

# Beschränkung des Risikos als Verwaltungsrat — aber wie?

*Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich*

## *Inhalt*

1. Grundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	28
1.1. Allgemeine haftungsrechtliche Grundlagen	28
1.1.1. Schaden	28
1.1.2. Pflichtwidrigkeit und Verschulden	28
1.1.3. Adäquater Kausalzusammenhang	29
1.1.4. Folgerung	29
1.2. Besonderheiten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit	30
1.2.1. Mehrheit von Klageberechtigten	30
1.2.2. Solidarität	31
1.2.3. Folgerungen im Hinblick auf die Möglichkeiten der Risikobeschränkung	31
1.2.3.1. Kompetenzdelegation	31
1.2.3.2. Treuhandverträge	32
1.2.3.3. Decharge	32
1.2.3.4. Exkurs: Beschränkte Wirkung von Vergleichen	33
1.3. Haftung für Steuern und Sozialabgaben	33
2. Praktische Erwägungen zum Haftungsrisiko	33
3. Sechs Regeln zur Beschränkung des Haftungsrisikos	34
3.1. Handeln wie ein sorgfältiger Einzelunternehmer	34
3.2. Die Minderheit leben lassen	36
3.3. Das Spiel der AG spielen	36
3.4. Sicherstellung einer angemessenen Organisation	37
3.5. Einhalten der Formalien	39
3.6. Überprüfung der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Abgabe- und Beitragsforderungen	39
3.7. Folgerung	39

## 1. Grundlagen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Für die *Abschätzung der Risiken*, die mit der Übernahme eines Verwaltungsratsmandates durch den Anwalt verbunden sind, und für eine Prüfung der *Möglichkeiten der Risikobeschränkung* ist es sinnvoll, von einigen – allgemein bekannten – Grundlagen und Besonderheiten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit auszugehen:

### 1.1. Allgemeine haftungsrechtliche Grundlagen

*Allgemeine Haftungsvoraussetzung* ist stets, dass

- ein *Schaden* eingetreten ist,
- die zur Verantwortung gezogenen Personen *pflichtwidrig* und *schuldhaft* gehandelt haben und
- zwischen Schaden und pflichtwidrig schuldhaftem Verhalten ein *adäquater Kausalzusammenhang* besteht.

#### 1.1.1. Schaden

Als Schaden kommt sowohl eine Vermögensverminderung *unmittelbar* bei der Gesellschaft wie auch eine solche *unmittelbar* oder auch *mittelbar* (d.h. indirekt über die unmittelbare Schädigung der Gesellschaft) bei Aktionären und Gläubigern in Betracht.

In allen Fällen besteht das Risiko einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeit; unterschiedlich sind lediglich die Möglichkeiten der Geltendmachung, worauf hier nicht näher einzutreten ist.

#### 1.1.2. Pflichtwidrigkeit und Verschulden

Hiezu sei lediglich daran erinnert, dass die aktienrechtliche Verantwortlichkeit eine Haftung für *jedes Verschulden*, auch die *leichte Fahrlässigkeit*, vorsieht. Zugrunde gelegt wird dabei ein *objektiver Verschuldensmassstab*. Abgestellt wird auf diejenige Sorgfalt, „die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich

ansehen würde”<sup>1</sup>; es hat also der Verantwortliche “für jene Fähigkeiten einzustehen ..., die der Verkehr bei einer Person voraussetzen darf, welche in einer bestimmten Eigenschaft auftritt”<sup>2</sup>.

Die *subjektive Entschuldbarkeit* eines schädigenden Verhaltens ist *belanglos*. Unerfahrenheit, mangelnde Kenntnisse, Zeitmangel usw. exkulpiert daher nicht, Abwesenheit und Stillschweigen nur unter gewissen Voraussetzungen<sup>3</sup>.

Dies hat zur Folge, dass dann, wenn eine *objektive Pflichtverletzung* feststellbar ist, regelmässig auch das *Verschuldenselement bejaht* bzw. gar nicht näher geprüft wird. Von einem praktischen Gesichtspunkt aus kann man sich daher auf eine Betrachtung der Pflichtwidrigkeiten beschränken<sup>4</sup>.

### 1.1.3. Adäquater Kausalzusammenhang

Hiezu ist zu betonen, dass die Gerichtspraxis an die *Adäquanz* im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit *keine hohen Anforderungen* stellt<sup>5</sup>.

Gleichzeitig ist die Praxis *zurückhaltend in der Annahme einer Unterbrechung* des Kausalzusammenhangs durch grobes Drittverschulden<sup>6</sup>.

### 1.1.4. Folgerung

Im Hinblick auf die Risikobeschränkung – dem Thema dieses Referates – ergibt sich daraus folgendes:

- In einer strittigen Auseinandersetzung muss man danach trachten, die *Gerichte zu zwingen, sich seriös mit den Erfordernissen des Schadens und des adäquaten Kausalzusammenhangs zu befassen*. Nur allzuoft gehen nach meiner Erfahrung Gerichte von einer “post hoc propter hoc”-Betrachtung aus, lasten sie dem Ver-

1 Jörg Meier-Wehrli: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer AG ... (Diss Zürich 1968) 80.

2 Rolf Bär: Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der AG ..., ZBJV 1970, 457 ff, 463.

3 Im einzelnen vgl. P. Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ... (Zürich 1978, Neuauflage in Vorbereitung) N 204 ff.

4 Dazu hinten Ziff. 3.

5 Vgl. etwa BGE 93 II 29, wo betont wird, es komme (lediglich) “auf die allgemeine Eignung der fraglichen Ursachen an, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen ...”, und es genüge, dass Pflichtverletzungen “allgemein geeignet” gewesen seien, “zur Vergrösserung des Schadens beizutragen”.

6 Vgl. etwa BGE 101 II 165: keine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs zwischen ungenügender Überwachung und Schaden durch das betrügerische Verhalten eines als unbescholten und angesehen geltenden Direktors.

waltungsrat sämtliche negativen Ereignisse an, die nach einer allfälligen Pflichtverletzung eingetreten sind<sup>7</sup>.

- Präventiv gibt es m.E. kaum eine andere wirksame Möglichkeit als die, Pflichtverletzungen oder – genauer – *das, was die Gerichte als Pflichtverletzung betrachten, zu vermeiden*. Darauf ist zurückzukommen.

## 1.2. Besonderheiten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit

Auf zwei Besonderheiten, welche die Risiken der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit verschärfen, sei hier hingewiesen:

### 1.2.1. Mehrheit von Klageberechtigten

Klageberechtigt ist nicht nur die *AG*, sondern sind auch – mit gewissen Schranken – *Aktionäre und Gläubiger*.

Aktionären und Gläubigern steht dabei ein Klagerecht grundsätzlich sowohl für ihre unmittelbare wie auch ihre bloss mittelbare Schädigung zu:

- Dabei liegt dem Klagerecht aus *mittelbarer Schädigung* nach wohl herrschender und auch vom Bundesgericht vertretener Ansicht ein *eigenes Forderungsrecht* zugrunde<sup>8</sup>.
- Unbestritten ist sodann, dass der Schadenersatzanspruch aus *unmittelbarer Schädigung individuell jedem einzelnen Geschädigten* zusteht und von diesem unabhängig von anderen unmittelbar oder mittelbar Geschädigten geltend gemacht werden kann.

<sup>7</sup> Sehr zurückhaltend dagegen neustens ein die Kontrollstellhaftung betreffender, vom Bundesgericht bestätigter Entscheid des Berner Appellationshofes, referiert im Schweizer Treuhänder 3/1985 S. 75 ff. Die dort angenommene Hypothese, auf eine Anzeige der Überschuldung hätte der Hauptaktionär mit einem Rangrücktritt reagiert und es wären daher keine Konsequenzen gezogen worden, ist freilich m.E. kaum haltbar.

<sup>8</sup> Vgl. dazu Maya Schiess: Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche ... (Diss Zürich 1978) 133 ff; Forstmoser (zit. Anm. 3) N 36 ff und dort zitierte Entscheide. Anders mit wenig überzeugender Begründung ZR 84 (1985) Nr. 57 S. 138 f. Dagegen geht das Bundesgericht in BGE 111 II 182 ff von einer Doppelnatur der Gläubigerklage aus mittelbarer Schädigung aus, die dazu führe, dass den Gläubigern die Einwilligung der Gesellschaft nicht entgegengehalten werden könne. Das Bundesgericht geht damit auch in diesem neuesten Entscheid wiederum von einem eigenen Forderungsrecht der Gläubiger aus, dem allenfalls von der Gesellschaft abgetretene Rechte zur Seite stehen können.

### 1.2.2. Solidarität

In den meisten Fällen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist eine Mehrheit von Personen involviert. Vielfach lässt sich ein Hauptschuldiger eruieren, doch war dessen kriminelles oder grobfahrlässiges Verhalten nur möglich, weil weitere Organe allzu leichtgläubig waren und ihre Kontrollaufgaben nur unvollständig wahrnahmen.

Die für solche Fälle gesetzlich vorgeschriebene *Solidarität* wird *in der bundesgerichtlichen Praxis ausserordentlich scharf gehandhabt*: Nach der höchstrichterlichen Praxis<sup>9</sup> soll eine Reduktion der Schadenersatzpflicht gemäss OR 43 I nicht möglich sein, wenn mehrere Personen solidarisch haftpflichtig sind<sup>10</sup>. Dies führt zum paradoxen Resultat, dass ein Haftpflichtiger dann allenfalls nur für einen Teil des Schadens geradestehen muss, wenn er allein ausschliesslich verantwortlich ist. Dagegen muss er – bei gleichem Verhalten – den ganzen Schaden ersetzen, wenn neben ihm noch weitere Personen verantwortlich gemacht werden können, selbst dann, wenn diese anderen Organpersonen ein viel höheres Verschulden trifft. Trotz massiver Kritik durch die Lehre<sup>11</sup> ist eine Korrektur der Bundesgerichtspraxis nicht zu erwarten<sup>12</sup>.

### 1.2.3. Folgerungen im Hinblick auf die Möglichkeiten der Risikobeschränkung

Aus diesen Besonderheiten ergibt sich, dass verschiedenen üblichen Massnahmen zur Risikobeschränkung nur beschränkter Nutzen zukommen kann:

#### 1.2.3.1. Kompetenzdelegation

Kompetenzdelegation ist zwar m.E. *eine der besten Massnahmen zur Limitierung des Risikos*. Im Rahmen der erlaubten Kompetenzdelegation entfällt auch die Haftung<sup>13</sup>.

Ein Allheilmittel ist aber die Delegation nicht: Soweit die *Überwachungspflicht* geht – und sie wird zumindest in der neuesten Bundesgerichtspraxis zum Sozial-

9 Anders das Obergericht des Kantons Thurgau, vgl. SJZ 78 (1982) 380 f.

10 Vgl. BGE 93 II 322 und speziell für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit BGE 97 II 416.

11 Vgl. etwa Schiess (zit. Anm. 8) 52 ff; Heinz Reichwein, in: SJZ 64 (1968) 129 ff; Forstmoser, in: SJZ 78 (1982) 369 ff.

12 Dagegen soll im künftigen Aktienrecht ausdrücklich festgehalten werden, bei solidarisch Haftpflichtigen müsse der Richter die Ersatzpflicht des einzelnen so bestimmen, "wie wenn er alleine gehandelt hätte" (Fassung gemäss Beschlussfassung in der ersten Lesung durch den Nationalrat).

13 Vgl. nachstehend Ziff. 3.4., S. 37 f.

versicherungsrecht sehr extensiv verstanden<sup>14</sup> –, bleibt die Verantwortung, und zwar als *Verantwortung für allen Schaden bei der geringsten Fahrlässigkeit*.

### 1.2.3.2. Treuhandverträge

Treuhandverträge schützen vor Ansprüchen des Auftraggebers, vor solchen Dritter dagegen nur, wenn der Treugeber in der Lage ist, die im Treuhandvertrag übernommenen Verpflichtungen der Schadloshaltung auch zu honorieren. Erfahrungsgemäss ist dies bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit oft nicht der Fall.

### 1.2.3.3. Decharge

In der Praxis wird stets Wert auf den Entlastungsbeschluss gelegt. Auch seine Wirkung sollte man aber nicht überschätzen:

Ganz abgesehen davon,

- dass der Dechargebeschluss oft nicht wirksam sein wird, weil sämtliche Aktionäre in Verwaltung oder Geschäftsführung tätig sind<sup>15</sup>,
- dass die Entlastungserklärung nur für diejenigen Tatbestände wirksam wird, die der Versammlung unterbreitet wurden<sup>16</sup> oder die allen Aktionären bekannt waren<sup>17</sup>,

lässt die Decharge nur das Klagerecht der AG selbst und der zustimmenden Aktionäre untergehen. Das Klagerecht der übrigen Aktionäre wird immerhin einer kurzen Verwirkungsfrist von sechs Monaten unterworfen. *Nicht tangiert* ist dagegen das *Klage-recht der Gläubiger*, und zwar m.E. sowohl für ihren unmittelbaren wie auch für den mittelbaren Schaden<sup>18</sup>. Im Konkurs hilft daher auch die gültige Decharge kaum etwas: Zwar hat die AG keine eigenen Klagerechte mehr, und es sind vielleicht auch diejenigen der Aktionäre verwirkt. Doch kann die Konkursverwaltung nach OR 756 I den mittelbaren Gläubigerschaden geltend machen, ganz abgesehen davon, dass Aktionäre und Gläubiger individuell ihren allfälligen unmittelbaren Schaden einklagen können.

14 Vgl. BGE 108 V 199 ff und 109 V 86 ff, wonach es – jedenfalls in kleineren Verhältnissen – grobfahrlässig sein soll, wenn der Verwaltungsrat nicht eigenhändig die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge überprüft.

15 Vgl. Forstmoser (zit. Anm. 3) N 319.

16 Vgl. BGE 95 II 327 f, 65 II 12 ff.

17 Vgl. die Besprechung eines BGE durch Klaus Hütte im Schweizer Treuhänder 7–8/1985 S. 222 ff.

18 Letzteres ist umstritten, dürfte aber der bundesgerichtlichen Praxis entsprechen; vgl. neustens BGE 111 II 182 ff.

#### 1.2.3.4. Exkurs: Beschränkte Wirkung von Vergleichen

Am Rande sei darauf hingewiesen, dass eine vergleichsweise Erledigung von Ersatzansprüchen wegen der Mehrzahl von Anspruchsberechtigten oft ebenfalls nur von beschränkter Bedeutung sein kann: Umstritten und schwer zu beantworten ist schon, inwieweit ein mit der Gesellschaft, der Konkursverwaltung oder dem Nachlassliquidator abgeschlossener Vergleich vor der Geltendmachung mittelbaren Schadens durch Aktionäre und Gläubiger schützt. Jedenfalls können Rechte von Aktionären und Gläubigern aus unmittelbarer Schädigung trotz vergleichsweiser Erledigung der Gesellschaftsansprüche weiterhin selbständig geltend gemacht werden. Ein Vergleich mit der Gesellschaft kann allenfalls gerade einen Anreiz für weitere Begehrlichkeit bilden.

### 1.3. Haftung für Steuern und Sozialabgaben

Zu erwähnen ist endlich, dass heute das vielleicht grösste Risiko für Verwaltungsratsmitglieder nicht aus der privatrechtlichen Verantwortlichkeit nach OR 754 ff fliesst, sondern aus der öffentlich-rechtlichen Ordnung.

*Verrechnungssteuergesetz 15* schafft faktisch eine Kausalhaftung von Liquidatoren und weiteren Organen für Steuer-, Zins- und Kostenforderungen, wenn eine AG aufgelöst wird oder wenn sie ihren Sitz ins Ausland verlegt. Diese Bestimmung ist insbesondere in den häufigen Fällen ausländisch beherrschter Gesellschaften äusserst brisant, bei denen Gesellschaftsmittel ins Ausland zurückfliessen.

*AHV-Gesetz 52* sieht eine Haftung für AHV-Beiträge bei Absicht und Grobfahrlässigkeit vor, woraus die Gerichtspraxis – legt man zivilrechtliche und zivile Massstäbe und die allgemeine Übung zugrunde – weitgehend ebenfalls eine Kausalhaftung gemacht hat<sup>19</sup>.

Die Referate der Kollegen Böckli und Hütte setzen sich mit dieser Problematik besonders auseinander.

## 2. Praktische Erwägungen zum Haftungsrisiko

In praktischer Hinsicht ergibt sich zum Risiko, als Verwaltungsratsmitglied persönlich verantwortlich zu werden, das Folgende:

<sup>19</sup> Vgl. BGE 108 V 199 ff. und 109 V 86 ff. Zu Recht kritisch zu dieser auch m.E. nicht haltbaren Praxis eine Glosse in SAG 57 (1985) 111. Vgl. auch die allgemeine Kritik an der Praxis des Eidg. Versicherungsgerichts bei Alfred Maurer: Schweiz. Unfallversicherungsrecht (Bern 1985) 623 ff.

2.1. Das Risiko von Organpersonen ist so lange gering, als die Gesellschaft ihren *Verpflichtungen nachkommen* kann und ein *geschlossener Kreis von Aktionären* besteht, die alle in der Verwaltung oder sonst in leitender Stellung innerhalb der Gesellschaft tätig sind: In solchen Fällen wird weder die Gesellschaft noch ein Aktionär klagen, und die Gläubiger haben ohnehin kein Klagerecht, da und solange ihre Forderungen erfüllt werden.

2.2. Stark *erhöht* ist das Haftungsrisiko dagegen, sobald eine Gesellschaft ihren *Verpflichtungen nicht mehr nachkommen* kann. Für die Konkursverwaltung und allenfalls für dahinterstehende Aktionäre und Gläubiger ist es naheliegend, Ersatz für den eingetretenen Schaden von der Verwaltung und der Kontrollstelle zu verlangen. Zumindest der Versuch hiezu gehört heute beinahe zur Routine.

2.3. Ein *nicht unbedeutendes Risiko* besteht sodann auch, wenn in einer Gesellschaft einem beherrschenden Aktionär ein oder mehrere *Minderheitsaktionäre* gegenüberstehen, die selber an der Geschäftsführung keinen Anteil haben. Erleidet die Gesellschaft Verluste, werden diese Minderheitsaktionäre bald einmal geneigt sein, die Verantwortung hierfür dem Verwaltungsrat zuzuschieben.

2.4. Es wäre allzu billig, aus diesen Erwägungen den Ratschlag herzuleiten, man solle sich als Verwaltungsrat eben nur solventen Gesellschaften zur Verfügung stellen, die von einem geschlossenen Kreis im besten Einvernehmen stehender Aktionäre beherrscht sind: Mandate kann man sich nicht beliebig auswählen. Häufig ist auch nicht voraussehbar, dass eine bis anhin solvente Gesellschaft überschuldet oder ein trauter Aktionärskreis in sich zerstritten wird.

Im folgenden seien daher einige handfeste Ratschläge vorgelegt, die m.E. das als Verwaltungsrat zu tragende Risiko weitgehend beschränken. Ich stütze mich dabei auf eine Analyse der publizierten Gerichtspraxis, aber auch auf die Kenntnis von zahlreichen Auseinandersetzungen, die teils nicht vor Gericht kamen und von denen jedenfalls die Öffentlichkeit keine Kenntnis nehmen konnte:

### 3. Sechs Regeln zur Beschränkung des Haftungsrisikos

Nach meiner Erfahrung lassen sich sechs Grundsätze herausarbeiten, deren Einhaltung vor dem Risiko der Verantwortlichkeit weitgehend schützt:

- Der Verwaltungsrat muss so handeln, wie ein sorgfältiger Einzelunternehmer es auch tun würde.
- Die Mehrheit muss die Minderheit leben lassen.
- Wer das Spiel der AG spielt, muss es konsequent spielen.

- Es ist eine angemessene Organisation vorzusehen und einzuhalten.
- Die im Gesetz statuierten formellen Pflichten müssen beachtet werden.
- Der Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Abgaben – Steuern und Sozialabgaben – ist besondere Beachtung zu schenken.

### 3.1. Handeln wie ein sorgfältiger Einzelunternehmer

Auch das Mitglied des Verwaltungsrates einer AG soll so handeln, wie es einem sorgfältigen Kaufmann ansteht.

Wann diese Pflicht verletzt ist, lässt sich anhand einer Reihe von Beispielen aus der Rechtspraxis<sup>20</sup> illustrieren:

- Spekulative Anlagen: Die Verwaltung begeht eine Pflichtverletzung, wenn sie 80% des Gesellschaftsvermögens in eine hochspekulative Anlage investiert<sup>21</sup>.
- Die Verwaltung verletzt ihre Pflichten, wenn sie das Gesellschaftskapital – soweit es nicht anderweitig benötigt wird – nicht zinsbringend anlegt<sup>22</sup>.
- Der Verwaltungsrat verletzt seine Pflichten sodann, wenn er die zur Erfüllung von im Inland fälligen Verbindlichkeiten benötigten Mittel der Gesellschaft ins Ausland abschiebt, ganz besonders dann, wenn die Überweisung nicht an eine einwandfreie Bank erfolgt<sup>23</sup>.
- Andererseits kann es nicht als Pflichtverletzung angesehen werden, wenn spekulative Titel bei einem Kursrückgang nicht sofort abgestossen werden<sup>24</sup>.
- Eine Pflichtverletzung begeht des weiteren ein Verwaltungsratsmitglied, das die Liberierung der Aktien nicht durchsetzt, so dass der Gesellschaft die vorgesehenen Mittel nicht zur Verfügung stehen<sup>25</sup>.
- Die Verwaltung verletzt ihre Pflicht, wenn sie die Führung der erforderlichen Bücher unterlässt<sup>26</sup>; ebenso kommt sie ihren Pflichten nicht nach, wenn sie die notwendigen Abschreibungen nicht vornimmt<sup>27</sup> und wenn sie bei Überschuldung die nötigen Massnahmen nicht trifft<sup>28</sup>.
- Die Mitglieder des Verwaltungsrates haben sich bei Anstellung eines Geschäftsführers über seine Zeugnisse zu erkundigen und ihn allenfalls zu überwachen<sup>29</sup>.

20 Die hier und im folgenden aufgeführten Gerichtsentscheide geben nicht immer meine eigene Auffassung wieder, sondern sollen lediglich die objektiv bestehenden Risiken veranschaulichen.

21 Vgl. BGE 99 II 179 f.

22 Vgl. BGE 99 II 184.

23 BJM 1954, 253 ff.

24 BGE 99 II 182 f.

25 SJZ 38 (1941/42) 74.

26 BGE 77 II 165 f.

27 SAG 17 (1944/45) 199 f., 230 f.

28 ZR 82 (1983) Nr. 57 S. 152 f.

29 SAG 9 (1936/37) 119 f.

- Eine Pflichtverletzung besteht endlich schon darin, dass jemand trotz Fehlens der nötigen Kenntnisse ein Verwaltungsratsmandat annimmt<sup>30</sup>; ebenso darin, dass er sich trotz Un- erfahrenheit nicht von Spezialisten beraten lässt<sup>31</sup>.

### 3.2. Die Minderheit leben lassen

Sind die Aktionäre in eine Mehrheits- und eine Minderheitsgruppe gespalten, dann tun die Mehrheit und ihre Vertreter im Verwaltungsrat gut daran, *auf die Interessen der Minderheit Rücksicht zu nehmen*, diese leben zu lassen. Dies insbesondere dann, wenn die Minderheit nicht in der Verwaltung vertreten ist.

Zwei Beispiele:

- Eine Pflichtverletzung liegt nach der Rechtspraxis vor, wenn die Verwaltung mit den Mehrheitsaktionären Geschäfte tätigt, die für die Gesellschaft und die Minderheit nachteilig sind<sup>32</sup>.
- Anlass zu einer erfolgreichen Verantwortlichkeitsklage kann auch der Umstand sein, dass die Verwaltung mit einzelnen ihrer Mitglieder in Überschreitung ihrer Befugnisse Verträge abschliesst<sup>33</sup>.

### 3.3. Das Spiel der AG spielen

Ein weiteres Erfordernis, das vor allem mit Bezug auf stark personenbezogene Gesellschaften und ganz besonders hinsichtlich von *Einmann-Gesellschaften* nicht genügend betont werden kann, ist es, das *Spiel der AG konsequent zu spielen*: Wer sein Geschäft in eine AG einbringt, ist fortan nicht mehr Einzelunternehmer, sondern Angestellter “seiner” Gesellschaft. Er darf daher 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 nachgeben. 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 also zwischen der Gesellschaft und einzelnen Aktionären Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, muss dies *“at arm’s length”* erfolgen, so wie man es auch mit einem Dritten tun würde.

30 SAG 17 (1944/45) 199, 230.

31 SJZ 38 (1941/42) 74.

32 BGE 92 II 246.

33 BGE 81 II 465.

Auch zu diesem Erfordernis einige Beispiele:

- Die Verwaltung verletzt ihre Pflichten, wenn sie der Gesellschaft Vermögen entzieht, ohne für eine entsprechende Gegenleistung zu sorgen<sup>34</sup>.
- Der Verwaltungsrat einer AG, der dieser einen Eigentümerschuldbrief entzieht, um ihn zur Sicherung einer privaten Schuld zu verwenden, wird dafür verantwortlich<sup>35</sup>.
- Das Mitglied des Verwaltungsrates begeht eine Verletzung der Sorgfaltspflicht, wenn es im Namen der Gesellschaft Wechselverpflichtungen zur Sicherung von privaten Schulden eingeht<sup>36</sup>.
- Pflichtverletzungen begehen weiter diejenigen Verwaltungsräte, die persönlich mit von der Gesellschaft erteilten Krediten spekulieren und den Kreditkunden der Gesellschaft nicht die nötige Aufmerksamkeit widmen<sup>37</sup>.

### 3.4. Sicherstellung einer angemessenen Organisation

Ein weiteres Erfordernis ist, eine *angemessene Organisation* einzuführen und einzuhalten.

Dazu kann allgemein gesagt werden, dass die *Delegation* von Funktionen durch den Verwaltungsrat auf Direktoren, Delegierte oder Dritte grundsätzlich und in weitem Masse erlaubt ist und dass der Verwaltungsrat durch eine *korrekte Delegation* auch *von seiner Verantwortung entbunden* wird. Hierin liegt – ich habe es eingangs erwähnt – ein sehr wesentliches, wenn auch für sich allein nicht ausreichendes Element der Risikobeschränkung: Den Mitgliedern des Verwaltungsrates bleibt dann nur noch (aber immerhin) die Pflicht zu sorgfältiger Auswahl der beauftragten Personen sowie allenfalls zu ihrer Instruktion und Überwachung.

*Nicht delegierbar* sind letztlich nur die grundlegenden Entscheide der Geschäftspolitik und insbesondere die Auswahl der leitenden Angestellten. Im übrigen mag man sich orientieren am Katalog der nicht delegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates, wie er im Entwurf für eine Revision des Aktienrechts in Art. 716a aufgestellt wurde<sup>38</sup>. Dabei ist zu erwähnen, dass diese Aufzählung m.E. weiter geht als die Anforderungen des geltenden Rechts.

34 ZR 59 (1960) Nr. 130.

35 ZR 78 (1979) Nr. 79.

36 (Deutsche) AG 1960, 195 (betrifft Schweizer Recht).

37 SJZ 38 (1941/42) 74.

38 Art. 716a bestimmt in Abs. I zum Marginale “unübertragbare Aufgaben” in der Version des bundesrätlichen Entwurfes:

“Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare Aufgaben:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;
2. die Aufstellung eines Organisationsreglementes;
3. die Genehmigung der Finanzplanung sowie die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle;
4. die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen;
5. die Ernennung und Abberufung der mit der Prüfung der Konzernrechnung betrauten Personen;
6. die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, insbesondere im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen;

Betont werden muss in diesem Zusammenhang, dass eine Delegation nur dann gültig ist, wenn sie auf einer *reglementarischen oder statutarischen Grundlage* basiert. Auch hierin sind die Formen genau einzuhalten.

Und es ist nochmals hervorzuheben, dass die *Überwachungspflicht* als undelegierbare Verantwortung beim Verwaltungsrat *bleibt*.

Auch hiezu Beispiele aus der Gerichtspraxis:

- Die Mitglieder des Verwaltungsrates und insbesondere dessen Präsident begehen eine Verletzung ihrer Überwachungspflichten, wenn trotz Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung einzelner Verwaltungsräte, die den übrigen bekannt sein mussten, keine Untersuchungen und weiteren Massnahmen veranlasst werden<sup>39</sup>.
- Der einzige Verwaltungsrat einer in prekärer Lage befindlichen Fabrik begeht eine Verletzung seiner Überwachungspflicht, wenn er dem Geschäftsführer, der nicht über einwandfreie Zeugnisse verfügt, nicht eine strenge Überwachung zuteil werden lässt und es namentlich unterlässt, ein genaues Inventar über das Warenlager aufzunehmen und zu kontrollieren, ob der Geschäftsführer die vertraglichen Pflichten einhalte<sup>40</sup>.
- Unter dem Gesichtspunkt von AHV-Gesetz 52 handelt grobfahrlässig(!) derjenige Verwaltungsrat eines kleinen Unternehmens mit sehr einfacher Verwaltungsstruktur, der nicht prüft, ob der Geschäftsführer die Sozialbeiträge entrichtet<sup>41</sup>. Grobfahrlässig handelt im Sinne von AHV-Gesetz 52 auch der Verwaltungsrat einer grösseren Gesellschaft dann, wenn er keine Prüfung vornimmt, obwohl er weiss, dass sich die Gesellschaft in Liquiditätsschwierigkeiten befindet<sup>42,43</sup>.

Nicht delegierbar ist auch etwa die allgemeine *Planungspflicht*.

- Diese verletzt der Verwaltungsrat etwa dann, wenn ein Budget und eine seriöse Finanzplanung fehlen<sup>44</sup>.

7. die Erstellung des Jahresberichtes sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse;

8. die gerichtliche Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, die gegen Gesetz oder Statuten verstossen, sowie die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung.”

In der ersten Lesung durch den Nationalrat im Oktober 1985 hat der Absatz eine gewisse Straffung erfahren: Die Aufstellung eines Organisationsreglementes ist nicht mehr unübertragbare Aufgabe des Verwaltungsrates, sondern nur noch die Festlegung der Organisation bei Übertragung der Geschäftsführung. Gestrichen wurden sodann die Ziff. 7. und 8. von Art. 716a I.

39 BGE 97 II 411 ff.

40 SAG 9 (1936/37) 119 f.

41 BGE 108 V 203 f.

42 BGE 109 V 88 ff.

43 Die beiden Entscheide sind m.E. freilich unrichtig und realitätsfern.

44 ZR 82 (1983) Nr. 57 S. 151.

### 3.5. Einhalten der Formalien

Endlich müssen die vom Gesetz vorgesehenen *formellen Pflichten* beachtet werden: Verhandlungen sind zu protokollieren, Beschlüsse von den zuständigen Organen zu fällen, die Generalversammlung ist abzuhalten und Gewinne sind der Gesellschaft nur aufgrund entsprechender Beschlüsse zu entnehmen. Ebenso sind Verwaltungsratssitzungen durchzuführen, genügen einsame Entscheide des Allein- oder Mehrheitsaktionärs nicht, ist eine Kontrollstelle zu wählen usw.

Gerade in kleineren Verhältnissen werden diese Formalitäten oft nur zu leicht als unnötiger Ballast behandelt und vernachlässigt, und eine Durchsicht von Rechtschriften und Entscheiden zeigt, dass *mit materiellen Pflichtwidrigkeiten regelmässig auch eine Missachtung der formellen Ordnung einhergeht*.

### 3.6. Überprüfung der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Abgabe- und Beitragsforderungen

Bereits betont wurde, dass im Lichte der äusserst strengen Ordnung durch Gesetz oder Gerichtspraxis im Rahmen von Steuern und Sozialabgaben auf die Begleichung der öffentlich-rechtlichen Forderungen und Abgaben besonderes Augenmerk zu richten ist. Vgl. hierzu die Referate der Kollegen Hütte und Böckli.

### 3.7. Folgerung

Betrachtet man die aufgeführten Regeln, dann kann man festhalten, dass vom Verwaltungsrat – abgesehen vielleicht vom Bereich der öffentlich-rechtlichen Forderungen – nichts Unzumutbares verlangt wird. Gefordert ist, 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 trägt, dass die AG eine juristische Person ist und dass somit das Vermögen der Gesellschaft mit dem Privatvermögen nicht vermischt werden darf. Verlangt wird sodann die Einhaltung der Formalien, das konsequente Spiel des Spiels der AG.

Dass all dies im Rahmen von Mandatsverhältnissen erhebliches Rückgrat verlangt und dass die Einhaltung dieser Regeln gelegentlich auch mit dem Verlust von Klienten bezahlt werden muss, ist mir bewusst. Ich meine aber, dass die auf dem Spiele stehenden Risiken Kompromisse in diesen Belangen nicht rechtfertigen.

**Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht**  
**Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser**

**Band 87**

# **Die Haftung des Verwaltungsrates**

**PETER FORSTMOSER**

**Beschränkung des Risikos als  
Verwaltungsrat — aber wie?**



**Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich**

1986