



## Buchhalterische Beurteilung von Prozessrisiken aus Beklagensicht

### Dargestellt an der Aktiengesellschaft nach OR-Rechnungslegung

OLIVER KÄLIN\*

*Droht einer Gesellschaft ein Prozess, muss der Verwaltungsrat entscheiden, wie die Gesellschaft das Risiko buchhalterisch darstellt. Es stehen – neben der Nichtverbuchung – drei Möglichkeiten zur Auswahl: Das Risiko kann als Verbindlichkeit, als Rückstellung oder als Eventualverbindlichkeit erfasst werden. Verbindlichkeiten und Rückstellungen gehören zum Fremdkapital und können in entsprechender Höhe die Gesellschaft überschulden. Verbucht eine Gesellschaft eine hohe Forderung nicht ordnungsgemäss und deponiert der Verwaltungsrat die Bilanz deswegen zu spät, kann ein Konkursverschleppungsschaden entstehen. Dieser Artikel erklärt an einem Sachverhaltsbeispiel, dass die Gesellschaft die Forderung verbuchen muss, sobald Bestand und Höhe abschätzbar sind. Auch zu erwartende Rechtskosten sind zu verbuchen. Besteht Versicherungsdeckung, kann die Gesellschaft den Betrag der Versicherungsleistung von der Verbindlichkeit oder der Rückstellung abziehen.*

*Lorsqu'une société est menacée d'un procès, le conseil d'administration doit décider comment la société doit prendre ce risque en compte au niveau comptable. Outre le fait de ne pas le faire figurer dans les comptes, trois possibilités s'offrent à la société : le risque peut être inscrit comme dette, comme provision ou comme engagement conditionnel. Les dettes et provisions font partie des capitaux étrangers et peuvent endetter la société en conséquence. Lorsqu'une société ne comptabilise pas correctement une créance élevée et que le conseil d'administration dépose, de ce fait, tardivement le bilan, il peut y avoir un dommage résultant d'un retard dans le prononcé de la faillite. Cet article explique à l'aide d'un exemple pratique que la société doit comptabiliser la créance dès que son existence et le montant peuvent être estimés. Les frais de justice attendus doivent également être comptabilisés. S'il existe une couverture d'assurance, la société peut déduire le montant de la prestation d'assurance de la dette ou de la provision.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
  - A. Sachverhalt
  - B. Fragestellung
- II. Verwaltungsrat und kaufmännische Buchführung
  - A. Bedeutung der Buchhaltung
  - B. Gefahr der Konkursverschleppung
  - C. Einschätzen des Prozessausgangs
- III. Buchhalterische Erfassung einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung
  - A. Verbindlichkeit
  - B. Rückstellung
  - C. Eventualverbindlichkeit
- IV. Rechtskosten
- V. Zeitpunkt der Verbuchung
  - A. Forderung
  - B. Rechtskosten
- VI. Versicherungsdeckung
- VII. Antwort und Schlussbemerkung

## I. Einleitung

### A. Sachverhalt

Eine Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von CHF 100'000 verfügt über Vermögenswerte von CHF 200'000, über Fremdkapital von CHF 80'000 und

über Reserven von CHF 20'000. Ein Geschädigter fordert von der Gesellschaft CHF 300'000 aus Produktheftungspflicht.<sup>1</sup> Die vorprozessuale Korrespondenz zwischen den Parteien endet ohne Ergebnis und es kommt zum Prozess. Die Gesellschaft verliert vollumfänglich und wird zur Zahlung der CHF 300'000 verurteilt. Zudem muss sie die Gerichtskosten (CHF 16'750) übernehmen und dem Kläger eine Prozessentschädigung (CHF 19'400) bezahlen.<sup>2</sup> Die Gesellschaft ficht das Urteil nicht an. Sobald das Urteil rechtskräftig wird, benachrichtigt der Verwaltungsrat das Gericht (Art. 725 Abs. 2 OR). Dieses eröffnet den Konkurs über die Gesellschaft (Art. 192 SchKG, Art. 725a Abs. 1 OR).

### B. Fragestellung

Hat der Verwaltungsrat die Bilanz zum richtigen Zeitpunkt deponiert oder hätte er früher – oder später – handeln sollen?

\* OLIVER KÄLIN, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Kälin Krausz Rechtsanwälte, Zürich.

<sup>1</sup> Produktheftungsfälle als Beispiel erwähnt auch die 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 1598 ff., 1714.

<sup>2</sup> 100% der Gerichts- und Anwaltsgebühr gemäss den Tabellen zur Gebührenverordnung des Zürcher Obergerichts (GebV OG) und zur Zürcher Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV), je vom 8. September 2010.

## II. Verwaltungsrat und kaufmännische Buchführung

### A. Bedeutung der Buchhaltung

Nach Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 OR muss jede Aktiengesellschaft eine kaufmännische Buchhaltung<sup>3</sup> nach den Bestimmungen des Obligationenrechts führen.<sup>4</sup> Die Buchhaltung bildet die Grundlage der Rechnungslegung (Art. 957a Abs. 1 OR). Verantwortlich für das Rechnungswesen – und damit auch für die Buchhaltung – ist nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR der Verwaltungsrat. Die Verwaltungsratsmitglieder sind nicht verpflichtet, die Bücher selber zu führen, und dürfen die Buchführungstätigkeit delegieren.<sup>5</sup> Die Endverantwortung verbleibt aber beim Verwaltungsrat.<sup>6</sup>

Art. 958 Abs. 3 OR verlangt, dass der Geschäftsbericht innert sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres erstellt wird. Die Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten ruhen unterdessen aber nicht. Das Rechnungswesen und insbesondere die Buchhaltung müssen vielmehr zeitnah geführt und auf dem aktuellen Stand gehalten werden.<sup>7</sup> Das ergibt sich bereits aus der Aufgabe des Verwaltungsrats, bei Überschuldung der Gesellschaft das Gericht zu benachrichtigen (Art. 716 Abs. 1 Ziff. 7 OR, Art. 725 Abs. 2 OR). Überschuldet ist die Gesellschaft, wenn der Wert der Gesellschaftsaktiven zu Fortführungs- und zu Veräusserungswerten kleiner ist als

der Wert des Fremdkapitals.<sup>8</sup> Diese Zahlen sind der kaufmännischen Buchführung der Gesellschaft zu entnehmen. Letztlich geben also die Buchhaltungsunterlagen Auskunft darüber, ob die Gesellschaft überschuldet ist.

Art. 725 Abs. 2 OR verlangt vom Verwaltungsrat, dass der bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung eine Zwischenbilanz erstellt. Das Gesetz nennt keine Sachverhalte, die beim Verwaltungsrat ein Besorgnisgefühl auslösen (sollten). Angedrohte Klagen gehören aber spätestens dann dazu, wenn sie einen im Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen hohen oder gar übersteigenden Streitwert aufweisen.<sup>9</sup>

Selbst wenn die Gesellschaft eine angedrohte Klage finanziell verkraften kann, sind Schadenersatzforderungen oft ein Hinweis auf einen unternehmerischen Misstand oder – im Fall von Produktmängeln – auf einen fehlerhaften Produktionsprozess. Schon zur Fehlerkorrektur sollte der Verwaltungsrat angedrohte Klagen ernst nehmen (sofern sie nicht offensichtlich unbegründet sind). Beachten muss der Verwaltungsrat zudem die Schwelle in Art. 725 Abs. 1 OR: Erleidet die Gesellschaft durch das Verbuchen einer geltend gemachten Forderung einen hälftigen Kapitalverlust<sup>10</sup>, muss der Verwaltungsrat handeln und eine Sanierungsversammlung einberufen.

### B. Gefahr der Konkursverschleppung

Im eingangs dargestellten Sachverhaltsbeispiel wird die Gesellschaft mit einer Forderung konfrontiert, die ihr Vermögen übersteigt. Ist die Forderung begründet, bewirkt sie die Überschuldung der Gesellschaft. Der Verwaltungsrat muss daher abklären, wie wahrscheinlich die Forderung zu einem Mittelabfluss aus der Gesellschaft führt. Bleibt der Verwaltungsrat untätig, kann ein Konkursverschleppungsschaden (auch: Fortführungsschaden) entstehen. Ein solcher tritt ein, wenn das Gesellschaftsvermögen während der Verschleppungsphase abnimmt.<sup>11</sup> Davon betroffen sind die Gesellschaftsgläubiger: Ihnen steht im Zeitpunkt der Konkurseröffnung weniger Haftungssubstrat zur Verfügung, als wenn der Verwaltungsrat<sup>12</sup> rechtzei-

<sup>3</sup> Die Begriffe *Buchführung* und *Buchhaltung* sind identisch (Nachweise bei OLIVER KÄLIN, Die Sanierung der Aktiengesellschaft, Zürich/Basel/Genf 2016, N 343, Fn. 655).

<sup>4</sup> Ob die Gesellschaft zusätzlich verpflichtet ist, einen Abschluss nach einem anerkannten Standard zu erstellen, richtet sich nach Art. 962 OR. Welche Regelwerke dazu gehören, sagt die Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR; SR 221.432).

<sup>5</sup> Ausser in kleinen Gesellschaften wird der Verwaltungsrat regelmässig die Geschäftsleitung mit der Umsetzung seiner Vorgaben für das Rechnungswesen betrauen (ROLAND MÜLLER/LORENZ LIPP/ADRIAN PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2014, 207).

<sup>6</sup> Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745 ff., 922; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 40.

<sup>7</sup> ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 707–726 OR, Der Verwaltungsrat, Zürich 1997, Art. 716a OR N 565; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 716a N 16, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser); KARL KÄFER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die kaufmännische Buchführung, Art. 957–964 OR, Bern 1981 (zit. BK-KÄFER), Art. 957 OR N 316 f.

<sup>8</sup> BSK OR II-WÜSTINER (FN 7), Art. 725 N 29 f.; KÄLIN (FN 3), N 595.

<sup>9</sup> Siehe HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 13 N 10; KÄLIN (FN 3), N 605.

<sup>10</sup> Das heisst, der Bilanzverlust der Gesellschaft ist grösser als die Summe (a) der Hälfte des nominalen Aktienkapitals, (b) der Hälfte des Partizipationskapitals und (c) der Hälfte der gesetzlichen Reserven (KÄLIN [FN 3], N 434).

<sup>11</sup> Nimmt das Vermögen zu statt ab, entsteht kein Konkursverschleppungsschaden und eine Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane fällt ausser Acht.

<sup>12</sup> Oder die Revisionsstelle (Art. 728c Abs. 3 OR).

tig gehandelt hätte.<sup>13</sup> Sind neben dem Schaden die übrigen Haftungsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt,<sup>14</sup> haften die Verwaltungsratsmitglieder nach Art. 754 OR.<sup>15</sup>

Da der Fortführungsschaden auf die buchhalterische Bewertung der Gesellschaftsaktiven abstellt,<sup>16</sup> ist die Höhe des Schadens – wie die Frage nach der Überschuldung – anhand der Buchhaltungsunterlagen zu bestimmen.<sup>17</sup>

### C. Einschätzen des Prozessausgangs

Wird der Gesellschaft eine Forderungsklage angedroht, muss der Verwaltungsrat beurteilen, wie wahrscheinlich die geltend gemachte Forderung zu einem Geldabfluss führt. Bei bestrittenen Forderungen, die grundsätzlich bilanziert werden müssen,<sup>18</sup> hat der Verwaltungsrat den Ausgang eines allfälligen Gerichtsverfahrens einzuschätzen.

Der Verwaltungsrat wird diese Einschätzung in der Regel nicht selbst vornehmen.<sup>19</sup> Vielmehr wird er einen

Prozessanwalt beiziehen und ihn bitten, die Obsiegen- bzw. Unterliegensancen zu beurteilen sowie die Anwaltshonorare, Gerichtskosten und die Parteientschädigung zu bewerten.<sup>20</sup> Es geht mit anderen Worten um die Schätzung von Bestand und Höhe der Forderung sowie der zu erwartenden Rechtskosten. Ausgehend von der Wahrscheinlichkeit des Mittelabflusses entscheidet der Verwaltungsrat, wie die Gesellschaft die Forderung verbucht.

Ist der geltend gemachte Anspruch offensichtlich unbegründet und ist die Wahrscheinlichkeit, dass Mittel abfließen, null oder praktisch null, braucht die Gesellschaft keine Buchung vorzunehmen.<sup>21</sup> Querulatorische Forderungen oder Schikanebetreibungen bleiben buchhalterisch unbeachtlich. Ist der Anspruch hingegen nicht offensichtlich unbegründet und wird die Bezahlung zu einem gewissen Grad wahrscheinlich, muss die Gesellschaft die Forderung in der Buchhaltung ausweisen.

Das Buchführungsrecht unterscheidet drei Möglichkeiten, wie die Gesellschaft eine Forderung darstellen kann: (A) als Verbindlichkeit, (B) als Rückstellung und (C) als Eventualverbindlichkeit.<sup>22</sup> Allen drei Darstellungen ist gemein, dass sie einen möglichen künftigen Mittelabfluss betreffen, dessen Ursache in der Vergangenheit liegt. Sie unterscheiden sich danach, wie wahrscheinlich der Mittelabfluss eintritt und wie zuverlässig seine Höhe geschätzt werden kann.<sup>23</sup>

## III. Buchhalterische Erfassung einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung

### A. Verbindlichkeit

Verbindlichkeiten umfassen *Schulden* und *Rückstellungen*.<sup>24</sup> Verbucht werden Schulden und Rückstellungen jedoch getrennt. Das Gesetz meint mit *Verbindlichkeiten* in

<sup>13</sup> BGE 136 III 322 E. 3.2; PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. BÖCKLI, Aktienrecht), § 18 N 176a und 369 f. Die Höhe des Konkursverschleppungsschadens entspricht der Differenz zwischen dem Vermögensstand der Gesellschaft im Zeitpunkt, in dem die Organe die Bilanz hätten deponieren sollen, und dem Vermögensstand im Zeitpunkt, in dem der Konkurs eröffnet wird (BGE 136 III 322 E. 3.2.1 mit dem Hinweis, dass die beiden Vermögensstände nach Liquidationswerten und nicht nach Fortführungswerten zu berechnen sind).

<sup>14</sup> Pflichtverletzung, Kausalzusammenhang und Verschulden (PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A., Zürich 1987, N 1).

<sup>15</sup> BSK OR II-GERICKE/WALLER (FN 7), Art. 754 N 28; BÖCKLI, Aktienrecht (FN 13), § 18 N 367.

<sup>16</sup> Zur Schwierigkeit des Schadensnachweises siehe die Rechtsprechungübersicht bei WALTER A. STOFFEL/ARNAUD CONSTANTIN, Das Gesellschaftsrecht 2016/2017, SZW 2017, 359 ff., 361 ff.

<sup>17</sup> BGE 136 III 322 E. 3.2.1 («Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkursöffnung entstanden ist, kann bundesrechtskonform in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkursöffnung verglichen wird [...]»); BGer, 4A\_271/2016, 16.1.2017, E. 3.1 (Erwägung in BGE 143 III 106 nicht publiziert).

<sup>18</sup> Sofern sie nicht offensichtlich unberechtigt sind; Schweizerische Kammer der Wirtschaftsprüfer und Steuerexperten (Hrsg.), Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Band «Buchführung und Rechnungslegung», Zürich 2014 (zit. HWP, Buchführung und Rechnungslegung), 206; LORENZ LIPP, in: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, GmbH Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere (Art. 772–1186 OR) inkl. Bucheffektengesetz, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 960e OR N 11 (zit. CHK-LIPP).

<sup>19</sup> Es sei denn, der Verwaltungsrat besteht aus Mitgliedern mit ausreichender Prozess Erfahrung.

<sup>20</sup> HWP, Buchführung und Rechnungslegung (FN 18), 218; PETER BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. BÖCKLI, Rechnungslegung), N 1048.

<sup>21</sup> HWP, Buchführung und Rechnungslegung (FN 18), 213; CHK-LIPP (FN 18), Art. 960e OR N 11.

<sup>22</sup> Art. 959 Abs. 5 OR (Verbindlichkeiten); Art. 960e Abs. 2 OR (Rückstellungen); Art. 959c Abs. 2 Ziff. 10 OR (Eventualverbindlichkeiten).

<sup>23</sup> Siehe dazu die Übersicht in HWP, Buchführung und Rechnungslegung (FN 18), 214; siehe auch CHK-LIPP (FN 18), Art. 959 OR N 54 («4-Stufen Modell»).

<sup>24</sup> BÖCKLI, Rechnungslegung (FN 20), N 342; BK-KÄFER (FN 7), Art. 957 OR N 239.

Art. 959a Abs. 2 OR allerdings *Schulden* und verwischt die Begriffe.<sup>25</sup>

Nach Art. 959 Abs. 5 OR muss die Gesellschaft gegen sie gerichtete Forderungen als Verbindlichkeiten (Schulden) verbuchen, «wenn sie durch vergangene Ereignisse bewirkt wurden, ein Mittelabfluss wahrscheinlich ist und ihre Höhe verlässlich geschätzt werden kann». Die Forderung ist als lang- oder kurzfristige Verbindlichkeit zu verbuchen und unter dem Fremdkapital darzustellen (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 oder Ziff. 2 OR). Dabei wird die Schuld zum Nennwert eingesetzt (Art. 960e Abs. 1 OR).

Kommt der Verwaltungsrat zum Schluss, dass die Schuld besteht und dass die Gesellschaft einen Prozess mit hoher Wahrscheinlichkeit verliert, muss die Gesellschaft den geforderten Betrag als Verbindlichkeit verbuchen.

Beurteilt der Verwaltungsrat im eingangs genannten Sachverhaltsbeispiel die Forderung von CHF 300'000 als ausgewiesen und verbucht die Gesellschaft den Betrag als Verbindlichkeit, erhöht sich das Fremdkapital von CHF 80'000 auf CHF 380'000. Das Fremdkapital übersteigt somit die Vermögenswerte der Gesellschaft (CHF 200'000) und die Überschuldung tritt ein. Der Verwaltungsrat muss handeln (Art. 725 Abs. 2 OR). Bleibt er untätig und erleiden die Gläubiger einen Konkursverschleppungsschaden, können die Verwaltungsratsmitglieder haftbar gemacht werden.

## B. Rückstellung

Wie Verbindlichkeiten sind Rückstellungen buchhalterische Darstellungen von vergangenen Ereignissen, die einen künftigen Mittelabfluss erwarten lassen. Während bei Verbindlichkeiten der Mittelabfluss in Bestand und Höhe so gut wie sicher ist, sind Betrag und Verfall der Schuld bei einer Rückstellung nicht genau bekannt.<sup>26</sup> Eine Gesellschaft muss Rückstellungen bilden, wenn der Mittelabfluss zwar gut möglich, aber nicht sicher ist.

Die rechtliche Grundlage enthält Art. 960e Abs. 2 OR: «Lassen vergangene Ereignisse einen Mittelabfluss in künftigen Geschäftsjahren erwarten, so müssen die voraussichtlich erforderlichen Rückstellungen zulasten der

Erfolgsrechnung gebildet werden.» Rückstellungen werden unter dem Fremdkapital verbucht (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 2 lit. c OR) und können – wie Verbindlichkeiten – einen hälftigen Kapitalverlust oder die Überschuldung auslösen.

Ein drohender oder laufender Prozess führt regelmässig zu Rückstellungen.<sup>27</sup> Die Gesellschaft muss Mittel zurückstellen, wenn der Verwaltungsrat zur Einschätzung gelangt, dass die Gesellschaft vor Gericht zwar nicht sicher, aber möglicherweise unterliegt. Wäre das Unterliegen sicher, müsste die Forderung als Verbindlichkeit verbucht werden. Massgebend ist die Wahrscheinlichkeit, mit welcher die Gesellschaft den angedrohten oder laufenden Prozess verliert.

Geht der Verwaltungsrat beispielsweise von einer Unterliegenswahrscheinlichkeit von 50% aus, heisst das, dass die Gesellschaft die Forderung mit einer Wahrscheinlichkeit von 50% bezahlen muss. Es stellt sich dann die Frage, ob der Verwaltungsrat die Hälfte der Forderung (50%) zurückstellen kann oder ob der volle Betrag zurückgestellt werden muss.

Über das Bilden von anteilmässigen Rückstellungen ist man sich uneins. Die Mehrheitsmeinung geht dahin, dass bei einer Wahrscheinlichkeit von unter 50% eine anteilmässige Rückstellung gebildet werden kann, bei einer Wahrscheinlichkeit über 50% aber die volle Summe als Rückstellung zu buchen ist.<sup>28</sup>

Anderer Meinung sind BOEMLE/LUTZ. Sie gehen davon aus, dass bei einer Wahrscheinlichkeit von unter 50% keine Rückstellung gebildet werden muss.<sup>29</sup> Dieser Auffassung steht allerdings die bundesgerichtliche Rechtsprechung entgegen. Das Bundesgericht hat entschieden – wenn auch nach altem Rechnungslegungsrecht –, dass der Verwaltungsrat verantwortlich werden kann, wenn er bei Wahrscheinlichkeiten von unter 50% keine Rückstellungen bildet.<sup>30</sup>

BÖCKLI differenziert, dass bei einer Wahrscheinlichkeit von bis zu 25% keine Rückstellung, bei einer Wahrscheinlichkeit von 25% bis 75% eine Rückstellung nach dem geschätzten Grad und bei einer Wahrscheinlichkeit

<sup>25</sup> Das Fremdkapital wird gegliedert in *Verbindlichkeiten* (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 lit. a–c OR sowie Art. 959a Abs. 2 Ziff. 2 lit. a und b OR), *Rückstellungen* (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 2 lit. c OR) und die *passive Rechnungsabgrenzung* (Art. 959a Abs. 2 Ziff. 1 lit. d OR).

<sup>26</sup> ERNST BOSSARD, Zürcher Kommentar, Die kaufmännische Buchführung, Art. 957–964 OR, Zürich 1984 (zit. ZK-BOSSARD), Art. 958 OR N 245; MAX BOEMLE/RALF LUTZ, Der Jahresabschluss, Bilanz, Erfolgsrechnung, Geldflussrechnung, Anhang, 5. A., Zürich 2008, 370; BGE 113 II 52 E. 2.

<sup>27</sup> BK-KÄFER (FN 7), Art. 958 OR N 576; LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. A., Basel 2016, N 779; BOEMLE/LUTZ (FN 26), 372; HWP, Buchführung und Rechnungslegung (FN 18), 215 und 218 (siehe aber HWP, Buchführung und Rechnungslegung [FN 18], 293, betr. Eventualverbindlichkeiten).

<sup>28</sup> HWP, Buchführung und Rechnungslegung (FN 18), 216 (mit Verweis auf das Vorsichtsprinzip); CHK-LIPP (FN 18), Art. 959 N 55 f.; siehe HANDSCHIN (FN 27), N 774b f.

<sup>29</sup> BOEMLE/LUTZ (FN 26), 374 (wie nach IFRS, konkret nach IAS 37.23 «more likely than not»).

<sup>30</sup> BGer, 4A\_277/2010, 2.9.2010, E. 2.1.

von 75 % bis 100 % der volle Betrag zu buchen ist, wobei es sich dann um eine Verbindlichkeit handelt.<sup>31</sup> Die Abstufung von BÖCKLI ist für das Einschätzen von tiefen Prozessrisiken möglicherweise zu exakt: Hat die Klage gegen die Gesellschaft wenig Aussicht auf Erfolg und schätzt der Verwaltungsrat die Wahrscheinlichkeit des Mittelabflusses entsprechend tief ein, z.B. auf 20 %, müsste die Gesellschaft den Betrag nicht zurückstellen. Bei 30 % hingegen wäre eine Rückstellung zu bilden. Allerdings können Prozessrisiken kaum exakt auf 20 % oder 30 % beurteilt werden (wobei die Schwelle von 25 % aber gemäss BÖCKLI eine Rückstellung auslöst). Liegt indessen ein hohes Unterliegensrisiko vor, z.B. 70 %, ist es wahrscheinlich, dass die Gesellschaft die gesamte Schuld bedienen muss. In solchen Fällen sollte die Gesellschaft aufgrund des Vorsichtsprinzips (Art. 958c Abs. 1 Ziff. 5 OR) eine Rückstellung in Höhe des gesamten Betrags ausweisen.

Nach hier vertretener Auffassung sollte wie folgt auf das Vorsichtsprinzip<sup>32</sup> abgestellt werden: Bei einer Wahrscheinlichkeit von 50 % und höher ist es überwiegend wahrscheinlich, dass die Gesellschaft die gesamte Forderung bezahlen muss. Somit muss die Gesellschaft den vollen Betrag zurückstellen. Beträgt der Wert 50 %, ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Gesellschaft den gesamten Betrag bezahlen muss, gleich gross wie die Chance, dass die Gesellschaft die Forderung nicht zu tilgen braucht. In diesem Zweifelsfall ist von der ungünstigeren Variante auszugehen und die Gesellschaft muss den gesamten Betrag als Rückstellung buchen. Liegt die Wahrscheinlichkeit unter 50 % und ist die Bezahlung der Schuld somit weniger wahrscheinlich als die Nichtbezahlung, darf die Gesellschaft die Rückstellungen nicht einfach unterlassen. Sie muss das Vorsichtsprinzip dadurch berücksichtigen, dass sie eine eher pessimistische, anteilmässige Rückstellung vornimmt. Der Verwaltungsrat muss somit auch bei Klagen mit wenig Aussicht auf Erfolg eine Rückstellung veranlassen. Was die Höhe angeht (bzw. das Einschätzen der Wahrscheinlichkeit), verfügt der Verwaltungsrat über Spielraum. Dabei ist zu empfehlen, den Entscheidungsfindungsprozess zu Beweis Zwecken zu dokumentieren.

Falls der Geschädigte überklagt und eine überhöhte Forderung stellt, muss die Gesellschaft denjenigen Betrag (ganz oder anteilmässig) zurückstellen, der wahrscheinlich geschuldet ist.<sup>33</sup>

Kommt der Verwaltungsrat im eingangs genannten Sachverhaltsbeispiel zum Schluss, dass die Forderung zu 40 % zu einem Mittelabfluss führt, hat die Gesellschaft anteilmässig CHF 120'000 zurückzustellen. Kommt der Verwaltungsrat hingegen zum Schluss, dass die Forderung zu 50 % oder mehr zu einem Mittelabfluss führt, muss die Gesellschaft CHF 300'000 als Rückstellung verbuchen. Damit steigt das Fremdkapital der Gesellschaft von CHF 80'000 um CHF 120'000 auf CHF 200'000 bzw. um CHF 300'000 auf CHF 380'000. Die Gesellschaft verfügt über ein Vermögen von CHF 200'000 und steht im ersten Fall auf der Überschuldungsschwelle; im zweiten Fall ist die Gesellschaft überschuldet (Art. 725 Abs. 2 OR).

### C. Eventualverbindlichkeit

Art. 959c Abs. 2 Ziff. 10 OR definiert Eventualverbindlichkeiten als Verpflichtungen der Gesellschaft, «bei denen ein Mittelabfluss entweder unwahrscheinlich erscheint oder in der Höhe nicht verlässlich geschätzt werden kann».

Wie Verbindlichkeiten und Rückstellungen stellen Eventualverbindlichkeiten mögliche künftige Geldabflüsse dar. Im Unterschied zu Verbindlichkeiten und Rückstellungen ist der Mittelabfluss aber unwahrscheinlich und/oder betragsmässig nicht bestimmbar. Buchhalterisch werden Eventualverbindlichkeiten nicht bilanziert, sondern im Anhang aufgeführt (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 10 OR). Eventualverbindlichkeiten gehören somit nicht zum Fremdkapital. Sie können weder einen hälftigen Kapitalverlust bewirken noch die Überschuldung verursachen.

Prozessrisiken führen regelmässig zu Eventualverbindlichkeiten: Eine Eventualverbindlichkeit liegt vor, wenn die Gesellschaft mit einer unbezifferten Klage konfrontiert wird. Steht der Forderungsbetrag fest, bleibt der Sachverhalt aber derart unklar, dass er rechtlich nicht beurteilt werden kann, besteht ebenfalls eine Eventualverbindlichkeit. Rückstellung und Eventualverbindlichkeit schliessen sich nicht aus: Hat der Verwaltungsrat aufgrund einer angedrohten Klage eine anteilmässige Rückstellung gebildet, muss die Gesellschaft den Differenzbetrag als Eventualverbindlichkeit darstellen.<sup>34</sup>

Kommt der Verwaltungsrat im eingangs dargestellten Sachverhaltsbeispiel zum Schluss, dass die Forderung zu

<sup>31</sup> BÖCKLI, Rechnungslegung (FN 20), N 1025.

<sup>32</sup> Bei dem es sich um eine Bewertungsregel handelt (HANDSCHIN, Rechnungslegung [FN 27], N 343).

<sup>33</sup> STEPHAN J. THIELE, Rechnungslegung für schwebende Rechtsstreitigkeiten, ST 2003, 1057 ff., 1062.

<sup>34</sup> Anderer Meinung sind PETER KARTSCHER/BRUNO ROSSI/DANIEL SUTER, Finanzberichterstattung, Systematischer Überblick für Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2016, 131, die so lange von einer Eventualverbindlichkeit ausgehen, als der Ausgang des gerichtlichen Verfahrens unsicher ist (was allerdings bis zum Ende des Prozesses zutrifft).

30% berechtigt ist, muss die Gesellschaft CHF 90'000 zurückstellen. Die verbleibenden CHF 210'000 sind als Eventualverbindlichkeit zu vermerken.

Die Gesellschaft hat im Anhang stets Angaben zum Streit zu machen (über Klägerschaft, Streitgegenstand, Streitwert, Versicherungsdeckung, Gegenforderungen, Stand des Verfahrens, Instanzenzug) sowie den Prozessausgang einzuschätzen.<sup>35</sup>

#### IV. Rechtskosten

Neben Bestand und Höhe der Forderung hat der Verwaltungsrat auch die Rechtskosten einzuschätzen, die das Gerichtsverfahren verursacht. Die Rechtskosten bestehen zum einen aus den Prozesskosten nach Art. 95 Abs. 1 ZPO (Gerichtskosten und Parteientschädigung im Unterliegensfall) und zum anderen aus dem Honorar für den eigenen Anwalt.

Die Höhe der Rechtskosten hängt von der Dauer des Rechtsstreits ab und davon, über wie viele Instanzen hinweg gestritten wird. Ein Prozess kann bis vor Bundesgericht geführt werden und Jahre dauern; ebenso können sich die Parteien an der Schlichtungsverhandlung (sofern eine vorgesehen ist) oder an der ersten Instruktionsverhandlung vor Bezirks- oder Handelsgericht (Art. 226 Abs. 1 ZPO) einigen.

Zuverlässig sind die Rechtskosten lediglich für das Verfahren vor der jeweiligen Instanz zu beurteilen: Die Gerichtskosten und die Parteientschädigung können anhand der kantonalen Gebührenverordnungen bestimmt werden.<sup>36</sup> Der eigene Anwalt kann sein mutmassliches Honorar schätzen. Rechtskosten für Rechtsmittelverfahren können hingegen nicht zuverlässig beurteilt werden. Zunächst wird die naturgemäss unsichere Schätzung von zukünftigen Ereignissen umso unschärfer, je weiter in der Zukunft der zu erwartende Geldabfluss liegt.<sup>37</sup> Weiter hängt die Frage, ob ein Rechtsmittel ergriffen wird, vom (ungewissen) Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens ab. Unterliegt die Gesellschaft, können die Rechtsmittelaussichten erst beurteilt werden, wenn das begründete Urteil vorliegt. Obsiegt die Gesellschaft, hat sie regelmässig keine Einsicht in den Entscheidungsprozess der Gegenseite und kann nicht prognostizieren, ob die Gegenseite den Entscheid anfecht. Die Frage, ob auch Rechtskosten für weitere Instanzen zurückgestellt werden müssen, ist

daher zu verneinen. Diese Rechtskosten sind als Eventualverbindlichkeiten im Anhang aufzuführen.

### V. Zeitpunkt der Verbuchung

#### A. Forderung

Nach den bisherigen Ausführungen muss eine Gesellschaft die gegen sie gerichtete Forderung als Verbindlichkeit oder Rückstellung verbuchen, sobald der Bestand und die Höhe abschätzbar sind. Bei Forderungsstreitigkeiten verlangt die Klägerschaft die Zahlung der Schuld oft zunächst auf dem Korrespondenzweg und/oder betreibt die Gesellschaft über den geforderten Betrag. In dieser Zeit steht der Prozess zwar bevor, die Gesellschaft kann bis zur Klageeinleitung aber nicht zuverlässig wissen, dass es tatsächlich zum Prozess kommt. Ob die Gesellschaft in dieser Zeit bereits eine Rückstellung bilden muss, hängt davon ab, wie zuverlässig die Höhe des künftigen Mittelabflusses geschätzt werden kann. Ist das nicht möglich, z.B. weil der Kläger die Schadenshöhe nicht nachweist oder den Sachverhalt unklar darstellt, kann der Verwaltungsrat die Schuld nicht zuverlässig beurteilen. Somit hätte die Gesellschaft die Forderung als Eventualverbindlichkeit darzustellen. Legt der Kläger den Sachverhalt indessen so substantiiert dar, dass der Verwaltungsrat die Richtigkeit überprüfen kann, und liegt eine detaillierte Forderungsberechnung bei, muss die Gesellschaft den Betrag verbuchen.<sup>38</sup>

#### B. Rechtskosten

Auch für die zu erwartenden Rechtskosten muss der Verwaltungsrat die Wahrscheinlichkeit des Mittelabflusses schätzen. Der Mittelabfluss ist abschätzbar, wenn sich der Prozess abzeichnet. Ein Prozess zeichnet sich spätestens bei Rechtshängigkeit der Klage ab. Die Gesellschaft kann von der hängigen Klage dadurch erfahren, dass sie eine Verfahrensanzeige des Gerichts erhält (Art. 62 Abs. 2 ZPO) oder die Schlichtungsbehörde für eine Terminabsprache anruft. Die Gesellschaft muss indessen nicht zwingend durch ein Gericht über die Rechtshängigkeit informiert werden. Es reicht, wenn der Verwaltungsrat anderweitig zuverlässige Kenntnis von der Klageanhebung

<sup>35</sup> HWP, Buchführung und Rechnungslegung (FN 18), 293.

<sup>36</sup> Art. 96 ZPO: «Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest.»

<sup>37</sup> HWP, Buchführung und Rechnungslegung (FN 18), 216.

<sup>38</sup> Siehe ZK-BOSSARD (FN 26), Art. 957 OR N 132 («Wird ein Haftungsfall von einem Geschädigten geltend gemacht, was durch briefliche Substantiierung der Schadenersatzforderung, durch Betreibung oder Anhebung einer Klage geschieht [...]»); BÖCKLI, Rechnungslegung (FN 20), N 1048, der die Verbuchung verlangt, «sobald ein ernst zu nehmendes Prozessrisiko entsteht».

erhält.<sup>39</sup> Dies ist z.B. der Fall, wenn der Kläger die Gesellschaft mit einer Kopie des eingereichten Schlichtungsgesuchs oder der verschickten Klageschrift bedient.<sup>40</sup>

## VI. Versicherungsdeckung

Hat die Gesellschaft das eingetretene Ereignis versichert, muss sie die Versicherung benachrichtigen, sobald der Verwaltungsrat Kenntnis von der Forderung erlangt und ernstlich mit dem Eintritt des Versicherungsfalls rechnen muss (Art. 38 VVG).<sup>41</sup> In der Regel wird der Verwaltungsrat die Versicherung bei Erhalt der vorprozessualen Korrespondenz benachrichtigen. Anerkennt die Versicherung ihre Leistungspflicht oder ergibt sie sich aus dem Versicherungsvertrag, heisst das, dass die Versicherung die Schuld der Gesellschaft bezahlt. Es stellt sich die Frage, wie die Gesellschaft die Versicherungsleistung verbuchen soll.

Nach Art. 959 Abs. 2 OR darf die Gesellschaft einen Vermögenswert nur verbuchen, wenn sie aufgrund vergangener Ereignisse darüber verfügen kann, ein Mittelzufluss wahrscheinlich ist und der Wert verlässlich geschätzt werden kann. Das Gesetz verwendet somit eine ähnliche Formulierung wie für Verbindlichkeiten in Art. 959 Abs. 5 OR.

Der Regressanspruch der Gesellschaft gegen die Versicherung entsteht, wenn sämtliche Tatsachen vorliegen, welche die Leistungspflicht des Versicherers begründen (Art. 46 VVG).<sup>42</sup> Die Forderung gegen die Versicherung kann somit mit dem Eintritt des Schadens beim Geschä-

digten entstehen. Solange die Gesellschaft die Forderung aber bestreitet, bleibt unklar, ob die Gesellschaft zur Zahlung der Schuld verpflichtet wird. Ebenso bleibt unklar, ob die Versicherung die Schuld für die Gesellschaft bezahlen muss. Aus Sicht der Gesellschaft fehlt es somit an der Verfügungsmacht über den Versicherungsanspruch und allenfalls auch an dessen Bewertbarkeit. Bis aber nicht klar ist, ob die Forderung zu einer Zahlung der Versicherung führt, darf die Gesellschaft aufgrund des Imparitätsprinzips kein Aktivum verbuchen.<sup>43</sup> Die Regressforderung stellt entsprechend eine nicht aktivierbare Eventualforderung dar.<sup>44</sup> Ihren Regressanspruch gegen die Versicherung kann die Gesellschaft dadurch berücksichtigen, dass sie den Betrag, der von der Versicherung übernommen wird, von der Verbindlichkeit oder der Rückstellung abzieht.<sup>45</sup>

Stellt die Gesellschaft im vorgenannten Sachverhaltsbeispiel 30% der angemeldeten Forderung (CHF 90'000) zurück und besteht in diesem Umfang Versicherungsdeckung (CHF 90'000), kann die Gesellschaft die Rückstellung auflösen. Die gesamte Forderung von CHF 300'000 wird dadurch zu einer Eventualverbindlichkeit. Besteht Versicherungsdeckung im Umfang von nur CHF 50'000 und bildet die Gesellschaft entsprechend eine Rückstellung von CHF 40'000, verbleibt eine Eventualverbindlichkeit von CHF 260'000.

Bestreitet die Versicherung den Regressanspruch, muss der Verwaltungsrat diesen Anspruch wiederum beurteilen, möglicherweise unter Beizug eines Versicherungsanwalts.

Entscheidet die Versicherungsleistung darüber, ob die Gesellschaft überschuldet ist, und ist der Anspruch der Gesellschaft gegen die Versicherung noch nicht geklärt, verbleibt die Möglichkeit, dass der Verwaltungsrat um provisorische Nachlassstundung ersucht (Art. 293 SchKG). Die Nachlassstundung kann der Gesellschaft Zeit verschaffen, um die versicherungsrechtliche Situation zu klären. Dieses Vorgehen dürfte allerdings nur in Einzelfällen angezeigt sein.

<sup>39</sup> Anderer Meinung ist THIELE (FN 33), 1058 f., der auf den Eintritt der Rechtshängigkeit abstellt.

<sup>40</sup> Gerichte verlangen regelmässig Prozesskostenvorschüsse (Art. 98 ZPO). Bei Nichtbezahlen fehlt eine Prozessvoraussetzung (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO). Das hat zur Folge, dass das Gericht auf die Klage nicht eintritt (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Erhält die Gesellschaft von der Klägerin eine Kopie der Klageschrift, kann sie nicht sicher sein, ob die Klägerin den Prozesskostenvorschuss (und allfällige Sicherheiten nach Art. 99 ZPO) leisten kann. Nach dem Vorsichtsprinzip muss die Gesellschaft trotzdem eine Rückstellung bilden, es sei denn, andere Prozessvoraussetzungen seien offensichtlich nicht erfüllt (weil z.B. die Klage bereits an einem anderen Gericht hängig ist oder der Klägerin die Prozessfähigkeit fehlt). In diesem Fall liegt eine Eventualverbindlichkeit vor.

<sup>41</sup> BSK VVG-NEF, Art. 38 N 8 sowie Art. 41 N 7, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Pascal Grolimund (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz, Basler Kommentar, Basel 2001; BSK VVG (Nachführungsband)-LEUTHARDT/VILLARD, Art. 38 N 8, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Pascal Grolimund (Hrsg.), Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basler Kommentar, Basel 2012.

<sup>42</sup> BGE 139 III 263 E. 1.2, in: Pra 2013, Nr. 77, 594 ff.; BGE 127 III 268 E. 2.b.

<sup>43</sup> Das *Imparitätsprinzip* (auch: *Realisationsprinzip*) konkretisiert das Vorsichtsprinzip (HANDSCHIN, Rechnungslegung [FN 27], N 347) und verlangt, dass Erträge erst bei der Realisierung, Verluste aber bereits bei der Feststellung bilanzmässig berücksichtigt werden (BGE 116 II 533 E. 2.a/dd).

<sup>44</sup> Siehe HANDSCHIN (FN 27), N 642; siehe auch Art. 959 Abs. 2 OR a.E.

<sup>45</sup> BK-KÄFER (FN 7), Art. 958 OR N 570; siehe CHK-LIPP (FN 18), Art. 960e OR N 11.

## VII. Antwort und Schlussbemerkung

Im eingangs genannten Sachverhaltsbeispiel hat der Verwaltungsrat dem Konkursgericht die Überschuldungsanzeige eingereicht, nachdem das negative Urteil in Rechtskraft erwachsen ist. Die Frage lautete, ob der Verwaltungsrat rechtzeitig gehandelt hat.

Die Gesellschaft hat den Prozess vollumfänglich verloren. Es ist davon auszugehen, dass eine sorgfältige Einschätzung des Prozessrisikos durch den Verwaltungsrat ergeben hätte, dass die Unterliegenswahrscheinlichkeit zumindest 50% beträgt. Damit hätte die Gesellschaft eine Rückstellung im vollen Betrag (CHF 300'000) bilden müssen, abzüglich einer allfälligen Versicherungsleistung. Da der Verwaltungsrat die Bilanz aber deponierte, bestand keine oder keine genügende Versicherungsdeckung. Diese Überlegungen deuten darauf hin, dass der Verwaltungsrat zu spät gehandelt hat.

Droht einer Aktiengesellschaft ein Prozess, hat der Verwaltungsrat zusammengefasst zwei Punkte zu prüfen: (1) Ist die Forderung berechtigt und wenn ja, in welchem Umfang besteht die Schuld? (2) Hat sich die Gesellschaft gegen die Folgen des eingetretenen Ereignisses versichert?

Vermag der Verwaltungsrat diese Fragen nicht selbst zu beantworten, muss er juristischen Rat einholen. Die rechtliche Einschätzung der Forderung – und allenfalls der Versicherungsdeckung – bildet die Grundlage für den Verwaltungsrat um zu entscheiden, ob die Forderung als Verbindlichkeit, als Rückstellung, als Eventualverbindlichkeit oder gar nicht verbucht werden soll. Verbucht die Gesellschaft die Forderung nicht ordnungsgemäss, besteht je nach deren Höhe die Gefahr eines Konkursverschleppungsschadens. Im Hinblick auf die eigene Haftbarkeit nach Art. 754 OR sind die Verwaltungsratsmitglieder somit gut beraten, Prozessrisiken sorgfältig und rechtzeitig zu beurteilen.