte Sanierung, kann der Verwaltungsrat zur Rechenschaft gezogen werden, der durch seinen Rücktritt diese Situation herbeigeführt hat. Erst wenn die Lage der Gesellschaft aussichtslos ist, eine Orientierung Dritter oder der Gang zum Richter ohnehin nötig ist, darf der Verwaltungsrat zurücktreten, sofern seine Verwaltungsratskollegen nicht bereit sind, die aus dieser Situation notwendigen Schlüsse zu ziehen.

Der Rücktritt aus dem Verwaltungsrat befreit also nicht von der Verantwortlichkeitshaftung, im Gegenteil: in schwierigen Zeiten kann er diese sogar begründen. Nur der Verwaltungsrat, der derart frühzeitig zurücktritt, dass die Gesellschaft sich im Zeitpunkt seines Rücktritts noch nicht in einer Sanierungssituation befindet, riskiert nicht, dass sein Rücktritt als zur Unzeit erfolgt beurteilt wird. Eine permanente Analyse des Ist-Zustands, die dem Verwaltungsrat den frühzeitigen Rücktritt ermöglicht, liegt daher auch in seinem eigenen Interesse.

23 Statt vieler: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a. a. O., 284, Anm. 23; BÖCKLI, a. a. O., N 1470a.

24 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, a. a. O., § 28 N 40.

III. Einberufung einer Sanierungs-GV bei Kapitalverlust

Wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven²⁵ nicht mehr gedeckt sind, beruft der Verwaltungsrat eine ausserordentliche Generalversammlung ein und macht dieser Vorschläge für die Sanierung. Anknüpfungspunkt für diese Verwaltungsratspflicht ist die Bilanz zu Fortführungswerten²⁶; erkennt der Verwaltungsrat während des Geschäftsjahrs aufgrund einer Zwischenbilanz, dass eine Sanierungs-GV nötig sein könnte, darf er die nächste Jahresbilanz nicht abwarten, sondern muss unverzüglich handeln²⁷.

Für den Verwaltungsrat ist die Sanierungs-GV nur eine beschränkte Entlastung, weil sie ihm nur wenige Beschlüsse abnehmen kann, insbesondere nicht die Haftung für den Fall, dass diese Beschlüsse falsch sein sollten. Die Sanierungs-GV kann grundsätzlich nur Beschlüsse fällen, für die die Generalversammlung zuständig ist; sie kann gestützt auf das Paritätsprinzip nicht an der Stelle des Verwaltungsrats beschliessen. Der Verwaltungsrat kann also nicht der Generalversammlung diejenigen Beschlüsse unterbreiten, zu denen er selber kompetent ist²⁸. Die Beschlüsse, die Bilanz zu bereinigen, Aktiven auf ein realistisches Mass abzuwerten (allenfalls sogar auf den Liquidationswert), Rückstellungen zu bilden, allenfalls Stundungsabkommen mit Banken abzuschliessen, kann nur der Verwaltungsrat fällen. Lässt er solche Beschlüsse oder Abkommen durch die Sanierungs-GV genehmigen, entlastet ihn dies nicht, wenn der Abschluss dieser Abkommen pflichtwidrig war. Der Beschluss, festzustellen, dass die Gesellschaft überschuldet ist und dass gemäss Art. 725 Abs. 2 OR der Richter benachrichtigt werden muss, kann gültig nur vom Verwaltungsrat gefällt werden²⁹. Fällt die Generalversammlung einen widerrechtlichen Beschluss über dieses Vorgehen, wird der Verwaltungsrat verantwortlich. Beschliessen kann die Generalversammlung nur über diejenigen Sanierungsmassnahmen,

²⁵ Zum Ganzen ausführlich: BÖCKLI, a. a. O., N 1678 ff.; und LANZ, a. a. O., 74 ff.

²⁶ BÖCKLI, a. a. O., N 1680a.

²⁷ BÖCKLI, a. a. O., N 1680b.

²⁸ Auch KOEFERLI, a. a. O., 111; anders LANZ, a. a. O., 78, der dies bei der Universalversammlung gemäss Art. 701 OR zulassen will.

²⁹ Auch LANZ, a. a. O., 143.

die im Kompetenzbereich der Generalversammlung liegen; also beispielsweise über alle Sanierungsmassnahmen, die das Gesellschaftskapital betreffen, wie Kapitalherabsetzungen, Umwandlungen von Fremdkapital in Aktienkapital etc.

Diese klare Kompetenzabgrenzung spielt im Sanierungsfall nicht auch im umgekehrten Fall: Der Verwaltungsrat kann in einer Sanierungssituation Kompetenzen ausüben, die unter normalen Verhältnissen der Generalversammlung zustünden. Er kann insbesondere Betriebsteile veräussern, auch wenn dies einer Teilliquidation gleichkommt, für die grundsätzlich die Generalversammlung zuständig wäre³⁰. Nur in jenen Bereichen, in denen in der Sanierungssituation eine parallele Kompetenz des Verwaltungsrats und der Generalversammlung liegt, kann der Verwaltungsrat entlastet werden, wenn er die Generalversammlung begrüsst.

IV. Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung

Wenn der Verwaltungsrat gestützt auf seine Analyse des Ist-Zustands erkennt, dass Anlass für eine «begründete Besorgnis einer Überschuldung»³¹ besteht, muss er eine Bilanz zu Fortführungswerten erstellen lassen. Die Norm knüpft nicht an die Überschuldung an, sondern an die Besorgnis, dass eine Überschuldung vorliegen könnte. Ist das Ergebnis dieser Bilanz überschuldet, erstellt der Verwaltungsrat eine zweite Bilanz, diesmal zu Liquidationswerten. Ist diese zweite Bilanz nicht überschuldet, darf er die Gesellschaft weiterführen³². Die alternative Möglichkeit, die Gesellschaft gestützt auf die Liquidationswerte weiterzuführen, zeigt, dass der Gesetzgeber von der Überlegung ausging, dass der Liquidationswert zu einem höheren Ergebnis führen müsse als der Ertragswert. Der Gesetzgeber liess sich dabei von der Idee leiten, dass stille Reserven vorliegen, die durch die Aufwertung vom Anschaffungs- auf den Verkehrswert die Bilanz derart hochreissen würden, dass sogar die liquidationswertbedingten Abwertungen aufgefangen werden können. Diese Überlegung passt auf alte Unternehmen, die Aktiven aufweisen, die vor

30 BGE 116 II 320 ff.

31 Art. 725 Abs. 2 OR; ausführlich LANZ, a. a. O., 131 ff.

32 Zum Ganzen ausführlich: BÖCKLI, a. a. O., N 1690 ff.

Jahrzehnten erworben wurden, und deren Aktivierung zu Liquidationswerten tatsächlich zu einer starken Aufwertung führt. In vielen Fällen führt die Erstellung der Bilanz zum Liquidationswert aber nicht zu einer Verringerung oder gar zu einem Verschwinden des Fehlbetrags, sondern zu seiner Vergrößerung auf ein realistisches Mass³³.

Trotzdem darf man nicht so weit gehen und verlangen, dass die Gesellschaft, die zu Liquidationswerten überschuldet ist, den Richter benachrichtigt, auch wenn diese Überschuldung zu Ertragswerten noch nicht gegeben ist. Richtigerweise ist bei der Beurteilung der Frage, ob die Gesellschaft überschuldet ist, die Bewertung zu Fortführungswerten so lange massgebend wie der Fortführungswille (vertretbar) besteht. Der Liquidationswert wird erst dann bei der Prüfung, ob eine Gesellschaft überschuldet ist, beigezogen, wenn der Fortführungswille nicht mehr vertretbar ist und der Bilanz nicht mehr zu Grunde gelegt werden kann. Das trifft zu, wenn die Fortführung nicht mehr möglich erscheint, sei es, weil die Geschäftsgrundlage der Gesellschaft zerstört wird oder wenn die Gesellschaft aus wirtschaftlichen Gründen nicht mehr weitermachen kann, zum Beispiel, weil ihr die Liquidität fehlt. In diesen Fällen muss die Gesellschaft zu Liquidationswerten bilanzieren, weil der Fortführungswille als Voraussetzung für die Aktivierung zu Fortführungswerten nicht mehr vertretbar ist.

Die Feststellung, ob eine Gesellschaft überschuldet ist, ist in diesen Fällen besonders schwierig, weil die Überschuldung nur dann eintritt, wenn nicht mehr zu Fortführungswerten, sondern zu Liquidationswerten bilanziert wird. Die Überschuldung hängt in diesen Fällen allein von der Frage ab, ob der Fortführungswille weiterhin angenommen werden darf. Das ist dann nicht mehr der Fall, «wenn der weitere Betrieb des Unternehmens nicht mehr als ernsthafte Möglichkeit erscheint»³⁴. Kann die Fortführungsfähigkeit nicht wiederhergestellt werden oder kann der Fehlbetrag auch durch einen Rangrücktritt³⁵ nicht beseitigt werden, bleibt nur der Gang zum Rich-

33 DRUEY, in: Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, Referat gehalten an der Studientagung vom 12. November 1993 in Freiburg/Ü (zit. Druey, Referat), prägte dafür den bildhaften Begriff des Sturzes vom Bewertungssockel.

34 BÖCKLI, a. a. O., N 840.

35 Art. 725 Abs. 2 OR.

ter. Dieser erfolgt gestützt auf einen Verwaltungsratsbeschluss³⁶. Eine Benachrichtigung oder ein Einbezug der Generalversammlung ist nicht erforderlich; diese wäre auch für einen entsprechenden Beschluss gar nicht zuständig. Eingereicht werden muss ein geprüfter Abschluss; lässt sich die Prüfung nicht kurzfristig realisieren, kann der Verwaltungsrat den geprüften Abschluss nachreichen; allenfalls ist auch eine summarische Zwischenbilanz zulässig³⁷.

Die Benachrichtigung des Richters ist verbunden mit dem Antrag, wie mit der Gesellschaft umgegangen werden soll. Neben dem Antrag auf Konkurs ist denkbar, dass ein Gesuch um Bewilligung der Nachlassstundung oder des Konkursaufschubs gemäss Art. 725 a OR gestellt wird. Die letzten beiden, wenn eine Sanierung zwar noch denkbar ist, nicht mehr aber aus eigener Kraft erfolgen kann.

V. **Konflikt zwischen der Pflicht zum Rettungsversuch und der Pflicht zur Benachrichtigung des Richters; welche Pflicht geht vor?**

Die Pflicht zum Rettungsversuch kann mit der Pflicht konkurrieren, den Richter zu benachrichtigen. Wie muss der Verwaltungsrat vorgehen, wenn die Gesellschaft zwar überschuldet ist, aber durchaus noch Aussicht auf eine Sanierung aus eigener Kraft besteht? Die Gefahr einer Regel, die den Entscheid dem Verwaltungsrat überlässt, welcher Pflicht er Vorrang geben will, ist gross, denn der betroffene Verwaltungsrat ist oft betriebsblind und zu einem objektiven Entscheid in dieser Sache gar nicht mehr fähig. Ob aus diesem Umstand allerdings die Regel gewonnen werden soll, dass der Verwaltungsrat diesen Entscheid im Zweifelsfall dem dafür zuständigen Richter überlassen soll³⁸, der den vom Gesetz vorgesehenen Konkursaufschub verfügen könne, ist nicht unproblematisch. Der Gang zum Richter birgt auch Risiken und setzt die Fortführung der Gesellschaft aufs Spiel, denn es ist nicht auszuschliessen, dass die Sachlage dem Richter falsch mitgeteilt wird oder dass der Richter diese oder die daran zu knüpfenden Rechtsfragen falsch beurteilt.

36 BÖCKLI, a. a. O., N 1711.

37 OR-Wüstiner, Art. 725 N 39.

38 So DRUEY, Referat.

Der Verwaltungsrat darf seine Entscheidung, nämlich ob die Sanierung versucht werden soll, nicht an den Richter delegieren, solange er noch selber in der Lage ist, einen solchen Beschluss umzusetzen. Das Bundesgericht hat in BGE 116 II 533 ff. diese Abwägung zu Gunsten des Sanierungsversuchs vorgenommen: Der Verwaltungsrat handelt nicht pflichtwidrig, wenn er trotz erstellter Überschuldung den Richter angesichts konkreter Verbesserungsaussichten nicht benachrichtigt. Diese kann sogar dann vertreten werden, wenn feststeht, dass sich die Gesellschaft aus eigener Kraft nicht retten kann, aber wahrscheinlich ist, dass Gesellschafter oder wichtige Gläubiger sich an der Sanierung beteiligen. Letzteres beispielsweise darf ein Verwaltungsrat annehmen, wenn der Verlust der Gläubiger bei einer Sanierung bedeutend geringer wäre als bei der Liquidation der Gesellschaft. Gläubiger sind zwar nicht verpflichtet, an einer Sanierung teilzunehmen, auch wenn sie dadurch bedeutend besser fahren als bei der Liquidation. Ihre Mitwirkung bei einer Sanierung ist in diesen Fällen aber in wirtschaftlicher Hinsicht vernünftig, und der Verwaltungsrat, der bei der Beurteilung der Sanierungsaussichten auf ein wirtschaftlich vernünftiges Verhalten seiner Gläubiger zählt, klammert sich nicht an unrealistische Rettungsszenarien.

VI. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schädigung

Eine Pflichtverletzung des Verwaltungsrats führt nur zu seiner Haftung, wenn sie eine Schädigung der Gläubiger oder Aktionäre zur Folge hat. Selbst wenn das Unterlassen der Benachrichtigung des Richters als Pflichtwidrigkeit erscheint, bleibt es folgenlos, wenn aufgezeigt werden kann, dass die klagenden Gläubiger durch das Unterlassen der Benachrichtigung keinen Schaden erleiden. Das ist insbesondere bei alten und langfristigen Gläubigern der Fall, die nicht in der Lage waren, ihre Forderungen innert kurzer Frist einzufordern. Nur neue Gläubiger und solche Gläubiger, die ihr Guthaben rasch hätten einfordern können, könnten geltend machen, dass sie der Gesellschaft keinen Kredit gegeben hätten bzw. diesen früher zurückgefordert hätten.

VII. **Schluss / Fazit**

Die sich scheinbar widersprechenden Pflichten des Verwaltungsrats und der grosse Handlungsspielraum, der ihm zukommt, sowie die Unsicherheit, die damit verbunden ist, sind vom Gesetzgeber gewollt. Dieser Handlungsspielraum kann für den Verwaltungsrat einerseits eine Belastung sein, weil klare Verhaltenskriterien fehlen. Auf der anderen Seite sollte er den Verwaltungsrat entlasten, weil eine Pflichtverletzung erst vorliegt, wenn er diesen Handlungsspielraum überschreitet. Bei der Beurteilung, ob sich ein Verwaltungsrat im Sanierungsfall falsch entschieden hat, darf also erst dann von einer Pflichtverletzung ausgegangen werden, wenn feststeht, dass der Verwaltungsrat seinen Handlungsspielraum überschritten hat, nicht aber bereits dann, wenn sich der Entscheid des Verwaltungsrats im Nachhinein als falsch herausstellt.