

# Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte<sup>1,2</sup>

PROF. DR. PETER FORSTMOSER, ZÜRICH

## Inhalt

### Einleitung

- I. Der verantwortliche Personenkreis
- II. Die Klage- und Anspruchsberechtigten
  1. Die Aktiengesellschaft selbst
  2. Die Aktionäre
  3. Die Gläubiger
- III. Die Voraussetzungen von Verantwortlichkeitsansprüchen im allgemeinen
- IV. Schaden, Schadensnachweis und Schadensberechnung
  1. Der Schaden
  2. Schadensnachweis und Schadensberechnung
- V. Pflichtverletzung der Verantwortlichen
- VI. Adäquater Kausalzusammenhang
- VII. Verschulden
  1. Der Grundsatz: Haftung für jedes Verschulden, auch für die leichte Fahrlässigkeit
  2. Anwendung eines objektivierten Verschuldensmassstabes
  3. Kompetenzaufteilung und Kompetenzdelegation als Mittel der Risikobeschränkung
  4. Zur Frage der Beweislast
  5. Kasuistik
- VIII. Schadenersatzbemessung
- IX. Mehrheit von Ersatzpflichtigen
  1. Solidarität im Aussenverhältnis
  2. Die Auseinandersetzung im Innenverhältnis: der Rückgriff
- X. Die praktische Bedeutung von Verantwortlichkeitsklagen

Die Zeiten, da das Verwaltungsratsmandat eine Sinekure war, eine Pfründe, die einem wegen allgemeiner Verdienste um Wirtschaft und Politik oder auch aufgrund

1 Überarbeitete und erweiterte Fassung des am 20.10.1977 im Rahmen eines Seminars der HSG-Weiterbildungsstufe gehaltenen Referats. – Gleichzeitig mit dem vorliegenden Aufsatz legt der Verfasser eine systematische Darstellung des Rechts der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vor, vgl. Peter Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen), Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 30 (Zürich 1978). Für eine eingehendere Betrachtung sei auf jene Publikation verwiesen. – Herrn Dr. Heinz Reichwein, Zürich, verdanke ich wertvolle Anregungen.

2 *Auswahl aus der Literatur:* Bär, Rolf: Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktien-

familiärer Beziehungen zugeteilt wurde, sind vorbei. Das Ende wurde eigentlich schon lange eingeläutet: Anlässlich der Revision des schweizerischen Gesellschaftsrechts in den dreissiger Jahren wurde nämlich die Verwaltungsratshaftung erheblich verschärft: Hafteten unter dem alten Obligationenrecht die Mitglieder des Verwal-

gesellschaft, Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, ZBJV 106 (1970) 457 ff; *Bättig*, Kurt: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht (Diss St. Gallen 1976 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 16); *Biggel*, Hans: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 673 ff OR/754 ff rev.OR unter Berücksichtigung des geltenden und kommenden deutschen, französischen und italienischen Rechts (Diss Zürich 1940); *Bodmer*, Daniel/*Kleiner*, Beat/*Lutz*, Benno: Kommentar zum BG über die Banken und Sparkassen (Zürich 1976, mit Nachträgen) zu Art. 38 ff; *Bürgi*, W.F.: Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar Bd. V/b/1–3: 3. Halbband: Auflösung usw.; die Kommanditaktiengesellschaft, OR 739–71 (Zürich 1970–79) Art. 752 ff (die Kommentierung der Art. 755 ff wird nach den Korrekturabzügen zitiert, die mir von Herrn Prof. Bürgi und Frau Dr. Nordmann freundlicherweise zur Verfügung gestellt wurden); *Forstmoser*, (zit. Anm. 1 hievor); *Forstmoser*, Peter/*Meier-Hayoz*, Arthur: Einführung in das schweizerische Aktienrecht (Bern 1976) § 25 N 1 ff; *Frey*, Erich: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, in: Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer (Hrsg.): Abschlussprüfung und Unternehmensberatung (Zürich 1975) 114 ff; *Frick*, Emil: Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft (Diss Zürich 1953); *Funk*, Fritz: Kommentar des Obligationenrechts (2. Bd. Aarau 1951) zu Art. 752 ff; *Henggeler*, J. und E.: Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht (Zürich 1937); *Hirsch*, Alain: La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, Sem jud 89 (1967) 249 ff; *Hotz*, Charles-Antoine: La responsabilité civile des fondateurs de la société anonyme (Diss Neuchâtel 1945); *Kummer*, Max: Die Verantwortung des Anwaltes als Verwaltungsrat einer AG, Mitteilungen des Schweiz. Anwaltsverbandes Heft 38 (1972) 7 ff; *Locher*, Kurt: Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht (Diss Bern 1941); *Meier-Wehrli*, Jörg: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff OR/41 ff BkG (Diss Zürich 1968 = Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Bd. 296); *Morant*, Albert: Die Gründung der Aktiengesellschaft nach neuem Recht, insbesondere Gründerverantwortlichkeit und Auflösung (Diss Bern 1939); *Oftinger*, Karl: Schweiz. Haftpflichtrecht, I. Band: Allgemeiner Teil (4. A. Zürich 1975); *Patry*, Robert: Précis de droit suisse des sociétés, Vol. II: La société anonyme, les sociétés mixtes (Bern 1977) 104 ff, 252 f, 256 f, 259 f; *Piconi*, Reno: Der Entlastungsbeschluss (Décharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts (Diss Zürich 1945); *Reichwein*, Heinz: Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ 64 (1968) 129 ff; *Ronca*, Marc: Die Verantwortlichkeit in der Aktiengesellschaft im internationalen Privatrecht mit Vergleich des amerikanischen Kollisionsrechts (Diss Genf 1971); *Schenk*, Peter: Die Verantwortlichkeit der AG ... (4. A. Zürich 1978); *Schiess*, Maya: Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs (Diss Zürich, erscheint voraussichtlich 1979; in dieser Arbeit nicht mehr berücksichtigt); *Schucany*, Emil: Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 26. und 27. Titel: Die Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft (2. neubearbeitete A. Zürich 1960) zu Art. 752 ff; *Steiger*, Fritz von: Das Recht der AG in der Schweiz (4. A. Zürich 1970) 274 ff; *Stokar*, Rudolf: Kognitionspflicht und Verantwortlichkeit der Urkundsperson bei ihrer Tätigkeit in der AG (Diss Zürich 1947); *Vischer*, Frank: Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger (Freiburg 1968) 345 ff; *Wylar*, Berthold: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle in der Aktiengesellschaft und der Aufsichtsstelle in der Kommanditaktiengesellschaft (Diss Bern 1943); *Zellweger*, Hans-Jakob: Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG (Diss Bern 1972 = ASR 413).

Die Hinweise in den Anmerkungen auf Literatur und Judikatur beschränken sich auf die wichtigeren Belegstellen. Umfassendere Angaben bei Forstmoser (zit. Anm. 1).

tungsrates gegenüber Aktionären und Gläubigern nur bei *absichtlicher Schädigung*, ist 1936 auch ihnen (und nicht nur der Gesellschaft) gegenüber eine Haftung für *jedes Verschulden*, auch für die leichte Fahrlässigkeit, eingeführt worden.

Die Konsequenzen wurden freilich nicht sogleich spürbar: Gerichtsentscheide über die Verantwortung der mit der Verwaltung und Geschäftsführung von Aktiengesellschaften betrauten Personen blieben weiterhin spärlich, und die wenigen publizierten Urteile aus früheren Jahren zeugen zum Teil von viel Verständnis für Pflichtwidrigkeiten<sup>3</sup>. Nur in der Doktrin wurde auf das erheblich angestiegene Risiko hingewiesen<sup>4</sup>.

Zwei neuere Urteile, die über die Fachpresse hinaus diskutiert wurden, haben nun aber die Tragweite dieser Haftung offenkundig gemacht:

- In einem Entscheid von 1973<sup>5</sup> wurde ein Verwaltungsrat für Verluste aus einer spekulativen Kapitalanlage zu vollem Schadenersatz ohne Reduktion verpflichtet, obwohl er dartun konnte, dass er die Investition in guten Treuen vorgenommen und das Dreifache aus eigenem Vermögen in den gleichen Papieren angelegt hatte. Auch die Behauptung, er habe sich auf den Ratschlag von anerkannten Fachleuten verlassen, half dem Beklagten nichts: Die Gerichte hielten dies für belanglos und liessen ihn nicht einmal zum Beweis darüber zu.
- Hohe Wellen aufgeworfen hat sodann ein vom Bundesgericht bestätigter Entscheid des Zürcher Handelsgerichts aus dem Jahre 1975<sup>6</sup>. Zwar betrifft er die Kontrollstellhaftung, doch zeigt er allgemein, dass der Massstab für die Beurteilung pflichtgemässen Verhaltens von Organpersonen erheblich verschärft worden ist: Einer Revisionsstelle, die sich bei der Ausübung ihres Amtes durchaus an das in den sechziger Jahren Übliche gehalten hatte, wurde zum Vorwurf gemacht, dass sie keine voll konsolidierte Bilanz erstellt hatte und dass verschiedene Kredite sowie die finanzielle Situation von Tochtergesellschaften nicht selbständig geprüft worden waren<sup>7</sup>.

Wer diese Entwicklung aufmerksam verfolgt hat und überdies von weiteren zur Zeit pendenten Verfahren weiss, wird das Gefühl nicht los, sich bei der Übernahme eines Verwaltungsratsmandates auf ein Pulverfass zu setzen, ohne zu wissen, ob die Lunte bereits brennt.

3 Vgl. etwa Bundesgericht in SAG 23 (1950/51) 184 ff und – betreffend die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle – BGE 65 II 19 f.

4 Vgl. etwa Henggeler (zit. Anm. 2) 34.

5 BGE 99 II 176 ff; vgl. auch ZR 72 (1973) Nr. 58 S. 143 ff.

6 Die Entscheide des Zürcher Handelsgerichts und des Bundesgerichts sind abgedruckt in ZR 75 (1976) Nr. 21, S. 67 ff, 73 ff und auszugsweise in SAG 50 (1978) 26 ff. Abdruck des Handelsgerichtsentscheides auch in Schweizer Treuhänder 50 (1976) Heft 1 S. 6 ff, des Entscheides des Bundesgerichts auch in Schweizer Treuhänder 50 (1976) Heft 9 S. 24 ff.

7 In der Kritik an diesen Entscheiden wurde allerdings nicht beachtet, dass es sich um eine Revisionsstelle nach Bankengesetz handelte, die sich als solche über besondere Qualifikationen auszuweisen hatte. Dies mag mit ein Grund für die ausserordentlich strenge Beurteilung durch die Gerichte gewesen sein.

Auf einem andern Blatt steht freilich, dass auch heute – und zwar zu Recht – die Ohnmacht des Kleinaktionärs und des Gläubigers gegenüber Verfehlungen von Organpersonen beklagt wird<sup>8</sup>. Auf diesen – nur scheinbaren – Widerspruch ist noch zurückzukommen.

In der Folge möchte ich zunächst den *Personenkreis* umschreiben, welcher der *besonderen Haftung* für die Verwaltung und Geschäftsführung einer AG *untersteht*<sup>9</sup>. Anschliessend gebe ich eine Übersicht über die *Klage- und Anspruchsberechtigten*<sup>10</sup>. Im weiteren skizziere ich die *Voraussetzungen* von Verantwortlichkeitsansprüchen<sup>11</sup>, insbesondere die Frage des *Schadens*, seines Nachweises und seiner Berechnung<sup>12</sup>, das Vorliegen einer *Pflichtverletzung*<sup>13</sup>, des adäquaten *Kausalzusammenhangs* zwischen pflichtwidrigem Verhalten und eingetretenem Schaden<sup>14</sup> und eines *Verschuldens* der pflichtwidrig Handelnden<sup>15</sup>. Sodann befasse ich mich mit den Fragen der *Schadenersatzbemessung*<sup>16</sup> und der Rechtsverhältnisse bei einer *Mehrheit von Ersatzpflichtigen*<sup>17</sup>. Den Abschluss bilden einige kritische Bemerkungen zur *praktischen Bedeutung* des Verantwortlichkeitsrechts<sup>18</sup>.

## I. Der verantwortliche Personenkreis

- a) In den Art. 752 ff OR werden besondere aktienrechtliche Bestimmungen über die Verantwortlichkeit aufgestellt. Diesen Normen ist ein bestimmter Personenkreis unterstellt: die mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle, Gründung und Liquidation befassten Personen sowie die bei der Ausgabe eines Prospekts Mitwirkenden. Hier interessiert die Haftung der mit der *Verwaltung* und *Geschäftsführung* Betrauten.
- b) Unter "*Verwaltung*" ist primär die oberste, nicht oder zumindest nicht vollumfänglich delegierbare Exekutivtätigkeit zu verstehen<sup>19</sup>. Die *Geschäftsführung* kann umschrieben werden als "jene in vollem Umfang delegierbare Tätigkeit, welche selbständige Entscheidungsbefugnisse sowie die Möglichkeit einer wenig-

8 Vgl. etwa Hans Apt: Verewigung der Aktionärsohnmacht, NZZ 1977 vom 20./21.8.1977 Nr. 194.

9 Ziff. I., nachstehend S. 30 ff.

10 Ziff. II., nachstehend S. 34 ff.

11 Ziff. III.–VII., nachstehend S. 40 ff.

12 Ziff. IV., nachstehend S. 40 ff.

13 Ziff. V., nachstehend S. 42 f.

14 Ziff. VI., nachstehend S. 43 f.

15 Ziff. VII., nachstehend S. 44 ff.

16 Ziff. VIII., nachstehend S. 50 f.

17 Ziff. IX., nachstehend S. 52 ff.

18 Ziff. X., nachstehend S. 55 f.

19 Vgl. Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 6 ff, insb. 9 f.

stens indirekten Beeinflussung von Verwaltungsratsbeschlüssen umfasst und geeignet ist, unmittelbar zur Realisierung des Gesellschaftszweckes beizutragen<sup>20</sup>.

Den mit der Verwaltung und Geschäftsführung im Sinne von Art. 754 I OR betrauten Personen kommt stets *Organfunktion* zu<sup>21</sup>. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie vom Gesetz ausdrücklich als Organe bezeichnet werden<sup>22</sup>. Die Organeigenschaft kann vielmehr in einem *formellen* oder auch in einem *materiellen Sinn* gegeben sein:

Organpersonen im Sinne der Verantwortlichkeitsbestimmungen sind zunächst *alle Mitglieder des Verwaltungsrates*, unabhängig davon, welche Aufgaben sie tatsächlich erfüllen<sup>23</sup>. Insofern wird auf die *formelle Organeigenschaft* abgestellt.

Dem aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht sind darüber hinaus alle jene Personen unterstellt, die "in massgebender Weise an der Willensbildung der AG teilnehmen und korporative Aufgaben selbständig ausüben"<sup>24</sup>.

Die Verantwortlichkeitsvorschriften finden damit nicht nur auf die Mitglieder der Verwaltung im engeren Sinn Anwendung, sondern auch auf *Direktoren* und – je nach ihrem Kompetenzbereich – auf weitere Personen wie *Prokuristen*, *Handlungsbevollmächtigte*, *Geschäftsführer*, ja selbst Kassierer und Buchhalter sowie "graue Eminenzen"<sup>25</sup>. Auch Personen *ohne formelle Stellung* in der Gesellschaft können Art. 754 ff OR unterstehen, sofern sie tatsächlich Organfunktionen ausüben. Insofern geht das Verantwortlichkeitsrecht von einem *materiellen, funktionellen Organbegriff* aus.

c) Im einzelnen ergibt sich daraus das Folgende:

- aa) Alle *Mitglieder des Verwaltungsrates* sind stets der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterworfen, und zwar mit Bezug auf alle in funktionellem Zusammenhang mit ihrem Tätigkeitsbereich stehenden Handlungen<sup>26</sup>.
- bb) Der *fiduziarische* Verwaltungsrat untersteht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vollumfänglich<sup>27</sup>.
- cc) Haftbar ist entsprechend dem funktionellen Organbegriff auch der *Hintermann*, der – ohne formell eine Organposition innezuhaben – massgebend

20 Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 12.

21 Vgl. etwa Schucany Art. 717 N 3.

22 Vgl. Guhl/Merz/Kummer: Das Schweiz. Obligationenrecht (6. A. Zürich 1972) 652.

23 Vgl. etwa Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 119; Mathias Burckhardt: Die Pflichten und die Verantwortlichkeit der Verwaltung der AG nach schweizerischem, französischem und deutschem Recht (Diss Basel 1969, Maschinenschrift) 118.

24 Forstmoser/Meier-Hayoz (zit. Anm. 2) § 25 N 2; ähnlich etwa Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 19; Peter Portmann: Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht (Bern 1958 = ASR 335) 25; BGE 81 II 227; 78 IV 30; 72 II 65 f; 68 II 301; 65 II 6.

25 Reichwein (zit. Anm. 2) 133.

26 So wurden Mitglieder des Verwaltungsrates verantwortlich gemacht in einem Fall, in welchem die entscheidenden Beschlüsse nicht in einer Verwaltungsratssitzung, sondern in der durch die Verwaltungsräte gebildeten Generalversammlung gefasst wurden; ZR 59 (1960) Nr. 130 S. 333.

27 Vgl. etwa Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 22; Burckhardt (zit. Anm. 23) 166; ferner etwa ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 190 = SAG 32 (1959/60) 137 f.

an der Willensbildung der Gesellschaft teilnimmt und korporative Aufgaben selbständig ausübt<sup>28,29</sup>.

- dd) Im Gegensatz zu ausländischen Rechten<sup>30</sup> kennt das schweizerische Recht keine generelle Haftung des *Hauptaktionärs*. Doch ist der Haupt- oder Alleinaktionär dann – aber auch nur dann – als Organ der Gesellschaft zu betrachten und dem Verantwortlichkeitsrecht zu unterstellen, wenn er Verwaltungs- oder Geschäftsführungsfunktionen im vorstehend umschriebenen Sinn ausübt<sup>31</sup>.
- ee) Unter Zugrundelegung des funktionellen Organbegriffs ist m.E. auch die Frage zu beurteilen, ob der Verwaltungsrat bzw. die Geschäftsleitung einer *Muttergesellschaft* oder ob diese *Muttergesellschaft selbst* für Verwaltungs- und Geschäftsführungshandlungen im Rahmen von *Tochtergesellschaften* zur Verantwortung gezogen werden können. Solange sich die Organe der Obergesellschaft darauf beschränken, die Aktionärsrechte dieser Gesellschaft auszuüben<sup>32</sup>, werden sie nur der eigenen Gesellschaft sowie den Aktionären und Gläubigern derselben verantwortlich für die korrekte Ausübung dieser Aktionärsrechte. Eine Haftung gegenüber der Tochtergesellschaft und den Aktionären sowie allenfalls Gläubigern derselben kann erst dann eintreten, wenn sich Organpersonen, Vertreter oder Hilfspersonen der Obergesellschaft *direkt in Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischen*. In diesem Fall werden die Mitglieder der Konzernleitung und weitere Personen, die bei der Tochtergesellschaft Verwaltungs- oder Geschäftsführungsfunktionen tatsächlich direkt oder indirekt ausüben, *persönlich verantwortlich*<sup>33</sup>. Haftbar kann aber auch die *Obergesellschaft selber* werden,

28 Vgl. BGE 102 II 359; ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 190; Jäggi in SJZ 56 (1960) 2; ferner BGE 78 IV 28 ff, wo ein Hintermann strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen wurde.

29 Vereinzelt wird freilich in der Literatur eine *weniger weit* gehende Haftung des Hintermannes postuliert, etwa eine Haftung nur aus Art. 41 OR (so Werner von Steiger: Über die Verantwortung des Hauptaktionärs, in: Festschrift Gutzwiller, Basel 1959, 699 ff, 702 f). Diese Einschränkungen erscheinen im Hinblick auf den funktionellen Organbegriff nicht als gerechtfertigt. Ebenso wenig ist es m.E. angebracht, den Hintermann einer *strengeren Haftung* auch für Zufall zu unterstellen (so Herbert Wohlmann: Die Treuepflicht des Aktionärs ..., Diss Zürich 1968, 129, der eine Haftung aus OR 754 ablehnt und statt dessen eine solche aus Geschäftsführung ohne Auftrag postuliert).

30 Vgl. deutsches Aktienrecht § 117 und liechtensteinisches Personen- und Gesellschaftsrecht § 221.

31 Vgl. ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 190; 52 (1953) Nr. 93 S. 171; Deutsche Aktiengesellschaft 22 (1977) 78 ff; ferner SJZ 60 (1964) 123 f Nr. 66 sowie aus der Literatur etwa Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 22 f und Anne Petitpierre-Sauvain: Droit des sociétés et groupes de sociétés, responsabilité de l'actionnaire dominant, Retrait des actionnaires minoritaires (Genf 1972) 133 f. – A.M. Werner von Steiger: Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR 62 (1943) 195a ff, 315a, wonach nur eine Haftung aus Art. 41 OR in Betracht kommen soll.

32 Insbesondere durch Geltendmachung des Stimm- und Wahlrechts in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft.

33 Dies folgt aus dem materiellen Organbegriff, vgl. etwa Petitpierre-Sauvain (zit. Anm. 31) 133 ff. In diesem Sinne spezifisch für Konzernverhältnisse Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 124, wobei es aber m.E. zu weit geht, wenn dort generell festgehalten wird, es seien die

wenn sie über delegierte Personen Einfluss auf Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft nimmt<sup>34</sup>.

- ff) Nicht endgültig geklärt sind die Haftungsverhältnisse in Fällen, in denen im Sinne von Art. 707 III OR *anstelle einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft ihr Vertreter gewählt* worden ist:
- Fest steht nur, dass der gewählte Vertreter *persönlich* den Bestimmungen von Art. 754 ff OR unterstellt ist<sup>35</sup>.
  - Umstritten ist dagegen, ob in den Fällen von Art. 707 III OR neben dem delegierten Verwaltungsrat auch die *delegierende juristische Person oder Handelsgesellschaft* nach Art. 754 ff OR haftbar werden kann<sup>36</sup>. M.E. ist hierauf eine *differenzierte Antwort* zu geben, wobei als Grundlage der vorn skizzierte materielle oder *funktionelle Organbegriff* dient: Danach wird die delegierende Gesellschaft dann haftbar, wenn sie über ihren Vertreter tatsächlich an der Willensbildung der AG teilnimmt und korporative Aufgaben erfüllt. Falls dagegen der Gewählte sein Amt frei und ohne Instruktionen seitens der delegierenden Gesellschaft ausüben kann, ist eine Haftung jener Gesellschaft m.E. abzulehnen.
- gg) Der von einer *Körperschaft des öffentlichen Rechts Abgeordnete* wird nach herrschender Lehre nicht persönlich haftbar, sondern es hat lediglich die öffentlichrechtliche Körperschaft gemäss Art. 762 IV OR einzustehen<sup>37</sup>.
- d) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das *formelle Kriterium* der Mitgliedschaft im Verwaltungsrat nur den *engsten Kreis* der stets potentiell Verantwortlichen umschreibt. Im übrigen bestimmen sich die Haftpflichtigen nach einem *materiellen Kriterium*: danach, ob *tatsächlich* Verwaltungs- oder Ge-

Mitglieder der Konzernleitung als "verdeckte Verwaltung der Tochtergesellschaft" zu betrachten. Dies ist nur dann angebracht, wenn die Konzernleitung *tatsächlich* Verwaltungs- und Geschäftsführungsfunktionen wahrnimmt. Zu eng dagegen W. v. Steiger (zit. Anm. 31) 309a f, nach welchem Autor die Haftung nur in Frage kommen soll, "wenn und soweit sie [die Mitglieder der Verwaltung der Holdinggesellschaft] gleichzeitig auch die Verwaltung der Tochtergesellschaft bilden".

34 Vgl. Petitpierre-Sauvain (zit. Anm. 31) 133 ff, die auf S. 138 zu Recht darauf hinweist, dass Präjudizien bis heute völlig fehlen.

35 So etwa Günter Woernle: Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs ... (Diss Lausanne 1970) 23 und Wohlmann (zit. Anm. 29) 126.

36 Für eine solche Haftung treten etwa ein Giovanni Schucany: Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer AG (Diss Zürich 1949) 82 ff, Wohlmann (zit. Anm. 29) 126 f; E. Schucany (zit. Anm. 2) Art. 707 N 5 und Woernle (zit. Anm. 35) 23. – Gegen eine solche Haftung nehmen u.a. Stellung W. v. Steiger (zit. Anm. 31) 313a; Martin Zweifel: Holdinggesellschaft und Konzern (Diss Zürich 1973) 96 f; Silvio Cafilisch: Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der AG (Diss Zürich 1961) 263 f und Funk (zit. Anm. 2) zu Art. 707 N 3. – Nach Bürgi (zit. Anm. 2, Art. 707 N 34) ist zu *differenzieren* und die Frage der Haftbarkeit von Fall zu Fall zu prüfen.

37 Vgl. etwa E. Steiner: Die Vertretung öffentlichrechtlicher Korporationen im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, SAG 11 (1938/39) 180 ff, 181 und implizit Armin Stoffel: Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften (Diss St. Gallen 1975) 277.

schäftsführungsfunktionen unmittelbar oder auch bloss mittelbar ausgeübt werden.

## II. Die Klage- und Anspruchsberechtigten

Anspruchsberechtigt sind nach den Bestimmungen des Gesetzes sowohl die Gesellschaft selbst wie auch deren Aktionäre und Gläubiger. Im einzelnen ist jedoch zu unterscheiden:

### 1. Die Aktiengesellschaft selbst

- a) Die Aktiengesellschaft selbst ist stets zur Klage berechtigt, wenn sie durch das pflichtwidrige und schuldhaftige Verhalten von Organpersonen *unmittelbar, direkt, geschädigt* worden ist.
- b) Die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen ist ein Akt der Geschäftsführung und liegt damit in der *Entscheidungskompetenz der Verwaltung*. Eine besondere Ermächtigung der Generalversammlung ist nicht nötig<sup>38</sup>. Die Verwaltung ist es auch, die grundsätzlich die AG in Prozess und Verhandlungen vertritt.

Ein *Beschluss der Generalversammlung* ist freilich dann erforderlich, wenn sich die Ansprüche gegen den Gesamtverwaltungsrat oder gar gegen die gesamte Geschäftsführung im weiteren Sinn, einschliesslich der Direktion, richten. In solchen Fällen wird die Generalversammlung die bisherige Verwaltung allerdings tunlichst ersetzen<sup>39</sup>. Ein Generalversammlungsbeschluss kann sich aber auch in anderen Fällen aufdrängen, etwa dann, wenn gegen eine bedeutsame Minderheit des Verwaltungsrates vorgegangen werden soll oder wenn die Mitglieder der Kontrollstelle ins Recht gefasst werden sollen und deren Pflichtverletzung voraussichtlich mit Pflichtwidrigkeiten der Verwaltung zusammenhängt<sup>40</sup>.

In solchen Fällen ist ein *besonderer Bevollmächtigter* für die Geltendmachung zu bestellen<sup>41</sup>. Bei der allfälligen Beschlussfassung in der Generalversammlung ist die erhöhte Stimmkraft von Stimmrechtsaktien nicht zu beachten<sup>42</sup>. Der Ent-

38 Vgl. ZR 42 (1943) Nr. 8 S. 19; Burckhardt (zit. Anm. 23) 121 f; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 48. A.M. offenbar Hotz (zit. Anm. 2) 196, der wegen der grossen Tragweite des Entscheides die Generalversammlung für zuständig hält. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden.

39 Vgl. Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 100.

40 Vgl. Bättig (zit. Anm. 2) 22 f.

41 Picononi (zit. Anm. 2) 236; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 48 f; Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 100.

42 Vgl. Art. 693 III OR.



scheid ist mit dem normalen gesetzlichen Quorum, d.h. mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen, zu fällen. Eine statutarische Erschwerung der Beschlussfassung ist m.E. für dieses Traktandum nicht zulässig<sup>43</sup>.

- c) Erwähnt sei noch, dass das Klagerecht der Gesellschaft trotz pflichtwidrigen Verhaltens allenfalls dann entfallen kann, wenn die Verwaltung in *Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses* gehandelt<sup>44</sup> hat. Dies gilt aber m.E. unbeschränkt nur, soweit die Generalversammlung im Rahmen ihrer Kompetenzen rechtmässige Weisungen erteilt hat oder wenn die Verwaltung aufgrund eines zwar anfechtbaren, aber nicht angefochtenen und dadurch in Rechtskraft erwachsenen<sup>45</sup> Generalversammlungsbeschlusses gehandelt hat. Bei nichtigen Beschlüssen bleiben dagegen die handelnden Organpersonen grundsätzlich verantwortlich, wobei freilich – entgegen Bürgi<sup>46</sup> – das Verhalten der Gesellschaft bzw. ihrer Generalversammlung als ein die Ersatzpflicht herabminderndes Selbstverschulden gewertet werden kann<sup>47</sup>.

Sodann gehen die Ersatzansprüche der Gesellschaft unter, wenn dem Fehlbaren gültig Decharge erteilt worden ist<sup>48</sup>.

## 2. Die Aktionäre

- a) Die Aktionäre können durch pflichtwidriges Verhalten der Verwaltung auf zweierlei Art Schaden erleiden: direkt oder indirekt, unmittelbar oder bloss mittelbar<sup>49</sup>:

- *Unmittelbar*, direkt oder individuell wird ein Aktionär geschädigt, wenn “ein individuelles Recht des Gesellschafters verletzt oder gegen das Prinzip der Gleichbehandlung der Aktionäre oder gegen eine zu deren Gunsten aufgestellte Schutzbestimmung verstossen”<sup>50</sup> wird. Unmittelbar geschädigt ist der Aktionär etwa, wenn ihm das Bezugsrecht zu Unrecht vorenthalten wird, wenn seine Aktien widerrechtlich kaduziert werden oder wenn der ihm zustehende Dividenden- oder Liquidationsanteil nicht ausbezahlt wird.

43 Ebenso Ulrich Geilinger: Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktionäre (Diss Zürich 1948) 48.

44 Es gilt hier der Grundsatz “volenti non fit iniuria”, vgl. Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 140; ferner BGE 83 II 56 und 65: “Wer einer schädigenden Handlung in Kenntnis des Sachverhaltes zustimmt, erlangt nach bewährter Lehre keinen Ersatzanspruch.” Ebenso BGE 86 III 159 und ZR 60 (1961) Nr. 98 S. 221.

45 Vgl. Art. 706 IV OR.

46 Zit. Anm. 2, Art. 753 f N 97.

47 Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 90 II 494 ff E 2–4.

48 Ein Entlastungsbeschluss bringt aber Schadenersatzansprüche der Gesellschaft nur mit Bezug auf der Generalversammlung bekannte oder erkennbare Geschäftshandlungen zum Erlöschen, vgl. BGE 95 II 330; 65 II 12, 14. Sie deckt “nicht Geschehnisse, welche der Generalversammlung nicht zur Kenntnis gebracht sind”, BGE 78 II 156.

49 Zur Unterscheidung vgl. Frick (zit. Anm. 2) sowie BGE 59 II 455.

50 Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 252; vgl. auch etwa Frick (zit. Anm. 2) 92 f und Bättig (zit. Anm. 2) 17.

– *Mittelbar*, indirekt werden Aktionäre dann geschädigt, wenn primär die Gesellschaft Schaden erleidet: Der Substanzverlust des Gesellschaftsvermögens trifft auch den Gesellschafter – eben mittelbar –, indem der innere Wert seiner Beteiligung sinkt<sup>51</sup>.

Das Gesetz verleiht den Aktionären Ansprüche sowohl bei unmittelbarer wie auch bei bloss mittelbarer Schädigung. Doch ist hinsichtlich ihres *Inhalts und ihrer Geltendmachung zu unterscheiden*:

- b) Unproblematisch ist zunächst die Geltendmachung *unmittelbaren, direkten Schadens*. Sie kann im Rahmen der Verjährungsfrist<sup>52</sup> jederzeit erfolgen, und es steht das Klagerecht individuell jedem einzelnen Aktionär zu, unabhängig von allfälligen Ersatzansprüchen anderer Aktionäre, Gläubiger oder der Gesellschaft. Die in den Art. 757–758 OR aufgestellten Beschränkungen kommen bei der Geltendmachung unmittelbaren Schadens nicht zur Anwendung. Der Aktionär kann daher unmittelbaren Schaden auch im Konkurs selbständig direkt einklagen, und es wird durch die Erteilung der Decharge sein Klagerecht nicht eingeschränkt<sup>53</sup>.
- c) Beim Klagerecht hinsichtlich des *mittelbaren, sekundären Schadens* trifft das Gesetz eine verschiedene Lösung, je nachdem ob sich die Gesellschaft im Konkurs befindet oder nicht. In beiden Fällen ergeben sich aus der gesetzlichen Ordnung Einschränkungen.
- aa) *Ausser Konkurs* ist der Aktionär klageberechtigt, doch geht sein Anspruch nur auf Leistung von Ersatz an die Gesellschaft. “Indirekter Schaden wird demnach indirekt ersetzt”<sup>54</sup>. Diese Ordnung wird damit motiviert, sie verhindere schikanöse und erpresserische Klagen<sup>55</sup> und eine ungerechtfertigte Bereicherung der klagenden Aktionäre<sup>56</sup>. Ferner stelle sie eine gleichmässige Befriedigung aller Geschädigten sicher<sup>57</sup>. Doch ist nicht zu verkennen, dass diese Regelung zumindest dem Kleinaktionär in der Regel jedes Interesse an der klageweisen Durchsetzung auch von gerechtfertigten Ansprüchen nimmt, da sein Prozessrisiko in keinem Verhältnis zum bestenfalls für ihn erzielbaren Resultat steht.

51 Dazu ausführlich Frick (zit. Anm. 2) 96 ff.

52 Vgl. Art. 760 OR.

53 Dies gilt selbst dann, wenn der klagende Aktionär selber der Decharge zugestimmt hat, da die Entlastung nur die Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft erfasst; vgl. Bättig (zit. Anm. 2) 30; Konrad Fehr: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit ..., in: Schweiz. Beiträge zum vierten internat. Kongress für Rechtsvergleichung (Genf 1954) 147 ff, 156; Frick (zit. Anm. 2) 106; Picononi (zit. Anm. 41) 165.

54 Bättig (zit. Anm. 2) 24; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 86; ebenso Wyler (zit. Anm. 2) 42; Morant (zit. Anm. 2) 65; Fehr (zit. Anm. 53) 152.

55 Vgl. Protokoll der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts (Bern 1928) 440 sowie Botschaft des Bundesrates über die Revision der Titel 24–33 des OR vom 21.2.1928, 60.

56 Vgl. Bättig (zit. Anm. 2) 24 sowie Guido Senn: Die Verantwortlichkeit der Organe einer AG ... (Diss Basel 1947, Maschinenschrift) 147.

57 Vgl. BGE 96 I 935.

Das Klagerecht des Aktionärs ist selbständig und *nicht subsidiär* zum Klagerecht der Gesellschaft<sup>58</sup>. Es ist daher denkbar, dass ein Aktionär auch dann klagt, wenn die Gesellschaft ihrerseits Klage erhoben hat<sup>59</sup>.

Stark umstritten ist die Frage nach der *rechtlichen Qualifizierung des Klagerechts* des Aktionärs. Nach der einen Ansicht, der sich wohl auch das Bundesgericht angeschlossen hat<sup>60</sup>, liegt der Klage ein eigenes Forderungsrecht zugrunde. Nach einer anderen, etwa von Bürgi<sup>61</sup> vertretenen Auffassung handelt es sich dagegen nicht um ein materielles Forderungsrecht, sondern nur um die Legitimation, Ersatz des Gesellschaftsschadens zu verlangen. Die Frage ist nicht etwa nur von theoretischer, sondern von eminent *praktischer Bedeutung*: Liegt ein eigenes Forderungsrecht zugrunde, dann kann der Aktionär auch dann Klage erheben, wenn die Gesellschaft ihrerseits mit den Fehlbaren einen Vergleich abgeschlossen hat oder wenn über eine Klage der Gesellschaft durch Urteil entschieden worden ist. Ist der Aktionär lediglich aktivlegitimiert zur Geltendmachung einer Forderung der Gesellschaft, dann kann ein gegenüber der Gesellschaft wirkender Vergleich oder Entscheidung auch ihm entgegengehalten werden.

Auf die Streitfrage kann hier nicht näher eingetreten werden. Erwähnt sei nur, dass ich der Ansicht, dem Aktionär stehe ein *eigenes Forderungsrecht* zu, den Vorzug gebe. Sie entspricht dem Wortlaut des Gesetzes<sup>62</sup>, das von einem (eigenen) Anspruch der Aktionäre und Gläubiger spricht. Weiter wird sie Art. 757 OR gerecht, wonach ein Aktionär allenfalls auch dann klagen kann, wenn der Anspruch der Gesellschaft infolge Dechargeerteilung untergegangen ist. Endlich ist die Auffassung, es vertrete der Aktionär ein eigenes Forderungsrecht, auch aus praktischen Gründen zu befürworten: Sie verhindert, dass eine fehlbare Verwaltung die Geltendmachung mittelbaren Schadens durch Aktionäre und Gläubiger dadurch vereiteln kann, dass sie einen unangemessenen Vergleich abschliesst oder bewusst ein ungünstiges Urteil provoziert.

Fest steht jedenfalls, dass nach der klaren gesetzlichen Ordnung die Erteilung der Decharge dem Klagerecht des nicht zustimmenden Aktionärs nicht entgegensteht, sondern dieses lediglich zeitlich beschränkt<sup>63</sup>. Der Erteilung der Entlastung kommt damit eine sehr viel geringere Bedeutung zu als gemeinhin angenommen wird.

58 Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 102; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 86; Wyler (zit. Anm. 2) 43; Morant (zit. Anm. 2) 64; unrichtig Burckhardt (zit. Anm. 23) 123 und Hotz (zit. Anm. 2) 202, die offenbar von der Subsidiarität des Klagerechts des Aktionärs ausgehen.

59 Vgl. Protokoll der Expertenkommission (zit. Anm. 55) 446 f und Botschaft des Bundesrates (zit. Anm. 55) 61.

60 Vgl. BGE 86 III 161; ausdrücklich offen ist BGE 87 II 300; wie BGE 86 III 161 dagegen wohl wieder BGE 93 III 64.

61 Kommentar (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 53 ff, Art. 755 N 7 und Art. 756 N 3 ff.

62 Art. 755 OR.

63 Vgl. Art. 757 OR.

bb) Stark eingeschränkt ist das Klagerecht des Aktionärs *im Konkurs* und im Falle eines *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung*. Vorerst kann er seinen mittelbaren Schaden nicht mehr selbständig geltend machen. Vielmehr wird das Klagerecht durch die Konkursverwaltung ausgeübt, wobei sich wiederum die praktische Bedeutung der Qualifizierung als selbständigen Forderungsrechts – wie sie hier vertreten wird – zeigt:

Die Konkursverwaltung kann nämlich – gestützt auf das Klagerecht des Aktionärs – auch dann klagen, wenn der Verwaltung Entlastung erteilt worden ist<sup>64</sup>.

Nur wenn die Konkursverwaltung auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet, können die Aktionäre dessen “Abtretung”<sup>65</sup> verlangen<sup>66</sup>. Erst dann können sie ihren Anspruch aus mittelbarem Schaden selbständig geltend machen, wobei das Prozessergebnis nach den Bestimmungen des SchKG, also gemäss Art. 260 SchKG, zu verwenden sein soll. Diese summarische Ordnung ist missglückt und schafft zahlreiche Probleme: Es wurde übersehen, dass Art. 260 SchKG von den Gläubigern handelt und dem Aktionär die Rechtsstellung des Gläubigers gerade nicht zukommt. Auch fehlt eine Regelung der Konkurrenz zwischen Aktionären und Gläubigern.

Das Recht auf “Abtretung” des Klagerechts ist für den Aktionär wenig attraktiv: Falls nämlich Aktionäre und Gläubiger gleichzeitig klagen, sind vorab die letzteren entsprechend ihrem Rang zu befriedigen und kann nur ein allfällig nach voller Befriedigung der beteiligten Gläubiger verbleibender Überschuss den Aktionären in analoger Anwendung von Art. 260 II SchKG zugewiesen werden<sup>67</sup>.

### 3. Die Gläubiger

- a) Auch bei den Klagerechten der Gläubiger ist zu unterscheiden zwischen unmittelbarer und mittelbarer Schädigung:
- b) Der *unmittelbar geschädigte* Gläubiger kann in gleicher Weise individuell direkt gegen die verantwortlichen Personen vorgehen wie der *unmittelbar geschädigte* Aktionär<sup>68</sup>.

64 Vgl. BGE 86 III 161.

65 Es handelt sich um ein Institut sui generis und nicht etwa um eine Abtretung im Sinne von Art. 164 ff OR, mit der es allerdings Gemeinsamkeiten aufweist, vgl. BGE 93 III 63 E 1a.

66 Dem Begehren *muss* Folge geleistet werden, und es kann die Konkursverwaltung die Abtretung nicht verweigern mit der Begründung, die Forderung bestehe nicht; vgl. Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs 28 (1964) 214 ff und 15 (1951) 93 f.

67 Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 756 N 22; Funk (zit. Anm. 2) Art. 756 N 2; Fehr (zit. Anm. 53) 154.

68 Vgl. Senn (zit. Anm. 56) 146; Guhl/Merz/Kummer (zit. Anm. 22) 653; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 81.

c) Hinsichtlich der *mittelbaren Schädigung* sind wiederum die Verhältnisse ausser Konkurs und nach der Konkurseröffnung verschieden:

aa) Eine eigenartige Ordnung findet sich im Gesetz für die Geltendmachung *ausser Konkurs*: In Art. 755 OR wird dem Gläubiger scheinbar ein gleiches Klagerecht zuerkannt wie dem Aktionär. Art. 758 OR aber widerspricht dieser Bestimmung direkt, indem erklärt wird, der Gläubiger könne sein Klagerecht ausser Konkurs nicht selber geltend machen. Der Widerspruch zwischen diesen beiden Bestimmungen ergibt sich aus der Gesetzesentstehung: Art. 755 OR war von allem Anfang an in den Gesetzesentwürfen enthalten. Eine Art. 758 OR entsprechende Norm fand sich zwar im altOR, wurde dann aber im Laufe der Vorarbeiten zur Revision eliminiert und kam erst anlässlich der Beratungen der ständerätlichen Kommission wieder in den Entwurf<sup>69</sup>. Eindeutig ist aber der Wille des Gesetzgebers, dem *Gläubiger die Klage zu versagen, solange die Gesellschaft aufrecht steht*. Bis zum Konkurs soll er sich vielmehr "an seinen eigentlichen Schuldner, an die AG"<sup>70</sup> halten müssen.

Bei näherem Zusehen zeigt sich allerdings, dass die beiden einander widersprechenden Bestimmungen ohnehin *toter Buchstabe* sind: Solange die Gesellschaft aufrecht steht und ihren Verpflichtungen nachkommt, kann nämlich gar nicht von einer mittelbaren Schädigung von Gläubigern gesprochen werden: Während der Aktionär bei Substanzverlusten der AG indirekt Verluste erleidet, indem der innere Wert seiner Beteiligung sinkt, werden die Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschaft durch einen solchen Substanzverlust so lange nicht tangiert, als die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nachkommen kann. Der Gläubiger ist damit *überhaupt nicht geschädigt, auch nicht mittelbar*.

Das Gesetz ist somit in diesem Bereich *in doppelter Hinsicht mangelhaft*: Nicht nur wurden im gleichen Abschnitt zwei Bestimmungen aufgestellt, die sich offensichtlich widersprechen, sondern es wurde auch der elementare Unterschied zwischen der Stellung des forderungsberechtigten Gläubigers und der des risiko- und substanzbeteiligten Gesellschafters übersehen.

bb) Von einer mittelbaren Schädigung der Gläubiger zu sprechen rechtfertigt sich dagegen *im Konkurs*. Hat die Gesellschaft durch pflichtwidriges Verhalten von Organpersonen Schaden erlitten und kann sie deshalb ihre Gläubiger nicht mehr befriedigen, dann sind auch diese durch die eingetretenen Substanzverluste mittelbar geschädigt. Das Gesetz regelt ihr Klagerecht im wesentlichen gleich wie das des Aktionärs<sup>71</sup>.

69 Vgl. Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 90 ff; Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 758 N 1; Bättig (zit. Anm. 2) 24 f.

70 Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 91.

71 Immerhin kommt dem Gläubiger insofern eine stärkere Stellung zu, als er aufgrund von Art. 255 ff SchKG in der Gläubigerversammlung direkten Einfluss auf den Entscheid über die Anstrengung von Verantwortlichkeitsklagen nehmen kann.

Im Vergleich zu den Aktionären dürften die Gläubiger ein weit *stärkeres Interesse* an der selbständigen Geltendmachung von Ersatzansprüchen haben, weil ein Erlös in erster Linie ihnen zugute kommt.

### III. Die Voraussetzungen von Verantwortlichkeitsansprüchen im allgemeinen

Voraussetzung für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist stets, dass

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

Auf diese Voraussetzungen ist nun im einzelnen einzutreten.

### IV. Schaden, Schadensnachweis und Schadensberechnung

#### 1. Der Schaden

Unabdingbare Voraussetzung jeder Verantwortlichkeit ist zunächst, dass überhaupt ein *Schaden* vorliegt<sup>72</sup>. Ist ein solcher nicht feststellbar, dann sind Verantwortlichkeitsansprüche schlechthin, auch bei pflichtwidrigem Verhalten, ausgeschlossen. Es geht eben im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht um *Wiedergutmachung*, nicht um *Strafe*.

“Schaden ist eine Vermögensverminderung”<sup>73</sup>, er entspricht der “Differenz ... zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte”<sup>74</sup>.

Aktienrechtlich relevant ist *aller Schaden*, nicht nur der sogenannte positive Schaden, das *damnum emergens*, sondern auch der entgangene Gewinn, das *lucrum cessans*<sup>75</sup>.

Im Verantwortlichkeitsrecht der AG spielt grundsätzlich nur der vorstehend umschriebene, mit einer Beeinträchtigung wirtschaftlicher Art verbundene Schaden im eigentlichen Sinn, der *Vermögensschaden*, eine Rolle. Immaterielle Unbill, die

72 Vgl. BGE 95 II 324 E 2.

73 Oftinger (zit. Anm. 2) 53.

74 Oftinger (zit. Anm. 2) 54; vgl. auch etwa BGE 97 II 176.

75 Vgl. Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 77; Pierre Glasson: La responsabilité civile des administrateurs de la société anonyme ... (Diss Fribourg 1937) 140; zur Unterscheidung statt vieler Oftinger (zit. Anm. 2) 55.

durch schuldhaftes Verhalten der Organe allenfalls auch entstehen kann, ist in der Regel nicht zu beachten. Immerhin wird man die Berücksichtigung immaterieller Unbill und damit die Zusprechung von *Genugtuung* nicht absolut ausschliessen<sup>76</sup>.

Unwesentlich ist, ob der Verantwortliche durch die Schädigung einen *eigenen Vorteil* erlangt hat oder auch nur erlangen wollte<sup>77</sup>.

## 2. *Schadensnachweis und Schadensberechnung*

a) Der eingetretene Schaden ist nachzuweisen, nicht nur dessen Existenz, "sondern auch dessen Umfang, und zwar zahlenmässig, gestützt auf eine Schadensberechnung"<sup>78</sup>. Die *Beweislast* obliegt dabei dem *Geschädigten*<sup>79</sup>.

Grundsätzlich ist der Schaden im einzelnen zu substantiieren, d.h. es ist der Schadensnachweis *ziffernmässig zu erbringen*<sup>80</sup>. Diese Substantiierung kann bei Verantwortlichkeitsklagen ausserordentliche Schwierigkeiten mit sich bringen. Insbesondere werden bei mittelbarer, indirekter Schädigung der Aktionär und der Gläubiger oft nicht in der Lage sein, Existenz und Höhe des Schadens klar zu beweisen und ziffernmässig anzugeben<sup>81</sup>, fehlen ihnen doch dafür die nötigen Kontroll- und Einsichtsrechte.

Ist ein Schaden oder dessen Höhe nicht beweisbar, dann kann die *Festsetzung durch den Richter* "mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen"<sup>82</sup> bestimmt werden<sup>83</sup>. Doch ist hervorzuheben, dass Art. 42 II OR dem Kläger die Pflicht zur Beweisführung und namentlich zur Substantiierung des Schadens nicht einfach abnimmt<sup>84</sup>. Soweit möglich und zumutbar<sup>85</sup> muss daher der Beweis durch eine zahlenmässige Berechnung angetreten werden<sup>86</sup>. Im übrigen sind zumindest Tatsachen darzulegen, die mit einer "gewissen Überzeugungskraft" den Schadenseintritt belegen<sup>87</sup>. Auch hat der Kläger glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 42 II OR gegeben sind<sup>88</sup>.

76 Dies entgegen Morant (zit. Anm. 2) 55.

77 Vgl. BGE 99 II 182; Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 109 a.E.

78 Oftinger (zit. Anm. 2) 175.

79 Art. 42 I OR, vgl. etwa ZR 57 (1958) Nr. 53 S. 145.

80 Vgl. für das Verantwortlichkeitsrecht etwa BGE 79 II 179.

81 Frick (zit. Anm. 2) 51; Hans Düggelein: Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs ... (Diss Bern 1977 = Schriftenreihe der Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer 19) 91 f.

82 Art. 42 II OR.

83 Oftinger (zit. Anm. 2) 175 ff.

84 Vgl. BGE 79 II 179 und etwa Repertorio 197 (1974) 330 ff.

85 Zur Nichtzumutbarkeit wegen unverhältnismässiger Kosten vgl. Oftinger (zit. Anm. 2) 176.

86 Vgl. etwa BGE 79 II 179. Unrichtig daher Burckhardt (zit. Anm. 23) 136 f, wonach es "als genügend angesehen werden [muss], wenn die auf Ersatzleistung klagende Partei dartut, dass ein Verhalten der Verwaltung vorliegt, das darauf schliessen lässt, dass ein Schaden entstanden ist", wobei dessen Höhe dann vom Richter abzuklären sei.

87 Vgl. BGE 98 II 37, 95 II 501.

88 Vgl. BGE 98 II 37, 39.

Andererseits ist festzuhalten, dass gemäss Art. 42 II OR nicht nur der *Schadensumfang*, sondern allenfalls der *Eintritt* eines Schadens *als solcher* durch richterliches Ermessen bestimmt werden kann<sup>89</sup>.

Fehlt es an der Glaubhaftmachung oder an einer zumutbaren Substantiierung, ist die Klage in der Regel abzuweisen.

- b) Gelegentlich werden dem Geschädigten durch ein pflichtwidriges Verhalten nicht nur Nachteile, sondern auch *Vorteile* entstehen. Diese sind auf den Schaden *anzurechnen*, vermindern also den Schadensbetrag<sup>90</sup>. Doch muss im Hinblick auf das Verantwortlichkeitsrecht betont werden, dass es nicht etwa als “Vorteil” zu betrachten ist, wenn ein Verwaltungsrat im allgemeinen pflichtgemäss gehandelt hat. Vielmehr ist der Verwaltungsrat verpflichtet, “nicht nur in der Regel, sondern stets pflichtgemäss zu handeln” und kann er daher “einen durch pflichtgemässe Geschäftsführung erzielten Gewinn nicht gegen von ihm zu vertretende Verluste aufrechnen”<sup>91</sup>.

## V. Pflichtverletzung der Verantwortlichen

- a) Voraussetzung der Verantwortlichkeit ist stets ein *pflichtwidriges Verhalten*, ein Verstoss gegen ausservertragliche oder vertragliche bzw. vertragsähnliche Pflichten. Ein Verwaltungsrat kann somit nicht etwa haftbar gemacht werden für Verluste, die trotz korrekter Pflichterfüllung eintreten.

Die Lehre spricht im Verantwortlichkeitsrecht in der Regel von *Widerrechtlichkeit*<sup>92</sup>. *Widerrechtlichkeit* wird in der Literatur und Judikatur umschrieben als ein schädigendes Verhalten, das “gegen geschriebene oder ungeschriebene Gebote oder Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen”<sup>93</sup>. Damit ist aber der Begriff für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit *zu eng*, bezieht er sich doch nur auf ausservertragliches Handeln<sup>94</sup>, während die aus Art. 752 ff fliessenden Ansprüche teils auch vertraglicher oder vertragsähnlicher Natur sind<sup>95</sup>. Der Begriff der *Pflichtwidrigkeit*, der auch vertragswidriges Verhalten einschliesst, ist daher m.E. vorzuziehen<sup>96</sup>.

- b) Ein Verhalten, das im allgemeinen eine Pflichtwidrigkeit darstellt, kann *im Einzelfall gerechtfertigt* sein. So wird die *Widerrechtlichkeit* oder *Vertragswidrigkeit*

89 Vgl. BGE 95 II 501.

90 Allgemein zur Vorteilsanrechnung Oftinger (zit. Anm. 2) 178 ff.

91 Charles Victor Stutterheim: Die Verstärkung des Persönlichkeitsmomentes in der AG (Diss Bern 1949) 49.

92 Vgl. etwa Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 64 und Art. 752 N 8.

93 BGE 91 II 405, mit weiteren Hinweisen.

94 Vgl. Oftinger (zit. Anm. 2) 229.

95 Vgl. dazu hinten S. 49.

96 Kritisch zu diesem Begriff allerdings Zellweger (zit. Anm. 2) 27.



grundsätzlich beseitigt durch die Einwilligung dessen, der die Vermögensverminderung erleidet<sup>97</sup>.

Zu beachten ist jedoch, dass bei mittelbarer Schädigung der AG die Aktionäre stets und die Gläubiger im Falle der Überschuldung mittelbar geschädigt sind<sup>98</sup>. Ihnen gegenüber bleibt die Pflichtwidrigkeit trotz Einwilligung der Gesellschaft bestehen, es sei denn, sie hätten der in Frage stehenden Handlung ebenfalls zugestimmt.

Die Pflichtwidrigkeit kann gegenüber der Gesellschaft namentlich dann ausgeschlossen sein, wenn in *Ausführung von Generalversammlungsbeschlüssen* gehandelt wird oder wenn ein dem Verwaltungsrat untergeordnetes Organ dessen *Weisungen befolgt*<sup>99</sup>.

## VI. Adäquater Kausalzusammenhang

- a) Zwischen der pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen<sup>100</sup>.

Erforderlich ist zunächst der *natürliche Zusammenhang* zwischen pflichtwidrigem Verhalten und Schaden, es muss also zwischen Schaden und pflichtwidriger Handlung "die Beziehung von Ursache und Wirkung bestehen"<sup>101</sup>. Dieser natürliche Kausalzusammenhang reicht jedoch für sich allein nicht aus; vielmehr wird ein *adäquater Kausalzusammenhang*<sup>102</sup> verlangt. Nach der vom Bundesgericht in BGE 93 II 29 speziell für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit wiederholten Formel gilt ein Ereignis "als adäquate Ursache eines Erfolges, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, so dass der Eintritt dieses Erfolges durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint ..."<sup>103</sup>.

Ob ein pflichtwidriges Verhalten adäquate Ursache eines Schadens ist, kann vor allem bei einer indirekten Verursachung der Schädigung<sup>104</sup> fraglich sein. Als allgemeiner Grundsatz ist festzuhalten, dass im Bereich der aktienrechtlichen

97 Vgl. Oftinger (zit. Anm. 2) 134. Daher können z.B. weder die Gesellschaft noch Aktionäre Gründern gegenüber Schadenersatz aus Überbewertung einer Sacheinlage fordern, wenn diese Überbewertung allen an der Gesellschaft Beteiligten bekannt war, vgl. BGE 83 II 56 f, 65, ferner BGE 86 III 159, sodann aber BGE 90 II 496 f.

98 Vgl. vorn 36, 39.

99 Vgl. aber vorn S. 35, wonach ein Generalversammlungsbeschluss die Verwaltung nicht in jedem Fall ihrer Verantwortung enthebt.

100 Vgl. spezifisch für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit etwa BGE 93 II 29 f.

101 Oftinger (zit. Anm. 2) 70.

102 Dazu allgemein Oftinger (zit. Anm. 2) 71 ff.

103 Mit Judikaturhinweisen; vgl. auch BGE 101 II 165 sowie 96 II 396 E 2.

104 Etwa infolge ungenügender Überwachung von pflichtwidrig handelnden Untergebenen durch den Verwaltungsrat; vgl. Hirsch (zit. Anm. 2) 163; ferner Bättig (zit. Anm. 2) 103 f.

Verantwortlichkeit an die Adäquanz *keine hohen Anforderungen* gestellt werden<sup>105</sup>.

- b) Nicht erforderlich ist, dass das pflichtwidrige Verhalten die alleinige Ursache des Schadens bildet. Vielmehr genügt es, dass die Pflichtwidrigkeit eine *Teilursache* darstellt und ist belanglos, ob noch andere Ursachen, wie etwa das schuldhaftige Verhalten Dritter, mitgewirkt haben.
- c) Ein adäquater Kausalzusammenhang *fehlt* trotz pflichtwidrigen Verhaltens natürlich dann, *wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können*<sup>107</sup>. Doch kann sich der Verantwortliche *nicht mit Hypothesen seiner Haftung entziehen*. So lehnten die Gerichte etwa das Argument eines Verwaltungsrates, der einen grossen Teil des Grundkapitals für hochspekulative Aktienkäufe verwendet hatte, ab, die Gesellschaft hätte auch durch eine nicht zu beanstandende Vermögensanlage zu Schaden kommen können<sup>108</sup>. Ebenso wenig wurde der Einwand einer Kontrollstelle akzeptiert, der Verwaltungsrat hätte ihren Meldungen ohnehin keine Beachtung geschenkt<sup>109</sup>.

## VII. Verschulden

### 1. *Der Grundsatz: Haftung für jedes Verschulden, auch für die leichte Fahrlässigkeit*

Eine Haftung nach den Bestimmungen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit kann endlich nur dann eintreten, wenn die Verantwortlichen ein *Verschulden* trifft. Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist eben – in den Worten Bärs<sup>110</sup> – “kein Strafexerzieren im Verband Schuldiger und Unschuldiger”.

Nach geltendem Recht wirkt *jedes Verschulden*, auch die leichte Fahrlässigkeit, grundsätzlich haftungsbegründend. Erst bei der Bemessung der Höhe des Schadenersatzes<sup>111</sup> ist der bloss leichten Fahrlässigkeit allenfalls Rechnung zu tragen.

Doch ist zu betonen, dass das Risiko der verantwortlichen Personen “auf ein vernünftiges, mit dem praktischen Leben in Einklang stehendes Mass beschränkt”<sup>112</sup>

105 Vgl. etwa BGE 93 II 29, wo betont wird, es komme “auf die allgemeine Eignung der fraglichen Ursachen an, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen ...”.

106 Vgl. Oftinger (zit. Anm. 2) 296; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 279 und etwa BGE 80 III 58.

107 So etwa, wenn zwar die Verwaltung ihrer Überwachungspflicht nur ungenügend nachgekommen ist, eine deliktisch handelnde Direktion aber derart raffiniert vorging, dass ihre Transaktionen auch bei sorgfältiger Überwachung nicht hätten entdeckt werden können. Vgl. auch den in SAG 17 (1944/45) 232 zitierten Bundesgerichtsentscheid.

108 Vgl. BGE 99 II 181 sowie hiezu von Greyerz in SAG 46 (1974) 167 ff, 169.

109 Vgl. ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 71 f.

110 Zit. Anm. 2, 465.

111 Dazu nachstehend S. 50 f.

112 Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 80; zustimmend Bär (zit. Anm. 2) 459 ff.

bleiben muss. Auszugehen ist dabei vom bei vergleichbaren Gesellschaften Üblichen, wobei selbstverständlich Missstände, auch wenn sie verbreitet sein sollten, nicht zu einer Herabsetzung der Verantwortlichkeit führen dürfen<sup>113</sup>.

Dabei ist stets in Rechnung zu stellen, dass eine komplexe Aufgabe, wie sie die Führung eines Unternehmens darstellt, "einen sehr strengen Massstab an die Umsicht nicht erträgt, weil sie erschwert, die vielfältigen, von einer Unzahl von Einflüssen abhängigen Möglichkeiten des weitem Verlaufs zu erkennen bzw. zu beurteilen"<sup>114</sup>. Ebenso muss es namentlich den mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen unbenommen bleiben, *vernünftige Risiken einzugehen*<sup>115</sup>.

## 2. Anwendung eines objektivierten Verschuldensmassstabes

- a) Zugrunde zu legen ist nach heute allgemeiner Auffassung ein *objektivierter Verschuldensmassstab*<sup>116</sup>. Abgestellt wird auf diejenige Sorgfalt, "die ein gewissenhafter und vernünftiger Mensch desselben Verkehrskreises wie die Verantwortlichen unter den gleichen Umständen als erforderlich ansehen würde"<sup>117</sup>, d.h. es hat der Verantwortliche "für jene Fähigkeiten einzustehen ..., die der Verkehr bei einer Person voraussetzen darf, welche in einer bestimmten Eigenschaft auftritt"<sup>118</sup>.

Aus der Objektivierung folgt zweierlei:

- Die *subjektive Entschuldbarkeit* eines schädigenden Verhaltens ist für sich allein belanglos.
- Andererseits ist den *konkreten Umständen* Rechnung zu tragen.

- b) Aus den Prinzipien der Objektivierung und Konkretisierung sind in der Praxis verschiedene Regeln abgeleitet worden:

- aa) Zunächst ergibt sich daraus, dass die *Komplexität der Geschäftstätigkeit* einer Gesellschaft zu berücksichtigen ist, und zwar in doppelter Weise: Einerseits sind an die Sorgfalt um so höhere Anforderungen zu stellen, je verant-

113 Ebenso Hirsch (zit. Anm. 2) 255, der als solchen Missstand das Unterzeichnen von Briefen ohne vorherige Durchsicht erwähnt.

114 Bär (zit. Anm. 2) 462.

115 Dies schliesst jedoch ein rein spekulatives Verhalten nicht ein, vgl. BGE 99 II 178 ff. Vgl. immerhin BGE 59 II 460, wo der auch von den Klägern in Kauf genommene spekulative Charakter des in Frage stehenden Geschäftes als Herabsetzungsgrund berücksichtigt wurde.

116 Vgl. Oftinger (zit. Anm. 2) 143; Bär (zit. Anm. 2) 463; Biggel (zit. Anm. 2) 54 f; Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 752 N 15; Hirsch (zit. Anm. 2) 254; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 80. Unrichtig Bättig (zit. Anm. 2) 34, wonach zur objektiven Unsorgfalt "zusätzlich ein subjektiver Mangel des Könnens und/oder Wollens" treten muss.

117 Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 80, mit weiteren Hinweisen.

118 Bär (zit. Anm. 2) 463.

- wortungsvoller die Tätigkeit der Organperson ist<sup>119</sup>. Auf der andern Seite ist zu berücksichtigen, dass bei einer komplexen und umfangreichen Tätigkeit auch der sorgfältige Geschäftsmann nicht jeden Einzelbereich selber überwachen kann, dass er sich also in weitem Umfang auf die Mitwirkung von qualifizierten Dritten verlassen können muss, ohne dass ihm dies als Fahrlässigkeit angelastet werden darf<sup>120</sup>.
- bb) Fest steht sodann, dass sich der Verwaltungsrat nicht etwa damit exkulpieren kann, dass er nachweist, die sogenannte *diligentia quam in suis angewendet zu haben*, d.h. diejenige Sorgfalt, *die er in seinen eigenen Angelegenheiten anwendet*<sup>121</sup>. Anders als im Recht der Personengesellschaften<sup>122</sup> kommt es auf die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes an und kann der Leichtfertige seine auch in eigenen Angelegenheiten bewiesene Sorglosigkeit nicht als Entschuldigung anrufen.
- cc) Aus der Objektivierung des Verschuldensmassstabes folgt auch, dass *Un- erfahrenheit* und *mangelnde Kenntnisse* nicht exkulpieren<sup>123</sup> und auch nicht etwa zu einer Reduktion der Ersatzpflicht führen können, wie dies im Arbeitsvertragsrecht aus sozialpolitischen Gründen vorgesehen ist<sup>124</sup>. Aus der erforderlichen Konkretisierung folgt, dass die vorauszusetzenden *Fach- kenntnisse je nach den Umständen verschieden* und dass allenfalls trotz allgemeiner Eignung fehlende Kenntnisse durch den Beizug eines Fachmannes wettzumachen sind<sup>125</sup>.
- dd) Während die ungenügende Qualifikation nicht haftungsmildernd wirkt, führen *besondere fachliche Kenntnisse* nach der Rechtsprechung zu einer Haftungsverschärfung, kann man doch – wiederum nach objektiven Grund-

119 Vgl. Oftinger (zit. Anm. 2) 147; Hirsch (zit. Anm. 2) 254; Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 752 N 15.

120 Ähnlich Hirsch (zit. Anm. 2) 254.

121 Vgl. BGE 99 II 180; ZR 72 (1973) Nr. 58 S. 146. Vgl. zu diesen Entscheiden von Greyerz in SAG 46 (1974) 167 ff, 169 und Kummer in ZBJV 111 (1975) 144 ff. Unrichtig Paul Ulrich Lanz: Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrates (Diss Basel, Bern 1969) 35 f, wonach es auf die individuellen Gewohnheiten des einzelnen Verwaltungsrates ankommen soll und damit die allgemeine Leichtfertigkeit einer Organperson als haftungsmildernd in Betracht zu ziehen wäre.

122 Vgl. Art. 538 I OR.

123 Vgl. BGE 93 II 27; Bundesgericht in SAG 17 (1944/45) 230; Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 95 und Art. 752 N 15. Anders und m.E. unrichtig das Bundesgericht in SAG 9 (1936/37) 120, wo die "fehlende kaufmännische und technische Erfahrung" des verantwortlichen Verwaltungsrates haftungsmildernd berücksichtigt wird. Diese Ansicht dürfte durch BGE in SAG 17 (1944/45) 230 überholt sein.

124 Vgl. Art. 321e II OR.

125 Das Abstellen auf die Auskunft eines kompetenten Fachmannes wird in aller Regel für die Erfüllung der Sorgfaltspflicht ausreichen. Fragwürdig daher BGE 99 II 181, wo für einen Verantwortlichen – allerdings ein erfahrener Fachmann, der zur Abwägung des möglichen Schadens nach Ansicht des Gerichts hätte selber fähig sein sollen – kategorisch ausgeführt wird: "Dass er sich auf Fachkundige verlassen haben will, mildert sein Verschulden nicht." Fragwürdig ebenso die Vorinstanz in ZR 72 (1973) Nr. 58 S. 146, wo von der Zeugen- einvernahme dieser Fachleute abgesehen wurde, weil der Verwaltungsrat "grundsätzlich haftbar" sei, "wie auch immer die Auskünfte der Vertrauensleute ... gelautet haben mögen". Zur Kritik vgl. auch von Greyerz in SAG 46 (1974) 169.

sätzen – von einer besonders qualifizierten Person auch ein hohes Mass an Sorgfalt verlangen<sup>126</sup>.

- ee) Unbestritten ist – auch dies folgt aus der Objektivierung –, dass *Zeitmangel* keinen Exkulpationsgrund darstellen kann<sup>127</sup>. Ebenso wenig vermag *verschuldete Abwesenheit* die Haftung zu reduzieren<sup>128</sup>. Stark umstritten ist dagegen, ob die Haftung des Verwaltungsrates bei *unverschuldeter Abwesenheit* entfällt oder ob er auch dann haftbar werden kann, wenn er nicht alles Zumutbare unternimmt, um die in seiner Abwesenheit erfolgten pflichtwidrigen Beschlüsse und Handlungen rückgängig zu machen<sup>129</sup>.

Zu erinnern ist immerhin daran, dass neben dem Verschulden auch die *Kausalität* nachzuweisen ist: Die Haftung des Abwesenden entfällt daher in jedem Falle dann, wenn seine aktive Präsenz keine Änderung herbeigeführt hätte<sup>130</sup>.

- ff) Stillschweigen, Stimmenthaltung und sonstwie *passives Verhalten* schliessen die Haftung nicht ohne weiteres aus<sup>131</sup>.

Vielmehr ist zu verlangen, dass ein pflichtwidriger Beschluss ausdrücklich abgelehnt wird<sup>132</sup>, dass die Organperson dagegen opponiert<sup>133</sup>, dass sie sich allenfalls für die Wiedererwägung des Entscheides oder gegen dessen Realisierung einsetzt<sup>134</sup> oder dass sie ihre abweichende Auffassung zu Protokoll gibt<sup>135</sup>. Wiederum ist auszugehen vom objektiv unter den gegebenen Umständen Angemessenen.

- gg) Zu betonen ist endlich, dass den lediglich *fiduziarisch Tätigen* die volle Haftung wie eine unabhängige handelnde Organperson trifft.

126 Vgl. etwa BGE 93 II 30, wonach an die als Kontrollstelle tätige Treuhandgesellschaft ein besonders strenger Massstab anzulegen ist.

127 Vgl. BGE 97 II 411.

128 Vgl. Hirsch (zit. Anm. 2) 256; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 32; Forstmoser/Meier-Hayoz (zit. Anm. 2) § 25 N 25; Zellweger (zit. Anm. 2) 37.

129 Für einen Ausschluss der Haftung des entschuldigt abwesenden Mitgliedes eines Kollegialorgans schlechthin Hirsch (zit. Anm. 2) 256; Biggel (zit. Anm. 2) 147 f (etwas einschränkend) sowie Emil Schucany: Verantwortlichkeit wegen Absenz und Stimmenthaltung im Verwaltungsrat, SJZ 60 (1964) 229 ff. Dagegen will Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 32 die Organperson trotzdem verantwortlich machen, wenn sie es unterlässt, "sich hinterher nach besten Kräften für die Wiederherstellung einer ordnungsgemässen Geschäftstätigkeit einzusetzen". Ähnlich wohl Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 N 94.

130 Schucany (zit. Anm. 129) 229; Bär (zit. Anm. 2) 480 f, der auf die Schwierigkeit des Nachweises fehlender Kausalität hinweist. Dazu ist zu betonen, dass der Kläger den Kausalzusammenhang nachzuweisen hat, nicht der Beklagte dessen Fehlen.

131 Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 32; Hirsch (zit. Anm. 2) 256; Fehr (zit. Anm. 53) 150.

132 So Schucany (zit. Anm. 129) 230.

133 Vgl. Hirsch (zit. Anm. 2) 481.

134 Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 32.

135 Vgl. Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 698 N 90; nach anderen Autoren soll die Protokollierung der Distanzierung für sich allein nicht stets genügen, vgl. Senn (zit. Anm. 56) 171; Biggel (zit. Anm. 2) 149; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 232.

### 3. *Kompetenzaufteilung und Kompetenzdelegation als Mittel der Risikobeschränkung*<sup>136</sup>

- a) In keiner grösseren Gesellschaft ist es zumutbar oder auch nur möglich, dass sich der Verwaltungsrat um jede Einzelheit kümmert. Eine Strukturierung, eine Aufteilung und Delegation von Aufgaben und Kompetenzen drängt sich damit auf. Diese ist auch mit Bezug auf die Verantwortlichkeit bedeutsam, wobei zu unterscheiden ist:
- b) Bildet der Verwaltungsrat vorbereitende *Ausschüsse* oder teilt er Aufgaben *intern unter sich auf*, dann bleiben trotzdem das Kollegialorgan und seine sämtlichen Mitglieder grundsätzlich verantwortlich und damit auch haftbar. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn Ausschüsse von der Verwaltung selber bestellt und nach aussen nicht bekanntgegeben werden<sup>137</sup>.

Doch kann in der Aufteilung von Kompetenzen und in der Beschränkung des Gesamtorgans auf Grundsatzentscheide und grundlegende Informationen eine gerechtfertigte organisatorische Massnahme liegen, so dass den Mitgliedern des Gesamtorgans allenfalls trotz Eintritts eines Schadens keine Nachlässigkeit vorwerfbar ist und sie keine Haftung trifft.

- c) Unbestritten ist, dass die erlaubte *Delegation* von Funktionen durch den Verwaltungsrat an eine externe Stelle – einen Delegierten, eine Direktion oder auch an Dritte – haftungsbefreiend wirkt<sup>138</sup>. Die Delegation führt somit zu einer *Verlagerung der Verantwortung*, und es bleiben die Mitglieder des Verwaltungsrates nur noch für die nicht delegierten oder nicht delegierbaren Funktionen, insbesondere für ihre Pflicht zu sorgfältiger Auswahl, Instruktion und Überwachung der beauftragten Personen, verantwortlich<sup>139</sup>.

### 4. *Zur Frage der Beweislast*

- a) Gesetzlich nicht geregelt ist die Frage, wer mit Bezug auf das Verschulden die Beweislast trägt: Hat der Kläger ein Verschulden zu beweisen oder muss umge-

136 Grundlegend zu dieser Frage Vischer (zit. Anm. 2); vgl. ferner Bär (zit. Anm. 2) 479 ff und neuerdings Beat Kleiner: Die Organisation der grossen AG unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit, SAG 50 (1978) 3 ff.

137 A.M. Lanz (zit. Anm. 121) 38 ff, wonach die Bestellung von Ausschüssen eine Haftungsreduktion zugunsten der übrigen Verwaltungsräte begründen soll. Unklar in dieser Hinsicht E.J. Eigenmann: Das Reglement der AG, SAG 24 (1951/52) 149 ff.

138 Vgl. Vischer (zit. Anm. 2) 366; Karl Spiro: Verwaltungsrat und Aktienbuch ..., SAG 31 (1958/59) 1 ff, 10; Fridolin Allemann: Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der AG (Diss Zürich 1951) 46; Fritz von Steiger: Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, wenn alle Aktionäre im Verwaltungsrat?, SAG 35 (1962/63) 265 ff, 269; ferner das Bundesgericht im – freilich in verschiedener Hinsicht zu kritisierenden – Entscheid in SAG 23 (1950/51) 285.

139 Vgl. etwa Forstmoser/Meier-Hayoz (zit. Anm. 2) § 24 N 30; Bär (zit. Anm. 2) 485.

kehrt die ins Recht gefasste Organperson dartun, dass sie kein Verschulden trifft?

Die Beantwortung dieser Frage hängt von der rechtlichen Qualifizierung der Verantwortlichkeitsansprüche ab. Werden diese als vertraglich oder vertragsähnlich beurteilt, dann ist ein Verschulden zu vermuten und muss sich der Beklagte exkulpieren. Sollten die Ansprüche dagegen auf ausservertraglicher, deliktischer Grundlage beruhen, muss das Verschulden vom Kläger bewiesen werden.

Auf die zum Teil umstrittene rechtliche Qualifizierung der Verantwortlichkeitsansprüche kann hier nicht näher eingetreten werden<sup>140</sup>. Zusammenfassend sei nur festgehalten, dass Klagen der *Gesellschaft* gegen die Mitglieder der Verwaltung und Geschäftsführung in Lehre und Praxis einhellig als vertraglich oder vertragsähnlich qualifiziert werden, so dass ein Verschulden zu vermuten ist und es dem Beklagten obliegt, sich zu exkulpieren. Auch die Ansprüche der *Aktionäre* aus mittelbarem wie aus unmittelbarem Schaden werden in der Bundesgerichtspraxis und von der weit überwiegenden Lehre als vertraglich oder vertragsähnlich eingestuft, und es wird damit das Verschulden wiederum vermutet. Stark umstritten ist dagegen die Rechtsnatur der Ansprüche der *Gläubiger*. Nach meiner Ansicht, die ich hier nicht näher begründen kann<sup>141</sup>, haben die Gläubiger bei der Geltendmachung unmittelbaren Schadens das Verschulden nachzuweisen, während dann, wenn Gläubiger aufgrund einer "Abtretung" im Sinne von Art. 752 II OR (auch) Ansprüche der Gesellschaft geltend machen, ein Verschulden zu vermuten wäre.

- b) Allgemein ist festzuhalten, dass die Frage der Beweislast deshalb stark an Bedeutung verloren hat, weil – wie erwähnt<sup>142</sup> – von einem objektivierten Verschuldensmassstab auszugehen ist und daher das Verschulden meist ohne weiteres feststeht, wenn eine Pflichtwidrigkeit nachweisbar ist.

## 5. *Kasuistik*

Abschliessend sei anhand einiger Entscheide aufgezeigt, was in der Praxis als schuldhaft pflichtwidriges Verhalten von Mitgliedern des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung beurteilt wurde:

- Eine Pflichtverletzung der Mitglieder der Verwaltung und insbesondere des Präsidenten wurde bejaht für den Fall, dass trotz Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung einzelner Verwaltungsratsmitglieder keine Untersuchungen und weitere Massnahmen veranlasst wurden<sup>143</sup>.

140 Vgl. hiezu Forstmoser (zit. Anm. 1) N 108 ff und die dortigen Literaturhinweise.

141 Vgl. dazu Forstmoser (zit. Anm. 1) N 120 f, 235.

142 Vgl. vorn S. 45.

143 BGE 97 II 411 ff.

- Ebenso wurde es als schuldhaft pflichtwidrig eingestuft, dass der einzelne Verwaltungsrat einen Geschäftsführer, der nicht über einwandfreie Zeugnisse verfügte, trotz prekärer Lage der Firma nicht streng überwachte und dass er es insbesondere unterliess, ein genaues Inventar über das Warenlager aufzunehmen und zu kontrollieren, ob der Geschäftsführer die vertraglichen Pflichten einhalte<sup>144</sup>.
- Die Verwaltung begeht nach der Rechtspraxis sodann eine Pflichtverletzung, wenn sie der Gesellschaft Vermögen entzieht, ohne dafür zu sorgen, dass diese eine entsprechende Gegenleistung erhält<sup>145</sup>, wenn sie beim Fehlen weiteren Gesellschaftsvermögens 80% des Grundkapitals in eine hochspekulative Anlage investiert, und zwar auch dann, wenn dies auf den Rat von Fachleuten hin geschieht<sup>146</sup>, wenn sie es unterlässt, das Aktienkapital zinsbringend anzulegen, soweit es nicht zum Abschluss anderer Rechtsgeschäfte benötigt wird<sup>147</sup>.
- Schuldhaft pflichtwidrig handelt eine Verwaltung sodann, wenn sie mit den Mehrheitsaktionären für die Gesellschaft und die Minderheitsaktionäre nachteilige Geschäfte tätigt bzw. wenn sie zugunsten der Mehrheitsaktionäre bewusst zweifelhafte Schulden in die Bilanz aufnimmt<sup>148</sup>.
- Der Verwaltungsrat begeht auch eine Pflichtverletzung, wenn er die notwendigen Abschreibungen nicht vornimmt, so dass die gesetzliche Höchstbewertung weit überschritten wird<sup>149</sup>, oder wenn er die Buchführung schlechthin unterlässt<sup>150</sup>.
- Pflichtwidrig handelt ein Mitglied des Verwaltungsrates auch schon dann, wenn es sein Mandat trotz Fehlens der notwendigen Kenntnisse angenommen hat<sup>151</sup> oder wenn es sich bei Unerfahrenheit nicht von Spezialisten beraten lässt<sup>152</sup>.

## VIII. Schadenersatzbemessung

- a) Stehen die schuldhafte Pflichtverletzung, der Schaden und der adäquate Kausalzusammenhang fest, dann hat der Verantwortliche grundsätzlich den *ganzen Schaden* zu ersetzen. Immerhin sieht das Gesetz eine Reihe von *Herabsetzungsgründen* vor:
- b) Vor allem ist der geschuldete Schadenersatz dann herabzusetzen, wenn Umstände, für die der Geschädigte einstehen muss, auf die Entstehung oder Vergrößerung

144 SAG 9 (1936/37) 219 f.

145 ZR 59 (1960) Nr. 130.

146 BGE 99 II 179 f.

147 BGE 99 II 184.

148 BGE 92 II 246.

149 SAG 17 (1944/45) 199 f.

150 BGE 77 IV 165 f.

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

152 SJZ 38 (1941/42) 74.



des Schadens eingewirkt haben<sup>153</sup>. Als solcher Umstand ist in erster Linie das *Selbstverschulden* des Geschädigten zu verstehen<sup>154</sup>.

Der Reduktionsgrund greift jedoch nur Platz gegenüber dem Kläger, den ein Selbstverschulden trifft oder bei dem ein anderer Umstand im Sinne von Art. 44 I OR vorliegt<sup>155</sup>, also z.B. nur gegenüber der Gesellschaft oder dem Aktionär, denen ein Mitverschulden vorzuwerfen ist, nicht dagegen gegenüber dem unbeteiligten Gläubiger.

- c) Nach Art. 43 I OR hat der Richter bei der Schadenersatzbemessung “die Grösse des Verschuldens” des Schädigers zu würdigen. Bei nur *leichter Fahrlässigkeit* kann er Ersatz nur für einen Teil des Schadens zusprechen. Unbestritten ist, dass eine Reduktion wegen leichten Verschuldens dann eintreten kann, wenn nur *eine einzige Organperson* haftpflichtig wird. Ausserordentlich stark umstritten ist dagegen die Frage, ob sich *einer von mehreren solidarisch Haftpflichtigen* auf sein leichtes Verschulden als Reduktionsgrund stützen kann. Auf diese Frage ist noch zurückzukommen<sup>156</sup>.

Ausnahmsweise können *weitere Gründe* zu einer Reduktion des Schadenersatzes führen, etwa der Umstand, dass die Leistung vollen Schadenersatzes den Verantwortlichen in eine *Notlage* bringen würde<sup>157</sup>.

- d) Unklar ist, ob und allenfalls in welchem Umfang die in Art. 99 II OR vorgesehene Reduktion in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Anwendung finden kann:

Der Umstand, dass der Schädiger mit seinem pflichtwidrigen Verhalten *keinen eigenen Vorteil* anstrebte, stellt jedenfalls *keinen Reduktionsgrund* dar<sup>158</sup>.

Dagegen fragt es sich, ob eine Reduktion vorgenommen werden kann, wenn eine Organperson ihre Stellung *uneigennützig* innehatte. BGE 99 II 182 scheint dies zu bejahen, während sich die Literatur hiezu eher negativ äussert<sup>159</sup>.

Falls in Anwendung von Art. 99 II OR eine Reduktion wegen *unangemessener Entschädigung* ins Auge gefasst werden soll, dann jedenfalls nur gegenüber der *Gesellschaft* und allenfalls gegenüber *Aktionären*, die um die Unentgeltlichkeit oder unangemessene Entschädigung wussten<sup>160</sup>.

153 Art. 44 I OR.

154 Dazu allgemein Oftinger (zit. Anm. 2) 265 ff; speziell zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 97 ff; Frick (zit. Anm. 2) 54 f; Beispiele in BGE 90 II 500 f; ZR 60 (1961) Nr. 72 S. 140; BGE 57 II 89 f; 49 II 247 f.

155 Vgl. Hirsch (zit. Anm. 2) 265.

156 Vgl. hinten S. 53 f.

157 Vgl. Art. 44 II OR.

158 BGE 99 II 182.

159 Die Anwendbarkeit von Art. 99 II OR gegenüber der Gesellschaft – und nur ihr gegenüber – bejahend Biggel (zit. Anm. 2) 86 f. Kategorisch gegen die Anwendbarkeit von Art. 99 II OR Senn (zit. Anm. 56) 75 und Wyler (zit. Anm. 2) 41.

160 So etwa der Treugeber beim fiduziarisch tätigen Verwaltungsrat. – Vgl. Hirsch (zit. Anm. 2) 265 f, wonach jedenfalls keine Reduktion bei einer Klage von Gläubigern stattfinden kann, eine solche bei der Klage von Aktionären sehr zweifelhaft erscheint, während allenfalls der Gesellschaft gegenüber geltend gemacht werden könne, dass “le montant de la rémunération reflète la volonté de la société de n’avoir qu’un administrateur de pure forme”.

## IX. Mehrheit von Ersatzpflichtigen

### 1. Solidarität im Aussenverhältnis

- a) Nach Art. 759 I OR haften mehrere für denselben Schaden verantwortliche Personen solidarisch. Es liegt somit unter ihnen *gesetzliche Solidarität* vor<sup>161</sup> und es sind die Bestimmungen über die solidarische Schuldnerschaft, Art. 143–149 OR anwendbar. Immerhin findet sich in Art. 759 II OR hinsichtlich des Rückgriffs eine spezielle Bestimmung, die der allgemeinen von Art. 148 I OR vorgeht.

Zwischen den solidarisch Haftenden besteht *Gesamtschuldnerschaft*, d.h. es muss jeder von ihnen voll für die ganze Forderung eintreten, bis diese getilgt ist<sup>162</sup>.

Auf der Seite der Geschädigten liegt demnach *Anspruchs- oder Klagenkonkurrenz* vor<sup>163</sup>: Sie haben gegen jeden Solidarschuldner eine selbständige Einzelforderung<sup>164</sup>, können von jedem das Ganze fordern, unter diesen beliebig einen einzigen auswählen oder aber auch zugleich gegen mehrere oder alle vorgehen<sup>165</sup>.

- b) Aus der Selbständigkeit der Verpflichtung eines jeden Verantwortlichen folgt, dass ein *Urteil*, ein *Vergleich*, aber auch *Erläss* und *Stundung nur für und gegen den Solidarschuldner wirken, der Partei ist*<sup>166</sup>. Eine Ausnahme von dieser Selbständigkeit besteht lediglich darin, dass die Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem Solidarschuldner auch gegenüber den anderen wirkt<sup>167</sup>.

Andererseits folgt aus dem Wesen der Gesamtschuld, dass durch die *Befriedigung* des Geschädigten seitens eines Schuldners *alle Solidarschuldner frei werden*<sup>168</sup>. Dagegen ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die Befreiung eines Solidarschuldners *ohne Befriedigung* der Geschädigten auch zugunsten der übrigen wirkt<sup>169</sup>.

- c) Zu betonen ist, dass *echte Solidarität* nicht nur unter den Mitgliedern der *Verwaltung*, sondern auch zwischen diesen und denen der *Kontrollstelle* besteht. In der Praxis kann dies zum wenig befriedigenden, aber dem Grundsatz der Solidarität entsprechenden Ergebnis führen, dass im schuldhaft herbeigeführten Konkurs mit den Verwaltungsräten wegen deren Zahlungsunfähigkeit trotz schwerer Pflichtverletzung Vergleiche über geringe Summen abgeschlossen werden, wäh-

161 Vgl. Art. 143 II OR.

162 Vgl. Oftinger (zit. Anm. 2) 340 f.; Bättig (zit. Anm. 2) 119; Biggel (zit. Anm. 2) 146.

163 Oftinger (zit. Anm. 2) 341.

164 Vgl. von Tuhr/Escher: Allgemeiner Teil des Schweiz. OR (3. A. Zürich 1974) 297, mit Literaturangaben; Bättig (zit. Anm. 2) 118.

165 Vgl. Zellweger (zit. Anm. 2) 50.

166 Vgl. von Tuhr/Escher (zit. Anm. 164) 310 f.; Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 759 N 8; ferner speziell für das Urteil etwa BGE 93 II 333; für den Vergleich nicht amtlich publizierter BGE in Schweizer Treuhänder 50 (1976) Heft 9 S. 27.

167 Art. 136 I OR.

168 Vgl. Art. 147 I OR und von Tuhr/Escher (zit. Anm. 164) 309.

169 Vgl. Art. 147 II OR sowie etwa ZR 34 (1935) Nr. 149 S. 311.

rend die solvente Kontrollstelle trotz ihres geringen Verschuldens ein Vielfaches zu zahlen hat<sup>170</sup>.

- d) Nach Oftinger<sup>171</sup> haben die solidarisch Haftpflichtigen für den ganzen Schaden einzustehen, also *auch für den Teil*, den sie selber *nicht adäquat verursacht* haben. Diese Konsequenz finde ihre Motivierung "in dem Bestreben, die Stellung des Geschädigten zu verbessern"<sup>172</sup>.

Dieser Ansicht ist m.E. – jedenfalls für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit – *nicht zu folgen*: Es geht nicht an, etwa Mitglieder der Kontrollstelle für Schaden haften zu lassen, der im Zeitpunkt der Revision bereits eingetreten war und durch die Kontrollstelle auch bei pflichtgemäßem Verhalten nicht hätte verhindert werden können. Ebenso wenig sollen Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung einstehen müssen für Schaden, der vor ihrer Amtszeit entstanden ist. Der Grundsatz der Solidarität ändert deshalb m.E. nichts daran, dass *jeder Schädiger nur für den Schaden einzustehen braucht, den er durch sein Verhalten adäquat kausal verursacht hat*. Diese Ansicht dürfte auch dem Gesetztext entsprechen, nach welchem die Solidarität nur diejenigen Personen erfasst, die "für denselben Schaden verantwortlich"<sup>173</sup> sind. – Die Praxis des Bundesgerichtes ist nicht eindeutig, dürfte aber der hier vertretenen Auffassung entsprechen<sup>174</sup>.

- e) Die wohl umstrittenste Frage des ganzen Verantwortlichkeitsrechts ist die, ob dem *leichten Verschulden* eines solidarisch Haftpflichtigen im Aussenverhältnis, d.h. gegenüber den Geschädigten, Rechnung zu tragen ist. Das Bundesgericht hat dies in konstanter Praxis abgelehnt und erklärt, die solidarische Haftung wolle "dem Geschädigten eine möglichst vollständige Befriedigung für seinen Anspruch sichern"<sup>175</sup>. Dies führt zum praktisch stossenden Resultat, dass der einzige Verwaltungsrat, dem ein nur geringes Verschulden vorzuwerfen ist, eine Herabsetzung seiner Ersatzpflicht erwirken kann, während der in einem Kollegialorgan Tätige bei gleichem Verschulden für den ganzen Schaden einstehen muss. In der Doktrin ist die bundesgerichtliche Praxis zum Teil befürwortet<sup>176</sup>, zum Teil auch strikte abgelehnt worden<sup>177</sup>. Schliesslich ist auch eine vermittelnde Auf-

170 Vgl. als Beispiel BGE vom 11.11.1975, zit. in Schweizer Treuhänder 50 (1976) Heft 9 S. 27 = ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 78.

171 Zit. Anm. 2, 337.

172 Oftinger (zit. Anm. 2) 337, mit Judikaturhinweisen.

173 Art. 759 I OR.

174 Vgl. BGE 86 II 171, wo die Haftbarkeit einer Kontrollstelle für den Teil des Schadens abgelehnt wird, der in einem Zeitpunkt eingetreten war, in welchem diese noch nicht hatte wirksam eingreifen können; sodann BGE 93 II 29 f, wo der adäquat verursachte Schaden abgegrenzt wird vom Schaden, der "auf andere Ursachen zurückzuführen" war.

175 BGE 93 II 322, für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ausdrücklich bestätigt in BGE 97 II 416.

176 So von Bättig (zit. Anm. 2) 119 f; Biggel (zit. Anm. 2) 146 f; Glasson (zit. Anm. 75) 146; Kummer (zit. Anm. 2) 11 ff; Zellweger (zit. Anm. 2) 68 ff.

177 So von W.F. Bürgi: Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht ..., in: Festgabe der juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen zum Schweiz. Juristentag 1965 (Bern

fassung vertreten worden: Danach soll sich der Schadenersatz, für den jeder (auch wegen nur leichten Verschuldens) Haftpflichtige einzustehen hat, nach dem Verschulden desjenigen Verantwortlichen richten, der am meisten belastet ist<sup>178</sup>. Die Grenze der Schadenersatzpflicht würde sich damit für alle Haftpflichtigen bestimmen nach dem, was vom Hauptverantwortlichen verlangt werden könnte, wenn er allein haftbar geworden wäre. Das Bundesgericht hat jedoch auch diese vermittelnde Ansicht ausdrücklich abgelehnt<sup>179</sup>.

In der kantonalen Judikatur finden sich ebenfalls kaum Hinweise für eine Differenzierung der Ersatzpflicht<sup>180</sup>.

## 2. Die Auseinandersetzung im Innenverhältnis: der Rückgriff

Von der Haftung gegenüber den Geschädigten ist die *definitive Schadenstragung im Innenverhältnis* zu unterscheiden: Intern ist der Schadenersatz vom Richter nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen aufgrund der Höhe des Verschuldens der Verantwortlichen zu verteilen<sup>181</sup>.

Jeder Haftpflichtige, der extern mehr als den seinem Verschulden entsprechenden Anteil zu tragen hatte, kann somit intern für den seinen Anteil übersteigenden Betrag ein Regressrecht gegenüber den Mitverantwortlichen geltend machen. Dabei kommen die zu Art. 50 f OR entwickelten Regeln<sup>182</sup> zur Anwendung, wobei nach herrschender Lehre auch die subjektive Vorwerfbarkeit der für den Schaden kausalen Handlungen beachtet werden darf<sup>183</sup>.

Jeder Haftpflichtige hat somit *intern seinen Anteil (und nur diesen)* zu leisten, es sei denn, ein oder mehrere Mitverantwortliche seien zahlungsunfähig. In diesem Fall ist gemäss Art. 148 III OR der Schaden von den zahlungsfähigen Verantwortlichen "gleichmässig" zu tragen, d.h. nach den in Anwendung von Art. 759 II OR unter Berücksichtigung der Höhe des Verschuldens festgelegten Quoten<sup>184</sup>.

1965) 29 ff; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 45 ff; Bär (zit. Anm. 2) 470 f (allerdings zögernd und einschränkend); Burckhardt (zit. Anm. 23) 199 f; Hirsch (zit. Anm. 2) 267. – Ablehnend – jedoch ohne Hinweis auf die entsprechende Bundesgerichtspraxis – auch Oftinger (zit. Anm. 2) 345: "Man darf aus der Solidarität nicht schliessen, dass jemand allein deswegen, weil neben ihm ein Anderer haftet, mehr an Schadenersatz schulde, als er zu leisten hätte, wenn er allein haftete."

178 Dazu Reichwein (zit. Anm. 2) 131.

179 So in BGE 97 II 415.

180 Vgl. immerhin ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 73, wo die Frage, ob sich der einzelne Solidarschuldner auf Milderungsgründe wegen geringen Verschuldens berufen könne, ausdrücklich offengelassen wird.

181 OR 759 II, dazu ausführlich und allgemein Oftinger (zit. Anm. 2) 348 ff; insbesondere für das Aktienrecht Burckhardt (zit. Anm. 23) 266; Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 759 N 19; Fehr (zit. Anm. 53) 150.

182 Dazu insb. Oftinger (zit. Anm. 2) 348 ff.

183 So Burckhardt (zit. Anm. 23) 207; Meier-Wehrli (zit. Anm. 2) 43; vgl. dagegen zur Objektivierung des Verschuldensmassstabes im allgemeinen vorn S. 45.

184 Ebenso Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 759 N 20 a.E.

## X. Die praktische Bedeutung von Verantwortlichkeitsklagen

Ein Blick auf die praktische Bedeutung und Wirksamkeit der Verantwortlichkeitsklage hinterlässt einen *zwiespältigen Eindruck*:

a) Zunächst fällt auf, dass nur relativ wenige Entscheide zum Recht der Verantwortlichkeit publiziert worden sind. Der Eindruck, dass *Verantwortlichkeitsklagen selten* sind, wird bestätigt durch eine neuere Untersuchung von Düggelein<sup>185</sup>: Der Autor hatte bei 83 Gerichten nach der Anzahl von Verantwortlichkeitsklagen in den Jahren 1964–1974 gefragt. Die Umfrage ergab, dass bei den 62 antwortenden Gerichten während dieser zehn Jahre total nur 33 Verantwortlichkeitsklagen gegen Mitglieder der Verwaltung und Geschäftsleitung<sup>186</sup> rechtshängig gemacht worden waren. Von diesen wurde nur eine Minderheit gerichtlich entschieden, eine Mehrheit durch Vergleich oder anderweitig erledigt. Von Aktionären wurden im fraglichen Zeitraum nur drei, von Gläubigern nur dreizehn, von der aufrecht stehenden Gesellschaft bzw. vom Verwaltungsrat nur je eine Verantwortlichkeitsklage anhängig gemacht.

Wenn auch diese Zahlen insofern täuschen, als sie die häufige schiedsgerichtliche Erledigung nicht berücksichtigen und weil die aussergerichtliche vergleichsweise Einigung häufig sein dürfte, zeigt sich doch, dass Verantwortlichkeitsklagen absolut gesehen *selten* sind. Immerhin ist in neuester Zeit ein starker Anstieg zu verzeichnen.

Der Grund für die Seltenheit der Klage von *Aktionären und Gläubigern* liegt wohl – neben den vorstehend zitierten gesetzlichen Schranken des Klagerechts – in erster Linie in zwei indirekten Hindernissen:

- im hohen und zum eigenen Interesse oft in keinem Verhältnis stehenden Streitwert bei der Geltendmachung mittelbarer Schäden<sup>187</sup>, der sich für die Klage des Aktionärs aus mittelbarer Schädigung prohibitiv auswirken kann,
- im Informationsnotstand, in welchem sich die Gläubiger und oft auch die Aktionäre befinden.

Die *Gesellschaft* selber dürfte in der Regel deshalb nicht klagen, weil eine fehlbare Verwaltung weder gegen sich selber noch gegen eine Kontrollstelle, die auf diese Verfehlungen nicht oder nur ungenügend hingewiesen hatte, vorgehen wird.

Insofern erscheint die Verantwortlichkeitsklage als stumpfe Waffe, bleiben doch die theoretisch scharfen gesetzlichen Bestimmungen häufig toter Buchstabe<sup>188</sup>.

185 Düggelein (zit. Anm. 81) 98 ff.

186 Verwaltungsräte und Direktoren.

187 Der Streitwert und damit die Gerichtsgebühren sowie allfällige Prozessentschädigungen bestimmen sich nach dem eingeklagten Gesamtschaden und nicht nach dem, was dem Kläger – mittelbar – zukommt, Bürgi (zit. Anm. 2) Art. 753 f N 52; Funk (zit. Anm. 2) Art. 755 f N 1.

188 Ebenso Hirsch (zit. Anm. 2) 268.

- b) Auf der andern Seite aber ist in der Judikatur eine klare Tendenz zur *Verschärfung der Organhaftung* festzustellen<sup>189</sup>. Die beiden eingangs erwähnten Entschiede<sup>190</sup> zeigen, welch strengen Massstab die Gerichte neuerdings anlegen.
- c) Das *Resultat ist unbefriedigend*: Einerseits scheint es, dass wegen der praktischen Schwierigkeiten in der Durchsetzung von Ersatzansprüchen *allzu viele Verantwortliche nicht zur Rechenschaft gezogen* werden. Andererseits haben diejenigen, die ins Recht gefasst werden, *Konsequenzen von ungewöhnlicher Härte* zu tragen. Der Verantwortlichkeitsklage in ihrer heutigen Ausgestaltung wohnt damit ein *willkürlicher Zug* inne.
- d) Damit stellen sich Aufgaben, die teils durch die Rechtsprechung, teils durch die Gesetzgebung zu lösen sind:
- Die *Rechtsprechung* hätte zunächst die noch immer offenen grundlegenden Fragen<sup>191</sup> zu klären. Weiter sollte die Rechtsprechung den Realitäten des Lebens Rechnung tragen und die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht in einem vernünftigen Mass halten. Auch wäre die Frage der Tragweite der Solidarität nochmals zu überdenken.
  - Nur durch die *Gesetzgebung* wären weitere Unebenheiten lösbar, die das geltende Verantwortlichkeitsrecht prägen und die hier nur angetönt werden konnten. Sodann käme dem Gesetzgeber die Aufgabe zu, die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen namentlich seitens von Kleinaktionären und Gläubigern zu erleichtern. Andererseits und zugleich aber müsste dafür gesorgt werden, dass im Einzelfall der zu leistende Schadenersatz auf ein vernünftiges Mass beschränkt bleibt. Endlich sollte praktischen Bedürfnissen insofern Rechnung getragen werden, als die Spezialisierung im Rahmen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung vermehrt berücksichtigt werden sollte.

Da somit die anstehenden Fragen nur zum Teil durch den Richter gelöst werden können, erstaunt, dass sich die Diskussion um die Aktienrechtsreform bis heute mit dem Verantwortlichkeitsrecht kaum befasst hat. Es ist zu hoffen, dass dies nachgeholt wird.

189 Vgl. mit Bezug auf die Verwaltung etwa BGE 61 II 228, 67 II 167, 82 II 48, 83 II 58, 86 II 171, 90 II 490, 99 II 176.

190 Vorn S. 29.

191 Etwa der Verteilung der Beweislast und des Klagerechts von Aktionären und Gläubigern bei mittelbarer Schädigung.

# **Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte**

von

**PETER FORSTMOSER**

Sonderdruck

aus Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht  
Herausgegeben von Prof. Dr. P. Forstmoser

**DIE VERANTWORTUNG  
DES VERWALTUNGSRATES  
IN DER AG**

**Band 29  
1978**

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich