

Dr. iur. Urs Leupin, Basel

Wie bewahre ich als haftendes Organ das Unternehmen vor dem Entstehen eines sog. Folge- bzw. Verzögerungsschadens?

Der sog. Folgeschaden ist heute zum häufigsten Haftungsgrund der Gesellschaftsorgane geworden! Der Beitrag zeigt auf, wie Unternehmensleitung und Revisionsstelle durch rechtzeitige gezielte Massnahmen solchen Schaden mit meist nachfolgenden Insolvenzproblemen verhindern können.

Alle Feststellungen und Hinweise

- *basieren auf praktischen Erfahrungswerten* aus abgeschlossenen Auseinandersetzungen zwischen haftenden Gesellschaftsorganen und der fordernden Gläubigerschaften. Entweder wurde der Ersatz für den nachgewiesenen Folgeschaden geleistet als Beitrag zu einer nachhaltigen Sanierung (Forderungsverzichte zur Schuldenbeseitigung bzw. Bareinschüsse à fonds perdu für neues Eigenkapital) oder aber als Barbetrag in die Liquidationsmasse zur Dividendenerhöhung;
- *bezwecken einen Präventiveffekt*: Es geht darum, potentiell haftende Organe auf einen Teil derjenigen konkreten Massnahmen hinzuweisen, die es rechtzeitig umzusetzen gilt zur Verhinderung von Folgeschäden! Denn: *entstandene Insolvenz ist immer nur der auslösende Grund nachfolgender Sanierungs- oder Liquidationsverfahren; ihre begründende Ursache aber liegt immer im vorgängig entstanden Schaden!*

Begriff des Folgeschadens

In Fragen von begangenen Pflichtverletzungen und der daraus entstehenden Haftung auf Bezahlung von Schadenersatz *klaffen Theorie und Praxis weit auseinander!* Was während der Analyse-Arbeit sich zu Schadenssummen in immensen Höhen entwickeln kann, zerrinnt in der Phase der konkreten Beweisführung auf einen um ein Vielfaches geringeren Be-

trag, allein weil nur dieser Betrag *der konkreten Beweisführung standzuhalten vermag!* Daraus erhellt für den Praktiker, wo immer er auch positioniert sein mag, dass er von Anfang an sein Augenmerk auf die *Nachweisbarkeit des behaupteten Schadens* zu richten hat!

Die Praxis hat nunmehr in der Erfolgswahrscheinlichkeit geltend gemachter Schäden aufgezeigt, dass den pflichtverletzenden Organen (Unternehmensleitung und Revisionsstelle) unter der Optik ihrer lückenlosen Nachweisbarkeit *am ehesten mit dem sog. Folge- bzw. Verzögerungsschaden beizukommen ist*. Unter Folgeschaden hat die Rechtspraxis einen Begriff des Schadens entwickelt, nämlich

den Schaden, der durch pflichtwidriges Unterlassen notwendig gewordener Massnahmen und/oder der durch aktives Tun im Sinne der schadensvergrössernden Verlängerung den Gläubigern während dieser Zeitperiode (des Nichtstuns) entstanden ist!



Urs Leupin
Dr. iur. Basel

Die nachstehend aufgeführten Beispiele schuldhafter Pflichtverletzungen stammen

aus rund einem Dutzend praktischer Fälle; sie alle begründeten eine Haftung der Organe aus Folgeschäden. Ihre schuldhaftige Begehung, in adäquater Kausalität zum Schaden, konnte nachgewiesen werden! Diese katalogartige (aber keinesfalls abschliessende) Aufzählung sollte betreffenden Organen immerhin ermöglichen, rechtzeitig Gegensteuer zu geben und Folgeschäden zu verhindern.

1. Pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten der Unternehmensleitung

Gemäss OR Art. 754 Abs. 1 sind die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung befassten Personen der Gesellschaft für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen. Die gleiche Haftung trifft die mit der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung befassten Personen. Die Verantwortlichkeit unterliegt, von aktienrechtlichen Besonderheiten abgesehen, den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechtes und dies bedeutet, dass für die Belangung eines Haftenden nachstehende *drei Voraussetzungen erfüllt sein* müssen: es muss ein *Schaden* eingetreten sein, die in Frage stehenden Personen müssen *pflichtwidrig und schuldhaft* gehandelt haben, und *zwischen Schaden und pflichtwidrigem Verhalten* muss ein *adäquater Kausalzusammenhang* bestehen (vgl. im Detail meine Ausführungen mit Tabellen und Checklisten in «Turnaround von Unternehmen». S. 216 ff., 1998 Verlag Paul Haupt Bern).

1.1 Nachgewiesene Pflichtverletzungen

- Die Verwaltung einer Obergesellschaft verletzte ihre Sorgfaltspflicht, weil sie nicht darauf achtete, dass ihre eigene Geschäftsführung und die Geschäftsführung von Tochtergesellschaften *sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht* wurde oder weil sie nicht dazu Sorge trug, dass die Tochtergesellschaft keine *Geschäfte tätigte, die ihre Verhältnisse überstiegen*; ebenso im Versagen in der *Kostenüberwa-*

chung und im Controlling zu einem Zeitpunkt, als Anlass zur Besorgnis bestand und sich die vorgelegenen Prognosen als falsch erwiesen;

- Eine Pflichtverletzung beging ein Verwaltungsrat, weil er die *notwendigen Abschreibungen nicht vornahm* oder es unterliess, die *Geschäftsführung* und die ordnungsgemässe *Bilanzierung in Intervallen zu überwachen*.
- *Unverhältnismässige Expansion* vom eigentlichen Kerngeschäft *in notorisch risikobehaftete Geschäfte*, bei Fehlen eines den entsprechenden Risiken angepassten Controllings und Managements sowie die *unverhältnismässige Expansion ins Ausland* durch Erwerb und Gründungen von Gesellschaften was zu *erheblichen finanziellen Zusatzbelastungen* führte.
- Betreiben einer *inkongruenten Finanzierungspolitik* unter Vernachlässigung der Gefahr, dass bei schlechterem Geschäftsgang und hohen Verlusten jederzeit mit der Kündigung der kurzfristig gesprochenen Kredite gerechnet werden müsste.
- Mangelhafte *Debitorenbewirtschaftung*.
- *Zu hohe Bewertung und Aktivierung* von Immobilien trotz nicht erzielter Renditen, und zu hohe Bewertung *angefangener Arbeiten*.
- *Nicht-Erkennen der Pflichten nach OR Art 725*.

1.2. Nachgewiesenes schuldhaftes Verhalten

Ausreichend war grundsätzlich jedes Verschulden, auch leichte Fahrlässigkeit. *Gutgläubigkeit vermochte nicht zu exkulpieren!* Fahrlässigkeit setzte jeweils voraus, dass das schädigende *Ereignis für den Schädiger voraussehbar* gewesen war. Es genügte dabei, dass, wenn er sich nach der ihm zumutbaren Aufmerksamkeit und Überlegung hätte sagen sollen, es bestehe eine konkrete Gefahr der Schädigung.

Nach neuerer und jetzt anerkannter Auffassung ist bei der Beurteilung einer Verantwortlichkeit ein *objektiver Verschuldensmassstab* anzulegen: *Massgebend* ist diejenige Sorgfalt, «*die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch*

desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde, d.h. der Verantwortliche hatte für jene Fähigkeiten einzustehen. ... die der Verkehr bei einer Person voraussetzen durfte, welche in einer bestimmten Eigenschaft auftritt». Auszugehen war demnach von dem in einem Berufsstand als angemessen Erachteten.

Aus der Objektivierung des Verschuldensmassstabes folgte als Erkenntnis, dass die *subjektive Entschuldbarkeit* eines schädigenden Verhaltens nunmehr *belanglos* geworden war, und dass ein Verschulden bereits angenommen wurde, wenn ein Verhalten objektiv betrachtet nicht derjenigen Sorgfalt entsprach, die ein gewissenhafter und über die nötigen Fähigkeiten verfügender Verwaltungsrat oder Revisor beachtet hätte. Dabei schloss Passivität die Haftung nicht aus, und Zeitmangel und/oder Abwesenheit waren *keine Exkulpationsgründe* mehr!

2. Pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten der Revisionsstelle Die Revisionsstelle beging jeweils eine Pflichtverletzung

- weil sie sich nicht vergewisserte, ob die gesetzlich vorgeschriebenen *Höchstbewertungen* bei der Bilanzierung der ständigen Anlagen eingehalten und die erforderlichen *Abschreibungen vorgenommen worden sind*;
- weil sie es unterliess, sich Gewissheit zu verschaffen, ob bei Berücksichtigung eines angemessenen *Abschreibungsnachholbedarfes* der buchmässige Aktivenüberschuss auch wirklich bestand;
- weil sie es unterliess zu prüfen, ob die bilanzierten Werte von Darlehen, Beteiligungen und Anteilscheinen nicht zu einem mehr oder weniger grossen Teil hätten *abgeschrieben werden müssen*, weil sich die wirtschaftliche Zukunft der Darlehensschuldner, der Anteilscheine ausgebenden Fonds und der Gesellschaften, an denen Beteiligungen bestehen, als gefährdet erwiesen hat;

- weil sie es unterliess, «*die ausgewiesenen Gesellschaftsaktiven auf ihren Bestand zu überprüfen*», wobei sich die Prüfungspflicht nicht bloss auf das Anlage- und Umlaufvermögen erstreckte, sondern auch auf die Forderungen;
- weil sie, *trotz festgestellter* oder vermuteter *Bewertungsmängel* in der Bilanz, der Generalversammlung *Antrag auf vorbehaltlose Genehmigung* gestellt hat;
- weil sie bei der Ausführung ihres Mandates wahrgenommene *Mängel* den zuständigen Instanzen *nicht gemeldet* und in ihrem Bericht *keinen Vorbehalt* wegen fragwürdiger Geschäftsführung *angebracht* hat;
- weil sie in ihrem Bericht nicht auf den Umstand aufmerksam gemacht hat, dass die *Hälfte des Gesellschaftskapitals nicht mehr gedeckt ist* und die Verwaltung verpflichtet gewesen wäre, *nach OR Art 725 zu handeln*;
- weil sie *mehrere ernst zu nehmende Warnsignale missachtet hatte*, wie: Nichteinhaltung von Verwaltungsratsbeschlüssen zum Nachteil der Finanzlage, Anstieg der abgegebenen Bürgschaften des Mutterhauses, Nichteinhaltung gesteckter Finanzziele und Budgetzahlen, dauernd zunehmend negative Meldungen der ausländischen Wirtschaftsprüfer u.a.m.;
- weil sie sich allzustark auf *unternehmensinterne Unterlagen abstützte* ohne Nachprüfungen;
- oder weil sie *ausländische Bewertungen tel quel übernommen hatte*;
- weil sie zu *binweis- und vorbehaltlose Berichterstattung* ablieferten oder, trotz erkennbarem Kapitalverlust, weder einen Hinweis auf OR Art 725 abgab noch selbst die Generalversammlung einberufen hat, noch eine korrigierte Rechnung verlangte.

Ergänzend sei noch auf den Bereich der de facto Haftung hingewiesen, die dann zur Geltung kommt, wenn Nicht-Organe durch gestaltende Einflussnahmen *de facto eine wirtschaftliche Verantwortung übernehmen* und sich *de facto auch im Obligo befinden!* Dies kann zutreffen bei sog. «stillen» Verwaltungsräten, bei Beratern und bei Finanzierungsinstituten.