

Peter Forstmoser

Die Verantwortlichkeit der Organe

Von der Willkür zur Berechenbarkeit?

Der Abschnitt über die persönliche Haftung von Organpersonen ist – wie das Aktienrecht insgesamt – in zahlreichen Punkten überarbeitet worden. Während eine ganze Reihe von Änderungen mehr formaler oder klärender Art ist und man sich über ihre Notwendigkeit streiten kann, sind andere Korrekturen von grösserem materiellen Gehalt und führen zu einer rationaleren und gerechteren künftigen Ordnung.

Die Neuerungen im Abschnitt über die Verantwortlichkeit widerspiegeln die Revision des schweizerischen Aktienrechts insgesamt: Die *formalen* Änderungen sind äusserst *zahlreich*; von den zehn Artikeln des Abschnitts sind nur gerade zwei von Korrekturen verschont geblieben. *Materiell* geht es dagegen auch im Verantwortlichkeitsrecht um eine *Teilrevision*, die zwar einige grundlegende Korrekturen bringen wird, sich aber mehrheitlich auf sprachliche und formale Verbesserungen und die Festschreibung bewährter – wenn auch teils nicht durch höchstrichterliche Präjudizien gesicherter – Praxis beschränkt.

Der Vorstellung des neuen Rechts sei im folgenden zunächst ein Hinweis auf die Mängel der geltenden Ordnung vorangestellt (Ziff. 1.). Anschliessend werden die mehr formalen und klärenden Revisionspunkte aufgelistet (Ziff. 2.), sodann wird auf die materiell gewichtigeren Neuerungen eingetreten (Ziff. 3.). Nach einem Caveat zur beschränkten praktischen Tragweite der Reform (Ziff. 4.) wird schliesslich eine kurze Würdigung versucht (Ziff. 5.).

1. Mängel des geltenden Rechts

Die Bestimmungen des schweizerischen Aktienrechts zur Verantwortlichkeit der Organe erscheinen in verschiedener Hinsicht als revisionsbedürftig:

- Der Gesetzestext ist zum Teil unklar oder zumindest schwerfällig – vereinzelt auch täuschend – formuliert,



Peter Forstmoser, Professor für Zivil- und Handelsrecht an der Universität Zürich, Rechtsanwalt

und er lässt eine Reihe von wesentlichen Fragen offen [1] (vgl. Ziff. 1.).

- Wichtiger ist, dass die Resultate der geltenden Ordnung nicht voll befriedigen und einen aleatorischen Eindruck machen: Teils erscheinen die Konsequenzen persönlicher Verantwortlichkeit als ungebührlich hart, teils auch als unverständlich large (vgl. Ziff. 2.).

1.1 Unklarheiten, Ungereimtheiten und Lücken des geltenden Rechts

Die Redaktion der geltenden Bestimmungen über die Verantwortlichkeit lässt an verschiedenen Stellen zu wünschen übrig:

a) Zum Teil ist die *Terminologie unklar*.

- Das Marginale zu OR 753 [2] spricht von «Gründerhaftung», und nur aus dem Text geht hervor, dass diese Haftung nicht nur die Gründer im engeren Sinne meint, sondern der Kreis der Verantwortlichen weit zu ziehen ist und alle erfasst, «die in irgendwelcher Weise schöpferisch bei der Gründung mitwirken» [3].
- In OR 752 wird bei der Prospekthafung von den Ansprüchen von «Aktionären oder Obligationären» gesprochen, in OR 753 und 754 ist die Rede von den «einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern». Damit ist unklar, ob *Genussscheinberechtigte und Partizipanten* klageberechtigt und – wenn ja – ob sie den Gläubigern oder den Aktionären gleich zu stellen sind [4].
- OR 754 handelt von mit der Verwaltung usw. «betrauten» Personen. Ungewiss bleibt die Erfassung der sog. materiellen oder faktischen Or-

gane, d. h. derjenigen Personen, die sich Organfunktionen anmassen, ohne damit formell «betraut» zu sein, wie es gewählte Verwaltungsratsmitglieder und bestellte Direktoren sind [5].

b) Das geltende Recht enthält sodann *Ungereimtheiten*, die teils bis heute Rätsel aufgeben.

- OR 755 [6] räumt dem Gläubiger scheinbar ein gleiches *Klagerecht* wie dem Aktionär ein [7]. Aus OR 758 ergibt sich dagegen eindeutig, dass dem Gläubiger ein Klagerecht ausser Konkurs gerade nicht zustehen soll [8].
- OR 756 II, der die Geltendmachung des mittelbaren *Aktionärs- und Gläubigerschadens* regelt, ist missglückt, indem die dortige Verweisung auf das SchKG dem Umstand keine Rechnung trägt, dass der anvisierte Art. 260 des SchKG von den Gläubigern handelt und dem Aktionär die Gläubigerstellung gerade nicht zukommt. Der Stein der Weisen ist hier bis heute nicht gefunden worden [9].
- OR 759 II erklärt, der «*Rückgriff unter mehreren Beteiligten*» werde vom Richter «nach dem Grade des Verschuldens des Einzelnen bestimmt». Damit wird ungewollt die allgemeine Regel von OR 50 II, wonach der Rückgriff «durch richterliches Ermessen bestimmt» wird [10], modifiziert.

c) Endlich enthält der heutige Text auch *Lücken*.

- OR 757 sagt nicht, welches die Voraussetzungen für einen wirksamen *Entlastungsbeschluss* sind [11].
- Bei der Gründerhaftung wird die *Kapitalerhöhung* [12] nicht erwähnt, was zu einer langen und noch immer offenen Kontroverse über die Frage geführt hat, ob OR 753 bei der Kapitalerhöhung Anwendung findet [13].

1.2 Unbefriedigende Resultate der heutigen Ordnung

a) Ein Blick auf die Realität der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck:

- Einerseits bleiben trotz des massiven Anstiegs der Verantwortlichkeitsklagen in den letzten Jahren [14] viele Fälle selbst grober Fahrlässigkeit, ja Absicht, ohne Sanktion. Verwaltungsratsmitglieder, die sich über Jahre nicht um ihre Gesellschaft gekümmert und die «in schier unverständlicher Weise die mit dem Mandat übernommene *cura in custodiendo*» [15] missachtet haben, müssen keine Konsequenzen tragen. Insofern erscheint die Verantwortlichkeitsklage als stumpfe Waffe und bleiben die theoretisch scharfen gesetzlichen Bestimmungen häufig toter Buchstabe.
- Andererseits werden diejenigen, die es trifft, mit ungewöhnlicher Härte verfolgt, können ehrenwerte Geschäftsleute und Revisoren – und gerade sie, denn die kriminell Handelnden haben in der Regel, wenn es zum Schwur kommt, kein Geld oder verstecken es – wegen einer kleinen Unsorgfalt oder allzugrossen Entgegenkommens Hab und Gut verlieren.

b) Dem Verantwortlichkeitsrecht in seiner heutigen Ausgestaltung wohnt damit ein willkürlicher Zug inne, und es erscheinen *Korrekturen* nach zwei Richtungen hin angezeigt:

- Einerseits sollte die *Anhebung von Verantwortlichkeitsklagen auch seitens einzelner Aktionäre und Gläubiger erleichtert* werden.
- Andererseits ist die Ersatzpflicht auf ein *vernünftiges* und dem persönlichen Verschulden entsprechendes Mass zu *reduzieren*.

Zudem sollte das *Risiko besser vorhersehbar* sein.

2. Modellpflege am Gesetzestext

Das Verantwortlichkeitsrecht soll im neuen Gesetz durch eine Vielzahl von kleineren Modifikationen systematischer geordnet, zeitgemässer und korrekter formuliert und in Einzelfragen geklärt werden. Im einzelnen folgendes:

2.1 Änderungen in der Gliederung

Wie andernorts, so sind auch im Verantwortlichkeitsrecht Artikel und Absätze umgestellt worden.

- So handelt OR 754 I von der Haftung aus «Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle», und Abs. II desselben Artikels von der Haftung der Liquidatoren. Im künftigen Recht wird dagegen die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsführung sowie der Liquidatoren gemeinsam in neuOR 754 I behandelt, während die Kontrollstell- bzw. – in neuer Terminologie – die Revisionshaftung mit gleicher Formulierung in neuOR 755 verankert ist.
- Art. 755 des geltenden Rechts entspricht neuOR 756 I, bisher Art. 756 neu 757 I und II, bisher 757 neu 758 [16].

Man kann sich füglich fragen, ob solche Umstellungen – auch wenn sie letztlich zu einer besseren Systematik führen – sinnvoll sind: Materiell ändert sich dadurch nichts, doch wird die Arbeit mit der vorhandenen Literatur und Judikatur, die ja ihre Bedeutung für die inhaltlich unveränderten Gesetzesbestimmungen beibehalten, unnötig erschwert.

2.2 Umformulierungen

Die Reform wurde sodann – wiederum gleich wie in anderen Teilen des Aktienrechts – zum Anlass genommen, schwerfällige oder veraltete Formulierungen zu überarbeiten.

- Aus «dazu beigetragen hat, dass die Eintragung ... erlangt worden ist», wird in OR 753 Ziff. 2 «die Eintragung veranlassen».
- In OR 754 I werden die «ihnen obliegenden Pflichten» zu simplen «Pflichten».
- Und statt: «Der Verantwortlichkeitsklage ... steht ein Entlastungsbeschluss der Generalversammlung nur entgegen, wenn ...» [17] heisst es neu: «Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung wirkt nur für ...» [18].

Auch hier ist zum Sinn solcher Revision ein Fragezeichen zu setzen. Wohl

wird die Sprache eleganter, aber auf Kosten der Ungewissheit, ob wirklich nur eine Bereinigung des Wortlauts oder auch eine materielle Änderung beabsichtigt war.

2.3 Präzisierungen im Gesetzestext

Weitgehend bereinigt werden die vorn Ziff. I. 1. a gerügten terminologischen Mängel:

- Im Marginale zu OR 753 wird künftig von *Gründungshaftung* gesprochen.
- Bei der *Prospekthaftung* [19] ist nicht mehr von der Ausgabe von «Aktien oder Obligationen» die Rede, sondern von «Aktien, Obligationen oder anderen Titeln» und konsequent auch nicht mehr von den geschädigten «Aktionären oder Obligationären», sondern generell von «Erwerbern der Titel». Damit sind auch die Partizipanten [20] erfasst. Bei der Gründungs- und der Geschäftsführungshaftung werden zwar weiterhin nur die Aktionäre und die Gesellschaftsgläubiger genannt, doch ergibt sich das Klagerecht der Partizipanten aus der neu in das Gesetz aufgenommenen Ordnung der Partizipationsscheine [21]. Durch die Gleichstellung mit dem Aktionär wird auch die Streitfrage geklärt, ob der Partizipant nach den für Aktionäre oder den für Gläubiger geltenden Regeln zu behandeln ist [22].
- OR 754 spricht neu von mit der Geschäftsführung usw. «befassten» Personen, womit im Sinne der geltenden Lehre und Praxis der funktionale oder materielle Organbegriff in das Gesetz aufgenommen wird [23].

2.4 Klärung von Unstimmigkeiten, Lückenfüllung

Weitere Änderungen erklären sich daraus, dass Unstimmigkeiten des geltenden Rechts beseitigt und Lücken – durchwegs im Sinne der herrschenden Lehre und Praxis – gefüllt werden sollten.

- *Bereinigungen* erfahren die Regeln über die Klagerechte von Aktionären und Gläubigern sowie die zum Verhältnis der beiden Gruppen [24]. So wird künftig beim Klagerecht ausser Konkurs zu Recht nur noch vom Aktionär und nicht mehr vom Gläubiger gesprochen [25]. Sodann werden das selbständige Klagerecht von Aktionären und Gläubigern aus mittelbarem Schaden und die Klage aufgrund einer «Abtretung» gemäss SchKG 260 auseinandergelassen [26] und ihre Folgen getrennt geregelt. Für die Bemessung des Rückgriffs wird der Richter künftig – entsprechend den allgemeinen Regeln – auf die «Würdigung aller Umstände» verpflichtet [27].

- *Lückenfüllung* [28] geschieht, indem für den Entlastungsbeschluss explizit festgehalten wird, dass er nur «für bekanntgegebene Tatsachen» wirkt [29]. Bei der Gründungshaftung wird sodann der Kapitalerhöhungsbericht genannt und damit klargestellt, dass die Haftungsnorm auch bei der Kapitalerhöhung Anwendung findet.

3. Bemühungen um eine materiell gerechtere Ordnung

Als materielle Postulate für die Reform wurden vorstehend genannt:

- die bessere Vorhersehbarkeit der persönlichen Verantwortung,
- die Erleichterung der Aktionärs- und Gläubigerklage,
- die umfangmässige Begrenzung der Ersatzpflicht entsprechend dem persönlichen Verschulden.

In all diesen Punkten bringt das neue Recht sinnvolle Verbesserungen:

3.1 Bessere Vorhersehbarkeit des persönlichen Risikos

Die für die Mitglieder des Verwaltungsrates entscheidende Verbesserung in diesem Bereich liegt darin, dass das neue Recht die *unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben* des Verwaltungsrates explizit und *abschliessend aufzählt* [32]. Damit wird dem Verwaltungsratsmitglied eine Art Checklist in die Hand gegeben, an-

«Insgesamt wird man der Neuordnung der privatrechtlichen Verantwortlichkeit ein gutes Zeugnis ausstellen dürfen.»

2.5 Anpassungen an das neue Recht

Terminologisch, aber auch sachlich waren schliesslich einige Anpassungen an das neue Recht selbst vorzunehmen.

- Künftig ist von «*Revisionshaftung*» und nicht mehr von der Haftung der «Kontrollstelle» die Rede, und es werden neben der ordentlichen Revision auch die stark erweiterten ausserordentlichen Revisionsfälle erwähnt [30].
- Statt von «Verwaltung» wird neu – wie in OR 707 ff – von «*Verwaltungsrat*» gesprochen [31].

hand welcher er die korrekte Erfüllung seiner Pflichten überprüfen kann [33].

Aus neuOR 716a ergibt sich e contrario, dass im übrigen die der Verwaltung zukommenden Aufgaben [34] delegiert werden können. Das Gesetz klärt aber nicht nur die Möglichkeit der Delegation, sondern es regelt auch deren *Wirkungen*:

«Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem andern Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die

nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.» [35]

Delegation wirkt also – wie dies die einhellige Lehre trotz einer nicht ganz konsequenten Gerichtspraxis schon bisher annahm [36] – haftungsbefreiend mit dem Vorbehalt, dass die curae in eligendo, instruendo et custodiendo bestehen bleiben [37].

cc) Schliesslich schreibt neuOR 716b II vor, dass der Verwaltungsrat «Aktionäre und Gesellschafts-gläubiger, die ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft machen, auf Anfrage hin schriftlich über die Organisation der Geschäftsführung» orientieren muss. Dies könnte die Möglichkeit verbessern, gezielt zu klagen.

«Die Gesellschaft kann zur Zahlung in einem Verfahren verpflichtet werden, an welchem sie selber gar nicht beteiligt ist.»

3.2 Erleichterungen der Aktionärs- und der Gläubigerklage

a) Deutlich verbessert – und darin liegt auch eine materielle Stärkung des Klagerichts – wird künftig die *Informationslage*.

aa) Durch verbindliche Vorschriften zur *Mindestgliederung* von Bilanz und Erfolgsrechnung und durch den künftig ebenfalls vorgeschriebenen *Bilanzanhang* [38] wird die Transparenz – zwar vielleicht immer noch ungenügend, aber jedenfalls markant – verbessert.

Insbesondere wird es nicht mehr möglich sein, Misserfolge in der Geschäftsführung durch die Auflösung *stiller Reserven* zu vertuschen, muss doch eine Auflösung bekanntgegeben werden, «wenn dadurch das erwirtschaftete Ergebnis in wesentlichem Ausmass günstiger dargestellt wird.» [39]

Sodann wird die für wirtschaftlich bedeutendere Gesellschaften ebenfalls obligatorische *Konzernrechnung* [40] zur Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse beitragen.

bb) Genügen die ordentlichen und die durch Geltendmachung des Auskunftsrechts [41] zusätzlich erlangten Informationen nicht, dann können Aktionäre allenfalls die Einsetzung eines *Sonderprüfers* [42] verlangen und auf diese Weise die Basis für den Entscheid über die Klageanhebung verbessern [43].

b) In neuOR 756 II ist vorgesehen, dass der Richter beim Unterliegen des klagenden Aktionärs die *Kosten* nach seinem Ermessen auch *der Gesellschaft auferlegen* kann, wenn «aufgrund der Sach- und Rechtslage begründete[r] Anlass zur Klage» bestand. Die Wirksamkeit dieser Ordnung wird man freilich nicht überschätzen dürfen, bleibt doch zumindest für den Kleinaktionär ein Kostenrisiko, das in keinem Verhältnis zum wirtschaftlichen Interesse steht [44].

Aus dogmatischer Sicht erscheint die neue Regelung ziemlich abenteuerlich: Die Gesellschaft kann dadurch zur Zahlung in einem Verfahren verpflichtet werden, an welchem sie selber gar nicht beteiligt ist, in Missachtung der ehernen Regel, dass in Prozessen nur über Rechte und Pflichten der Parteien entschieden wird. Muss ihr wenigstens Gelegenheit zur Stellungnahme geboten werden? Wenn ja: Von Amtes wegen oder nur auf ihren Antrag hin? Zum ganzen Prozessstoff oder nur zur Kostenregelung? In welcher Eigenschaft? Als Nebenintervenantin? Und mit welchen Rechten? Fragen über Fragen.

3.3 Berücksichtigung legitimer Interessen der Organpersonen

Neben den für die Mitglieder des Verwaltungsrates wesentlichen, bereits erwähnten Klärungen der unübertragbaren Kompetenzen und der Wirkungen der erlaubten Kompetenzdelegation [45] liegt eine – für alle Organpersonen wirksame – Neuerung in der

Präzisierung der *Solidarität*. Während das heutige Recht lapidar mehrere für denselben Schaden verantwortliche Personen als «solidarisch» haftbar erklärt [46], wird künftig präzisiert, eine jede Person sei «insoweit mit den andern solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist.» [47] M. E. hätte sich dies freilich schon aus dem geltenden Recht ergeben, kann doch Solidarität immer nur so weit gehen, als einer Person ein Schaden «persönlich zurechenbar ist». Die Präzisierung im Gesetz war jedoch nötig angesichts einer verfehlten, aber konstanten Praxis des Bundesgerichts, dem leichten Verschulden bei solidarisch Haftpflichtigen im Aussenverhältnis keine Rechnung zu tragen [48]. Der «Federstrich» des Gesetzgebers ist im Interesse vor allem der Revisionsstellen, aber auch aussenstehender Verwaltungsratsmitglieder nur zu begrüssen. Wunder wird man auch davon freilich keine erwarten dürfen [49].

4. Exkurs: Vom beschränkten Nutzen einer Revision nur des Privatrechts

Das aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht wird künftig – wie soeben gezeigt – rationaler ausgestaltet sein. Leider ist dieser Gewinn von beschränktem Nutzen: Das stossendste Haftungsrisiko für Organpersonen liegt zur Zeit nämlich – was hier nicht näher ausgeführt werden kann [50] – darin, dass das Eidg. Versicherungsgericht in einer schwer verständlichen und weltfremden Überdehnung des Anwendungsbereiches von AHVG 52 [51] faktisch eine neue Kausalhaftung für Mitglieder des Verwaltungsrates eingeführt hat. *Dieses* Risiko wird durch eine Revision des Privatrechts nicht beseitigt.

5. Würdigung

Insgesamt wird man der Neuordnung der privatrechtlichen Verantwortlichkeit ein gutes Zeugnis ausstellen dürfen.

Die unter dem Stichwort «Modellpflege» in Ziff. 2. erwähnten Neuerungen wird man zwar – in der Terminologie des Miteigentumsrechts – zu einem guten Teil als bestenfalls «der Verschönerung und Bequemlichkeit dienend» einstufen können [52], zu einem weiteren Teil als «nützlich» [53] und nur in der Minderzahl als «notwendig» [54]. Einen deutlichen Fortschritt im Sinne einer rationaleren und gerechteren Ordnung bringen aber die in Ziff. 3. vorgestellten grundlegenden Änderungen.

Das neue Recht ist daher hinsichtlich der Bestimmungen zur Verantwortlichkeit zu begrüssen. ≡

Anmerkungen

- 1 Diese sind freilich in einer reichen Gerichtspraxis weitgehend geklärt worden, vgl. dazu allgemein Peter Forstmoser: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (2. A. Zürich 1987).
- 2 Die Bestimmungen des heutigen Rechts werden mit «OR» bezeichnet, die des künftigen Rechts mit «neuOR».
- 3 BGE 76 II 312, ähnlich BGE 76 II 167, zustimmend die gesamte Doktrin, vgl. die Hinweise bei Forstmoser (zit. Anm. 1) 267 Anm. 1679.
- 4 In der Judikatur findet sich lediglich ein obiter dictum zum altOR, BGE 31 II 441 ff, 503. In der Literatur werden solche Verantwortlichkeitsansprüche durchwegs bejaht, wobei überwiegend auf die für Gläubiger geltende Ordnung verwiesen wird, vgl. Pierre Henggeler: Le bon de participation (Genf 1971) 157 Anm. 187, mit weiteren Hinweisen; für Gleichstellung mit den Aktionären dagegen Forstmoser (zit. Anm. 1) N 121 ff.
- 5 In der Praxis hat sich der materielle, funktionelle Organbegriff durchgesetzt: Dem Verantwortlichkeitsrecht unterstehen alle «Personen, die tatsächlich Organen vorbe-

- halten Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen» (BGE 107 II 354; vgl. auch BGE 104 II 197 und zum insofern übereinstimmenden Sozialversicherungsrecht BGE 114 V 213, alle mit weiteren Hinweisen). Die Literatur teilt diese Auffassung, vgl. die Hinweise bei Forstmoser (zit. Anm. 1) Anm. 1298.
- 6 Dieser Artikel regelt gemäss seinem Marginale die Geltendmachung mittelbaren Schadens *ausser Konkurs*.
- 7 Es wird ohne Vorbehalt vom «den einzelnen Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern nur mittelbar» zugefügten Schaden gesprochen.
- 8 Der Widerspruch erklärt sich aus der Gesetzesentstehung: OR 755 war von allem Anfang an in den Entwürfen zum geltenden Recht enthalten, OR 758 kam erst anlässlich der Beratungen in der ständerätlichen Kommission (wieder) in die Vorlage, vgl. die Darstellung bei Jörg Meier-Wehrli: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft ... (Diss. Zürich 1968 = ZBR 296) 90 ff.
- 9 Vgl. aus der neueren Literatur Stephen Berti: Zur prozessualen Geltendmachung des Anspruches auf Ersatz des sog. mittelbaren Schadens im Schweizerischen Aktienrecht, ZSR 109 (1990) I 115 ff; Rolf Raschein: Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs, in: Festschrift 100 Jahre SchKG (Zürich 1989) 357 ff; Rolf Bär in ZBJV 123 (1987) 256 f; Peter Forstmoser: Der mittelbare Schaden im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, SAG 58 (1986) 69 ff und aus der neueren Judikatur BGE 113 II 277 ff und 111 II 182 ff.
- 10 Also unter Würdigung *aller* wesentlichen Umstände und nicht nur des Verschuldens, vgl. ZGB 4 und dazu Arthur Meier-Hayoz in: Berner Kommentar, Einleitungsband (Bern 1962/1966) Art. 4 N 46 ff.
- 11 In Lehre und Praxis ist klar, dass sich die Entlastung nur auf bekannte bzw. erkennbare Geschäftshandlungen (vgl. BGE 95 II 329, 390) erstreckt, dass sie «nicht Geschehnisse, welche der Generalversammlung nicht zur Kenntnis gebracht sind», deckt (BGE 78 II 156, ebenso schon BGE 65 II 15 f).

- 12 Die nach geltendem Recht (OR 650 I) analog der Gründung zu behandeln ist.
- 13 Übersicht über die Lehrmeinungen bei Forstmoser (zit. Anm. 1) N 907 ff.
- 14 Bei *Zahlungsunfähigkeit* einer AG gehört es heute fast zur Routine, für den eingetretenen Schaden Ersatz bei Verwaltung und Kontrollstelle zu suchen.
- 15 Klaus Hütte: Die Risiken des Verwaltungsrates aus der Sicht der Versicherungsgesellschaften, in: Die Haftung des Verwaltungsrates (Zürich 1986=SSHW 87) 41 ff., 48.
- 16 Jeweils mit leichten Modifikationen.
- 17 OR 757.
- 18 NeuOR 758 I.
- 19 OR 752.
- 20 Für die eine Ordnung zu treffen das bisherige, 1936 in Kraft gesetzte Recht keinen Anlass hatte.
- 21 Nach neuOR 656a gelten alle Vorschriften über den Aktionär auch für den Partizipanten, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Gemäss neuOR 656c hat der Partizipant kein Stimmrecht und – dispositiv – keine mit dem Stimmrecht «zusammenhängende[n] Rechte». Als solche gelten das Einberufungs- und das Teilnahmerecht, das Recht auf Auskunft oder Einsicht und das Antragsrecht, *nicht* also das Recht auf Verantwortlichkeitsklage. In diesem Sinne auch die bundesrätliche Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. 2. 1983, Sonderdruck S. 58.
- 22 Offen bleibt nach wie vor die Stellung des Genusscheinberechtigten.
- 23 Vgl. Botschaft (zit. Anm. 21) 191.
- 24 Vgl. zum geltenden Recht vorn Ziff. I. 1. b.
- 25 NeuOR 756 I.
- 26 NeuOR 757 II und III.
- 27 NeuOR 759 III.
- 28 Vgl. zum geltenden Recht vorn Ziff. I. 1. c.
- 29 NeuOR 758 I.
- 30 NeuOR 755. Wohl im Gegensatz zum heutigen Recht (zu diesem Forstmoser, zit. Anm. 1, N 590 ff, 861 und Hunziker, zit. nachstehend Anm. 49, 102 f) sind der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nach OR 754 ff künftig auch die besonders qualifizierten Revisoren unterstellt, die das Gesetz an verschiedenen Stellen vorsieht und die keine Organe der Gesellschaft sind.
- 31 NeuOR 754 I.
- 32 NeuOR 716a, vgl. dazu den Beitrag von Peter Nobel in dieser Sondernummer.
- 33 NeuOR 716a ist jedoch zugleich auch eine Checklist für den Richter, der allfällige Tatbestände der Verantwortlichkeit abzuklären hat!
- 34 Auch künftig soll der Verwaltungsrat in allen Angelegenheiten kompetent sein, die nicht durch Gesetz oder Statuten einem anderen Organ zugewiesen sind, vgl. OR 721 II und neuOR 716 I.
- 35 NeuOR 754 II. Diese Bestimmung beseitigt, wie die Botschaft (zit. Anm. 21) 191 zu Recht ausführt, «eine grosse Rechtsunsicherheit». Formal ist der Absatz m. E. insofern verunglückt, als statt von der *Haftungsbefreiung* bei korrekter Delegation und Beachtung der drei curae vom Grundsatz der Haftung ausgegangen wird.

FER

Fachempfehlungen zur Rechnungslegung (FER)

Richtlinien für jeden Buchprüfer und Finanzchef

- Unhaltbar ist es sodann, dass einschränkend von der Übertragung auf ein anderes *Organ* gesprochen wird. Dass diese Einschränkung gewollt ist, bestätigt die Botschaft: «Keine Haftungsbefreiung tritt ein, wenn Aufgaben Hilfspersonen zur Erledigung übergeben werden» (Botschaft, zit. Anm. 21, 106). In solchen Fällen soll das delegierende Organ stets die volle Haftung tragen. Würde mit dieser Kausalhaftung ernst gemacht, dürften es künftig nur noch besonders Mutige wagen, höhere Funktionen in einem grossen Unternehmen zu bekleiden. Richtigerweise muss auch eine *Delegation an einen Dritten* und insb. an eine *Hilfsperson* mit befreiender Wirkung möglich sein.
- 36 Näheres bei Forstmoser (zit. Anm. 1) N 321 ff.
- 37 Die Ordnung entspricht im wesentlichen der bei erlaubter Substitution im Auftragsrecht, vgl. Frank Vischer: Die Aktienrechtsreform aus der Sicht des Verwaltungsrates, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 155 ff, 170.
- 38 Vgl. neuOR 663 ff.
- 39 NeuOR 663b Ziff. 8.
- 40 NeuOR 663d.
- 41 Das im wesentlichen unverändert bleibt, vgl. neuOR 697.
- 42 NeuOR 697a ff, vgl. dazu Andreas Casutt: Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht (Diss. Zürich 1991 = SSHW 136) sowie den Beitrag desselben Autors in dieser Sondernummer.
- 43 Die bundesrätliche Botschaft (zit. Anm. 21) 90 sieht die Funktion der Sonderprüfung ausschliesslich darin, die Voraussetzungen einer Verantwortlichkeitsklage zu klären. Diese Sicht ist wohl zu eng, doch wird die Unterstützung von Verantwortlichkeitsansprüchen die Hauptfunktion des neuen Instruments sein.
- 44 Kritisch auch Jacques-André Reymond: Les réformes relatives à l'administration, in: Révision du droit des sociétés anonymes (Zürich 1984 = Publication de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables, Vol. 60) 59 ff, 67.
- 45 Dazu vorn Ziff. III. 1.
- 46 OR 759 I.
- 47 NeuOR 759 I.
- 48 Vgl. BGE 93 II 322, für die aktienrechtliche Verantwortlichkeit ausdrücklich bestätigt in BGE 97 II 416. Die kantonale Judikatur ist kontrovers; gegen die Berücksichtigung des geringen Verschuldens das Zürcher Obergericht, ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 313, dafür das Obergericht des Kantons Thurgau, SJZ 78 (1982) 380 f Nr. 5.
- 49 Vgl. dazu Arthur Hunziker: Neuerungen in der Stellung und Verantwortlichkeit der Organe, in: Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktienrechtsreform (Zürich 1984 = SSHW 74) 89 ff, 104 f, wonach die «Crux der Revisionshaftung» «nicht so sehr in der Solidarität als vielmehr... in einer... Verkenning der... eingegrenzten Aussagetragweite des Kontrollstellberichts und... in einer Überdehnung des Begriffes der Adäquanz» liegt sowie darin, dass «bei Unternehmenszusammenbrüchen oftmals die Kontrollstelle noch der einzig Habhafte im Kreis der möglichen Verantwortlichen und deshalb auch der lohnendste Beklagte ist».
- 50 Näheres bei Forstmoser (zit. Anm. 1) N 1067 ff.
- 51 Diese Bestimmung sieht eine persönliche Haftung des Arbeitgebers, der absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften des AHVG missachtet und dadurch einen Schaden verschuldet hat, vor.
- 52 So die Umstellung von Artikeln und Absätzen und die blossen Umformulierungen ohne Veränderung des Sinnes.
- 53 Berichtigung der Terminologie und Verankerung bewährter Praxis im Gesetz.
- 54 Anpassung an andere Teile des neuen Rechts, Klärung umstrittener Fragen.

RÉSUMÉ

La responsabilité des organes

La partie traitant de la responsabilité des organes a été – comme tout le droit des sociétés anonymes – modifiée sur un grand nombre de points essentiellement formels. Matériellement, le droit de la responsabilité a également fait l'objet d'une révision partielle, laquelle entraîne par contre certaines corrections de cours.

Le droit actuel de la responsabilité nécessitait une révision sur divers aspects: le texte de la loi est en partie peu clair et laisse ouvertes quelques questions essentielles, qui n'ont pas toutes été réglées à ce jour par la doctrine et la pratique. Le droit applicable semble avant tout arbitraire, en ce sens que d'une part des cas de négligences grossières, voire intentionnelles, ne sont pas sanctionnées, alors que ceux qui sont touchés, d'autre part, encourent des conséquences d'une dureté inhabituelle. De plus, le risque peut difficilement être évalué.

La réforme consiste en partie en une *adaptation du modèle*: par une multitude de petites modifications, les dispositions ont été classées de façon plus systématique, mieux actualisées et formulées plus correctement et des questions spécifiques ont été clarifiées.

De plus, l'intention d'élaborer une *réglementation matérielle plus équitable* ressort clairement du nouveau droit.

De par l'énumération exhaustive des tâches inévitables et non déléguables du Conseil d'Administration, l'évaluation des risques personnels encourus est facilitée. Le constat explicite sert à cette même fin. Lors de délégations autorisées, il ne subsiste donc plus qu'une responsabilité pour le choix correct, l'instruction et la surveillance du mandataire.

La plainte d'actionnaires ou de créanciers va être facilitée, de par la nette amélioration de leur informa-

tion (ventilation minimale du bilan et du compte de résultat, indication des dissolutions de réserves latentes, comptes consolidés et certification dans tous les cas par un expert). Il sera de plus de la compétence du juge de faire éventuellement supporter les frais à la société, en cas de plainte d'un actionnaire.

Inversement, il sera donné suite aux intérêts légitimes des organes, en ce sens que dorénavant – contrairement à la pratique actuelle du TF – ceux-ci pourront faire valoir la faute légère dans les cas de responsabilité solidaire et exiger de ce fait une réduction de leur obligation de compensation. En raison d'une jurisprudence exceptionnellement dure en matière de droit des assurances sociales, l'avantage de cette nouveauté sera cependant limité.

Globalement, une note positive peut être allouée à la réforme dans le domaine de la responsabilité. *PF/HL*