

# VERANTWORTLICHKEITSPROZESSE GEGEN VERWALTUNGSRÄTE

*Dr. iur. Roland Müller, Rechtsanwalt, Staad/SG  
Lehrbeauftragter für Privatrecht an der Universität St.Gallen*

## I. Einleitung

### 1. Aktuelle Problematik

Heute wird von den Verwaltungsräten nicht nur ein verstärktes Engagement zu Gunsten der Aktiengesellschaft, sondern auch eine sorgfältigere Ausübung ihres Mandates gefordert. Fällt die Gesellschaft in eine Krise oder geraten Aktionäre bzw. Gläubiger zu Verlust, so wird sehr rasch der Ruf nach einer Verantwortlichkeitsklage laut. Ein bekanntes Beispiel dafür ist die Swissair, bei der am Anfang der Liquiditätskrise eine Sonderprüfung gefordert wurde. Als dann die Nachlassstundung Realität war, hat der Bund im November 2001 CHF 2,7 Mio. für die Durchführung der Sonderprüfung und die Abklärung der Verantwortlichkeit bereitgestellt<sup>1</sup>. Verantwortlichkeitsprozesse gegen Verwaltungsräte sind deshalb ein aktuelles Thema und werden es zukünftig noch vermehrt sein.

Die Verantwortlichkeitsansprüche werden meistens auf die privatrechtliche Haftungsnorm von Art. 754 OR gestützt. Tatsächlich kann ein Verwaltungsrat für seine Handlungen oder Unterlassungen jedoch auch basierend auf andere Normen zur Verantwortung gezogen werden, insbesondere nach öffentlichrechtlichen Vorschriften. Das Risiko von Verantwortlichkeitsprozessen ist deshalb nicht nur durch die Aktienrechtsrevision von 1992 gestiegen, sondern auch durch die Sensibilisierung der Konkurs-, Sozialversicherungs-, Steuer- und Strafbehörden. Ein ebenfalls bekanntes Beispiel dafür ist der Canyoning Prozess zur Wildwassertragödie vom 27.7.1999<sup>2</sup>. Die drei Verwaltungsräte der Firma Adventure World wurden wegen fahrlässiger Tötung zu je 5 Monaten Gefängnis bedingt sowie zu Bussen von je CHF 7'500.-- verurteilt. Zur Begründung seines Urteils wies der Richter darauf hin, dass die Sicherheit bei einem Unternehmen wie Adventure World eindeutig "Chefsache" sei. Deshalb wurden die Verwaltungsräte schärfer sanktioniert, als die leitenden Arbeitnehmer.

Am deutlichsten manifestiert sich das Risiko von Verantwortlichkeitsprozessen im Zusammenhang mit nicht geleisteten Sozialversicherungsbeiträgen. Gestützt auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (Art. 52 AHVG) wurden im Kanton St. Gallen 1999 insgesamt 52 Schadenersatzklagen gegen Verwaltungsräte beim Versicherungsgericht erhoben. Im Kanton Zürich gingen 1999 insgesamt 96 Klagen gestützt auf das AHVG ein<sup>3</sup>.

Bei der Betrachtung der Gerichtsstatistiken ist zu berücksichtigen, dass Auseinandersetzungen über Verantwortlichkeitsfragen nur teilweise in der Öffentlichkeit bekannt werden, da sie häufig aussergerichtlich oder vor einem Schiedsgericht erledigt werden. In den genannten Zahlen sind zudem diejenigen Fälle nicht enthalten, in welchen die Verwaltungsräte nach Erhalt einer

---

<sup>1</sup> Weitere Details zu den Fällen Swissair und Kuoni sowie zur Organverantwortlichkeit in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 73/2001 S. 282 ff.

<sup>2</sup> Urteilszusammenfassung in der NZZ Nr. 289/2001 vom 12.12.2001 auf S. 60.

<sup>3</sup> Gemäss Rechenschaftsbericht 1999 des Sozialversicherungsgerichtes Zürich.

Zahlungsaufforderung die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge selbst bezahlt und damit ein Verantwortlichkeitsverfahren vermieden haben.

## 2. Gesetzliche Grundlagen

### a) *Privatrechtliche Verantwortung*

Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ist formell in den Artikel 752 bis 761 OR geregelt. Diese Gesetzesbestimmungen beziehen sich jedoch nur auf die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates als Organ. Handelt ein Verwaltungsratsmitglied nicht in seiner Eigenschaft als Organ der Gesellschaft, so gelangen unter Umständen auch die übrigen zivilrechtlichen Vorschriften zur Anwendung, insbesondere Haftung aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung.

### b) *Öffentlichrechtliche Verantwortung*

Ein Verwaltungsrat unterliegt in zweifacher Hinsicht der öffentlichrechtlichen Verantwortung. Zum einen haftet er für öffentlichrechtliche *Forderungen*; dazu gehören:

- Haftung für Verrechnungssteuern (Art. 15 Verrechnungssteuergesetz)
- Haftung für Mehrwertsteuern (Art. 25 MWSTV)
- Haftung für Sozialversicherungsabgaben (insbesondere Art. 52 AHVG)

Andererseits können durch die Tätigkeit als Verwaltungsrat aber auch *Straftatbestände* des eidgenössischen und kantonalen Rechts erfüllt werden. In zahlreichen Spezialgesetzen<sup>4</sup> finden sich Strafnormen, die oftmals nur eine Fahrlässigkeit voraussetzen. Auf Bundesebene gelangen dabei nicht nur die Bestimmungen des *bürgerlichen Strafrechts*, sondern auch diejenigen des *Verwaltungsstrafrechts* zur Anwendung.

## II. Vermeidung von Verantwortlichkeitsprozessen

### 1. Generelle Möglichkeiten der Haftungsprävention

#### a) *Allgemeines*

Da ein Verwaltungsratsmandat mit einer bedeutenden persönlichen Verantwortlichkeit verknüpft ist, sollten Massnahmen zur Reduktion bzw. Vermeidung des Haftungsrisikos in folgenden Phasen getroffen werden<sup>5</sup>:

- Massnahmen vor der Mandatsannahme
- Massnahmen bei der Mandatsausübung
- Massnahmen beim Rücktritt

---

<sup>4</sup> Z.B. Umweltschutzgesetz, Kriegsmaterialgesetz, Zollgesetz, Verrechnungssteuergesetz.

<sup>5</sup> Entsprechend den drei Risikoetappen von Hütte Klaus, Besondere Risiken aufgrund des revidierten Aktienrechts im Blickwinkel der Schadenerledigung, in: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach neuem Aktienrecht, Freiburg 1993, S. 151.

### **b) Massnahmen vor der Mandatsannahme**

Vor der Annahme eines Verwaltungsratsmandates sollte die betreffende Gesellschaft unbedingt sorgfältig analysiert werden. Dazu gehören nicht nur die finanzielle Situation und die Art der Produkte bzw. Dienstleistungen. Den potentiellen Verwaltungsrat sollte zudem interessieren, ob Geschäftsführungsfunktionen delegiert sind, ob die bestehende Organisation angemessen ist, ob das Rechnungswesen die notwendigen Informationen liefert und ob die Buchführung durch eine qualifizierte Revisionsstelle geprüft wird.

Daneben gilt es, die *Zusammensetzung des Verwaltungsrates*, seine Aufgaben und seine Organisation zu beurteilen. Insbesondere muss sich der angehende Verwaltungsrat selbstkritisch die Frage beantworten, weshalb gerade er für dieses Mandat ausgesucht wurde und ob er den von ihm erwarteten Beitrag im Verwaltungsrat zu leisten vermag. Aus Gefälligkeit oder aus falsch verstandenen Prestige Gründen sollte kein Verwaltungsratsmandat angenommen werden. Jeder Pilot im Cockpit eines Flugzeuges musste die notwendigen Fähigkeiten zur Erfüllung seiner Aufgaben zuerst erlernen. Dasselbe gilt für die Tätigkeit als Verwaltungsrat; auch für diese Aufgabe muss man sich vorbereiten und weiterbilden.

Vor der Mandatsannahme lohnt sich schliesslich die Abklärung, ob eine *Haftpflichtversicherung* abgeschlossen werden kann. Der Versicherungsschutz umfasst grundsätzlich die Abwehr unbegründeter Ansprüche und die Entschädigung begründeter Ansprüche im Falle einer erwiesenen Verantwortlichkeit. Nicht jedes Mandat kann versichert werden; gewährt die Versicherungsgesellschaft keinen Schutz, ist dies mitunter ein Indiz für ein zu riskantes Verwaltungsratsmandat. Allerdings sei an dieser Stelle vor übertriebenen Erwartungen an eine solche Versicherung gewarnt. Bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit ist eine Deckung ebenso ausgeschlossen wie bei strafrechtlichen Delikten. Auch bei der Nichterfüllung von öffentlichrechtlichen Forderungen, z.B. bei der Sozialversicherung, wird die Versicherung die von der Ausgleichskasse geforderten Zahlungen nicht leisten.

### **c) Massnahmen bei der Mandatsausübung**

Durch die aktive Ausübung des Mandates kann ein wesentlicher Beitrag zur Verminderung des Haftungsrisikos geleistet werden. Stichwortartig lassen sich die wichtigsten Bereiche wie folgt zusammenfassen<sup>6</sup>:

Die *Oberleitung* der Gesellschaft ist aktiv auszuüben. Soweit Funktionen unübertragbar und unentziehbar dem Verwaltungsrat zugewiesen sind, müssen sie auch tatsächlich ausgeübt werden. Die delegierbaren Aufgaben hingegen, die der Verwaltungsrat nicht selber ausüben will, sollten effektiv delegiert werden. Dazu ist der Erlass eines Organisationsreglements nach Art. 716b Abs. 1 OR zwingend notwendig.

Die *Organisation* der Gesellschaft ist zweckmässig zu gestalten und konsequent durchzusetzen. Die Geschäftsführung bzw. die leitenden Angestellten sind vom Verwaltungsrat sorgfältig auszuwählen, zu instruieren und zu überwachen. Ein Funktionendiagramm und Stellenbeschriebe erleichtern die Organisation. Grundsätzlich sollten in der Gesellschaft nur Kollektivzeichnungsberechtigungen erteilt werden.

Das *Rechnungswesen* ist sachgerecht einzurichten und mit einer wirksamen Finanzkontrolle auszugestalten. Überdies soll eine vorausschauende Finanz- und Liquiditätsplanung stattfinden. Eine effiziente Finanzführung ist nur möglich, wenn der Verwaltungsrat zeitgerecht über finanzielle Krisensituationen informiert wird und dadurch in der Lage ist, die notwendigen

---

<sup>6</sup> Ausführlicher bei Müller Roland / Lipp Lorenz / Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 278 f.; vgl. auch Thomann Rudolf, Früherkennung von Risiken: auch eine Aufgabe für den VR, in: Schweizer Arbeitgeber vom 8. Juni 2000, S. 525.

Massnahmen zu ergreifen.

Die *Revisionsstelle* muss in jeder Hinsicht vom Verwaltungsrat unabhängig sein und soll zur Unterstützung bei kritischen Situationen beigezogen werden. Allenfalls ist ergänzend zum gesetzlich vorgeschriebenen Prüfbericht ein ausführlicher Erläuterungsbericht zu verlangen. Einschränkungen und Hinweise im Prüfbericht bzw. Erläuterungsbericht der Revisionsstelle müssen mit entsprechenden Massnahmen beantwortet werden.

An den *Sitzungen und Verhandlungen* des Verwaltungsrates soll aktiv teilgenommen werden. Zur Vorbereitung sind alle möglichen Informationsquellen auszuschöpfen. Vor jedem Entscheid sind die daraus resultierenden Konsequenzen kritisch zu hinterfragen. Abweichende Meinungen sollten mit Begründung zu Protokoll gegeben werden.

Eine persönliche *Dokumentation* sollte jederzeit einen Überblick über den Stand der Gesellschaft ermöglichen. Dazu gehören namentlich Statuten, Organisations- und Geschäftsreglement, Organigramm, Handelsregisterauszug, Verwaltungsrats- und Generalversammlungsprotokolle, Geschäfts- und Revisionsberichte, Monats- bzw. Quartalsberichte, Finanz- und Liquiditätsplanung sowie weitere aktuelle Unterlagen je nach Funktion.

Die *gesetzlichen Formvorschriften* sind strikte zu beachten, namentlich auch bei kleinen Gesellschaften. Dazu gehören insbesondere die Vorschriften betreffend Einladung zur Generalversammlung und Verwaltungsratsitzungen, Gewinnverwendung, Delegation von Aufgaben, Informations- und Auskunftspflichten. Der korrekten Protokollführung ist besondere Beachtung zu schenken. Ein reines Beschlussprotokoll wird in einem Prozessfall kaum eine Hilfe sein.

Die Erfüllung von *Steuerforderungen und Sozialabgaben* soll regelmässig überprüft werden<sup>7</sup>. In jedem VR-Protokoll sollte der Satz stehen: "Auf Frage des Verwaltungsrates Felix Muster bestätigt der Finanzchef, dass sämtliche Sozialversicherungsabgaben und Steuern ordnungsgemäss gebucht und soweit fällig bezahlt sind". Nimmt der Finanzchef nicht an den Sitzungen teil, so soll der VR-Delegierte oder der Geschäftsführer diese Frage beantworten. Ist auch das nicht möglich, weil die Geschäftsführung nicht delegiert wurde, so hat der Verwaltungsrat persönlich die Erfüllung der öffentlichrechtlichen Forderungen zu überprüfen und nötigenfalls durchzusetzen. Besondere Aufmerksamkeit ist einer möglichen Teilliquidationsgewinnsteuer zu schenken. Bei schwierigen Fragen können allenfalls die Revisionsstelle oder Steuerberater das entsprechende Fachwissen beisteuern.

Ganz allgemein hat der Verwaltungsrat so zu handeln, wie es auch ein *sorgfältiger und pflichtbewusster Einzelunternehmer* tun würde. Geschäfte zwischen der Gesellschaft und einzelnen Aktionären oder Verwaltungsräten sind genau gleich wie Geschäfte mit fremden Vertragsparteien zu beurteilen. Dies gilt insbesondere bei der Gewährung von Darlehen. Auch bei der Bestellung von Sicherheiten an Aktionäre oder Dritte sollte grösste Zurückhaltung geübt werden, um sich nicht dem Vorwurf einer Gläubigerbevorzugung auszusetzen.

Hat der Verwaltungsrat für sein Mandat eine Versicherung abgeschlossen, so hat er während der Mandatsausübung darauf zu achten, dass die Versicherungsprämien pünktlich bezahlt werden. Dies gilt namentlich dort, wo die Gesellschaft die Versicherungsprämien für den Verwaltungsrat übernimmt. Ansonsten droht die Gefahr, dass der Versicherungsschutz wegen Prämienrückstandes ausfällt.

---

<sup>7</sup> Forstmoser Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, Rz. 1143, empfiehlt im Hinblick auf die entsprechende, übermässig scharfe Gerichtspraxis, in diesem Punkt mehr zu tun, als im Rahmen einer angemessenen Oberleitung nötig wäre.

#### **d) Massnahmen nach der Mandatsniederlegung**

Ein Verwaltungsratsmitglied, das aus dem Verwaltungsrat ausscheidet, hat zu berücksichtigen, dass es noch bis zum Ablauf der Verjährungsfrist für Pflichtverletzungen während seiner Amtszeit verantwortlich gemacht werden kann. Bei einem Rücktritt ist der Zeitpunkt der Niederlegung des Mandats sorgfältig zu wählen, damit der Gesellschaft aus der allfällig negativen Publizität keinen Schaden erwächst. Vor dem Rücktritt sollten noch sämtliche möglichen Massnahmen unternommen werden, um einer zivilrechtlichen Verantwortlichkeit vorzubeugen. Dazu gehört namentlich die Abhaltung einer Verwaltungsratssitzung, an der sämtliche pendingen Probleme besprochen und Lösungen gesucht werden. Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung oder Illiquidität, so ist es in der Regel besser, auf einen Rücktritt zu verzichten und statt dessen die in Art. 725 OR vorgeschriebenen Massnahmen zu ergreifen<sup>8</sup>. Besonders sorgfältig muss abgeklärt werden, dass noch sämtliche Sozialversicherungsbeiträge und Steuern bezahlt werden<sup>9</sup>.

Die Mandatsniederlegung sollte aus Beweisgründen schriftlich erfolgen. Da der zurücktretende Verwaltungsrat keinen Einfluss mehr darauf hat, ob sein Rücktritt auch tatsächlich zur Löschung beim Handelsregisteramt angemeldet wird, sollte er dies nach Ablauf eines Monats überprüfen. Gegebenenfalls ist, gestützt auf Art. 711 OR, die Löschung selbst anzumelden.

Nach der Mandatsniederlegung sollte sich der ehemalige Verwaltungsrat strikte an die fort-dauernde Geheimhaltungspflicht halten. Sämtliche vertraulichen oder geheimen Dokumente, welche die Gesellschaft betreffen, sind gegen Quittung dem verbleibenden Verwaltungsrat zurückzugeben. Auch empfiehlt sich Zurückhaltung gegenüber Dritten bei Diskussionen über die frühere Gesellschaftsführung.

Da das ausgeschiedene Verwaltungsratsmitglied bis zum Ablauf der Verjährungsfristen weiterhin für Pflichtverletzungen während der Amtszeit verantwortlich gemacht werden kann, sollte allenfalls eine sogenannte *Nachversicherung* abgeschlossen werden. Die Nachversicherung garantiert, dass der Versicherungsschutz solange weiter läuft, bis allfällige Klagerechte verjährt bzw. verwirkt sind<sup>10</sup>.

## **2. Checklisten zur Vermeidung von Verantwortlichkeitsprozessen**

### **a) Allgemeines**

Gemäss Art. 716a OR hat der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft unübertragbare Aufgaben zu erfüllen. Verletzt er seine diesbezüglichen Pflichten absichtlich oder fahrlässig, so ist er für den entsprechenden Schaden verantwortlich. Um Verantwortlichkeitsprozesse zu vermeiden, sind deshalb Verwaltungsratsmandate mit aller Sorgfalt zu führen. Vor allem in Krisensituationen können Checklisten dem Verwaltungsrat bei seinen Aufgaben helfen.

### **b) Checkliste zur Information und Dokumentation**

In vielen Verantwortlichkeitsprozessen wird den Beklagten vorgeworfen, sie hätten sich nicht ausreichend über die Gesellschaft bzw. deren Geschäftstätigkeit und finanzielle Lage infor-

---

<sup>8</sup> Vgl. auch Handschin Lukas, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, in: ZBJV Band 136, Bern 2000, s. 433 ff.

<sup>9</sup> Nach BGE 126 V 61 haftet ein Verwaltungsrat für Sozialversicherungsbeiträge im Rahmen von Art. 52 AHVG nur bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung seines Mandates.

<sup>10</sup> Müller Roland, § 17 Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates, in: Schaden - Haftung - Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, herausgegeben von Geiser Thomas / Münch Peter, Basel 1999, S. 856.

miert. In einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess sind deshalb Akten die wichtigsten Beweismittel, sowohl für die Kläger wie auch für die Beklagten. Die konsequente Beschaffung folgender Informationen und die sorgfältige Aufbewahrung der entsprechenden Unterlagen ist deshalb zu empfehlen:

- Handelsregisterauszug (aktuell und für massgebenden Zeitraum)
- Statuten (beglaubigtes Exemplar beim HR-Amt bestellen)
- Organisations- und Geschäftsreglement mit Funktionendiagramm
- Aktienbuch (bei Namenaktien)
- VR-Protokolle (auch Zirkularbeschlüsse)
- GV-Protokolle (ordentliche und ausserordentliche)
- Geschäftsberichte
- Revisionsberichte (inkl. Erläuterungsberichte und Management-Letter)
- Geschäftsleitungsprotokolle
- Budgets
- Monats- oder Quartalsrapporte (oftmals auch Finanzrapporte genannt)
- Bankunterlagen (insbes. Kontoabschlüsse und Unterschriftskarten)
- Finanz- und Liquiditätspläne
- Organigramm (evtl. entspr. Auszüge aus Qualitätssicherungshandbuch)
- Arbeitsverträge und Stellenbeschriebe mit leitenden Mitarbeitern (ev. GAV)
- Produktkataloge (evtl. Werbe- und Presseunterlagen)
- Liste mit Immaterialgüterrechten (inkl. Eintragungs- und Verfalldatum für Bewertung)
- Wichtige Verträge (insbes. Mandatsvertrag, falls abgeschlossen)
- Mietverträge / Grundbuchauszüge
- Versicherungsliste mit Prämien und Leistungsangaben
- Kopien der Steuererklärungen
- Vollmachten / Unterschriftsberechtigung (Kopien oder interne Weisungen)
- Wichtige Korrespondenz (insbes. mit Aktionären, VR, GL und allfälligen Gläubigern)
- Besprechungsnotizen (evtl. auch Terminplaner, etc.)
- Einladungen zu Generalversammlungen, VR- oder GL-Sitzungen

**c) *Checkliste zur Aufdeckung von Vermögensdelikten***

Vor Vermögensdelikten ist keine Gesellschaft gefeit. Der Verwaltungsrat sollte deshalb nicht untätig bleiben, wenn folgenden Warnsignale gehäuft auftreten:

*Im Bereich Betriebsorganisation:*

- Häufige Organigrammänderung
- Häufige Kompetenzüberschreitungen
- Fehlende Unterschriftskarten
- Vorbereitete Blankounterschriften

*Im Bereich Personal:*

- Fehlende oder lückenhafte Personaldossiers
- Lebensstil einzelner Mitarbeiter über deren Einkommensverhältnissen
- Übermässiger Erfolgsdruck und dadurch Risikobereitschaft
- Mangelnde Erfahrung oder Überforderung bei Finanzverantwortlichen
- Eingeschüchterte Mitarbeiter und fehlende Eigeninitiative

*Im Bereich Finanz- und Rechnungswesen:*

- Unerklärbare Kassendifferenzen
- Unerklärbare Inventurdifferenzen
- Unerklärbare Margen- und Umsatzverluste
- Fehlende Budgetkontrolle
- Unerklärbare Differenzen auf Bank- und Postcheckkonten
- Übermässiger Geldtransfer zwischen internen Konten
- Auffällige Buchungen vor und nach Bilanzstichtag
- Fehlende Originalbelege
- Saldierung von Aktiv- und Passivposten
- Liquiditätsengpass trotz normalem Geschäftsgang
- Wiederholtes Überschreiten von Kreditlimiten
- Wechsel und Checks ohne Deckung

*Im Produktionsbereich:*

- Übermässiger Ausschuss
- Fehlende oder mangelhafte Lagerkontrolle
- Wiederholte Veränderung von einzelnen Lagerstandorten
- Grosse Warenbestellungen ohne Bedarf
- Investitionen ausserhalb des Investitionsbudgets

*Indizien in übrigen Bereichen:*

- Geschenke und Einladungen ohne ersichtlichen Grund
- Negative Pressemeldungen
- Nachforschungen von Untersuchungsorganen
- Wiederholte Verzögerungen bei der Vorlage von angeforderten Geschäftsunterlagen

**d) Checkliste zum Verhalten in Krisensituationen der Gesellschaft**

Je nach Ausmass der Krisensituation sind verschiedene Verhaltensmassnahmen zu ergreifen. Zeigt die letzte Jahresbilanz, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr gedeckt ist, so muss der Verwaltungsrat unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen (Art. 725 Abs. 1 OR).

*Sanierungsmassnahmen:*

- Kapitalerhöhung
- Kapitalschnitt (Kapitalherabsetzung und evtl. anschliessende Kapitalerhöhung)
- Verzicht auf bereits beschlossene aber noch nicht ausgerichtete Dividenden
- Aktionärsdarlehen mit Rangrücktritt (keine eigentliche Sanierung, aber Aufschub)

Liegen noch keine Überschuldung und noch keine Illiquidität vor, so kann der Verwaltungsrat versuchen, mit einschneidenden Massnahmen weitere Verluste zu verhindern, bis sich der Geschäftsgang wieder normalisiert hat und die Liquidität sichergestellt ist.

*Massnahmen zur Verbesserung der Liquidität:*

- Sistierung sämtlicher nicht dringend notwendiger Investitionen
- Zahlungen bzw. Zahlungsaufträge nur noch mit Zustimmung bzw. Unterschrift eines Verwaltungsrates
- Personaleinstellung nur noch mit Zustimmung bzw. Unterschrift eines Verwaltungsrates

- Überprüfung aller Arbeitsstellen auf Auslastung und evtl. vorübergehender Personalabbau
- Kündigung aller nicht betriebsnotwendigen Verträge (Abonnements, Werbung, Wartung etc.) unter Berücksichtigung der Konsequenzen (z.B. Art. 418u OR bei einem Agenturvertrag)
- Realisierung nicht betriebsnotwendiger Aktiven
- Verbesserung der Debitorenbewirtschaftung
- Salärverhandlung mit leitenden Angestellten und evtl. Vereinbarung einer Übergangslösung
- Sale and Lease Back von Mobilien und Immobilien
- Beizug externer Berater auf Provisionsbasis (z.B. zur Optimierung von Versicherung, Steuern, Materialaufwand, etc.)

Meistens zeigen die Massnahmen zur Verbesserung der Liquidität erst nach einer gewissen Zeit Wirkung. Insbesondere Sale and Lease back Transaktionen erfordern oft mehr Zeit als geplant. Bis dahin müssen die vorhandenen Mittel nach einer klaren Prioritätenliste verwendet werden. Dabei sind Konflikte vorprogrammiert. Zum Beispiel kann die Pflicht der Gesellschaft, als Arbeitgeberin BVG-Beiträge der Arbeitnehmer an die zuständige Vorsorgeeinrichtung weiterzuleiten, mit der Pflicht kollidieren, in einer Notsituation alles zur Erhaltung eines Betriebes Notwendige vorzukehren<sup>11</sup>. Da der Verwaltungsrat persönlich für die Sozialversicherungsbeiträge einzustehen hat (Art. 52 AHVG und Art. 76 BVG), lautet die Empfehlung aus Sicht der Haftungsprävention, solche Forderungen vorrangig zu begleichen.

*Prioritätenliste zur Mittelverwendung:*

- Sozialversicherungsbeiträge
- Steuern und Gebühren
- Löhne
- Versicherungen
- Strom- und Telefonrechnungen
- Mietforderungen

### **III. Verhalten in Verantwortlichkeitsprozessen**

#### **1. Verhalten im Strafprozess**

##### *a) Unterschiede zwischen Strafprozess und Zivilprozess*

Während im Strafrecht allein schon die strafbare Handlung als solche zu Sanktionen führen kann, auch ohne dass ein bestimmter "Erfolg" eingetreten ist, wird bei der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit stets ein tatsächlicher Schaden vorausgesetzt. Die strafrechtliche Handlung eines Verwaltungsrates muss deshalb nicht zwingend auch eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen. Umgekehrt kann eine Sorgfaltspflichtverletzung zur Entschädigungspflicht führen, obwohl kein Straftatbestand erfüllt ist.

In einem Zivilprozess können die Richter grundsätzlich auch dann noch frei entscheiden, wenn bereits bezüglich der gleichen Sache das Urteil im Strafverfahren vorliegt. Gemäss Art. 53 OR ist der Zivilrichter bei der Beurteilung von Schuld oder Unschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit nämlich nicht an die Bestimmungen über die strafrechtliche Zurech-

<sup>11</sup> So das Bundesgericht in Praxis 81 Nr. 174, S. 632.

nungsfähigkeit oder an einen Freispruch durch den Strafrichter gebunden. Ungeachtet dieser Regel muss faktisch von einer präjudiziellen Wirkung des Strafurteils auf das Zivilurteil ausgegangen werden.

Im Strafprozess gilt die Unschuldsvermutung; folglich hat der Staat die Handlungen und damit die Schuld des Angeklagten nachzuweisen. Jede Aussage eines angeschuldigten Verwaltungsrates kann zu seinen Ungunsten verwendet werden. Bei heiklen Fragen ist deshalb eine knappe Antwort mit dem Hinweis, dass Details im Laufe der Zeit vergessen gehen, oftmals besser, als umfangreiche Erörterungen.

Im Zivilprozess hat der Kläger nur nachzuweisen, welche Aufgaben der Verwaltungsrat zu erfüllen hatte und dass durch Vernachlässigung dieser Aufgaben ein konkreter Schaden entstanden ist. Der beklagte Verwaltungsrat hat nun seinerseits zu beweisen, dass er seine Pflichten vollumfänglich erfüllt hat. Mit blossem Schweigen oder allgemeinen Aussagen ist dieser Beweis nicht zu erbringen. Hier hilft nur eine vollständige Dokumentensammlung.

### ***b) Einleitung eines Strafprozesses***

Jedermann ist berechtigt, gegen die verantwortlichen Organe einer Aktiengesellschaft Strafanzeige einzureichen, wenn begründete Verdachtsmomente für eine Straftat vorliegen. Aus Sicht des Verwaltungsrates besteht nicht nur das Recht, sondern unter Umständen auch die Pflicht, gegen strafbare Handlungen von Untergebenen oder von anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates einzuschreiten<sup>12</sup>.

Die Einleitung eines Strafverfahrens hat bei Officialdelikten zur Folge, dass der zuständige Untersuchungsrichter den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat. Im Hinblick auf eine ins Auge gefasste Zivilklage, kann das amtliche Untersuchungsverfahren ein Mittel zur Beschaffung der notwendigen Akten sein. Bei Delikten, die nur auf Antrag strafbar sind (z. B. Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses, Art. 162 StGB) ist zu beachten, dass der Strafantrag innerhalb von drei Monaten nach Kenntnis von Täter und Tat eingereicht wird (Art. 29 StGB). Da es sich bei dieser Frist um eine Verwirkungsfrist handelt, kann diese Frist weder unterbrochen noch erstreckt werden.

### ***c) Adhäsionsweise Zivilklage***

Durch die Verübung von Straftaten entstehen in aller Regel auch zivilrechtliche Ansprüche, namentlich etwa solche auf Schadenersatz und Genugtuung. Im sogenannten Adhäsionsprozess kann der Geschädigte eine einheitliche Beurteilung der mit der Straftat verbundenen Zivilansprüche im Strafverfahren verlangen.

Die Adhäsionsklage ist vom Geschädigten schriftlich oder mündlich zu Protokoll einzubringen. Da strenge Vorschriften hinsichtlich der Verwirkung dieser Möglichkeit zu beachten sind, verpflichten einige Kantone den Untersuchungsrichter, die allfällige Vornahme einer Zivilklage abzuklären<sup>13</sup>.

In aller Regel werden die Zivilklagen geschützt, wenn sie vom Angeschuldigten anerkannt sind und hinreichende Beweise vorliegen. Auch ist es möglich, dass der Schutz nur für einen Teilbetrag gewährt und für den Restbetrag auf den Zivilweg verwiesen wird. Ist die Zivilforderung unbegründet, wird sie abgewiesen. In diesem Falle besteht ein gerichtliches Urteil, und die Forderung kann nicht nochmals auf dem Zivilweg gestellt werden. Kann innerhalb des Strafprozesses die Zivilforderung nicht abschliessend beurteilt werden, so erfolgt eine Verweisung auf den Zivilprozessweg.

---

<sup>12</sup> Vgl. BGE 96 IV 174 i. S. Bührle.

<sup>13</sup> So etwa Art. 44 des Strafprozessgesetzes des Kantons St. Gallen, sGS 962.1.

## 2. Verhalten im Zivilprozess

### a) Verfahrensübersicht

Jeder Zivilprozess wird von strengen Formvorschriften geprägt. Werden diese Bestimmungen missachtet, so kann ein nicht wiedergutzumachender Rechtsnachteil resultieren. Eine anwaltliche Beratung ist in einem Zivilprozess daher unumgänglich; dies gilt für Kläger und Beklagte gleichermaßen.

Ist ein Strafprozess mit Bezug auf ein Offizialdelikt (Verfolgung von Amtes wegen) eingeleitet worden, so kann das Verfahren auch dann nicht mehr gestoppt werden, wenn sich Kläger und Beklagter auf die Begleichung des Schadens einigen. Im Zivilprozess ist grundsätzlich zu jedem Zeitpunkt noch eine vergleichsweise Einigung möglich. Selbst wenn das Urteil schon gefällt ist, kann der Beklagte theoretisch noch versuchen, sich mit dem Kläger zu einigen. Weil jeder Zivilprozess einen enormen Aufwand an personellen und finanziellen Mitteln verursacht, sollte schon sehr früh versucht werden, eine vergleichsweise Erledigung zu finden. Oftmals ist ein Vergleich in einem frühen Verfahrensstadium besser, als ein nach langwierigem Kampf erlangtes Urteil.

Es ist unmöglich, an dieser Stelle auf alle Facetten eines Zivilprozesses einzugehen. Deshalb sollen nachstehend nur die wichtigsten Punkte erörtert werden.

### b) Aktivlegitimation

Unter der Aktivlegitimation versteht man die Berechtigung des Klägers, das eingeklagte Recht oder Rechtsverhältnis geltend zu machen. Eine direkte Klage kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erheben, wer durch eine Verletzung aktienrechtlicher Organpflichten unmittelbar geschädigt wurde. Der Gesellschaftsgläubiger ist unmittelbar geschädigt, wenn die Aktiengesellschaft aufgrund ihrer Überschuldung nicht mehr in der Lage ist, seine Forderungen zu begleichen. Ein Aktionär erleidet beispielsweise einen unmittelbaren Schaden, wenn sein ihm zustehendes Bezugsrecht von der Verwaltung übergangen und später auch nicht mit Geld ausgeglichen wird. Bei der Erhebung von direkten Klagen haben sich die Gesellschaftsgläubiger bzw. die Aktionäre auf einen Verantwortlichkeitstatbestand gemäss Art. 752-755 OR zu berufen.

Im Konkurs der Aktiengesellschaft sind die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatz des Schadens an die Gesellschaft zu verlangen. Zunächst steht es jedoch der Konkursverwaltung zu, die Ansprüche von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern geltend zu machen (Art. 757 Abs. 1 OR). Im Einklang dazu steht die Auffassung des Bundesgerichts, wonach die Verantwortlichkeitsansprüche im Konkurs der Gesellschaft keine individuellen Ansprüche der einzelnen Gläubiger, sondern einen einheitlichen Anspruch der Gläubigersamtheit darstellen, weshalb vorerst die Konkursverwaltung zur Klage befugt ist<sup>14</sup>.

Verzichtet die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung dieser Ansprüche, so ist hierzu jeder Aktionär oder Gläubiger individuell berechtigt (Art. 757 Abs. 2 OR). Vorbehalten bleibt die "Abtretung" von Ansprüchen der Gesellschaft gemäss Art. 260 SchKG<sup>15</sup>. Der Abtretungsgläubiger kann den Ersatz des gesamten der Aktiengesellschaft erwachsenen Schadens fordern und muss sich weder Einreden gegen sich persönlich noch solche gegen die Gesellschaft entgegenhalten lassen. Gemäss BGE 117 II 432 ff. gilt dieser Grundsatz<sup>16</sup> nicht nur beim Konkurs, sondern auch beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

<sup>14</sup> BGE 117 II 432 ff.; 122 III 195 ff.; SJ 1997 S. 405 ff.

<sup>15</sup> Gemäss Art. 757 Abs. 3 OR.

<sup>16</sup> Der Entscheid betraf das alte Aktienrecht und wurde heftig kritisiert, so dass "das letzte Wort noch nicht

### **c) Passivlegitimation**

Im Rahmen eines aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozesses ist passivlegitimiert, wem die geltend gemachte Pflichtverletzung zugerechnet werden kann. Aus den einzelnen Verantwortlichkeitstatbeständen nach Art. 752 ff. OR ist ersichtlich, wer in einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess eingeklagt werden kann und damit passivlegitimiert ist. Zu beachten ist, dass namentlich die Umschreibungen des haftbaren Personenkreises im Rahmen der Prospekthaftung (Art. 752 OR) und der Gründungshaftung (Art. 753 OR) sehr offen sind und dadurch auch aussenstehende Berater und Hilfspersonen erfasst werden können, die dem pflichtwidrigen Geschehen eher fern stehen. Bei der Geschäftsführungshaftung (Art. 754 OR) kann nur das Organ einer AG haftbar sein. Der Verwaltungsrat ist als formelles Organ haftbar, auch wenn er nach seiner Wahl noch nicht im Handelsregister eingetragen ist. Zusätzlich zum formellen Organ ist auch das faktische Organ haftbar. Faktische Organstellung hat, wer wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgehende Kompetenzen hat und sich massgebend an der Willensbildung beteiligt, so dass eine Zugehörigkeit zur obersten Schicht der Hierarchie gegeben ist.<sup>17</sup>

Stirbt ein Verwaltungsrat, so treten seine gesetzlichen und eingesetzten Erben durch Unversalsukzession unmittelbar in alle seine Rechte und Pflichten ein. Sie haben jedoch die Möglichkeit, innert drei Monaten seit Kenntnis des Erbfalles, die Erbschaft auszuschlagen oder sie unter öffentlichem Inventar anzunehmen und dadurch ein unkontrollierbares Haftungsrisiko zu eliminieren oder zu begrenzen<sup>18</sup>.

### **d) Solidarität**

Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist gemäss Art. 759 OR jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist. Im nun geltenden Recht wird demnach von der sogenannten "differenzierten Solidarität" gesprochen<sup>19</sup>. Nach der "absoluten Solidarität", welche die Rechtsprechung des Bundesgerichtes vor 1991 prägte<sup>20</sup>, hatte noch jeder Verantwortliche für den ganzen Schaden einzustehen. Nach dem Grundsatz der differenzierten Solidarität kann immer noch jeder Verantwortliche für den Schaden persönlich belangt werden. Die Höhe der Ersatzpflicht richtet sich dabei allerdings nicht mehr nach dem gesamthaft entstandenen Schaden, sondern nach dem Umfang des Verschuldens und nach der Möglichkeit, die Zahlungspflicht nach den in Art. 44 OR genannten Herabsetzungsgründen zu reduzieren. Die Solidarität besteht also insoweit fort, als vom Gläubiger weiterhin jeder Ersatzpflichtige zur Rechenschaft gezogen werden kann, bis der gesamte Schadensbetrag eingegangen ist. Neu ist jedoch, dass der Ersatzpflichtige nur für den ihm persönlich zurechenbaren Schaden ins Recht gefasst werden kann, selbst dann, wenn andere Mithaftende die Herabsetzungsgründe nach Art. 43 OR und Art. 44 OR für sich nicht geltend machen können. Die Gesamtschuldnerschaft nach altem Recht ist damit aufgehoben<sup>21</sup>. Als Empfehlung lässt sich dar-

---

gesprochen" sein dürfte (Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 36 N 45).

<sup>17</sup> BGE 117 II 573 E. 3, vgl. auch Kunz Peter V., Zu den Haftungsvoraussetzungen und zu einigen weiteren Themen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit - Rückblick, Status quo und Perspektiven, in: AJP 1998, S. 1278.

<sup>18</sup> Art. 566 und 567 ZGB.

<sup>19</sup> Vgl. Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, Rz. 2022; Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, § 36 N 106 ff.

<sup>20</sup> Vgl. Müller Roland / Lipp Lorenz / Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, S. 250, mit weiteren Hinweisen.

<sup>21</sup> Vgl. das Beispiel bei Müller Roland / Lipp Lorenz / Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, S. 252 f.: Hat ein Gläubiger durch den Konkurs einer Gesellschaft einen Schaden von Fr. 100'000.-- erlitten, so kann

aus ableiten, dass ein Verwaltungsrat seine abweichenden und kritischen Meinungen sowie insbesondere seine Gegenstimmen zu einem Antrag ausdrücklich zu Protokoll geben sollte.

Eine Neuerung zum alten Aktienrecht ist auch der *Einheitsprozess*<sup>22</sup>. Der Kläger kann sich aus allen Verantwortlichen jene Personen herausuchen, die seines Erachtens am ehesten einer Schadenersatzpflicht nachkommen können. Es obliegt dann dem Richter, die Ersatzpflicht des einzelnen festzulegen. Wie Böckli<sup>23</sup> hervorhebt, wird es in der Praxis darum gehen, den Schadensbeitrag der Manager von jenem der Verwaltungsräte und der Revisionsstelle abzugrenzen.

#### **e) Streitverkündung**

Nach Art. 759 Abs. 1 OR sind mehrere Personen solidarisch haftbar, wenn sie für denselben Schaden ersatzpflichtig sind. Der Kläger, der eine Verantwortlichkeitsklage einreicht, ist jedoch nicht verpflichtet, alle ersatzpflichtigen Personen zu belangen. Er kann sich beispielsweise den solventesten Verwaltungsrat als Beklagten aussuchen. In solchen Fällen wird sich der Beklagte überlegen, weiteren Verantwortlichen den Streit zu verkünden und sie dadurch in den Prozess einzubinden. Dazu gehören insbesondere die anderen Verwaltungsräte, die Revisionsstelle, die Mitglieder der Geschäftsleitung und weitere Personen, die als faktische Organe Einfluss auf die Gesellschaft genommen haben.

### **3. Haftungsvoraussetzungen**

#### **a) Schaden**

Die erste Voraussetzung für die Haftpflicht des Verwaltungsrates einer AG ist die Existenz eines Schadens. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gilt als Schaden die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und jenem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte<sup>24</sup>. Auch bei den Verantwortlichkeitsklagen können die bekannten Schadensarten geltend gemacht werden: Vermögenseinbusse (*damnum emergens*) und entgangener Gewinn (*lucrum cessans*), unmittelbarer und mittelbarer Schaden sowie Personenschaden, Sachschaden und immaterieller Schaden<sup>25</sup>. In jedem Falle liegt die Beweislast für den Schaden beim Kläger; allein aus einer Pflichtverletzung lässt sich noch kein Schaden ableiten<sup>26</sup>.

---

er nach wie vor jedes verantwortliche Organ einklagen. Hat nun der Richter die Haftungsquoten festgelegt (z.B. Direktor A. 80%, Verwaltungsratsdelegierter B. 100% Verwaltungsrat C. 75%, und Revisionsstelle D. 50%), so werden die einzelnen Organe nicht mehr für den ganzen Schaden solidarisch verpflichtet, sondern nur noch für den ihre Haftungsquote entsprechenden Teil. D.h. der Verwaltungsrat C. kann nur noch zur Bezahlung von Fr. 75'000.-- verpflichtet werden. Der Gläubiger kann zwar auch noch von der Revisionsstelle D. 50% des Schadens verlangen, falls aber der Verwaltungsrat C. Fr. 75'000.-- bezahlt hat, darf der Gläubiger von der Revisionsstelle D. nur noch Fr. 25'000.-- entgegennehmen. Inwieweit der Verwaltungsrat C. und die Revisionsstelle D. intern auf die anderen Organe Regress nehmen können, ist Gegenstand eines anderen Verfahrens.

<sup>22</sup> Vgl. auch Böckli Peter, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, in: SZW 1993, S. 268.

<sup>23</sup> Böckli Peter, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht, a.a.O., S. 269.

<sup>24</sup> BGE 107 Ib 162; Gross Kurt J., Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, Bd. 33 der Schriftenreihe zum Konsumentenschutz, Zürich 1990, S. 142, mit weiteren Literatur- und Judikaturangaben.

<sup>25</sup> Nach Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, § 36 N 59, ist immaterielle Unbill in der Regel nicht zu berücksichtigen.

<sup>26</sup> So ist zum Beispiel eine Gesellschaft verpflichtet, für drohende oder aktuelle Prozesse Rückstellungen

Die Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen ist i.d.R. sehr kompliziert. Sie wird zusätzlich dadurch erschwert, dass die Berechnung für jeden einzelnen Geschädigten und für jeden Verantwortlichen unterschiedlich sein kann, je nach zeitlichen Verhältnissen, Klagegrund und persönlicher Zurechenbarkeit<sup>27</sup>.

### **b) Rechtswidriges Verhalten**

Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Damit wird bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit anders als bei anderen obligationenrechtlichen Haftungstatbeständen klar zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden getrennt<sup>28</sup>. Der Beweis für die Pflichtwidrigkeit und dessen Kausalität bezüglich dem eingetretenen Schaden obliegt dem Kläger. Art und Umfang der Pflichten eines Verwaltungsrates lassen sich nicht allgemein umschreiben; die schweizerischen Aktiengesellschaften weisen bezüglich Aufbau und Organisation zu grosse Unterschiede auf<sup>29</sup>. Für die Bestimmung von Verhaltenspflichten wird deshalb nicht auf einen individuellen, sondern auf denjenigen Massstab abgestellt, der von einem hinreichend Qualifizierten in dieser Position vernünftigerweise erwartet werden kann (gruppen- oder berufsspezifische Sorgfalt)<sup>30</sup>. Letztlich bedeutet dies, dass von jedem Verwaltungsrat ein professionelles Verhalten gefordert wird, denn nur dadurch lassen sich die in Art. 716a OR explizit aufgeführten Pflichten einwandfrei erfüllen. Der Hinweis auf mangelnde Erfahrung vermag keinen Verwaltungsrat zu entlasten, denn nach der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) hat jedes Verwaltungsratsmitglied bei seinem Amtsantritt sicherzustellen, dass er über die zur Ausübung dieses Amtes erforderlichen Kenntnisse verfügt<sup>31</sup>.

### **c) Adäquater Kausalzusammenhang**

Als dritte Voraussetzung für eine Haftung als Organ muss der Kläger den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den Handlungen bzw. Unterlassungen und dem Schaden nachweisen. Das Bundesgericht verlangt diesbezüglich keinen strengen, absoluten Beweis<sup>32</sup>.

Der adäquate Kausalzusammenhang kann durch grobes Selbstverschulden oder Zufall unterbrochen werden. Doch in der Gerichtspraxis werden solche Einwendungen meist nur unter dem Verschuldensaspekt als Reduktionsgrund gewürdigt.

---

vorzunehmen, wenn ein negativer Prozessausgang im Bereich der Wahrscheinlichkeit liegt und wesentliche Summen auf dem Spiel stehen. Unterlässt sie dies, können die Verwaltungsräte in die Pflicht genommen werden. Falls die drohenden Forderungen jedoch bereits bei Anhängigmachung des Prozesses nicht mehr bezahlt werden könnten, entsteht durch das Unterlassen der Rückstellungen kein weiterer Schaden, da bereits zu Beginn des Prozesses nichts mehr von der Gesellschaft zu holen war.

<sup>27</sup> Beispiele bzw. entsprechende Judikaturstellen von Schadensberechnungen finden sich bei Forstmoser Peter/Meier-Hayoz Arthur/Nobel Peter, Schweizerisches Aktienrecht, § 36 N 67-69.

<sup>28</sup> Wiegand Wolfgang, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, S. 10, mit Hinweis auf BGE 113 II 429 und 115 II 62.

<sup>29</sup> Gross Kurt J., Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation, a.a.O., S. 155, mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>30</sup> Wiegand Wolfgang, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, a.a.O., S. 11.

<sup>31</sup> Herrmann Rüdiger, Funktion, Kontrolle und Haftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften in Deutschland, der Schweiz, Australien und den USA, Wiesbaden 1995, S. 142.

<sup>32</sup> Vgl. Gross Kurt J., Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation, S. 199, und die dort in FN 357 zitierten Entscheidungen.

#### **d) Verschulden**

Schliesslich wird ein Verwaltungsrat nur dann verantwortlich, wenn er schuldhaft gehandelt bzw. nicht gehandelt hat. Der Haftung nach Art. 752 ff. OR wird dabei ein objektiver Verschuldensbegriff zu Grunde gelegt<sup>33</sup>. Für die Beurteilung des Verschuldens ist diejenige Sorgfalt massgebend, "die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde"<sup>34</sup>. Als Konsequenz dieses objektivierten Massstabes sind nur Umstände objektiver Art, nicht aber solche subjektiver Art zu berücksichtigen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes erhöhen die anspruchsvolle Tätigkeit, die umfangreiche Tätigkeit, ein sehr hohes VR-Honorar, aber auch die risikoreiche Tätigkeit die Anforderung an die Sorgfalt. Zeitmangel, Abwesenheit, passives Verhalten, mangelnde Fachkenntnis, Unwissenheit und Unfähigkeit werden als Entschuldigung nicht akzeptiert<sup>35</sup>. Das Gleiche gilt für eine Weisungsgebundenheit, Kompetenzaufteilung innerhalb des Verwaltungsrates, Interessenkonflikt, geringe Höhe des VR-Honorars und eigene Demission<sup>36</sup>.

### **4. Einredemöglichkeiten der Verwaltungsräte**

#### **a) Übersicht**

Einreden, wie sie im Folgenden verstanden werden, umfassen "jedes rechtliche Vorbringen, das einen Verantwortlichkeitsanspruch untergehen bzw. dessen Durchsetzung zumindest verhindern lässt"<sup>37</sup>. Eine umfassende Darstellung aller Einredemöglichkeiten würde hier den Rahmen sprengen. Lediglich die wichtigsten unter ihnen seien anhand einer Liste dargestellt:

- Einrede des Rechtsmissbrauchs
- Einrede des Erlasses oder der Stundung
- Einrede der Verjährung
- Einrede der Verrechnung
- Einrede des Rangrücktritts
- Einrede des Urteils
- Einrede des Selbst- oder Drittverschuldens
- Einrede der abgeurteilten Sache
- Einrede der Einwilligung
- Einrede der Décharge
- Einrede des Vergleichs
- Einrede der mangelnden Organeigenschaft
- Einrede der Delegation
- Einrede der zu Unrecht erfolgten Kollokation

---

<sup>33</sup> Dies ist heute feststehende Praxis des Bundesgerichtes; vgl. Zürcher Kommentar, Rz. 821 zu Art. 717 OR.

<sup>34</sup> Forstmoser Peter, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, N. 292, mit weiteren Hinweisen.

<sup>35</sup> Bereits in BGE 93 II 27 hat das Bundesgericht im Falle einer Kontrollstelle festgestellt, dass eine Mandatsübernahme dann nicht erfolgen dürfe, wenn "die erforderlichen Branchenkenntnisse" fehlen und dennoch kein Spezialist beigezogen wird.

<sup>36</sup> Dazu ausführlich Gross Kurt J., Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation, a.a.O., S. 208 ff., mit entsprechenden Literatur- und Judikaturhinweisen.

<sup>37</sup> Vgl. Kunz Peter V., Rechtsnatur und Einredeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, BBSW Heft 7, Bern 1993, S. 130 und 145 ff.

Es zeigt sich, dass die Fülle möglicher Einreden relativ gross ist, selbst wenn mehrere Einreden nur in Sonderfällen zur Anwendung gelangen. Dem beklagten Verwaltungsrat eröffnen sich dadurch zahlreiche formelle und materielle Verteidigungsmöglichkeiten. Zu beachten ist allerdings, dass solche Einreden in der Regel nicht von Amtes wegen beachtet werden, sondern ausdrücklich vom Beklagten vorzubringen sind.

Bevor ein Verwaltungsrat gerichtlich oder aussergerichtlich zivilrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche anerkennt, sollte er die Möglichkeit von Einreden prüfen. Dabei ist der Beizug eines auf diesem Gebiet versierten Juristen von Vorteil, damit keine Einrede ungeprüft bleibt. Umgekehrt hat ein Kläger in einem Verantwortlichkeitsprozess vor der Klageeinleitung sich sorgfältig zu überlegen, welche Einreden allenfalls vorgebracht werden könnten.

### ***b) Verjährung***

Aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche unterliegen eigenen Verjährungsfristen, wobei nach dem Muster der Deliktshaftung nach Art. 60 OR zwischen relativer und absoluter Verjährungsfrist unterschieden wird. Die relative Frist beginnt ab Kenntnis des Schadens und der ersatzpflichtigen Person zu laufen und die absolute Frist beginnt ab Zeitpunkt des schädigenden Verhaltens zu laufen. Die relative Frist ist indessen in Art. 760 Abs. 1 OR mit 5 Jahren sehr viel länger angesetzt als nach Art. 60 OR.

Wird die Klage aus einer strafrechtlichen Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese nach Art. 760 Abs. 2 OR auch für den Zivilanspruch.

### ***c) Décharge-Erteilung***

Gewisse Verantwortlichkeitsansprüche können ausgeschlossen werden, wenn den verantwortlichen Personen, insbesondere den Verwaltungsräten, durch die Generalversammlung die Décharge erteilt wurde<sup>38</sup>. Der Entlastungsbeschluss hat aber nur für Tatsachen Wirkung, die der Generalversammlung bekanntgegeben worden waren. In diesem Sinne lohnt es sich für Verwaltungsräte nicht, unangenehme Fakten geheimhalten zu wollen. Aus Gründen der Haftungsprävention sollte gegenüber der Generalversammlung alles offen gelegt werden, damit die potentiellen Kläger den Verwaltungsrat später nicht mehr für solche Tatsachen belangen können.

Der Entlastungsbeschluss ist allerdings wirkungslos gegen die Ansprüche von Gesellschaftsgläubigern oder gegen Ansprüche von Aktionären, die einen unmittelbaren Schaden erlitten haben.<sup>39</sup>

### ***d) Checkliste zu den Einredemöglichkeiten und Haftungsausschlussgründen***

Wird ein Verwaltungsrat mit Haftungsansprüchen aus seiner Verwaltungsratstätigkeit konfrontiert, so soll er diese umgehend sowohl qualitativ als auch quantitativ zurückweisen, gegebenenfalls seine Versicherung orientieren und in jedem Falle prüfen, welche der folgenden

---

<sup>38</sup> Vgl. auch Bertschinger Urs, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, Bemerkungen zu BGE 4C.397/1998 vom 15. Juni 1999, in: SZW 4/2000, S. 199: Der Alleinaktionär befindet sich (auch wenn er einige Pflichtaktien an die Verwaltungsräte abgegeben hat) quasi permanent in einer Universalversammlung. Seine Handlungsanweisungen gegenüber den Verwaltungsräten gelten deshalb zugleich als Déchargebeschlüsse, womit eine Klage der Gesellschaft gegen die Verwaltungsräte ausgeschlossen ist.

<sup>39</sup> Vgl. auch Müller Roland / Lipp Lorenz / Plüss Adrian, Der Verwaltungsrat, S. 290 ff.

Einreden und Einwände geltend gemacht werden können:<sup>40</sup>

- örtliche oder sachliche Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes
- fehlende Aktivlegitimation / weder Aktionär noch Gläubiger
- fehlende Passivlegitimation / mangelnde Organschaft im entsprechenden Zeitraum
- Haftungsbefreiung durch rechtsgültige Delegation an andere Organe bzw. GL
- Einwilligung des Klägers / reine Weisungsbefolgung durch den Beklagten
- Selbstverschulden des Klägers
- Verzicht des Klägers auf Regress / Enthaftungsklausel im Mandatsvertrag
- Rangrücktritt bezüglich eingeklagter Forderung
- Haftungsbefreiung durch Décharge des Klägers
- zu Unrecht erfolgte Kollokation der eingeklagten Forderung
- Rechtsmissbrauch
- Verjährung
- Vergleich oder Urteil
- Stundung oder Nachlass

## **5. Verhandlungs- und Prozessführung**

### ***a) Zusammenarbeit mit anderen Prozessbeteiligten***

Da in Verantwortlichkeitsprozessen meistens sämtliche finanziell leistungsfähigen Organe eingeklagt werden, werden sich die Betroffenen i.d.R. untereinander absprechen und gegenseitig Informationen austauschen<sup>41</sup>. Allenfalls wird auch ein gemeinsamer Vertreter für die Kläger bestimmt. Sofern jedoch verschiedene Standpunkte und Interessenlagen gegeben sind, wie oftmals zwischen Revisionsstelle und Verwaltungsrat, ist eine gemeinsame Vertretung wenig sinnvoll.

Entschliessen sich einzelne Verwaltungsräte für einen gemeinsamen Rechtsvertreter, so sollte unbedingt schon von Anfang an die Kostentragung geregelt werden. Spätestens dann, wenn ein Teil der Beklagten zu einer Zahlung verurteilt wird, die anderen aber nicht, wird es sonst zu Problemen kommen.

### ***b) Zusammenarbeit mit der Versicherung***

Hat der Verwaltungsrat eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung abgeschlossen, so ist die Versicherungsgesellschaft ebenfalls am Prozessausgang interessiert, da diese allenfalls für die Schadenersatzforderung aufkommen muss. Die Versicherungsgesellschaft ist regelmässig über das Verfahren zu informieren.

### ***c) Zusammenarbeit mit externen Beratern und Spezialisten***

Meistens fehlt es den Betroffenen an den notwendigen Spezialkenntnissen und Erfahrungen für Verantwortlichkeitsprozesse. Ein externer Sachverständiger ist in der Lage, die zu Grunde liegenden Fakten objektiv zu analysieren und zu würdigen. Obwohl der Beizug solcher Spezialisten in der Regel sehr kostenintensiv ist, kann es sich lohnen, einen kompetenten Berater zur Seite zu haben.

---

<sup>40</sup> Müller Roland, Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates, a.a.O., S. 865.

<sup>41</sup> Sollten nicht alle möglichen Verantwortlichen eingeklagt worden sein, stellt sich auch die Frage der Streitverkündung.

Anstelle eines Beraters lässt sich für bestimmte Probleme eine Expertise erstellen. Solche Expertisen sind zwar ebenfalls teuer und werden in der Regel von der Gegenseite überhaupt nicht und vom Gericht oft nur teilweise anerkannt. Dennoch sollte der Einsatz von Expertisen genau geprüft werden. In vielen Fällen verzichtet nämlich die Gegenseite aus Kostengründen auf ein teures Gegengutachten, was die Beweislage verbessern kann. Konkrete Fragen an den Experten im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsklagen können sein:<sup>42</sup>

- Ermitteln eines Vermögensstatus zu einem bestimmten Zeitpunkt
- Ermitteln der Liquiditätssituation zu einem bestimmten Zeitpunkt
- Abklärung der Fälligkeit von bestimmten Forderungen
- Beurteilung von Bonitätsrisiken
- Handlungswertschätzung von Maschinen oder Immobilien
- Abschätzung von Marktchancen für ein neues Produkt oder ein Patent
- Aufdeckung der Gründe für fehlende Margen oder übermässigen Warenaufwand
- Qualifizierung der Organisations- und Informationsstruktur
- Beurteilung der Vollständigkeit und Richtigkeit von Finanzrapporten
- Qualifizierung der geschäftsführenden Organe, an die eine Delegation erfolgte

Expertisen sollten nur mit klar definierten Aufgaben und wenn möglich nur mit einem Kostendach vergeben werden. Sonst besteht die Gefahr, dass die Experten eine ungewollte und teure Eigendynamik entwickeln. Jede Aussage in der Expertise sollte mit klaren Hinweisen auf die zu Grunde liegenden Dokumente begleitet werden. Sehr hilfreich sind Verweise auf Literatur und Judikatur, insbesondere auf die jeweils aktuellen Richtlinien im Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung.

## **6. Erledigung von Verantwortlichkeitsprozessen**

### ***a) Vergleich und Klagerückzug***

Bei zivilrechtlichen Streitigkeiten kommt es vielfach gar nicht zu einer gerichtlichen Beurteilung. Entweder werden sich die Parteien schon in einem frühen Stadium einig, oder der Vermittler bzw. Friedensrichter kann zu einer Versöhnung beitragen; vorausgesetzt der Vermittler wurde überhaupt angegangen. Kommt die Angelegenheit doch noch vor eine gerichtliche Instanz, steht es dem Kläger immer noch zu, seine Klage im Rahmen eines Vergleiches zurückzuziehen und dadurch den Prozess vorzeitig zu beenden.

Im Strafprozess besteht diese Möglichkeit (ausser bei Antragsdelikten nach Art. 31 StGB) nicht. Wird ein Verwaltungsrat eines Offizialdeliktes bezichtigt, so ist strafrechtlich weder ein Vergleich mit dem Geschädigten noch mit dem Staat möglich. Die Überlastung der Strafverfolgungsbehörden bringt es allerdings mit sich, dass eine sog. "Desinteresse-Erklärung" der Geschädigten in einem frühen Stadium eine Aufhebung der Strafuntersuchung begünstigen kann.

Im Konkursverfahren ist zunächst ausschliesslich die Konkursverwaltung für die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft zuständig. Somit ist vorab mit der Konkursverwaltung eine verbindliche Lösung durch Vergleich zu suchen.

### ***b) Gutheissung der Verantwortlichkeitsklage***

Oftmals wird bereits vor dem Prozess eine Betreuung gegen das verantwortliche Organ eingeleitet, um eine allfällige drohende Verjährung zu verhindern. Durch Erhebung des Rechts-

---

<sup>42</sup> Müller Roland, Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates, a.a.O., S. 859.

vorschlag kann die Fortsetzung der Betreibung vorerst blockiert werden. Erst wenn der Kläger im Verantwortlichkeitsprozess ein rechtskräftiges Urteil erstritten hat, kann er gestützt darauf definitive Rechtsöffnung und damit die Beseitigung des Rechtsvorschlages verlangen.

Wird eine Verantwortlichkeitsklage gutgeheissen und das Urteil rechtskräftig, so hat der Beklagte die im Urteil festgelegte Summe zuzüglich Gerichtskosten und Parteientschädigung zu bezahlen. Kommt der Beklagte dieser Pflicht trotz Mahnung nicht nach, weil er über keine Deckung mittels Mandatsvertrag oder Versicherung verfügt und im Übrigen zuwenig Vermögen und Einkommen besitzt, so führt die Fortsetzung der vom Kläger eingeleiteten Betreibung zur Pfändung bzw. zum Konkurs. Dies aber bedeutet, dass der verantwortliche Verwaltungsrat mit seinem gesamten Vermögen für die Erfüllung des Schadenersatzanspruches einzustehen hat. Es verbleibt ihm nur noch der interne Rückgriff auf andere verantwortliche Organe.

Art. 759 Abs. 3 OR gibt dem unterlegenen Verwaltungsrat die Möglichkeit, auf allfällige mitbeteiligte Organe Regress zu nehmen. Der Richter hat dabei den Rückgriff "in Würdigung aller Umstände" zu bestimmen. Damit ist sichergestellt, dass im Rückgriffsprozess nicht nur das Verschulden massgeblich ist<sup>43</sup>.

Selbst wenn der Kläger gestützt auf Art. 759 Abs. 2 OR die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten gerichtlich festsetzen liess, so hat dies mit einem allfälligen Regressprozess noch nichts zu tun<sup>44</sup>. Dies bedeutet konkret, dass die belangte und unterlegene Partei auch dann in einem völlig neuen Regressprozess nochmals die Haftung im Innenverhältnis beurteilen lassen kann<sup>45</sup>.

### **c) Abweisung der Verantwortlichkeitsklage**

Mit einem rechtskräftigen Urteil ist manchmal die Verantwortlichkeitsklage noch nicht umfassend erledigt. Da Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger unabhängig voneinander klagen können, muss der betroffene Verwaltungsrat damit rechnen, allenfalls von anderer Seite nochmals gerichtlich belangt zu werden. Denkbar ist auch, dass ein anderes Organ, welches zu einer Entschädigungszahlung verurteilt wurde, im Innenverhältnis bzw. regressweise versucht, doch noch den obsiegenden Verwaltungsrat zu belangen; tatsächlich wirkt das befreiende Urteil nämlich nur im Aussenverhältnis<sup>46</sup>. Es lohnt sich deshalb, eine allfällige Versicherung bzw. Nachversicherung weiterzuführen und sämtliche Akten aus dem Verwaltungsratsmandat vollständig aufzubewahren.

## **IV. Zusammenfassung und Empfehlungen**

Es kann festgehalten werden, dass Verantwortlichkeitsprozesse gegen Verwaltungsräte, trotz Verschärfung der Haftung durch die Aktienrechtsreform, weiterhin sehr schwierig sind. Einerseits sind sie auf Grund der hohen Streitwerte sehr kostspielig und schon die allfällig zu erbringende Sicherheitsleistung stellt die Kläger gegebenenfalls vor ein enormes Prozesshindernis. Andererseits ist der Arbeitsaufwand für die Aktenbeschaffung, Aktensichtung, Formulierung der Rechtsschriften usw. riesig, so dass dieser bei grösseren Prozessen kaum mehr von

---

<sup>43</sup> Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, Rz. 2030.

<sup>44</sup> Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, Rz. 2029 und 2029b mit ausführlichem Hinweis auf die nationalrätliche Debatte.

<sup>45</sup> Das kantonale Prozessrecht regelt, ob das Regressverhältnis im Hauptprozess beurteilt werden kann oder muss (Basler Kommentar, N 9 zu Art. 759 OR).

<sup>46</sup> Gross Kurt J., Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation, a.a.O., S. 243.

einer Person allein erbracht werden kann. Schliesslich kann der Ausgang eines Verantwortlichkeitsprozesses nur schwer abgeschätzt werden und wenn der Prozess zu Gunsten der Kläger ausgeht, stellt sich immer noch die Frage nach der Vollstreckbarkeit des Urteiles, resp. der Einbringlichkeit der Forderung.

Trotz all dieser Tatsachen, belegen die Gerichtsstatistiken und Medienmitteilungen, dass Verwaltungsräte sehr oft zur Verantwortung gezogen werden. Zudem kann mittels einer Teilklage und unter einem Nachklagevorbehalt das finanzielle Risiko markant reduziert werden, was die Hemmschwelle zur Einleitung von Verantwortlichkeitsklagen ebenfalls verkleinert. Im Weiteren wird die neue Möglichkeit der Prozessfinanzierung durch Finanzierungsgesellschaften das Kostenrisiko erheblich entschärfen. Meiner Meinung nach wird die Zahl der Verantwortlichkeitsklagen dadurch noch zunehmen.

Um zivil- und strafrechtliche Vorwürfe zu vermeiden und damit Verantwortlichkeitsprozessen vorzubeugen muss allen Verwaltungsräten vorab empfohlen werden, ihre Pflichten bei der Mandatsannahme, bei der Mandatsführung und bei der Mandatsbeendigung sorgfältig zu erfüllen. Dazu gehört insbesondere eine entsprechende Aus- und Weiterbildung<sup>47</sup>, die Einholung, Verarbeitung und Aufbewahrung von relevanten Informationen bzw. Unterlagen sowie die präzise Protokollierung von wichtigen Besprechungen und Beschlüssen. In Krisensituationen ist nicht nach Gefühl, sondern nach gesetzlichen Vorschriften, Checklisten und Empfehlungen von Beratern zu handeln. Kommt es dennoch zu einem Verantwortlichkeitsprozess, so sind sämtliche möglichen Einreden zu prüfen und allenfalls geltend zu machen.

---

<sup>47</sup> Z.B. an der Board Management School des Institutes für Führung und Personalmanagement der Universität St.Gallen sowie durch Studium der angegebenen Handbücher für Verwaltungsräte.