

Handbücher für die Anwaltspraxis

Haftung und Versicherung

Beraten und Prozessieren
im Haftpflicht- und Versicherungsrecht

2., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage

herausgegeben von

Stephan Weber

CEO der Leonardo Productions AG
Handelsrichter, Dozent am IHP-HSG

Peter Münch

Professor an der Zürcher Hochschule für
Angewandte Wissenschaften, Rechtsanwalt

Helbing Lichtenhahn Verlag

Basel 2015

§ 21 Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates – aktienrechtliche Verantwortlichkeit

Roland Müller

I.	Problemübersicht	986
	1. Statistischer Überblick über die Verantwortlichkeitsklagen	986
	2. Business Judgment Rule als Grundlage	987
II.	Merkmale und Erscheinungsformen	989
	1. Überblick	989
	2. Gründungs- und Startphase	989
	a) Prospekthaftung	990
	b) Gründungshaftung	991
	aa) Haftung bei ordentlicher Gründung	991
	bb) Haftung bei Vorrats- und Mantelgesellschaften	991
	3. Wachstumsphase	993
	a) Haftung aus Verwaltung und Geschäftsführung	993
	b) Rückerstattung von Aktienkapital	993
	c) Downstream-, upstream- und cross-stream-Struktur im Konzernverhältnis	994
	d) Mitwirkungspflicht des Verwaltungsrates	995
	e) Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern	996
	f) Vergütung von Verwaltungsratsmitgliedern	998
	g) Risk Management	1000
	h) Delegation an die Geschäftsführung	1000
	i) Opting Out der Revisionspflicht	1001
	j) Haftung für verlorene Gerichtsprozesse	1002
	k) Haftung für öffentlich-rechtliche Forderungen	1002
	aa) Haftung für Forderungen der Steuerbehörden	1002
	bb) Haftung für Forderungen der Sozialversicherungen	1003
	4. Sanierungs- und Konkursphase	1003
	a) Haftung bei Sanierungen	1003
	b) Sonderprobleme bei Pattsituationen	1004
	c) Haftung im Konkurs	1004
III.	Abklärung der Rechts- und Beweislage	1005
	1. Sachverhaltsüberblick	1005
	a) Gesellschaftsrechtliche Verhältnisse	1005
	b) Schadenrelevantes Umfeld	1006
	c) Zeitliche Verhältnisse	1007
	2. Kreis der anspruchsberechtigten Personen	1007

a)	Ansprüche von Aktionären	1008
b)	Ansprüche von Gläubigern	1009
c)	Ansprüche der Gesellschaft	1010
3.	Kreis der Haftpflichtigen	1011
a)	Formelle und materielle Organe	1011
b)	Faktische Organe	1012
c)	Rechtsnachfolger	1013
d)	Mehrheit von Haftpflichtigen	1013
4.	Haftungsvoraussetzungen	1013
a)	Schaden	1013
b)	Rechtswidriges Verhalten	1014
aa)	Begriff und Beispiele	1014
bb)	Einredemöglichkeiten der Verantwortlichen	1017
c)	Adäquater Kausalzusammenhang	1018
d)	Verschulden	1018
aa)	Objektiver Verschuldensbegriff	1018
bb)	Objektive Umstände	1019
cc)	Subjektive Umstände	1019
IV.	Verhandlungs- und Prozessführung	1019
1.	Vorprozessuale Handlungen	1019
a)	Absprache mit anderen Prozessbeteiligten	1019
b)	Beizug von Spezialisten	1020
c)	Vergleichsverhandlungen	1020
d)	Versicherung	1021
2.	Prozessuale Handlungen	1023
a)	Gerichtsstand	1023
b)	Streitwert	1023
c)	Streitverkündung	1023
d)	Expertisen	1024
3.	Nachprozessuale Handlungen	1025
a)	Bei Abweisung der Verantwortlichkeitsklage	1025
b)	Bei Gutheissung der Verantwortlichkeitsklage	1025
V.	Checklisten	1026
1.	Sorgfältige Erfüllung aller VR-Aufgaben	1026
2.	Überprüfung der Rechtmässigkeit eines Cash Poolings	1030
3.	Gesellschaftsdokumentation	1031
4.	Versicherungsabschluss	1031
5.	Aufdeckung von Vermögensdelikten	1032
6.	Verhalten in Krisensituationen der Gesellschaft	1033
7.	Einredemöglichkeiten und Haftungsausschlussgründe	1034
8.	Checkliste zur Prozessführung	1035

Literaturauswahl

BÄRTSCHI HARALD, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich 2001; BERTSCHINGER URS, Führung und Verantwortung in der Aktiengesellschaft, in: Verantwortlichkeits- Zivilprozess- und Versicherungsrecht, Zürich/St.Gallen 2012; BINDER ANDREAS/ROBERTO VITO, Kommentar zu Art. 752–763 OR, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaften, 2. Aufl., Zürich 2012 (*zitiert*: CHK-BINDER/ROBERTO); BLUM OLIVER, Cash Pooling: gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 6/2005, 705 ff.; BÖCKLI PETER, Haftung des Verwaltungsrates für Steuern, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, SSHW 87, Zürich 1986 (*zitiert*: BÖCKLI, Steuern); DERS., Insiderstrafrecht und Verantwortung des Verwaltungsrates, SSHW 120, Zürich 1989 (*zitiert*: BÖCKLI, Insiderstrafrecht); DERS., Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009 (*zitiert*: BÖCKLI, Aktienrecht); DERS., Die Schweizer Verwaltungsräte zwischen Hammer und Amboss, SJZ 106/2010, 1 ff. (*zitiert*: BÖCKLI, Verwaltungsrat); BRUGGER DANIEL/VON DER CRONE HANS CASPAR, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, SZW 2013, 178 ff.; DOMENICONI ALEX/VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates bei der Delegation der Geschäftsführung, SZW 5/2008, 512; DRUEY JEAN NICOLAS, Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SZNA 5, Zürich 1994 (*zitiert*: DRUEY, Verantwortlichkeit); DERS., Interessenskonflikte, in: Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Bern 2006 (*zitiert*: DRUEY, Interessenskonflikte); DUBS DIETER, Der Genehmigungsbeschluss als neuartige Kompetenz-Kompetenz der Aktionäre gemäss Art. 627 Ziffer 14 E-OR, SZW 2/2008, 159 ff.; DÜRR ROGER, Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 Abs. 2 OR im System der unrechtmässigen Vermögensverlagerungen, Zürich/Basel/Genf 2005; FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987; FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996; FORSTMOSER PETER/SPRECHER THOMAS/TÖNDURY GIAN ANDRI, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Risiken und ihre Minimierung, Zürich/Basel/Genf 2005; GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, SSPHW 45, Bern 1996 (*zitiert*: GLANZMANN, Darlehensvertrag); DERS., Konzern-Kreditfinanzierungen aus Sicht der kreditgebenden Bank, SZW 3/2011, 229 ff. (*zitiert*: GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierung); GROSS KURT J., Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, SKSR 33, Zürich 1990; HALLER MAX, Organhaftung und Versicherung, Zürich/St. Gallen 2008; HANDSCHIN LUKAS, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Sanierungsfall, BJBV 136, 433 ff.; HERRMANN RÜDIGER, Funktion, Kontrolle und Haftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften in Deutschland, der Schweiz, Australien und den USA, Wiesbaden 1995; HÄUSERMANN MARKUS, Scharfe Kausalhaftung, Die neue Tragweite von Art. 52 AHVG unter revidiertem SchKG, Insolvenz und Wirtschaftsrecht 4/1998, 135 ff.; HOMBURGER ERIC, Der Verwaltungsrat, Zürcher Kommentar zu den Art. 707–726 OR, Zürich 1997; HÜTTE KLAUS, Besondere Risiken aufgrund des revidierten Aktienrechts im Blickwinkel der Schadenerledigung, in: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung nach neuem Aktienrecht, Freiburg 1993 (*zitiert*: HÜTTE, Risiken); DERS., Die Risiken des Verwaltungsrates aus der Sicht der Versicherung, in: Die Haftung des Verwaltungsrates, SSHW 87, Zürich 1986 (*zitiert*: HÜTTE, Versicherung); JÖRG FLORIAN S., Das Mitglied des Verwaltungsrates als Superman? Pflichten und Tipps, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht II, 2. Tagungsband, Bern 2007; KELLER SUSANNE, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – Bedeutung und Entwicklung von zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte, Jusletter 24. Oktober 2011; KIESER UELI, Der Verwaltungsrat im Sozialversicherungsrecht, SZW 2006, 181 ff.; KUNZ PETER V., Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, BBSW 7, Bern 1993; DERS., Wann haftet der Verwaltungsrat für verlorene Prozesse? Jusletter 3. Juni 2013; LAZOPOULOS MICHAEL, Massnahmen zur Bewältigung von Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, AJP 2/2006, 137 ff.; LUTERBACHER THIERRY, Haftung von Organpersonen und Versicherungsmöglichkeiten, in: Verantwortlichkeits-, Zivilprozess- und Versicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2012, 49 ff.; MAGRO ENRICO, Interessensvertretung des Gemeinwesens im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft unter Berücksichtigung anderer Körperschaftsformen, Zürich 1999; MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012; MÜLLER ROLAND, HR-Committees: Bedeutung von Nominierungs- und Entscheidungsausschüssen auf Stufe Verwaltungsrat, AJP 3/2013, 1 ff.; DERS., Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich 2005 (*zitiert*: MÜLLER, VR als Arbeitnehmer); MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der

Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, 4. Aufl., Zürich 2014; MÜLLER ROLAND/THALMANN PHILIPP, Stellvertretung und Rechtsvertretung im Verwaltungsrat, REPRAX 2/11, 2 ff.; MÜLLER THOMAS FRIEDRICH, Der Schutz der Aktiengesellschaften vor unzulässigen Kapitalentnahmen, BBSW 11, Bern 1997 (*zitiert*: MÜLLER, Unzulässige Kapitalentnahmen); NIKITINE ALEXANDER, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 745 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Zürich/St. Gallen 2007; NUSSBAUMER THOMAS, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, AJP 1996, 1076 ff.; PFEIFER MICHAEL, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats, AJP 1/2009, 12 ff.; PLÜSS ADRIAN, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, SSHW 130, Zürich 1990; SCHEDLER KUNO/MÜLLER ROLAND/SONDEREGGER ROGER, Führung, Steuerung und Aufsicht von öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., Bern 2011; SENN DOROTHEA, Die Haftung des Verwaltungsrates bei der Sanierung der AG, Zürich 2001; SPRÜNGLI LUZIUS R., Die neue Rolle des Verwaltungsrates, Bern 1991; STEININGER THOMAS ALEXANDER, Interessenskonflikte des Verwaltungsrates, Zürich/Basel/Genf 2011; STOFFEL WALTER A., Klagen und Einreden in der Organverantwortlichkeit, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SZNA 5, Zürich 1994; TRAUTMANN MATTHIAS/VON DER CRONE HANS CASPAR, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, SZW 5/2012, 461 ff.; VISCHER MARKUS, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, 563 ff.; VOGT HANS-UELI/BÄNZIGER MICHAEL, Das Bundesgericht anerkennt die Business Judgment Rule als Grundsatz des schweizerischen Aktienrechts, GesKR 2012, 607 ff.; VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H., Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich 2011; VON DER CRONE HANS CASPAR, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 1/1994, 1 ff. (*zitiert*: VON DER CRONE, Interessenkonflikte); DERS., Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 1/2006, 2 ff. (*zitiert*: VON DER CRONE, Haftungsbeschränkung); VON DER CRONE HANS CASPAR/CARBONARA ANTONIO/HUNZIKER SILVIA, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR 2008, Beiheft 43; VON DER CRONE HANS CASPAR/JENTSCH VALENTIN, Aktuelle Entwicklungen in der Vergütungslandschaft des Finanzplatzes Schweiz, SZW 5/12, 377; WALDBURGER MARTIN, Die Gleichbehandlung von Mitgliedern des Verwaltungsrates, Bern/Stuttgart/Wien 2002; WATTER ROLF/PÖSCHEL INES, Neinsager und Nichtstimmer: ihre aktienrechtliche Verantwortlichkeit, GesKR 1/2011, 14 ff.; WIEGAND WOLFGANG, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993; WUNDERER FELIX ROLF, Der Verwaltungsrats-Präsident, SSHW 163, Zürich 1995.

Materialien

Botschaft des Bundesrates vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 II 745.

I. Problemübersicht

1. Statistischer Überblick über die Verantwortlichkeitsklagen

- 21.1 Die Thematik der Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten hat insbesondere nach der Finanzkrise noch weiter an Bedeutung zugenommen. Für die Verluste in Millionen- und Milliardenhöhe werden Verantwortliche gesucht und mit Verwaltungsräten und Revisionsstellen vermeintlich schnell gefunden. Jährlich werden derzeit ca. 1500 Verwaltungsräte mit verantwortlichkeitsrechtlichen Forderungen konfrontiert¹. Die Klagen aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit kommen dabei nur selten vor, solange die Aktiengesellschaft noch aufrecht steht. Fällt dagegen die Gesellschaft in den Konkurs, so steht die Möglichkeit, bei den Mitgliedern des Verwal-

¹ KELLER, Einleitung und Rz 25.

tungsrates den Ersatz des Schadens einzuklagen, auf dem Prüfstand². Gemäss einer Studie aus dem Jahre 2011 werden im Durchschnitt jährlich 21 neue Verantwortlichkeitsklagen bei der 1. Instanz, 9–10 bei der 2. Instanz oder beim Handelsgericht und 3–4 Fälle beim Bundesgericht anhängig gemacht³. Diese geringe Anzahl darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gefahr von Verantwortlichkeitsklagen dennoch erheblich ist. Ein grosser Teil der Fälle, schätzungsweise 200–400, werden vorprozessual erledigt⁴. Hinzu kommen zusätzlich jährlich 1250–1300 sozialversicherungsrechtliche Klagen gegen Organe von Gesellschaften wegen nicht bezahlten Sozialversicherungsbeiträgen (insb. AHV- und PK-Beiträge)⁵.

Bei den analysierten Urteilen betreffend Verantwortlichkeitsklagen ist in rund 25 % aller Fälle eine teilweise Gutheissung ergangen, während 23.5 % aller Fälle abgewiesen und 38.5 % mittels Vergleich erledigt wurden⁶. Bezüglich der Klagegründe bildet die Pflichtwidrigkeit der Organtätigkeit eine vergleichsweise kleine Kategorie. Dabei stehen regelmässig die allgemeine Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) sowie weitere Normen mit unbestimmten Rechtsbegriffen im Vordergrund. Relativ häufig tauchen Klagen im Zusammenhang mit der begründeten Besorgnis der Überschuldung auf⁷. So betreffen 36.4 % der Klagen vor 2. Instanz und 47 % vor Bundesgericht die Überschuldung⁸. **21.2**

Um den zivilrechtlichen Risiken aus Verantwortlichkeitsklagen zu entgehen, werden immer öfter Organhaftpflichtversicherungen bzw. Director's and Officer's Insurances (D&O-Versicherungen) abgeschlossen. Ein weit verbreiteter Trugschluss ist allerdings die Annahme, dass mit einer D&O-Versicherung keine Haftungsgefahr mehr für die Organe der Gesellschaft bestehe. Tatsächlich sind insbesondere strafrechtliche Tatbestände niemals gedeckt und auch für steuerliche oder sozialversicherungsrechtliche Forderungen besteht keine Deckung. Dabei sind gerade die zuletzt genannten Haftungstatbestände besonders häufig. Die unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates ist deshalb auch beim Bestehen einer D&O-Versicherung unbedingt zu vermeiden. Um dieser Forderung nachzukommen, sollte jeder Verwaltungsrat seine Aufgaben kennen, die sich insbesondere aus Art. 716a und 717 OR ableiten lassen; in der Checkliste hinten Rz 21.117 ff. werden die Aufgaben konkret aufgelistet. **21.3**

2. Business Judgment Rule als Grundlage

Die Mehrheit aller Verantwortlichkeitsklagen betreffen die begründete Besorgnis der Überschuldung resp. die Entscheide des Verwaltungsrates in Sanierungssituationen. Doch Entscheide, zu welchem Zeitpunkt welche Sanierungsmassnahmen zu treffen sind oder wann und in welcher Form die Bilanz konkret zu deponieren ist, unterliegen einem gewissen Ermessenspielraum des Verwaltungsrates. Das Bundesgericht hält **21.4**

2 FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, 105.

3 KELLER, Rz 6.

4 KELLER, Rz 14 mit Hinweis auf eine Schätzung von THERRY LUTERBACHER aus dem Jahre 2003.

5 KELLER, Rz 14.

6 KELLER, Rz 8.

7 VON DER CRONE, Haftungsbeschränkung, Fn 29.

8 KELLER, Rz 11 f.

diesbezüglich fest, dass sich die Gerichte bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen hätten⁹. Die Business Judgment Rule¹⁰ konkretisiert dabei die Sorgfaltspflicht der Verwaltungsräte und anderer beteiligter Personen, um damit diejenigen Geschäftsführungsentscheide, welche sich im Nachhinein als Fehlentscheide entpuppen, von den eigentlichen Pflichtverletzungen abzugrenzen¹¹. Der Business Judgment Rule folgend ist ein Geschäftsentscheid dann sorgfältig, wenn er von unbefangenen Organpersonen, gestützt auf genügend Informationen und unter Berücksichtigung von Alternativszenarien getroffen wurde¹². Ausgangspunkt bildet dabei die Tatsache, dass die Hauptaufgabe der mit der Geschäftsführung betrauten Personen darin besteht, auf Basis unvollständiger Information Risiken und Chancen in Geschäftserfolg umzuwandeln¹³. Unternehmerische Tätigkeit kann demzufolge nicht ohne Wagnisfreiräume auskommen, was bei Haftungsfragen berücksichtigt werden muss¹⁴. Aus der Eigenart der Geschäftsentscheide als risikobehaftete Ermessensentscheide folgt auch die zurückhaltende Überprüfung durch die Gerichte. Denn die konkreten Umstände eines Geschäftsentscheids sowie die Informationsbeschaffung zuvor lassen sich im Nachhinein bestenfalls bruchstückartig rekonstruieren¹⁵. Zudem besteht die Gefahr, dass die Richter dem sog. Rücksachfehler (*«hindsight bias»*)¹⁶ unterliegen und im Allgemeinen wenig qualifiziert sind, komplexe geschäftliche Ermessensentscheide zu überprüfen¹⁷. Die zurückhaltende Überprüfung der Geschäftsentscheide durch die Gerichte resultiert im Schutz des Geschäftsführungsermessens. Ob ein Verwaltungsratsmandat sorgfältig geführt wurde oder nicht, muss deshalb auf der Grundlage der Business Judgment Rule überprüft werden.

- 21.5** Trotz der offensichtlichen Haftungsproblematik üben weiterhin auch sehr viele Rechtsanwälte die Funktion eines Verwaltungsrates aus; das vorliegende Kapitel dürfte deshalb nicht nur jene Anwälte interessieren, welche einen Verantwortlichkeitsprozess gegen Gesellschaftsorgane anheben wollen, sondern auch jene, die selbst als Verwaltungsräte tätig sind oder solche beraten. Im Übrigen ist es durchaus verständlich, dass viele Rechtsanwälte ein Verwaltungsratsmandat ausüben. Denn einerseits werden Verwaltungsratsmandate heute in der Regel angemessen finanziell entschädigt und andererseits zwingen die unaufhaltsame Gesetzesflut bzw. der gesteigerte Formalismus die Aktiengesellschaften zur Wahl eines Juristen als Mitglied oder als Sekretär des Verwaltungsrats.

9 BGer 4A_74/2012 vom 18. Juni 2012, E. 5.1.

10 Zum Begriff und zur Entwicklung in der Schweiz mit Hinblick auf den massgebenden BGE 139 III 24; vgl. BRUGGER/VON DER CRONE, 182 f.

11 Von der CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 46.

12 FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, 57; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 47.

13 VOGT/BÄNZIGER, 611; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 46 f.; NIKITINE, 112 ff.

14 FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, 57.

15 Vgl. VOGT/BÄNZIGER, 612.

16 VOGT/BÄNZIGER, 612; NIKITINE, 119: Der Rückschaufehler beschreibt die Gefahr, dass die Richter nach Kenntnis des schädigenden Verlaufs leicht annehmen könnten, man hätte denselben voraussehen können (in der Rückschau wird vieles vorhersehbar).

17 VOGT/BÄNZIGER, 612; NIKITINE, 118.

II. Merkmale und Erscheinungsformen

1. Überblick

Die *Erscheinungsformen* der Haftung aus unsorgfältiger Führung eines Verwaltungsratsmandates sind vielfältig, zumal nicht nur zivilrechtliche, sondern auch verwaltungs- und strafrechtliche Aspekte zu berücksichtigen sind¹⁸. Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, einen konkreten Katalog von Sorgfaltspflichten aufzustellen. Stattdessen hat er in Art. 716a OR die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates aufgelistet und in Art. 717 OR die allgemeine Sorgfaltspflicht vorgegeben. 21.6

Die Praxis der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit zeigt, dass es sich grundsätzlich um eine *sehr komplexe Haftungsmaterie* handelt. Aufgrund der grossen Bandbreite möglicher Pflichtverletzungen durch Verwaltungsräte und der immensen Komplexität der Rechtsbeziehungen einer Aktiengesellschaft ist die Sachverhaltsermittlung in der Praxis oft mit sehr viel Aufwand verbunden¹⁹. 21.7

Ein besonderes *Merkmal* der Ansprüche aus unsorgfältiger Führung eines Verwaltungsratsmandates ist die *grosse Zeitspanne*, innert welcher Forderungen entstehen und geltend gemacht werden können. Tatsächlich können Handlungen bzw. Unterlassungen in allen drei Phasen einer Gesellschaft, d.h. bei der Gründung, beim Wachstum und bei der Liquidation zu haftpflichtrechtlichen Problemen führen. Zudem beträgt die zivilrechtliche Verjährungsfrist absolut zehn Jahre gemäss Art. 127 OR; die Löschung im Handelsregister ist demnach nicht gleichzusetzen mit dem Ende der Verantwortlichkeit. Nachfolgend werden deshalb die möglichen Haftungsfälle chronologisch nach den drei Phasen einer Gesellschaft vorgestellt. 21.8

2. Gründungs- und Startphase

Während der *Gründungs- und Startphase* der Gesellschaft hat der Verwaltungsrat (ebenso wie die übrigen mit der Gründung befassten Personen) die Vorschriften im Zusammenhang mit der Errichtung und der Entstehung der Gesellschaft strikte zu befolgen²⁰. Das Gesetz sanktioniert solches Fehlverhalten mit der Prospekt- und Gründungshaftung²¹. 21.9

18 So bezeichnet bspw. der Insidertatbestand von Art. 161 StGB als mögliche Täter vorab die Mitglieder des Verwaltungsrates, gelten diese doch als Vertrauensträger der Gesellschaft (BÖCKLI, Insiderstrafrecht, 35 f.).

19 Als Beispiel sei an dieser Stelle die Unterlassung der Überschuldungsanzeige angefügt: So verursacht in der Praxis die Ermittlung des effektiven Schadens erhebliche Probleme. Wird eine Überschuldung zu einem früheren Zeitpunkt behauptet, besteht der Schaden «einfach in den zwischen den beiden Zeitpunkten entstandenen und aus der Erfolgsrechnung öfters einigermassen ablesbaren Verlusten» (DRUEY, Verantwortlichkeit, 47). Konkret ist diese Differenz indessen sehr schwierig zu errechnen, da bspw. in der Bewertung der vorhandenen Aktiven zu den beiden Zeitpunkten erheblicher Ermessensspielraum besteht.

20 Zu den Begriffen vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, 92; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 355 ff.

21 Art. 752 und 753 OR.

a) *Prospekthaftung*

- 21.10** Gemäss Art. 752 OR haftet jeder, der absichtlich oder fahrlässig dabei mitgewirkt hat, dass bei der Ausgabe von Aktien oder Obligationen oder anderen Titeln ein Erwerber geschädigt wurde, weil in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben gemacht oder verbreitet wurden. Diese Haftung trifft insbesondere auch den Verwaltungsrat, der sein VR-Mandat unsorgfältig führt und damit eine Verletzung von Art. 717 Abs. 1 OR begeht. Die Sorgfaltspflichtverletzung gehört dabei zur Rechtswidrigkeit und nicht zum Verschulden²². Es gilt ein objektivierter Sorgfaltsbegriff. Dieser richtet sich nach den im Verkehr für die betreffende Tätigkeit vorausgesetzten Fähigkeiten; das Verhalten wird verglichen mit demjenigen, das billigerweise von einer abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden kann²³. Wenn ein VR-Mitglied nicht über die notwendigen Kenntnisse im Zusammenhang mit der Gestaltung und Formulierung eines Prospektes hat, dann muss er sich entsprechend fachkundig beraten lassen.
- 21.11** Von der Prospekthaftung werden sämtliche im Zuge der Emission gemachten Mitteilungen erfasst, also auch Inserate, Kurzprospekte, Werbeschreiben, Werbespots, Websites und massenweise versandte E-Mails²⁴. Dies gilt unabhängig davon, ob die Ausgabe im Zusammenhang mit einer Gesellschaftsgründung oder einer Kapitalerhöhung erfolgt. Ausgenommen von der Haftung sind mündliche Angaben, welche individuell an einzelne Erwerber gerichtet wurden. Die Prospekthaftung erstreckt sich auch auf prospektähnliche Dokumente, welche ohne gesetzliche Notwendigkeit im Rahmen einer Privatplatzierung erstellt wurden²⁵. Nicht unter die Prospekthaftung fällt die Veräusserung von bereits ausgegebenen Aktien, solange der Gesellschaft selbst keine Erträge zufließen²⁶. Werden dagegen eigene Aktien verkauft und dazu Angaben im Sinne eines Prospektes gemacht (sog. Placement Memorandum), so muss sich der Verwaltungsrat der Verantwortung nach Art. 752 OR bewusst sein²⁷.
- 21.12** Die Prospekthaftung kann konkurrierend neben der Gründungshaftung nach Art. 753 OR, der Verwaltungsratshaftung nach Art. 754 OR oder der Unerlaubten Handlung nach Art. 41 OR geltend gemacht werden²⁸. Zu beachten sind gegebenenfalls zudem die Straftatbestände der unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe nach Art. 152 StGB, des Betruges nach Art. 146 StGB oder der Falschbeurkundung nach Art. 251 StGB²⁹.

22 Die Prospekthaftung ist damit als Spezialklausel zu Art. 41 ff. OR zu verstehen (MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 355).

23 BGE 132 III 715.

24 CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 752 OR N 12; vgl. auch MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 296.

25 BGE 120 IV 122 E. 4d/bb.

26 Sog. «secondary placement»; in diesem Sinne jedenfalls BSK OR II-WATTER, Art. 752 N 3. Bei solchen Einzelverkäufen lassen sich nach Ansicht des Kantonsgerichts St.Gallen zudem die Offertangaben leicht überprüfen (St. Gallische Gerichts- und Verwaltungsratspraxis 1987, Nr. 36, kommentiert in MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 356).

27 Ebenso CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 752 OR N 12.

28 CHK-BINDER/ROBERTO, Art. 752 OR N 24.

29 Zu den einzelnen Klagevoraussetzungen vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 357 ff.

b) *Gründungshaftung*

aa) Haftung bei ordentlicher Gründung

Gemäss Art. 753 OR unterliegen der Gründungshaftung alle Gründer, Verwaltungsratsmitglieder und alle Personen, die bei der Gründung oder Kapitalerhöhung mitwirken. Der Gründungshaftung unterstehen dementsprechend alle natürlichen und juristischen Personen, welche in irgendeiner Form an der Gründung oder Kapitalerhöhung beteiligt waren³⁰. Dazu gehören neben den Gründungsaktionären bzw. den Aktionären im Zeitpunkt der Kapitalerhöhung die fiduziarischen Aktionäre, die Auftrags- und Vollmachtgeber im Hintergrund, die Mitglieder des Verwaltungsrates im Zeitpunkt der Gründung oder der Kapitalerhöhung, die betreuenden Treuhänder, Rechtsanwälte und andere Berater, die Darlehensgeber, die in Kenntnis der rechtswidrigen Zweckbestimmung kurzfristig ein Darlehen gewähren³¹, beteiligte Urkundspersonen und Handelsregisterführer sowie die Bank als Einzahlungsstelle³². Aktivlegitimiert sind dagegen die Gesellschaft, die Aktionäre, die Gesellschaftsgläubiger und Partizipanten. Den Gründern stehen demzufolge keine Ansprüche zu³³. **21.13**

Typische Beispiele unsorgfältigen Handelns während der Gründungs- und Startphase sind Falschbewertungen von Sacheinlagen und Sachübernahmen in den Statuten oder im Gründungs- resp. Kapitalerhöhungsbericht, unkorrekte Deklaration von besonderen Vorteilen zu Gunsten von Aktionären oder anderen Personen, Verschweigen oder Verschleiern von Sachübernahmen oder besonderen Vorteilen zu Gunsten von Aktionären oder anderen Personen (sodass keine Prüfung erfolgt), Veranlassung der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister aufgrund unrichtiger Angaben oder Gesetzesverstösse bei der Genehmigung einer qualifizierten Gründungs- oder Kapitalerhöhung (Errichtungsakt bzw. Generalversammlungs- und Verwaltungsratsbeschlüsse)³⁴. **21.14**

bb) Haftung bei Vorrats- und Mantelgesellschaften

Die Vorratsgesellschaft wird dadurch qualifiziert, dass bereits bei der Gründung beabsichtigt wird, vorerst gar keine Geschäftstätigkeit auszuüben³⁵. Vielmehr erfolgt die Gründung entweder nur deswegen, um bei einer allfälligen Notwendigkeit möglichst rasch über die Hülle bzw. den Mantel einer AG zu verfügen³⁶ oder um die Firma für eine neue Gesellschaft vorsorglich zu sichern. Solche Gesellschaften werden deshalb auch als Mantelgesellschaften im weiteren Sinne bezeichnet³⁷. Daneben gibt es die Mantelgesellschaften im eigentlichen Sinn, welche durch Umwandlung einer ursprünglich ordentlich gegründeten Gesellschaft entstehen, indem **21.15**

30 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 365; BÄRTSCHI, 112.

31 BGE 76 II 317.

32 Vgl. Aufzählung in MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 365; BÄRTSCHI, 112.

33 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 365; BÄRTSCHI, 143.

34 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 364.

35 In der Praxis wird gemäss VISCHER, 564, von «Unternehmungslosigkeit» gesprochen.

36 Deshalb auch die Bezeichnung «auf Vorrat gründen»; vgl. VISCHER, 564.

37 VISCHER, 563 f.

jegliche Geschäftstätigkeit aufgegeben wird, ohne jedoch eine Liquidation durchzuführen (sog. stille Liquidation)³⁸. Das Bundesgericht definiert die Mantelgesellschaft in ständiger Rechtsprechung als «eine wirtschaftlich vollständig liquidierte und von den Beteiligten aufgegeben, juristisch aber noch nicht aufgelöste Gesellschaft»³⁹. In beiden Fällen wird mindestens ein Verwaltungsratsmitglied benötigt, welches trotz fehlender Geschäftstätigkeit Haftungsrisiken ausgesetzt ist.

- 21.16** So wie rechtmässig Vorratsaktien ausgegeben werden dürfen⁴⁰, können auch Vorratsgesellschaften legal gegründet werden. Allerdings geniessen diese nur einen eingeschränkten Firmenrechtsschutz⁴¹. Da keine Geschäftstätigkeit erfolgt, erachtet das Bundesgericht dies als «unwahre und zu Täuschungen Anlass gebende Firma», der kein Schutz zustehe⁴². Bei Aktivierungen der Gründungskosten ist deshalb Vorsicht geboten. Eine sorgfältige Mandatsführung gebietet in solchen Fällen die sofortige Abschreibung der Gründungskosten, denn allenfalls muss die Firma bei einer entsprechenden Klage geändert werden.
- 21.17** Problematisch sind Vorratsgründungen für die eingetragenen Verwaltungsräte insbesondere dann, wenn das zur Gründung einbezahlte Aktienkapital den einzahlenden Personen wieder rückerstattet wird und in den Büchern nur noch eine Darlehensforderung gegen die Aktionäre geführt wird. Dies entspricht einer unerlaubten Rückerstattung des Aktienkapitals, wozu unten Rz 21.21 näher eingegangen wird.
- 21.18** Solange eine Mantelgesellschaft über die notwendigen Organe verfügt und ihrer Steuerpflicht nachkommt, ist sie nicht rechtswidrig, selbst wenn ihr jegliche Geschäftstätigkeit fehlt; denn es gibt keine Pflicht der AG zum Tätigwerden⁴³. Problematisch ist dagegen der eigentliche Mantelhandel, bei dem sämtliche Aktien einer stillstehenden bzw. still liquidierten Gesellschaft den Eigentümer wechseln. Meist haben die Organe von solchen Gesellschaften Verletzungen gesellschaftsrechtlicher Vorschriften begangen, die nicht korrigierbar sind und die zu nicht beseitigbaren «Altlasten» und zu nicht vermeidbaren weiteren Verletzungen gesellschaftsrechtlicher Vorschriften nachfolgender Organe führen. Es sind zudem nicht nur das Zivil- (und Straf-)recht, sondern auch das Steuerrecht zu berücksichtigen, in welchem Bereich bei einer vom Steuerrecht als Mantelhandel qualifizierten Transaktion gravierende Steuerfolgen für die betroffene Gesellschaft und die Organe zu vergegenwärtigen sind⁴⁴.
- 21.19** Wie die unsorgfältige Führung eines VR-Mandates im Zusammenhang mit einem Mantelhandel zu persönlichen Steuerkonsequenzen für den betroffenen Verwaltungs-

38 VISCHER, 563 f.

39 BGE 123 III 473 E. 5c, unter Hinweis auf 55 I 134 ff.; 64 II 361 E. 1; BGer vom 4. September 1989, E. 1b, SJ 1990, 108; s. auch BGer 4C_19/2001 vom 25. Mai 2001, E. 2.

40 Vgl. dazu ausführlich BÖCKLI, Aktienrecht § 4 N 397 ff.

41 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, 209.

42 BGE 93 II 256, 259 E. 2.

43 VISCHER, 564 mit weiteren Hinweisen zu Literatur und Judikatur.

44 VISCHER, 572, mit Verweis auf BVGer A-7760/2009 vom 20. Dezember 2012 betreffend Verrechnungs- und Stempelsteuer.

rat führen kann, zeigt eindrücklich BGer 2C_566/2010 vom 5. Januar 2011. X war Alleinaktionär der Y. AG mit einem AK von CHF 100 000, wovon 50 % liberiert waren. 2002 verkaufte X. alle Aktien an die deutschen Staatsangehörigen B. und C. zum Preis von CHF 12 000 unter gleichzeitiger Zession des Aktionärsdarlehens über CHF 160 000. 2006 trat der einzige VR D. zurück. Mangels Organen wurde die Y. AG im Januar 2007 aufgelöst. Die Eidg. Steuerverwaltung betrachtete die Veräusserung als Mantelhandel und verfügte im April 2007 eine Verrechnungssteuer in der Höhe von rund CHF 40 000, solidarisch zu bezahlen durch die Y. AG und X. als Liquidator. Berechnet wurde die Steuer mit 35 % vom Liquidationsüberschuss (Reinvermögen entsprechend Darlehen abzüglich liberiertes AK). Eine Beschwerde von X. und der Y. AG wurden durch das Bundesverwaltungsgericht abgewiesen. Der Mantelhandel sei unbestritten, da die Gesellschaft faktisch bereits vor dem Kauf liquidiert worden ist (Stilllegung bedeutet Liquidation, wenn keine Reaktivierung erfolgt!). Für die Verrechnungssteuer haften die Liquidatoren und die Gesellschaft solidarisch. Liquidatoren sind dabei diejenigen Personen, welche die Stilllegung beschlossen und durchführten, unabhängig vom Zeitpunkt des Handelsregister-Eintrages. Folglich kann dies auch ein VR-Mitglied sein, das der Aufgabe der Geschäftstätigkeit zugestimmt hat.

3. Wachstumsphase

a) Haftung aus Verwaltung und Geschäftsführung

Zentrale Haftungsgrundlage im Falle einer unsorgfältigen Mandatsführung als VR ist Art. 754 OR. Danach sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Nach dem Gesetzeswortlaut genügt klar eine leichte Fahrlässigkeit, um zivilrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden⁴⁵. Die Rechtsprechung geht dabei von einem objektivierten Verschuldensmassstab aus; danach ist diejenige Sorgfalt zu erwarten, die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde⁴⁶. Der Hinweis auf mangelnde Fähigkeiten (sog. Übernahmeverschulden) oder der Nachweis, die gleiche Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten angewendet zu haben, vermag den haftungsbegründenden Vorwurf der mangelnden Sorgfalt nicht zu entkräften⁴⁷. 21.20

b) Rückerstattung von Aktienkapital

Auch die zweite Phase, die eigentliche *Wachstumsphase* erweist sich in der Praxis als Fallgrube möglicher Unsorgfältigkeiten. Immer wieder lassen sich Verwaltungsräte dazu überreden, einen Teil des Gesellschaftskapitals an die Aktionäre zurückzuge- 21.21

45 Ebenso von Büren/Stoffel/Weber, Rz 1244.

46 BGE 112 II 172, 180 E. 2c.

47 VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Rz 1248 mit Hinweis auf BGE 122 III 195 und 99 II 176 ff.

ben, solange es noch nicht benötigt wird. Dabei handelt es sich jedoch um eine unzulässige Rückerstattung von Aktienkapital⁴⁸. Eine solche liegt auch dann vor, wenn ein Aktionär für die Liberierung der von ihm gezeichneten Aktien ein kurzfristiges Darlehen aufnimmt und ihm die Gesellschaft den Betrag wieder zur Verfügung stellt, damit er das Darlehen zurückzahlen kann⁴⁹. Genauso problematisch wird die Situation aber, wenn das ursprüngliche Aktienkapital nicht mehr ausreicht, um die Wachstumsphase ausreichend zu finanzieren. Überschuldung und Illiquidität sind dann drohende Fallstricke.

c) *Downstream-, upstream- und cross-stream-Struktur im Konzernverhältnis*

- 21.22** Im Konzernverhältnis bieten sich diverse Finanzierungsmöglichkeiten, welche finanzielle Vorteile für den Konzern generieren. So kann bei einer Konzern-Aussenfinanzierung der Konzern als Einheit auftreten und daraus folgend zu besseren Konditionen verhandeln. Bei der Konzern-Innenfinanzierung kann die überschüssige Liquidität jenen Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellt werden, welche einen Finanzierungsbedarf aufweisen. Bei einer *downstream*-Struktur erbringt die Muttergesellschaft eine Leistung zu Gunsten der Tochtergesellschaft oder aber eine Drittsicherheit zu Gunsten der Bank, welche wiederum der Tochtergesellschaft einen Kredit gewährt. Bei einer *upstream*-Struktur erbringt die Tochtergesellschaft eine Leistung zu Gunsten der Muttergesellschaft, wiederum in Form eines Darlehens oder einer Drittsicherheit. Bei der *cross-stream*-Struktur erbringt die Tochtergesellschaft im selben Muster eine Leistung zu Gunsten der Schwestergesellschaft⁵⁰.
- 21.23** Konzern-Innenfinanzierungen basieren meist auf einem Cash Pool, worunter generell das Zusammenführen der Liquiditäten verschiedener Konzerngesellschaften verstanden wird⁵¹. Das Cash Pooling kann in einer realen Form (sog. «Zero Balancing») erfolgen durch tatsächliche Übertragung von finanziellen Mitteln auf ein zentrales Konto, welches auf die herrschende Gesellschaft oder eine Management-Gesellschaft lautet. Möglich ist aber auch eine virtuelle Form (sog. «Notional Pooling»), wobei die Saldi der einzelnen Bankkonten lediglich rechnerisch zusammen erfasst und etwa Bankzinsen auf dem Totalbetrag der Saldi berechnet werden⁵². Diverse Firmenpleiten in jüngerer Zeit, insbesondere der Fall Erb⁵³, haben gezeigt, dass in der Schweiz ein Cash Pooling im Konzern zu erheblichen Problemen für die Verwaltungsräte von Tochtergesellschaften führen kann. Das Fehlen eines schweizerischen Konzernrechts verschärft diese Problematik. Trotz zahlreicher Publikationen zu diesem Thema herrscht bei den betroffenen Verwaltungsräten Unsicherheit über die Zulässigkeit und Konsequenzen eines Cash Poolings. Auch wenn mehrere Gesellschaften zu einer Gruppe zusammengeschlossen sind und von

48 Abgeleitet aus Art. 680 Abs. 2 OR.

49 BGE 109 II 128 E. 2; vgl. auch DÜRR, 60 ff.; GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierung, 242 f.

50 GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierung, 231.

51 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 689.

52 Dazu weiterführend BLUM, 705 ff.

53 Dokumentarische Beschreibung des Historikers BUOMBERGER THOMAS, Die Erb-Pleite, Zürich 2005.

einer Holdinggesellschaft aus als Konzern geleitet werden, müssen die Organe der einzelnen Tochtergesellschaften ihre Aufgaben grundsätzlich so erfüllen, wie wenn die Tochtergesellschaften nicht in einem Konzern eingebunden wären.

Bei Konzernfinanzierungen stellen sich zahlreiche rechtliche Probleme. So müssen die Finanzierungen innerhalb des Konzerns Drittbedingungen entsprechen, weil sonst verdeckte Vermögensumlagerungen zu Bevorzugungen oder Benachteiligungen verschiedenster Anspruchsgruppen führen könnten⁵⁴. Zudem muss die finanzielle Leistung an die jeweilige Gesellschaft dem Gesellschaftszweck entsprechen und im Rahmen der Kapitalschutzvorschriften zulässig sein. Rechtliche Fragen stellen sich auch im Zusammenhang mit der Vertretungsbefugnis bei Interessenkonflikten, beispielsweise bei In-sich-Geschäften. Ein solcher Fall liegt vor, wenn eine Konzerntochter einer Schwestergesellschaft im gleichen Konzern ein Darlehen ohne Sicherheit gewährt und beide Gesellschaften von den gleichen Organen vertreten werden. Problematisch bei *upstream*- oder *cross-stream*-Leistungen ist, wenn der Verwaltungsrat der leistenden Gesellschaft eine entsprechende Weisung der empfangenden Gesellschaft erhalten hat, da der Verwaltungsrat einerseits die Weisung einer Konzernobergesellschaft zu beachten und andererseits die Interessen der leistenden Gesellschaft zu wahren hat⁵⁵. Vorsicht ist auch geboten, wenn die Organe einem statutarischen Genehmigungsvorbehalt unterliegen. Im Konzernverhältnis können sich demzufolge für den Verwaltungsrat zahlreiche verantwortlichkeitsrelevante Tatbestände ergeben, weshalb mit besonderer Vorsicht vorzugehen ist. Unten Rz 21.125 wird deshalb eine Checkliste zur Überprüfung der Rechtmässigkeit eines Cash Poolings vorgestellt.

d) *Mitwirkungspflicht des Verwaltungsrates*

Eine verantwortlichkeitsrechtliche Haftung kann sich aus der Mitwirkungspflicht eines Verwaltungsrates ergeben, die aus Art. 717 Abs. 1 OR abzuleiten ist. So reicht es beispielsweise nicht aus, einen Beschluss bloss abzulehnen, vielmehr wird eine ausdrückliche Opposition verlangt⁵⁶. Jedem Verwaltungsrat steht das Recht auf Teilnahme an einer Sitzung sowie ein Äusserungsrecht im Sinne einer Beeinflussung des Verwaltungsratsbeschlusses zu. Es stellt sich deshalb die Frage, inwiefern nicht nur Teilnahme- und Mitwirkungsrechte, sondern auch Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrates bestehen.

Verwaltungsratssitzungen und damit Meinungsbildungen sind immer als Prozess und nicht als statischer Beschlussfassungsakt zu qualifizieren⁵⁷, weshalb WATTER/

54 Vgl. dazu ausführlich GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierung, 231 ff.

55 GLANZMANN, Konzern-Kreditfinanzierung, 239 f.: Rechtswirksamkeit erlangen solche Geschäfte nur dann, wenn die Gefahr einer Benachteiligung der Gesellschaft aufgrund der Natur des Geschäfts ausgeschlossen ist oder die Gesellschaft den Vertreter zum Geschäftsabschluss ermächtigt hat. Wenn sämtliche in eine Finanzierung eingebundene Gesellschaften zu 100 % miteinander verbunden sind, sind die Voraussetzungen für eine stillschweigende Ermächtigung resp. nachträgliche Genehmigung öfters gegeben; vgl. dazu BGE 126 III 361 E. 3a; 127 III 332 E. 2a.

56 WATTER/PÖSCHEL, 15; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 675a; BSK OR II-GERICKE/Waller, Art. 754 OR N 33.

57 ZK-HOMBURGER, Art. 717 OR N 814; WATTER/PÖSCHL, 16.

PÖSCHEL daraus eine Verpflichtung zur aktiven Prozessgestaltung eines jeden Verwaltungsratsmitgliedes ableiten⁵⁸. Dazu zählt auch die Pflicht, bei allfälligen Unklarheiten die angemessenen Massnahmen zu treffen und bei der Feststellung von Irrtümern einzuschreiten⁵⁹. Denn auch bei der Informationsbeschaffung trifft den Verwaltungsrat eine Sorgfaltspflicht⁶⁰. Unklar ist, wie weit die Mitwirkungspflicht geht, wenn das Verwaltungsratsmitglied aufgrund eines Interessenkonfliktes in den Ausstand treten muss. BÖCKLI differenziert dabei nach der Schwere des Interessenkonfliktes und setzt die zu treffende Massnahme dazu ins Verhältnis⁶¹. Von einem generellen Ausschluss von der Beratung kann nur ausgegangen werden, wenn dies ausdrücklich im Organisationsreglement des Verwaltungsrats vorgeschrieben ist⁶². Doch auch dann kann das betroffene VR-Mitglied nicht einfach untätig bleiben. Eine Stellvertretung im VR ist zwar grundsätzlich nicht möglich⁶³, doch kann der ausgeschlossene Verwaltungsrat nach der Sitzung das Protokoll studieren und sich dadurch über die Diskussion und den gefällten Entscheid informieren. Wurde ein kritischer oder allenfalls sogar rechtswidriger Entscheid gefällt, so muss der Betroffene einen Wiedererwägungsantrag stellen und gegebenenfalls sogar die Revisionsstelle informieren. Gesamthaft betrachtet wirkt sich deshalb die Mitwirkungspflicht des Verwaltungsrates haftungsbegründend auf die Stellung des Verwaltungsrates aus, wobei sich ein Verwaltungsrat nicht von vorneherein durch die Einrede der Stimmenthaltung oder dem Anschluss an die Minderheitenmeinung aus der Verantwortung ziehen kann.

e) *Interessenkonflikte von Verwaltungsratsmitgliedern*

- 21.27** Ein Interessenkonflikt entsteht, wenn eine Person als Beauftragter oder aus eigenem Antrieb die Wahrung fremder Interessen übernimmt und in dieser Funktion Entscheidungen zu treffen hat, die in potentiellm Konflikt zu eigenen oder anderer zu wahren Interessen stehen⁶⁴. Nimmt ein VR-Mitglied trotz bestehendem Interessenkonflikt an einer Entscheidungsfindung teil, ist im Weiteren zu prüfen, ob eine Treuepflichtverletzung vorliegt. Die Treuepflicht i.S.v. Art. 717 Abs. 1 OR wird nicht verletzt, wenn die Gefahr für die Benachteiligung der Gesellschaft aufgrund der Natur des Geschäfts ausgeschlossen war oder wenn ein über- oder nebengeordnetes Organ den Handelnden zum Geschäftsabschluss besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt⁶⁵. Steht ein Interessenkonflikt noch im Raum, so kann die Beseitigung des Interessenkonfliktes auf unterschiedlichen Ebenen erfolgen. So kann die

58 WATTER/PÖSCHEL, 16; vgl. auch ZK-HOMBURGER, Art. 717 OR N 814; JÖRG, 307 f.

59 BGE 97 II 403 E. 5b.

60 Vgl. VOGT/BÄNZIGER, 616 ff. zur Bedeutung der Business Judgment Rule bei der Beurteilung der Sorgfalt in der Entscheidungsfindung.

61 BÖCKLI, Aktienrecht, § 13 N 653 f.; so wird zwischen der Hinnahme eines nicht entscheidend ins Gewicht fallenden Interessenkonfliktes, einem einfachen Ausstand, einem qualifizierten Ausstand mit «Fire Wall» oder einer Wahl zwischen den beiden Interessenkreisen unterschieden.

62 In diesem Sinne die Musterklausel bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 957.

63 MÜLLER/THALMANN, 18.

64 Vgl. VON DER CRONE, Interessenkonflikte, 2; STEININGER, 24 ff.

65 BGer 4A_338/2012 vom 30. August 2012, E. 1.4.1; vgl. auch VOGT/BÄNZIGER, 619.

betroffene Person von den einschlägigen internen Prozeduren ausgeschlossen werden. Dazu sollten insbesondere im Organisationsreglement die Unvereinbarkeitstatbestände geregelt werden⁶⁶. Zudem sollten Interessenkonflikte notwendigerweise offengelegt werden⁶⁷. Es ist offensichtlich, dass die Durchsetzung der Offenlegungspflicht schwierig zu bewältigen ist, da nur der Informierende vollumfänglich orientiert ist. Wird nicht offengelegt, so kommen die Informationen meist zu spät auf den Tisch. In diesem Zusammenhang sind insbesondere Fälle zu nennen, bei denen sich der Verwaltungsrat nicht bewusst ist, dass er einem Interessenkonflikt unterliegt⁶⁸. Eine weitere Form der mittelbaren Bewältigung von Interessenkonflikten stellt ein striktes Verfahren betreffend Voten und Stimmabgaben von Personen im Interessenkonflikt dar. Eingehende Begründungen, verstärkte Überprüfung oder ein gänzlicher Ausschluss aus der Beratung kommen dabei in Frage⁶⁹. Ferner trägt eine offene Diskussions- und Fragekultur sowie eine gute Dokumentation der Verwaltungsratsbeschlüsse zur Wahrnehmung der Offenlegungspflicht bei. Die sorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates beginnt deshalb bereits bei der Festsetzung des Organisationsreglements. Dort empfiehlt sich die Formulierung folgender Vorgabe zum Ausstand:

- Alle VR- und GL-Mitglieder haben mögliche Interessenkonflikte, insbesondere Geschäfte, die sie selbst oder nahestehende natürliche oder juristische Personen betreffen, umgehend dem VR-Präsidenten mitzuteilen. Der VR-Präsident hat bei einem eigenen Interessenkonflikt den VR-Vizepräsidenten zu informieren. Gleichzeitig hat das betroffene Mitglied zu erklären, ob es freiwillig in den Ausstand tritt oder ob ein Entscheid des Gesamtverwaltungsrates gewünscht wird. Im zweiten Fall hat der Gesamtverwaltungsrat zu entscheiden, ob wirklich ein Ausstandsgrund vorliegt oder nicht. Falls es sich beim betroffenen Organ um ein VR-Mitglied handelt, hat dieses beim Entscheid über das Vorliegen eines Ausstandsgrundes kein Stimmrecht.
- Stellen VR- und/oder GL-Mitglieder fest, dass ein anderes VR- und/oder GL-Mitglied von einem möglichen Interessenkonflikt betroffen sein könnte, so haben die entsprechenden Mitglieder umgehend den VR-Präsidenten zu orientieren. Diesfalls hat der Gesamtverwaltungsrat zu entscheiden, ob wirklich ein Ausstandsgrund vorliegt oder nicht. Falls es sich beim betroffenen Organ um ein VR-Mitglied handelt, hat dieses beim Entscheid über das Vorliegen eines Ausstandsgrundes kein Stimmrecht.
- Tritt ein VR- und GL-Mitglied freiwillig oder durch Beschluss des Gesamtverwaltungsrates in den Ausstand, darf das betroffene Mitglied weder schriftlich noch mündlich zum entsprechenden Geschäft vorgängig oder nachträglich eine Stellungnahme abgeben. Bei der Behandlung und der Abstimmung in der VR- bzw. GL-Sitzung zu diesem Geschäft hat das betroffene Mitglied den Raum zu verlassen.
- Jedes VR- und GL-Mitglied hat Anspruch auf vollumfängliche Information zu einem Geschäft, zu dem es einen Entscheid fällen müsste. Dies gilt auch im Falle

66 Vgl. die Ausführungen von DRUEY, Interessenskonflikte, 72 f., zur Bewältigung von Interessenkonflikten.

67 JÖRG, 299; DRUEY, Interessenskonflikte, 74.

68 DRUEY, Interessenskonflikte, 74.

69 DRUEY, Interessenskonflikte, 74.

eines Interessenkonfliktes. Entsprechend hat auch jedes VR- und GL-Mitglied Anspruch auf ein vollständiges VR- bzw. GL-Protokoll, auch wenn es zu einzelnen Geschäften wegen einem Interessenkonflikt in den Ausstand treten musste.

- 21.28** Da ein Interessenkonflikt, der sich zum Schaden der Gesellschaft auswirkt, eine Pflichtverletzung darstellt, ist ein haftungsbegründeter Tatbestand gegeben. Denn wer sein Entscheidungsverfahren nicht so ausgestaltet, dass keine Interessenkonflikte den Geschäftsentscheid beeinflussen, kann nicht in Anspruch nehmen, den Geschäftsentscheid sorgfältig vorbereitet zu haben⁷⁰. Allerdings kann sich der Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen dem Interessenkonflikt resp. der Pflichtverletzung des Verwaltungsrates und der Schädigung der Gesellschaft unter Umständen als schwierig erweisen. Dadurch eröffnet sich dem Richter auch ein gewisser Spielraum für die richterliche Überprüfung von Geschäftsführungsentscheiden, was sich im Fall eines Fehlentscheides als substantielles Haftungsrisiko für den abhängigen Verwaltungsrat erweisen kann⁷¹.
- 21.29** Interessenkonflikte können im Besonderen auch bei entsandten Verwaltungsräten entstehen, weil sich zwischen den Interessen des Entsenders und der Wahrung der Gesellschaftsinteressen Spannungen ergeben können. Diese Organpersonen müssen die Interessen der Gesellschaft, in der sie tätig sind, und die ihres Auftraggebers unter einen Hut bringen⁷². Ist dies nicht möglich, so muss der Verwaltungsrat, um verantwortlichkeitsrechtlichen Ansprüchen nicht Tür und Tor zu öffnen, die Interessen der Gesellschaft, in der er das Verwaltungsratsmandat ausübt, vorrangig behandeln⁷³. Insbesondere Regierungsräte, welche von Amtes wegen Einsitz im Verwaltungsrat eines öffentlichen Unternehmens nehmen müssen, sind meist einem dauernden Interessenkonflikt ausgesetzt. Nach Abwägung aller Vor- und Nachteile⁷⁴ muss die Empfehlung abgegeben werden, auf solche Mandate zu verzichten⁷⁵. Stattdessen sollte der Verwaltungsrat aufgrund eines sorgfältig erstellten Anforderungsprofils ohne ein Regierungsratsmitglied optimal zusammengesetzt werden.

f) Vergütung von Verwaltungsratsmitgliedern

- 21.30** Bei nicht börsenkotierten Gesellschaften kann der VR seine Entschädigung selbst festsetzen⁷⁶, sofern in den Statuten nichts anderes vorgeschrieben ist⁷⁷. Dies heisst

70 VOGT/BÄNZIGER, 619: Bei der Überprüfung der Geschäftsentscheide durch die Gerichte entfällt deshalb auch die Zurückhaltung, welche die Business Judgment Rule vorgeben würde.

71 BERTSCHINGER, 26; vgl. auch DRUEY, Interessenskonflikte, 75 f.

72 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 467; vgl. auch WALDBURGER, 229 f.; vgl. für entsandte Verwaltungsräte bei öffentlich-rechtlichen Körperschaften MAGRO, 93.

73 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 467; vgl. zu dieser Problematik im Konzernverhältnis STEININGER, 209 ff.

74 Auflistung bei SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, 139.

75 Ebenso SCHEDLER/MÜLLER/SONDEREGGER, 141.

76 MÜLLER, HR-Committees, 6.

77 Eine Klausel zur Begrenzung der VR-Bezüge durch die Generalversammlung findet sich bei MÜLLER, VR als Arbeitnehmer, 513 f.

aber nicht, dass im Zusammenhang mit den Vergütungen kein Haftungsrisiko für den VR besteht. Das beweist ein Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 10. Juni 2008⁷⁸. Die Confiserie X AG wurde durch zwei Aktionärsgruppen gehalten, deren Verhältnis seit Jahren gespannt war. Seit dem Geschäftsjahr 1998/99 waren die Geschäftsergebnisse der Confiserie X AG negativ. An der VR-Sitzung vom 23. Mai 2002 wurde deshalb eine Reduktion der VR-Honorare entschieden. Diese Reduktion wurde jedoch in der Folge nie umgesetzt; u.a. deshalb erhoben die Minderheitsaktionäre Verantwortlichkeitsklage gegen die Verwaltungsräte. Das Kantonsgericht prüfte die Angemessenheit der VR-Honorare. Es stellte fest, dass die Entschädigung der VR-Präsidenten mit CHF 2000 im Monat mehr als dreimal so hoch ausfiel wie diejenige der beiden anderen VR-Mitglieder mit je CHF 600 pro Monat. Zwar bringe das VR-Präsidium einige Zusatzaufgaben mit sich, doch würden auch die anderen VR-Mitglieder in der Verantwortung stehen. Das Kantonsgericht verurteilte deshalb die Verwaltungsräte solidarisch zur Zahlung von CHF 13 800 wegen zu hoher Entschädigung der VR-Präsidentin.

Bei börsenkotierten Gesellschaften haben die VR-Mitglieder sehr sorgfältig die zwingenden Vorschriften von Art. 95 Abs. 3 BV zu beachten. Im Hinblick auf die VR-Vergütung sind dies insbesondere zwei Vorgaben. Die Generalversammlung stimmt jährlich über die Gesamtsumme aller Vergütungen (Geld und Wert der Sachleistungen) des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und des Beirates ab. Die Organmitglieder erhalten keine Abgangs- oder andere Entschädigung, keine Vergütung im Voraus, keine Prämie für Firmenkäufe und -verkäufe und keinen zusätzlichen Berater- oder Arbeitsvertrag von einer anderen Gesellschaft der Gruppe. Widerhandlungen gegen diese Bestimmungen werden nach der Vorgabe in der Bundesverfassung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Geldstrafe bis zu sechs Jahresvergütungen bestraft. Ob die Kontrolle der VR-Vergütungen durch die Aktionäre auch im Aktienrecht verankert werden soll oder ob die nachträgliche Kontrolle der Vergütungen durch das Verantwortlichkeitsrecht bestehen bleibt, wird noch zu evaluieren sein⁷⁹. Leitlinie bei allen Festlegungen von VR-Vergütungen, seien dies Anstellprämien, Mandatsentschädigungen oder Abgangsentschädigungen, sollte immer die Frage nach der wirtschaftlichen Lage und des dauernden Gedeihens des Unternehmens sein; dies ergibt sich schon aus Art. 717 OR. Insbesondere bei kotierten Gesellschaften könnten sogenannte HR- oder Compensation-Committees bei der Festlegung der Vergütungen eine echte Hilfe sein⁸⁰.

Schliesslich ist unter diesem Punkt noch darauf hinzuweisen, dass neben der allgemeinen Haftungsgrundlage in Art. 754 OR auch noch eine besondere Haftungsgrundlage in Art. 678 Abs. 2 OR zur Rückerstattung von Leistungen besteht, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen⁸¹. Konkret sind die Mitglieder des Verwaltungsrates, sowie diesen nahestehende Personen, die ungerechtfertigt und in bö-

78 KGer GR ZF 08 19/20 vom 10. Juni 2008 = ius.focus 3/2009.

79 BERTSCHINGER, 16.

80 Vgl. zu den Aufgaben von HR-Committees MÜLLER, HR-Committees, 4 ff.; VON DER CRONE/JENTSCHE, 399 ff.

81 DÜRR, 192 ff.

sem Glauben Dividenden, Tantiemen, andere Gewinnanteile oder Bauzinsen bezogen haben, zur Rückerstattung verpflichtet. Sie sind auch zur Rückerstattung anderer Leistungen der Gesellschaft verpflichtet, soweit diese in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen. Dies gilt insbesondere auch für Gewinnausschüttungen in Form von Darlehen ohne ausreichende Sicherheit oder zu einem unüblich tiefen Zins. In allen diesen Fällen liegt eine Rechtsanmassung vor, auch wenn das Recht auf Entschädigung dem Verwaltungsrat grundsätzlich zusteht⁸². Der VR hat deshalb bei all seinen Handlungen darauf zu achten, dass er die ihm zustehenden Rechte nicht überschreitet. Nur in einem Notfall soll er seine Rechte nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag überschreiten, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden⁸³.

g) *Risk Management*

21.33 Gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR ist der Verwaltungsrat zwingend für die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der dazu nötigen Weisungen zuständig. Dazu gehört auch das strategische Risk Management, welches die Grundlage für ein effektives operatives Risk Management bildet. Der Verwaltungsrat hat demnach die Risikoeinstellung des Unternehmens und die Steuerung der Risikopolitik selbst festzulegen. Die vorgegebenen Risikoziele sollten sich dabei mit den allgemeinen Unternehmenszielen decken⁸⁴.

21.34 Der Verwaltungsrat ist für die Angaben und die Durchführung der Risikobeurteilung zuständig. Dies wird durch die Platzierung der Risikobewertung im Lagebericht (vgl. Art. 961c Abs. 2 Ziff. 2 OR) und damit klarerweise im einzig vom Verwaltungsrat zu verantwortenden Dokument verdeutlicht. Während die sich im Anhang äussernde Revisionsstelle bei der Risikobeurteilung auf die Rechnungslegung konzentriert, stellt sich beim Verwaltungsrat die Frage nach einem ausgedehnteren Umfang der Risikobeurteilung⁸⁵. Denn geht man von einem grösseren Umfang der Risikobeurteilung aus, so wird dadurch die Aufgabe des Verwaltungsrates, die zwar bisher ebenfalls bestand, jedoch keinem Publikum zugänglich gemacht wurde, in den Bereich möglicher gerichtlicher Beurteilung und damit haftungsrelevanten Tatsachen gerückt⁸⁶.

h) *Delegation an die Geschäftsführung*

21.35 Das Bundesgericht hält in BGer 4A_501/2007 sowie 4A_503/2007 die formellen Voraussetzungen fest, welche notwendig sind, um von einer Haftungserleichterung gemäss Art. 754 Abs. 2 OR zu profitieren. Art. 754 Abs. 2 OR sieht vor, dass ein Verwaltungsrat nicht haftbar gemacht werden kann, wenn er die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, sofern er

82 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 96 f.

83 Dies die klare Empfehlung bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 97.

84 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 427, mit anschliessenden konkreten Angaben und Mustern, wie das Risk Management vom VR implementiert werden kann.

85 PFEIFER, 19 f.

86 PFEIFER, 20.

nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die gebotene Sorgfalt angewendet hat. Damit von einer befugten Delegation ausgegangen werden kann, sieht Art. 716b OR den Erlass eines Organisationsreglements sowie eine statutarische Grundlage vor⁸⁷. Das Bundesgericht setzt dabei mindestens einen protokollierten Mehrheitsbeschluss des Verwaltungsrates voraus, der die Ordnung der Geschäftsführung regelt, die erforderlichen Stellen und deren Aufgaben bestimmt sowie die Berichterstattung an den Verwaltungsrat konkretisiert⁸⁸. Dementsprechend reicht eine bloss mündliche Delegation oder Geschäftskorrespondenz nicht aus, um eine Haftungserleichterung anzustrengen. Eine Delegation, die nicht den formellen Anforderungen entspricht (also unbefugt erfolgt), kann auch nicht durch sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung gemäss Art. 716b OR geheilt werden⁸⁹. Um von der Haftungserleichterung gemäss Art. 754 Abs. 2 OR profitieren zu können, müssen Verwaltungsräte um eine laufende Anpassung des Organisationsreglements besorgt sein. Denn eine systematische Missachtung des Organisationsreglements führt zu dessen Irrelevanz⁹⁰. BERTSCHINGER schlägt deshalb vor, das Organisationsreglement als Standard- oder Ad hoc-Traktandum des Verwaltungsrats festzulegen, um die tatsächliche Organisation mit der formell dokumentierten Organisation in Einklang zu bringen⁹¹.

i) *Opting Out der Revisionspflicht*

Das Opting Out beschreibt den Verzicht der Revision durch einen im Verhältnis zur Gesellschaft unabhängigen Dritten. Dies impliziert für den Verwaltungsrat, dass er die Aufgabe der Revision selber übernehmen muss, da es wenig Sinn macht, trotz Opting Out interne oder externe Hilfe zuzuziehen. PFEIFER kommt deshalb zum Schluss, dass der Verwaltungsrat diese Aufgabe nicht erfüllen kann – sei es wegen üblicherweise fehlender Kenntnisse in diesem Bereich oder aufgrund des Selbstkontrahierens⁹². Das Opting Out für kleinere und nicht kotierte Gesellschaften kann eine Haftungsfalle für Verwaltungsräte darstellen. Denn die schlichte Abschaffung der kritischen Durchsicht des Zahlenwerkes durch eine Drittperson ist nicht mit dem Prinzip der Haftungsbefreiung für den Verwaltungsrat vereinbar. Zudem fällt die präventive Wirkung der Durchsicht durch einen unabhängigen Dritten weg, was mit einer erhöhten Anfälligkeit für Fehler einhergeht⁹³. Handelt es sich

21.36

87 Vgl. BGer 4A_503/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.2.2; s. auch 4A_501/2007 vom 22. Februar 2008.

88 BGer 4A_503/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.2.2; vgl. auch DOMENICONI/VON DER CRONE, 515.

89 Vgl. BGer 4A_503/2007 vom 22. Februar 2008, E. 3.3; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 138; BÄRTSCHI, 253; BERTSCHINGER, 11; MEIER-HAYOZ/FORSMOSER, § 16 N 437; DOMENICONI/VON DER CRONE, 518.

90 DOMENICONI/VON DER CRONE, 521.

91 BERTSCHINGER, 11; vgl. auch DOMENICONI/VON DER CRONE, 518ff., welche ausführen, dass in der Praxis häufig die Anforderungen an das Bestehen eines Organisationsreglements in Übereinstimmung mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht erfüllt werden.

92 PFEIFER, 22.

93 BÖCKLI, Verwaltungsrat, 7.

um eine Einpersonengesellschaft und wird das Opting Out vom Einzelaktionär beschlossen, so kann eine Vermischung der privaten und körperschaftlichen Vermögenssphäre stattfinden, was in einem Durchgriff auf das Vermögen des Aktionärs resultieren kann⁹⁴.

j) Haftung für verlorene Gerichtsprozesse

- 21.37** Das Bundesgericht führt in BGE 139 III 24 aus, dass auch die missbräuchliche Führung eines Gerichtsverfahrens grundsätzlich ein Verstoss gegen die Treuepflicht gemäss Art. 717 OR des Verwaltungsrates darstellen und zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit führen kann⁹⁵. Allerdings stellt das Bundesgericht eine Entscheidungshilfe zur Verfügung: So liegen von vorneherein aussichtslose Prozesse sowie Prozesse, die nicht ein im Gesellschaftsinteresse liegendes Ziel verfolgen, nicht im Interesse der Gesellschaft⁹⁶. Obwohl Letzteres wohl selbsterklärend ist. Es versteht sich auch von selbst, dass die Abgrenzung teilweise schwierig sein kann⁹⁷.

k) Haftung für öffentlich-rechtliche Forderungen

aa) Haftung für Forderungen der Steuerbehörden

- 21.38** Besonders häufig sind Haftungsfälle im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Forderungen, bedingt durch die unsorgfältige Führung eines VR-Mandates. Einerseits sind dies Forderungen der Steuerbehörden und andererseits Forderungen der Sozialversicherungen. Im Steuerrecht ist auf Bundesebene in verschiedenen Spezialgesetzen eine Haftung der Organe und insbesondere der Liquidatoren vorgesehen. So wird z.B. in Art. 55 DBG ausdrücklich eine solidarische Haftung der VR-Mitglieder und Liquidatoren vorgegeben. Auf kantonaler Ebene besteht noch keine Einheitlichkeit, und es ist daher erforderlich, die jeweiligen Bestimmungen zu konsultieren, um im Einzelfall gültige Aussagen machen zu können⁹⁸. Neben der direkten Bundessteuer und der Mehrwertsteuer sollten VR-Mitglieder insbesondere die Verrechnungssteuer im Auge behalten. Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Steuerverwaltung nämlich eine Sicherstellung der latenten Verrechnungssteuerforderungen verlangen. Treten nun in der Gesellschaft Probleme auf oder können Handlungen als Beginn einer faktischen Liquidation interpretiert werden, so hat der Verwaltungsrat erhöhte Vorsicht walten zu lassen. Wird die Lage kritischer, ist es vorteilhaft, von der Unternehmung eine Hinterlegung der aufgelaufenen Verrechnungssteuern zu verlangen oder nötigenfalls die Steuerverwaltung zu einer Sicherstellungsverfügung zu veranlassen⁹⁹.

94 BÖCKLI, Aktienrecht, § 15 N 552 ff.

95 BGE 139 III 24 E. 3.3.

96 BGE 139 III 24 E. 3.3.

97 KUNZ, 6.

98 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 373.

99 Dies die Empfehlung von MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 375 f.

bb) Haftung für Forderungen der Sozialversicherungen

Besonders häufig sind Haftungsfälle im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Forderungen im Bereich der Sozialversicherungsabgaben¹⁰⁰. Trotz der berechtigten Kritik in der Lehre legt das Bundesgericht die massgebenden Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG im Sinne einer faktischen Kausalhaftung aus¹⁰¹. Der Schaden setzt sich in der Regel aus den nicht bezahlten AHV/IV/EO/ALV- und PK-Beiträgen zusammen; hinzu kommen die Verwaltungskostenbeiträge, Mahn-, Veranlagungs- und Betreibungsgebühren sowie die Verzugszinsen auf rückständigen Beiträgen¹⁰². Im Hinblick auf eine sorgfältige Mandatsführung muss deshalb allen VR-Mitgliedern dringend empfohlen werden, stets auf die vollständige und fristgerechte Zahlung aller Sozialversicherungsbeiträge zu achten. Es lohnt sich deshalb, eine entsprechende Frage an der VR-Sitzung zu stellen und die Antwort protokollieren zu lassen¹⁰³.

4. Sanierungs- und Konkursphase

a) Haftung bei Sanierungen

Steht es schlecht um die Finanzen einer Gesellschaft, so birgt die Sanierung diverse verantwortlichkeitsrechtliche Fallstricke. So erfahren die in Art. 725 Abs. 1 OR vorgesehenen Verhaltenspflichten des Verwaltungsrats, nämlich die unverzügliche Einberufung der Generalversammlung mit Beantragung von Sanierungsmassnahmen, in der Praxis oftmals eine ungenügende Beachtung. Häufig wird die Sanierung der Gesellschaft aufgeschoben, wobei übersehen wird, dass der Aufschub der Sanierung wegen der damit einhergehenden Verschlechterung der Sanierungs- resp. Finanzierungsbedingungen ein pflichtwidriges Verhalten des Verwaltungsrates darstellt¹⁰⁴. Ein sorgfältig agierender Verwaltungsrat wahrt die Interessen der Gesellschaft, indem er möglichst günstige Finanzierungsbedingungen bereitstellt, zumal gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine natürliche Vermutung für die schadensstiftende Wirkung einer verspäteten Überschuldungsanzeige spricht¹⁰⁵. Allerdings kann sich die Abgrenzung zwischen der Sanierungspflicht bei gewissen Erfolgsaussichten der Sanierung und der Pflicht zur Bilanzdeponierung bei *erheblichen Zweifeln* an einer erfolgreichen Sanierung als schwierig erweisen. Solange der Verwaltungsrat noch selber in der Lage ist, einen Sanierungsbeschluss umzusetzen, darf die Entscheidung, ob die Sanierung versucht werden soll, nicht an den Richter delegiert werden¹⁰⁶. Zu beachten ist dabei, dass bei einer Überschuldungsanzeige mit

100 Wie bereits oben § 21 mit Hinweis auf KELLER, Rz 14, erörtert wurde, sind dies 1250–1300 Fälle pro Jahr.

101 Vgl. BGE 108 V 203 ff.; 129 V 11 bzw. 14; 128 V 12 ff.; 124 V 253 ff.; ebenso u.a. VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Rz 1245; KIESER, 186; HÄUSERMANN 137; NUSSBAUMER, 1078.

102 MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 379 ff. mit diversen Beispielen aus der Rechtsprechung.

103 Ein entsprechendes Formulierungsbeispiel findet sich im Musterprotokoll von MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 999.

104 BERTSCHINGER, 28.

105 BGE 136 III 322 E. 3.4.5. 132 III 564 E. 6.3; BGer 4P.305/2001 vom 18. März 2002, E. 2d.

106 HANDSCHIN, 447; SENN, 88 f.; vgl. BGE 116 II 533.

anschliessendem Konkurs der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit von Verantwortlichkeitsklagen steigt¹⁰⁷, was unter Umständen zusätzliche (falsche) Anreize setzen kann, die Sanierung hinauszuzögern. In jedem Fall ist dem Verwaltungsrat zu raten, seine Sanierungsbemühungen ausreichend zu dokumentieren. Die scheinbare Unsicherheit, welche der grosse Handlungsspielraum des Verwaltungsrates auslöst, kann auch entlastend wirken. In diesem Sinne liegt eine Pflichtverletzung erst dann vor, wenn der Verwaltungsrat seinen Ermessensspielraum überschreitet, und nicht schon dann, wenn sich der Entscheid im Nachhinein als falsch herausstellt¹⁰⁸. Dies ist auch Ausfluss der Business Judgment Rule, denn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung haben die Gerichte bei der Beurteilung von Sanierungsmassnahmen Zurückhaltung zu üben¹⁰⁹.

b) *Sonderprobleme bei Pattsituationen*

- 21.41** Obwohl es keinesfalls unbekannt ist, dass in Fällen, in denen zwei Aktionäre gleich grosse Aktienpakete halten, diverse Probleme entstehen können, existieren in der Praxis viele solche paritätisch organisierte Zweimanngesellschaften. Da faktisch ein Einstimmigkeitsprinzip herrscht, können die Kosten zur Erreichung eines Konsenses sehr hoch ausfallen¹¹⁰. Können sich die Aktionäre nicht einigen, kann kein Beschluss mehr gefasst werden, wodurch eine Patt-Situation entsteht. Haftungsrechtliche Probleme können sich insbesondere ergeben, weil bei Zweimanngesellschaften oftmals die Aktionäre zugleich als Verwaltungsräte walten. Im Falle einer Sanierung sind sie als Aktionäre zwar nicht verpflichtet, gesellschaftserhaltende Massnahmen zu ergreifen – sehr wohl aber als amtierende Verwaltungsräte.

c) *Haftung im Konkurs*

- 21.42** Schliesslich birgt auch die *Liquidationsphase* einer Gesellschaft ein erhebliches Potential für fehlbares Verhalten von Verwaltungsräten. Beispielsweise können bei der ordentlichen Liquidation schwerwiegende Forderungen aus Liquidationsgewinnen entstehen. Bei einer konkursamtlichen Liquidation besteht die Gefahr, dass noch offene AHV- oder BVG-Prämien zum Vorschein kommen, für die der Verwaltungsrat persönlich haftet.
- 21.43** Aus prozessualer Sicht muss beachtet werden, dass das Bundesgericht in seinem wegleitenden Entscheid BGE 117 II 432 von 1991 die These von Bundesrichter Rolf Raschein übernommen hat, wonach *nach* der Konkurseröffnung nicht mehr der der Gesellschaft zustehende Anspruch gegen die eigenen Organmitglieder geltend gemacht wird, sondern ein eigenständiger und einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit¹¹¹. Diese Konstruktion vereinfacht stark die prozessuale Si-

107 BERTSCHINGER, 5, 33.

108 HANDSCHIN, 448.

109 BGer 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010, E. 7.2.4.

110 TRAUTMANN/VON DER CRONE, 468.

111 BGE 117 II 432 liegt folgender Sachverhalt zugrunde: B, Direktor der Bank X, hatte von diversen Gläubigern Darlehen für die von B beherrschte Y AG erhalten. Den Gläubigern erhielten Sicherheiten der Bank X, welche er mit Hilfe von Margrit G. (Prokuristin, beide verfügten über eine Kollektivzeichnungsberechtigung) ausstellte. Die Bank X schloss am

tuation und schneidet insbesondere den Beklagten die meisten Einreden ab, die ihnen gegen die Gesellschaft zugestanden hätten (weil nicht mehr der Anspruch der nun insolvent gewordenen Gesellschaft eingeklagt wird, sondern ein eigenständiger Anspruch der Gläubigergesamtheit)¹¹². Nach Eintritt des Konkurses werden dementsprechend die Ansprüche der Gesellschaft nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung durch die Ansprüche der Gläubigergesamtheit abgelöst, die in erster Linie durch die Konkursverwaltung geltend gestellt werden. Da deshalb dem Verwaltungsrat diverse Einredemöglichkeiten entgehen, stellt die Raschein-Praxis für den praktizierenden Verwaltungsrat eine Verschärfung der Verantwortlichkeit dar.

III. Abklärung der Rechts- und Beweislage

1. Sachverhaltsüberblick

a) Gesellschaftsrechtliche Verhältnisse

Um sich einen Überblick über den relevanten Sachverhalt machen zu können, sind vorab die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse abzuklären. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Anwalt als Kläger oder als Beklagter mit Ansprüchen aus unsorgfältiger Führung eines Verwaltungsratsmandates konfrontiert wird. Zur Abklärung der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse ist es empfehlenswert, beim zuständigen Handelsregisteramt vorab einen *aktuellen Handelsregisterauszug* und eine beglaubigte Kopie der aktuellen Statuten zu bestellen. Zu oft schon haben sich nämlich Anwälte mit einer alten Kopie zufrieden gegeben und dann böse Überraschungen erlebt. Als Nächstes sind die *Beteiligungsverhältnisse* zu eruieren, wobei leider bei Namenaktien teilweise trotz gesetzlicher Vorschrift noch immer ein Aktienbuch fehlt¹¹³. Weiter sind die letzten *Generalversammlungsprotokolle* und *Revisionsstellenberichte* zu konsultieren. Schwieriger wird es, auch die letzten *Verwaltungsratsprotokolle* und *Geschäftsleitungsprotokolle* sowie ein allfälliges *Organisations- und Geschäftsreglement* mitsamt Funktionendiagramm erhältlich zu machen. Diese Unterlagen sind gegebenenfalls gerichtlich zur Edition zu verlangen. Nur auf diese Weise ist es überhaupt möglich, die rechtliche Zulässigkeit und Gültigkeit einer Geschäftsführungsdelegation abzuklären.

21.44

6. Dezember 1974 den Betrieb. Am 22. Dezember 1983 reichte ein Gläubiger eine Verantwortlichkeitsklage gegen Margrit G. beim Bezirksgericht Zürich ein. Die Ansprüche hatte er sich zuvor von der Schweizerischen Revisionsgesellschaft (Liquidatorin) abtreten lassen. Verzichtet die Konkursmasse auf die Geltendmachung der Verantwortlichkeitsansprüche, so kann gemäss Art. 756 Abs. 2 OR der Gläubiger deren Abtretung verlangen, was allerdings nicht das individuelle Klagerecht wieder aufleben lässt. Vielmehr wird dem Gläubiger das Klagerecht der Konkursmasse übertragen. Klagt der Abtretungsgläubiger somit ausschliesslich aus dem Recht der Gläubigergesamtheit, so kann er den gesamten Schaden fordern, den die verantwortlichen Organe der Gesellschaft und damit mittelbar den Gläubigern zugefügt haben. Dies hat zur Folge, dass ihm weder Einreden gegen ihn persönlich noch gegen die Gesellschaft entgegengehalten werden können.

112 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 N 287 ff.; BERTSCHINGER, 6.

113 Art. 686 OR; das Muster eines Aktienbuches findet sich bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 751 ff.

21.45 Wurde ein erster gesellschaftsrechtlicher Überblick erreicht, sind die *Details* abzuklären. Dazu gehören allfällige Mandatsverträge, Aktionärbindungsverträge, Konzernweisungen, Lizenzverträge etc. Am einfachsten orientiert man sich bei dieser Detailanalyse anhand der Checkliste für eine Gesellschaftsdokumentation, welche am Schluss dieses Kapitels abgedruckt ist¹¹⁴. Aus Zeitgründen wird leider gelegentlich versucht, auf die Ermittlung dieser relevanten Details zu verzichten. Doch eine erfolgreiche Führung von Verantwortlichkeitsprozessen beginnt mit dieser notwendigen Fleissarbeit.

b) Schadenrelevantes Umfeld

21.46 Meistens sind mehrere Ursachen und damit oftmals auch mehrere Verursacher ausschlaggebend dafür, dass letztlich eine Unsorgfalt in der Führung eines Verwaltungsratsmandates geltend gemacht wird. Aus diesem Grunde sind nach den gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen die besonderen schadensrelevanten Umfeldbedingungen zu ermitteln. Dabei sind insbesondere folgende *Fragen* zu stellen:

- Hat der Verwaltungsrat stets aus eigenem Antrieb gehandelt bzw. nicht gehandelt, oder befolgte er die Weisungen eines Aktionärs (Mandant oder Konzern)?
- Haben andere Personen massgeblich an der Willensbildung mitgewirkt, sei dies als stiller oder als verdeckter Verwaltungsrat¹¹⁵?
- Wer hat die Protokolle geführt bzw. war für die Führung verantwortlich?
- Wie und nach welchen Kriterien wurden die leitenden Angestellten ausgewählt, instruiert und überwacht?
- Welche Finanzrapporte hat der Verwaltungsrat verlangt und welche Zahlen wurden ihm tatsächlich zur Kenntnisnahme gebracht?
- Welche steuer- oder versicherungsrechtlich relevanten Handlungen wurden während der Dauer der tatsächlichen Verwaltungsrats Tätigkeit vorgenommen?

21.47 Selbstverständlich variieren die schadensrelevanten Kriterien von Fall zu Fall. So können z.B. auch die Beziehungen bzw. der Finanzverkehr mit der Einrichtung zur beruflichen Vorsorge von Bedeutung sein. Auch Schätzungen bezüglich Liegenschaften, Patenten, Entwicklungen, Marktchancen etc. bilden gegebenenfalls eine wichtige Grundlage zur Sachverhaltsabklärung. Besteht der Verdacht, dass der Schaden durch ein strafrechtlich relevantes Verhalten eines Dritten gefördert wurde, so sollte nicht mit der Einleitung eines entsprechenden Strafverfahrens gezögert werden. Durch die in der Regel sehr weitgehende strafrechtliche Untersuchung gelingt es oftmals, ohne grossen Kostenaufwand an weitere Informationen zu gelangen.

¹¹⁴ S. unten Rz 21.126.

¹¹⁵ Ein stiller Verwaltungsrat wurde zwar offiziell von der GV gewählt, jedoch nicht im Handelsregister eingetragen, wogegen ein verdeckter Verwaltungsrat als sog. faktisches Organ weder gewählt noch eingetragen ist. Nach der Botschaft gilt als faktisches Organ jedermann, der ohne entsprechende Wahl oder besondere Bezeichnung dauernd und selbständig für die Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Entscheide fällt. Die stillen und verdeckten Verwaltungsräte haften zivilrechtlich genau gleich wie die offiziell eingetragenen Organe, doch liegt es am Kläger, deren Organfunktion nachzuweisen (vgl. MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 352 ff.).

c) *Zeitliche Verhältnisse*

Es gibt vereinzelt Fälle, in denen ein *einmaliges unsorgfältiges Handeln* eines Verwaltungsrates zu einem Schaden mit entsprechender Verantwortlichkeit führt. **21.48** Dazu gehört beispielsweise eine Rückerstattung von Kapitaleinlagen an einen Aktionär oder eine Darlehensgewährung ohne angemessene Sicherheit. Viel häufiger sind jedoch jene Fälle, in denen *die schädigende Handlung bzw. Unterlassung während längerer Zeit andauert*. Dies gilt z.B. für Sachverhalte wie fehlende Rückstellungen, Nichtüberweisung von Sozialversicherungsbeiträgen, verdeckte Gewinnausschüttungen, keine Benachrichtigung des Richters trotz Überschuldung. In diesen Fällen muss schon zur Bestimmung des Schadenumfanges, aber auch im Hinblick auf eine mögliche Verjährung (straf- oder zivilrechtlich) sehr genau eruiert werden, wann die schädigenden Handlungen bzw. Unterlassungen begonnen haben und wie lange sie dem verantwortlichen Organ zugeordnet werden können. Dabei lohnen sich auch Überlegungen zur Frage, ob der Verwaltungsrat wirklich noch bis zur Löschung im Handelsregister tätig sein konnte, oder ob er nicht bereits früher (z.B. ab dem Datum seines Rücktritts) faktisch handlungsunfähig wurde und deshalb nur noch teilweise zur Verantwortung gezogen werden kann.

Das Bundesgericht hat bereits 1983 festgestellt¹¹⁶, dass ein Verschulden des Verwaltungsrates nur so lange in Frage komme, als dieser die Möglichkeit habe, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen. Das ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Fall. Eine spätere Löschung im Handelsregister verlängert die Organhaftung nicht, zumal die Löschung des Eintrages durch die Verantwortlichen bewusst hinausgezögert werden kann¹¹⁷. Ausgeschiedene Verwaltungsräte können gestützt auf Art. 938b Abs. 2 OR selbst die Löschung beantragen, wenn sie nicht gegenüber gutgläubigen Dritten gestützt auf den formellen Rechtsschein haftbar sein wollen¹¹⁸.

2. Kreis der anspruchsberechtigten Personen

Aktivlegitimiert zur klageweisen Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Verwaltungsratsmitgliedern (und weiteren Organen) sind grundsätzlich die Gesellschaft selbst, die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger¹¹⁹. Bei Ansprüchen von Aktionären und Gläubigern wird zwischen direkter (unmittelbarer) und indirekter (mittelbarer) Schädigung differenziert¹²⁰. Beim Schaden der Gesellschaft wird zudem zwischen Ansprüchen ausser Konkurs und Ansprüchen im Konkurs unterschieden¹²¹.

116 BGE 109 V 94 f.

117 So ausdrücklich in BGE 112 V 5.

118 Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 1 Rz 600.

119 Art. 752–755 OR.

120 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 Rz 13 ff.

121 BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rz 218, nennt dies die «grosse Gabelung» des Verantwortlichkeitsrechts.

a) Ansprüche von Aktionären

- 21.51** Handlungen der Verwaltung können einen Aktionär *unmittelbar* schädigen, wenn beispielsweise sein Bezugsrecht übergangen und später auch nicht in Geld ausgeglichen wird. Die Klage gegen die schuldhafte Verwaltung kann sich grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 41 ff. OR richten¹²², wobei die aktienrechtlichen Regeln betreffend Verjährung (Art. 760 OR) zu berücksichtigen sind. Die Klage kann sich jedoch auch aus Art. 753–755 OR direkt oder aus einer Norm eines Spezialgesetzes ergeben¹²³. Grundsätzlich muss der Kläger die Aktionärsseigenschaft im Zeitpunkt der Klageerhebung nachweisen, eine frühere Aktionärsseigenschaft vermag keine Klagelegitimation zu begründen¹²⁴. Lediglich der unmittelbar betroffene Aktionär, der seinen Aktienbesitz vor Einreichung der Klage verloren hat, infolge seiner früheren Stellung aber noch geschädigt ist, kann nach Art. 754 OR Ersatz verlangen¹²⁵.
- 21.52** Im Falle einer *mittelbaren* Schädigung des Aktionärs steht ihm ein Klagerecht unabhängig von einer allfälligen Klage der Gesellschaft selbst zu. Sie geht jedoch auf Leistung von Ersatz an die Gesellschaft (Art. 756 Abs. 1 OR)¹²⁶. Es ist zu bemerken, dass der betroffene Aktionär den gesamten Gesellschaftsschaden einklagen kann und nicht nur den seiner Wertquote entsprechenden Anteil¹²⁷. Eine allfällige Entlastung der Verwaltungsorgane durch die Generalversammlung vermag das Klagerecht des Aktionärs grundsätzlich nicht zu beeinträchtigen¹²⁸. Hat der klagende Aktionär der Entlastung selbst zugestimmt, so kann er jedoch nach Art. 758 Abs. 1 OR keinen mittelbaren Schaden mehr geltend machen¹²⁹. In jedem Falle gilt die Entlastung jedoch nur für bekanntgegebene Tatsachen¹³⁰.
- 21.53** Der Nachweis der Aktionärsseigenschaft erfolgt im Falle von *Inhaberaktien* in der Regel problemlos durch Vorlage der entsprechenden Wertpapiere. Da die Übertragung von Inhaberaktien nach den allgemeinen Vorschriften des Wertpapierrechtes zu erfolgen hat, ist die Übertragung des Besitzes an der Urkunde Voraussetzung zur rechtsgültigen Eigentumsübertragung. Wurden jedoch gar keine Inhaberaktien ausgegeben (nicht verbriefte Inhaberaktien) ist eine Identifikation des Aktionärs an der Generalversammlung unerlässlich¹³¹.

122 BGE 106 II 232.

123 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 Rz 21; FORSTMOSER, Rz 27 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, Rz 2003; STOFFEL, 26, spricht davon, dass ein solcher Anspruch Gegenstand einer Gesellschafterklage bildet, welche im schweizerischen Aktienrecht nicht ausdrücklich geregelt ist.

124 Vgl. GROSS, 103 f., und die dort zitierte Rechtsprechung.

125 BGE 106 II 234.

126 Bei der Klage eines Aktionärs auf Zahlung an die Gesellschaft handelt es sich um eine Art der «Prozessstandschaft».

127 Vgl. FORSTMOSER, Rz 39.

128 GROSS, 99.

129 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 22 N 49 f.

130 Art. 758 Abs. 1 OR.

131 BÖCKLI, Aktienrecht, § 12 N 130.

Oftmals problematischer ist der Nachweis der Aktionärseigenschaft bei *Namenaktien*. Viele Gesellschaften verzichten auf die Ausgabe von Namenaktien und begnügen sich mit der vorgeschriebenen Führung des Aktienbuches (Art. 686 Abs. 1 OR). Doch selbst diese Pflicht wird leider häufig vernachlässigt; so fehlt oftmals das Aktienbuch ganz, oder es ist nicht nachgeführt. Nun gilt aber gemäss Art. 686 Abs. 4 OR im Verhältnis zur Gesellschaft nur als Aktionär, wer im Aktienbuch eingetragen ist. Bei Verantwortlichkeitsklagen von Aktionären ist deshalb die Aktionärseigenschaft solange zu bestreiten, als nicht entsprechende und vor allem rechtsgenügeliche Beweise vorliegen. **21.54**

Ein besonderes Augenmerk sollte v.a. dann auf die Aktivlegitimation geworfen werden, wenn sich die zur Klage notwendige Aktionärseigenschaft aus Aktien ableitet, die im Eigentum einer Erbengemeinschaft stehen, verpfändet oder mit einer Nutzniessung belastet sind. In allen diesen Fällen stellt sich nämlich vorab die Frage, wer denn tatsächlich zur Geltendmachung der Klage berechtigt ist. Diesbezüglich sei an dieser Stelle jedoch auf die entsprechende Spezialliteratur verwiesen¹³². **21.55**

b) Ansprüche von Gläubigern

Gläubiger können erst dann Verantwortlichkeitsansprüche geltend machen, wenn über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist; dies ergibt sich direkt aus Art. 756 Abs. 1 OR. Befindet sich die Gesellschaft noch nicht im Konkurs, haben die Gläubiger keine Möglichkeit, sorgfaltswidriges Verhalten eines Verwaltungsrates zu unterbinden. Nur bei strafrechtlich relevanten Handlungen ist allenfalls eine Strafanzeige und somit eine Intervention überhaupt möglich. Denkbar ist allerdings eine Aufforderung an die Revisionsstelle¹³³, ihrerseits die Pflichtverletzungen zu beanstanden bzw. entsprechende Massnahmen zu treffen. **21.56**

Hat ein Gläubiger noch vor der Konkurseröffnung gegen die Gesellschaft prozessiert, so muss die Gläubigerversammlung bzw. ein allfälliger Gläubigerausschuss über die Fortsetzung des Prozesses befinden¹³⁴. Wird die Forderung anerkannt, so hat der ehemalige Verwaltungsrat grundsätzlich keine Möglichkeit mehr, deren Kollozierung zu verhindern, ausser er könne selbst als Gläubiger eine Kollokationsklage nach Art. 250 SchKG einreichen. Damit entsteht unter Umständen die unbefriedigende Situation, dass ein Gläubiger einen Verlustschein und damit die Legitimation zur Verantwortlichkeitsklage erhält, obwohl es dem Verwaltungsrat bei normalem Geschäftsgang allenfalls noch möglich gewesen wäre, eine Abweisung der ursprünglichen Klage zu erwirken¹³⁵. Daraus resultiert die Empfehlung an den betroffenen Verwaltungsrat, im **21.57**

132 Insb. GROSS, 94 ff.; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 349.

133 Diese muss gemäss Art. 641 Ziff. 10 OR zwingend im Handelsregister eingetragen werden und ist demnach leicht eruierbar.

134 Art. 238 Abs. 1 bzw. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG.

135 Tatsächlich ist die rechtskräftige Kollokation ausschliesslich massgebend für die Verteilung des Verwertungserlöses aus der Konkursmasse; über die kollozierte Forderung als solche, also insb. über deren materielle Begründetheit, ist damit jedoch noch nichts ausgesagt (KUNZ, 204 f.).

Konkurs der Gesellschaft, wann immer möglich, selbst auch noch eine Forderung einzugeben, um ebenfalls die Rechte eines Gläubigers zu erhalten.

- 21.58** Im Konkurs der Gesellschaft sind nicht mehr nur die Aktionäre geschädigt, sondern hauptsächlich auch die Gesellschaftsgläubiger. Gemäss Art. 757 Abs. 1 OR werden die Ansprüche der Gläubiger in erster Linie durch die Konkursverwaltung geltend gemacht. Erst wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche verzichtet, kann ein Gläubiger direkt klagen¹³⁶. Der Verzicht kann durch die Masse selbst beschlossen werden, wobei dies in der zweiten Gläubigerversammlung zu geschehen hat (Art. 253 Abs. 2 SchKG). Neben der Masse kann auch die Konkursverwaltung selbst auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen verzichten. Ein solcher Verzicht ist zwar jederzeit möglich, für die Gläubiger ist dieser aber nicht verbindlich; sie können selbst bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven noch die Abtretung von Verantwortlichkeitsansprüchen verlangen¹³⁷. Für Gesellschaftsgläubiger (nicht aber für Aktionäre) besteht somit die Möglichkeit, aufgrund des Konkursrechtes Verantwortlichkeitsansprüche durchzusetzen¹³⁸.
- 21.59** Hat sich ein Gesellschaftsgläubiger die Verantwortlichkeitsansprüche vollständig abtreten lassen, so ist er berechtigt, gegen sämtliche Organe zu klagen und dabei den Gesamtschaden geltend zu machen, den diese Organe zu verantworten haben. Nach der Raschein-Praxis handelt es sich dabei um einen eigenständigen Anspruch¹³⁹. Führt die Klage zum Erfolg, so dient das erzielte Ergebnis vorab zur Deckung der entstandenen Prozesskosten und dann zur Tilgung der kollozierten Forderung des betreffenden Gläubigers. Ein allfälliger Überschuss ist der Konkursmasse abzuliefern¹⁴⁰.

c) Ansprüche der Gesellschaft

- 21.60** Wenn die Gesellschaft selbst das Klagerecht geltend machen will, liegt der Entscheid hierfür beim Verwaltungsrat¹⁴¹. Er bedarf dazu keiner besonderen Ermächtigung durch die Generalversammlung, ausser die Ansprüche richten sich gegen den Gesamtverwaltungsrat oder die gesamte Geschäftsführung¹⁴². In einem solchen Fall wird die Generalversammlung die Verwaltung der Gesellschaft ohnehin gesamthaft oder zum grossen Teil ersetzen.
- 21.61** Die Gesellschaft, bzw. in deren Namen die Konkursverwaltung, kann auch dann eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat einreichen, wenn es sich um eine sog. Einmannaktiengesellschaft handelt. Auch für den Alleinaktionär ist

136 Art. 757 Abs. 2 OR.

137 Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG.

138 Für eine solche Klage wird eine Abtretung gemäss Art. 260 SchKG vorausgesetzt. Für diesen Fall ist zumindest das summarische Konkursverfahren anzustreben. Folglich besteht sogar die Möglichkeit, dass Gläubiger klagen können, welche vor dem Konkurs der Gesellschaft nicht Gläubiger waren, im Verlaufe des Konkursverfahrens aber rechtskräftig kolloziert wurden.

139 Dadurch werden dem Verwaltungsrat oft Einredemöglichkeiten entzogen.

140 Art. 260 Abs. 2 SchKG.

141 Dies ergibt sich schon aus Art. 718 OR; dazu ausführlich GROSS, 94.

142 Vgl. FORSTMOSER, Fn 11 ff.

die Gesellschaft nämlich eine andere Person und ihr Vermögen nicht sein frei verfügbares Eigentum¹⁴³.

3. Kreis der Haftpflichtigen

a) Formelle und materielle Organe

Das Bundesgericht hat den *Organbegriff* wiederholt präzisiert und dabei auch die jeweilige Lehre und Rechtsprechung berücksichtigt¹⁴⁴. Das Aktienrecht geht heute in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung zu Art. 754 OR ausdrücklich von einem materiellen Organbegriff aus¹⁴⁵, wobei Personen mit formeller Organstellung dieser Haftung ebenfalls unterliegen. Organe sind demnach nicht nur diejenigen Personen, welche rechtsgültig als solche im Handelsregister eingetragen sind, sondern auch diejenigen, welche Entscheidungen treffen, die sonst den tatsächlichen Organen vorbehalten sind, oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen, und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend bestimmen¹⁴⁶. 21.62

Entsprechend der erwähnten Rechtsprechung sind nicht nur die gewählten und eingetragenen Mitglieder des Verwaltungsrates als formelle Organe der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt. Bei der *Gründungs haftung* nach Art. 753 OR unterliegen der Haftung sämtliche weiteren Personen, welche bei der Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung mitwirkten¹⁴⁷. Organe i.S.v. Art. 754 ff. OR sind auch die *Geschäftsführer* bzw. *Direktoren*¹⁴⁸. Zu diesen materiellen Organen gehören die oberste Leitung einer Gesellschaft, also die oberste Schicht der Hierarchie der Entscheidungsträger¹⁴⁹, aber auch alle anderen Personen, welche Geschäfte abwickeln und Entscheide treffen, die von unternehmerischer Bedeutung sind¹⁵⁰. Eine Organstellung kann vor dem Hintergrund des Vertrauensgrundsatzes auch durch Kundgabe begründet werden. 21.63

Ähnliches gilt auch für die *Prospekthaftung* gemäss Art. 752 OR; ihr unterliegen auch alle Berater, Banken oder weitere aussenstehende Personen, sofern sie an der Errichtung des Emissionsprospektes massgeblich mitgewirkt haben¹⁵¹. 21.64

Auch der nur *fiduziarisch tätige Verwaltungsrat* haftet als Organ solidarisch. So hat das Bundesgericht bereits 1989 festgestellt¹⁵², dass sich ein Verwaltungsrat nicht da-

143 BGE 117 IV 259.

144 So insb. in BGE 114 V 213.

145 Vgl. dazu BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 754 N 5; BÄRTSCHI, 99 ff.

146 BGE 117 II 443; dazu ausführlich BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rz 107 ff.; VETTER, 182 ff.; BÄRTSCHI, 97 ff.; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER, 39 f.

147 Vgl. dazu ausführlich BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rz 88 ff.

148 Vgl. die Auflistung bei LUTERBACHER, 90 f.

149 BGE 117 II 573; vgl. dazu BÄRTSCHI, 99; VETTER, 182 ff.

150 BGE 117 II 441; in diesem Entscheid wurde eine Prokuristin einer Kleinbank als materielles Organ erkannt. Die Kritik von FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL an der diesbezüglichen bundesgerichtlichen Praxis (§ 37 Rz 5) wird hier geteilt.

151 Vgl. dazu ausführlich BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rz 17 ff.

152 BGE 115 Ib 393; vgl. dazu LAZOPOULOS, 161; BÄRTSCHI, 106 f.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rz 145.

durch von seiner Mithaftung befreien könne, dass er geltend mache, er habe nur seinen Namen zur Verfügung gestellt.

- 21.65** Besondere Beachtung verdient die Organhaftung als *Liquidator*. Auch wenn kein offizieller Liquidationsbeschluss gefällt wurde und auch kein entsprechender Eintrag im Handelsregister erfolgt ist, kann der Verwaltungsrat unter Umständen als Liquidator zur Rechenschaft gezogen werden. Als Liquidator gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes¹⁵³ nämlich jeder, der selbständig zu den Entscheidungen in der Gesellschaft und zu den Liquidationshandlungen beiträgt, auch wenn er nur mit den Käufern des Gesellschaftsvermögens verhandelt. Ist dies der Fall, so haftet der Verwaltungsrat als faktischer Liquidator solidarisch für die abzuliefernden Verrechnungssteuern, sofern der Liquidationsüberschuss an die Aktionäre oder nahestehende Dritte ausgeschüttet wurde und diese Ausschüttung für die Organe der Gesellschaft erkennbar war.

b) Faktische Organe

- 21.66** Als faktisches Organ gilt jedermann, der ohne entsprechende Wahl oder besondere Bezeichnung dauernd und selbständig für die Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Entscheide fällt¹⁵⁴. Nimmt eine Person an formellen Verwaltungshandlungen wie Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungssitzungen teil und gibt sie dabei nicht nur Empfehlungen im Sinne einer Beratung ab, sondern wirkt sie an den Beschlüssen mit vollem Stimmrecht mit, so handelt sie als faktisches Organ¹⁵⁵. Die bundesgerichtliche Praxis zum Organbegriff geht damit sehr weit¹⁵⁶. Besonders für Rechtsanwälte, welche regelmässig und intensiv den Verwaltungsrat einer Gesellschaft beraten, kann die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich faktischer Organschaft zu einem Verantwortlichkeitsproblem werden. So wurde vom Kantonsgericht Trogen/AR ein Bauunternehmer als faktisches Organ verurteilt, weil er an diversen Verwaltungsratssitzungen teilgenommen und Liegenschaftskäufe forciert hatte, die allein von seiner Frau beherrschte Gesellschaft letztlich aber in Konkurs ging. Das Obergericht hat dieses Urteil dann allerdings wieder aufgehoben mit der Begründung, dass sich in den Verwaltungsratsprotokollen der letzten und zugleich massgebenden Monate vor der Bilanzdeponierung keine Hinweise mehr auf eine Entscheid-Mitwirkung des Bauunternehmers zu finden seien¹⁵⁷. Die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen sind deshalb gerade bei Verantwortlichkeitsprozessen oftmals von entscheidender Bedeutung¹⁵⁸.

¹⁵³ BGE 115 Ib 274.

¹⁵⁴ Vgl. hierzu auch BÖCKLI, Aktienrecht, § 18 Rz 109 ff.; VETTER, 21 f.; BÄRTSCHI, 101 ff.; FORSTMOSER, Rz 663.

¹⁵⁵ BGE 107 II 354.

¹⁵⁶ Vgl. zum Organbegriff FORSTMOSER, Rz 357 ff. mit Verweisen; zur Kritik an der ausufernden bundesgerichtlichen Rechtsprechung DERS., Rz 670.

¹⁵⁷ KGer AR Proz. Nr. 15/94 vom 20. September 1994.

¹⁵⁸ Wichtig sind selbstverständlich auch andere Sitzungsprotokolle; wird eine Person lediglich sporadisch oder nur zu bestimmten Traktanden beigezogen, spricht dies eher gegen eine faktische Organschaft.

c) *Rechtsnachfolger*

Übt ein Verwaltungsrat sein Mandat unsorgfältig aus, so können nicht nur er selbst, sondern bei seinem Tode auch noch seine Erben zur Verantwortung gezogen werden¹⁵⁹. Hat ein Verwaltungsrat Verantwortlichkeitsansprüche zu befürchten, so tut er bzw. sein Berater deshalb gut daran, die Erben auf die kurze Frist zur Erbschaftsausschlagung hinzuweisen¹⁶⁰. **21.67**

d) *Mehrheit von Haftpflichtigen*

Nach Art. 759 Abs. 1 OR sind alle Organe grundsätzlich *solidarisch* haftbar. Dies ist der Grund, weshalb in der Praxis neben den Verwaltungsräten oftmals auch gleich noch die Revisionsstelle miteingeklagt wird. Es steht jedoch dem Kläger frei, auch nur einen einzelnen Verwaltungsrat zu belangen und von ihm den Gesamtschaden zu fordern. Immerhin wird im Gesetz die Einschränkung gemacht, dass eine Person nur soweit solidarisch haftbar sei, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar sei. Der Kläger kann deshalb verlangen, dass der Richter im gleichen Verfahren die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten festsetzt¹⁶¹. **21.68**

In der Regel ist die Revisionsstelle über eine Versicherung abgedeckt, während nur ein Teil der Verwaltungsräte ihre Mandate versichern lässt. Es kommt daher vor, dass die Kläger mit der Revisionsstelle relativ rasch einen *Vergleich* abschliessen, während der Prozess gegen die Verwaltungsräte fortgesetzt wird. Tatsächlich beeinflussen Vergleiche, aber auch Erlass und Stundung nur die Rechtsbeziehungen zum jeweils betroffenen Ersatzpflichtigen, während die Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem einzigen Solidarschuldner auch gegenüber allen anderen wirkt¹⁶². **21.69**

4. Haftungsvoraussetzungen

a) *Schaden*

Die erste Voraussetzung zur Haftpflicht des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft ist die Existenz eines Schadens¹⁶³. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gilt als Schaden die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und jenem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte¹⁶⁴. Auch bei den Verantwortlichkeitsklagen können die bekannten Schadenseiten geltend gemacht werden: Vermögenseinbusse (*damnum emergens*) und entgangener Gewinn (*lucrum cessans*), unmittelbarer und mittelbarer Schaden sowie Personenschaden, Sachschaden und immaterieller Schaden¹⁶⁵. In jedem Falle liegt die Beweislast **21.70**

159 BGE 123 III 89.

160 Nach Art. 567 Abs. 1 ZGB nur drei Monate.

161 Art. 759 Abs. 2 OR.

162 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 Rz 109.

163 BGE 95 II 320.

164 BGE 107 Ib 162; GROSS, 142, mit weiteren Literatur- und Judikaturangaben.

165 Nach FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 Rz 59, ist immaterielle Unbill in der Regel nicht zu berücksichtigen.

für den Schaden beim Kläger; allein aus einer Pflichtverletzung lässt sich noch kein Schaden ableiten.

- 21.71** Die *Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden der Gesellschaftsgläubiger* ist nicht danach vorzunehmen, in welcher Vermögensmasse der Schaden unmittelbar eintritt bzw. ob die haftungsbegründenden Handlungen zu einer Beeinträchtigung des Vermögens der Gesellschaft geführt haben; massgebliches Kriterium ist vielmehr die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht¹⁶⁶.
- 21.72** Mit BGE 117 II 432 ff. hat das Bundesgericht bei der *Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen durch die Gläubiger im Konkurs* die Unterscheidung zwischen einem Anspruch aus dem Schaden der Gesellschaft und einem solchen aus dem mittelbaren Schaden der Gläubiger aufgegeben¹⁶⁷. Der einer Gesellschaft direkt zugefügte Schaden ist deckungsgleich mit dem Schaden, welcher den Aktionären und Gläubigern insgesamt direkt entsteht¹⁶⁸.
- 21.73** Die *Schadensberechnung* in Verantwortlichkeitsprozessen ist in der Regel sehr kompliziert. Sie wird aber noch dadurch erschwert, dass die Berechnung für jeden einzelnen Geschädigten und für jeden Verantwortlichen verschieden sein kann, je nach zeitlichen Verhältnissen, Klagegrund und persönlicher Zurechenbarkeit¹⁶⁹. Zudem kann z.B. bei unerlaubten Kapitalentnahmen und insbesondere bei Verstoss gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht nur von der Kapitalsumme als Schaden ausgegangen werden; stets sind auch die der Gesellschaft entgangenen Zinsen mitzuberechnen¹⁷⁰.

b) *Rechtswidriges Verhalten*

aa) Begriff und Beispiele

- 21.74** Nach Art. 754 Abs. 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 getrennt¹⁷¹. Der Beweis für die Pflichtwidrigkeit und die Kausalität bezüglich des eingetretenen Schadens obliegt dem Kläger. Nun lassen sich Art und Umfang der Pflichten eines Verwaltungsrates allerdings nicht generell umschreiben; die schweizerischen Aktiengesellschaften weisen bezüglich Aufbau und Organisation zu grosse Unterschiede auf, als dass dies möglich wäre¹⁷².

166 BGE 122 III 176.

167 So ausdrücklich in BGE 122 III 166 E. 3a.

168 BGE 117 II 432, 435 E. 1a.

169 Beispiele bzw. entsprechende Judikaturstellen von Schadensberechnungen finden sich bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 36 Rz 67–69.

170 Die von MÜLLER, Unerlaubte Kapitalentnahme, 70, aufgestellte Behauptung, bei einer unerlaubten Einlagenrückgewähr sei der Schaden identisch mit dem Betrag der rückgewährten Einlage, ist deshalb zu relativieren.

171 WIEGAND, 10, mit Hinweis auf BGE 113 II 429 und 115 II 62.

172 GROSS, 155, mit weiteren Literaturhinweisen; die Checkliste unten Rz 21.117 ff. berücksichtigt insb. keine branchenspezifischen Aufgaben (wie z.B. bei Banken oder Versicherungen).

Für die Bestimmung von Verhaltenspflichten wird deshalb nicht auf den individuell Handelnden, sondern auf denjenigen Massstab abgestellt, der von einem hinreichend Qualifizierten in dieser Position vernünftigerweise erwartet werden kann (gruppen- oder berufsspezifische Sorgfalt)¹⁷³. Letztlich bedeutet dies aber, 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 gemäss Art. 717 Abs. 1 OR hat jedes Verwaltungsratsmitglied bei seinem Amtsantritt sicherzustellen, dass es über die zur Ausübung dieses Amtes erforderlichen Kenntnisse verfügt¹⁷⁴.

In Anlehnung an die Pflichten des Verwaltungsrates¹⁷⁵ lassen sich folgende Gruppen von Sorgfaltspflichtverletzungen mit entsprechender Kasuistik¹⁷⁶ unterscheiden: **21.75**

- *Pflichtwidrige Oberleitung der Gesellschaft* durch Erlass von entsprechenden Weisungen (z.B. Anstellung von Schwarzarbeitern) oder durch Unterlassung einer Weisungserteilung trotz entsprechender Notwendigkeit (z.B. bezüglich Einhaltung gesetzlicher Vorschriften); keine Pflichtwidrigkeit liegt jedoch dann vor, wenn die Geschäftsführung ordnungsgemäss delegiert wurde, diese aber ohne Wissen des VR strafbare Handlungen begeht¹⁷⁷.
- *Pflichtwidrige Organisation der Gesellschaft* durch Anstellung bzw. Weiterbeschäftigung eines unfähigen oder kriminellen Geschäftsführers¹⁷⁸; wird die Geschäftsführung delegiert, ist sie sorgfältig zu überwachen¹⁷⁹. Eine pflichtwidrige Organisation liegt aber auch dann vor, wenn z.B. auf den Honoraren ausländischer Verwaltungsräte keine Verrechnungssteuer entrichtet wird oder die AHV-Beiträge nicht abgezogen werden¹⁸⁰.
- *Pflichtwidrige finanzielle Führung* durch risikoreiche Finanztransaktionen oder Unterlassung von notwendigen Wertberichtigungen bzw. Rückstellungen, insbesondere im Zusammenhang mit Darlehen an Aktionäre¹⁸¹ oder bei Klumpenrisiken¹⁸²;

173 WIEGAND, 11.

174 RÜDIGER, 142.

175 Gliederung gemäss MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 150 ff.

176 Für die Kasuistik vor der Aktienrechtsreform wurde dabei zurückgegriffen auf GROSS, 155 ff.

177 Vgl. BGE 105 IV 172.

178 BGE 122 III 195 ff.

179 BGE 114 V 219.

180 BGE 119 V 65.

181 Dazu gehören die Nichteinforderung des noch nicht liberierten Aktienkapitals (non versé) trotz sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs (vgl. GLANZMANN, Darlehensvertrag, 56), ein ungerechtfertigtes oder sogar fiktives Darlehen an einen Aktionär (vgl. GLANZMANN, Darlehensvertrag, 101 ff.) sowie die Gewährung von Darlehen ohne entsprechende Sicherheiten oder Rückzahlung von nachrangigen Darlehen und dadurch Herbeiführung einer Unterkapitalisierung (dazu ausführlich GLANZMANN, Darlehensvertrag, 134 ff.).

182 Das Bundesgericht versteht unter Klumpenrisiko die Herbeiführung einer gefährlichen Risikokonzentration (vgl. BGE 113 II 57 und die dort zitierte Literatur).

auch die Nichtbezahlung von paritätischen Sozialversicherungsbeiträgen gehört zu dieser Fallgruppe¹⁸³.

- *Pflichtwidrige Protokollführung* insbesondere im Zusammenhang mit der Feststellung der Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung¹⁸⁴, wobei auch die fehlende Protokollführung unter Umständen zu einer Verantwortlichkeitsklage führen kann¹⁸⁵.
- *Pflichtwidrige Verletzung von Gesetz oder Statuten* namentlich im Zusammenhang mit Verletzung von Aktionärsrechten (Dividendenrecht, Bezugsrecht, Anspruch auf Gleichbehandlung¹⁸⁶) oder bei rechtswidriger Rückzahlung des Aktienkapitals¹⁸⁷ bzw. Schwindelgründungen¹⁸⁸; ebenfalls zu dieser Fallgruppe gehören die Nichtablieferung von Verrechnungssteuer bei Dividendenzahlungen oder von Liquidationsgewinnsteuer bei Auflösung der Gesellschaft ohne formelle Liquidation¹⁸⁹.
- *Pflichtwidriger Verstoss gegen die Sorgfalts- und Treuepflicht*, wie sie in Art. 717 OR ausdrücklich vorgeschrieben ist; dazu gehören praktisch sämtliche übrigen Fälle von Sorgfaltspflichtverletzungen wie namentlich mangelnde Bonitätsabklärungen von Geschäftspartnern, übermässige unentgeltliche Zuwendungen, unterlassene Massnahmen bei Überschuldung oder Illiquidität¹⁹⁰, Verletzung der Geheimhaltung, Konkurrenzierung der Gesellschaft und Insidergeschäfte¹⁹¹.

21.76 Es sei nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die geltend gemachten Pflichtwidrigkeiten *unterschiedliche Konsequenzen* haben können, je nach Art der verletzten Pflicht und nach Organisationsstruktur der Gesellschaft. Handelt es sich um eine Verletzung einer undelegierbaren und unentziehbaren Aufgabe gemäss Art. 716a OR, so hat der Verwaltungsrat in jedem Falle dafür einzustehen. Wird jedoch eine andere Pflicht verletzt, so kann sich der Verwaltungsrat unter Umständen durch den Hinweis auf eine erfolgte Delegation von der Verantwortlichkeit befreien. Überträgt ein Verwaltungsrat die Erfüllung seiner Aufgaben nämlich befugterweise (d.h. mit entsprechender statutarischer Grundlage und gemäss einem Geschäftsreglement) einem anderen Organ und verursacht dieses einen Schaden, so hat der Verwaltungsrat dann keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen und haftet

183 Vgl. BGE 109 V 86 und 103 V 120.

184 Vgl. dazu das kuriose Urteil des Kassationshofes vom 22. August 1994 in BGE 120 IV 199.

185 ZK-HOMBURGER, Art. 713 OR N 340 mit entsprechenden Literaturhinweisen.

186 Allein zu diesem Aktionärsrecht ist eine Habilitationsschrift erschienen: HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994.

187 Das Rückforderungsverbot von Art. 680 Abs. 2 OR wurde in ein Rückzahlungsverbot umgewandelt, vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, bestätigt durch BGE 109 II 128 E. 2; zum Ganzen ausführlich GLANZMANN, 71 ff.; die einzelnen Tatbestände der Einlagenrückgewähr werden umfassend besprochen bei MÜLLER, Unerlaubte Kapitalentnahmen, 74 ff.

188 Als Beispiele für Schwindelgründungen zitiert GROSS: BGE 102 II 359; ZR 60 (1961) Nr. 98, 221; BGE 49 II 241 ff.

189 Der Verwaltungsrat haftet in diesem Falle für die Verrechnungssteuer bezüglich dem Liquidationsüberschuss; vgl. BGE 115 Ib 393.

190 Vorgeschrieben in Art. 725 OR.

191 Zu den einzelnen Sorgfalts- und Treuepflichten vgl. ZK-HOMBURGER, Art. 717 OR N 810 ff. bzw. 837 ff.

demzufolge nicht, wenn er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung dieses Organs die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat¹⁹².

Je nach Gesellschaftszweck müssten verschiedene Beispiele als typisch für Sorgfaltspflichtverletzungen angeführt werden. Dies würde jedoch den Rahmen dieses Kapitels sprengen. Es sei deshalb exemplarisch lediglich nochmals auf den *Insiderartikel* von Art. 161 StGB verwiesen. Der Verwaltungsrat eines Finanzinstitutes ist wohl beraten, zur Vermeidung von Insidergeschäften zweckmässige Weisungen zu erlassen und angemessene organisatorische Vorkehrungen zu treffen¹⁹³.

bb) Einredemöglichkeiten der Verantwortlichen

Die möglichen Einreden sind *je nach Art der Klage eingeschränkt*. So können Einreden, welche dem Verwaltungsrat gegen die Klage der Gesellschaft oder gegen die Klage einzelner Gläubiger zustehen, einer Verantwortlichkeitsklage der Konkursmasse nicht entgegengehalten werden¹⁹⁴. Das Bundesgericht hat seine diesbezügliche Rechtsprechung bereits 1991 geändert. Es geht nun davon aus, dass ein Abtretungsgläubiger im Falle eines Konkurses nicht mehr aus eigenem Recht klagt, sondern ausschliesslich aus dem Recht der Gläubigergemeinschaft. Damit sind persönliche Einreden gegen den Gläubiger, aber auch solche gegen die Gesellschaft ausgeschlossen¹⁹⁵.

Die *frühzeitige Prüfung aller Einredemöglichkeiten* ist sehr wichtig, unabhängig davon, ob ein Rechtsanwalt als Kläger oder als Beklagter mit dem Vorwurf der unsorgfältigen Führung eines Verwaltungsratsmandates konfrontiert ist. Dazu gehört vorab die Einrede der mangelnden Organschaft. Selbst bei rechtsgültiger Eintragung im Handelsregister ist nämlich noch nicht geklärt, ob im fraglichen Zeitpunkt tatsächlich eine Organhaftung bestand oder nicht¹⁹⁶. Entscheidend ist die Möglichkeit, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen. Das ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden des Verwaltungsrates der Fall¹⁹⁷. Nicht die Löschung im Handelsregister, sondern die faktische Möglichkeit der Einflussnahme ist somit von Bedeutung. Mindestens ebenso wichtig ist aber auch die Geltendmachung einer allfälligen rechtsgültigen Delegation, sofern es sich nicht wie erwähnt um undelegierbare Aufgaben nach Art. 716a OR handelt.

Klagt ein *Aktionär*, so ist zu prüfen, ob er wirklich Aktionärsenschaft hat und wie weit er bereits Décharge für die beanstandeten Tätigkeiten erteilt hat. Denkbar sind in diesem Zusammenhang auch die Einreden der Einwilligung und des Selbstverschuldens, des Verzichts bzw. des Rangrücktritts sowie letztlich auch des Rechtsmissbrauchs.

192 Art. 754 Abs. 2 OR; WIEGAND, 12, bezeichnet dies als substantielle Milderung der verwaltungsrätlichen Haftung.

193 BÖCKLI, Insiderstrafrecht, 95 bzw. 143 ff., mit einem Muster für ein Merkblatt des Verwaltungsrates zum neuen Insiderstrafrecht.

194 BGE 117 II 432.

195 Vgl. zur Raschein-Praxis oben Rz 21.43.

196 Zu den Voraussetzungen einer Organschaft BGE 117 II 570 ff.

197 BGE 109 V 94.

- 21.81** Im Falle eines *Konkurses* ist die Gültigkeit sämtlicher diesbezüglicher Rechtshandlungen zu hinterfragen, so insbesondere die Kollokation¹⁹⁸, die Einsetzung einer ausserordentlichen Konkursverwaltung, die Beschlüsse der Gläubigerversammlung, die Ermächtigung zum Prozess, die Abtretung an einen Gläubiger etc.
- 21.82** Letztlich lohnt es sich oftmals, auch die *Verjährung* genau zu berechnen¹⁹⁹. Seltener dürften wohl Einreden wegen abgeschlossenem Vergleich oder gar wegen abgeurteilter Sache Erfolg haben. Auch die Einrede der örtlichen oder sachlichen Unzuständigkeit ist selten von Erfolg gekrönt²⁰⁰.

c) *Adäquater Kausalzusammenhang*

- 21.83** Als dritte Voraussetzung für eine Haftung als Organ muss vom Kläger der adäquate Kausalzusammenhang zwischen den Handlungen bzw. Unterlassungen und dem Schaden nachgewiesen werden. Das Bundesgericht verlangt diesbezüglich allerdings keinen strengen, absoluten Beweis²⁰¹. Die Adäquanz kann insbesondere auch dann nicht verneint werden, wenn der Schaden auch bei einem anderen an sich möglichen Verhalten eingetreten wäre²⁰².
- 21.84** Grundsätzlich könnte der adäquate Kausalzusammenhang durch *grobes Selbstverschulden* oder *Zufall* durchbrochen werden. Doch in der Gerichtspraxis werden solche Einwendungen meist nur unter dem Verschuldensaspekt als Reduktionsgrund gewürdigt²⁰³.

d) *Verschulden*

aa) Objektiver Verschuldensbegriff

- 21.85** 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 objektivierter Verschuldensbegriff zu Grunde gelegt²⁰⁴. 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»²⁰⁵. Als Konsequenz dieses ob-

198 Die Frage, ob die Kollokationseinrede in einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess zulässig sei oder nicht, ist in der Rechtsprechung umstritten (vgl. KUNZ, 205); der massgebende BGE 111 II 81 ist in der Doktrin auf harsche Kritik gestossen (KUNZ, 206). Der belangte Verwaltungsrat muss jedenfalls dann die Kollokationseinrede erheben können, wenn sich die Klage auf Art. 757 Abs. 1 OR stützt (ebenso KUNZ, 208).

199 Nach Art. 760 OR beträgt die relative Verjährungsfrist fünf Jahre und die absolute zehn Jahre, wobei die allenfalls längere strafrechtliche Verjährungsfrist vorgeht; zu beachten ist jedoch die kurze Anfechtungsfrist für Generalversammlungsbeschlüsse von sechs Monaten nach Art. 758 Abs. 2 OR.

200 Der Gerichtsstand ist nach Art. 761 OR klar am Sitz der Gesellschaft definiert.

201 Vgl. GROSS, 199, und die dort in Fn 357 zitierten Entscheidungen.

202 Vgl. BJM 1954, 256.

203 Dazu ausführlich GROSS, 201 f.

204 Dies ist heute feststehende Praxis des Bundesgerichtes; vgl. ZK-HOMBURGER, Art. 717 OR N 821.

205 FORSTMOSER, Rz 292 mit weiteren Literaturhinweisen.

jektivierten Massstabes sind nur Umstände objektiver Art, nicht aber solche subjektiver Art zu berücksichtigen.

bb) Objektive Umstände²⁰⁶

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes erhöhen die anspruchsvolle Tätigkeit, die umfangreiche Tätigkeit, ein sehr hohes Verwaltungsrats-Honorar, aber auch die risikoreiche Tätigkeit die Anforderung an die Sorgfalt²⁰⁷. **21.86**

cc) Subjektive Umstände

Aus dem objektivierten Verschuldensbegriff folgt andererseits, dass subjektive Umstände keine Berücksichtigung finden. So begründen insbesondere Zeitmangel, Abwesenheit, passives Verhalten, mangelnde Fachkenntnis, Unwissenheit und Unfähigkeit keinen Entschuldigungsgrund²⁰⁸. Aber auch Weisungsgebundenheit, Kompetenzaufteilung innerhalb des Verwaltungsrates, Interessenkonflikt, geringe Höhe des Verwaltungsrats-Honorars und eigene Demission vermögen das Verschulden nicht zu reduzieren²⁰⁹. **21.87**

IV. Verhandlungs- und Prozessführung

1. Vorprozessuale Handlungen

a) *Absprache mit anderen Prozessbeteiligten*

In Verantwortlichkeitsprozessen werden meistens sämtliche finanziell leistungsfähigen Organe eingeklagt. Es ist daher naheliegend, dass sich die Beklagten untereinander absprechen und gegenseitig Informationen austauschen. Da die Standpunkte und Interessenlagen der Organe, insbesondere zwischen Revisionsstelle und Verwaltungsrat, jedoch oftmals in wesentlichen Punkten verschieden sind, sollten *separate Rechtsvertreter* beigezogen werden. V.a. dann, wenn Vergleichsverhandlungen geführt werden, zeigt sich die Problematik eines einzigen Rechtsvertreters; ein Vergleich gilt nämlich nur zwischen den vertragsschliessenden Parteien, während der Prozess gegen die übrigen Organe unverändert fort dauert. **21.88**

Entschliessen sich einzelne Verwaltungsräte aus Kostengründen, einen *gemeinsamen Rechtsvertreter* zu beauftragen, so sollte unbedingt schon von Anfang an über die Kostentragung eine Regelung getroffen werden. Spätestens dann, wenn ein Teil der Beklagten zu einer Zahlung verurteilt wird, die anderen aber nicht, wird es sonst zu Problemen kommen. **21.89**

206 Auf die faktische Kausalhaftung bei Forderungen der Sozialversicherungsbehörden wurde bereits oben in Rz 21.39 eingegangen.

207 Dazu ausführlich GROSS, 206 ff., mit entsprechenden Literatur- und Judikaturhinweisen.

208 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.

209 Dazu ausführlich GROSS, 208 ff., mit entsprechenden Literatur- und Judikaturhinweisen.

21.90 Gelegentlich versuchen Aktionäre einen Verantwortlichkeitsprozess vorzubereiten, indem sie über eine *Sonderprüfung* weitere Angaben zu einem bestimmten Problemkreis erhalten möchten. Das Bundesgericht hat jedoch klargestellt²¹⁰, dass Gegenstand einer Sonderprüfung nur Interna der Gesellschaft sein können; ein Sonderprüfer kann nicht mit einer allgemeinen Marktuntersuchung beauftragt werden. Überdies verlangt die Einsetzung eines Sonderprüfers nach Art. 697a Abs. 1 OR nicht nur die vorgängige Ausübung des Auskunfts- oder Einsichtsrechtes, sondern auch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse. Der Verwaltungsrat soll deshalb nicht leichthin einer Sonderprüfung zustimmen.

b) *Beizug von Spezialisten*

21.91 Nur wenige Anwälte haben eine derart breite Erfahrung mit Verantwortlichkeitsprozessen, dass sie mit gutem Gewissen auf den Beizug von Spezialisten verzichten können. Damit soll nicht unterstellt werden, dass es allen Rechtsanwälten an den notwendigen betriebswirtschaftlichen Kenntnissen fehlt. Aber nur ein *externer Sachverständiger* ist in der Lage, die zu Grunde liegenden Fakten objektiv zu analysieren und zu würdigen. Und da solche Spezialisten meistens ohnehin selbst bei anderen Gesellschaften tätig sind, kennen sie die Problematik der verwaltungsrechtlichen Verantwortung.

21.92 Je nach Art der Vorwürfe und der Mandatsituation könnte der Beizug einer der folgenden Spezialisten von Vorteil sein:

- Sachverständiger der eigenen Mandatsversicherung zur Festlegung der Prozessstrategie und Vorbereitung von Vergleichsverhandlungen;
- dipl. Treuhandexperte oder dipl. Bücherexperte bei Fragen bezüglich Bonität, Klumpenrisiko, Wertberichtigungen und Rückstellungen;
- dipl. Steuerexperte bei Fragen im Zusammenhang mit Verrechnungssteuern oder Teilliquidationsgewinnsteuern;
- Ingenieure einer bestimmten Fachrichtung, falls die Werthaltigkeit oder Marktchancen von Entwicklungen, Patenten, Projekten etc. zur Diskussion stehen.

21.93 Der Beizug solcher Spezialisten ist in der Regel recht *kostenintensiv*. Um unnötige Überraschungen zu vermeiden, lohnt sich deshalb meistens die Fixierung einer Pauschale im Voraus. Mit der Geheimhaltungspflicht gibt es solange keine Probleme, als den beratend beigezogenen Spezialisten ebenfalls eine Geheimhaltungspflicht auferlegt wird²¹¹.

c) *Vergleichsverhandlungen*

21.94 Wie bei anderen prozessualen Auseinandersetzungen lohnen sich auch bei Verantwortlichkeitsprozessen Vergleichsverhandlungen. Dabei geht es in erster Linie um die *gegenseitige Beurteilung von Prozess- und Inkassochancen*. Wenn davon ausgegangen werden muss, dass die verantwortlichen Organe zufolge fehlender Versiche-

²¹⁰ BGE 123 III 261.

²¹¹ Nach PLÜSS, 45, ist das Risiko direkter oder indirekter Nachteil für die Gesellschaft gering zu veranschlagen, weshalb ein Geheimhaltungsinteresse dem Beizug von Beratern normalerweise nicht entgegensteht.

rungsdeckung gar nie in der Lage sein werden, die eingeklagten Summen zu bezahlen, wird ein Vergleichsabschluss wirtschaftlich betrachtet oftmals die bessere Lösung darstellen, als ein mühsam errungener Prozesssieg.

Beim Vergleichsabschluss ist dem besonderen Umstand Rechnung zu tragen, dass nach Art. 759 OR die verantwortlichen Organe solidarisch haften. Sofern nicht ein Vergleich zwischen allen Beklagten und allen Klägern zustande kommt, muss die *Regressmöglichkeit* einerseits und die *Klageanhebung eines Dritten* andererseits berücksichtigt werden. Bedingte Vergleiche mit aufgeschobener Zahlungspflicht können hier eine mögliche Lösung bilden. **21.95**

Kann eine der beklagten Parteien auf einen entsprechenden Versicherungsschutz zurückgreifen, so ist bei den Vergleichsverhandlungen auch die *Versicherung* mit einzubeziehen. Im nachstehenden Exkurs soll deshalb noch ganz generell auf die Versicherungsmöglichkeit im Zusammenhang mit einem Verwaltungsratsmandat eingegangen werden. **21.96**

d) *Versicherung*

Wie anfänglich aufgezeigt wurde, ist das Haftungsrisiko aus dem Verantwortlichkeitsrecht gross. Die nicht vorhersehbare Schadenssumme sowie die nachzuweisende Pflichtwidrigkeit ergeben dabei eine gewisse Rechtsunsicherheit, welche im Rahmen einer Versicherung gedeckt werden kann. Der Versicherungsschutz umfasst dabei die Abwehr unbegründeter Ansprüche und die Entschädigung begründeter Ansprüche im Falle einer erwiesenen Verantwortlichkeit. Gedeckt werden demzufolge Gerichts- und Verteidigungskosten, insbesondere aber auch der allfällig zu leistende Schadenersatz. Die Versicherungsform, welche sich in den letzten Jahren in der Schweiz durchgesetzt hat, ist die D&O-Versicherung (*Directors and Officers Liability Insurance*). In der Schweiz offerieren zahlreiche Versicherungsgesellschaften D&O-Versicherungen, wobei ihr Abschluss häufig von der Gesellschaft für alle geschäftsführenden Personen erfolgt²¹². Die aktive Geschäftsführung und die entsprechenden Risiken daraus sind notwendigerweise über eine D&O-Versicherung abzusichern. **21.97**

Individuelle Versicherungen betreffend die Verantwortlichkeit aus einem Verwaltungsratsmandat sind weniger üblich, können jedoch durchaus mit den traditionellen Berufshaftpflichtversicherungen abgeschlossen werden. **21.98**

Grundsätzlich überprüft jede Versicherungsgesellschaft vor Vertragsabschluss das zu versichernde Mandat. Demzufolge hat der Versicherungsnehmer Angaben zu machen über den Firmenzweck, seine Mandatsfunktion, die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse und den aktuellen Vermögensstand. Von entscheidender Bedeutung ist dabei der letzte Revisionsbericht, denn bei irgendwelchen Einschränkungen erfolgt in der Regel keine Versicherung. Bei Spezialfunktionen wie z.B. alleiniger Verwaltungsrat, Verwaltungsrat-Delegierter oder Verwaltungsrat-Präsident ohne delegierte Geschäftsführung wird eine Versicherung meistens nur dann zugestanden, wenn in einem Mandatsvertrag eine spezielle Enthaltungsklausel ver- **21.99**

212 BÄRTSCHI, 39; vgl. zum schweizerischen D&O-Versicherungsmarkt HALLER, 249.

einbart wurde. Versicherungsschutz wird nämlich grundsätzlich nur jenen Rechtsanwälten geboten, die als Verwaltungsrat nicht selbst geschäftsführend sind.

Eine Enthaltungsklausel kann z.B. wie folgt formuliert sein²¹³:

«Der Mandant verpflichtet sich und seinen Rechtsnachfolger, den Mandatar von jeglichen Haftpflichtansprüchen, die gegen ihn in seiner Eigenschaft als Gründer, Aktionär, Verwaltungsratsmitglied, Präsident und Liquidator erhoben werden, schad- und klaglos zu halten, es sei denn, der Mandatar habe den Schaden absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt.»

21.100 Nicht versicherbar bzw. von der Deckungseinschränkung betroffen sind folgende Fälle:

- Haftung wegen strafrechtlich relevanten Handlungen bzw. Unterlassungen (Verbrechens- und Vergehensklausel);
- Haftung für Steuern und Abgaben (Art.52 AHVG; Art.15 VStG; Art.25 MWSTV)²¹⁴,
- Haftung für vertragliche Leistungen, die über die gesetzliche Haftpflicht hinausgehen (z.B. Zahlungsgarantien, aber auch Verrechnungssteuerforderungen bei Liquidation oder Sitzverlegung ins Ausland²¹⁵);
- Haftung wegen vorsätzlicher Schädigung (z.B. Spekulationsgeschäft);
- Haftung für entstandene Schäden nach Bekanntwerden der Überschuldung;
- Haftung als geschäftsführendes Mitglied (Verwaltungsratspräsident ohne Delegation, Verwaltungsrat-Delegierter, alleiniger Verwaltungsrat, Geschäftsführer);
- Haftung als faktisches Organ.

21.101 Ist die Gesellschaft bereits überschuldet bzw. illiquid oder wurde dem Verwaltungsrat bereits mit einer Verantwortlichkeitsklage gedroht bzw. ist ein solcher Prozess sogar schon hängig, so ist aus verständlichen Gründen kein Versicherungsabschluss mehr möglich. Bereits bei der Annahme eines Verwaltungsratsmandates sollte sich deshalb der Anwalt überlegen, ob sich nicht allenfalls eine entsprechende Versicherung lohnen würde.

21.102 Wird das Verwaltungsratsmandat beendet, gleichgültig ob durch eigenen Rücktritt oder Abwahl, so sollte unbedingt eine sog. Nachversicherung abgeschlossen werden, denn wie bereits weiter oben unter den zeitlichen Verhältnissen²¹⁶ erörtert, können Verantwortlichkeitsklagen, Steuer- oder Sozialversicherungsforderungen auch noch nach mehreren Jahren erhoben werden. Wird die Mandatsversicherung zusammen mit dem Mandat beendet, so endet gleichzeitig auch der Versicherungsschutz. Es gilt das «claims made»-Prinzip, d.h. versichert sind nur Ansprüche, die während der Dauer der Versicherung vom Geschädigten erhoben bzw. gestellt wer-

213 Entsprechend dem Muster eines Mandatsvertrages bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 934 ff.

214 Dazu mit ausführlicher Begründung HÜTTE, Versicherung, 42 ff.

215 Art. 15 des Bundesgesetzes vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer (SR 642.21) statuiert eine solidarische Mithaftung der Organe im Sinne einer Garantenhaftung; eine Versicherungsdeckung wäre nur dann gegeben, wenn der Rechtsanwalt die Liquidation oder die Sitzverlegung nicht als Verwaltungsrat geduldet, sondern im Rahmen eines Auftrages und somit bei der Berufsausübung durchgeführt hätte.

216 Oben Rz 21.48 f.

den. Die Nachversicherung garantiert, dass der Versicherungsschutz solange weiterläuft, bis allfällige Klagerechte verjährt bzw. verwirkt sind.

2. Prozessuale Handlungen

a) Gerichtsstand

Nach Art. 40 ZPO ist für eine Verantwortlichkeitsklage das Gericht am *Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Sitz der Gesellschaft* zuständig. **21.103**

Nach wie vor zulässig, aber nur im Rahmen der sehr restriktiven Rechtsprechung und verbunden mit vielen Problemen, sind *statutarische Schiedsgerichtsklauseln*. Dabei ist allerdings zu beachten, dass zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (wie z.B. einer Handelsregistersperre) gemäss Art. 26 Abs. 1 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit allein die staatlichen Gerichte zuständig sind. **21.104**

b) Streitwert

Wer eine Verantwortlichkeitsklage anhängig macht, ist grundsätzlich nicht verpflichtet, von vornherein den gesamten Schaden geltend zu machen. Bei entsprechender Möglichkeit nach kantonalem Prozessrecht wird deshalb vereinzelt versucht, zuerst mit einer *Teilklage* und unter einem Nachklagevorbehalt die Prozesschancen abzustecken. Gleichzeitig erwartet dabei der Kläger eine Minimierung seines Prozessrisikos²¹⁷. Diese Rechnung kann jedoch unter Umständen durch eine Widerklage auf Feststellung des gesamten Schadens durchkreuzt werden. Dadurch erhält allerdings die Klägerseite das Recht auf die letzte Prozessschrift bzw. den letzten Vortrag an Schranken. **21.105**

Die *Kostenfolge* in einem Verantwortlichkeitsprozess ist v.a. dann für den Kläger ein Problem, wenn er mehrere Organe gemeinsam einklagt und damit rechnen muss, dass einzelne Beklagte obsiegen. Das Bundesgericht hat deshalb aus Art. 759 Abs. 2 OR gefolgert, der Kläger solle vom Risiko befreit werden, Kosten und Entschädigung im Verhältnis zu einzelnen Beklagten tragen zu müssen, welche im Prozess obsiegen²¹⁸. Stattdessen habe der Kläger das Kosten- und Entschädigungsrisiko nur gegenüber einer Gegenpartei zu tragen. Dringt der Kläger demnach mit seiner Klage auch nur gegenüber einem einzigen Beklagten durch, so haben die übrigen die Gerichts- und Prozessgebühren solidarisch mitzutragen und erhalten keine Entschädigung, auch wenn sie selbst im Prozess obsiegen²¹⁹. **21.106**

c) Streitverkündung

Nach Art. 759 Abs. 1 OR sind mehrere Personen solidarisch haftbar, wenn sie für denselben Schaden ersatzpflichtig sind. Nun ist der Kläger, der eine Verantwortlich-

21.107

217 Der Streitwert und damit auch die Gerichtsgebühren und Prozessentschädigungen richten sich nämlich klar nach dem eingeklagten Gesamtschaden (FORSTMOSER, Rz 581; GROSS, 274).

218 BGE 122 III 324, besprochen durch VOGEL OSKAR, ZBJV 1997, 773 f.

219 VOGEL OSKAR, ZBJV 1997, 773 f., bezeichnet diese Auslegung zwar als kühn, aber dem Willen des Gesetzgebers entsprechend.

keitsklage einreicht, aber nicht verpflichtet, alle ersatzpflichtigen Personen zu belangen. Er kann sich beispielsweise nur jenen Verwaltungsrat als Beklagten aussuchen, den er als am solventesten betrachtet. In solchen Fällen wird der Beklagte den übrigen möglichen Verantwortlichen zweckmässigerweise den Streit verkünden. 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.

- 21.108** Es bedarf wohl keiner näheren Begründung, dass sich auch die übrigen Organe gegen eine Klage wehren werden, wenn ihnen der Streit verkündet wird. Dabei kann es durchaus sein, dass sie dem ursprünglich Beklagten die ganze Schuld allein zuschieben wollen. Die Vor- und Nachteile einer Streitverkündung sind deshalb genau abzuwägen.
- 21.109** Ein besonderes Problem kann im Zusammenhang mit dem Anwaltsgeheimnis entstehen. Übernimmt ein Rechtsanwalt die Funktion eines Verwaltungsrates und ist er aufgrund eines entsprechenden Mandatsvertrages weisungsgebunden, so wird das Anwaltsgeheimnis spätestens dann akut, wenn dieser Verwaltungsrat genau deshalb einer Verantwortlichkeitsklage ausgesetzt wird, weil er die Weisungen seines Mandanten befolgt hat. In einem solchen Falle hat sich der Rechtsanwalt zuerst aufsichtsrechtlich von seinem Anwaltsgeheimnis entbinden zu lassen, bevor er den Mandatsvertrag und die Weisungen im Prozess offenlegt. Die eigentliche Verwaltungsratsstätigkeit gehört nach Auffassung des Bundesgerichtes nicht zur typischen Anwaltstätigkeit, weshalb eine Entbindung vom Anwaltsgeheimnis auch im Falle eines Mandatsvertrages durchaus möglich ist²²⁰.

d) *Expertisen*

- 21.110** Bereits im Zusammenhang mit den vorprozessualen Massnahmen wurde darauf hingewiesen, dass der Beizug von Spezialisten von Vorteil sein kann. Im Prozess selbst können Expertisen ebenfalls hilfreich sein, um dem Gericht die eigenen Argumente besser zu begründen. Auch Expertisen sind in der Regel aber teuer und werden von der Gegenseite überhaupt nicht und vom Gericht oft nur teilweise anerkannt. Dennoch sollte man ihren Einsatz genau prüfen. In vielen Fällen verzichtet die andere Seite nämlich schon aus Kostengründen auf eine Gegenexpertise, womit sich die Beweislage oftmals verbessert.
- 21.111** Expertisen sollten nur mit *klar definierten Aufgaben* und wenn möglich nur mit einem *maximalen 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 Revisionshandbuch der Schweiz. Konkrete Expertiseaufträge im Zusammenhang mit Verantwortlichkeitsklagen können sein:

220 Vgl. dazu den begleitenden BGE 115 Ia 197 ff.

- 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.

3. Nachprozessuale Handlungen

a) Bei Abweisung der Verantwortlichkeitsklage

Wird die Verantwortlichkeitsklage rechtskräftig abgewiesen, so kann vorab eine allfällige zugesprochene Parteientschädigung eingefordert werden. Dabei muss die unter Umständen stossende Kostenregelung gemäss Bundesgerichtspraxis²²¹ zu Gunsten des Klägers hingenommen werden. **21.112**

Wurde der beklagte Rechtsanwalt zur Unterbrechung der Verjährung vorgängig betrieben, so hat er gestützt auf Art. 85a SchKG die Möglichkeit, diesen Registereintrag gerichtlich beseitigen zu lassen. Da Betreuungseinträge gerade für einen Rechtsanwalt oftmals hinderlich sein können, sollte von dieser Möglichkeit unbedingt Gebrauch gemacht werden. **21.113**

Leider ist mit einem gewonnenen Prozess oftmals noch nicht die ganze Schlacht gewonnen. 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 Aussenverhältnis²²². Es lohnt sich deshalb, eine allfällige Versicherung bzw. Nachversicherung weiterzuführen und sämtliche Akten aus dem Verwaltungsratsmandat vollständig aufzubewahren. **21.114**

b) Bei Gutheissung der Verantwortlichkeitsklage

Art. 759 Abs. 3 OR gibt dem unterlegenen Rechtsanwalt 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 ist²²³. **21.115**

221 BGE 122 III 324; vgl. oben Rz 21.105 f.

222 GROSS, 243.

223 BÖCKLI, Aktienrecht, Rz 2030.

- 21.116** 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 tun²²⁴. Dies bedeutet konkret, dass der belangte und unterlegene Verwaltungsrat in einem völlig neuen Regressprozess nochmals die Haftung im Innenverhältnis beurteilen lassen kann²²⁵.

V. Checklisten

1. Sorgfältige Erfüllung aller VR-Aufgaben

- 21.117** Die unentziehbaren und undelegierbaren Hauptaufgaben eines Verwaltungsrats sind in Art. 716a OR aufgelistet. Darüber hinaus bestimmt Art. 717 OR, dass diese Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen sind (sog. objektivierter Sorgfaltsmassstab) und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren sind. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit lassen sich daraus folgende konkrete Aufgaben des Verwaltungsrats ableiten:

a) *Oberleitung der Gesellschaft*

- 21.118**
- Festlegung der Unternehmensstrategie mit Vision und Leitbild gemäss Vorgabe in den Statuten und in einer allfälligen Eignerstrategie;
 - Analyse von Stärken und Schwächen, Gefahren und Chancen des Unternehmens (SWOT-Analyse) im Hinblick auf die Unternehmensstrategie;
 - Wahl der Mittel und Ressourcen, um die Unternehmensstrategie umzusetzen und Festhalten der Vorgaben in einem Businessplan;
 - Erteilung von Weisungen an die Geschäftsleitung zur Umsetzung der Unternehmensstrategie bzw. Vollzug des Businessplans;
 - Sicherstellung, dass bei jeglicher Geschäftstätigkeit stets alle gesetzlichen, statutarischen und reglementarischen Vorschriften befolgt werden (Compliance);
 - Verhinderung von unrichtigen oder irreführenden Angaben in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen bei der Ausgabe von Aktien oder anderen Titeln;
 - Festlegung der Personalpolitik inkl. Umgang mit Sozialpartnern und Massnahmen zur Verhinderungen von Diskriminierung und sexueller Belästigung;
 - Einholen aller notwendigen behördlichen Bewilligungen zur Aufnahme und Fortführung der Geschäftstätigkeit;
 - Erlass einer Risk Management Policy, um die systematische Erfassung, Bewertung und Bearbeitung aller für das Unternehmen relevanten Risiken sicherzustellen;
 - im Falle von Tochtergesellschaften Vorgaben zur Gruppenführung, insbesondere bezüglich erlaubten Hinweisen auf die Konzernstruktur (Konzernhaftung);

²²⁴ MAUD, Aktienrecht, Rz 2029 und 2029b, mit ausführlichem Hinweis auf die nationalrätliche Debatte.

²²⁵ Das Regressverhältnis kann – muss aber nicht – im Hauptprozess beurteilt werden (BSK OR II-GERICKE/WALLER, Art. 759 OR N 11).

- Festlegung der Immaterialgüterstrategie, insbesondere welche relevanten Immaterialgüter in welcher Form und in welchen Ländern geschützt werden sollen;
- Festlegung der Kommunikationsstrategie gegen Innen und Aussen, eventuell in einem Kommunikationsreglement inkl. Umgang mit Social Media und entsprechendem Monitoring;
- Vorgabe von Grundsätzen des Vertragsmanagements zur Verhinderung von übermässigen Risiken insbesondere durch Garantien oder Konventionalstrafen;
- Entscheid über den Abschluss wichtiger Verträge wie Alleinvertriebsverträge, Agenturverträge, Lizenzverträge oder Baurechtsverträge;
- Sicherstellung des notwendigen Schutzes aller relevanten Immaterialgüter, insbesondere Firma, Domain-Name, Marken, Design und Patente;
- Abhaltung von VR-Sitzungen gemäss Führungskalender, um das Unternehmen zu führen und zu kontrollieren sowie bei Zielabweichungen fristgerecht einzugreifen;
- mindestens einmal jährlich kritische Diskussion der aktualisierten Master Risk List mit den grössten Risiken und den diesbezüglich einzuleitenden Massnahmen;
- Mindestens einmal jährlich Überprüfung der Versicherungssituation aufgrund einer aktualisierten Versicherungsübersicht bezüglich Vollständigkeit und Angemessenheit.

b) Organisation der Gesellschaft

- Beschluss über die interne Konstituierung des VR mit Bestimmung von Präsident, Vizepräsident und Sekretär; **21.119**
- Festlegung der Entschädigung für die VR-Mitgliedschaft, für allfällige Zusatzfunktionen sowie für eventuelle Sonderaufträge (Entschädigungsreglement);
- Beschluss über die Delegation der Geschäftsführung an einen VR-Delegierten oder an eine Geschäftsleitung mit entsprechendem Stellenbeschrieb;
- Bestimmung der Organisationsstruktur des Unternehmens und basierend darauf Festlegung des Organigramms;
- Bestimmung des für die Sicherheit im Unternehmen Verantwortlichen (Sicherheitsbeauftragter) und Klarstellung seiner Aufgaben in einem Stellenbeschrieb;
- Erlass eines Organisationsreglements zur Klarstellung von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten innerhalb des Unternehmens;
- Festlegung eines Funktionendiagramms zur Abgrenzung der Kompetenzen von strategischer und operativer Führungsebene;
- Erlass aller erforderlichen Reglemente und Weisungen zur Sicherstellung einer ordnungsgemässen Geschäftstätigkeit;
- Vorgabe der Führungsinstrumente (MIS-Konzept), um eine ausreichende und rechtzeitige Information des VR sicherzustellen;
- Festlegung der Zeichnungsberechtigungen und falls notwendig zusätzlich Erlass einer internen Richtlinie zur Unterschriftenregelung;
- Vorgabe der Lohnpolitik für die Entlohnung der Mitarbeiter inkl. jährlicher Beschlussfassung über allfällige Anpassungen;
- Sicherstellung, dass die Eintragungen im Handelsregister stets vollständig und korrekt sind;

- im Falle von Namenaktien Aktualisierung und Kontrolle des Aktienbuches mit Klarstellung der jeweils physisch ausgegebenen Aktien;
- bei Namenaktien je nach Bedarf Beschluss über die Zustimmung zur Aktienübertragung unter Berücksichtigung allfälliger statutarischer Vinkulierungsbestimmungen;
- vollständige und wahrheitsgemässe Erstellung von Protokollen aller VR-Sitzungen und Sicherstellung einer 10-jährigen Aufbewahrung im Original.

c) *Finanzielle Führung der Gesellschaft*

- 21.120** □ Erlass von Weisungen zur Ausgestaltung des Rechnungswesens inkl. Vorgaben zur Abschlussgestaltung;
- periodische Genehmigung eines langfristigen Finanzplans, der die Umsetzung des Businessplans sicherstellen soll;
 - jährliche Festlegung des Budgets inkl. Investitionsbudget als Grundlage zur Planung und zur Erkennung von Zielabweichungen;
 - Vorgaben für ein eventuelles Cash Pooling im Konzern mit Angaben der notwendigen Sicherheiten für die Tochtergesellschaften in einem Cash Pool Reglement;
 - Erlass eines Anlagereglements, um die risikobewusste und nachhaltige Anlage von Assets, insbesondere von überschüssiger Liquidität, sicherzustellen;
 - Bestimmung der Finanzinstitute, namentlich Banken und Leasinggesellschaften, mit denen das Unternehmen zusammenarbeitet;
 - Entscheid über den Anschluss an eine anerkannte Vorsorgeeinrichtung (Pensionskasse) zur Sicherstellung der beruflichen Vorsorge aller Mitarbeiter;
 - Überwachung des angemessenen Verhältnisses von Fremdkapital und Eigenkapital zu vorhandenen Aktiven (Eigenfinanzierungsgrad);
 - monatliche Überprüfung der vorhandenen und zukünftig benötigten Liquidität (12-Monate rollierender Liquiditätsplan);
 - Festlegung der notwendigen Rückstellungen beim Jahresabschluss insbesondere für Steuern, Delcredere, Rechtsfälle und Garantien;
 - Verabschiedung des Jahresabschlusses mit Angabe aller Eventualverbindlichkeiten zu Händen der Generalversammlung;
 - permanente Überwachung und Sicherstellung, dass alle Sozialversicherungsabgaben und Steuern ordnungsgemäss gebucht und soweit fällig bezahlt sind;
 - Sicherstellung einer gesetzeskonformen und unabhängigen Revision der Jahresrechnung bzw. Konzernrechnung, sofern kein rechtskonformes Opting Out erfolgte;
 - Festlegung der von der Revisionsstelle speziell zu prüfenden Punkte, die nicht ohnehin jedes Jahr zu prüfen sind (Audit Plan);
 - Kontrolle von allfälligen Organdarlehen, sofern solche vom Verwaltungsrat überhaupt bewilligt werden.

d) *Ernennung, Überwachung und Abberufung der Geschäftsleitung*

- 21.121** □ Rekrutierung, Selektion und Ernennung von GL-Mitgliedern entsprechend dem Organigramm;

- Festlegung der GL-Entschädigung inkl. Spesenrichtlinie und allfälligem Erfolgsbeteiligungsreglement;
- Entscheid über Abschluss, Änderung und Auflösung der GL-Arbeitsverträge inkl. Stellenbeschreibung;
- jährliche Zielvorgabe an die GL-Mitglieder inkl. Vorgaben zur persönlichen Aus- und Weiterbildung;
- Sicherstellung der jährlichen Beurteilung aller GL-Mitglieder (GL-Evaluation) im Hinblick auf die Zielerreichung und allfällig zu treffende Optimierungsmassnahmen;
- Einleitung der erforderlichen Massnahmen bei Feststellung von Unregelmässigkeiten oder Delikten durch die Geschäftsleitung (Spezialaudit oder Strafanzeige);
- Sicherstellung der Nachfolgeplanung in der Geschäftsleitung inkl. Bestimmung von Stellvertretern für kurzfristige Ausfälle und Wechsel;
- Überwachung der Führung von Arbeitsgerichtsprozessen und Sicherstellung, dass unnötige Gerichtsprozesse vermieden werden.

e) *Erstellung des Geschäftsberichtes und Vorbereitung der GV*

- Redaktionelle Verantwortung für die Formulierung des Geschäftsberichtes, bestehend aus Jahresrechnung, Jahresbericht und allenfalls Konzernrechnung; **21.122**
- Beschluss über die allfällige Publikation des Geschäftsberichtes insbesondere im Internet und Festlegung des Verteilers der gedruckten Exemplare;
- Angaben zur Risikoüberprüfung im Anhang zur Jahresrechnung, insbesondere bezüglich Organisation des Risk Managements und Risk Policy;
- Festlegung von Ort und Datum der Generalversammlung sowie von allfällig speziell Einzuladenden;
- definitive Festlegung der Jahresrechnung inkl. Bilanz, Erfolgsrechnung und Anhang sowie des Vorschlags zur Gewinnverwendung;
- Festlegung der Traktandenliste mit Bekanntgabe der Anträge des Verwaltungsrates und der allfälligen Anträge der Aktionäre;
- Überprüfung der Unabhängigkeit der Revisionsstelle und Kontrolle der angemessenen Honorarstellung im Hinblick auf den Antrag zur Wahl der Revisionsstelle;
- Versand der Einberufung und der dazugehörigen Unterlagen unter Einhaltung der gesetzlichen Frist von 20 Tagen oder einer eventuellen längeren statutarischen Frist;
- Einladung der Revisionsstelle und Konzernprüfers sowie Beizug einer Urkundsperson (Notar) bei Statutenänderungen oder beim Liquidationsbeschluss;
- Bereitstellung der Unterlagen, die von Gesetzes wegen am Sitz der AG zur Einsicht aufgelegt werden müssen (mind. Geschäftsbericht und Revisionsbericht).

f) *Durchführung der GV und Vollzug ihrer Beschlüsse*

- Mitwirkung an der GV inkl. allfälliger Übernahme des Vorsitzes und Befolgung der Auskunftspflicht gegenüber den Aktionären; **21.123**
- Sicherstellung der Zutrittsberechtigung und Ausschluss von nicht zutrittsberechtigten Personen im Falle eines Widerspruches von Aktionären;

- Sicherstellung der korrekten Stimmmittlung inkl. Feststellung der Stimmbe-
rechtigung und Bereitstellung von Unterlagen für eine eventuelle geheime Ab-
stimmung;
- vollständige und wahrheitsgemässe Erstellung von Protokollen aller Generalver-
sammlungen und Sicherstellung einer 10-jährigen Aufbewahrung im Original.

g) *Anrufung und Benachrichtigung des Richters*

- 21.124** □ Anfechtung von GV-Beschlüssen, wenn diese offensichtlich gesetzlichen oder
statutarischen Vorschriften widersprechen;
- Veranlassung einer Zwischenrevision, falls begründete Besorgnis einer Über-
schuldung besteht;
 - Einberufung einer ausserordentlichen GV, falls Überschuldung droht oder fest-
gestellt wird, und Anträge auf Sanierungsmassnahmen;
 - bei gescheiterter Sanierung oder bei Aussichtslosigkeit einer Sanierung umge-
hende Benachrichtigung des Richters (Deponierung der Bilanz).

2. Überprüfung der Rechtmässigkeit eines Cash Poolings

21.125 Im Sinne einer Checkliste sollte sich der Verwaltungsrat einer Gesellschaft beim
Abschluss einer Vereinbarung, die ein Cash Pooling zum Gegenstand hat, folgende
Fragen stellen und allenfalls die entsprechenden Massnahmen einleiten:

- Ist das Cash Pooling durch den Gesellschaftszweck gedeckt? Bei Unsicherheit:
Legal Opinion einholen und Statuten gegebenenfalls anpassen.
- Übersteigt das maximale Risiko eines Mittelabflusses zu irgendeinem Zeitpunkt
die freien Reserven? Bei Unsicherheit: Bestätigung der Revisionsstelle einholen.
- Berührt die Vereinbarung die mittelfristige Liquiditätsplanung? Bei Unsicher-
heit: Bestätigung der Revisionsstelle einholen.
- Besteht die Gefahr, dass die Leistung oder Darlehensgewährung als verdeckte
Gewinnausschüttung qualifiziert werden könnte? Dieses Risiko besteht insbe-
sondere dann, wenn ein späterer Ausfall nicht ausgeschlossen werden kann.
- Sind genügend Rückstellungen zur Deckung allfälliger Steuerfolgen (namentlich
Verrechnungssteuer) vorhanden? Dieses Risiko besteht namentlich dann, wenn
bei einem Verlust auch der Ausfall der Gegenleistung droht.
- Würde eine unabhängige Drittpartei die Vereinbarung zu den gleichen Konditionen
ebenfalls abschliessen? Bei Unsicherheit: Expertise der Revisionsstelle einholen.
- Erhält die Gesellschaft eine angemessene Gegenleistung? Bei Unsicherheit: Ex-
pertise der Revisionsstelle einholen.
- Liegt ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Sicherheitsrisiko und Gegenlei-
stung oder ein Klumpenrisiko vor? Bei Unsicherheit: Expertise der Revisions-
stelle einholen.
- Hat die Generalversammlung die Vereinbarung betreffend Cash Pooling genehm-
igt, falls dies in den Statuten vorgesehen ist? Bei Unsicherheit: Generalver-
sammlung einberufen und Genehmigung einholen.
- Enthält der Cash Pool Vertrag die Bedingung, dass eine Leistung nur fällig wird,
wenn und soweit im Zeitpunkt der Beanspruchung freie Reserven für eine Aus-

schüttung zur Verfügung stehen und darüber hinaus auf den Liquiditätsüberschuss beschränkt sind? Bei Unsicherheit: Vertrag anpassen.

- Enthält der Cash Pool Vertrag eine Exit-Klausel? Bei Unsicherheit: Kurze, überschaubare Laufzeit vereinbaren.

3. Gesellschaftsdokumentation

In einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess fallen regelmässig sehr viele Akten an. Die sorgfältige Sammlung und Sortierung dieser Akten in einem frühen Prozessstadium ist sehr wichtig. Auch wenn im Einzelfall noch zusätzliche Akten benötigt werden, so lohnt es sich, *zumindest folgende Unterlagen von Anfang an bereitzustellen*. 21.126

- Handelsregisterauszug (aktuell und für massgebenden Zeitraum);
- Statuten (beglaubigtes Exemplar beim Handelsregister-Amt bestellen); Organisations- und Geschäftsreglement mit Funktionendiagramm (im Falle einer Delegation);
- Aktienbuch (bei Namenaktien);
- VR-Protokolle (wenn möglich mit Konstituierungsbeschluss, auch Zirkularbeschlüsse);
- GV-Protokolle (ordentliche und ausserordentliche);
- Geschäftsberichte;
- Revisionsberichte;
- Geschäftsleitungsprotokolle;
- Budgets;
- Monats- oder Quartalsrapporte (oftmals auch Finanzrapporte genannt); Bankunterlagen (insb. Kontoabschlüsse und Unterschriftskarten); Liquiditätspläne;
- Organigramm (eventuell entsprechende Auszüge aus Qualitätssicherungshandbuch); Arbeitsverträge und Stellenbeschriebe von leitenden Mitarbeitern;
- Produktkatalog (eventuell Werbe und Presseunterlagen, falls Vorwürfe in dieser Richtung bestehen);
- Liste mit registrierten Immaterialgüterrechten (einschliesslich Eintragungs- und Verfalldatum für Bewertung);
- wichtige Verträge (insb. Mandatsvertrag, falls abgeschlossen); Mietverträge/ Grundbuchauszüge;
- Liste der bestehenden Versicherungen mit Prämien und Leistungsangaben;
- Kopien der Steuererklärungen für massgebenden Zeitraum;
- Vollmachten/Unterschriftsberechtigung (Kopien oder interne Weisungen);
- Korrespondenz (insb. mit Aktionären, VR, GL und allfälligen Gläubigern); Besprechungsnotizen (eventuell auch Terminplaner etc.);
- Einladungen zu Generalversammlungen, VR- oder GL-Sitzungen.

4. Versicherungsabschluss

Um Ansprüche aus unsorgfältiger Führung eines Verwaltungsratsmandates abzudecken, kann ein Rechtsanwalt in der Regel eine entsprechende Haftpflichtversicherung abschliessen; allerdings nur im Voraus und nicht als geschäftsführendes VR- 21.127

Mitglied. Beim Abschluss einer solchen Versicherung sind *folgende Fragen abzuklären*:

- Müssen alle Mandate deklariert werden, weil sich der Versicherer vorbehält, einzelne Mandate nicht zu versichern?
- Welche Unterlagen benötigt die Versicherung für die Deckungsprüfung?
- Ist der Versicherungsgegenstand genügend weit gefasst?
- Ist nur die Tätigkeit als Verwaltungsrat oder auch als Liquidator versichert?
- Welche Leistungen werden im Schadenfall erbracht?
- Wie hoch ist der Selbstbehalt?
- In welchen Fällen ist der Deckungsumfang eingeschränkt oder aufgehoben? Ab welchem Datum und wie lange dauert der Versicherungsschutz?
- Wann muss die Versicherung im Schadenfall benachrichtigt werden?
- Wie hoch ist die Jahresprämie und welche Zahlungsarten sind möglich?

5. Aufdeckung von Vermögensdelikten

21.128 Leider kommen auch in den besten Gesellschaften hin und wieder Vermögensdelikte vor. Der Verwaltungsrat sollte deshalb nicht untätig bleiben, falls einige der folgenden *Warnsignale* gehäuft auftreten:

a) *Im Bereich Betriebsorganisation*

- 21.129**
- Häufige Organigrammänderungen;
 - häufige Kompetenzüberschreitungen;
 - fehlende Unterschriftskarten;
 - vorbereitete Blankounterschriften.

b) *Im Bereich Personal*

- 21.130**
- 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.

c) *Im Bereich Finanz- und Rechnungswesen*

- 21.131**
- Unerklärbare Kassendifferenzen;
 - unerklärbare Inventurdifferenzen;
 - unerklärbare Margen- und Umsatzverluste;
 - fehlende Budgetkontrolle;
 - unerklärbare Differenzen auf Bank- und PostFinancekonten;
 - 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.

d) Im Produktionsbereich

- Übermässiger Ausschuss; **21.132**
- fehlende oder mangelhafte Lagerkontrolle;
- wiederholte Veränderung von einzelnen Lagerstandorten;
- grosse Warenbestellungen ohne Bedarf;
- Investitionen ausserhalb des Investitionsbudgets.

e) Indizien in übrigen Bereichen

- Geschenke und Einladungen ohne besonderen Grund; **21.133**
- negative Pressemeldungen über dubiose Tätigkeiten der Gesellschaft;
- Nachforschungen von Untersuchungsorganen;
- wiederholte Verzögerungen bei der Vorlage von angeforderten Geschäftsunterlagen.

6. Verhalten in Krisensituationen der Gesellschaft

Je nach Ausmass der Krisensituation sind verschiedene Verhaltensmassnahmen nötig. 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). **21.134**

a) Sanierungsmassnahmen

- Kapitalerhöhung; **21.135**
- Kapitalschnitt (Kapitalherabsetzung und eventuell 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. **21.136**

b) Massnahmen zur Verbesserung der Liquidität

- Sistierung sämtlicher nicht absolut notwendiger Investitionen; **21.137**
- 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 eventuell vorübergehender Personalabbau;

- Kündigung aller nicht betriebsnotwendigen Verträge (Abonnements, Werbung, Wartung etc., aber dabei achten auf Konsequenzen wie z.B. Art. 418u OR bei einem Agenturvertrag);
- Realisierung nicht betriebsnotwendiger Aktiven;
- Verbesserung der Debitorenbewirtschaftung;
- Salärverhandlungen mit leitenden Angestellten und eventuell Vereinbarung einer Übergangslösung;
- Beizug externer Berater auf Provisionsbasis (z.B. zur Optimierung von Versicherung, Steuern, Materialaufwand etc.).

21.138 Meistens zeigen die Massnahmen zur Verbesserung der Liquidität erst nach einer gewissen Zeit ihre hoffentlich positive Wirkung. Bis dahin müssen die vorhandenen Mittel nach einer klaren Prioritätenliste verwendet werden. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass der Verwaltungsrat persönlich für die Sozialversicherungsbeiträge einzustehen hat (Art. 52 AHVG und Art. 76 BVG).

c) Prioritätenliste zur Mittelverwendung

- 21.139**
- Sozialversicherungsbeiträge;
 - Steuern und Gebühren;
 - Löhne;
 - Versicherungen;
 - Strom- und Telefonrechnungen;
 - Mietforderungen.

7. Einredemöglichkeiten und Haftungsausschlussgründe

21.140 Wird ein Rechtsanwalt mit Ansprüchen aus seiner Verwaltungsratsstätigkeit konfrontiert, so soll er diese umgehend sowohl qualitativ als auch quantitativ zurückweisen²²⁶, gegebenenfalls seine Versicherung orientieren und in jedem Falle prüfen, welche der folgenden Einreden und Einwände²²⁷ geltend gemacht werden können:

- 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 oder Drittverschulden;
- Verzicht des Klägers auf Regress/Enthaftungsklausel im Mandatsvertrag;
- Rangrücktritt bezüglich eingeklagter Forderung;
- Haftungsbefreiung durch Décharge des Klägers;
- zu Unrecht erfolgte Kollokation der eingeklagten Forderung;

²²⁶ Dabei wird selbstverständlich davon ausgegangen, dass der Anwalt sein Mandat tatsächlich sorgfältig ausgeübt hat.

²²⁷ Vgl. dazu auch die Liste bei MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 354.

- Rechtsmissbrauch;
- Verjährung;
- Vergleich oder Urteil;
- Stundung, Erlass oder Verrechnung.

8. Checkliste zur Prozessführung

Zusammenfassend ergibt sich zur Prozessführung folgende Übersicht: **21.141**

a) Gerichtsstand

- Am Sitz der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Klageeinleitung; **21.142**
- am letzten Sitz der Gesellschaft im Falle eines Konkurses;
- am Sitz bzw. Wohnsitz des Beklagten, sofern nicht mehrere Beklagte belangt werden.

b) Aktivlegitimation

- Aktionär im Zeitpunkt der Klageeinleitung; **21.143**
- ehemaliger Aktionär bei unmittelbarer Schädigung;
- Gläubiger mit Verlustschein nach abgeschlossenem Konkurs;
- Gesellschaft selbst vertreten durch Verwaltungsrat.

c) Passivlegitimation

- Alle bisherigen und gegenwärtigen Verwaltungsräte; **21.144**
- alle bisherigen und die aktuelle Revisionsstelle(n);
- alle bisherigen und gegenwärtigen Mitglieder der Geschäftsführung;
- alle bisherigen und gegenwärtigen Liquidatoren;
- alle bisherigen und gegenwärtigen faktischen Organe.

d) Streitwert/Schaden

- Gemäss eingeklagtem Schaden; **21.145**
- bei ziffernmässig nicht nachweisbarem Schaden richterliche Schätzung;
- Beklagter sollte selbst Forderung eingeben, um Gläubigerrechte zu erhalten.

e) Haftungsvoraussetzungen

- Schaden für die Gesellschaft, den Aktionär oder den Gläubiger; **21.146**
- rechtswidriges Verhalten des belangten Organs;
- adäquater Kausalzusammenhang zwischen rechtswidrigem Verhalten und Schaden;
- Verschulden des belangten Organs.

f) Fristen

- Anfechtung der Generalversammlung innert zwei Monaten; **21.147**
- relative Verjährungsfrist der Verantwortlichkeitsklage fünf Jahre;

- absolute Verjährungsfrist der Verantwortlichkeitsklage zehn Jahre;
- strafrechtliche Verjährung massgebend, falls Klage aus strafbarer Handlung abgeleitet;
- Anfechtung des Kollokationsplans innert 20 Tagen nach öffentlicher Auflage (Art. 250 SchKG).