

*Liechtensteinische Juristenzeitung (LJZ):*

Für die Redaktion bestimmte Zuschriften und Manuskripte, Besprechungs-exemplare und Zeitschriften sind an die Schriftleitung, Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), FL-9490 Vaduz, Aeulestrasse 70, zu richten. Die Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR) behält sich das ausschliessliche Recht der Vervielfältigung und Verbreitung der zum Abdruck gelangenden Beiträge sowie ihre Verwendung für fremdsprachige Ausgaben vor. Für den Inhalt der einzelnen Abhandlungen trägt ausschliesslich der Autor die wissenschaftliche Verantwortung.

Druck: Buch- und Verlagsdruckerei AG, FL-9490 Vaduz.

*Bezugsbedingungen:*

Der Bezugspreis der Liechtensteinischen Juristenzeitung (LJZ) beträgt jährlich SFr. 100.- (Jahresabonnement SFr. 70.—, Gesamtverzeichnis SFr. 25.—, Einbanddecke SFr. 5.—) zuzüglich Versand- und Bearbeitungsgebühren. Abonnements können bei der Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), c/o F. L. Landgericht, FL-9490 Vaduz, Aeulestrasse 70, aufgegeben werden. Jährlich erscheinen 4 Hefte mit Gesamtverzeichnis einschliesslich Index der Rechtsmittelentscheidungen und Einbanddecke. Das Rechnungsjahr umfasst den Zeitraum Oktober des laufenden bis Oktober des folgenden Jahres.

Anzeigenaufträge werden von der Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), FL-9490 Vaduz, Aeulestrasse 70, entgegengenommen.

**LJZ****LIECHTENSTEINISCHE  
JURISTEN-ZEITUNG**

Offizielles Mitteilungsorgan  
der Vereinigung  
Liechtensteinischer Richter (VLR)

**1984****Abhandlungen**

Dr. iur. Peter Forstmoser  
Professor an der Universität Zürich  
Rechtsanwalt

## Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit nach Schweizer Recht — Risiken und Möglichkeiten ihrer Vermeidung<sup>1</sup>

Die Zeiten, da Verwaltungsrats- und Kontrollstellmandate Sinekuren waren, Pfründen, die einem wegen allgemeiner Verdienste in Wirtschaft und Politik, aber auch wegen persönlicher oder familiärer Beziehungen zuteil wurden, sind vorbei. Das Ende wurde eigentlich schon lange eingeläutet: Anlässlich der letzten Revision des schweizerischen Gesellschaftsrechts in den 30er Jahren wurde nämlich die Haftung der als Organe von Aktiengesellschaften Tätigen erheblich verschärft: Hafteten unter dem alten Obligationenrecht die Organpersonen gegenüber Aktionären und Gläubigern nur bei **absichtlicher Schädigung**<sup>2</sup>, 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 zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit 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>.

Dies hat sich inzwischen gründlich gewandelt, und vor allem in den letzten Jahren ist die Zahl der Verantwortlichkeitsprozesse sprunghaft angestiegen<sup>5</sup>. Die veröffentlichte Gerichtspraxis spiegelt diese Entwicklung nur unvollkommen wider, da zahlreiche Auseinandersetzungen durch Vergleich — aber fast immer

mit erheblichen finanziellen Konsequenzen für die ehemaligen Organe — erledigt wurden.

Drei Beispiele aus neuerer Zeit mögen zeigen, wie rasch heute die Gerichte eine haftungsbegründende Pflichtverletzung bejahen:

In einem Bundesgerichtsentscheid von 1973<sup>6</sup> wurde ein Verwaltungsrat haftbar gemacht für die Verluste, die eine Gesellschaft erlitten hatte, weil er fast das gesamte Gesellschaftsvermögen<sup>7</sup> in sog. «Wuchspapieren» — einer hochspekulativen Anlage — angelegt hatte. Interessant an diesem Entscheid sind zwei Besonderheiten:

- Der Verwaltungsrat wurde zu vollem Ersatz verpflichtet, obwohl er glaubhaft dartun konnte, dass er die Investition in guten Treuen vorgenommen hatte: Er hatte nämlich den dreifachen Betrag aus seinem eigenen Vermögen in den gleichen Papieren angelegt und verloren.
- Auch die Behauptung, er habe sich auf den Rat-schlag von anerkannten Fachleuten verlassen, half dem Beklagten nichts: Die Gerichte hielten dies für belanglos. Sie erklärten, der betreffende Verwaltungsrat habe selber in der Lage sein müssen, das Risiko einzuschätzen, und sie liessen nicht einmal den Beweis zu dieser Frage zu.

Hohe Wellen geworfen hat sodann ein vom Bundesgericht bestätigter Entscheid des Zürcher Handelsgerichts aus dem Jahre 1975<sup>8</sup>: Einer angesehenen Revisionsgesellschaft wurde zum Vorwurf gemacht, sie habe als Kontrollstelle keine voll konsolidierte Bilanz erstellt und verschiedene Kredite sowie die finanzielle Situation von Tochtergesellschaften nicht selbständig geprüft, sondern sich pflichtwidrig auf Schätzungen von Personen abgestützt, die der geprüften AG nahestanden. Dazu ist zu bemerken, dass das geltende schweizerische Recht<sup>9</sup> ausserhalb des Bankbereichs — und dieser stand nicht zur Diskussion — nirgends eine konsolidierte Bilanz verlangt. Auch kann sicher nicht

behauptet werden, dass es in den frühen 60er Jahren — als der in Frage stehende Schaden eintrat — üblich gewesen wäre, von der Kontrollstelle aus selbständige Bewertungen durchzuführen<sup>10</sup>.

In einem Urteil des Zürcher Obergerichts von 1979<sup>11</sup> endlich wird einer als Kontrollstelle und bankengesetzliche Revisionsstelle tätigen Treuhandgesellschaft vorgeworfen, dass sie — nachdem erste Gutachten zur Bewertung von Liegenschaften nicht überzeugend gewesen waren — zwar neue Gutachten verlangt, jedoch die Experten durch die zu kontrollierende Gesellschaft hatte auslesen lassen. Das Gegenargument der Revisionsstelle, bei den beauftragten Gutachtern habe es sich um verlässliche Personen gehandelt, liess das Gericht deshalb nicht zu, weil die Experten zur zu kontrollierenden Gesellschaft in Beziehung gestanden hatten und sie von dieser instruiert worden waren.

Wer die zahlreichen Verfahren der letzten Jahre verfolgt hat, wird daher das Gefühl nicht los, sich bei der Übernahme eines Verwaltungsrats- oder Kontrollstellmandates auf ein Pulverfass zu setzen, ohne zu wissen, ob die Lunte bereits brennt.

Auf einem andern Blatt steht freilich, dass auch heute — und zwar zu Recht — die Ohnmacht von Kleinaktionären und Gläubigern gegenüber Verfehlungen von Organpersonen beklagt wird. Auf diesen — nur scheinbaren — Widerspruch werde ich noch zurückkommen<sup>12</sup>.

## I. Übersicht über die gesetzliche Regelung

Das schweizerische Aktienrecht enthält in den Art. 752 ff Obligationenrecht (OR) besondere Bestimmungen über die Verantwortlichkeit, denen ein bestimmter Personenkreis unterstellt ist. Die Haftung besteht — freilich in unterschiedlicher Ausgestaltung — sowohl gegenüber der Gesellschaft selbst wie auch gegenüber Aktionären und Gläubigern.

Vorausgesetzt ist wie im allgemeinen Haftpflichtrecht dreierlei, nämlich, dass

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

Betrachten wir vorab die möglichen Parteien von Verantwortlichkeitsklagen, die Verantwortlichen auf der einen, die zur Klage Berechtigten auf der andern Seite.

## II. Die verantwortlichen Personen

In Art. 752 ff OR werden die folgenden Personen einer besonderen aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt:

- die mit der **Verwaltung und Geschäftsführung Betrauten**,
- die **Mitglieder der Kontrollstelle**,

- die **Liquidatoren**,
- die **Gründer**,
- die **bei der Ausgabe eines Prospektes Mitwirkenden**.

Ich beschränke mich in der Folge auf die mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle betrauten Personen.

### 1. Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen

- a) Art. 754 OR unterstellt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit alle mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen<sup>13</sup>.

Unter «**Verwaltung**» ist primär die oberste, nicht oder zumindest nicht vollumfänglich delegierbare Exekutivtätigkeit zu verstehen<sup>14</sup>. Die **Geschäftsführung** kann umschrieben werden als «jene in vollem Umfang delegierbare Tätigkeit, welche selbständige Entscheidungsbefugnisse sowie die Möglichkeit einer wenigstens indirekten Beeinflussung von Verwaltungsratsbeschlüssen umfasst und geeignet ist, unmittelbar zur Realisierung des Gesellschaftszweckes beizutragen»<sup>15</sup>.

Den mit der Verwaltung und Geschäftsführung im Sinne von Art. 754 I OR betrauten Personen kommt stets **Organfunktion** zu<sup>16</sup>. Dabei kommt nichts darauf an, ob sie vom Gesetz ausdrücklich als Organe bezeichnet werden oder nicht. Die Organeigenschaft kann vielmehr in einem **formellen** oder auch in einem **materiellen** Sinn gegeben sein, und es kann sich eine Organhaftung endlich auch daraus ergeben, dass jemand Dritten gegenüber **wie ein Organ** auftritt:

- Organpersonen im Sinne der Verantwortlichkeitsbestimmungen sind zunächst **alle im Handelsregister eingetragenen Mitglieder des Verwaltungsrates**, unabhängig davon, welche Aufgaben sie tatsächlich erfüllen<sup>17</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 erfüllen»<sup>18</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 — **weitere Personen** wie Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte, Geschäftsführer, ja selbst Kassierer und Buchhalter sowie «graue Eminenzen»<sup>19</sup>. Auch Personen **ohne formelle Stellung** in der Gesellschaft können Art. 754 ff OR unterstehen, sofern sie materiell Organfunktionen ausüben<sup>20</sup>. Insofern geht das Verantwortlichkeitsrecht von einem **materiellen, funktionalen Organbegriff** aus.
- Endlich kann eine Organhaftung auch daraus erwachsen, dass jemand Dritten gegenüber **kundtut, Organ zu sein**, selbst wenn ihm tatsächlich keine Organkompetenzen zukommen sollten<sup>21</sup>.

b) Im einzelnen ergibt sich daraus das folgende:

aa) Alle eingetragenen Mitglieder des Verwaltungsrates sind stets der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit unterworfen, und zwar mit Bezug auf alle in funktionellem Zusammenhang mit ihrer Stellung stehenden Handlungen<sup>22</sup>.

bb) Der fiduziarische Verwaltungsrat untersteht der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit vollumfänglich<sup>23</sup>, und diese Haftung kann nach herrschender Lehre nicht wegbedungen werden<sup>24</sup>.

cc) Der stille Verwaltungsrat, eine Person also, die zwar als Verwaltungsrat gewählt, aber nicht im Handelsregister eingetragen und im Handelsamtsblatt publiziert wird, ist ebenfalls eine mit der Verwaltung betraute Person im Sinne von Art. 754 I OR. Unbeschränkte Verantwortlichkeit ist jedenfalls anzunehmen gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären. Gegenüber Gläubigern besteht eine Haftung zumindest dann, wenn der stille Verwaltungsrat Organfunktionen im materiellen Sinn ausübt. Ob er darüber hinaus haftbar wird, ist im Lichte der Bundesgerichtspraxis unklar<sup>25</sup>.

Der Haftung nach Art. 754 ff OR unterworfen — und zwar gegenüber der Gesellschaft, ihren Aktionären und ihren Gläubigern — sind sodann sogenannte «verdeckte» Verwaltungsräte, Personen, die sich nicht formell wählen lassen, die aber effektiv die Verwaltung ausüben oder daran teilhaben<sup>26</sup>.

dd) Haftbar ist entsprechend dem funktionellen Organbegriff auch der Hintermann, der — ohne formell eine Organposition innezuhaben — massgebend an der Willensbildung der Gesellschaft teilnimmt und korporative Aufgaben selbständig erfüllt<sup>27</sup>.

Im Gegensatz zum liechtensteinischen<sup>28</sup> kennt das schweizerische Recht dagegen keine gesetzlich normierte 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 tatsächlich ausübt<sup>29</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 könne. Solange sich die Organe der Obergesellschaft darauf beschränken, deren Aktionärsrechte auszuüben<sup>30</sup>, werden sie nur der eigenen Gesellschaft sowie den Aktionären und Gläubigern derselben verantwortlich für die korrekte Geltendmachung dieser Aktionärsrechte. Eine Haftung gegenüber der Tochtergesellschaft, den Aktionären sowie allenfalls den

Gläubigern derselben kann jedoch dann eintreten, wenn sich Organpersonen, Vertreter oder Hilfspersonen der Obergesellschaft direkt in Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft einmischen. In diesem Fall werden diejenigen, die bei der Tochtergesellschaft Verwaltungs- und Geschäftsführungsfunktionen tatsächlich direkt oder indirekt ausüben, persönlich verantwortlich<sup>31</sup>. Haftbar kann aber m. E. auch die Obergesellschaft selber werden, wenn sie über delegierte Personen Einfluss auf Verwaltung und Geschäftsführung der Tochtergesellschaft nimmt<sup>32</sup>.

ff) Nicht endgültig geklärt sind die Haftungsverhältnisse in Fällen, in denen entsprechend 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. 574 ff OR unterstellt ist. Er wird Mitglied des Verwaltungsrates und gehört als solcher in jedem Fall zu den im Sinne von Art. 754 I OR «mit der Verwaltung... betrauten Personen».

— Umstritten ist, ob in den Fällen von Art. 707 III OR neben dem delegierten Verwaltungsrat auch die delegierende juristische Person oder Handelsgesellschaft nach Art. 754 ff haftbar werden kann<sup>33</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<sup>34</sup>.

gg) Der von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts Abgeordnete<sup>35</sup> wird nach herrschender Lehre nicht persönlich haftbar, sondern es hat die öffentlichrechtliche Körperschaft gemäss Art. 762 IV OR einzustehen<sup>36</sup>.

c) 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 Geschäftsführungsfunktionen unmittelbar oder auch bloss mittelbar ausgeübt werden. Sodann kann sich eine Haftung auch aus Gründen des Vertrauensschutzes und unabhängig von den tatsächlichen Kompetenzen einer Person aufdrängen, wenn diese nach aussen den Anschein einer Organstellung erweckte.

## 2. Die mit der Kontrolle betrauten Personen

Im Gegensatz zur Haftung für Verwaltung und Geschäftsführung bestimmt sich die Kontrollstellenhaftung ausschliesslich nach dem **formellen Kriterium** der Wahl. Dabei ist zu beachten, dass als Kontrollstelle auch juristische Personen bestellt werden können<sup>37</sup>. Verantwortlich im Sinne von Art. 752 ff OR ist in diesem Fall die als Kontrollstelle bestellte **juristische Person**, nicht die natürliche Person, welche die Kontrollaufgabe tatsächlich durchführt<sup>38</sup>.

## III. Die Klage- und Anspruchsberechtigten

Anspruchsberechtigt sind nach den Bestimmungen des Gesetzes sowohl die Gesellschaft selbst wie auch die Aktionäre und Gläubiger. Im einzelnen ist mit Bezug auf das Klagerecht zu differenzieren. Vereinfacht gilt folgendes:

### 1. Das Klagerecht der Aktiengesellschaft selbst<sup>39</sup>

- a) Die Aktiengesellschaft selbst ist stets zur Klage berechtigt, wenn sie durch das pflichtwidrige und schuldhaftes Verhalten von Organpersonen **unmittelbar, direkt geschädigt**, d. h. wenn ihr Vermögen durch ein solches Verhalten vermindert worden ist. Keine Rolle spielt es, ob die Gesellschaft in Konkurs fällt oder nicht.
- b) Die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen ist ein Akt der Geschäftsführung und liegt damit in der **Entscheidungskompetenz der Verwaltung**. Eine Beschlussfassung der Generalversammlung ist nicht nötig<sup>40</sup>, ausser in besonderen Fällen, etwa dann, wenn sich die Ansprüche gegen den Gesamtverwaltungsrat oder gar gegen die gesamte Geschäftsführung im weiteren Sinn, einschliesslich der Direktion, richten<sup>41</sup>.

Im Konkurs der Gesellschaft steht der Entscheid über die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen der **zweiten Gläubigerversammlung** zu<sup>42</sup>. Beschliesst diese, den Anspruch weder gerichtlich noch auf dem Verhandlungswege geltend zu machen, ist er allen Gläubigern zur Abtretung anzubieten<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 hat<sup>44</sup>. 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/Nordmann<sup>46</sup> — das Verhalten der Gesellschaft bzw. ihrer Generalversammlung als ein die Ersatzpflicht herabminderndes Selbstverschulden gewertet werden kann<sup>47</sup>.

## 2. Das Klagerecht von Aktionären und Gläubigern<sup>48</sup>

- a) Aktionäre und Gläubiger können durch pflichtwidriges Verhalten der Verwaltung auf zweierlei Art Schaden erleiden: **direkt** oder **indirekt, unmittelbar** oder **bloss mittelbar**:

— **Unmittelbar, direkt** oder individuell wird ein **Aktionär** etwa dann geschädigt, wenn ihm das Bezugsrecht zu Unrecht vorenthalten wird oder wenn seine Aktien widerrechtlich kaduziert werden<sup>49</sup>. **Unmittelbar** kann ein **Gläubiger** dadurch geschädigt werden, dass er durch unwahre Auskünfte gegenüber ihm selbst oder gegenüber dem Handelsregisterführer zur Gewährung von Krediten an die Gesellschaft verleitet wurde<sup>50</sup>.

— **Mittelbar, indirekt** werden **Aktionäre** dann geschädigt, wenn primär die Gesellschaft einen Schaden erleidet: Der Substanzverlust des Gesellschaftsvermögens trifft auch den Gesellschafter — eben mittelbar —, indem der innere Wert seiner Beteiligung sinkt<sup>51</sup>. Auch der **Gläubiger** kann durch eine Schädigung der Gesellschaft mittelbar einen Schaden erleiden, freilich erst dann, wenn diese Schädigung dazu führt, dass die Gesellschaft ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann.

- b) Unproblematisch ist die Geltendmachung des unmittelbaren Schadens. Sie kann im Rahmen der fünfjährigen oder einer längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist jederzeit erfolgen, und es steht das Klagerecht individuell jedem einzelnen geschädigten Aktionär oder Gläubiger zu, unabhängig von allfälligen Ersatzansprüchen anderer Aktionäre, Gläubiger oder der Gesellschaft. Die in den Art. 756—758 OR aufgestellten Beschränkungen kommen bei der Geltendmachung unmittelbaren Schadens nicht zur Anwendung. Aktionäre und Gläubiger können daher unmittelbaren Schaden auch im Konkurs selbständig direkt einklagen, und es wird durch die Erteilung der Decharge das Klagerecht auch gegenüber dem Aktionär nicht eingeschränkt<sup>52</sup>.

- c) Dagegen ist bei **mittelbarem** Schaden zu differenzieren einmal zwischen dem Klagerecht des Aktionärs und dem des Gläubigers, sodann auch danach, ob sich die Gesellschaft in Konkurs befindet oder nicht:

aa) Der **Aktionär** ist bereits ausser Konkurs grundsätzlich<sup>53</sup> klageberechtigt, doch geht sein Anspruch nur auf Leistung von Ersatz an die Gesellschaft. «Indirekter Schaden wird demnach indirekt ersetzt»<sup>54</sup>. Diese Ordnung stellt zwar eine gleichmässige Befriedigung aller Geschädigten sicher<sup>55</sup>, sie macht aber die Verantwortlichkeitsklage zumindest für den Kleinaktionär denkbar unattraktiv: Der Kläger muss das volle Prozessrisiko und das volle Kostenrisiko für den ganzen eingeklagten Betrag übernehmen. Er profitiert aber, wenn er Erfolg hat, vom Ergebnis seiner Klage nur anteilmässig, entsprechend seiner Beteiligung. Zwischen Risiko und Chance besteht damit ein offenes Missverhältnis.

Stark eingeschränkt ist das Klagerecht des Aktionärs aus mittelbarer Schädigung im Konkurs und im Falle eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung<sup>56</sup>: Nach Konkursausbruch kann der Aktionär seinen mittelbaren Schaden vorerst nicht mehr selbständig geltend machen. Vielmehr wird das Klagerecht durch die Konkursverwaltung ausgeübt. Nur wenn diese auf die Geltendmachung des Anspruchs verzichtet, kann der Aktionär gemäss Art. 756 II OR bzw. Art. 43 III BankG dessen «Abtretung»<sup>57</sup> verlangen, wobei das Ergebnis des Prozesses nach den Bestimmungen des SchKG, also gemäss Art. 260 SchKG zu verwenden sein soll<sup>58</sup>.

bb) Der Gläubiger erleidet solange mittelbar gar keinen Schaden, als die Gesellschaft aufrecht steht. Er ist daher aus mittelbarem Schaden auch nicht klageberechtigt, solange die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nachkommt<sup>59</sup>.

Fällt die Gesellschaft in Konkurs oder wird ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen, dann kommt das Klagerecht wiederum in erster Linie der Konkursverwaltung zu, erst in zweiter Linie dem einzelnen Gläubiger. Es gilt im wesentlichen das für das Klagerecht des Aktionärs Ausgeführte<sup>60</sup>.

### 3. Exkurs: Klagerecht und Decharge

a) Aus dem vorgehend Ausgeführten ergibt sich, dass die Konkursverwaltung eine Verantwortlichkeitsklage sowohl auf das Klagerecht der (unmittelbar) geschädigten AG wie auch auf das von Aktionären und Gläubigern abstützen kann. Diese Ordnung relativiert die Bedeutung der Entlastung stark:

Ganz abgesehen davon, dass die Entlastungserklärung nur für diejenigen Tatbestände wirksam wird, die der Versammlung unterbreitet worden sind<sup>61</sup> (und Pflichtverletzungen werden in der Regel nicht an die grosse Glocke gehängt), lässt die Decharge nur das Klagerecht der AG selbst untergehen. Das Klagerecht der Aktionäre, die dem Entlastungsbeschluss nicht zugestimmt haben, bleibt grundsätzlich erhalten, unterliegt aber einer kurzen Verwirkungsfrist von sechs Monaten<sup>62</sup>. Von einem Entlastungsbeschluss überhaupt nicht tangiert ist das Klagerecht der Gläubiger<sup>63</sup>. Im Konkurs hilft daher die Decharge kaum etwas: Zwar hat die AG keine eigenen Klagerechte mehr, sind vielleicht auch die Klagerechte der Aktionäre verwirkt, doch kann die Konkursverwaltung diejenigen der Gläubiger geltend machen.

b) Keinerlei Wirkung hat die Erteilung der Entlastung auf allfällige Regressrechte<sup>64</sup>.

### 4. Praktische Erwägungen

In praktischer Hinsicht kann zusammenfassend festgehalten werden:

— Das Risiko von Organpersonen ist solange gering, als die Gesellschaft ihren Verpflichtungen nachkommen kann und ein geschlossener Kreis von

Aktionären besteht, die alle auch in der Verwaltung tätig sind: Dann wird nämlich weder die Gesellschaft noch ein Aktionär klagen, und die Gläubiger haben ohnehin kein Klagerecht, da ihre Forderungen erfüllt werden.

— Stark erhöht ist das Haftungsrisiko dagegen, sobald eine Gesellschaft ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. Für die Konkursverwaltung und allenfalls für dahinter stehende Aktionäre und Gläubiger ist es dann naheliegend, Ersatz für den eingetretenen Schaden zumindest teilweise bei der Verwaltung und allenfalls der Kontrollstelle zu suchen.

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

In der Folge sei nun näher auf die Voraussetzungen von Verantwortlichkeitsansprüchen eingetreten, was auch Gelegenheit gibt, die Möglichkeiten, eine persönliche Verantwortlichkeit zu vermeiden, zu skizzieren.

Wie schon eingangs erwähnt, ist dreierlei verlangt:

- ein Schaden,
- ein pflichtwidriges und schuldhaftes Verhalten der Verantwortlichen,
- eine Verbindung zwischen Schaden und pflichtwidrig schuldhaftem Verhalten im Sinne eines adäquaten Kausalzusammenhangs.

Dazu im einzelnen folgendes:

## VI. Schaden, Schadensnachweis und Schadensberechnung

### 1. Der Schaden

Unabdingbare Voraussetzung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ist zunächst, dass überhaupt ein Schaden vorliegt. Ist ein solcher nicht feststellbar, dann sind Verantwortlichkeitsansprüche schlechthin, auch bei schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten, ausgeschlossen. Es geht eben im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht um Wiedergutmachung, nicht um Strafe.

«Schaden ist eine Vermögensverminderung»<sup>65</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>66</sup>. Aktienrechtlich relevant ist aller Schaden, nicht nur der sogenannte positive Schaden, das damnum emergens, sondern auch der entgangene Gewinn, das *lucrum cessans*<sup>67</sup>. Immaterielle Unbill, die durch schuldhaftes Verhalten der Organe allenfalls auch entstehen kann, ist dagegen in der Regel nicht zu beachten. Immerhin wird man die Zusprechung einer Genugtuung nicht absolut ausschliessen<sup>68</sup>.

Unwesentlich ist, ob der Verantwortliche durch die Schädigung **einen eigenen Vorteil** erlangt hat oder auch nur erlangen wollte<sup>69</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>70</sup>. Die Beweislast obliegt dem **Geschädigten**<sup>71</sup>.
- b) Grundsätzlich ist der Schaden im einzelnen zu substantiieren, d. h. es ist der Schadensnachweis **ziffernmässig zu erbringen**<sup>72</sup>. Dies kann bei Verantwortlichkeitsklagen ausserordentliche Schwierigkeiten mit sich bringen, da insbesondere bei mittelbarer Schädigung Aktionäre und Gläubiger wegen Fehlens der nötigen Kontroll- und Einsichtsrechte oft nicht in der Lage sein werden, Existenz und Höhe des Schadens klar zu beweisen und ziffernmässig anzugeben<sup>73</sup>. In solchen Fällen kann die **Festsetzung durch den Richter** «mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen»<sup>74</sup> erfolgen<sup>75</sup>. Doch ist zu betonen, dass Art. 42 II OR dem Kläger die Pflicht zur Beweisführung und namentlich zur Substantiierung des Schadens nicht einfach abnimmt<sup>76</sup>. Soweit möglich und zumutbar muss daher der Beweis durch eine zahlenmässige Berechnung angetreten werden<sup>77</sup>. Im weiteren sind zumindest Tatsachen darzulegen, die den Schadenseintritt mit einer «gewissen Überzeugungskraft» belegen<sup>78</sup>. Auch hat der Kläger glaubhaft zu machen, dass die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 42 II OR gegeben sind<sup>79</sup>.
- c) Es kann vorkommen, dass dem Geschädigten durch ein pflichtwidriges Verhalten nicht nur Nachteile, sondern auch Vorteile entstehen. Solche sind gegenüber dem Schaden aufzurechnen, sie vermindern also den Schadensbetrag. 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 er gehalten, stets pflichtgemäss zu handeln, und es kann daher nicht etwa eine Kompensation des von ihm verursachten Schadens mit seinen Verdiensten um die Gesellschaft erfolgen<sup>80</sup>.
- d) Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass es einem nicht in der Verwaltung tätigen Minderheitsaktionär oft schwerfallen wird, überhaupt zu den nötigen Informationen zu kommen, um Schaden und Pflichtverletzung nachzuweisen. Insofern mag das Risiko einer Verantwortlichkeitsklage verhältnismässig gering sein, solange die Gesellschaft aufrecht steht und die Mitglieder des Verwaltungsrates auch die Generalversammlung beherrschen. Das Blatt kann sich aber sehr rasch wenden, wenn
  - die Gesellschaft in **Konkurs** geraten sollte oder
  - der **beherrschende Aktionär** wechselt.

## V. Pflichtverletzung und Verschulden

Dass ein Schaden vorliegt, begründet für sich allein noch keine Haftung: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist eben «kein Strafexerzieren im Verband Schuldiger und Unschuldiger»<sup>81</sup>. Hinzu kommen muss vielmehr, dass das in Frage stehende Organ seine **Pflichten verletzt** und dass es **schuldhaft gehandelt** hat.

Dazu folgendes:

### 1. Verschulden

- a) Zu betonen ist vorab, dass nach geltendem Recht **jedes Verschulden**, auch die leichte Fahrlässigkeit, grundsätzlich haftungsbegründend wirkt. Die Berufung darauf, man habe gutgläubig gehandelt, hilft also nicht, ebensowenig der Nachweis, für die Gesellschaft ebenso gut gesorgt zu haben wie für sich selbst<sup>82</sup>.
- b) Doch ist zu beachten, dass das Risiko der verantwortlichen Personen «auf ein vernünftiges, mit dem praktischen Leben in Einklang stehendes Mass beschränkt»<sup>83</sup> bleiben muss. Auszugehen ist vom bei vergleichbaren Gesellschaften Üblichen, wobei Missstände, auch wenn sie verbreitet sein sollten<sup>84</sup>, nicht zu einer Herabsetzung der Verantwortlichkeit führen<sup>85</sup>.  
Dabei ist stets in Rechnung zu stellen, dass eine schwierige 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 weiteren Verlaufs zu erkennen bzw. zu beurteilen»<sup>86</sup>. Ebenso muss es namentlich den mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen unbenommen bleiben, **vernünftige Risiken** einzugehen<sup>87</sup>.
- c) Zugrunde zu legen ist nach heute allgemeiner Auffassung ein **objektivierter Verschuldensmassstab**<sup>88</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>89</sup>. Massstab ist also nicht der Superman, sondern der korrekte und sorgfältige Geschäftsmann.
- d) Im einzelnen ergibt sich aus dieser Regel etwa:
  - aa) **Unerfahrenheit und mangelnde Kenntnisse** vermögen nicht zu exkulpieren<sup>90</sup>. Umgekehrt hat die Rechtsprechung jedoch erklärt, dass **besondere fachliche Kenntnisse** zu einer Haftungsverhärfung führen können<sup>91</sup>, weil von einer besonders qualifizierten Person auch ein hohes Mass an Sorgfalt verlangt werden könne.
  - bb) Unbestritten ist — auch dies folgt aus der Objektivierung —, dass **Zeitmangel** keinen Exkulpationsgrund darstellen kann<sup>92</sup>. Ebensowenig vermag **verschuldete Abwesenheit** die Haftung zu reduzieren<sup>93</sup>. Stark umstritten ist, ob die Haftung des Verwaltungsrates bei **unverschuldeter Abwesenheit** entfällt oder ob er auch dann haft-

bar werden kann, wenn er nicht alles Zumutbare unternimmt, um die in seiner Abwesenheit erfolgten pflichtwidrigen Beschlüsse rückgängig zu machen<sup>94</sup>.

cc) Stillschweigen, Stimmenthaltung und sonstwie passives Verhalten schliessen die Haftung nicht ohne weiteres aus<sup>95</sup>. Vielmehr wird verlangt, dass ein pflichtwidriger Beschluss ausdrücklich abgelehnt wird<sup>96</sup>, dass sich ein Verwaltungsrat allenfalls für die Wiedererwägung des Entscheides einsetzt<sup>97</sup> und dass er seine abweichende Auffassung zu Protokoll gibt<sup>98</sup>. Wiederum ist auszugehen vom objektiv unter den gegebenen Umständen Angemessenen.

dd) Zu erinnern ist endlich daran, dass den von einem Auftraggeber abhängigen, lediglich **fiduziarisch Tätigen**, den sogenannten Strohmann die volle Haftung wie eine unabhängige Organperson trifft<sup>99</sup>. Intern kann sich der Fiduziar allenfalls an seinen Auftraggeber halten (sofern dieser liquid ist), extern und insbesondere Gläubigern gegenüber wird er voll verantwortlich.

Mit Bezug auf die weitere Voraussetzung der Pflichtverletzung und die Möglichkeiten zu deren Vermeidung ist im folgenden die Stellung der in Verwaltung und Geschäftsführung Tätigen einerseits und die der Kontrollstelle andererseits gesondert zu betrachten.

## 2. Pflichtverletzungen durch Mitglieder des Verwaltungsrates und andere Exekutivorgane und deren Vermeidung

a) Damit eine mit der Verwaltung oder Geschäftsführung betraute Person verantwortlich wird, muss sie ihre Pflichten verletzt haben. Worin bestehen diese Pflichten? Das Gesetz gibt — besonders im Hinblick auf die Verwaltung — einen allgemeinen Anhaltspunkt in Art. 722 I OR. Danach hat die Verwaltung «die Geschäfte der Gesellschaft mit aller Sorgfalt zu leiten». Neben dieser allgemeinen Sorgfaltspflicht finden sich im Gesetz einige Pflichten mehr formeller Natur, wie Führung der Geschäftsbücher und Protokolle sowie Einberufung der Generalversammlung, die kaum Probleme aufwerfen.

b) Anhand von Fällen aus der Praxis können — so scheint mir — fünf Grundsätze herausgearbeitet werden, deren Einhaltung vor dem Risiko der Verantwortlichkeit weitgehend schützt:

- Der Verwaltungsrat muss so handeln wie ein sorgfältiger Einzelunternehmer es auch tun würde (vgl. lit. c).
- Die Mehrheit muss die Minderheit leben lassen (vgl. lit. d).
- Wer das Spiel der AG spielt, muss es konsequent spielen (vgl. lit. e).
- Es ist eine angemessene Organisation vorzusehen und einzuhalten (vgl. lit. f).
- Die im Gesetz statuierten formellen Pflichten müssen beachtet werden (vgl. lit. g).

Dazu einige nähere Ausführungen und Beispiele:

c) Auch der Verwaltungsrat einer AG soll so handeln, wie es einem **sorgfältigen Kaufmann** ansteht.

Wann diese Pflicht verletzt ist, lässt sich anhand einer Reihe von Beispielen aus der Gerichtspraxis illustrieren:

— Spekulative Anlagen: Die Verwaltung begeht eine Pflichtverletzung, wenn sie 80 % des Gesellschaftsvermögens in eine hochspekulative Anlage investiert<sup>100</sup>.

— Die Verwaltung verletzt ihre Pflichten, wenn sie das Gesellschaftskapital — soweit es nicht anderweitig benötigt wird — nicht zinsbringend anlegt<sup>101</sup>.

— Der Verwaltungsrat verletzt seine Pflichten sodann, wenn er die zur Erfüllung von im Inland fälligen Verbindlichkeiten benötigten Mittel der Gesellschaft ins Ausland abschiebt, ganz besonders dann, wenn die Überweisung nicht an eine einwandfreie Bank erfolgt<sup>102</sup>.

— Andererseits kann es nicht als Pflichtverletzung angesehen werden, wenn spekulative Titel bei einem Kursrückgang nicht sofort abgestossen werden<sup>103</sup>.

— Eine Pflichtverletzung begeht des weiteren ein Verwaltungsratsmitglied, das die Liberierung der Aktien nicht durchsetzt, sodass der Gesellschaft die vorgesehenen Mittel nicht zur Verfügung stehen<sup>104</sup>.

— Die Verwaltung verletzt ihre Pflicht, wenn sie die Führung der erforderlichen Bücher unterlässt<sup>105</sup>, ebenso kommt sie ihren Pflichten nicht nach, wenn sie die notwendigen Abschreibungen nicht vornimmt<sup>106</sup> und wenn sie bei Überschuldung die nötigen Massnahmen nicht trifft<sup>107</sup>.

— Die Mitglieder des Verwaltungsrates haben sich sodann bei Anstellung eines Geschäftsführers über seine Zeugnisse zu erkundigen und ihn allenfalls zu überwachen<sup>108</sup>.

— Eine Pflichtverletzung besteht endlich schon darin, dass jemand trotz Fehlens der nötigen Kenntnisse ein Verwaltungsratsmandat annimmt<sup>109</sup>, ebenso darin, dass er sich trotz Un- erfahrenheit nicht von Spezialisten beraten lässt<sup>110</sup>.

d) Sind die Aktionäre in eine Mehrheits- und eine Minderheitsgruppe gespalten, dann tut die Mehrheit gut daran, auf die Interessen der Minderheit Rücksicht zu nehmen, diese leben zu lassen. Dies insbesondere dann, wenn die Minderheit nicht in der Verwaltung vertreten ist. Zwei Beispiele:

— Eine Pflichtverletzung liegt nach der Gerichtspraxis vor, wenn die Verwaltung mit den Mehrheitsaktionären Geschäfte tätigt, die für die Gesellschaft und die Minderheit nachteilig sind<sup>111</sup>.

— Anlass zu einer Verantwortlichkeitsklage kann auch der Umstand sein, dass die Verwaltung mit

einzelnen ihrer Mitglieder in Überschreitung ihrer Befugnisse Verträge abschliesst<sup>112</sup>.

- e) Ein weiteres Erfordernis, das vor allem mit Bezug auf stark personenbezogene Gesellschaften und ganz besonders bei Einmanggesellschaften nicht genügend betont werden kann, ist das, dass das **Spiel der AG konsequent gespielt** werden muss: Wer sein Geschäft in eine AG einbringt, ist fortan nicht mehr Einzelunternehmer, sondern Angestellter «seiner» Gesellschaft. Er darf nicht nur die Vorteile des Aktienrechtes für sich in Anspruch nehmen, er muss auch die Nachteile und insbesondere zusätzliche Formalitäten in Kauf nehmen. AG und Einmannaktionär sind zwei verschiedene Personen, und der Verwaltungsrat der AG — auch wenn sämtliche Aktien ihm persönlich gehören — hat die Interessen der AG und nicht seine eigenen persönlichen Interessen wahrzunehmen.

Ein extremes Beispiel: Das Bundesgericht hat festgestellt, dass der Alleinaktionär, der den im Eigentum der AG stehenden Geschäftswagen in Brand steckt, vorsätzliche Brandstiftung begeht<sup>113</sup>.

Weitere Beispiele:

- Die Verwaltung verletzt ihre Pflichten, wenn sie der Gesellschaft Vermögen entzieht, ohne für eine entsprechende Gegenleistung zu sorgen<sup>114</sup>.
- Der Verwaltungsrat einer AG, der dieser einen Eigentümerschuldbrief entzieht, um ihn zur Sicherung einer privaten Schuld zu verwenden, wird dafür verantwortlich<sup>115</sup>.
- Das Mitglied des Verwaltungsrates begeht eine Verletzung der Sorgfaltspflicht, wenn es im Namen der Gesellschaft Wechselverpflichtungen zur Sicherung von privaten Schulden eingeht<sup>116</sup>.
- Pflichtverletzungen begehen weiter diejenigen Verwaltungsräte, die persönlich mit von der Gesellschaft erteilten Krediten spekulieren und den Kreditkunden der Gesellschaft nicht die nötige Aufmerksamkeit widmen<sup>117</sup>.

Falls also zwischen der Gesellschaft und einzelnen Aktionären Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, muss dies «at arm's length» erfolgen, so, wie man es auch mit einem Dritten tun würde.

- f) Ein weiteres Erfordernis ist das, eine **angemessene Organisation** einzuführen und einzuhalten.

Dazu kann allgemein gesagt werden, dass die **Delegation** von Funktionen durch den Verwaltungsrat auf Direktoren, Delegierte oder Dritte grundsätzlich und in weitem Masse erlaubt ist und dass der Verwaltungsrat durch eine korrekte Delegation auch von seiner Verantwortung entbunden wird. Hierin liegt ein sehr wesentliches Element der Risikobeschränkung: Den Mitgliedern des Verwaltungsrates bleibt nur noch die Pflicht zu sorgfältiger Auswahl der beauftragten Personen sowie allenfalls zu ihrer Instruktion und Überwachung<sup>118</sup>.

**Nicht delegierbar** sind letztlich nur die grundlegenden Entscheide der Geschäftspolitik und insbesondere die Auswahl der leitenden Angestellten.

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

- g) Endlich müssen die vom Gesetz vorgesehenen **formellen Pflichten** beachtet werden: Verhandlungen sind zu protokollieren, Beschlüsse sind von den zuständigen Organen zu fällen<sup>119</sup>, die Generalversammlung ist abzuhalten und Gewinne sind der Gesellschaft nur aufgrund entsprechender Beschlüsse der Generalversammlung zu entnehmen, eine Kontrollstelle ist zu wählen etc.

Bei Einmanggesellschaften und auch bei Unternehmen mit einigen wenigen aktiv tätigen Aktionären werden diese Formalitäten oft nur zu leicht als unnötiger Ballast behandelt und vernachlässigt.

- h) Betrachtet man die aufgeführten Regeln, dann kann festgehalten werden, dass vom Verwaltungsrat nichts Unzumutbares verlangt wird. Gefordert ist, dass das getan wird, was auch ein sorgfältiger Einzelunternehmer tun würde. Verlangt wird weiter, dass auch der Haupt- oder Alleinaktionär dem Umstand Rechnung trägt, dass die AG eine juristische Person ist und dass somit das Vermögen der Gesellschaft nicht einfach sein Privatvermögen darstellt. Verlangt wird sodann die Einhaltung der Formalien, das konsequente Spielen des Spiels der AG.

Sollte die Gesellschaft trotz Beachtung dieser Regeln Verluste erleiden, dann kann dem Verwaltungsrat kaum ein Vorwurf gemacht werden und wird er daher auch nicht verantwortlich.

### 3. Pflichtverletzungen der Kontrollstelle und deren Vermeidung

- a) Der Kontrollstelle obliegt in erster Linie eine **Prüfungspflicht**<sup>120</sup> hinsichtlich der Korrektheit der Buchführung, sodann auch eine **Berichterstattungspflicht** unterschiedlichen Umfangs, je nachdem ob die Prüfungen Mängel ergeben haben oder nicht<sup>121</sup>. Anhand der Gerichtspraxis lassen sich m. E. auch für die Kontrollstelle **fünf Grundsätze** entwickeln, denen sie bei der Erfüllung ihrer Pflichten nachleben sollte:

- Die Kontrollstelle muss zunächst ihren Prüfungsaufgaben nachkommen, und zwar im Hinblick auf die wichtigsten Werte und Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht nur formell, sondern auch materiell (vgl. lit. b).
- Die Bewertung der wichtigsten Gesellschaftsaktivitäten hat selbständig, nötigenfalls unter Bezug unabhängiger Sachverständiger zu erfolgen (vgl. lit. c).
- Ergeben sich Mängel, dann sind die zuständigen Stellen — je nach der Schwere die Verantwort-

lichen selbst, der Präsident des Verwaltungsrates oder die Generalversammlung — zu orientieren (vgl. lit. d).

- Nötigenfalls hat die Kontrollstelle die Generalversammlung einzuberufen (vgl. lit. e).
- Endlich ist hervorzuheben, dass alle diese Pflichten auch bei der Einmann-AG zu erfüllen sind (vgl. lit. f).

b) Die Kontrollstelle soll zunächst ihren Prüfungspflichten sorgfältig nachkommen. Dazu gehört nach neuerer Praxis eine **materielle Kontrolle und Bewertung** zumindest der wichtigsten Bilanzpositionen.

Im Hinblick auf diese Pflicht ist von der Gerichtspraxis etwa festgehalten worden:

- Die Kontrollstelle begeht eine Pflichtverletzung, wenn sie sich nicht vergewissert, ob die gesetzlich vorgeschriebene Höchstbewertung bei der Bilanzierung der ständigen Anlagen eingehalten und die erforderlichen Abschreibungen vorgenommen worden sind<sup>122</sup>, sie verletzt ihre Pflicht, wenn sie nicht prüft, «ob nicht die ständigen Anlagen zu Ansätzen in der Bilanz stehen, welche die Anschaffungs- und Herstellungskosten übersteigen, und ob die den Umständen angemessenen Abschreibungen vorgenommen worden sind», ob ferner «das Warenlager» (als im konkreten Fall wichtigster Aktivposten) «nach dem in Art. 666 OR niedergelegten Niedrigstwertprinzip bilanziert»<sup>123</sup> ist.
- Daher begeht die Kontrollstelle auch eine Pflichtverletzung, wenn sie in ihrem Bericht an die Generalversammlung lediglich auf «unterlassene Abschreibungen» hinweist, ohne sich zu vergewissern, ob bei Berücksichtigung eines «angemessenen Nachholbedarfs an Abschreibungen der buchmässige Aktivenüberschuss auch wirklich besteht»<sup>124</sup>.
- Wenn in einem Konzern angesichts starker Verflechtung und spezifischer Umstände die Prüfungspflicht nur aufgrund einer konsolidierten Bilanz erfüllt werden kann, begeht die Kontrollstelle eine Pflichtverletzung, wenn sie es unterlässt, eine solche zu erstellen<sup>125</sup>.

c) Die Prüfung und Bewertung ist durch die Kontrollstelle **selbständig** auszuführen, nötigenfalls unter Beizug **unabhängiger Sachverständiger**, deren Stellungnahmen sorgfältig zu würdigen sind.

Diese Pflichten werden in einem neueren Entscheid des Zürcher Obergerichts hervorgehoben<sup>126</sup>:

- Danach liegt ein leichtes Verschulden einer als Kontrollstelle und bankengesetzliche Revisionsstelle tätigen Treuhandgesellschaft darin, dass sie — nachdem erste Gutachten zur Bewertung von Liegenschaften nicht überzeugend waren — zwar neue Gutachten verlangte, jedoch die Experten durch die zu kontrollierende Gesellschaft auslesen liess und dass sie diese Experten über-

dies nicht selber instruierte. Ein leichtes Verschulden wurde selbst dann angenommen, wenn es sich bei den beauftragten Gutachtern um verlässliche Personen handelte, diese aber in Beziehungen zur Gesellschaft standen.

- Eine Pflichtverletzung der Kontrollstelle kann nach diesem Entscheid sodann auch in der unrichtigen Würdigung eingeholter Gutachten liegen<sup>127</sup>.
- Allgemein verletzt eine Kontrollstelle ihre Pflicht, wenn sie trotz mangelnder Fachkenntnisse ihr Mandat weiterführt, ohne einen Fachmann beizuziehen<sup>128</sup>.

d) Treten anlässlich der Prüfung Mängel zutage, dann sind die nötigen **Vorbehalte und Mitteilungen** zu machen.

Als Pflichtwidrigkeiten in diesem Bereich haben die Gerichte etwa erkannt:

- den Antrag auf vorbehaltlose Genehmigung zuhanden der Generalversammlung trotz festgestellter oder vermuteter Bewertungsmängel<sup>129</sup>,
- die Abgabe eines vorbehaltlosen Berichtes, obwohl auf die Überschuldung und die Pflicht der Verwaltung zur Benachrichtigung des Richters hinzuweisen gewesen wäre<sup>130</sup>,
- endlich die Unterlassung der Benachrichtigung der zuständigen Instanzen und das Fehlen eines Vorbehaltes in den Berichten an Generalversammlung und Verwaltung trotz fragwürdiger Geschäftsführung der Verwaltung<sup>131</sup>.

e) Die Kontrollstelle kann ihre Pflicht sodann verletzen, wenn sie ihrer subsidiären **Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung**<sup>132</sup> nicht nachkommt:

- Sie begeht eine Pflichtverletzung, wenn sie die Einberufung der Generalversammlung nicht selbst vornimmt, falls die Verwaltung diese ohne stichhaltigen Grund unterlässt<sup>133</sup>.
- Ebenso verletzt sie ihre Pflicht, wenn sie es unterlässt, rechtzeitig eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, nachdem der einzige Verwaltungsrat verstorben war<sup>134</sup>.

f) Zu betonen ist, dass all diesen Pflichten **auch bei der Einmann-AG konsequent nachgelebt** werden muss. Auch die Kontrollstelle muss «das Spiel der AG spielen», selbst wenn wirtschaftlich gesehen keine Gesellschaft, sondern ein Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung vorliegt.

## VI. Adäquater Kausalzusammenhang

a) Zwischen der schuldhaft pflichtwidrigen Handlung und dem eingetretenen Schaden muss ein sogenannter adäquater Kausalzusammenhang bestehen, d. h. es muss «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der Erfahrung des Lebens» die Pflichtverletzung geeignet gewesen sein, den Schaden her-

beizuführen, «so dass der Eintritt dieses Erfolges (Schadens) durch jenes Ereignis (Pflichtverletzung) allgemein als begünstigt erscheint . . .»<sup>135</sup>.

Ob ein pflichtwidriges Verhalten adäquate Ursache eines Schadens ist, kann vor allem bei einer indirekten Verursachung der Schädigung<sup>136</sup> fraglich sein. Als allgemeiner Grundsatz ist festzuhalten, dass im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit an die Adäquanz **keine hohen Anforderungen** gestellt werden<sup>137</sup>.

- b) Nicht erforderlich ist, dass das pflichtwidrige Verhalten die alleinige Ursache des Schadens darstellt. Vielmehr genügt es, dass die Pflichtwidrigkeit eine **Teilursache** bildet und ist belanglos, ob noch andere Ursachen, etwa das schuldhafte Verhalten Dritter, mit im Spiel waren<sup>138</sup>.
  - c) Ein adäquater Kausalzusammenhang fehlt trotz pflichtwidrigen Verhaltens dann, wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können<sup>139</sup>. Doch kann sich der Verantwortliche **nicht mit Hypothesen seiner Haftung entziehen**. So lehnten die Gerichte etwa das Argument eines Verwaltungsrates, der sich für eine schlechte Kapitalanlage zu verantworten hatte, ab, die Gesellschaft hätte auch durch eine nicht zu beanstandende Vermögensanlage zu Schaden kommen können<sup>140</sup>. Ebenso wenig wurde der Einwand einer Kontrollstelle akzeptiert, der Verwaltungsrat hätte ihren Meldungen ohnehin keine Beachtung geschenkt<sup>141</sup>.
- ein (wenn auch nur geringes) Verschulden vorliegt. Diese auch zwischen Verwaltung und Kontrollstelle anwendbare Regel kann zu grossen **Unbilligkeiten** führen: Es ist in den letzten Jahren nur allzu oft vorgekommen, dass die eigentlich Schuldigen kaum belangt wurden, weil sie keine Aktiven hatten oder diese zumindest nicht auswiesen oder weil sie sich rechtzeitig ins Ausland abgesetzt hatten. Zur Kasse gebeten wurden dann aussenstehende Verwaltungsräte und oft auch die Kontrollstelle, obwohl diese ihren Pflichten gutgläubig, wenn auch vielleicht nicht mit letzter Sorgfalt nachgekommen waren.
- c) Noch ein zweites stossendes Element ist mit der Solidarität verbunden: Wenn nur eine **einzige Person** haftbar ist, kann der Richter bei nur leichter Fahrlässigkeit deren **Schadenersatzpflicht herabsetzen**<sup>143</sup>. Dagegen hat es das Bundesgericht — trotz vielfacher Kritik in der Literatur<sup>144</sup> — stets und mit Nachdruck **abgelehnt**, diese Regel auch dann anzuwenden, **wenn mehrere Personen solidarisch haftpflichtig sind**<sup>145</sup>. Dies führt zum paradoxen Resultat, dass ein Haftpflichtiger dann allenfalls nur für einen Teil des Schadens gerade stehen muss, wenn er allein, ausschliesslich verantwortlich ist. Dagegen muss er nach der Praxis des Bundesgerichts — bei gleichem Verhalten — den ganzen Schaden ersetzen, wenn neben ihm noch weitere Personen verantwortlich gemacht werden können, und zwar selbst dann, wenn diese anderen Organpersonen ein viel höheres Verschulden trifft.

## VII. Probleme bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen

### 1. Solidarität im Aussenverhältnis

- a) In vielen Fällen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit ist eine **Mehrheit von Personen** involviert: Wohl lässt sich häufig ein Hauptschuldiger eruieren, etwa ein kriminell handelndes Mitglied der Geschäftsleitung. Doch ist solch kriminelles oder grob fahrlässiges Verhalten eben oft nur möglich, weil Direktion und Verwaltungsrat allzu leichtgläubig in Fähigkeiten und Ehrlichkeit des Fehlbaren vertrauten oder weil die Kontrollen nur unvollständig vorgenommen wurden. Neben den Hauptverantwortlichen tritt dann ein weiterer Kreis von Organpersonen, die ihres Amtes schlecht und recht gewaltet haben, die aber durch sorgfältigere Pflichterfüllung den eingetretenen Schaden hätten verhindern oder zumindest limitieren können.
- b) Für diese Tatbestände sieht das Gesetz eine Ordnung vor, die zwar für die **Geschädigten günstig**, für die **Betroffenen aber von grosser und manchmal stossender Härte** sein kann. Es gilt nämlich zwischen allen Organpersonen, denen ein — wenn auch noch so geringes — Verschulden angelastet werden kann, der Grundsatz der **Solidarität**<sup>142</sup>. Der Geschädigte kann daher irgendeine der Organpersonen herausgreifen und von ihr den Ersatz des ganzen Schadens verlangen. Vorausgesetzt ist nur, dass bei dieser Person eine Pflichtverletzung und

### 2. Rückgriff im Innenverhältnis

Kompensiert wird die Solidarität durch das **Rückgriffsrecht** im Innenverhältnis: Intern ist der Schadenersatz vom Richter nach freiem, pflichtgemässen Ermessen aufgrund der Höhe des Verschuldens der Verantwortlichen zu verteilen<sup>146</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>147</sup> zur Anwendung, wobei nach herrschender Lehre auch die subjektive Vorwerfbarkeit der für den Schaden kausalen Handlungen beachtet werden darf<sup>148</sup>.

Damit wäre die Welt eigentlich wieder heil. Der Haken dieser Ordnung liegt nur darin, dass der Rückgriff oft nichts nützt, weil die Hauptverantwortlichen nicht greifbar oder mittellos sind. Dann bleibt es dabei, dass diejenigen, die trotz leichten Verschuldens nach aussen hin vollen Schadenersatz leisten mussten, diesen Schaden definitiv auch im Innern tragen müssen.

## VIII. Exkurs: Steuerrechtliche Verantwortlichkeit

Erwähnt sei noch, dass für fiduziarisch tätige Verwaltungsräte ausländisch beherrschter Gesellschaften die vielleicht grösste Gefahr nicht aus dem Zivilrecht, sondern aus dem BG über die Verrechnungssteuer<sup>149</sup>

kommt: Darin ist eine solidarische Mithaftung der Liquidatoren und Organe für Steuer-, Zins- und Kostenforderungen von Aktiengesellschaften vorgesehen, wenn diese aufgelöst werden oder ihren Sitz ins Ausland verlegen. Es handelt sich hiebei um eine Kausalhaftung, die nur entfällt, wenn die Betroffenen nachweisen können, «dass sie alles ihnen Zumutbare zur Feststellung und Erfüllung der Steuerforderung getan haben»<sup>150</sup>.

#### IX. Kritische Würdigung der geltenden Ordnung; Hinweis auf die Aktienrechtsreform

a) Ein Blick auf die Praxis zum aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck:

— Zunächst fällt auf, dass **Verantwortlichkeitsklagen** im ganzen doch eher selten geblieben sind. Zwar sind sie heute weit häufiger als noch vor wenigen Jahren. Noch immer aber bleiben zahlreiche Fälle auch grober Fahrlässigkeit ohne Folgen. Der Grund hiefür liegt insbesondere in den erwähnten Schwierigkeiten der Geltendmachung, solange die Gesellschaft zahlungsfähig bleibt.

— Auf der andern Seite muss betont werden, dass diejenigen, die rechtlich belangt werden, oft **Konsequenzen von ungewöhnlicher Härte** tragen müssen. Wegen kleiner Nachlässigkeiten riskieren sie ihr ganzes Vermögen. Dies erklärt sich einerseits aus einer klaren Tendenz der Gerichte, die Organhaftung streng anzuwenden<sup>151</sup>. Andererseits ist diese Härte in der erwähnten bundesgerichtlichen Praxis zur Solidarität begründet.

b) Der Verantwortlichkeit von Verwaltungsrat, Geschäftsführung und Kontrollstelle in ihrer heutigen Ausgestaltung wohnt damit ein **willkürlicher Zug** inne, und es erscheinen nach zwei Richtungen hin **Korrekturen angezeigt**:

— Einerseits sollte die **Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen** auch seitens einzelner Aktionäre und Gläubiger erleichtert werden,

— andererseits sollte die **Ersatzpflicht auf ein vernünftiges** und dem persönlichen Verschulden des Haftpflichtigen entsprechendes **Mass reduziert** werden.

c) Der in diesen Tagen veröffentlichte Entwurf für eine Revision des schweizerischen Aktienrechts behält die Ordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit im wesentlichen bei, klärt aber einige umstrittene Fragen im Sinne der herrschenden Lehre und schlägt Abänderungen vor, die der soeben formulierten Kritik Rechnung zu tragen suchen:

aa) Die **Klage des Aktionärs** infolge mittelbarer Schädigung soll insofern erleichtert werden, als die **Prozesskosten** — soweit nicht der Kläger obsiegt und daher der Beklagte diese zu tragen hat — nach Ermessen des Richters auf den

Kläger und die Gesellschaft zu verteilen sind, sofern der Aktionär «aufgrund der Sach- und Rechtslage begründeten Anlass zur Klage» hatte. Die Botschaft<sup>152</sup> begründet diese Ordnung damit, der Aktionär klage anstelle der untätigen Gesellschaft und es sei sein persönliches Interesse am positiven Ausgang des Prozesses regelmässig gering, die ihm entstehenden Kosten beim Prozessverlust infolge des hohen Streitwertes aber erheblich.

Diese Ordnung kann dem klagenden Aktionär im Einzelfall bedeutende Erleichterungen bringen. Doch bleibt ein grosses Kostenrisiko, da auch der in guten Treuen Klagende nicht weiss, nach welchem Schlüssel der Richter die Kosten aufteilen wird.

Eine weitere Verstärkung erfährt die Stellung des klagenden Aktionärs durch die **Verbesserung seiner Informationslage**, insbesondere durch die Einführung des Instituts des **Sonderprüfers**<sup>153</sup>, der auf Begehren einer Minderheit durch den Richter eingesetzt werden kann und der — freilich unter Wahrung des Geschäftsgeheimnisses — über die Ergebnisse seiner Prüfung Bericht zu erstatten hat. Damit kann ein Aktionär weit eher als unter geltendem Recht en connaissance de cause entscheiden, ob er eine Verantwortlichkeitsklage anstrengen will.

bb) Die **Stellung der verantwortlichen Organe** wird in doppelter Hinsicht — m. E. zu Recht — **verbessert**:

— Zunächst soll im Gesetz ausdrücklich festgehalten werden, dass derjenige, der eine **Aufgabe** befugterweise und formal korrekt einem anderen Organ **übertragen** hat, nur noch **schadenersatzpflichtig** wird, wenn er nicht nachweisen kann, dass er seiner **Sorgfaltspflicht** hinsichtlich der Auswahl, Instruktion und Überwachung nachgekommen ist<sup>154</sup>. Diese Regel dürfte zwar schon aus geltendem Recht fliessen<sup>155</sup>, ihre gesetzliche Verankerung bringt aber eine willkommene Klärung.

— Durch explizite Regeln soll den allzu harten Konsequenzen der bundesgerichtlichen Praxis zur **Solidarität** begegnet werden:

— Die Revisoren sollen solidarisch nur bis zu dem Betrag haften, für den sie zufolge Rückgriffs aufkommen müssten<sup>156</sup>.

— Die gleiche Ordnung soll allgemein für Personen gelten, deren Verschulden im Verhältnis zu demjenigen ihrer solidarisch Mithaftenden geringfügig ist<sup>157</sup>.

Damit soll — wie es in der neueren Lehre weit überwiegend gefordert wird<sup>158</sup> — künftig bei einer Mehrheit von Verantwortlichen das **leichte Verschulden** auch schon im **Aussenverhältnis** berücksichtigt werden, es soll mit anderen Worten eine Reduktion der Schadenersatzpflicht wegen leichten Ver-

schuldens möglich sein unabhängig davon, ob ein Verantwortlicher allein steht oder ob er gemeinsam mit anderen Organpersonen verantwortlich gemacht wird.

Diese Beschränkung ist materiell zu begrüssen. Formal sollten die entsprechenden Abschnitte nochmals überarbeitet werden, da die wohl entstehungsgeschichtlich erklärbare Zweiteilung in einen Abschnitt für Revisoren und einen für übrige Organpersonen bei grundsätzlich gleicher Ordnung nur Verwirrung stiftet.

Im ganzen sind damit die Reformpostulate im Bereich des aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrechts zu begrüssen. Vorderhand wird man freilich noch mit der geltenden Ordnung und ihren Unvollkommenheiten leben müssen: Ein revidiertes schweizerisches Aktienrecht wird nicht vor Mitte 1988 — nach den bisherigen Erfahrungen mit den Reformarbeiten wohl eher später — in Kraft treten. Die hier vorgetragenen Ausführungen werden daher noch für eine geraume Weile ihre Aktualität behalten.

#### ANMERKUNGEN

- <sup>1</sup> Erweiterte und durch Anmerkungen ergänzte Fassung eines Vortrages, gehalten am 20. Juni 1983 vor der Vereinigung Liechtensteinischer Richter in Vaduz.
- <sup>2</sup> Eine Voraussetzung, die kaum je nachzuweisen ist und die dazu führte, dass diese aktienrechtlichen Haftungsbestimmungen toter Buchstabe blieben.
- <sup>3</sup> Vgl. etwa Bundesgericht in SAG 23 (1950/51) 184 ff betreffend den Verwaltungsrat und BGE 65 II 19 f betreffend die Kontrollstelle.
- <sup>4</sup> Vgl. etwa J. und E. Henggeler: Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht (Zürich 1937) 34.
- <sup>5</sup> Eine Untersuchung von Hans Düggin (Die Sonderprüfung als Rechtsbehelf des Aktionärs... [Diss Bern 1977] 98 ff) für die Jahre 1964—1974 bestätigt freilich noch die Seltenheit von Verantwortlichkeitsklagen: Der Autor hatte bei 83 Gerichten erster und zum Teil zweiter Instanz nach der Anzahl von Verantwortlichkeitsklagen in diesen Jahren gefragt. Die Umfrage ergab, dass bei den 62 antwortenden Gerichten total nur 33 Verantwortlichkeitsklagen gegen Mitglieder der Verwaltung und Geschäftsführung rechtshängig gemacht worden sind. Diese Zahlen täuschen insofern, als die häufige schiedsgerichtliche Erledigung (dazu Düggin 101 f) nicht berücksichtigt werden konnte und als auch die aussergerichtliche vergleichsweise Einigung häufig sein dürfte. Vor allem aber ist in den letzten Jahren ein sehr starker Anstieg von Verantwortlichkeitsklagen zu verzeichnen gewesen.
- <sup>6</sup> BGE 99 II 176 ff, vgl. auch ZR 72 (1973) Nr. 58 S. 143 ff.
- <sup>7</sup> Fr. 40 000.— von insgesamt Fr. 50 000.—.
- <sup>8</sup> 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 Bundesgerichtes auch in Schweizer Treuhänder 50 (1976) Heft 9 S. 24 ff.
- <sup>9</sup> Anders der soeben veröffentlichte Revisionsentwurf, der in einem Art. 663d unter bestimmten Voraussetzungen eine Konzernrechnung verlangt.
- <sup>10</sup> In der Kritik zu diesen Entscheiden wurde allerdings nicht beachtet, dass es sich bei der Kontrollstelle um eine Treu-

handgesellschaft handelte, welche die strengen Qualifikationen als bankengesetzliche Revisionsstelle erfüllte. Dies mag mit ein Grund für die ausserordentlich strenge Beurteilung durch die Gerichte gewesen sein.

- <sup>11</sup> ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 306 ff.
- <sup>12</sup> Vgl. hinten Ziff. III. 2.
- <sup>13</sup> Nach der Lehre deckt sich der nach dem Bankengesetz Art. 41 den Verantwortlichkeitsbestimmungen unterstellte Personenkreis trotz etwas anderer Umschreibung mit dem des OR, vgl. Peter Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit... (Zürich 1978) Anm. 837 und Jörg Meier-Wehrli: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank... (Diss Zürich 1968) 27 f.
- <sup>14</sup> Forstmoser (zit. Anm. 13) N 480; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 6 ff.
- <sup>15</sup> Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 12; ebenso Forstmoser (zit. Anm. 13) N 480.
- <sup>16</sup> Forstmoser (zit. Anm. 13) N 481; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 20; Emil Schucany: Kommentar zum Schweiz. Aktienrecht... (2. A. Zürich 1960) Art. 717 N 3.
- <sup>17</sup> Forstmoser (zit. Anm. 13) N 482; Bürgi/Nordmann: Zürcher Kommentar zu Art. 739—771 (Zürich 1979) 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, MaschSchr) 118.
- <sup>18</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz: Einführung in das schweizerische Aktienrecht (2. A. Bern 1980) § 25 N 2; ähnlich Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 19; Burckhardt (zit. Anm. 17) 118 f.
- <sup>19</sup> Heinz Reichwein: Über die Solidarhaftung der Verwaltungsräte der Aktiengesellschaft und ihre Beschränkung, SJZ 64 (1968) 129 ff, 113.
- <sup>20</sup> Vgl. etwa BGE 102 II 359 betreffend Hauptaktionäre als «administrateurs camouflés» und BGE 78 IV 28 betreffend den Hintermann als tatsächliches Verwaltungsorgan; dazu etwa Max Albers: Haftungsverhältnisse im Konzern (Diss. Zürich 1980) 50 ff und Pierre-Olivier Gehriger: Faktische Organe im Gesellschaftsrecht (Diss St. Gallen 1979) 140 ff.
- <sup>21</sup> Dazu nun ausführlich Peter Forstmoser: Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Festschrift Meier-Hayoz (Bern 1982) 125 ff.
- <sup>22</sup> So wurden Mitglieder eines 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.
- <sup>23</sup> Vgl. etwa Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 225 ff, mit Verweisungen; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 22; Burckhardt (zit. Anm. 17) 166; Silvio Cafilisch: Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der AG (Diss Zürich 1961) 139 ff. Fragwürdig nicht amtlich publizierter BGE in SAG 23 (1950/51) 184 ff, wo als haftungsmildernd berücksichtigt wurde, dass Verwaltungsräte nur pro forma tätig waren. Ausdrücklich gegen die Berücksichtigung der Strohmanneigenschaft als Reduktionsgrund BGE 59 II 460 sowie neuestens etwa ZR 82 (1983) Nr. 57 S. 154.
- <sup>24</sup> Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 448 und dort Anm. 782 (allgemein zur Unmöglichkeit der statutarischen oder vertraglichen Abschwächung der Verantwortlichkeit) sowie Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 22 und Burckhardt (zit. Anm. 17) 166 (betreffend den fiduziarischen Verwaltungsrat insbesondere); sodann ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 190 = SAG 32 (1959/60) 137 f.
- <sup>25</sup> Dazu neuestens BGE 107 II 349 ff und Forstmoser, Organbegriff, passim, 26; vgl. BGE 102 II 359; Gehriger (zit. Anm. 20) 91 ff; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 21 f.
- <sup>26</sup> Vgl. BGE 102 II 359; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 21 f sowie ausführlich Gehriger (zit. Anm. 20) 91 ff.
- <sup>27</sup> Vgl. 104 II 197; 102 II 359; ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 190;

- ferner 78 IV 28 ff, wo ein Hintermann strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen wurde. Weitere Hinweise auch auf vereinzelte abweichende Ansichten bei Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 491.
- <sup>28</sup> Vgl. PGR § 221, wo freilich — ähnlich der schweizerischen Praxis — eine zumindest mittelbare Einflussnahme verlangt wird.
- <sup>29</sup> Vgl. ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 190; 52 (1953) Nr. 93 S. 171; (Deutsche) AG 22 (1977) 78 ff; ferner SJZ 60 (1964) 123 f Nr. 66 sowie aus der Literatur etwa Albers (zit. Anm. 20) 50 ff; Gehrig (zit. Anm. 20) 140 ff; Anne Petitpierre-Sauvin: *Droit des sociétés et groupes de société, responsabilité de l'actionnaire dominant...* (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.
- <sup>30</sup> Insbesondere durch Geltendmachung des Stimm- und Wahlrechts in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft.
- <sup>31</sup> Vgl. etwa Petitpierre-Sauvin (zit. Anm. 29) 133 ff; Gehrig (zit. Anm. 20) 105.
- <sup>32</sup> Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 501; Günter Woernle: Die organähnliche Haftung des Macht ausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen Aktiengesellschaft... (Diss Lausanne 1970) 23.
- <sup>33</sup> Ausführliche Übersicht über die Lehrmeinungen bei Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 503 ff; vgl. sodann neuerdings auch Albers (zit. Anm. 20) 168 ff.
- <sup>34</sup> Näheres bei Albers (zit. Anm. 20) 168 ff und Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 506.
- <sup>35</sup> Eine solche Delegation des Vertreters eines Gemeinwesens ist nach Art. 762 I mit statutarischer Grundlage möglich.
- <sup>36</sup> Näheres bei Armin Stoffel: Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischt-wirtschaftlichen Aktiengesellschaften (Diss St. Gallen 1975) 277; E. Steiner: Vertretung öffentlich-rechtlicher Korporationen im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, SAG 11 (1938/39) 180 ff, 181; Andreas von Planta: Die Haftung des Hauptaktionärs (Diss Basel 1981) 48 ff.
- <sup>37</sup> Vgl. Art. 727 III OR; Mitglieder des Verwaltungsrates können dagegen nur natürliche Personen sein, Art. 707 III OR.
- <sup>38</sup> Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 552f.
- <sup>39</sup> Dazu ausführlich Maya Schiess: Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden... (Diss Zürich 1978) 46 ff und Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 8 ff.
- <sup>40</sup> Vgl. ZR 42 (1943) Nr. 8 S. 19; Burckhardt (zit. Anm. 17) 221 f; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 48.
- <sup>41</sup> Die Beschlussfassung in der Generalversammlung erfolgt mit dem normalen gesetzlichen Quorum der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen, wobei die erhöhte Stimmkraft von Stimmrechtsaktien nicht zu beachten ist, vgl. Art. 693 III OR.
- <sup>42</sup> Vgl. Art. 253 II SchKG; BSchK 36 (1972) 82 ff, 20 (1956) 179 f, 19 (1955) 27 f. Eine besondere Regelung gilt im Bankenkonzurs, in welchem die Konkursverwaltung die Rechte der Gläubigerversammlung ausübt, vgl. BankG 36 II und dazu Bodmer/Kleiner/Lutz: Kommentar zum BG über die Banken und Sparkassen (Zürich 1976, mit Nachträgen) Art. 36 f N 124 f.
- <sup>43</sup> Vgl. BGE 79 III 11 f.
- <sup>44</sup> Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 414 ff, mit weiteren Angaben.
- <sup>45</sup> Vgl. Art. 706 IV OR.
- <sup>46</sup> Bürgi/Nordmann (zit. Anm. 17) Art. 753 f N 97.
- <sup>47</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 90 II 494 ff E 2—4.
- <sup>48</sup> Dazu ausführlich Schiess (zit. Anm. 39) 62 ff; Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 23 ff.
- <sup>49</sup> Vgl. Schiess (zit. Anm. 39) 26 ff; Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 158 ff sowie etwa BGE 106 II 257 ff.
- <sup>50</sup> Vgl. etwa BGE 106 II 260; ZR 80 (1981) Nr. 33 S. 96 E 4 d; ZR 78 (1979) Nr. 134.
- <sup>51</sup> Vgl. Schiess (zit. Anm. 39) 37 ff; Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 169 ff.
- <sup>52</sup> Dies gilt selbst dann, wenn der klagende Aktionär selber der Entlastung zugestimmt hat, da diese nur die Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft erfasst; vgl. Konrad Fehr: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit..., in: Schweiz. Beiträge zum 4. Internat. Kongress für Rechtsvergleichung (Genf 1954) 147 ff, 156; Kurt Bättig: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht (Diss St. Gallen 1976) 30.
- <sup>53</sup> Art. 757 OR sieht eine Reihe von speziellen Gründen für das Erlöschen des Klagerechts vor: Zustimmung des Aktionärs zum Entlastungsbeschluss; Erwerb der Aktien in Kenntnis der Dechargeerteilung; unbenützter Ablauf der Klagefrist von sechs Monaten.
- <sup>54</sup> Bättig (zit. Anm. 52) 24; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 86.
- <sup>55</sup> Vgl. BGE 96 I 635.
- <sup>56</sup> Zur Anwendbarkeit von Art. 756 OR auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung vgl. BGE 93 II 24 und 86 II 185.
- <sup>57</sup> 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 sowie ausführlich Schiess (zit. Anm. 39) 192 ff.
- <sup>58</sup> Zur Problematik dieser Bestimmung vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 52 ff.
- <sup>59</sup> Art. 758 OR; zur missglückten Formulierung von Art. 755 OR, wo dem Gläubiger scheinbar ein Klagerecht eingeräumt wird, vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 83 ff.
- <sup>60</sup> Zu Abweichungen vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 89 ff.
- <sup>61</sup> Vgl. BGE 95 II 327 f; 65 II 12 ff sowie Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 324 ff, mit weiteren Angaben.
- <sup>62</sup> Art. 757 OR.
- <sup>63</sup> Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 346.
- <sup>64</sup> Vgl. Harald Siegert: Die Entlastung in der Aktiengesellschaft... (Diss Genf 1966) 89 f.
- <sup>65</sup> Karl Oftinger: Schweiz. Haftpflichtrecht Bd I (4. A. Zürich 1975) 53.
- <sup>66</sup> Oftinger (zit. Anm. 65) 54; vgl. auch etwa BGE 97 II 176.
- <sup>67</sup> Vgl. Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 77; Pierre Glasson: *La responsabilité civile des administrateurs de la société anonyme...* (Diss Fribourg 1937) 140; zur Unterscheidung statt vieler Oftinger (zit. Anm. 65) 55.
- <sup>68</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 128 Anm. 248.
- <sup>69</sup> Vgl. BGE 99 II 182; Bürgi/Nordmann (zit. Anm. 17) Art. 753 f N 109 a. E.
- <sup>70</sup> Oftinger (zit. Anm. 65) 175.
- <sup>71</sup> Art. 42 I OR; vgl. etwa ZR 57 (1958) Nr. 53 S. 145.
- <sup>72</sup> Vgl. für das Verantwortlichkeitsrecht etwa BGE 79 I 179; ferner Oftinger (zit. Anm. 65) 175 ff.
- <sup>73</sup> Emil Frick: Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft (Diss Zürich 1953) 51; Düggelein (zit. Anm. 5) 91 f.
- <sup>74</sup> Art. 42 II OR.
- <sup>75</sup> Oftinger (zit. Anm. 65) 175ff.
- <sup>76</sup> Vgl. BGE 79 II 179 und etwa Repertorio 197 (1974) 330 ff.
- <sup>77</sup> Vgl. etwa BGE 79 II 179. Unrichtig daher Burckhardt (zit. Anm. 17) 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.
- <sup>78</sup> Vgl. BGE 98 II 37, 95 II 501.
- <sup>79</sup> Vgl. BGE 98 II 37, 39.

- <sup>80</sup> Forstmoser, Verantwortlichkeit (zit. Anm. 13) N 137.
- <sup>81</sup> Rolf Bär: Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft, Probleme bei einer Mehrheit von verantwortlichen Personen, ZBJV 106 (1970) 457 ff, 465.
- <sup>82</sup> Vgl. den vorn bei Anm. 6 f referierten Entscheid. Solchen Umständen ist allenfalls — entsprechend Art. 43 I OR — bei der Bemessung der Höhe des Schadenersatzes Rechnung zu tragen.
- <sup>83</sup> Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 80; zustimmend Bär (zit. Anm. 81) 459 ff.
- <sup>84</sup> Etwa die Erteilung der Zweitunterschrift ohne Prüfung des Aktenstückes.
- <sup>85</sup> Ebenso Alain Hirsch: La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme, Sem. Jud. 89 (1967) 249 ff, 255.
- <sup>86</sup> Bär (zit. Anm. 81) 462.
- <sup>87</sup> Dies schliesst jedoch ein rein spekulatives Verhalten nicht ein, vgl. den vorn bei Anm. 6 referierten 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.
- <sup>88</sup> Dazu ausführlich Forstmoser (zit. Anm. 13) N 204 ff; ebenso etwa Oftinger (zit. Anm. 65) 143; Bär (zit. Anm. 81) 463; Bürgi/Nordmann (zit. Anm. 17) Art. 752 N 15; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 80. — Zur Kritik an dieser Objektivierung vgl. Pierre-A. Wessner: Le discernement..., SJZ 79 (1983) 333 ff, 335, mit weiteren Hinweisen.
- <sup>89</sup> Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 80.
- <sup>90</sup> Vgl. BGE 93 II 27; Bundesgericht in SAG 17 (1944/45) 230; Bürgi/Nordmann (zit. Anm. 17) 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. Problematisch in dieser Hinsicht auch das Obergericht des Kantons Thurgau in SJZ 78 (1982) 380 Ziff. 5, wo von einem Verwaltungsratsmitglied erklärt wird, es habe «als Hausfrau und Mutter» keine Möglichkeit gehabt, Einfluss zu nehmen. Zur Kritik an diesem Entscheid vgl. Peter Forstmoser: Solidarität, Kausalzusammenhang und Verschulden..., SJZ 78 (1982) 369 ff, 372 f.
- <sup>91</sup> Vgl. etwa BGE 93 II 30, wonach an die als Kontrollstelle tätige Treuhandgesellschaft ein besonders strenger Massstab anzulegen ist.
- <sup>92</sup> Vgl. BGE 97 II 410 f.
- <sup>93</sup> Vgl. Hirsch (zit. Anm. 85) 256; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 32; Forstmoser (zit. Anm. 13) N 220. Näheres und Hinweise auf die unterschiedlichen Lehrmeinungen bei Forstmoser (zit. Anm. 13) N 221 f.
- <sup>94</sup> Übersicht über die Lehrmeinungen bei Forstmoser (zit. Anm. 13) N 221.
- <sup>95</sup> Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 32; Hirsch (zit. Anm. 85) 256; Forstmoser (zit. Anm. 13) N 223, mit weiteren Hinweisen.
- <sup>96</sup> So Emil Schucany: Verantwortlichkeit wegen Absenz und Stimmhaltung im Verwaltungsrat, SJZ 60 (1964) 229 ff, 230.
- <sup>97</sup> Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 32.
- <sup>98</sup> Vgl. Bürgi/Nordmann (zit. Anm. 17) Art. 698 N 90; nach anderen Autoren soll die Protokollierung der Distanzierung für sich allein nicht stets genügen, vgl. Guido Senn: Die Verantwortlichkeit der Organe einer AG... (Diss Basel 1947, MaschSchr) 171; Hans Biggel: Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates gemäss Art. 673 ff OR/754 ff rev. OR... (Diss Zürich 1940) 149; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 232.
- <sup>99</sup> Vgl. vorn bei Anm. 23 f.
- <sup>100</sup> Vgl. den eingangs erwähnten BGE 99 II 179 f.
- <sup>101</sup> BGE 99 II 184.
- <sup>102</sup> BJM 1954, 253 ff.
- <sup>103</sup> BGE 99 II 182 f.
- <sup>104</sup> SJZ 38 (1941/42) 74.
- <sup>105</sup> BGE 77 II 165 f.
- <sup>106</sup> SAG 17 (1944/45) 199 f, 230 f.
- <sup>107</sup> Ebenda sowie neuestens ZR 82 (1983) Nr. 57 S. 152 f.
- <sup>108</sup> SAG 9 (1939/37) 119 f.
- <sup>109</sup> SAG 17 (1944/45) 199, 230.
- <sup>110</sup> SJZ 38 (1941/42) 74.
- <sup>111</sup> BGE 92 II 246.
- <sup>112</sup> BGE 81 II 465.
- <sup>113</sup> BGE 85 IV 224 ff, 231.
- <sup>114</sup> ZR 59 (1960) Nr. 130.
- <sup>115</sup> ZR 78 (1979) Nr. 79.
- <sup>116</sup> (Deutsche) AG 1960, 195 (betrifft Schweizer Recht).
- <sup>117</sup> SJZ 38 (1941/42) 74.
- <sup>118</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz (zit. Anm. 18) § 24 N 30. Problematisch ist in dieser Hinsicht freilich neuestens BGE 108 V 203 f, wo das schweizerische Bundesgericht erklärt, bei «einfachen und leicht überschaubaren Verhältnissen» könne der Alleinverwaltungsrat «mit der Delegation der Geschäftsführung nicht zugleich auch seine Verantwortung als einziges Verwaltungsorgan an den Geschäftsführer delegieren», und es sei dieser Fall von dem eines Grossunternehmens (dazu BGE 103 V 123) zu unterscheiden. Eindeutig und m. E. richtig dagegen ZR 82 (1983) Nr. 57 S. 153 E 4: «Der Verwaltungsrat einer Gesellschaft ist nicht verpflichtet, die Geschäftsführung selber zu besorgen. Er kann diese Aufgabe an einen Arbeitnehmer delegieren. Eine Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 754 OR trifft ihn dann nicht, wenn er die erforderliche Sorgfalt in der Auswahl, Instruktion und Überwachung des geschäftsführenden Mitarbeiters walten lässt.» — Eindeutig nun auch der Entwurf für eine Revision des schweizerischen Aktienrechts, wo in Art. 716b erklärt wird, die Statuten könnten den Verwaltungsrat ermächtigen, «die Geschäftsführung... ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen.» Dazu präzisiert der neue Art. 754 II, dass derjenige, der die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, für den von diesem anderen Organ verursachten Schaden (nur) haftet, «sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat».
- <sup>119</sup> Es sind also Verwaltungsratssitzungen abzuhalten, und es genügen einsame Entscheide des Allein- oder Mehrheitsaktionärs nicht.
- <sup>120</sup> Vgl. Art. 728 OR.
- <sup>121</sup> Vgl. Art. 729 OR.
- <sup>122</sup> SAG 17 (1944/45) 200 f, 232 = JT 93 (1945) I 247.
- <sup>123</sup> BGE 93 II 25 f.
- <sup>124</sup> BGE 93 II 25.
- <sup>125</sup> ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 75.
- <sup>126</sup> ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 308 ff.
- <sup>127</sup> ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 309.
- <sup>128</sup> ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 310; ebenso schon BGE 93 II 26 f.
- <sup>129</sup> BGE 93 II 27 f.
- <sup>130</sup> ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 69 f, 74 f, 77 = Schweizer Treuhänder 50 (1976) Heft 1 S. 8 und Heft 9 S. 29, 31; vgl. ferner SAG 50 (1978) 26 ff.
- <sup>131</sup> ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 76 = Schweizer Treuhänder 50 (1976) Heft 9 S. 26.
- <sup>132</sup> Vgl. Art. 699 I OR.
- <sup>133</sup> BGE 86 II 179 f.
- <sup>134</sup> BGE 93 II 28.
- <sup>135</sup> BGE 93 II 29.
- <sup>136</sup> Etwa infolge ungenügender Überwachung von pflichtwidrig handelnden Untergebenen durch den Verwaltungs-

- rat; vgl. Hirsch (zit. Anm. 85) 263; ferner etwa Bättig (zit. Anm. 52) 103 f.
- <sup>137</sup> Vgl. etwa BGE 93 II 29, wo betont wird, es komme «auf die allgemeine Eignung der fraglichen Ursachen an, Wirkungen der eingetretenen Art herbeizuführen...». Zurückhaltend dagegen das Obergericht des Kantons Thurgau in SJZ 78 (1982) 380 f.
- <sup>138</sup> Ein Vorbehalt ist zu machen für den Fall, dass das Drittverschulden derart intensiv ist, dass es den Kausalzusammenhang «unterbricht», vgl. dazu Thomas Maurer: Drittverschulden und Drittverursachung im Haftpflichtrecht (Diss Bern 1974) 51 ff; Oftinger (zit. Anm. 65) 111 f und Hans-Jakob Zellweger: Haftungsbeschränkung und Solidarhaftung im Verantwortlichkeitsrecht der AG (Diss Bern 1972) 57. Eine solche Unterbrechung ist aber nur ganz ausnahmsweise anzunehmen. So wurde etwa zu Recht in BGE 101 II 165 die Behauptung abgelehnt, der Kausalzusammenhang zwischen ungenügender Überwachung und Schaden sei unterbrochen worden durch das betrügerische Verhalten eines als unbescholten und angesehen geltenden Direktors. Vgl. ferner BJM 1954, 256 f.
- <sup>139</sup> 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 hätte entdeckt werden können. Vgl. aber dazu den soeben in Anm. 138 zitierten BGE. Vgl. sodann auch den in SAG 17 (1944/45) 232 zitierten Entscheid des Bundesgerichts.
- <sup>140</sup> Vgl. BGE 99 II 181 und hiezu von Greyerz in SAG 46 (1974) 167 ff, 169.
- <sup>141</sup> Vgl. ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 71 f.
- <sup>142</sup> Vgl. Art. 759 I OR.
- <sup>143</sup> Art. 43 I OR.
- <sup>144</sup> Vgl. etwa W. F. Bürgi: Probleme differenzierter Schadenersatzpflicht bei der Solidarhaftung von Verwaltungsräten der AG, in: Festgabe der Juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen... zum Schweizerischen Juristentag 1965 (Bern 1965) 29 ff, 39; Forstmoser (zit. Anm. 90) 370; Hirsch (zit. Anm. 85) 267; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 45 ff; Reichwein (zit. Anm. 19) 130 f; Schiess (zit. Anm. 39) 52 ff; sodann aus der allgemeinen haftpflichtrechtlichen Literatur Oftinger (zit. Anm. 65) 345.
- <sup>145</sup> Vgl. BGE 93 II 322, für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ausdrücklich bestätigt in BGE 97 II 416. Entgegen der bundesgerichtlichen Praxis differenzierend dagegen neuestens das Obergericht des Kantons Thurgau, vgl. SJZ 78 (1982) 380.
- <sup>146</sup> Art. 759 II OR, dazu ausführlich und allgemein Oftinger (zit. Anm. 65) 348 ff; insbesondere für das Aktienrecht etwa Burckhardt (zit. Anm. 17) 266 und Bürgi/Nordmann (zit. Anm. 17) Art. 759 N 19.
- <sup>147</sup> Dazu insb. Oftinger (zit. Anm. 65) 348 ff.
- <sup>148</sup> So Burckhardt (zit. Anm. 17) 207; Meier-Wehrli (zit. Anm. 13) 43; vgl. dagegen zur Objektivierung des Verschuldensmassstabes im allgemeinen vorn V. 1. c.
- <sup>149</sup> Vom 13. 10. 1965, Art. 15.
- <sup>150</sup> Vgl. BGE 106 Ib 375 ff, dazu ASA 44 (1975/76) 314 ff. Das Bundesgericht hat in einem nicht veröffentlichten Entscheid vom 17. 2. 1978 die verrechnungssteuerliche Solidarhaftung der Organe bei der faktischen Liquidation einer GmbH ausdrücklich bestätigt.
- <sup>151</sup> Einzelne Entscheide müssen im Hinblick auf die verlangten Anforderungen an die Sorgfalt geradezu als weltfremd bezeichnet werden.
- <sup>152</sup> Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. 2. 1983, BBl 135 (1983) II 745 ff, 937.
- <sup>153</sup> Dazu Botschaft (zit. Anm. 152) 834 ff und Revisionsentwurf Art. 697a ff.
- <sup>154</sup> Revisionsentwurf Art. 754 II; vgl. dazu vorn Anm. 118.
- <sup>155</sup> Vgl. dazu vorn Anm. 118.
- <sup>156</sup> Revisionsentwurf Art. 759 II.
- <sup>157</sup> Revisionsentwurf Art. 759 III.
- <sup>158</sup> Vgl. dazu vorn Anm. 144.