

DIE PRIVATRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT IM AKTIENRECHT

D. K. 347.725

STAND DER GESETZGEBUNG UND DER RECHTSPRECHUNG 31. März 1987

von **Peter Forstmoser**

*Dr. iur., Rechtsanwalt
Professor an der Universität Zürich,
Zürich*

und

Anne Lachat-Héritier

*Dr. iur., Rechtsanwältin,
Genève*

Übersetzung von

Adrian Plüss

*Lic. iur., Assistant,
Zürich*

I. ALLGEMEINES

Die Artikel 752 ff. OR enthalten eine besondere Regelung der aktienrechtlichen *Verantwortlichkeit*. Diesen Haftungsnormen sind die mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle, Gründung und Liquidation betrauten Personen sowie die bei der Ausgabe eines Prospektes Mitwirkenden unterstellt. Voraussetzung der Haftung ist dabei, dass ein *Schaden* eingetreten ist, die zur Verantwortung gezogenen Personen *schuldhaft pflichtwidrig* gehandelt haben und ein *adäquater Kausalzusammenhang* zwischen Schaden und schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten besteht.

1. Unterscheidung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden

Sowohl die Gesellschaft als auch die Aktionäre und Gläubiger können durch pflichtwidriges Verhalten geschädigt werden. Als *unmittelbar* (oder direkt) wird der Schaden bezeichnet, den die Gesellschaft, der Aktionär oder Gläubiger *selbst* durch die Handlungen der Gesellschaftsorgane erleiden; in dieser Art betroffen

sind insbesondere Gläubiger, die einer zahlungsunfähigen Gesellschaft aufgrund einer falschen Bilanz Kredit gewähren, oder Aktionäre, denen widerrechtlich Bezugsrechte vorenthalten werden. Dagegen liegt ein *mittelbarer* Schaden i.S.v. OR 755 vor, wenn die Gesellschaft Vermögen einbüsst und der Aktionär einen Wertverlust seiner Beteiligung, bzw. der Gläubiger den ganzen oder teilweisen Ausfall seiner Forderung gegen die Gesellschaft, hinnehmen muss (vgl. SAG 57 [1985], 43 ff., 43).

Während die Gesellschaft nur unmittelbar geschädigt werden kann, ist die Unterscheidung zwischen diesen zwei Schadensformen bedeutsam für die Klagemöglichkeiten der Aktionäre und Gläubiger: bei *unmittelbarer* Schädigung bestehen die Einschränkungen von OR 755-758 nicht, weshalb die Gläubiger schon vor dem Konkurs der Gesellschaft klagen (SJZ 74 [1978], Nr. 5, S. 26), die Geschädigten Schadenersatz für sich selbst beanspruchen und die Aktionäre auch im Konkursfall selbständig vorgehen können (vgl. BGE 106 II, 232 ff., 234).

2. Klage- und Anspruchsberechtigung

Die Verantwortlichkeitsklage kann von der Gesellschaft, den Aktionären und den Gläubigern erhoben werden (OR 754 I).

a) der Gesellschaft

Die Entscheidung, Verantwortlichkeitsansprüche gerichtlich geltend zu machen, liegt grundsätzlich in der Kompetenz der *Verwaltung* (OR 722 I); richtet sich die Klage gegen sämtliche Verwaltungsratsmitglieder oder deren Mehrheit, ist ein Beschluss der *Generalversammlung* (vgl. OR 703 und 693 III zur Stimmkraft von Stimmrechtsaktien) erforderlich oder anzustreben.

Im *Konkurs* der Gesellschaft steht der Entscheid über Verantwortlichkeitsklagen der zweiten *Gläubigerversammlung* zu (SchKG 253 II).

Im Gerichtsverfahren wird die AG in der Regel durch die *Verwaltung* vertreten; richtet sich die Klage gegen den Gesamtverwaltungsrat, hat die Generalversammlung einen *besonderen Vertreter* zu bestellen; im Konkurs vertritt die *Konkursverwaltung* die Gesellschaft.

Die Schadenersatzforderung kann unter den Voraussetzungen von OR 164 und SchKG 260 I abgetreten werden.

b) der Aktionäre

Die Möglichkeit, *unmittelbaren Schaden* gerichtlich geltend zu machen, hängt nicht von der Aktionärserschaft im Zeitpunkt der Klageerhebung ab; dagegen können nur die weiterhin beteiligten Aktionäre klageweise Ersatz des *mittelbaren Schadens* fordern (SAG 6 [1933/34], 15 f.), wobei zusätzlich zu differenzieren ist:

ba) Befindet sich die AG *nicht im Konkurs*, kann der Aktionär nur *Schadenersatzleistungen an die Gesellschaft* erwirken (OR 755); dieses Klagerecht ist unabhängig von einer allfälligen Klage der AG.

bb) *Im Konkursfall* obliegt es zunächst ausschliesslich der *Konkursverwaltung*, die Ansprüche der einzelnen Aktionäre aus mittelbarer Schädigung geltend zu machen. Verzichtet diese darauf, kann der Aktionär «die Abtretung des Anspruchs» verlangen (OR 756 II). Diese «Abtretung» entspricht weder einer Zession i.S.v. OR 164 ff. noch einer Übertragung der Prozessführungsbefugnis, wie dies die «Abtretung» von Masseansprüchen nach SchKG 260 I darstellt. Vielmehr lebt das (ursprüngliche) selbständige Klagerecht des Aktionärs zufolge des Verzichts der Konkursverwaltung wieder auf.

Nach einer «Abtretung» handelt jeder Aktionär (wenn man der herrschenden, aber nicht unbestrittenen Meinung folgt) *aus eigenem Recht* (vgl. BGE 111 II, 182 ff., 183). Die Schadenersatzleistungen sind unterschiedlich zu verteilen, je nachdem, ob nur Aktionäre oder ob auch Gläubiger geklagt haben. Im ersten Fall kann das Prozessergebnis in analoger Anwendung von SchKG 260 II unter die klagenden Aktionäre – *proportional zur Höhe ihrer Verluste* – aufgeteilt werden. Im zweiten Fall sind vorerst die am Prozess beteiligten *Gläubiger ihrem Rang entsprechend zu entschädigen*; nur ein allfälliger Überschuss steht den klagenden Aktionären zu und kann ihnen – wiederum in analoger Anwendung von SchKG 260 II – zugewiesen werden. Einzelne Autoren vertreten indessen die Ansicht, das Prozessergebnis müsse vorrangig auch den übrigen, *nicht klagenden Gläubigern* zukommen und falle erst danach an die Aktionäre. Diese Regeln für den Konkursfall sind ebenso im Falle eines *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* anwendbar (BGE 86 II, 171 ff., 185; 93 II, 22 ff., 24), wo im Zweifel anzunehmen ist, dass die Verantwortlichkeitsansprüche zum abgetretenen Gesellschaftsvermögen gehören (BGE 67 II, 167 ff., 171).

c) *der Gläubiger*

Steht die AG aufrecht, können die Gläubiger ihr Klagerecht aus mittelbarem Schaden nicht ausüben (OR 758); bei richtiger Betrachtung können die Gläubiger ohnehin *nur im Konkurs der Gesellschaft mittelbar geschädigt* werden, nicht aber, solange die AG ihre Verpflichtungen zu erfüllen vermag. Gläubiger und Aktionäre befinden sich in dieser Hinsicht in verschiedenen Situationen (vgl. vorne I 2 b). Im Fall des Konkurses oder eines *Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung* werden die Ansprüche der Gläubiger in erster Linie *durch die Konkursverwaltung* geltend gemacht (OR 756 I) und fallen Schadenersatzleistungen an die Konkursmasse. Nur sofern die Masse darauf verzichtet, kann sich jeder Gläubiger das *Recht zur selbständigen Geltendmachung der eigenen Ansprüche* übertragen und sich ausserdem die *Prozessführungsbefugnis* als Vertreter der Masse *für die Klage der Gesellschaft* einräumen lassen (BGE 86 III, 154 ff., 163); in BGE 111 II, 182 ff., 183 geht das Bundesgericht implizit davon aus, dass eine «Abtretung» im Konkurs den Gläubigern ermöglicht, sowohl den eigenen Anspruch auf Ersatz des mittelbaren Schadens (gestützt auf OR 756 II) als auch die Forderung der Gesellschaft (gestützt auf SchKG 260 I) geltend zu machen, und ihre Klage somit eine «Doppel-

natur» aufweist (vgl. auch «Der Schweizer Treuhänder» 59 [1985], 222 ff., 222; BGE 86 III, 154 ff., 163).

Das Prozessergebnis ist alsdann gemäss SchKG 260 II zu verwenden.

d) *Anspruchskonkurrenzen*

- da) Ist ein Aktionär oder Gläubiger zugleich *unmittelbar und mittelbar* geschädigt, kann er beide Ansprüche nebeneinander geltend machen.
- db) Wer *Aktionär und Gläubiger* ist, kann – in den Schranken des Rechtsmissbrauchs – wahlweise oder gleichzeitig aus beiden Rechtsstellungen klagen (BGE 87 II, 293 ff., 296 f. und 86 III, 154 ff., 159).
- dc) Klagen *mehrere Aktionäre (oder Gläubiger) neben der AG*, entsteht eine einfache Streitgenossenschaft.
- dd) *Aktionäre und Gläubiger*, die einen mittelbaren Schaden geltend machen, sind grundsätzlich gleichberechtigt; immerhin werden vorab die Gläubiger aus dem Prozessergebnis befriedigt.
- de) Eher selten sind Fälle von Konkurrenz zwischen Ansprüchen der *Gesellschaft* und solchen von *Aktionären und Gläubigern*, soweit deren Klagerecht eingeschränkt ist; steht die Gesellschaft aufrecht, sind AG und Aktionäre wiederum gleichberechtigt. Im Konkurs der AG sind – theoretisch – Konkurrenzverhältnisse zwischen Aktionären und Gläubigern denkbar; immerhin werden die Gläubiger wie erwähnt vorrangig befriedigt, so dass kaum Aktionäre an einer Klage interessiert sind.

3. Gerichtsstand, Streitwert

OR 761 begründet einen *einheitlichen* Gerichtsstand für sämtliche Klagen gegen alle nach Aktienrecht verantwortlichen Personen: den *Sitz der Gesellschaft*. Dieser Gerichtsstand besteht zugunsten aller Berechtigten und unabhängig davon, ob diese aufgrund unmittelbarer oder mittelbarer Schädigung klagen. Es ist daher nicht erforderlich – wohl aber zulässig –, jeden Verantwortlichen an seinem Wohnsitz zu belangen.

OR 761 ist *dispositiver Natur*; somit können insbesondere die Statuten einen abweichenden Gerichtsstand für die Klagen der *Gesellschaft* und der *Aktionäre* festlegen (SJZ 40 [1944], Nr. 78, S. 124). Die *Gläubiger* werden dagegen durch eine solche Bestimmung *nicht gebunden*, und zwar auch dann nicht, wenn sich die Klage auf mittelbare Schädigung stützt. Verbindlich sind statutarische Gerichtsstandsklauseln wiederum für die Konkursverwaltung, sofern diese nicht ausschliesslich Gläubigeransprüche geltend macht. – Im weiteren können die Statuten die Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft und der Aktionäre auch einer schiedsgerichtlichen Entscheidung unterwerfen. Dabei ist zu beachten, dass Art. 6 II des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit nicht nur eine entsprechende Statutenbestimmung, sondern auch eine zusätzliche schriftliche Erklärung der Gesellschafter verlangt, weshalb statutarische Schiedsgerichtsklauseln im Geltungsbereich des Konkordats nicht ohne weiteres gültig sind.

Der Streitwert bemisst sich nach dem eingeklagten *Gesamtschaden*.

4. Verjährungsfristen

OR 760 regelt die Verjährung der Verantwortlichkeitsansprüche einheitlich, unabhängig von der Art des Schadens und der vertraglichen, vertragsähnlichen oder ausservertraglichen Rechtsgrundlage.

a) Die ordentliche fünfjährige Verjährungsfrist

Die Frist beginnt mit der Kenntnisnahme des Geschädigten von der Existenz und der Höhe des *Schadens* (BGE 82 II, 43 ff., 44 ff.; 96 II, 39 ff., 41 ff.; 100 II, 339 ff., 341 f.), der Person des *Ersatzpflichtigen* und den *Tatsachen, die seine Ersatzpflicht begründen* (BGE 82 II, 43 ff., 45). Dabei genügt die blosse *Möglichkeit der Kenntnis* nicht. Im Konkurs bewirkt die Bestellung der Konkursverwaltung den Beginn der Verjährungsfrist für die Ansprüche der AG (SJ 106 [1984], 483 ff., 488). Zur Unterbrechung der Verjährung und zum Verzicht auf die Verjährungseinrede vgl. sodann OR 135 ff.

b) Die absolute zehnjährige Verjährungsfrist

Diese Frist gilt *ohne Rücksicht auf das Wissen der Geschädigten* und kann damit auch Ansprüche blockieren, bevor eine Klageerhebung überhaupt möglich wurde (vgl. OR 758 und BGE 102 II, 353 ff., 357).

c) Längere Verjährungsfristen bei strafbaren Handlungen

Verlängert werden die *ordentliche und die absolute Verjährungsfrist* (BGE 60 II, 30 ff., 35) beim *Vorliegen einer objektiv und subjektiv strafbären Handlung* (BGE 106 II, 213 ff., 217 ff.), wenn das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist festlegt. Die strafrechtliche Verjährung *beginnt* alsdann *mit der Straftat* und ergibt sich aus der Regelung in StGB 70, während die *ordentliche zivilrechtliche Frist unterbrochen* werden und neu beginnen kann (BGE 97 II, 136 ff., 139). Die absolute Verjährung des Strafrechts bleibt dagegen bedeutungslos. Die strafrechtliche Frist ist für den *Täter* selbst und seine *Erben* massgebend.

II. DIE VERANTWORTLICHEN PERSONEN

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ist eine *rein persönliche*; daher müssen die Haftungsvoraussetzungen für jede handelnde (natürliche oder juristische [vgl. OR 727 III]) Person gesondert geprüft werden.

1. Die an der Ausgabe eines Prospektes Mitwirkenden (OR 752)

Der in OR 752 umschriebene Personenkreis ist weit und umfasst nicht nur Personen, die an der Abfassung des Prospekts oder entsprechender Urkunden mitgewirkt haben, sondern auch:

- die *Gründer* i.S.v. OR 629 II;
- *Unterzeichner* – auch fiduziarische – *von Prospekten* und Zirkularen;
- die *bestellten Organe*, insbesondere die künftige *Verwaltung*;

- die *Kontrollstelle*;
- *Banken* und andere Stellen, die sich mit der Placierung befassen;
- *Berater*, insbesondere *Anwälte*;
- *Urkundspersonen* und *Zeichnungsstellen* (umstritten).

Die Verantwortlichkeit aus OR 752 kann auch durch *freiwillige* Ausgabe von Prospekten sowie bei einer *Kapitalerhöhung* entstehen. Der Prospekthaftung unterliegen sodann Angaben in *sämtlichen Informations- und Werbemitteln*.

Anspruchsberechtigt sind *Aktionäre und Obligationäre* sowie die Inhaber von Genuss- und Partizipationsscheinen und die Wandel- und Optionobligationäre; *späteren Erwerb* steht die Klagemöglichkeit ebenfalls offen, sofern ein Kausalzusammenhang zwischen den mangelhaften Kundgebunden und dem Erwerb der Titel besteht.

Dagegen sind die *Gesellschaft* und *andere Gläubiger* in keinem Fall klageberechtigt.

2. Die Gründer (OR 753)

OR 753 ist ebenfalls weit auszulegen, weshalb das Marginale richtiger «Gründungshaftung» (BGE 76 II, 307 ff., 312) heissen müsste. Als Haftpflichtige kommen etwa in Betracht:

- die *Gründer* i.S.v. OR 629 II;
- die *Handelnden* i.S.v. OR 645 I (BGE 59 II, 434 ff., 442 f.; 79 II, 174 ff., 178 f.);
- *fiduziarisch* bei der Gründung Tätige ebenso wie der *Hintermann*;
- die *bestellten Organe*, v.a. die künftige *Verwaltung*;
- *Geldgeber*, die den Gründern ein kurzfristiges Darlehen zur Gründung gewähren (BGE 76 II, 307 ff., 311 ff. = SAG 23 [1950/51], 73 ff., 75 ff. = ZBJV 88 [1952], 385 f.);
- *Berater* und an der Gründung mitwirkende *Anwälte* (BGE 76 II, 164 ff., 167);
- die *Depositenstellen*, welche nicht dem kantonalen Recht unterstehen (vgl. OR 763 und BankG 38 I);
- *Urkundspersonen* – wenn ihre Aufgaben auch notwendigerweise formeller Natur sind (umstritten);
- der *Handelsregisterführer*, der bereits einer allgemeinen Verschuldenshaftung untersteht (OR 928 I).

Die Gründungshaftung besteht grundsätzlich auch im Kapitalerhöhungsverfahren. Verwaltungs- und Kontrollorgane können alsdann zugleich nach OR 753 und 754 belangt werden, während die *weiteren bei der Kapitalerhöhung tätigen Personen* allenfalls nach OR 753 haftbar werden.

3. Die nach OR 754 verantwortlichen Personen

a) Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen

OR 754 erfasst wiederum einen grossen Personenkreis; anwendbar ist die Bestimmung nicht nur auf *formelle Verwaltungsorgane* (formelle Organstellung),

sondern auch auf die *tatsächlich direkt oder indirekt an der Geschäftsführung und Verwaltung Mitwirkenden* (faktische Organstellung) sowie auf *Beteiligte, die nur nach aussen als Organe erscheinen*, ohne indessen selbst wesentliche Entscheidungen zu treffen (Organstellung infolge Kundgabe).

Insbesondere betrifft die Haftung:

- sämtliche *Verwaltungsratsmitglieder*, auch die fiduziarisch tätigen, im Zusammenhang mit allen Handlungen in dieser Funktion (ZR 59 [1960], Nr. 130, S. 333);
- den *Hintermann*;
- den *Hauptaktionär*, wenn er materiell Organfunktionen ausübt (ZR 58 [1959], Nr. 70, S. 190 = SAG 32 [1959/60], 135 ff., 138);
- die *Muttergesellschaft* und ihre Vertreter, sofern diese die Geschäftsführung der Tochtergesellschaft direkt beeinflussen;
- die juristische Person, die einen Vertreter in den Verwaltungsrat delegiert (OR 707 III), ihm Instruktionen erteilt und auf diese Weise die Geschäftsführung mitbestimmt (umstritten; zur Haftung öffentlich-rechtlicher Körperschaften vgl. OR 762 IV);
- juristische *Berater*, Anwälte usw., wenn sie in den Verwaltungsrat gewählt wurden;
- *verdeckte* (BGE 102 II, 353 ff., 359 und 107 II, 349 ff., 354 f.) und *stille* Verwaltungsräte, die materiell in Organstellung tätig sind oder die sich nach aussen als Organe ausgeben;
- *Direktoren, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte* und weitere Angestellte, soweit sie selbständig wesentliche Geschäftsführungsentscheide fällen (BGE 65 II, 2 ff., 5 ff.);
- die verdeckt im Hintergrund wirkenden «grauen Eminenzen».

b) Die Mitglieder der Kontrollstelle

Die Kontrollstelle i.S.v. OR 727 ff. untersteht mit Bezug auf die Ausübung ihrer *aktienrechtlichen Funktionen* (OR 728-731) der Verantwortlichkeit nach OR 754. Im Rahmen von Kapitalerhöhungen kann sich sodann auch eine Haftung aus OR 752 ergeben (vgl. hierzu Praxis 75 [1986], Nr. 210, S. 728). Dagegen richtet sich die Haftbarkeit der Kontrollstelle im Zusammenhang mit *zusätzlichen – nicht organspezifischen – Aufgaben* nicht nach den aktienrechtlichen Normen (so auch Praxis 75 [1986], Nr. 210, S. 725 ff.).

Amten *juristische Personen* als Kontrollstelle (OR 727 III), werden *diese* verantwortlich, nicht aber die einzelnen Organ- oder Hilfspersonen, welche die Kontrollaufgaben tatsächlich ausüben.

c) Die Liquidatoren

Der Haftung aus OR 754 unterstehen auch die *Liquidatoren*, die gemäss OR 740 oder 741 bestimmt werden, und der nach OR 725 IV bei einem Konkursaufschub ernannte *Sachwalter*.

Im Konkurs geht SchKG 5 als *lex specialis* der Regelung in OR 754 II insoweit vor, als die gleichen Sachverhalte von beiden Bestimmungen erfasst werden.

III. DIE HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN

Auf den anschliessend dargestellten Voraussetzungen basieren – ohne gegenteilige Hinweise – sämtliche Arten der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (OR 752 ff.).

1. Der Schaden

Unerlässliche Voraussetzung jeder Verantwortlichkeit ist das Vorliegen eines Schadens (BGE 95 II, 320 ff., 324 f.).

a) Begriff

Der Schaden entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den sein Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Aktienrechtlich relevant ist *aller Schaden*, sowohl positiver Verlust (*damnum emergens*) als auch entgangener Gewinn (*lucrum cessans*). Dagegen ist *immaterielle Unbill* in der Regel nicht zu berücksichtigen. *Unwesentlich* ist weiter, ob der Verantwortliche durch die Schädigung einen *eigenen Vorteil* erlangt hat oder auch nur erlangen wollte.

b) Beweislast, Schadensberechnung

Grundsätzlich obliegt es dem Geschädigten (OR 42 I), den eingetretenen Schaden *betragsmässig nachzuweisen* (vgl. BGE 79 II, 174 ff., 179); ist ein Schaden oder dessen Höhe nicht beweisbar (BGE 95 II, 481 ff., 501), kann der Richter nach OR 42 II auf eine *Schätzung* abstellen.

Der Geschädigte muss sich allfällige mit der schädigenden Handlung verbundene *Vorteile anrechnen* lassen. Gewinne, die der Verantwortliche durch pflichtgemässe Geschäftsführung erzielt hat, sind dagegen nicht als Vorteile zu betrachten und reduzieren daher keinesfalls die zu vertretenden Verluste. Konkrete Beispiele von Schadensberechnungen sind in den folgenden Gereichtsurteilen enthalten:

ba) Zur Gründerhaftung:

- BGE 64 II, 272 ff., 281 ff.
- BGE 76 II, 307 ff., 319 f.
- BGE 79 II, 174 ff., 179
- BGE 102 II, 353 ff., 357, 361 f.
- SJ 91 (1969), 150 ff., 155
- SJZ 47 (1951), Nr. 56, S. 178
- BJM 1958, 26 ff., 33 f.

bb) Zur Verantwortlichkeit der Verwaltung:

- BGE 95 II, 320 ff., 324 f.
- BGE 99 II, 176 ff., 179 (vgl. dazu die kritische Besprechung in SAG 46 (1974), 167 ff.)

bc) Zur Haftung der *Kontrollstelle*:

- BGE 86 II, 171 ff., 186
- ZR 75 (1976), Nr. 21, S. 72.

2. Schuldhafte Pflichtverletzung

In den typischen Haftungssituationen lassen sich Pflichtverletzung und Verschulden der Verantwortlichen nicht exakt trennen. Die Rechtsprechung misst das Verschulden an einem objektiven Massstab (vgl. hinten III 2b), weshalb im folgenden die Pflichtwidrigkeit und das Verschulden gemeinsam behandelt werden.

a) *Pflichtverletzung, Rechtswidrigkeit*

Das Verhalten des Haftpflichtigen muss einen *Verstoss gegen vertragliche, vertragsähnliche oder ausservertragliche Pflichten* beinhalten.

aa) Pflichtverstösse der *Gründer* sowie der *an der Ausgabe eines Prospektes Mitwirkenden* umschreiben OR 752 und 753: Die an der Ausgabe eines Prospektes Mitwirkenden haben zu verhindern, dass *unrichtige Aussagen oder den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprechende Angaben* in den Urkunden enthalten sind und verbreitet werden; sie verletzen folglich ihre Pflichten beispielsweise mit der Bekanntgabe von ungenauen, unvollständigen oder zweideutigen Informationen über die finanzielle Situation des Unternehmens, die beim Publikum falsche Vorstellungen von der betreffenden Gesellschaft wecken und Entscheide über die Zeichnung von Anleiensobligationen beeinflussen (BGE 47 II, 272 ff., 287); ebenso verstossen die Beteiligten gegen OR 752/753, wenn sie eine Baugründung vortäuschen (SJZ 47 [1951], Nr. 56, S. 178).

Die Gründer haben insbesondere ein korrektes Vorgehen bei der *qualifizierten Gründung*, bei der *Eintragung* der Gesellschaft ins Handelsregister und der *Annahme von Zeichnungen* sicherzustellen. Sie handeln etwa dann pflichtwidrig, wenn sie:

- eine Bargründung vortäuschen, der Gesellschaft aber lediglich Sachwerte zuführen (BGE 64 II, 272 ff., 278 ff.);
- eine vereinbarte Sachübernahme verschweigen (BGE 59 II, 434 ff., 449 f.; 79 II, 174 ff., 177 ff.; 83 II, 284 ff., 287 ff.);
- aus Nachlässigkeit Sacheinlagen überbewerten (BGE 90 II, 490 ff., 494 f.);
- an einer Scheineinzahlung des Grundkapitals mitwirken (BGE 102 II, 353 ff., 356);
- ein kurzfristiges Darlehen zur Scheineinzahlung aufnehmen; weiss der Darlehensgeber von der Verwendung des aufgenommenen Geldbetrages, haftet er gleichermassen (BGE 76 II, 307 ff., 314).

Ebenso wird grundsätzlich die Urkundsperson als Gründer verantwortlich, wenn sie eine Verrechnungsliberierung nicht als solche verurkundet und zu Unrecht vollständige Liberierung vermerkt (ZBJV 95 [1959], 113 ff., 115 –

die Haftung entfiel in casu, da die AG längst gegründet war); schliesslich verletzt der Verwaltungsrat, der eine Kapitalerhöhung im Handelsregister eintragen lässt, obwohl er von der Scheinliberierung Kenntnis hat, ebenfalls OR 753 (SJ 91 [1969], 150 ff., 154 f.; nach der vorn II.2 a.E. vertretenen Auffassung wäre dieses Verhalten indessen nach OR 754 zu beurteilen).

ab) Die Pflichten der mit der *Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation* betrauten Personen sind in OR 754 nicht näher präzisiert. Damit wird auf entsprechende gesetzliche und statutarische Bestimmungen verwiesen, insbesondere auf OR 721 ff. für die Verwaltung, OR 728 ff. für die Kontrollstelle und OR 742 ff. für die Liquidatoren.

Die Gerichtspraxis zeigt verschiedenste mögliche Pflichtverstösse der *Verwaltung*; so verhält sich bzw. handeln pflichtwidrig:

- die Verwaltung, die der Gesellschaft Vermögenswerte entzieht, ohne sicherzustellen, dass diese eine entsprechende Gegenleistung erhält (ZR 59 [1960], Nr. 130, S. 333 f., 337; SJ 106 [1984], 483 ff., 485 ff.);
- die Verwaltung, die ein Darlehen zurückbezahlt, das zur Scheinliberierung des Grundkapitals verwendet wurde (BGE 102 II, 353 ff., 359);
- Der Verwaltungsrat, der einen Schuldbrief auf Immobilien der AG für persönliche Verbindlichkeiten verpfändet (ZR 78 [1979], Nr. 79, S. 192 f.);
- die Verwaltung, die mit den Mehrheitsaktionären Geschäfte tätigt, die für die Gesellschaft und die Minderheitsaktionäre nachteilig sind, und zugunsten der Mehrheitsaktionäre bewusst zweifelhafte Schulden in die Bilanz aufnimmt (BGE 92 II, 243 ff., 246);
- die Verwaltung, die in Überschreitung ihrer Befugnisse mit einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern Geschäfte zum Nachteil der Gesellschaft sowie einzelner Aktionäre abschliesst (BGE 81 II, 462 ff., 464 f.);
- der Verwaltungsrat einer Bank, der zulässt, dass der Verwaltungsratspräsident und Generaldirektor Aktien der Bank erwirbt, diese der Bank als Sicherheit für ihm gewährte beträchtliche Kredite überlässt, ferner aus Mitteln der Bank Lebensversicherungen zu seinen Gunsten abschliesst sowie Gesellschaftsvermögen in erheblichem Umfang leichtfertig investiert (ZR 29 [1930], Nr. 93, S. 230 ff.);
- die Mitglieder des Verwaltungsrates und insbesondere dessen Präsident, wenn trotz Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung einzelner Verwaltungsräte, die den übrigen bekannt sein mussten, keine Untersuchungen und weitere Massnahmen veranlasst werden (BGE 97 II, 403 ff., 411 ff.);
- der Verwaltungsrat, der 80% des Gesellschaftsvermögens ohne Zustimmung der Aktionäre in eine hochspekulative Anlage investiert; dies auch dann, wenn er sich auf den Rat von Fachleuten verlässt (BGE 99 II, 176 ff. 179 f. = ZR 72 [1973], Nr. 58, S. 145 f. = SAG 46 [1974], 167 ff., 168);
- die Verwaltung, die das Gesellschaftsvermögen – soweit es nicht zur

- Abwicklung erlaubter anderer Rechtsgeschäfte benötigt wird – nicht zinstragend anlegt (BGE 99 II, 176 ff., 184);
- Verwaltungsräte, die mit persönlichen, von der AG gewährten Krediten spekulieren und den Kreditkonten der Gesellschaft nicht die nötige Aufmerksamkeit zuwenden (SJZ 38 [1941/42], Nr. 13, S. 74);
 - das Verwaltungsratsmitglied, das von ihm gezeichnete Aktien nicht zum Zeitpunkt und in der Höhe, wie dies Prospekt und Statuten vorsehen, liberiert und zulässt, dass weitere Aktionäre, namentlich die Direktoren, ebenso verfahren, so dass der Gesellschaft von Anfang an nur die Hälfte der zugeordneten Mittel zur Verfügung steht (SJZ 38 [1941/42], Nr. 13, S. 74);
 - der Verwaltungsrat, der sein Mandat angenommen hat, obwohl ihm die notwendigen Kenntnisse fehlen (SAG 17 [1944/45], 198 ff., 199 und 228 ff., 230 = JT 93 [1945], I 244 ff., 245);
 - die Verwaltung, die sich trotz Unerfahrenheit nicht von Spezialisten beraten lässt (SJZ 38 [1941/42], Nr. 13, S. 74);
 - der Verwaltungsrat, der die notwendigen Abschreibungen nicht vornimmt, so dass die gesetzlich zulässige Höchstbewertung weit überschritten wird (SAG 17 [1944/45], 198 ff., 199 f. und 228 ff., 230 f. = JT 93 [1945], I 244 ff., 246);
 - die Verwaltung, welche die Vorschrift von OR 725 missachtet, obwohl sie über die bestehende Überschuldung im Bild ist (SAG 17 [1944/45], 198 ff., 200 und 228 ff., 231 = JT 93 [1945], I 244 ff., 246) oder sein müsste (ZR 82 [1983], Nr. 57, S. 152 f.);
 - die Verwaltung, die eine ordnungsgemässe Buchführung unterlässt (vgl. hiezu BGE 77 IV, 164 ff., 165 f.);
 - der einzige Verwaltungsrat einer Möbelfabrik in prekärer Lage, der den Geschäftsführer, obwohl dieser nicht über einwandfreie Zeugnisse verfügt, keiner strengen Überwachung unterstellt und es namentlich unterlässt, ein genaues Inventar über das Warenlager aufzunehmen und zu kontrollieren, ob der Geschäftsführer seine vertraglichen Pflichten einhalte (SAG 9 [1936/7], 118 ff., 119 f.);
 - der Verwaltungsrat, der nicht nur freie Aktiven, sondern auch die zur Erfüllung von fälligen Verbindlichkeiten im Inland benötigten Mittel der Gesellschaft ins Ausland abschiebt; eine weitere Pflichtverletzung war *in casu* darin zu sehen, dass die Überweisung an eine wenig vertrauenswürdige Bank und ausserdem im Alleininteresse eines Aktionärs erfolgte (BJM 1954, 252 ff., 254 ff.);
 - die Verwaltung, die weder selbst ein Budget aufstellt und eine seriöse Finanzplanung einrichtet noch dies anordnet, wenn sie die Geschäftsführung delegiert (ZR 82 [1983], Nr. 57, S. 151 ff.);
 - der Verwaltungsratspräsident einer AG in Liquiditätsschwierigkeiten, der keine Massnahmen trifft, um die AHV-Beiträge einzahlen zu können (BGE 109 V, 86 ff., 88 f., 93).

Dagegen liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn die Verwaltung die Übertragung nicht voll liberierter Aktien ohne Sicherstellung des nicht einbezahlten Betrages zulässt, sofern die Aktionäre diesem Übergang zugestimmt haben (BGE 84 II, 57 ff., 63; die Zustimmung stand *in casu* einer Klage der Aktionäre entgegen, wäre indessen im Zusammenhang mit Ansprüchen der Gläubiger bedeutungslos).

Pflichtverstösse begeht die *Kontrollstelle*:

- wenn sie es unterlässt, eine konsolidierte Bilanz zu erstellen, obwohl sie ihrer Prüfungspflicht in einem Konzern angesichts der starken Verflechtung und spezifischer Umstände nur aufgrund einer solchen nachkommen könnte (ZR 75 [1976], Nr. 21, S. 71, 75 f. = SAG 50 [1978], 26 ff., 28);
- wenn sie sich nicht vergewissert, ob die gesetzlich vorgeschriebene Höchstbewertung bei der Bilanzierung der ständigen Anlagen eingehalten wurde und die notwendigen Abschreibungen vorgenommen worden sind (SAG 17 [1944/45], 198 ff., 200 f. und 228 ff., 231 f.), bzw. ob «das Warenlager» (im konkreten Fall der wichtigste Aktivposten) «nach dem in Art. 666 OR niedergelegten Niedrigstwertprinzip bilanziert» ist (BGE 93 II, 22 ff., 24 ff.);
- wenn sie trotz festgestellter oder vermuteter Bewertungsmängel in der Bilanz der Generalversammlung Antrag auf deren vorbehaltlose Genehmigung stellt bzw. in ihrem Bericht lediglich auf «unterlassene Abschreibungen» hinweist, ohne zu prüfen, ob unter Berücksichtigung eines «angemessenen» Nachholbedarfs an Abschreibungen der buchmässige Aktivenüberschuss auch wirklich besteht (BGE 93 II, 22 ff., 24 ff., 27 f.);
- wenn sie trotz erkennbarer Überschuldung ihren Bericht vorbehaltlos abgibt und nicht auf diesen Umstand und die Pflicht der Verwaltung zur Benachrichtigung des Richters hinweist sowie die bei ihrer Tätigkeit wahrgenommenen Mängel nicht den zuständigen Instanzen meldet und in ihren Berichten an Generalversammlung und Verwaltung keinen Vorbehalt wegen fragwürdiger Geschäftsführung der Verwaltung anbringt (ZR 75 [1976], Nr. 21, S. 69 f., 71, 74 f., 77 = «Der Schweizer Treuhänder» 50 [1976], Heft 1, S. 6 ff., 8 f. und Heft 9, S. 28 ff., 29 ff.; vgl. ferner SAG 50 [1978], 26 ff., 29);
- wenn sie der Generalversammlung nicht mitteilt, dass es die Verwaltung trotz Überschuldung der AG unterlässt, den Richter zu benachrichtigen, und ihr keine entsprechende Beschlussfassung beantragt (BGE 86 II, 171 ff., 182);
- wenn sie die Generalversammlung nicht selbst einberuft, obwohl dies die Verwaltung ohne stichhaltigen Grund unterlässt (BGE 86 II, 171 ff., 179, 183);
- wenn sie es versäumt, rechtzeitig eine ausserordentliche Generalversammlung einzuberufen, nachdem der einzige Verwaltungsrat verstorben ist (BGE 93 II, 22 ff., 28);

- wenn sie trotz fehlender Fachkenntnisse weder ihr Mandat niederlegt, noch einen Fachmann beizieht (BGE 93 II, 22 ff., 26 f.);
- wenn sie – zugleich als bankengesetzliche Revisionsstelle – Expertisen über die Bewertung von Immobilien der AG zwar für nicht überzeugend hält und ein neues Gutachten verlangt, aber die Auswahl und Instruktion der Gutachter gänzlich der Gesellschaft überlässt (ZR 78 [1979], Nr. 134, S. 308 ff.; leichtes Verschulden);
- wenn sie ein Bewertungsgutachten unhaltbar würdigt (ZR 78 [1979], Nr. 134, S. 309);
- wenn sie keine Bilanz zu Veräusserungswerten erstellt und die Generalversammlung nicht über die kritische finanzielle Lage der Gesellschaft informiert; *in casu* wurde allerdings angenommen, der Hauptaktionär und -gläubiger hätte in dieser Situation eine Rangrücktrittserklärung abgegeben, weshalb die Haftung entfalle (fragwürdig; «Der Schweizer Treuhänder» 59 [1985], 75 ff., 83).

Die *Liquidatoren* missachten ihre Pflichten:

- wenn sie (bzw. die Betreibungsbeamten) einen Gläubiger versehentlich nicht in die Verteilungsliste aufnehmen (SJZ 38 [1941/42], Nr. 49, S. 118 = SJ 62 [1940], 558);
- wenn sie (bzw. die Betreibungsbeamten) die Verwertungshandlungen (*in casu* Verwertung eines Pfandes) verzögern (BGE 52 III, 135 ff., 140 f.).

Die Liquidatoren sind ferner für die im Liquidationsstadium begründeten Schulden verantwortlich, soweit diese nicht getilgt werden können (SJZ 54 [1958], Nr. 7, S. 41).

b) Verschulden; objektiver Massstab

ba) Allgemeines

Eine Haftung nach den Bestimmungen von OR 752 ff. tritt bei *jedem Verschulden*, auch bei *leichter Fahrlässigkeit* ein; eine einzige Ausnahme von dieser Regel sieht OR 753 Ziff. 3 für die Gründerhaftung vor.

Die Existenz eines schuldhaften Verhaltens ist im übrigen nicht pauschal zu beurteilen, sondern *im Hinblick auf die einzelnen zur Diskussion stehenden Verhaltensweisen und Schäden*.

Fahrlässigkeit setzt voraus, «dass das schädigende Ereignis für den Schädiger voraussehbar gewesen sei. Das bedeutet indessen nicht, er habe seines Eintrittes sicher sein müssen. Es genügt, wenn er sich nach der ihm zuzumutenden Aufmerksamkeit und Überlegung hätte sagen sollen, es bestehe eine konkrete Gefahr der Schädigung» (BGE 99 II, 176 ff., 180). Weiter ist bedeutsam, ob der Handelnde urteilsfähig war, da dem Urteilsunfähigen sein Verhalten nicht als Verschulden angelastet werden kann.

Die in Frage stehenden Handlungen oder Unterlassungen müssen aufgrund der Kenntnisse und Umstände zur *Zeit ihres Geschehens* beurteilt werden; es

genügt nicht, dass sie nachträglich, *ex post*, im Lichte späterer Erkenntnisse betrachtet, als falsch erscheinen.

bb) *Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt*

Die erforderliche Sorgfalt ist nach *objektiven Kriterien* zu bestimmen; massgebend sind dabei die durchschnittlichen Fähigkeiten von gewissenhaften Personen in vergleichbaren Funktionen. Aus dieser Objektivierung folgt zweierlei: Einmal kann die *subjektive Entschuldbarkeit* – v.a. wegen *Unkenntnis oder Unfähigkeit* (JT 93 [1945], I 244 ff., 245; BGE 93 II, 22 ff., 27) – *keine Rolle spielen*; sodann sind stets die *konkreten Umstände zu berücksichtigen*, etwa die Notwendigkeit, besondere Risiken einzugehen, die sich aus dem Gesellschaftszweck ergeben kann (BGE 59 II, 434 ff., 460; 61 II, 228 ff., 236 f.). Lehre und Rechtsprechung halten in diesem Zusammenhang folgendes fest:

- Einmal sind an die Sorgfalt umso höhere Anforderungen zu stellen, je verantwortungsvoller die Tätigkeit der verantwortlichen Person ist.
- Im weiteren kann die Komplexität einer Tätigkeit die Mitwirkung von oder Beratung durch Drittpersonen notwendig machen, so dass der Verzicht auf eine Kompetenzdelegation ein Verschulden bedeutet (BGE 93 II, 22 ff., 26; vgl. dagegen BGE 99 II, 176 ff., 181).
- Der Haftpflichtige vermag sich nicht zu exkulpieren, indem er nachweist, die gleiche *Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten* aufgewendet zu haben (BGE 99 II, 176 ff., 179).
- Von Organpersonen mit *besonderen fachlichen Qualifikationen* darf man ein besonderes Mass an Sorgfalt verlangen (vgl. BGE 93 II, 22 ff., 30 zur Haftung einer Treuhandgesellschaft als Kontrollstelle).
- Ein besonders strenger Massstab ist bei *potentiellen Interessenkonflikten* anzulegen, wenn die Organperson die AG bei einer Handlung schädigt, die sie zu ihrem persönlichen Vorteil oder im Interesse von Drittpersonen vornimmt.
- *Zeitmangel* stellt nie einen Exkulpationsgrund dar (BGE 97 II, 403 ff., 411).
- *Ungerechtfertigte Abwesenheit* vermag die Haftung nicht zu reduzieren; in der Literatur umstritten sind dagegen die Folgen *gerechtfertigter Abwesenheit*. Die Verantwortlichkeit des Abwesenden entfällt indessen stets dann, wenn seine aktive Präsenz die Situation nicht verändert hätte und somit ein *Kausalzusammenhang* (hinten II. 3) fehlt; die Gerichte würdigen jedoch diesbezügliche Hypothesen zurückhaltend.
- *Stillschweigen, Stimmenthaltung* und gleichartiges *passives Verhalten* schliessen die Haftung nicht aus; notwendig ist vielmehr eine – den Umständen entsprechende – Opposition gegen das pflichtwidrige Verhalten.
- Auch eine lediglich *fiduziarische Tätigkeit* begründet die volle Verantwortlichkeit (BGE 59 II, 343 ff., 460).

- Die interne *Kompetenzaufteilung* (z.B. auf Verwaltungsratsausschüsse) bewirkt *keine Entlastung* von der Verantwortung, kann aber immerhin eine angemessene organisatorische Massnahme sein; dagegen entfällt im Rahmen der zulässigen *Kompetenzdelegation* auch die Haftung und *beschränkt sich die Verantwortlichkeit auf die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung* der Delegierten (vgl. SAG 23 [1950/51], 182 ff., 185).

Amtet eine juristische Person als Kontrollstelle (OR 727 III), wird ihr das Verschulden ihrer Organe und Hilfspersonen (je nach der Rechtsnatur der Verantwortlichkeit im Rahmen von OR 55 I oder 101 I) angelastet.

Beispiele von mangelnder Sorgfalt finden sich vorne III. 2 a/aa und ab.

c) *Beweislast*

Die Beweislast hängt von der Rechtsnatur der Verantwortlichkeitsansprüche ab und ist zum Teil umstritten. Wegen der Objektivierung des Verschuldensmassstabes (dazu vorn III. 2 b) kommt ihr allerdings keine allzu grosse Bedeutung zu.

Die Haftung *nach OR 754* ist gegenüber der *Gesellschaft* und den *Aktionären* eine vertragliche oder vertragsähnliche (vgl. v.a. BGE 46 II, 449 ff., 455); ein Verschulden wird daher vermutet, und es obliegt den Beklagten, sich zu exkulpieren. Die *Gläubiger* haben dagegen deliktsrechtliche Ansprüche (umstritten) und müssen folglich ein Verschulden nachweisen, soweit sie nicht (auch) Forderungen der AG aufgrund SchKG 260 II geltend machen.

Die *Gründerhaftung* (vgl. BGE 76 II, 307 ff., 320) und die *Prospekthaftung* sind wiederum deliktsrechtlicher Natur, weshalb die Kläger ein Verschulden nachweisen müssen.

d) *Bedeutung der Pflichtwidrigkeit bei der Schädigung von Gläubigern*

In BGE 110 II, 391 ff., 395 hat das Bundesgericht präzisiert, eine Pflichtwidrigkeit könne nur dann Verantwortlichkeitsansprüche begründen, wenn sie zugleich die Verletzung einer Gläubigerschutzbestimmung beinhalte (Kritik dazu in SAG 57 [1985], 43 ff., 47 f.). Dieser Einschränkung unterliegen gleichermassen Verantwortlichkeitsklagen aus mittelbarer und unmittelbarer Schädigung. Ausgeschlossen werden dadurch v.a. Klagen gegen die Verwaltung und Geschäftsführung, nicht aber gegen die Kontrollstelle, deren Tätigkeit im wesentlichen auch im Interesse der Gläubiger liegt.

3. **Kausalzusammenhang zwischen Schaden und pflichtwidrigem Verhalten**

a) *Allgemeines*

Lehre und Rechtsprechung verlangen ferner, dass zwischen Schaden und pflichtwidrigem Verhalten ein *adäquater Kausalzusammenhang* besteht, der allgemein folgendermassen definiert wird: Ein Ereignis gilt «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 herbeizufüh-

ren, so dass dieser Erfolg durch jenes Ereignis allgemein als begünstigt erscheint» (BGE 93 II, 22 ff., 29).

Die Adäquanz wird im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit an geringen Anforderungen gemessen. Adäquat kausal ist auch das Verhalten des Verantwortlichen, das nur eine Teilursache des Schadens bildet; dagegen fehlt ein Kausalzusammenhang, wenn auch ein pflichtgemässes Handeln den Schaden nicht hätte verhindern können (vgl. SAG 17 [1944/45], 198 ff., 201 und 228 ff., 232; vgl. auch Der Schweizer Treuhänder 59 [1985], 75 ff., 82 f.); im übrigen vermag sich der Haftpflichtige nicht dadurch zu entlasten, dass er andere mögliche Schadensfälle (wie beispielsweise Kursverluste auf Vermögensanlagen der AG oder Pflichtverletzungen anderer Gesellschaftsorgane) darlegt (BGE 99 II, 176 ff., 181; ZR 75 [1976], Nr. 21, S. 71 f., 77 f.).

b) *Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*

Der adäquate Kausalzusammenhang kann v.a. durch *Selbstverschulden* des Geschädigten, sofern dieses nicht gemäss OR 44 I lediglich einen Herabsetzungsgrund bildet (vgl. unten IV/1), und – ausnahmsweise – durch *Drittverschulden* (BGE 101 II, 154 ff., 165; BJM 1954, 252 ff., 256) «unterbrochen» werden. Eine Unterbrechung durch *höhere Gewalt* wurde bisher in keinem Gerichtsurteil konstatiert.

c) *Beweislast*

Beweispflichtig für das Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhanges ist der Geschädigte.

4. **Untergang der Schadenersatzansprüche; Ausschluss des Klagerechts**

a) *Infolge Entlastung*

Die (vgl. OR 698 Z. 4) *von der Generalversammlung* erteilte *Entlastung* – und nur sie (vgl. BGE 95 II, 320 ff., 327 ff.) – hat folgende *Tragweite*:

- sie erstreckt sich auf Vorgänge, welche der *Generalversammlung als Organ bekannt oder* bei einer gewissen Aufmerksamkeit *erkennbar* waren (BGE 65 II, 2 ff., 15 ff.; 95 II, 320 ff., 329 f.); *privates Wissen sämtlicher Aktionäre* kann dabei der Generalversammlung zugerechnet werden (BJM 1954, 252 ff., 253; ZR 52 [1953], Nr. 93, S. 171), nicht aber *Kenntnisse einzelner Aktionäre* (BGE 95 II, 320 ff., 329 f.) oder *Beobachtungen der Kontrollstelle*, die der Generalversammlung nicht mitgeteilt werden (BGE 65 II, 2 ff., 11 f.).
- sie kann einzelnen oder allen *Verwaltungsratsmitgliedern*, weiteren *Geschäftsführungsorganen* sowie der *Kontrollstelle* erteilt werden.

Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit hat der gültige Dechargebeschluss folgende Bedeutung:

- er *lässt allfällige Schadenersatzforderungen der Gesellschaft untergehen* (BGE 51 II, 65 ff., 71);

- ferner *erlöschen die Ansprüche auf Ersatz mittelbaren Schadens der zustimmenden und derjenigen Aktionäre, die ihre Beteiligung später, in Kenntnis des Beschlusses, erworben haben* (OR 757);
- das *Klagerecht der nicht zustimmenden Aktionäre aus mittelbarer Schädigung wird auf einen Zeitraum von sechs Monaten beschränkt*; diese Verwirkungsfrist kann weder unterbrochen noch erstreckt werden (OR 757). Immerhin muss der Aktionär nicht zuvor den Entlastungsbeschluss anfechten (OR 706);
- *keine Wirkungen* ergeben sich für die *Ansprüche der Aktionäre und Gläubiger auf Ersatz des unmittelbaren Schadens* sowie auf die *Forderungen der Gläubiger aus mittelbarer Schädigung* (auch wenn sie von der Konkursverwaltung geltend gemacht werden; OR 756 I und 758).

Die Entlastung hat somit geringere Konsequenzen als gemeinhin angenommen wird.

Ist der Entlastungsbeschluss *nichtig*, entfaltet er keinerlei Wirkungen, weder gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber den Aktionären.

b) *Infolge eines Urteils oder Vergleichs*

Die Wirkungen eines Urteils oder Vergleichs auf Verantwortlichkeitsansprüche sind in der Doktrin stark umstritten und durch die Judikatur kaum geklärt. Die folgenden Ausführungen können deshalb nur einige allgemeine Hinweise geben.

Urteile und Vergleich erledigen *die der Gesellschaft zustehenden Ansprüche*.

Die *Aktionäre* sind, soweit sie Forderungen aus *unmittelbarer Schädigung* geltend machen, nicht betroffen; zu ihren Ansprüchen aus *mittelbarer Schädigung* ist folgendes zu bemerken:

- die Abweisung der Klage eines Aktionärs durch Urteil hat keinen Einfluss auf die Ansprüche der anderen Aktionäre;
- ein Vergleich, den die Gesellschaft aushandelt, bindet die *nicht zustimmenden Aktionäre nicht*; daher rechtfertigt es sich, den Vergleichsschluss der Generalversammlung vorzulegen, worauf die Genehmigung wie eine Entlastung behandelt werden kann (umstritten);
- ein Vergleich, den die *Konkursverwaltung* abschliesst, bindet prinzipiell alle Gesellschafter.

Die Rechtslage der *Gläubiger* entspricht derjenigen der Aktionäre, mit der Ausnahme, dass die allfällige *Genehmigung* eines Vergleichs durch die Generalversammlung den Gläubigern gegenüber *wirkungslos* bleibt.

c) *Infolge Verjährung und Verwirkung*

Vgl. vorne I. 4.

d) *Handeln aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses bzw. mit Zustimmung aller Aktionäre*

Die *Gesellschaft* kann grundsätzlich keinen Ersatz verlangen, wenn Organpersonen durch die Ausführung *rechtmässiger* oder *nicht angefochtener* Generalver-

sammlungsbeschlüsse Schaden verursacht haben (vgl. BGE 83 II, 53 ff., 56; 83 II, 57 ff., 65; 86 III, 154 ff., 159 f.; ZR 60 [1961], Nr. 98, S. 221; BGE 102 II, 353 ff., 356). Das Klagerecht der Gesellschaft wird ebenfalls blockiert durch *nichtige* Generalversammlungsbeschlüsse, sofern ihnen *sämtliche Aktionäre* zugestimmt haben (vgl. BGE 86 II, 154 ff., 159 f.) sowie durch den Umstand, dass *alle Gesellschafter* (ZR 52 [1953], Nr. 93, S. 171) oder der *Alleinaktionär* (BJM 1954, 252 ff., 253) – wenn auch nicht in einem förmlichen Beschluss, so doch informell – den schadensstiftenden Handlungen der Gesellschaftsorgane zugestimmt oder dass sämtliche Gründer die Schädigung verursacht haben (BGE 102 II, 353 ff., 356; 90 II, 490 ff., 496 f.; 86 III, 154, 159 f.; ZR 60 [1961], Nr. 98, S. 221; BGE 83 II, 53 ff., 56). Entsprechend für die Prospekthaftung BGE 33 II, 251 ff., 257 ff.

Den Ansprüchen der *Gläubiger* stehen weder die Beschlüsse der Generalversammlung noch die Zustimmung der Aktionäre oder Mitgründer entgegen; dies auch dann nicht, wenn die *Konkursverwaltung* die Ansprüche geltend macht (BGE 111 II, 182 ff., 183 f.).

Die *Aktionäre*, welche weder Schädigungshandlungen toleriert noch zugrundeliegende Generalversammlungsbeschlüsse gutgeheissen haben, können im Prinzip direkt Verantwortlichkeitsklagen erheben (vgl. BGE 92 II, 243 ff., insbesondere 246; 81 II, 462 ff., 465 f.; 100 II, 384 ff., 389).

IV. SCHADENERSATZ

1. Bemessung

Grundsätzlich muss der *Schaden* (vorne III. 1a) *vollständig gedeckt* werden. Der Ersatzbetrag kann jedoch in den folgenden Fällen reduziert werden:

- a) gemäss OR 44 I bei *Selbstverschulden* der Geschädigten (BGE 90 II, 490 ff., 500 f.; 57 II, 81 ff., 90; 49 II, 241 ff., 247 f.; ZR 60 [1961], Nr. 72, S. 140);
- b) nach OR 43 I bei nur *leichter Fahrlässigkeit* des (einzigen) Verantwortlichen (BGE 82 II, 25 ff., 31; vgl. aber BGE 99 II, 176 ff., 181 f.); zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung gegenüber einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen vgl. hinten IV. 2a a.E.;
- c) allenfalls wegen *unangemessen niedriger Entschädigung* der haftpflichtigen Organpersonen i.S.v. OR 99 II und nur gegenüber der AG und den *Aktionären*, denen dieser Umstand bekannt war (BGE 99 II, 176 ff., 182 scheint dies grundsätzlich zu bejahen), nicht aber gegenüber Gläubigern;
- d) in Anwendung von OR 43 I – etwa weil der Verantwortliche an einer *Krankheit* litt, die seine Fähigkeiten einschränkte (BGE 61 II, 228 ff., 237), nicht aber wegen fehlender *Kenntnisse, Zeitmangel oder nur fiduziarischer Tätigkeit* des Haftpflichtigen – oder von OR 44 II. Konkurrierendes Drittverschulden und konkurrierender Zufall können allenfalls ausnahmsweise als Reduktionsgrund bewertet werden; immerhin bewirkt das *Mitverschulden eines solidarisch Haftpflichtigen* in der Regel keine Ermässigung der Ersatzpflicht.

2. Solidarität (OR 759)

a) Das Aussenverhältnis

Aus der (echten) *Solidarität* nach OR 759 I folgt zweierlei:

- jeder Verantwortliche muss für den *gesamten Ersatzanspruch* eintreten, und die Geschädigten haben gegen jeden Solidarschuldner eine *selbständige Einzelforderung*;
- ein *Urteil* oder *Vergleich*, aber auch *Erläss* und *Stundung* beeinflussen nur die Rechtsbeziehungen zwischen den jeweiligen Parteien.

Die *Unterbrechung der Verjährung* gegenüber einem Solidarschuldner wirkt jedoch auch gegen die anderen (OR 136 I).

Solidarität besteht auch zwischen Haftpflichtigen mit verschiedener Organstellung, insbesondere zwischen Verwaltungsräten und Mitgliedern der Kontrollstelle (vgl. z.B. ZR 75 [1976], Nr. 21, S. 72).

Doch betrifft die Solidarität nur *denjenigen Schaden, den die Verantwortlichen durch ihr eigenes Verhalten adäquat verursacht haben* (vgl. BGE 86 II, 171 ff., 182; 93 II, 22 ff., 29 f.; SJZ 78 [1982], Nr. 5, S. 380).

Die Herabsetzungsgründe von OR 44 I und II sind grundsätzlich auch bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen beachtlich. Hingegen ist die *Anwendbarkeit von OR 43 I im Aussenverhältnis umstritten* und wird sie vom *Bundesgericht* im Gegensatz zur herrschenden Lehre *abgelehnt* (vgl. BGE 97 II, 403 ff., 415 f.; vgl. dagegen SJZ 78 [1982], Nr. 5, S. 380 f.).

b) Das Innenverhältnis

OR 759 II überlässt es dem Richter, den Ersatzbetrag definitiv unter die verschiedenen Haftpflichtigen zu verteilen. Anhaltspunkte bilden dabei – neben der *Intensität des Verschuldens* – etwa die *Honorierung*, die *hierarchische Stellung* und die damit verbundenen Anforderungen an die einzelnen Verantwortlichen.

Jeder Ersatzpflichtige, der im Aussenverhältnis mehr als seinen Anteil zu leisten hatte, kann den übersteigenden Betrag durch *Regress* von den Mitverantwortlichen einfordern. Sind einzelne Haftpflichtige insolvent, haben die Zahlungsfähigen deren Anteile « gleichmässig » zu übernehmen (OR 148 III).

Im übrigen sind die Regelungen von OR 145 II und 149 I anwendbar.

V. LITERATUR (Auswahl)

1. Kommentare, Grundrisse

Bürgi, Wolfhart Friedrich/Nordmann-Zimmermann, Ursula, Zürcher Kommentar zum OR, Band V/5/b/3, OR 739-771 (Zürich 1979).

Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur, «Einführung in das schweizerische Aktienrecht», (2./3.A. Bern 1980/83).

Von Greyerz, Christoph, Die Aktiengesellschaft, in: «Schweizerisches Privatrecht», Band VIII/2 (Basel/Frankfurt a.M. 1982) 1 ff.

Patry, Robert, «Précis de Droit suisse des Sociétés», Vol. II (Bern 1977).

Von Steiger, Fritz, «Das Recht der AG in der Schweiz», (4.A. Zürich 1970).

2. Monographien, Aufsätze

- Albers-Schönberg, Max*, «Haftungsverhältnisse im Konzern», (Diss. Zürich 1980 = SSHW 44).
«Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle», «Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhänder- und Revisionskammer», Band 36 (Zürich 1979).
- Forstmoser, Peter*, «Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit» (2.A. Zürich 1987).
- Forstmoser, Peter*, «Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht und seine Geltendmachung im Konkurs», SAG 58 (1986) 69 ff.
- Hirsch, Alain*, «L'organe de contrôle dans la société anonyme», (Thèse Genève 1965), v.a. 193 ff. und 227 ff.
- Hirsch, Alain*, «La responsabilité des administrateurs dans la société anonyme», SJ 89 (1967) 249 ff.
- Meier-Wehrli, Jörg*, «Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BankG», (Diss. Zürich 1968 = ZBR 296).
- Schiess, Maya*, «Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs», (Diss. Zürich 1978 = SSHW 31).
- Schoop, Katharina Elisabeth*, «Die Haftung für die Überbewertung von Sacheinlagen bei der AG und bei der GmbH», (Diss. Bern 1981 = SSHW 52).
- «Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG», SSHW 29 (Zürich 1978).
- «Die Haftung des Verwaltungsrates», SSHW 87 (Zürich 1986).
- Zahlreiche weitere Aufsätze sind ausserdem in der SAG erschienen.