

## RVP Bulletin

# Verantwortlichkeit und Haftung des Verwaltungsrats (eine Übersicht)

Zürich, Juni 2013, Nr. 3

### Inhalt

<b>Haftungsvoraussetzungen</b> .....	<b>1</b>
Haftung nach Art. 754 OR .....	1
Schaden .....	2
Pflichtwidrigkeit .....	2
Verschulden .....	3
Adäquater Kausalzusammenhang .....	3
<b>Verantwortlichkeit bei fehlender Eignung</b> .....	<b>3</b>
Objektivierter Sorgfaltsmassstab .....	3
Eignungsprüfung .....	4
<b>Haftungsbegrenzung durch Delegation</b> .....	<b>4</b>
Grenzen der Haftungsbegrenzung .....	4
Delegation – Recht und zuweilen Pflicht .....	5
Voraussetzungen der gültigen Delegation .....	5
Nicht delegierbare Aufgaben des VR .....	5
<b>Haftung trotz Décharge-Erteilung</b> .....	<b>5</b>
Grundlagen der Décharge-Erteilung .....	5
Wirkung der Décharge-Erteilung .....	5
<b>Haftung des Weisungs-VR</b> .....	<b>6</b>
VR im Konzern .....	6
Andere Fälle des Weisungs-VR .....	6
Haftung des Weisungs-VR .....	6
Haftung des Weisungsgebers .....	7
<b>Verantwortlichkeit im Sanierungsfall</b> .....	<b>7</b>
Sanierung als Haftungs Sonderfall .....	7
Unübertragbare Pflichten und Krisenfall .....	8
Pflichten bei knapper Liquidität .....	8
Pflichten bei Kapitalverlust / Unterbilanz .....	8
Pflichten bei Überschuldung .....	9
<b>Verantwortlichkeitsprozess</b> .....	<b>9</b>
Risikoreicher Verantwortlichkeitsprozess .....	9
Aktiv- und Passivlegitimation .....	9
Prozesskautionen .....	10
Beweislast und Substantiierungsobliegenheit .....	10
<b>D&amp;O Versicherung</b> .....	<b>10</b>
Natur der D&O Versicherung .....	10
Zahlen zur D&O Versicherung in der Schweiz .....	11
<b>Strafrechtliche Verantwortung</b> .....	<b>11</b>
Strafrechtliches Exposure des VR-Mitglieds .....	11
Unabhängige strafrechtliche Haftung .....	11
Strafrechtliche Organhaftung .....	11
Strafrechtliche Garantenhaftung .....	12
Urkundendelikte und Betrug bei Rechnungslegung .....	12
<b>Fehlende Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit</b> .....	<b>13</b>
Gewährserfordernis in Finanzmarktgesetzen .....	13
Rücktritt aus dem VR .....	13
Gewährsbrief und Berufsverbot .....	13
<b>Abkürzungen</b> .....	<b>13</b>

### Haftungsvoraussetzungen

#### Haftung nach Art. 754 OR

Nach Art. 754 Abs. 1 OR sind die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Dieser sog. aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstehen die VR-Mitglieder und die Mitglieder der Geschäfts- und Konzernleitung sowie die Liquidatoren. Darüber hinaus

können aber auch Personen haftbar werden, die lediglich faktisch Organfunktionen erfüllen, ohne dass sie formell dazu bestellt worden sind. So kann z.B. auch der Allein- oder Hauptaktionär, der sich in die Geschäftsführung einmischt, verantwortlich werden, auch wenn er nicht Mitglied des VR oder der Geschäftsleitung ist.

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist eine rein *persönliche Haftung*. Sie trifft nicht den VR oder die Geschäftsleitung als Gremium, sondern die einzelnen Mitglieder selbst. Sie setzt stets voraus, dass ein *Schaden* eingetreten ist, dass die zur Verantwortung gezogene Person im Rahmen ihrer Funktion *pflichtwidrig* und *schuldhaft* gehandelt hat und dass ein sog. *adäquater Kausalzusammenhang* – d.h. eine vorhersehbare Verbindung von Ursache und Wirkung – zwischen Schaden und schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten besteht. Diese Haftungsvoraussetzungen müssen für jede involvierte Person gesondert geprüft werden und kumulativ erfüllt sein, damit eine Haftung entsteht.

### Schaden

Ein Schaden liegt vor, wenn jemand – die Gesellschaft, ein Aktionär oder ein Gläubiger – eine finanzielle Einbusse erlitten hat. Dabei entspricht der Schaden der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens eines Geschädigten und dem Stand, den sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Aktienrechtlich relevant ist sowohl der eingetretene Verlust als auch der entgangene Gewinn.

Als *unmittelbar* oder *direkt* wird ein Schaden bezeichnet, den die Gesellschaft, der Aktionär oder der Gläubiger *direkt individuell* erleiden (BGE 110 II 393). Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft aufgrund einer gefälschten Bilanz Kredit gewährt oder wenn sich ein Aktionär aufgrund eines irreführenden Prospektes an einer Kapitalerhöhung beteiligt. Beim häufigsten Fall der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit treffen die Folgen pflichtwidrigen Verhaltens jedoch nicht direkt den Aktionär oder den Gläubiger, sondern zunächst das Vermögen der Gesellschaft. *Indirekt* erleiden dadurch auch die Aktionäre einen Schaden, weil der Wert ihrer Beteiligung sinkt. Und führt die Schädigung der Gesellschaft gar zur Zahlungsunfähigkeit und zum

Konkurs der Gesellschaft, werden auch die Gläubiger geschädigt. Die Gesellschaft kann somit nur unmittelbar geschädigt werden, während Aktionäre und Gläubiger sowohl unmittelbar als auch mittelbar einen Schaden erleiden können. Die Klagemöglichkeiten von Aktionären und Gläubigern sind je nach Schadensart und Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft unterschiedlich (vgl. dazu Verantwortlichkeitsprozess).

### Pflichtwidrigkeit

Pflichtwidrig handelt eine Person, die der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt ist, wenn sie Pflichten missachtet, die ihr durch Gesetz oder Statuten auferlegt sind. So haben die VR-Mitglieder gemäss Art. 717 OR eine *Sorgfalts- und Treuepflicht*, welche sie in allgemeiner Weise verpflichtet, den Gesellschaftsinteressen gegenüber allen andern Interessen – insbesondere auch gegenüber ihren eigenen – immer den Vorrang einzuräumen. Art. 716a OR enthält sodann einen Katalog mit *unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben* des VR. Dazu gehören namentlich die Oberleitung der Gesellschaft, die Festlegung der Organisation und die Ausgestaltung des Rechnungswesens sowie die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen. Dieser Aufgabenkatalog muss immer Leitlinie bilden für die Tätigkeit des VR.

Unternehmerische Tätigkeit beinhaltet jedoch immer auch das Eingehen von Risiken. Geschäftsführungsentscheide stellen daher nicht schon deshalb eine Pflichtverletzung dar, weil sie sich im Nachhinein als falsch oder unzweckmässig erweisen. Nach der sog. Business Judgement Rule erscheint eine Entscheidung als ordnungsgemäss und sorgfältig getroffen, wenn

- eine Geschäftsentscheidung vorliegt (und nicht bloss ein passives Verhalten),
- der Entscheid von unbefangenen Organen gefällt wurde,
- die Organe sorgfältig vorgegangen sind und insbesondere für ausreichende Informationen gesorgt und Alternativen geprüft haben,
- das Verfahren korrekt abgelaufen ist (formgültige Einladungen, Diskussionen, geordneter Sitzungsverlauf etc.) und

- der Entscheid grundsätzlich nachvollziehbar und sachlich vertretbar erscheint.

Aus der Gerichtspraxis lassen sich zum Beispiel folgende Pflichtverletzungen anführen: Entzug von Vermögenswerten ohne Sicherstellung einer adäquaten Gegenleistung, mangelnde Risikoverteilung bei der Anlage des Gesellschaftsvermögens oder bei der Eingehung von Geschäftsbeziehungen, Untätigkeit trotz bekannter Verfehlungen eines Mitgliedes der Geschäftsleitung oder Unterlassung der erforderlichen organisatorischen Massnahmen zur Verhinderung von Insiderdelikten. Ein in der Praxis häufig erhobener Vorwurf ist derjenige der Missachtung der Pflicht zur Benachrichtigung des Konkursrichters bei Überschuldung der Gesellschaft (Art. 725 Abs. 2 OR), d.h. die Fortführung der Geschäfte, obwohl der Konkurs hätte beantragt werden müssen. Zu erwähnen ist auch die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Pflicht zum Abzug und zur Entrichtung der AHV-Beiträge. Gestützt auf die in Art. 52 AHVG vorgesehene Haftung des Arbeitgebers für den Schaden, der aus einer absichtlichen oder grobfahrlässigen Nichtentrichtung der geschuldeten AHV-Beiträge entsteht, verpflichtet das Eidgenössische Versicherungsgericht in mehreren hundert Fällen pro Jahr die Organe einer Aktiengesellschaft zur Nachzahlung nicht abgelieferter AHV-Beiträge.

### Verschulden

Eine Person kann nur zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie schuldhaft gehandelt hat. Allerdings genügt schon leichte Fahrlässigkeit, damit ein Verschulden bejaht wird. Ist das Verschulden jedoch gering, so kann dies zu einer Reduktion der Ersatzpflicht führen.

Ob ein Verschulden vorliegt, entscheidet sich aufgrund eines *objektivierte Verschuldensmassstabes*: Es wird danach gefragt, wie sich eine vernünftige und korrekt handelnde Person unter den gegebenen Umständen hätte verhalten müssen. Subjektive Entschuldbarkeit – z.B. Zeitmangel, Unkenntnis oder Unfähigkeit – ist kein Entlastungsgrund. Nach Lehre und Rechtsprechung sind an die Sorgfalt umso höhere Anforderungen zu stellen, je verantwortungsvoller die Tätigkeit ist. Von Organpersonen mit besonderen fachlichen Qualifikationen darf sodann in ihrem Fach-

bereich ein besonderes Mass an Sorgfalt verlangt werden.

Die *Kompetenzaufteilung* innerhalb des VR (z.B. durch die Bildung von Ausschüssen) bewirkt im Bereich der unübertragbaren Aufgaben grundsätzlich keine Entlastung; sie kann aber allenfalls eine geeignete organisatorische Massnahme sein, sodass den VR-Mitgliedern trotz Eintritt eines Schadens keine Nachlässigkeit vorgeworfen werden kann. Schliesslich muss gegen pflichtwidriges Verhalten aktiv und manifest opponiert werden, damit eine Haftung ausgeschlossen werden kann.

### Adäquater Kausalzusammenhang

Eine Haftung besteht nur dann, wenn der Schaden ohne die pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung nicht entstanden wäre. Das in Frage stehende Verhalten muss also eine (aber nicht notwendigerweise die einzige) Ursache der eingetretenen Schädigung sein. Unter rechtlichen Gesichtspunkten genügt nicht jeder natürliche Zusammenhang. Verlangt wird vielmehr der restriktivere adäquate Kausalzusammenhang, der dann besteht, wenn die Pflichtwidrigkeit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung des Lebens geeignet ist, einen Erfolg (Schaden) von der Art des eingetretenen herbeizuführen.

### Verantwortlichkeit bei fehlender Eignung

---

#### Objektivierter Sorgfaltsmassstab

Wie erwähnt, ermittelt das Gericht in einem Haftungsfall das Mass der Sorgfalt, das von einem Mitglied des VR zu erwarten ist, objektivierend: Die zu beobachtende Sorgfalt wird nicht anhand des subjektiv Möglichen, sondern nach dem objektiv zu Erwartenden bemessen. Das Gericht fragt danach, welches Verhalten billigerweise von einem abstrakt vorgestellten, ordnungsgemäss handelnden Mitglied des VR in einer vergleichbaren Situation erwartet werden darf. Gefordert sind somit diejenigen Kompetenzen und persönlichen Eigenschaften, die für die Ausübung der Funktionen des VR des spezifischen Unternehmens notwendig sind.

Sind die Kompetenzen und persönlichen Eigenschaften zu Beginn des Mandates nicht vorhanden oder fallen sie im Lauf des Mandates weg, so liegt sog. *Übernahmeverschulden* vor. Die ernsthafte Auseinandersetzung mit der Frage der Eignung ist daher jederzeit – auch bei laufendem Mandat - angezeigt.

### Eignungsprüfung

Ob sich jemand als VR-Mitglied eignet, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden, sondern ist auf jeden Einzelfall hin gesondert zu prüfen. Das vernünftige VR-Mitglied übt die geforderte Sorgfalt bereits vor Annahme des Mandates aus und stellt sich rechtzeitig die notwendigen Grundfragen wie beispielsweise die folgenden: Sind Fachkenntnisse oder Spezialkenntnisse in einem bestimmten Sektor vorausgesetzt? Kann mangelnde Fachkenntnis durch Beratung von einer Fachperson kompensiert werden? Sind alle relevanten Informationen zur Verfügung gestellt worden? Wieso will ich VR-Mitglied werden (Freundschaftsdienst, Networking, Prestige, Vergütung, Herausforderung etc.)? Weshalb wurde ich angefragt (Kompetenz, Figure Head, Business Angel, Sounding Board etc.)? In welcher Situation befindet sich das Unternehmen (Start-up, Turnaround, Restrukturierung, Expansionsstrategie, Konkursnähe, Nachfolgefragen etc.)? Wie verhält es sich mit meinen Fähigkeiten (Branchenkenntnisse, Menschenkenntnisse, strategische Fähigkeiten, juristisches/ökonomisches Know-how etc.)? Wie viel Zeit ist erforderlich und kann ich diese einsetzen? Wie ist der VR zusammengesetzt (Zahl der Mitglieder, Kompetenzen, Funktionen, Anzahl Sitzungen, VR-Ausschüsse etc.) und kann ich mich in diesem Gremium einbringen (Chemie, Durchsetzungsvermögen etc.)?

Der VR hat immer im Gesellschaftsinteresse zu handeln. Es ist daher – vor allem auch bei Freundschaftsdiensten - rechtzeitig zu prüfen, ob ein Potential für *Interessenkonflikte* vorliegt (z.B. mit nahestehenden Personen wie dem Allein- oder Mehrheitsaktionär). Ein VR-Mitglied hat eine Verpflichtung dem Gesamtunternehmen gegenüber. Er kann zwar Anliegen von Aktionären, die ihn gewählt haben, ins Gremium tragen. Entscheiden muss er aber im Interesse des Unternehmens.

Ganz allgemein sind die konkreten Rahmenbedingungen der Geschäftstätigkeit des betreffenden Un-

ternehmens mit zu beurteilen, und das VR-Mitglied muss die Aktivitäten der Gesellschaft und ihr Businessmodell verstehen. Es empfiehlt sich hierfür, die geprüften Jahresabschlüsse z.B. der letzten drei Jahre inkl. aller Protokolle der VR-Sitzungen und der Generalversammlungen einzusehen. Es ist somit eine kleine Due Diligence vorzunehmen, damit der erforderliche Zeitaufwand und die zu erwartenden Fachkenntnisse abgeschätzt werden können. Zudem dürfte ein VR-Mitglied heute kaum mehr in der Lage sein, sein Amt ohne Kenntnisse im Rechnungswesen auszuüben.

Wer mit der Frage der Annahme eines Verwaltungsratsmandates konfrontiert ist (ob als „interner“ oder „externer“ VR), tut im Ergebnis gut daran, die notwendigen Grundfragen zur Gesellschaft, zu sich selber und zur Struktur des gesamten VR zu stellen und laufend zu prüfen, ob im konkreten Einzelfall diejenige Sorgfalt beobachtet werden kann, welche objektiv zu erwarten ist, damit man als gewissenhaftes und vernünftiges VR-Mitglied qualifiziert wird.

### Haftungsbegrenzung durch Delegation

---

#### Grenzen der Haftungsbegrenzung

Überschreitet ein Unternehmen eine gewisse Grösse, beschliesst der VR regelmässig die Trennung des operativen Geschäfts von der strategischen Leitung der AG. Bezweckt wird damit immer auch eine Beschränkung der persönlichen Haftungsrisiken der VR-Mitglieder. Nur die gültige Delegation bewirkt allerdings die angestrebte Haftungsbeschränkung. Andernfalls bleiben die VR-Mitglieder für die Geschäftsführung persönlich verantwortlich (Art. 716b Abs. 3 OR).

Auch bei gültiger Delegation bleibt der VR für die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung der geschäftsführenden Personen verantwortlich (Art. 754 Abs. 2 OR). Mit der einmaligen, formell gültigen Delegation ist es daher nicht getan. Die Enthftung des VR setzt angemessene, fortdauernde Instruktion und Überwachung der eingesetzten Personen voraus. Dem Festlegen und Einfordern von Berichterstattungspflichten, mit dem Ziel, bei Bedarf rasch kor-

rigierend eingreifen zu können, kommt vor diesem Hintergrund grosse Bedeutung zu.

Selbst bei gültiger Delegation und sorgfältiger Auswahl, Instruktion und Überwachung bleiben schliesslich die VR-Mitglieder für die Erfüllung nicht delegierbarer Pflichten stets persönlich verantwortlich.

### **Delegation – Recht und zuweilen Pflicht**

Zu den unentziehbaren und nicht delegierbaren Pflichten des Verwaltungsrates gehört die Festlegung einer bedürfnisgerechten Organisation der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziffer 2 OR). Verlangen Grösse und Komplexität des Geschäfts die Einführung einer Management-Ebene, so ist der Verwaltungsrat aufgrund seiner Organisationsverantwortung zur Delegation i.S. von Art. 716b OR verpflichtet.

### **Voraussetzungen der gültigen Delegation**

Erste Voraussetzung einer gültigen Delegation ist eine entsprechende Delegationsnorm in den Statuten der Gesellschaft. Fehlt diese, sind die Statuten entsprechend zu ergänzen.

Die Delegation selbst erfolgt durch das vom VR formell beschlossene Organisationsreglement. Dieses regelt die Geschäftsführung, bestimmt die geschäftsführenden Organe und deren Zusammensetzung sowie die für deren Wahl zuständigen Organe, umschreibt Aufgaben, Rechte, Pflichten und Kompetenzen der geschäftsführenden Organe sowie die Art und die Quoren der Beschlussfassung und regelt überdies die Berichterstattung an die vorgesetzte Stelle und an den VR (Art. 716b Abs. 2 OR). In der Regel enthält das Organisationsreglement auch Bestimmungen über die Geheimhaltung sowie Vorschriften betreffend Geschäfte mit Organmitgliedern.

### **Nicht delegierbare Aufgaben des VR**

Art. 716a OR statuiert eine Reihe von unentziehbaren und *nicht delegierbaren Aufgaben* des Verwaltungsrates. Diese liegen in der Verantwortung des Gesamt-VR. Er kann sie weder an einzelne VR-Mitglieder noch an Dritte gültig delegieren und bleibt persönlich für deren Erfüllung verantwortlich und haftbar.

Zu den nicht delegierbaren Aufgaben gehören die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der

nötigen Weisungen, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (sofern für die Führung der Gesellschaft notwendig), die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen sowie die Oberaufsicht über diese Personen hinsichtlich der Befolgung von Gesetzen, Statuten, Reglementen und Weisungen, die Erstellung des Geschäftsberichtes, die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse sowie die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung. Im Verantwortlichkeitsrecht nimmt diese letzte Aufgabe eine besonders wichtige Stellung ein.

## **Haftung trotz Décharge-Erteilung**

---

### **Grundlagen der Décharge-Erteilung**

Gemäss Art. 698 Abs. 2 Ziff. 5 OR beschliesst die Generalversammlung über die Entlastung (Décharge) der Mitglieder des Verwaltungsrates. Entgegen dem engen Gesetzeswortlaut kann Décharge auch gegenüber Geschäftsführungsorganen und Revisoren erteilt werden.

Die Décharge kann sich auf bestimmte Geschäftsfälle oder auf bestimmte VR-Mitglieder (oder sonstige Organe) beschränken bzw. solche auch davon ausnehmen.

Bei der Abstimmung über die eigene Entlastung können die betreffenden Organpersonen weder mit den eigenen Aktienstimmen noch mit von ihnen vertretenen Stimmen teilnehmen (Art. 695 OR; BGE 128 III 142 ff.).

### **Wirkung der Décharge-Erteilung**

Trotz gültiger Décharge-Erteilung können VR-Mitglieder mit Verantwortlichkeitsansprüchen konfrontiert sein. Sie tragen aufgrund der eingeschränkten Wirkung der Décharge-Erteilung ein persönliches Haftungsrisiko. Es werden nachfolgend einige wichtige Aspekte der Décharge-Erteilung beleuchtet.

Die Entlastung mittels Décharge-Beschluss wirkt erstens nur gegenüber der Gesellschaft selbst und ge-

genüber den zustimmenden Aktionären (Art. 758 OR). Dies bedeutet, dass Aktionäre, welche dem Entlastungsbeschluss zugestimmt haben, den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft grundsätzlich nicht mehr einklagen können. Dasselbe gilt für Aktionäre, welche die Aktien nach der Generalversammlung in Kenntnis der Décharge-Erteilung erworben haben (Art. 758 Abs. 1 OR). Sie werden wie zustimmende Aktionäre behandelt, wobei dies gemäss einem Teil der Lehre nur gelten soll, wenn diese Aktionäre beim Aktienerwerb über den konkreten Einzelfall und dessen Tragweite informiert waren.

Zweitens können Aktionäre, welche dem Beschluss nicht zugestimmt haben, die Ansprüche der Gesellschaft während einer Frist von 6 Monaten ab der Generalversammlung geltend machen (Art. 758 Abs. 2 OR). Erst nach Ablauf dieser Frist kann die Décharge auch ihnen entgegen gehalten werden.

Drittens sind Sachverhalte, die den Aktionären im Zeitpunkt des Décharge-Beschlusses nicht bekannt bzw. für sie nicht erkennbar waren (Kenntnis nur einzelner Aktionäre genügt nicht), von der Wirkung der Décharge nicht erfasst und können im Rahmen von Verantwortlichkeitsklagen geltend gemacht werden.

Viertens hat das Bundesgericht die Wirkung der Décharge-Erteilung gegenüber dem einheitlichen Verantwortlichkeitsanspruch der Gläubigergesamtheit im Konkurs der AG verneint. Diese Rechtsprechung blieb allerdings nicht unangefochten. Die diesbezügliche Rechtslage ist unsicher. Trotz gültiger Décharge-Erteilung müssen aber VR-Mitglieder im Verantwortlichkeitsprozess nach Konkurs der Gesellschaft damit rechnen, dass ihre Einrede der gültigen Décharge-Erteilung dem Verantwortlichkeitsanspruch aus direkter Gesellschafts- und indirekter Gläubigerschädigung nicht entgegen gehalten werden kann.

Fünftens kann die Einrede der Décharge-Erteilung auch Verantwortlichkeitsansprüchen aus direkter Gläubigerschädigung nicht entgegen gehalten werden.

## Haftung des Weisungs-VR

---

### VR im Konzern

Nach dem Idealbild fällen VR-Mitglieder ihre Entscheidungen autonom. Sie sind dabei ausschliesslich dem Wohl der AG verpflichtet (Art. 717 OR).

Da nur natürliche Personen Mitglieder des VR sein können (Art. 707 Abs. 3 OR), müssen Konzernobergesellschaften zwecks Geltendmachung ihres Einflusses auf die Konzerngesellschaften eigene Organe, Angestellte oder Beauftragte in den VR der Konzerngesellschaften entsenden. In solchen Fällen werden sich die Konzernobergesellschaften i.d.R. nicht auf die Wahl der VR-Mitglieder beschränken, sondern deren Entscheidungen und Handlungen mittels Erteilung von Weisungen direkt beeinflussen.

### Andere Fälle des Weisungs-VR

Auch ausserhalb von Konzernverhältnissen besteht das Bedürfnis, entsandten VR-Mitgliedern Weisungen zu erteilen.

So bestehen z.B. Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) und Projektgesellschaften im Anfangsstadium (Start-ups) i.d.R. aus wenigen Aktionären, welche untereinander durch Aktionärsbindungsverträge verbunden sind. Aktionärsbindungsverträge sehen typischerweise die Entsendung von Vertretern der einzelnen Aktionäre oder Aktionärsgruppen in den VR der (gemeinsamen) AG vor. Auch hier ist die Entsendung i.d.R. mit der Erteilung von Weisungen verbunden.

Auch bei Einmann-Gesellschaften, bei denen der Alleinaktionär z.B. aus Diskretionsgründen eine Drittperson in den VR entsendet, wird dies i.d.R. mit entsprechenden Weisungen des Alleinaktionärs verbunden sein. Im Extremfall, bei rein treuhänderischer VR-Tätigkeit, fungiert der VR als „Strohmann“ des Alleinaktionärs ohne eigene Entscheidungsfreiheit.

### Haftung des Weisungs-VR

Grundsätzlich ist es einem VR-Mitglied erlaubt, seine Entscheidungen nach Weisungen Dritter zu fällen. Entsprechende Verträge, wonach sich VR-Mitglieder gegenüber Aktionären verpflichten, nach deren Wei-

sungen zu entscheiden und zu handeln, sind denn auch grundsätzlich gültig.

Ungeklärt ist, ob weisungsberechtigte Aktionäre die Befolgung von Weisungen erzwingen können (Realvollstreckung) oder aber bei weisungswidriger Tätigkeit lediglich über einen Schadenersatzanspruch verfügen.

Klar ist hingegen, dass auch weisungsgebundene VR-Mitglieder, genau wie autonome VR-Mitglieder, der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR unterstehen. Weisungsgebundenheit entbindet dabei nicht von der Pflicht, nach den besten Interessen der AG entscheiden und handeln zu müssen (Art. 717 Abs. 1 OR).

Weisungsgebundene VR-Mitglieder tun daher gut daran, sich Klarheit über die allenfalls abweichenden Interessen ihres weisungsberechtigten Auftraggebers und der AG zu verschaffen. Bei grundsätzlicher Interessenkongruenz kann sich der weisungsgebundene VR darauf beschränken, die erteilten Weisungen auf deren objektive Eignung zur Zielerreichung zu prüfen. Betreffen Weisungen Bereiche, in welchen dem (weisungsgebundenen) VR aus Sicht der AG ein weites Ermessen zusteht, können weisungsgebundene Entscheidungen u.U. gerechtfertigt sein, wenn sie im Rahmen des freien Ermessens liegen. Bei Handeln im Interessenkonflikt wird sorgfaltspflichtwidriges Verhalten im Sinne einer widerlegbaren Vermutung unterstellt. Es obliegt diesfalls den zur Rechenschaft gezogenen Organen, den Nachweis ihrer Sorgfalt trotz Vorliegens eines Interessenkonflikts zu erbringen!

Zu beachten ist überdies, dass die Treuepflicht des VR gegenüber der AG gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter verantwortlichkeitsrechtlichen Aspekten der Treuepflicht gegenüber (anderen) Vertragspartnern, z.B. gegenüber der Konzernobergesellschaft als Arbeitgeberin, vorgeht.

Werden weisungsgebundene VR-Mitglieder aufgrund weisungskonformer, jedoch mit Bezug auf die AG schädigender Entscheidungen bzw. Handlungen aktienrechtlich zur Verantwortung gezogen, stehen ihnen i.d.R. Schadloshaltungsansprüche gegenüber dem weisungsberechtigten Auftraggeber zu. Nur allzu oft haben sich solche Ansprüche allerdings in der

Praxis als undurchsetzbar erwiesen, meist weil der Anspruchsgegner selbst insolvent war.

### **Haftung des Weisungsgebers**

Unter gewissen Voraussetzungen qualifizieren sich weisungsgebende Auftraggeber als faktische Organe der AG. Damit unterliegen diese grundsätzlich ebenfalls der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR. Sie haften allerdings nur für die Verletzung von Pflichten, die nicht ausschliesslich formellen Organen obliegen. So wird z.B. die Haftung von faktischen Organen für den sogenannten Fortsetzungsschaden im Falle der Konkursverschleppung verneint.

Umstritten ist, ob angesichts von Art. 707 Abs. 2 OR (wonach nur natürliche Personen als VR wählbar sind) eine VR-Mitglieder entsendende Konzernobergesellschaft überhaupt faktisches Organ und damit aktienrechtlich verantwortlich sein kann. Die ablehnende Lehrmeinung spricht sich für die Verantwortlichkeit der instruierenden Organe (VR-Mitglieder und Geschäftsführer) der entsendenden Gesellschaft aus. Die Haftung der entsendenden Gesellschaft (z.B. Konzernobergesellschaft) beschränkt sich dabei auf die Haftung für unerlaubte Handlungen der eigenen Organe i.S. von Art. 55 Abs. 2 ZGB, Art. 722 OR und Art. 55 Abs. 1 OR.

## **Verantwortlichkeit im Sanierungsfall**

---

### **Sanierung als Haftungs Sonderfall**

Finanzielle Unternehmenskrisen sind regelmässig die Folge einer Ertragsschwäche, die zu Illiquidität und schliesslich zu Bilanzproblemen in Form von Unterbilanz oder Überschuldung führt. In solchen Krisenzeiten ist der unternehmerische Handlungsspielraum von VR und Management stark eingeschränkt. Doch auch rechtlich gesehen gelten neue Rahmenbedingungen, die ihren Niederschlag in Art. 725 OR gefunden haben. Diese Bestimmung regelt die Pflichten des VR beim Übergang vom "going concern" (Grundsatz der Unternehmensfortführung) zur wirtschaftlichen Schiefelage und zum Scheitern der Gesellschaft. Sie bezweckt den Schutz des Aktienkapitals und damit auch der Gläubiger, indem sie einer überschulde-

ten Gesellschaft verbietet, weiter am Geschäftsverkehr teilzunehmen, zusätzliche Verbindlichkeiten einzugehen und ihre Aktiven zum Nachteil der Gläubiger aufzubrauchen. Insbesondere schreibt das Gesetz vor, dass der VR bei Bilanzproblemen unverzüglich *Sanierungsmassnahmen* in die Wege leiten oder aber die Bücher deponieren, d.h. beim Gericht die Eröffnung des Konkurses oder eines Nachlassverfahrens beantragen muss.

Sanierung bedeutet zunächst Beschaffung der notwendigen *Liquidität*. Es bedeutet aber auch und in erster Linie Wiederherstellung einer *nachhaltigen Rentabilität* durch betriebliche Massnahmen, Reduktion der Schuldenlast und Zuführung neuen Kapitals. Nur wenn all diese Ziele erreicht werden können, dürfen Sanierungsmassnahmen überhaupt ergriffen werden. Kommt es nämlich trotz Sanierungsbemühungen zum Konkurs, so hat sich der Schaden der Gesellschaft bzw. ihrer Gläubiger bis zur Konkurseröffnung gegenüber dem Schaden bei einer sofortigen Einstellung der Geschäftstätigkeit regelmässig vergrössert. Die Differenz zwischen dem effektiven Stand des Vermögens der Konkursmasse und dem Stand, den das Vermögen hätte, wenn der Konkurs früher angemeldet worden wäre, nennt man *Fortsetzungsschaden*. Für diesen Schaden haften die Organe mit ihrem persönlichen Vermögen, wenn ihnen aus der Verzögerung der Konkurseröffnung ein Vorwurf gemacht werden kann.

### **Unübertragbare Pflichten und Krisenfall**

Die in Art. 716a OR festgelegten unübertragbaren Pflichten des VR sind auch im Krisenfall von zentraler Bedeutung (z.B. Oberleitung der Gesellschaft, Ausgestaltung der Finanzkontrolle, Abberufung der Geschäftsführung, Oberaufsicht über die Geschäftsführung, Erstellung des Geschäftsberichtes, Benachrichtigung des Richters im Fall der Überschuldung). Vor allem gehört es zu den zentralen Aufgaben des VR, eine sich abzeichnende Krise frühzeitig zu erkennen. Deshalb sind eine straffe Finanzkontrolle und ein ausgereiftes internes Kontrollsystem wichtig.

Zeichnet sich eine Krisensituation ab, stehen neben der konstanten Finanz- und Liquiditätskontrolle insbesondere die Evaluation und Umsetzung von Sanierungsmassnahmen im Vordergrund. Es ergeben sich besondere Aufsichts- und Handlungspflichten bei

knapper Liquidität, Kapitalverlust/Unterbilanz und Überschuldung.

### **Pflichten bei knapper Liquidität**

Damit die Geschäfte einer Gesellschaft fortgeführt werden dürfen, muss die Liquidität für eine gewisse Zeit – grundsätzlich für ca. zwölf Monate – gesichert sein. Werden in ertragsschwachen Zeiten zusätzlich Kredite gekündigt oder fallen grosse Debitoren aus, kann sich die Liquidität sehr schnell verringern. Eine detaillierte und laufend aktualisierte Liquiditätsplanung ist deshalb unabdingbar. Diese hat auch zu berücksichtigen, wie schnell sich Reserven oder illiquide Aktiven in flüssige Mittel umwandeln lassen. Kann die Liquidität nicht gesichert werden, besteht auch keine Aussicht auf Sanierung.

### **Pflichten bei Kapitalverlust / Unterbilanz**

Art. 725 Abs. 1 OR sieht vor, dass der VR unverzüglich eine Generalversammlung einberufen und ihr Sanierungsmassnahmen beantragen muss, wenn die letzte Jahresbilanz zeigt, dass die Hälfte des Aktienkapitals und der gesetzlichen Reserven nicht mehr durch die Netto-Aktiven (Aktiven minus Fremdkapital) gedeckt ist (sog. hälftiger Kapitalverlust). Wenn während des Jahres die laufende Überwachung des Geschäftsganges und der Finanzen die Befürchtung nahelegt, dass die Verluste zu einem Kapitalverlust führen, muss der VR eine Zwischenbilanz erstellen und überprüfen, ob dies tatsächlich der Fall ist. In beiden Fällen hat der VR (nach Beantragung bei der Generalversammlung) Sanierungsmassnahmen einzuleiten und zu ergreifen, die auf den Fortbestand der Gesellschaft gerichtet sind. Er hat deren Umsetzung zu überwachen und allenfalls neue oder andere Sanierungsmassnahmen in die Wege zu leiten. Generell muss er auch die notwendigen Strukturen für die Sanierungsmassnahmen schaffen.

Unabhängig von der gesetzlich vorgesehenen Schwelle des hälftigen Kapitalverlustes ist dem VR im Hinblick auf eine allfällige Verantwortlichkeit zu empfehlen, auch dann Sanierungsmassnahmen zu prüfen und umzusetzen, wenn die Umstände dies bei weniger als 50% Deckungsverlust nahelegen. Ausserdem sind alle ergriffenen Massnahmen sorgfältig zu dokumentieren.



## Pflichten bei Überschuldung

Eine Überschuldung der Gesellschaft liegt vor, wenn die ordnungsgemäss bewerteten Aktiven das gesamte Fremdkapital (als Summe aller Schulden, Rückstellungen und passiven Rechnungsabgrenzungen) nicht mehr vollständig decken. Besteht begründete Besorgnis einer Überschuldung, muss eine *Zwischenbilanz zu Fortführungswerten* erstellt und einem zugelassenen Revisor zur Prüfung vorgelegt werden. Ergibt sich daraus, dass die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger durch die Aktiven nicht hinreichend gedeckt sind, muss der Verwaltungsrat eine zweite *Bilanz zu Veräusserungswerten (auch Liquidationswerte genannt)* veranlassen. Darin sind alle Aktiven zum geschätzten Veräusserungswert einzusetzen, in den Passiven sind auch die Rückstellungen für die Stilllegungskosten und die zufolge der Verwertung anfallenden Steuern, Kosten und Folgeaufwendungen aufzuführen. Liegt sowohl zu Fortführungs- als auch zu Veräusserungswerten eine Überschuldung vor, so hat der VR nach Art. 725 Abs. 2 OR den Konkursrichter zu benachrichtigen (Deponieren der Bilanz mit nachfolgender Konkurseröffnung).

Davon kann abgesehen werden, wenn Gesellschaftsgläubiger im Ausmass der Unterdeckung mit ihren Forderungen im Rang hinter die anderen Gesellschaftsgläubiger zurücktreten (sog. Rangrücktrittserklärung). Ferner kann der VR trotz Überschuldung vorübergehend von der Benachrichtigung des Konkursrichters absehen, wenn ernsthafte Aussichten auf eine nachhaltige Sanierung der Gesellschaft bestehen und die Umsetzung zeitnah erfolgen kann, wobei eine Zeitspanne von bis zu zwei Monaten vertretbar erscheint. Entscheidet sich der VR für diesen Weg, tut er im Hinblick auf eine mögliche Haftung gut daran, die Zulässigkeit sorgfältig zu überprüfen, sich optimal zu dokumentieren und eher zurückhaltend zu entscheiden.

## Rangrücktritt und Sanierung

Kommt es im Falle eines Rangrücktritts trotz der Sanierungsbemühungen zum Konkurs, so berechnet das Bundesgericht die Höhe des Schadens, welcher der Gesellschaft durch die verspätete Konkursanmeldung entsteht, unter Einbezug der Rangrücktrittsdarlehen. Erklärt also ein bestehender Darlehensgläubiger in der Sanierungsphase für seine Forderung einen Rangrücktritt oder werden neue Darlehen mit

Rangrücktritt gewährt, so werden diese für die Berechnung der Überschuldung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung wie normales Fremdkapital behandelt. Dadurch vergrössert sich der Fortsetzungsschaden, für den die Organe bei einer Verantwortlichkeitsklage einzustehen haben. Diese Konsequenz kann nur abgewendet werden, wenn die Darlehensgeber im Konkursfall auf ihre rangrücktrittsbelasteten Forderungen verzichten.

## Verantwortlichkeitsprozess

---

### Risikoreicher Verantwortlichkeitsprozess

Das Führen von Verantwortlichkeitsprozessen ist anspruchsvoll, aufwändig und mit hohen Risiken verbunden. Die sorgfältige Aufbereitung des rechtlich relevanten Sachverhaltes sowie solide Kenntnisse der sich rasch entwickelnden Lehre und Rechtsprechung sind das A und O für das Gelingen.

### Aktiv- und Passivlegitimation

Aktiv- und Passivlegitimation sind materielle Prozessvoraussetzungen im Verantwortlichkeitsprozess. Sie gehören zum Klagefundament und müssen von der Klägerschaft detailliert behauptet und bewiesen werden.

Besonders aufwändig kann dies bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus direkter Gläubigerschädigung nach Konkurseröffnung über die Gesellschaft sein. Hierzu hat das Bundesgericht in BGE 131 III 306 E.3.2.1. (seither mehrfach bestätigt) die mit BGE 122 III 176 eingeführte Rechtsprechung präzisiert. Der aus direkter Gläubigerschädigung klagende Gläubiger muss seit BGE 131 III 306 im Rahmen der Prüfung der Aktivlegitimation den Nachweis erbringen, dass die konkursite Gesellschaft selbst durch das gerügte Organverhalten *nicht* geschädigt wurde. Dies erfordert detaillierte Behauptungen zu den Vermögensständen der Gesellschaft in den relevanten Zeitpunkten (vgl. auch nachstehende Ausführungen zum Fortsetzungsschaden) und u.U. auch aufwändige und kostspielige Gutachten.

Die Aktivlegitimation kann auch im Falle der Geltendmachung von im Konkurs nach Art. 260 SchKG

abgetretenen Verantwortlichkeitsansprüchen zum Fallstrick werden, müssen diesfalls doch sämtliche Abtretungsgläubiger gemeinsam klagen (notwendige Streitgenossenschaft). Klagewillige Abtretungsgläubiger müssen daher u.U. zuerst den Widerruf der Abtretung gegenüber nicht klagewilligen Abtretungsgläubigern erwirken.

Auch die Passivlegitimation ist vom Kläger nachzuweisen. Materielle oder faktische Organeigenschaft können die Passivlegitimation für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsansprüche begründen, sind aber ebenfalls vom Kläger nachzuweisen.

### Prozesskautionen

Mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen ZPO sind die Gerichte (auch in verantwortlichkeitsrechtlichen Fallkonstellationen) ermächtigt, vor Eintreten auf die Klage „angemessene“ Kostenvorschüsse einzutreiben. Angesichts der regelmässig hohen Streitwerte von Verantwortlichkeitsprozessen kann dies vor allem für die private Klägerschaft eine bedeutende finanzielle Hürde darstellen und die „Handlungsfähigkeit“ einschränken sowie den Vergleichsdruck erhöhen.

### Beweislast und Substantiierungsobliegenheit

Gemäss der allgemeinen Beweislastregel (Art. 8 ZGB), trägt diejenige Partei die Beweislast für behauptete Tatsachen, die daraus Rechte ableitet. Eng verbunden mit der Beweislast ist die sich daraus ergebende Substantiierungsobliegenheit, wonach die beweisbelastete Partei die Anspruchsvoraussetzungen (Sorgfaltspflichtverletzung, Schaden, adäquater Kausalzusammenhang und Verschulden) bzw. die sie begründenden Tatsachen *detailliert behaupten* muss, andernfalls sie die Abweisung der Klage riskiert. Dies kann für die klagende Partei mit erheblichem Aufwand und zahlreichen Hürden verbunden sein.

Wird der Vorwurf sorgfaltspflichtwidriger Unterlassungen erhoben, so setzt dies einerseits Klarheit bezüglich des Pflichtenexus der eingeklagten Organe sowie andererseits die minutiöse Behauptung des hypothetischen Sachverhaltes voraus, des Sachverhaltes also, wie er sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit abgespielt hätte, wenn die eingeklagten Organe pflichtgemäss gehandelt hätten. Gelingt es der Klägerschaft nicht, überzeugend aufzuzeigen, dass der geltend gemachte Schaden bei pflichtgemässem

Verhalten der Organe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre, so ist ihr Anspruch gefährdet.

Nicht zu unterschätzen ist sodann die Substantiierung des Schadens. Das gilt insbesondere für den *Fortsetzungsschaden* im Falle der Konkursverschleppung (Art. 725 Abs. 2 OR; Art. 728c Abs. 3 OR). Detaillierte Behauptungen zum Vermögensstand der Gesellschaft im Zeitpunkt des Konkurses und im Zeitpunkt, in dem der Konkurs bei pflichtgemässem Handeln hätte eröffnet werden müssen (hypothetische Konkursöffnung) sind unerlässlich. Relevant sind dabei grundsätzlich die Liquidationswerte der zu vergleichenden Vermögensstände, was die Substantiierung erschwert, da für den Zeitpunkt der hypothetischen Konkursöffnung meist keine Liquidationswerte bekannt sind. Diesfalls sind detaillierte Behauptungen (und teils auch Hypothesen) z.B. zur Entwicklung der Marktwerte oder zu den Bestandes- und Zustandsveränderungen aufzustellen.

Substantiierte Behauptungen der Klägerschaft müssen ebenso substantiiert bestritten werden. Allenfalls drängen sich detaillierte Behauptungen zu einem alternativen hypothetischen Kausalverlauf auf.

## D&O Versicherung

---

### Natur der D&O Versicherung

Verantwortlichkeitsprozesse gegen VR-Mitglieder werden heute häufiger geführt als früher. Entsprechend besteht ein stärkeres Bedürfnis von VR-Mitgliedern, eigene Haftungsrisiken zu versichern. Beinahe alle grossen Versicherungsgesellschaften in der Schweiz bieten so genannte D&O Versicherungen zugunsten von VR-Mitgliedern („Directors“) und Geschäftsführern („Officers“) an. Abgeschlossen wird die D&O Versicherung durch die Gesellschaft als Kollektivhaftpflichtversicherung. Neben der eigentlichen Haftpflichtdeckung sind in der Regel auch die Abwehrkosten gedeckt.

Der Abschluss einer D&O Versicherung verlangt ein gutes Verständnis des Verantwortlichkeits- und Versicherungsrechts. Insbesondere ist genau zu prüfen, in welchem Umfang Deckungsausschlüsse bestehen,

und auf welche Weise Schadenfälle in zeitlicher Hinsicht unter die Versicherungsdeckung fallen.

### Zahlen zur D&O Versicherung in der Schweiz

Die von D&O Versicherungen zur Erledigung von Verantwortlichkeitsansprüchen im Jahr 2010 ausbezahlte Schadenssumme hat in der Schweiz die 3-stellige Millionengrenze überschritten. Ein erheblicher Teil der Schäden entfällt auf zivilrechtliche Ansprüche – meist als Folge von Konkursen – mit immer höheren Schadenssummen. Der Grossteil der Versicherungsleistungen wird im Rahmen vorprozessualer Vergleiche ausgerichtet. Immerhin werden aber jährlich rund 20 neue Fälle allein in der Deutschschweiz gerichtlich eingeklagt.

## Strafrechtliche Verantwortung

---

### Strafrechtliches Exposure des VR-Mitglieds

Die VR-Mitglieder einer schweizerischen AG können im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeit nicht nur zivilrechtlich verantwortlich werden. In gravierenden Fällen drohen ihnen zudem strafrechtliche Sanktionen. Es ist deshalb für VR-Mitglieder wichtig, die Umstände zu kennen, unter denen sie sich im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit strafbar machen können.

Es gibt eine Vielzahl von Strafbestimmungen, die im Rahmen der Geschäftstätigkeit eines Unternehmens zur Anwendung kommen. Sie sind im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB) und verschiedenen anderen gesetzlichen Erlassen des Neben- und Verwaltungsstrafrechts enthalten.

### Unabhängige strafrechtliche Haftung

Wenn in einem Unternehmen eine Straftat begangen worden ist, stellt sich die Frage, wer dafür einstehen muss. Zunächst gilt, dass die natürliche Person, die die Straftat aktiv begangen und alle Tatbestandselemente erfüllt hat, strafrechtlich verantwortlich ist. Art. 6 Abs. 1 VStrR hält dementsprechend ausdrücklich fest, dass im Fall einer Widerhandlung im Unternehmen die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar sind, welche die Tat verübt haben (vgl. auch BGE 105 IV 172).

Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Mitarbeiter des Unternehmens, sondern auch für dessen VR-Mitglieder: Wenn sie sich direkt an einer Straftat beteiligen und wenn alle objektiven und subjektiven Merkmale des jeweiligen Tatbestands in der eigenen Person erfüllt sind, machen sie sich ohne weiteres strafbar.

### Strafrechtliche Organhaftung

Die Strafbarkeit einer natürlichen Person, die im Geschäftsbetrieb eines Unternehmens Straftaten verübt, setzt grundsätzlich voraus, dass sie sämtliche Deliktsmerkmale in der eigenen Person verwirklicht. Handelt es sich dabei jedoch um *Sonderdelikte*, so sind die (strafbegründenden oder straf erhöhenden) Sonderpflichten oder Tät ereigenschaften in der Regel nur bei der Gesellschaft gegeben, hingegen nicht bei der natürlichen Person, die für sie handelte oder hätte handeln müssen. Beispielsweise ist ein Schuldner, der nach Massgabe von Art. 163 StGB einen betrügerischen Konkurs begeht, die Gesellschaft und nicht das VR-Mitglied.

Um in solchen Fällen sicherzustellen, dass das VR-Mitglied, das die Straftat durch eigene Handlungen bewirkt hat, auch in die strafrechtliche Verantwortung genommen werden kann, werden strafbegründende oder straf erhöhende tät erschaftliche Qualifikationen (Sonderpflichten) mittels einer besonderen *Zurechnungsbestimmung* im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches vom Unternehmen auf natürliche Personen übertragen. Art. 29 StGB bestimmt u.a., dass eine besondere Pflicht, deren Verletzung die Strafbarkeit begründet oder erhöht, und die nur der Gesellschaft obliegt, einer natürlichen Person zugerechnet werden kann, wenn diese als VR-Mitglied handelt.

Im Ergebnis kann ein VR-Mitglied strafrechtlich verantwortlich sein, wenn bei einem Straftatbestand die Verletzung einer bestimmten Pflicht die Gesellschaft betrifft und strafbegründend oder straf erhöhend wirkt. Die beim Unternehmen gegebene Täterqualifikation wird dem VR-Mitglied zugerechnet, das sich in der Folge strafbar macht, wenn es die übrigen objektiven und subjektiven Merkmale des jeweiligen Tatbestandes erfüllt. Die Organhaftungsregel von Art. 29 StGB kommt insbesondere bei Vermögensdelikten zur Anwendung, die als Sonderdelikte ausgestaltet sind. Zu erwähnen sind etwa die Veruntreuung (Art. 138

StGB), die ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), der Missbrauch von Lohnabzügen (Art. 159 StGB) und die Konkurs- und Betreibungsdelikte (Art. 163 – 171bis StGB).

### **Strafrechtliche Garantenhaftung**

Kann sich ein VR-Mitglied auch strafbar machen, wenn die Straftat von einem Mitarbeitenden begangen wird und es gar keine Kenntnis von der strafbaren Handlung hatte? Eine solche Strafbarkeit des VR-Mitglieds ist grundsätzlich möglich. Die strafrechtliche Verantwortung kann sich unter Umständen aus einer *Garantenstellung* ergeben, wenn das VR-Mitglied die erforderlichen Massnahmen pflichtwidrig nicht ergriffen hat, um strafbare Handlungen der Untergebenen zu verhindern. Die gesetzlichen Grundlagen für die *strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung* ergeben sich im Wesentlichen aus Art. 11 StGB (Begehen durch Unterlassen) und Art. 6 VStrR (Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben durch Beauftragte u. dgl.). Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung ist in der Lehre umstritten, und es ist nicht abschliessend geklärt, in welchen Fällen ein VR-Mitglied in die strafrechtliche Verantwortung genommen werden kann.

Das Bundesgericht hat sich wiederholt mit der Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht auseinandergesetzt. Grundsätzlich kann sich nur ein VR-Mitglied strafbar machen, das eine *Kontrollfunktion* im Unternehmen ausübt; externe VR-Mitglieder sind davon grundsätzlich nicht betroffen (Von Roll-Fall in BGE 122 IV 103; BGE 113 IV 68; BGE 105 IV 172; Oerlikon-Fall in BGE 96 IV 155). Die Strafbarkeit aufgrund einer Garantenstellung scheint weiter nur in Fällen sinnvoll, in denen gerade die Betriebssituation ein *erhöhtes Risiko* schafft (z.B. illegaler Export von Kriegsmaterial; Fälschungen und Geldwäscherei im Finanzsektor (BGE 6B.908/2009 vom 3. November 2010); Bestechung im privaten Sektor). Eine gegebene Garantenstellung beschränkt sich nicht auf das Verhältnis zu den Mitarbeitenden der eigenen Gesellschaft, sondern erstreckt sich auch auf die Mitarbeitenden der Tochtergesellschaften (BGE 96 IV 155).

Was kann ein VR-Mitglied tun, um die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung zu vermeiden? Ein VR-Mitglied (in einer Garantenstellung) sollte sich an Situationen für ausreichende organisatorische Massnahmen einsetzen, um strafrechtliche Handlungen in ei-

nem risikohaften Geschäftsbereich zu vermeiden. Es sollte sich jedes Mal für angemessene Korrekturmaassnahmen einsetzen, wenn organisatorische Mängel in einem risikoreichen Geschäftsbereich bekannt werden. Es erscheint aus einer strafrechtlichen Sicht empfehlenswert, die Verantwortung für risikoreiche Betriebsbereiche unter den VR-Mitgliedern klar zuzuordnen. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der VR die Verantwortung mittels eines geeigneten Organisationsreglements teilweise an die Geschäftsleitung delegieren und auf diese Weise das strafrechtliche Exposure grundsätzlich reduzieren kann (siehe vorne).

### **Urkundendelikte und Betrug bei Rechnungslegung**

Die Rechnungslegung gehört zu den unentziehbaren und nicht delegierbaren Pflichten des Verwaltungsrates (Art. 716a OR). Rechnungslegung, Jahresrechnung und Geschäftsbericht werden durch den VR verantwortet.

Besonders heikel ist in diesem Zusammenhang die potentielle strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für die Erstellung einer nicht wahrheitsgetreuen Jahresrechnung. Urkundendelikte und u.U. sogar der Betrugsvorwurf können diesfalls zur Diskussion stehen.

Aufgrund verschärfter Praxis des Bundesgerichts ist auch der in der Praxis oft anzutreffenden Erstellung und Verbuchung *nicht wahrheitsgetreuer Rechnungen* besonderes Augenmerk zu schenken. Gemäss Entscheid des Bundesgerichts vom 24. Mai 2012 (6B\_571/2011 vom 24.5.2012) sind nämlich auch Rechnungen als Urkunden im strafrechtlichen Sinne zu qualifizieren, „*wenn sie objektiv und subjektiv dazu bestimmt sind, als Buchhaltungsbelege Eingang in die kaufmännische Buchhaltung zu finden*“. Damit wird auch das Erstellen nicht wahrheitsgetreuer Rechnungen potentiell strafbar (zitiertes Entscheid, unter Hinweis auf BGE 129 IV 130 E. 3.2 und 3.3 betreffend einen zurückdatierten Kaufvertrag sowie eine Kaufrechtsvereinbarung).

## Fehlende Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit

---

### Gewährserfordernis in Finanzmarktgesetzen

Die VR-Mitglieder von AGs, die durch die FINMA beaufsichtigt werden, müssen *Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit* bieten. Betroffen sind die VR-Mitglieder einer Bank, einer Börse, eines Effektenhändlers, einer Versicherungsgesellschaft und eines Bewilligungsträgers gemäss Kollektivanlagegesetz.

Eine einwandfreie Geschäftstätigkeit macht ein *korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr* erforderlich. Darunter ist in erster Linie die Einhaltung der anwendbaren Gesetze und Verordnungen zu verstehen. Hinzu kommen zusätzliche Rechtspflichten im Rahmen des anwendbaren Berufsrechts. Schliesslich gilt allgemein, dass sich Gewährspersonen entsprechend dem Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verhalten müssen.

### Rücktritt aus dem VR

Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit ist eine Voraussetzung für die Erteilung sowie die Beibehaltung der Bewilligung der Gesellschaft. Bestehen Zweifel an der Gewähr, so führt die FINMA ein *Gewährsverfahren* durch, das sich primär gegen das beaufsichtigte Institut richtet. Bietet eine Gewährsperson keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, so ordnet die FINMA die Entfernung der entsprechenden Person an. Es wird beim beaufsichtigten Institut die Wiederherstellung eines Zustandes verlangt, bei dem alle Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind. Auf diese Weise kann etwa ein VR-Mitglied einer Bank auf Veranlassung der FINMA abgewählt bzw. zum Rücktritt gezwungen werden.

### Gewährsbrief und Berufsverbot

Tritt ein VR-Mitglied eines beaufsichtigten Instituts unter aussergewöhnlichen Umständen vom VR zurück, so wird ihm nach ständiger Praxis der FINMA ein sog. *Gewährsbrief* ausgestellt. Darin wird die Person gebeten, sich bei der FINMA zu melden, bevor sie wieder eine leitende Stelle bei einem von der

FINMA beaufsichtigten Institut annimmt. Auf diese Weise soll es der FINMA ermöglicht werden zu klären, ob die materielle Gewähr in einem spezifischen Fall zu prüfen ist.

Weiter sieht das Finanzmarktaufsichtsgesetz die Möglichkeit eines *Berufsverbots* vor. Stellt die FINMA eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen fest, so kann sie gemäss Art. 33 FINMAG der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten untersagen. Die FINMA kann nach dieser Bestimmung ein Berufsverbot für eine Dauer von bis zu fünf Jahren aussprechen. Diese Bestimmung kommt auch auf VR-Mitglieder beaufsichtigter Institute zur Anwendung.

## Abkürzungen

---

ABV	Aktionärsbindungsvertrag
AG	Aktiengesellschaft
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung von 1946
BGer	Bundesgericht
BGE	Bundesgerichtsentscheid
E-OR	Entwurf des revidierten Schweizerischen Obligationenrechts
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht von 2007
GL	Geschäftsleitung
OR	Schweizerisches Obligationenrecht von 1911
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs von 1889
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch von 1937
VR	Verwaltungsrat
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht von 1974
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 1907
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung von 2008

Bei diesem Bulletin haben folgende Anwältinnen und Anwälte von RVP mitgewirkt:

Dr. Franziska Buob, [buob@rvpartner.ch](mailto:buob@rvpartner.ch)  
Chasper Kamer, LL.M., [kamer@rvpartner.ch](mailto:kamer@rvpartner.ch)  
Alfred Gilgen, LL.M., N.Y. Bar, [gilgen@rvpartner.ch](mailto:gilgen@rvpartner.ch)  
Pascale Gola, LL.M., [gola@rvpartner.ch](mailto:gola@rvpartner.ch)  
Dr. Alois Rimle, LL.M., [rimle@rvpartner.ch](mailto:rimle@rvpartner.ch)  
Pio R. Ruoss, [pio.ruoss@rvpartner.ch](mailto:pio.ruoss@rvpartner.ch)  
Alexander Vögele, M.B.L.-HSG, [voegele@rvpartner.ch](mailto:voegele@rvpartner.ch)

---

Der Inhalt dieses Bulletins stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an:

RUOSS VÖGELE PARTNER | TELEFON +41 44 250 43 00 | [www.rvpartner.ch](http://www.rvpartner.ch)

## Auf [www.rvpartner.ch](http://www.rvpartner.ch) verfügbare Bulletins und Broschüren in PDF-Form

### 2013

- Umstrukturierungen im Versicherungskonzern (eine Übersicht)  
Alois Rimle
- Der Vorsorgeauftrag – Delegieren Sie Ihre Sorge(n)  
Bigna Grauer

### 2012

- Entwicklungen im Unternehmens-Datenschutzrecht der Schweiz und der EU im Jahr 2011 (Dr. Alois Rimle, LL.M.)

### 2011

- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2/2011 (RVP)
- Geplante Änderungen im schweizerischen Versicherungsvertragsrecht in Kürze (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Handlungsbedarf in Bezug auf die Erbschaftssteuerreform (ein zivilrechtlicher Beitrag) (Sven Walser, LL.M.)
- Eigenkapitalanforderungen und Eigenkapitalschutz im schweizerischen Aktien- und Aufsichtsrecht (eine Übersicht) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Durchsetzung von Geldforderungen nach der neuen ZPO (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Vermeidung der Regulierung von Private Equity-Investitionen in der Schweiz (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.; Alfred Gilgen, LL.M., N.Y. BAR)
- Entwicklung im schweizerischen Transaktionsrecht 2011/1 (RVP)
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2011/1 (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)

### 2010

- Regulierte Vertragsverhältnisse im schweizerischen Versicherungsgeschäft (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Der Aktionärsbindungsvertrag (Chasper Kamer, LL.M.)
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Entwicklungen im Unternehmens-Datenschutzrecht der Schweiz und der EU 1/2010 (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Entwicklungen im schweizerischen Banken- und Kapitalmarktrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsrecht 2010/1 (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Rechtliche Rahmenbedingungen der Unternehmenssanierung (RVP)

### 2009

- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2009/2 (Deutsch und Englisch) (RVP)

- Überstunden und Überzeit (Dr. Franziska Buob)
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/2 (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/2
- Unternehmensleitung in Krisenzeiten  
Worauf es zu achten gilt (Dr. Franziska Buob)
- Entwicklungen im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2009/1 (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Entwicklungen im Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz und der EU 2009/1 (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Entwicklungen im schweizerischen Transaktionsrecht 2009/1 (RVP)

### 2008

- Revision des Revisionsrechtes: Eine Übersicht über die wichtigsten Neuerungen (Sara Sager)
- Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2008/2 (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Vom Prozessieren (Dr. Franziska Buob)
- Liegenschaften im Erbgang: Häufige Tücken und Fallen (Teil I: Nachlassplanung) (Pio R. Ruoss)
- Outsourcing (Dr. Marc M. Strolz)
- IP IT Outsourcing (Pascale Gola, LL.M.)
- Entwicklung im schweizerischen Versicherungs-, Banken- und Kapitalmarktrecht 2008/1 (Deutsch und Englisch) (Dr. Alois Rimle, LL.M.)

### 2007

- Aktuelles aus dem Bereich des Immaterialgüter- und Firmenrechts (Dr. Martina Altenpohl)
- Die „kleine Aktienrechtsreform“ und Neuerungen im Recht der GmbH (Chasper Kamer, LL.M.)
- Swiss Insurance Law Update 2007/1 (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Privatbestechung (Art. 4a UWG) (Dr. Reto T. Ruoss)
- Neue Phase der Freizügigkeit für EU/EFTA-Bürger, deren Familienangehörige und Erbringer von Dienstleistungen in der Schweiz (Alfred Gilgen, LL.M.)
- Revidiertes Datenschutzrecht für Unternehmen in der Schweiz (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Aktuelles aus dem Bereich des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts (Chasper Kamer, LL.M.)
- Actions Required under New Swiss Collective Investment Schemes Act (Dr. Alois Rimle, LL.M.)

### 2006

- Dokumenten- und Datenaufbewahrung im schweizerischen Unternehmen (Dr. Alois Rimle, LL.M.)
- Schweizerische Versicherungs- und Vermittleraufsicht (Dr. Alois Rimle, LL.M.)