


Gesellschaftsrecht > Kommentierung > Bund > Aktiengesellschaft Ag > Keine Haftung des Verwaltungsrats aufgrund verspäteter Überschuldungsanzeige

Ansicht

Kommentierung Aktiengesellschaft (AG) 

Keine Haftung des Verwaltungsrats aufgrund verspäteter Überschuldungsanzeige

Kommentierung von BGer 4A_188/2022

 Valentin Jentsch, Prof. Dr. iur., LL.M. (Stanford), Rechtsanwalt

 Chantale Beck, BSc of Science ZFH in Wirtschaftsrecht

1. Sachverhalt

Eine Aktiengesellschaft, die den Handel mit medizinischen Geräten und Implantaten bezweckt (**Gesellschaft**), beabsichtigte, in der Schweiz zu expandieren. Am 3. Dezember 2015 und am 13. Januar 2016 schloss die Gesellschaft mit einer Leasinggesellschaft (**Gläubigerin**) zwei Leasingverträge über Computerhardware und eine Softwarelizenz ab. Ab dem 13. Mai 2016 mahnte die Gläubigerin die Gesellschaft zur Zahlung der Monatsraten, kündigte die Verträge und forderte die ausstehenden Beträge ein.

Nach der im Mai 2016 per 31. Dezember 2015 erstellten Zwischenbilanz war die Gesellschaft überschuldet. Der Verwaltungsratspräsident und Hauptaktionär, der deren Finanzierung sichergestellt hatte, gab daraufhin eine Rangrücktrittserklärung ab. Das geschäftsführende Verwaltungsratsmitglied mit Einzelunterschrift reichte am 3. Juni 2016 eine Überschuldungsanzeige beim Präsidenten des *Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois* ein, nachdem es über den Entscheid der Kapitalgeber informiert worden war, das Projekt «einzufrieren». Mit Beschluss vom 10. Oktober 2016 lehnte der Gerichtspräsident den Konkursantrag ab, mit Entscheid vom 4. April 2017 eröffnete das *Tribunal* den Konkurs über die Gesellschaft. Am 23. Juni 2017 meldete die Gläubigerin im Konkurs der Gesellschaft eine Forderung an, die in den Kollokationsplan aufgenommen wurde, und am 17. Juli 2018 wurden der Gläubigerin die Rechte der Konkursmasse über die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage abgetreten.

Die Gläubigerin reichte sodann beim *Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne* eine Klage auf Zahlung von CHF 34'132.24 zuzüglich Zins ein. Mit Urteil vom 17. Februar 2021 wies das *Tribunal* die Klage ab. Auch die Berufungsinstanz, der *Cour d'appel civile* des *Tribunal cantonal vaudois*, wies die daraufhin von der Gläubigerin eingelegte Berufung mit Urteil vom 16. März 2022 ab. Gegen dieses Urteil reichte die Gläubigerin eine Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein.

2. Rechtliche Erwägungen

Die Prozessvoraussetzungen sind grundsätzlich erfüllt, daher tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde der Gläubigerin ein (E. 1). Das Bundesgericht umschreibt seine Beschwerdekognition im Rahmen der Rechtsanwendung (E. 2.1) und im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung (E. 2.2). Aus prozessualen Gründen werden die Einwände der Gläubigerin gegen den vorinstanzlichen Standpunkt nicht gehört, wonach ein direkter Schaden nicht bewiesen wurde und daher nicht ersatzfähig ist (E. 3). Der Umstand, dass die geleasteten Gegenstände für die Gläubigerin von Nutzen waren, bleibt richtigerweise unerheblich; die Vorinstanz hatte nur untersucht und bejaht, dass diese Gegenstände für die Gesellschaft notwendig waren, und daher eine Sorgfaltpflichtverletzung des Verwaltungsratsmitglieds verneint (E. 4).

In der Hauptsache beruft sich die Gläubigerin auf eine Verletzung von Art. 725 OR, wonach das Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft seine Sorgfaltpflicht verletzt und die Überschuldungsanzeige zu spät gemacht habe (E. 5). Das Bundesgericht bestätigt seine bisherige Rechtsprechung in BGE 132 III 564 E. 51 S. 572 f., wonach (i) es dem Verwaltungsrat obliegt, die wirtschaftliche und finanzielle Lage der Gesellschaft regelmässig zu überprüfen; (ii) der Verwaltungsrat ausnahmsweise auf eine sofortige Benachrichtigung des Gerichts verzichten kann, falls sofort Massnahmen ergriffen werden, die auf eine konkrete Sanierung abzielen, und deren Erfolgsaussichten ernst zu nehmen sind; und (iii) der Verwaltungsrat bei der Beurteilung, ob «begründete Besorgnis» einer Überschuldung besteht, nicht nur auf die Bilanz abstellen, sondern auch andere Alarmsignale berücksichtigen muss, die mit der Entwicklung der Geschäftstätigkeit zusammenhängen, wie etwa das Vorhandensein anhaltender Verluste oder der Stand des Eigenkapitals (E. 5.1). Gestützt auf die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz hält das Bundesgericht fest, dass das Verwaltungsratsmitglied nicht zu lange gezögert hatte, um nach Art. 725 Abs. 2 OR vorzugehen (E. 5.2). Das Argument der Gläubigerin, dass die Gesellschaft bereits am 31. Dezember 2015 überschuldet war und das Verwaltungsratsmitglied die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft ständig überwachen musste, lässt das Bundesgericht nicht als Pflichtverletzung gelten, da im vorliegenden Fall vor der Ankündigung im Mai 2016, alle Finanzierungen einzustellen, keine finanziellen Schwierigkeiten zu befürchten und selbst die Kapitalgeber davon überrascht waren (E. 5.3).

Zudem beanstandet die Gläubigerin die Berechnung des Schadens, weswegen eine Verschärfung der Überschuldung fälschlicherweise verneint worden sei (E. 6). Das Bundesgericht bestätigt seine bisherige Rechtsprechung zum «Fortführungsschaden» zufolge Konkursverschleppung nach der Differenztheorie in BGE 132 III 342 E. 2.3.3 S. 348 und BGE 136 III 322 E. 3.2 S. 325 f., wonach die tatsächlich eingetretene Überschuldung der konkursiten Gesellschaft – eine «Projektion», die sich nicht notwendigerweise mit dem Zeitpunkt der Erstellung einer Zwischenbilanz nach Art. 725 Abs. 2 OR deckt – mit jener zu vergleichen ist, die bei einem Konkurs zum früheren Zeitpunkt bestanden hätte (E. 6.1). Der klagenden Partei kommt dabei, so das Bundesgericht, die Aufgabe zu, die Verschlechterung der finanziellen Lage der Gesellschaft zu behaupten und nachzuweisen, indem das Vermögen der Gesellschaft zum Liquidationswert in diesen beiden Zeitpunkten gegenübergestellt wird (E. 6.1.2). Der Bestand und die Höhe des Schadens sind Tatfragen, die das Bundesgericht binden, der Schadensbegriff bildet demgegenüber eine Rechtsfrage (E. 6.1.3). Im vorliegenden Fall konnte die Gläubigerin nicht nachweisen, dass aus einer mutmasslich verspäteten Überschuldungsanzeige ein Schaden entstanden ist (E. 6.2). Der Einwand der Gläubigerin, es sei dem Verwaltungsratsmitglied zuzurechnen, dass die erstinstanzliche Konkursbehörde auf Mitteilung hin nicht den Konkurs über die Gesellschaft eröffnet hatte, ist ebenfalls nicht durchgedrungen (E. 6.3).

Gestützt auf diese Erwägungen weist das Bundesgericht die Beschwerde ab, soweit sie zulässig ist, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (E. 7).

3. Kommentar

Der Entscheid liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und der kantonalen Gerichte. Gemäss dem noch geltenden Art. 725 Abs. 2 OR muss der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellen und prüfen lassen; zudem muss er im Fall einer Überschuldung das Gericht benachrichtigen, sofern kein Rangrücktritt vorliegt. Im Hinblick auf die Haftung des Verwaltungsrats aufgrund einer verspäteten Überschuldungsanzeige sind in sachverhaltsbezogener Betrachtungsweise drei Rechtsfragen zu unterscheiden.

Eine erste Rechtsfrage im Zusammenhang mit dem vorliegenden Entscheid lautet, in welchem Zeitpunkt der Verwaltungsrat zur Erstellung einer Zwischenbilanz und zur Prüfung derselben durch einen zugelassenen Revisor verpflichtet ist. Diese Rechtsfrage wurde durch das Bundesgericht keiner Überprüfung unterzogen. Anknüpfungspunkt ist die «begründete Besorgnis einer Überschuldung» (Art. 725 Abs. 2 OR). Der Verwaltungsrat muss daher bereits bei der Vermutung und nicht erst bei sicherer Kenntnis der Überschuldung handeln.¹ Dies bedarf einer Einzelfallprüfung anhand der konkreten Umstände.²

Die zweite, davon zu unterscheidende Rechtsfrage, die im vorliegenden Entscheid von zentraler Bedeutung war, lautet, ab welchem Zeitpunkt die Benachrichtigung des Gerichts (Überschuldungsanzeige) zu spät erfolgt ist. Im Fall einer Überschuldung muss das Gericht grundsätzlich «unverzüglich» benachrichtigt werden. Bei bestehenden Sanierungsaussichten darf der Verwaltungsrat ausnahmsweise während einer begrenzten Zeitspanne (Toleranzfrist) mit der Überschuldungsanzeige zuwarten. In Rechtsprechung und Lehre werden Bestand und Umfang der Toleranzfrist kontrovers diskutiert.

In der bisherigen Praxis hatte das Bundesgericht mehrfach festgehalten, dass der Verwaltungsrat keine Pflichtverletzung begeht, sofern er die Gesellschaft «unverzüglich» saniert.³ In einem anderen Entscheid hatte das Bundesgericht unter Berufung auf *Peter Böckli* festgehalten, dass wenige Wochen angemessen erscheinen.⁴ In einem besonders gelagerten Fall hatte das Zürcher Handelsgericht entschieden, dass die während 8 Monaten unterbliebene Überschuldungsanzeige vor allem aufgrund der Grösse des Konzerns und der damit verbundenen Komplexität der Restrukturierung keine Pflichtverletzung darstellt.⁵

Ein Teil der Lehre lehnt die Toleranzfrist als solche gestützt auf den Gesetzeswortlaut ab, wonach kein Ermessensspielraum des Verwaltungsrats bestehe.⁶ Diese Ansicht wird unter anderem damit begründet, dass die Risiken, die mit der Benachrichtigung des Gerichts verbunden sind, wesentlich geringer sind als jene Risiken, die sich aus der Ermessensausübung des Verwaltungsrats ergeben.⁷ Die überwiegende Lehre befürwortet eine Toleranzfrist, jedoch mit unterschiedlichen Schattierungen.⁸ Zur Begründung dieser Auffassung wird etwa angeführt, dass ein Verwaltungsrat, der in der Krise wie ein Unternehmer oder eine Unternehmerin handelt, sich nicht pflichtwidrig verhalte, zumal das Sanierungsrecht auf den Fortbestand der Gesellschaft ausgerichtet ist.⁹ *Peter Böckli* spricht sich etwa für eine fixe Frist von 4 bis 6 Wochen aus, sofern eine Sanierung in Aussicht steht.¹⁰ *Yves Mauchle* und *Hans Caspar von der Crone* differenzieren insofern, dass bei einer Überschuldung nicht länger als 30 Tage, bei grösseren Konzernen aber länger (maximal 60 Tage) zugewartet werden darf.¹¹ *Lukas Glanzmann* lehnt demgegenüber fixe Fristen ab mit der Begründung, dass jede Sanierungssituation individuell ist und anders verläuft.¹²

Eine dritte Rechtsfrage, die mit der Überschuldungsanzeige zusammenhängt, jedoch eine besondere Situation betrifft, hat das Bundesgericht zwar aufgeworfen, aber nicht abschliessend beurteilt. Dabei geht es um die Frage, ob die Abweisung des Antrags auf Konkursöffnung durch das Gericht dem beantragenden Verwaltungsrat zuzurechnen ist. Dieser Fall wird im Gesetz nicht geregelt und auch in Gerichtspraxis und Literatur kaum thematisiert. Sofern der Konkurs tatsächlich aufgrund falscher oder unvollständiger Angaben und Unterlagen nicht durch das Gericht eröffnet werden kann, muss dieser Umstand richtigerweise dem Verwaltungsrat zugerechnet werden, zumindest sofern dieser auch bei einer erneuten Aufforderung des Gerichts auf Vervollständigung der Informationen untätig bleibt.¹³ Wie es sich diesbezüglich im vorliegenden Fall verhalten hat, ist aus dem Sachverhalt nicht klar ersichtlich.

Zudem gilt es anzumerken, dass die Toleranzfrist im revidierten Aktienrecht, das auf den 1. Januar 2023 in Kraft tritt, ausdrücklich im Gesetzestext geregelt wird. Art. 725b Abs. 4 Ziff. 2 OR schreibt neu vor, dass die Benachrichtigung des Gerichts unterbleiben kann, «solange begründete Aussicht besteht, dass die Überschuldung innert angemessener Frist, spätestens aber 90 Tage nach Vorliegen der geprüften Zwischenabschluss[e], behoben werden kann», ausser bei zusätzlicher Gefährdung von Gläubigerforderungen.¹⁴ Diese Kodifikation der Rechtsprechung schafft Rechtssicherheit und ist daher zu begrüssen.

1. Vgl. dazu etwa *Lukas Handschin*, in: Lukas Handschin (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft: Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation (Art. 698–726 und 731b OR), 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018, Art. 725 N 4.

2. Siehe hierzu etwa *Hanspeter Wüstiner*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 725 N 32; *Handschin* (Fn. 1), Art. 725 N 84.

3. BGE 116 II 533 E. 5a S. 540 f.; Urteil des Bundesgerichts 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 4C.436/2006 vom 18. April 2007 E. 4.1.

4. Urteil des Bundesgerichts 6B_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.2: «Angemessen erscheint eine auf wenige Wochen bemessene Frist». Siehe auch *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 816 f. und N 818 (Frist von 4 bis 6 Wochen).

5. Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG100052 vom 7. März 2013 E. 3.3.29. Befürwortend *Roland Fischer/Flavio Delli Colli*, Sanierungsbemühungen bei Überschuldung, GesKR 2014, S. 255 ff. Kritisch *Jvo Grundler*, Die Toleranzfrist des Verwaltungsrats bei der Überschuldungsanzeige, ST 2015, S. 6.

6. Stellvertretend *Roland Ruedin/Emmanuel Piaget*, Le moment de l'avis au juge, AJP 2003, S. 1329 ff. Siehe auch *Peter Forstmoser*, Der Richter als Krisenmanager? Überlegungen zu Art. 725 f OR, in: Peter Forstmoser/Heinrich Honsell/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, S. 263 ff., S. 272 f.

7. *Ruedin/Piaget* (Fn. 6), S. 1337.

8. Statt vieler *Forstmoser* (Fn. 6), S. 286; *Böckli* (Fn. 4), § 13 N 817f. Siehe auch *Cathrine Konopatsch*, Verspätete Überschuldungsanzeige als Misswirtschaft gemäss Art. 165 Ziff. 1 StGB, ZStR 2016, S. 196 ff., S. 201 ff.

9. Für eine Übersicht der Einzelargumente *Forstmoser* (Fn. 6), S. 274 ff.

10. *Böckli* (Fn. 4), § 13 N 816, m.w.N.

11. *Yves Mauchle/Hans Caspar von der Crone*, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten?, SZW 2014, S. 227 ff., S. 233 f. (Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Toleranzfrist), S. 237 ff. (kritische Würdigung).

12. *Lukas Glanzmann*, Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, S. 247 ff., S. 278.

13. So schon *Michael Krampf/Rolf Schuler*, Art. 2, Abs. 2 des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, AJP 2002, S. 1060 ff., S. 1065 f.

14. Grundlegend *Hans Caspar von der Crone*, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rz. 2007 (mehr Rechtssicherheit, aber Einschränkung gegenüber ständiger Praxis des Bundesgerichts); *Peter Forstmoser/Marcel Küchler*, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Bern 2021, Art. 725b N 16 («stille Sanierung»). Weiterführend *Denise Jagmetti/Philip Talbot*, Insolvenzerklärung juristischer Personen und Überschuldungsanzeige: Unter Berücksichtigung der Praxis des Konkursgerichts Zürich und des neuen Aktienrechts, ZZZ 2022, S. 264 ff., S. 269 ff.

iusNet GR 24.11.2022

<p>Inhalt</p> <p>Newsletter Archiv</p> <p>Stichwortverzeichnis</p> <p>Autoren</p> <p>Abo bestellen</p>	<p>Schulthess Produkte</p> <p>iusNet Intellectual Property</p> <p>iusNet Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht</p> <p>iusNet Droit Civil</p> <p>Fachliteratur</p> <p>Fachkatalog Recht</p>	<p>Kontakt</p> <p>Schulthess Juristische Medien AG</p> <p>Zwingliplatz 2</p> <p>Postfach 2218</p> <p>CH-8021 Zürich</p> <p>Telefon +41 44 200 29 29</p> <p>Fax +41 44 200 29 48</p> <p>service@schulthess.com</p> <p>www.schulthess.com</p>
---	---	--