

## § 17 Unsorgfältige Führung eines Verwaltungsratsmandates

ROLAND MÜLLER

**Literaturauswahl:** 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, 2. erw. Aufl., Zürich, 1996 (*zitiert:* BÖCKLI, Aktienrecht); BOTSCHAFT DES BUNDESRATES, Revision des Aktienrechts, BBl. 1983 Bd. II Nr. 745; DRUEY JEAN NICOLAS, Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SZNA 5, Zürich 1994; FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987 (*zitiert:* FORSTMOSER, Verantwortlichkeit); FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR/NOBEL PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996; GLANZMANN LUKAS, Der Darlehensvertrag mit einer Aktiengesellschaft aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, SSPHW 45, Bern 1996; GROSS KURT J., Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates, SKSR 33, Zürich 1990; HERRMANN RÜDIGER, Funktion, Kontrolle und Haftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften in Deutschland, der Schweiz, Australien und den USA, Wiesbaden 1995; HOMBURGER ERIC, Der Verwaltungsrat, Zürcher Kommentar zu den Art. 707-726 OR, Zürich 1997 (*zitiert:* ZÜRCHER KOMMENTAR); HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WATTER ROLF, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel und Frankfurt am Main 1994 (*zitiert:* BASLER KOMMENTAR); 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); KUNZ PETER V., Rechtsnatur und Einredenordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen, BBSW 7, Bern 1993; MÜLLER THOMAS FRIEDRICH, Der Schutz der Aktiengesellschaften vor unzulässigen Kapitalentnahmen, BBSWR 11, Bern 1997; MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für die Praxis, Zürich 1994; PLÜSS ADRIAN, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, SSHW 130, Zürich 1990; SPRÜNGLI LUZIUS R., Die neue Rolle des Verwaltungsrates, Bern 1991; STOFFEL WALTER A., Klagen und Einreden in der Organverantwortlichkeit, in: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, SZNA 5, Zürich 1994 WIEGAND WOLFGANG, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, in: Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993; WUNDERER FELIX ROLF, Der Verwaltungsrats-Präsident, SSHW 163, Zürich 1995.

### I. Problemübersicht

Noch gibt es keine Statistiken über die zahlenmässige Entwicklung von Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte in den letzten Jahrzehnten. Doch allein schon die Berichterstattungen in der Presse über mögliche oder sogar schon pendente Verantwortlichkeitsklagen gegen Bankenverwaltungsräte<sup>1</sup> lassen eine Zunahme vermuten. Dieser Eindruck wird von der Winterthur Schweizerische Versicherungsgesellschaft als Marktführerin bei der Versicherung von Verwaltungsräten zwar bestätigt<sup>2</sup>, doch ist bei den meisten Gerichts- und Konkursbehörden

---

<sup>1</sup> Z.B. 1991/92 bei der Berner Kantonalbank (Strafverfahren noch pendent), 1995 bei der Spar- und Leihkasse Thun (Zivilverfahren noch pendent), 1995 bei der Solothurner Kantonalbank (Zivilverfahren noch pendent), 1995/96 bei der Appenzell-Ausserrhodischen Kantonalbank mit entsprechenden Gutachten von Peter Nobel und Francis Cagianut (weder Zivil- noch Strafverfahren), 1995 BK Vision c. UBS (Strafverfahren eingestellt, letztes Urteil BGE 122 III 279).

<sup>2</sup> Allerdings wird nur eine "leichte Zunahme" bei Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte attestiert, während Prozesse gegen Revisionsgesellschaften "extrem stark" zugenommen haben; als Grund dafür wird von den Versicherungsexperten die weit verbreitete, aber falsche Meinung angeführt, nur Revisionsstellen, nicht aber Verwaltungsräte würden über einen Versicherungsschutz verfügen.

den in der deutschsprachigen Schweiz noch keine klare Tendenz festzustellen.<sup>3</sup> Der Unterschied resultiert wohl in der Tatsache, dass ein erheblicher Teil der Klagen vergleichsweise geregelt wird. Allgemein wird jedoch in der Lehre von einer Haftungsverschärfung durch die Aktienrechtsreform gesprochen<sup>4</sup>.

Es wäre verfehlt, für die festgestellte Zunahme von Ansprüchen aus unsorgfältiger Führung von Verwaltungsratsmandaten allein die Aktienrechtsreform vom 1.7.1992 verantwortlich zu machen. Diese Reform brachte sowohl haftungsverschärfende als auch haftungsmildernde Elemente<sup>5</sup>. Tatsächlich liegen die Gründe für die Anspruchszunahme sowohl im gesellschaftsrelevanten Umfeld, wie auch in den Unternehmungen selbst<sup>6</sup>. Zudem ist durch die aufsehenerregende Berichterstattung in den Medien über einige bedeutende Verantwortlichkeitsprozesse ein eigentlicher dynamischer Prozess eingeleitet worden. Im Falle eines Konkurses stellt sich nun nämlich bereits der Konkursbeamte die Frage, ob nicht allenfalls noch ein Verantwortlichkeitsprozess gegen die Gesellschaftsorgane eingeleitet werden soll. Verzichtet er darauf, so hat er unter Umständen mit entsprechenden Vorwürfen von Gläubigern zu rechnen. Denn diese sind nur allzu schnell bereit, für das Scheitern einer Gesellschaft insbesondere auch die Verwaltungsräte verantwortlich zu machen<sup>7</sup>. Eine gravierende Haftungsverschärfung gegenüber dem Verwaltungsrat ist jedenfalls eindeutig in den Bereichen Steuern und Sozialversicherung festzustellen<sup>8</sup>. Hier sind die Amtsstellen schon von Gesetzes wegen verpflichtet, gegen allfällige Schadensverursacher vorzugehen.

Trotz der offensichtlichen Haftungsproblematik üben weiterhin zahlreiche Rechtsanwälte die Funktion eines Verwaltungsrates aus<sup>9</sup>; das vorliegende Kapitel ist deshalb nicht nur für jene Anwälte interessant, welche einen Verantwortlichkeitsprozess gegen Gesellschaftsorgane anheben wollen, sondern auch für jene Anwälte, die selbst als Verwaltungsräte tätig sind oder

---

<sup>3</sup> Auf entsprechende telefonische Anfrage hin haben lediglich das Handelsgericht Zürich und das Appellationsgericht in Basel sowie die Konkursämter in Teufen/AR, Heiden/AR und Küsnacht/ZH eine Zunahme von Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte bestätigt.

<sup>4</sup> Zusammenfassend stellte Nobel anlässlich eines Referates vor Rechtsanwälten fest, dass früher der Einsitz in Gesellschaftsorgane nur in den wenigsten Fällen mit Problemen verbunden war, sich aber heute das Klima radikal verändert habe (NOBEL PETER, Der Anwalt im Spannungsfeld zwischen Beratung und Organschaft, Beitrag in: Die Sorgfalt des Anwalts in der Praxis, Bern 1997).

<sup>5</sup> Vgl. dazu ausführlich BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 1965a ff. An Änderungen hervorzuheben sind insbesondere: das neue Mittel der Sonderprüfung gemäss Art. 697a OR, der präzise Pflichtenkatalog in Art. 716a OR, der Entlastungsbeweis bei befugter Delegation nach Art. 754 Abs. 2 OR, die Kostenverteilung nach Art. 756 Abs. 2 OR und die differenzierte Solidarität nach Art. 759 OR. Per saldo ist jedoch von einer erweiterten und verschärften Verantwortung auszugehen (WUNDERER, S. 86f. mit weiteren Literaturhinweisen).

<sup>6</sup> SPRÜNGLI, S. 76 ff., analysiert die Umweltveränderungen in technologischer, ökonomischer, sozialer und ökologischer Hinsicht und gelangt zur Auffassung, dass letztlich alle diese Veränderungen zusammen mit den betriebswirtschaftlichen Anforderungen zu einer neuen Rolle des Verwaltungsrates geführt haben.

<sup>7</sup> Bereits 1993 nannte HÜTTE, Risiken, S. 146, als Ursache für die gesteigerte Prozessfreudigkeit gegen Verwaltungsräte u.a.: Zunahme der Konkurse, gesteigertes Bewusstsein um aktienrechtliche Verantwortlichkeit durch Medienberichte, euphorische Vorstellungen über Prozesschancen und falsche Vorstellungen über Prozessaufwand.

<sup>8</sup> Zu den Steuern stellt BÖCKLI, Steuern, S. 87 f., fest: "Heute gibt es zu diesem Gegenstand eine gefestigte bundesgerichtliche Praxis, und gerade noch in jüngster Zeit hat die Eidg. Steuerverwaltung, der Skylla vergleichbar, mit ihren Fangarmen diesen oder jenen ahnungslosen Anwalt oder Treuhänder erfasst, der dem falschen Verwaltungsrat angehörte."

<sup>9</sup> So finden sich bereits zahlreiche Rechtsanwälte in der Liste der Top 100 nach Anzahl VR-Mandate gemäss aktuellem Verzeichnis der Verwaltungsräte 1998.

solche beraten. Im Übrigen ist es durchaus verständlich, dass viele Rechtsanwälte ein Verwaltungsratsmandat ausüben. Denn einerseits werden Verwaltungsratsmandate heute i.d.R. angemessen finanziell entschädigt und andererseits zwingen die unaufhaltsame Gesetzesflut bzw. der gesteigerte Formalismus die Aktiengesellschaften zur Aufnahme eines Juristen in den Verwaltungsrat.

## II. Merkmale und Erscheinungsformen

Ein besonderes *Merkmal* der Ansprüche aus unsorgfältiger Führung eines Verwaltungsratsmandates ist die *grosse Zeitspanne*, innert welcher derartige Ansprüche entstehen 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.

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 zu befolgen<sup>10</sup>. Typische Beispiele "unsorgfältigen" Handelns in dieser Phase sind beispielsweise Falschbewertungen von Sacheinlagen und Sachübernahmen, unkorrekte Deklaration von besonderen Vorteilen zu Gunsten von Aktionären oder anderen Personen, rechtswidrige Genehmigung von Gründungs- oder Kapitalerhöhungsberichten oder die Veranlassung der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister aufgrund unrichtiger Angaben. Das Gesetz sanktioniert solches Fehlverhalten mit der Prospekt- und Gründungshaftung<sup>11</sup>.

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 zurückzugeben, solange es noch nicht benötigt wird. Dabei handelt es sich jedoch um eine unzulässige Rückerstattung von Aktienkapital<sup>12</sup>. 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 jenes Darlehen zurückzahlen kann<sup>13</sup>. Genauso problematisch wird die Situation aber, wenn das ursprüngliche Aktienkapital nicht mehr ausreicht, um die Wachstumsphase ausreichend zu finanzieren. Ueberschuldung und Illiquidität sind dann drohende Fallstricke.

Schliesslich birgt aber auch die *Liquidationsphase* einer Gesellschaft ein erhebliches Potential für fehlbares Verhalten von Verwaltungsräten. Bei der ordentlichen Liquidation können schwerwiegende Forderungen aus Liquidationsgewinnen entstehen. Bei einer konkursamtlichen Liquidation kommen immer häufiger noch offene AHV- oder BVG-Prämien zum Vorschein kommen, für die der Verwaltungsrat persönlich haftet.

Die *Erscheinungsformen* der Haftung aus unsorgfältiger Führung eines Verwaltungsratsmandates sind sehr vielfältig, zumal nicht nur die zivilrechtlichen, sondern auch die verwaltungs-

---

<sup>10</sup> Zu den Begriffen vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, S. 92; MÜLLER/LIPP, S. 207.

<sup>11</sup> Art. 752 und 753 OR.

<sup>12</sup> Abgeleitet aus Art. 680 Abs. 2 OR.

<sup>13</sup> BGE 109 II 128 E. 2.

und strafrechtlichen Aspekte zu berücksichtigen sind<sup>14</sup>. Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, einen möglichen Katalog von Sorgfaltspflichten aufzustellen. Statt dessen hat er zumindest im Zivilrecht in Art. 716a OR die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates festgelegt. In Analogie dazu werden in der Literatur folgende Erscheinungsformen aufgelistet<sup>15</sup>: Entzug von Vermögen ohne entsprechende Gegenleistung, ungenügende Sorgfalt in der Auswahl, Überwachung und Instruktion von Mitarbeitern und Organen, ungenügende Sorgfalt in der Vermögensverwaltung, ungenügende Sorgfalt bei der Durchsetzung der Liberierungsforderung, ungenügende Fachkenntnisse und Unterlassung des Beizuges von Fachleuten, Sorgfaltspflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Generalversammlung, Missachtung von Buchführungspflichten, Missachtung der Vorschriften bei Unterdeckung und Überschuldung, insbesondere die Unterlassung der Anzeige der Überschuldung.

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 verbunden<sup>16</sup>.

Schliesslich muss festgestellt werden, dass ein *grosser Teil* von Verantwortlichkeitsfällen *vergleichsweise* geregelt wird<sup>17</sup>. Aufgrund der meistens sehr schwierigen und aufwendigen Sachverhaltsermittlungen einerseits sowie der mangelnden oder gar nicht vorhandenen Solvenz der Verantwortlichen andererseits, sind die Prozessrisiken oftmals trotz hoher Haftungssummen zu gross. Aber selbst im Falle einer entsprechenden Versicherung bilden die hohen Kosten eines Verantwortlichkeitsprozesses eine nicht zu unterschätzende Hürde.

### 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.

---

<sup>14</sup> So bezeichnet beispielsweise der Insidertatbestand von Art. 161 StGB als mögliche Täter vorab die Mitglieder des Verwaltungsrates, gelten diese doch als Vertrauensträger der Gesellschaft (BÖCKLI, Insiderstrafrecht, S. 35 f.).

<sup>15</sup> Vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N. 782 ff.; MÜLLER/LIPP, S. 213.

<sup>16</sup> 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, S. 47). Konkret ist diese Differenz indessen sehr schwierig zu errechnen, da beispielsweise in der Bewertung der vorhandenen Aktiven zu den beiden Zeitpunkten erheblicher Ermessensspielraum besteht.

<sup>17</sup> So zumindest die Auskunft von Assessor Klaus Hütte, welcher bei der Winterthur Versicherungsgesellschaft für diesen Bereich zuständig ist und eine langjährige fundierte Erfahrung hat.

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 teilweise immer noch trotz gesetzlicher Vorschrift ein Aktienbuch fehlt<sup>18</sup>. Als nächstes 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 zu bekommen. 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.

Ist ein erster gesellschaftsrechtlicher Überblick erreicht worden, 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 Paragraphen abgedruckt ist<sup>19</sup>. Aus Zeitgründen wird leider gelegentlich versucht, auf die Ermittlung dieser relevanten Details zu verzichten. Doch eine erfolgreiche Führung von Verantwortlichkeitsprozessen beginnt eben gerade mit dieser notwendigen Fleissarbeit.

#### *b) Schadenrelevantes Umfeld*

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 Verhältnisse 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 Verwaltungsrat?<sup>20</sup>
- 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?

---

<sup>18</sup> Art. 686 OR; das Muster eines Aktienbuches findet sich bei MÜLLER/LIPP S. 466 ff.

<sup>19</sup> Hinten V. 1.

<sup>20</sup> Ein stiller Verwaltungsrat wurde zwar offiziell von der GV gewählt, jedoch nicht im Handelsregister eingetragen, wogegen ein verdeckter Verwaltungsrat als sogenannt faktisches Organ weder gewählt noch eingetragen ist. Nach der BOTSCHAFT S. 191 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, ihre Organfunktion nachzuweisen (vgl. MÜLLER/LIPP S. 192 f.).



- Welche steuer- oder versicherungsrechtlich relevanten Handlungen wurden während der Dauer der tatsächlichen Verwaltungsratsstätigkeit vorgenommen?

Selbstverständlich variieren die schadensrelevanten Kriterien von Fall zu Fall. So können z.B. auch die Beziehungen bzw. der Finanzverkehr mit der Stiftung für die berufliche 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 i.d.R. sehr weitgehende strafrechtliche Untersuchung gelingt es oftmals, ohne grossen Kostenaufwand an weitere Informationen zu gelangen.

### *c) Zeitliche Verhältnisse*

Es gibt vereinzelt Fälle, in denen ein einmaliges unsorgfältiges Handeln eines Verwaltungsrates zu einem Schaden mit entsprechender Verantwortlichkeit führt. 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 festgestellt<sup>21</sup>, dass ein Verschulden des Verwaltungsrates nur so lange in Frage komme, als dieser die Möglichkeit habe, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich beeinflussen zu können. 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 kann<sup>22</sup>. Allerdings hat der betroffene Verwaltungsrat in diesem Falle selbst gestützt auf Art. 711 Abs. 2 die Löschung zu beantragen, wenn er nicht gegenüber gutgläubigen Dritten gestützt auf den formellen Rechtsschein haftbar sein will<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> BGE109 V 94 f.

<sup>22</sup> So ausdrücklich in BGE 112 V 5.

<sup>23</sup> Vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 1969b.

## 2. Kreis der anspruchsberechtigten Personen

### a) Allgemein

Aktivlegitimiert zur klageweisen Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Verwaltungsratsmitgliedern (und weiteren Organen) sind grundsätzlich die Gesellschaft selbst, die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger<sup>24</sup>. Bei Ansprüchen von Aktionären und Gläubigern wird zwischen direkter (unmittelbarer) und indirekter (mittelbarer) Schädigung differenziert<sup>25</sup>. Beim Schaden der Gesellschaft wird zudem zwischen Ansprüchen ausser Konkurs und Ansprüchen im Konkurs unterschieden<sup>26</sup>.

### b) Ansprüche von Aktionären

Handlungen der Verwaltung können einen Aktionär *unmittelbar* schädigen, wenn beispielsweise sein Bezugsrecht übergegangen und später auch nicht in Geld ausgeglichen wird. Die Klage gegen die schuldhaftige Verwaltung kann sich grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 41 ff OR<sup>27</sup> richten, wobei die aktienrechtlichen Regeln betreffend Verjährung (Art. 760 OR) und Gerichtsstand (Art. 761 OR) zu berücksichtigen sind. Die Klage kann sich jedoch auch aus Art. 753 bis Art. 755 OR direkt oder aus einer Norm eines Spezialgesetzes ergeben<sup>28</sup>. Grundsätzlich muss der Kläger die Aktionärseigenschaft im Zeitpunkt der Klageerhebung nachweisen, eine frühere aber bereits vergangene Aktionärseigenschaft vermag keine Klagelegitimation zu begründen<sup>29</sup>. 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 verlangen<sup>30</sup>.

Im Falle einer *mittelbarer* 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)<sup>31</sup>. Es ist zu bemerken, dass der betroffene Aktionär den gesamten Gesellschaftsschaden einklagen kann und nicht nur den seiner Wertquote entsprechenden Anteil<sup>32</sup>. Eine allfällige Entlastung der Verwaltungsorgane durch die Generalversammlung vermag das Klagerecht des Aktionärs grundsätzlich nicht zu beeinträchtigen<sup>33</sup>. Hat der klagende Aktionär der Entlastung selbst zugestimmt, so kann er jedoch nach Art. 758 Abs. 1 OR keinen mittelbaren Schaden mehr geltend machen<sup>34</sup>. In jedem Falle gilt die Entlastung jedoch nur für bekanntgegebene Tatsachen<sup>35</sup>.

---

<sup>24</sup> Art. 752 bis 755 OR.

<sup>25</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Rz. 13 ff. zu § 36.

<sup>26</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 2004, nennt dies die "grosse Gabelung" des Verantwortlichkeitsrechts.

<sup>27</sup> BGE 106 II 232.

<sup>28</sup> Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL Rz. 21 zu § 36; FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N. 27 ff; BÖCKLI, Aktienrecht Rz. 2003; STOFFEL, S. 26, spricht davon, dass ein solcher Anspruch Gegenstand einer Gesellschafterklage bildet, welche im schweizerischen Aktienrecht nicht ausdrücklich geregelt ist.

<sup>29</sup> Vgl. GROSS, S. 103 f., und die dort zitierte Rechtsprechung.

<sup>30</sup> BGE 106 II 234.

<sup>31</sup> Bei der Klage eines Aktionärs auf Zahlung an die Gesellschaft handelt sich um eine Art der "Prozessstandschaft".

<sup>32</sup> Vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N. 39.

<sup>33</sup> GROSS, S 99.

<sup>34</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, N. 49 f. zu § 22.

<sup>35</sup> Art. 758 Abs. 1 OR.

Der Nachweis der Aktionärseigenschaft erfolgt im Falle von *Inhaberaktien* i.d.R. 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. Nun gibt es jedoch auch Fälle, in denen die Inhaberaktien gar nie ausgegeben wurden, obwohl die Aktionäre einen Anspruch darauf hätten. In diesen Fällen von "unverbrieften Inhaberaktien", die es eigentlich gar nicht geben dürfte, erfolgt der Nachweis der Aktionärseigenschaft durch eine ununterbrochene Kette von Abtretungserklärungen seit der Gründungsurkunde<sup>36</sup>. Sind die Inhaberaktien noch nicht voll liberiert und deshalb noch nicht ausgegeben worden, so ist nicht nur eine Zession, sondern auch noch die Anzeige an die Gesellschaft zur rechtsgültigen Übertragung notwendig<sup>37</sup>.

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 vorallem rechtsgenügende Beweise vorliegen.

Ein besonderes Augenmerk sollte vorallem dann auf die Aktivlegitimation geworfen werden, wenn sich die zur Klage notwendige Aktionärseigenschaft aus Aktien ableitet, die im Eigentum einer Erbengemeinschaft stehen, die 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 verwiesen<sup>38</sup>.

### c) 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 möglich. Denkbar ist allerdings eine Aufforderung an die Revisionsstelle<sup>39</sup>, ihrerseits die Pflichtverletzungen zu beanstanden bzw. entsprechende Massnahmen zu treffen.

Hat ein Gläubiger noch vor der Konkursöffnung gegen die Gesellschaft prozessiert, so muss die Gläubigerversammlung bzw. ein allfälliger Gläubigerausschuss über die Fortsetzung des

---

<sup>36</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 323h.

<sup>37</sup> BASLER KOMMENTAR, N 8 zu Art. 683 OR.

<sup>38</sup> Insbesondere GROSS, S. 94 ff., und die dort zitierte Literatur.

<sup>39</sup> Diese muss gemäss Art. 641 Ziff. 10 OR zwingend im Handelsregister eingetragen werden und ist demnach leicht eruierbar.



Prozesses befinden<sup>40</sup>. 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 u.U. 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 erwirken<sup>41</sup>. Daraus resultiert die Empfehlung an den betroffenen Verwaltungsrat, im Konkurs der Gesellschaft wenn immer möglich selbst auch noch eine Forderung einzugeben, um ebenfalls die Rechte eines Gläubigers zu erhalten.

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 klagen<sup>42</sup>. 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 verlangen<sup>43</sup>. Für Gesellschaftsgläubiger (nicht aber Aktionäre) besteht somit die Möglichkeit aufgrund des Konkursrechtes Verantwortlichkeitsansprüche durchzusetzen<sup>44</sup>.

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. 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 abzuliefern<sup>45</sup>.

#### *d) Ansprüche der Gesellschaft*

Wenn die Gesellschaft selbst das Klagerecht geltend machen will, liegt der Entscheid hierfür beim Verwaltungsrat<sup>46</sup>. Er bedarf dazu keiner besonderen Ermächtigung durch die Generalversammlung, ausser die Ansprüche richten sich gegen den Gesamtverwaltungsrat oder die gesamte Geschäftsführung<sup>47</sup>. In einem solchen Fall wird die Generalversammlung die Verwaltung der Gesellschaft ohnehin gesamthaft oder zum grossen Teil ersetzen.

---

<sup>40</sup> Art. 238 Abs. 1 bzw. 237 Abs. 3 Ziff. 3 SchKG.

<sup>41</sup> Tatsächlich ist die rechtskräftige Kollokation ausschliesslich massgebend für die Verteilung des Verwertungserlöses aus der Konkursmasse; über die kollozierte Forderung als solche, also insbesondere über deren materielle Begründetheit, ist damit jedoch noch nichts ausgesagt (KUNZ, S. 204 f.)

<sup>42</sup> Art. 757 Abs. 2 OR.

<sup>43</sup> Art. 757 Abs. 3 OR i.V.m. Art. 260 SchKG.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> Art. 260 Abs. 2 SchKG.

<sup>46</sup> Dies ergibt sich schon aus Art. 718 OR; dazu ausführlich GROSS, S. 94.

<sup>47</sup> Vgl. FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, Anm. 11 ff.

Die Gesellschaft bzw. in deren Namen die Konkursverwaltung, kann auch dann eine Verantwortlichkeitsklage gegen den Verwaltungsrat einreichen, wenn es sich um eine sogenannte Einmannaktiengesellschaft handelt. Auch für den Alleinaktionär ist die Gesellschaft nämlich eine andere Person und ihr Vermögen nicht sein frei verfügbares Eigentum.<sup>48</sup>

### 3. Kreis der Haftpflichtigen

#### a) Formelle und materielle Organe

Das Bundesgericht hat den Organbegriff wiederholt präzisiert und dabei auch die jeweilige Lehre und Rechtsprechung berücksichtigt<sup>49</sup>. Das Aktienrecht geht heute in Übereinstimmung mit dieser früheren Rechtsprechung in Art. 754 OR ausdrücklich von einem materiellen Organbegriff aus<sup>50</sup>, wobei selbstverständlich 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 bestimmen<sup>51</sup>.

Entsprechend der erwähnten Rechtsprechung sind nicht nur die gewählten und eingetragenen Mitglieder des Verwaltungsrates als formelle Organe der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt. Bei der *Gründungshaftung* nach Art. 753 OR unterliegen der Haftung sämtliche weiteren Personen, welche bei der Gründung oder bei einer Kapitalerhöhung mitwirkten. 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 haben.

Auch der nur *fiduziarisch tätige Verwaltungsrat* haftet als Organ solidarisch. So hat das Bundesgericht bereits 1989 festgestellt<sup>52</sup>, dass sich ein Verwaltungsrat nicht dadurch von seiner Mithaftung befreien könne, indem er geltend mache, er habe nur seinen Namen zur Verfügung gestellt.

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 u.U. als Liquidator zur Rechenschaft gezogen werden. Als Liquidator gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes<sup>53</sup> 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

---

<sup>48</sup> BGE 117 IV 259.

<sup>49</sup> So insbesondere in BGE 114 V 213.

<sup>50</sup> Vgl. dazu ausführlich BASLER KOMMENTAR, N 3 zu Art. 754 OR.

<sup>51</sup> BGE 117 II 443; dazu ausführlich BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 1969 ff.

<sup>52</sup> BGE 115 IB 393.

<sup>53</sup> BGE 115 IB 274.

Dritte ausgeschüttet wurde und diese Ausschüttung für die Organe der Gesellschaft erkennbar war.

Organe im Sinne von Art. 754 ff. OR sind auch die Geschäftsführer bzw. Direktoren. Nach dem Bundesgericht sind dies alles "Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend bestimmen"<sup>54</sup>. Zu diesen materiellen Organen gehören sicher die oberste Leitung einer Gesellschaft, also die oberste Schicht der Hierarchie der Entscheidungsträger<sup>55</sup>, aber auch alle anderen Personen, welche Geschäfte abwickeln und Entscheide treffen, die von unternehmerischer Bedeutung sind<sup>56</sup>. Eine Organstellung kann vor dem Hintergrund des Vertrauensgrundsatzes auch durch Kundgabe begründet werden.

### *b) Faktische Organe*

Als faktisches Organ gilt jedermann, der ohne entsprechende Wahl oder besondere Bezeichnung dauernd und selbständig für die Gesellschaft und ihr Unternehmen wichtige Entscheide fällt<sup>57</sup>. 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 Organ<sup>58</sup>. Die bundesgerichtliche Praxis zum Organbegriff geht damit sehr weit<sup>59</sup>.

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 Monaten vor der Bilanzdeponierung keine Hinweise mehr auf eine Entscheidmitwirkung des Bauunternehmers zu finden seien<sup>60</sup>. Die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen sind deshalb gerade bei Verantwortlichkeitsprozessen oftmals von entscheidender Bedeutung<sup>61</sup>.

### *c) Rechtsnachfolger*

---

<sup>54</sup> BGE 117 II 442.

<sup>55</sup> BGE 117 II 573.

<sup>56</sup> 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 (Rz 5 zu § 37) wird hier geteilt.

<sup>57</sup> BOTSCHAFT, S. 191. Die Einflussnahme muss auf organotypische Weise erfolgen; vgl. hierzu auch BÖCKLI, Rz. 1969a, und FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N. 663

<sup>58</sup> BGE 107 II 354.

<sup>59</sup> Vgl. zum Organbegriff FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N. 357 ff. mit Verweisen; ders. in N. 670 zur Kritik an der ausufernden bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

<sup>60</sup> Nicht publiziertes Urteil des Obergerichtes des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 20.9.1994 (Proz. Nr. 15/94).

<sup>61</sup> Wichtig sind selbstverständlich auch andere Sitzungsprotokolle; wird eine Person lediglich sporadisch oder nur zu bestimmten Traktanden beigezogen, spricht dies eher gegen eine faktische Organschaft.

Übt ein Verwaltungsrat sein Mandat unsorgfältig aus, so können nicht nur er selbst, sondern bei seinem Tode auch noch seine Erben zur Verantwortung gezogen werden<sup>62</sup>. Hat ein Verwaltungsrat Verantwortlichkeitsansprüche zu befürchten, so tut er bzw. sein Berater deshalb gut daran, die Erben auf die kurze Frist zur Erbschaftsausschlagung hinzuweisen<sup>63</sup>.

#### *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 mit eingeklagt 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 festsetzt<sup>64</sup>.

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 wirkt<sup>65</sup>.

## **4. Haftungsvoraussetzungen**

### *a) Schaden*

Die erste Voraussetzung zur Haftpflicht des Verwaltungsrates einer AG ist die Existenz eines Schadens<sup>66</sup>. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gilt als Schaden die Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und jenem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte<sup>67</sup>. Auch bei den Verantwortlichkeitsklagen können die bekannten Schadensarten geltend gemacht werden: Vermögenseinbusse (*damnum emergens*) und entgangener Gewinn (*lucrum cessans*), unmittelbarer und mittelbarer Schaden sowie Personenschaden, Sachschaden und immaterieller Schaden<sup>68</sup>. In jedem Falle liegt die Beweislast für den Schaden beim Kläger; allein aus einer Pflichtverletzung lässt sich noch kein Schaden ableiten.

Die Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden der Gesellschaftsgläubiger ist nicht danach vorzunehmen, in welcher Vermögensmasse der Schaden unmittel-

---

<sup>62</sup> BGE 123 III 89.

<sup>63</sup> Nach Art. 567 Abs. 1 ZGB nur 3 Monate.

<sup>64</sup> Art. 759 Abs. 2 OR.

<sup>65</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, N 109 zu §36.

<sup>66</sup> BGE 95 II 320.

<sup>67</sup> BGE 107 Ib 162; GROSS, S. 142, mit weiteren Literatur- und Judikaturangaben.

<sup>68</sup> Nach FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Rz. 59 zu §36, ist immaterielle Unbill in der Regel nicht zu berücksichtigen.

bar eintritt bzw. ob die haftungsbegründenden Handlungen zu einer Beeinträchtigung des Vermögens der Gesellschaft geführt haben; massgebliches Kriterium ist vielmehr die Rechtsgrundlage der jeweiligen Schadenersatzpflicht<sup>69</sup>.

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 aufgegeben<sup>70</sup>. Der einer Gesellschaft direkt zugefügte Schaden ist deckungsgleich mit dem Schaden welcher den Aktionären und Gläubigern insgesamt direkt entsteht<sup>71</sup>.

Die Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen ist i.d.R. 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 Zurechenbarkeit<sup>72</sup>. 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 mitzuberechnen<sup>73</sup>.

## *b) Rechtswidriges Verhalten*

### *aa) Begriff und Beispiele*

Nach Art. 754 Abs. OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrates für den Schaden verantwortlich, den sich durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Damit wird bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit anders als bei anderen obligationenrechtlichen Haftungstatbeständen klar zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden getrennt<sup>74</sup>. Der Beweis für die Pflichtwidrigkeit und dessen Kausalität bezüglich dem eingetretenen Schaden 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 wäre<sup>75</sup>. Für die Bestimmung von Verhaltenspflichten wird deshalb ganz generell 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)<sup>76</sup>. 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 er über die zur Ausübung dieses Amtes erforderlichen Kenntnisse

---

<sup>69</sup> BGE 122 III 176.

<sup>70</sup> So ausdrücklich in BGE 122 III 166 E. 3. a).

<sup>71</sup> BGE 117 II 438 E. 1a) mit Begründung unter cc) und Zusammenfassung unter hh).

<sup>72</sup> Beispiele bzw. entsprechende Judikaturstellen von Schadensberechnungen finden sich bei FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Rz. 67-69 zu §36.

<sup>73</sup> Die von MÜLLER, S. 70, aufgestellte Behauptung, bei einer unerlaubten Einlagenrückgewähr sei der Schaden identisch mit dem Betrag der rückgewährten Einlage ist deshalb zu relativieren.

<sup>74</sup> WIEGAND, S. 10, mit Hinweis auf BGE 113 II 429 und 115 II 62.

<sup>75</sup> GROSS, S. 155, mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>76</sup> WIEGAND, S. 11.



verfügt<sup>77</sup>. In Anlehnung an die Pflichten des Verwaltungsrates<sup>78</sup> lassen sich folgende Gruppen von Sorgfaltspflichtverletzungen mit entsprechender Kasuistik<sup>79</sup> unterscheiden:

- *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 begeht<sup>80</sup>.
- *Pflichtwidrige Organisation der Gesellschaft* durch Anstellung bzw. Weiterbeschäftigung eines unfähigen oder kriminellen Geschäftsführers (BGE 122 III 195 ff.); wird die Geschäftsführung delegiert, ist sie sorgfältig zu überwachen (BGE 114 V 219). 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 werden (BGE 119 V 65).
- *Pflichtwidrige finanziellen Führung* durch risikoreiche Finanztransaktionen oder Unterlassung von notwendigen Wertberichtigungen bzw. Rückstellungen, insbesondere im Zusammenhang mit Darlehen an Aktionären<sup>81</sup> oder bei Klumpenrisiken<sup>82</sup>; auch die Nichtbezahlung von paritätischen Sozialversicherungsbeiträgen gehört zu dieser Fallgruppe<sup>83</sup>.
- *Pflichtwidrige Protokollführung* insbesondere im Zusammenhang mit der Feststellung der Stimmrechtsverhältnisse in der Generalversammlung<sup>84</sup>, wobei auch die fehlende Protokollführung u.U. zu einer Verantwortlichkeitsklage führen kann<sup>85</sup>.
- *Pflichtwidrige Verletzung von Gesetz oder Statuten* namentlich im Zusammenhang mit Verletzung von Aktionärsrechten (Dividendenrecht, Bezugsrecht, Anspruch auf Gleichbehandlung<sup>86</sup>) oder bei rechtswidriger Rückzahlung des Aktienkapitals<sup>87</sup> bzw. Schwin-

---

<sup>77</sup> RÜDIGER, S. 142.

<sup>78</sup> Gliederung gemäss MÜLLER/LIPP, S. 111 ff.

<sup>79</sup> Für die Kasuistik vor der Aktienrechtsreform wurde dabei zurückgegriffen auf GROSS, S. 155 ff.

<sup>80</sup> Vgl. BGE 105 IV 172.

<sup>81</sup> Dazu gehören die Nichteinforderung des noch nicht liberierten Aktienkapitals (non versé) trotz sich abzeichnender Zahlungsunfähigkeit eines Aktionärs (vgl. GLANZMANN S. 56), ein ungerechtfertigtes oder sogar fiktives Darlehen an einen Aktionär (vgl. GLANZMANN S. 101 ff.) sowie die Gewährung von Darlehen ohne entsprechende Sicherheiten oder Rückzahlung von nachrangigen Darlehen und dadurch Herbeiführung einer Unterkapitalisierung (dazu ausführlich GLANZMANN S. 134 ff.).

<sup>82</sup> Das Bundesgericht versteht unter Klumpenrisiko die Herbeiführung einer gefährlichen Risikokonzentration (vgl. BGE 113 II 57 und die dort zitierte Literatur); in Art. 21a Abs. 1 der Bankenverordnung wird die Obergrenze der noch akzeptablen Klumpenrisiken mit 25% der anrechenbaren eigenen Mitteln der Bank angegeben.

<sup>83</sup> Vgl. BGE 109 V 86 und 103 V 120.

<sup>84</sup> Vgl. dazu das kuriose Urteil des Kassationshofes vom 22.8.1994 in BGE 120 IV 199.

<sup>85</sup> ZÜRCHER KOMMENTAR, Rz. 340 zu Art. 713 OR, mit entsprechenden Literaturhinweisen.

<sup>86</sup> Allein zu diesem Aktionärsrecht ist ein Habilitationsschrift erschienen: HUGUENIN JACOBS CLAIRE, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994.

<sup>87</sup> 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, S. 71 ff.; die einzelnen Tatbestände der Einlagenrückgewähr werden umfassend bespro-

delgründungen<sup>88</sup>; ebenfalls zu dieser Fallgruppe gehören die Nichtablieferung von Verrechnungssteuer bei Dividendenzahlungen oder von Liquidationsgewinnsteuer bei Auflösung der Gesellschaft ohne formelle Liquidation<sup>89</sup>.

- *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 Illiquidität<sup>90</sup>, Verletzung der Geheimhaltung, Konkurrenzierung der Gesellschaft und Insidergeschäfte<sup>91</sup>

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 u.U. 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 in einem Geschäftsreglement) einem anderen Organ und verursacht dieses einen Schaden, so hat der Verwaltungsrat dann keine Sorgfaltspflichtverletzung begangen und haftet demzufolge nicht, wenn er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung dieses Organs die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat<sup>92</sup>.

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 treffen<sup>93</sup>.

#### *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 werden<sup>94</sup>. Das Bundesgericht hat seine diesbezügliche Rechtsprechung bereits 1991 geän-

---

chen bei MÜLLER, S. 74 ff.

<sup>88</sup> Als Beispiele für Schwindelgründungen zitiert GROSS: BGE 102 II 359, ZR 60 (1961) Nr. 98 S. 221 und BGE 49 II 241 ff.

<sup>89</sup> Der Verwaltungsrat haftet in diesem Falle für die Verrechnungssteuer bezüglich dem Liquidationsüberschuss; vgl. BGE 115 IB 393.

<sup>90</sup> Vorgeschrieben in Art. 725 OR.

<sup>91</sup> Zu den einzelnen Sorgfalts- und Treuepflichten vgl. ZÜRCHER KOMMENTAR, Rz. 810 ff. bzw. 837 ff. zu Art. 717

<sup>92</sup> Art. 754 Abs. 2 OR; WIEGAND, S. 12, bezeichnet dies als substantielle Milderung der verwaltungsrätlichen Haftung.

<sup>93</sup> BÖCKLI, Insiderstrafrecht, S. 95, bzw. S. 143 ff. mit einem Muster für ein Merkblatt des Verwaltungsrates zum neuen Insiderstrafrecht.

<sup>94</sup> BGE 117 II 432.

dert. 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 ausgeschlossen.

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 nicht<sup>95</sup>. Entscheidend ist die Möglichkeit, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen. Das ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden des Verwaltungsrates der Fall<sup>96</sup>. Nicht die Löschung im Handelsregisteramt, 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 wieweit 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.

Im Falle eines Konkurses ist die Gültigkeit sämtlicher diesbezüglicher Rechtshandlungen zu hinterfragen, so insbesondere die Kollokation<sup>97</sup>, die Einsetzung einer a.o. Konkursverwaltung, die Beschlüsse der Gläubigerversammlung, die Ermächtigung zum Prozess, die Abtretung an einen Gläubiger, etc.

Letztlich lohnt es sich oftmals, auch die Verjährung genau zu berechnen<sup>98</sup>. 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 gekrönt<sup>99</sup>.

### *c) Adäquater Kausalzusammenhang*

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, absolu-

---

<sup>95</sup> Zu den Voraussetzungen einer Organschaft BGE 117 II 570 ff.

<sup>96</sup> BGE 109 V 94.

<sup>97</sup> Die Frage, ob die Kollokationseinrede in einem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess zulässig sei oder nicht, ist in der Rechtsprechung umstritten (vgl. KUNZ, S. 205); der massgebende BGE 111 II 81 ist in der Doktrin auf harsche Kritik gestossen (a.a.O., S. 206). Der belangte Verwaltungsrat muss jedenfalls dann die Kollokationseinrede erheben können, wenn sich die Klage auf Art. 757 Abs. 1 OR stützt (ebenso KUNZ, S. 208).

<sup>98</sup> Nach Art. 760 OR beträgt die relative Verjährungsfrist 5 Jahre und die absolute 10 Jahre, wobei die allenfalls längere strafrechtliche Verjährungsfrist vorgeht; zu beachten ist jedoch die kurze Anfechtungsfrist für Generalversammlungsbeschlüsse von 6 Monaten nach Art. 758 Abs. 2 OR.

<sup>99</sup> Der Gerichtsstand ist nach Art. 761 OR klar am Sitz der Gesellschaft definiert.

ten Beweis<sup>100</sup>. Die Adäquanz kann insbesondere auch dann nicht verneint werden, wenn der Schaden auch bei einem andern an sich möglichen Verhalten eingetreten wäre<sup>101</sup>.

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 gewürdigt<sup>102</sup>.

#### *d) Verschulden*

##### *aa) objektiver Verschuldensbegriff*

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 gelegt<sup>103</sup>. Für die Beurteilung des Verschuldens ist diejenige Sorgfalt massgebend, "die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde"<sup>104</sup>. Als Konsequenz dieses objektivierten Massstabes sind nur Umstände objektiver Art, nicht aber solche subjektiver Art zu berücksichtigen.

##### *bb) objektive Umstände*

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes erhöhen die anspruchsvolle Tätigkeit, die umfangreiche Tätigkeit, ein sehr hohes VR-Honorar, aber auch die risikoreiche Tätigkeit die Anforderung an die Sorgfalt<sup>105</sup>.

##### *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 Entschuldigungsgrund<sup>106</sup>. Aber auch Weisungsgebundenheit, Kompetenzaufteilung innerhalb des Verwaltungsrates, Interessenkonflikt, geringe Höhe des VR-Honorars und eigene Demission vermögen das Verschulden nicht zu reduzieren<sup>107</sup>.

## IV. Verhandlungs- und Prozessführung

### 1. Vorprozessuale Handlungen

#### *a) Absprache mit anderen Prozessbeteiligten*

---

<sup>100</sup> Vgl. GROSS, S. 199, und die dort in FN 357 zitierten Entscheidungen.

<sup>101</sup> Vgl. BJM 1954, S. 256.

<sup>102</sup> Dazu ausführlich GROSS, S. 201 f.

<sup>103</sup> Dies ist heute feststehende Praxis des Bundesgerichtes; vgl. ZÜRCHER KOMMENTAR, Rz. 821 zu Art. 717 OR.

<sup>104</sup> FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N. 292, mit weiteren Literaturhinweisen.

<sup>105</sup> Dazu ausführlich GROSS, S. 206 ff., mit entsprechenden Literatur- und Judikaturhinweisen.

<sup>106</sup> Bereits in BGE 93 II 27 hat das Bundesgericht im Falle einer Kontrollstelle festgestellt, dass eine Mandatsübernahme dann nicht erfolgen dürfe, wenn "die erforderlichen Branchenkenntnisse" fehlen und dennoch kein Spezialist beigezogen wird.

<sup>107</sup> Dazu ausführlich GROSS, S. 208 ff., mit entsprechenden Literatur- und Judikaturhinweisen.

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. Vorallem 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.

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..

Gelegentlich versuchen Aktionäre einen Verantwortlichkeitsprozess vorzubereiten, indem sie über eine Sonderprüfung weitere Angaben zu einem bestimmten Problemkreis erhalten möchten. Das Bundesgericht hat jedoch klargestellt<sup>108</sup>, 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*

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 verwaltungsrätlichen Verantwortung. Je nach Art der Vorwürfe und der Mandatssituation 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

Diese Spezialisten sind i.d.R. 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

---

<sup>108</sup> BGE 123 III 261.



ebenfalls eine Geheimhaltung auferlegt wird<sup>109</sup>

### *c) Vergleichsverhandlungen*

Wie bei anderen prozessualen Auseinandersetzungen lohnen sich auch bei Verantwortlichkeitsprozessen manchmal 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 Versicherungsdeckung gar nie in der Lage sein werden, die eingeklagten Summen zu bezahlen, so 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<sup>110</sup>. 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.

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.

### *d) Versicherung*

Ein Verwaltungsrat kann im Zusammenhang mit seinem Mandat eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung abschliessen. Erfolgt die Versicherung als Zusatz zu einer bestehenden Berufshaftpflichtversicherung, so sind die Prämien tiefer als bei einer separaten Vermögensschadenversicherung<sup>111</sup>. In der Schweiz offerieren derzeit vor allem die Winterthur und die Zürich entsprechende Policen<sup>112</sup>. Der Versicherungsschutz umfasst dabei die Abwehr unbegründeter Ansprüche und die Entschädigung begründeter Ansprüche im Falle einer erwiesenen Verantwortlichkeit.

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 aktu-

---

<sup>109</sup> Nach PLÜSS, S. 45, ist das Risiko direkter oder indirekter Nachteil für die Gesellschaft gering zu veranschlagen, weshalb ein Geheimhaltungsinteresse dem Beizug von Beratern normalerweise nicht entgegensteht.

<sup>110</sup> Dazu ausführlicher hinten IV.2.c) und IV.3.a) und b).

<sup>111</sup> Bei einer Zusatzversicherung betragen die Prämienzuschläge für eine Versicherungssumme von CHF 1 Mio. und dem üblichen Selbstbehalt pro Mandat und pro Jahr zwischen CHF 200.-- und 600.--, bei Bankmandaten sogar mind. CHF 800.--. Bei einer separaten Zusatzversicherung wird eine zusätzliche Grundprämie pro Jahr von durchschnittlich CHF 1'000.-- verlangt.

<sup>112</sup> Die Winterthur Schweizerische Versicherungsgesellschaft ist dabei nach eigenen Angaben mit rund 2/3 aller Policen in der Schweiz Marktführerin. Daneben offerieren in kleinem Umfang auch Elvia und Lloyds eine entsprechende Versicherungsdeckung.

ellen Vermögensstand. Von entscheidender Bedeutung ist dabei der letzte Revisionsbericht, denn bei irgendwelchen Einschränkungen erfolgt i.d.R. keine Versicherung. Bei Spezialfunktionen wie z.B. alleiniger VR, VR-Delegierter oder VR-Präsident ohne delegierte Geschäftsführung wird eine Versicherung meistens nur dann zugestanden, wenn in einem Mandatsvertrag eine spezielle Enthaftungsklausel vereinbart wurde. Versicherungsschutz wird nämlich grundsätzlich nur jenen Rechtsanwälten geboten, die als Verwaltungsrat nicht selbst geschäftsführend sind. Die aktive Geschäftsführung und die entsprechenden Risiken daraus können nicht bzw. nur über eine spezielle Director's and Officer's (D & O) Versicherung<sup>113</sup> abgesichert werden. Eine Enthaftungsklausel kann z.B. wie folgt formuliert sein<sup>114</sup>:

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.

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 MWSTVO)<sup>115</sup>
- Haftung für vertragliche Leistungen, die über die gesetzliche Haftpflicht hinausgehen (z.B. Zahlungsgarantien aber auch Verrechnungssteuerforderungen bei Liquidation oder Sitzverlegung ins Ausland<sup>116</sup>)
- Haftung wegen vorsätzlicher Schädigung (z.B. Spekulationsgeschäft)
- Haftung für entstandene Schäden nach Bekanntwerden der Ueberschuldung
- Haftung als geschäftsführendes Mitglied (Verwaltungsratspräsident ohne Delegation, VR-Delegierter, alleiniger VR, Geschäftsführer)
- Haftung als faktisches Organ

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.

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 Verhältnissen<sup>117</sup> 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

---

<sup>113</sup> Diese aus den USA importierte Versicherung wird aber nur mit grosser Zurückhaltung angeboten, vgl. HÜTTE, Versicherung, S. 53.

<sup>114</sup> Entsprechend dem Muster eines Mandatsvertrages bei MÜLLER/LIPP S. 400 ff.

<sup>115</sup> Dazu mit ausführlicher Begründung HÜTTE, Versicherung, S. 42 ff.

<sup>116</sup> Art. 15 des BG über die Verrechnungssteuer 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 VR geduldet, sondern im Rahmen eines Auftrages und somit bei der Berufsausübung durchgeführt hätte.

<sup>117</sup> Vorne III. 1. c).

Ansprüche, die während der Dauer der Versicherung vom Geschädigten erhoben bzw. gestellt werden. Die Nachversicherung garantiert, dass der Versicherungsschutz solange weiterläuft, bis allfällige Klagerechte verjährt bzw. verwirkt sind.

## 2. Prozessuale Handlungen

### a) *Gerichtsstand*

Nach Art. 761 OR ist eine Verantwortlichkeitsklage gegen alle verantwortlichen Personen beim Richter am Sitz der Gesellschaft anzubringen; massgebend ist dabei der statutarische Sitz der Gesellschaft im Zeitpunkt der Klageanhebung<sup>118</sup>. Ist das verantwortliche Organ verstorben, so kann eine Klage gegen seine Erben ebenfalls noch am Sitz der Gesellschaft eingereicht werden<sup>119</sup>. Dieser Gerichtsstand ist ausschliesslich, aber nicht zwingend; der Geschädigte kann die Verantwortlichkeitsklage durchaus auch am Wohnsitz des Beklagten anbringen<sup>120</sup>.

Nach wie vor zulässig, aber nur im Rahmen der sehr restriktiven Rechtsprechung und verbunden mit vielen Problemen<sup>121</sup>, 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.

### b) *Streitwert*

Wer eine Verantwortlichkeitsklage anhängig macht, ist grundsätzlich nicht verpflichtet, zum 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 sich dabei der Kläger eine Minimierung seines Prozessrisikos<sup>122</sup>. Diese Rechnung kann jedoch u.U. durch eine Widerklage auf Feststellung des gesamten Schadens durchkreuzt. Dadurch erhält allerdings die Klägerseite das Recht auf die letzte Prozessschrift bzw. den letzten Vortrag an Schranken.

Die Kostenfolge in einem Verantwortlichkeitsprozess ist vorallem 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 obsiegen<sup>123</sup>. Statt dessen habe der Kläger

---

<sup>118</sup> BGE 115 II 160.

<sup>119</sup> BGE 123 III 89.

<sup>120</sup> BASLER KOMMENTAR, N2 zu Art. 761 OR.

<sup>121</sup> Vgl. dazu ausführlich BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 1919 ff.

<sup>122</sup> Der Streitwert und damit auch die Gerichtsgebühren und Prozessentschädigungen richten sich nämlich klar nach dem eingeklagten Gesamtschaden (FORSTMOSER, Verantwortlichkeit, N. 581, und GROSS, S. 274).

<sup>123</sup> BGE 122 III 324, besprochen durch VOGEL OSKAR in ZBJV 1997, S. 773 f.

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 obsiegen<sup>124</sup>.

### 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 Verantwortlichkeitsklage 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 zweckmässigerweise, den übrigen möglichen Verantwortlichen den Streit zu 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..

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 allein Beklagten die ganze Schuld zuschieben wollen. Die Vor- und Nachteile einer Streitverkündung sind deshalb genau abzuwägen.

Ein besonderes Problem kann im Zusammenhang mit dem Anwaltsgeheimnis entstehen. Übernimmt ein Rechtsanwalt die Funktion eines Verwaltungsrates und ist er auf Grund 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 ist<sup>125</sup>.

### d) Expertisen

Bereits im Zusammenhang mit den vorprozessualen Massnahmen wurde darauf hingewiesen, dass der Beizug von Spezialisten von Vorteil sein kann. Im Prozess selbst können dann Expertisen hilfreich sein, welche dem Gericht zur fundierten Begründung der eigenen Argumente eingereicht werden. Auch Expertisen sind i.d.R. 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.

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

---

<sup>124</sup> VOGEL, a.a.O., bezeichnet diese Auslegung zwar als kühn, aber dem Willen des Gesetzgebers entsprechend.

<sup>125</sup> Vgl. dazu den wegleitenden BGE 115 IA 197 ff.

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 z.B. sein:

- Ermitteln eines Vermögensstatus zu einem bestimmten Zeitpunkt
- Ermitteln der Liquiditätssituation zu einem bestimmten Zeitpunkt
- Abklärung der Fälligkeit von bestimmten Forderungen
- Beurteilung von Bonitätsrisiken
- Handelswertschätzung 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 allfällig zugesprochene Parteientschädigung eingefordert werden. Dabei muss die u.U. stossende Kostenregelung gemäss neuer Bundesgerichtspraxis<sup>126</sup> zu Gunsten des Klägers hingenommen werden.

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.

Leider ist mit einem gewonnen Prozess oftmals noch nicht die ganze Schlacht gewonnen. Da Gesellschaft, Aktionäre und Gläubiger unabhängig voneinander klagen können, muss der betroffene Rechtsanwalt 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 ob-siegenden Rechtsanwalt zu belangen; tatsächlich wirkt das befreiende Urteil nämlich nur im Aussenverhältnis<sup>127</sup>. Es lohnt sich deshalb, eine allfällige Versicherung bzw. Nachversicherung weiterzuführen und sämtliche Akten aus dem Verwaltungsratsmandat vollständig aufzubewahren.

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

Art. 759 Abs. 3 gibt dem unterlegenen Rechtsanwalt die Möglichkeit, auf allfällige mitbetei-

---

<sup>126</sup> BGE 122 III 324; vgl. vorne IV. 2.b.

<sup>127</sup> GROSS, S. 243.



ligte Organe Regress zu nehmen. Der Richter hat dabei den Rückgriff "in Würdigung aller Umstände" zu bestimmen. Damit ist sichergestellt, dass im Rückgriffsprozess nicht nur das Verschulden massgeblich ist<sup>128</sup>.

Selbst wenn der Kläger gestützt auf Art. 759 Abs. 2 OR die Ersatzpflicht jedes einzelnen Beklagten gerichtlich festsetzen liess, so hat dies mit einem allfälligen Regressprozess noch nichts zu tun<sup>129</sup>. Dies bedeutet konkret, dass der belangte und unterlegene Rechtsanwalt auch dann in einem völlig neuen Regressprozess nochmals die Haftung im Innenverhältnis beurteilen lassen kann<sup>130</sup>.

## V. Checklisten

### 1. Checkliste zur 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 bereitzustellen:

- Handelsregisterauszug (aktuell und für massgebenden Zeitraum)
- Statuten (beglaubigtes Exemplar beim HR-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 (insbeso. Kontoabschlüsse und Unterschriftskarten)
- Liquiditätspläne
- Organigramm (ev. entspr. Auszüge aus Qualitätssicherungshandbuch)
- Arbeitsverträge und Stellenbeschriebe mit leitenden Mitarbeitern
- Produktkatalog (ev. Werbe- und Presseunterlagen, falls Vorwürfe in dieser Richtung)
- Liste mit registrierten Immaterialgüterrechten (inkl. Eintragungs- und Verfalldatum für Bewertung)
- Wichtige Verträge (insbeso. Mandatsvertrag, falls abgeschlossen)
- Mietverträge / Grundbuchauszüge
- Liste der bestehenden Versicherungen mit Prämien und Leistungsangaben
- Kopien der Steuererklärungen über massgebenden Zeitraum
- Vollmachten / Unterschriftsberechtigung (Kopien oder interne Weisungen)
- Korrespondenz (insbeso. mit Aktionären, VR, GL und allfälligen Gläubigern)
- Besprechungsnotizen (ev. auch Terminplaner, etc.)
- Einladungen zu Generalversammlungen, VR- oder GL-Sitzungen

---

<sup>128</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 2030.

<sup>129</sup> BÖCKLI, Aktienrecht, Rz. 2029 und 2029b mit ausführlichem Hinweis auf die nationalrätliche Debatte.

<sup>130</sup> Das kantonale Prozessrecht regelt, ob das Regressverhältnis im Hauptprozess beurteilt werden kann oder muss (BASLER KOMMENTAR, N 9 zu Art. 759 OR).

## 2. Checkliste zum Versicherungsabschluss

Um Ansprüche aus unsorgfältiger Führung eines Verwaltungsratsmandates abzudecken, kann ein Rechtsanwalt i.d.R. eine entsprechende Haftpflichtversicherung abschliessen; allerdings nur im voraus und nicht als geschäftsführendes VR-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?

## 3. Checkliste zur Aufdeckung von Vermögensdelikten

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:

### *Im Bereich Betriebsorganisation:*

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

### *Im Bereich Personal:*

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

### *Im Bereich Finanz- und Rechnungswesen:*

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

### *Im Produktionsbereich:*

- Übermässiger Ausschuss

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

*Indizien in übrigen Bereichen:*

- Geschenke und Einladungen ohne besonderen Grund
- Negative Pressemeldungen über dubiose Tätigkeiten der Gesellschaft
- Nachforschungen von Untersuchungsorganen
- Wiederholte Verzögerungen bei der Vorlage von angeforderten Geschäftsunterlagen

#### **4. Checkliste zum 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).

*Sanierungsmassnahmen*

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

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

*Massnahmen zur Verbesserung der Liquidität*

- Sistierung sämtlicher nicht absolut notwendiger Investitionen
- Zahlungen bzw. Zahlungsaufträge nur noch mit Zustimmung bzw. Unterschrift eines Verwaltungsrates
- Personaleinstellung nur noch mit Zustimmung bzw. Unterschrift eines Verwaltungsrates
- Überprüfung aller Arbeitsstellen auf Auslastung und ev. vorübergehender Personalabbau
- Kündigung aller nicht betriebsnotwendigen Verträge (Abonnements, Werbung, Wartung, etc. aber dabei Achtung auf Konsequenzen wie z.B. Art. 418u OR bei einem Agenturvertrag)
- Realisierung nicht betriebsnotwendiger Aktiven
- Verbesserung der Debitorenbewirtschaftung
- Salärverhandlung mit leitenden Angestellten und ev. Vereinbarung einer Uebergangslösung
- Beizug externer Berater auf Provisionsbasis (z.B. zur Optimierung von Versicherung, Steuern, Materialaufwand, etc.)

Meistens zeigen die Massnahmen zur Verbesserung der Liquidität erst nach einer gewissen Zeit 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).

*Prioritätenliste zur Mittelverwendung*

1. Sozialversicherungsbeiträge
2. Steuern und Gebühren
3. Löhne
4. Versicherungen

5. Strom- und Telefonrechnungen
6. Mietforderungen

## 5. Checkliste zu den Einredemöglichkeiten und Haftungsausschlussgründen

Wird ein Rechtsanwalt mit Ansprüchen aus seiner Verwaltungsratsstätigkeit konfrontiert, so soll er diese umgehend sowohl qualitativ als auch quantitativ zurückweisen<sup>131</sup>, gegebenenfalls seine Versicherung orientieren und in jedem Falle prüfen, welche der folgenden Einreden und Einwände<sup>132</sup> 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
- Verzicht des Klägers auf Regress / Enthaftungsklausel im Mandatsvertrag
- Rangrücktritt bezüglich eingeklagter Forderung
- Haftungsbefreiung durch Décharge des Klägers
- zu Unrecht erfolgte Kollokation der eingeklagten Forderung
- Rechtsmissbrauchs
- Verjährung
- Vergleich oder Urteil
- Stundung oder Nachlass

## 6. Checkliste zur Prozessführung

Zusammenfassend ergibt sich zur Prozessführung folgende Übersicht:

### *Gerichtsstand*

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

### *Aktivlegitimation*

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

### *Passivlegitimation*

- alle bisherigen und gegenwärtige Verwaltungsräte
- alle bisherigen und die aktuelle Revisionsstelle(n)
- alle bisherigen und gegenwärtige Mitglieder der Geschäftsführung
- alle bisherigen und gegenwärtige Liquidatoren
- alle bisherigen und gegenwärtige faktische Organe

### *Streitwert*

<sup>131</sup> Dabei wird selbstverständlich davon ausgegangen, dass der Anwalt sein Mandat tatsächlich sorgfältig ausgeübt hat.

<sup>132</sup> Vgl. dazu MÜLLER/LIPP S. 193 und die dort zitierte Literatur.

- gemäss eingeklagtem Schaden
- je nach kantonalem Prozessrecht Möglichkeit der Teilklage
- bei ziffernmässig nicht nachweisbarem Schaden richterliche Schätzung

### *Haftungsvoraussetzungen*

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

### *Fristen*

- Anfechtung der Generalversammlung innert 2 Monaten
- relative Verjährungsfrist der Verantwortlichkeitsklage 5 Jahre
- absolute Verjährungsfrist der Verantwortlichkeitsklage 10 Jahre
- strafrechtliche Verjährung massgebend, falls Klage aus strafbarer Handlung abgeleitet