

GLÄUBIGERSCHUTZ: EINEN VERWALTUNGSRAT ZUR VERANT- WORTUNG ZIEHEN – EIN STEINIGER WEG

Gemäss einer neuen Untersuchung von RAin lic. iur. Susanne Keller, Zug, welche im Rahmen eines Executive MBA an der Universität St. Gallen unter dem Titel «Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – Bedeutung und Entwicklung von zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte» verfasst wurde, gibt es in der Schweiz pro Jahr rund 1500 Klagen gegen Verwaltungsräte. Jedoch nur die «spektakulärsten» Fälle wie z.B. der Swissair-Konkurs, Klagen gegen die Verwaltungsräte der UBS, der OC Oerlikon, der Swiss Life oder der Arbonia Forster finden den Weg in die Medien. Die restlichen Klagen werden vor allem auf dem Vergleichsweg erledigt, und die Öffentlichkeit erfährt (leider) nie davon.

■ Von RAin lic. iur. Viviane Zollinger-Anderegg, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Capt Zollinger Rechtsanwälte, Wetzikon

Gesetzliche Haftung gemäss Art. 754 Obligationenrecht (OR)

Art. 754 Abs. 1 OR hält fest, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats 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 sind, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursacht haben.

Abs. 2 statuiert, dass, wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, für den von diesem verursachten Schaden haftet, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.

Dieser sogenannten aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehen alle Verwaltungsräte, die Mitglieder der Geschäfts- und Konzernleitung wie auch die Liquidatoren. Auch die faktischen Organe (d.h. Personen, die zwar nicht formell zu Organen gewählt wurden, die aber faktisch an der Geschäftsführung teilnehmen) können zur Rechenschaft gezogen werden. Zu denken wäre hier

z.B. an einen Allein- oder Hauptaktionär, der sich in die Geschäftsführung einmischt.

Persönliche Haftung

Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit handelt es sich um eine persönliche Haftung. Jedes Mitglied des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen haften einzeln und mit ihrem ganzen Privatvermögen.

Voraussetzungen der Haftung

Damit die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen zur Rechenschaft gezogen werden können, müssen folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- Schaden
- Pflichtverletzung
- Kausalzusammenhang
- Verschulden

Zum Schadensbegriff

Wenn die Gesellschaft, ein Aktionär oder ein Gläubiger eine finanzielle Einbusse erlitten hat, spricht man von einem Schaden. Im Aktienrecht ist dabei ein eingetretener Verlust oder ein entgangener Gewinn als Schaden zu qualifizieren.

Von einem *direkten* (unmittelbaren) Schaden spricht man, wenn die Gesellschaft, der Aktionär oder der Gläubiger direkt einen Schaden erleidet (vgl. BGE 110 II 393).

PRAXISBEISPIEL



Zum Beispiel erhält die überschuldete Gesellschaft von einem Gläubiger – aufgrund einer gefälschten Bilanz – einen Kredit.

Von einem *indirekten* (mittelbaren) Schaden spricht man dagegen, wenn das Geschäftsvermögen der Gesellschaft geschmälert wird. Die Aktionäre erleiden indirekt einen Schaden, da der Wert ihrer Beteiligung sinkt. Ist die Schädigung sogar die Ursache eines Konkurses, erleidet auch der Gläubiger einen Schaden, da die Gesellschaft nicht mehr zahlungsfähig ist.

Was ist pflichtwidrig?

Art. 717 OR hält unter dem Titel «Sorgfalts- und Treuepflicht» fest, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren müssen.

Abs. 2 statuiert, dass sie die Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleichzubehandeln haben.

Art. 716a OR enthält sodann einen Katalog mit den *unentziehbaren* und *unübertragbaren* Aufgaben des Verwaltungsrats:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen
2. die Festlegung der Organisation
3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist
4. die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen
5. die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen
6. die Erstellung des Geschäftsberichts sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse
7. die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung

Abs. 2: Der Verwaltungsrat kann die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen. Er hat für eine angemessene Berichterstattung an seine Mitglieder zu sorgen.

Pflichtwidriges Handeln liegt demnach dann vor, wenn gesetzliche und/oder statutarische Pflichten missachtet wurden. Als oberster Grundsatz für die Verwaltungsratsmitglieder gilt eine Sorgfalts- und Treuepflicht, welche sie in allgemeiner Weise verpflichtet, die Gesellschaftsinteressen gegenüber allen anderen Interessen, insbesondere auch gegenüber ihren eigenen (!), stets vorrangig zu behandeln.

Ordnungsgemässe Entscheidungen

Nicht jede unternehmerische Tätigkeit, und mit ihr einhergehend die Geschäftsführungsentscheide, welche



sich im Nachhinein als unzweckmässig oder gar als falsch erwiesen haben, stellen eine Pflichtverletzung dar. Die sogenannten «Business Judgement Rules», welche sich als Grundlage einer sorgfältigen Geschäftsführung etabliert haben, halten fest, dass gefällte Entscheidungen als ordnungsgemäss gelten und sorgfältig getroffen wurden, wenn

- das Verfahren zur Entscheidungsfindung korrekt abgelaufen ist und eine tatsächliche Entscheidung vorliegt (aktives Handeln und nicht ein passives Verhalten),
- unbefangene und legitimierte Organe den Entscheid gefällt haben,
- eine sorgfältige Prüfung aller Fakten, welche schliesslich zum Entscheid geführt haben, stattfand,
- ein nachvollziehbarer und sachlich vertretbarer Entscheid schliesslich vorliegt.

PRAXISBEISPIEL

Die Gerichtspraxis hat u.a. folgende Verhaltensweisen als Pflichtverletzungen anerkannt:

- Entzug von Vermögenswerten aus dem Gesellschaftsvermögen ohne Gegenleistung
- mangelnde Risikoverteilung bei der Anlage des Gesellschaftsvermögens
- Untätigkeit trotz des Wissens, dass ein Verwaltungsratsmitglied Verfehlungen begangen hat
- Passivität beim Erkennen von organisatorischen Mängeln

Die zwei häufigsten Pflichtverletzungen sind die Missachtung der Pflicht zur Benachrichtigung des Konkursrichters bei Überschuldung der Gesellschaft (vgl. Art. 725 Abs. 2 OR) sowie die Unterlassung der Pflicht zum Abzug und zur Entrichtung der AHV-Beiträge (vgl. Art. 14 Abs. 1 AHVG).

Zum Kausalzusammenhang

Eine Haftung ist nur dann gegeben, wenn der Schaden ohne die pflichtwidrige Handlung/Unterlassung nicht entstanden wäre. Es muss also ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Schadenseintritt gegeben sein – d.h., dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung die konkret festgestellte Pflichtwidrigkeit geeignet ist, den vorliegenden Schaden herbeizuführen.

Zum Verschulden

Nur bei einem schuldhaften Verhalten ist eine Haftung vorgesehen, wobei schon eine leichte Fahrlässigkeit ausreicht. Bei einem geringen Verschulden kann die Ersatzpflicht jedoch reduziert werden. Wann liegt aber überhaupt ein Verschulden vor?

Ob ein Verschulden vorliegt, wird aufgrund der Frage entschieden, wie eine vernünftige und korrekt handelnde Person unter den gegebenen Umständen gehandelt hätte; der sogenannte *objektivierte Verschuldensmassstab* entscheidet also darüber, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht. Das Verschulden beinhaltet jedoch nicht nur eine objektive Komponente, sondern auch eine subjektive Komponente, wie z.B. persönliche Umstände (Unkenntnis, Zeitmangel etc.). Eine subjektive Entschuldbarkeit führt aber nicht zu einer Entlastung aus der Haftpflicht.

WICHTIGER HINWEIS

Die Lehre und Rechtsprechung haben den Grundsatz entwickelt, dass «je verantwortungsvoller die Aufgabe ist, desto höher die Anforderungen an die Sorgfalt sind».

Verantwortlichkeitsprozesse und ihre Hürden und Tücken

Verantwortlichkeitsprozesse sind in der Regel sehr anspruchsvoll und mit hohen finanziellen Risiken verbunden, weshalb es nur selten zum Prozess kommt (vgl. Susanne Keller, a.a.O.)

Verantwortlichkeitsklagen müssen nach Art. 40 ZPO entweder am Sitz der Gesellschaft oder am Wohnsitz des beklagten Verwaltungsrats erhoben werden. Wichtig ist, ob die Gesellschaft sich bereits im Konkurs befindet oder nicht.

Wer kann welchen Schaden einklagen – eine Übersicht (vgl. www.vr-haftung.ch)

Wer	Ausser Konkurs	Im Konkurs
Gesellschaft	Ja	Die Konkursverwaltung macht die Ansprüche der Gläubigergesamtheit geltend.
Aktionär	Ja, aber nur bei direkter Schädigung; ansonsten muss der Aktionär Ersatz des Gesamtschadens an die Gesellschaft fordern.	Ja, aber erst wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung verzichtet hat; einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit in der Höhe des Gesamtschadens.
Gläubiger	Nur bei Vorliegen einer direkten Schädigung.	Ja, aber erst wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung verzichtet hat; einheitlicher Anspruch der Gläubigergesamtheit in der Höhe des Gesamtschadens, alle Abtretungsgläubiger müssen gemeinsam klagen (notwendige Streitgenossenschaft).

Streitwert und Prozesskostenvorschuss

Die indirekt geschädigten Aktionäre und Gläubiger müssen, abgesehen vom Konkursfall, den Schadenersatz an die Gesellschaft einklagen. Das bedeutet, dass der gesamte Schaden der Gesellschaft eingeklagt werden muss. Dies führt zu sehr hohen Prozess- und Parteikosten. Mit der neuen Zivilprozessordnung, welche die Gerichte ermächtigt, einen Prozesskostenvorschuss basierend auf dem Streitwert einzufordern, sind den Klägern mit dem Kostenvorschuss noch zusätzliche Hürden auferlegt worden (Art. 98 ZPO). Der Richter kann aber nach Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO die Pro-

zesskosten nach eigenem Ermessen verteilen, sofern sich eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah.

Beweislast

Art. 8 ZGB hält fest, dass, «wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet». Der Kläger muss also den geldwerten Schaden resp. die Schadenshöhe, die Pflichtverletzung, den Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Eintritt des Schadens sowie das Verschulden des Verwaltungsrats detailliert (substanziiert) behaupten und beweisen,

andernfalls der Prozess verloren geht. Für die klagende Partei ist dies mit erheblichem Aufwand und zahlreichen Hürden verbunden.

Spezialfall: Haftung trotz einer Décharge-Erteilung

Die Generalversammlung beschliesst gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR über die Entlastung (Décharge) der Mitglieder des Verwaltungsrats. Sie kann – entgegen dem Wortlaut des Gesetzes – auch gegenüber den Geschäftsführungsorganen und den Revisoren erteilt werden. Die Décharge kann sich nur auf bestimmte Geschäfte und/oder auf bestimmte Organe beziehen.

Trotz gültig erteilter Décharge können Verwaltungsräte in folgenden Fällen mit Haftungsklagen konfrontiert werden:

- Die Décharge wirkt gemäss Art. 758 OR nur gegenüber der Gesellschaft selbst und nur gegenüber den zustimmenden Aktionären. Die Aktionäre, welche dem Décharge-Beschluss nicht zugestimmt haben, können innert sechs Monaten ab der Gesellschafterversammlung noch gegen die Verwaltungsräte vorgehen. Danach kann ihnen die Décharge ebenfalls entgegengehalten werden.
- Sachverhalte, welche beim Décharge-Beschluss unbekannt waren, sind nicht vom Entlastungsbeschluss erfasst.
- Einem direkt geschädigten Gläubiger, der nicht Aktionär ist, kann die Décharge nicht entgegengehalten werden.
- Gemäss der – umstrittenen – Bundesgerichtspraxis entfällt die Wirkung der Décharge-Erteilung im Konkursfall.

D&O-Versicherung

Eine Verantwortlichkeitsklage gegen einen Verwaltungsrat zu führen ist, wie ausgeführt, prozessual schwierig und mit hohen finanziellen Risiken verbunden. Dennoch steigt deren Häufigkeit.

Ein Verwaltungsrat ist daher gut beraten, wenn er eine sog. D&O-Versicherung («Directors & Officers») abschliesst. Die Gesellschaften schliessen diese Versicherung in der Regel für ihre Organe ab. Damit werden neben der eigentlichen Haftpflicht auch die Abwehrkosten gedeckt. Alle grösseren Versicherungsgesellschaften bieten diese D&O-Versicherung an.

AUTORIN



Viviane Zollinger-Anderegg, lic. iur. Rechtsanwältin, ist Partnerin und Gründerin der Kanzlei Capt Zollinger Rechtsanwälte in Wetzikon.

Sie ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und berät inländische und ausländische Arbeitgeber und Arbeitnehmer.