Peter V. Kunz
Florian S. Jörg
Oliver Arter
(Herausgeber)

Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX

Dieter Gericke / Stefan Waller
Lukas Glanzmann
Urs P. Gnos
Florian S. Jörg
Peter Jung
Peter V. Kunz
Michael Nordin / Regula Portmann
Urs Schenker



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3123-0
ISBN Judocu 978-3-0354-1125-6
ISBN E-Book 978-3-7272-5852-7



Haftungsrisiken der Leitungsorgane in der finanziellen Krise des Unternehmens

LUKAS GLANZMANN*

Inhaltsverzeichnis

1.	**Einleitung**	**248**
2.	**Aktivlegitimation der Gläubiger**	**249**
3.	**Passivlegitimation**	**252**
3.1	Formelle, materielle und faktische Organe	252
3.1.1	Allgemeines	252
3.1.2	Formelle Organe	252
3.1.3	Materielle Organe	253
3.1.4	Faktische Organe	254
3.2	Solidarität der Ersatzpflichtigen	255
4.	**Der Schaden**	**256**
4.1	Fortführungs- und Veräusserungswerte	256
4.2	Tatsächlicher Schaden	257
4.3	Ersatzfähiger Schaden bei Konkursverschleppung	259
4.4	Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	261
5.	**Die Pflichtverletzung**	**266**
5.1	Allgemeine Pflichten und Business Judgment Rule	266
5.2	Haftungsbefreiung durch Delegation	268
5.3	Unübertragbare Aufgaben nach Art. 716a OR	269
5.3.1	Oberleitungs- und Organisationsverantwortung	269
5.3.2	Finanzverantwortung	270
5.4	Besondere Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung	271
5.4.1	Kapitalverlust	271
5.4.2	Überschuldung	274
5.4.3	Zahlungsunfähigkeit	279

* Einzelne Teile dieses Beitrags entstammen früheren Publikationen des Autors, die unter den Titeln «Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten», in: ZSR NF Bd. 119 (2000), S. 135–193, «Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen», in: ROBERTO (Hrsg.): Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 19–101, und «Das neue Rechnungslegungsrecht», in: KUNZ/ARTER/JÖRG (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, S. 251–289, erschienen sind. Es wird darauf verzichtet, diese Beiträge systematisch zu zitieren. Der Autor dankt SEVERIN CHRISTEN, MLaw, und RA PHILIP SPOERLÉ, M.A. HSG in Law & Economics, für ihre wertvolle Mitarbeit. Etwaige Bemerkungen werden gerne entgegengenommen (lukas.glanzmann@bakermckenzie.com).

6. Folgerungen 280
Literaturverzeichnis 282

1. Einleitung

Im Konkurs einer Gesellschaft sehen sich die Gesellschaftsgläubiger mit der harten Realität der beschränkten Haftung ihres Schuldners konfrontiert. Um den Ausfall ihrer Forderungen möglichst gering zu halten, werden viele Gläubiger zusätzliches Haftungssubstrat suchen. Oft glauben sie, dieses bei den Leitungs- und Revisionsorganen zu finden.[1] Sie werden dazu geltend machen, die Organe hätten die Gesellschaft durch ihr pflichtwidriges Verhalten geschädigt und damit ihnen, also den Gesellschaftsgläubigern, mittelbar ebenfalls einen Schaden zugefügt.[2]

Die Gläubiger können im Konkurs der Schuldnergesellschaft deren Leitungsorgane[3] mittels Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR belangen und auch einen mittelbaren Schaden geltend machen.[4] Die erfolgreiche Geltendmachung einer Verantwortlichkeitsklage setzt voraus, dass die anspruchsberechtigte Person einen Schaden erlitten hat, der von der verantwortlichen Person pflichtwidrig und schuldhaft verursacht worden ist, wobei zwischen dem pflichtwidrig schuldhaften Verhalten und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen muss.

Im Folgenden werden einzelne Aspekte der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR diskutiert. Nicht näher eingegangen wird auf den adäquaten Kausalzusammenhang.[5] Bezüglich des Verschuldens sei lediglich erwähnt, dass auch im Verantwortlichkeitsrecht jedes Verschulden – d.h. auch leichte Fahrlässigkeit[6] – für eine Haftung genügt, wobei ein objek-

1 GLANZMANN, Corporate Governance, S. 139.

2 Zur Abgrenzung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden vgl. GLANZMANN, Corporate Governance, S. 167–169, und DRUEY/GLANZMANN, § 14 N 96–99 m.w.N.

3 Auf die Haftung der Revisionsstelle nach Art. 755 OR wird im vorliegenden Aufsatz nicht eingegangen.

4 Andere Haftungsgrundlagen, wie etwa jene nach Art. 678 OR, Art. 108 FusG oder Art. 52 AHVG, werden in diesem Aufsatz nicht diskutiert.

5 Vgl. dazu anstelle vieler BasK-GERICKE/WALLER, N 42–45 zu Art. 754 OR.

6 BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5, bestätigt in BGE 139 III 24 E. 3.5. Ein nur «leichtes Verschulden» bildet theoretisch einen Reduktionsgrund bei der Schadenersatzbemessung (Art. 43 Abs. 1 OR); vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 75; BÖCKLI, § 18 N 447 f.

tivierter Verschuldensmassstab angewendet wird.[7] Ein Verschulden ist somit immer dann gegeben, wenn die verantwortliche Person nicht so gehandelt hat, wie es von einem durchschnittlichen Organmitglied unter den gleichen Umständen verlangt werden darf.[8] In der Praxis hat dies zur Folge, dass mit der Bejahung der Pflichtwidrigkeit in der Regel auch das Verschulden gegeben ist.[9] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann man sich insbesondere nicht ohne weiteres wegen mangelnder Ausbildung oder fehlender Zeit exkulpieren, denn in diesen Fällen liegt möglicherweise ein Übernahmeverschulden vor.[10]

Gemäss Art. 827 OR sind die aktienrechtlichen Vorschriften auch auf die Verantwortlichkeit der Personen, die mit der Geschäftsführung einer GmbH befasst sind, anwendbar. Die vorliegenden Ausführungen zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats bei der Aktiengesellschaft gelten deshalb grundsätzlich gleichermassen für die GmbH.

2. Aktivlegitimation der Gläubiger

Nach dem Wortlaut von Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Dies bedeutet, dass grundsätzlich die Gesellschaft, die einzelnen Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger aktivlegitimiert sind. Diese Klagelegitimation

---

7 Grundlegend FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 292–297; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 80.

8 BGE 113 II 52 E. 3a; BGE 122 III 195 E. 3a; BGer 4C.358/2005 vom 17. Februar 2007, E. 5.6 (Hinweis auf den «objektivierten Verschuldensmassstab» fehlt in BGE 133 III 116); BGer 6B_54/2008 vom 9. Mai 2008, E. 6.4; BGer 4A_467/2010 vom 5. Januar 2011, E. 3.3. Vgl. zum Ganzen BÖCKLI, § 18 N 430; BasK-GERICKE/WALLER, N 32 zu Art. 754 OR; WIEGAND, S. 11; BÄRTSCHI, S. 301 f.; KUNZ, Haftungsvoraussetzungen, S. 1275.

9 WIEGAND, S. 12; ähnlich BÖCKLI, § 18 N 437.

10 BGE 93 II 22 E. 3b (in Bezug auf eine Revisionsstelle); BGE 97 II 403 E. 5b; BGE 112 II 172 E. I.2c (in Bezug auf eine Haftung nach Art. 25 Abs. 2 AFG); BGE 122 III 195 E. 3b. Vgl. zudem KUNZ, Haftungsvoraussetzungen, S. 1275 f.; BasK-GERICKE/WALLER, N 32 zu Art. 754 OR; ISLER, *passim*; KUNZ, Annahmeverantwortung, *passim* (letztere zwei jeweils allgemein zum Übernahmeverschulden von Verwaltungsratsmitgliedern).

wird allerdings sowohl für den mittelbaren als auch für den direkten Schaden relativiert:

Hinsichtlich des mittelbaren Schadens statuiert Art. 756 Abs. 1 OR, dass vor einem Konkurs – bzw. vor der Bestätigung eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung[11] – neben der Gesellschaft nur die Aktionäre berechtigt sind, den der Gesellschaft verursachten Schaden einzuklagen. Den Gläubigern steht in dieser Phase richtigerweise kein Recht zu, einen mittelbaren Schaden geltend zu machen, sind sie doch zu diesem Zeitpunkt auch noch nicht geschädigt.[12] Sodann steht im Konkurs bzw. in der Nachlassliquidation die Berechtigung, einen Gesellschaftsschaden einzuklagen, zunächst einmal der Konkursverwaltung bzw. – in der Nachlassliquidation – dem Liquidator zu.[13] Erst wenn diese auf die Verfolgung der Ansprüche verzichten, sind gemäss Art. 757 Abs. 2 OR auch die Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger je einzeln zur Klage legitimiert.

Die Gläubiger und Aktionäre können die Organe jederzeit auf Ersatz ihres direkten Schadens einklagen, solange über die Gesellschaft kein Konkurs eröffnet und kein Nachlassvertrag bestätigt worden ist.[14] Hingegen ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Klagelegitimation im Konkurs bzw. in der Nachlassliquidation der Gesellschaft eingeschränkt, wenn nebst den Aktionären und Gesellschaftsgläubigern auch die Gesellschaft direkt geschädigt worden ist.[15] In diesem Fall können die Aktionäre und Gläubiger ihren direkten Schaden nur dann geltend machen, wenn der entsprechende Anspruch auf einer ausschliesslich die Gläubiger schützenden aktienrechtlichen Norm, auf einem widerrechtlichen Verhalten im Sinne von Art. 41 OR oder einem Tatbestand der *culpa in contrahendo* beruht.[16]

Aktionäre erheben kaum je Verantwortlichkeitsklagen gegen die Organe, weder vor noch im Konkurs der Gesellschaft.[17] Demgegenüber sind im

---

11 Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ist dem Konkurs gleichgestellt; Art. 317–331 SchKG. Vgl. BGE 117 II 432 E.1b/hh; BGE 122 III 166 E. 3b/aa m.w.N. Siehe zudem RASCHEIN, S. 358; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 77 f., 100 und 116; BÖCKLI, § 18 N 282; BasK-GERICKE/WALLER, N 3 zu Art. 757 OR. Anderes gilt jedoch für den ordentlichen Nachlassvertrag (vgl. BGE 122 III 166 E. 3b/bb und BÖCKLI, § 18 N 283).

12 FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 96; BasK-GERICKE/WALLER, N 2 zu Art. 756 OR.

13 Art. 757 Abs. 1 OR.

14 BGE 131 III 306 E. 3.1.2.

15 BGE 131 III 306 E. 3.1.2.

16 Vgl. BGE 122 III 176 E. 7; BGE 131 III 306 E. 3.1.2; BGE 132 III 564 E. 3.2.3 (= Pra 2007 Nr. 57); siehe auch DRUEY/GLANZMANN, § 14 N 109.

17 Vgl. zu den Gründen GLANZMANN, Corporate Governance, S. 174–179.

Konkurs und in der Nachlassliquidation der Gesellschaft Klagen der Konkursverwaltung bzw. des Liquidators und der Gläubiger verbreitet.

Bei Klagen der Konkursverwaltung bzw. des Liquidators mag der Grund dafür darin liegen, dass diese nicht auf eigenes Risiko, sondern auf jenes der Gläubigergesamtheit klagen. Selbst wenn die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator eine Zustimmung der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses einholt, stellt dies keine wirkliche Hürde dar, da die einzelnen Gläubiger nur einen Bruchteil der Kosten tragen.[18]

Klagen von Gläubigern sind wegen ihrer speziellen Entschädigungsstruktur beliebt: Gläubiger, die mittels einer Verantwortlichkeitsklage einen Gesellschaftsschaden geltend machen, können sich nämlich für ihre Kosten und Forderungen aus dem Prozesserlös vorab befriedigen.[19] Unter den klagenden Gläubigern wird der Erlös nach Massgabe ihres konkursrechtlichen Rangs verteilt.[20] Dabei ist zu beachten, dass ein Gläubiger den gesamten Gesellschaftsschaden geltend machen kann und nicht etwa nur einen Schaden in der Höhe seiner eigenen Forderung.[21] Erst ein etwaiger Überschuss fällt zuerst den klagenden Aktionären und danach der Konkursmasse zu.[22]

Die Regelung der Verteilung des Prozesserlöses an die Gläubiger (Anspruch auf Vorabbefriedigung für den klagenden Gläubiger) ist identisch mit jener bei der Abtretung nach Art. 260 SchKG.[23] Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass die Gläubiger einen genügenden ökonomischen Anreiz haben, Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft zu verfolgen.[24] Dazu wäre es aber nicht notwendig, ihnen eine derart hohe Prämie zuzugestehen. Die Gläubiger dürften nämlich auch genügend Anreiz haben, Ansprüche der Gesellschaft zu verfolgen, wenn der Prozesserlös in die Konkursmasse fällt und sie sich für ihre Kosten vorab befrie-

---

18 Vgl. jedoch BÖCKLI, § 18 N 347, und BasK-GERICKE/WALLER, N 19 zu Art. 757 OR, mit dem Hinweis darauf, dass die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator in vielen Fällen zum Ergebnis kommen wird, dass sich eine Verantwortlichkeitsklage nicht lohnt. Gründe hierfür können (zu) geringe Erfolgschancen, eine geringe Zahlungsfähigkeit des Beklagten sowie die Höhe des Kostenvorschusses oder der Sicherungsleistung nach Art. 98 und 99 Abs. 1 lit. b ZPO sein.

19 Art. 757 Abs. 2 Satz 2 OR i.V.m. Art. 260 Abs. 2 SchKG.

20 Art. 757 Abs. 2 Satz 2 OR. Vgl. auch Art. 260 Abs. 2 SchKG.

21 BGE 122 III 166 E. 3a. Vgl. auch BasK-GERICKE/WALLER, N 23 zu Art. 757 OR; CHK-BINDER/ROBERTO, N 12 zu Art. 757 OR; BÖCKLI, § 18 N 348a (insb. zu den damit verbundenen Risiken).

22 Art. 757 Abs. 2 Satz 3 OR.

23 Art. 260 Abs. 2 SchKG.

24 BGE 117 II 432 E. 1b/ff. Vgl. zudem RASCHEIN, S. 363.

digen könnten. Die momentane Regelung dürfte die Mentalität fördern, dass man sich von den Organen das holt, was es noch zu holen gibt.[25]

3. Passivlegitimation

3.1 Formelle, materielle und faktische Organe

3.1.1 Allgemeines

Nach Art. 754 Abs. 1 OR unterliegen die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Da bei der Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat das primäre geschäftsführende Organ ist,[26] müsste korrekterweise von allen *anderen* mit der Geschäftsführung befassten Personen die Rede sein.

Die mit der Geschäftsführung befassten Personen werden üblicherweise in formelle, materielle und faktische Organe unterteilt.[27]

3.1.2 Formelle Organe

Als formelle Organe gelten sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats. Diese sind für Handlungen und Unterlassungen ab Annahme der Wahl[28] bzw., falls später, ab Beginn ihrer Amtsperiode verantwortlich.[29] Nicht notwendig ist, dass die betreffenden Personen im Handelsregister eingetragen sind.[30] Die Zeitperiode, für welche ein Verwaltungsratsmitglied verantwortlich ist, endet mit dem Rücktritt, der Abberufung oder der fehlenden Wiederwahl nach Ablauf der Amtszeit.[31] Entscheidend ist damit grundsätzlich der Zeitpunkt, ab welchem für das Verwaltungsratsmitglied

25 Vgl. dazu GLANZMANN, Corporate Governance, S. 183 f.

26 Art. 716 Abs. 2 OR.

27 VOGEL, S. 255 f. und 263–266 m.w.N.; ähnlich BÄRTSCHI, S. 99 f.; BasK-GERICKE/WALLER, N 4 f. zu Art. 754 OR; CHK-BINDER/ROBERTO, N 2 f. zu Art. 754 OR; kritisch zur Unterscheidung zwischen «materiellen» und «faktischen» Organen BÖCKLI, § 18 Fn. 233.

28 Die Rechte und Pflichten gegenüber der Gesellschaft entstehen mit der Annahme der Wahl: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 181 f.

29 Ähnlich BasK-GERICKE/WALLER, N 11 zu Art. 754 OR («mit dessen Wahl und Amtsantritt»).

30 VOGEL, S. 268 m.w.N.; DRUEY/GLANZMANN, § 14 N 37; CHK-BINDER/ROBERTO, N 2 zu Art. 754 OR; BÄRTSCHI, S. 97.

31 BGE 111 II 480 E. 2a. Vgl. auch BASK-GERICKE/WALLER, N 11 zu Art. 754 OR.

die Möglichkeit entfällt, den Geschäftsgang der Gesellschaft zu beeinflussen. Nicht abzustellen ist hingegen darauf, ob das fragliche Verwaltungsratsmitglied danach noch für eine gewisse Zeit im Handelsregister eingetragen ist.[32] Allenfalls ist jedoch dann eine Haftung für Handlungen oder Unterlassungen nach dem oben stehenden Zeitpunkt denkbar, wenn die im Handelsregister eingetragene Person nichts unternimmt, um die Löschung des Eintrags[33] zu bewirken oder zu beschleunigen.[34]

3.1.3 Materielle Organe

Neben den Mitgliedern des Verwaltungsrats unterliegen auch die übrigen mit der Geschäftsführung betrauten Personen, wie etwa Direktoren[35] oder Geschäftsführer, der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Diese Personen werden als materielle Organe bezeichnet, weil sie nicht dem Verwaltungsrat angehören, jedoch formell zur Geschäftsführung bestellt wurden.[36] Hinsichtlich Beginn und Ende ihrer Verantwortlichkeit gilt das zu den formellen Organen Gesagte.[37]

---

[32] Vgl. in Bezug auf eine Haftung nach Art. 52 Abs. 1 AHVG BGE 126 V 61 E. 4c (dort jedoch mit dem Hinweis darauf, dass die Situation der Ausgleichskasse von derjenigen eines Gläubigers, für den die Besetzung des Verwaltungsrats aus Bonitätsgesichtspunkten von Relevanz sein kann, eine Unterschiedliche sei) und BGer 9C_535/2008 vom 3. Dezember 2008, E. 2. Siehe zudem BASK-GERICKE/WALLER, N 11 zu Art. 754 OR.

[33] Vgl. Art. 938b Abs. 2 OR i.V.m. Art. 17 Abs. 2 lit. a HRegV, wonach die ausscheidende Person die Anmeldung der Löschung selber vornehmen kann.

[34] So etwa FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 676–679 und N 765–768 (der von einer «Haftung als Organ durch Kundgabe» spricht), und VETTER, S. 151. Vgl. auch BGE 111 II 480 E. 2a (offengelassen; wiederum mit einem Hinweis auf die Gefahr der falschen Einschätzung der Bonität durch mögliche Gläubiger). Ablehnend BasK-GERICKE/WALLER, N 11 zu Art. 754 OR.

[35] Gemäss BGer H 420/99 vom 22. März 2001, E. 2a, hat ein im Handelsregister als Einzelzeichnungsberechtigter eingetragener Direktor ohne weiteres Organstellung. Demgegenüber können Personen in untergeordneter und abhängiger Stellung, wie etwa Prokuristen, höchstens in Ausnahmefällen noch als Organe bezeichnet werden (BGE 128 III 29 E. 3a mit Hinweis auf die Kritik in der Lehre zur Bezeichnung einer Prokuristin als Organ in BGE 117 II 432 E. 2).

[36] VOGEL, S. 263.

[37] Vgl. im Einzelnen VOGEL, S. 281–285.

3.1.4 Faktische Organe

Schliesslich können auch jene Personen zur Verantwortlichkeit gezogen werden, die zwar nicht als formelles oder materielles Organ bestellt wurden, sich jedoch tatsächlich mit der Geschäftsführung befassen.[38] Dies entspricht der vom Bundesgericht noch unter dem alten Aktienrecht begründeten Praxis, wonach auch Personen verantwortlich sind, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.[39] Grundsätzlich unbeachtlich ist, ob die betreffenden Personen als Direktoren, Prokuristen oder Zeichnungsberechtigte im Handelsregister eingetragen sind.[40] Vielmehr kommt es einzig auf deren Stellung innerhalb der Gesellschaft an. Dabei trifft die Verantwortlichkeit nur die oberste Leitung einer Gesellschaft, also die «oberste Schicht der Hierarchie».[41]

Nicht aktienrechtlich verantwortlich sind Personen, die bei der Entscheidfassung bloss mithelfen, etwa durch die Bereitstellung technischer, kaufmännischer oder juristischer Grundlagen[42]. Erforderlich ist vielmehr, dass die Kompetenzen der betreffenden Personen wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehen und sich zu einer

---

38 Vgl. Art. 754 Abs. 1 OR («alle mit der Geschäftsführung [...] *befassten* Personen»); VOGEL, S. 301 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 7. Keiner Haftung unterliegen nach FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 7, die an der Generalversammlung beteiligten Aktionäre, sofern sie keine besonderen Funktionen ausüben. A.M. für den Fall von Beschlüssen gemäss Art. 29 Abs. 2 BEHG, BERTSCHINGER, Kompetenzen, S. 333 f., und dem Grundsatz nach bereits MEIER-SCHATZ, S. 274 Fn. 71.

39 Vgl. anstelle vieler BGE 107 II 349 E. 5a; BGE 114 V 213 E. 3; BGE 132 III 523 E. 4.5; und jüngst BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1, sowie BGer 9C_317/2011 vom 30. September 2011, E. 4.1.1.

40 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 17.

41 Vgl. BGE 117 II 570 E. 3; BGE 128 III 29 E. 3a (mit Hinweisen auf die Lehre); FORSTMOSER/LACHAT-HÉRITIER, S. 10. Ob unter der «obersten Schicht der Hierarchie» nur die Geschäftsleitung und Direktion oder auch ein weiter gefasster Personenkreis zu verstehen ist, ist in der Lehre umstritten. Für eine «enge» Fassung des Organbegriffs und stellvertretend für die wohl überwiegende Lehre: DRUEY, Organisation, S. 79 (insb. Fn. 10); FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 5 f.; TERCIER/STOFFEL, S. 310 f.; KRNETA, N 2070; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 109. A.M. BÖCKLI, § 18 N 107; VETTER, S. 190 f. (der darauf hinweist, dass das faktische Organ in den meisten Fällen nicht in die hierarchische Ordnung der AG eingebunden ist, weshalb die hierarchische Stellung nur ein Indiz bilden sollte).

42 BGE 114 V 213 E. 4a; BGE 117 II 570 E. 3; BGE 128 III 29 E. 3a.

massgebenden Mitwirkung bei der Willensbildung verdichten.[43] Zudem ist erforderlich, dass die tatsächlich als Organ handelnde Person den durch die Verletzung ihrer Pflichten eingetretenen Schaden verhindern kann.[44]

Personen können auch für pflichtwidrige Unterlassungen als faktisches Organ verantwortlich werden, sofern sie aufgrund ihrer Stellung leitende Aufgaben wahrnehmen können, in bestimmten Bereichen tatsächlich tätig werden und im Rahmen des an sich wahrgenommenen Aufgabenbereichs ein Tätigwerden erforderlich gewesen wäre.[45] Eine Haftung als faktisches Organ für Unterlassungen ist hingegen dann nicht angezeigt, wenn die entsprechende Tätigkeit in den unentziehbaren und undelegierbaren Aufgabenbereich des Verwaltungsrats fällt, wie dies beispielsweise bei der Überschuldungsanzeige der Fall ist.[46] Als faktische Organe können sich auch juristische Personen qualifizieren, was namentlich in Konzernverhältnissen von Bedeutung ist.[47]

3.2 Solidarität der Ersatzpflichtigen

Sind mehrere Personen für einen Schaden ersatzpflichtig, dann haften sie gegenüber den Ersatzberechtigten solidarisch.[48] Dabei handelt es sich um eine sog. *differenzierte* Solidarität, d.h., jedes Organmitglied ist nur insoweit persönlich haftbar, als ihm der Schaden aufgrund seines Verschul-

---

43 BGE 117 II 570 E. 3; BGE 128 III 29 E. 3a.

44 BGer 4A_389/2009 vom 9. November 2009, E. 2.4; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1.

45 BGE 128 III 92 E. 3a; BGE 136 III 14 E. 2.4; unklar BGE 107 II 349 E. 5b/c. Vgl. zudem FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 8; BÖCKLI, § 18 N 109; BasK-GERICKE/WALLER, N 7 zu Art. 754 OR; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 686 f.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, S. 39; BÄRTSCHI, S. 230; HANDSCHIN, Konzern, S. 336 f. (für den Konzern). A.M. MAURENBRECHER, S. 1337.

46 Vgl. allgemein WOLF, § 8 N 375. In Bezug auf die Überschuldungsanzeige nach Art. 725 Abs. 2 OR vgl. ROBERTO, S. 120, und AFFENTRANGER, S. 110. Weiteres dazu unten 5.3 und 5.4.

47 BGE 132 III 523 E. 4.5; BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.1.1; VOGEL, S. 350 f.; DRUEY/VOGEL, S. 348; BÄRTSCHI, S. 103; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 110; DRUEY/GLANZMANN, § 14 N 45; BÖCKLI, § 18 N 109b; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 727; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 37 N 15; ROBERTO, S. 107; VETTER, S. 199–204; BasK-GERICKE/WALLER, N 10 zu Art. 754 OR. A.M. VON BÜREN, S. 208 f.

48 Art. 759 Abs. 1 OR.

dens und der Umstände persönlich zugerechnet werden kann.[49] Ein Organmitglied haftet deshalb nur für einen Schaden, den es selber adäquat kausal und schuldhaft verursacht oder zumindest mitverursacht hat.[50] Wie bereits erwähnt, kann eine Haftungsgrundlage auch darin gesehen werden, dass das fragliche Organmitglied gerade nicht gehandelt hat, obwohl es hätte handeln sollen.[51]

4. Der Schaden

4.1 Fortführungs- und Veräusserungswerte

Gewöhnliche Gläubiger der dritten Klasse[52] werden im Konkurs ihrer Schuldner-Gesellschaft praktisch immer zu Schaden kommen, selbst wenn sich deren Organe bezüglich der Konkurseröffnung pflichtgemäss verhalten haben. Der Grund dafür liegt im System von Art. 725 OR.

Bei der Analyse von Art. 725 Abs. 2 OR ist relevant, dass es Fortführungs- und Veräusserungswerte gibt. Dabei ist zu beachten, dass eine Bilanz zu Veräusserungswerten in der Regel ein tieferes Eigenkapital ausweist als eine Bilanz zu Fortführungswerten. Dies ist auf zwei Gründe zurückzuführen: Einerseits ist der Wert eines Aktivums zu Veräusserungswerten meistens tiefer als jener zu Fortführungswerten.[53] Anderseits sind bei einem Wechsel auf Veräusserungswerte zusätzliche Verbindlichkeiten in der Form von Rückstellungen zu bilanzieren.[54] Beides wirkt sich negativ auf das Eigenkapital aus.[55]

---

49 Art. 759 Abs. 1 OR. Siehe zum Ganzen BÖCKLI, § 18 N 486–490; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 107; BasK-GERICKE/WALLER, N 3 f. zu Art. 759 OR; VOGT, Solidarität, S. 25–28 m.w.N.

50 BÖCKLI, § 18 N 490; BasK-GERICKE/WALLER, N 3 f. zu Art. 759 OR.

51 Vgl. oben 3.1.4 (letzter Absatz) in Bezug auf faktische Organe.

52 Art. 219 Abs. 4 SchKG.

53 DRUEY/GLANZMANN, § 8 N 62; DRUEY, Überschuldung, S. 100 und 102; LANZ, S. 130; HANDSCHIN, Pflichten, S. 444 f.; HANDSCHIN, Rechnungslegungsrecht, Rz 34. Ausnahmen hiervon können theoretisch dann bestehen, wenn erhebliche stille Reserven (insb. im Zusammenhang mit Immobilien) zum Vorschein treten, welche die übrigen Wertminderungen auf- oder überwiegen (vgl. BÖCKLI, § 18 N 771, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 207, und DRUEY/GLANZMANN, § 8 N 62). In der Praxis werden solche stillen Reserven jedoch meistens schon vorher aufgelöst, soweit dies nach Art. 670 OR zulässig ist.

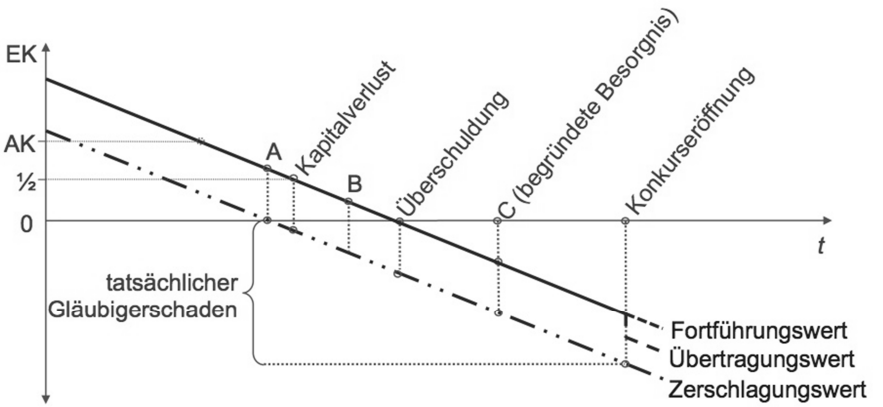
54 Art. 958a Abs. 2 Satz 2 OR.

55 Vgl. auch GLANZMANN, Rechnungslegungsrecht, S. 263 f.

Wenn das Gesetz in Art. 725 Abs. 2 OR von «Veräusserungswerten» spricht, dann meint es die Zerschlagungswerte.[56] Dies sind diejenigen Werte, die bei einem Einzelverkauf von Aktiven unter Aufgabe des *Going-concern* realisiert werden können, was regelmässig im Konkurs der Fall ist. Daneben gibt es noch das Szenario, bei dem ein Unternehmen oder Unternehmensteil als funktionierender Betrieb, d.h. auf einer *Going-concern*-Basis, auf einen Dritten übertragen wird. Dies kann z.B. während einer Nachlassstundung der Fall sein. Die dabei erzielten Werte sind in der Regel höher als die entsprechenden Zerschlagungswerte. Allein aufgrund der Tatsache, dass sich die Gesellschaft in einem Nachlassverfahren befindet, sind sie jedoch meistens tiefer als die Fortführungswerte bei einer aufrechtstehenden Gesellschaft.[57] Terminologisch kann bei diesen Werten von Übertragungswerten oder *Going-concern*-Veräusserungswerten gesprochen werden.

4.2 Tatsächlicher Schaden

Die Zusammenhänge zwischen Fortführungs- und Veräusserungswerten im System von Art. 725 OR sind in der folgenden Darstellung abgebildet:



[56] BGer 4C.160/2001 vom 18. Dezember 2001, E. 2c/cc; ZK-HOMBURGER, N 1240 zu Art. 725 OR; BasK-WÜSTINER, N 38 zu Art. 725 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 207; DRUEY/GLANZMANN, § 8 N 60 f.; GLANZMANN, Pflichten, S. 74.

[57] GLANZMANN, Pflichten, S. 74.

Beim Vorliegen eines Kapitalverlusts im Sinne von Art. 725 Abs. 1 OR ist der Verwaltungsrat verpflichtet, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen.[58] Für die Beurteilung, ob ein Kapitalverlust vorliegt, sind grundsätzlich Fortführungswerte relevant.[59] Beachtenswert ist, dass in diesem Zeitpunkt bei einer Bilanzierung zu Veräusserungswerten ohne weiteres bereits eine Überschuldung vorliegen kann. Diese ist aber ohne Bedeutung, sofern der Fortführungswille und die Fortführungsfähigkeit noch gegeben sind.

In der oben stehenden Darstellung weist die Gesellschaft zu Zerschlagungswerten einzig für die Periode bis zum Zeitpunkt A noch keine Überschuldung auf. Im Zeitpunkt A, wo das Eigenkapital zu Zerschlagungswerten aufgebraucht ist, liegt hingegen zu Fortführungswerten noch nicht einmal ein Kapitalverlust vor, da die Hälfte des Aktienkapitals (und der gesetzlichen Reserven) noch gedeckt ist. Weil in diesem Zeitpunkt Veräusserungswerte noch nicht relevant sind, sofern die Fortführungsfähigkeit und der Fortführungswille noch gegeben sind, besteht aus rechtlicher Sicht kein Handlungsbedarf.[60]

Im Zeitpunkt, in dem das Eigenkapital sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten aufgebraucht ist, ist die Gesellschaft im Sinne des Gesetzes überschuldet. Dieser Zeitpunkt ist jedoch im System von Art. 725 Abs. 2 OR für die Pflichten des Verwaltungsrats von untergeordneter Bedeutung. Der Verwaltungsrat ist nämlich nur und erst bei «begründeter Besorgnis» einer Überschuldung gehalten, eine Zwischenbilanz zu Fortführungs- und Veräusserungswerten zu erstellen. Hat der Verwaltungsrat diese begründete Besorgnis z.B. im Zeitpunkt B, dann wird die Zwischenbilanz zwar zu Veräusserungs-, nicht aber zu Fortführungswerten eine Überschuldung aufweisen. Dies bedeutet, dass die Gesellschaft noch nicht im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR überschuldet ist. Immerhin weist sie aber einen Kapitalverlust auf, was den Verwaltungsrat zur Ergreifung von Sanierungsmassnahmen und Einberufung einer Sanierungsversammlung verpflichtet.[61] Im Übrigen kann die Gesellschaft jedoch normal weiterwirtschaften.

Obwohl der Verwaltungsrat dafür besorgt sein muss, dass er rechtzeitig eine «begründete Besorgnis» einer Überschuldung erlangt,[62] kann fast

58 Vgl. unten 5.4.1.
59 Vgl. dazu unten 5.4.1.
60 Art. 958a Abs. 1 OR. Vgl. dazu unten 5.4.1.
61 Art. 725 Abs. 1 OR. Vgl. dazu unten 5.4.1.
62 Vgl. unten 5.4.2.

ausgeschlossen werden, dass dies in der Praxis genau im Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung – d.h., wenn das Eigenkapital auch zu Fortführungswerten null ist – der Fall sein wird. Doch selbst wenn dies der Fall wäre, ist zu beachten, dass bei der Verwertung nicht Fortführungswerte, sondern die meistens tieferen Übertragungs- oder gar Zerschlagungswerte erzielt werden.[63] Dementsprechend wären die Gläubigerforderungen in einem Konkurs in der Regel selbst dann nicht mehr gedeckt, wenn die Konkurseröffnung genau im Zeitpunkt erfolgt, wo zu Fortführungswerten eine Überschuldung eintritt. Weil nun aber kaum je genau in diesem Zeitpunkt die «begründete Besorgnis» erlangt wird und eine «begründete Besorgnis» in einem früheren Zeitpunkt ohne rechtliche Relevanz ist, bedeutet dies, dass die Gesellschaft regelmässig – wie z.B. im Zeitpunkt C – nicht nur zu Veräusserungs-, sondern auch zu Fortführungswerten überschuldet ist. Der tatsächliche Gläubigerschaden wird damit entsprechend grösser sein.

4.3 Ersatzfähiger Schaden bei Konkursverschleppung

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass systembedingt in fast jedem Konkurs ein Schaden für die Gläubiger resultiert. Leider gilt das selbst dann, wenn sich der Verwaltungsrat hinsichtlich der Konkurseröffnung pflichtgemäss verhält. Dies ist nicht nur nachteilig für die Gläubiger, sondern setzt auch den Verwaltungsrat erhöhten Risiken aus. Die geschädigten Gläubiger könnten nämlich versucht sein, ihren Schaden mittels Verantwortlichkeitsklage zu decken.

Eine Verantwortlichkeitsklage kann grundsätzlich nur dann erfolgreich geltend gemacht werden, wenn der Schaden durch ein pflichtwidriges Verhalten der Organe verursacht worden ist.[64] Somit ist zwischen dem tatsächlich eingetretenen und dem ersatzfähigen Schaden zu unterscheiden. Nur Letzterer ist derjenige Schaden, der Gegenstand eines Verantwortlichkeitsprozesses sein kann. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht dieser Schaden dem Betrag der unfreiwilligen

---

63 Vgl. oben 4.1.

64 Vgl. dazu unten 5. Allerdings ist zu bedenken, dass viele Verantwortlichkeitsfälle mittels Vergleich erledigt werden (vgl. LUTERBACHER, S. 150, in Bezug auf verantwortlichkeitsrechtliche Haftpflichtfälle für die eine Versicherung besteht). Dabei ist davon auszugehen, dass oft auch dann Zahlungen getätigt werden, wenn kein pflichtwidriges Verhalten vorliegt. Dies einzig, um jahrelange, kostspielige Prozesse zu vermeiden.

Vermögenseinbusse, welche die konkursite Gesellschaft durch die pflichtwidrigen Handlungen ihrer Organe erlitten hat.[65] Die Pflichtwidrigkeit kann z.B. in einem Fehlentscheid bezüglich einer Investition,[66] einer willkürlichen Prozessführung[67] oder einer Konkursverschleppung liegen. Im Folgenden wird nur der letzte Fall betrachtet.

Eine Konkursverschleppung liegt vor, wenn der Verwaltungsrat den Richter nicht in jenem Zeitpunkt benachrichtigt, in dem er dies nach Art. 725 Abs. 2 OR tun müsste. Häufig liegt der Grund dafür darin, dass er keine Zwischenbilanz erstellt, obwohl er begründete Besorgnis einer Überschuldung hat oder haben müsste. Erleidet die Gesellschaft ab diesem Zeitpunkt bis zur Konkurseröffnung weitere Verluste, dann entsteht ein sog. «Fortführungsschaden» zufolge Konkursverschleppung.[68] Nach Ansicht des Bundesgerichts entspricht dieser Schaden der durch die verspätete Konkursanmeldung verursachten Vergrösserung der Überschuldung der konkursiten Gesellschaft.[69] Um diese festzustellen, ist im Sinne der Differenztheorie die tatsächlich eingetretene Überschuldung der Schuldnergesellschaft mit jener zu vergleichen, die bestanden hätte, wenn der Richter rechtzeitig benachrichtigt worden wäre.[70] Kein ersatzfähiger Fortführungsschaden liegt vor, wenn dieser Vergleich kein Anwachsen, sondern ein Gleichbleiben oder sogar eine Verminderung der Überschuldung erkennen lässt.[71]

Nach richtiger Ansicht des Bundesgerichts muss die hypothetische Überschuldung im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht gestützt auf «Veräusserungswerte» ermittelt werden, da die Fortführungs-

65 BGE 132 III 342 E. 2.3.3.

66 Vgl. z.B. BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012.

67 Vgl. BGE 139 III 24 (insb. E. 3.3 und 3.4).

68 In der Literatur auch als Konkursverschleppungs-, Verschleppungs- oder Fortsetzungsschaden bezeichnet. Vgl. zum Begriff in Rechtsprechung und Lehre: BGE 132 III 342 E. 2.3.3; BGE 136 III 322 E. 3.2; BGer 4A_60/2012 vom 30. Juli 2012, E. 3; BGer 4A_632/2012 vom 21. Februar 2013, E. 2.4; BÖCKLI, § 18 N 369 f.; BasK-GERICKE/WALLER, N 22 zu Art. 754 OR. Zum Fortsetzungsschaden allgemein vgl. auch SUTER, S. 185–217 und 249–263 (mit einer umfassenden Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Lehre und Vorschlägen zur Behandlung des Fortführungsschadens *de lege lata* und *de lege ferenda*).

69 BGE 132 III 342 E. 2.3.3.

70 BGE 132 III 342 E. 2.3.3; BGE 136 III 322 E. 3.2.1; und jüngst BGer 4A_324/2011 vom 16. Januar 2012, E. 2.1., sowie BGer 4A_60/2012 vom 30. Juli 2012, E. 3.

71 Vgl. BGer 4A.251/2013 vom 11. November 2013, E. 2.4.4. Im letzteren Fall ist von einem sog. «negativen Fortführungsschaden» die Rede.

werte im Konkurs ihre Bedeutung verloren haben.[72] Es stellt sich allerdings die Frage, welche Veräusserungswerte das Bundesgericht meint, ob Zerschlagungs- oder Übertragungswerte.[73] Weil die Konkurseröffnung die Liquidation der Gesellschaft nach den Regeln des Konkursrechts bewirkt,[74] können nur die Zerschlagungswerte gemeint sein, denn das sind diejenigen Werte, die in einem Konkurs realisiert würden. Demgegenüber können der tatsächlich eingetretenen Überschuldung auch Übertragungswerte zugrunde liegen, da es sich um die tatsächlich realisierten Werte handelt.

Strittig ist, wie eine mit einem Rangrücktritt im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR belastete Forderung bei der Berechnung des Fortführungsschadens zu berücksichtigen ist. Das Bundesgericht stellt dazu richtigerweise fest, dass mit einem Rangrücktritt die entsprechenden Schulden der Gesellschaft nicht entfallen.[75] Daraus schliesst es aber fälschlicherweise, dass auch solche Schulden für die Ermittlung des ersatzfähigen Schadens zu berücksichtigen seien, weil letztlich der mit dem Schaden der Gesellschaft deckungsgleiche Reflexschaden der Gläubigergesamtheit geltend gemacht werde und nicht der Schaden einzelner Gläubiger.[76] Dieser Schluss wird in der Lehre zu Recht kritisiert.[77]

4.4 Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Fortführungsschaden wegen Konkursverschleppung führt in verschiedener Hinsicht zu fragwürdigen Resultaten. So ist einmal zu bezweifeln, ob der ersatzfähige Schaden in jedem Fall der Vergrösserung der Überschuldung entspricht. Weiter gibt es gute Gründe, Alt-Gläubiger und während der Verschleppungsphase neu hinzugekommene Gläubiger unterschiedlich zu behandeln. Schliesslich scheint die Nichtberücksichtigung der Rangrücktritte bei der Schadensbe-

---

72 BGE 136 III 322 E. 3.2.1; BGer 4A_478/2008 vom 26. Dezember 2008, E. 4.2. Vgl. auch BÖCKLI, § 18 N 369a.

73 Vgl. dazu oben 4.1.

74 BGE 136 III 322 E. 3.2.1.

75 BGer 4C.58/2007 vom 25. Mai 2007, E. 4.3; BGer 4A.277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3; BGer 4A_478/2008 vom 26. Dezember 2008, E. 4.2.

76 BGer 4A.277/2010 vom 2. September 2010, E. 2.3.

77 Vgl. mit jeweils unterschiedlicher Argumentation HIRSCH, S. 413 f., BAUMGARTNER/CAMPONOVO, S. 1037 f., sowie JACQUEMOUD/PASQUIER, Postposition, S. 294–300, und JACQUEMOUD/PASQUIER, Responsabilité, 290. Zustimmend jedoch SUTER, S. 258.

rechnung zu einer ungerechtfertigten Besserstellung einzelner Gläubiger zu führen. All dies kann an folgendem Beispiel anhand der oben stehenden Grafik[78] verdeutlicht werden, wobei jeweils davon ausgegangen wird, dass die «begründete Besorgnis» einer Überschuldung im Zeitpunkt C entstand und die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator klagt:[79]

	Fall 1	*Fall 2*	*Fall 3*	*Fall 4*	*Fall 5*
Zeitpunkt C					
Aktiven	3000	3000	3000	3000	3000
Fremdkapital	3800	3800	3800	3800	3800
davon mit Rangrücktritt	0	0	0	500	0
Überschuldung	800	800	800	800	800
Dividende 3. Klasse	79%	79%	79%	91%	79%
Konkurseröffnung					
Aktiven	3000	3000	3000	3000	1800
Fremdkapital	5000	4500	5000	5000	3800
davon mit Rangrücktritt	0	0	500	500	500
Überschuldung	2000	1500	2000	2000	2000
Dividende 3. Klasse	60%	67%	67%	67%	55%
Nach Klage					
Aktiven	4200	3700	4200	4200	3000
Fremdkapital	5000	4500	5000	5000	3800
davon mit Rangrücktritt	0	0	500	500	500
Überschuldung	800	800	800	800	800
Dividende 3. Klasse	84%	82%	93%	93%	91%

Im Fall 1 ist im Zeitpunkt C die Überschuldung 800 und bei Konkurseröffnung 2'000. Der Fortführungsschaden zufolge Konkursverschleppung beträgt somit 1'200. Die Konkursverschleppung führt dazu, dass die Konkursdividende der Gläubiger in der dritten Klasse von 79% auf 60% sinkt. Wird der Fortführungsschaden von den Organen beglichen, dann

78 Vgl. oben unter 4.2.

79 Bei einer Klage eines Gläubigers könnte zumindest die Quote des klagenden Gläubigers höher ausfallen; vgl. oben 2. (letzte zwei Absätze).

betragen die Aktiven nicht mehr 3'000, sondern 4'200. Damit steigt die Konkursdividende auf 84%, was mehr ist, als wenn der Konkurs rechtzeitig eröffnet worden wäre. Schon daraus geht hervor, dass die Berechnung des Schadens gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fragwürdig ist, denn für die Gläubiger, die schon im Zeitpunkt C eine ausstehende Forderung hatten, bedeutet die Konkursverschleppung geradezu eine Wohltat, sofern der Fortführungsschaden durch die Organe beglichen werden kann.[80]

Im Fall 2 wird davon ausgegangen, dass ein Gläubiger vor der Konkurseröffnung auf eine Forderung von 500 verzichtet. Dadurch sinkt die Konkursdividende durch die Konkursverschleppung nicht mehr von 79% auf 60%, sondern nur noch auf 67%. Der Fortführungsschaden beträgt auch nur noch 700. Nach einer erfolgreichen Verantwortlichkeitsklage betragen die Aktiven 3'700. Weil das Fremdkapital nur 4'500 beträgt, resultiert eine Konkursdividende von 82%, was wiederum mehr ist, als wenn der Konkurs rechtzeitig eröffnet worden wäre.

Im Fall 3 wird angenommen, dass ein Gläubiger vor der Konkurseröffnung nicht auf seine Forderung im Betrag von 500 verzichtet, sondern einen Rangrücktritt gewährt. Dieser im Rang zurückgetretene Gläubiger wird bei Konkurseröffnung nichts erhalten. Die Deckungsquote für die nichtnachrangigen Gläubiger dritter Klasse ist damit bei Konkurseröffnung gleich, wie wenn auf diese Forderung verzichtet worden wäre (vgl. Fall 2). Weil aber die nachrangige Forderung Teil des Fortführungsschadens wegen Konkursverschleppung ist, ist dieser gleich gross wie im Fall 1, nämlich 1'200. Sofern dieser Schaden von den Organen tatsächlich beglichen wird, können die nichtnachrangigen Gläubiger der dritten Klasse ihre Konkursdividende auf 93% steigern und erhalten damit mehr als in Fall 2, wo auf die Forderung verzichtet worden ist. Die im Rang zurückgetretenen Gläubiger werden jedoch immer noch nichts erhalten.

Fall 4 zeigt die Situation, wenn im Zeitpunkt C ebenfalls schon ein gleich hoher Rangrücktritt wie im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestanden hat. Selbst in diesem Fall steigt die Konkursdividende der nicht im Rang zurückgetretenen Gläubiger dritter Klasse noch an, nämlich von 91% auf 93%.

Fall 5 geht schliesslich davon aus, dass während der Phase der Konkursverschleppung nicht das Fremdkapital zunimmt, sondern die Aktiven abnehmen. In diesem Fall entspricht die Vergrösserung der Überschuldung der Abnahme der Aktiven. Kann der Fortführungsschaden erfolg-

[80] Anders sieht es für neue Gläubiger aus; vgl. 4.4 (drittletzter Absatz).

reich geltend gemacht werden, dann wird wieder der Status quo ante hergestellt und die Konkursdividende ist gleich hoch wie im Zeitpunkt C. Gewährt jedoch ein Gläubiger während der Konkursverschleppung einen Rangrücktritt, dann erhalten die nicht im Rang zurückgetretenen Gläubiger eine höhere Konkursdividende, als dies ohne Konkursverschleppung der Fall gewesen wäre. Im konkreten Fall wären dies 91% anstatt 79%. Hätte der Rangrücktritt hingegen schon im Zeitpunkt C bestanden, dann wären die nicht im Rang zurückgetretenen Gläubiger gleichgestellt wie im Zeitpunkt C (in diesem Szenario wäre die Ausgangslage des Falls 4 massgebend, die ebenfalls eine Deckungsquote von 91% aufzeigt).

Diese Beispiele zeigen, dass bei einer erfolgreichen Geltendmachung des Fortführungsschadens wegen Konkursverschleppung die Überschuldung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gleich gross ist wie im Zeitpunkt, in dem der Konkurs hätte eröffnet werden müssen. Ob für die Gesamtheit der Gläubiger dadurch die Konkursdividende zunimmt, hängt davon ab, ob der Betrag des Fremdkapitals während der Verschleppungsphase zugenommen hat. Falls dies der Fall ist, dann führt dies zu einer prozentual tieferen Unterdeckung und damit zu einer höheren Konkursdividende für die Gläubigergesamtheit. Entstand der Fortführungsschaden hingegen nicht wegen einer Zunahme des Fremdkapitals, sondern wegen einer Abnahme der Aktiven, dann bleibt bei einer erfolgreichen Geltendmachung des Fortführungsschadens die Deckungsquote der Gesamtheit der Gläubiger gleich. In beiden Fällen werden aber die nicht im Rang zurückgetretenen Gläubiger bessergestellt, sofern bzw. insoweit während der Konkursverschleppung neue Rangrücktritte hinzukommen. Dies deshalb, weil die mit Rangrücktritten belasteten Forderungen bei der Verteilung der Aktiven erst dann partizipieren, wenn die nicht im Rang zurückgetretenen Gläubiger der dritten Klasse voll gedeckt sind.[81]

Keine effektive Besserstellung erfahren die nach dem Zeitpunkt C neu hinzugekommenen Gläubiger. Bei einer rechtzeitigen Konkurseröffnung wären diese nämlich gar nie Gläubiger geworden, weil die Gesellschaft nicht mehr im Geschäftsverkehr aufgetreten wäre.[82] Diese Gläubiger können bei der Geltendmachung des Reflexschadens nicht ihren ganzen Schaden liquidieren, sondern werden gleich behandelt wie die vorbestehenden Gläubiger. Liegt kein Fortführungsschaden vor, weil die Überschuldung

81 Gl. M. JACQUEMOUD/PASQUIER, Postposition, S. 297–299.

82 Vgl. zu diesem Aspekt BÖCKLI, § 18 N 369b, und SUTER, S. 254 f., die in Bezug auf die Bestimmung des Schadens der Neu-Gläubiger dafür plädiert, die gesamten Forderungen der Neu-Gläubiger heranzuziehen.

in der Phase der Konkursverschleppung nicht zugenommen hat, dann haben sie gar keinen Ersatzanspruch. Gleichzeitig verwehrt ihnen das Bundesgericht, gegenüber den Organen einen direkten Schaden geltend zu machen, weil Art. 725 Abs. 2 OR keine Norm sei, die ausschliesslich die Gläubiger schützt.[83]

Diese Ausführungen zeigen, dass die vom Bundesgericht angewandte Differenztheorie nur im (praktisch seltenen) Fall der Begründung eines Fortführungsschadens wegen einer Abnahme der Aktiven ihre Berechtigung hat. Hingegen scheint der Einbezug von Forderungen mit Rangrücktritten in die Berechnung des Schadens in keinem der beschriebenen Fälle gerechtfertigt zu sein. Deshalb wäre es angezeigt, den zurzeit durch das Bundesgericht gewählten Ansatz zur Schadensberechnung zu überdenken. Ein Anknüpfungspunkt könnte die Höhe der Konkursdividende für die Gläubiger der dritten Klasse sein; der Fortführungsschaden wäre demnach so zu bemessen, dass die tatsächliche Konkursdividende der Alt-Gläubiger gleich hoch ist, wie wenn der Richter rechtzeitig benachrichtigt worden wäre. Selbstredend kann dies nur für diejenigen Gläubiger zu einem befriedigenden Resultat führen, die nicht erst während der Verschleppungsphase dazugekommen sind. Deshalb müsste auch die Behandlung der in der Phase der Konkursverschleppung neu hinzugekommenen Gläubiger überdacht werden.[84] Diese werden nämlich im bundesgerichtlichen System ungerechtfertigterweise gleich behandelt wie die Alt-Gläubiger, was ihren Interessen nicht gerecht wird.

Die bundesgerichtliche Behandlung des Rangrücktritts führt insbesondere bei Finanzierungen durch Aktionäre oder andere nahestehende Personen zu stossenden Ergebnissen. Wenn eine Tochtergesellschaft nicht mit Eigenkapital, sondern mit nachrangigen Darlehen finanziert wird, kann dies im Konkurs nicht nur zu einem viel grösseren Haftungsrisiko der Organe, sondern auch zu einer höheren Deckung der übrigen Gläubiger führen, als wenn die Muttergesellschaft den gleichen Betrag in der Form von Eigenkapital gewährt hätte. Beides entspricht kaum dem Zweck eines Rangrücktritts, wie er in Art. 725 Abs. 2 OR konzipiert ist,[85] und sollte auch nicht als Nebeneffekt hingenommen werden müssen. In der Praxis behilft man sich bis auf weiteres damit, dass bei Finanzierungen mittels nachrangigen Darlehen auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung bzw. der

---

83 Vgl. oben 2 (dritter Absatz).

84 Von den Neu-Gläubigern zu unterscheiden sind die Alt-Gläubiger, die während der Verschleppungsphase neue Forderungen erwerben.

85 BAUMGARTNER/CAMPONOVO, S. 1038.

Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung hin ein Forderungsverzicht ausgesprochen wird.[86] Damit besteht die Verbindlichkeit der Gesellschaft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bzw. der Bestätigung des Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung nicht mehr und kann auch nicht mehr als Schaden geltend gemacht werden. Um einen etwaigen Mittelabfluss an die Aktionäre zu verhindern, wird eine Resolutivbedingung vereinbart, wonach die mit einem Rangrücktritt belegte Forderung rückwirkend wieder auflebt, soweit der Verwertungserlös den Betrag sämtlicher nichtnachrangiger Gläubigerforderungen übersteigt.[87]

5. Die Pflichtverletzung

5.1 Allgemeine Pflichten und Business Judgment Rule

Die zweite zentrale Voraussetzung jeder Haftung ist eine von einer verantwortlichen Person begangene Pflichtwidrigkeit.[88] Als pflichtwidrig gilt jedes Verhalten von Organen, das eine Schädigung durch Verstoss gegen eine Norm bewirkt, die nach ihrem Zweck vor derartigen Schäden schützen soll.[89] Die relevanten Normen finden sich in der gesamten Rechtsordnung,[90] insbesondere aber im Aktienrecht selbst. Dieses auferlegt den Organen in Art. 717 OR eine Sorgfalts-, Treue- und Gleichbehandlungspflicht. Danach müssen Mitglieder des Verwaltungsrats sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren und die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich behandeln.

Keine Gleichbehandlungspflicht besteht gegenüber Gläubigern, solange die Gesellschaft aufrechtstehend ist. Muss die Gesellschaft hingegen

---

86 Vgl. Ziff. 1 des Musterdokuments Rangrücktritt von Treuhand-Suisse und JACQUEMOUD/PASQUIER, Postposition, S. 300.

87 Unbestimmt bezüglich des Zeitpunkts des Forderungsverzichts Ziff. 1 des Musterdokuments Rangrücktritt von Treuhand-Suisse, welcher wie folgt lautet: «Für den Fall der Konkurseröffnung (Art. 175, Art. 192 SchKG) und für den Fall der Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung (Art. 317 SchKG) verzichtet der Gläubiger auf die genannten Forderungen in dem Umfang, in dem das Verwertungsergebnis zur vollen Befriedigung der übrigen Gesellschaftsgläubiger und zur Deckung allfälliger Liquidations-, Stundungs- oder Konkurskosten benötigt wird.»

88 Art. 754 Abs. 1 OR.

89 BGE 110 II 391 E. 2b; BGE 122 III 176 E. 7b; BGE 125 III 86 E. 3b; vgl. anstelle vieler zudem BÄRTSCHI, S. 282–285.

90 FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N 775.

zu Veräusserungswerten bilanzieren[91] und resultiert daraus eine Überschuldung, dann sind grundsätzlich auch die Gläubiger nach Massgabe der Rangordnung von Art. 219 SchKG gleich zu behandeln.[92] Inwieweit eine paulianisch anfechtbare Ungleichbehandlung der Gläubiger generell als Pflichtwidrigkeit nach Art. 717 OR aufzufassen ist, ist umstritten.[93]

Die Sorgfalts- und Treuepflicht wird grundsätzlich erfüllt, wenn ein konkretes Geschäft für die Gesellschaft vorteilhaft oder zumindest nicht nachteilig ist.[94] Sie wird dagegen regelmässig verletzt, wenn eine Handlung rechtswidrig ist,[95] eine gebotene Handlung nicht oder zu spät vorgenommen wird[96] oder eine Interessenkollision vorliegt, ohne dass entsprechende Massnahmen ergriffen worden sind.[97]

Ob eine Handlung für die Gesellschaft vorteilhaft ist, muss das jeweilige Organ in Ausübung seines pflichtgemässen Ermessens beurteilen.[98] Nicht immer, wenn etwas schief läuft, ist auch eine Pflichtverletzung gegeben.[99] Eine Pflichtverletzung liegt vielmehr nur dann vor, wenn die Organmitglieder unsorgfältig handelten. Die Frage, ob die notwendige Sorgfalt aufgebracht wurde, ist aus einer *ex ante*-Betrachtung zu beant-

---

91 Zur Pflicht, zu Liquidationswerten zu bilanzieren, vgl. unten 5.4.1 und 5.4.2.

92 BGer 5C.29 2000 vom 19. September 2000, E. 4b/aa (sog. «Raichle-Urteil»). Vgl. auch BGer 4A_496/2010 vom 14. Februar 2011, E. 3.

93 Ablehnend: JACQUEMOUD/PASQUIER, Responsabilité, S. 299; VOGT, Absichtsanfechtung, S. 1086–1090; PETER/VOGT, S. 241 f.; BasK-GERICKE/WALLER, N 7a zu Vor Art. 754–761 OR und N 26 zu Art. 754 OR; GESSLER, S. 412; vgl. auch FORSTMOSER, Anfechtung, S. 443 f. (der aber das «Raichle-Urteil» anders zu verstehen scheint als die Mehrheit der anderen Autoren). Zustimmend: REBSAMEN, S. 234, und NYFFELER, S. 16.

94 Vgl. BGE 139 III 24 E. 3.2; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 28 N 25 f.; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI, N 6 zu Art. 717 OR; SOMMER, S. 17; GLANZMANN/WOLF, S. 2. Eingehend zum Begriff des Gesellschaftsinteresses: SOMMER, S. 36–58 (u.a. mit einem Überblick über die Lehrmeinungen).

95 BÄRTSCHI, S. 243; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 N 70; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 3 zu Art. 717 OR.

96 BGE 122 III 200 E. 3; BGer 4A_467/2010 vom 5. Januar 2011, E. 3.3; BÖCKLI, § 13 N 566; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 3 zu Art. 717 OR; SOMMER, S. 21.

97 BGE 130 III 213 E. 2.2.2; GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierungen, S. 238 f.; FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 102; CHK-PLÜSS/FACINCANI-KUNZ/KÜNZLI, N 6 zu Art. 717 OR; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 6a zu Art. 717 OR. Zu den einzelnen Massnahmen vgl. BÖCKLI, § 13 N 649–654, FORSTMOSER, Organisation, § 11 N 104–111, und GLANZMANN/WOLF, S. 2.

98 GLANZMANN/WOLF, S. 11.

99 BasK-GERICKE/WALLER, N 31a zu Art. 754 OR.

worten.[100] Bei der nachträglichen Beurteilung darf ein Richter sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle des Ermessens des Verwaltungsrats setzen. Diesen Grundsatz der *Business Judgment Rule* anerkennt auch das Bundesgericht, wenn es diejenigen Ermessensentscheide als sorgfältig erachtet, die auf einer informierten Basis, nach angemessener Entscheidfindung und frei von Interessenkonflikten ergehen.[101]

5.2 Haftungsbefreiung durch Delegation

Die Haftung des Verwaltungsrats muss insbesondere im Zusammenhang mit dessen Delegationsbefugnis gesehen werden. Die Mitglieder des Verwaltungsrats können sich nämlich von ihrer Haftung befreien, wenn sie die Erfüllung von Aufgaben befugterweise einem anderen Organ übertragen haben und nachweisen, dass sie bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet haben.[102] Bei dieser Delegationskompetenz geht es um die Delegation von Leitungsfunktionen.[103]

Eine Delegation ist befugt, wenn sie statutarisch zulässig ist und sich auf ein gültiges Organisationsreglement oder zumindest auf einen spezifischen Verwaltungsratsbeschluss stützt.[104] Zudem muss die delegierte Aufgabe delegierbar sein, was insbesondere dann nicht der Fall ist, wenn

---

[100] BGE 139 III 24 E. 3.2; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 6 zu Art. 717 OR; BasK-GERICKE/WALLER, N 31c zu Art. 754 OR; BÖCKLI, § 13 N 581; GLANZMANN, Corporate Governance, S. 165.

[101] BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1. Seither bestätigt in BGE 139 III 24 E. 3.2, BGer 4A_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 6.1, und BGer 4A_97/2013 vom 28. August 2013, E. 5.2. Zur Business Judgment Rule im Lichte der neusten Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. VOGT/BÄNZIGER, S. 610–623 (auf S. 623 mit Bezugnahme auf Sanierungsentscheide).

[102] Art. 754 Abs. 2 OR.

[103] BÖCKLI, § 18 N 131; a.M. BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 42, der davon ausgeht, dass auch Hilfsfunktionen von der Delegation erfasst werden.

[104] Art. 716b Abs. 1 und Abs. 2 OR; BGer 4A.503/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.2.2; BGer 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.2.2. Vgl. auch BÖCKLI, § 18 N 120–125; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 4 f. zu Art. 716b OR; FORSTMOSER, Organisation, § 2 N 12–17; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 29 N 24–28. Eine liberale Auffassung vertritt BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 119, in Bezug auf die informelle Delegation.

sie in den Bereich der unübertragbaren Aufgaben nach Art. 716a Abs. 1 OR (bzw. Art. 810 Abs. 2 OR bei der GmbH) fällt.[105]

5.3 Unübertragbare Aufgaben nach Art. 716a OR

5.3.1 Oberleitungs- und Organisationsverantwortung

Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR stehen dem Verwaltungsrat unter anderem die Oberleitung der Gesellschaft und die Festlegung der Organisation als unübertragbare und unentziehbare Aufgaben zu.

Im Rahmen der Oberleitung muss der Verwaltungsrat die Strategie des Unternehmens festlegen.[106] Wenn sich bei der Gesellschaft eine Krise abzeichnet, dann ist diese Strategie neu zu definieren.[107] Dabei ist auch abzuklären, ob das Unternehmen überhaupt sanierungsfähig ist, d.h., ob eine Sanierung möglich und wirtschaftlich sinnvoll ist.[108]

Der Verwaltungsrat hat aus den möglichen Sanierungsmassnahmen jene auszuwählen, die am besten geeignet sind, die Interessen der Gesellschaft, d.h. in dieser Situation primär der Gläubigergesamtheit, zu schützen.[109] In den meisten Situationen ist es angezeigt, verschiedene Massnahmen miteinander zu kombinieren. Bezüglich der zu beschliessenden Massnahmen sind einerseits personelle, betriebliche und organisatorische[110] Massnahmen zu identifizieren, mit denen die Ertragskraft des Unternehmens wiederhergestellt werden kann.[111] Daneben gibt es verschiedene Sanierungsmassnahmen, die nicht primär aus personellen, betrieblichen oder organisatorischen Überlegungen ergriffen werden. Vielmehr geht es bei diesen Massnahmen darum, entweder die Bilanz wieder ins Gleichgewicht zu bringen oder bei der Gesellschaft wieder

---

105 BÖCKLI, § 18 N 126; BERTSCHINGER, Arbeitsteilung, N 137; FORSTMOSER, Organisation, § 2 N 18; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 29 N 29; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 6 zu Art. 716b OR.

106 BÖCKLI, § 18 N 306; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 31; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 4 zu Art. 716a OR; FORSTMOSER, Organisation, § 8 N 19.

107 SCHENKER, S. 486; BasK-WATTER/ROTH PELLANDA, N 5a zu Art. 716a OR.

108 BasK-WÜSTINER, N 11 zu Art. 725 OR; BÖCKLI, § 18 N 751a und 757.

109 GLANZMANN, Pflichten, S. 32.

110 Darunter fällt z.B. die Bildung einer Auffanggesellschaft; vgl. dazu GLANZMANN, Pflichten, S. 33–40, GATTLEN, S. 36 f., und ZK-HOMBURGER, N 1217 zu Art. 725 OR. Zum Nachlassvertrag mit Gründung einer Auffanggesellschaft vgl. KOEFERLI, S. 126 f. m.w.N.

111 BasK-WÜSTINER, N 10 zu Art. 725 OR; BÖCKLI, § 18 N 752, 757b und 760a.

einen rechtlich einwandfreien Zustand herzustellen. Dazu gehören unter anderem die Auflösung stiller Reserven, die Ausbuchung offener Reserven oder die deklaratorische Kapitalherabsetzung, die Vornahme einer Kapitalerhöhung, eines Kapitalschnitts oder eines Zuschusses in die Reserven, die Einholung von Rangrücktritten oder Forderungsverzichten sowie der Rückkauf von Fremdkapital unter pari.[112]

5.3.2 Finanzverantwortung

Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR gehören zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats auch die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung.[113]

In der finanziellen Krise kommt der Finanzplanung eine zentrale Rolle zu. Entgegen dem deutschen Wortlaut von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR ist nicht nur die Ausgestaltung der Finanzplanung Verwaltungsratssache, sondern die Finanzplanung selbst.[114] Dies bedeutet, dass der Verwaltungsrat über die mittel- und langfristige Planung selbst beschliessen und im Übrigen für eine korrekte Planung sorgen muss.[115] Mittels einer geeigneten Finanzplanung ist sicherzustellen, dass die Gesellschaft über genügend Liquidität verfügt, um die beabsichtigte Sanierung durchzuführen. Ebenfalls ist mittels eines Liquiditätsplans sicherzustellen, dass sämtliche Ausgaben, welche die Gesellschaft tätigt, im Rahmen der definierten Sanierungsmassnahmen vorgenommen werden und keine Bevorzugung von Gläubigern stattfindet.[116] Schliesslich sind die Hauptgläubiger, d.h. insbe-

[112] Vgl. SCHENKER, S. 488–495, BÖCKLI, § 13 N 752, GLANZMANN, Pflichten, S. 33, BOEMLE/STOLZ, S. 262–284, und KOEFERLI, S. 113–145.

[113] Die Bestimmung enthält noch die Einschränkung, dass die Finanzplanung nur dann vorzunehmen sei, wenn sie für die Führung der Gesellschaft notwendig ist. Nach einhelliger Auffassung ist diese Einschränkung jedoch bedeutungslos, weil die Finanzplanung für die Führung der Gesellschaft praktisch nie entbehrlich ist; vgl. BÖCKLI, § 13 N 354, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 30 N 43, ZK-HOMBURGER, N 564 zu Art. 716a OR, und KRNETA, N 1249.

[114] Dies ergibt sich sowohl aus dem französischen Gesetzeswortlaut als auch aus der Entstehungsgeschichte von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR; vgl. diesbezüglich GLANZMANN, Pflichten, S. 40.

[115] Von einem ähnlichen Konzept geht Ziffer 9 SCBP aus, wonach der Verwaltungsrat in der Planung für die grundsätzliche Übereinstimmung von Strategie und Finanzen sorgt.

[116] GLANZMANN, Pflichten, S. 41.

sondere die Finanzgläubiger, in geeigneter Weise in die Sanierung einzubeziehen.[117]

Im Rahmen der Finanzkontrolle und des Rechnungswesens ist der Verwaltungsrat verpflichtet, diese so auszugestalten, dass er die finanzielle Lage der Gesellschaft stetig verfolgen und insbesondere in einer Krisensituation seinen Pflichten gemäss Art. 725 OR nachkommen kann.[118] Mit anderen Worten muss der Verwaltungsrat dafür sorgen, dass Strukturen vorhanden sind, die es ihm erlauben, eine begründete Besorgnis eines Kapitalverlusts oder einer Überschuldung zu erhalten. Bestehen diese Strukturen nicht, dann ist der Verwaltungsrat möglicherweise pflichtwidrig unbesorgt.[119]

Schliesslich sollte der Verwaltungsrat sicherstellen, dass die Gesellschaft die Sozialversicherungsbeiträge bei Fälligkeit bezahlt. Eine Nichtbezahlung von Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberbeiträgen kann nicht nur zur Haftung für die ausstehenden Beiträge führen,[120] sondern auch strafrechtlich relevant sein.[121]

5.4 Besondere Pflichten bei Kapitalverlust und Überschuldung

5.4.1 Kapitalverlust

Als Kapitalverlust wird die Situation bezeichnet, in welcher die Hälfte des Grundkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr durch werthaltige Aktiven gedeckt ist.[122] Das massgebende Grundkapital setzt sich zusammen aus dem nominellen Aktien- und Partizipationskapital[123] bzw. – bei der GmbH – dem Stammkapital. Zu den relevanten Reserven gehört

---

[117] Dies kann u.a. durch den Abschluss von Stillhalteabkommen geschehen. Vgl. dazu WOLF, S. 97–124.

[118] KRNETA, N 1238; vgl. auch BÖCKLI, § 13 N 347, und ZK-HOMBURGER, N 567 zu Art. 716a OR.

[119] Vgl. dazu 5.4.1 und 5.4.2.

[120] Z.B. aus Art. 52 AHVG. Vgl. dazu BGE 129 V 11 E. 3 und ausführlich NUSSBAUMER, *passim*. Vgl. zudem MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 322–330.

[121] Vgl. z.B. Art. 87 AHVG; dazu ausführlich GLANZMANN-TARNUTZER, *passim*.

[122] Vgl. Art. 725 Abs. 1 OR.

[123] Vgl. Art. 656b Abs. 3 OR.

die Hälfte sämtlicher gesetzlicher Reserven,[124] also der allgemeinen Reserve[125] und der Aufwertungsreserve[126]. Soweit eine Gesellschaft noch eine Reserve für eigene Aktien hat,[127] ist diese ebenfalls zu berücksichtigen.[128] Wenn die eigenen Aktien bereits gemäss neuem Rechnungslegungsrecht verbucht werden, dann ist der entsprechende Minusposten im Eigenkapital[129] nicht zu beachten, d.h., das Grundkapital und die gesetzlichen Reserven sind mit dem in der Bilanz ausgewiesenen Nominalwert als Bemessungsbasis heranzuziehen.[130] Nicht in die Bemessungsbasis einzubeziehen sind hingegen etwaige statutarische Reserven,[131] ein Bilanzgewinn[132] oder stille Reserven.

Die Bewertung in der Bilanz muss zu Fortführungswerten vorgenommen werden, sofern der Fortführungswille und die Fortführungsfähigkeit gegeben sind.[133] Ist hingegen die Einstellung der Geschäftstätigkeit oder von Teilen davon in den nächsten zwölf Monaten ab Bilanzstichtag beabsichtigt oder voraussichtlich nicht abwendbar, so sind der Rechnungslegung für die betreffenden Unternehmensteile Veräusserungswerte zugrunde zu legen.[134] Die Einstellung der Tätigkeit ist als voraussichtlich nicht mehr abwendbar zu erachten, wenn klare Anzeichen erkennbar sind, dass die Liquidität für diese Periode wahrscheinlich nicht ausreicht.[135] Zu

---

124 BÖCKLI, § 13 N 722; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 196; BasK-WÜSTINER, N 18 zu Art. 725 OR; DRUEY/GLANZMANN, § 8 N 56; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 697; KOEFERLI, S. 86.

125 Art. 671 OR.

126 Art. 671b OR.

127 Art. 671a OR.

128 BÖCKLI, § 13 N 722; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 196; BasK-WÜSTINER, N 18 zu Art. 725 OR; DRUEY/GLANZMANN, § 8 N 56; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 697; KOEFERLI, S. 86.

129 Art. 959a Abs. 2 Ziff. 3 OR. Zur Behandlung von eigenen Aktien gemäss neuem Rechnungslegungsrecht vgl. GLANZMANN, Rechnungslegungsrecht, S. 269 f.; HANDSCHIN, Rechnungslegungsrecht, Rz 23–33; HAAS, S. 921–926.

130 Gl.M. HAAS, S. 926, der aber fälschlicherweise davon ausgeht, dass damit die «Alarmglocke» von Art. 725 Abs. 1 OR künftig früher zu vernehmen sei; dies trifft nur zu, wenn im bisherigen System die eigenen Aktien in ihrem Wert nicht berichtigt worden sind, was gerade bei Vorliegen eines Kapitalverlusts nicht angezeigt ist.

131 Art. 672 OR.

132 BÖCKLI, § 13 N 724; BasK-WÜSTINER, N 18 zu Art. 725 OR.

133 Art. 958a Abs. 1 OR.

134 Art. 958a Abs. 2 Satz 1 OR.

135 BOTSCHAFT 2007, 1700. Vgl. zur Annahme der Fortführungsfähigkeit nach neuem Rechnungslegungsrecht und dem damit verbundenen indirekten Zwang zum Liquiditätsplan HANDSCHIN, Rechnungslegungsrecht, Rz 35–39. In der Revisionspraxis wird die Bewertung zu Fortführungswerten in der Regel akzeptiert, wenn die Gesellschaft

beachten ist zudem die Bestimmung von Art. 958 Abs. 2 OR, die klarstellt, dass bei einem Wechsel auf Veräusserungswerte für die mit der Einstellung der Tätigkeit verbundenen Aufwendungen Rückstellungen zu bilden sind.

Massgebend für die Beurteilung, ob ein Kapitalverlust vorliegt, ist grundsätzlich die letzte Jahresbilanz, und zwar der Einzelabschluss nach Obligationenrecht.[136] Liegt gemäss dieser Bilanz kein Kapitalverlust vor, so darf der Verwaltungsrat dennoch nicht untätig bleiben, wenn er während des Geschäftsjahrs begründete Besorgnis eines Kapitalverlusts hat. In diesem Fall ist er analog zu Art. 725 Abs. 2 OR verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen und zu ermitteln, ob ein Kapitalverlust vorliegt.[137]

Weist die Bilanz oder Zwischenbilanz einen Kapitalverlust im Sinne des Gesetzes auf, dann muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen.[138] Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat der Verwaltungsrat die Sanierungsversammlung unverzüglich einzuberufen. Daraus ergibt sich, dass mit der Sanierungsversammlung nicht bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung zugewartet werden darf. Die beiden Versammlungen dürfen nur dann zusammengelegt werden, wenn sie zeitlich ohnehin mehr oder weniger zusammenfallen.[139] Anderseits darf aber auch nicht verlangt werden, dass *sofort* nach Erkennen eines Kapitalverlusts eine Sanierungsversammlung einzuberufen ist. Vielmehr muss dem Verwaltungsrat eine vernünftige Frist zugestanden werden, um Sanierungsmassnahmen zu evaluieren. Erst wenn diese feststehen, kann der Verwaltungsrat verpflichtet sein, eine Sanierungsversammlung einzuberufen, da es ihm auch erst zu diesem Zeitpunkt möglich ist, der Generalversammlung entsprechende Anträge zu stellen bzw. diese über die Massnahmen zu informieren.[140] Dies ist namentlich bei einem breiten

bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung über zugesicherte Liquidität (z.B. in Form eines Stillhalteabkommens) verfügt.

136 Art. 725 Abs. 1 OR; GLANZMANN, Rechnungslegungsrecht, S. 279.

137 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 198; BÖCKLI, § 13 N 723; ZK-HOMBURGER, N 1198 f. zu Art. 725 OR; BasK-WÜSTINER, N 21 zu Art. 725 OR; DRUEY/GLANZMANN, § 8 N 57; HANDSCHIN, Pflichten, S. 443. Kein anderer Schluss kann aus BGE 121 III 420 E. 3a gezogen werden; diesbezüglich a.M., aber in der Sache der h.L. folgend, JACQUEMOUD/PASQUIER, Responsabilité, S. 278.

138 Art. 725 Abs. 1 OR.

139 BÖCKLI, § 13 N 753a; BasK-WÜSTINER, N 24 zu Art. 725 OR; ähnlich LANZ, S. 96 f.

140 KRNETA, N 2186; ähnlich auch BasK-WÜSTINER, N 24 zu Art. 725 OR, ZK-HOMBURGER, N 1225 zu Art. 725 OR, und BÖCKLI, § 13 N 753 und 754 (der bei Aussichten auf Gelingen der Sanierung von einer Toleranzfrist von vier bis sechs Wochen zur Ein-

Aktionariat von Bedeutung, weil Aktionäre keine Geheimhaltungspflicht haben; eine zu frühe Orientierung der Aktionäre – und damit des Publikums – ohne konkretes Sanierungskonzept kann dazu führen, dass die Gesellschaft ihre Kreditwürdigkeit insbesondere im täglichen Geschäft mit Lieferanten völlig verliert. Dadurch wird jede Gesellschaft unmittelbar in eine Liquiditätskrise gestürzt, die den Geschäftsbetrieb völlig zum Erliegen bringen kann und sämtliche Sanierungsmassnahmen obsolet macht.[141]

Die Pflicht des Verwaltungsrats, Sanierungsmassnahmen zu ergreifen, gehört zu seinen unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben.[142] Die Generalversammlung muss nur über jene Sanierungsmassnahmen beschliessen, die in ihren Kompetenzbereich fallen. Grundsätzlich gilt das Paritätsprinzip auch in der Krise der Gesellschaft.[143] Nicht zwingend erforderlich ist hingegen, dass sämtliche durch die Generalversammlung zu beschliessenden Sanierungsmassnahmen traktandiert sind. [144]

5.4.2 Überschuldung

Es wurde bereits dargelegt, dass eine Überschuldung im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR erst vorliegt, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind.[145] Der Verwaltungsrat ist verpflichtet, eine Zwischenbilanz zu erstellen, wenn er begründete Besorgnis einer Überschuldung hat.[146] Die begründete Besorgnis ist zwar ein subjektives Kriterium, doch darf der

berufung spricht). BÖCKLI, § 13 N 754a, vertritt zudem die Auffassung, dass sich bei Bestehen eines aussichtsreichen Sanierungsplans, der jedoch aufgrund der komplexen Verhältnisse noch mehr Vorarbeitszeit benötigt, eine Orientierungsversammlung vor der eigentlichen Sanierungsversammlung aufdrängen kann.

141 GLANZMANN, Corporate Governance, S. 52; BÖCKLI, § 13 N 754b. Vgl. auch BERICHT SR SWISSAIR, 5483, wonach die blosse Ankündigung der Beantragung der Nachlassstundung die Liquiditätsbedürfnisse der SAirGroup «explodieren liess» und damit wohl letztlich zum Grounding führte oder zumindest einen wesentlichen Beitrag daran hatte.

142 Vgl. auch SCHENKER, S. 485 f.; HANDSCHIN, Pflichten, S. 439.

143 Gl. M. HANDSCHIN, Pflichten, S. 443 f., KOEFERLI, S. 111, und BÖCKLI, § 13 N 756. Vgl. allerdings BGE 116 II 320, wonach der Verwaltungsrat auch Handlungen vornehmen kann, die zu einer faktischen Liquidation bzw. Zweckänderung führen, wenn keine Zeit mehr zur Verfügung steht, eine Generalversammlung einzuberufen.

144 BGE 121 III 420 E. 2b.

145 Vgl. oben 4.2.

146 Art. 725 Abs. 2 Satz 1 OR.

Verwaltungsrat nicht pflichtwidrig unbesorgt sein und damit die Erstellung einer Zwischenbilanz unterlassen. Vielmehr hat der Verwaltungsrat die finanzielle Entwicklung der Gesellschaft stets zu verfolgen und muss beim Vorliegen entsprechender Warnsignale – wie anhaltende Verluste, sich realisierende Eventualverpflichtungen oder ein plötzlicher Abschreibungs- bzw. Rückstellungsbedarf – seiner Pflicht zur Erstellung einer Zwischenbilanz nachkommen.[147]

Sofern die Fortführungsfähigkeit und der Fortführungswille noch gegeben sind, muss der Verwaltungsrat in einem ersten Schritt eine Zwischenbilanz zu Fortführungswerten erstellen.[148] Sollte sich aus dieser Zwischenbilanz zu Fortführungswerten eine Überschuldung ergeben oder ist die Fortführung der Gesellschaft nicht mehr möglich oder nicht gewollt,[149] dann hat der Verwaltungsrat die Zwischenbilanz auch zu Veräusserungswerten zu erstellen.[150] In beiden Fällen ist die Zwischenbilanz nach den Vorschriften über die Erstellung des Einzelabschlusses gemäss Obligationenrecht zu erstellen.[151]

Die Zwischenbilanz ist einer Revisionsstelle[152] zur Prüfung vorzulegen.[153] Nach richtiger Auffassung ist davon auszugehen, dass die Prüfung grundsätzlich durch die von der Generalversammlung gewählte Revisionsstelle vorzunehmen ist.[154] Verfügt die Gesellschaft über keine Revi-

---

147 DRUEY, Überschuldung, S. 100; BÖCKLI, § 13 N 767 f.; BasK-WÜSTINER, N 32 f. zu Art. 725 OR; LANZ, S. 136; CHK-PLÜSS/FACINCANI/KÜNZLI, N 13 zu Art. 725 OR.

148 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 206; BÖCKLI, § 13 N 770; HANDSCHIN, Pflichten, S. 444.

149 Vgl. dazu oben 5.4.1 (zweiter Absatz).

150 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 206; BÖCKLI, § 13 N 771; BasK-WÜSTINER, N 38 zu Art. 725 OR; HANDSCHIN, Pflichten, S. 444 f.; vgl. auch DRUEY, Überschuldung, S. 100 f.

151 BÖCKLI, § 13 N 770b; BasK-WÜSTINER, N 36 zu Art. 725 OR.

152 Art. 725 Abs. 2 OR verlangt die Prüfung durch einen zugelassenen Revisor, doch muss die Zwischenbilanz aufgrund von Art. 727b OR bei Publikumsgesellschaften von einem staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen und bei den übrigen zur ordentlichen Revision verpflichteten Gesellschaften von einem zugelassenen Revisionsexperten geprüft werden.

153 Art. 725 Abs. 2 OR. Zum Zweck und Umfang dieser Prüfung vgl. BÖCKLI, § 13 N 773–774b, und BasK-WÜSTINER, N 39 f. zu Art. 725 OR. Zum Verzicht auf eine solche Prüfung bei offensichtlicher Überschuldung vgl. GLANZMANN, Corporate Governance, S. 67, und BasK-WÜSTINER, N 39b zu Art. 725 OR; kritisch hierzu BÖCKLI, § 13 N 774b.

154 BasK-WÜSTINER, N 39c f. zu Art. 725 OR m.w.N.

sionsstelle, dann ist sie einem vom Verwaltungsrat bezeichneten zugelassenen Revisor zur Prüfung vorzulegen.[155]

Entgegen dem Wortlaut von Art. 725 Abs. 2 OR ist es nicht genügend, bloss eine Zwischenbilanz zu erstellen; vielmehr muss auch eine Erfolgsrechnung bis zum gewählten Bilanzstichtag erstellt werden, denn nur so können sämtliche für die Bilanz massgebenden Werte ermittelt werden.[156]

Beim Vorliegen einer Überschuldung, d.h., wenn die Gesellschaft sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten überschuldet ist, hat der Verwaltungsrat grundsätzlich die Pflicht, den Richter zu benachrichtigen, damit dieser den Konkurs eröffnen kann.[157] Alternativ kann der Verwaltungsrat die Gewährung eines Konkursaufschubs[158] oder den Aufschub der Konkurseröffnung mit Gewährung einer (provisorischen) Nachlassstundung[159] beantragen.

Die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats.[160] Die Überschuldungsanzeige liegt deshalb nicht im Ermessen eines einzelnen Verwaltungsratsmitglieds, selbst wenn dieses eine Einzelzeichnungsberechtigung hat. Der Verwaltungsrat kann diese Aufgabe aber auch nicht delegieren, und zwar auch nicht in Konzernverhältnissen.[161] Schliesslich können materielle oder faktische Organe nicht für eine verspätete Benachrichtigung des Richters zur Rechenschaft gezogen werden, es sei denn, «sie hätten den Verwaltungsrat von der Benachrichtigung abgehalten oder ihn über das Bestehen einer Überschuldung zu informieren unterlassen».[162] Richtigerweise kann einem materiellen oder faktischen Organ eine Konkursverschleppung nur dann zur Last gelegt werden, wenn es

155 Art. 725 Abs. 3 OR.
156 BÖCKLI, § 13 N 770 f. und 819; BasK-WÜSTINER, N 36 zu Art. 725 OR.
157 Art. 725 Abs. 2 und Art. 725a Abs. 1 OR.
158 Art. 725a Abs. 1 OR.
159 Art. 293 ff. SchKG.
160 Art. 716a Abs. 1 Ziff. 7 OR.
161 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 50 N 209; DRUEY/GLANZMANN, § 8 N 65; CHK-PLÜSS/FACINCANI/KUNZ, Art. 725 OR N 17; BasK-WÜSTINER, N 41 zu Art. 725 OR; Konkursrichter des Bezirks ZH vom 21. April 1994, ZR 1995 Nr. 49 E. 1.1.
162 BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 6b/bb. Zu beachten ist aber die selbständige Pflicht der Revisionsstelle gemäss Art. 728c Abs. 3 und Art. 729c OR, bei offensichtlicher Überschuldung den Richter zu benachrichtigen, wenn der Verwaltungsrat dies unterlässt.

aktiv auf den Verwaltungsrat eingewirkt hat, die Benachrichtigung des Richters zu unterlassen.[163]

Der Richter ist grundsätzlich sofort zu benachrichtigen. Allerdings kann es angezeigt sein, mit der Benachrichtigung kurze Zeit zuzuwarten, um z.B. die Weiterführung der Geschäftstätigkeit in einer Nachlassstundung vorzubereiten. Damit können für die Gläubigergesamtheit erhebliche Verluste vermieden werden, da eine Konkurseröffnung in der Regel zu einer sofortigen Betriebseinstellung und somit zu einem Zerfall der Werte führt. Die Vorbereitung einer Nachlassstundung inklusive Beschaffung eines erforderlichen Massekredits kann aber ohne weiteres ein paar Wochen dauern. Selbst wenn sich in dieser Zeit die Überschuldung erhöht, darf dies dem Verwaltungsrat nicht ohne weiteres als pflichtwidrige Konkursverschleppung angelastet werden. Allerdings sollte die Gesellschaft während dieser Phase unter anderem keine neuen Verbindlichkeiten eingehen, ausser solchen, die sich mit bereits bestehenden Gläubigern im gewöhnlichen Geschäftsverlauf ergeben.

Der Verwaltungsrat kann unter bestimmten Voraussetzungen von der Benachrichtigung des Richters ganz absehen. Einerseits ist dies der Fall, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung im Rang hinter alle anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten.[164] Anderseits hat der Verwaltungsrat auch einen gewissen Spielraum, von der Benachrichtigung abzusehen bzw. diese aufzuschieben, wenn konkrete Aussichten auf eine Sanierung bestehen. In diesem Fall müssen aber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub nach Art. 725a OR gegeben sein, weil die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfen, als wenn der Richter benachrichtigt würde.[165] Es muss demnach die dauerhafte finanzielle Gesundung der Gesellschaft und die Wiederherstellung der Ertragskraft erwartet werden können. Bestehen derartige Sanierungsaussichten, liegt nach Ansicht des Bundesgerichts keine Gefährdung der Gläubigerforderungen vor. Die

---

[163] Vgl. WOLF, § 8 N 375. Noch restriktiver ROBERTO, S. 120, gemäss welchem eine solche Haftung wegen einer unterlassenen Konkursanzeige nur dann denkbar wäre, wenn das betreffende Organ (im von ihm betrachteten Fall ein Kreditgeber) die Unternehmensorgane verdrängt und diese damit an der Wahrnehmung ihrer Aufgaben hindert.

[164] Art. 725 Abs. 2 OR. Zum Rangrücktritt vgl. ausführlich GLANZMANN, Rangrücktritt, S. 10–18. Zu den damit verbundenen Risiken im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeitsklage vgl. oben 4.3 und insb. 4.4.

[165] BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b. Vgl. auch BGer 6B.492/2009 vom 18. Januar 2010, E. 2.2.

Sanierung bleibt zulässig, selbst wenn sich die Sanierungsbemühungen im Nachhinein als unfruchtbar erweisen. Unzulässig sind hingegen nach Ansicht des Bundesgerichts Massnahmen, welche auf Kosten der Gläubiger lediglich den Zusammenbruch des Unternehmens hinauszögern, d.h., wenn eine Sanierung nicht ernsthaft in Aussicht steht. Sind erhebliche Zweifel an den Erfolgsaussichten der Sanierung angebracht oder ist diese für die Gläubiger mit einem erhöhten Risiko verbunden, dann hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 OR den Richter zu benachrichtigen und ihm den Entscheid über die Fortführung der Gesellschaft zu überlassen.[166]

Eine stille Sanierung muss innert einer relativ kurzen Frist erwirkt werden können. Während das Bundesgericht in einem älteren Urteil eine Frist von maximal 60 Tagen seit Erstellung der Zwischenbilanz gewährte,[167] verlangt es in jüngeren Entscheiden «Aussichten für eine kurzfristig realisierbare Sanierung»[168]. Die Botschaft zur grossen Aktienrechtsrevision wiederum geht davon aus, dass eine Aufschiebung von mehr als vier bis sechs Wochen unzulässig sein dürfte,[169] was aber durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht gedeckt ist.[170] Grundsätzlich ist zu begrüssen, dass das Gesetz keine Frist vorgibt, denn die Ausgangslage ist bei jeder Gesellschaft anders. Zu bedenken ist allerdings, dass selbst zwei Monate für die Durchführung einer Sanierung sehr knapp bemessen sind. Zudem wird sich die Frage, ob Erfolgsaussichten auf eine Sanierung bestanden, nur dann stellen, wenn die Sanierung missglückt ist. Deshalb sollte der Verwaltungsrat die erforderlichen Sanierungsmassnahmen im eigenen Interesse möglichst frühzeitig und nicht erst beim Vorliegen einer Überschuldung einleiten. Dies entspricht auch dem Konzept des Gesetzes, das die Einleitung von Sanierungsmassnahmen schon bei Vorliegen eines Kapitalverlusts verlangt.[171]

166 BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b.

167 BGer 4C.177/1999 vom 16. November 1999 (in: ST 2000, S. 1270), in Anlehnung an Art. 63 Abs. 2 lit. b des Vorentwurfs RRG vom 29. Juni 1998, der aber nie Gesetz wurde.

168 BGE 127 IV 110 E. 5a und BGer 4C.436/2006 vom 18. April 2007, E. 4.1.

169 BOTSCHAFT 2007, 1691.

170 Ähnlich BÖCKLI, § 13 N 816a, und BasK-WÜSTINER, N 40a zu Art. 725 OR, welche ebenfalls von einer maximalen Zeitspanne von vier bis sechs Wochen ausgehen.

171 Vgl. oben 5.4.1 (vierter Absatz).

5.4.3 Zahlungsunfähigkeit

Von der Überschuldung zu unterscheiden ist die blosse Zahlungsunfähigkeit. Eine Zahlungsunfähigkeit kann auch vorliegen, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist. Momentan wir die Zahlungsunfähigkeit im Aktienrecht nicht separat geregelt. Dies bedeutet aber nicht, dass sie ohne Relevanz wäre. Insbesondere kann die Zahlungsunfähigkeit die Fortführungsfähigkeit infrage stellen. Weil bei fehlender Fortführungsfähigkeit eine Bilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen ist,[172] wird dies oft zu einer Überschuldung führen.[173] Sollte die Bilanz jedoch trotz dauernder Zahlungsunfähigkeit selbst zu Liquidationswerten keine Überschuldung aufweisen, so kann die Gesellschaft keine Konkurseröffnung nach Art. 725 Abs. 2 OR beantragen. Hingegen kann sie sich beim Gericht für zahlungsunfähig erklären und dadurch die Konkurseröffnung erwirken.[174] Gemäss herrschender Lehre muss die Gesellschaft für diese sog. Insolvenzerklärung einen öffentlich zu beurkundenden Auflösungsbeschluss durch die Generalversammlung bzw. – bei der GmbH – die Gesellschafterversammlung fassen, der die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft feststellt und gleichzeitig den Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsführer beauftragt, die Insolvenzerklärung abzugeben.[175]

Es ist geplant, den Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen eines neuen Art. 725a E-OR ins Gesetz aufzunehmen.[176] Danach müsste der Verwaltungsrat bei begründeter Besorgnis, dass die Gesellschaft zahlungsunfähig ist, unverzüglich einen Liquiditätsplan erstellen.[177] Dieser muss die Periode der nächsten zwölf Monate abdecken und von einem zugelassenen Revisor geprüft werden.[178] Erweist sich die Gesellschaft als zahlungsunfähig, muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen.[179]

---

[172] Vgl. oben 5.4.1 (zweiter Absatz).

[173] HANDSCHIN, Rechnungslegungsrecht, Rz 34. Vgl. zudem die weiteren Literaturnachweise in Fn. 53.

[174] Art. 191 Abs. 1 SchKG.

[175] BRUNNER, S. 811 f.; KRAMPF/SCHULER, S. 1070; BasK-BRUNNER/BOLLER, N 13a zu Art. 191 SchKG. Für die Beschlussfassung ist ein qualifiziertes Quorum nach Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 OR (für die AG) bzw. Art. 808b Abs. 1 Ziff. 11 OR (für die GmbH) erforderlich.

[176] Vgl. zum Ganzen BOTSCHAFT 2007, 1689 f.

[177] Art. 725a Abs. 1 E-OR.

[178] Art. 725a Abs. 1 und 2 E-OR.

[179] Art. 725a Abs. 3 E-OR. Auch diesbezüglich sollte der Verwaltungsrat – wie bei einem Kapitalverlust gemäss Art. 725 Abs. 1 OR – primär das Problem lösen und dann eine

Meines Erachtens bestehen diese Pflichten in materieller Hinsicht schon heute, denn der Verwaltungsrat hat dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft ihren Zahlungspflichten nachkommen kann.

6. Folgerungen

Eine finanzielle Krise stellt die Führungsorgane eines Unternehmens vor besondere Herausforderungen. Einerseits müssen finanzielle und operative Herausforderungen bewältigt werden, anderseits werden die rechtlichen Anforderungen strenger. Je mehr sich nämlich eine Gesellschaft dem Konkurs nähert, desto feinmaschiger wird das Netz von Pflichten, welches das Gesetz knüpft. Während die Leitungsorgane einer aufrechtstehenden Gesellschaft viel Freiheit geniessen und ihre Aufgaben und Pflichten im Gesetz häufig nur generell umschrieben werden, sind bei Kapitalverlust und Überschuldung ganz spezifische Aufgaben zu erfüllen und bestimmte Handlungen zu unterlassen. Die aufgrund der fehlenden finanziellen Mittel ohnehin schon beschränkte Handlungsfreiheit wird dadurch zusätzlich eingeschränkt.[180]

Die geltenden Gesetzesbestimmungen setzen oftmals falsche Anreize für das Verhalten des Verwaltungsrats, weil dieser im Konkurs der Gesellschaft selbst bei pflichtgemässem Verhalten – d.h., wenn er die «begründete Besorgnis» einer Überschuldung im Zeitpunkt ihres Eintritts erlangt und dann sofort den Richter benachrichtigt – geschädigten Gläubigern gegenüberstehen wird. Dadurch erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass er sich zum einen mit Verantwortlichkeitsansprüchen seitens der Konkursverwaltung oder einzelner Gläubiger konfrontiert sehen wird und zum andern paulianische Anfechtungsklagen erhoben werden.[181] Kann die Konkurseröffnung hingegen vermieden werden, dann gibt es keine paulianische Anfechtung von Rechtshandlungen[182] und die Gefahr von Verantwortlichkeitsklagen ist ebenfalls weitgehend gebannt.[183]

Generalversammlung einberufen müssen; vgl. oben 5.4.1 und GLANZMANN, Aktienrechtsrevision, S. 253.

180 GLANZMANN, Pflichten, S. 20 f. und 95.

181 Vgl. dazu GLANZMANN, Pflichten, S. 86–94.

182 GLANZMANN, Sanierungsdarlehen, S. 263.

183 Theoretisch können auch Aktionäre ausser Konkurs eine Verantwortlichkeitsklage anstrengen, doch kommt dies in der Praxis kaum vor; vgl. dazu GLANZMANN, Corporate Governance, S. 172–179.

Vor diesem Hintergrund ist es rational, wenn der Verwaltungsrat versucht, die Überschuldung zu beseitigen, um die Benachrichtigung des Richters zu vermeiden. Dies ist ihm gemäss Bundesgerichtspraxis gestattet, wenn er unverzüglich saniert und somit in einer schwierigen Lage das tut, was vernünftigerweise von einem Unternehmer erwartet werden darf.[184] Allerdings wird ihm dazu nur eine relativ kurze Frist gewährt.[185] Da eine Sanierung selten innerhalb einiger Wochen durchgeführt werden kann, besteht die Gefahr, dass der Verwaltungsrat – konnte der *turnaround* nicht bereits vorher eingeleitet werden – in dieser Phase versucht, mit riskanten Geschäften die Überschuldung zu beseitigen. Denn nur solche Geschäfte dürften einen Gewinn abwerfen, der für eine zeitgerechte Sanierung ausreicht. Gelingt dieses Unterfangen aber nicht und fällt die Gesellschaft dennoch in Konkurs, dann wird der Gläubigerschaden alleine aufgrund des Zeitablaufs grösser sein, als wenn der Konkurs beim Eintritt einer begründeten Besorgnis eröffnet worden wäre. Dies zumindest dann, wenn man davon ausgeht, dass sich die Gesellschaft während der ganzen Zeit «auf der schiefen Ebene» befunden hat. Hinzu kommt, dass aus den riskanten Geschäften möglicherweise ein noch grösserer Verlust resultiert.

Die oben stehenden Ausführungen lassen bezweifeln, ob die «Alarmglocken» in Art. 725 OR zur richtigen Zeit läuten. Auf jeden Fall ist der Verwaltungsrat gut beraten, wenn er dafür sorgt, dass er eine etwaige Krisensituation möglichst frühzeitig erkennen kann. Zudem sollte er notwendige Sanierungsmassnahmen so früh wie möglich einleiten. Nur so kann sich der Verwaltungsrat den notwendigen Handlungsspielraum bewahren. Ist die Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft schon fortgeschritten, d.h. besteht bereits die Gefahr eines Kapitalverlusts oder gar einer Überschuldung, dann müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats sicherstellen, dass sie die vom Gesetz auferlegten Pflichten genau kennen und diese auch befolgen. Dabei ist es oftmals unumgänglich, dass der Verwaltungsrat externe Berater beizieht, die mit derartigen Situationen vertraut sind. Nur so kann das Risiko einer persönlichen zivil- oder gar strafrechtlichen Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung minimiert werden.

---

184 BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001, E. 4b (mit Hinweisen auf die Lehre). Vgl. zum Ganzen oben 5.4.2 (letzte zwei Absätze).

185 Vgl. oben 5.4.2 (letzter Absatz).

Literaturverzeichnis

AFFENTRANGER, MARKUS: Die Stellung der Banken in der Krisensituation – Rechtliche Aspekte, in: ROBERTO (Hrsg.): Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 103–120.

BAUMGARTNER, ANDREAS/CAMPONOVO, RICO: Wird der Rangrücktritt unbrauchbar? Schadenserhöhende Wirkung von Rangrücktrittserklärungen im Verantwortlichkeitsfall, in: ST 12/2011, S. 1036–1039.

BÄRTSCHI, HARALD: Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Diss. Zürich, Zürich 2001.

BERICHT der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats vom 19. September 2002 zur Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise, BBl 2003, 5403–5587 (BERICHT SR SWISSAIR).

BERTSCHINGER, URS (Arbeitsteilung): Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999.

BERTSCHINGER, URS (Kompetenzen): Zu den börsengesetzlichen Kompetenzen des Verwaltungsrates und der Generalversammlung bei Unternehmensübernahmen – Art. 29 Abs. 2 BEHG, in: SJZ 15/1998, S. 329–334.

BÖCKLI, PETER: Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.

BOEMLE, MAX/STOLZ, CARSTEN: Unternehmungsfinanzierung, Band 2, Langfristige Fremdfinanzierung, Besondere Finanzierungsanlässe, Unternehmensbewertung, 14. Aufl., Zürich 2012.

BOTSCHAFT vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008, 1589–1750 (BOTSCHAFT 2007).

BRUNNER, ALEXANDER: Insolvenz und Überschuldung der Aktiengesellschaft, in: AJP 1992, S. 806–820.

DRUEY, JEAN NICOLAS (Organisation): Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft, in: SAG 1981, S. 77–87.

DRUEY, JEAN NICOLAS (Überschuldung): Kapitalverlust und Überschuldung, in: ST 4/1988, S. 99–104.

DRUEY, JEAN NICOLAS/GLANZMANN, LUKAS: in: DRUEY (Hrsg.): Gesellschafts- und Handelsrecht, Systematische Darstellung mit Einschluss des Rechts für börsenkotierte Gesellschaften und des Wertpapierrechts, 10. vollständig überarbeitete Aufl. der Teile III und IV des Werks von Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich/Basel/Genf 2010.

DRUEY, JEAN NICOLAS/VOGEL, ALEXANDER: Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.

FORSTMOSER, PETER (Verantwortlichkeit): Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987.

FORSTMOSER, PETER (Organisation): Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis, Zürich/Basel/Genf 2011.

FORSTMOSER, PETER (Anfechtung): Paulianische Anfechtung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Auswirkungen der neueren Bundesgerichtspraxis zur Absichtspauliana auf Verantwortlichkeitsprozesse, in: OERTLE et al. (Hrsg.): M&A: Recht und Wirtschaft in der Praxis, Liber amicorum für Rudolf Tschäni, Zürich/St. Gallen 2010, S. 431–448.

FORSTMOSER, PETER/LACHAT-HÉRITIER, ANNE: Die privatrechtliche Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Karte 61 der Schweizerischen Juristischen Kartothek, Genf 1993.

FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

GATTLEN, THOMAS: Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmenssanierungsrechts der Schweiz, Diss. Bern, Zürich 2010.

GESSLER, DIETER: Gläubigerbegünstigung durch die Aktiengesellschaft, Der Tatbestand von Art. 167 StGB, seine Unterschiede zur paulianischen Anfechtung und seine Funktion als Haftungsnorm, in: ZINDEL/PEYER/SCHOTT (Hrsg.): Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich/St. Gallen 2008, S. 401–421.

GLANZMANN, LUKAS (Rechnungslegungsrecht): Das neue Rechnungslegungsrecht, in: KUNZ/ARTER/JÖRG (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern 2013, S. 251–289.

GLANZMANN, LUKAS (Aktienrechtsrevision): Die grosse Aktienrechtsrevision, in: KUNZ/-ARTER/JÖRG (Hrsg.): Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IV, Bern 2009, S. 212–258.

GLANZMANN, LUKAS (Pflichten): Die Pflichten des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung in finanziellen Krisensituationen, in: ROBERTO (Hrsg.): Sanierung der AG, Ausgewählte Rechtsfragen für die Unternehmenspraxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003, S. 19–101.

GLANZMANN, LUKAS (Corporate Governance): Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten, in: ZSR NF Bd. 119 (2000), S. 135–193.

GLANZMANN, LUKAS (Konzern-Kreditfinanzierungen): Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, in: SZW 3/2011, S. 229–248.

GLANZMANN, LUKAS (Rangrücktritt): Rangrücktritt oder Nachrangvereinbarung? – Anwendungsbereiche, Ausgestaltung und Grenzen zweier ungleicher Instrumente der Mezzanine-Finanzierung, in: GesKR 1/2007, S. 6–23.

GLANZMANN, LUKAS (Sanierungsdarlehen): Sanierungsdarlehen, in: ZBJV 4/2010, S. 261–294.

GLANZMANN, LUKAS/WOLF, MARKUS: Sanierung von Tochtergesellschaften, in: SJZ 1/2014, S. 1–11.

GLANZMANN-TARNUTZER, LUCREZIA: Die Zweckentfremdung von Arbeitnehmerbeiträgen in der Sozialversicherung, in: AJP 2003, S. 909–916.

HAAS, CHRISTIAN: Eigene Aktien und Kapitalverlust, Bilanzieller Ausweis eigener Aktien, in: ST 12/2013, S. 921–927.

HANDSCHIN, LUKAS (Konzern): Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.

HANDSCHIN, LUKAS (Pflichten): Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, in: ZBJV 136/2000, S. 433–448.

HANDSCHIN, LUKAS (Rechnungslegungsrecht): Neues Rechnungslegungsrecht: Die wichtigsten Neuerungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in: Jusletter 21. Oktober 2013.

HIRSCH, ALAIN: Responsabilité de l'organe de révision – Portée d'une "postposition de créance" pour l'évaluation du dommage, Arrêt du Tribunal fédéral 4C.58/2007 du 25 mai 2007, in: SZW 5/2007, S. 412–414.

HOMBURGER, ERIC (ZK-HOMBURGER): Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Teilband V 5b: Der Verwaltungsrat, Art. 707–726 OR, Zürich 1997.

HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, Art. 1–6 SchlT AG, Art. 1–11 ÜBest GmbH, 4. Aufl., Basel 2012.

ISLER, PETER: Das Übernahmeverschulden des Verwaltungsrates, in: WEBER (Hrsg.): Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich 2006, S. 1–23.

JACQUEMOUD, PHILIPPE/PASQUIER, AURÉLIEN (Postposition): Postposition (subordination), Calcul du dommage lors du procès en responsabilité contre le Conseil d'administration et/ou le réviseur lors de la faillite ou du sursis concordataire par abandon d'actifs, in: SZW 4/2014, S. 292–300.

JACQUEMOUD, PHILIPPE/PASQUIER, AURÉLIEN (Responsabilité): Responsabilité du Conseil d'administration avant et après le surendettement, Réflexions sur la restructuration d'enterprise, in: SJ 2013 II, S. 271–330.

KOEFERLI, JÜRG A.: Der Sanierer einer Aktiengesellschaft, Arbeitsleistungsvertrag, Kapitalverlust, Überschuldung und Verantwortlichkeit, Diss. Zürich, Zürich 1994.

KRAMPF, MICHAEL/SCHULER, ROLF: Die aktuelle Praxis des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich zu Überschuldungsanzeige, Konkursaufschub und Insolvenzerklärung juristischer Personen, in: AJP 2002, S. 1060–1076.

KRNETA, GEORG: Praxiskommentar Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, 2. Aufl., Bern 2005.

KUNZ, RUDOLF (Annahmeverantwortung): Die Annahmeverantwortung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, Diss. St. Gallen, Zürich/Basel/Genf 2004.

KUNZ, PETER V. (Haftungsvoraussetzungen): Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Rückblick, Status Quo und Perspektiven, in: AJP 1998, S. 1267–1285.

LANZ, RUDOLF: Kapitalverlust, Überschuldung und Sanierungsvereinbarung, Diss. Bern, Zürich 1985.

LUTERBACHER, THIERRY: Verantwortlichkeit und Versicherung, in: BAER (Hrsg.): Aktuelle Fragen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Bern 2003, S. 129–165.

MAURENBRECHER, BENEDIKT: Die Stellung der Banken in Verantwortlichkeitsprozessen, in: AJP 1998, S. 1327–1345.

MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN: Die Entscheidung durch die Generalversammlung von Fragen aus dem Kompetenzbereich des Verwaltungsrates, in: VON BÜREN (Hrsg.): Aktienrecht 1992-1997: Versuch einer Bilanz, Zum 70. Geburtstag von Rolf Bär, Bern 1998, S. 263–279.

MÜLLER, ROLAND/LIPP, LORENZ/PLÜSS, ADRIAN: Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.

NUSSBAUMER, THOMAS: Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 1996, S. 1071–1082.

NYFFELER, FRANZ: Wie geht das Bundesgericht mit Verantwortlichkeitsprozessen um?, in: WEBER (Hrsg.): Praxis zum unternehmerischen Verantwortlichkeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 7–38.

PETER, ANNE/VOGT, HANS-UELI: Aktienrechtliche Rahmenbedingungen einer finanziellen Sanierung, insbesondere das Verbot der Einlagerückgewähr, in: GesKR 2/2011, S. 228–244.

RASCHEIN, ROLF: Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, Das Verhältnis von Art. 756 Abs. 2 OR zu Art. 260 SchKG, in: DALLÈVES et al. (Hrsg.): Festschrift 100 Jahre SchKG – Centenaire de la LP, Zürich 1989, S. 357–367.

REBSAMEN, THOMAS: Die Gleichbehandlung der Gläubiger durch die Aktiengesellschaft, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2004.

ROBERTO, VITO: Die Haftung der Bank als Kreditgeberin, in: EMMENEGGER (Hrsg.): Bankhaftungsrecht, Basel/Genf/München 2006, S. 93–140.

ROBERTO, VITO/TRÜEB, HANS RUDOLF (Hrsg.) (CHK-BEARBEITER): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften (Art. 530–771 OR), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

SCHENKER, URS: Möglichkeiten zur privatrechtlichen Sanierung von Aktiengesellschaften, in: SJZ 21/2009, S. 485–497.

SOMMER, CHRISTA: Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010.

STAEHELIN, ADRIAN/BAUER, THOMAS/STAEHELIN, DANIEL (Hrsg.) (BasK-BEARBEITER): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, Art. 159–352 SchKG, Art. 1–47 GSchG, Art. 51–58 AVIG, 2. Aufl., Basel 2010.

SUTER, CLAUDIA: Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010.

TERCIER, PIERRE/STOFFEL, WALTER: Zusammenfassung der Rechtsprechung, Das Gesellschaftsrecht 1992/93, in: SZW 6/1993, S. 305–314.

VETTER, MEINRAD: Der verantwortlichkeitsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2007.

VOGEL, ALEXANDER: Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft: mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze, Diss. St. Gallen, Bern 1997.

VOGT, HANS-UELI (Absichtsanfechtung): Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung und ihre Bezüge zur aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht der Organe, in: AJP 2010, S. 1075–1091.

VOGT, HANS-UELI (Solidarität): Solidarität in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: WEBER/ISLER (Hrsg.): Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, S. 21–59.

VOGT, HANS-UELI/BÄNZIGER, MICHAEL: Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, Ein Beitrag zur Einordnung der Business Judgment Rule in die Dogmatik der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, aus Anlass des Bundesgerichtsurteils 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, in: GesKR 4/2012, S. 607–627.

VON BÜREN, ROLAND: Der Konzern – rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: VON BÜREN et al. (Hrsg.): Schweizerisches Privatrecht, Halbbd. VIII/6, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2005.

VON BÜREN, ROLAND/STOFFEL, WALTER A./WEBER, ROLF H.: Grundriss des Aktienrechts, Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011.

VON DER CRONE, HANS CASPAR/CARBONARA, ANTONIO/HUNZIKER, SILVIA: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung: ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel 2006.

WIEGAND, WOLFGANG: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: VON BÜREN/HAUSHEER/WIEGAND (Hrsg.): Grundfragen des neuen Aktienrechts, Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, S. 1–17.

WOLF, MARKUS: Stillhalteabkommen kreditgebender Banken, Ein Beitrag zum Unternehmenssanierungsrecht, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2012.