

# Gedenkschrift für Claire Huguenin

herausgegeben von  
Wolfgang Portmann  
Helmut Heiss  
Peter R. Isler  
Florent Thouvenin

DIKE 

# Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden

Ein Beitrag zu Art. 754 Abs. 1 OR

*Peter R. Isler\**

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	204
II.	Die Sorgfalts- und Interessenwahrungspflichten von Organpersonen	206
	1. Die gesetzliche Ordnung von Art. 717 Abs. 1 OR	206
	2. Das Verhältnis von Art. 717 Abs. 1 OR zu den Bestimmungen von Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR	207
III.	Beispiele aus der Rechtsprechung	208
	1. Vorbemerkung	208
	2. Zu Art. 725 Abs. 2 OR	209
	a) Der gesetzliche Inhalt	209
	b) Die bundesgerichtliche Praxis	209
	c) Die Meinung der Lehre	210
	3. Zu Art. 52 AHVG	211
	a) Der gesetzliche Inhalt	211
	b) Die bundesgerichtliche Praxis	212
	4. Bei der Beurteilung einer Darlehensgewährung an einen wichtigen Geschäftspartner in finanziellen Schwierigkeiten	213
	5. Fazit	214
IV.	Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Entscheidungsfindung von erheblicher Tragweite	214
	1. Allgemeine Grundsätze	214
	2. Die Risikofähigkeit	215
	3. Die Risikonotwendigkeit	215
	4. Die Risikotoleranz	216

---

\* Der Autor dankt Prof. PETER FORSTMOSER herzlich für seine wertvollen Hinweise zu diesem Beitrag.

V. Beispiel	217
1. Sachverhalt	217
2. Abwägung von Chancen und Risiken	218
VI. Schlussbemerkung	219

## I. Einleitung

Bereits 1987 konnte PETER FORSTMOSER bei der zweiten Auflage seines Standardwerkes zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit feststellen, dass die Zahl der Verantwortlichkeitsprozesse in den vorangegangenen Jahren sprunghaft angestiegen sei und demzufolge auch die Gerichtsentscheide.<sup>1</sup> Seitdem hat sich dieser Trend noch erheblich verstärkt, wie insbesondere die Übersichten über die bundesgerichtliche Rechtsprechung der letzten 15 Jahre zu diesem Thema zeigen.<sup>2</sup> Dabei wurden die zentralen Elemente des Verantwortlichkeitsrechts, nämlich Aktiv- und Passivlegitimation, Schaden, Pflichtverletzung und Kausalzusammenhang, in einer sehr differenzierten Weise durch das oberste Gericht weiterentwickelt.

Für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, welche mit ihrem ganzen privaten Vermögen für einen bei der Gesellschaft eingetretenen Schaden haften, sind vor allem die in jüngerer Zeit gerichtlich entwickelten Grundsätze zur Business Judgement Rule, zum Gebot einer richterlichen Zurückhaltung bei der Beurteilung von Geschäftsentscheiden, zum Verbot einer ex post Betrachtungsweise, zur Einwilligung der Gesellschaft (durch ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis aller Aktionäre) sowie zu den Voraussetzungen für eine haftungsbefreiende Wirkung einer rechtskonformen Delegation von grosser Bedeutung.<sup>3</sup> Sie bringen alle zum Ausdruck, dass eine Verantwortlichkeitsklage dann nicht zu einer persönlichen

---

<sup>1</sup> FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, Rz 1183 ff.

<sup>2</sup> Vgl. WEBER, Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit im Unternehmen, in Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III, Zürich/Basel/Genf 2006, 147 ff.; GERICKE/WALLER, Entwicklungslinien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit 2007–2017 (das Jahrzehnt der Richterinnen), ZSR 2018 I 259 ff.

<sup>3</sup> Vgl. JENNY, Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegen den Vorwurf der Pflichtverletzung, ZSR 2018 I 151 ff.; ISLER/VÖGELI, Rechtsfolgen einer mangelhaften Delegation von Geschäftsführungsaufgaben in einer Verantwortlichkeitsklage, FS von der Crone, Zürich/Basel/Genf 2018, 221 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, 635 ff.

Haftung von Organpersonen führen soll, wenn diese im Bestreben, im Interesse der Gesellschaft zu handeln, einen aus damaliger Sicht vertretbaren Geschäftsentscheid getroffen hatten, welcher sich im Nachhinein als falsch erwies und zu einem Schaden der Gesellschaft führte.

Zu dieser – auch aus unternehmerischer Sicht zu begrüssenden – Rechtsprechung hat nun ein vor kurzem gefälltes Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich eine neue gegensätzliche Sichtweise eingebracht: Es ging um verzinliche aber ungesicherte Darlehen, welche eine Konzerngesellschaft an die Holdinggesellschaft sowie eine Schwestergesellschaft während mehrerer Jahre gewährt und jeweils im Rahmen der Finanzierungsbedürfnisse verlängert hatte. In den ersten Jahren wurden diese Darlehen vom Gericht als marktkonform und somit rechtlich nicht zu beanstanden beurteilt. Ab einem bestimmten Zeitpunkt erachtete das Gericht jedoch diese Darlehen wegen einer erheblichen Verschlechterung der Bonität der schuldnerischen Gesellschaften als nicht mehr marktkonform. Unter dem Gesichtspunkt der aktienrechtlichen Kapitalschutzvorschriften (Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR) würden aber nach Lehre und Praxis die nicht marktkonformen Darlehen unter verbundenen Gesellschaften als unzulässige verdeckte Gewinnausschüttungen sowie als verbotene Einlagerückerstattung qualifiziert. Deshalb sei die Gewährung der Darlehen ab dem genannten Zeitpunkt widerrechtlich gewesen.<sup>4</sup>

Die beklagten Organe argumentierten unter anderem mit dem erheblichen eigenen Interesse, welches die darlehensgewährende Gesellschaft an der Fortführung dieser Darlehen im Hinblick auf die Aufrechterhaltung ihrer eigenen Geschäftstätigkeit und Weiterexistenz hatte. Das Gericht erachtete diese Argumente jedoch als irrelevant und führte wörtlich aus:

*«Der Kapitalschutz ist eines der wichtigsten Prinzipien des Aktienrechts und bezweckt namentlich den Schutz der Gläubiger. Die Einhaltung der Kapitalschutzvorschriften ist daher zwingend. "Besondere Umstände" und "wichtige Gründe" können allenfalls im Kontext der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht bei der Vermögensanlage (Art. 717 Abs. 1 OR) berücksichtigt werden, allerdings nur so lange, als der Schutz des Eigenkapitals gewährleistet ist. Eine Verletzung der aktienrechtlichen Kapitalschutzbestimmungen (Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR) kann hingegen nicht mit dem Hinweis auf "wichtige Gründe" und "besondere Umstände" gerechtfertigt werden.»<sup>5</sup>*

---

<sup>4</sup> Urteil HG ZH Nr. 130073-O vom 16. März 2018, E. 5.3.3.3 (zit. «Urteil»).

<sup>5</sup> Urteil (FN 4), E. 5.3.3.3.3.

Das Urteil des Handelsgerichts vermochte sich zwar nicht auf eine Lehrmeinung oder einen Gerichtsentscheid zur Begründung eines Vorranges von Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR gegenüber Art. 717 Abs. 1 OR zu stützen, aber für eine ausdrückliche gegenteilige Auffassung finden sich – soweit ersichtlich – auch keine Gerichtsentscheide oder expliziten Lehrmeinungen.<sup>6</sup>

In diesem Aufsatz soll daher gezeigt werden, dass das Aktienrecht keine Bestimmungen enthält, deren Verletzung durch die zuständigen Organpersonen eine Pflichtverletzung *per se* bewirken würde.<sup>7</sup> Vielmehr ist für die Beurteilung von Geschäftsentscheidungen bezüglich einer möglichen Pflichtverletzung stets zu prüfen, ob die verantwortlichen Personen auch bei Missachtung einer zwingenden aktienrechtlichen Schutzvorschrift einen nach Abwägung von Chancen und Risiken vertretbaren Entscheid gefällt haben.

## **II. Die Sorgfalts- und Interessenwahrungspflichten von Organpersonen**

### **1. Die gesetzliche Ordnung von Art. 717 Abs. 1 OR**

Die allgemeine Bestimmung für die Beurteilung, ob die Organpersonen einer Aktiengesellschaft sich bei ihrer Tätigkeit pflichtgemäss verhalten haben oder nicht, ist Art. 717 Abs. 1 OR: «Die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.» Die zentralen Verhaltenspflichten für Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitung sind somit die Sorgfalts- und die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft, in welcher sie diese Funktion ausüben.

---

<sup>6</sup> Gegen das Urteil des Handelsgerichts, welches die Klage abgewiesen hat, ist eine Beschwerde in Zivilsachen zur Zeit beim Bundesgericht hängig. Es ist aber möglich, dass die hier zu diskutierende Frage des Verhältnisses von Art. 717 Abs. 1 OR zu den Kapitalenschutzvorschriften von Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR vom Bundesgericht nicht beurteilt wird, weil das Handelsgericht die Klage aus verschiedenen Gründen abgewiesen hat (z.T. fehlende Passivlegitimation, kein rechtsgenügend nachgewiesener Schaden sowie fehlender Kausalzusammenhang, weil die Gläubiger bei rechtmässigem Alternativverhalten nicht besser gestellt gewesen wären).

<sup>7</sup> Nicht näher eingegangen wird in diesem Aufsatz auf Schutzvorschriften formaler Natur z.B. bei der Gründung sowie der Kapitalerhöhung oder -herabsetzung, welche stets im Interesse der Gesellschaft einzuhalten sind.

Die Pflicht zur Wahrung der Interessen *ihrer* Gesellschaft ist somit oberste Pflicht und Richtschnur für das Handeln von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern. Sie hat Vorrang gegenüber den Interessen von Aktionären, Gläubigern und natürlich auch den eigenen Interessen.<sup>8</sup> Diese Pflicht ist mit aller Sorgfalt auszuüben. Der Massstab dafür ist hoch und liegt über demjenigen für Arbeitnehmer (Art. 321a Abs. 1 OR) und Beauftragte (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR), auch wenn keine überzogenen Anforderungen an diese Sorgfaltspflicht gestellt werden dürfen.<sup>9</sup> Die Organmitglieder müssen für die Zweckerfüllung der Aktiengesellschaft unternehmerisch tätig sein und dabei auch Risiken eingehen, welche sorgfältig geprüft werden sollen, ohne aber gewährleisten zu müssen, dass die Risiken sich nicht zum Schaden der Gesellschaft verwirklichen. Die Haftung aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist und bleibt eine Verschuldenshaftung.<sup>10</sup>

## **2. Das Verhältnis von Art. 717 Abs. 1 OR zu den Bestimmungen von Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR**

Das eingangs erwähnte Urteil des Zürcher Handelsgerichts betont zu Recht, dass die Bestimmungen von Art. 678 Abs. 2 OR und Art. 680 Abs. 2 OR Vorschriften zum Schutz des Eigenkapitals der Aktiengesellschaft sind. Sie bezwecken (ähnlich wie Art. 675 Abs. 2 OR) sicherzustellen, dass die Gesellschaft, wenn immer möglich, über ein Nettovermögen von mindestens dem Aktienkapital und den gemäss Art. 671 Abs. 1–3 OR zu bildenden gesetzlichen Reserven verfügt.<sup>11</sup>

Dass diese Kapitalschutzbestimmungen zwingender Natur sind und daher auch wichtige Verhaltenspflichten für den Verwaltungsrat darstellen, ist unbestritten. Sie dienen aber vor allem auch der Durchsetzung des Anspruchs der Gesellschaft gegenüber dem Empfänger der verbotenen Leistungen auf deren Rückerstattung. Dass aber diese Kapitalschutzbestimmungen in jedem Fall einen absoluten Vorrang haben gegenüber der Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, ist weder ausdrücklich noch sinngemäss aus dem Gesamtkontext des Aktienrechts ersichtlich.

---

<sup>8</sup> BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 717 N 1 ff; SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrates gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss. Zürich 2010, 36 ff.

<sup>9</sup> BÖCKLI, Schweizerisches Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 575 ff. m.w.H.

<sup>10</sup> MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 3), 638 f.; BÖCKLI (FN 9), § 18 N 447 f.; ISLER/VÖGELI (FN 3), 230.

<sup>11</sup> Urteil (FN 4), E. 5.3.2.2 mit Verweis auf BGE 140 III 533 E. 4.1 und 132 III 668 E. 3.2.

Ein solcher Vorrang der Kapitalschutzbestimmungen gegenüber der Pflicht des Verwaltungsrates, sich stets zu bemühen, die Interessen der Gesellschaft unter den gegebenen Umständen bestmöglich zu wahren, wäre aber auch widersprüchlich und daher unhaltbar. Die Zielsetzung der Kapitalschutzbestimmungen ist vor allem der Gläubigerschutz, indem die Gesellschaft wenn immer möglich in der Lage sein sollte, ihre finanziellen Verpflichtungen zu erfüllen. Insofern ist die Beachtung der Kapitalschutzbestimmungen zwar im Normalfall durchaus ein zentrales Element eines sorgfältigen pflichtbewussten Handelns der Organpersonen. Aber es kann sich auch – vor allem in einer Krisensituation der Gesellschaft – als notwendig erweisen, die Kapitalschutzbestimmungen im Interesse der Gesellschaft nicht einzuhalten und dabei eine Interessenabwägung zwischen Fortführung der Gesellschaft und Gläubigerschutz vorzunehmen.

Es soll nachfolgend gezeigt werden, dass das Bundesgericht mit Zustimmung der überwiegenden Lehre in speziellen Situationen einen Vorrang der Gesellschaftsinteressen gegenüber jenen von Gläubigern gestattet, sofern eine sorgfältige Abwägung von Chancen und Risiken dies rechtfertigt.

### **III. Beispiele aus der Rechtsprechung**

#### **1. Vorbemerkung**

In aller Regel liegt es im Gesellschaftsinteresse, dass die Kapitalschutzbestimmungen wie alle anderen zwingenden gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden. Es kann aber durchaus Situationen geben, in denen die Einhaltung einer Kapitalschutzbestimmung zum Untergang der Gesellschaft führen würde, mit erheblichen Nachteilen für die Gläubiger, Arbeitnehmer und Kunden. Aber unter Missachtung einer solchen Bestimmung könnte eine realistische Chance bestehen, die Gesellschaft zu retten, was im Falle eines Erfolges die Interessen der Gesellschaft mit jenen der Gläubiger wieder kongruent machen würde.

Für diesen Fall erlaubt die Praxis des Bundesgerichts die Verletzung von wichtigen gesetzlichen Bestimmungen, welche somit der Pflicht zur Erfüllung der Aufgaben mit aller Sorgfalt hintangestellt werden, wenn dies aufgrund einer Interessenabwägung für die Gesellschaft vorteilhaft erscheint. Dies soll nachfolgend anhand der Pflicht des Verwaltungsrates, den Richter im Falle einer Überschuldung zu benachrichtigen (Art. 725 Abs. 2 OR), sowie in Bezug auf seine Haftung bei der Verletzung der Pflicht zur Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge (Art. 52 AHVG) dargestellt werden. Er-

gänzend wird auf die gerichtliche Praxis bei der Gewährung von Darlehen an einen Schuldner in schwierigen finanziellen Verhältnissen hingewiesen, wenn die darlehensgebende Gesellschaft ein erhebliches Interesse an einer Vermeidung des schuldnerischen Konkurses hat.

## **2. Zu Art. 725 Abs. 2 OR**

### **a) Der gesetzliche Inhalt**

Gemäss Art. 725 Abs. 2 OR hat der Verwaltungsrat den nach kantonalem Recht zuständigen Richter am Sitz der Gesellschaft zu benachrichtigen, wenn die Gesellschaft überschuldet ist, d.h. wenn sich aus einer Zwischenbilanz ergibt, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger (ausgenommen jene mit einem Rangrücktritt) weder zu Fortführungswerten noch zu Veräusserungs- oder Liquidationswerten gedeckt sind.<sup>12</sup> Eine Toleranzfrist ist im Gesetz nicht vorgesehen, und der Verwaltungsrat, welcher die Gesellschaft im überschuldeten Zustand weiterführt, setzt sich einer erheblichen Gefahr einer Verantwortlichkeitsklage wegen Konkursverschleppung aus, wenn später über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wird.<sup>13</sup>

### **b) Die bundesgerichtliche Praxis**

Bei der Rechtspflicht des Verwaltungsrates, bei erkannter Überschuldung der Gesellschaft den Richter zu benachrichtigen, handelt es sich ebenfalls um eine Pflicht im Zusammenhang mit dem Kapitalschutz und dem Gläubigerschutz, gleich wie bei Art. 678 Abs. 2 und Art. 680 Abs. 2 OR. Gleichwohl hat das Bundesgericht und haben in der Folge auch kantonale Gerichte diese Benachteiligungspflicht eingeschränkt, wenn dies im Interesse der Gesellschaft auf ihren Weiterbestand liegt und realistische Sanierungschancen bestehen. Sollten die Sanierungsbemühungen letztlich aber doch nicht erfolgreich sein und die Gesellschaft in Konkurs fallen, kann der Verwaltungsrat nicht im Nachhinein dafür verantwortlich gemacht werden, dass er die Pflicht zur gerichtlichen Benachrichtigung nach Art. 725 Abs. 2 OR nicht eingehalten hat.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Vgl. BSK OR II-WÜSTINER, Art. 725 N 29 ff.

<sup>13</sup> Vgl. als Beispiele gutgeheissener Verantwortlichkeitsklagen wegen Verletzung von Art. 725 Abs. 2 OR: BGer 4A\_270/2016 vom 7. Oktober 2016; BGer 4A\_373/2015 vom 26. Januar 2016; BGer 4A\_84/2013 vom 7. August 2013; BGE 132 III 564 E. 5.2.

<sup>14</sup> Vgl. BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 E. 4b und 5a; BGE 116 II 533 E. 5a (unter Verweis auf BGE 108 V 188); BGer 6B\_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.1.



Wesentliche Voraussetzung für diese Nichtbeachtung der Pflicht nach Art. 725 Abs. 2 OR und damit für den Vorrang des Gesellschaftsinteresses gegenüber dem Gläubigerschutz ist auch hier, dass es im Einzelfall und unter Abwägung von Chancen und Risiken gerechtfertigt sein kann, dem Verwaltungsrat einen Aufschub für die Benachrichtigung des Richters bei Überschuldung zuzugestehen, obschon dies in der gesetzlichen Regelung von Art. 725 Abs. 2 OR nicht vorgesehen ist. Wie lange diese Aufschubfrist sein soll, wird von den Gerichten unterschiedlich beurteilt. Das Bundesgericht hat keine verbindliche Dauer, sondern zum Teil gar keine Frist genannt<sup>15</sup> oder dann eine recht kurze von 60 Tagen bzw. wenigen Wochen.<sup>16</sup> Das Handelsgericht des Kantons Zürich hat in einem Urteil vom 7. März 2013 darauf abgestellt, ob im konkreten Fall überblickbare Verhältnisse eines Kleinunternehmens oder aber Sanierungsmassnahmen bei einer komplexen Unternehmensstruktur vorliegen, bei welcher auch ein Aufschub von einer bedeutend längeren Zeit gerechtfertigt sei, nämlich so lange «als ernsthafte und aussichtsreiche Sanierungsbemühungen» erfolgen würden.<sup>17</sup>

### c) Die Meinung der Lehre

Dass die Nichtbeachtung der sofortigen Benachrichtigung des Richters bei einer erkannten Überschuldung der Gesellschaft keine Pflichtverletzung per se darstellt, sondern vor allem die Pflicht zur Vornahme einer Interessenabwägung durch den Verwaltungsrat auslöst, was in der konkreten Situation im besten Interesse der Gesellschaft liegt, entspricht heute auch der überwiegenden Meinung der Lehre.<sup>18</sup> Es wird betont, dass der Entscheid des Verwaltungsrates, bei erkannter Überschuldung die Benachrichtigung des Richters aufzuschieben, die gut begründbare Überzeugung einer realistischen Aussicht auf Sanierung der Gesellschaft voraussetzt. Es ist also eine Abwägung von Chancen und Risiken vorzunehmen, und wenn diese ergibt, dass die Chancen auf Fortführung der Gesellschaft und somit deren Weiterbestand gegenüber dem Risiko eines Unterganges deutlich überwiegen, so ist der Verwaltungsrat berechtigt – oder sogar verpflichtet – auf die Bilanzdeponierung zu verzichten und die Sanierung der Gesellschaft in Angriff zu nehmen oder gegebenenfalls weiterzuführen.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Vgl. BGE 108 V 183 E. 2; BGer 4C.366/2000 vom 19. Juni 2001 E. 4b.

<sup>16</sup> Vgl. BGer 9C.463/2011 vom 14. Juli 2011, E. 6.2.

<sup>17</sup> HG100052-O vom 7. März 2013, E. 3.3.29. Vgl. auch die Entscheidbesprechung von MAUCHLE/VON DER CRONE, Wie lange darf der Verwaltungsrat mit der Überschuldungsanzeige zuwarten? SZW 2014 227 ff.

<sup>18</sup> Vgl. die Übersicht über die Lehrmeinungen bei BÖCKLI (FN 9), § 13 N 816 ff.

<sup>19</sup> Vgl. FORSTMOSER, Der Richter als Krisenmanager? in FS Walter, Bern 2005, 271 ff.; BSK OR II-WÜSTNER (FN 12), Art. 725 N 4a; BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 28.

Diese Entscheidung ist ein Ermessensentscheid des Verwaltungsrates, welcher mit richterlicher Zurückhaltung ex ante und nicht im Nachhinein zu beurteilen ist und welcher auch berücksichtigen darf, dass die Übertragung einer Weiterführung der Gesellschaft in kritischen Verhältnissen unter richterlicher Kontrolle kaum erfolgversprechend ist, vor allem nicht, wenn kurzfristig unternehmerisches Handeln verlangt wird.<sup>20</sup>

Vielmehr muss der Verwaltungsrat nicht nur beim Entscheid über den Aufschub der Benachrichtigung des Richters, sondern auch während der folgenden Sanierungsperiode sich laufend nach pflichtgemäsem Ermessen fragen, ob die Gesundung der Gesellschaft nach wie vor realistisch ist oder nicht.<sup>21</sup>

### **3. Zu Art. 52 AHVG**

#### **a) Der gesetzliche Inhalt**

Im vorliegenden Kontext rechtfertigt sich auch ein Blick auf die bundesgerichtliche Praxis zum Sozialversicherungsrecht. Gemäss Art. 51 Abs. 2 AHVG haben die Arbeitgeber mit der Ausgleichskasse über die vom Lohn des Arbeitnehmers abgezogenen und die von ihnen selbst geschuldeten Beiträge periodisch abzurechnen. Bei Missachtung dieser Pflicht hat der Arbeitgeber den der Versicherung zugefügten Schaden zu ersetzen, wenn dies in absichtlicher oder grobfahrlässiger Weise geschah (Art. 52 Abs. 1 AHVG).

Wenn es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person handelt, haften die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen gemäss Art. 52 Abs. 2 AHVG subsidiär und solidarisch für den ganzen Schaden.

Die Ausgleichskasse kommt insbesondere dann durch nicht bezahlte Beiträge zu Schaden, wenn eine Aktiengesellschaft in Konkurs fällt. In diesem Fall werden die Personen, welche in der relevanten Zeit die verantwortlichen Organe waren, routinemässig und konsequent zur Zahlung der fehlenden Sozialbeiträge aufgefordert und wenn nötig vor Gericht gezogen.

---

<sup>20</sup> Vgl. FORSTMOSER (FN 19), 277 ff; BÖCKLI (FN 9), § 13 N 817 f.

<sup>21</sup> Vgl. dazu BGer 9C.330/2010 vom 18. Januar 2011, E. 5.3.

## b) Die bundesgerichtliche Praxis

Obschon die subsidiäre Haftung der verantwortlichen Organpersonen gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG nur für «absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung» der Pflicht der Gesellschaft zur Zahlung der Sozialbeiträge besteht, hat sich nach der Praxis des Bundesgerichts nahezu eine Kausalhaftung für die Gesellschaft und in deren Konkurs für die Organpersonen der betreffenden Gesellschaft herausgebildet.

Zunächst wird der Ausgleichskasse, welche einen durch Missachtung der gesetzlichen Vorschriften entstandenen Schaden erlitten hat, zugestanden, dass sie davon ausgehen dürfe, dass der Arbeitgeber (oder seine Organe) die Vorschriften absichtlich oder mindestens grobfahrlässig verletzt habe.<sup>22</sup> Es obliegt somit den Organpersonen, den Gegenbeweis zu erbringen, was aber sehr schwierig ist, wie eine Vielzahl von Urteilen des Bundesgerichts belegt.<sup>23</sup> Damit ist die Missachtung dieser Pflicht zur Zahlung von Sozialbeiträgen im Konkurs der Gesellschaft für Verwaltungsräte, wie gesagt, beinahe zu einer Kausalhaftung geworden, was denn auch in der Lehre – ohne Erfolg – stark kritisiert wurde.<sup>24</sup> Aber das Bundesgericht hat konsequent an seiner strengen Praxis festgehalten mit der Begründung, es gehe «grundsätzlich nicht an, das unternehmerische Risiko auf die Sozialversicherungen abzuwälzen».<sup>25</sup>

Aber auch im Bereich der Haftung für die Abgabe von Sozialversicherungsbeiträgen hat das Bundesgericht ausnahmsweise unter Berücksichtigung der konkreten Umstände eine Haftung der verantwortlichen Organpersonen abgelehnt. Denn eine persönliche Haftung gemäss Art. 52 AHVG sei nur begründet, «wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen».<sup>26</sup>

Die heutige Praxis lässt sich etwa wie folgt zusammenfassen: Das Bundesgericht anerkennt, dass die Missachtung der Pflicht zur Leistung der Sozialversicherungsbeiträge zu keiner Schadenersatzpflicht führt, «wenn angesichts der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten und der eingegangenen Risiken von der vorübergehenden Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge (im damaligen Zeitpunkt) objektiv eine für die Rettung der Gesellschaft ausschlaggebende Wirkung erwartet werden konnte und

---

<sup>22</sup> BGE 108 V 199 E. 1.

<sup>23</sup> Vgl. etwa BGE 108 V 203 E. 3a; 129 V 11 E. 3; BGer 9C\_609/2017 vom 2. Mai 2018; 9C\_906/2017 vom 21. Juni 2018; 9C\_436/2016 vom 26. Juni 2017.

<sup>24</sup> Vgl. etwa MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, 378 ff.; BÖCKLI (FN 9), § 13 N 572; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 38 N 9 ff.

<sup>25</sup> BGer 9C.861/2018 vom 12. März 2019 E. 4.5.

<sup>26</sup> BGer H\_195/04 vom 18. Mai 2005 E. 4.4

im Übrigen aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit gerechnet werden durfte, dass die offenen Beitragsforderungen innert nützlicher Frist würden bezahlt werden können».<sup>27</sup>

Es gibt also auch nach der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung keine Pflichtverletzung per se, sondern eine Interessenabwägung unter den gegebenen Umständen, ob eine ausreichende Chance für die Rettung der Gesellschaft als oberste Zielsetzung besteht.

#### **4. Bei der Beurteilung einer Darlehensgewährung an einen wichtigen Geschäftspartner in finanziellen Schwierigkeiten**

Dass eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung der konkreten Umstände auch bei der Beurteilung der Pflichtverletzung des Verwaltungsrates bei einer Darlehensgewährung (welche anschliessend zu einem Totalverlust führt) vorgenommen werden muss, ergibt sich sodann aus einer neuen Entscheidung des Bundesgerichts:

Zu beurteilen war eine Darlehensgewährung einer Immobiliengesellschaft A an eine Geschäftspartnerin B in grossen finanziellen Schwierigkeiten, welche jedoch für die Realisierung eines gemeinsamen Immobilienprojektes für A sehr wichtig war. Mit dem Darlehen bezahlte A direkt diverse Schulden von B an deren Gläubiger, um den Konkurs von B zu vermeiden. Das Darlehen wurde nicht zurückbezahlt und etwa drei Jahre später wurde gleichzeitig der Konkurs über A und B eröffnet. Gemäss Bundesgericht war die entscheidende Frage bei der Beurteilung der Verantwortlichkeitsklage gegen die verantwortliche Organperson von A, ob die Entscheidung, der finanziell stark angeschlagenen Gesellschaft B ein ungesichertes Darlehen zu gewähren, um das Immobilienprojekt weiterverfolgen zu können, im Hinblick auf die eingegangenen Risiken und die damit verbundenen Chancen pflichtwidrig war oder nicht. Nach Berücksichtigung der relevanten Fakten des konkreten Falles gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass «hier besondere Umstände dafür [sprechen], dass die Gewährung eines ungesicherten Darlehens kein fehlerhafter Entscheid war, sondern damit die Gesellschaftsinteressen gewahrt wurden».<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> BGer 9C.861/2018 vom 12. März 2019, E. 4.2.1.

<sup>28</sup> BGer 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017, E. 2.5.3. Vgl. demgegenüber ähnliche Fälle einer Darlehensgewährung, welche als pflichtwidrig beurteilt wurden: BGer 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013; 4A\_97/2013 vom 28. August 2013.

## 5. Fazit

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit geht klar hervor, dass bei Geschäftsentscheiden<sup>29</sup> die Sorgfalts- und Interessenwahrungspflichten der verantwortlichen Organpersonen stets differenziert unter Berücksichtigung der speziellen Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung von Chancen und Risiken für das Weiterbestehen der Gesellschaft zu beurteilen sind – selbst wenn dabei zwingende aktienrechtliche Vorschriften verletzt werden.

Dadurch bekommt die Pflicht des Verwaltungsrates, bei Entscheiden von erheblicher Tragweite vorgängig eine objektive Abwägung von Chancen und Risiken vorzunehmen, eine zentrale Bedeutung. Dies gilt natürlich insbesondere, wenn sich die Gesellschaft in einer kritischen wirtschaftlichen Situation befindet, hat aber auch generelle Bedeutung. Darauf ist im Folgenden einzugehen.

## IV. Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Entscheidungsfindung von erheblicher Tragweite

### 1. Allgemeine Grundsätze

Aus den vorgängig erwähnten Gerichtsentscheiden ergibt sich, dass für die Beurteilung von Chancen und Risiken die folgenden Kriterien zu beachten sind:

- die tatsächliche wirtschaftliche Situation der eigenen Gesellschaft (d.h. die Risikofähigkeit),
- die Notwendigkeit der zu entscheidenden Massnahme im Hinblick auf den Weiterbestand der eigenen Gesellschaft (d.h. die Risikonotwendigkeit) sowie
- die massgebenden Rahmenbedingungen, welche von Gesetzes wegen oder von der Eigentümerschaft oder der Gläubigerstruktur der Gesellschaft auch noch zu berücksichtigen sind (d.h. die Risikotoleranz).

Ob dann bei der Ziehung eines Saldos die Chancen die Risiken deutlich überwiegen oder nur zumindest die Risiken durch die Chancen aufgewogen werden müssen, kann nicht allgemein gesagt werden, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (vgl. dazu Ziff. IV. 2.–4. sowie Ziff. V. 2.).

---

<sup>29</sup> Geschäftsentscheide sind klar zu unterscheiden von kriminellen Handlungen von Organen sowie Transaktionen durch Selbstkontrahierung oder Doppelvertretung zum Nachteil der Gesellschaft, bei welchen kein Anwendungsfall für diese Überlegungen vorliegt.

## 2. Die Risikofähigkeit

Auszugehen ist bei der Risikobeurteilung immer von der konkreten finanziellen Situation der eigenen Gesellschaft insbesondere über ihre Fähigkeit, finanzielle Rückschläge verkraften zu können, wenn die zu beurteilende finanzielle Transaktion fehlschlägt.<sup>30</sup> Dabei ist die echte finanzielle Lage massgebend, nicht einfach die obligatorienrechtliche Bilanz. Es sind stille Reserven zu berücksichtigen, wenn sie sich kurzfristig realisieren lassen, und vor allem auch die Liquiditätsposition, Kreditwürdigkeit und kurzfristige Verschuldung.

Ist die Risikofähigkeit schlecht, was vor allem bei einer Unterbilanz oder Überschuldungsgefahr der Fall ist, sind die Chancen einer Sanierung und damit eines Weiterbestehens der Gesellschaft möglichst objektiv und realistisch zu beurteilen und zu dokumentieren. Wenn sich in dieser Situation aus einer sorgfältigen Analyse der Umstände ergibt, dass die Sanierungschancen ökonomisch gewichtiger sind als die mit der Sanierung verbundenen Risiken, ist es gerechtfertigt, das Risiko einzugehen.<sup>31</sup>

Bei guter Risikofähigkeit hängt es mehr davon ab, wie sehr die vorgesehene Transaktion im Interesse der Gesellschaft ist; die Risiken müssen aber durch die Chancen zumindest aufgewogen werden.

## 3. Die Risikonotwendigkeit

Eine Beurteilung von Chancen und Risiken ist gemäss der dargelegten Rechtsprechung vor allem unerlässlich, wenn die zu entscheidende Massnahme für das Weiterbestehen der Gesellschaft notwendig ist, oder wenn die bestehende Geschäftstätigkeit gemäss der Zweckbestimmung ohne sie gefährdet wäre. Für die Notwendigkeit, eine bereits begonnene Sanierung der Gesellschaft fortzuführen und auf die Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 2 OR zu verzichten, muss eine pflichtgemässe Entscheidungsgrundlage bestehen, dass eine realistische Aussicht besteht, die Sanierung zu einem guten Ende zu führen.

Ebenso kann die Gewährung oder Verlängerung eines Darlehens eine Notwendigkeit darstellen, um eine geschäftliche Investition oder Projektentwicklung nicht wertlos werden zu lassen. Wenn die Chancen eines Erfolges im Verhältnis zum eingegangenen finanziellen Risiko vertretbar sind und die Aussicht auf einen Erfolg – d.h. eine

---

<sup>30</sup> Vgl. dazu BGer 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013, E. 6.1.

<sup>31</sup> FORSTMOSER (FN 19), 271. Vgl. auch BGer 6B\_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.1.; MAUCHLE/VON DER CRONE (FN 17), 234.

Rückzahlung des Darlehens – als durchaus möglich erscheint, dann ist auch der Entsch eid nicht pflichtwidrig.

#### 4. Die Risikotoleranz

Ein pflichtbewusst handelnder Verwaltungsrat hat schliesslich auch noch weitere Rahmenbedingungen in die Risikoanalyse miteinzubeziehen, vor allem die Natur der Gesetzesvorschrift, welche nicht eingehalten werden soll, sowie die Risikobereitschaft der eigenen Aktionäre sowie die Toleranz der wichtigen Gläubiger betreffend Zahlungsaufschub fälliger Forderungen.

Ein wesentlicher Faktor in der Risikobeurteilung ist m.E. die *Natur der gesetzlichen Bestimmungen*, welche im Interesse der Fortführung der Gesellschaft missachtet werden sollen. Wie in Ziff. III. 2 gezeigt, besteht bei Art. 52 AHVG nur wenig Spielraum und sind die Voraussetzungen streng, damit nicht der Vorwurf obsiegt, es werde das unternehmerische Risiko auf die Sozialversicherung abgewälzt. Ebenso ist bei der Beurteilung von Art. 678 Abs. 2 OR und 680 Abs. 2 OR wesentlich, ob die Verletzung dieser Kapitalschutzbestimmungen erfolgt, ohne gleichzeitig einen wesentlichen Vorteil für die Gesellschaft zu erhalten. Deshalb ist es ein klarer Verstoss gegen Art. 680 Abs. 2 OR, wenn eine Gesellschaft an ihre Aktionäre eine Dividende ausschüttet, ohne über frei verwendbares Eigenkapital zu verfügen. Die Gesellschaft erhält dadurch keinen Vorteil. Ein Darlehen an die Muttergesellschaft oder eine Schwestergesellschaft begründet dagegen einen Rückforderungsanspruch und stellt ein Aktivum für die Gesellschaft dar und ist deshalb bezüglich der Chancen und Risiken wie in Ziff. III. 4 dargelegt zu beurteilen.<sup>32</sup>

Die *Aktionärs- bzw. Gläubigerstruktur der Gesellschaft* kann ein wichtiger Faktor sein bei der Beurteilung eines wagemutigen Entscheides eines soliden aber stagnierenden Unternehmens bzw. einer Gesellschaft, welche in einer schweren wirtschaftlichen Krise steckt, aber ein wichtiger traditionsreicher Arbeitgeber mit gutem Ruf in einer eher benachteiligten Region ist. Hier sollte die Risikotoleranz anders beurteilt werden. Wenn Aussicht auf eine neue Kreditgewährung seitens der Banken oder zusätzliche Eigenmittel von neuen Investoren besteht oder Gespräche über einen Verkauf eines verlustbringenden Geschäftsbereiches am Laufen sind, dann dürfen die Chancen gegenüber den Risiken so gewichtet werden, dass das Ausmass einer Wertzerstörung im

---

<sup>32</sup> Vgl. dazu BGE 140 III 533 E. 4.2.5.2 sowie die kritische Würdigung von DRUEY, Cash Pool – Verdeckte Gewinnausschüttung und verdecktes Konzernrecht, SZW 2015 65 ff.

Konkursfall gegenüber den Risiken einer Erhöhung der Überschuldung bei fehlgeschlagener Sanierung als gewichtiger erachtet wird.<sup>33</sup>

## V. Beispiel

Zur Veranschaulichung der Ausführungen in Ziff. IV sei folgender hypothetischer Fall<sup>34</sup> kurz beleuchtet:

### 1. Sachverhalt

Die X AG bezweckt das Halten von Minderheits-Beteiligungen an verschiedenen schweizerischen Industriegesellschaften. A als grösster Aktionär ist auch Verwaltungsratspräsident, die übrigen Verwaltungsräte sind branchenkundige Nichtaktionäre. Weitaus grösstes Aktivum (30% der Aktiven) war eine Beteiligung von 40% am Aktienkapital der Y AG, welche hochwertige Werkzeugmaschinen für den Export herstellte und ein bedeutender Arbeitgeber im Jura war.

Aufgrund des starken Schweizerfrankens geriet die Y AG in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten und benötigte dringend neue Kredite, welche ihr aber von ihren Banken verweigert wurden. Die Y AG war daher in erheblicher Konkursgefahr. Um den Wert ihrer Beteiligung an der Y AG nicht abschreiben zu müssen, nahm die X AG bei ihrer Bank einen Kredit von CHF 3 Mio. auf und gewährte der Y AG diesen Betrag in Form eines verzinlichen Darlehens. Eine Sicherheit konnte nicht gegeben werden, weil die Liegenschaften schon sehr hoch belastet waren. Der Verwaltungsrat der X AG stimmte dieser Darlehensgewährung zu, weil er daran glaubte, dass die Y AG mit ihren Produkten wieder erfolgreich sein würde, sobald die Währungsrelationen sich wieder verbesserten. A trat dabei in den Ausstand, weil er gleichzeitig auch 10%iger Aktionär und Verwaltungsrat der Y AG war.

Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen verbesserten sich aber für die Y AG nicht und sie fiel zwei Jahre später in Konkurs. Die X AG musste daraufhin sofort einen Teil ihrer übrigen Beteiligungen verkaufen, um ihren eigenen Bankkredit zurückzahlen. Ihre Aktionäre erlitten einen erheblichen Wertverlust auf ihren Aktien und prüfen eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat der X AG.

---

<sup>33</sup> Vgl. dazu HG (FN 17), E. 3.3.

<sup>34</sup> Der Sachverhalt basiert auf den Entscheiden BGer 4A\_74/2012 vom 18. Juni 2012, 4A\_15/2013 vom 11. Juli 2013 sowie 4A\_642/2016 vom 27. Juni 2017.



## 2. Abwägung von Chancen und Risiken

Bezüglich *Risikofähigkeit* ist davon auszugehen, dass diese im Zeitpunkt der Darlehensgewährung recht gut war, weil die X AG zwar nicht selbst über die notwendigen liquiden Mittel verfügte, aber diese ohne weiteres von ihrer Bank beschaffen konnte.

Die *Risikonotwendigkeit* kann durchaus auch bejaht werden. Es ging darum, dass ohne dieses Darlehen das grösste Aktivum der Gesellschaft wertlos würde, was zu einem erheblichen Verlust geführt hätte, und dass demgegenüber die Chance bestand, einem an sich guten schweizerischen Produktionsunternehmen und bedeutenden Arbeitgeber in einer wirtschaftlich schwachen Region, welches durch einen externen Umstand (starker Anstieg des Schweizerfrankens) plötzlich in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geriet, den Weiterbestand zu sichern. Nur durch das Darlehen der X AG konnte der sofortige Konkurs der Y AG vermieden werden, was zu einer grossen Wertvernichtung auch bei der X AG geführt hätte. Die Chance einer wirtschaftlichen Erholung der Y AG durfte wegen der Qualität ihrer Produkte, für welche eine gute Nachfrage bestand, als recht gut erachtet werden, wenn die Preise auf den Exportmärkten wieder konkurrenzfähig sein würden.

Die *Risikotoleranz* beurteilt sich hier unter Mitberücksichtigung der Kapitalschutzvorschrift von Art. 678 Abs. 2 OR, weil die Y AG als nahestehende Person von A angesehen werden kann. Allerdings ist A beim Verwaltungsratsbeschluss über die Darlehensgewährung richtigerweise in den Ausstand getreten. Die übrigen unabhängigen Verwaltungsräte mussten eine Interessenabwägung nach den Sorgfaltspflichten von Art. 717 Abs. 1 OR vornehmen und hier ausschliesslich die Interessen der X AG im Auge haben. Bei ihrer Beurteilung musste einerseits vom Risiko eines Totalverlustes des grössten Aktivums der Bilanz der X AG infolge Konkurs der Y AG ausgegangen und andererseits die Chancen einer Werterhaltung der Beteiligung und Rückzahlung des Darlehens dagegen aufgewogen werden. Zusätzlich durfte auch die Reputation der X AG als verlässlicher Investor an schweizerischen Unternehmen und die Chance, dass bei Weiterführung der Y AG ein anderer industrieller Unternehmer als Käufer auftreten könnte, durchaus gewichtet werden. Infolge der zeitlichen Dringlichkeit bestand auch kein Spielraum, um weitere Sanierungsoptionen zu prüfen.

Der Geschäftsentscheid des Verwaltungsrates war m.E. daher nicht pflichtwidrig. Anders wäre wohl zu entscheiden gewesen, wenn die Risikofähigkeit der X AG im Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht mehr gegeben gewesen wäre. In dieser Situation wäre nur (aber immerhin) die Fortführung eines bereits früher gegebenen Darlehens, welches nicht mehr marktkonform war, gemäss Art. 717 Abs. 1 OR gerechtfertigt gewesen.

## VI. Schlussbemerkung

Die Aktiengesellschaft ist die geeignete Rechtsform für eine unternehmerische, auf Gewinn ausgerichtete Geschäftstätigkeit. Dies ist aber nur möglich, wenn die Gesellschaft sich bietende Chancen wahrnimmt, auch wenn diese naturgemäss mit Risiken verbunden sind. Oder in den Worten des Bundesgerichts: «Die Vertretbarkeit [eines Geschäftsentscheides] hängt immer auch davon ab, welche Chancen mit einem Geschäft verknüpft waren.»<sup>35</sup> Die verantwortlichen Organe sollen im Interesse der Gesellschaft die gebotenen Chancen wahrnehmen, wenn unter Beachtung der erkennbaren Umstände die Chancen die Risiken überwiegen oder allenfalls zumindest aufwiegen.

Geschäftsentscheide sind Ermessensentscheide und auch bei der Abwägung von Chancen und Risiken gilt dieser Grundsatz. Wer mit der gebotenen Sorgfalt diese Abwägung von Chancen und Risiken vornimmt, dem kann keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden, wenn sich im Nachhinein die Beurteilung als falsch erweist. Dies ist die Konsequenz von Art. 717 Abs. 1 OR und gilt auch im Konflikt mit zwingenden aktienrechtlichen Schutzvorschriften.

---

<sup>35</sup> BGer 4A\_626/2013 vom 8. April 2014, E. 7.3.