

Die persönliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates und ihre Vermeidung¹

Dr. Peter Forstmoser, Professor an der Universität Zürich, Rechtsanwalt

I. Übersicht

Die Neuerungen im Abschnitt über die Verantwortlichkeit widerspiegeln die Revision des schweizerischen Aktienrechts insgesamt: Die *formalen* Änderungen sind äusserst *zahlreich*²; von den zehn Artikeln des Abschnitts sind nur gerade zwei von Korrekturen verschont geblieben. *Materiell* geht es dagegen auch im Verantwortlichkeitsrecht um eine *Teilrevision*, die zwar einige grundlegende Korrekturen bringen wird, sich aber mehrheitlich auf sprachliche und formale Verbesserungen und die Festschreibung bewährter – wenn auch teils nicht durch höchstrichterliche Präjudizien gesicherter – Praxis beschränkt.

Der Vorstellung des neuen Rechts sei im folgenden zunächst ein Hinweis auf die Mängel der geltenden Ordnung vorangestellt (Ziff. II.). Anschliessend werden die mehr formalen und klärenden Revisionspunkte aufgelistet (Ziff. III.), sodann wird auf die materiell gewichtigeren Neuerungen eingetreten (Ziff. IV.). Nach einer kurzen Würdigung des in der Reform Erreichten (Ziff. V.) wird in einem Caveat auf die beschränkte praktische Tragweite der Reform hingewiesen (Ziff. VI.). Den Abschluss bilden einige praktische Hinweise zur Vermeidung des Haftungsrisikos (Ziff. VII.).

II. Mängel des geltenden Verantwortlichkeitsrechts

Die Bestimmungen des schweizerischen Aktienrechts zur Verantwortlichkeit der Organe erscheinen in verschiedener Hinsicht als revisionsbedürftig:

- Der Gesetzestext ist zum Teil unklar oder zumindest schwerfällig – vereinzelt auch täuschend – formuliert, und er lässt eine Reihe von wesentlichen Fragen offen³ (vgl. Ziff. 1.).
- Wichtiger ist, dass die Resultate der geltenden Ordnung nicht voll befriedigen und einen aleatorischen Eindruck machen: Teils erscheinen die Konsequenzen persönlicher Verantwortlichkeit als ungebührlich hart, teils auch als unverständlich large (vgl. Ziff. 2.).

1. Unklarheiten, Ungereimtheiten und Lücken des geltenden Rechts

Die Redaktion der geltenden Bestimmungen über die Verantwortlichkeit lässt an verschiedenen Stellen zu wünschen übrig:

a) Verschiedentlich ist die *Terminologie unklar*.

- Das Marginale zu OR 753⁴ spricht von «Gründerhaftung», und nur aus dem Text geht hervor, dass diese Haftung nicht nur die Gründer im engeren

Sinne meint, sondern der Kreis der Verantwortlichen weit zu ziehen ist und alle erfasst, «die in irgendwelcher Weise schöpferisch bei der Gründung mitwirken»¹.

- In OR 752 wird bei der Prospekthaftung von den Ansprüchen von «Aktionären oder Obligationären» gesprochen, in OR 753 und 754 ist die Rede von den «einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern». Damit ist unklar, ob *Genussscheinberechtigte und Partizipanten* klageberechtigt und – wenn ja – ob sie den Gläubigern oder den Aktionären gleichzustellen sind⁶.
 - OR 754 handelt von mit der Verwaltung etc. «betrauten» Personen. Ungewiss bleibt die Erfassung der sog. materiellen oder faktischen Organe, d.h. derjenigen Personen, die sich Organfunktionen anmassen, ohne damit formell «betraut» zu sein, wie es gewählte Verwaltungsratsmitglieder und bestellte Direktoren sind⁷.
- b) Das geltende Recht enthält sodann *Ungereimtheiten*, die teils bis heute Rätsel aufgeben.
- OR 755⁸ räumt dem Gläubiger einer aufrecht stehenden AG scheinbar ein gleiches Klagerecht wie dem Aktionär ein⁹. Aus OR 758 ergibt sich dagegen eindeutig, dass dem Gläubiger ein Klagerecht ausser Konkurs gerade nicht zustehen soll¹⁰.
 - OR 756 II, der die Geltendmachung des mittelbaren Aktionärs – und Gläubigerschadens regelt, ist missglückt, indem die dortige Verweisung auf das SchKG dem Umstand keine Rechnung trägt, dass der anvisierte Art. 260 des SchKG von den Gläubigern handelt und dem Aktionär die Gläubigerstellung gerade nicht zukommt. Der Stein der Weisen ist hier bis heute nicht gefunden worden¹¹.
 - OR 759 II erklärt, der «Rückgriff unter mehreren Beteiligten» werde vom Richter «nach dem Grade des Verschuldens des Einzelnen bestimmt». Damit wird ungewollt die allgemeine Regel von OR 50 II, wonach der Rückgriff «durch richterliches Ermessen bestimmt» wird¹², modifiziert.
- c) Endlich enthält der heutige Text auch *Lücken*.
- OR 757 sagt nicht, welches die Voraussetzungen für einen wirksamen *Entlastungsbeschluss* sind¹³.
 - Bei der Gründerhaftung wird die *Kapitalerhöhung*¹⁴ nicht erwähnt, was zu einer langen und noch immer offenen Kontroverse über die Frage geführt hat, ob OR 753 bei der Kapitalerhöhung Anwendung findet¹⁵.

2. Unbefriedigende Resultate der heutigen Ordnung

- a) Ein Blick auf die Realität der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck:
- Einerseits blieben trotz des massiven Anstiegs der Verantwortlichkeitsklagen in den letzten Jahren¹⁶ viele Fälle selbst grober Fahrlässigkeit, ja Absicht, ohne Sanktion. Verwaltungsratsmitglieder, die sich über Jahre nicht um ihre Gesellschaft gekümmert und die «in schier unverständlicher Weise die mit dem Mandat übernommene cura in custodiendo»¹⁷ missachtet ha-

ben, müssen keine Konsequenzen tragen. Insofern erscheint die Verantwortlichkeitsklage als stumpfe Waffe und bleiben die theoretisch scharfen gesetzlichen Bestimmungen häufig toter Buchstabe.

- Andererseits werden diejenigen, die es trifft, mit ungewöhnlicher Härte verfolgt, können ehrenwerte Geschäftsleute und Revisoren – und gerade sie, denn die kriminell Handelnden haben in der Regel, wenn es zum Schwur kommt, kein Geld oder verstecken es – wegen einer kleinen Unvorsicht oder allzugrossen Entgegenkommens Hab und Gut verlieren.

- b) Dem Verantwortlichkeitsrecht in seiner heutigen Ausgestaltung wohnt damit ein willkürlicher Zug inne, und es erscheinen *Korrekturen* nach zwei Richtungen hin angezeigt:
- Einerseits sollte die *Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen auch seitens einzelner Aktionäre und Gläubiger erleichtert* werden.
 - Andererseits ist die Ersatzpflicht auf ein *vernünftiges* und dem persönlichen Verschulden entsprechendes Mass zu *reduzieren*.

Zudem sollte das *Risiko besser vorhersehbar* sein.

III. Modellpflege am Gesetzestext

Das Verantwortlichkeitsrecht soll im neuen Gesetz durch eine Vielzahl von kleineren Modifikationen systematischer geordnet, zeitgemässer und korrekter formuliert und in Einzelfragen geklärt werden. Im einzelnen folgendes:

1. Änderungen in der Gliederung

Wie andernorts, so sind auch im Verantwortlichkeitsrecht Artikel und Absätze umgestellt worden.

- So handelt OR 754 I von der Haftung aus «Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle», und Abs. II desselben Artikels von der Haftung der Liquidatoren. Im künftigen Recht wird dagegen die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung sowie der Liquidatoren gemeinsam in neuOR 754 I behandelt, während die Kontrollstell- bzw. – in neuer Terminologie – die Revisionshaftung mit weitgehend gleicher Formulierung in neuOR 755 verankert ist¹⁸.
- Art. 755 des geltenden Rechts entspricht neuOR 756 I, bisher Art. 756 neu 757 I und II, bisher 757 neu 758¹⁹.

Man kann sich füglich fragen, ob solche Umstellungen – auch wenn sie letztlich zu einer besseren Systematik führen – sinnvoll sind: Materiell ändert sich dadurch nichts, doch wird die Arbeit mit der vorhandenen Literatur und Judikatur, die ja ihre Bedeutung für die inhaltlich unveränderten Gesetzesbestimmungen beibehält, unnötig erschwert.

2. Umformulierungen

Die Reform wurde sodann – wiederum gleich wie in anderen Teilen des Aktienrechts – zum Anlass genommen, schwerfällige oder veraltete Formulierungen zu überarbeiten.

- Aus «dazu beigetragen hat, dass die Eintragung . . . erlangt worden ist», wird in OR 753 Ziff. 2 «die Eintragung veranlassen».
- In OR 754 I werden die «ihnen obliegenden Pflichten» zu simplen «Pflichten».
- Und statt: «Der Verantwortlichkeitsklage . . . steht ein Entlastungsbeschluss der Generalversammlung nur entgegen, wenn . . . »²⁰ heisst es neu: «Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt nur für . . . »²¹.

Auch hier ist zum Sinn solcher Revision ein Fragezeichen zu setzen. Wohl wird die Sprache eleganter, aber auf Kosten der Ungewissheit, ob wirklich *nur* eine Bereinigung des Wortlauts oder auch eine materielle Änderung beabsichtigt war.

3. Präzisierungen im Gesetzestext

Weitgehend bereinigt werden die vorn Ziff. II. 1. a) gerügten terminologischen Mängel:

- Im Marginale zu OR 753 wird künftig von *Gründungshaftung* gesprochen.
- Bei der Prospekthaftung²² ist nicht mehr von der Ausgabe von «Aktien oder Obligationen» die Rede, sondern von «Aktien, Obligationen oder anderen Titeln» und konsequent auch nicht mehr von den geschädigten «Aktionären oder Obligationären», sondern generell von «Erwerbern der Titel». Damit sind auch die Partizipanten²³ erfasst. Bei der Gründungs- und der Geschäftsführungshaftung werden zwar weiterhin nur die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger genannt, doch ergibt sich das Klagerecht der Partizipanten aus der neu in das Gesetz aufgenommenen Ordnung der Partizipations-scheine²⁴. Durch die Gleichstellung mit dem Aktionär wird auch die Streitfrage geklärt, ob der Partizipant nach den für Aktionäre oder den für Gläubiger geltenden Regeln zu behandeln ist²⁵.
- OR 754 spricht neu von mit der Geschäftsführung etc. «befassten» Personen, womit im Sinne der geltenden Lehre und Praxis der funktionale oder materielle Organbegriff in das Gesetz aufgenommen wird²⁶.

4. Klärung von Unstimmigkeiten, Lückenfüllung

Weitere Änderungen erklären sich daraus, dass Unstimmigkeiten des geltenden Rechts beseitigt und Lücken – durchwegs im Sinne der herrschenden Lehre und Praxis – gefüllt werden sollten.

- *Bereinigungen* erfahren die Regeln über die Klagerechte von Aktionären und Gläubigern sowie die zum Verhältnis der beiden Gruppen²⁷. So wird künftig beim Klagerecht ausser Konkurs zu Recht nur noch vom Aktionär und nicht mehr vom Gläubiger gesprochen²⁸. Sodann werden das selbständige Klage-

recht von Aktionären und Gläubigern aus mittelbarem Schaden und die Klage aufgrund einer «Abtretung» gemäss SchKG 260 auseinandergelassen²⁹ und ihre Folgen getrennt geregelt. Für die Bemessung des Rückgriffs wird der Richter künftig – entsprechend den allgemeinen Regeln – auf die «Würdigung aller Umstände» verpflichtet³⁰.

- *Lückenfüllung*³¹ geschieht, indem für den Entlastungsbeschluss explizit festgehalten wird, dass er nur «für bekanntgegebene Tatsachen» wirkt³². Bei der Gründungshaftung wird sodann der Kapitalerhöhungsbericht genannt und damit klargestellt, dass die Haftungsnorm auch bei der Kapitalerhöhung Anwendung findet.

5. Anpassungen an das neue Recht

Terminologisch, aber auch sachlich waren schliesslich einige Anpassungen an das neue Recht selbst vorzunehmen.

- Künftig ist von «Revisionshaftung» und nicht mehr von der Haftung der «Kontrollstelle» die Rede, und es werden neben der ordentlichen Revision auch die stark erweiterten ausserordentlichen Revisionsfälle erwähnt³³.
- Statt von «Verwaltung» wird neu – wie in neuOR 707 ff – von «Verwaltungsrat» gesprochen³⁴.

IV. Bemühungen um eine materiell gerechtere Ordnung

Als materielle Postulate für die Reform wurden vorstehend genannt

- die bessere Vorhersehbarkeit der persönlichen Verantwortung,
- die Erleichterung der Aktionärs- und Gläubigerklage,
- die umfangmässige Begrenzung der Ersatzpflicht entsprechend dem persönlichen Verschulden.

In all diesen Punkten bringt das neue Recht sinnvolle Verbesserungen:

1. Bessere Vorhersehbarkeit des persönlichen Risikos

Die für die Mitglieder des Verwaltungsrates entscheidende Verbesserung in diesem Bereich liegt darin, dass das neue Recht die *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben* des Verwaltungsrates explizit und *abschliessend aufzählt*³⁵. Damit wird dem Verwaltungsratsmitglied eine Art Checkliste in die Hand gegeben, anhand welcher er die korrekte Erfüllung seiner Pflichten überprüfen kann³⁶. Aus neuOR 716a ergibt sich e contrario, dass im übrigen die der Verwaltung zukommenden Aufgaben³⁷ delegiert werden können. Das Gesetz klärt aber nicht nur die Möglichkeit der Delegation, sondern es regelt auch deren *Wirkungen*:

«Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem andern Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.»³⁸

Delegation wirkt also – wie dies die einhellige Lehre trotz einer nicht ganz konsequenten Gerichtspraxis schon bisher annahm³⁹ – haftungsbefreiend mit dem Vorbehalt, dass die curae in eligendo, instruendo et custodiendo bestehen bleiben⁴⁰.

2. Erleichterungen der Aktionärs- und der Gläubigerklage

a) Deutlich verbessert – und darin liegt auch eine materielle Stärkung des Klagerechts – wird künftig die *Informationslage*.

aa) Durch verbindliche Vorschriften zur *Mindestgliederung* von Bilanz und Erfolgsrechnung und durch den künftig ebenfalls vorgeschriebenen *Bilanzanhang*⁴¹ wird die Transparenz – zwar vielleicht immer noch ungenügend, aber jedenfalls markant – verbessert.

Insbesondere wird es nicht mehr möglich sein, Misserfolge in der Geschäftsführung durch die Auflösung *stiller Reserven* zu vertuschen, muss doch eine Auflösung bekanntgegeben werden, «wenn dadurch das erwirtschaftete Ergebnis in wesentlichem Ausmass günstiger dargestellt wird.»⁴²

Sodann wird die für wirtschaftlich bedeutendere Gesellschaften ebenfalls obligatorische *Konzernrechnung*⁴³ zur Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse beitragen.

bb) Genügen die ordentlichen und die durch Geltendmachung des Auskunftsrechts⁴⁴ zusätzlich erlangten Informationen nicht, dann können Aktionäre allenfalls die Einsetzung eines *Sonderprüfers*⁴⁵ verlangen und auf diese Weise die Basis für den Entscheid über die Klageanhebung verbessern⁴⁶.

cc) Schliesslich schreibt neuOR 716b II vor, dass der Verwaltungsrat «Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger, die ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, auf Anfrage hin schriftlich über die Organisation der Geschäftsführung» orientieren muss. Dies könnte die Möglichkeit verbessern, *gezielt* zu klagen.

b) In neuOR 756 II ist vorgesehen, dass der Richter beim Unterliegen des klagenden Aktionärs die *Kosten* nach seinem Ermessen auch *der Gesellschaft auferlegen* kann, wenn «aufgrund der Sach- und Rechtslage begründete[r] Anlass zur Klage» bestand. Die Wirksamkeit dieser Ordnung wird man freilich nicht überschätzen dürfen, bleibt doch zumindest für den Kleinaktionär ein Kostenrisiko, das in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Interesse steht⁴⁷.

Aus dogmatischer Sicht erscheint die neue Regelung ziemlich abenteuerlich: Die Gesellschaft kann dadurch zur Zahlung in einem Verfahren verpflichtet werden, an welchem sie selber gar nicht beteiligt ist, in Missachtung der ehernen Regel, dass in Prozessen nur über Rechte und Pflichten der Parteien entschieden wird. Muss ihr wenigstens Gelegenheit zur Stellungnahme geboten werden? Wenn ja: Von Amtes wegen oder nur auf ihren Antrag hin? Zum ganzen Prozessstoff oder nur zur Kostenregelung? In welcher Eigenschaft? Als Nebenintervenientin? Und mit welchen Rechten? Fragen über Fragen.

3. Berücksichtigung legitimer Interessen der Organpersonen

Neben den für die Mitglieder des Verwaltungsrates wesentlichen, bereits erwähnten Klärungen der unübertragbaren Kompetenzen und der Wirkungen der erlaubten Kompetenzdelegation⁴⁸ liegt eine – für alle Organpersonen wirksame – Neuerung in der Präzisierung der *Solidarität*. Während das heutige Recht lapidar mehrere für denselben Schaden verantwortliche Personen als «solidarisch» haftbar erklärt⁴⁹, wird künftig präzisiert, eine jede Person sei «insoweit mit den andern solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist»⁵⁰. M.E. hätte sich dies freilich schon aus dem geltenden Recht ergeben, kann doch Solidarität immer nur so weit gehen, als einer Person ein Schaden «persönlich zurechenbar ist». Die Präzisierung im Gesetz war jedoch nötig angesichts einer verfehlten, aber konstanten Praxis des Bundesgerichts, dem leichten Verschulden bei solidarisch Haftpflichtigen im Aussenverhältnis keine Rechnung zu tragen⁵¹. Der «Federstrich» des Gesetzgebers ist im Interesse vor allem der Revisionsstellen, aber auch aussenstehender Verwaltungsratsmitglieder nur zu begrüssen. Wunder wird man auch davon freilich keine erwarten dürfen⁵².

V. Würdigung

Insgesamt wird man der Neuordnung der privatrechtlichen Verantwortlichkeit ein gutes Zeugnis ausstellen dürfen.

Die unter dem Stichwort «Modellpflege» in Ziff. III. erwähnten Neuerungen wird man zwar – in der Terminologie des Miteigentumsrechts – zu einem guten Teil als bestenfalls «der Verschönerung und Bequemlichkeit dienend» einstufen können⁵³, zu einem weiteren Teil als «nützlich»⁵⁴ und nur in der Minderzahl als «notwendig»⁵⁵. Einen deutlichen Fortschritt im Sinne einer rationaleren und gerechteren Ordnung bringen aber die in Ziff. IV. vorgestellten grundlegenden Änderungen.

Das neue Recht ist daher in diesem Bereich zu begrüssen.

VI. Exkurs: Vom beschränkten Nutzen einer Reform nur des Privatrechts

a) Das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht wird künftig – wie soeben gezeigt – rationaler ausgestaltet sein. Leider ist dieser Gewinn von beschränktem Nutzen: Das wohl stossendste Haftungsrisiko für Organpersonen liegt zur Zeit nämlich im Sozialversicherungsrecht, wozu Klaus Hütte⁵⁶ treffend bemerkt: «Wer in Zeiten der Krise nicht sein besonderes Augenmerk auf die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge richtet, dem wird kaum ein Verantwortlichkeitsprozess erspart bleiben. Nicht jeder, aber doch die grosse Mehrzahl dieser Prozesse endet mit einem die Haftung bestätigenden Urteil zum Nachteil des VR.»

b) Nach AHVG 52 hat ein *Arbeitgeber*, der *absichtlich oder grobfahrlässig* Vorschriften des AHVG missachtet und dadurch einen Schaden verschuldet, diesen der *Ausgleichskasse* zu ersetzen.

In einer schwer verständlichen und m.E. weltfremden Überdehnung des Anwendungsbereiches dieser Norm hat das Eidg. Versicherungsgericht daraus faktisch eine neue Kausalhaftung für Mitglieder des Verwaltungsrates geschaffen:

- Über den Wortlaut hinaus wurde aus AHVG 52 bei juristischen Personen eine subsidiäre Haftung der *verantwortlichen Organe* hergeleitet, obwohl diese selber nicht «Arbeitgeber» sind⁵⁷.
- Vor allem aber legt das Eidg. Versicherungsgericht im Hinblick auf AHVG 52 einen Verschuldensmassstab an, der aus dieser Norm trotz der ausdrücklichen Beschränkung auf Absicht und Grobfahrlässigkeit nahezu eine *Kausalhaftung* macht. So wird in BGE 108 V 203 – in Übereinstimmung mit BGE 103 V 125 – ausgeführt, es werde «einem Verwaltungsratspräsidenten einer Grossfirma nicht als grobfahrlässiges [sic!] Verschulden angerechnet werden können, wenn er nicht jedes einzelne Geschäft, sondern nur die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang im allgemeinen überprüft und daher beispielsweise nicht beachtet, dass in Einzelfällen [sic!] die Abrechnung über Lohnbeiträge nicht erfolgt ist»⁵⁸. In jenem Fall wurde Grobfahrlässigkeit bejaht und die Zulässigkeit einer haftungsbefreienden Delegation der Sozialversicherungsbelange an einen Geschäftsführer verneint, weil bei «derart einfachen und überschaubaren Verhältnissen» – nur drei Zeichnungsberechtigte, Aktienkapital von Fr. 50 000.– – der einzige Verwaltungsrat den «Überblick über alle wesentlichen Belange der Firma», zu denen das Gericht also auch die lückenlose Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge zählte, haben müsse⁵⁹. Die Haltung des Versicherungsgerichts ist in der Lehre kritisiert worden⁶⁰. Doch hat das Gericht ausdrücklich an seinem «auch bei der Delegation von Geschäftsführungskompetenzen angewendeten – strengen – Verschuldensmassstab» festgehalten⁶¹, so dass mit einer baldigen Praxisänderung nicht gerechnet werden kann. Auch hier bedürfte es wohl eines Eingriffs des Gesetzgebers, um eine verfehlt und aufgrund von Wortlaut und Sinn des Gesetzes nicht haltbare höchstrichterliche Praxis zu korrigieren.

c) Somit bleibt vorderhand nichts anderes übrig als zu konstatieren, dass *dieses* Haftungsrisiko durch die Revision des Privatrechts nicht beseitigt worden ist.

VII. Zehn goldene Regeln zur Vermeidung der persönlichen Verantwortlichkeit

Die folgenden Ratschläge basieren auf einer Analyse von publizierten wie nicht publizierten Gerichtsentscheiden sowie auf eigenen Erfahrungen als Berater⁶². Die Beachtung der zehn Grundsätze dürfte einen recht verlässlichen Schutz vor Verantwortlichkeitsklagen bieten. Vor allem aber gilt eine «negative» Garantie: Werden die Regeln missachtet, dann sind im Konkurs einer Gesellschaft Verantwortlichkeitsansprüche mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten.

1. Handeln wie ein sorgfältiger Einzelunternehmer

Als Grundregel mag gelten, dass auch das Mitglied des Verwaltungsrates einer AG so handeln soll, wie es einem *sorgfältigen und pflichtbewussten Kaufmann* ansteht. Beispiele aus der Judikatur für Verletzungen dieser Pflicht sind etwa:

- spekulative Anlagen, besonders, wenn sie ein Klumpenrisiko darstellen⁶³,
- Klumpenrisiken ganz allgemein, auch wenn die Bonität des Schuldners nicht in Frage steht⁶⁴,
- der Verzicht auf zinsbringende Anlage des nicht anderweitig benötigten Gesellschaftskapitals⁶⁵,
- die Verschiebung von Mitteln der Gesellschaft ins Ausland, obwohl diese für die Erfüllung von im Inland fälligen Verpflichtungen benötigt würden⁶⁶,
- der Verzicht darauf, die Liberierung der Aktien durchzusetzen obschon die Gesellschaft zusätzliche Mittel benötigt⁶⁷,
- die Übernahme eines Mandats trotz fehlender Kenntnisse⁶⁸ und der Verzicht auf den Beizug eines Beraters trotz Unerfahrenheit⁶⁹.

Die Regel ist vor allem den Mandanten ans Herz zu legen. Sie gilt aber auch für den Anwalt, der Einsitz in einen Verwaltungsrat nimmt, besonders bei kleinen, personenbezogenen Gesellschaften mit aktiven Aktionären.

2. Die Minderheit leben lassen

Vor allem dann, wenn die Aktionäre in eine Mehrheits- und eine Minderheitsgruppe gespalten sind, tun die Mehrheit und ihre Vertreter im Verwaltungsrat gut daran, *auf die Interessen der Minderheit Rücksicht zu nehmen*, diese «leben zu lassen». Dies ganz besonders dann, wenn die Minderheit nicht in der Verwaltung vertreten und die Mehrheit bzw. ihre Vertreter aktiv geschäftsführend sind.

Aus der Judikatur seien als Beispiele für eine persönliche Haftung erwähnt:

- die Eingehung von Geschäften mit den Mehrheitsaktionären, soweit solche für Gesellschaft und die Minderheit nachteilig sind⁷⁰,
- der Abschluss von Verträgen durch die Verwaltung mit einzelnen ihrer Mitglieder in Überschreitung der Befugnisse⁷¹.

Diese Regel ist besonders bei Familiengesellschaften der zweiten Generation zu beachten, wenn einzelne Aktionäre die Gesellschaft stimmenmässig beherrschen und aktiv leiten, während andere nur noch als Geldgeber beteiligt sind⁷².

3. Das Spiel der AG spielen, die Formalien einhalten

- a) Ein weiteres Erfordernis, das vor allem stark personenbezogenen Gesellschaften und noch verstärkt bei *Einmann-Gesellschaften* betont werden muss, ist es, *das Spiel der AG konsequent zu spielen*: Wer ein Geschäft in eine AG einbringt, ist fortan nicht mehr Einzelunternehmer, sondern Angestellter «seiner» Gesellschaft. Er darf nicht nur die Vorteile des Aktienrechts für sich in Anspruch nehmen, er muss auch die Nachteile und insbesondere zusätzliche Formalitäten in Kauf nehmen.

Hier darf auch der *Berater*, der eine Verwaltungsratsfunktion wahrnimmt, in keinem Falle nachgeben⁷³. AG und Einmann-Aktionär sind zwei verschiedene Personen, und der Verwaltungsrat der AG – auch wenn er vom Alleinaktionär mandatiert ist – hat im Zweifel die Interessen der Gesellschaft und nicht diejenigen des Treugebers wahrzunehmen.

Falls zwischen einer Gesellschaft und einzelnen Aktionären Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, muss dies «at arm's length» erfolgen, so wie man es auch mit einem Dritten tun würde. So sind Darlehen an Aktionäre, die in keinem vernünftigen Verhältnis zu den verfügbaren Eigenmitteln stehen, zu vermeiden⁷⁴, ebenso solche ohne ausreichende Sicherheit.

Die Beachtung der AG als eigene Person verlangt sodann, dass auf eine für die vorgesehenen Zwecke *ausreichende Kapitalisierung* geachtet wird.

In der Gerichtspraxis wurden u.a. folgende *Pflichtverletzungen* registriert:

- der Gesellschaft wird ohne entsprechende Gegenleistung Vermögen entzogen⁷⁵,
- ein Aktivum der Gesellschaft wird für die Sicherung einer privaten Schuld verwendet⁷⁶,
- Wechselverpflichtungen werden im Namen der Gesellschaft, aber zur Sicherung von privaten Schulden eingegangen⁷⁷,
- Mitglieder des Verwaltungsrates spekulieren persönlich mit von der Gesellschaft erteilten Krediten⁷⁸.

- b) Zum Spiel der AG gehört auch, dass die vom Gesetz vorgesehenen *formellen Pflichten* beachtet werden: Beschlüsse sind von den zuständigen Organen zu fällen und ordnungsgemäss zu protokollieren⁷⁹. Die Generalversammlung ist abzuhalten, und Gewinne dürfen der Gesellschaft nur aufgrund entsprechender Beschlüsse – basierend auf einer revidierten Bilanz – entnommen werden. Ebenso sind Verwaltungsratssitzungen durchzuführen, genügen einsame Entscheide des Allein- oder Mehrheitsaktionärs nicht, ist eine Revisionsstelle einzusetzen, die den Anforderungen des (neuen) Rechts an Fachkunde und Unabhängigkeit⁸⁰ genügt.

Gerade in kleineren Verhältnissen und bei Tochtergesellschaften von Konzernen⁸¹ werden die Formalitäten oft als unnötiger Ballast betrachtet und vernachlässigt. Eine Durchsicht von Rechtsschriften und Entscheiden zeigt überdies, dass mit einer *Missachtung der formellen Ordnung* nicht selten auch *materielle Pflichtwidrigkeiten* einhergehen.

4. Sicherstellung einer angemessenen Organisation

- a) Im weiteren ist eine *angemessene Organisation* einzuführen und durchzuhalten. Das neue Recht hält ausdrücklich fest⁸², dass sich bei korrekter Delegation die Verantwortung auf die drei *curae in eligendo, instruendo et custodiendo* beschränkt.

Durch korrekte Delegation wird der Verwaltungsrat mithin auch von seiner Verantwortung entbunden, mit dem Vorbehalt der erwähnten Restverantwortung. Dabei ist zu beachten, dass hinsichtlich der drei *curae* eine Wechselwirkung besteht: Je qualifizierter der mit einer Aufgabe Betraute ist, desto weni-

ger bedarf es der Instruktion und Überwachung, je unkritischer die Auswahl erfolgt, desto mehr Sorge muss der Ausbildung und Kontrolle angediehen werden⁸³.

- b) Die Grenzen der Delegationsmöglichkeit sind künftig gesetzlich explizit festgehalten, vgl. neuOR 716a sowie sogleich nachstehend Ziff. 5.
- c) Auch die Kompetenzdelegation ist freilich nur wirksam (und haftungsbefreiend), wenn die Formalien eingehalten werden: Gemäss neuOR 716b I bedarf es einer *statutarischen Grundlage* und muss die Delegation in einem *Organisationsreglement* erfolgen. Blosses *Laisser faire* wirkt also niemals haftungsbefreiend, sondern ist im Gegenteil als Element pflichtwidrig schuldhaften Verhaltens zu würdigen.
- d) Wenn dem Verwaltungsrat hier allgemein eine *Konzentration auf die grundlegenden Aufgaben* und weitestgehende Delegation von Funktionen empfohlen wird, dann ist wegen der derzeitigen Gerichtspraxis eine *Ausnahme* zu machen im Hinblick auf die Überprüfung der Leistung öffentlichrechtlicher Abgaben und Beiträge, besonders solchen der Sozialversicherung. Diesbezüglich empfiehlt es sich, den Einzelheiten nachzugehen⁸⁴.
- e) Von selbst versteht sich, dass Verwaltungsratssitzungen auch *tatsächlich* und in der vorgesehenen Häufigkeit *durchzuführen* sind und dass das Mitglied des Verwaltungsrates den Sitzungen nicht unentschuldigt fernbleiben darf.

5. Tatsächliche Ausübung der nicht delegierbaren Aufgaben

- a) Liegt eine deutliche Verbesserung der Risikolage von Verwaltungsratsmitgliedern darin, dass das Gesetz künftig die Möglichkeiten und Grenzen der Kompetenzdelegation eindeutig festschreibt⁸⁵, so ist umgekehrt zu betonen, dass durch die explizite gesetzliche Verankerung nicht delegierbarer Verwaltungsratsaufgaben auch eine Verschärfung eintritt: Soweit Funktionen dem Verwaltungsrat unübertragbar und unentziehbar zugewiesen worden sind, müssen diese *tatsächlich ausgeübt* werden und können sich der Verwaltungsrat und seine Mitglieder ihrer Verantwortung nicht durch Delegation oder Untätigbleiben entziehen. Die Glaubwürdigkeit der gesetzlichen Ordnung wird dadurch – im Interesse der Gläubiger wie der Aktionäre – verstärkt, das Mandat des Verwaltungsrates wird aufgewertet.
- b) Grob zusammengefasst werden als unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrates im Gesetz genannt
- die *Oberleitung* der Gesellschaft,
 - die Festlegung ihrer *Organisation*,
 - die *Planung* (besonders durch den Einsatz der finanziellen Mittel),
 - die wichtigsten *personellen Entscheide* und
 - die *Rapportierung an die Aktionäre*.

Blosse Aushängeschild-Verwaltungsräte haben damit nach neuem Recht definitiv ausgedient.

6. Erfüllung der Buchführungsvorschriften

- a) Beachtung zu schenken ist auch der Einhaltung der Buchführungs- und Bewertungsvorschriften.

So *verletzt* nach der Gerichtspraxis der Verwaltungsrat seine *Pflicht*,

- wenn er die Führung der erforderlichen Bücher unterlässt⁸⁶,
- wenn er die notwendigen Abschreibungen nicht vornimmt⁸⁷,
- wenn er bei Überschuldung die nötigen Massnahmen nicht trifft⁸⁸.

- b) In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Vorschriften über die Rechnungslegung im Zuge der Reform erheblich *verschärft* worden sind:

- NeuOR 663 sieht eine *Mindestgliederung* für die Erfolgsrechnung vor, desgleichen neuOR 663a für die Bilanz.
- NeuOR 663b verlangt einen *Bilanzanhang*, in welchem unter anderem Auskunft zu geben ist über den Gesamtbetrag der zur Sicherung eigener Verpflichtungen verpfändeten oder abgetretenen Aktiven sowie der Aktiven unter Eigentumsvorbehalt, über die wesentliche Auflösung stiller Reserven und über nicht bilanzierte Leasingverbindlichkeiten.
- Bei bedeutenderen Gesellschaften wird sodann gemäss OR 663e künftig eine *Konzernrechnung* verlangt.

Im Gesetz aufgeführt – freilich nur exemplifikativ – werden auch *Grundsätze ordnungsmässiger Rechnungslegung*⁸⁹.

Wiederum sind diese gesetzlichen Präzisierungen mit Bezug auf die aktienrechtliche Verantwortlichkeit keineswegs nur als Verschärfung zu sehen: Wohl wird ein Richter im Falle der Verletzung einer expliziten gesetzlichen Vorschrift eine Pflichtwidrigkeit ohne weiteres bejahen. Umgekehrt wird aber den Mitgliedern eines Verwaltungsrates, der die im Gesetz konkret aufgeführten Bestimmungen einhält, kaum ein Vorwurf gemacht werden können. Für Organpersonen bringt das neue Recht auch hier nicht nur zusätzliche Anforderungen, sondern vor allem einen Gewinn an Vorhersehbarkeit, Sicherheit und rationaler Ausgestaltung der persönlichen Haftung.

7. Wahl einer qualifizierten Kontroll- bzw. Revisionsstelle

- a) Schon unter geltendem Recht war vor der insbesondere in kleineren Verhältnissen noch immer verbreiteten *Unsitte*⁹⁰ zu warnen, das Revisionsmandat als *Sinekure* einem Bekannten oder Verwandten zu übertragen. Besonders dann, wenn ein Verwaltungsratsmitglied aus fachlichen oder zeitlichen Gründen nicht in der Lage ist, die Buchführung selbst zu überprüfen, ist eine professionelle Revision unabdingbar.

- b) Das künftige Recht schreibt Befähigung und Unabhängigkeit der Revisoren ausdrücklich vor⁹¹, wobei die Einhaltung dieser Anforderungen künftig durch Aktionäre und Gläubiger auch klageweise durchgesetzt werden kann⁹².

Für die Mitglieder des Verwaltungsrates – besonders für die aussenstehenden – ist die gesetzliche Verschärfung der Anforderungen an das Revisionsorgan nur zu begrüssen, liegt doch eine gründliche und qualifizierte Überprüfung der Rechnungslegung in ihrem ureigensten Interesse.

8. Sorgfalt und Zurückhaltung bei der Einräumung von Vollmachten

- a) Ganz allgemein empfiehlt es sich, Einzelunterschriften zu vermeiden und im Handelsregister nur *kollektive Zeichnungsberechtigungen* einzutragen.

Etwas anderes mag aus Praktikabilitätsgründen für die *Bankunterschrift* gelten, doch ist dort die Einzelunterschrift mit einer entsprechenden Kompetenzlimite zu verbinden.

- b) Besonders problematisch ist die Erteilung der Einzelunterschrift an einen *Alleinaktionär* oder an eine ihm nahestehende Person, wenn diesen Vertretern *keine formelle Organfunktion* zukommt oder sie *im Ausland wohnhaft* sind.

- c) Auch sonst ist zu vermeiden, dass der *Alleinaktionär* oder seine Vertrauensleute *allein über das Gesellschaftsvermögen verfügen*⁹³. Besonders gefährlich ist die Ausstellung einer nicht im Handelsregister eingetragenen Generalvollmacht zugunsten eines ausländischen Auftraggebers, der selber nicht als Organ der Gesellschaft in Erscheinung tritt.

9. Überprüfung der Erfüllung öffentlichrechtlicher Abgabe- und Beitragsforderungen

Es wurde betont⁹⁴, dass die Gerichtspraxis im Rahmen der Sozialabgaben eine ausserordentlich strenge Verantwortung der Mitglieder des Verwaltungsrates eingeführt hat. Für Steuerforderungen besteht zum Teil schon aufgrund der Gesetzgebung ein hohes Haftungsrisiko, sehen doch verschiedene Bundessteuern und die Gesetze einzelner Kantone eine solidarische Mithaftung von Organpersonen für Steuerschulden der juristischen Person vor⁹⁵. In diesen Bereichen empfiehlt es sich daher, *mehr zu tun als im Rahmen einer angemessenen Oberleitung nötig wäre*.

10. Klare Regelung bei Treuhandverhältnissen

Bei fiduziarischer Tätigkeit ist besonders streng darauf zu achten, dass das «Spiel der AG» konsequent gespielt und dass die Formalien korrekt eingehalten werden.

Überdies empfiehlt es sich, die *Beziehung zum Treugeber zu formalisieren*, wobei freilich zu betonen ist, dass Treuhandverträge vor Ansprüchen Dritter und der Gesellschaft selbst nicht schützen⁹⁶ und dass sie im übrigen nur so gut sind wie der Treugeber selbst.

11. Zusammenfassung

Betrachtet man die aufgeführten Regeln, dann kann man feststellen, dass vom Verwaltungsrat – den Bereich der Forderungen aus öffentlichem Recht einmal ausgenommen – nichts Unzumutbares verlangt wird.

Gefordert wird, dass das getan wird, was auch ein sorgfältiger Einzelunternehmer tun würde. Verlangt wird weiter, dass auch der Haupt- oder Alleinaktionär

und der in dessen Dienst Tätige dem Umstand Rechnung tragen, dass die AG eine juristische Person ist, dass also das Vermögen der Gesellschaft mit dem Privatvermögen nicht vermischt werden darf. Verlangt wird sodann die Einhaltung der Formalien, das konsequente Spielen des Spiels der AG. Und endlich müssen die obersten Funktionen in einer Gesellschaft durch den Verwaltungsrat auch materiell ausgeübt werden, während sich der Verwaltungsrat im übrigen durch konsequente Delegation entlasten kann – wiederum freilich nur dann, wenn die gesetzlichen Formerfordernisse beachtet werden.

Anhang

Synoptische Darstellung der geltenden und der künftigen Bestimmungen zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Anmerkungen

- 1 Der Autor hat sich in verschiedenen Publikationen mit der persönlichen Verantwortlichkeit der Organe von Aktiengesellschaften unter geltendem wie unter künftigen Recht befasst. Da er das Rad nicht jedes Mal neu erfinden will und kann, lehnt sich die folgende Darstellung an bisherige Veröffentlichungen an:
 - Die Darstellung der Gründe für die Reform und der Neuordnung – Ziff. II.-V. hienach – folgt eng dem Aufsatz «Die Verantwortlichkeit der Organe. Von der Willkür zur Berechenbarkeit?» in: Der Schweizer Treuhänder 65 (1991) 536ff.
 - Ratschläge zur Vermeidung der persönlichen Verantwortung finden sich bereits bei Peter Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (2. A. Zürich 1987) N 1016ff. Die «Zehn goldenen Regeln» nach Ziff. VII. schliessen an jene Übersicht an und aktualisieren sie im Hinblick auf das künftige Recht.
- 2 Vgl. dazu die Gegenüberstellung des geltenden und des neuen Rechts im Anhang.
- 3 Diese sind freilich in einer reichen Gerichtspraxis weitgehend geklärt worden, vgl. dazu allgemein Forstmoser (zit. Anm. 1) passim.
- 4 Die Bestimmungen des heutigen Rechts werden mit «OR» bezeichnet, die des künftigen Rechts mit «neuOR».
- 5 BGE 76 II 312, ähnlich BGE 76 II 167, zustimmend die gesamte Doktrin, vgl. die Hinweise bei Forstmoser (zit. Anm. 1) Anm. 1679.
- 6 In der Judikatur findet sich lediglich ein obiter dictum zum altOR, BGE 31 II 441ff., 503. In der Literatur werden solche Verantwortlichkeitsansprüche durchwegs bejaht, wobei überwiegend auf die für Gläubiger geltende Ordnung verwiesen wird, vgl. Pierre Henggeler: Le bon de participation (Genf 1971) 157 Anm. 187, mit weiteren Hinweisen; für Gleichstellung mit den Aktionären dagegen Forstmoser (zit. Anm. 1) N 121ff.
- 7 In der Praxis hat sich der materielle, funktionelle Organbegriff durchgesetzt: Dem Verantwortlichkeitsrecht unterstehen alle «Personen, die tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen» (BGE 107 II 354; vgl. auch BGE 104 II 197 und zum insofern übereinstimmenden Sozialversicherungsrecht BGE 114 V 213, alle mit weiteren Hinweisen). Die Literatur teilt diese Auffassung, vgl. die Hinweise bei Forstmoser (zit. Anm. 1) N 1298.
- 8 Dieser Artikel regelt gemäss seinem Marginalie die Geltendmachung mittelbaren Schadens *ausser Konkurs*.
- 9 Es wird ohne Vorbehalt vom «den einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern nur mittelbar» zugefügten Schaden gesprochen.
- 10 Der Widerspruch erklärt sich aus der Gesetzesentstehung: OR 755 war von allem Anfang an in den Entwürfen zum geltenden Recht enthalten, OR 758 kam erst anlässlich der Beratungen in der ständerätlichen Kommission (wieder) in die Vorlage, vgl. die Darstellung bei Jörg Meier-Wehrli: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft ... (Diss. Zürich 1968 = ZBR 296) 90ff.
- 11 Vgl. aus der neueren Literatur Stephen Berti: Zur prozessualen Geltendmachung des Anspruches auf Ersatz des sog. mittelbaren Schadens im Schweizerischen Aktienrecht, ZSR 109 (1990) I 115ff.; Rolf Raschein: Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Festschrift 100 Jahre SchKG (Zürich 1989) 357ff.; Rolf Bär in ZBJV 123 (1987) 256f.; Peter Forstmoser: Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SAG 58 (1986) 69ff. und aus der neueren Judikatur BGE 111 II 182 und noch nicht amtlich publizierter BGE vom 27.8.1991 (Praxisänderung!).
- 12 Also unter Würdigung *aller* wesentlichen Umstände und nicht nur des Verschuldens, vgl. ZGB 4 und dazu Arthur Meier-Hayoz in: Berner Kommentar, Einleitungsband (Bern 1962/1966) Art. 4 N 46ff.
- 13 In Lehre und Praxis ist klar, dass sich die Entlastung nur auf bekannte bzw. erkennbare Geschäftshandlungen (vgl. BGE 95 II 320, 329) erstreckt, dass sie «nicht Geschehnisse, welche der Generalversammlung nicht zur Kenntnis gebracht sind», deckt (BGE 78 II 156, ebenso schon BGE 65 II 15f.).
- 14 Die nach geltendem Recht (OR 650 I) analog der Gründung zu behandeln ist.
- 15 Übersicht über die Lehrmeinungen bei Forstmoser (zit. Anm. 1) N 907ff.

- 16 Bei *Zahlungsunfähigkeit* einer AG gehört es heute fast zur Routine, für den eingetretenen Schaden Ersatz bei Verwaltung und Kontrollstelle zu suchen.
- 17 Klaus Hütte: Die Risiken des Verwaltungsrates aus der Sicht der Versicherungsgesellschaften, in: Die Haftung des Verwaltungsrates (SSHW 87, Zürich 1986) 41ff., 48.
- 18 Ein – wohl auf einem Versehen beruhender – Unterschied in der Regelung für die Exekutive in neuOR 754 I und für die Revision in neuOR 755 ist freilich zu vermerken: NeuOR 754 spricht einerseits von den Mitgliedern des Verwaltungsrates und andererseits von allen «mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation *befassten* Personen», d.h. zum einen von den gewählten Organen im *formellen* Sinn, zum andern von den sog. Organen im *materiellen* Sinn. Materielle Organe sind diejenigen, die tatsächlich Organfunktion ausüben, unabhängig davon, ob sie dazu formgerecht ernannt worden sind oder ob ihnen einfach faktisch Organstellung zukommt, weil sie «tatsächlich Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der AG massgebend mitbestimmen» (BGE 107 II 349f.). NeuOR 755 spricht dagegen nur von den «mit der Prüfung ... *befassten* Personen» (Hervorhebungen durch mich), was – wenn man den Text zum Wortlaut nehmen würde – zum paradoxen Resultat führen müsste, dass die *gewählte, aber völlig inaktive Revisionsstelle* keinerlei Haftung träge.
- 19 Jeweils mit leichten Modifikationen.
- 20 OR 757.
- 21 NeuOR 758 I.
- 22 OR 752.
- 23 Für die eine Ordnung zu treffen das bisherige, 1936 in Kraft gesetzte Recht keinen Anlass hatte.
- 24 Nach neuOR 656a gelten alle Vorschriften über den Aktionär auch für den Partizipanten, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Gemäss neuOR 656c hat der Partizipant kein Stimmrecht und – dispositiv – keine mit dem Stimmrecht «zusammenhängende[n] Rechte». Als solche gelten das Einberufungs- und das Teilnahmerecht, das Recht auf Auskunft und Einsicht und das Antragsrecht, *nicht* also das Recht auf Verantwortlichkeitsklage. In diesem Sinne auch die bundesrätliche Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23.2.1983, Sonderdruck S. 58.
- 25 Offen bleibt nach wie vor die Stellung des Genusscheinberechtigten.
- 26 Botschaft (zit. Anm. 24) 191. Vgl. aber den Hinweis vorn in Anm. 18 darauf, dass hinsichtlich der Revisionshaftung das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wurde, indem das künftige Recht nur noch den materiellen, nicht aber den formellen Organbegriff enthält.
- 27 Vgl. zum geltenden Recht vorn Ziff. I. 1. b).
- 28 NeuOR 756 I.
- 29 NeuOR 757 II und III.
- 30 NeuOR 759 III.
- 31 Vgl. zum geltenden Recht vorn Ziff. II. 1. c).
- 32 NeuOR 758 I.
- 33 NeuOR 755. Wohl im Gegensatz zum heutigen Recht (zu diesem Forstmoser, zit. Anm. 1, N 590ff., 861 und Arthur Hunziker: Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform [Zürich 1984 = SSHW 74] 89ff., 102f.) sind der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach OR 754ff. künftig auch die besonders qualifizierten Revisoren unterstellt, die das Gesetz an verschiedenen Stellen vorsieht und die keine Organe der Gesellschaft sind.
- 34 NeuOR 754 I.
- 35 NeuOR 716a, vgl. dazu Peter Nobel: Klare Aufgaben für den Verwaltungsrat, Der Schweizer Treuhänder 65 (1991) 531ff., 532f. Die bundesrätlichen Vorschläge sind im Laufe der parlamentarischen Beratung weitgehend unverändert geblieben (die einzige grundlegendere Änderung besteht darin, dass die Bestellung der Konzernprüfer nicht mehr als unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates genannt wird). Es lässt sich daher auch die Literatur zum bundesrätlichen Entwurf beziehen, vgl. namentlich Marie-France Berset: L'administrateur non directeur de la société anonyme en droit Suisse et américain (Diss. Neuchâtel 1988) 60ff.; Peter Böckli: Reformvorschläge für die Verwaltung aus der Sicht der Arbeitsgruppe, in: Aktienrechtsreform, Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer Bd. 59 (Zürich 1984) 75ff. 81f.; Peter Forstmoser: Kritische Beurteilung der Reformvorschläge für die Verwaltung, in: Aktienrechtsreform, Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer Bd. 59 (Zürich 1984) 57ff., 65f.;

- Felix Horber: Die Kompetenzdelegation beim Verwaltungsrat der AG ... (Diss. Zürich 1986 = SSHW 84) 73ff.; Hunziker (zit. Anm. 33) 98; Jacques-André Reymond: Les réformes relatives à l'administration, in: Révision du droit des sociétés anonymes, Publication de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables Vol. 60 (Zürich 1984) 59ff., 63f.; Frank Vischer: Die Aktienrechtsreform aus der Sicht des Verwaltungsrates, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 155ff., 161ff.; ferner Botschaft (zit. Anm. 24) 97f.
- 36 NeuOR 716a ist jedoch zugleich auch eine Checklist für den Richter, der allfällige Tatbestände der Verantwortlichkeit abzuklären hat!
- 37 Auch künftig soll der Verwaltungsrat in allen Angelegenheiten kompetent sein, die nicht durch Gesetz oder Statuten einem anderen Organ zugewiesen sind, vgl. OR 721 II und neuOR 716 I.
- 38 NeuOR 754 II. Diese Bestimmung beseitigt, wie die Botschaft (zit. Anm. 24) 191 zu Recht ausführt, «eine grosse Rechtsunsicherheit». Formal ist der Absatz m.E. insofern verunglückt, als statt von der *Haftungsbefreiung* bei korrekter Delegation und Beachtung der drei curae vom Grundsatz der Haftung ausgegangen wird. Unhaltbar ist es sodann, dass einschränkend von der Übertragung auf ein anderes *Organ* gesprochen wird. Dass diese Einschränkung gewollt ist, bestätigt die Botschaft: «Keine Haftungsbefreiung tritt ein, wenn Aufgaben Hilfspersonen zur Erledigung übergeben werden» (Botschaft, zit. Anm. 24, 106). In solchen Fällen soll das delegierende Organ stets die volle Haftung tragen. Würde mit dieser Kausalhaftung ernst gemacht, dürften es künftig nur noch besonders Mutige wagen, höhere Funktionen in einem grossen Unternehmen zu bekleiden. Richtigerweise muss auch eine *Delegation an einen Dritten* und insb. an eine *Hilfsperson* mit befreiender Wirkung möglich sein.
- 39 Näheres bei Forstmoser (zit. Anm. 1) N 321ff.
- 40 Die Ordnung entspricht im wesentlichen der bei erlaubter Substitution im Auftragsrecht, vgl. Vischer (zit. Anm. 35) 170.
- 41 Vgl. neuOR 663ff.
- 42 NeuOR 663b Ziff. 8.
- 43 NeuOR 663d.
- 44 Das im wesentlichen unverändert bleibt, vgl. neuOR 697.
- 45 NeuOR 697a ff., vgl. dazu Andreas Casutt: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991 = SSHW 136) sowie ders.: Das Institut der Sonderprüfung, Der Schweizer Treuhänder 65 (1991) 574ff.
- 46 Die bundesrätliche Botschaft (zit. Anm. 24) 90 sieht die Funktion der Sonderprüfung ausschliesslich darin, die Voraussetzungen einer Verantwortlichkeitsklage zu klären. Diese Sicht ist wohl zu eng (vgl. Casutt, Diss., zit. Anm. 45, 20ff.), doch wird die Unterstützung von Verantwortlichkeitsansprüchen die Hauptfunktion des neuen Instruments sein.
- 47 Kritisch auch Reymond (zit. Anm. 35) 67.
- 48 Dazu vorn Ziff. IV. 1.
- 49 OR 759 I.
- 50 NeuOR 759 I.
- 51 Vgl. BGE 93 II 322, für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ausdrücklich hestätigt in BGE 97 II 416. Die kantonale Judikatur ist kontrovers, gegen die Berücksichtigung des geringen Verschuldens das Zürcher Obergericht, ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 313, dafür das Obergericht des Kantons Thurgau, SJZ 78 (1982) 380f. Nr. 5
- 52 Vgl. dazu Hunziker (zit. Anm. 33) 104f., wonach die «Crux der Revisionshaftung» «nicht so sehr in der Solidarität als vielmehr ... in einer ... Verkennung der ... eingegrenzten Aussage-tragweite des Kontrollstellberichts und ... in einer Überdehnung des Begriffes der Adäquanz» liegt sowie darin, dass «bei Unternehmenszusammenbrüchen oftmals die Kontrollstelle noch der einzig Habhafte im Kreis der möglichen Verantwortlichen und deshalb auch der Iohnendste Beklagte ist».
- 53 So die Umstellung von Artikeln und Absätzen und die blossen Umformulierungen ohne Veränderung des Sinnes.
- 54 Berichtigung der Terminologie und Verankerung bewährter Praxis im Gesetz.
- 55 Anpassung an andere Teile des neuen Rechts, Klärung umstrittener Fragen.
- 56 Die Sorgfaltspflichten der Verwaltung und Geschäftsleitung ..., ZGR 15 (1986) 1ff., 14.

- 57 Schon diese Ausdehnung ist nicht unbedenklich, vgl. dazu die Kritik bei Alfred Maurer: Schweizerisches Sozialversicherungsrecht Bd. II (Bern 1981) 66ff., der darauf hinweist, dass weder die Gesetzesmaterialien noch der Wortlaut von AHVG 52 eine solche Erweiterung als begründet erscheinen lassen.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat denn auch über längere Zeit die Haftung der *Organe* des Arbeitgebers verneint, diese Praxis aber angesichts der konsequenten Haltung des Eidg. Versicherungsgerichts schliesslich aufgegeben, vgl. PVG 1986 Nr. 66 S. 178f. und die dort erwähnten früheren Entscheide. In BGE 114 V 220f. hat nun das Eidg. Versicherungsgericht die Ausdehnung der Haftung auf natürliche Personen ausführlich begründet.
- 58 Die Aussage wird wörtlich wiederholt in der nicht publizierten E 2c von BGE 114 V 219ff.
- 59 Ähnlich auch BGE 112 V 3.
- 60 Vgl. namentlich Forstmoser (zit. Anm. 1) N 1080ff.
- 61 BGE 114 V 224. Eine Begründung bleibt das Bundesgericht freilich schuldig – mit Ausnahme der Verweisung auf seine frühere, vor der Kritik ergangene Praxis.
- 62 Es handelt sich um die aktualisierte und leicht modifizierte Version einer Aufstellung, die sich bereits bei Forstmoser (zit. Anm. 1) N 1116ff. findet. In jener Darstellung finden sich weitere Hinweise zu Literatur und vor allem Judikatur. Praktische Ratschläge zur Vermeidung des persönlichen Haftungsrisikos geben auch die folgenden, alle im Sammelband «Die Haftung des Verwaltungsrates» (Zürich 1986 = SSHW 87) erschienenen Darstellungen: Peter Böckli: Haftung des Verwaltungsrates für Steuern, a.a.O. 87ff., 99f.; Peter Forstmoser: Beschränkung des Risikos als Verwaltungsrat – aber wie?, a.a.O. 27ff.; Walter Hess: Kritische Bemerkungen eines Verwaltungsrates, a.a.O. 101ff.; Klaus Hütte: Die Risiken des Verwaltungsrates aus der Sicht der Versicherung, a.a.O. 41ff. und Thomas Staehelin: Der Verwaltungsrat einer privaten Aktiengesellschaft, a.a.O. 77ff., 83ff. Vgl. sodann die Übersicht über Pflichtverletzungen, die zu einer persönlichen Haftung geführt haben, bei Kurt J. Gross: Analyse der haftpflichtrechtlichen Situation des Verwaltungsrates (Diss. Zürich 1990 = Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht 33) 154ff.
- 63 BGE 99 II 179f. = ZR 72 (1973) Nr. 58 S. 144ff. = SAG 46 (1974) 166f.; vgl. dazu Gross (zit. Anm. 62) 158ff.
- 64 Vgl. BGE 113 II 52ff., 57f.
- 65 BGE 99 II 184.
- 66 BJM 1954, 253ff.
- 67 SJZ 38 (1941/42) 54.
- 68 SAG 17 (1944/45) 199, 130 = JT 93 (1945) I 145.
- 69 SJZ 38 (1941/42) 74; freilich soll der Verlass auf einen Fachmann nicht immer von der Verantwortung entbinden, vgl. den (diesbezüglich besonders harten) BGE 99 II 180.
- 70 Vgl. BGE 92 II 246.
- 71 Vgl. BGE 81 II 465; PKG 1955, 53f.; Hütte (zit. Anm. 62) 39 und dort zitierte Entscheide.
- 72 Ein besonders krasses Beispiel der Verletzung von Minderheitsinteressen wird in BGE 105 II 114ff. geschildert. In jenem Entscheid ging es allerdings nicht um persönliche Verantwortlichkeit, sondern um die Auflösung der Gesellschaft.
- 73 Zu Recht weist Böckli (zit. Anm. 62) 89, darauf hin, dass die Übernahme eines Verwaltungsratsmandates bei einer Einmann-AG ein erhöhtes Risikon darstellt. Dies besonders dann, wenn der Aktionär nicht eine Konzernnachgesellschaft, sondern eine natürliche Person ist.
- 74 Hütte (zit. Anm. 62) 52; vgl. BGE 113 II 52ff., welcher Entscheid m.E. in seiner Absolutheit fragwürdig ist.
- 75 Vgl. ZR 59 (1960) Nr. 130 S. 333, 337; Gross (zit. Anm. 62) 155ff.
- 76 Vgl. ZR 78 (1979) Nr. 79 S. 192f.
- 77 (Deutsche) AG 5 (1960) 195, betrifft Schweizer Recht.
- 78 Vgl. SJZ 38 (1941/42) 74.
- 79 Vgl. neuOR 713 III. Das bisherige Recht (OR 715 II) hält ausdrücklich fest, dass ein Protokoll auch dann zu führen ist, «wenn die Verwaltung einer einzigen Person anvertraut ist». Obwohl diese Regel künftig nicht mehr gesetzlich verankert ist, muss – besonders auch im Hinblick auf die Verantwortlichkeit – unbedingt empfohlen werden, die Entscheidungen auch des Alleinverwaltungsrates schriftlich und beweiskräftig festzuhalten. Unhaltbar ist die Bemerkung in der bundesrätlichen Botschaft (zit. Anm. 24) 176, eine Protokollierung der Entschlüsse des Einmann-Verwaltungsrates sei «weder sinnvoll noch durchsetzbar».
- 80 NeuOR 727a und 727c.
- 81 Besonders auch das konzernabhängige Verwaltungsratsmitglied einer Tochtergesellschaft hat ein Interesse an der strikten Einhaltung der Formalien, vgl. dazu Flurin von Planta: Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft (Diss. Zürich 1988 = ZStP 59) 163f.
- 82 Vgl. vorn bei Anm. 38.
- 83 Vgl. etwa SAG 9 (1936/37) 119f.: Hohe Anforderungen an die Überwachung bei einem Geschäftsführer, der nicht über einwandfreie Zeugnisse verfügt; ferner BGE 97 II 411ff.: Erfordernis besonderer Untersuchungen, wenn Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung bekannt werden.
- 84 Vgl. vorn Ziff. VI.
- 85 Vgl. vorn bei Anm. 35.
- 86 Vgl. BGE 77 IV 165, BGE 111 II 185ff., nicht publizierte E 2a.
- 87 Vgl. BGE 104 IV 80ff., 61 II 233ff.; SAG 17 (1944/45) 199f., 230f. = JT 93 (1945) 1 246.
- 88 Vgl. BGE 86 II 171ff.; RJN 1983, 71f.; Rep. 117 (1984) 363ff., 367f.; SAG 17 (1944/45) 200, 231; SAG 57 (1985) S. 186 Nr. 19; ZR 82 (1983) Nr. 57 S. 152 E 3.2.
- 89 NeuOR 662a II.
- 90 Vgl. Staehelin (zit. Anm. 62) 84.
- 91 Vgl. neuOR 727a und 727c.
- 92 NeuOR 727e III.
- 93 Böckli (zit. Anm. 62) 99.
- 94 Vorn Ziff. VI.
- 95 Vgl. hierzu Böckli (zit. Anm. 62) passim sowie Forstmoser (zit. Anm. 1) N 1028ff.
- 96 Vgl. etwa BGE 59 II 453, 460 und ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 190 = SAG 32 (1959/60) 137f.

Schriftenreihe SAV, Band 11 / Publication FSA, volume 11

By
44
11

Das neue Aktienrecht

(Wichtige Reformen aus anwaltlicher Sicht)



Copyright
Zürich 1992

SAV
FSA 

Lavaterstrasse 83
Postfach
CH-8027 Zürich
Tel. 01 202 56 50
Fax 01 201 33 28