

Verwaltungsrat – Verantwortung, aber auch Verantwortlichkeit



Rolf Schuler, lic. iur., Rechtsanwalt, Partner, Dispute Resolution Team der Anwaltskanzlei ALTENBURGER LTD legal + tax (mit Büros in Küsnacht-Zürich und Genf). Rolf Schuler war bis zu seinem Eintritt in die Advokatur im Jahre 2003 als Richter am Bezirksgericht Zürich tätig. Er führt als Prozessanwalt nationale und internationale zivile Prozesse sowohl vor staatlichen Gerichten wie auch vor Schiedsgerichten. Darüber hinaus ist er insbesondere im Bereich des

Schuldbetreibungs- und Konkursrechts tätig sowie im Wirtschaftsstrafrecht. Er vertritt regelmässig Organe in zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsverfahren sowie in strafrechtlichen Untersuchungen (so z.B. strafrechtliche Vertretung eines VR-Mitgliedes im «Swissair»-Prozess).



Lars Hauser, lic. iur. HSG, Rechtsanwalt, LL.M., Senior Associate im Dispute Resolution Team der Anwaltskanzlei ALTENBURGER LTD legal + tax. Lars Hauser führt als Prozessanwalt nationale und internationale Prozesse vor staatlichen Gerichten wie auch vor Schiedsgerichten. Nach Abschluss des rechtswissenschaftlichen Studiums an der Universität St. Gallen (HSG) im Jahre 1999 arbeitete er während mehreren Jahren als juristischer Sekretär am Bezirksgericht Andelfingen und am Obergericht des Kantons Zürich und verfügt dadurch über

eine breite Erfahrung im Bereich des Prozessrechts. Sodann absolvierte Lars Hauser 2005/2006 ein Nachdiplomstudium (LL.M.) in American Law an der Boston University School of Law und verfügt ausserdem über eine Mediationsausbildung. Die Kenntnisse im Bereich Dispute Resolution ergänzte er zudem durch fortlaufende Ausbildungen in Verhandlungsführung und -technik an der Harvard Law School in Boston.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Ausgangslage/Einführung | 147 |
| 2. | Die Pflichten des Verwaltungsrates | 148 |
| 2.1 | Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates (Art. 716a OR)..... | 148 |
| 2.2 | Weitere Pflichten des Verwaltungsrates..... | 150 |
| 3. | Voraussetzungen für die Organhaftung | 151 |
| 3.1 | Zivilrechtliche Verantwortlichkeit..... | 151 |
| 3.1.1 | Der Schaden..... | 152 |
| 3.1.2 | Die Widerrechtlichkeit..... | 153 |
| 3.2 | Öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit..... | 154 |
| 3.2.1 | Haftung für Steuern..... | 154 |
| 3.2.2 | Haftung für Sozialabgaben..... | 155 |
| 3.3 | Strafrechtliche Verantwortlichkeit..... | 156 |
| 4. | Minimierung des Haftungsrisikos | 157 |
| 4.1 | Vor Antritt eines VR-Mandates..... | 158 |
| 4.2 | Aktiver Status eines VR-Mandates..... | 159 |
| 4.3 | Beendigung eines VR-Mandates..... | 159 |
| 5. | Zusammenfassung | 160 |
| | Literatur | 161 |

1. Ausgangslage/Einführung

Ob es wirklich je Zeiten gab, in denen sich der Verwaltungsrat¹ darauf beschränken konnte, sich drei- oder viermal pro Jahr mit den Gremiums-kolleginnen und -kollegen zu einem gemütlichen Essen zu treffen, anlässlich welchem man sich über gemeinsame Freunde sowie Bekannte unterhielt und lediglich nebenbei den Geschäftsgang und die aktuelle Lage der Gesellschaft besprach, können wir – da schlicht «zu jung» – nicht beurteilen.

Die aktuelle Praxis zeigt aber ein doch sehr anderes Bild. Heute müssen die **Organe einer Gesellschaft**, nebst dem Verwaltungsrat, insbesondere auch die Revisionsstelle,² damit rechnen, dass sie sich grundsätzlich in jedem Konkursverfahren, in welchem die Konkursmasse über genügend liquide Mittel verfügt, mit **zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen** konfrontiert sehen. Aufgrund unserer Erfahrung gehen die Verfolgung solcher zivilrechtlicher Forderungen je länger, je mehr auch mit der Anhebung von **Strafanzeigen** und damit entsprechenden Strafuntersuchungen einher.³ Unseres Erachtens beschränkt sich diese Tendenz aber nicht nur auf Firmenzusammenbrüche und Konkurse. Auch bei Firmenzusammenschlüssen und -übernahmen, bei grösseren Verlusten, Erwerb von Mehrheits- oder Minderheitsbeteiligungen wird regelmässig nach «Verantwortlichen» und «Schuldigen» für vermeintliche oder auch effektive Kursverluste und einen entstandenen Schaden gesucht oder gar die Strafverfolgungsbehörden eingeschaltet. Häufig sind solche Fälle auch ein durchaus gefundenes Fressen für die Presse, welche für die notwendige Publizität sorgt und im Rahmen ihrer Ziele, Auflagesteigerung, erhöhtes Werbevolumen etc. (auch) ihre Eigeninteressen verfolgt.⁴

1 Nachfolgend wird der Verwaltungsrat als Organ der AG im Sinne von Art. 707 ff. OR verstanden und nicht als Einzelperson.

2 Aufgrund ihrer Solvenz («deep pockets»), ihrer Verpflichtung zum Abschluss einer obligatorischen Haftpflichtversicherung sowie zur Vermeidung eines erheblichen Reputationsrisikos sind die Revisionsstellen ein «beliebtes» Ziel im Rahmen von Verantwortlichkeitsansprüchen.

3 So z.B. Biber, Swissair, Mittelthurgaubahn, Erb-Gruppe, Raichle etc. um nur die bekanntesten zu nennen.

4 So z.B. Swissfirst bzw. der sog. «Pensionskassen-Skandal», der Fall «UBS», Long Term Strategy («LTS») etc.

Diese Tendenz wird unseres Erachtens, wenn nicht gar noch zunehmen, sich doch zumindest auf hohem Niveau einpendeln. Ob dies zu Recht oder Unrecht geschieht, kann dahingestellt bleiben bzw. gar nicht allgemeingültig beantwortet werden. Ohne Zweifel gibt es Fälle, in denen den Organen zu Recht teils krasse Versäumnisse vorgeworfen werden können. Ebenso steht aber ausser Zweifel, dass zivil- oder gar strafrechtliche Massnahmen auch regelmässig «missbraucht» werden, nicht selten unter bewusster Zuhilfenahme der Presse, um den «notwendigen» Druck im Hinblick auf allfällige Vergleichszahlungen zu erhöhen.

Diesen Entwicklungen muss sich der heutige Verwaltungsrat stellen. Es gilt, solche für die Betroffenen sehr einschneidenden und belastenden Verfahren und Prozesse möglichst zu vermeiden oder zumindest zu antizipieren. Die Minimierung des Haftungsrisikos für den Verwaltungsrat deckt sich unseres Erachtens im Übrigen mit dem strikten Handeln im Interesse der Gesellschaft und stellt somit nicht Eigennutz des Verwaltungsrates dar, sondern erfolgt im wohlverstandenen Interesse und letztlich zu Gunsten der Aktionäre und Gläubiger einer Gesellschaft.

Wir werden nachfolgend die grundsätzlichen Pflichten des Verwaltungsrates und die **Voraussetzungen für eine zivilrechtliche Haftung des Organs** darstellen, bevor wir den Versuch unternehmen, mittels einer möglichst kurz und einprägsam gehaltenen **Checkliste** aufzuzeigen, wie dieses eingangs beschriebene Risiko beschränkt werden kann oder – für den Fall, dass dieses trotzdem eintritt – wie man zumindest bestmöglichst darauf vorbereitet ist.

2. Die Pflichten des Verwaltungsrates

2.1 Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates (Art. 716a OR)

Dem Verwaltungsrat stehen die folgenden unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben zu:

- **Oberleitung** der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;
- Festlegung der **Organisation**;
- **Finanzverantwortung** (Finanzplanung und -verantwortung);

- Bestellung und Beaufsichtigung der **Geschäftsführung** (Auswahl, Instruktion und Überwachung; s. Art. 716b i.V.m. Art. 754 Abs. 2 OR);
- die Erstellung des **Geschäftsberichtes**;
- Vorbereitung (Einladung und Traktandierung) der **Generalversammlung** und die Ausführung ihrer Beschlüsse; sowie
- die Benachrichtigung des Richters im Falle der **Überschuldung**.

Bereits diese Aufzählung zeigt, dass die **Aufgaben** des Verwaltungsrates **vielfältig** und **anspruchsvoll** sind. Währenddem man sich in klaren und überschaubaren Verhältnissen unter «Oberleitung der Gesellschaft» noch etwas vorstellen kann, ist es z.B. bei länderübergreifenden Holdingstrukturen mit einer Vielzahl von Tochter- und Enkelgesellschaften schon sehr viel schwieriger und dementsprechend anspruchsvoller.

Diese unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates stehen selbstverständlich nicht isoliert da, sondern sind immer auch in Wechselwirkung und im Zusammenspiel mit den weiteren Organen der Gesellschaft sowie der Geschäftsführung zu betrachten. Allein eine umfassende Darstellung dieses Zusammenspiels und das Aufzeigen sämtlicher Auswirkungen der Pflichten des Verwaltungsrates würden den vorliegenden Beitrag bei Weitem sprengen. Lediglich auf die Pflicht des Verwaltungsrates, im Falle der Überschuldung das Gericht zu benachrichtigen (sog. «**Bilanzdeponierung**»), sei hier kurz eingegangen, da dieser Fall in der Praxis der wohl **häufigste Ausgangspunkt von Verantwortlichkeitsansprüchen** darstellt.

Der Verpflichtung des Verwaltungsrates zur Bilanzdeponierung geht gemäss Art. 725 Abs. 1 OR die Pflicht voraus, bei **Kapitalverlust** unverzüglich eine **Generalversammlung einzuberufen**, anlässlich welcher **Sanierungsmassnahmen** zu beantragen sind. Besteht die **begründete Besorgnis einer Überschuldung**, hat der Verwaltungsrat eine **Zwischenbilanz** (zu Fortführungs- und Liquidationswerten) zu erstellen und – soweit vorhanden – diese der Revisionsstelle zur Prüfung vorzulegen (Art. 725 Abs. 2 OR). In der Praxis zeigt sich, dass – in finanziellen Notlagen einer Gesellschaft – der Verwaltungsrat, diesen Verpflichtungen oft **zu spät oder gar nicht nachkommt**, was eine entsprechende Pflichtverletzung darstellt (s. Voraussetzungen für die zivilrechtliche Verantwortlichkeit nachfolgend Ziff. 3.1).

Es zeigt sich also, dass die Pflicht zur Bilanzdeponierung eng mit einerseits weiteren Verpflichtungen des Verwaltungsrates, andererseits aber auch mit seiner Aufgabe der Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung zusammenhängt (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR). Somit kann eine mangelhafte Finanzplanung und -kontrolle zu verspäteter Entdeckung einer Unterbilanz führen, was wiederum zur Folge hat, dass der Verwaltungsrat zu spät oder überhaupt zu keiner Generalversammlung zwecks Präsentation und Beschlussfassung betreffend Sanierungsmassnahmen einlädt.

Nebst den massgebenden Bestimmungen des Obligationenrechts ergeben sich die Pflichten aber auch aus den **Statuten** und dem **Organisationsreglement** der Gesellschaft. Selbstverständlich sind je nach Branchen, Organisation und Grösse einer Gesellschaft auch weitere Rechtsquellen zu berücksichtigen, wie z.B. das Bankengesetz, spezifische Rechnungslegungsvorschriften etc.

2.2 Weitere Pflichten des Verwaltungsrates

Die weiteren allgemeinen Pflichten des Verwaltungsrates, welche sich teils aus Gesetz, teils aus der Praxis und der Rechtsprechung ergeben, sind:

- **Arbeitspflicht** (inkl. Weiter-/Fortbildung): Zeitmangel stellt keinen Haftungsausschlussgrund dar;
- **Sorgfalts- und Treuepflicht** (Art. 717 OR);
- **Geheimhaltungspflicht** bezüglich sämtlicher in Ausübung des Mandates erhaltener Fakten und Umstände (Verletzung dieser Pflicht kann auch strafrechtlich relevant sein); sowie
- **Informationspflicht**: Verwaltungsrat hat sich aktiv um die notwendigen und relevanten Informationen zu bemühen.

Es handelt sich dabei, meinte man, eigentlich um Binsenwahrheiten. Es ist jedoch immer wieder erstaunlich festzustellen, dass Mitglieder des Verwaltungsrates sich mit der mehr oder weniger regelmässigen Präsenz an den VR-Sitzungen zufrieden geben bzw. davon ausgehen, dass das vollkommen ausreicht. Dies ist ein Irrtum! Der Verwaltungsrat hat sich aktiv und intensiv mit dem Wohle und den Interessen der Gesellschaft auseinander zu setzen.

3. Voraussetzungen für die Organhaftung

3.1 Zivilrechtliche Verantwortlichkeit

Die persönliche Haftpflicht eines Verwaltungsrats ist grundsätzlich ein Spezialfall. Wer als Gläubiger einer AG einen Ausfall auf seiner Forderung erleidet, wird sich zunächst an die AG zu halten haben.

Wie vorn beschrieben (s. unter Ziff. 1.), kann der Verwaltungsrat persönlich in Anspruch genommen werden. Dies ist in den weitaus häufigsten Konstellationen der Fall, wenn die AG in Konkurs fällt oder ein Aktionär oder die Gesellschaft sich selbst schadlos halten will. Zu prüfen ist dann, ob die Voraussetzungen der Haftung des Verwaltungsrats nach Art. 754 OR erfüllt sind. Anspruchsberechtigt sind gemäss Art. 754 Abs. 1 OR die Gesellschaft, die einzelnen Aktionäre, aber auch alle Gesellschaftsgläubiger.

Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit eine Haftung des Verwaltungsrats bejaht wird:

- **Schaden:** Ein Schaden besteht in einer unfreiwilligen Vermögenseinbusse. Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (z.B. Vermeidung oder zumindest Verringerung eines Schadens bei «rechtzeitiger», d.h. früherer Bilanzdeponierung).
- **Widerrechtlichkeit:** Ein Verhalten ist immer dann widerrechtlich, wenn es gegen eine allgemeine rechtliche Pflicht verstösst (z.B. Verstösse gegen die unentziehbaren und unübertragbaren Pflichten des Verwaltungsrates, s. vorn Ziff. 2.1, oder die Statuten einer Gesellschaft).
- **Kausalzusammenhang:** Wird unterteilt in den natürlichen und den adäquaten Kausalzusammenhang, wobei in der Regel nur der adäquate Fragen aufwirft. Adäquat kausal ist jede Ursache, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, den eingetretenen Schaden herbeizuführen (z.B. begünstigt die ungenügende Auswahl, Instruktion und Überwachung der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat den Eintritt des Schadens).

- **Verschulden:** Liegt vor, wenn vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln für den Eintritt des Schadens verantwortlich ist. Von Vorsatz wird gesprochen, wenn eine Handlung in vollem Bewusstsein (mit Wissen und Wollen) um die Konsequenzen trotzdem vorgenommen wird. Von Fahrlässigkeit geht man aus, wenn die erforderliche Sorgfalt nicht gewahrt wurde. Je nach Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung wird zwischen leichter, mittlerer und grober Fahrlässigkeit unterschieden.

Diese Voraussetzungen müssen allerdings präzisiert werden; so ist zu unterscheiden, ob die AG im Konkurs ist oder nicht, wer geschädigt ist, und ob der betroffene Personenkreis einen mittelbaren oder unmittelbaren Schaden erlitt.

3.1.1 Der Schaden

- **Unmittelbarer Schaden:** Ein solcher liegt vor, wenn der Verwaltungsrat eine Pflicht verletzt, die **direkt gegenüber dem Geschädigten** bestand. Ein Aktionär kann etwa einen **unmittelbaren Schaden** erleiden, wenn ihm unrechtmässig ein Bezugsrecht nicht gewährt wird oder eine ihm zustehende Dividende nicht ausbezahlt wird. Ein Gläubiger erleidet einen unmittelbaren Schaden, wenn er einer AG einen Kredit gewährt, weil die Überschuldung durch den Verwaltungsrat nicht rechtzeitig angezeigt wurde.⁵
- **Mittelbarer Schaden:** Ein solcher liegt vor, wenn der Verwaltungsrat eine Pflicht verletzt, die primär gegenüber der AG besteht. Der Aktionär ist durch die Vermögenseinbusse, welche die AG erleidet, **lediglich mittelbar** geschädigt. Seine Aktien sind weniger wert und die Dividendenausschüttung wird geringer sein. Die Forderung eines Gläubigers richtet sich gegen die AG. Solange diese besteht, erleidet er demnach keinen Schaden. Fällt die AG aber in Konkurs, so steht fest, dass diese ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. Der mittelbare Schaden entsteht dem Gläubiger also erst im Konkurs.⁶

5 Widmer/Gericke/Waller (2008), Art. 754 OR N. 16.

6 Widmer/Gericke/Waller (2008), Art. 754 OR N. 15.

Aus der Unterscheidung zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Schaden ergeben sich verschiedene Klagemöglichkeiten – je nachdem, ob die Gesellschaft im Konkurs ist oder nicht. Ausserhalb des Konkurses zielt die Haftung aus Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates darauf ab, die Lebensfähigkeit der AG zu erhalten und die Beteiligung der Aktionäre zu schützen. Im Konkurs steht im Vordergrund, den Gesellschaftsgläubigern das zur Masse gehörende Vermögen erhältlich zu machen,⁷ um die ausstehenden Forderungen zu decken.

a) Vor Konkurseröffnung:

- **Geschädigter Aktionär:** Den unmittelbaren Schaden kann er auf Leistung an sich selbst einklagen. Den mittelbaren Schaden muss er dagegen auf Leistung an die AG geltend machen (Art. 756 Abs. 1 OR).
- **Geschädigter Gläubiger:** Den unmittelbaren Schaden kann er auf Leistung an sich selbst einklagen. Jedoch kann er eine mittelbare Schädigung nicht geltend machen, da ausserhalb eines Konkurses noch kein Schaden im Rechtsinn besteht.
- **Geschädigte Gesellschaft:** Diese ist immer unmittelbar geschädigt und klagt auf Leistung an sich selbst.

b) Nach Konkurseröffnung:

- **Konkursverwaltung:** Diese übernimmt die Vertretung der Gesellschaft (bzw. der Konkursmasse), der Aktionäre und der Gläubiger. Die Konkursverwaltung klagt auf Leistung an die Gesellschaft (Art. 757 Abs. 1 OR).
- **Geschädigter Aktionär:** Den *unmittelbaren Schaden* kann er auf Leistung an sich selbst einklagen. Den *mittelbaren Schaden* kann er auf Leistung an die Gesellschaft einklagen, sofern die Konkursverwaltung auf die Klage verzichtet (Art. 757 Abs. 2 OR).
- **Geschädigter Gläubiger:** Den *unmittelbaren Schaden* kann er auf Leistung an sich selbst einklagen. Den *mittelbaren Schaden* kann er auf Leistung an die Gesellschaft einklagen, sofern die Konkursverwaltung auf die Klage verzichtet (Art. 757 Abs. 2 OR).

3.1.2 Die Widerrechtlichkeit

Bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ergibt sich die Widerrechtlichkeit aus einem Verstoss gegen aktienrechtliche oder statutarische Pflichten, aber auch gegen weitere gesetzlich normierte Pflichten.

⁷ Widmer/Gericke/Waller (2008), Art. 757 OR N. 1.

Im Vordergrund stehen die unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten nach Art. 716a OR sowie die Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 717 OR (s. vorn Ziff. 2.1 f.). Aus den Pflichten in Art. 716a OR zur Oberaufsicht über die Geschäftsleitung, zur Festlegung der Organisation und zur strategischen Führung ergibt sich unter anderem die Pflicht zu einem **Risikomanagement**. Das Risikomanagement besteht aus der **Erfassung, Bewertung, Überwachung, Steuerung und Kommunikation von Risiken einer AG**.⁸

Neben dem Risikomanagement ist der Verwaltungsrat überdies verpflichtet, ein **internes Kontrollsystem (IKS)** zu implementieren. Beim IKS handelt es sich um ein **Managementinstrument**, welches mittels **optimierter Prozesse, Informationen, verbesserten Vermögensschutzes** und **«Compliance»** die Unternehmensziele besser zu erreichen helfen soll. Dazu zählt die Schaffung einer geeigneten Kontrollumgebung, die Etablierung von Kontrollaktivitäten zur Beurteilung der Risiken, das Sammeln und Kommunizieren von risikobezogenen Informationen und die Prüfung der Wirksamkeit der Risikokontrolle.⁹

Werden diese Pflichten durch den Verwaltungsrat nicht oder nicht genügend wahrgenommen, liegt eine haftungsbegründende Pflichtverletzung vor. In der Regel wird es sich gegenüber den Aktionären und Gläubigern hierbei um mittelbare Pflichten handeln.

3.2 Öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit

3.2.1 Haftung für Steuern

Zwar könnte der Staat offene Steuerschulden von Aktiengesellschaften grundsätzlich gemäss der zivilrechtlichen Haftung von Verwaltungsräten nach Art. 754 OR einfordern. Es bestehen jedoch auf Bundesebene verschiedene **besondere Bestimmungen**, welche für den Staat vorteilhafter ausgestaltet sind und es damit vereinfachen, den Verwaltungsrat direkt zur Verantwortung zu ziehen.¹⁰ In den Kantonen bestehen diesbezüglich unterschiedliche Regeln, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen wird.

8 Lehmann/Roth Pellanda (2009), S. 321 f.

9 Wyss (2007), S. 32 f.

10 Müller/Lipp/Plüss (2007), S. 316.

Eine Verantwortlichkeit von Verwaltungsräten statuieren z.B. **Art. 15 Abs. 1 des Verrechnungssteuergesetzes** und **Art. 55 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer**, wonach eine Haftung für ausstehende Forderungen besteht, wenn:

- a) der Verwaltungsrat als Liquidator bei der Auflösung einer Aktiengesellschaft mitgewirkt hat, oder
- b) der Verwaltungsrat sein Mandat über eine Gesellschaft ausübt, die ihren Sitz ins Ausland verlegt.

3.2.2 Haftung für Sozialabgaben

Es trifft den **Arbeitgeber** die **Pflicht**, bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen, welche zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen an die **Ausgleichskasse abzuliefern** sind. Ausserdem sind der Ausgleichskasse Abrechnungsunterlagen zuzustellen. Diese Pflichten obliegen innerhalb der Gesellschaft dem Verwaltungsrat und können nicht delegiert werden.¹¹ Kommt der Verwaltungsrat einer solchen Pflicht nicht oder nur ungenügend nach, so stellt dies per se eine Pflichtverletzung dar, unabhängig von dessen Kompetenzen. Zwar ist ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Handeln als Haftungsvoraussetzung erforderlich. Das eidgenössische Versicherungsgericht hat hierzu allerdings eine derart strenge Praxis entwickelt, dass kaum mehr von einer Verschuldens-, sondern vielmehr von einer **Kausalhaftung** gesprochen werden kann. Namentlich kann sich etwa ein Verwaltungsrat der Haftung nicht mit dem Argument entziehen, er sei für die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge nicht zuständig gewesen.

Diese direkte und in der Praxis «unterschätzte» **Haftung des Verwaltungsrates** ergibt sich aus **Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG)**. Zwar erwähnt der Gesetzestext nur den Arbeitgeber, jedoch hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die Haftung auf die Organe, also die Verwaltungsräte, ausgedehnt.

Der erforderliche Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung liegt fast immer vor. Lediglich wenn die AG vor Antritt des Verwaltungsratsmandates bereits zahlungsunfähig war, muss die Kausalität verneint werden.

11 Müller/Lipp/Plüss (2007), S. 327.

Der bei der Versicherung entstehende Schaden setzt sich nicht nur aus den fehlenden Beiträgen (AHV/IV/EO/ALV) zusammen, sondern auch aus den Verwaltungskostenbeiträgen, Mahn- und Betreibungskosten sowie den Verzugszinsen.

3.3 Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Grundsätzlich besteht eine grosse Anzahl von möglichen Straftatbeständen, die ein Verwaltungsrat durch unkorrektes (fahrlässiges oder gar vorsätzliches) Verhalten erfüllen kann. Bis heute liegen allerdings nur wenige Gerichtsentscheide vor, in welchen es zu Verurteilungen kam. Die Gründe sind vor allem darin zu erblicken, dass es keinen auf den Verwaltungsrat spezifisch zugeschnittenen Straftatbestand gibt, die Vorgänge rückblickend nicht immer einwandfrei rekonstruiert werden können, äusserst komplex und damit zeit- und kostenintensiv sind und zumeist ein Vorsatz oder auch eine (Grob-)Fahrlässigkeit nicht nachweisbar sind, weshalb es zu entsprechenden Verfahrenseinstellungen oder gar Freisprüchen kommt.

Die prominentesten Straftatbestände nebst den reinen Vermögensdelikten sind wohl die **ungetreue Geschäftbesorgung** sowie die **Konkurs- und die Urkundendelikte**. Mittels der ungetreuen Geschäftbesorgung wird die AG vor vorsätzlicher Schädigung durch den Geschäftsführer geschützt, dem Vermögen anvertraut ist. Bei den Konkursdelikten geht es vor allem darum, dass durch Vermögensdispositionen der Konkursmasse unrechtmässig Vermögen entzogen wird, einzelne Gläubiger unzulässigerweise bevorzugt werden oder die Buchführung unterlassen wurde. Die Urkundendelikte umfassen nebst der eigentlichen Fälschung einer Urkunde vor allem die Falschbeurkundung, also die wesentliche Beurkundung einer unwahren Tatsache (z.B. Protokolle von VR-Sitzungen und Generalversammlungen, Bilanzen, Kapitalheraufsetzungs- und/oder -herabsetzungsbeschlüsse etc.).

Ferner zu beachten sind umweltrechtliche Nebenstrafbestimmungen (Art. 60 f. USG), welche in der Praxis immer relevanter werden. Diese Bestimmungen sind insbesondere bei emissionsverursachenden Betrieben zu beachten. Ein Verwaltungsrat einer reinen Dienstleistungs-AG hingegen dürfte kaum je mit diesen Bestimmungen in Berührung kommen.

4. Minimierung des Haftungsrisikos

Gemäss den vorstehenden Ausführungen begründet nur vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln des Verwaltungsrates eine Haftung (s. vorn Ziff. 3.1). Die Anschlussfrage stellt sich natürlich unmittelbar und lautet: Was heisst fahrlässig und wie lassen sich «fahrlässige» Entscheide vermeiden? In der Literatur und Rechtsprechung wird dabei immer wieder der «**vernünftige**» **Verwaltungsrat** zitiert, denn, so die Hypothese, dieser handelt sorgfältig, was eine Fahrlässigkeit und damit eine Haftung logischerweise ausschliesst oder ausschliessen sollte. Da der Begriff «vernünftig» jedoch wiederum interpretationsbedürftig ist, wurden in Bezug auf den Verwaltungsrat bestimmte **Kriterien** entwickelt, bei deren Einhaltung auf ein «nichtfahrlässiges» Verhalten geschlossen werden kann:

Der «vernünftige» Verwaltungsrat:

- lässt sich **beraten**, sobald seine Kenntnisse nicht (mehr) ausreichen (Erkennen seiner eigenen Grenzen);
- fällt seinen Entscheid erst nach **sorgfältigem und umfassendem Entscheidfindungsprozess** (zeitgerechte Informationsbeschaffung und Entscheidfindung);
- bereitet sich **intensiv** auf VR-Sitzungen vor und nimmt an diesen aktiv teil (Fragen stellen/Optionen prüfen etc.); sowie
- handelt immer **im Gesellschaftsinteresse** und tritt bei **Interessenkonflikten** konsequent in den **Ausstand**.

Nachfolgend wird der Versuch unternommen, mittels einer möglichst einfach gehaltenen Checkliste diejenigen Anhaltspunkte zu erfassen, mit welcher sich eine bereits bestehende oder allenfalls aufkommende Verantwortlichkeit zumindest erheblich reduzieren, wenn nicht gar ausschliessen lässt. Aus unserer Erfahrung könnten wohl einige, wenn nicht gar die Mehrheit der Verantwortlichkeitsfälle mittels Einholung und Überprüfung von teils gar öffentlich zugänglichen Informationen vermieden werden. Da sich die potenziellen Risiken im Rahmen der Führung eines VR-Mandates je nach Phase unterscheiden können, wird nachfolgend unterschieden in:

- vor/bei Antritt;
- aktiver Status; sowie
- Niederlegung des VR-Mandates.

4.1 Vor Antritt eines VR-Mandates

Bei der Anfrage zur Übernahme eines VR-Mandates empfiehlt es sich, eine Auslegeordnung vorzunehmen, sodass schliesslich diejenigen Informationen vorliegen, welche für den Entscheid, Annahme oder Ablehnung des Mandates, relevant sind oder sein können.

Es empfiehlt sich, folgende Informationen und Unterlagen, immer soweit vorhanden, einzuholen, aufgrund welcher man sich einen Überblick über die Gesellschaft machen kann:

- **aktueller Handelsregisterauszug** der Gesellschaft mit sämtlichen Mutationen (Sitzverlegungen, Kapitalherabsetzungen, Wechsel der Revisionsstelle etc.);
- Informationen über **Branche** und allfällige **spezialgesetzliche Regelungen** (z.B. bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit);
- **Bilanz(en) und Erfolgsrechnungen** der letzten drei Jahre;
- **Statuten und Organisationsreglement**;
- aktuelle **Zusammensetzung** und **Qualifikation des Verwaltungsrates**;
- sämtliche **VR- und GV-Protokolle** der letzten drei Jahre; sowie
- **Gründe** für den Ersatz des bisherigen, jetzt ausscheidenden Verwaltungsrates bzw. Gründe für eine allfällige zahlenmässige Aufstockung desselben.

Aufgrund der obigen Informationen kann unseres Erachtens ein relativ umfassender Überblick über die vergangenen und aktuellen Verhältnisse einer Gesellschaft erlangt werden. Diese Informationen sind immer auch in persönlichen Gesprächen mit Exponenten der Gesellschaft zu verifizieren und weiter zu vertiefen. Die vertraulichen Gespräche dienen überdies dazu, persönliche Verträglichkeiten mit anderen Mitgliedern des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung auszuloten, da Vertrauen und Offenheit untereinander zwar «weiche Faktoren», aber (mit)entscheidend im Rahmen der Entscheidungsfindung sind.

Nicht zu unterschätzen ist letztlich die Frage, ob überhaupt die zeitliche und fachliche Kapazität zur Übernahme eines – u.U. weiteren – VR-Mandates bestehen.

4.2 Aktiver Status eines VR-Mandates

Aufgrund der angeführten gesetzlichen Anforderungen an den Verwaltungsrat (s. vorn Ziff. 2), insbesondere im Bereich der Finanzplanung und -kontrolle, erscheinen uns folgende Punkte, die jedes VR-Mitglied bestimmen und beeinflussen kann, als entscheidend im Hinblick auf die Minimierung eines potenziellen Haftungsrisikos:

- sorgfältige und umsichtige **Vorbereitung von VR-Sitzungen** (aktive Informationspflicht; s. vorn Ziff. 2.2);
- **Transparenz** bei Entscheidungsprozessen (exakte und umfassende **Protokollführung!**);
- **periodische Überprüfung der Geschäftsführung** und entsprechendes Handeln bei Erkennen von Missständen/Ungereimtheiten;
- Entscheidungen ausschliesslich mit Rücksicht auf das **Gesellschaftsinteresse/Vermeidung von Interessenkonflikten** (konsequenter Ausstand bei Abstimmungen);
- **erhöhte Sitzungskadenz in finanziellen «Stresssituationen»** (bei Liquiditätsengpässen, Kapitalverlust oder gar drohender Überschuldung); sowie
- (permanente) **Weiterbildung.**

4.3 Beendigung eines VR-Mandates

Das «reine» VR-Mandat¹² untersteht dem Recht des **einfachen Auftrags** (Art. 394 ff. OR) und kann somit grundsätzlich jederzeit beendet oder niedergelegt werden. Die Aufkündigung des VR-Mandates darf jedoch **nicht «zur Unzeit»** erfolgen (Art. 404 Abs. 2 OR). Ob die Beendigung zur Unzeit erfolgt, ist im Einzelfall zu prüfen; so wäre die sofortige Niederlegung des VR-Mandates statt der Bilanzdeponierung sicherlich zur Unzeit erfolgt bzw. durch die Niederlegung kann sich der Verwaltungsrat nicht seiner Verpflichtung entziehen, die Überschuldung dem Gericht mitzuteilen.¹³

12 Im Gegensatz zum «angestellten» VR, der nebst seiner Organtätigkeit auch in einem festen Arbeitsverhältnis steht, z.B. als Geschäftsführer.

13 Gleiches gilt im Übrigen auch für die Revisionsstelle, welche die Pflicht zur Ersatzvornahme (Bilanzdeponierung) trifft, obwohl sie bereits zurückgetreten oder abgewählt worden ist, wenn sie davon ausgehen muss, dass der säumige Verwaltungsrat dies nicht tun wird und dadurch weitere Gläubiger zu Schaden kommen könnten.

Es ist darauf zu achten, dass das austretende Verwaltungsratsmitglied auch wirklich im Handelsregister gelöscht wird. Solange das (ehemalige) Mitglied noch offiziell eingetragen ist, können Dritte in gutem Glauben auf diese Eintragung vertrauen, was zu einer u.U. schädigenden Verpflichtung der AG durch ein bereits ausgetretenes VR-Mitglied führen kann. Umgekehrt hat auch das ehemalige VR-Mitglied ein Interesse daran, dass er auch tatsächlich im Handelsregister gelöscht wird, haftet er doch – trotz Austritts – solange, als er noch offiziell geführt wird (so z.B. für Sozialversicherungsabgaben, Steuern etc.).

5. Zusammenfassung

Die Aufgaben und Pflichten des Verwaltungsrates sind anspruchsvoll, vielfältig und bedürfen eines grossen persönlichen Engagements. Gleichzeitig werden die Tätigkeiten des Verwaltungsrates grundsätzlich kritischer und eingehender von einer breiten Öffentlichkeit begutachtet und hinterfragt; unseres Erachtens durchaus zu Recht, trägt doch der Verwaltungsrat eine (mit)entscheidende Rolle in der heutigen Wirtschaft. Mit der **Verantwortung**, welche der Verwaltungsrat dadurch übertragen erhält, ist aber auch die persönliche **Verantwortlichkeit** eines jeden Mitgliedes des Verwaltungsrates untrennbar verbunden.

Wir sind der Ansicht, dass mit der Einhaltung der oben umschriebenen Merkmale einerseits die Interessen der Gesellschaft, und damit deren gesunder Fortbestand, bestmöglich gewahrt, und andererseits die Exponierung des Verwaltungsrates im Hinblick auf zu Unrecht geführte Verantwortlichkeitsklagen massiv reduziert werden können. Es ist jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass die Mitglieder eines Verwaltungsrates darüber hinaus auch über entsprechende Lebenserfahrung, eine hohe moralische Integrität und Sozialkompetenz verfügen sollten, welche sie in Verbindung mit fachlichen Kompetenzen voll und ganz in den Dienst der Gesellschaft stellen, unter völliger Ausblendung persönlicher Interessen und Vorteile.

Literatur

Lehmann Axel P./Roth Pellanda Katja (2009), Agenda für ein (besseres) Risikomanagement durch den Verwaltungsrat, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (GesKR) 3/2009, S. 317–330.

Müller Roland/Lipp Lorenz/Plüss Adrian (2007), Der Verwaltungsrat – Ein Handbuch für die Praxis, 3.A., Zürich/Basel/Genf 2007.

Widmer Peter/Gericke Dieter/Waller Stefan (2008), Kommentar zu Art. 754 ff. OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht II (Art. 530–1186 OR), 3. A., Basel 2008.

Wyss Lukas (2007), Das IKS und die Bedeutung des (Legal) Risk Management für VR und Geschäftsleitung im Lichte der Aktienrechtsreform 2007, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW) 2007, S. 27–41.

